

【国际公法】

# “美国习惯法”与 《联合国海洋法公约》下的海洋秩序

## ——基于沿海国和海洋利用国利益平衡的视角

张新军 陈曦笛

**【摘要】**与历史上“海洋自由”与“海洋锁闭”的此消彼长相呼应,海洋法上沿海国与海洋利用国的利益平衡在当下面临调整。作为非缔约国的美国,通过《联合国海洋法公约》规则与习惯国际法的连接,将“航行自由”奉为圭臬,以言说与行动不当地限缩着公约对沿海国权力的赋权。一方面,所谓的“美国习惯法”以国家实践、惩罚性后果与外交诱导的方式,对公约的平衡造成直接影响。另一方面,带有美国立场的学说传播和人员流动也间接助长此趋势。这使得公约缔约国借助“建构性模糊”勉力维持的利益平衡逐渐倒向海洋利用国。尽管如此,“美国习惯法”的实际影响仍可受到多种因素的制约。

**【关键词】**海洋秩序;海洋自由;过度海洋主张;航行自由行动

**【作者简介】**张新军,清华大学法学院教授、博士生导师;陈曦笛,清华大学法学院博士研究生。

**【原文出处】**《地方立法研究》(广州),2022.6.120~137

**【基金项目】**本文系2020年度国家社会科学基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项(20VHQ005)和清华大学自主科研计划资助(019THZWWH02)的阶段性成果。

### 一、问题的提出

主要反映海洋利用国诉求的“海洋自由”与主要反映沿海国诉求的“海洋锁闭”之间的争斗,在海洋法的发展进程中从未止歇,并随着海洋权力格局的变动而此消彼长。<sup>①</sup>在《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)共17部320条文本中,有关实体权利义务的领海、用于国际航行的海峡、群岛国、专属经济区、大陆架及岛屿制度,均涉及对沿海国和海洋利用国利益的调整和权力分配及规范权力行使之内容。<sup>②</sup>特别在领海的无害通过、国际海峡的过境通行、群岛海道通行和专属经济区第三国活动等多项制度上,《公约》较为鲜明地反映了国际社会在沿海国与海洋利用国利益考量中对两者权力进行平衡的尝试。<sup>③</sup>

正如《公约》序言第四段所言,《公约》“在妥为顾

及所有国家主权的情形下,为海洋建立一种法律秩序”。<sup>④</sup>为建构此种“便利国际交通和促进海洋的和平用途,海洋资源的公平而有效的利用,海洋生物资源的养护以及研究、保护和保全海洋环境”的法律秩序,《公约》的具体制度安排旨在通过“一揽子”协议,平衡沿海国和海洋利用国的利益。然而,鉴于利益冲突的复杂性和妥协的必要性,《公约》文本在各项制度上对两者的权利义务的表述往往抽象模糊。这样的“建构性模糊”(constructive ambiguity)<sup>⑤</sup>,意味着缔约国试图构建的权力平衡并非静止,而是须借助对相关条款的解释与适用从而动态地最终实现这一目标。由此,《公约》以所谓“海洋宪章”的外壳,为当代国际海洋法律秩序提供了必要的灵活性——但有时也可被视为增加了潜在的不稳定性。这也可能是

《公约》被称为“活的条约”(Living Treaty)<sup>⑥</sup>的部分原因。

无论如何,《公约》相关条款的解释适用,并不能由沿海国或海洋利用国单方决定,而是受制于《公约》第15部的争端解决机制。原则上,动态平衡将继续反映在缔约国的嗣后实践中,并通过《公约》规定的争端解决途径最终得到确定。但在《公约》通过40年后的当下,沿海国当初所期待的权力获得有限,却愈发频繁地受限于海洋利用国以“航行自由”为名的某种绝对性权力。近年的国际司法裁判中,以航行自由为代表的海洋利用国利益,似乎开始被视为一种不可减损、不容侵犯的“金科玉律”。<sup>⑦</sup>

回顾海洋法的发展历史,主导秩序建构与重建的往往是海洋大国,<sup>⑧</sup>而在当下,美国无疑是世界上的“头号海洋大国”,它还与“朋友和盟友们”(friends and allies)共同建立起了当前的海洋秩序。<sup>⑨</sup>美国的言说与行动往往受到特别的关注,具备远超过一般国家的影响力。在《公约》建构之沿海国和海洋利用国利益动态平衡的发展过程中,美国作为非缔约国仍然起着独特而奇妙的作用:美国长期基于“主要海洋利用国”的自我认知,将《公约》部分条款视为具有习惯性性质的规则,以此提出美国对《公约》的解释立场,否定《公约》缔约国通过嗣后实践在《公约》解释上构筑平衡的意义。本文将此种美国为影响《公约》解释适用的习惯法主张称之为“美国习惯法”,其内容和实现路径将在本文第三部分得到进一步论述。美国以此在言说上将《公约》缔约国嗣后实践贬损为“过度海洋主张”,通过外交和军事实力并用的“航行自由行动”对其加以“矫正”,试图塑造一种有悖于《公约》本旨的国际海洋法律秩序。

本文核心关注的问题是,美国如何通过“美国习惯法”推进对《公约》中“建构性模糊”条款的单方解释立场,并对《公约》项下意在平衡沿海国和海洋利用国利益的权力分配设计加以“再平衡”<sup>⑩</sup>。这无疑将影响《公约》相关制度动态平衡之发展,进而对《公约》意图建立的国际海洋法律秩序产生根本性的影响。在很大程度上,也正是借助“美国习惯法”,美国

才能进而宣扬所谓的“以规则为基础”的海洋秩序。“以规则为基础”的海洋秩序和以《公约》为中心的当代国际海洋法律秩序究竟有何不同,有进一步揭示的必要。

本文首先围绕美国针对所谓沿海国“过度海洋主张”所涉及的重点领域和制度,在回顾《公约》中沿海国与海洋利用国“初始”利益平衡的基础上,梳理归纳美国主张的所谓海洋利用国“传统权利”,以及压制沿海国“过度海洋主张”的实践路径。本文发现,“美国习惯法”已经对《公约》试图构筑的沿海国和海洋利用国的权力平衡,产生了向海洋利用国倾斜的“再平衡”之影响。然而,由非缔约国主导《公约》规则的解释与发展,并再造《公约》试图建立的平衡究竟有多大的可行性和合理性?一方面,在《公约》的个别制度领域,国际司法仲裁对此未置可否。另一方面,近期案例显示,在低潮高地、岛礁地位、直线基线、远洋群岛地位、沿海国在毗连区的管制事项等问题上,国际司法仲裁机构受到了“美国习惯法”影响。但是上述个案上的判断,和反映《公约》初始平衡的文本及条款自身目的及宗旨难以完全自治,其权威性仍有待缔约国实践进一步确认。最后应指出的是,在很多情况下,美国受地缘政治企图驱动,在立场、主张与实践采取“双重标准”,这更凸显了“美国习惯法”的不正当性。

## 二、《公约》的“平衡”设计和美国指责的“过度海洋主张”

任何一个沿海国利用海洋的需求,既可以通过“海洋锁闭”主张,也可以通过“海洋自由”得到。受一国特定地理情况、地缘政治和军事实力等因素的影响,一个向度上利益的吸引力往往强于另一个向度。特定国家在权衡两个向度的利益后,可能采取“沿海国”或“海洋利用国”的自我定位。基于上述定位产生的两个阵营之间利益差异带来的法律立场分化和冲突,也恰恰构成了《公约》缔结过程中的重大阻力。部分矛盾在谈判过程中通过妥协和让步得以解决,并以《公约》文本的形式明确地被固定下来。但在很多时候,由于双方立场在短时间内难以得到

调和,或者利益指向在谈判时尚不明确,为了确保《公约》最终能够得以缔结,各国便以原则性的“平衡”替代具体确定的解决方案。换言之,部分矛盾因难以调和或在当时未引起足够重视,最终被有意或无意地模糊处理,而留待“随后的演变趋势”(subsequent evolutionary trends)对这种“平衡”的澄清及塑造。<sup>①</sup>

#### (一)沿海国和海洋利用国利益平衡的重点领域中的“建构性模糊”

缔约国在《公约》部分条款中设置“建构性模糊”的意图,首先反映在公约的起草过程中。军舰的无害通过问题就因过于激烈的观点对立而被搁置。早在1958年第一次联合国海洋法会议期间,委内瑞拉、罗马尼亚和土耳其等国就对列入“军舰无害通过领海应申报或经审批”的条款表示支持,但该提案因未得2/3同意而未能通过。<sup>②</sup>1975年的《非正式单一协商文本》中“无害通过权适用于军舰”的条款因30多个国家的联合反对而遭删去。<sup>③</sup>与此类似,包括中国在内的28个沿海国联合要求增加关于“安全”之规定,以替代性地“寻找一项关于军舰无害通过领海问题可接受的妥协方案”也未获通过。<sup>④</sup>在此情况下,为了《公约》能够整体地得到接纳,缔约国不再讨论允许抑或禁止军舰无害通过权的提案。尽管《公约》的第2部分第3节规定了领海的无害通过制度,但外国军舰无害通过问题,由于沿海国和海洋利用国的立场对立的不可调和,最终妥协于制度上的“留白”。<sup>⑤</sup>这并非单纯是由于缺乏考虑而产生的“缺陷和模糊”,而是无法调和矛盾时,不得已之下“无奈的选择”。<sup>⑥</sup>

毗连区的安全事项是否应被作为沿海国管制权事项也引发了争论。在第一次联合国海洋法会议上,波兰关于在毗连区制度下的管制权清单中增加“安全”事项的提案在第一委员会以微弱多数获得通过,但没有获得全体会议通过所需的多数,<sup>⑦</sup>因为另一些意见坚持认为,安全概念“极端的含糊不清”,可能引起沿海国的滥用行为。<sup>⑧</sup>在海底委员会1972年会议上,五十五国集团再次提议将安全事项作为沿

海国在毗连区的管制事项之一。<sup>⑨</sup>由于相反意见的存在,第三次联合国海洋法会议最终没有将沿海国在毗连区的安全管制权力列入《公约》文本,但同样没有认定存在任何国际法禁止沿海国行使这种权力。<sup>⑩</sup>

在此后引发较大争议的当属专属经济区军事活动问题。在《公约》漫长的谈判进程中,一国在他国专属经济区内开展军事活动带来的法律问题,就一直是争论的焦点。相当一部分国家反对军事活动,尤其是在航行与飞越之外的演习等“操纵或使用武器”的活动被视为《公约》第58条第1款项下的“其他国际合法用途”的一部分。巴西、意大利和乌拉圭等国都曾发表声明指出,第三国在专属经济区的军事活动应当受到限制,至少未经第三国同意不得进行军事演习。<sup>⑪</sup>相反观点则认为,只要不违背“避免使用武力或武力相威胁的义务”之军事活动仍然可以被视为“合法”,故不应一般性地限制军事活动的形式。<sup>⑫</sup>鉴于分歧相当明显,缔约谈判未能就第58条“是否涵盖超越单纯通过或飞越的军事活动得出结论性的答案”。<sup>⑬</sup>在此情况下,虽然参与缔约进程的各方也一直在试图平衡沿海国与海洋利用国的不同利益诉求,但《公约》最终还是选择对该问题保持沉默,而仅仅留下一些模糊的暗示。<sup>⑭</sup>

过境通行制度同样是沿海国与海洋利用国利益平衡的产物。在用于国际航行海峡的航行制度问题上,海洋利用国阵营与沿海国阵营在航行自由和领海安全问题上针锋相对。最终合意达成的过境通行制度,试图在公海制度上的“航行自由”和领海制度上的“无害通过”之间找到一个平衡点,尽管在具体内容上仍然保持“建构性模糊”。针对部分条款中的“留白”,《公约》引入了“一般接受的国际规章”,要求通过相关国际组织(国际海事组织)的进一步立法加以调整。<sup>⑮</sup>

不仅谈判过程显示了众多《公约》制度上的“建构性模糊”,各国的解释性声明也对此印证。为了保证“一揽子协议”(package deal)得到完整的接受和执行,《公约》第309条明确规定除非明文规定,不允许

任何缔约国提具保留。尽管如此,《公约》还是在第310条规定允许缔约国作出解释性声明。但第310条也规定“须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力”,强调该条不是《公约》第309条禁止保留的例外。显然,第310条存在的前提就是具有一揽子协议性质的《公约》条款——由于条文的“建构性模糊”——存在解释的余地。

截至2022年4月2日,《公约》已被168个国家或实体所批准,其中有93个国家或实体曾就《公约》部分条款提出声明。<sup>②</sup>基于《公约》第309条提出的解释性声明,主要围绕领海无害通过、专属经济区内的军事活动、用于国际航行的海峡和群岛水域内通行以及岛屿地位、内陆国或地理不利国权利等方面的问题展开。<sup>③</sup>在这些解释性声明中,一部分明确表示《公约》有关部分制度存在未予明确规范之内容,<sup>④</sup>而另一些声明之间存在相互冲突这一事实,亦说明了这一点。仅围绕领海内军舰的通过问题,就有24个缔约方在签署、批准或其后的时间点提出了解释性声明。部分海洋国家对沿海国限制军舰无害通过表示了坚决反对。<sup>⑤</sup>与此相对,部分国家在解释性声明中强调,对外国军舰的领海通过采取事先通知或批准的国内法措施,并不违反《公约》规定。<sup>⑥</sup>同样,围绕专属经济区军事活动的合法性问题,在11个作出解释性声明的缔约国中,7个发展中国家认为他国未经沿海国同意不得在其专属经济区内开展军事活动;4个欧洲国家反对称,沿海国无权限制第三国在其专属经济区开展军事活动。<sup>⑦</sup>

《公约》缔约历史与各国在解释性声明中的立场碰撞已经清晰地揭示,尽管《公约》在某些场合被视作无所不包的“海洋宪章”,但如学者所指出的,作为各方妥协的产物,它刻意或是无意地留下了一些模糊不清、需要进一步进行解释的问题。<sup>⑧</sup>在涉及海上通道的航行、海洋环境保护领域,《公约》引入“一般接受的国际规章”等国际合作机制,就在所涉的建构性模糊条款基础上如何建构稳定的规则体系给出初步指引。但在涉及沿海国安全和海洋利用国的海上

军事活动的大量条款上,并不存在上述机制。《公约》在众多领域涉及沿海国和海洋利用国权力平衡的条款中的“建构性模糊”,为相关条款的接受提供了最大公约数,促成《公约》成功缔结的同时,也为部分国家借助言说与行动进行有利于海洋利用国利益的“再平衡”提供了机会。

## (二)美国海洋政策中指责的“过度海洋主张”

美国政府在确定不加入《公约》之时就已声明,美国“准备接受与海洋的传统用途有关的利益平衡……并按照这种平衡行事”。<sup>⑨</sup>1983年的里根宣言明确表示,“《公约》也包含那些有关海洋传统利用的条款,这些条款总体上确认了现有的海洋法(maritime law)和实践,并公平地平衡了所有国家的利益……美国将以符合《公约》所反映的利益平衡的方式,在全世界范围内行使和维护其航行和飞越的权利和自由”。<sup>⑩</sup>尽管美国表面上是承认《公约》与习惯国际法上存在着沿海国与海洋利用国的利益的平衡,但在实际的政策主张中,美国试图维护的历来是海洋利用国一方的利益。

《公约》谈判和缔结同步,美国围绕《公约》发表了一系列政策声明,开始对“过度海洋主张”进行指责。早在1979年,卡特政府就正式建立了“航行自由计划”,谋划实施“航行自由行动”,针对其所谓的“过度海洋主张”加以定期挑战。<sup>⑪</sup>“航行自由行动”是美国通过运用多样的外交手段与强大的海军力量,在全球范围内“对抗过度海洋主张的权利行使,确保美国在海洋航行、飞越和其他安全利益”的活动。<sup>⑫</sup>尽管美国从未给出明确的清单以说明其含义,但从过往政策文件来看,美国所称的“过度海洋主张”大致包括以下几类:①不被美国认可的历史性海湾或水域;②过度的领海基线主张;③对过境通行、无害通过及核动力军舰或搭载其他特殊货物的军舰及海军辅助船舶的过度限制;④过度的领海范围主张;⑤过度的领海外海域之管辖主张;⑥过度的群岛主张及群岛海道通航限制。<sup>⑬</sup>

此外,美国国务院自1970年起就持续发布“海洋疆界”系列报告,旨在审查沿海国的海洋主张,以评

估其是否符合国际法。<sup>③</sup>美国海军发布的《美国海上行动法指挥官手册》，称领海之外为《公约》文本上并不存在的所谓“国际水域”，并强调在此区域内，所有国家都享有“公海的航行飞越自由”（the high seas freedoms of navigation and overflight）。<sup>④</sup>不仅如此，美国抵制“过度海洋主张”的立场还在其对特定事件表态中得以体现。例如美国国务院就针对中国，在南海仲裁案前后发布了一系列立场文件，指责中国在南海的主张是所谓的“过度海洋主张”并缺乏国际法依据。<sup>⑤</sup>值得注意的是，美国大力反对和抵制的“过度海洋主张”仅仅针对沿海国，且与《公约》试图建构起“平衡”的重点制度领域高度重合。

### 三、“美国习惯法”下海洋利用国权力再平衡：法律言说和实现路径

虽然并非《公约》缔约国，但美国作为海洋大国，其在处理沿海国与海洋利用国关系时采用此种极具倾向性的政策，对《公约》的“平衡”设计和发展已造成难以忽视的法律影响。

#### （一）从政策宣示到法律言说的“美国习惯法”

现代国际法上要求通过多边条约对国际法进行编纂和发展。《公约》的众多条款反映了对既有习惯法的编纂，而不少条款也被普遍接受为习惯法。<sup>⑥</sup>因此，尽管美国不是《公约》的缔约国，《公约》中具有习惯法性质的条款当然约束美国。就上述习惯法性质条款的规范内容，非缔约国也有权表达特定立场。有研究表明，在国际法规则的解释适用问题上，国家往往会采用某种偏好的解释立场，以维护自身的特定利益。<sup>⑦</sup>在《公约》通过后的40年间，美国在认同《公约》部分条款具备习惯国际法的一般性立场之下，巧妙地将习惯国际法作为以美国立场影响《公约》的纽带。但应当指出，美国经由习惯法路径解释和适用《公约》而构造的“美国习惯法”，以及这一现象背后的所谓“以规则为基础的秩序”，和《公约》建立的国际海洋法律秩序存在着紧张关系。

首先，尽管美国从未明确《公约》中哪些条款具有习惯法性质，但在实践中，美国积极地将《公约》中赋予缔约国权利的条款认定为习惯国际法，并借由

强大实力主导其规范内容的发展，即便其所主张的条款并未被广泛接受为具有习惯法性质的制度。例如，过境通行权尚未在习惯国际法中得到确立，<sup>⑧</sup>但美国坚持认为，《公约》中的“过境通行权”制度已经成为一般性约束各国的习惯国际法，由此在霍尔木兹海峡的通行问题上，美国就声称享有过境通行权，进而要求非缔约国伊朗受此约束。<sup>⑨</sup>《公约》大陆架制度中的哪些条款具备习惯法效力至今也仍有争议，<sup>⑩</sup>而美国却强调，有关大陆架定义的第76条和规定“沿海国对大陆架的权利”的第77条均“反映了习惯国际法”，并自认为享有相关权利。<sup>⑪</sup>美国还对“至少100万平方公里的200海里以远大陆架”主张权利。<sup>⑫</sup>

然而，美国对其自认的《公约》中习惯法条款项下的义务，如大陆架制度中规定沿海国在《公约》第82条项下200海里以远大陆架开发的惠益分享义务则绝口不谈。美国对《公约》义务的抗拒，与美国对《公约》项下权利与自由的孜孜以求已形成鲜明的对比。有学者批判此类做法不啻于“享受《公约》的好处，却不必遵守其他不可接受的规则”。<sup>⑬</sup>如果换作其他国家，采用“合则用不合则废”的“习惯法路径”之做法，难免要被美国视为“流氓国家”（rogue states）之行径。这从根本上有违《公约》通过“一揽子协议”建立秩序的精神。

其次，即便是对那些具有习惯法性质的《公约》条款，要实现“建构性模糊”使得沿海国和海洋利用国的动态利益平衡，最终也要通过缔约国实践来构筑，并受制于《公约》的争端解决程序以确定相关条款的具体规范内容。然而，美国却可以基于非缔约国地位，单方推进其解释立场而不受《公约》意图建立的包括争端解决机制在内的法律秩序之约束。

最后，在实体规范内容上，“美国习惯法”始终将海洋利用国的利益作为海洋法规则必须绝对保护或处于优先的地位。在评价沿海国主张和行动时，美国立场文件多称之为“过度海洋主张”，而并不直接认定其“非法”。或许美国的政策制定者也意识到，在条约和习惯国际法没有明确禁止此类活动时，沿

海国只是在规则不明确的情况下,以不符合海洋法上沿海国与海洋利用国利益平衡的方式扩张自身利益,而影响了海洋利用国的应得利益。因此,沿海国的主张是“过度”而难以说是非法的。然而,美国仍然基于航行自由否定这些“过度”主张,并通过“航行自由计划”加以矫正。美国将其反对的沿海国立场称为“过度海洋主张”而不直接定义为非法,看似谦抑,实则是为自身行动创造必要的灵活性,以便通过多种方式的 国家实践,逐渐推动自身的观点被逐渐接纳为“有权解释”。

## (二)实现路径

在近10年的《公约》谈判中,美国始终积极参与,并实质影响了《公约》中各项制度的最终形成。《公约》在缔结后被有些人奉为所谓的“海洋宪章”,其对于美国维护其海洋利用国利益的重要性亦不言而喻。“美国习惯法”的实体规范内容,已经直接或间接地对《公约》的解释适用产生影响。

### 1. 直接路径

“美国习惯法”影响《公约》平衡的直接路径主要有以下三类。

其一,借助精心设计的国家实践实现其目的。在“航行自由行动”项下,美国持续不断开展与自身对于海洋法规则的理解一致的国家实践,有针对性地创造习惯国际法存在的重要证据。例如,作为《公约》非缔约国的美国,对军舰无害通过的积极主张“广为人知”。美国每年例行开展大量的“航行自由行动”,派遣军舰穿越他国领海以“证明”军舰无害通过的合法性。抛开各方的立场分歧不论,这些信念明确、模式清晰的言说和行动,将在识别习惯国际法时被视为具有法律意义的国家实践。

其二,为维护所谓“规则”提供惩罚性后果,以压制或改变他国立场。“航行自由行动”在“证明”美国立场合法性的同时,也同时以近乎“公开羞辱”的方式试图否定他国国内立法和规章在国际法上的合法性。而遭到“惩罚”的国家慑于美国的海上霸权,往往没有能力或“勇气”采取对等的反制措施。就直线基线而言,美国基于习惯法立场对《公约》相关条款

作出的解释是:作为一般性的规则,正常基线应当得到适用,而直线基线仅仅是“该规则的有限例外”(the limited exceptions to this rule),<sup>⑩</sup>且直线基线的任一线段都不应超过24海里,其包含的内水面积也应以必要和“紧邻”(immediate vicinity)为限。<sup>⑪</sup>美国以维护“规则”为名开展了大量挑战他国设立的直线基线的海上行动。仅在2021年一年,美国就通过“航行自由行动”的方式“惩罚”了与其直线基线立场不同的至少9个国家。<sup>⑫</sup>

其三,诱导性地影响他国立场。在强力之外,美国也善于利用地缘政治利益诱使他国接纳其扩张海洋“公域”、压缩沿海国权力范围的主张。例如,对中国1996年在西沙群岛划设的直线基线以及美国认为中国在南海其他群岛的潜在“直线基线主张”,美国就持续表达强烈的反对立场。在美国深度介入南海事务之前,中国的周边国家大多事实上并没有表达对“大陆国家”在远洋岛群划设直线基线的反对。当美国开始大力推销其有关远洋群岛基线的观点之时,越南和菲律宾等南海的沿海国基于地缘政治和利益考量,纷纷倾向于接受这种压缩沿海国权利的观点。<sup>⑬</sup>

习惯国际法的建立有如“在公共场所形成一条道路”,当“一些特定的路线被大多数人遵循”,最终导致这条道路成为强制性的,而在某一领域的大国显然将比其他国家有着更频繁的实践,而后者并没有踩下最初脚印的能力。<sup>⑭</sup>同样不可否认的是,在其他条件相同的情况下,大国的行为远比小国在习惯国际法的识别中受重视,<sup>⑮</sup>更遑论在这些习惯国际法语境下大国所具有的天然优势。<sup>⑯</sup>尽管国家在法律上平等已经成为现代国际法的基本原则之一,但同样公认的事实是,大国常常实际享受着比其他国家“更平等”(more equal)的地位,尤其是在习惯国际法的语境之下。<sup>⑰</sup>客观上,美国在海洋法上的言说及与之一致的行动造成了远超过一般国家的法律影响,拨动沿海国与海洋利用国的利益平衡,切实地影响以《公约》为中心的国际海洋法律秩序在当下的发展。

## 2. 间接路径

很多时候,美国还能够通过学说传播和人员流动,间接地影响国际司法仲裁在相关问题上的判断。Anthea Roberts的研究已经揭示,真实世界中的国际法很大程度上由跨国界的人员、文献和思想的流动构成的:来自不同国家的知识分子被期待,平等地共同完成国际法的制定、解释、分析和应用。但美国等西方国家的学者占有奠定体系的先发优势而始终支配着这一过程,致使某些国家的立场和方法以“国际化为幌子在各种跨国场所被采用和应用”。<sup>⑤</sup>

在海洋法领域,美国无疑是当前极重要的“学说输出国”。从时间的纵向尺度来看,我们必须承认,美国和美国学者全过程地参与了当代海洋法的形成,并且作出极重要的贡献,尽管大多时候这些理论和方法是以美国利益为出发点的。<sup>⑥</sup>即便是我国学者亦不得不承认,美国参与到几乎全部《公约》条文的起草过程之中,并在领海的无害通过权、国际海峡、过境通行制度、大陆架制度及公海自由原则等问题上发挥主导作用。<sup>⑦</sup>在《公约》缔结后,无论从《公约》解释还是习惯国际法角度,美国政府和学者对“海洋自由”(航行自由问题最为突出)重要性的宣传及渲染可以说是不遗余力。这种全方位的努力也使得此项显得“陈旧”的海洋法原则不仅在当代被具象化,更得到了越来越多国家、学者和国际司法仲裁参与者的重视。

从传播的效果上看,美国的海洋法学说不仅是“更可得的”,而且是“更可读的”。<sup>⑧</sup>其一,美国学说的领先性强化其学说的主导性。美国大学和机构在国际法研究上的优势地位吸引着世界范围内的海洋法研究者,同时,一些涉及先进海洋科技的议题上,只有具备能力的海洋国家及其学者才会关注这些问题。其他国家并没有足够的资源用于这些在现阶段与自己“无关”的议题,故而只能对美国学说亦步亦趋。其二,政府与学界的紧密结合以及先发优势造就了丰富的传播渠道,也令美国学者的观点更容易地通过期刊、媒体与网络被世界各国的政府和研究者获取,从而造成更广泛的影响。其三,国际社会的

通用语言为美国学说的传播提供便利。

更为令人担忧的是,海洋法案件的审理越来越受控于欧美背景的学者和法官。本来,《公约》在通过设置国际海洋法法庭(ITLOS)时,试图平衡21位法官的地域和南北利益集团构成,<sup>⑨</sup>以在《公约》解释适用上平衡反映包括发展中国家在内的法官们的意见。但是,当下的《公约》争端解决机制的运行情况是,ITLOS全庭审理的案件,多为迅速释放、临时措施等案件,而多数涉及沿海国和海洋利用国利益平衡的《公约》重要条款的解释适用案件涌向《公约》附件七所规定的临时仲裁,或通过ITLOS分庭而不是全庭审理。在全庭案件匮乏的情况下,实际参与案件审理的发展中国家仲裁员或ITLOS法官较少。即使少数来自发展中国家,他们多数同样在西方背景下接受学术训练或长期生活,其能否基于“独立地位”审理案件是存在很大疑问的。这导致司法仲裁案件中法官与仲裁员往往也都是同一批支持大国立场的“常客”。例如在南海仲裁案中,5名仲裁员就有4名来自欧洲,而余下1人也久居欧洲。<sup>⑩</sup>国际海洋法法庭前任庭长Thomas Mensah出生于当时的英国殖民地阿散蒂王国(今加纳境内),并先后在英国和美国接受法学教育。在附件七下临时仲裁和海洋法法庭分庭的多个案件审理中,他因“从善如流”而不坚持自己观点的性格受到西方同事的称誉。<sup>⑪</sup>

还是在这些被“垄断”审理的海洋法案件中,来自美国及其盟友国家的国际律师与学者成为主要法律服务提供者。一项覆盖10余年间主要国际司法仲裁的研究显示,美国是国际司法仲裁案件中最大的服务供应商,紧随其后则是法国、英国与德国,而非欧美国家的律师和学者在国际法庭的出庭人次加在一起甚至不及美国一国。<sup>⑫</sup>在南海仲裁案中,来自美国的国际律师构成了菲律宾的主要诉讼团队。在2021年的国际法院裁判的“印度洋的海洋划界案”(索马里诉肯尼亚)中,更是出现了索马里整个法律服务团队几乎均来自英美的情况。<sup>⑬</sup>

不仅如此,来自美国的学者常常转换不同角色参与海洋法案件的诉讼过程。其中,扩张“公海自

由”的重要鼓吹者,迈阿密大学的 Bernard H.Oxman 教授是第三次联合国海洋法会议中美国代表团成员,并在国际法院和国际海洋法法庭担任过专案法官,但他又曾作为律师和辩护人(Counsel and Advocate)参与包括南海仲裁案在内的多个海洋法案件。现任国际法委员会美国委员的 Sean D.Murphy 任教于乔治·华盛顿大学,是一位活跃的海洋法案件诉讼服务提供者。他在国际法院、联合国海洋法法庭以及其他法庭(如附件七仲裁庭)审理的海洋法案件中,作为律师和辩护人出庭。他还在最近的瑞士诉尼日利亚“San Padre Pio 号”案临时措施审理中担任专案法官。<sup>⑥</sup>具有类似经历的美国学者还有任教于耶鲁大学的美国国际法权威 W.Micheal Reisman 教授<sup>⑦</sup>和同任教于耶鲁大学,曾担任美国国务院法律顾问的高洪柱(Harold Hongju Koh)教授<sup>⑧</sup>。

尽管确立“美国习惯法”与国际司法仲裁判断之间的因果关系是困难的,但如果说案件审理中,涉及《公约》动态平衡的解释适用问题完全不受海洋大国观点的影响,是难以想象的。

### (三)实际影响

在“美国习惯法”直接与间接的影响之下,《公约》意图为沿海国与海洋利用国设置的利益平衡正在面临重新调整。尽管如此,国际司法仲裁机构在过往个别争议极为激烈的问题上的判断仍然保持谨慎。以军舰无害通过问题为例,在 ITLOS 全庭审理的缅甸/孟加拉划界案中,法庭仍避开对这一问题给出一般性意见。<sup>⑨</sup>然而,近期判例显示,海洋利用国所重视的“海洋自由”得到充分拓展,而沿海国的海域管辖被严格压缩在《公约》的明文规定之内。

一方面,“海洋自由”在部分情形下已经开始被视为具有不容侵犯的绝对地位,完全压倒沿海国在主权领域之外的利益诉求。多起涉及沿海国的域外立法管辖问题的案件中的判决,都以航行自由(与船旗国专属管辖权互为表里)为由,判定沿海国的实践不符合国际法。<sup>⑩</sup>在 2022 年 4 月作出的“侵犯加勒比海的主权权利和海洋空间案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)”实体问题判决中,国际法院在处理尼加拉瓜直线基

线划定方式的合法性问题时,指称此种划法纳入了过多的内水及领海,损害了哥伦比亚在专属经济区的权益。<sup>⑪</sup>此外,法院将哥伦比亚在毗连区超出《公约》文本的管制立法认定为“与习惯国际法不符”,尽管哥伦比亚毗连区立法上对“安全”事项的管制权扩张并未构成对尼加拉瓜专属经济区主权权利和管辖权的侵犯。岩泽雄司(Iwasawa Yuji)法官更是进一步指出,沿海国在其专属经济区内除了有专属权能之外,还拥有包括航行自由在内的“其他权利”,而哥伦比亚的“整体毗连区”正是侵犯了尼加拉瓜的航行自由。<sup>⑫</sup>此外,上文提到的美国针对直线基线适用条件的严格化解释,基于保护第三国航行自由的理由,在本案中也得到了国际法院相当有力的支持。<sup>⑬</sup>

另一方面,沿海国的权利受到压制。在备受诟病的南海仲裁案中,仲裁庭在远洋群岛问题上,认定《公约》并未规定如南沙群岛的一系列岛屿可以作为一个整体共同产生海洋区域。<sup>⑭</sup>在远洋群岛的基线问题上,仲裁庭的判断完全和美国立场一致。在领海外低潮高地、岛礁地位等问题上极力抑制沿海国主张。上述判断同样受到美国欢迎。事实上,美国在第 143 号“海洋疆界”报告中提出的有关直线基线和群岛基线的观点,和菲律宾在南海仲裁案中的相关请求高度一致,并被仲裁庭全盘接受。<sup>⑮</sup>

上述案件可能只是该问题的冰山一角。<sup>⑯</sup>国际司法仲裁频繁强调“海洋自由”对沿海国权力的限制,并在解释上给予其极大权重,却几乎从未考虑海洋利用国可能出现的过度海洋自由主张。<sup>⑰</sup>这一倾向呼应了美国自诩为“海洋自由”头号捍卫者的政策立场和法律言说,但同时引发对缔约国在《公约》安排中所设置的初始“平衡”的担忧。

### 四、“美国习惯法”下海洋利用国权力再平衡的界限

如前所述,“美国习惯法”的确正在对《公约》的解释适用产生一定影响,甚至动摇着《公约》意图建立的国际海洋法律秩序,但是这种影响在很多时候,也是有限而并非决定性的。

#### (一)国际司法仲裁的解释权威检视

首先,受到“美国习惯法”影响的国际司法仲裁

机构在解释《公约》时,如明显背离有关条约解释的一般国际法原则,将减损了此种解释被缔约国接纳为“有权解释”的可能性。例如,所谓“南海仲裁案”仲裁庭的实体裁决,全面呼应美国国务院在案件审理进行过程中发布的第143号“海洋疆界”报告对岛礁地位、低潮高地等问题上的解释结论,认为低潮高地不能构成沿海国陆地领土的一部分。但事实上,《公约》已经明文规定,低潮高地是“自然形成的陆地”(naturally formed land)。<sup>③</sup>“南海仲裁案”仲裁庭的上述结论,缺乏充分推理论证,并与《公约》文本明显背离,在说服力和权威性上都是相当可疑的。再如,国际司法仲裁机构还在多个海洋法案件中,正在试图通过“海洋自由”,将《公约》中有关沿海国权利的条款,从一种允许性的赋权规则转化为指向限制或禁止沿海国权利的规则。<sup>④</sup>的确,沿海国可能未被赋予针对某种特定活动或事项的权利(管辖权或管制权),海洋利用国也没有被禁止在该事项上主张权利。但是《公约》并没有如美国《宪法》修正案<sup>⑤</sup>那样,规定沿海国没有得到赋权同时没有对海洋利用国禁止的,权利就归于后者。相反,以专区制度为例,《公约》明文规定,“在本公约未将在专属经济区内的权利或管辖权归属于……任何其他一国或数国……的情形下,这种冲突应在公平的基础上参照一切有关情况,考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,加以解决。”<sup>⑥</sup>可见,上述国际司法仲裁机构采用的推理和得到的结论,也明显和《公约》的明文规定不符。

除了在解释上和《公约》文本背离,个别案件中的解释方法还在其他方面明显违反一般国际法有关条约解释规则。在南海仲裁案中,仲裁庭首次对《公约》第121条进行解释。<sup>⑦</sup>然而,仲裁庭名为“解释”的判断实质地改写了《公约》之规定,将“自然形成”的客观描述转化为对于“维持人类居住或其本身的经济生活”的自然性要求,即排除“旨在增强其维持人类居住或其本身的经济生活能力的外在添加或改造”。<sup>⑧</sup>同时,仲裁庭无中生有地设置了“定居标准”“人类社群标准”和“自给自足标准”,对所谓“完全权

利岛屿”的构成条件作出文本之外的严格限定。<sup>⑨</sup>学界对仲裁庭的《公约》第121条的解释持普遍的批评。<sup>⑩</sup>原因无他,只能是仲裁庭的这一解释明显背离条约解释规则。更有学者断言,仲裁庭的这一解释不构成先例。<sup>⑪</sup>

最后,在解释规则的运用上,国际司法仲裁在多个涉及的《公约》条款解释的案件中,忽视《公约》缔约国嗣后实践。<sup>⑫</sup>在毗连区安全事项管辖权问题上,国际法院轻快地略过对数量可观的国家实践之辨析,而径自否定存在允许沿海国扩大毗连区管辖事项的国际法规则。<sup>⑬</sup>该案国际法院在划设直线基线条件问题的论证上同样建立在与国家实践脱离的基础之上,而未曾考虑主权国家普遍划设直线基线的现实。<sup>⑭</sup>南海仲裁案仲裁庭在有关大陆国家就远洋群岛划设直线的问题上,也被批评忽视了广泛国家实践。<sup>⑮</sup>

#### (二)非缔约国解释和《公约》解释的权威性检视

在法律解释问题上,起源于罗马法的“立法者自解释之”(Eius est interpretare legem cuius condere)的基本原则在世界范围内得到广泛传播和接纳,法律文件在规范意义上的解释者被普遍认为应当是制定法律的机构。<sup>⑯</sup>在条约解释过程中,非缔约国不拥有任何权力,其解释和条约外国际组织、学者乃至个人的解释一样,只能被归为不具有规范效力的“非有权解释”,而不能对条约的规范内容产生影响。因此,谈判过程中因沿海国与海洋利用国利益冲突无法及时解决,从而在《公约》中造成的规范缝隙,理应由缔约国通过后续的有权解释活动自行予以处理。无论这种“待构筑平衡”是最终达致协调还是继续“留白”,都应当取决于缔约国的抉择。

即使承认习惯法的发展仍可能对于条约规则造成影响,在两者存在“相互作用”(interplay)的情况下,“保障缔约方的(缔约)意图至关重要”。<sup>⑰</sup>因此,即使美国试图通过习惯法规则发展这一路径,影响《公约》的解释和适用,缔约国在《公约》上设置平衡的意图也不应该被忽视。但事实上,美国在《公约》缔结后“反客为主”,将自身利益诉求与《公约》和习惯国

际法的理解适用关联起来,越俎代庖地拨动缔约国为《公约》正常运行所设置的微妙平衡,使之不成比例地向海洋利用国一侧倾斜,导致切实以承担义务作为获取权利代价的《公约》缔约国反而被排除出平衡建构的过程。

### (三)“双重标准”减损“美国习惯法”的正当性

美国在推动“美国习惯法”的过程中,常常基于地缘政治需要,在不同时期针对不同对象采取“双重标准”。这凸显了“美国习惯法”的不正当性。例如,在《公约》第121条的解释问题上,美国以南海仲裁案所谓“裁决”为由,否定南沙任何岛礁是《公约》第121条所指的具有完全海洋权利的岛屿。<sup>⑧</sup>但有研究表明,美国自身的立场和实践,和仲裁庭对《公约》第121条的解释存在分歧。<sup>⑨</sup>与其在南海问题上的立场形成鲜明对照的是,对其盟国日本在“冲之鸟礁”地位问题上提出的“岛屿”地位主张及相关行动,美国长期选择保持沉默,仅以“应参考《公约》,(冲之鸟礁)是否拥有经济专属区或大陆架,我们遵循它的法律定义”的说辞搪塞。<sup>⑩</sup>

另一例证则是美国对日本福岛核污水排海问题的态度。面对日本将福岛核污水排放入海的计划时,美国不仅没有延续其激进的海洋环保立场,反而对其表示了支持。应当指出,日本在福岛核事故处理、核污水保存和核污水排海等问题上劣迹斑斑,至今也没有提出为周边国家所信服的污水监测结果,也没有就污水处理积极开展国家间协商,而是选择了成本上最可负担(most affordable)的方案。美国对日本的说法与选择照单全收,在法律上绝口不提《公约》及习惯国际法上的海洋环境保护义务。<sup>⑪</sup>

美国对于同一国家的海洋主张,也因不同时期差异化的地缘政治考量而采用不同的判断标准。就中国在西沙群岛采用的直线基线而言,在1972年针对中国的第一份《海洋疆界》报告(第43号)中,美国就已然将1958年的《领海及毗连区公约》中的直线基线条款视作习惯国际法规则,并为非缔约方的中国假设了“包括西沙和大陆沿岸若干部分的直线基线”,用简图的形式附列于报告,<sup>⑫</sup>表示“所附图表上

显示的直线基线基本与国际实践相当一致”。<sup>⑬</sup>然而,在中国于1996年公布了涉及西沙群岛和大陆沿海的第一批领海基线后,美国却在当年发布第117号《海洋疆界》报告(以下称“第117号报告”),又对此横加指责。事实上,1996年中国公布的直线基线的部分选点与43号报告附图中构成假想直线基线的部分选点大体一致。就西沙群岛的直线基线而言,第43号报告在西沙洲、赵述岛、北岛及东岛标出了六个基点并以此画定六条直线基线,<sup>⑭</sup>中国在1996年公布的西沙群岛这一部分的直线基线,位于相同位置并几近重合。<sup>⑮</sup>但是,第117号报告及之后的美国立场,则均改口否定中国在西沙群岛划设的所有直线基线之合法性,坚称西沙群岛不能划设直线基线,而只有“岛礁的低潮线才是恰当的基线”。<sup>⑯</sup>同样作为习惯法规则的直线基线,1972年能适用于西沙群岛的基线划定而1996年则不能适用。就中国大陆沿海的直线基线而言,我国台湾地区海峡西岸的中国大陆部分沿海标定的18-24号基点以及珠江口附近标定的28号和31号基点,与第43号报告中显示为“基本与国际实践相当一致”的假想直线基线的基点选取也相当吻合。然而,第117号报告又指称其过度“孤立”(isolated),或所围水域没有与相关的陆地区域“紧密联系”(closely linked)起来,不符合习惯国际法上划定直线基线的要求。<sup>⑰</sup>应当指出,美国在中美关系的不同发展阶段对于《公约》解释与适用的立场并非一以贯之,而是深受地缘政治的影响。

### 结论

历史上“海洋自由”与“海洋锁闭”递胜递负,而现实中沿海国与海洋利用国在《公约》上达成的微妙平衡,在当下也面临着调整和挑战。此过程中出现了一种奇特的、本文称之为“美国习惯法”的现象:美国置身于《公约》之外,却通过在《公约》解释适用问题上采取习惯法路径,影响《公约》“建构性模糊”条款的解释适用,对缔约国以此为基础平衡《公约》下沿海国和海洋利用国利益的权力分配加以“再平衡”。从《公约》上沿海国和海洋利用国权力平衡的 viewpoint 看,“美国习惯法”从内容、范式和行动上,都动

摇了以《公约》为中心的当代国际海洋法律秩序。

首先,从内容上看,“美国习惯法”针对的就是沿海国的“过度海洋主张”。问题是,为何沿海国主张可以被视为“过度”,而压制这些“过度海洋主张”所依赖的包括航行自由在内的海洋利用国的主张,却从未被视为“过度”?沿海国与海洋利用国在《公约》上达成的平衡,并没有赋予任何一方的优越地位。上述针对沿海国的“过度海洋主张”的“美国习惯法”,正在将《公约》缔约国最初设计的利益平衡推向“失衡”之境地。进一步来看,这种“失衡”已经背离《公约》作为“一揽子协议”的妥协本质,扩大沿海国与海洋利用国之间的分歧,最终将减损《公约》的权威性与吸引力,更无助于维护和平与稳定的世界海洋秩序。

其次,在范式上,“美国习惯法”认为《公约》有关沿海国的赋权条款规定的赋权内容,穷尽了沿海国的所有权利和自由。而在《公约》之外,“海洋自由”正在压倒沿海国作为主权者的“自由”,而变为某种禁绝沿海国扩展海洋权益的“禁止性规范”。这一范式同“荷花号案”判决建立起的,广为接受的一般国际法上有关赋权性规范和禁止性规范的一般原则存在紧张关系。“荷花号案”判决中,沿海国在其领域之外的海洋上仍被认为享有一定程度权力。沿海国在上述海域的立法管辖,并不因不存在允许性规则而被一般性禁止。<sup>⑧</sup>这也是被公认的有关国家管辖权(权力)的一般国际法规则。可以说,以发展中国家为主的沿海国在《公约》谈判中所极力推动的那些旨在维护近海权益和争取国家海洋空间的沿海国权力之追求,已逐渐在“再平衡”过程中遭遇挫败。

最后,应当指出,正是借助“美国习惯法”,美国才能宣扬所谓的“以规则为基础”的海洋秩序。尤为甚者,美国通过实力和法律言说对《公约》相关制度进行“再平衡”,从单纯指责沿海国的“过度海洋主张”,到今天标榜所谓“以规则为基础”的国际(海洋)秩序。这不仅在于展示其道德上的优势地位,<sup>⑨</sup>更是暗含某种“替天行道”的权力,从而为其霸权行径披上合法性外衣,挑战建立于主权平等原则上的现行

国际法秩序。

#### 注释:

① Charles Pirtle, "Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium", 31 *Ocean Development & International Law* 7(2000), p. 11.

② 上述各项制度中涉及环境保护和科考的沿海国的权力行使的规范还在公约第12部(海洋环境保护)和第13部(海洋科学考察)中进一步加以规定。

③ UNCLOS III balanced competing security interests of naval powers and some coastal States with detailed provisions for the regime of innocent passage through the territorial sea and the introduction of the regime of transit passage. See John Norton Moore, "The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea", 74 *American Journal of International Law* 77(1980), p. 121.

④ UNCLOS, Preamble.

⑤ Jeanine Womble, "Freedom of Navigation, Environmental Protection, and Compulsory Pilotage in Straits Used for International Navigation", 61 *Naval Law Review* 134(2012), p. 135.

⑥ Richard Barnes et al., *Law of the Sea—UNCLOS as a Living Treaty*, BIICL, 2016.

⑦ ITLOS, *The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, Judgment of 10 April 2019, para. 216–218; PCA: *The "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India)*, Award of 21 May 2020, para. 527; ICJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 21 April 2022, para. 144.

⑧ James Kraska, *Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics*, Oxford University Press, 2011, pp. 157–159. See generally Anthea Roberts, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017. 该研究讨论了特定国家,尤其是大国,通过多种途径对国际法可能造成的显著影响。

⑨ 同注⑧, James Kraska 文, p. 160.

⑩ FACT SHEET: *Advancing the Rebalance to Asia and the Pacific*, White House: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/11/16/fact-sheet-advancing-rebalance-asia-and-pacific>, 最后访问时间: 2022年10月21日; Robert G. Sutter et al., *Balancing Acts: The U. S. Rebalance and Asia-Pacific*

Stability, [https://www2.gwu.edu/~sigur/assets/docs/BalancingActs\\_Compiled1.pdf](https://www2.gwu.edu/~sigur/assets/docs/BalancingActs_Compiled1.pdf), 最后访问时间:2022年10月21日。我们在本文中借用“再平衡”一词,以描述美国通过“实力”影响《公约》所设计的权力格局,进而主导以《公约》为中心的海洋法律秩序之做法。

⑪Tullio Scovazzi,"The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges", 286 Hague Academy of International Law 39(2000), p. 54.

⑫UN, Doc. A/CONF. 13/37-43, pp. 66-68.

⑬Budislav Vukas, *The Law of the Sea: Selected Writings*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 136-137.

⑭Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary (Vol. II)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 197-199.

⑮同注⑭, pp.177-178.

⑯杨泽伟:《〈联合国海洋法公约〉的主要缺陷及其完善》,载《法学评论》2012年第5期,第63页。

⑰UN, *Official Records of the First United Nations Conference on the Law of the Sea(1958)*, Vol. II, doc. A/CONF. 13/38, para. 63.

⑱Articles concerning the law of the sea with commentaries 1956, UN: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8\\_1\\_8\\_2\\_1956.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_1_8_2_1956.pdf).

⑲UN, *Report of the Seabed Committee 1972*, AC. 138/66 and Cor. 2, p. 142.

⑳同注⑱, pp.269-274.

㉑Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (ST/LEG/SER. E/-), Part. 26. 6. 这种反对一直持续到上述国家批准或签署《公约》之时及此后。

㉒同注⑱, pp.564-565.

㉓Alexander Proelss et al., ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, C. H. BECK, 2017, p. 453.

㉔Jing Geng."The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS", 28 *Merkourios-Utrecht Journal of International & European Law* 22(2012), p. 22.

㉕同样处理的“建构性模糊”手法,在有关专属经济区的海洋环境保护制度中也得到运用。白佳玉:《〈联合国海洋法公约〉缔结背后的国家利益考察与中国实践》,载《中国海商法研究》2022年第2期,第5页。

㉖Declarations and Statements (UNCLOS, Page last updated: 04/02/2022), UN: [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm).

㉗宋燕辉教授研究表明缔约国就《公约》作出的声明大致可分为七类。See Yann-Huei Song,"Survey of Declarations or Statements Made by the Parties to the Law of the Sea Convention: 30 Years after Adoption", 28 *International Journal Marine & Coastal Law* 5(2013), p. 7. 其中,有关领土问题的声明和争端解决机制的声明显然与《公约》解释无关。有关争端解决机制的选择或强制性争端解决机制的排除提出的声明,均是根据《公约》第15部争端解决机制的相关条款的规定提出,也不同于基于《公约》第309条提出的解释性声明。

㉘例如克罗地亚就指出,《公约》并没有规定军舰的无害通过是否应当受到沿海国的限制。See UN, *Treaties Series: Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat of the United Nations (volume 1862)* 625(2000).

㉙Treaty Collection, UN: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtmsg3&clang=\\_en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtmsg3&clang=_en#EndDec), 最后访问时间:2022年10月21日。

㉚同注㉙。

㉛同注㉗, Yann-Huei Song 文, pp.29-31.

㉜同注⑱, Yann-Huei Song 文, pp.57-58.

㉝Statement on United States Oceans Policy of March 10, 1983, United States: <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/statement-united-states-oceans-policy>.

㉞同注㉝。

㉟Carter: Rebalance Is About More Than Freedom of Navigation, U. S. Department of Defense: <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/781673/carter-rebalance-is-about-more-than-freedom-of-navigation/>, 最后访问时间:2022年10月22日。

㊱National Security Decision Directive No. 72, President Ronald Reagan (Dec. 13, 1982).

㊲张新军:《变迁中的“航行自由”和非缔约国之“行动”》,载《南大法学》2020年第4期,第115-116页。

㊳U. S. Department of State, *Limits in the Seas*.

㊴US, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations(2022)*, pp. 1-7 & 1-8.

㊵Ned Price, Department Spokesperson, Department Press Briefing, U. S. Department of State; Kelly Craft, The Representative of the United States of America to the United Nations, Letter to the Secretary General of the United Nations.

㊶J. Ashley Roach,"Today's Customary International Law of

the Sea", 45 *Ocean Development & International Law* 239(2014), pp. 239-256.

⑫同注⑧, Anthea Roberts 书, pp.14-16.

⑬R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1999, p. 7.

⑭United States Department of State, *Limits in the Seas No. 112*, pp. 68-69.

⑮Ashley Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", 45 *Ocean Development & International Law* 239(2014), pp. 239-242.

⑯Treaty Between the United States and Mexico on the Delimitation of the Continental Shelf in the Western Gulf of Mexico Beyond 200 Nautical Miles, Washington, DC, 9 June 2000. Available at [https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/US\\_Mexico\\_2000\\_withExtension.pdf](https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/US_Mexico_2000_withExtension.pdf).

⑰Frequently Asked Questions about U. S. ECS Project, United States Department of State: <https://www.state.gov/frequently-asked-questions-u-s-extended-continental-shelf-project/>, 最后访问时间:2022年10月21日。

⑱Jonathan Charney, "Comment: The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III: The Impact of General International Law", 46 *Law and Contemporary Problems* 37(1983), p. 37.

⑲II Cumulative Digest of United States Practice in International Law 1981-1988, p. 1775.

⑳United States Department of State, *Limits in the Seas No. 117*, pp. 3-5; State Department Telegram 96 State 181478, delivered August 21, 1996. See also Ashley Roach and Robert Smith, "Straight Baselines: The Need for a Universally Applied Norm", 31 *Ocean Development & International Law* 47(2000), p. 63.

㉑U. S., *Annual Freedom of Navigation Report of Fiscal Year 2021*.

㉒Viet Nam, Note Verbale No. 22/HC-2020; the Philippines, Note Verbale No. 000191-2020.

㉓Pitt Cobbett, *Cases on International Law (Vol. II)*, Sweet & Maxwell, 1931, p. 5.

㉔Michael Byers, "Custom, Power and the Power of Rules: Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective", 17 *Michigan Journal of International Law* 107(1995), p. 144.

㉕George Rodrigo Bandeira Galindo and Cesar Yip, "Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass", 16 *Chinese Journal of International Law* 251(2017), pp. 251-270.

㉖Kevin Jon Heller, "Specially Affected States and the Formation of Custom", 112 *American Journal of International Law* 191(2018), pp. 201-202.

㉗同注⑧, Anthea Roberts 书, pp.8-9.

㉘Law of the Sea Convention-Timeline, U. S. Department of State: <https://www.state.gov/law-of-the-sea-convention/>, 最后访问时间:2022年10月21日。

㉙参见沈雅梅:《美国与〈联合国海洋法公约〉的较量》,载《美国问题研究》2014年第1期,第57页;罗欢欣:《国家在国际造法进程中的角色与功能——以国际海洋法的形成与运作为例》,载《法学研究》2018年第4期,第61页。

㉚同注⑤, George Rodrigo Bandeira Galindo and Cesar Yip 文, pp.256-262.

㉛Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, Art. 2. 2.

㉜参见中国国际法学会:《南海仲裁案裁决之批判》,外文出版社2018年版,第389页。

㉝Thomas Mensah obituary, Philippe Sands: <https://www.theguardian.com/law/2020/apr/22/thomas-mensah-obituary>, 最后访问时间:2022年10月21日。

㉞Shashank P. Kumar and Cecily Rose, "A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999-2012", 25 *European Journal of International Law* 893(2014), pp. 907-908.

㉟ICJ, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment of 12 October 2021, pp. 4-6.

㊱ITLOS, *The M/T "San Padre Pio" (No. 2) Case (Switzerland and Nigeria)*, ITLOS/Press.

㊲W. Micheal Reisman Bio, Yale Law School: <https://law.yale.edu/w-michael-reisman#biography>.

㊳Harold Hongju Koh Bio, Yale Law School: <https://law.yale.edu/harold-hongju-koh#biography>.

㊴Xinjun Zhang, "The ITLOS Judgment in the Bay of Bengal Case Between Bangladesh and Myanmar", 12 *Chinese Journal of International Law* 255(2013), p. 268.

㊵同注⑦, ITLOS 判决, para. 216-218; PCA: *The "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India)*, Award of 21 May 2020, para. 527.

㊶同注⑦, ICJ 判决, para.259.

㊷同注⑦, ICJ, *Declaration of Judge Iwasawa*, para.8-9 & 12-16.

㊸同注⑦, ICJ 判决, para.261.

㊹PCA, *The South China Sea Arbitration (The Republic of*

Philippines v. The People's Republic of China), Award of 12 July 2016, para. 571-576.

⑤参见张新军:《美国的国际公域化想象和南海秩序:主权、海域、机制》,载《东方法学》2022年第1期,第101页。

⑥同注⑦,ITLOS判决,para.216-218;同注⑩,PCA判决。

⑦如在 *Enrica Lexie* 案中,仲裁庭认为意大利水兵的行为是专区合法行为,并不构成对印度主权权利和管辖权的侵犯也不构成行使自由时适当顾及(due regard)义务的违反。同注⑩,PCA判决,para.981。在 *M/V "Norstar"* 一案中,法庭认为没有涉及意大利 87(2)due regard 义务相关的争端。同注⑦,ITLOS判决,para.276。

⑧UNCLOS, Art. 7. 4 & 13.

⑨参见张新军、陈曦笛:《毗连区立法的国际法问题——以“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2022年判决为中心》,载《中国商法研究》2022年第2期,第52页。

⑩"Powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people."

⑪UNCLOS, Art. 59.

⑫同注⑦,PCA判决,para.474.

⑬同注⑦,PCA判决,para.541.

⑭同注②,第277-282页。

⑮Stefan Talmon,"The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards", 8 *Journal of International Dispute Settlement* 388(2017), p. 397; Yoshifumi Tanaka,"Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3)in the South China Sea Arbitration (Merits)", 48 *Ocean Development and International Law* 365(2017), pp. 372-376.

⑯Gilbert Guillaume, *Rocks in the Law of the Sea: Some comments on the South China Sea Arbitration Award*, EJIL: Talk!.

⑰VCLT, Art. 31. 3.

⑱同注⑦,第49页。

⑲同注⑦,ICJ判决,para.259.

⑳同注②,第245-246、259-260页。

㉑PCIJ, *Delimitation of the Polish-Czechoslovakian Frontier (Question of Jaworzina)*, Advisory Opinion of 6 December 1923, para. 37.

㉒Irina Buga,"The Impact of Subsequent Customary International Law on Treaties: Pushing the Boundaries of Interpreta-

tion?", 69 *Netherlands International Law Review* 241(2022), pp. 265-266.

㉓United States Department of State, *Limits in the Seas No. 150*, pp. 11-14.

㉔Yann-Huei Song,"U. S. Practice Regarding Article 121(3) of UNCLOS and the South China Sea Arbitration Case", 33 *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs* 21 (2015), pp. 23-24.

㉕《凤凰记者质疑“9平米冲之鸟为岛”》,凤凰网新闻:<https://news.ifeng.com/c/7fcKzbQA0x7>,最后访问时间:2022年10月21日。

㉖Government of Japan's Announcement on Fukushima Treated Water Release Decision, U. S. Department of State: <https://www.state.gov/government-of-japans-announcement-on-fukushima-treated-water-release-decision/>,最后访问时间:2022年10月23日。

㉗所涉简图未附具体坐标。See United States Department of State, *Limits in the Seas No. 43*, pp. 7-8.

㉘United States Department of State, *Limits in the Seas No. 43*, p. 6. (the straight baselines shown on the attached charts would probably be quite consistent with international state practices)

㉙其中一条基线(实线)连接了浪花礁,但未在其上标出线段端点。See United States Department of State, *Limits in the Seas No. 43*, p. 8.

㉚1996年《关于中华人民共和国领海基线的声明》。See also United States Department of State, *Limits in the Seas No. 117*, p. 17.

㉛United States Department of State, *Limits in the Seas No. 117*, p. 8. See also United States Department of State, *Limits in the Seas No. 150*.

㉜United States Department of State, *Limits in the Seas No. 117*, p. 7.

㉝同注⑦,第52页。“荷花号案”相关内容,参见 PCIJ, *The Case of the S. S. "Lotus"*, Judgment 7 September 1927, p. 19.

㉞Xu Xiaobing, What the G7's statement on Taiwan reveals about the "rules-based international order", *South China Morning Post*: <https://www.scmp.com/comment/opinion/article/3188249/what-g7s-statement-taiwan-reveals-about-rules-based-international>,最后访问时间:2022年10月16日。