

联合国海洋法公约与 中国在南海的既得权利

赵建文*

内容提要:《公约》在规定新的海洋法律秩序、赋予各国新的海洋权益的同时,并不完全打破既有的海洋法律秩序,不损害各国既得的海洋权利。《公约》规定的群岛水域、专属经济区和大陆架制度,允许沿海国扩展享有主权或主权权利的海域,但只能向传统的公海海域扩展,不得损害别国既得的领土主权和主权权利。中国对南海断续国界线内的历史性水域享有的各项历史性权利是在《公约》生效以前很久就已经确立的既得权利。

关键词:国际法 海洋法公约 南海主权 历史性权利

自《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)1982年12月10日开放签署以来,一直有少数外国学者以该公约的个别条款为由,否认中国对南沙群岛的领土主权及中国对南海断续国界线内的历史性水域享有的其他历史性权利。本文认为,《公约》在规定新的海洋法律秩序、赋予各国新的海洋权益的同时,并不完全打破既有的海洋法律秩序,不损害各国既得的海洋权利。《公约》规定的群岛水域、专属经济区和大陆架制度,允许沿海国扩展享有主权或主权权利的海域,但只能向传统的公海海域扩展,不得损害别国既得的领土主权和主权权利。中国对南海断续国界线内的历史性水域享有的各项历史性权利是在《公约》生效以前很久就已经确立的既得权利。《公约》的任何规定都不具有否定既得权利的效力。中国在南海水域享有的这种权利在《公约》中有着充分的根据。

一、承认和保护各国的既得权利 是贯穿《公约》的一项一般原则

《公约》在确认和赋予各国新的海洋权利的同时,通篇承认和保护国家的既得海洋权利。《公约》的这类规定主要有以下几方面:

(一)《公约》第二部分关于“领海和毗连区”的规定

* 郑州大学法学院教授。

《公约》第7条“直线基线”第1款规定：“在海岸线极为曲折的地方，或者如果紧接海岸有一系列岛屿，测算领海宽度的基线的划定可采用连接各适当点的直线基线法。”本条第5款规定：“在依据第一款可以采用直线基线法之处，确定特定基线时，对于有关地区所特有的并经长期惯例清楚地证明其为实在而重要的经济利益，可予以考虑。”这里所说的“特定地区所特有的并经长期惯例清楚地证明其为实在而重要的经济利益”，就是有关国家的既得权利。如果不承认有关国家的这种经济利益，就侵害了这些国家的既得权利。

《公约》第8条“内水”第2款规定：“如果按照第7条所规定的方法确定直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包围在内成为内水，则在此种水域内应有本公约所规定的无害通过权。”该款规定表明，缔约国采用直线基线法把原来不属于本国内水的海域划为本国内水，在新划为内水的海域，应承认外国船舶的无害通过权。内水通常是不承认外国船舶的无害通过权的，但因为在这部分水域内，外国船舶的无害通过权是其他国家的既得海洋权利。如果在采用公约规定的方法新划入的内水部分不承认外国船舶的无害通过权，就缩小了其他国家应当享有无害通过权的海域的范围，侵害了其他国家的既得海洋权利。所以，公约的规定既允许有关国家通过适用直线基线法扩大内水的范围，又要求在扩大的内水海域不影响其他国家既得的无害通过权，取得了为各国创设新的海洋权利和保护各国的既得的海洋权利之间的平衡。

《公约》第10条“海湾”第1—5款规定了一般海湾的构成及海湾的内水水域的划定规则，规定海湾是明显的水曲，如果水曲面积小于横越曲口所划的直线作为直径的半圆形的面积，不应视为海湾。但该条第6款规定：“上述规定不适用于所谓‘历史性’海湾，也不适用于采用第七条所规定的直线基线法的任何情况。”历史性海湾通常是指沿岸属于同一国家，不符合正常的海湾标准，但历史上该国一向将其作为内水进行管辖的海湾。如果对历史性海湾适用《公约》规定的确定海湾的通常条件，就会否定这类海湾既有的内水地位，侵害海湾所属国的既得海洋权利。

《公约》第15条“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”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。”这表明，按照公约，如果存在“历史性所有权”，可以不适用划定相邻相向国家间领海界限的一般方法。如若不然，就会侵犯享有“历史性所有权”的国家的既得的海洋权利，造成不公平的划界结果。

（二）《公约》第三部分关于“用于国际航行的海峡”的规定

如果领海宽度是3海里，大部分用于国际航行的海峡的中间部分是可以自由航行和飞越的海域。由于用于国际航行的海峡是国际交通要道，在这种海峡中的航行和飞越自由应当是各国十分重要的既得海洋权利。但是，根据《公约》，沿海国可以拥有从领海基线量起宽度为12海里的领海，这使世界上116个海峡成为领海海峡，其中有30多个是经常用于国际航行的。如果海峡沿岸国对此类海峡适用通常的内水或领海制度，其他国家就丧失了在此

《联合国海洋法公约》，海洋出版社1996年版。以下所引《联合国海洋法公约》条文，均出自该书。

类海峡中的既得的航行和飞越自由权。为了既不损害海峡沿岸国的主权,也不损害其他国家在航行和飞越方面的既得权利,《公约》创设了新的海峡制度。根据《公约》,如果在某一用于国际航行的海峡中没有一条在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或穿过专属经济区的可以自由航行和飞越的航道,海峡就应适用过境通行制或无害通过制。根据《公约》第 37、38 条,过境通行是指按照《公约》的规定,“专为在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的海峡继续不停和迅速过境的目的是行使航行和飞越自由。”所有船舶和飞机均享有过境通行的权利,过境通行不应受阻碍。”根据《公约》第 45 条,如果海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成,而且该岛向海一面有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或穿过专属经济区的航道;或者如果某一用于国际航行的海峡是在公海或专属经济区的一个部分和外国领海之间的海峡,过境通行就不应适用,而应适用无害通过制。在这种海峡中的无害通过不应予以停止。《公约》创设的用于国际航行的海峡制度,虽然较多地反映了海洋强国的意志,但保障了各国的海上交通的既得权利,也在一定程度上维护了海峡沿岸国的领土主权,受益的不仅仅是海洋强国。

《公约》第三部分第 35 条第 3 款规定:“本部分的任何规定不影响”某些海峡的法律制度,这种海峡的通过已全部或部分地规定在长期存在、现行有效的专门关于这种海峡的国际公约中。”该款所指的“长期存在的、现行有效的”规定某些海峡制度的国际公约,例如规定了达达尼尔海峡和波斯普鲁斯海峡的通过制度的 1936 年的《蒙特勒公约》,反映着既定的法律秩序及各缔约国既得的海洋权利,如果一概以新的海峡制度取而代之,就会侵犯这些公约的缔约国的既得海洋权利。

(三)《公约》第四部分关于“群岛国”的规定

《公约》第 46 条(b)款规定:“‘群岛’是指一群岛屿,包括若干岛屿的若干部分、相连的水域和其他自然地形,彼此密切相关,以致这种岛屿、水域和其他自然地形在本质上构成一个地理、经济和政治实体,或在历史上已被视为这种实体。”根据公约,如果若干岛屿在“历史上已被视为”群岛,就构成群岛。群岛的标准不仅可以是地理的、经济的和政治的,而且可以是“历史的”。关于群岛的“历史”特征和其他各项特征的关系,《公约》的用语是“或”,是与群岛的“地理、经济和政治”特征相并列的。这就是说,只要符合“历史”特征,就构成群岛。《公约》赋予群岛的“历史”特征如此重要的作用,很好地体现了对各有关国家的历史性权利的保护,说到底是对这些国家的既得权利的保护。

《公约》第 47 条“群岛基线”第 6 款规定:“如果群岛国的群岛水域的一部分位于一个直接相邻国家的两个部分之间,该邻国在传统上在该水域内行使的现有权利和一切其他合法利益以及两国间协定所规定的一切权利,均应继续,并予以尊重。”《公约》规定“现有权利和一切其他合法利益以及两国间协定所规定的一切权利”继续有效,就有效地保障了各有关国家的既得权利。

《公约》第 51 条“现有协定、传统捕鱼权利和现有海底电缆”第 1 款规定:在不妨害群岛水域及其上空和底土的法律地位的情形下“群岛国应尊重与其他国家间的现有协定,并应承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动。”本条要求尊重“现有协定”,尊重有关国家的“传统捕鱼权利和其他合法活动”,实质上就是尊重有关国家的既得海洋权利。

根据《公约》第49条,群岛国的主权及于群岛水域、水域的上空、海床和底土,以及其中所包含的资源。这就是说,群岛水域具有群岛国领土的法律地位。但是,《公约》第52条“无害通过权”规定:在遵照《公约》规定的条件的情形下,“所有国家的船舶均享有通过群岛水域的无害通过权”;《公约》第53条“群岛海道通过权”规定:群岛国可指定适当的海道和其上的空中航道作为群岛海道,所有船舶和飞机均享有在这种海道和空中航道内的群岛海道通过权。既然群岛水域构成群岛国的领土组成部分,为什么外国船舶在群岛水域享有无害通过权,外国船舶和飞机享有群岛海岛通过权呢?这是因为群岛水域制度的建立,使群岛国扩大了管辖水域的范围,可能把过去是它们的领海的海域甚至过去是公海的海域划为群岛水域。如果在过去外国船舶能够无害通过的海域取消无害通过权,在过去外国船舶或飞机自由航行或飞越的海域取消航行或飞越自由,就会严重侵害其他国家的既得的海洋权益。《公约》创设的群岛水域通过制度,兼顾了群岛国的利益和其他国家海上交通的既得权利。

(四)《公约》第五、六、七、十部分关于“专属经济区”、“大陆架”、“公海”、“内陆国出入海洋的权利和过境自由”的规定

《公约》第五部分“专属经济区”第69条和第70条分别规定了“内陆国的权利”和“地理不利国的权利”。内陆国没有海岸,没有专属于本国的海洋资源。包括闭海或半闭海国家在内的地理不利国虽然是沿海国,但由于地理条件的限制,没有专属经济区或依赖开发别国专属经济区的生物资源以满足本国人民的营养需要。按照《公约》,内陆国和地理不利国有权在公平的基础上,参与开发同一分区域或区域的沿海国专属经济区的生物资源的适当剩余部分,但应当“避免对沿海国的渔民社区或渔业造成不利影响”,应顾及“在现有的双边、分区域、或区域协定下参与或有权参与开发其他沿海国专属经济区的生物资源的程度”,“避免因此使任何一个沿海国、或其一部分地区承受特别负担。”这表明,公约是在不损害沿海国的既得海洋权利的情况下为内陆国和地理不利国创设权利的。

《公约》第十部分“内陆国出入海洋的权利和过境自由”第125条第3款规定:“过境国在对其领土行使完全主权时,应有权采取一切必要措施,以确保本部分为内陆国所规定的各项权利和便利绝不侵害其合法权益。”为使内陆国能够进出海洋,享有公海自由等海洋权利,明确规定其“出入海洋的权利和过境自由”是十分必要的。但是,按照《公约》,内陆国只能在不侵害过境国的“合法权益”,既在不侵害过境国的既得权利的情况下享有这种过境权利和自由。

《公约》第五部分“专属经济区”第74条和第六部分“大陆架”第83条分别规定了专属经济区和大陆架的划界原则。按照这两条的第1款,海岸相向或相邻国家间专属经济区或大陆架的界限,“应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定,以便得到公平解决”。同时,这两条的第4款均规定:如果有关国家间存在现行有效的协定,关于划定专属经济区或大陆架界限的问题,“应按照该协定的规定加以决定”。这表明,现有协定体现缔约国的既得海洋权利,公约规定的新的专属经济区或大陆架划界原则不具有改变现有划界协定的效力。

《公约》第六部分“大陆架”第79条第5款规定:在大陆架上“铺设海底电缆和管道时,各国应适当顾及已经铺设的电缆和管道。特别是,修理现有电缆或管道的可能性不应受妨害。”《公约》第七部分“公海”第112条规定“所有国家均有权在大陆架以外的公海海底上铺

设海底电缆和管道”,并重申第 79 条第 5 款的关于新铺设电缆管道时应顾及现有电缆管道的规定。第 113 条要求各国制定法律,把破坏或损害海底电缆或管道的行为作为罪行予以惩治。第 114 条规定了“海底电缆或管道的所有人对另一海底电缆或管道的破坏或损害”的修理问题。第 115 条规定了“因避免损害海底电缆或管道而遭受的损失的赔偿”问题。这些都说明《公约》关于大陆架和公海海底电缆和管道的制度同样体现着保护既得权利的原则。

(五)《公约》第十一和第十六部分关于“国际海底区域”和“一般规定”的规定

根据《公约》第十一部分“国际海底区域”第 308 条第 5 款、《公约》附件一决议二和 1994 年《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》附件一第 1 节的有关规定,国际海底管理局应当保护“已登记的先驱投资者”的既得利益。所谓“先驱投资者”,简单地说,就是指在《公约》生效前已经在“国际海底区域”投资的实体。一个已登记的先驱投资者,可以在公约生效后 36 个月内请求核准探矿工作计划,可以优先取得有关矿址的开发权。如果不承认和保护先驱投资者的既得利益,对于这些投资者在《公约》生效前的投资行为,会是不公平的。截至 2002 年 3 月,国际海底管理局同俄罗斯、东欧集团、韩国、中国、法国、日本、印度的 7 个先驱投资者签订了勘探合同。

《公约》第十一部分“国际海底区域”第 149 条规定:“在‘区域’内发现的一切考古和历史文物,应为全人类的利益予以保存或处置,但应特别顾及来源国,或文化上的发源国,或历史和考古上的来源国的优先权利。”《公约》第十六部分“一般规定”第 303 条关于“在海洋发现的考古和历史文物”规定:“1. 各国义务保护在海洋发现的考古和历史性文物,并应为此目的进行合作。2. 为了控制这种文物的贩运,沿海国可在适用第三十三条时推定,未经沿海国许可将这些文物移出该条所指海域的海床,将造成在其领土或领海内对该条所指法律和规章的违犯。3. 本条的任何规定不影响可辨认的物主的权利、打捞法或其他海事法规,也不影响关于文化交流的法律和惯例。4. 本条不妨害关于保护考古和历史性文物的其他国际协定和国际法规则。”《公约》承认和保护“考古和历史文物”的“来源国,或文化上的发源国,或历史和考古上的来源国的优先权利”和“可辨认的物主的权利”,就是承认和保护这些国家和物主的既得权利。《公约》声明其规定“不影响”“打捞法或其他海事法规,也不影响关于文化交流的法律和惯例”,“不妨害关于保护考古和历史性文物的其他国际协定和国际法规则”,也关系到既有法律秩序的维护和这些国际国内法律所涉及到的法律主体的既得权利的保护。

在《公约》的上述五个方面的规定中,有些是《公约》的新规定,有些在 1958 年的有关公约中就有规定。例如,上述《公约》第二部分“领海及毗连区”第 7 条第 1 款关于划定直线基线时可以考虑“有关地区所特有的并经长期惯例清楚地证明其为实在而重要的经济利益”的规定、第 8 条第 2 款关于采用直线基线法新划定的内水海域“应有本公约所规定的无害通过权”的规定、第 10 条第 6 款关于划定海湾的通常方法“不适用于所谓‘历史性’海湾”的规定

《公约》第 33 条“毗连区”规定:“1. 沿海国可在毗连其领海称为毗连区的区域内,行使为下列事项所必要的管制:(a)防止在其领土或领海内违犯其海关、财政、移民或卫生的法律和规章;(b)惩治在其领土或领海内违犯上述法律和规章的行为。2. 毗连区从测算领海宽度的基线量起,不得超过二十四海里。”

和第15条关于“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”因历史性所有权或其他特殊情况“可以不适用等距离中间线的方法”的规定,在1958年《领海及毗连区公约》的第4条第4款、第5条第2款、第7条第6款和第12条第1款中已有相同或相似的规定。再如,《公约》第79条第5款关于在大陆架上“铺设海底电缆和管道时,各国应适当顾及已经铺设的电缆和管道”的规定,第112—115条关于“在大陆架以外的公海海底上铺设海底电缆和管道”应保护现有电缆管道所有人的既得权益等规定,在1958年《公海公约》第26、29条中就有相同或相似的规定。联合国国际法委员会起草的1958年《领海与毗连区公约》和《公海公约》的相关规定在很大程度上已经是国际习惯法的编纂,《公约》再次写入这些规定,更加充分地说明了这些规定的国际习惯法性质。

承认和保护各国既得的合法权利的国际法原则,体现在海洋法中,就是承认和保护各国既得的海洋权利。《公约》作为一个综合性的海洋法典,在规定新的海洋法律秩序的同时,自始至终体现着承认和保护各国的既得权利的原则。既得权利(vested rights)的取得以该权利产生时的法律为依据,不应以新法或后法推翻,除非既得权的产生和存在与一般国际法强行规范相抵触。任何以《公约》中个别条款为由否认别国的历史性权利等既得权利的主张,都是违背《公约》和一般国际法的。《公约》有17部分320条,9个附件,还有1994年的关于执行第十一部分的协定,是一个不可分割的整体。在理解和适用《公约》时,必须把它作为一个整体来看待,必须结合上下文全面地理解《公约》的各项条款。只看到《公约》为各国创设新的海洋权利而忽视《公约》对各国既得的海洋权利的承认和保护,就是片面理解或曲解《公约》的结果。

二、历史性所有权是《公约》和一般国际法明确承认和保护的既得权利

历史性所有权(historic title)或历史性权利(historic rights)的含义并无实质性差别,但目前尚无公认的定义。有学者指出:“‘历史性权利’一词表示一个国家对其陆地或海洋区域的占有,所依据的权利通常并不来自国际法的一般规则,而是该国通过一个历史性巩固的过程所取得的。”历史性权利是一个长期过程的产物,在该过程中包含了一系列长期的作为、不作为以及行为状态,其整体,并通过其积累的效果,可以产生历史性权利,并进一步使它们得到巩固,使其成为国际法上有效的权利。”例如,国际法院在英挪渔业案中接受了挪威的历史性所有权的主张,因为挪威以直线基线划定领海的方法持续不变地运用了60年,长期为其他国家所容忍。法院承认了挪威的历史性所有权主张的有效性,认为挪威划定领海的直线基线的方法不违背国际法。

(一)历史性权利、历史性水域并不限于历史性海湾

历史性权利或历史性所有权的典型情况是历史性海湾。早在19世纪确定领海基线时,就提出了历史性海湾的问题。1930年国际联盟主持的国际法编纂会议就曾审议过关于历

Yehuda Z. Blum, *Historic Rights*, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, Installment 7, (Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1984), 120—121.

史性海湾的各种事项。由于有关历史性海湾的国际实践比较丰富,1958年《领海与毗连区公约》第7条第6款和《公约》第10条第6款都明确地承认历史性海湾,承认各国对历史性海湾这种历史性水域的历史性所有权或历史性权利。

历史性海湾只是历史性水域的一种。1957年,联合国秘书处发表的题为《历史性海湾》的文件,明确提出“历史性所有权”不仅包括“历史性海湾”,还应包括其他“历史性水域”。1962年联合国秘书处提出的题为《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》的文件,引述了1951年国际法院关于英挪渔业案的判决来支持“历史性水域”不限于历史性海湾的结论。

在联合国第三次海洋法会议召开前后,有不少有关历史性海湾以外的历史性水域的事例。1973年加拿大外交部宣布北极群岛水域“基于历史原因,属于加拿大的内水”,但遭到一些国家的反对。加拿大外交部在1973年12月发表的一封信中指出:“基于历史原因,加拿大坚持认为,加拿大北极群岛水域是加拿大的内水,尽管并未在任何条约中或借助于任何法律作过类似的表述。”^⑩1973年汤加政府以1887年皇家公告为依据,宣布在4个小岛之间所划出的一块长方形海域为“历史性水域”,享有“群岛水域”的法律地位。1974年印度与斯里兰卡经过谈判签订了《关于两国间历史性水域的疆界及有关事项的协定》。“在实践中各国不仅把某些海湾的水域视为‘历史性水域’,而且也把某些海、湾(乔沙湾)、海港等的水域视为‘历史性水域’”。

联合国第三次海洋法会议专门建立了一个“关于历史性海湾和其他历史性水域工作组”,专门讨论有关国家提出的条文草案。虽然这次会议没有达成有关历史性水域的全面案文,但从《公约》明确承认历史性海湾可知,《公约》并不排斥其他历史性水域。

包括历史性海湾在内的各种历史性水域的本质,都是《公约》所说的“历史性所有权”或《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》所称的“历史性权利”。这从国际法院在英挪渔业案中的论述可以得到证明:“历史性水域通常指作为内水加以对待的水域,但如果没有历史性所有权的存在,则该水域并不具有内水的性质。”^⑩

关于历史性水域的构成,1962年联合国秘书处起草的《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》的文件明确提出了以下主要因素:(1)主张“历史性所有权”的国家对该海域行使权力;(2)行使这种权力应有连续性;(3)这种权力的行使获得外国的默认。1998年厄立特里亚——也门仲裁案中,仲裁法庭认为,“在许多世纪存在的有关红海南部海洋渔业资源的传统开放性所提供的条件,其作为从红海一边至另一边的无限制交通手段所发挥的作用,以

Historic Bays: Memorandum by the Secretariat of the United Nations. A/ CONF. 13/ 1, 30 Sept. 1957. United Nations Conference of the Law of the Sea. Official Records. Vol. 1: Preparatory Documents, pp. 1—38.

Juridical Regime of Historic water, Including Historic Bays, Study Prepared by the Secretariat, UN Documents, A/ CN. 4/ 143. March 9, 1962.

法德兰(Donat Pharand):《国际法中的加拿大北极水域》,剑桥大学出版社1988年版,第107页以下。

周忠海等:《国际法学述评》,法律出版社2001年版,第290页。

前苏联科学院国家和法研究所海洋法研究室:《现代国际海洋法》,吴云琪、刘楠来、王可菊译,天津人民出版社1981年版,第83页以下。

陈德恭:《现代国际海洋法》,中国社会科学出版社1988年版,第51页。

⑩ Fisheries Case (U. K. v. Norway), 1951, I. C. J. 132 (Judgement of Dec. 18).

及两岸人民对这些岛屿的共同使用,均能够成为创设某些‘历史性权利’的重要因素”。^⑪

(二)“历史性所有权”在海洋划界中具有重要作用

1958年《领海与毗连区公约》第12条第1款和《公约》第15条都明确承认“历史性所有权”在相邻相向国家间领海划界中的特殊作用。《公约》第15条“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”规定:如果存在“历史性所有权或其他特殊情况”,可以不适用通常的划界方法,而承认和保护各国的“历史性所有权”。在这里,《公约》专门将“历史性所有权”这种特殊情况明确出来,说明了它的重要性。英国著名国际法学家布朗利指出,“古代的、原始的或历史性所有权”,“特别在亚洲的传统边界中起着重要作用”。^⑫在厄立特里亚——也门仲裁案中仲裁法庭认为,“毫无疑问,历史性所有权的概念对于在当今世界上可能存在的情势具有特殊的影响。”^⑬

关于相邻相向国家间大陆架的划界,1958年《大陆架公约》虽未提及“历史性所有权”,但在第6条第1款和第2款中都写进了“根据特殊情况另定疆界线”的规定。众所周知,1958年联合国第一次海洋法会议通过的四个海洋法公约实际上是一个整体,同一概念在这四公约中的含义应当是相同的。《大陆架公约》中的“特殊情况”的含义应当与《领海与毗连区公约》相同。《领海与毗连区公约》中的“特殊情况”包括历史性所有权,《大陆架公约》中“特殊情况”的含义,也应当理解为包括“历史性所有权”。

《公约》关于相邻相向国家间专属经济区划界的第74条和关于相邻相向国家间大陆架划界的第83条,虽然没有明确提及“历史性所有权”或“特殊情况”,而是规定“应在国际法院规约第38条所指国际法的基础上以协议规定,以便得到公平解决”,但可以肯定,国际法院规约第38条所指的国际法是包括在划定陆地或海洋边界时承认历史性所有权等既得权利的一般国际法原则的。海洋划界的实质,就是把相邻或相向国家的各自的既得领土或其他海洋权益划归各方。如果把一方的既得权益划归另一方,就是不公平的。联合国国际法院、联合国海洋法法庭以及国际仲裁机构在解决海洋划界争端中坚持公平原则,就是把各方的既得海洋权利划归各方。《公约》的“公平解决”的要求,也应当包括承认和保护历史性所有权等既得权利的要求。

如果承认《公约》是一个整体,就不会得出领海的划界应当考虑“历史性权利”等特殊情况,而专属经济区和大陆架的划界就不应当考虑“历史性权利”等特殊情况的结论;如果承认《公约》与1958年《大陆架公约》等日内瓦四公约的联系,就不会得出根据1958年日内瓦四公约划定大陆架或其他海域的界限应当考虑“历史性所有权”等特殊情况,而根据《公约》划界就不应考虑“历史性所有权”等特殊情况。海洋划界中的特殊情况是客观存在,不保护合法的既得权利是不公平的,相邻相向国家间划定各种海域的界限都应当考虑历史性所有权

^⑪ Eritrean Yemen Arbitration, Document, Award, Phase I: *Territorial Sovereignty and Scope of Dispute*, CHAPTER IV-*Historic Title and Other Historical Considerations*, para 123, 126, 441, 9 October 1998. 载于 <http://www.pcarcpa/ER-YEAwardTOC.htm>.

^⑫ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford, 1998, p. 146.

^⑬ Eritrean Yemen Arbitration, Document, Award, Phase I: *Territorial Sovereignty and Scope of Dispute*, CHAPTER IV-*Historic Title and Other Historical Considerations*, para 123, 126, 441, 9 October 1998. 载于 <http://www.pcarcpa/ER-YEAwardTOC.htm>.

等特殊情况。

《公约》要求在相邻相向国家间专属经济区和大陆架的划界中适用的“国际法院规约第38条所指的国际法”，除包括国际条约和国际习惯法即一般国际法外，还包括“司法判例……作为确定法律原则之补助资料者”。有关历史性所有权的现代司法判例有助于全面理解《公约》的相关规定，更有助于明确相关的国际习惯法规则。

1977年英法大陆架仲裁案的裁决书第191段指出，“无论是从大陆架公约第6条中‘特殊情况’一款的插入，还是从习惯法中对‘公平原则’的强调来看，都可以清楚地看到，‘领土自然延伸’这一首要原则的力量不是绝对的，而是可以由特殊情况加以限定的。”^⑭ 该案表明，大陆架划界应考虑特殊情况，不应把自然延伸原则绝对化，不然就不符合习惯法中的“公平原则”。

1982年国际法院对突尼斯——利比亚大陆架案的判决，也涉及历史性所有权或历史性水域与自然延伸原则的关系。突尼斯指出，早在大陆架具有经济意义并在法律上被确立之前，突尼斯居民已经有数世纪开发利用有关渔场，捕捞浮游鱼类和定居海底的鱼类的历史了，突尼斯已经对有关水域行使主权了。对此，国际法院的判决指出，“‘历史性所有权’必须受到尊重并保持由习惯确立的原貌。关于这一点，可以追忆的是，当1958年的海洋法会议有机会考虑这个问题时，它通过了一项题为‘历史性水域制度’的决议。这项被附在‘最后文件’中的决议，要求联合国大会安排研究这一问题。在1959年，大会通过了一项决议，要求国际法委员会着手研究历史性水域，包括历史性海湾的‘法律制度’。国际法委员会还未这样做。在第三次海洋法的公约草案中也没有任何关于历史性水域‘制度’的详尽规定：既没有这一概念的定义，又没有对‘历史性水域’或‘历史性海湾’的法律制度的详尽阐述。但是，在草案中以保留有关规则的方式提到了‘历史性海湾’或‘历史性所有权’或‘历史性理由’。看来很清楚，这一问题仍然受一般国际法支配。一般国际法没有为‘历史性水域’或‘历史性海湾’规定单独的‘制度’，而只是为每一个具体的、公认的‘历史性水域’或‘历史性海湾’的情形作了特殊‘规定’。显然，事实是，基本上可以说，历史性权利或水域的概念和大陆架的概念，是由国际习惯法中不同的法律制度支配的。第一种制度以领土取得和占领为根据，而第二种制度则以‘根据事实本身和自始就有’的权利的存在为根据。毫无疑问，两者有时可能部分地或全部地相一致，但这种一致只是偶然的，这正如同突尼斯的情况，它的捕鱼区覆盖其大陆架的入口处，虽然仅此而已。突尼斯的历史性权利和所有权有可能更与专属经济区概念相关，这一概念可以被看作现代国际法的组成部分，但是突尼斯并没有选择把自己的要求建立在这一概念的基础上。”^⑮

1998年厄立特里亚——也门仲裁案中，两个当事国在仲裁协议中特别要求仲裁庭根据历史性所有权裁决领土主权问题，历史性所有权在案件裁判中受到了高度重视。^⑯

^⑭ 国家海洋局政策研究室：《国际海域划界条约集》，海洋出版社1989年版，第155页。

^⑮ CONTINENTAL SHELF (LIBYAN ARAB JAMAHIRIYA/ MALTA), JUDGMENT OF 3 JUNE 1985, <http://www.icj-cij.org/iciwww/cases/iLM/iLM/iudgments/iLM/iudgment/19850603.pdf>.

^⑯ Eritrean Yemen Arbitration, Document, Award, Phase I: *Territorial Sovereignty and Scope of Dispute*, CHAPTER IV-*Historic Title and Other Historical Considerations*, para 123, 126, 441, 9 October 1998. 载于 <http://www.pca-cpa/ER-YEAwardTOC.htm>.

对历史性海湾以外的历史性水域问题和历史性权利或历史性所有权在领海以外的海域划界中的作用问题,《公约》都没有明确的规定。尽管《公约》是一个庞大的综合性海洋法典,但不可能规定海洋法的全部事项,也不可能终止海洋法的发展。所以,《公约》序言要求对“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”。毫无疑问,一般国际法是承认海湾以外的历史性水域的,也是承认历史性所有权在领海划界以外的海域划界中的作用的。

中国南海断续国界线以内的水域,完全符合上述“历史性水域”的特征。南海诸岛自古以来就是中国领土。中国政府和人民有着长期管理和开发南海诸岛及其周围海域的历史。1947年12月1日,中国的通讯社公布了中华民国政府内政部方域司审定的南海诸岛地名172个以及南海诸岛新旧名称对照表,次日见报。^①同年12月,中华民国内政部方域司绘制的南海诸岛位置图(1948年2月出版)、西沙群岛图、中沙群岛图、南沙群岛图,在南海诸岛的周围明确标绘了断续国界线。^②这条断续国界线,并不是新圈定中国在南海享有主权或其他权利的范围,而是“确认了至少从15世纪起就被列入中国版图的南海诸岛的海上疆界”。^③由于早在这条断续国界线公布之前,线内的水域实际上已经是中国享有历史性权利的历史性水域,这条线公布后20多年都没有任何国家提出异议。到20世纪70年代,有些觊觎这条断续国界线内的自然资源的人,开始反对这条线。这是徒劳的,是改变不了线内的水域是中国的历史性水域的既定的法律地位的,也是否认不了中国对线内的历史性水域享有的历史性权利的。

三、《公约》的任何规定都不具有改变中国在南海的既得权利的效力

《公约》是整个国际法体系的一个组成部分,是以整个国际法的基本原理和原则为基础的。在理解和适用《公约》时,必须结合国际法的其他相关制度。

(一) 按照时际法原则,《公约》不具有改变中国在南海的既得权利的效力

只要不违反一般国际法强行规范,在适用国际法时,都应当遵守时际法(intertemporal law)原则。在1928年“帕尔马斯岛仲裁案”(Island of Palmas Arbitration)的裁决中,仲裁员胡伯(Max Huber)阐述了“时际法”原则。^④他区分了三个时间的法律:法律事实产生时的法律、该事实产生争议时的法律、解决该争议时的法律。他指出:法律事实应根据与其同时代的法律来评断,而不应根据与该事实有关的争议产生或提交解决时有效法律来进行评断;如果一个特定案件牵涉不同时期存在的不同法律制度,在确定应当适用那一法律制度时,必须在权利的创设和权利的存在之间加以区别:创设权利的行为须服从权利产生时有效的法律,权利的存在,亦即权利的继续表现,应当遵循法律的演变所要求的条件。法律不溯及既往,

^① 吴士存主编:《南海问题文献汇编》,海南出版社2001年版,第28页。

^② 韩振华主编:《我国南海诸岛史料汇编》,东方出版社1988年版,第182页下。

^③ 赵理海:《海洋法问题研究》,北京大学出版社1996年版,第37页下。

^④ United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. 2, pp. 845—846.

是时际法的精髓。

根据时际法原则,中国对南海诸岛及其周围水域享有领土主权和其他历史性权利的法律依据,不是1994年生效的《公约》,而是中国发现和先占南海诸岛以及开始管理和开发南海诸岛时的法律。在《公约》1973年开始谈判、1982年开放签署和1994年生效之前,甚至在1945年美国首先提出大陆架要求、1947年智利总统首先提出200海里海洋权(这最终导致了专属经济区制度的建立)之前很久,中国对南沙群岛的主权就已经稳固地确立起来了。包括关于群岛水域、专属经济区和大陆架的规定在内的《公约》的所有规定,都不具有溯及既往的效力,不具有否定中国在南海的既得权利的效力。中国对南海诸岛的主权及其他历史性权利的取得,不是武力侵略的结果,不为任何国际法强行规则所禁止。以20世纪90年代生效的《公约》的个别规定为由,否认在《公约》生效以前已经确立很久的中国对南沙群岛的领土主权以及中国对南海断续国界线内的历史性水域的其他历史性权利,明显地违反了国际法上的时际法原则。

《公约》第十五部分关于“争端的解决”第298条“适用于第二节的任择性例外”第1款(a)(1)项的规定,是时际法原则在《公约》中的具体体现:“关于划定海洋边界的第15、第74和第83条在解释或适用上的争端,或涉及历史性海湾或所有权的争端,但如这种争端发生于本公约生效之后,经争端各方谈判仍未能在合理期间内达成协议,则作此声明的国家,经争端任何一方请求,应同意将该事项提交附件5与第2节所规定的调解”。在这里,《公约》将适用导致适用有拘束力的裁判的程序的海洋边界争端的范围,限定在“公约生效之后”发生的争端,就包含着时际法原则的要求。如果适用《公约》来解决它生效之前发生的争端,就等于说《公约》有溯及力,就可能剥夺某些国家在争端发生时根据当时的国际法取得的既得权利。

(二) 地理依据不能改变历史和法律依据

无论是《公约》还是一般国际法,都承认“陆地支配海洋”的原则,承认沿海国有权拥有邻接其海岸的一定宽度的海域。但根据传统国际法,沿海国仅可以拥有一定宽度的领海,领海之外全是公海。作为公海自由的主要受益者,西方海洋强国曾长期顽固地坚持3海里的领海宽度。在制定《公约》的联合国第三次海洋法会议之前,国家管辖范围内的海域面积相对公海的面积而言是很小的。

公海是普遍共有物(res communis omnium)而不是无主物(res nullius)。任何国家对公海的主权主张都是无效的,任何国家都不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下,但国际法允许的情况除外。《公约》是当代的海洋宪章,它允许沿海国适用正常基线或直线基线划定内水,拥有从领海基线量起不超过12海里的领海,不超过200海里的专属经济区和最远不超过350海里的大陆架。这就是说,沿海国拥有领土主权或主权利的海域,可以向从前的公海海域扩展。有了《公约》或一般国际法的许可性规定,沿海国的这种扩展行为就是合法的。

但是,必须指出,《公约》的这种规定仅仅是一种许可性规定,并非任何沿海国都可以从领海基线量起拥有12海里领海、200海里专属经济区和350海里的大陆架。

《公约》第3条“领海的宽度”规定:“每一国家有权确定其领海的宽度,直至从按照本公约确定的基线量起不超过十二海里的界限为止。”根据《公约》第55和第57条,“专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域”,“从测算领海宽度的基线量起,不应超过二百海里”。

在规定领海、专属经济区和大陆架的宽度时,《公约》的用语是“不超过”或“不应超过”一定宽度,不是说每个沿海国在任何情况下都能够达到《公约》规定的最大宽度。例如,如果不存在历史性所有权等特殊情况下,相向国家领海基线之间的距离不足24海里时,各自的领海宽度就难以划足12海里;不足400海里时,各自的专属经济区宽度也难以划足200海里。依照《公约》第77条第1款和第5款,“沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土,如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里,则扩展到二百海里的距离”;如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离超过二百海里,则“不应超过从测算领海宽度的基线量起三百五十海里,或不应超过连接二千五百公尺深度各点的二千五百公尺等深线一百海里”。由此可知,相向国家领海基线之间的宽度大于400海里时,即使一国陆地领土的自然延伸到大陆边外沿的距离不足200海里,也可以从领海基线量起划足200海里的大陆架。如果一国陆地的自然延伸从领海基线量起超过200海里,还可以向公海方向延伸,只要不超过《公约》所许可的最大宽度。与此相反,在相向国家领海基线之间的距离不足400海里的情况下,如果不存在历史性所有权等特殊情况下,任何一方都难以划足200海里的大陆架。

这就是说,《公约》第3条关于领海宽度的规定、第57条关于专属经济区宽度的规定和第76条第1款关于大陆架宽度的规定,都是有条件的,即在相向国家领海基线之间的距离可能满足双方划足领海、专属经济区和大陆架的情况下,每一方才有权依照《公约》所允许的最大宽度划定领海、专属经济区和大陆架。如果相向国家间的海域宽度不能满足双方划足领海、专属经济区或大陆架的需要,应当适用的《公约》条款就不应是第3条、第57条或第76条第1款,而是第15条“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”、第74条“海岸相向或相邻国家间专属经济区界限的划定”或第83条“海岸相向或相邻国家间大陆架界限的划定”。

中国的南海诸岛东、西、南三面与周边国家相向,中国与这些相向国家的海域界限,已由中国南海的断续国界线划定。这条断续国界线,标出了中国享有领土主权及其他历史性权利的历史性水域的范围,表明线内海域早已不是任何国家都不享有主权或主权利权的公海海域,所以,其他任何国家均无权将其领海、专属经济区或大陆架的外部界限扩展到这条断续国界线以内。

然而,有的国家以南沙群岛的某些岛屿位于其专属经济区内、或位于其大陆架上为由,否定中国对南沙群岛的领土主权及中国对断续国界线以内的历史性水域的其他历史性权利。其实,专属经济区或大陆架可以在《公约》许可的限度内向原来的公海海域延伸,而不能向别国拥有主权的岛屿或历史性水域延伸。国际仲裁法庭1977年6月在英法大陆架仲裁案的裁决书中指出:“国际法上的大陆架是个法律上的概念这一事实本身表明,应用这一概念的范围及条件并不仅仅由地理上的自然事实所决定,而且也是由法律规则所决定的。^②”不仅大陆架概念是法律概念,群岛水域、领海、专属经济区等海洋法上的其他概念也是法律概念。即使中国南海的某些岛屿在地理上位于某些周边国家的大陆架上,或在地理上位于这些国家领海基线外200海里以内,也不能改变这些岛屿属于中国的历史事实和法律事实。

^② 国家海洋局政策研究室:《国际海域划界条约集》,海洋出版社1989年版,第155页。

“从历史的观点和国际法的角度来分析一个领土争议,地理事实是重要的,但是,正如经常发生的那样,不允许地理事实凌驾于这一争议的历史和法律根据之上。”^{②②}以地理上邻近或以地理距离为由否认中国对南沙群岛的领土主权以及中国对南海断续国界线内的历史性水域的其他历史性权利,就是把地理理由放在历史理由和法律依据之上。在领土主权或主权利利的取得方面,国际法从来都不承认单纯的地理理由。沿海国可以拥有领海、专属经济区和大陆架,除沿海国有这种地理条件外,还必须要有国际法上的依据。

四、中国实现在南海的历史性权利应顾及其他国家的既得海洋权利

1998年6月26日《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第14条宣布:“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利。”如前所述,中国在南海享有历史性权利的海域范围,是由1947年12月中国政府公布的围绕南海诸岛的断续国界线所划定的。这里应当着重指出的是,这条断续国界线是在美国提出大陆架要求和拉美国家提出200海里海洋权的历史背景下公布的。1945年9月28日美国总统杜鲁门发布了《关于大陆架底土和海床的自然资源的政策的第二六六七号总统公告》,宣布“邻接美国海岸外于公海之下的大陆架底土和海床的自然资源归属于美国,并受其管辖与控制”。1947年6月23日智利发表《总统声明》提出了200海里海洋权的要求,主张对智利海岸外200海里以内的水域和海底的自然资源享有权利,但声明这种要求不影响其他国家的公海自由航行的权利。中国政府在这样的历史背景下公布的这条断续国界线,就不仅仅是一条岛屿归属线。这条线除了表明中国对线内岛屿及其周围一定宽度的海域享有领土主权外,还表明中国对线内其他水域及海床底土的自然资源拥有主权权利。但是,这并不“意味着线内的全部海域是中国的内水。线内海域的地位,可根据《海洋法公约》的有关规定,为南海诸岛的岛礁划定其管辖范围。”^{②③}

根据国际法,中国在维护自己在南海的既得海洋权利时,不应损害其他国家在那里的既得海洋权利。有鉴于此,中国在南海断续国界线以内的历史性水域应当享有的历史性权利的基本内容至少包括:^{②④}

(1) 中国对断续国界线内所有岛、礁、滩、沙洲享有领土主权。1992年2月25日《中华人民共和国领海及毗连区法》第2条第2款和1996年5月15日《全国人民代表大会常务委员会关于批准 联合国海洋法公约 的决定》第3条都重申了中华人民共和国对南沙群岛及其他群岛与岛屿的领土主权。

(2) 断续国界线内各群岛的直线基线所包围的水域为中国的内水海域,基线外12海里的海域为中国的领海。^{②⑤}但因南沙群岛附近海域是国际航行要冲,应当根据《公约》第三部

②② [韩国]朴春浩:《帕拉塞尔群岛和斯普拉特利群岛的法律地位》,钟天祥译,见海南南海研究中心编:《南海问题译文集》(二),网上发布日期:2001年6月5日。http://www.hriscs.com.cn/front/law/law_display.asp?seq=24。

②③ 赵理海:《海洋法问题研究》,北京大学出版社1996年版,第38页。

②④ 周忠海等著:《国际法学述评》,法律出版社2001年版,第292页。

②⑤ 《公约》第46条关于“群岛”的定义表明,如果若干岛屿在“历史上已被视为”群岛,就构成群岛。因此,不论我国南沙群岛的岛、礁、沙洲及暗礁、暗滩和暗沙等自然地理和经济特征如何,在法律上都是构成群岛的。根据1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》,中国适用直线基线法划定内水和领海的范围。

分“用于国际航行的海峡”第34—45条规定的过境通行和无害通过制度以及第四部分“群岛国”第53条“群岛海岛通过权”的规定承认所有国家的船舶或航空器的航行或飞越的既得权利的精神,承认外国船舶和航空器享有过境通行的权利。

(3) 断续国界线内除中国的内水和领海之外的海域,是中国的专属经济区和大陆架。中国对该海域的水域、海床及其底土的一切自然资源,包括生物资源和非生物资源享有主权权利;在《公约》和一般国际法的限定下,其他国家在该海域及其上空继续享有航行、飞越、铺设海底电缆管道的自由等既得权利。

由上可见,《公约》既允许各国扩大享有主权或主权权利的海域的范围,又承认和保护各国的既得海洋权利。历史性所有权或历史性权利是《公约》和一般国际法明确承认和保护的既得权利。中国在南海断续国界线内的历史性水域享有的历史性权利,是早在《公约》开始谈判之前就已经确立的既得权利。《公约》的规定不具有否定这种既得权利的效力。中国对南海断续国界线内的历史性水域的历史性权利是多方面的,有对岛屿及内水、领海的领土主权,也有对线内其他海域的自然资源的主权权利,但实现中国的这些既得权利不应影响其他国家在中国南海的航行、飞越等方面的既得权利。

Abstract : The UN Convention on the Law of the Sea , while giving new maritime rights and interests to states , does not break the existing maritime legal order or affect the vested maritime rights of the states. The systems of archipelagic waters , exclusive economic zone and continental shelf provided for by the Convention allow states to extend the their sovereignty or sovereign rights to wider sea areas. However , states can extend their sovereign rights only to areas traditionally recognized as open seas and , in doing so , they may not infringe upon the vested territorial sovereignty or sovereign rights of other states. The various historical rights enjoyed by China over the South China Sea are vested rights that had been established long before the entry into force of the Convention.
