

國際磨擦與法律的作用

——剖析中美撞機事件

● 季衛東

一 日益增多的國際法律之爭

2001年7月3日，降落在海南島陵水機場的美國EP-3偵察機被拆運出境，歷時三個月的外交風波終於平息。現在，我們有可能、也有必要對這次事件的意義進行更為冷靜的思考和學術研究。首先要指出的是，通過信息技術和互聯網的媒介作用，新聞報導等事實資料已經突破國界的限制而周流全球，但賦予經驗素材以實質性涵義或者解釋依據的知識體系和價值體系卻大都仍然沒有逾越國界乃至專業分野的藩籬；這種情形在政治、法律等方面表現得尤其顯著。因此，我們不敢肯定對於涉及國家利益的一系列問題都必定能確認相應的普遍性法則及其前提條件。這裏所謂「冷靜的思考」、所謂「學術研究」，只不過是要強調複數的認識主體在錯綜複雜的涵義網絡當中進行思想溝通活動時所不可或缺的反省理性，試圖從更加超然的視角來理解社會性的行為和現象——即並不迷信某種特定的價值，卻要透徹地理解這一價值的實現機制。

有人曾把這次撞機事件作為二十一世紀「文明衝突」或者「驚與龍決鬥」的前兆，這未免過於牽強附會，甚至有那麼點兒居心叵測的嫌疑。但不可否認，與之相關的國際磨擦和法律抵觸的確具有某種時代象徵性意義。受全球一體化的時代潮流影響，現代民族國家的制度框架以及功能都在急劇變化，然而新的國家範式和新的國際秩序卻尚未成型，這種混沌狀態使一國之力無法解決的問題層出不窮，而許多問題的解決卻又不得不委諸一國之力。可以說，美國EP-3偵察機之類飛來又飛去的航線軌跡已經把現行國際法體制的灰色地帶乃至規範空白標示得彰明較著，處理撞機事件的曲折變化，實際上也在相當程度上反映了在建構新的國與國之間關係的世界體制方面尋找新的均衡點的試錯過程。

在這個過程中，作為冷戰結束之後倖存的唯一「超強」，美國頗有些口含天憲飄飄然的感覺，動輒把自己的價值觀甚至本國利益需求作為普遍真理和國際準則強加於人。而以撞機事件為契機，中國又半推半就地站到了

受全球一體化的時代潮流影響，現代民族國家的制度框架以及功能都在急劇變化，然而新的國家範式和新的國際秩序卻尚未成型。處理中美撞機事件的曲折變化，在相當程度上反映了在建構新的國與國之間關係的世界體制方面尋找新的均衡點的試錯過程。

抗衡美國霸權的第一線。所以在今後可以預見的期間內，中國與美國之間在經濟、政治、軍事等各個方面的磨擦勢必會日益增多，並且大都會伴隨着複雜的法律問題，不得不訴諸法律手段。這既是由美國奉行法治主義的現實所決定的，也是由建構世界新秩序的趨勢所決定的。其結果，無論好惡如何，中國都難以迴避越來越多的國際法律之爭。在一定程度上甚至可以說，從此中國面臨的國際磨擦大多表現為法律磨擦。這對還不太熟悉國際通行的現代法治方式的中國而言不啻是嚴峻挑戰。

鑒於上述情形，我們不能在拆運那架飛機的同時，也拆運我們自己對那段歷史的集體記憶，而應該更進一步地探討撞機事件所牽涉到的時代背景、法律爭端及其背後的學理奧義。當然，在4、5月期間，有關的議論並不少見，其焦點主要集中在國際法方面，人們一直在大聲追問究竟是誰違背了國際法準則。然而，綜觀中美談判的來龍去脈，似乎我們還需要反躬自問，究竟是誰更善於運用國際法準則以立於不敗之地。另外，似乎我們特別有理由重視在撞機事件的處理當中暴露出來的國內法與國際法之間關係的問題。目前的許多爭端從表面上看屬於國際法範疇，其實是起源於國內法以及主權的概念轉換。可以說，這次撞機事件恰恰發生在國內法域與國際法域的交界處，並且非常典型地反映了二十一世紀的世界變遷的悖論——國家疆界的淡化與國家職能的強化的相反相成。因而本文擬主要從這個角度來做一點拾遺補闕的工作，致力於分析國際法內容的變化以及國內的制度性條件對解決國際糾紛的影響，順便指出中國現階段運用法

律手段的某些不足，以就教於大方之家。

二 在國際法適用方面的技術瑕疵

首先要承認：從整體上看，中國政府處理這次撞機事件剛柔兼濟、通權達變、採取了伸張道義和尊重國際法的立場，贏得了許多國家的同情和支持。儘管如此，還是不得不指出，中方有些主張及論證過程其實存在着這樣或那樣的技術瑕疵，導致在談判中難以變被動為主動，使本來不受綜合國力限制而有可能具備的戰術性優勢無從發揮。現在既然外交上的作業已經結束，即使發表一點逆耳之言也不再會對結果造成任何不利的影響，我們就不妨作一點回顧和反思，以便從中汲取經驗教訓。在這裏，我首先從中方的許多意見當中只選取最有代表性的一篇文章（作者署名為李秦，以下簡稱李文）〈從國際法的角度透視中美撞機事件〉^①作為實例，本着對事不對人的態度，客觀地考察一下中方提示的國際規範及相應的法律推理。

李文內容頗豐富，立論的脈絡展示得非常明晰，基本觀點有二：一個是強調專屬經濟區上空的飛越自由不得威脅沿海國的主權和領土完整，另一個是認為外國軍用飛機的緊急降落權無從成立；兩者結合起來，意在證明美國的偵察飛行本來就是違反國際法的，在碰撞後降落到陵水機場又接着侵犯了中國領土。顯而易見，這種思路與政府對美國提出的停止偵察飛行和進行道歉這兩項基本要求是一脈相承的。但是，以上要求最終卻均未得到落實。除了美方的驕橫和狡辯之

中美兩國今後在經濟、政治、軍事等各個方面的磨擦勢必日益增多，並且大都會伴隨着複雜的法律問題。甚至可以說，從此中國面臨的國際磨擦大多表現為法律磨擦。這對還不太熟悉國際通行的現代法治方式的中國而言不啻是嚴峻挑戰。

李秦的文章借助《海洋法公約》第301條為其邏輯推論的立足點，但偵察飛行與「進行武力威脅或使用武力」之間在概念上還存在着一段距離；如果硬要抹殺兩者之間的區別，就會給中國自己在南海、東海，以及其他海域所進行的合法偵察活動也戴上不必要的枷鎖。

外，還有沒有甚麼其他的原因造成了這種騎虎難下的僵局？對於事實細節我們沒有資格說三道四，這裏只限於討論處理國際糾紛的法律技術。

讓我們來具體推敲李文中一段重要的內容。眾所周知，美國主張自己在偵察飛行問題上的無辜，其根據是國際習慣法，特別是援引自1996年起對中國也生效了的《聯合國海洋法公約》第58條第1款和第87條第1款所規定的公海以及排他性經濟水域的上空飛越自由的原則。對於這一說辭，李文作了如下反駁^②：

此次中美飛機相撞發生在距海南島東南僅104公里處的中國近海上空，這是屬於中國專屬經濟區的上覆空域。根據現行的國際法制度，雖然所有國家在他國專屬經濟區上空都享有飛越自由，但是這項自由絕不是無限制的，各國在行使這項飛越自由時要受到國際法有關規則的約束。1982年《聯合國海洋法公約》第58條規定，各國只是在該公約有關規定的限制下才享有在他國專屬經濟區上空的飛越自由。該條第3款明確地規定了這種限制，即各國在他國專屬經濟區上空行使飛越自由時，「應當顧及沿海國的權利和義務，並遵守沿海國按照本公約的規定和其他國際法規則所制訂的與本部分不相抵觸的法律規章」……按照公約第301條，一國在行使其公約下的權利或者履行其公約下的義務時，「應不對任何國家的領土完整或者政治獨立進行任何武力威脅或者使用武力，或以任何其他與《聯合國憲章》所載國際法原則不符方式進行武力威脅或使用武力」。

這裏邏輯推論的立足點是在專屬經濟區內的飛越自由受到《海洋法公約》

第58條第3款的限制，借助於公約第301條的媒介可以認為上述限制包括載有尖端電子設備的軍用飛機的偵察飛行在內。

這些見解確實抓住了問題的關鍵，也具有較強的宣傳效果，但從法律解釋方法論的觀點來看，李文卻並非無懈可擊。至少可以指出以下兩點有待改進之處。第一、李文中引用的《海洋法公約》第301條是關於海洋和平利用的一般條款，即使對公海自由的原則也可以同樣適用。既然人們不能根據這個一般條款來限制公海自由，當然也就很難根據這個一般條款來直接推導出第58條第3款規定的限制的具體內容。因此，第58條第3款對飛越自由的限制必須依據其他具體的規範，必須在內容上另有界定。何況以收集情報為目的的偵察飛行與「進行武力威脅或使用武力」之間在概念上還存在着一段距離，根本不能等量齊觀；如果硬要抹殺兩者之間的區別，就會給中國自己在南海、東海，以及其他海域所進行的合法偵察活動也戴上不必要的枷鎖，實際上反而有可能起到為「中國威脅論」張目的作用。第二、第58條第3款對飛越自由的限制實際上是已有明確涵義的，在同一公約第56條中規定得非常詳細（至於其內容是否妥當，現階段沒有討論的餘地）。在具備特別規定的情況下還要援引一般條款來作為準據規範，多此一舉，毫無意義。而按照第56條的規定，如果要對專屬經濟區上空的飛越自由進行限制，必須借助於沿海國的其他排他性權利的行使，證明航空器的飛越與沿海國的經濟性勘察和開發、科學調查、相對於海洋建築物的飛行限制等排他性權利的行使相抵觸。如果不能滿足上述限制條件，那麼專屬經濟區

三 制訂國內法也需要 國際法的視野

上空的飛越自由與公海上空的飛越自由就是無法區別的。然而，如果兜一大圈還得轉回到公海自由原則，那麼各種唇槍舌劍豈不都變成了堂·吉訶德大戰風車的鬧劇？！

其實，從1960年代美蘇之間圍繞偵察飛行的衝突事件的處理也可以看到，在類似情形下所爭執的問題都不是「飛行的目的」而是「飛行的位置」。換言之，偵察飛行在現行國際法上還不屬於違法行為，可以追訴的只是侵犯領空與否^③。可見，按照國際法的原理，李文中立論的第二個基本觀點——即對美國軍用飛機未經許可侵入中國領土的指責和關於擁有尖端電子設備的偵察機EP-3不得享有緊急降落權的主張——是至關重要的；剩下的問題只是對於迫降原因的追究以及美國軍機是否做出了在陵水機場緊急着陸的請求。而該文立論中追究飛行目的的第一個基本觀點儘管也有些道理，但卻很難從現行國際法上獲得有力支持。雖然1913年的德法協定、1919年的《巴黎國際航空公約》的目的都在於禁止偵察飛行，但是這些條約並沒有明文規定這一點。正如麥柯馬洪(J. F. McMahon)繼承奧本海(L. Oppenheim)的觀點所指出的那樣，國家之間間諜行為即使是不友好的、有害的、挑釁性的，也不構成國際法上的違法行為；國際隱私權是不存在的；對於間諜行為只能由國內法定罪處罰^④。因此不得不承認，在現行國際法上要求美軍停止偵察飛行是缺乏充分理由的。當然，國際法也沒有承認偵察飛行的合法性，因此，只要有理有據，按照國內法來對軍事偵察進行制裁是完全可行的。足見這次撞機事件處理的重心與其說是落在國際法領域裏，毋寧說那主要還是一個國內法上的問題。

如果要按照國內法來追究美國在這次撞機事件中的責任，其根據和理由何在？可以考慮以下兩種可能性：第一、參照美國及其他國家設置的防空識別圈(Air Defense Identification Zone; ADIZ)的先例，或者中國自己借助專屬經濟區上覆空域的概念確定的防空識別圈標準(似乎寬幅是從領土向公海延伸100-200公里的範圍)，證明撞機地點在圈內；第二、根據中國在南海宣布的四個飛行管制區域的範圍(儘管東南亞某些國家持有異議)，證明撞機地點在區內。只要能證明美國偵察機在防空識別圈或者飛行管制區之內，中國戰鬥機的阻攔行為就是無可非議的，美軍偵察機必須對其無視中方意志的後果負責，而絕不僅僅是個糾纏於誰撞誰的事實細節問題。例如泰國規定在防空識別圈內受到攔截的外國飛機如果不聽從沿海國軍機的指令將遭到泰國空軍攻擊，泰國空軍當局對由此產生的任何損失均不負責，受到攔截的外國飛機必須承擔包括調查在內的各種費用^⑤。不過，海南島附近海域的地理位置非常微妙，美國是否事先知道並承認中國的防空識別圈或飛行管制區也是個問題。

在這裏有必要說明一下防空識別圈的概念。自1950年以來，根據國內法在臨近本國領海的廣闊公海上空設置了防空識別圈的有美國^⑥、加拿大、法國、日本等^⑦十來個國家。這些防空識別圈的寬幅由各國依據本國的防空能力自行設定，並無統一的標準和國際法上的效力，一般為領土邊緣至公海之間的216-70海里，例如，在美國關島附近是半徑為250海里的

正如麥柯馬洪繼承奧本海的觀點所指出的那樣，國家之間間諜行為即使是不友好的，也不算違反國際法。當然，國際法也沒有承認偵察飛行的合法性，因此，只要有理有據，按照國內法來對軍事偵察進行制裁是完全可行的。

現階段可以干預美軍偵察飛行的法律根據，就只有類似防空識別圈規則那樣的國內法規，令人遺憾的是，中國1996年公布的防空法沒有對防空識別圈做出相應規定。鑒於中國周圍空域安全保障的需要，有關部門亟須以這次中美撞機事件為契機，盡快通過國內立法來填補該空白。

圓圈。加拿大等國甚至規定在一定條件下可以對擅自入圈的外國航空器實施軍機阻攔、迫降等強制措施。當然，按照現行的國際法規，加拿大等國的這種強制措施既不能滿足行使自衛權的法律要件，也沒有成為國際習慣法，甚至是違法的^⑧。但是，也有一些國際法學者提倡設置防空識別圈的權利。例如基德爾(G. Gidel)在1934年出版的《海洋國際公法》一書指出，擴大「接續空間」(air contigu)是沿海國的權利，其範圍應該由沿海國根據其防止危險的需要來自行決定^⑨。順便指出，法國在1961年2月9日曾經根據它當時的防空識別圈外延為領海邊際至公海70海里處的上空，因此對飛越圈內的蘇聯非軍用飛機進行了射擊，但事後引起多國抗議^⑩。近來，由於航空器可以攜帶核武器，奇襲的威脅大大增強，人們開始重新認識擴展防空領域至公海上空的必要^⑪。因此，設置防空識別圈的國家也日益增多。但在現階段，國際法尚未正式認可防空識別圈的合法性。另一方面，各國對設置國也不表示抗議，而採取「默認」的態度。

上述情形表明，在現階段可以成為干預美軍偵察飛行的法律根據的就只有類似防空識別圈規則那樣的國內法規，而缺乏有力的國際法根據。因此，中國在撞機談判中要達到的目的不應該是要求美國停止偵察飛行(但如果只作為談判籌碼則另當別論)，而應該是在明確自己的防禦範圍的基礎上，爭取美國承認中國設置的防空識別圈或者飛行自由限制區域的有效性，從而確立中美互動的制度框架和行為底線。令人遺憾的是，囿於傳統的法律分類框架，中國1996年公布的防空法只涉及在國內組織的各種防空

措施，而沒有根據時代的變化及時拓展國際視野，沒有對防空識別圈做出相應規定。國務院和中央軍委共同制訂的《中華人民共和國飛行基本規則》(2000年7月24日頒布，2001年8月1日起生效)表示要設置飛行情報區，但也沒有就防空識別圈做出規定。因此，鑒於中國周圍空域安全保障的需要，無論對這次中美撞機事件處理的結果如何進行評估，亟須建議有關部門以此為契機盡快通過國內立法來填補該空白。

四 國內法與國際法的 牴牾及其化解

涉及國內法與國際法之間的關係的另一個重要實例是領海主權的問題，與撞機事件相關的領空主權問題有非常密切的關聯性。據報導，就在撞機事件發生之後不久，中國政府曾對澳大利亞軍艦在未事先通告的情形下在本國面臨台灣島的領海進行通過性航行一事提出警告和抗議，要求對方遵守中國國內法的有關規定。這是對我國維護主權和領土完整、反對將台灣海峽問題國際化的嚴正立場的一次明確宣告，也是對某些西方強國奉行的國內法優先於國際法的原則的一次「以其人之道還治其人之身」的示威，在國際政治上是有象徵意義和實際效果的。由於一些沿海發展中國家反對海洋強國侵犯本國領海以及周圍海域的利益和安全，主張維持過去國際習慣法所承認的國際海峽與一般領海同樣的無害通航權(right of innocent passage)制度^⑫，中國政府的做法也可能會贏得這些國家的同情和共鳴。但是，自從1982年《聯合國海洋法公約》

成立之後，傳統的無害通航原則以及軍艦事先通報制度對於國際海峽域內的領海不再有效。對於國際海峽的領海管轄權嚴加限制的這一例外規定得到了公約成立當時的美蘇兩大勢力圈的認可。由於中國已經加入了《海洋法公約》，因此中方主張的法理根據就會受到其他國家的質疑。

所謂「國際海峽」(International Straits)，不是指國與國之間的海峽，而是指用於國際航行的海峽。台灣海峽正是國際海峽。按照《海洋法公約》的規定，在國際海峽，所有船舶和航空器、包括軍艦以及運載核武器的船舶(一般不能斷言其航行是無害的)都享有通過性航行權(right of transit passage)。這裏所說的通過性航行，指僅以迅速而不間斷的通過為目的的航行。這裏所說的通過性航行權，是指海峽兩岸的國家或地區有義務不得妨礙或者阻止通過性航行。可以說，在通過性航行制度成立之後，發達國家提出的關於國際海峽應具有與公海同樣的航行自由和飛越自由的主張基本上得到了國際社會的承認^③。當然，通過性航行制度究竟如何具體地解釋、運用還有待各國實踐經驗以及解決糾紛的先例的積累，在有些方面(例如容許通過性航行的水域寬幅、第39條涉及的進行通過性航行的船舶和飛機的具體義務、第42條涉及的沿海國制訂關於通過性航行的法令等)仍然是不確定的。

國際法上有可能支持中國主張的理由是：(1) 通過性航行中的船舶和航空器必須遵循一定的義務，沿海國家可以就一些事項制訂法令。但問題是沿海國家制訂法令的權限範圍劃到哪裏為止才不與國際法發生衝突？《海洋法公約》第42條對國內法就通過性航

行權做出規定的範圍進行了限制，中國現行領海及毗連區法的規定是否與公約第42條相吻合？(2) 如果某一海峽由沿海國的本土和島嶼組成，在島嶼的外海一側存在着航行上同樣方便的公海通道等適當的替代性通道(公約第38條第1款)，或者海峽處於公海或者專屬經濟區水域與某一國家的領海之間(公約第45條第1款(b)項)，那麼1982年《海洋法公約》所規定的新制度可以不適用。但是，台灣海峽的兩端沒有一端是領海，台灣島的外側也不能具備同樣方便的可替代性航線，而且台灣海峽本身又正在用於(which are used for)國際航行，因此按照對中國有效的《海洋法公約》，在台灣海峽不能適用傳統的無害通航制度，而只能適用新的通過性通航的制度——這些正是澳大利亞軍艦的本次航行試圖向中國傳達的信息。由此可見，在這裏中國實際上可以援引的法理根據也只存在於國內法當中。因而我們有必要進一步討論1992年領海及毗連區法的相關規定以及處理國內法與國際法之間關係的原則。

中國領海及毗連區法第6條規定「(第1款)外國非軍用船舶，享有依法無害通過中華人民共和國領海的權利。(第2款)外國軍用船舶進入中華人民共和國領海，須經中華人民共和國政府批准」。第8條第3款規定「中華人民共和國有權採取一切必要措施，以防止和制止對領海的非無害通過」。該法沒有涉及國際海峽的航行制度，但可以理解為中國實際上對國際海峽也採取了傳統的無害航行制度。因為仍然有不少沿海國家要求外國軍艦即使在對本國領海進行通過性航行的場合也必須做出事先通報或者取得事先許可，所以中國領海及毗連區法第6條

撞機事件發生後不久，中國政府曾抗議澳大利亞軍艦在未事先通告的情形下，在本國面臨台灣島的領海進行通過性航行。但是，按照《海洋法公約》，在台灣海峽不能適用傳統的無害通航制度，而只能適用新的通過性通航的制度——這些正是澳大利亞軍艦這次航行試圖向中國傳達的信息。

英美法等國都承認外國軍艦的通過性航行權，不要求事先的許可或者通告；蘇聯對此曾有異議，但後來與美國等協調一致；中國否定軍艦的通過性航行權可能會引起發達國家眾怒，以及周邊國家對中國扼制國際航線的恐懼，從而聯合阻撓海峽兩岸的統一。

第2款的規定本身並沒有甚麼錯誤可以指責。但是，在中國加入《聯合國海洋法公約》之後，國內法與國際法之間的不一致就顯露出來，必須在國際法優先於國內法還是國內法優先於國際法的問題上做出抉擇。

中國對處理國際法與國內法之間關係的基本原則沒有做出明確而統一的規定，條約在整個法律體系中的地位必須根據具體的實踐和立法來逐一確定。按照國際法學權威王鐵崖教授的分析，中國存在以下一些可以援引的規範：第一、從創造主體和程序上看，條約與法律具有同等的效力；第二、法律實踐中傾向於把條約直接適用於國內而不必經過把條約轉變為國內法的程序；第三、1980年代以後制訂的許多法律明文規定，當條約與國內法發生衝突時，條約優於法律；第四、由於條約具有不同的種類，核准條約的國家機關也不一樣，因此不能籠統地斷言條約優於法律，解決國際法與國內法之間衝突的標準還有待進一步明確^④。由此可見，要解決《海洋法公約》與領海及毗連區法之間的衝突必須對法律實踐進行具體的分析。

《海洋法公約》和領海及毗連區法的批准生效主體都是全國人大常委會，所以這兩者在法律效力體系中的地位應該是同等的。關於兩者衝突孰優先的問題並沒有直接的明文規定。但是1999年底修訂之後重新公布的《海洋環境保護法》第97條以及同時通過的海事訴訟特別程序法第3條都規定除聲明保留的條款之外國際條約都優先於國內法。另外，國務院和中央軍委聯名頒布的《飛行基本規則》第121條也規定：「中華人民共和國航空器在本國領海以外毗連區、專屬經濟區和公海

上空航行，中華人民共和國締結或者參加的國際條約同本規則有不同規定的，適用國際條約的規定；但是，中華人民共和國聲明保留的條款除外」。可以推論，當領海及毗連區法與《海洋法公約》之間發生衝突時，中國的立場傾向於承認公約的優先性。

除此以外，還需要考慮以下一些相關因素：英美法等發達國家都承認外國軍艦的通過性航行權，不要求事先的許可或者通告；在海洋法問題上蘇聯的立場曾經與美國不同，但是為了海洋大國共同的長遠利益，後來與美國等協調一致；中國否定軍艦的通過性航行權有可能因此引起發達國家的眾怒以及周邊國家對中國扼制國際航線的恐懼，從而聯合阻撓台灣海峽兩岸的統一；為了維護主權，防止有害航行，完全可以根據法律規定採取命令停船、登艦檢查、要求中止航行、責令退出領海的措施，等等。特別應該注意的是，與其他國際公約不同，《海洋法公約》的一個重要特徵是規定了強制性解決糾紛的程序，原則上因《海洋法公約》的解釋或適用而產生的糾紛必須交付具有法律拘束力的國際審判；在根據《海洋法公約》進行的審判程序中，訴訟當事人不限於締約國家，國家以外的主體也可以提訴或者應訴；猶有甚之，儘管不具備高階規範的根據，海洋法法院規則案規定了對緊急事項的判決方式；因此，在處理領海及毗連區法與《海洋法公約》的衝突時，必須把國際訴訟的可能性及其後果也都納入視野之中。

總而言之，中國有必要根據加入《海洋法公約》後的新形勢修改或者重新制訂領海及毗連區法，在台灣海峽接受通過性航行權的概念，放棄有關軍艦事先通報的要求，以免授人以柄。

但是與此同時，應該根據國際法中空域管理權必須比海域管理權更嚴格的慣例，大力加強空中防禦系統。

五 中國法制在磨擦中前進

對國內法在處理國際法問題方面的地位和作用的上述分析，涉及到行使公共權力的邊界何在以及國內法在多大程度上能夠在域外適用的問題。近年來雖然有人主張現代民族國家的時代的終結和主權效力的消滅，但迄今為止世界秩序仍然呈現出主權國家並立的形態，非民事性制約的機制當然還應該服從屬地主義 (territorial principle)，如果國內法適用於域外則被認為是違反國際法或者國際習慣法。然而，美國憑藉其「超強」的實力和國內法手段而我行我素、時不時對既存的國際關係框架來些零敲碎打，這也是一個不爭的事實。在國際經濟方面，自從1945年美國法院在就 Alcoa 案件做出的判決中採用所謂「效果理論」(effect theory) 之後，各州紛紛制訂「伸長手法規」(long arm statute)，以反壟斷、追究產品責任等名義，把外國企業置於美國司法管轄之下。以此為契機，美國在其他方面的公共權力也迅速向國外擴張。例如，在冷戰結構解體之前以對共產圈出口限制的名義，在蘇聯、東歐陣營瓦解之後以防止核擴散的名義，目前則以開發和設置戰區導彈防禦計劃 (TMD)、國家導彈防禦計劃 (NMD) 來防止導彈威脅的名義，美國一直在域外尋求適用和擴大其非民事性制約的國家管轄權。這種做法引起了他國的抵制，為此先後出現了訂立「對抗性立法」(blocking statute)、對美國法的域外適用進行「反

執行」(counter-enforcement) 或效仿美國進行國內法的域外適用等現象^⑥。

的確，作為「超強」的美國在維護自身利益時常常會表現出「己所不欲、竟施於人」的蠻橫作風，甚至還會玩法律技術於股掌之間；既存的國際秩序以及各種規則也未必都是公平合理的。儘管如此，中國還是不能擺脫現有的國際規範體系而自行其事。以目前的綜合國力，我們不僅無從突破各種條條框框的限制，恰恰相反，非常需要借助法理根據來避免強權的侵犯。何況中國在法制建設方面還很落後，在相當長的時期內都需要通過虛心學習來改變這種狀況。因此，現在的主要任務還談不上致力於改變遊戲規則，而首先應該力爭盡快成為一個懂得遊戲規則、遵守遊戲規則並且善於運用遊戲規則的國家，應該讓國際社會認識到中國即使與其他國家發生利益上以及價值觀上的衝突，也願意盡量在法制的軌道上解決問題。只有當其正當立場得到國際社會普遍認知後，中國才能理直氣壯地參與世界新秩序的建構或者重構。這就是我在分析最近發生的中美磨擦事件之際所得出的基本判斷。

應該承認，在法制方面採取嚴格的屬地主義立場、堅持那種主要存續於自1576年博丹 (Jean Bodin) 出版《國家論》至1919年《凡爾賽和約》建立國際聯盟這343年之間的絕對主權概念的做法，已經越來越不能適應目前這個全球一體化的時代了。然而，要從根本上否定民族國家的主權效力、完全照搬別國的某一種制度模式，這在可見的將來也是辦不到的。日本曾經在經濟制度方面根據「外壓」徹底推行了美國化，其結果卻導致了被稱為來自美國的「多樣化騷擾」(multiple harassment) 的纏訟局面^⑦，這種經驗

美國在維護自身利益時常常會表現出「己所不欲、竟施於人」的蠻橫作風，甚至還會玩法律技術於股掌之間；儘管如此，以中國目前的綜合國力，我們不僅無從突破各種條條框框的限制，恰恰相反，非常需要借助法理根據來避免強權的侵犯。

在這20年來的改革開放期間，中國的法制與社會正是在處理各種各樣的國際磨擦當中發展起來的，克服磨擦的過程也就是規範秩序得以新陳代謝的過程。可以預計，中國加入世界貿易組織之後，這種制度變遷機制仍然會繼續運作下去，並會擴張其規模。

證明：想以完全同化的方式來迴避磨擦不僅不能如願，反倒有可能在一定程度上增加磨擦。既然是這樣，堅決採取「以血還血、以牙還牙」式的對抗性措施又如何？答曰也難。且不說能否接受冤冤相報何時了的惡性循環，即使打算這麼做也不得不受到綜合國力以及外交資源的極大限制。關於這一點，在1980年代前期發生的對雷克航空公司 (Laker Airways) 案件適用反托拉斯法和三倍賠償制度的國際糾紛以及英美兩國法院之間的法令對抗導致僵局的教訓足以為證^④。那麼，中國究竟應該何以自處？

當然，中國不必害怕磨擦乃至對抗，更不必完全放棄自己的文化傳統，但卻必須根據「和而不同」以及「其命維新」的理念，在對付經濟磨擦以及文化磨擦的過程中逐步與世界建立妥當的互動關係以及相應的制度性框架。其實，在這20年來的改革開放期間，中國的法制與社會正是在處理各種各樣的國際磨擦當中發展起來的，克服磨擦的過程也就是規範秩序得以新陳代謝的過程。可以預計，在2001年底加入世界貿易組織之後，這種制度變遷機制仍然會繼續運作下去，並會擴張其規模。所不同的只是：過去的法制建設主要採取「摸着石頭過河」的方式，今後則更需要精確的航行路線圖以及指南針。

註釋

①② 李秦：〈從國際法的角度透視中美撞機事件〉，《人民日報》，2001年4月16日第4版。

③④ 城戶正彥：《領空侵犯的國際法》（東京：風間書房，1990），頁70-71；22-23。

④ J. F. McMahon, "Legal Aspects of Outer Space", *British Yearbook of International Law*, 1962, 38 (1964): 365-71.

⑤ <http://libl.nippon-foundation.or.jp/1996/0763/contents/073.htm>.

⑥ <http://www.faa.gov/ats/aat/ifim/IFIM0140.HTM>.

⑦ http://www.jal.co.jp/jiten/dict/g_page/g311.html.

⑧ Louis Henkin, et al., *International Law: Cases and Materials*, 2 ed. (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1987), 295.

⑨ G. Gidel, *Droit international public de la mer*, vol. 3, 1934, rep. 1981, pp. 461-62. 據註⑩城戶正彥，頁21。

⑩ 詳見城戶正彥：《空域主權的研究》（東京：風間書房，1981），頁240-42。

⑪ 例如在第三次海洋法會議上，海峽沿海各國曾經提出的歐曼議案 (A/CONF.62/C.2/L.16)。關於發達國家與沿海發展中國家在制訂《海洋法公約》過程中的對立，參閱高林秀雄：《聯合國海洋法公約的成果和課題》（東京：東信堂，1996），第三章。

⑫ 詳見註⑬高林秀雄，頁54-57。參閱日本海洋基本法研究會（監修）：《海洋基本法的解說——關於聯合國海洋法公約以及有關基本法》（東京：國政信息中心，1998），頁31、114-17。

⑬ 根據王鐵崖：〈條約在中國法律制度中的地位〉，《中國法與比較法研究》，第1卷第1期（1995）。頁19-29歸納。

⑭ 有關文獻不勝枚舉，比較集中的論述參閱石黑一憲：《國際相克中的國家與企業》（東京：木鐸社，1988），第1章第1節。

⑮ 據小倉和夫：《日美經濟磨擦——表面與內幕》（東京：日本經濟新聞社，1982），頁75-79。

⑯ 詳見註⑮石黑一憲，頁6-11。