

论公海自由的相对性

梁 源

摘 要:公海自由是海洋自由原则在公海海域的具体体现,也是现代海洋法的重要支柱之一。确定主权国家的主权范围与公海自由原则的运用,一直是海洋法律规则不断发展与国家间博弈的重要内容,并体现出趋向于限制公海自由范围与内容的发展趋势。滥用公海自由原则,将公海自由绝对化是部分国家提出过度权利声索的主要论据之一,这种建立在罗马法绝对权理论基础上的主张,并不符合现代海洋法的价值追求,公海自由正体现出一种从绝对自由到相对自由的变化过程。

关键词:自由正义;积极自由;公海自由;立法技术;法律冲突

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(17JJD820006)

作者简介:梁 源,武汉大学中国边界与海洋研究院博士研究生,2011计划“国家领土主权与海洋权益协同创新中心”研究人员,从事国际法研究。

中图分类号:D990 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-6604(2020)01-0076-10

公海自由不仅是一个国际法名词,其背后还蕴含了基于西方海洋文明的精髓。有学者认为,西方文明成功的关键因素就在于个人本位与自由进取的精神,这与其发源于临近海洋的岛屿文化有关。唯有在大规模的海洋航行及与其他民族的交往中,才有可能在新的层面上理解人类文明^①。从理论基础来看,西方海洋大国一直奉为主臬的海洋自由原则根植于西方的海洋文明之中,格劳秀斯所著的《海洋自由论》从海洋强国发展的角度肯定了海洋自由。但还存在两个问题,一是不同国家对于“海洋自由”利用的能力不同,海洋自由理论明显有利于利用海洋能力较强的国家,实质上加大了海洋强国与弱国之间的力量差距。二是格劳秀斯未对“海洋的自由”与“海洋使用的自由”加以区分,留给了英美法系国家充足的空间进行主观解释,进而后世对于海洋自由理论的理解也产生了偏差^②。随着在公海人类活动的不断增多与科学技术水平的发展,主权国家依据公海自由原则及其相关规则对公

① 何勤华. 法律名词的起源[M]. 北京:北京大学出版社,2009:249.

② “海洋自由”主要是从严格意义上定义,指海洋自身不属于任何权利之下,亦不为任何国家之领域。有学者认为,这种视角下的“海洋自由”为后世《联合国海洋法公约》人类共同继承财产制度提供理论依据。“海洋使用的自由”则是指各国均具有自由使用海洋的必要,在公海上的航行不受他国的妨害。参见范扬《格劳秀斯海洋自由论》,载陈立虎编《东吴法学先贤文录(国际法学卷)》,中国政法大学出版社2015年版,第21~22页;格劳秀斯著,马忠法译《论海洋自由》,上海人民出版社2005年版,序言。

海进行使用时,将国家的公海活动分为一般性使用与军事性使用,越来越成为国际社会倡导主权国家规范使用公海海洋权利的一项共识^①。从规范法学的角度看,1982年《联合国海洋法公约》的立法体例中,在海洋法制度所调整的不同区域,大部分都采用了“权利——义务”的立法模式,但是在第七部分公海这一章中单独采用了“自由——限制”这一立法模式,同时体现出了积极自由与消极自由并存的立法现象。这些问题存在的根本原因是对法学理论中自由理论及其在应用中的立法模式理解不深,进而造成《联合国海洋法公约》订立后的实践不得不通过附加限制条件的方法逐步限制各国对公海的绝对自由使用,体现出一种相对自由使用的发展趋势。

一、古典自由理论与海洋法的天然连接

法理学范畴内围绕自由理论的研究,从法理学作为一门法学学科开始,就持续受到不同时代法理学家的关注。研究者们对自由理论的内涵及应用有着非常丰富和广泛的研究。法理学语境下的现代自由理论与公海自由及理论基础的形成联系并不紧密,法理学家在论证其自由理论时很少选择公海自由作为论点,自由理论与海洋法的连接更多体现出一种天然连接的现象,或者说海洋法中的海洋自由理论与经济学中古典自由主义理论也具有密切的联系。从历史上看,保障公海生产活动的自由,是基于自由主义原理的^②。

我们今天对“自由”一词内涵的理解主要来源于英文的 liberty 和 freedom,前者来源于拉丁语,后者来源于古希腊语,其意义有一定联系,但并不完全相同。liberty 来源于拉丁语中的 liberalis,其原意更多属于某一社会等级而变得自由或者高贵。freedom 则来源于古希腊语 prays,原指“亲爱的”,主要指家人或者自己氏族的人,与“奴隶”一词相对应。但随着不断演化,二者在法律语言中的适用也逐渐不同,由于公海自由原则主要指 freedom of the high seas,我们就对 freedom 一词的内涵做进一步分析^③。有法理学家认为对 freedom 的理解应从两个固定搭配入手,分别是 freedom from 与 freedom to,前者意味着法律主体不受他者控制,后者则包含法律主体拥有某种能力去做或者不去做某件事情^④。因此,从法理学的角度来看,自由包括“摆脱的自由”和“自为的自由”,或者说是独立能力与行为能力,当行为能力之间并不存在冲突时,就会产生两个法律现象:一是行为能力较强的法

① KRASKA J. From the age of discovery to the atomic age; the conflux of marine science, seapower, and oceans governance[C]// Science, technology, and new challenges to ocean law. Leiden: Koninklijke Brill, 2015: 61.

② 金永明. 国际海底区域的法律地位与资源开发制度研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2005.

③ 需要指出的是,荷兰国际法学家雨果·格劳秀斯(Hugo Gotius)《海洋自由论》的拉丁文书名对应的是 Mare Liberum 一词,并未与 freedom 一词相联系,格劳秀斯的海洋自由论与现代海洋法中的公海自由原则是一种因果关系而非单纯的继承关系,后者扩大了格劳秀斯的理论范围。参见 Gary Edmond, *The Freedom of Histories: Reassessing Grotius on The Sea*, Law Text Culture, Vol. 2, 1995.

④ 何勤华. 法律名词起源[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 48.

律主体会将自由原则作为规则体系的基石,二是自由原则在法律主体具体运用时会体现出绝对自由化的倾向。在法律规则体系形成的过程中,当某一种价值理论因为其他的价值理论并未经过充分论证而成为一种主流价值时,这种价值追求就会在不同价值位阶中居于优先地位,后续规则体系的发展也会将这种价值追求理解为一种“自然发展”的现象,而不会去怀疑价值本身^①。这种理论解释了海洋法发展过程中对格劳秀斯所提出的“海洋自由论”的吸收及应用,而法理学家对“自由价值”的含义及分析,则与格劳秀斯关于“海洋自由论”的主要论点不谋而合。

主权国家之间的“摆脱自由”符合国际法中的国家主权平等原则,不同国家之间利用海洋存在的“机会平等”的朴素正义观,也使得自由利用海洋成为各个海洋国家之间共同的价值追求。但是从“自为的自由”构成来看,行为能力较强的海洋国家明显能从海洋自由中获取更多的利益,海洋自由论隐含着海洋强国的利益,不纯粹是国家间的自由与平等^②。在国际法产生早期,海洋主权利益与航行利益是绝对冲突的,这种冲突主要表现为沿海国主权与他国一切航行活动的冲突,是一国对海洋的绝对控制权与他国航行自由之间的冲突^③。海洋自由论中的这一现象,恰恰是准确把握了自由理论中“自为的自由”这一含义,在大航海时代借助自由理论的基础建构了国际社会和平利用公海的基石。对于公海自为自由的范围,格劳秀斯在其理论体系中雄辩地论述了公海航行是一种取之不尽用之不竭的资源,同时也论述了航道无法成为主权国家先占的对象。

格劳秀斯海洋自由论的提出及其广泛影响有内在的深层次原因,它符合当时西方国家日益扩张的海外利益,也符合罗马法复兴过程中注释法学派对公海法律地位的判断。从自由理论的发展来看,格劳秀斯之前的文艺复兴时代是罗马法发挥重要影响力、注释法学派成为法学研究主流的时代。查士丁尼在论述中认为公海由于不可能被占领和控制,所以公海属于全人类的共有物,供所有国家自由使用,但这一时期对于自由理论的理解更多地存在于理论的层面,具体的实践与实现自由价值模式的实践性研究并不多^④。从人类对海洋利用的水平来看,对海洋的认知大部分都基于航行利益与捕鱼利益,利用的层次与范围并不多,而且格劳秀斯的海洋自由论更多地关注到了主权国家在公海上的利益,这种认识在当时来看,并没有什么问题。劳特派特在20世纪50年代对海底资源的属性进行的研究中,深入思考了格劳秀斯的海洋自由论。他认为公海的绝对自由会使得公海成为烦乱无序的状态,这是因为公海自由原则在确立之初就没有考虑到海洋资源保护与海洋

① SEBASTIAN U. Reason, democracy, society: a study on the basis of legal thinking[M]. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1996: 51.

② 白佳玉. 论海洋自由理论的来源与挑战[J]. 东岳论丛, 2017(9): 41—46.

③ 袁发强. 国家安全视角下的航行自由[J]. 法学研究, 2015(3): 194—207.

④ THOMAS P. Justinian and the freedom of the sea[J]. The American journal of international law, 1925(19): 716—727.

环境保护两个方面,从而使得公海自由成为海洋大国谋求不正当海洋利益的借口,各国公法学家不应该再固守传统的观念,而应当使海洋法的制订和调整适应新时代与新环境^①。海洋法规则的形成与自由理论的发展之间在格劳秀斯时代是一种双向的必然选择,因此从海洋法发展的角度来看,自由理论天然成了其后续规范体系的基石。但是自由理论的发展与人类对海洋的利用都没有停留在19世纪,现代的海洋法规则体系既无法用当代的自由理论进行解释,也无法从当代自由理论的成熟发展中获得更多的启发,显然,迫切需要解决的问题之一就是重述海洋自由原则。

二、现代自由理论与海洋法的紧张关系

传统的自由主义理论将法律视为一种分界与保护的规则体系,新自由主义理论则把法律看做实现某种特定目的的工具^②。主权国家基于公海自由不断寻求新的海洋利益,正是基于传统自由主义的观点,在“机会均等”的逻辑前提下,以公海自由作为全球海洋治理的分界,保护自己日益扩张的公海海洋权益。中美在南海自由航行问题上的争议,并非只是遏制中国崛起,航行自由也是美国维护国际自由秩序及其领导地位的基础^③。而作为新崛起的海上力量之一,中国也亟须寻求对《联合国海洋法公约》有关航行规则进行修改与重述,而不应当固守过去的航行规则^④。

(一) 价值中立

新自由主义理论已经不再关注自由与平等之间的关系,而更关注的是自由与正义之间的关系。机会均等并不代表结果正义,处理好正义与自由之间的关系首先要解决的就是价值中立,而价值中立是实现法律正当性的前提。但是法理学视野下的国际法体现的恰恰最缺乏价值中立,国际法规则的形成过程首先确定是某种共同的目标或者目的,在这一过程中国家通过霸权主义、超越国家因素、国际组织实现其国家行为模式的固定化^⑤。国际法的典型特点之一就是规则的制订者又同时是规则的执行者,但是实现真正体现自由主义原则的立法模式,必须使法律规则的制订者与执行者之间相互分离,在价值中立的基础上制订规则^⑥。从数次海洋法规则形成的历史过程中可以发现,现代自由主义所要求的价值中立在海洋法规则形成过程中难以形成良性引导。

① LATERPACHT H. Sovereignty over submarine areas[J]. British yearbook of international law, 1950 (27): 376-433.

② 高全喜. 法律秩序与自由正义[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 140.

③ 朱剑. 航行自由问题与中美南海矛盾——从海洋的自然属性出发[J]. 外交评论, 2018(4): 1-24.

④ ZHANG X J. The latest developments of the US freedom of navigation programs in the South China Sea: deregulation or re-balance[J]. Journal of East Asia and international law, 2016, (9): 167-182.

⑤ RAYMOND W. Understanding jurisprudence: a introduction to legal theory[M]. Boston: Oxford University Press, 2005: 101.

⑥ 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来, 译. 北京: 读书·生活·新知三联书店, 1997: 218.

具体到海洋法的形成与发展,现代自由理论与海洋法之间在价值中立问题上存在的紧张关系与复杂程度,超越了以往人类文明中所有的法律形式,主要体现在两个方面。一是《联合国海洋法公约》参与谈判的国家数量是空前的,超过了160个国家和地区先后参与了谈判,是讨论时间最长、内容最复杂的国际谈判之一。而这些参与的国家中,有大国和小国,穷国和富国,新的国家和老的国家,不同社会制度的国家——资本主义国家和社会主义国家,沿海国、内陆国和地理不利国,以及进行特殊划分的群岛国家等^①。二是现代海洋法目标是建立一套以秩序为核心的价值理念模式,秩序是法律价值中的基础价值,也是实现其他价值的前提^②。因此,在没有解决好秩序价值的前提下,追求其他法律价值存在前提性的困难。

(二) 消极自由与积极自由

积极自由与消极自由又被称为肯定式自由与否定式自由,建立的基础是哈耶克的自由秩序理论,并在法学界得到了广泛应用,是现代自由理论中相对成熟的理论模式。在哈耶克看来,本身并不存在积极自由的概念,积极自由实际上是权利的同义词,是权利的一种形式;但消极自由才是体现自由价值追求的法律模式。广为流传的法谚“法无明文禁止即许可”体现的就是对自由及其限定必须采用否定式的立法模式,即规定不可为的范围。

如果将这种理论推广到《联合国海洋法公约》中公海自由的部分,就会产生一种令人深思的现象。缔约国通过签署《联合国海洋法公约》实现包括航行、捕鱼、铺设海底电缆和管道、飞越、建造国际法所允许的人工岛屿和其他设施、科学研究在内的六大自由;从规则模式上来看,采用的是积极自由模式,通过肯定主权国家在公海上的自由模式来维护自由的价值追求。但是从哈耶克的自由理论观点来看,如果将缔约国的这种自由换成权利,即缔约国拥有在公海上航行、捕鱼、铺设海底电缆和管道、飞越、建造国际法所允许的人工岛屿和其他设施、科学研究的权利,就更加符合现代自由理论在立法中的实践模式了。1982年《联合国海洋法公约》相比较于1958年的《公海公约》,大部分学者都认为是公海部分增加建设人工岛屿的自由以及科学研究的自由,但是从法理学的角度来看,如果一部法律以自由作为价值追求之一,在法无明文规定即自由的前提下,法律规范的增加只会减少自由的范围,并不会体现出一种自由范围扩大的现象,究其原因实际上还是缔约国以条约的形式确认了各个缔约国在公海上的另外两项权利。

此外,在规定权利的立法模式中才会采用完全列举的方式,力争穷尽所有的权利形式,同时又排除未进入列举模式的权利形式,因此公海自由的内容实际上是规定缔约国在公海的权利。从现代海洋法两大基石——主权原则与海洋自由原则来看,主权原则所对立或者互补的不是自由原则,而应该是传统自由主义中的平等原

① 王铁崖. 新海洋法公约与海洋法的发展[C]// 邓正来. 王铁崖文集. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 99.

② 张海文. 《联合国海洋法公约》释义集[M]. 北京: 海洋出版社, 2006: 13.

则或者非主权原则,格劳秀斯的海洋自由论实际上也是先论述了公海的非主权性特征,进而再论述公海自由,因此将海洋自由原则与主权原则理解为现代海洋法的两大基石,存在着逻辑上的不对称。

(三) 法律冲突

公海自由所产生的另外一个重要原因,就是从立法技术学上避免法律冲突。由于《联合国海洋法公约》在《维也纳条约法公约》之后通过,借由立法技术学上的调整,避免在国际法体系中的法律冲突问题,是公海自由得以保留的重要原因。

根据《维也纳条约法公约》第 29 条:“除条约表示不同意思,或另经确定外,条约对每一国之拘束力及于其全部领土”,条约的域外适用问题一直是国际条约法中悬而未决的重要问题之一,并在其后的国际法实践中各主权国家都谨慎按照《维也纳条约法公约》第 29 条的规定进行国家实践。例如 1991 年《南极条约环境保护议定书》规定本条约适用于南极地区,但是它要求对南极考察组织在当事国领土进行监督^①。条约的域外适用问题影响最大的就是公海、外层空间和月球的相关国际法问题,荷兰、美国、芬兰三国都曾对国际法委员会所起草的上述条文提出过修改意见,但国际法委员会在讨论后认为增加一个关于条约域外适用的规定,将引起国家域外权能的困难问题,不易解决,从而放弃了这种规定,因此条约的域外适用问题是确实存在的^②。相比较于外层空间与月球的国际法问题,关于公海的国际法治理问题受条约的域外适用问题的约束显然更加紧迫,但是从国际法委员会的表态来看,该问题的悬而未决,影响的是主权国家在主权范围外的权利问题,并不代表在主权国家的范围外只产生自由的法律效果而无法对其约束,也说明了公海问题的背后实际上是主权国家在公海享有的权利问题。

如果严格按照《维也纳条约法公约》第 29 条的规定进行理解,主权国家究竟可以在哪些空间部分通过签署国际条约约定权利和义务之间的关系呢?一般认为,“全部领土”的内涵包括一国的领陆、领水和领空;结合海洋法中的规定,不能因为沿海国对大陆架享有某些权利就将其视为领土的一部分,它不属于沿海国主权所辖范围以内^③。因此在国际条约法的体系下,国家缔约国际条约的空间效力在涉及海洋的空间层面上仅限于主权的范围之内,不包括产生主权性权利的专属经济区与大陆架,也不包含公海的范围。

从立法技术学的角度看,与《联合国海洋法公约》同一时期的其他国际法文件也都明确注意到了《维也纳条约法公约》对条约适用空间范围的规定,专门作出了明文规定。因此,《联合国海洋公约》保留公海自由的表述避免了与《维也纳条约法公约》第 29 条之间的法律冲突问题。虽然自由理论在 20 世纪获得了蓬勃发展,但

① 安托尼·奥斯特. 现代条约法与实践[M]. 江国青,译. 北京:中国人民大学出版社,2005:159.

② 李浩培. 条约法概论[M]. 北京:法律出版社,2003:309.

③ 万鄂湘,石磊,杨成铭,邓洪武. 国际条约法[M]. 武汉:武汉大学出版社,1998:180.

如果是从规避法律冲突问题的角度出发而采用公海自由的形式表述,也可以理解公海自由与现代自由理论之间实质上的冲突问题。

三、公海相对自由的产生

公海相对自由产生的原因,与在法哲学中传统自由主义所遇到的困境息息相关。公海自由在诞生之初,相对于海洋闭锁论等主张迅速成为一种海洋大国都较为认可的理论,并在之后相对长的一段时间的实践中都得到很好的维护与坚持,这是一种典型的自发型社会秩序。自发型社会秩序在传统自由主义理论中如果想要得到长期的坚持与维护,其根基在于参与者的意图与预期之间的一致性^①。

公海自由的产生及其变迁,正是由于参与者之间的意图与预期之间产生了偏差,使得这种制度越发体现出难以适应社会发展的特征,但是海洋法对公海自由的修改过程存在着各国利用规则漏洞争相扩大利益范围的现象,也是基于传统自由理论上建立起来的公海自由所必然面临的问题。造成这种公海自由的自发型秩序出现发展困境的原因主要是三方面的。

第一,从理论上对格劳秀斯海洋自由理论进行了选择性解读。格劳秀斯的海洋自由理论,无论是从原文所使用的词语或者是对内容的解读,其主要论点在于论述公海不属于任何一国的主权范围,尤其是在从拉丁文版本的海洋自由论向英文版本的海洋自由论翻译过程中,混淆了 liberty 和 freedom 在法律语言中的含义。后续英文语言环境下对海洋自由论的理解与解读,都朝着 freedom 的解释方向发展。实际上格劳秀斯海洋自由论的本意在于论述葡萄牙人无权拥有对东印度洋的主权权利,其立意与观点都与拉丁文中的 *liberum* 相一致。但是在后人的解读中则偏向于各个海洋大国间对公海的自由使用,将《海洋自由论》由拉丁文向英文的翻译过程中,翻译者基于怎样的考虑调换这一概念的原因不得而知,而这一调换也造成了后人对公海自由原则的误解。

第二,从国家实践上对自由理论的发展视而不见。新自由理论的巨大发展指导了 20 世纪以来诸多法律部门中的法律运行理论,但是在国际海洋法领域却缺乏对这些理论如何应用于全球治理问题的研究。从自由理论的新发展来看,发展中国家在全球海洋治理等诸多问题上的诉求相比较于海洋大国的主张,更加符合对正义的追求,也更加符合新自由理论的立法技术要求。发达国家在第三次联合国海洋法会议期间接受了诸多发展中国家的主张,其背后也存在对理论理解不深的问题,尤其是在对海洋自由理论的理解问题上。美国在 1966 年与 1970 经过约翰逊总统和尼克松总统的确认,认为公海海床资源属于共同继承的财产范围,但主张

^① 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来,译. 北京:读书·生活·新知三联书店,1997:23.

自由开发,并企图通过以公海自由作为理论根据对深海海底进行殖民主义掠夺^①。在后续的实践中,有学者认为美国不加入《联合国海洋法公约》的原因之一,也在于维护自身在公海上的军事利益^②。至此,传统自由理论基础之上建立起来的格劳秀斯海洋自由思想,已经逐渐演变成一门法律解释学,不同的利益集团基于不同的利益诉求继续沿着传统自由理论的基础论证自己主张的合法性,对新自由理论的借鉴仍然不足。

第三,从不同的利益角度出发,国家集团之间斗争不断。发展中国家认为发达国家所拥有的海上科学研究技术最终的结果只会拉大发展中国家与发达国家之间的差距,基于公海海上科学研究自由产生的经济成果还会被昂贵地卖给发展中国家,最终在规定成果共享的基础上,发达国家与发展中国家之间就公海的科学研究自由达成了一致^③。国家集团的不断分化与重新组合是影响海洋法规则进步的最重要因素之一,《联合国海洋法公约》生效之后三十年来的实践,更是对过去国家利益集团中“发展中国家——发达国家”的二元利益体系受到重大冲击的修正,各国也开始重新具体化地思考本国海洋权益,这对我国来说既是机遇也是挑战。

四、公海相对自由的前景

公海相对自由是公海国际法律制度变化的一个过渡现象。从二战以后海洋法的发展来看,无论是海洋自由内涵的扩大还是通过消极自由约束缔约方过度利用公海自由原则,公海自由从绝对自由走向相对自由,最终都显示出与现代自由理论一致的发展方向,因此通过现代自由理论预演公海治理将来所可能遇到的困难及走向,具有很强的决策借鉴意义,也是各国海洋权益相互博弈背后相对清晰的线索之一。

公海自由中列举范围的扩大,体现了现代自由理论中积极自由立法模式的转变。积极自由本质上是权利的一种类型,通过积极、完全列举的立法模式能够有效地约束法律主体扩大自身的权利范围。新增的两项公海自由分别为:在国际法允许的范围内建设人工岛与其他设施的自由,以及进行科学研究的自由。这两条相对于1958年《公海公约》规定新增的两项自由明显更加有利于发达国家的利益,但从新自由理论中将自由与正义作为自由体系中的基石,站在全人类的角度这两项自由的增加明显更加有利于全人类的共同发展;因此,虽然国家间利益集团在这两项自由中的利益存在此消彼长的关系,发展中国家与发达国家最终还是站在更高

① 王铁崖. 论人类共同继承财产的概念[C]// 邓正来. 王铁崖文集. 北京:中国政法大学出版社,2003:83;刘楠来. 国际海洋法[M]. 北京:海洋出版社,1986:296.

② 王璟. 美国加入《联合国海洋法公约》问题的几点思考[C]// 高之国. 海洋法精要. 北京:中国民主法制出版社,2015:328.

③ KNAUSS J. Development of the freedom of scientific research issue of the third law of the sea conference[J]. Ocean development and international law,1973(1):93-120.

的高度,以文字的形式确立公海的科学研究自由与建设人工岛礁的自由。这项对于缔约国新增的权利符合新自由理论,通过完全列举模式转化原有的积极自由,但这一转化并不彻底。

公海自由中限制条件增加和向相对自由的转变,体现了现代自由理论中通过原则反映自由主义价值的新路径,实际是对一系列原则的主张,自由是一种体系,在此体系中所有法律主体都受原则的指导^①。传统自由理论有利于海洋强国的特征在美国及其国家实践上体现得尤为明显,美国不签署《联合国海洋法公约》除了就公约的第十一部分难以达到美国的期望外,诸多《联合国海洋法公约》中的具体或基本原则都极大地限制了美国的利益范围。美国在南中国海基于航行自由所主张的权利应当予以尊重,但是军事船舶在这一地区所进行的航行显然不符合《联合国海洋法公约》中所规定的和平目的,并且严重侵犯了中国的主权与国家安全利益^②。现代自由理论中通过原则约束绝对自由的过度扩张与滥用,也逐渐被现有的海洋法体系所借鉴,但是还存在着相关原则不多、执行较为僵化的问题。从现代自由理论的发展要求来看,《联合国海洋法公约》需要增加能够适用公海的具体性原则,并对公海的军事活动以及军事船舶所适用的航行自由规则作出更多的原则性规定,以避免国家以航行自由为借口威胁世界和平。

公海自由内涵的修正路径,体现了现代自由理论中的“交叉共识”理论。如果传统的自由理论不但影响了法律的发展与制订规则,而且在政治学意义上也存在着反对一元政治、提倡多元政治的倾向,但是多元政治在现代社会又难以就某一具体事项达成一致意见。为克服这一问题,罗尔斯所提出的“交叉共识”理论可以解释关于公海自由的修正方向和修正方法。交叉共识理论是指在政治多元的情况下提供一个自由主义政治的平台,允许多种政治主张的存在,但在多种主张各不相同甚至彼此对立的情况下,寻找交叉共识的内容并进行正义要求的评价^③。现代自由理论中相比较于传统自由理论,最大的创新之处就是引入了正义作为评价自由的新标准之一。在海洋法修改的过程中,我们可以看到从1921年《承认无海岸国家悬挂船旗权利的宣言》到1958年《公海公约》中承认内陆国有自由进入海洋的权利,再到1982年《联合国海洋法公约》中沿海国有义务为内陆国享有出海权而负担“过境自由”义务,公海自由的发展也体现出了与新自由理论相一致的正义追求。这就要求我们在共识体系的范围内提出中国意见与中国方案时先自行考察该主张是否符合正义的标准。

维护航行自由,是丝路精神的题中之义,古代丝绸之路是一条贸易之路、共赢

① 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来,译. 北京:读书·生活·新知三联书店,1997:79.

② YANG Z W. The freedom of navigation in the South China Sea;an ideal or a reality[J]. Beijing law review,2012(3):137-144.

③ 高全喜. 法律秩序与自由正义[M]. 北京:北京大学出版社,2003:335.

之路。中国提出“一带一路”倡议,就是要继承和发扬“丝路精神”,以共商、共建、共享为原则,通过海洋贸易事业的繁荣创造各国人民的共同财富,实现共赢。公海自由在海洋法体系中具有特殊地位,它在以“权利——义务”作为主要立法模式的《联合国海洋法公约》中独树一帜的立法模式有着多层次的因素,也存在着对于自由理论的误读与借鉴不足等情况。从国际法体系来看,条约法中有关于条约适用的空间范围这一问题是否能够妥善解决,是化解海洋法与条约法之间法律冲突的关键;从海洋自由原则的发展来看,我们如今在英语语系下对格劳秀斯海洋自由论的理解存在着对原文的过度解读与选择性借鉴;从自由理论的发展来看,将正义的本质要求纳入到在海洋法的修改中已经是一种大势所趋。公海自由的相对性是一种暂时性的过渡现象,在国际社会共进发展的时代背景下,全人类所期盼的是一个自由、正义、和平的海洋秩序,我们要在建设的过程中重视国家利益,同时也要做深、做强中国主张与中国方案的理论根基,加速公海自由理论的转型与升级。

(责任编辑:潘亚莉)

The Relativity of the Freedom of the High Seas

Liang Yuan

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The freedom of the high seas is the embodiment of the basic principle of navigation freedom in the high seas as well as one of the important contributions of the modern law of the sea. Determining the sovereignty scope of sovereign states and the application of the principle of freedom of the high seas have always been an important achievement of the continuous development of maritime law. Abusing the principle of freedom of the high seas is one of the main arguments for the developed countries to make excessive claims. Such claims based on the doctrine of absolute right in Roman Law do not accord with the value of modern law of the sea. The freedom of the high seas is shifting from absolute freedom to relative one.

Key words: freedom and justice; positive freedom; the freedom of the high seas; legislative technique; conflict of laws