

“历史性权利”考

高志宏

内容提要 虽然《联合国海洋法公约》等成文国际法并未对历史性权利作出明确界定,但通过历史性水域、历史性海湾等制度肯定了历史性权利的价值。历史性权利是历史性水域和历史性海湾的权利依据和理论基础,历史性水域和历史性海湾是历史性权利的标的。历史性权利的构成要件应包括三个方面:该国对该水域行使了有效管辖权;该国对该水域行使管辖权是公开的、连续的、明确的;其他国家尤其是相关国家对该国这种管辖行为予以容忍。通例和法律确信是国际习惯法的两个构成要素,历史性权利属于国际习惯法。

关键词 历史性权利 国际习惯法 《联合国海洋法公约》 海洋法治 南海争端

高志宏,南京航空航天大学人文与社会科学学院副教授 211106

引言

“南海自古以来就是中国领土,中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权,并对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权。”——这是我国政府对南海主权和权益的正式表述和公开诉求。该诉求表明,历史性权利是我国南海维权的重要法理基础,也是法律途径解决南海问题的关键所在。然而,我国外交场合关于中国南海历史性权利声明的政治意义大于法律意义,事实上,南海周边的菲律宾、越南等国并不承认历史性权利。

那么,历史性权利仅仅是一种理论学说,抑或是一种法定权利?历史性权利与其他海洋权利是什么关系?问题的关键还在于,历史性权利是如何形成的?判断历史性权利的标准是什么?历史性权利的构成要件有哪些?这些问题不仅立法中没有言明,而且在理论上也存在分歧。

基于此,本文从历史性权利的历史溯源出发,探寻其在《联合国海洋法公约》等国际法中的相关规定,进而考察其在司法实践中的具体运用,试图界定历史性权利的内涵外延和构成要件,最终确认其法律地位,从而为我国维护南海权益提供智力支持。

本文为江苏省2014年“省社科应用研究精品工程”(立项批准号14SWC-106)阶段性成果。

一、历史性权利的历史溯源

从立法渊源来看,历史性权利及相关概念首先出现在联合国秘书处于1957年发表的题为《历史性海湾》文件中。该文件提出了“历史性权利”这一概念,认为一国拥有的“历史性所有权”包括“历史性海湾”和“历史性水域”,并将历史性海湾概念放在历史性水域概念之下^[1]。这是现有可查的国际文件中第一次出现历史性权利类似概念。

1958年,第一次联合国海洋法会议通过了《领海与毗连区公约》,该公约首次以法律形式确认了“历史性所有权”、“历史性海湾”、“历史性水域”等概念。具体体现在《领海与毗连区公约》在第七条在以“直线基线办法”作为划定领海界限主要方法的基础上,承认一国对历史性海湾、历史性水域等享有的历史性所有权。这一规定意味着,历史性权利相关概念被明确纳入现代海洋法案文之中。

1962年,联合国秘书处发表的《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》文件中,通过引述国际法院于1951年作出的英挪渔业案判决,肯定了历史性水域的法律地位,并尝试着对历史性水域的构成要件作出明确界定。即历史性水域不限于历史性海湾,其根据是历史事实——国家历史上就宣称和保留对这些水域的主权,其构成要素主要有三:一是主张历史性所有权的国家对该海域行使权利;二是行使这种权利应有连续性;三是这种权利的形式获得外国的默认^[2]。

从1973年12月3日持续到1982年12月10日的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”,以讨论历史性水域问题。虽然这次会议没有达成有关历史性水域的全面案文,但会议于1982年制定的被视为海洋法宪章的《联合国海洋法公约》则明确承认了“历史性海湾”这一制度。该公约在规定领海和毗连区制度的第十五条(海岸相向或相邻国家间领海界限的划定)以及规定争端解决机制的第二百九十八条(适用第二节的任择性例外)中,赋予历史性海湾或所有权以“例外条款”地位,肯定历史性所有权和历史性海湾其所具有的特殊性、合理性和合法性。这说明,历史性权利相关制度在联合国第三次海洋法会议议题中的重要位置,《联合国海洋法公约》并不排斥其他历史性水域^[3]。由此可见,《联合国海洋法公约》虽然并未对历史性权利直接作出明确界定,但其基本继承了1958年《领海与毗连区公约》在历史性权利问题上的精神。

相比国际法,我国于1998年颁布的《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》关于历史性权利的规定则更加明确、直接。该法第十四条规定:“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利”,这清楚地表明中国在历史性权利问题上的原则和立场:不因专属经济区、大陆架等海洋区域制度的建立而放弃中国在周边海域所享有的历史性权利。甚至有学者认为,该条规定是专为南海而设^[4]。

那么,如何看待和评价国际立法中关于历史性权利的规定呢?一方面,我们可以认为,历史性权利相关概念和制度已经得到了现代国际海洋法的承认,其在划定海洋界限、确定海洋权利区域范围等方面有着重要的地位和作用。联合国秘书处发表的《历史性海湾》和《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》虽然不是国际法律文件,但也说明国际社会在历史性权利问题上存在着较为广泛的共识^[5]。联合国海洋法会议通过的《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》具有法律属性,其虽然没有明确规定历史性权利制度,但通过历史性海湾、历史性水域、历史性所有权等制度肯定了《中

[1]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.

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

[3]陈德恭:《现代国际海洋法》,[北京]中国社会科学出版社1988年版,第51页。

[4]贾宇:《南海U形线的法律地位》,[北京]《中国边疆史地研究》2005年第2期。

[5]G A resolutions 51/241 (annex),52/161,53/106,54/106,54/108.

华人民共和国专属经济区和大陆架法》所称的“历史性权利”。另一方面,不可否认的是,“历史性权利”并未直接写入国际条约,法律上缺乏明确的界定,对于什么是历史性权利及其在国际法中属性地位都尚待明确,需要对历史性权利的构成要素、性质地位、贯彻适用等作进一步分析。

二、历史性权利的概念厘定

正是由于立法中对历史性权利界定不明,理论界对这一概念界定也尚未形成统一看法,甚至存在一定的认识混乱,将“历史性权利”与“历史性水域”、“历史性海湾”、“历史性所有权”等概念混同(一并)使用或交错起来。

《元照英美法词典》把历史性权利定义为:“根据国际法的相关规则,一国是不能够享有某项权利的,但是由于该国在历史过程中一直享有这项权利,并且这一事实已经得到了国际社会的默认,那么这项权利就是历史性权利。”^[1]

有些学者从一般国际法原则对“历史性权利”进行界定,譬如有学者认为,历史性权利是一国基于历史性逐渐加强的过程取得的对领土的权利,详言之,“历史性权利一词表示一个国家对其某一陆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。”^[2]有学者认为,历史性权利是指一个国家由于特殊的历史背景在一些特定的海域而享有一些特定的权利^[3]。

有些学者则从概念比较的角度对历史性权利进行解读,譬如有学者认为:“历史性权利”是从《联合国海洋法公约》中的“历史性水域”、“历史性海湾”概念析出的,是国际法中解决国家间领土冲突时所遵循的一项关键原则^[4];有学者认为,历史性海洋权利是在“历史性海湾”和“历史性海域”的基础上延伸而来的,它比“历史性海湾”和“历史性海域”概念更宽泛,是一种准“历史性海湾”和“历史性海域”的概念^[5]。

因此,我们需要进一步认识和把握“历史性海湾”、“历史性水域”、“历史性所有权”等相关概念。对于“历史性海湾”这一概念,《联合国海洋法公约》第10条及第298条有所提及,但未对之进行解释。一般认为,历史性海湾是历史性水域的一种,即那些沿岸属于一国,湾口宽度超出领海宽度的两倍,本不应视为内水但由于沿海国公开、明确、连续行使主权即享有历史性权利,且被其他国家和国际社会容忍的水域^[6]。大多数历史性海湾都是归沿岸国一国所有,但也有一些历史性海湾归两国或多国共同拥有。譬如,Fonseca湾即是由尼加拉瓜、洪都拉斯、萨尔瓦多三国共同拥有。对于“历史性水域”这一概念,《联合国海洋法公约》并没有提及,国际法院在英挪渔业案中将其界定为:“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。”^[7]有学者将历史性水域总结为:“历史性水域,基本上是指一些特定的海域,在此海域中一个国家由于特殊的历史背景而享有一些特定的权利,此项权利谓之历史性权利;历史性水域是指历史性权利所涵盖的

[1]萧波:《元照英美法词典》,〔北京〕法律出版社2003年版,第641页。

[2]Yehuda Z. Blum, “Historic Rights”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 7, Amsterdam: Noah-Holland Publishing Co., 1984, pp.120-121.

[3][8]黄异:《海洋秩序与国际法》,〔台北〕学林文化事业有限公司2000年版,第400页,第400页。

[4]刘江萍、郭培清:《加拿大对西北航道主权控制的法律依据分析》,载《中共青岛市委党校/青岛行政学院学报》2010年第2期。

[5]曹丕富:《关于历史性权利与我国海域划界的研究》,载高之国、张海文主编《海洋国策研究文集》,〔北京〕海洋出版社2007年版,第468页。

[6]曾令良:《国际法》,〔北京〕法律出版社2005年版,第338页。

[7][10] Fisheries Case (U.K.v.Norway), 1951, I.C.J. 132 (Judgment of Dec. 18).

海域。”^[8]有学者认为,历史性水域与一般适用的国际法规则相反,是沿海国明确有效、连续和长期地行使主权,并得到国际社会默认的水域^[1]。

从外延角度而言,历史性权利的范围远远大于历史性所有权,历史性所有权是历史性权利的本质和核心;历史性权利是历史性水域和历史性海湾的权利依据和理论基础;历史性水域和历史性海湾是历史性权利的标的;历史性海湾是历史性水域的一种类型或一部分。在国际法视野,历史性所有权即是国家领土主权。海洋属于领土范畴,一国可基于对某领土的历史性权利而享有对领土主权,即使主张历史性海湾的情况实践中很多,但是基于历史性的原因同样也可以主张对其他海域的权利^[2]。“历史性权利不仅可对海湾主张,尚得对其他非构成海湾的海域主张,例如群岛水域、群岛与邻近陆地间的水域、海峡、河口或其他类似的水域等,均可成为历史性权利的标的。”^[3]

从内涵角度而言,“历史性权利”首先是“历史性的”,即该权利的取得不是一时的、短暂的,而是一个较长时期的行为,是一个逐步形成、巩固并强化的过程,是一个持续的占领(包括发现、命名、管理、经营等)的事实状态;其次,从权利的范围来看,“历史性权利”应该不仅涉及海洋领土,而且包括国家陆地领土;再次,从权利的内容来看,就海洋领土而言,“历史性权利”虽然与大陆架、专属经济区权利有所不同,但其本质上仍然是国家主权,即是一国海洋领土权利范围;最后,从权利的性质来看,历史性权利是合法性权利,即一国对某海洋领土的管辖得到了相关国家和国际社会的普遍承认。

三、历史性权利的司法实践

相比立法实践,历史性权利的司法实践更为丰富。这些司法实践既有国际法院的司法判例,也有部分国家的国内实践。国际司法实践包括英美北大西洋海岸渔业仲裁案、英挪渔业案、北海大陆架案、英法大陆架仲裁案、突尼斯—利比亚大陆架案、萨尔瓦多—洪都拉斯 Fonseca 湾案、厄立特里亚—也门红海划界案、喀麦隆—尼日利亚陆地和海洋边界案、尼加拉瓜—洪都拉斯加勒比海领土和海洋争端案、新加坡—马来西亚礁岛案等。其中,最具有代表意义有:

英美北大西洋海岸渔业仲裁案。该案发生在 1909 年,案由是基于历史原因英美两国关于美国国民在北大西洋海岸享有的渔业权利范围发生争议和冲突。海牙常设仲裁法院于 1910 年 9 月 7 日作出裁定,就英国管辖权范围、美国国民捕鱼权、海湾界定、北美洲海岸界定等问题作出裁决^[4]。该案是发生在 20 世纪初的国际仲裁史上著名的案例之一,其重要意义不仅在于审判过程贯穿着条约解释,而且发展了海岸宽度(从三海里发展为十海里)、提出湾口封闭线划法,更为重要的是提出了“历史性海湾”的概念,彰显出海湾法律制度的历史演变过程。

英挪渔业案。该案发生在 1949 年,案由是英国因长期在挪威海岸外海域捕鱼与挪威发生摩擦。国际法院于 1951 年 12 月 18 日作出判决,将争端海域判给了挪威^[5]。该案的重要意义在于,国际法院在该案中首创了历史性权利这一国际法原则,肯定了历史性权利的法律地位,并详细说明了历史性权利的构成要件。

萨尔瓦多—洪都拉斯 Fonseca 湾案。该案发生在 1992 年,案由是萨尔瓦多和洪都拉斯关于 Fonseca 湾的岛屿主权发生争端不断恶化,并引发了 1969 年的“足球战争”,两国在 1972 年协议的基础上

[1]Leo J. Bouchez, *The Regime of Bays in International Law*, Leyden: A. W. Sythoff, 1964, p. 281.

[2]Anglo-Norwegian Fisheries Case (Norwegian Counter-Memorial), Judgment of 18 December 1951, I. C. J. Reports 1951, paras. 539,549.

[3]Juridical Regime of Historic Waters Including Historic Bays - Study Prepared by the Secretariat. Document: A/CN.4/143.para. 104.

[4]Scott, *Hague Court Reports, First Series*, New York, 1916: 185.

[5]Fisheries case, Judgment of 18 December 1951, ICJ. Reports, 1951 .para. 138-139.

于1986年5月24日签订特别协议,将未能解决的部分边界问题提交国际法院裁决。国际法院对法庭管辖权、法律适用、历史因素、占有原则及其例外等问题进行了讨论,认为Fonseca湾属于历史性海湾,湾内水域是历史性水域,三个沿岸国共同享有主权,但其它国家的船舶在海湾享有无害通过权^[1]。该案的重要意义不仅在于该案是国际法院第一次允许第三国(尼加拉瓜)参加国际诉讼,而且在于国际法院将长久和平行使且未有第三国反对的事实视为历史性权利的要件,其裁判结果对于解决国际水域争端具普遍性意义,是国际法院一座具有里程碑意义的判决^[2]。

新加坡与马来西亚岛礁案。该案发生在2008年,其案由是新加坡与马来西亚由于对白礁主权问题争执不下,于2003年2月6日签署特别协定,同意把白礁岛及附近的两个礁岛(中岩礁和南礁)的主权争执交由国际法院裁决。国际法院根据历史性权利相关制度和理论于2008年5月23日作出裁决:白礁岛归新加坡所有,中岩礁和南礁归马来西亚所有。该案的重要意义在于,把历史性权利视为国际习惯法的范畴,对历史性权利的构成要件和法理基础进行了说明,体现了国际法院和国际法对历史性权利的承认和尊重。

从历史性权利的司法实践中,不难发现,从“历史性海湾”延伸到“历史性水域”、“历史性所有权”,历史性权利的外延在不断拓展,法律地位在不断提高^[3]。一方面,历史性权利的形成经历了一个漫长的过程,“该过程包括一系列作为、不作为以及行为方式,并通过其积累的结果使这种权利得以产生和巩固,使之成为在国际法中有效的权利。”“‘历史性权利’一词表示一个国家对其某一陆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。”^[4]另一方面,历史性权利在解决领土主权纠纷方面发挥着重要作用。历史性权利蕴含在历史证据之中,而历史证据是国际法庭在解决领土和海洋争端时所重点审查和做出判决的主要证据。质言之,国际法庭在作出裁决时,往往会不厌其烦地阐述案件所涉领土的历史,并对双方当事人提交的历史性证据的合法性、真实性、客观性做出评判和分析,在查明争讼领土历史脉络的基础上才根据国际法进行裁决。所以说,法理评判是建立在历史考证的基础之上的,争议双方关于历史性权利证据的充足与优劣成为决定案件最终走向的关键性因素。

四、历史性权利的构成要件

关于历史性权利的构成要件,学界主要有两要素说、三要素说、四要素说以及六要素说。两要素说认为,历史性权利的构成要件是当事国对相关海域的长期有效管辖以及其他国家对当事国此种行为的默示同意。如有学者认为,“历史性权利基本上建立在下列两个条件之上:一是国家长期地对于海域实施有效管辖、二是国际社会或有关国家对前项关系默示同意”^[5]。三要素说在两要素说的基础上增加了一点,即当事国须证明其与相关海域存在紧密的利益联系^[6]。当然,也有学者认为这三个要件是:主张国对其水域公开行使权力、在相当长时间内连续行使这种权力、得到外国的承认或默认^[7]。

[1] ICJ, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervening), Application by Nicaragua for Permission to Intervene, Judgment of 13 September, 1990.

[2] Steven R. Ratmer, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, American Journal of International Law, Vol. 85, No.4, (Oct., 1991), p.685.

[3] 潘石英:《南沙群岛石油政治国际法》,香港经济导报出版社1996年版,第45-46页。

[4] Yehuda Z. Blum, “Historic Rights”, in Rudolf Bernhardt ed., Encyclopedia of Public International Law, Installment 7, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1984, p.120.

[5] 黄异:《国际海洋法》,〔台北〕渤海堂文化事业有限公司2002年版,第25页。

[6] 魏敏:《海洋法》,〔北京〕法律出版社1987年版,第45页。

[7] 沈固朝:《关于北部湾的“历史性水域”》,〔北京〕《中国边疆史地研究》2000年第4期。

四要素说在三要素的基础上增加了一点,即当事国要举证证明自己对该海域享有历史性权利,包括排他性国家司法管辖、长期控制、外国默认及沿岸国举证责任^[1]。六要素说则在四要素说的基础上增加了两点,即权利排他性行为和时效制度^[2]。对此,也有学者持不同意见,认为历史性权利应具备的六要件包括:国家对水域行使排他性权利、长时期地使用和通行、外国的默认、法律上有效的保护、重要利益、举证责任^[3]。

从国际立法层面看,在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》文件中,提出历史性水域应当考虑以下三个主要因素:一是索求国对该海域行使权力;二是索求国行使这种权力应有连续性;三是索求国这种权力的行使获得外国的默认。在1962年国际法委员会向联合国秘书处提供的《判断历史性水域(包含历史性港湾)的法律制度》书面报告中列举了历史性水域四项基本条件:应对相关水域行使相应的权利;行使权利的行为具有长期性,已经形成了国际惯例;各国的态度;相关水域在现实中对当事国具有重要意义^[4]。从国际司法层面看,国际法院在1951年英挪渔业案中,认为历史性权利的构成要件包括:索求国(挪威)在涉及水域内长期行使管辖权;周边国家对此(挪威行为)采取了默认态度^[5]。在1992年萨尔瓦多—洪都拉斯 Fonseca 湾案中,国际法院也有类似的表述。

笔者认为,历史性权利的构成要素越多意味着历史性权利的形成标准越严格和苛刻。四要素说中的证明责任要件以及六要素说中时效要件本身就是程序事项,无需将其作为历史性权利的构成要件。同时,历史性权利本身具有复杂性、多样性、模糊性,其项下的某些权利具有排他性,有些权利不具有排他性,所以将权利排他性作为历史性权利的构成要件也是不合适的。另外,把争讼的相关水域对当事国的重要意义作为历史性权利的构成要件,并无太大必要,因为从现实来看,领土主权问题是一国根本性问题,海洋的战略价值随着社会的发展日益凸显,争讼的相关水域对当事国的意义都不言自明。基于此,历史性权利的构成要件应包括三个方面:

其一,该国对该水域行使了有效管辖权。管辖权的形式包括通过法律文件等行使立法权的行为,也包括禁止他国船只在争议水域捕鱼或禁止进入争议水域等行使行政权的行为,还包括诉讼、仲裁等行使司法权的行为。那么,管辖权的有效性如何体现?通常认为,管辖行为应当是一国国家行为或国家机关行为,即体现国家意志的行为。“个人独立的几乎没有意义,除非他能够表明,他们的行为是得到许可的,或者他们是得到政府的授权,或者通过其他方式政府已经对他们行使了管辖权。”^[6]其二,该国对该水域行使管辖权是公开的、连续的、明确的。公开性要求行使国家管辖权的行为不能是秘密的,应当让他国知道该国的管辖活动;连续性要求行使国家管辖权应当以一种相同的或类似的方式重复而为之,不能间断;明确性要求行使国家管辖权的行为应当是明白无误的,不能是模棱两可的。难点在于,持续多长时间才能视为是“连续的”?或者说,经过多么久的时间推移才能构成历史性权利中的“通例”?这需要根据个案来判断,应当在“相当长”的时间内一直行使管辖权。那么,如何看待我们常见的“自古以来”就行使管辖权这一表述呢?笔者认为,“自古以来”是一个模糊概念,其只能视为一种强调,本质上对于判断行使管辖权的时间长度并无帮助。其三,其他国家尤其

[1]刘江萍、郭培清:《加拿大对西北航道主权控制的法律依据分析》,《中共青岛市委党校、青岛行政学院学报》2010年第2期。

[2]曲波:《海洋法中历史性权利构成要件探究》,〔北京〕《当代法学》2012年4期。

[3]刘惠荣、刘秀:《北极群岛水域法律地位的历史性分析》,〔青岛〕《中国海洋大学学报(社会科学版)》2010年第2期。

[4]刘楠来:《国际海洋法》,〔北京〕海洋出版社1986年版,第19页。

[5]ICJ Reports. Anglo-Norwegian Fisheries Case: Judgment of 18 December 1951. 130.

[6]Anglo-Norwegian Fisheries Case, I.C.J. Report, 1951.para. 184.

是相关国家对该国这种管辖行为进行了容忍,至少是在相当长的时间内是容忍的^[1]。容忍,“是指单纯的不作为,亦即没有动作,没有反应。”^[2]容忍反映了其他国家的态度,其表现形式有多种,既可表现为积极的作为——承认,也可表现为消极的不作为——默认。在历史性权利的认定过程中,其他国家的态度处于次要地位。如果其他国家对该国的管辖行为提出了反对或异议,那就需要考量反对的时间、反对的次数、反对的形式、反对国家的数目等,在此基础上评估这些反对或异议对历史性权利形成造成的影响。

历史性权利的取得不是一蹴而就的,不是即时完成的,相反,在“历史性权利”取得初期只是暂时的、相对的、初步的,还需要一个权利逐渐强化和巩固的过程,以最终演变成为一种绝对权或对世权^[3]。在此过程中,需要国家一系列具有国际法意义的实践来累积和巩固,即以主权者的名义长期、有效、连续、和平进行国家管辖,最终使自己的行为得到其他国家和国际社会的普遍认同。当然,对此,索求国要负举证责任,即需要提供索求国本身在该水域长期有效行使管辖权的事实和证据,以及相关国家对此予以容忍的事实和证据。

五、历史性权利的性质地位

前面的文本考察表明,历史性权利并不是由国际条约等成文国际法规定而来的,不属于成文国际法,但又有着丰富的国际司法实践,那么,其法律属性是什么?是国际习惯法抑或其他?能否构成独立的国际习惯法还是国际习惯法的例外?对此,学界有不同的看法。有人持否定观点,认为在习惯法领域历史性权利制度尚未发生^[4]。有人持肯定观点,认为历史性权利是习惯法的合理内核,对历史性权利的承认和尊重正是国际习惯法的核心^[5]。有人则持折衷看法,认为历史性权利是国际习惯法的例外,即历史性权利的取得需要得到其他国家的默认。如吉德尔(Gidel)指出,“尽管历史性水域的理论是一个必不可少的理论,但它也是一个例外的理论;”^[6]杰拉德(Gerald)则通过引用英挪渔业案认为,一般国际法规则不允许历史性权利,在特殊案件中基于历史性权利的取得将是一般法律规则的例外或者是对一般法律规则的废除^[7]。

习惯是国际法的重要渊源。法律渊源意义上的习惯,指的是那些长期沿袭下来的、经过实践检验的、得到使用者认可或同意的规则体系。在国际条约等国际成文法大量出现的20世纪之前,由长期不间断的惯例组成的习惯是最重要的国际法渊源,甚至被有些学者成为是一般国际法规范,其效力高于由条约所创设的协约规范^[8]。即使在国际条约等国际成文法日益增多的今天,国际习惯依然是占有很大部分,而国际条约的适用范围和效力范围仍存在很大局限性^[9]。历史性权利是否属于国际习惯法,需要从国际习惯法的认定要素谈起。

国际习惯法的第一个要素是通例,“通例”是国际习惯法规范的基本要件。所谓“通例”,即“组成国际社会之国家在相互交往过程中的惯常国家实践。”^[10]国际法不同于国内法,其体系性、逻辑性、确定性不是特别强,也正因为如此,那些惯常的国家实践才有可能成为国际法规范,并提供了国际习惯

[1]李金明:《南海断续线:产生背景及法律地位》,〔北京〕《现代国际关系》2012年第9期。

[2][4]黄异:《海洋秩序与国际法》,〔台北〕学林文化事业有限公司2000年版,第403页,第409页。

[3]Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, II.C.J. Reports. 1993, p.70 para72.

[5][10]王建廷:《历史性权利的法理基础与实证考查》,载〔北京〕《太平洋学报》2011年第3期。

[6]Juridical Regime of Historic waters including historic bays – Study prepared by the Secretariat. A/CN.4/143.para.40.

[7]Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of Law. British Yearbook of International Law Vol. 30. 1953 .27.

[8]GA Resolutions50/44,51/157,51/159,51/241(annex),52/153,52/161,53/100,53/10

[9]王秋玲:《国际法基本理论的新发展》,〔北京〕知识产权出版社2008年版,第158页。

法发挥作用的重要空间。反过来,我们也可以把这些普遍而广泛存在的通例作为国际习惯法存在的证据。正如詹宁斯在《奥本海国际法》中指出的,国际习惯“是被接受为法律者的通例对国际习惯存在提供的证明”^[1];或者,正如菲德罗斯在《国际法》中所言,惯例证明了一个习惯法规则的存在^[2]。“通例”的这种客观存在,意味着该国家实践是真实的、持续的和一以贯之的。当然,既然称为“习惯性”的国家实践,那就说明,这些国家实践不是一蹴而就的,而是经历了一个相当长的历史发展演变过程;不是某个国家的个别行为,而是经历了一个从个别的、零星的、分散的国家实践现象到共同的、普遍的、稳定的国际行为模式^[3]。因此,能成为国际习惯法的通例是一种客观历史存在,是人类在长期交往过程中逐步形成的,经历了多次累积、逐步磨合最终普遍接受的过程。构成国际习惯法的通例,在时间上具有连续性,在地域上具有广泛性,在行为模式上具有同一性。正是基于此,判断国际惯例是否存在只能从历史中去寻找,只能从国际关系的事实中去论证。那么,如何去证明和论证呢?国际法是与国内法差异很大的法律体系,其不存在一个超国家的权威的立法机构,如此一来,如何判断一项习惯规则能否称之为国家习惯法就成了一项难题,尤其是那些“不作为”的国家实践,能否视为国家意志的反映?能否被推断为该国的默示或认可行为?这是国际习惯法形成理论最具争议的问题之一。国家的行为既可以是口头的,也可以是书面的,还可以是具体的行为;既可以是积极的作为,也可以是消极的不作为。国际法理论和国际司法实践通常认为,以下行为可以视为构成国际习惯法中的国家行为:其一,国际组织的行为,譬如国际组织的决定、国际法院的判决等;其二,国家的外交行为,譬如签订国际条约、发布的宣言和外交文书等;其三,国家内部行为,譬如国家立法、行政命令、法院判决等^[4]。判断或证明一项国际习惯是否存在,能否具有法律效力,要从各种历史证据和事实中综合判断。当然,这个认定标准不是绝对的,而是应当结合具体情境具体分析,且不应该非常苛刻和严格。对此,国际法院在“尼加拉瓜诉美国军事行动和准军事行动案”中明确指出,“并不期望在国家的实践中,对有关规则的适用应该是完美的……法院并不认为,对于一项规则成为习惯法,相应的实践必须完全严格地与该规则保持一致……国家的行为应在大体上与该规则保持一致就足够了。”^[5]

国际习惯法的第二个要素是法律确信。法律确信是形成国际习惯法的关键条件。正如《国际法院规约》第38条所言:“国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。”质言之,一项通例之所以具有国际法上的拘束力,是因为该通例能够得到持续的、普遍的、广泛的历史信息和历史事实的支持,并且得到了国际社会的广泛承认或默示。即是说,长期性(时间标准)、普遍性(地域标准)、一致性(程度标准)是形成法律确信的三个标准。问题的关键在于,如何理解该通例即国家实践的持续性?换句话说讲,国家实践要经过多长时间才能被认为形成了国际习惯?对此学界有不同的看法。笔者认为,时间标准不是判断是否构成国际习惯的决定性、绝对性因素,而是要参考普遍性、广泛性等因素综合考量。尤其是随着人类社会的发展,资讯日益发达,物理距离逐步缩小,国际习惯的形成也在逐步加快。因此,法律确信是否形成应当是判断国际习惯是否形成的主要依据,而不是时间因素。接下来的一个问题是,何为普遍性?多少或者说多大范围内的国家参与或承认才能意味着习惯法的形成。通常而言,法律确信的 formation 应该包括大多数国家,尤其是“不同政治、经济和法律制度国家”和“各大洲国家的参加”^[6]。

[1][德]拉萨·奥本海:《奥本海国际法》(第1卷,第1分册),詹宁斯、瓦茨修订,王铁崖等译,(北京)中国大百科全书出版社1998年版,第16页。

[2][奥]菲德罗斯:《国际法》,李浩培译,(北京)商务印书馆1981年版,第174页。

[3]Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, I.C.J. Reports 1995, p.155, and the Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski, Id., p.251.

[4]余民才:《国际法教学参考书》,(北京)中国人民大学出版社2002年版,第28页。

[5]Nicaraguav.US (Merits), I.C.J Reports 1986, p.98.

[6]高健军:《国际海洋划界论》,北京大学出版社2005年版,第113页。

某项实践被采用的国家越多,就意味着该实践规则更容易被其他国家所接受,其法律确信的程
度就越高,成为国际习惯的可能性就越大。最后,如何理解法律确信中的“一致性”?笔者认为,一致性并
不是说所有国家步调一致,个别国家不一致的国家实践并不能否定或阻碍国际惯例的形成,只要多
数国家长期重复的类似行为是出于法律需要,就可以认定是绝大多数国家或国际社会的共同意愿,
是建立国际法的客观需要,从而被认定为是国际习惯法的组成部分。总之,国际习惯法是从世界各
国长期的、客观的历史实践中总结出来的,大量的历史实践和法律确信是国际习惯法的核心。

基于国际习惯法的构成要素分析,我们再来分析历史性权利的法律属性及其国际法中的地位。
首先,《联合国海洋法公约》中并没有明确规定“历史性权利”,因此,历史性权利并不能称为是一种国
际成文法原则。然而,《联合国海洋法公约》却明确吸纳了两个概念“历史性海湾”和“历史性所有
权”,这两个概念被认为是“历史性权利”的两个子概念。可见,《海洋法国际公约》对“历史性权利”不
仅不排斥或没有明确排除,而是肯定了这一法律原则。再者,在国际法院的诸多案例中,都明确适用
了历史性权利原则。因此,把历史性权利定位为国际习惯法原则比较合适。

国际习惯法与历史性权利密不可分。一方面,国际习惯法是历史性权利的法律依据,其核心在
于对历史性权利的认可、确认和尊重。历史性权利的法理基础是国际习惯法,即对历史性权利和承
认和尊重的国际习惯。国际法基本原理和司法实践告诉我们,国际习惯法的形成往往早于国际成文
法的建立,并且后来的国际成文法的原则和规则不能更改国际习惯法。另一方面,历史性权利是国
际习惯法解决领土争端的重要历史依据,即一国在领土主权方面得到国际社会公开承认乃至默示认
可的传统权利都属于国际习惯法范畴。历史性权利是根据历史实践巩固而来,属于国际习惯法的范
畴,构成独立性国际习惯。历史性权利属于一种国际习惯法引申权利,即一国基于历史事实产生的
对某项领土享有的主权性权利。当然,此处的领土不仅包括水域,而且包括陆地。所以,历史性权利
的范围要远远大于历史性海湾和历史性水域,后者是前者的具体体现。在国际习惯法视角下,历史
性权利在解决领土主权纠纷方面发挥着重要作用,是解决海洋争端的重要国际法原则。

[责任编辑:钱继秋]

Research on Historic Right

Gao Zhihong

Abstract: Although the written law such as “United Nations Convention on the Law of the Sea” did not
make a clear definition of historic rights, but by historic waters, historic bay and other systems affirmed the
value of historic rights. Right is right based on historical and theoretical basis of historic waters and historic
bays, historic waters and historic bays are the subject of historic rights. Has a wealth of historic rights of in-
ternational judicial practice in resolving the territorial sovereignty dispute plays an important role. Elements
of historic rights should include three aspects: the country to exercise effective jurisdiction over the waters,
the waters of the country’s exercise of jurisdiction is open, continuous, clear, and other countries, particular-
ly the countries of the country this behavior is governed were tolerated. Orders and laws is believed to be the
two elements of customary international law, the right to belong to a historic international customary law.

Keywords: historic rights; international customary law; “United Nations Convention on the Law of the
Sea”; maritime law; South China Sea dispute