

“后仲裁”时代历史性权利 解决南海问题的局限性及其拓补

高志宏

内容提要 南海是中国重大利益之所在。自汉代以来,中国一直对南海海域进行有效管辖,并得到了其他国家的“容忍”和承认,理应享有历史性权利。应当看到,历史性权利具有一定的模糊性,进而导致历史性权利具有一定的弹性空间。在“后仲裁”时代,我国需要和相关国家共同努力,让历史性权利成文化,明确写入国际条约中。维护我国南海权益,既需要通过史料记载、地质考察、地名演变等角度对南海争议岛屿进行史地考证,还要结合发现原则、先占原则、历史性权利、时际法理论等国际法规则提供中国拥有南海争议岛屿的法律论据,维护南海争端解决中的利益平衡。

关键词 历史性权利 南海问题 《联合国海洋法公约》 南海“U形线” 海洋法治

高志宏,南京航空航天大学人文与社会科学学院副教授 211106
北京航空航天大学博士后

一、问题的提出

2016年7月12日,菲律宾南海仲裁案仲裁庭公布了所谓的“最终裁决”,这一持续42个月披着法律外衣的政治闹剧暂时收场。中国政府通过各种途径和形式表达了不接受、不参与该仲裁的严正立场,并从法律角度全面阐述仲裁法庭没有管辖权的立场和理据,并于仲裁结果公布的当天作出《关于南海仲裁案仲裁庭所作裁决的声明》和《关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》,郑重声明该裁决是无效的、没有拘束力的,中国不接受、不承认。中国始终主张,自古以来南海就属中国管辖,中国对南海诸岛及其附近海域享有无可争辩的主权。即是说,中国主张南海权益的法理根基是历史性权利。

然而,《联合国海洋法公约》等国际成文法并没有对历史性权利作出明确界定,我国《专属经济区和大陆架法》对南海海域性质及历史性权利的概念也没有作出详细的说明和解释。在国外理论界,关于历史性权利也有诸多争议,对历史性权利的内涵外延、构成要件、法律属性尚未形成统一的权威看

本文为2016年度教育部规划基金项目(编号16YJA82005)阶段性研究成果。

法,甚至存在截然相反的认识。也正源于此,菲律宾、越南等国并不承认我国对南海享有历史性权利,菲律宾更是单方提出了所谓的南海争端仲裁案,仲裁庭最后也“否认了”中国对南海所享有的历史性权利。无论是从眼前考虑,澄清历史性权利相关理论纷争从而消除菲律宾提出仲裁所引发的负面影响,还是着眼于未来,构建中国在南海所享有权利的法理主张,从而继续发挥历史性权利在国际法框架下解决南海问题的重要作用,都显得必要而急迫。

基于此,本文在海洋善治的视野下,从南海争端出发,探寻历史性权利在解决南海争端中的作用机理,重点分析历史性权利的局限性及其根源,寻求解决南海争端可能的法律模式,并结合实际提出维护我国南海合法权益的系统性综合性方案。

二、历史性权利在解决南海争端中的作用机理

中国是最早发现、最早命名并长期管辖、开发南海诸岛的国家,撇开1905年清朝、1934年和1947年中华民国政府对南海诸岛规范化命名不谈,仅就1948年中国国内政部公开发布《中华民国行政区域图》而言,该地图将南海诸岛标绘并纳入范围,向国际社会明确无误地正式公布了中国政府在南海的管辖范围。在此后的20多年里,南海周边国家及国际社会并未对南海“U形线”提出异议,也没有对中国的南海主权提出异议、反对和外交交涉。相反,包括南海周边国家在内的许多国家、国际组织都通过会议文件、世界地图、国家地图等方式承认中国南海“U形线”。

从历史性权利的构成要件来看,中国在南海“U形线”内岛屿及水域享有历史性权利。首先,南海是中国重大利益之所在。南海海域作为国际海洋战略要地,涵盖了多条重要国际航道,海域内资源丰富,其不仅事关中国进出口贸易安全,而且事关中国经济稳定。其次,中国历史上一直对南海海域进行有效管辖。如,唐代将南海海域划归中国琼州府管辖,明朝对南海海域的巡航活动^[1]。再次,中国在南海海域行使管辖权具有持续性。从唐代把南海设立为行政辖区,到宋代将南海划归为广南西路琼管管辖,到明代将南海划归为万州管辖^[2],再到民国政府将南海规划为海南省管辖,一直到2012年成立三沙市,无不表明中国在南海行使国家主权不是偶然的、间断的,而是连续的、一以贯之的。以具体的管辖事项——巡视活动为例,清朝在明朝南海海域远洋巡视的基础上,建立了定期巡海会哨制度,把对南海海域的巡视活动常态化和固定化^[3]。最后,中国在南海行使管辖权行为得到了其他国家的“容忍”和承认。在长期的中国管辖南海海域的历史进程中,周边国家对此知晓但并未提出异议,只是到了近代尤其是近些年,随着南海海域的经济价值和战略价值的提升以及被认识,个别国家才提出异议。从汉唐中国开始管辖南海直到清朝末年相关国家才提出异议,中国对南海的管辖经历了1000多年的时间,这么漫长时间,足以证明中国行使南海管辖权得到了国际社会的广泛认可。总之,根据历史性权利的构成要件以及中国管辖南海的历史事实,可以得出中国在南海享有历史性权利的明确的、肯定的结论。

虽然,中国对南海“U形线”有图示无解释,但自《中国南海岛屿图》1935年公开发布后,不仅在当时,而且是在其后的几十年间,南海周边国家、国际社会都未对此提出异议,这种默示和无异议产生了国际法上的默示同意和承认的法律效力。不仅如此,许多国家通过其出版的国家地图等方式把南海“U形线”内的岛屿标注归属中国,如日本、法国、苏联、东德、波兰、匈牙利等。这说明,南海“U形线”自产生以来,对于维护南海和平与稳定发挥了重要作用。

[1][3]吴士存:《南海争端的由来与发展》,〔北京〕海洋出版社1999年版,第25-60页,第25-60页。

[2]傅崐成:《南(中国)海法律地位之研究》,〔台北〕一二三资讯出版社1995年版,第24页。

中国政府1947年12月公布南海“U形线”的历史背景是:美国总统杜鲁门于1945年9月28日发布的《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”,以及智利总统于1947年6月23日发表的《总统声明》提出了智利海岸外200海里以内的水域和海底的自然资源享有权利的主张。即是说,在美国提出大陆架要求以及以智利为代表的拉美国家提出200海里海洋权的时代背景下,中国政府公布了南海“U形线”。这一历史背景是理解南海“U形线”的法律地位,以及中国在南海享有的权利范围的基本依据。南海“U形线”不仅仅是一条岛屿归属线,但也并不“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。”^[1]详言之,中国在南海“U形线”内享有的历史性权利的基本内容包括^[2]:(1)中国对南海“U形线”内所有岛、礁、滩、沙洲享有领土主权。(2)南海“U形线”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。(3)鉴于南沙群岛附近海域是国际航行要冲,根据《联合国海洋法公约》之规定,外国船舶和航空器享有过境通行的权利。(4)南海“U形线”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《联合国海洋法公约》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。

三、历史性权利的局限性及根源

一般而言,要查证历史性权利在国际法上的内涵及其适用范围,主要应从海洋法条约、习惯法和一般法律原则来展开^[3]。然而,考察历史性权利的上述几个方面可以发现,维护我国南海合法权益仅仅依靠历史性权利是不够的,因为历史性权利具有一定的局限性。

首先,《联合国海洋法公约》等国际成文法并未直接、明确规定历史性权利,历史性权利只能属于国际习惯法。我国是以在《南海诸岛位置图》中标注的九段线(“U形线”)为基础,主张享有历史性权利的。然而,《联合国海洋法公约》等国际成文法并没有直接规定历史性权利制度,所以,中国的主张受到部分南海周边国家及欧美学者的质疑。它们提出异议的主要理由是:《联合国海洋法公约》没有明确规定历史性权利,而只是有限的讨论了历史性海湾和历史性所有权问题,中国加入《联合国海洋法公约》就意味着放弃了对现已成为他国专属经济区或大陆架上自然资源的历史性权利,放弃了所有传统捕鱼权,即中国再不能依据历史性权利理论在南海主张相关的权利^[4]。随着海洋管辖权理论、法律和实践的进一步发展,以及南海战略地位的日益凸显,南海领土争端不断加剧,南海周边某些国家对南海“U形线”的法律地位提出了质疑,要求中国对南海“U形线”及线内水域的性质和地位作出明确解释。然而,历届中国政府的法律文件并没有对九段线的含义、法律地位和性质作出详细说明,也没有对中国在此线内享有的法律权益给出统一说法。1998年中国颁布的《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第14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。”虽然有学者认为,该条规定一般而言是专为南海而设^[5],但是,由于法律或其他立法文件并没有对此加以说明,立法

[1]周忠海:《国际法学述评》,〔北京〕法律出版社2001年版,第292页。

[2]黄异:《海洋秩序与国际法》,〔台湾〕学林文化事业有限公司2000年版,第397页。

[3]Robert Beckman. China, UNCLOS and the South China Sea. Asian Society of International Law Third Biennial Conference, Beijing, China, 27-28 August 2011. pp.6-12.

[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]黄伟:《论中国在南海U形线内“其他海域”的历史性权利》,〔青岛〕《中国海洋大学学报》2011年第3期。

机构或官方亦没有对此进行权威解释。

其二,历史性权利具有一定的模糊性,这进而导致历史性权利具有一定的弹性空间。理论上,历史性权利是一个颇有争议的概念,其内涵界定、外延范围、构成要件都尚未形成统一的权威认识。正是由于历史性权利自身的模糊性,缺乏统一的确切内涵和适用范围,理论上对此也认识不一。所以,《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第14条关于历史性权利的法律效力就打了折扣,至多可以认为,上述规定为中国在南海海域主张权利提供了一个模糊的国内法依据^[1]。也正基于此,中国主张的南海“U形线”内的权益究竟是什么权利、是否有明确的法律依据、能否得到国际法理的支持等问题一直是国际社会讨论不休的问题。

其三,从国际司法实践看,历史性权利并非唯一的海洋划界原则,也不是最主要的海洋划界原则,往往是其他海洋划界原则的例外或补充。菲律宾等南海周边国家主张南海权益的依据是国际法中的专属经济区制度和大陆架制度,而这两项制度都是被视为现代海洋法基石的《联合国海洋法公约》新确立海域制度。《联合国海洋法公约》创设这两项海域制度的根本目的或者说法律精神在于,让更多的国家获得更多的海域从而发展海洋经济、积累海上财富。在划定专属经济区和大陆架边界时,需要遵循的首要原则是公平合理原则。自2001年国际法院在卡塔尔诉巴林海域划界案中正式提出公平合理原则后,在随后的2002年喀麦隆诉尼日利亚案、2007年尼加拉瓜诉洪都拉斯案、2009年黑海划界案,国际司法实践都坚持并贯彻了这一原则。质言之,公平合理原则正在成为国际司法机构处理海域划界案件的主要标准,成为约束自然延伸原则、等距离等划界原则的实践准则,而历史性权利规则并非主要原则,甚至还有淡化的倾向。譬如,在2009年黑海划界一案中,罗马尼亚依据历史性权利主张获得大部分争端海域,虽然国际法院最终也将争端海域的百分之八十部分裁决给了罗马尼亚,但依据并非罗马尼亚主张的历史性权利,而是根据公平合理原则并结合争端海域相关的地理情况,包括争端当事国的地理地貌情况、海岸线的长短等事实证据,国际法院裁决中淡化了历史性权利这一因素。所以,我国在维护南海权益或者通过法律途径解决南海划界争端时,仅仅依靠历史性权利这一理论是不够的,也可能得不到国际司法机构的完全认可和接纳。

那么,如何提供我国南海权益更加充足的国际法依据呢?一是要坚持历史性权利原则,公开强调尊重历史性权利原则的合法性、合理性和重要性,主张我国在南海U形线内享有历史性权利;二是在理论研究成熟的基础上,官方阐明中国南海历史性权利的基本内涵,适时利用国际平台促进历史性权利纳入国际条约;三是多种法律原则并举,提供更多的中国南海权益的法律依据;四是充分利用我国南海海岸线优势,通过公平合理原则主张更多的专属经济区和大陆架面积,从而最大化的保留我国南海“U形线”内水域的权利,从而更好地维护我国南海权益。

四、历史性权利成文化

前文述及,厘清历史性权利内涵,促使历史性权利纳入国际成文法是拓补历史性权利不足的重要一环。权利是在斗争中发现和争取的,许多国际法制度都是相关国家努力的结果。“在既存法以利益为支撑的所有这些情况中,这是一场新法必须经受的斗争,以便为自己闯开一条通道,这是一场经常要延绵整个世纪以上的斗争。”^[2]历史上,一些制度因为某些国家的斗争而纳入国际条约的例证并不少见。譬如,在挪威等国主张下,直线基线作为一种基线划法被写入《领海及毗连区公约》与《联合国海

[1]Hans J. Morgenthau. *Dilemmas of Politics*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958. p.54.

[2][德]鲁道夫·冯·椰林:《为权利而斗争》,郑永流译,〔北京〕法律出版社2007年版,第5页。

洋法公约》^[1]；在美国等国的努力下，大陆架制度被写入《大陆架公约》与《联合国海洋法公约》；在智利等拉美国家的争取下，专属经济区制度被写入《关于海洋法宣言》与《联合国海洋法公约》^[2]；在印度尼西亚等群岛国家的斗争下，群岛制度被写入《联合国海洋法公约》；在广大发展中国家的抗争下，国际海底区域制度被写入《联合国海洋法公约》。可以说，权利都是抗争努力的结果，国际法律制度也不是自发产生的，都经历了一个从无到有、从不完善到逐步完善的过程。对于历史性权利而言，需要包括中国在内的利益相关国明确主张、大力倡导、努力实践和长期奋斗，从而纳入《联合国海洋法公约》等国际成文法，完成法典化过程。

当然，历史性权利成文化的前提在于，对历史性权利内涵的凝练、外延的界定，以及历史性权利构成要件的充分研究。具体到南海而言，需要廓清中国对“南海U形线”内水域享有的历史性权利的范围，以免造成南海周边国家的误解。中国南海权益是多方面多层次的，既有对岛礁、内水、领海的领土主权，也有对线内其他海域的传统权利（比如捕鱼权）。中国在实现上述权利的同时，不影响、不妨碍其他国家在南海享有的航行、飞越等方面的既得权利，对此上文已经论及。

五、历史性权利与其他法律原则共举

笔者赞同这样一种观点，既需要通过史料记载、地质考察、地名演变等角度对南海争议岛屿进行史地考证，还要结合发现原则、先占原则、历史性权利、时际法理论等国际法规则提供中国拥有南海争议岛屿的法律论据^[3]。

在传统国际法看来，国家取得领土（含岛礁）主权的方式主要有先占、时效、征服、割让、添附等五种方式。随着社会的发展、时代的进步和国际法的完善，这五种方式逐步被现代国际法所淘汰、否定，并发展出了一些新的领土主权取得方式，譬如民族自决、收复失地、交换领土、公民投票等。然而，在解决现代领土争端时，先占、时效等制度在判断当事国是非曲直和决定领土归属中仍具有重要意义，是重要的法律参考标准。针对南海岛礁主权的现状，应当以系统思维、多种国际法原则和规范为依据解决南海岛礁主权争端。详言之，应当以历史性权利和时际法为原则，重视关键日期规则、有效控制规则、禁止反言规则等法律规则的作用。

1. 发现原则

发现原则作为最古老和传统的国际法原则，在确认取得领土方面曾经发挥着重要作用。在大扩张时期，世界上存在着大量无主地，当时国际法学界主流观点认为发现是主张领土主权的有效根据^[4]，也是确认领土取得的重要国际法原则。国际法院法官詹宁斯（R.Y.Jennings）也认为，不加占领的单纯发现在过去是可以赋予权利的^[5]。一直到欧洲各国完成资产阶级革命的18世纪，世界上几乎不存在尚未被发现的领土，发现原则才失去了存在的现实基础。但这并不妨碍其作为一项基本国际法原则，确认已经取得的领土主权，解决相关的领土主权纠纷。

据此，我们分析一下南海诸岛的领土主权归属问题。据史书记载，早在秦朝时期，中国就开通了

[1]陈德恭：《现代国际海洋法》，[北京]法律出版社2009年版，第58页。

[2]曲波：《历史性权利在〈联合国海洋法公约〉中的地位》，[长春]《东北师范大学学报》（哲学社会科学版）2012年第3期。

[3]朱坚真：《多视角下南海争议岛屿权益问题及对策研究》，[北京]《太平洋学报》2013年第6期。

[4]Gerhard Von Glahn, James Larry Taulee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. Longman, 2006, p.367.

[5][英]詹宁斯：《国际法上的领土取得问题》，[北京]法律出版社1980年版，第43-45页。

海上交通,与南海诸岛建立了密切联系;在汉、唐时期,对南海诸岛行使主权管辖和海域开发;在宋朝时期,就开始将南海诸岛明确列入我国领土版图^[1]。无论是东汉时期杨孚著《异物志》中将南海称为“涨海”^[2],还是三国时期康泰著《扶南传》中将南海诸岛称为“珊瑚洲”^[3],抑或是宋代《琼管志》、《岭外代答》等关于南海及南海诸岛地名的变更记载^[4]无不表明,中国是最早发现、命名南海的国家,比西方国家通过“发现原则”获得“无主地”至少早 1800 年。根据发现这一国际法原则,中国理应享有南海的相关主权。

2. 先占原则

虽然当今国际已经没有了无主地,但先占作为取得领土主权的最古老方式,在国际司法实践中具有重要作用,是解决国际领土主权争端的常用标准。《奥本海国际法》对先占界定如下:“先占是一个国家的占取行为,通过这种行为该国有意识地取得当时不在其他国家主权之下的土地的主权。”^[5]福希耶(Fauchille)给出了另外一个相似的定义:“一般而言,先占是一个国家以取得所有权为目的,对不属于其他任何国家的领土取得主权的。”^[6]可见,先占作为一种合法取得领土的国际法原则和原始方式,是指一个国家对无主地即不属于任何其他国家主权的土地占领并行使主权的行。

根据国际法理论,先占要具备以下基本要件:首先,先占作为一种国家行为,其主体必须是国家不能是个人或其他组织;其次,先占的客体必须是无主地,不能是其他国家所有或有争端的土地;再次,在主观上,先占要有一定的意思表示,譬如通过发表国家宣言、宣告、声明等将该无主地纳入本国领土范围;最后,在客观上,先占要形成一种有效的占领,即在一定合理时间内对无主地有效地行使了主权,譬如划界、升旗、驻军等军事、行政、司法、立法等措施^[7]。当然,对于不适宜定居的地方,先占要求较为宽松。人类共同继承的财产(比如南极)不是无主地,不能成为先占的对象。另外,基于公海自由,公海海域也不能成为先占的对象^[8]。

史料证明,我国不仅首先发现、命名了南海及南海诸岛,享有“发现权”,而且至少从宋朝开始即对南海进行了有效地、连续地管辖,《皇清各直省分图》、《南海岛屿图》等历代官方绘制的地图,无不表明、证实我国长期对南海诸岛行使管辖权^[9]。1946年,国民政府根据《开罗宣言》之规定接受被日本侵占的南海诸岛;1951年,政务院总理周恩来在《关于美英对日和约及旧金山会议的声明》中更是明确指出,包括西沙群岛和南沙群岛在内的南海诸岛一直以来是我国领土。可见,从先占原则出发,南海属于中国领土符合国际法原则。

3. 时际法原则

时际法最早是由帕尔马斯岛仲裁案引入到国际法领域的^[10]。所谓时际法,是指对争议事项的解

[1]韩振华:《我国南海诸岛史料汇编》,〔上海〕东方出版社1988年版,第531页。

[2]杨孚:《异物志》,〔北京〕中华书局1985年版,第36页。

[3]李昉等:《太平御览》(第一册)卷69,〔北京〕中华书局1960年版,第327页。

[4]刘南威:《中国南海诸岛屿地名论稿》,〔北京〕科学出版社1996年版,第10页下。

[5][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74页。

[6]Fauchille, *Traite de droit international public*, vol. I part 2, 8th ed.1925: 680-681.

[7]文涛:《浅议先占原则与我国南沙群岛主权》,〔兰州〕《发展》2009年第10期。

[8]Oppenheim, *International Law*, volume I, 8th ed. (1955),p 556. Fauchille, *Traite de droit international public*, vol. I, part 2, 8th ed. 1925: 702.

[9]王萍:《国际法确定南海海权的思考》,〔郑州〕《河南省政法管理干部学院学报》2009年第1期。

[10]Award of the Island of Palmas Case. *American Journal of International Law*, 1928 (22):883.

决应当适用该事实发生时有效的法律^[1]。时际法原则主要解决的是法律适用问题,也即法律的时间效力问题。时际法原则包含两层含义:一是解决某一争端应当依据与该争端的法律事实同期的法律,而不能依据争端发生时的法律,更不能依据争端解决时的法律;二是如果在某一连续时期内所实行的法律并不相同,那么,应当区分权利的创造和权利的存在,创造权利行为应适用该权利产生时有效的法律^[2]。时际法原则,彰显出国际法对法律时效性的尊重,并成为重要的国际惯例。

无论是从文献考证来看,还是从历史学角度来看,中国都是最早、发现、命名、经营、管辖和有效治理南海的国家,中国南海权益时长期历史沿袭下来的。换言之,中国对南海及南海诸多的管辖始于古代,而《联合国海洋法公约》等解决岛屿主权归属问题的国际法主要形成于近代。从立法宗旨和立法内容来看,《联合国海洋法公约》广泛承认和保护各国既得海洋权利,而历史性权利是国际法理和国际实践中明确认可的既得海洋权利。所以,作为在《联合国海洋法公约》制定之前就已经存在的中国在南海“U形线”内水域享有的历史性权利,应当得到国际法的认可和保护。因此,时际法原则可以成为我国在维护南海主权的有效法理支撑^[3]。

4. 禁止反言原则

禁止反言,这一法律规则最早产生于英国衡平法,后来发展为英美法系中一项基本的合同原则。禁止反言原则,作为国际法上一项公认的基本准则,是指基于善意和公正之要求,对于任何事实或法律情况,国家都要采取前后一致的立场,不能通过违背其先前所作出的允诺而损害他方权益。简言之,国家要言行一致。

“有理由认为,任何法律体系都应接受这样一条规则,即一个人作出或赞同一项声明,而与其有关的另一个依据这项声明改变了自身的地位,则应禁止前者就有关情势作出不同的声明。”^[4]禁止反言原则,实质上是国际法在解决领土争端过程中,对承认或默认法律效力的认可和重视。“承认在作出这种单边声明的国家和被承认国之间引起禁止翻供。”^[5]在诸多国际岛屿主权争端案件中,当事国的承认或默认行为成为国际司法机关裁决的主要依据。譬如,在萨瓦尔多与洪都拉斯关于丰塞卡湾岛屿主权争端中,对对方主权行为是否有抗议行为成为国际法院判决的主要依据之一。

就南海争端而言,在中国对南海长达十几个世纪的管辖中,南海周边国家并未对此提出异议,在1947年中华民国编绘出版《南海诸岛位置图》,划定南海“U形线”时以及此后长达二十多年的时间内,南海周边国家也没有提出异议。近些年,随着南海战略价值的被重估和提升,部分周边国家才否认中国在南海享有的历史性权利,明显违背了禁止反言原则。

5. 时效制度

此处的时效制度,仅指国际法上的取得时效,具体是指“在足够长的一个时期内对于一块土地连续地和不受干扰地行使主权,以致在历史发展的影响下造成一种一般信念,认为事物现状是符合国际秩序的,因而取得该土地的主权。”^[6]有学者进一步将时效阐释为:“一国对他国领土进行长期占有之后,在很长时间他国并不对此提出抗议和反对,或曾有过抗议和反对,但已经停止这种抗议和反对,从而使该国对他国的领土的占有不再受到干扰,占有现状逐渐符合国际秩序的一种领土取得的行为,而

[1]韩永利、谭卫元:《时际法与南海诸岛主权的历史演变》,《武汉大学学报》(人文社科版)2013年第2期。

[2]ISLAND OF Palmas Case (Netherlands, USA),4, April 1928, R I A A, Vol.2, pp.8444-8446.

[3]孙喜峰:《国际法视野下岛屿主权规则探讨及启示》,《长沙铁道学院学报》(社会科学版)2012年第2期。

[4]R. Y. Jennings. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester, Manchester University Press, 1961:41.

[5]Goerg Schwarzenberger. *International Law*, Steven and Sons Limited Law Publisher, 1945 317.

[6]王铁崖:《国际法》,〔北京〕法律出版社1995年版,第172页。

不论最初的占有是否合法或善意。”^[1]

虽然有学者认为,为了避免因使用取得实效这一术语而导致的无根据的假设带来的争论,在关于历史性水域的制度上,最好不提到时效的概念^[2]。但作为传统国际法关于国家间领土取得的五种取得模式之一,对于解决领土争端中当事国论证历史上领土取得的合法性,还是会通常考虑的^[3]。国际法学家约翰逊认为,取得时效是国际法对国家权利予以法律承认的一种方式,如果某国在足够长的时间中对某块领土以连续“不受干扰”和平的方式事实上行使了权力,所有其他利益攸关国默认这种权力行使,则该国对该领土行使主权的权利即得到法律承认^[4]。

“历史性海域”和“历史性海湾”概念的出现,是陆地占有在海上一种表现形式,是海洋活动实践发展的结果,反映了陆地占有意识向海洋上的转变^[5]。时效制度运用到南海争端,可作为中国主张的法律保底条款。即是说,退一万步讲,即使其他国家对中国南海权益持有异议,那么经历长期的不受干扰的行使管辖权,中国根据取得时效制度也取得了南海权益。

六、南海争端解决中的利益平衡

我们首先应当认识到一个基本事实:南海区域广,南海争端涉及国家多,掺杂着一系列的政治、军事、经济、外交等问题。如今,国内外关于南海争端的焦点主要围绕南海“U形线”的性质展开,即南海U形线内的水域属于什么?中国的权利主张是什么?中国的主张能否得到法律支持?由于历届中国政府对南海“U形线”没有做出具体的解释和说明,也没有表明“附近海域”的具体范围,这导致了人们对南海“U形线”认识不一。这种认识不一,不仅体现在称谓的不统一,既有南海“U形线”、南海“九段线”,南海“断续线”,还有南海“岛屿归属线”、南海“传统海疆线”、南海“历史性权利线”等,而且体现在法理上对该线的法律性质认识不一。针对中国的权利诉求,主要分为几种观点:一种是中国对南海“U形线”内所有的岛礁和海域主张主权;另一种是中国仅对南海“U形线”内岛礁主张主权;再一种是中国对南海“U形线”内的岛礁及其附近海域享有主权,对其他海域享有历史性捕鱼权、航行权、勘探开采权等历史性权利。国外学界以消极和否定居多,国内持积极肯定态度居多^[6]。

笔者比较赞同第三种观点,我国在南海主张的权利内容和地理范围具有多个层次。“历史性权利往往源于国际习惯法,并不依据现代成文国际条约法而获得,当然也不应根据后来新产生的国际法律原则和规则来判断。”^[7]对于中国关于南海权益的主张,可以分为三部分:一是对南海“U形线”内的岛屿享有主权;二是基于“陆地统治海洋”的传统国际法理,南海诸岛附近海域享有相关海洋权益(譬如领海、毗连区、大陆架、专属经济区等);三是对南海“U形线”内其他海域享有历史性捕鱼权、勘探开采权等权利。换言之,中国政府并未要求整个南海“U形线”内海域的主权,是故,南海“U形线”内海域并非中国内水。关于这一点,可以从中国政府允许外国船舶、飞机在南海国际航道自由和安全地航行、

[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74页。

[2]Juridical regime of historic waters including historic bays— study prepared by the Secretariat,A/CN.4/143 .para.68.

[3]张祖兴:《论“取得时效”在国际法上的地位》,(北京)《外交评论》2011年第6期。

[4]D. H. N. Johnson “Acquisitive Prescription in International Law”, The British Year Book of International Law, Vol.27, 1950, pp.353-354.

[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469页。

[6]姜慧芹、高丰美:《第一届比较法北京论坛:南海问题与海洋法治会议综述》,(北京)《比较法研究》2013年第6期。

[7]王建廷:《历史性权利的法理基础与实证考查》,(北京)《太平洋学报》2011年第2期。

飞行的立场得以证明,他国亦可以自由地铺设海底电缆和管道。

当然,南海“U形线”与专属经济区线和大陆架范围线并不冲突、作用各异。前者依据的是国际习惯法,后者依据的是联合国海洋法公约等国际成文法。我国既可以主张在南海“U形线”内岛屿地区的专属经济区和大陆架,也可以主张南海“U形线”内的历史性权利。近年来,随着南海战略地位的提升以及南海资源能源的发现,南海周边国家纷纷宣布专属经济区和大陆架的主张,并与中国南海“U形线”内海域相重叠,甚至部分国家单方将其主张专属经济区内的岛、礁、滩、沙宣布为已有。那么,如何看待南海周边国家关于专属经济区和大陆架的主张与中国南海“U形线”的重叠问题?

我们认为,《联合国海洋法公约》作为国际成文法,其赋予沿海国的仅仅是海洋权益,而非领土主权,其他国家关于南海专属经济区或大陆架的主张,不能侵犯中国在南海“U形线”内对岛屿及其附近海域所享有的主权,以海洋权利否定领土主权是本末倒置的错误做法。对此,中国1998年颁布的《专属经济区和大陆架法》第14条清楚地表明了中国人民政府的立场:“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利”,具体应用到南海问题,即是: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南海周边海域可能享有的“历史性权利”。进一步讲,历史性权利概念源自国际习惯法,其远远早于以《联合国海洋法公约》为代表的成文的现代海洋法律制度。即是说,中国在南海享有的权利范围早在现代海洋法律制度确立之前就已经得到了承认。

历史性权利的取得要经过一个漫长的确认、稳固和强化过程,在相关成文法阙如的情况下,其他国家的不当行为有可能成为历史性权利的最大威胁。面对国际海洋格局的变化,以及国际海洋规则的发展,我国应密切关注国际海洋法最新发展动向,从顶层设计角度早日实现海洋入宪,建立综合性的海洋基本法,完善专门的海洋法律制度,以适应蓝色经济发展的法律需求,满足我国海洋战略的要求^[1]。

在具体策略上,应淡化南海争端,避免南海问题复杂化、扩大化、国际化。就主张南海“U形线”历史性权利而言,应坚持“以我为主”的基本原则,变被动为主动,做好以下几方面工作:(1)从理论论证国际习惯法中历史性权利制度的客观存在,并解释其内涵、成立要件和适用范围。(2)从实践上提炼国际法院审判中关于历史性权利的案例,丰富历史性权利的法律地位和作用价值。(3)积极收集、归纳整理和严正申明中国在南海“U形线”享有历史性权利的证据材料,论证中国合法权益的法律法理依据和事实依据。(4)阐明中国在南海“U形线”范围内享有的历史性权利的范围,澄清历史性权利与历史性水域包括历史性海湾的区别,强调历史性权利是比后两者更宽泛的一个概念^[2];同时指出中国所谓的历史性权利并不像某些西方学者所谓的“领土主权”或“准领土性权利”^[3],它也不是某种资源的主权权利,仅是因为长期生产生活中的“使用”而应被尊重的一系列既有权利的总称^[4]。在合适的时机,应当确定和划明中国在南海诸岛的领海基线,进而划定专属经济区和大陆架范围线。(5)鉴于部分周边国家争夺南海各种资源的现状,中国可以考虑在坚持“搁置争议,共同开发”这一基本方针的前提下,对“其他海域”采取更加灵活务实的策略,率先开发南海争议岛屿^[5],加强南海巡海维权,加大海上防卫力量建设步伐。

[责任编辑:钱继秋]

[1]姜慧芹、高丰美:《第一届比较法北京论坛:南海问题与海洋法治会议综述》,〔北京〕《比较法研究》2013年第6期。

[2]Clive R.Symmons.Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Reappraisal. Leiden/Boston:Martinus Nijhoff Publishers,2008. pp.5-6.

[3]United Nations.Juridical Regimes of Historic Waters,including Historic Bays. Yearbook of the International Law Commission,1962,(2):1-26.

[4]赵建文:《联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利》,〔北京〕《法学研究》2003年第2期。

[5]朱坚真:《多视角下南海争议岛屿权益问题及对策研究》,〔北京〕《太平洋学报》2013年第6期。