

张华.《联合国海洋法公约》发展进程中的司法能动主义——基于海洋划界的考察[J].中国海商法研究,2022,33(2):14-24

《联合国海洋法公约》发展进程中的司法能动主义

——基于海洋划界的考察

张 华

(南京大学 法学院,江苏 南京 210093)

摘要: 由于历史原因和时代发展,《联合国海洋法公约》在海洋事务方面的规制不足日益显现。在正式国际造法路径进展缓慢的情况下,国际司法机构的司法能动主义为《联合国海洋法公约》规则的发展提供了替代性的路径。在海洋划界裁判进程中,国际司法机构自创海洋划界方法论,管辖并裁决200海里外大陆架边界,强化海洋划界争端当事方的法律义务,成为司法能动主义的典型。但是,海洋划界裁判中的司法能动主义亦逐渐暴露出局限性:海洋划界方法论适用时主观性和灵活性依旧,200海里外大陆架裁判中衍生出一系列法律不确定性,对争议海域当事方活动奉行“双重标准”,甚至为强行管辖海洋划界争端而陷入政治纷争。有鉴于此,同时考虑到近期国际法院裁决海洋划界争端时接连遭遇“逆流”,国际司法机构应避免加剧司法能动主义所造成的正当性赤字,适时转向司法克制主义。

关键词:《联合国海洋法公约》;海洋划界;国际司法裁决;司法能动主义

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)02-0014-11

Judicial activism in the development of the *United Nations Convention on the Law of the Sea*

—a case study of maritime delimitation

ZHANG Hua

(School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

Abstract: As a result of the drafting history and contemporary development, the regulatory deficiencies of the *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) have become increasingly apparent with regard to maritime affairs. Since the development of formal international lawmaking process is slow, judicial activism in international adjudication provides an alternative approach to the development of UNCLOS provisions. In adjudicating maritime boundary disputes, international judicial bodies established “maritime delimitation methodology”, exercised jurisdiction and delimited the boundary of continental shelf beyond 200 nautical miles, and strengthened legal obligations for the parties to maritime boundary disputes, which constitutes the archetype of judicial activism. However, judicial activism in maritime delimitation has gradually displayed some limitations: the subjectivity and flexibility remain in the application of “maritime delimitation methodology”, a series of legal uncertainties has been arising in adjudicating boundary of outer continental shelf, “double standard” was adopted towards the disputant parties of maritime delimitation, and even International Tribunal for the Law of the Sea got involved into politicized disputes due to its strong willingness to exercise jurisdiction over particular maritime boundary disputes. In light of the above limitations, and considering the recent “countercurrent” encountered by International Court of Justice once and again in adjudicating maritime boundary disputes, international judicial bodies should avoid the aggravation of “legitimacy deficit” resulting from judicial activism, and turn to judicial restraint in time.

Key words: UNCLOS; maritime delimitation; international adjudication; judicial activism

收稿日期:2022-05-09

基金项目:2019年度国家社科基金重大项目(19VHQ009)

作者简介:张华,男,南京大学法学院教授。

《联合国海洋法公约》(简称《公约》)自1982年诞生以来,已经走过了40年的风雨历程。作为“海洋宪章”,《公约》以其在国际海洋法律秩序中的权威性和涵盖议题的广泛性而著称。^[1]不过,在第三次联合国海洋法会议期间,部分议题由于争议太大而“中道崩殂”,甚至“功败垂成”,最终未能载入《公约》文本,成为历史遗留问题。部分议题出于弥合分歧的需要而形成了较为原则抽象的妥协文本,缺乏可操作性,有待进一步解释和发展。由此可见,《公约》从一开始就存在“规制漏洞”。随着时代的演变,以及海洋科学和技术的发展,尤其是人类开发利用海洋能力的进一步增强,《公约》对海洋活动的规制不足愈发明显,亟需动态发展。综观《公约》的各种发展路径,国际司法机构的创造性裁决对《公约》规则的建构效应可谓“立竿见影”。“司法能动主义”成为《公约》发展进程中的一股强大动力。在归纳《公约》各项发展路径的基础上,笔者重点以国际海洋划界规则的发展为考察对象,分别从海洋划界方法论、200海里外大陆架划界、海洋划界争端当事方义务三个方面,揭示国际司法机构在海洋划界裁决进程中的司法能动主义。与此同时,笔者将对国际海洋划界司法裁决中衍生的一系列法律问题进行批判性分析,从而暴露出司法能动主义的局限性。最终,基于近期国际海洋划界司法裁决实践中出现的“逆流”,笔者提出国际司法机构应适度转向“司法克制主义”,以免加剧国际司法裁决的正当性赤字,从而确保《公约》之下权利和义务的平衡。

一、《公约》的发展路径

毋庸讳言,《公约》文本甫一问世即存在先天性的规制不足,面对新出现的海洋议题,《公约》更显“望洋兴叹、束手无策”。“海洋宪章”这一光环随着《公约》实施的次第展开和规制失灵而有所“黯淡”。《公约》需要进行与时俱进的发展方能满足全球海洋治理中日益迫切的规制需求。由法律渊源的角度观之,《公约》文本的动态发展主要存在四种路径:条约制定或修正、催生国际习惯法规则、国际机构立法、国际司法机构的创造性裁决。

(一) 条约路径

《公约》第312条至第316条规定了修正程序。理论上,《公约》可以通过修正程序获得与时俱进的发展。但是,从《公约》第312条有关修正案的提出

和决策程序,以及第316条有关修正案生效的规定来看,《公约》缔约方试图动用修正程序来发展《公约》的相关规定,即使不是完全无望,但也确实是非常困难的。《公约》修正程序迄今尚未使用过就是很好的证明。

实践中,国际社会通过谈判和缔结《公约》实施协定的方式来调整、弥补和发展《公约》。例如,1994年通过的《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》事实上调整了《公约》第十一部分有关国际海底区域的制度设计;1995年通过的《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群的规定的协定》细化了《公约》中有关养护和管理跨界鱼类种群的规定。目前正在谈判中的《国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用问题协定》(简称BBNJ协定)将成为《公约》的第三项实施协定,用以规制公海和国际海底区域的海洋遗传资源问题。

(二) 国际习惯法路径

《公约》序言部分有“确认本公约未予规定的事项,应继续以一般国际法的规则和原则为准则”的规定。此处所谓“一般国际法的规则与原则”,通常理解为国际习惯法规则。国际习惯法规则作为国际法的正式渊源之一,对条约起着重要的补充作用——尤其是在条约规定阙如的情况下,国际习惯法就成为探究实在法规则的重要渊源。因此,对于《公约》中明显未予规定的事项,国际社会应坦然从国际习惯法的角度来找寻国际海洋法规则。国际习惯法成为弥补《公约》法律漏洞的替代路径。例如,在讨论大陆国家洋中群岛的直线基线问题时,无需拘泥于《公约》的文本,而是应该从国际习惯法角度来评估《公约》生效后国家实践的动态发展情况。又如,有关历史性权利的法律依据问题,《公约》本身的规定过于狭隘,限于其中的“历史性所有权”,从国际习惯法角度来看待历史性权利也许更为合适。

此外,过去四十年以来,《公约》中越来越多的规则已经演化为国际习惯法规则。这一趋势在国际法理论界和实务界渐成共识,近期国际司法裁决也反复佐证了这一点^①。条约规则与国际习惯法规则并存的态势并不妨碍具体规则在平行层面同时产生拘束力。相应地,由于《公约》规则的国际习惯法

^① 参见 *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Columbia)*, ICJ Judgement of 21 April 2022, para. 48.

化,即使非《公约》缔约国也应遵守其中的规则,这样就事实上扩大了《公约》的适用范围。

(三) 国际机构立法路径

《公约》成立的国际机构主要是国际海底管理局、大陆架界限委员会和国际海洋法法庭(简称ITLOS),以及广泛意义上的缔约方会议。除专司司法职能的ITLOS外,这些《公约》框架下的国际机构在职能范围内从事《公约》授权的活动,为国际海洋法的动态发展提供了长足的机构性动力。

国际海底管理局的核心职能在于管理和控制国际海底区域(简称“区域”)内的勘探与开发活动。自成立以来,国际海底管理局先后制定了三个勘探规章,即《“区域”内多金属结核探矿与勘探规章》(2000年)、《“区域”内多金属硫化物探矿和勘探规章》(2010年)和《“区域”内富钴铁锰结壳探矿和勘探规章》(2012年)。目前《“区域”内矿产资源开发规章草案》也已经出台。此外,管理局还颁布了一系列程序、标准和建议,^[2]为国际海底区域的勘探和开发活动提供了更具可操作性的指南。

(四) 国际司法裁决路径

《公约》十五部分争端解决机制规定了四种导致有拘束力裁判的强制程序,亦即:国际法院(简称ICJ)、ITLOS、《公约》附件7仲裁庭和附件8仲裁庭。这些国际司法机构在裁决争端或者发表咨询意见时,对《公约》中的条款进行了创造性的解释或适用,甚至在缺乏明文规定的场合,径自从事司法造法活动,又或者在管辖权依据不足的个案中,积极实施管辖权。《公约》争端解决机制框架下的国际司法机构所奉行的“司法能动主义”在国际法理论界和实务界引发了不小的争议。^[3]争端当事国对此亦颇有微词,甚至在个案中“大加挞伐”^①。尽管如此,国际司法裁决还是在事实上潜移默化地影响着国际海洋法的长远发展,虽然形式上不具有判例法的效果,但仍然可谓《公约》发展的第四种路径。

实事求是而言,国际海洋法议题中有不少规则的发展均源自国际司法机构的创造性裁决。限于篇幅,笔者不可能对国际司法机构在个案中的司法能动主义进行逐一揭示。鉴于在考察《公约》发展进程中的“司法能动主义”维度时,国际海洋划界规则的演化最为典型,笔者接下来将以此为例,从积极层面和消极层面揭示《公约》发展进程中不容小觑的

司法能动主义。

二、国际海洋划界裁判中的司法能动主义

国际海洋划界是指两个或两个以上的国家在海洋权利发生重叠的情况下,确立起相互间海洋边界的过程,^[4]包括领海划界、专属经济区和大陆架划界。早在20世纪80年代,著名国际法专家普罗斯特佩尔·维耶(Prosper Weil)就旗帜鲜明地指出:海洋划界的法律制度基本上是法官造法的产物。^[5]从《公约》产生后40年当中海洋划界规则的演化进程来看,维耶的观点可谓“历久弥新”。ICJ、ITLOS和仲裁庭在国际海洋划界规则的发展进程中充分发挥着司法能动主义。

(一) 国际海洋划界的方法论

领海划界和专属经济区、大陆架划界在规则的发展水平上存在异质性。《公约》第15条“海岸相向或相邻国家间的领海划界规则”明确规定:“如果两国海岸彼此相向或相邻,两国中任何一国在彼此没有相反协议的情形下,均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。但如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限,则不适用上述规定。”

相形之下,《公约》有关专属经济区和大陆架划界的规则远没有领海划界规则那样确定和具有可操作性。《公约》第74条第1款和第83条第1款以相同的措辞规定,海岸相向或相邻国家间专属经济区和大陆架的界限,“应在《国际法院规约》第38条所指国际法的基础上以协议划定,以便得到公平解决”。这一模糊条款的产生有其特殊的历史背景:在第三次联合国海洋法会议期间,由于“等距离集团”和“公平原则集团”相持不下,出于弥合分歧的需要,《公约》第74条第1款和第83条第1款成为外交谈判中“建设性模糊”的典型。^[6]就达成《公约》文本的目的而言,这一妥协无可厚非,但客观上将问题推迟到了实施阶段。《公约》中的措辞如此原则抽象,以至于对于海洋划界工作缺乏实际指导意义。

所幸的是,《公约》有关专属经济区和大陆架划界规定的不足在嗣后的国际司法裁决中逐渐得以弥

^① 例如,2012年11月19日ICJ在“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中裁决了两国200海里以内的单一海洋边界。哥伦比亚时任总统桑托斯旋即发表声明,认为ICJ在裁决海洋边界时犯了严重的错误,拒绝接受ICJ的裁决。

补。在1985年的“利比亚诉马耳他案”中,ICJ首次概括了海洋划界的“阶段”,并在此后的裁决中逐渐累积海洋划界的原则和方法。与此同时,国际仲裁庭亦采取了类似的路径。最终,ICJ在2009年“罗马尼亚诉乌克兰黑海划界案”中首次系统阐述了“海洋划界方法论”,亦即所谓的“三阶段划界法”,成为国际海洋划界的标准流程。

ICJ创立的“海洋划界方法论”将海洋划界分为三个阶段:第一阶段,通过运用客观的和适合划界区域地理的几何学方法确立临时海洋边界线——通常使用等距离线,除非有令人信服的理由排除这一方法;第二阶段,考虑是否存在需要调整或改变临时等距离线的相关情况,以确保实现公平结果;第三阶段,对依据相关情况调整过的,或无需调整的临时等距离线进行比例检验,以确保双方相关海岸长度的比例与依划界所得相关海域面积的比例不致出现重大失衡,产生不公平的结果^①。

从形式上来看,“海洋划界方法论”增强了国际海洋划界规则的确定性和可预测性。^[7]在之后的海洋划界案件中,ICJ所创设的“海洋划界方法论”得到了ITLOS和仲裁庭的沿袭,成为国际法上“司法造法”的典型。在依据“海洋划界方法论”裁决海洋边界的过程中,司法能动主义大行其道。

1. 确定临时海洋边界线

就第一阶段而言,国际司法机构在考虑是否以等距离线作为海洋划界工作的起点时,享有一定的自由裁量空间。不排除在海岸线不稳定的情况下,国际司法机构会选择以其他类型的海洋边界线作为替代。例如,在“尼加拉瓜诉洪都拉斯案”中,ICJ就在划界起始阶段适用了夹角平分线(bisector line),而非等距离线^②。另外,国际司法机构在选择基点以构建临时等距离线方面享有很大的自由裁量权。即便争端当事国提议相应的基点,国际司法机构如果认为不合适的话,也往往会“另起炉灶”^③。

2. 确定相关情况以调整临时海洋边界线

就第二阶段而言,国际司法机构在判断是否存在相关情况,以及对临时等距离线进行调整时,具有极大程度的自由裁量权。根据克劳福德(James

Crawford)的总结,曾经获得国际司法机构认可的相关情况包括:争端方海岸总体地形、次要的海洋地物、海岸线长度差异、宏观地理背景、公平获取争议海域的自然资源。另外,争端当事方在诉讼中还会提及以下更为宽泛的因素:海床的地质结构和地貌、争端双方的行为、争议海域内自然资源的分布情况、安全与防务利益、航行利益、与陆地边界总体走向保持一致、区域内已经开展的海洋划界。^[8]早期的国际司法裁决经常在这些因素之间“逡巡”。然而,自从“海洋划界方法论”创立以来,国际司法机构采纳的相关情况限于地理因素,例如海岸凹陷、海岸线长度差异、宏观地理背景、岛屿或半岛的存在。争端当事国虽然提出油气资源开发、捕鱼活动、航行、安全等其他因素以主张对海洋边界线作出有利于己方的调整,但无一例外地遭到了国际司法机构的否定。海洋划界第二阶段的相关情况目前几乎限缩为地理因素。这一限缩虽然带来了确定性和可预测性,但国际司法机构在判断争端方提出的地理因素是否构成相关情况方面,仍然享有很大的自由裁量权。

以海岸凹陷为例,尽管在“孟加拉湾划界案”和“孟加拉湾仲裁案”中ITLOS和仲裁庭先后将海岸凹陷确定为调整临时等距离线的理由^④,但在“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”中,ITLOS特别分庭否定了科特迪瓦基于海岸凹陷的主张。在特别分庭看来,尽管科特迪瓦海岸存在凹陷,并且产生了一定的切断效应,但还不足以构成需要调整临时海洋边界线的相关情况^⑤。而在最新作出裁决的“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中,肯尼亚海岸与索马里海岸之间其实并没有明显的凹陷。但是,ICJ发挥司法能动主义,强调宏观地理背景,将肯尼亚海岸与坦桑尼亚海岸联系起来,以凹陷会产生切断效应为由,对临时等距离线进行了适度的调整^⑥。单从海岸地形来看,似乎科特迪瓦的海岸凹陷较之于肯尼亚海岸要更为明显一些。ICJ在该案中从宏观地理背景的角度,结合第三国的海岸地形,肯定了海岸凹陷构成相关情况,似乎是基于公平划界的考虑。但是这种联系第三国海岸地形确定海岸凹陷的做法,与此前“北

① 参见 *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 61, paras. 115-121.

② 参见 *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007, p. 659, para. 287.

③ 参见 *Maritime Delimitation in the India Ocean (Somalia v. Kenya)*, Merits, ICJ Judgment of 12 October 2021, para. 111.

④ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4, para. 292; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, RIAA, Vol. XXXII, p. 124, para. 417.

⑤ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS Reports 2017, p. 120, para. 425.

⑥ 参见 *Maritime Delimitation in the India Ocean (Somalia v. Kenya)*, paras. 162-171.

海大陆架案”“孟加拉湾划界案”和“孟加拉湾仲裁案”之间还是存在一定的区别^①。或许只有司法能动主义才能解释 ICJ 的这一灵活操作,援引先例只是为了寻求正当性。

在确立相关情况后,国际司法机构需要进一步调整临时等距离线,以实现结果公平。单从判决来看,国际司法机构虽然提供了调整方案,但并未阐明具体操作的法律依据。例如,在“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中,ICJ 确定了海岸线长度差异和宏观地理背景作为相关情况。ICJ 在调整临时等距离线时首先赋予尼加拉瓜基点以三倍于哥伦比亚基点的效力,从而构造了所谓的“加权线”。在简化加权线的基础上,ICJ 又采取了纬线的平行线和岛屿的 12 海里弧线,以避免哥伦比亚海洋地物产生切断效应^②。虽然 ICJ 提供了调整方案和大致的理由,但并未说明为何要采取 3:1 加权线和纬线的平行线。综合考察海洋划界裁决,国际司法机构调整临时海洋边界线的方法其实并无规律可循,而毋宁是个案分析的结果。在此进程中,司法能动主义深深影响着海洋边界线的走向。

3. 比例检验

就形式意义而言,比例检验是确保海洋划界实现结果公平的最后一道“安全阀”。比例检验的要义在于:依据临时海洋边界线所得“相关海域”面积的比例与争端双方“相关海岸”长度的比例如果不致出现重大失衡,则表明划界结果公平,该临时性的边界线成为最终的海洋边界线。

比例检验看似精确,但因为“重大失衡”这一标准并无更具体的量化标准可资参照,此最后阶段本质上仍然属于国际司法机构自由裁量的范畴。国际司法机构一方面反复强调比例检验并不追求绝对的数学上的精确,另一方面在识别相关海岸和相关海域,以及计算其长度和面积方面保有极大的灵活性。相应地,比例检验在海洋划界三阶段中流于形式。例如,在“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土和海洋争端案”中,双方的相关海岸长度比例为 1:8.2,划界所得相关海域面积比例为 1:3.44。如果这样悬殊的比例都不构成“重大失衡”的话,很难说未来还有新的

海洋划界案件能让比例检验发挥实际效用。ICJ 在该案中回避了“重大失衡”的门槛标准问题,转而援引此前“扬马延案”裁决中的比例检验情况,以佐证其在该案中比例检验结论的合理性^③。问题是,2009 年创立的“海洋划界方法论”在适用时以 1993 年裁决的“扬马延案”作为先例,恐怕有“缘木求鱼”之嫌,本质上也不过是为了掩饰其疏于论证的裁决。由于迄今为止在比例检验阶段尚未出现重大失衡的裁决,质疑比例检验存在价值的声音愈来愈大。^[9]

(二) 200 海里外大陆架划界

国际司法机构的司法能动主义并未止步于 200 海里以内的海洋划界问题,而是不断向 200 海里以外大陆架划界问题进军。在确立管辖权的基础上,近年来国际司法机构越来越自如地将 200 海里以内划界形成的单一海洋边界径直延伸至 200 海里以外大陆架划界,不免有“率尔操觚”之嫌。

国际司法机构早期对 200 海里外大陆架划界问题持较为克制的态度。根据《公约》第 76 条第 8 款,主张享有 200 海里以外大陆架的国家应将相关信息提交联合国大陆架界限委员会(简称 CLCS),沿海国在 CLCS 建议的基础上划定的大陆架外部界限方具有确定性和拘束力。CLCS 确立一国 200 海里以外大陆架之外部界限的工作通常简称为“定界”(delineation)。按照以往国际司法机构的逻辑,只有在 200 海里以外大陆架的外部界限得以确定后,方能划分 200 海里以外大陆架,亦即“划界”(delimitation)应以“定界”为前提。在 1992 年裁决的“圣皮埃尔和密克隆仲裁案”中,仲裁庭坚持这一逻辑,否定了法国关于 200 海里外大陆架划界的主张^④。无独有偶,在 2007 年裁决的“尼加拉瓜诉洪都拉斯案”中,ICJ 在裁决了 200 海里以内的海洋边界后指出:此海洋边界线不涉及 200 海里外大陆架,任何有关 200 海里以外大陆架权利的主张都需经 CLCS 审查^⑤。有国际律师将此裁决解读为“划界”应以“定界”为前提。^[10]但是,国际司法机构的克制态度近年来发生了明显的转变。

ITLOS 在 2012 年裁决的“孟加拉湾划界案”中,

^① “北海大陆架案”中,德国分别起诉了丹麦与荷兰,ICJ 一并审理,考虑了德国海岸凹陷,因而提出划界应遵循公平原则;“孟加拉湾划界案”与“孟加拉湾仲裁案”中,孟加拉国先后起诉缅甸和印度,并且孟加拉国的海岸凹陷非常明显,构成双重凹陷,切断效应严重。这些案件的事实背景特殊,在“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中恐怕不能简单类推适用。

^② 参见 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 624, paras. 229-238.

^③ 参见 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Columbia)*, paras. 244-247.

^④ 参见 *Case concerning the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (Saint-Pierre and Miquelon)*, Decision of 10 June 1992, RIAA, Vol. XXI, pp. 265-341, paras. 77-79.

^⑤ 参见 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Honduras)*, para. 319.

首次对“定界”和“划界”之间的关系进行了详细区分。ITLOS 认为,国际司法机构的“划界”职能和 CLCS 的“定界”职能并无竞合关系。而且一味强调“划界”需以“定界”为前提的话,将会导致 CLCS 的工作陷入僵局。这是因为:根据 CLCS 的议事规则,对于存在海洋划界争端的提案,CLCS 需暂停审议。出于打破僵局的需要,ITLOS 也有必要先对 200 海里外大陆架划界进行裁决。ITLOS 以有利于《公约》的目的和宗旨为由,强调“划界”与“定界”之间的功能性差异,确定其有义务裁决 200 海里外大陆架划界争端^①。

在几乎同步进行的“孟加拉湾仲裁案”,以及之后的“尼加拉瓜诉哥伦比亚 200 海里外大陆架划界案”“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中,ICJ、ITLOS 特别分庭和仲裁庭沿袭了 ITLOS 在“孟加拉湾划界案”中区分“定界”和“划界”的做法,倾向于在“无科学上的重大不确定性”的情况下,对 200 海里以外大陆架的划界问题实施管辖权。^[11] 国际司法机构在判断“无科学上的重大不确定性”这一条件是否成立的时候,往往会结合个案中的具体情形,倾向于得出肯定管辖权的结论,司法能动主义充斥其间。

除正在裁决中的“尼加拉瓜诉哥伦比亚 200 海里外大陆架划界案”外,国际司法机构迄今已经在“孟加拉湾划界案”(2012 年)、“孟加拉湾仲裁案”(2014 年)、“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”(2017 年)和“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”(2021 年)中划分了 200 海里外大陆架。从这些案件的裁决来看,国际司法机构不仅在 200 海里以内海洋划界中使用单一海洋边界线,而且不加区分地将此边界线自动适用于 200 海里以外大陆架划界,直至到达 200 海里以外大陆架的外部界限——即使 CLCS 尚未完成审议工作。继“海洋划界方法论”后,国际司法机构在 200 海里外大陆架划界问题方面将“司法能动主义”发挥到极致,自然招致国际法理论界和实务界的关注,并不乏质疑之声。

(三) 海洋划界争端当事方的法律义务

《公约》第 74 条和第 83 条有关专属经济区和大陆架划界的规定原本“平淡无奇”,在国际司法机构近年来的一系列裁决中,这些缺乏实际指导意义的

规定被赋予了更为丰富的内容。国际司法裁决大有“点石成金”之功效。

根据《公约》第 74 条第 1 款和第 83 条第 1 款,专属经济区和大陆架的划界应以协议为之,以求得公平解决。在“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”中,ITLOS 将谈判义务纳入该款,并强调此为行为义务,而非结果义务^②。在 2017 年“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中,ICJ 同样将该款视为包含了谈判义务——虽然不构成独立的争端解决方式^③。在 2021 年的“毛里求斯诉马尔代夫海洋划界案”中,ITLOS 亦采取同样的理解,进而将第 74 条第 2 款和第 83 条第 2 款中“有关国家如在合理期间内未能达成任何协议”的规定解读为谈判未能达成协议,如此才应诉诸《公约》第十五部分的强制程序^④。这就为《公约》缔约国将海洋划界争端诉诸争端解决机制施加了前置性的谈判义务。照此理解,即使《公约》第十五部分的规定中并未将谈判作为诉诸强制程序的条件,第 74 条第 2 款和第 83 条第 2 款的规定仍为海洋划界争端当事国施加了谈判义务。

另外,《公约》第 74 条第 3 款和第 83 条第 3 款规定了海洋划界争端当事国在达成海洋划界协议之前,应基于谅解和合作精神,尽一切努力作出实际性的临时安排,并且在过渡期内不危害或阻碍最后协议的达成。国际司法机构对“尽一切努力作出实际性安排”和“不危害或阻碍最后协议的达成”这两方面的义务进行了建设性的解读。

在“圭亚那与苏里南仲裁案”中,仲裁庭认为,“尽一切努力作出实际性的临时安排”这一义务意在促进临时制度和现实措施的建立,从而为划界之前争议海域的临时使用铺平道路。该义务隐含承认了在争议海域避免中止经济开发活动的重要性——只要此类活动不影响最终协议的达成。此种安排有利于实现公约的一项目标,即公平和高效地使用海洋资源。此外,虽然“尽一切努力”这一措辞给相关国家或争端解决机构留有余地,但仲裁庭认为,规定该义务的措辞为争端方施加了善意谈判的义务。“应基于谅解与合作的精神”这一措辞表明了起草者的意图,即要求争端方以一种和解性的姿态展开谈判,据此在谋求建立临时安排的过程中准备作出

① 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, paras. 372-394。

② 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, para. 604。

③ 参见 *Maritime Delimitation in the India Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2017, p. 3, para. 90。

④ 参见 *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, Preliminary Objections, ITLOS Judgment of 28 January 2021, paras. 271-275。

让步。鉴于临时安排本身即暂时性质,且并不妨碍最后的划界,争端双方应该能采取此种和解性的姿态。作为临时安排的实例,仲裁庭提及了共同开发协定,并指出国际司法机构实际上鼓励共同开发那些跨越海洋边界的资源。最后,仲裁庭特别强调了实际性的临时安排与《公约》目标之间的工具性联系,这也正是《公约》为争端当事国施加该义务的理由所在^①。

关于“不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务,仲裁庭认为,这是《公约》关于促进各国和平和友好关系,以及和平解决国际争端之目标的体现。该义务显然无意排除争议海域的所有活动。就油气勘探和开发活动而言,有两种活动是允许的:第一,争端双方根据临时安排所开展的活动;第二,争端方不危害或阻碍最后协议达成的单方活动。后者例如,那些不会对海洋环境造成物理性变更的单方活动,如地震勘测。相反,由于油气资源的勘探和开发活动会造成永久性物理变更,因而不属于允许的范畴。

在“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”中,ITLOS 特别分庭进一步阐释了《公约》第 83 条第 3 款中所含义务的法律性质。ITLOS 特别分庭指出:该条款包含两个相互联系的义务,亦即“尽一切努力作出实际性的临时安排”,以及“在此过渡期间内,不危害或阻碍最后协议的达成”。“尽一切努力作出实际性的临时安排”属于行为义务。从该条款的措辞来看,该义务并不要求就临时安排达成协议,争端当事方仅仅负有善意行动的义务,此类行动应“基于谅解和合作的精神”开展^②。“在此过渡期间内,不危害或阻碍最后协议的达成”亦属于行为义务。“过渡期”是指自海洋划界争端确立直至划界协议最终达成或划界裁决最终作出这一期间。过渡期内会出现两种情况:双方达成临时安排以规制争端方在争议海域的行为,或者双方未达成临时安排。在不存在临时安排的争议海域,争端双方的义务正是“不危害或阻碍最后协议的达成”。特别分庭强调,在解释第 83 条第 3 款时应考虑争端方有“基于谅解和合作的精神”开展行动的一般性义务^③。

综合上述裁决不难看出,原本“乏善可陈”的第 74 条和第 83 条经由国际司法裁决而不断得以具

化和强化。在海洋划界争端最终获得解决之前,争端当事方至少应恪守谈判义务、合作义务和克制义务。相关义务因为《公约》强制程序的存在而在国际司法裁决中具有了可执行性。

三、司法能动主义的局限性

由于国际司法机构突出的司法能动主义,国际海洋划界规则形式上较之于其他国际海洋法规则要显得更为发达和系统化。在涉及国际海洋划界争端时,ICJ、ITLOS 和仲裁庭经常互相援引彼此的“先例”。国际司法机构之间越来越频繁的“交互滋养”有助于国际司法裁决的统一性和一致性,可以尽快夯实个案中“司法造法”的成果,进而在短期内影响国际海洋法的商谈,最终促使国际造法进程产生质变。但是,从国际海洋划界司法裁决中新近衍生的一系列法律问题来看,国际司法机构的司法能动主义在增加海洋划界规则确定性和可预测性的同时,又产生了新的法律问题。

(一) 海洋划界方法论适用时的主观性与灵活性

ICJ 在 2009 年引进的“海洋划界方法论”形式上增强了海洋划界流程的确定性和可预测性。在创立之初,“三阶段划界法”曾以其系统性和客观性而颇受嘉许。但经过十几年的司法实践后,越来越多的国际律师开始质疑其确定性和可预测性。埃文斯(Malcolm Evans)在评估海洋划界司法裁决的特征时亦指出:国际司法裁决仍然在可预测性和灵活性之间来回摇摆。^[12]

仅以“三阶段划界法”的起始步骤为例。在海洋划界进程中,识别相关海岸和相关海域,并且计算相关海岸的长度和相关海域的面积至关重要。相关海岸的地理条件首先影响着海洋划界第一阶段是否适用临时等距离线。在海洋划界第二阶段,相关海岸长度的差异程度决定了是否存在需要进一步调整临时海洋边界线的相关情况。在海洋划界的第三阶段,相关海岸的长度比例与划界后所得的相关海域的面积比例不得产生“重大失衡”,如此方能经受住比例检验。对于如此重要的前提工作,国际司法机构只是“轻描淡写”地提供了相关海岸和相关海域的定义,对于更为具体的识别和计算方法,要么“讳莫如深”,要么“闪烁其词”,迄今为止仍然没有明确

^① 参见 *Award in the Arbitration regarding the Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname*, Award of 17 September 2007, RIAA, Vol. XXX, pp. 1-144, paras. 459-464.

^② 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, paras. 626-628.

^③ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, paras. 629-630.

或统一相关海岸和相关海域的识别和计算方法。在测算相关海岸的长度时,时而使用大致代表海岸走向的直线,时而使用简化的海岸线,其中并无规律可循;在测算相关海域的面积时,时而使用径向投射(radial projection),时而使用正向投射(frontal projection),其中的原理和依据无稽可考。尽管国际司法机构反复强调,相关海岸和相关海域的计算不追求数学上的绝对精确^①,但这一“遁词”不能成为对相关海岸和相关海域之识别和计算方法“秘而不宣”的理由。这也恰恰暴露了海洋划界裁决的主观性和灵活性。

另外,诚如上文揭示国际司法机构的司法能动主义时所见,在海洋划界的三个阶段中,其实每一个阶段都存在很大的主观性和灵活性,而非“海洋划界方法论”所标榜的客观性和可预测性。在构建临时等距离线时,国际司法机构往往会自行选择基点,这就为海洋划界第一阶段引入主观性提供了空间。在判断是否存在相关情况时,国际司法机构无视专属经济区和大陆架制度的区别,完全以单一的地理因素取代了争端当事国的其他关切因素。在追求单一海洋边界这一目标的指引下,专属经济区与大陆架制度间的功能性界限在海洋划界的国际司法裁决中趋于模糊。在调整临时海洋边界线时,国际司法机构除原则性地交代需调整的原因之外,从未说明具体调整方法的依据何在。在从事比例检验时,此前识别和测算相关海岸和相关海域的灵活性和主观性同样贯穿到了第三阶段,以至于迄今尚未发生实际效用。从国际司法机构的划界结果来看,甚至出现了调整后的海洋边界线与等距离/中间线毫无关联^②,又或者调整后的海洋边界线事实上与争端当事一方最初主张的海洋边界线相同,或相近的尴尬现象^③。如此不仅说明海洋划界裁决的主观性和灵活性,而且说明“三阶段划界法”流于形式,且有悖“司法经济原则”。

(二) 200 海里外大陆架划界中的法律不确定性 国际司法机构在“孟加拉湾划界案”“孟加拉湾

仲裁案”“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”和“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中发挥司法能动主义,不仅裁决 200 海里以内的单一海洋边界,而且将此边界线拓展适用于 200 海里以外大陆,从而形成了一条贯穿各个海域的单一海洋边界线。在此能动进程中,国际司法机构坚持内外大陆架并无本质区别,并且倾向于否认地质和地貌因素在 200 海里外大陆架划界中的作用^④。问题是,依据《公约》第 76 条的规定,200 海里外大陆架的权利基础与地质地貌因素密切相关。如果说 200 海里以内专属经济区和大陆架划界时排除地质和地貌因素尚属“情有可原”——毕竟在 200 海里以内距离标准足以兼顾专属经济区和大陆架的权利基础,那么没有理由在划分 200 海里外大陆架时一概否定地质和地貌因素的作用。^[13]

更有甚者,在计算相关海域面积时,200 海里以外大陆架的面积也被计算在内。问题是,在上述作出实体裁决的四个案件中,其实争端双方 200 海里以外大陆架的外部界限都还没有最终确定。如此计算得出的相关海域面积自然存在很大的“水分”。相应地,这将使最后阶段的比例检验更加流于形式。再者,在裁决 200 海里以内海洋边界时,但凡争端当事方主张油气资源的分布情况和开发活动构成相关情况,或者足以证成默示协定时,国际司法机构都会以专属经济区和大陆架属于不同类型的功能性海域为由,拒绝单独考虑油气资源方面的因素,除非当事方能同时出具捕鱼活动方面的证据^⑤。照此逻辑,200 海里以外大陆架划界是否就应当考虑油气资源方面的因素呢?考虑到大陆架权利与油气资源的内在关联,国际司法机构似乎在划分 200 海里外大陆架时没有理由完全无视油气资源方面的因素。

另外,国际司法机构将 200 海里以内的单一海洋边界自动拓展至 200 海里以外大陆架,不仅忽视了专属经济区和大陆架的区别,而且往往会造成“灰色区域”——海床和底土属于一国外大陆架,但上覆水体属于另一国专属经济区。^[14]当然,如果像在“加

① 参见 *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, para. 111.

② 例如,在 2012 年裁决的“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土与海洋争端案”中,ICJ 运用 3:1 加权线、纬线平行线和圆弧线调整后的海洋边界线与此前第一阶段的临时等距离线相去甚远,可谓毫无关联。

③ 例如,在 2012 年裁决的“孟加拉湾划界案(孟加拉国诉缅甸)”中,ITLOS 虽然形式上以临时等距离线作为起步,但调整后的海洋边界线是一条方位角为 215° 的大地测量线,事实上与孟加拉国最初主张的夹角平分线重合;在 2014 年的“孟加拉国仲裁案(孟加拉国诉印度)”中,仲裁庭同样基于海岸凹陷这一相关情况对临时等距离线进行了调整,最后的海洋边界线是一条方位角为 117° 30' 00" 的大地测量线,与孟加拉国最初主张的夹角平分线方位非常接近。

④ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, paras. 434-435; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh/India)*, para. 439.

⑤ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, para. 226.

纳与科特迪瓦大西洋划界案”中那样,国际司法机构并未对临时海洋边界线进行任何调整,而是适用单一的等距离线作为海洋边界线的话,那就例外地不产生“灰色区域”。可以预料,“灰色区域”将会诱发海洋划界争端当事国未来的主权权利和管辖权冲突。正因如此,国际司法机构在划界产生“灰色区域”问题时“不厌其烦”地强调,争端双方应就此区域缔结协定或建立适当的合作安排,并且在此区域行使权利和履行义务时应适当顾及另一方的权利和义务^①。问题是,争端方寻求海洋划界司法裁决的目的是为了厘清双方主权权利和管辖权的行使边界。国际司法机构裁决 200 海里外大陆架的结果却是在争端双方之间造就了潜在的争端源。更严峻的问题在于,既然 200 海里以外大陆架划界时容许存在“灰色区域”,那么为何 200 海里以内大陆架和专属经济区划界就一定要适用单一海洋边界^②? 考虑到二者之间存在功能性差异,为何不在 200 海里以内专属经济区和大陆架划界时引入“灰色区域”——允许专属经济区和大陆架划界分别进行? 而如果在 200 海里以内允许产生“灰色区域”的话,那么在大陆架划界或专属经济区划界进程中是否就可以考虑地理因素以外的其他因素? 这样理解似乎既尊重《公约》为专属经济区和大陆架设置的功能性差异,也更加符合海洋划界遵守公平原则的需要。由 200 海里外大陆架划界所激发的上述法律不确定性某种程度上可能颠覆国际司法机构在国际海洋划界原则、规则和方法方面所进行的长达半个多世纪的努力——如果国际司法机构认真对待并试图化解这一系列法律不确定性的话。

(三) 争议海域当事方活动的“双重标准”

国际司法机构虽然在“圭亚那与苏里南仲裁案”“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”“毛里求斯诉马尔代夫海洋划界案”中厘清和强化了争端当事方在海洋划界争端获致最终解决之前的法律义务,但在适用相关义务时,存在一定的“双重标准”,释放出一些令外界费解的信号。

例如,在“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”中,ITLOS 特别分庭虽然在海洋划界阶段拒绝采纳加纳

主张的海洋边界,但在裁决国际法律责任问题时明显有偏袒加纳的嫌疑,且创造了一些可能会助长单方油气开发活动的例外标准。科特迪瓦主张加纳在科特迪瓦海域的单边活动侵犯了科特迪瓦对其大陆架享有的专属性主权权利。ITLOS 特别分庭认为:在司法裁决作出之前,如果争议海域是争端双方善意主张的对象,争端一方在争议大陆架上的活动不能视为侵犯另一方的主权权利——如果该大陆架之后被裁决为另一方所有的话。据此,特别分庭否定了科特迪瓦关于加纳在争议海域的油气开发活动侵犯其主权权利的主张^③。在考察加纳在争议海域的油气开发活动是否违反“不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务时,ITLOS 特别分庭仅仅以科特迪瓦诉讼请求中的措辞不足以支撑其诉求为由作出了有利于加纳的裁决。特别分庭的逻辑是,科特迪瓦第 2 项诉讼请求第 3 点要求特别分庭裁决:加纳在科特迪瓦海域的单方油气开发活动违反了《公约》第 83 条第 3 款中“不得危害或阻碍最后协议的达成”的规定。由于在海洋划界裁决阶段这些所谓的“科特迪瓦海域”已经裁决给加纳,所以加纳只是在自己海域开展油气开发活动,自然没有违反第 83 条第 3 款中之义务^④。问题是,从《公约》第 83 条第 3 款的目的来看,应该是对海洋划界争端当事国在争议海域的单方活动形成一种约束,科特迪瓦诉讼请求中的“科特迪瓦海域”更准确的表述应该是“争议海域”。此形式上的瑕疵不足以成为特别分庭否定科特迪瓦诉讼请求的决定性理由。相反,从有助于实现《公约》第 83 条第 3 款规定之目的的角度来看,特别分庭理应忽略这一措辞上的瑕疵,裁决加纳在争议海域的单方面油气开发活动违反《公约》第 83 条第 3 款中的限制性义务。

另外经不起推敲的是,特别分庭认为加纳遵守此前的临时保全措施命令,确保在争议海域不再开展新的钻井活动,中止了争议海域的油气开发活动。但事实上,加纳仍然在争议海域从事钻井活动,理由是作为此前活动的继续,意在确保石油储藏的正常生产和维护,以及维护海洋环境。而 ITLOS 特别分庭简单依据 2015 年临时保全措施命令中的有关例

^① 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, paras. 472-476; *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh/India)*, paras. 506-508.

^② 单从《公约》文本来看,海洋划界争端当事国并无使用单一海洋边界的义务。单一海洋边界源自国家实践和国际司法裁决。

^③ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, paras. 585-595.

^④ 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, para. 633.

外规定,完全支持了加纳的主张^①。照此裁决逻辑,争端当事方在争议海域完全可以加强单方面的油气开发活动,只要主张此类活动是以往已经开展的油气开发活动的继续,目的是避免对海洋环境造成严重损害,或者是避免造成严重的经济损失,或产生不合理的经济负担。特别分庭的裁决恐怕会鼓励争端方在争议海域开展单方面的油气开发活动,导致严格遵守《公约》第 83 条第 3 款的争端方反而处于不利地位。^[15]

(四) 为管辖海洋划界争端而陷入政治纷争

就确保国际司法良治的要求而言,国际司法机构应尽可能避免卷入政治。鉴于司法能动主义本身就具有政治化的嫌疑,在不适宜发挥司法能动主义的特殊案件中,国际司法机构理应采取谨慎态度,奉行司法克制主义。但是,从近期的国际海洋划界案件来看,国际司法机构似乎在司法能动主义的惯性下“积重难返”。

以“毛里求斯诉马尔代夫海洋划界案”为例。众所周知,过去十年当中,毛里求斯与英国之间围绕查戈斯群岛主权的争端日趋白热化。在双边谈判无法奏效的情况下,毛里求斯采取灵活的国际诉讼策略和多边外交策略,先后动用了《公约》附件 7 仲裁程序、ICJ 咨询程序、欧洲人权法院诉讼程序和 CLCS 外大陆架审议程序,同时在非洲联盟和联合国层面启动了多项讨论程序。毛里求斯的诉求非常明确,那就是查戈斯群岛的主权应当归于毛里求斯。在此进程中,毛里求斯请求 ITLOS 裁决其与马尔代夫的海洋边界,明显是其国际诉讼策略的一环。

马尔代夫在诉讼中质疑两国之间是否存在海洋划界争端。在确定毛里求斯享有查戈斯群岛的主权之前,很难说两国之间存在权利重叠的海域。而根据《公约》第 288 条的规定,ITLOS 只能裁决有关《公约》解释和适用的争端。ITLOS 对领土主权争端不具有管辖权。在这样一个首要诉讼目的在于实现领土主权的所谓海洋划界争端中,ITLOS 理应恪守《公约》所限定的职能,对于此类“精心包装”的海洋划界争端,应当在管辖权和可受理性方面作出谨慎裁决,以免沦为毛里求斯的“诉讼工具”。事实恰恰相反,ITLOS 在该案中将司法能动主义发挥到极致。ITLOS 对 ICJ 2020 年发布的有关“1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分离的后果”的咨询意见进行了过度

解读,以咨询意见为工具,扫除了对海洋划界争端实施管辖权的关键性障碍^②。ITLOS 为管辖海洋划界争端而作出的管辖权裁决引发了国际法理论界和实务界的强烈关切,批判之声不绝于耳。^[16]

四、结语

国际司法机构不遗余力地管辖海洋划界争端,并在裁决进程中发展海洋划界规则的经历可谓《公约》发展进程中司法能动主义的典型。经由司法能动主义,国际海洋划界规则呈现出如下发展规律:第一,国际海洋划界法的确定性和可预测性形式上获得了提升;第二,与海岸地理无关的因素越来越难以构成海洋划界的相关情况;第三,单一海洋边界成为 200 海里内外海洋划界的主流趋势;第四,海洋划界争端当事方的克制义务和合作义务不断得以强化。

与此同时,近期国际司法机构裁决海洋划界争端时趋于极端的司法能动主义也暴露出不少局限性:“海洋划界方法论”并没有像预期的那样走向确定性和可预测性,国际司法机构的主观性和灵活性依旧;国际司法机构过于积极地对 200 海里外大陆架划界争端实施管辖权,在划分 200 海里外大陆架边界的同时却又产生了一系列新的法律不确定性;海洋划界争端当事方在争议海域的法律义务虽然形式上得到强化,但裁决中引进的一些例外标准在实践中有助长单方面油气资源开发活动的风险;甚至于国际司法机构出于强行裁决海洋划界争端的需要,刻意规避混合型海洋争端中的管辖权障碍,^[17]卷入富有争议的政治纷争。凡此种种,均暴露出司法能动主义在发展《公约》的同时,也一定程度地冲击着《公约》早期所建立的权利和义务的平衡。

国际司法机构的终极权威源自国家同意,而正当性本质上属于可以证立的权威,因此国家同意与正当性之间密切相关。司法能动主义打破《公约》缔约方最初努力维系的权利义务平衡之时,也正是其酿成正当性危机之始。国际司法机构在发展《公约》规则时如果大幅度和习惯性地超越国家同意的范畴,将会加剧《公约》第十五部分争端解决机制的正当性赤字。久而久之,过度司法能动主义会导致争端当事国和潜在诉讼者对国际司法机构的不信任危机,进而危及国际法层面的司法良治。例如,在新近裁决的“索马里诉肯尼亚印度洋划界案”中,肯尼

^① 参见 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, para. 652.

^② 参见 *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the India Ocean (Mauritius/ Maldives)*, paras. 249-251.

亚最终缺席 ICJ 庭审程序,很大程度上是因为 ICJ 此前基于过度灵活的条约解释而确立了管辖权^①。尤为甚者,在 2012 年 11 月 19 日 ICJ 裁决了尼加拉瓜和哥伦比亚之间在加勒比海的 200 海里海洋边界后,哥伦比亚明确拒绝接受 ICJ 裁决的单一海洋边界,旋即以退出《波哥大公约》的方式抵制 ICJ 的管辖权^②。近期 ICJ 裁决海洋划界争端时遭遇的“逆流”充分暴露出过度司法能动主义的负面效应所在,不利于国际司法良治。

最后需要指出的是,在极端的情况下,国际组织的成员国甚至会因为对司法能动主义的强烈关切而

阻碍法官遴选,产生“空椅子”危机,导致国际司法机构“停摆”。WTO 争端解决机制上诉机构的教训可谓殷鉴不远。^[18]因此,在不宜发挥司法能动主义的情况下,国际司法机构的法官应审时度势,适度回归司法克制主义,否则会导致正当性危机,进而影响国际司法机构正常运行。如果说在争端双方同意国际司法机构实施管辖权,或至少是对其裁判活动予以配合的情况下,国际司法机构适度发挥司法能动主义尚无正当性之忧的话,那么在管辖权和可受理性存在明显争议的情况下,国际司法机构其实不宜再发挥能动性,而应转向司法克制主义。

参考文献:

- [1] CHURCHILL R. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea [C]//ROTHWELL D R, ELFERINK A O, SCOTT K, et al. The Oxford Handbook of the Law of the Sea. Oxford: Oxford University Press, 2015: 44-45.
- [2] 自然资源部海洋发展战略研究所课题组. 中国海洋发展报告(2020) [M]. 北京: 海洋出版社, 2020: 238.
- [3] 张华. 国际海洋争端解决中的“司法造法”问题——以“南海仲裁案”为例 [J]. 当代法学, 2017, 31(5): 151-152.
- [4] 高健军. 国际海洋划界论——有关等距离/特殊情况规则的研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 1.
- [5] WEIL P. The law of maritime delimitation—reflections [M]. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1989: 8.
- [6] 陈德恭. 现代国际海洋法 [M]. 北京: 海洋出版社, 2009: 218-237.
- [7] 张华. 国际司法裁决中的海洋划界方法论解析 [J]. 外交评论(外交学院学报), 2012, 29(6): 153.
- [8] CRAWFORD J. Brownlie's principles of public international law [M]. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012: 288-289.
- [9] OLORUNDAMI F. Objectivity versus subjectivity in the context of the ICJ's three-stage methodology of maritime boundary delimitation [J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2017, 32(1): 53.
- [10] KUNOY B. The admissibility of a plea to an international adjudicative forum to delimit the outer continental shelf prior to the adoption of final recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf [J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2010, 25(2): 262.
- [11] 张华. 国际海洋划界裁判中的“司法能动主义”——以 200 海里外大陆架划界问题为例 [J]. 外交评论(外交学院学报), 2019, 36(1): 143-146.
- [12] EVANS M. Maritime boundary delimitation [C]//ROTHWELL D R, ELFERINK A O, SCOTT K, et al. The Oxford Handbook of the Law of the Sea. Oxford: Oxford University Press, 2015: 278.
- [13] COLSON D A. The delimitation of the outer continental shelf between neighboring states [J]. American Journal of International Law, 2003, 97(1): 107.
- [14] 吴继陆. 海洋划界中的“灰区”问题 [J]. 国际法研究, 2017(1): 84-86.
- [15] 张华. 争议海域油气资源开发活动对国际海洋划界的影响——基于“加纳与科特迪瓦大西洋划界案”的思考 [J]. 法商研究, 2018, 35(3): 167-169.
- [16] 高健军. 谁解决了查戈斯群岛的主权争端? ——“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”初步反对主张判决评析 [J]. 国际法研究, 2021(5): 17.
- [17] 张华. 论混合型海洋争端的管辖权问题 [J]. 中国法学, 2016(5): 79-89.
- [18] 杨国华. WTO 上诉机构危机中的法律问题 [J]. 国际法学期刊, 2019(1): 82-83.

^① 在 2017 年的管辖权裁决中, ICJ 通过条约解释排除了管辖权障碍, 最终依据两国事先接受 ICJ 强制管辖的声明而确立了管辖权。在实体问题审理阶段, 肯尼亚多次请求推迟庭审程序。ICJ 在先后三次推迟之后, 最终驳回了肯尼亚再次推迟的请求, 确定了庭审日期。肯尼亚于是拒绝参加最终的庭审环节。

^② 哥伦比亚不仅对于 ICJ 2012 年 11 月 19 日的海洋划界裁决明确表示不接受, 而且在尼加拉瓜海域从事了一系列干扰活动和以执法为名的权利宣示活动。为避免再次遭受 ICJ 的诉讼之灾, 2012 年 11 月 27 日, 哥伦比亚申请退出《波哥大公约》的程序。