

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

罗欢欣^{*}

内容提要：现代国际秩序建立在以《联合国宪章》为核心的国际法基础上。根据《国际法院规约》第38条，新的国际法规则由国家制定，它们主要通过条约或发展习惯国际法来造法。国家既是国际法规则的缔造者，也是其约束的对象。国际造法是一项综合、立体的过程，除了国际法的技术性内容外，其背后体现了国际关系与政治的复杂博弈。以国际海洋法的形成与运作为例，发展中国家在理论准备、现实介入、政治决策与规则取舍上均与发达国家存在较大差距，这里面有西方发达国家的法律文化具备先天优势的原因，也有发展中国家对自身在国际造法中的角色认识不足、影响力发挥不够的原因。深度参与国际造法，对中国的海洋强国建设意义重大。

关键词：国际造法 海洋法 法律进程主义 全球治理

一、引言

联合国国际法院大法官薛捍勤曾经指出，“中国走向世界，首先要了解这个世界的秩序和法律体系，要知道国际事务是如何运作的，目前的国际秩序是建立在什么基础之上的”。〔1〕国际法是国际关系的产物，是规范国家间交往的原则与规则，国家的和平交往不能脱离国际法所发挥的规范性与秩序性作用。“国际造法”（International Law-making）在国内也被称为国际立法，〔2〕涉及国际法从哪里产生、怎么产生的问题。国际法的形成过程与国内法远不相同，现代国际法是建立在平权社会的基础上，世界上没有统一和权威的立法机构，主权国家既是法律约束的对象，又是国际造法的主体。

* 中国社会科学院国际法研究所助理研究员。

本文得到国家海洋局“中国在国际海洋秩序中的角色研究”项目和国家社科基金重大课题“完善我国海洋法律体系研究”（15ZDB178）的资助。感谢加拿大麦吉尔大学（McGill University）博士生晁译为本文收集了部分资料。

〔1〕 薛捍勤：《依法治国与全球治理》，《中山大学法律评论》2016年第2期，第8页。

〔2〕 秦一禾在2012年曾翻译出版日本学者村瀬信也《国际立法：国际法的法源论》一书，将“international law-making”译为“国际立法”。同年，古祖雪在其《国际造法：基本原则及其对国际法的意义》（《中国社会科学》2012年第1期）一文中将“international law-making”译为“国际造法”。

国际海洋法是国际法的重要分支与组成部分,其形成与运作过程是国际造法的动态缩影。党的十八大与十九大均高度重视海洋秩序建设,对建设海洋强国作出了重大部署。〔3〕围绕十九大“加快建设海洋强国”的目标,有文章指出,“深度参与全球海洋治理……提供中国方案、获得更多制度性权利是我国建设海洋强国的必然要求”。〔4〕基于国际法不同于国内法的特殊性,参与全球海洋治理之“制度性权利的获得”所涉及的,就是对国际海洋法规则的制定、修改与运用层面的介入,这本质上取决于国家在国际造法进程中的参与度与影响力。如果国家能在国际海洋法的形成与制定层面发挥主导作用,就可以在把握海洋规则的制定权与海洋秩序的主导权上占得先机,争取到更多的海洋权利与制度利益。

国内学术界针对国际造法的系统分析尚不多见;学界虽然重视对海洋强国建设的探讨,却少见对国家在国际海洋秩序构建中的造法角色与功能进行专门分析。考虑到国际法部门分支与内容的庞杂性,本文将国际海洋法的形成与运作过程作为一个动态实例,以此为剖面来揭示国际造法的原理,分析国家在造法进程中的角色介入和功能意义,尝试指出国家参与造法进程的现实必要与可行路径。

二、海洋法的形成与国际秩序演进

国际海洋法作为国际法的一个分支,是调整国家在海洋活动中发生的各种关系的原则、规则和制度的总称,包括对不同类型的海域、海岛、海底的法律地位和与之相关的国家主权权利与管辖权标准加以设定,规范海洋航行、划界、资源分配与开发利用、合作、保护与争端解决等诸多内容。正如人类对海洋的利用有一个漫长而渐进的过程,国际海洋秩序也是历史范畴的产物,经历了从无序到有序,从传统霸权到现代规则的进化。

(一) 海洋法的形成与规则变迁

现代海洋法的基本原则与规则最早起源于欧洲,其理论渊源与罗马法息息相关。〔5〕参考西方学界的归纳,对正式和权威的国际法原则与规则进行国际造法的时代,通常可以追溯到维也纳会议(1814-1815年)。会议期间签订的《巴黎条约》通过了关于国际河流自由航行制度、废除奴隶贩卖制度和一些外交规则。此后,在外交会议上制定国际法律规则的做法逐渐拓展。例如,亚琛(Aix-la-Chapelle)会议确立了外交等级规则;《巴黎宣言》确立了“自由船舶、自由货物”原则;陆地和海上战争法、和平解决国际争端、统一国际私法、知识产权保护,以及邮政、电信、航海、航空等国际性的社会和经济问题的管理规则,在各类公约中逐步确立。〔6〕许多公约尽管仅针对特定问题或仅适用于某些地理区域,但通常

〔3〕 参见中共中央文献研究室编:《习近平关于实现中华民族伟大复兴的中国梦论述摘编》,中央文献出版社2013年版,第9页。

〔4〕 王宏:《海洋强国建设助推实现中国梦》,《人民日报》2017年11月20日第7版。

〔5〕 被誉为“国际法之父”的格劳秀斯在发表著名的《战争与和平法》之前,曾著有《海洋自由论》,以应对早期资本主义国家在海上的竞争与纠纷。《海洋自由论》的理论渊源来自于罗马法。See R. P. Anand, *Origin and Development of the Law of the Sea—History of International Law Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 2-4.

〔6〕 See Historical Survey of the Development of International Law and Its Codification by International Conferences, in Documents A/AC.10/5; and Outline of the Codification of International Law in the Inter-American System with Special Reference to the Methods of Codification, in Documents A/AC.10/8.

都是各国政府在国际会议上不断努力、通过缔结多边公约来发展国际法所产生的结果。^[7]

在近代历史上，海洋自由等体现和平与公正的国际法规则，只有限地适用于部分欧洲国家之间。在殖民扩张的年代，强权即法。以半封建半殖民地时期的中国为例，国际法的理念与规则从未使中国成为平等的国际法主体。1863年翻译出版的亨利·惠顿的《万国公法》是中国历史上引进的第一本西方法学著作，而在此之前，中国被迫与西方列强签订的不平等条约已达二十多个。至1911年清王朝覆灭，西方列强又强迫中国签订了一百多个不平等条约和规章。^[8]直到1945年第二次世界大战结束并通过《联合国宪章》之前，整个世界基本上都是霸权主义的天下。《联合国宪章》的制定和联合国的诞生，是现代国际关系史上的一件大事，它反映了各国民众的和平愿望，在国家平等协商的基础上形成了现代国际法。自此，国际法成为平权社会的法律，国际社会没有统一权威的立法机关，主权国家既是国际法的规范对象，又是国际法的造法主体。虽然有些政府间国际组织也参与国际造法活动，但包括联合国在内，这些政府间国际组织只不过是依协定建立起来的职能机构。通常情况下，它们创立的国际法规则仍需国家的批准或同意才能生效。因此，国际法主体主要是国家，一些国际组织根据国家间事先约定的章程，也具有一定的国际法主体资格和国际上的缔约能力。

1958年，联合国组织在日内瓦召开了第一次海洋法会议，开始了不同国家以平等身份参与的首轮条约性质的海洋法造法，通过了四个海洋法公约：《领海及毗连区公约》《公海公约》《捕鱼及养护公海生物资源公约》和《大陆架公约》。这四个公约又称为“日内瓦四公约”，它们所形成的规则，大部分是传统的海洋法习惯规则。^[9]此后，1960年在日内瓦召开了第二次联合国海洋法会议，但未有新的实质进展。直到1973年第三次联合国海洋法会议召开，历时9年，终于在1982年签订了《联合国海洋法公约》（简称《海洋法公约》），为当前的国际海洋法提供了核心内容。该公约于1994年生效。

（二）《海洋法公约》所彰显的国际造法原理

《国际法院规约》第38条规定：“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：（子）不论普通或特别国际条约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。（卯）在第59条规定之下，^[10]司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。”此规定既反映了国际法的形式渊源，也指明了国际法的造法原理：新的国际法是由国家制定，它们主要通过订立条约或发展习惯国际法来造法；^[11]国际法院不能造法，国际法院的职能是根据现有法而不是制定新法来进行裁定。

条约是由两个或两个以上的国际法主体签订的、确定缔约方权利义务的协议，它不能

[7] *About the Commission, Origin and background*, <http://legal.un.org/ilc/ilcintro.shtml>, 2018年6月28日访问。

[8] 参见[美]惠顿：《万国公法》，[美]丁慧良译，何勤华点校，中国政法大学出版社2002年版，点校者前言第3页以下。

[9] 参见端木正主编：《国际法》，北京大学出版社1997年版，第167页。

[10] 《国际法院规约》第59条规定：法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。

[11] 一般法律原则是与国际惯例相并行的国际法的主要渊源之一，指各国法律体系所共有的原则，表明它也具有普遍适用性，并需要以国家的明示、默示或行为实践所体现的同意意志为基础，所以在理论上不与习惯法分开讨论。

约束缔约国以外的国家；习惯是指国家间长期一贯的某些实践或通行作法，如果被各国接受为法律，即成为习惯国际法。两者反映国际法不同于国内法：没有统一权威的立法机关，其法律形式、造法、找法与司法均存在特殊性。对于缔约国来说，条约相当于“成文法”，而习惯国际法的内容需要去寻找、论证和证明，具有很大的不确定性。因此，在国际上通过签订条约造法是有意识和有程序地确定法律规则的唯一方式。^[12]并且，条约还可以是习惯国际法产生的重要载体，成为习惯法中国家实践的一部分以及习惯法的证明。^[13]

第三次联合国海洋法会议所通过的《海洋法公约》，兼具条约与习惯的双重属性，但不能说该公约的所有条款都已经成为习惯国际法并得到所有国家的普遍遵守。就非缔约国而言，它们往往只是选择性地承认其中的某些条款为习惯国际法。《海洋法公约》目前已经有168个缔约方（包括欧盟），除美国之外的四个联合国安理会常任理事国以及除美国、土耳其之外的北大西洋公约组织（NATO）的全部成员国，均是公约的缔约国。考虑到全世界的主权国家不到200个，公约的重要地位不仅来自约文本本身，世界上绝大多数国家的支持和批准也是重要的因素。

《海洋法公约》的内容范围之广和条款之详细，都远远超过之前海洋法领域的条约，它由正文17个部分共320条和9个附件组成，建立了多元结构的新海洋制度，被誉为“海洋宪章”。《海洋法公约》对许多现有习惯法规则进行了编纂。它是各国在联合国支持下努力并成功实现编纂活动的最广泛、最详细的成果。^[14]无害通过制度、沿海国对领海的领土主权和公海自由等，都是对原有习惯法进行编纂的典型例子。

《海洋法公约》所规定的一些新的概念与制度包括：将领海的最大宽度定为12海里，其毗连区为24海里，并在确定领海无害通过权的基础上，建立了国际航行海峡的“过境通行”制度；对有备用路线的海峡、连接公海或专属经济区到一国领海的海峡，设立了不可中止的无害通过制度；设立了“群岛国家”“群岛基线”“群岛水域”以及相应的群岛海道通过制度；设立了200海里的专属经济区制度；确定了大陆架、含特殊地貌下的200海里以外的大陆架制度；设立了国际海底区域的人类共同继承财产制度，等等。同时，针对地形地貌差异和国家权益的区分必要，公约对国家进行了复杂的分类，有外国、第三国、海岸相邻或相向国家、港口国家等。据统计，《海洋法公约》涵盖了57个不同种类的权利义务主体；公约中所使用的具有法律意义的“区域/场所”用语多达58种，包括领海、专属经济区、海湾、港口、岛屿、低潮高地等。

此外，《海洋法公约》所采用的“一揽子协议”方式，也被视作习惯法形成的一种新途

[12] See C. Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against Their Will*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1993, pp. 195 - 374.

[13] 1969年《维也纳条约法公约》第38条对此作了确认：“第34条至第37条之规定不妨碍条约所载规则成为对第三国有约束之公认国际法习惯规则。”

[14] 按照《联合国宪章》的规定，联合国大会负有促进国际法发展与编纂的任务，但参加草拟宪章的各国绝大多数都反对赋予联合国制定具有约束力的国际法规则的立法权力。同时，一些学者指出，国际法的发展与编纂肯定不只是对先前存在的法律规则的收集与重述，而是包含了对旧法的修改与对正在形成中的新的法律原则与规则的创新因素。但是，对国际法编纂的授权肯定不同于常规的造法大会对构建与解释新法的授权。法律编纂与造法的使命是根本不同的。参见 [意] 图利奥·特雷韦斯：《联合国海洋法公约》，www.un.org/law/avl，2018年6月28日访问。Also see Jennings, *The Progressive Development of International Law and its Codification*, 24 *Brit. Y. B. Int'l L.* 301 (1947); N. Holcombe, *Improvement of the International Law-Making Process*, 37 *Notre Dame Law* 22 (1961).

径。^[15] 公约还设想了一个高度机构化的世界，它不仅规定了四个机构的创建，即国际海底管理局、国际海洋法法庭、大陆架界限委员会和公约缔约方会议，还委托给现有组织，特别是国际海事组织许多任务，将其规定、标准或建议作为评估国内法律和规定与公约一致性的标准。^[16] 《海洋法公约》所体现的海洋法规则与原则，是国家间进行海洋交往、确权及实行开发与合作的基本准则，是当今国际海洋秩序稳定的基石。

（三）造法原理的局限性与问题

按照“条约不及第三国”原则，《海洋法公约》并不适用于非缔约国（除了同时被视为习惯国际法的条款）。尽管《海洋法公约》的缔约国数量已基本包括世界上所有国家，但不是全部；作为世界头号强国美国就不是公约的缔约国，不受条约的直接约束，它对《海洋法公约》的引用一直是以习惯国际法的名义。由此，就带来一个解释习惯国际法的困境：对本国有利的规则就认为是习惯国际法，对不利的规则就加以否定，不同国家对同样的原则与规则会作出不同的解释。

1. “同意意志”与“法律确信”背后的政治考量

国内法体系中，因为有权威的立法机关，什么是法、什么不是法，均有明确的界定与区分。但是，就国际法而言，因为缺乏权威的中央机构，它在规范性逻辑层面，可能导向为国家许可、不许可或者不同程度的许可，法律的内容也就难免存在不确定性。^[17] 因此，虽然国际法以国家的同意意志为基础，但是在国际关系的现实运作中，国际法的“同意”之形成与表示都是一个立体的过程，国家之间没有实质上的平等，大国与小国、强国与弱国，乃至不同的利益与区域集团之间，影响力大有差异。就一些小国对某项条约的意愿表达来讲，很多国家在谈判中不过都是“勉强接受”：它们并不愿意，但是它们同意。^[18]

这些小国拥有主权，为什么要签订那些并不真正想要的协议呢？有学者分析认为，是因为这些国家需要，不仅仅因为它们需要金钱、技术支持、紧急食物帮助等，还因为它们感到有去“参与”的必要性。这一情形不仅存在于条约谈判过程中，整个国际法都是如此，不管它的形式是什么，“新国家必须归属于国际社会，会员资格赋予国家一种期望的地位，他们据此拥有国际化的社会功能以及基于地位的权利与义务”。接纳国际法是成为国际社会成员的方式，就像成员资格是一个共同体里面必要的互惠条件，归属于一个国家共同体也被视为一种必要的义务。^[19]

美国学者福克指出，传统国际法的法律分析建立在选择相关资料的基础之上，而选择标准又是武断的，往往反映的是研究者的价值观或者来自其本国的不同和不完备的事实认知。^[20] 就此，美国的现实主义学者在国际法学说上发展出“政策定向”和“进程主义”学派，力求走出僵化的形式主义乌托邦。政策定向论与法律进程论各有侧重，前者以耶鲁大

[15] See Martin Lishexian Lee, *The Interrelation Between the Law of the Sea Convention and Customary International Law*, 8 San Diego Int'l L. J. 34 (2006).

[16] 参见 [意] 图利奥·特雷韦斯：《联合国海洋法公约》，www.un.org/law/avl，2018年3月14日访问。

[17] See R. Falk, *The Status of International Law in International Society*, Princeton University Press, 1970, p. 24.

[18] See Alain Pellet, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, 12 Aust. YBIL 22 - 46 (1988 - 1989).

[19] See Franck, *Legitimacy in the International System*, 7 AJIL 753 (1988).

[20] See R. A. Falk, *New Approaches to the Study of International Law*, 61 AJIL 487 (1967).

学麦克杜格尔为代表,后者以哈佛大学的拉斯维尔和亨金为代表。事实上,法律进程论是否形成一个学派尚有争议,因为它不像政策定向学派有一套自创的价值体系与实现这套价值体系的独特进路。本文更多地引用法律进程主义观点,主要在于法律进程主义作为一种方法论,并不反对国际法渊源是国际法的权威基石,不反对实在国际法是法律权利和义务的起点,只是反对僵化的形式主义,更强调决策者的作用,关注国际造法进程。^[21]在这种视角下,任何意图创造法律规则以规范国际关系的法律进程,均是决策者关注的对象,归属国际法的功能;国际组织也可能通过法律性的或者立法类的程序制定方案,以期影响国家的行为;没有法律约束力的规范性建议,也具有某种法律相关性。^[22]

2. 条约作为“成文法”,也存在局限性

条约作为国际法中的“成文法”,也存在局限性。以《海洋法公约》为例,首先,公约文本不能穷尽所有海洋法问题。公约虽然内容丰富、涵盖面广,但它是诸多国家和国际集团利益博弈与妥协的产物,为了尽量减少谈判的难度与通过的阻力,很多条款都是原则性、宏观性的规定,具体的适用问题往往需要国家进一步协商。其次,《海洋法公约》发展的制度性理论将海洋划为更多的类型与区域,这在一定程度上增加了相邻、相向或相关海域的划界纠纷类型、数量与复杂程度。譬如,《海洋法公约》虽然对领海、专属经济区、大陆架等作出了专项规定,但划界原则却是笼统模糊的,这直接导致国家按照对自己有利的方式来理解运用。在沿岸国众多、历史和地形地貌复杂的亚洲,专属经济区和大陆架划界争端就明显加剧。

中国作为重要的亚洲国家,与周边国家间复杂的东海与南海争端就是突出的案例。早在《海洋法公约》刚刚签订不久,乔治·劳里亚特就指出:“海洋法的规定已在亚洲引起了类似敌友之间的新类型争端,因为在亚洲没有一个国家所主张的大陆架界限或其划出的200海里专属经济区不会与其他国家的主张造成冲突。有些在20世纪50年代难以想象的冲突,却由于海洋法的规定而出现,例如被数百海里水域分隔的印尼与越南,现在却在纳土纳群岛北部出现了大陆架的重叠主张;在中国南海,众多岛屿的领土争端亦因海洋法的实施而加剧,原因是这些岛屿都可用来主张专属经济区。”^[23]还有学者指出,《海洋法公约》对复杂海洋争端的解决实际上只能起到“非常有限的作用”。^[24]

三、国际造法进程中的区域与国别差异

针对国际法渊源的局限性可能造成的现实运用瑕疵,路易斯·亨金指出:国际法为国际社会提供一个框架、模式与构造的同时,也植根于国际社会的关系,制定或不制定法律反映了国际社会体系中有效的政治力量博弈。国际社会法律的数量和种类,取决于政治体

[21] See Mary Ellen O'Connell, *Legal Process School*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepil.com, 2018年6月28日访问。

[22] See R. Falk, *To What Extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral?* in A. Cassese and JHH Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, European University Institute, 1989, pp. 12-38.

[23] George Lauriat, *Chaos or Cooperation*, in *Far Eastern Economic Review*, January 6, 1983, p. 16.

[24] Jonathan Charney, *Central East Asian Maritime and the Law of the Sea*, 89 AJIL 725 (1989).

系同质性的程度以及共同的或互惠的利益之程度。^[25]任何法律体系无不反映政治体系中的政治主张，国际法则反映了国家间体系中的政治主张。^[26]

国际海洋法作为国际法的重要组成部分，地区与国别的差异性角色及影响深刻体现在海洋法规则的形成与运作等造法活动进程中，显示出国际法作为国际政治的规范性表达的典型特征。在海洋法会议的参与、约文的起草与议定以及习惯国际法的运用与论证过程中，国际社会整体被划分为发达国家（以美国和欧洲国家为代表）与发展中国家（以中国和 77 国集团为代表）两大政治与社会阵营，两者在海洋法造法进程中展现出不同的角色定位与影响力模式。

（一）国际海洋法中的欧洲意愿与欧洲文化基因

现代海洋法同其他国际法规则一样，是欧洲或西方基督教文明的产物。这以欧洲早期的国家实践与巩固为基础，也可以说是“欧洲信仰”和“欧洲意愿”的产物；欧洲以外的国家，特别是亚洲和非洲在早期基本上没有贡献。^[27]也就是说，“实在国际法”的主体是欧洲国家统一实践与协议所构建的。直到 18 世纪末，它们才作为一种现代的成文理性传播到世界其它国家，非欧洲国家对此鲜有助益。当前国际法所依托的是欧洲智慧的产物，只是在实践中被美洲与亚洲国家所接纳、固化、储备和运用。^[28]几乎每一个西方学者均确认和强调这一观点，罕有例外。^[29]罗琳甚至指出，“传统的国际法是一部欧洲血统的法，这是毫无疑问的”。^[30]昆茨也认为，国际法是基督教欧洲的法律，它根植于中世纪欧洲的基督国家，以西方文化、基督教并常常是天主教价值观为基础。^[31]纵观国际法的历史与发展，我们所知的大部分现代国际法的重要规则，均于 19 世纪下半叶开始形成和发展，用以满足欧洲国家发展商业利益的需要。

尽管像格劳秀斯、普芬道夫、瓦特尔以及其他古典法学家从不质疑亚洲国家在 17、18 世纪的“法律人格”，但是到了 19 世纪，随着亚洲国家政治命运的倾覆，亚洲国家被认为是国际社会不够文明的群体，甚至被认为仅仅是国际法的客体。^[32]当时，地球上的人被分为三种：一是“文明开化的人”，由欧洲出生的国家人民及其后代组成，还包括北美洲和南美洲的国家；二是“野蛮人”，由土耳其和亚洲那些还未成为欧洲附属国的历史古国组成，如波斯（现在的伊朗）、中亚国家、中国、泰国和日本；三是“原始人”，由剩下的人类组成。^[33]

[25] See L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2d ed., Columbia University Press, 1979, pp. 5, 33.

[26] See L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 1.

[27] J. H. w. Verzijl, *Western European Influence on the Foundations of International Law*, in his *International Law in Historical Perspective*, vol. I, Leyden Press, 1968, pp. 435 - 436.

[28] 同上引 J. H. w. Verzijl 文，第 442 页。

[29] See C. H. Alexandrowicz, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th and 18th Centuries)*, Oxford University Press, 1967, pp. 2 - 21.

[30] B. V. A. Roling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam Press, 1960, p. 10.

[31] See Josef L. Kunz, *Pluralism in Legal and Value Systems and International Law*, in his *The Changing Law of Nations*, Toledo & Ohio, 1968, p. 48; also see Shabtai Rosenne, *The Influence of Judaism on the Development of International Law*, 3 *Netherlands International Law Review* 120 (1958).

[32] See Wheaton, *Elements of International Law*, London, 1866, pp. 17 - 18; James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, vol. I, London, 1883, pp. 98 - 99; John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, pp. 78 - 79, 102, 129, 137 - 143.

[33] See James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, vol. I, London, 1883, pp. 101 - 2, 160 - 61, 216 - 19, 226 - 240.

亚历山大威兹指出, 尽管当时的欧洲与亚洲贸易在扩张, 并且东印度的那些王国对欧洲经济繁荣作出了巨大贡献, 但它们是排除在文明的范围以外的, 国际法只是浓缩在某些区域范围内。^[34]

(二) 第三次联合国海洋法会议上发展中国家的崛起

第三次海洋法会议与前两次海洋法会议召开的时机不同。此时, 世界整体走上和平与发展的道路, 武力和干涉等国家行为的合法性得到摒弃, 奴役和削弱小国家、民族和落后地区并将其变为殖民地、半殖民地的行为被宣告非法。到了20世纪70年代初, 亚洲、非洲和南美洲的殖民地国家纷纷宣布独立, 殖民主义基本消亡, 新兴国家大量涌现。

在第三次海洋法会议召开时, 145个与会国家与地区(后增加到150多个)中, 有79个是亚非国家, 构成与会国半数以上, 如果再加上拉美发展中国家, 占与会国的2/3。在介入国际造法的意愿上, 这些国家集中体现出反抗与独立意识。在第三次联合国海洋法会议上, 他们“已不再听凭帝国主义国家任意摆布, 按他们自己的愿望和决心行事”。按照与会的外交官赖鹏程的描述, “会议前后共举行了11期, 整个进程自始至终充满着激烈的斗争。41个非洲国家作为一个区域集团, 态度一致。中国积极支持第三世界反对海洋霸权的斗争”。^[35]

领海宽度是第三次海洋法会议上争论最激烈的问题之一。以超级大国为代表的海洋强国一直在海洋航行、渔业与勘探开发方面拥有实力, 担心领海的扩大、否定军舰的无害通过权将会限制其舰队的活动自由, 从而企图维持较狭窄的领海宽度, 来保持其在别国近海活动的自由和既得利益。^[36]然而, 广大发展中国家为了维护本国的主权, 则希望有一个较宽的领海制度, 以维护自身的沿海区域不被随意侵入、海洋权益不被任意侵害。经过反复的争论与协商, 以77国集团为代表的发展中国家的意见得到尊重, 公约最终确立了12海里的领海宽度。

传统海洋强国还坚持主张国际海底资源开发自由和国际海床自由利用。国际海底是一个待开发的领域, 其法律地位在之前是极不完备的。这次会议上, 少数几个工业化国家, 特别是美国, 企图垄断对国际海底区域矿藏的开发。发展中国家则认为, 国际海底及其资源属于全人类, 任何国家和个人不得把国际海底的任何部分据为己有。不论大国或小国, 沿海国或内陆国, 都有权平等地利用国际海底资源。^[37]早在三十多年前, 拉丁美洲国家为了保护本国沿岸海域的渔业资源免遭掠夺, 就带头掀起争取200海里的海洋权斗争。截至1980年底, 已有九十多个沿海国宣布200海里经济区、领海或者渔区, 设立某种经济区的趋

[34] 参见前引〔29〕, Alexandrowicz文, 第2页。

[35] 赖鹏程:《〈海洋法公约〉简介》,《法学》1983年第4期,第34页。

[36] 1702年,荷兰法学家宾刻舒克提出了著名的“大炮射程说”,对领海的宽度进行了一些界定。到1782年,意大利学者费迪南多·加利尼亚提出将当时大炮最远的射程距离也就是3海里界定为各国能够行使领海管辖权的宽度。英国在1787年颁布《领海管辖权法》,明确规定英国的领海宽度为3海里。19世纪到20世纪之交,要求3海里以上领海管辖权的国家开始增多。1902年,美国打败了西班牙,迫使墨西哥从9海里退回到3海里领海权;1905年,英国抗议并迫使乌拉圭释放了在其有争议水域捕鱼的船只;1909年,英国向葡萄牙施加压力,迫使其接受3海里的捕鱼管辖权;1915年,德国迫使瑞典接受3海里的领海宽度。1958年第一次联合国海洋法会议上,尽管通过了日内瓦四公约,但领海宽度没有达到一致。1960年在日内瓦召开联合国第二次海洋法会议,美国和加拿大联合提出了6海里的领海最大宽度外加6海里渔区的提案,后因亚非拉发展中国家的反对未能通过。

[37] 参考1970年12月17日大会第2749(XXV)号决议。

势已不可阻挡，这使专属经济区成为会议的基本议题之一。在发展中国家的集体努力下，《海洋法公约》明确规定了200海里“专属经济区”制度和区域的“人类共同继承财产”制度。^[38]

1973至1982年间召开的第三次海洋法会议，正赶上众多新独立的发展中国家走上国际舞台，迫切需要保护自己的合法权益，这历时9年的谈判是它们集合起来全力表达海洋意愿的“首秀”，而《海洋法公约》的内容也确实反映了它们中大部分国家的真实诉求，根据这些国家的实践发展出很多新的概念与制度。

（三）美国作为超级大国对国际海洋法造法进程的影响

尽管第三次联合国海洋法会议及公约的签订，被认为是超级大国影响力的失去和第三世界国家的崛起，但不能忽略的是，美国作为超级大国的首要代表，自始至终参与了会议的谈判与协商过程，虽然最后没有签约成为缔约国，其影响力却一直举足轻重。美国不但积极参加了《海洋法公约》全部条文的起草过程，从议题设置、规则制定到外交进程把控等方面均对谈判发挥了主导作用。尽管发展中国家在领海宽度、专属经济区等方面的谈判上取得了重大胜利，但公约所确立的一系列重要规定，包括领海的无害通过权、国际海峡自由通行制度、大陆架制度及公海自由原则等，都充分体现了美国的关切，照顾到了其利益；^[39]只是在国际海底区域归属及资源分配问题上，美国觉得与自身利益相差太大，才最后拒绝签约。在现实中，美国也是以《海洋法公约》作为其海洋权益主张的标尺，常常声称自身行为符合公约的规定。^[40]

有学者指出，如果说在国际社会里国家是平等的，也会有一些国家比其他国家“更平等”。^[41]作为当今唯一的超级大国，美国长久以来将海洋视为其核心利益所在，并一直通过实践对国际海洋法律的发展施加影响。例如，美国总统杜鲁门在1945年9月28日发表的《关于美国对大陆架底土和海床自然资源的政策宣言》，就成为沿海国对大陆架主张主权权利的开端。^[42]这一主张为1958年《大陆架公约》奠定了基础，并在1982年《海洋法公约》中得到确认和完善。美国于1979年启动“自由航行计划”，旨在通过外交、军事和双边及多边协商的手段维护其海洋航行自由及海洋上空的飞越自由。^[43]作为其“自由航行计划”的一部分，美国曾在1984—1986年和原苏联在黑海发生一系列冲突。冲突最终以外交方式解决，美国和苏联签署了《关于无害通过的国际法规则之解释的联合声明》，^[44]这份

[38] 参见前引〔35〕，赖鹏程文，第36页。

[39] 参见沈雅梅：《美国与〈联合国海洋法公约〉的较量》，《美国问题研究》2014年第1期，第57页。

[40] See John F. Turner, Statement of John F. Turner: *To Examine the "United Nations Convention on the Law of the Sea"* (23 March 2004), Testimony before the U. S. Senate Committee on Environment & Public Works.

[41] See Alain Pellet, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, 12 Aust. YBIL 42 (1988 - 1989).

[42] Harry S. Truman, Proclamation 2667 - Policy of the United States with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332>, 2018年6月27日访问。

[43] See George Galdorisi, *The United States Freedom of Navigation Program: A Bridge for International Compliance with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea?* 27 Ocean Development and International Law 399 (1996); Dennis Mandsager, *The U. S. Freedom of Navigation Program: Policy, Procedure, and Future*, 72 International Law Studies U. S. Naval War College 113 (1998); William J. Aceves, *The Freedom of Navigation Program: A Study of the Relationship between Law and Politics*, 19 Hastings International and Comparative Law Review 259 (1995).

[44] *Joint Statement by the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics: Uniform Interpretation of Norms of International Law*, 14 Law of the Sea Bulletin 12 (1989).

声明对其他国家的实践和习惯国际法都产生了影响。〔45〕

美国近些年在海洋领域的实践亦深受世界各国的关注和效仿。在航行自由方面,美国仍然积极开展自由航行计划。在海洋环境保护方面,小布什于2009年1月6日通过第8336号总统声明,在太平洋部分岛屿沿岸50海里范围内建立了“太平洋偏远岛屿海洋保护区”,以保护珍稀海洋种群。〔46〕奥巴马宣布将保护区范围扩大至沿岸200海里,从而可能建立世界上最大的海洋保护区。〔47〕美国的行为引起了其他国家的效仿。苏格兰政府于2014年7月24日宣布建立30个新的海洋保护区,〔48〕西班牙政府也宣布了新的海洋保护区,〔49〕英国和帕劳共和国也有建立海洋生物保护区或设立禁止商业捕鱼区的类似动向。〔50〕在海洋安全方面,美国在2003年发起了“防扩散安全倡议”,之后在东亚地区又发起了类似的“区域海洋安全倡议”,旨在通过多边合作防止大规模杀伤性武器的扩散。由于倡议的执行涉及在公海对可疑船只进行排查和“执法”,可能和《海洋法公约》的规定产生冲突,两个倡议引发了国际法上的一些争议并导致了一些国家的担忧。〔51〕不难看出,美国一直积极地通过自身行动影响和塑造国际法。

四、深度介入国际造法进程的必要路径

自20世纪60、70年代开始,尽管发展中国家的实力及参与国际造法的意愿得到提升,但与发达国家相比较,它们在理论准备、规则取舍与政治决策等各个层面还存在差距。要进一步缩小这种差距,包括中国在内的发展中国家,需要全面理解国际法的性质与作用,不轻视、不忽视国际法,从源头开始把握国家在造法进程中的角色与功能。

(一) 国际法理论的引领与思想突破

法治是人类精神文明与制度文明的重要成果,其背后的思想内涵源远流长。就国际法而言,欧洲中心主义在19世纪和20世纪上半叶的殖民主义时期占据着法律及思维上的支配

〔45〕 参见李红云:《也谈外国军舰在领海的无害通过权》,《中外法学》1998年第4期,第89页。

〔46〕 George W. Bush, *Establishment of the Pacific Remote Islands Marine National Monument*, Proclamation 8336, 45 Weekly Compilation of Presidential Documents 14 (2009). 这一声明为保护区划定了约86888平方英里的区域,在区域内禁止商业捕鱼及其他可能破坏区域生态的行为。

〔47〕 The White House, FACT SHEET: Leading at Home and Internationally to Protect Our Ocean and Coasts, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/06/17/fact-sheet-leading-home-and-internationally-protect-our-ocean-and-coasts>, 2018年7月12日访问; Juliet Eilperin, Obama Proposes Vast Expansion of Pacific Ocean Marine Sanctuary, The Washington Post, http://www.washingtonpost.com/politics/obama-will-propose-vast-expansion-of-pacific-ocean-marine-sanctuary/2014/06/16/f8689972-f0c6-11e3-bf76-447a5df6411f_story.html, 2018年7月12日访问。

〔48〕 建立保护区的法律依据及具体范围,参见苏格兰政府网站, <http://www.scotland.gov.uk/Topics/marine/marine-environment/mpanetwork>, 2018年7月12日访问。

〔49〕 See *Spain Radically Increases Marine Protected Areas*, Birdwatch News Archives, http://www.birdwatch.co.uk/channel/newsitem.asp?cate=__15550, 2018年7月12日访问。

〔50〕 See Pete Spotts, *White House Could Announce World's Largest Marine Reserve Soon*, <http://www.csmonitor.com/Science/2014/0820/White-House-could-announce-world-s-largest-marine-reserve-soon-video>, 2018年7月12日访问。

〔51〕 Zou Keyuan, *Law of the Sea Issues Between the United States and East Asian States*, 39 *Ocean Development and International Law* 83 (2008).

地位。这种状况在今天看来尽管得到很大改善，但在根本层面，西方中心主义至今依然没有实质性改变。按照博茨曼的观点，这是因为亚洲与非洲的历史与传统是倾向于“拒绝国际法与国际宪政的”，他们认为西方的这种造物并不符合非洲与亚洲的需要。^[52]

深度介入国际造法进程不同于形式主义的模仿与话语文章的数量轰炸，而应该首先重视思想与智慧的创新。弗兹尔指出，非西方国家的国际外交行为持续地依赖于西方世界的基本概念，他们的政治领导人凭借这些概念热切地寻求国家解放，却没有从他们自己国家的历史中提炼出任何不同的操作性的国际法原则，或者发展出独立可行的法律规则以代替传统的已存的国际法标准；反对西方的亚洲国家却抓住西方创造和完善出来的一些基本观念作为最高的甚至是普世的价值，这一现象带有讽刺意味。^[53] 弗兹尔的观点可以给发展中国家以启发：国家要想更强大并为世界所信服，还需要有“个性化”的思想创造。早在六十多年前，中国、印度与缅甸首倡和平共处五项基本原则。此后，我国在和平共处五项原则的基础上与一百六十多个国家建立和发展外交关系，与众多国际组织开展政治、经济、文化等方面的合作。事实证明，和平共处五项原则为相同或不同社会制度的国家建立和发展友好关系提供了正确指导，为和平解决国家间历史遗留问题及国际争端提供了有效途径，为维护发展中国家的利益和促进南北关系的改善和发展发挥了积极作用。^[54]

中国作为发展中国家的重要代表，近年来更加深刻地认识到“中国的，才是世界的”，创造性地提出了人类命运共同体思想和“一带一路”倡议。“人类命运共同体”和“一带一路”倡议已经相继被写入联合国的社会发展委员会、人权理事会等机构的会议决议之中，这标志着它在这些领域一定程度地迈入了国际软法范畴。与传统国际法思维相比较，人类命运共同体思想一定程度上超越了国家本位主义思维，重新定义大国责任，关注人类长久利益，倡导大国在其能力范围内率先投资区域乃至全球的秩序建设，而不是对“他者”进行扼制和干涉。^[55] 这些可以视作发展中国家进行国际法思想与理论创新的良好开端。

（二）在大型多边条约谈判中承担主导角色

关于发展中国家在大型多边会议中的情况，作为参与者的品托大使曾经描述：“参会的发达工业化国家与它们的发展中国家伙伴相比，其准备的充分程度要高得多，在技术与科学知识层面领先很多年。面对战略计划、方案选择和问题分析等各项任务，发达国家的设施、装备与人员配备都更为充分，他们与身在首府的政策制定者也有更快捷的沟通渠道，这给 77 国集团展现了令人敬畏的景象。77 国集团中的大多数成员国对会议期望较低，他们往往只能通过高级的外交代表或法务人员来回应问题，而且这些代表们任务繁多，这些会议只是他们众多任务中的一项。”^[56]

[52] Adda B. Bozeman, *The Future of Law in a Multicultural World*, Princeton, 1971, p. 169.

[53] 同前引 [27], Verzijl 文, 第 45 页, 第 445 页。

[54] 参见马新民:《和平共处五项原则的“利益观”: 兼顾国家与国际社会的利益》, 载《中国国际法年刊(2014)》, 法律出版社 2014 年版, 第 14 页, 第 21 页。

[55] 参见罗欢欣:《人类命运共同体思想对国际法的理念创新——与“对一切的义务”的比较分析》, 《国际法研究》2018 年第 2 期, 第 4 页, 第 11 页, 第 18 页。

[56] Pinto, *Modern Conference Technique: Insights from Social Psychology and Anthropology*, in Macdonald and Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 315.

品托的描述很大程度上真实地反映了发展中国家参与多边条约谈判的状况。以第三次联合国海洋法会议为例,它虽然标志着发展中国家的崛起,但之后的实践证明发展中国家在此次会议上存在经验与准备不足的问题。作为会议成果的《海洋法公约》并未充分考虑以中国南海周边国家为代表的亚洲国家特殊的沿海地理与地貌,公约的签订反而为亚洲国家间的海洋争端复杂化埋下伏笔。

作为重要的发展中国家,1971年至1982年间召开的第三次联合国海洋法会议是新中国在联合国恢复合法席位后第一次参与的大规模多边条约谈判。中国在该会议上的角色定位首先是支持发展中国家。为了“坚决同第三世界国家……站在一起”,支持200海里以外大陆架资源的收益分享和77国集团在区域问题上的立场,中国在会议上既批评过苏联关于专属经济区是公海一部分的观点,也对美国1980年通过影响区域制度的《深海固体矿物资源法》表示“严重的关切”。^[57]正是中国和其他发展中国家的共同努力,一个涵盖群岛国、专属经济区、区域和海洋技术发展与转让等新的海洋法制度才得以成型,诸如领海与大陆架这类传统海洋法制度才得以有新的发展,并使会议最后通过《海洋法公约》。不过,从外交记录来看,由于中国第一次参加这样的国际会议,在维护国家权益方面经验不足,现在我国管辖海域产生的一些问题即与此有关联。^[58]学界逐步发现:《海洋法公约》对专属经济区和大陆架的管辖权条款,难以有效规范美国海军测量船频繁在中国专属经济区和大陆架上的测量活动;在传统的公海捕鱼自由方面,由于中国不是这些国际渔业组织的成员,中国渔民的捕鱼活动实际上被排除在这些区域之外;当初认为可以扩大中国管辖范围的专属经济区和外大陆架,实际上成为中国的真正“软肋”或“麻烦制造者”,如果依照1958年的“日内瓦海洋法四公约”,中国与周边国家的大陆架、专属经济区划界争端很可能得以避免。反观美国,它在第三次联合国海洋法会议上强烈反对建立专属经济区,最终却是专属经济区的最大获益者,“《海洋法公约》纯粹就是一部体现美国利益和要求的国际条约”。^[59]

与中国和众多准备不足的发展中国家相比,美国是第三次海洋法会议的主要发起国与谈判国,虽然没有最终签约,却是在《海洋法公约》下获益最多的国家之一。美国、澳大利亚、新西兰、印度尼西亚、加拿大和原苏联的专属经济区面积占了全球专属经济区面积的40%,其中只有印度尼西亚属于发展中国家。^[60]1994年,美国主张的专属经济区面积达到九百多万平方公里;而中国主张的海域面积只有三百多万平方公里,其中相当大一部分位于存在争议的南海。中国海域主张的整体面积不但远远低于美国,甚至大大低于陆地面积无法与中国相比较的日本。^[61]日本主张的专属经济区约为448万平方公里,英国约为

[57] 同上书,第275页。

[58] 邹克渊:《〈联合国海洋法公约〉实施中的若干新问题》,《中山大学法律评论》2013年第2期,第4页。

[59] 参见余民才:《中国与〈联合国海洋法公约〉》,《现代国际关系》2012年第10期,第57页。

[60] Dupuy-Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. 2, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 281; McDougal and Turke, *Public Order of the Oceans-A Contemporary Law of the Sea*, New Haven Press, 1987, p. 72.

[61] 参见上引Dupuy-Vignes书,第281页;上引McDougal等书,第72页。有学者总结美国拥有的专属经济区面积的最新数据约为1135万平方公里,而中国没有争议的海域面积只有88万平方公里。参见郑志华:《中国崛起与海洋秩序构建——包容性海洋秩序论纲》,《上海行政学院学报》2015年第3期,第100页。

681 万平方公里，澳大利亚约为 851 万平方公里，俄罗斯约为 757 万平方公里。^[62]

（三）重视国际组织造法，加强国家在国际组织中的参与度

尽管目前学界对国际组织是否具有直接的造法功能存在争议，但在事实影响力上，联合国大会对三次海洋法会议的召开起到了直接推动作用，安理会、国际法院、联合国海洋法法庭等重要国际组织的造法功能均举足轻重。随着国际法的发展和细化，国际法律体系的分支不断增多，规范层次和治理机制日趋复杂，“全球规则制定的组织化”已是大势所趋。这些数量庞大的国际组织定期正式或非正式地互动，甚至近年开始联络起来创造出一套意图将跨国法律与规则联系起来的网络。^[63]因此，对以国际组织为平台发起的各类造法会议或准造法会议，国家都应该与时俱进，重视对这些国际组织的介入和影响。

1. 国际组织在国际海洋法规则形成中的现实作用

普遍性会议存在的目的，在于制定条约或者解决特定问题。如果会议成功，它们就会达成多边条约，该条约对批准它的国家具有法律约束力。联合国就是以这种方式确立的。^[64]联合国成立后，又成立了诸多职能机构与协商平台，其中联合国大会的多次决议促成了海洋法造法会议的召开，《海洋法公约》又是多边造法会议的成果。

关于国际组织与国际法的关系，学界在 20 世纪初就出现了有关世界政府与世界立法的争论，提出国际组织的发展是否已导致它们具有一些造法功能的问题。有意见指出，造法不再是国家专有的。^[65]实际上，国际组织、非正式的国际机构及其网络均介入了规范化进程，^[66]国际组织的决定也开始被认为是国际法的渊源（尽管有争议），^[67]它们往往被作为世界立法来加以讨论。^[68]在这个背景下，用“立法”这个词特别合于一些联合国安理会决议的适用。由于安理会决议在实践中的强制性，^[69]安理会被认为承担了世界立法者的职能。

当然，“世界立法”这个术语虽然被接受，但怎么具体地理解这个概念仍然缺乏共识。一些国际组织法学者指出，除了常规的国际组织以外，越来越多的由技术官僚组成的国际机构、跨国论坛、平台网络都在国际或跨国规范进程中发挥作用。对此，可以用“官僚政

[62] 参见前引 [61]，郑志华文，第 100 页。

[63] J. G. S. Koppell, *World Rule. Accountability, Legitimacy, and the Design of Global Governance*, The University of Chicago Press, 2008.

[64] Arthur N. Holcombe, *Improvement of the International Law-Making Process*, 37 Notre Dame Law 16 (1961).

[65] A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. vii. See for a non-legal approach: M. J. Warning, *Transnational Public Governance: Networks, Law and Legitimacy*, Palgrave Macmillan, 2009.

[66] See R. A. Wessel and J. Wouters, *The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres*, 2 International Organizations Law Review 257 - 289 (2007); A. Follesdal, R. A. Wessel and J. Wouters (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

[67] See I. E. Dekker and R. A. Wessel, *Governance by International Organisations: Rethinking the Source and Normative Force of International Decisions*, in I. E. Dekker and W. G. Werner (eds.), *Governance and International Legal Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 215 - 236.

[68] M. Akram and S. H. Shah, *The Legislative Powers of the United Nations Security Council*, in R. St. J. MacDonal and D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism-Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 431 - 455.

[69] 特别是安理会第 1373 (2001) 号决议和 1540 (2004) 号决议的“造法”性受到着重探讨。

治”而不是用传统的条约制定与习惯法形成理论来进行解释。^[70]特定法律的产生虽然取决于国家实践的累积与社会情势的变化，但多边会议参与人在国际组织或协商平台上的观点与论述，却对法律概念与条款内容的形成产生直接作用。以1982年的《海洋法公约》为例。1967年联合国大会的内部议程，从马耳他阿维·帕尔多大使的著名演讲开始。演讲主要关注国家管辖范围之外海底的矿物资源，特别是深海的多金属结核以及那些有望带来巨大经济收益的资源。1970年联合国大会决议对这一概念作了综述。根据该决议，各国管辖范围以外海洋底床与下层土壤（地域），以及该地域之资源是“人类共同继承之财产”；任何国家都不能对其宣称或行使主权，其利用应只限于和平目的；在由“一项普遍协议之世界性国际条约”所建立的“国际制度”和“适当国际机构”之外，不可以开采或利用这些资源。^[71]这些最终成为《海洋法公约》所确立的重要制度。

如今，国家通过国际组织介入造法进程的专业化与技术化要求越来越高，在参与相关国际组织或协商平台的过程中，国家应当日益重视专家团队的组建、配合与分工，而不是简单地由外交代表将政治、法律与其他专业问题包揽在一起，使外交官负担沉重，专业问题也得不到充分准备与应对。

2. 国际法院等机构的“司法造法”是不可回避的现实

除了联合国大会、联合国安理会“是否有造法功能”备受关注外，国际法院、联合国海洋法法庭在司法活动中的“造法”作用更是一个不容忽视的问题。根据《国际法院规约》第38条，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，只是“作为确定法律原则之补助资料”；该规约第59条又规定，“国际法院的裁决仅对本案及当事国有约束力”。这意味着国际法院的裁决无法直接为第三方“造法”，不是直接的国际法的来源。然而，正如赫希·劳特派特所述，“司法造法”是任何社会中司法运作之永恒特征，国际社会概莫能外。只要不是采取故意无视现存法律的形式，“司法造法”就是一种健康且无法回避的现象。^[72]艾伦·博伊尔和克里斯蒂·琴青也指出：“理论上否定国际司法机构造法权能的论调忽视了这样一个现实，即国际司法机构——尤其是国际法院——的确发挥着重大的造法作用。”^[73]

事实上，在国际海洋法领域，很多重要规则都是国际法院“司法造法”的结果，如海洋法中最核心的“陆地决定海洋原则”。国际法院早在1951年“渔业案”中就指出，“沿海国是根据陆地获得主张从岸边延伸出的水域的权利”。^[74]此后，国际法院在“北海大陆架案”中进行了引用与重述，^[75]又在“爱琴海大陆架案”中再次确认。^[76]之后，这个原则没再受到任何挑战地成为习惯国际法，并被纳入1982年的《海洋法公约》。

当然，因为《国际法院规约》第38条的限制，除自愿接受法院管辖的案件当事国以

[70] J. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, 2005, p. 217.

[71] 1970年12月17日大会第2749（XXV）号决议。

[72] Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Limited, 1958, pp. 155 - 156.

[73] Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 268.

[74] ICJ Reports 1951, p. 133.

[75] ICJ Reports 1969, p. 51.

[76] ICJ Reports 1978, p. 36.

外, 国际法院等司法机构的“司法造法”效果, 还在于国家是否同意接受。其造法内容与效力在理论上均有挑战空间, 只是司法机构、国际组织、权威学者对案例的常规引用, 以其现实影响力压住了微弱的理论质疑。就此而言, 要反对于国不利的“司法造法”, 要发出与之相抗衡的理论声音, 这亦是影响这种“司法造法”效果的可行途径。在南海仲裁案裁决作出后, 中国国际法学会组织专家撰写了对裁决内容与效力进行反对与批驳的系列文章, 就是较好的回应案例。^[77] 但是, 中国还从未与其它国家订立过同意将争端提交给国际法院的特别协议, 对我国签署、批准或加入的国际公约中带有提交国际法院解决争端的争端解决条款, 过去几乎都作出了保留。^[78] 这表明我国还缺乏介入国际“司法造法”活动的主动性, 对“司法造法”的国际影响力有待挖掘。

结 语

国家的主权平等、同意与意思自治, 是以《联合国宪章》为基础的现代国际法成立的理论前提, 国家既是国际法的参与者, 又是塑造者。作为平权社会的法律, 国际法主要由国家自己通过条约和习惯来造法。本文将国际海洋法的形成与运作过程作为一个动态实例, 揭示了以 1982 年《海洋法公约》为核心内容的现代海洋法规则在形成与运作过程中存在的不同国家、亲缘政治集团与利益群体的博弈图景。

国际法并非完全自洽的法律体系, 基于其法律形式主要由条约与习惯构成, 国际社会的造法成为国际法的核心问题。国际法的造法与找法实际上是一个过程。在这个过程中, 政治决策者们主张选择自由, 在外交上讨价还价和妥协; 法律由政治行为体通过政治程序制定, 并以达到政治目的为归依; 法律的出现是各种政治力量较量的结果, 法律对国家行为的影响也是由政治力量决定的, 国际法同样是特定“社会”及其政治体系的产物。^[79]

尽管国际法的背后有千丝万缕的政治影响, 但在国际关系中, 各国事实上还是遵守着国际法, 特别是国际法的基本原则与规则被公认为不能受到侵犯, 否则国际社会必然会重回战争与混乱。^[80] 实际上, 各国政府也认可国际法的法律性质, 并认为自己的行为是受到国际法约束的。^[81] 以中国为代表的发展中国家, 要缩小与发达国家在介入及影响国际造法进程中的差距, 既不能保守和僵化地理解国际法, 也不能低估自身在国际造法中可能的角色与功能, 更不能轻视国际法的作用。国家在国际造法进程中提高角色定位、提升影响力, 具有把握国际规则的制定权与国际秩序主导权的重要意义。

世界的进步取决于思想的进步, 这个时代已经历了文明强制输入所导致的战火劫乱, 未来全球化的安然过渡需要不同文明的深层对话。全球化危机的真正问题不在于贫富差距,

[77] 中国国际法学会:《菲律宾南海仲裁案仲裁庭所作裁决没有法律效力》, <http://www.csil.cn/News/Detail.aspx?AId=210>, 2018 年 6 月 28 日访问。

[78] 参见赵建文:《条约保留在我国的理论与实践》,《政治与法律》2013 年第 9 期。

[79] 同前引 [26], Henkin 文, 第 3 页以下。

[80] 亨金也专门指出“各国事实上还是遵守那些最为重要的原则的, 因为没有哪个国家愿意卷入战争”。前引 [25], Henkin 文, 第 320 页以下。

[81] C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, Rdc Publisher, 1999, pp. 48 - 49.

或者科技、物质主义极速膨胀所可能造成的生态灾难，而是不同民族、宗教、国家对世界进行分裂性理解的方式。^{〔82〕} 在国际规则的建造当中，发展中国家的智慧要与西方工业化国家的智慧实现成功对接，首先需要发出自己的声音。以国际海洋法实践为例，当我们在海洋法领域面临特有的新问题与新考验时，在理论与实践勇于突破和创新是不可回避的路径。所有国家所累积的法理确信与行动经验都是习惯国际法的规则源起，发展中国家与发达国家并无差别。对此，发展中国家要善于把握多边场合的机会，通过价值表达与思维观念的对话、理解和融合，最终达成新的、更完备层级的规则共识。

Abstract: The modern international order is based on international law with the UN Charter as the core. Under Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, new rules of international law are made by states primarily through conclusion of treaties and development of customary international law. International law is a multidimensional and comprehensive process that reflects the complex game playing between states in international relations and politics, and states are both the creators of and objects of application of these rules. The formation and operation of the international law of the sea shows that western developed countries not only have natural advantages of cultural origin, but also are well ahead of developing countries in theoretical preparation, consideration of political decisions and choice of rules in practice. The lack of full understanding of their role and function in international law-making is the main reason for the gap between states in this field. If China aims to build itself into a maritime power, it must attach great importance to deep participation in international law-making.

Key Words: international law-making, law of the sea, the School of Legal Process, global governance

〔82〕 参见前引〔55〕，罗欢欣文，第16页。