



中国海洋法学会

海洋法前沿问题研究

高之国 贾 宇◎主编



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位



中国海洋法学会论文集（八）

海洋法前沿问题研究

高之国 贾 宇 主编

中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

海洋法前沿问题研究/高之国,贾宇主编. —北京:
中国民主法制出版社,2014.7
ISBN 978-7-5162-0559-4

I. ①海… II. ①高… ②贾… III. ①海洋法—
文集 IV. ①D993.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 169702 号

图书出品人: 肖启明
出版统筹: 赵卜慧
责任编辑: 庞从容 唐仲江

书名/海洋法前沿问题研究
作者/高之国 贾宇 主编

出版·发行/ 中国民主法制出版社
地址/ 北京市丰台区玉林里7号(100069)
电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)
传真/(010)63056975 63292520
<http://www.npcpub.com>
E-mail: flxs 2011@163.com
经销/ 新华书店
开本/ 16开 710毫米×1000毫米
印张/ 21.75 字数/ 411千字
版本/ 2014年8月第1版 2014年8月第1次印刷
印刷/ 北京画中画印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-0559-4
定价/58.00元
出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

| 前 言 |

中国海洋法学会自成立以来,致力于促进我国海洋法律 and 政策的理论研究和学术交流。多年来,学会坚持举办学术年会、研讨会和报告会,得到了广大会员以及海内外专家、学者积极支持和热情参与,对此表示衷心的感谢。

自 2004 年起,我们就陆续选收中国海洋法学会学术年会、学术报告会上发表和提交的部分优秀论文,进行汇编成册和公开出版,主要内容涉及国际海洋法的理论及其在我国的实践等有关问题。出版的目的是为了荟萃各位作者在海洋法领域内辛勤耕耘的丰硕成果和真知灼见,以推动和促进国内海洋法理论研究和实践的进一步发展。

学会一贯秉承文责自负的原则。论文中所述仅属作者个人的观点,不代表中国海洋法学会、编者和任何其他有关方面的意见。为了保持原文的风格和内容,编辑过程中仅对少量文字和体例作了必要的修改和调整。

本书可供政府有关部门、研究机构、大专院校以及关心我国海洋权益和事业发展的人士阅读和参考。

编 者
2014 年 7 月

先有天下观,后有海洋观

当很多人都在纵论海洋发展路径的时候,我以为还是需要首先解决一个老问题:我是谁、从哪里来、到哪里去。作这种思考似乎过于深沉,也徒增问题的难度。但倘若能让自己置身高山之巅,仰望蓝天,面向大海,也许会豁然开朗。

天下之势决定海洋之势

近几年,中国周边的海洋问题成为举世瞩目的问题,这也不是什么新鲜话题。自19世纪以来,特别是马汉的海权论出笼后,美国没有一天停止过对海洋霸权的追逐,包括夺取太平洋霸主地位和对中国海权的瓜分。清朝时期,美国用炮舰政策强取豪夺了在中国领海的自由游弋权和十几个港口的通商权。国民党时期更甚,一个《中美友好通商航海条约》竟使美国舰船可以在中国内河自由航行停泊,美国太平洋海军司令部也一度设在了青岛。这一切都是在中国共产党人夺取胜利之后才彻底结束的。

海权论的鼻祖马汉是一个神奇人物,也有人称他为伟人。试举其神奇一例:在美国刚刚起步争霸时他就提出,在中国竞争优势地位的国家基本上都是以海权为后盾;美国一旦能够在长江流域存在,就在中国大陆上拥有了优势;菲律宾是我们到中国的踏板;巴拿马运河、夏威夷和菲律宾的重要性在于,它们是进入中国及其长江流域的重要通道,成为在中国取得成功的支撑点。他的雄才伟略委实到了无以复加、无人超越的程度,致使美国在每况愈下的梦魇中依然念念不忘“重返”,只是在惊回首之际,

中国已经改天换地,成为一个崛起的大国,不那么好对付了。

也许是马汉太伟大了,美国一直在沿着他指出的方向前进,也最终取得了世界霸主地位。但正因为无人超越马汉,所以美国对海权的追逐也到了迷信的程度,以致走向了反面——终于感到力不从心了,只能靠转移力量来弥补亏空,中国话叫拆东墙补西墙。不仅如此,它的硬实力下降后,软实力也往往无济于事,因此发明出一种巧实力,说穿了就是巧舌如簧的能力。掌管外交大权、以搬弄是非著称的女卿在南海问题上异常执着地奔走呼号,可谓把这种巧实力发挥得淋漓尽致。

美国最终能否逃脱史上海洋霸主的兴亡规律?如果说现在下结论还为时尚早的话,至少种种迹象已经显露出来。史上称霸海洋最牛的当属葡萄牙和西班牙,它们两家就把全球海洋瓜分了。后来,英国曾经长时期称霸,德国、日本和俄国(苏联)都想称霸,结果有的不得不偃旗息鼓,有的在脆弱的崛起中夭折,有的被打得七零八落。原因当然有很多,一个重要的主观原因就是它们都太想成为唯一的世界霸主了,却不懂得每个国家的力量都是有限的,不能追求无限的目标。现在人们不得不问:美国的力量难道就是无限的吗?它的海洋霸权就能够持久吗?

“奄有四海,为天下君。”这在古代是可以实现的,也并非贬义,因为那时人们说的“四海”并非现在的海,“天下”也是有限的天下。但天下大势,分久必合,合久必分,一个国家的力量再强大,也不能期待作永久的海洋霸主和天下霸主,何况帝国主义这种怪物早已为天下人所唾弃,道义上已失去立足之地。美国现在又把坚决反对了30年的海洋法公约批准问题提上日程了,理由之一就是不得不接受它,这是否也从一个侧面证明,凭它一个国家的力量根本抗衡不了世界的意志。天下兴亡多少事,悠悠,不尽沧海滚滚流。

天下方略决定海洋方略

未来的时代是海洋时代,21世纪是太平洋世纪。面对天下大势,中国的头脑是清醒的。“韬光养晦”是中国人的美德,也是中国的立国之道。有人把“韬光养晦”解读为在困难时期的忍辱负重,这并不正确。就中国的传统思想文化而言,一个人无论失意痛苦时还是志得意满时,都应当韬光养晦,才能立于不败之地,所以中国还有“持盈保泰”之说。而持盈保泰,谦虚谨慎,也是大国的长久昌盛之道,这是国际关系史已经反复证明了的。中国人的为人之道、中国国家的立国之道,在很大程度上得益于中

国特有的“天下观”。这里的“天下”，不是一个地盘，也不是地理上的中国和世界，而是良好的天下治理和天下体系。它超越了西方的民族、国家思维方式，不追求推行自身的价值观，更否定由一个超级大国控制的帝国体系，它以世界为单位思考分析问题，要建立的是协商对话型的、非中心化的平等体系。

在人类进入 21 世纪之际，中国是这样高度概括自己对当前重大国际问题主张和外交政策的：政治上相互尊重、平等协商，共同推进国际关系民主化；经济上相互合作、优势互补，共同推动经济全球化朝着均衡、普惠、共赢方向发展；文化上相互借鉴、求同存异，尊重世界多样化，共同促进人类文明繁荣进步；安全上相互信任、加强合作，坚持用和平方式而不是战争手段解决国际争端，共同维护世界和平稳定；环保上相互帮助、协力推进，共同呵护人类赖以生存的地球家园。这可以说是新时代最先进的国际思维和天下方略。当然任何正确的大政方针都不可能一劳永逸地解决所有问题，在实施中既需要坚持原则，也需要适当显示灵活，以便切实做到既坚定维护和拓展自身利益，也最大限度地减少与其他国家和现有秩序的摩擦。

从这样的天下方略出发，中国的海洋发展之路必定也要追求“和平、发展、合作”的大目标。在“十二五”规划提出“制定和实施海洋发展战略”之后，各界人士已经进行了深入的研究。大家比较一致的看法是：应当充分考虑和正确认识面临的国际形势和所处的发展阶段，既要维护自身的主权、安全和发展利益，又要融入当今世界“和平、发展、合作”这一时代潮流，让这两大方面在过程上密切结合起来，在结果上高度一致起来，达到在政治上更有影响力、经济上更有竞争力、形象上更有亲和力、道义上更有感召力，为维护世界和平和海洋秩序作出重大贡献。

中国是在极其艰难困苦的国际环境下崛起的，没有英、美等传统大国那样良好的天然屏障，战争手段已不能使用（当然自卫和联合国授权依然合法），有时一些中小国家和国际舆论环境也对大国崛起因恐惧而生刁难。因此中国的复兴之路将十分曲折，必须统筹兼顾，以免顾此失彼。海洋的发展需要在国家新时代天下观的指引下，统筹国内与国际两个大局，统筹近期利益与长远利益，统筹战略规划与实施策略，统筹统一管理与高效合作，统筹维护权益与维护稳定，等等。这样才能立于不败之地，真正实现海洋安国，海洋富国，海洋兴国，让海洋的发展在国家富强、民族复兴大业中发挥应有的作用。

天下之势，以渐而成；天下之事，以积而固。这就需要一代又一代的志士仁人，以天下为己任，矢志奋斗。可喜的是，远的不必说，我们身边就有许多这样始终不渝的奋斗者：几十年如一日的“大洋人”金建才、大陆架界限委员会委员吕文正、国际海洋法庭大法官高之国、研究开发海底新能源可燃冰的张海启、无数次率渔政船抢救渔民的吴壮，还有南沙守岛官兵、长年在美济礁和黄岩岛前线冒险劳作的渔民和在谈判桌上锱铢必较的外交官……相信在岸上指点江山、在网上激扬文字的人们通过逐渐深入的了解，一定能够理解和支持这些奋斗者，并且加入他们的努力之中。

长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。中国的和平崛起不可阻挡。

王宗来

中国海洋法学会顾问

| 目 录 |

• 辑一 岛礁主权问题

- 美国将钓鱼岛施政权“归还”日本无法可依 贾 宇 刘 卿 003
- 争议岛屿在海洋划界中的法律效力
- 兼析钓鱼岛作为争议岛屿的法律效力 罗国强 叶 泉 010
- 解决中日钓鱼岛领土主权争端途径的考量 郁志荣 030
- 国际司法实践新发展对钓鱼岛争端解决的影响 疏震娅 044
- 琉球法律地位的再思考 莫世健 060

• 辑二 海洋争端解决

- 论确立强制仲裁管辖权的法律要件
- 以《联合国海洋法公约》附件7为视角 刘 衡 075
- 海洋划界前临时安排在南海的适用:考察与反思 张湘兰 叶 泉 093
- 外大陆架划界争端司法解决与大陆架界限委员会职能冲突及协调
- 以孟加拉国诉缅甸案为例 蔚丽华 102
- 论大陆架外部界限的确立与200海里以外大陆架划界的关系
- 以2012年尼加拉瓜诉哥伦比亚案为引子 黄 瑤 廖雪霞 123
- 地图证据在领土争端解决中的作用
- 兼论中日钓鱼岛列岛争端问题 张卫彬 143

• 辑三 历史性权利

论等距离方法在海洋划界中的地位 疏震娅 157

专属经济区制度下的历史性捕鱼权研究 付 玉 黄硕琳 167

历史性权利与南海传统疆界线 王建廷 许 浩 184

中越南沙油气招标的合法性之争及中国的对策 郭 冉 189

• 辑四 海洋热点评析

西北航道航行的法律环境研究

——相关问题的国内外研究述评 刘惠荣 209

《鹿特丹规则》在东北航道适用的法律问题探析 密晨曦 223

论公海保护区国际法律制度的现状及发展趋势

罗婷婷 万芳芳 范晓婷 231

北极科学考察国际法律制度研究 李 军 贾 宇 密晨曦 243

水下文化遗产归属的困境与法律对策研究 马明飞 253

• 辑五 海洋维权与两岸合作

试论中国海警的侦查权 赵 骞 李明杰 267

《中日渔业协定》的回顾与分析 唐建业 黄硕琳 275

两岸合作才能实现东海海洋权益最大化

——评“台日渔业协议” 唐建业 303

略论新海上丝绸之路战略的定位及理念 周 江 312

舟山群岛新区金融创新法律制度保障初探 周旦平 323

辑
一
——
岛
礁
主
权
问
题

美国将钓鱼岛施政权“归还”日本无法可依

贾 宇* 刘 卿**

中日之间关于钓鱼岛主权归属争端的产生和发展,美国是始作俑者。直接因素之一是20世纪70年代,美国将所谓钓鱼岛的施政权“归还”日本。美国这种“损人利己”之举既有违历史事实,也与国际法基本准则相悖。

一、美国知悉钓鱼岛历来属于中国领土

钓鱼岛历来就是中国领土不可分割的一部分。中国最先发现、最早命名和最早管辖钓鱼岛,依据国际法取得对钓鱼岛的领土主权。中国对钓鱼岛的主权有充分的历史和法律依据,美国对此心知肚明,其一系列举措可资证明。

(一) 美国在调停中日琉球纠纷时就知道钓鱼岛早已属于中国

1879年,日本强占琉球之后,中日就琉球的所有权问题展开了长达一年半的交涉。1880年,日本政府遣人来华,提出分岛、改约。日本提出的“两分琉球方案”是将琉球南部的宫古、八重山二群岛让与中国,冲绳以北则归日本,并且改订中日通商约章。19世纪80年代,时任美国总统葛兰特调停中日纠纷,亦提出以南部上述二群岛归中国,但被清政府拒绝。^[1]清政府提出“三分琉球”方案,即把琉球分成原来的琉球、“琉球中山”(即冲绳)以及“琉球三十六岛”三部分。北部的奄美群岛归日本领

* 贾宇,法学博士,国家海洋局海洋发展战略研究所副所长,研究员。

** 刘卿,法学博士,中国国际问题研究所美国研究部主任,副研究员。

[1] 周士杰:《钓鱼台列屿系我国土》,《自立晚报》1970年8月28、29日。

属;中部以冲绳本岛为主的群岛归还给前琉球王,并恢复其王国;南部的宫古、八重山群岛归中国领属。后来,由于日本准备发动侵华战争,中日琉球处置问题被搁置,遂成为悬案。随后,日本乘甲午战争之机,不仅窃取了钓鱼岛,还割占了台湾和澎湖列岛。

尽管美国调停中日琉球纠纷并未成功,但这一事实本身证明以下三点:其一,美国认同日本的两分方案,琉球南部的宫古、八重山群岛划归中国,但中国认为这对琉球王来说有失公允,不愿接受;其二,美国作为中立方,认为中国边界应包括宫古、八重山群岛在内;其三,美国知悉两分琉球方案与钓鱼岛毫无瓜葛,钓鱼列岛不在中日琉球纠纷之内,不属于琉球群岛,而早已属于中国。

(二) 二战后美国明确表示对钓鱼岛主权归属不持立场

第二次世界大战结束之时,美国曾经考虑将琉球归还中国。由于“冷战”的原因,美国以“联合国托管”之名独占冲绳,并将钓鱼岛纳入其施政范围。但是,美国在与日本谈判所谓“归还”冲绳的协定时,顾及钓鱼岛问题的敏感性,明确表示对钓鱼岛主权归属不持立场。在签署“归还”协定之前,日本政府处心积虑地要利用“归还”谈判提供的机会,彰显日本对钓鱼岛的“主权”,并推动美国同意在协议文本中对钓鱼岛为日本领土作出直接表述。但是,美国并未同意日本的要求。日本退而求其次,要求在协议附件中“以经纬度线方式”标示“归还”的地域,但美国仅表示以“合意议事录”非正式文本方式来回复其要求。

日本的一份名为“总理吹风用资料”(1971年4月27日)的解密文件谈到美日上述分歧:“关于上述归还地域如何表述,美方因之关联到尖阁诸岛(即我钓鱼岛——作者注,下同)问题,表示不愿意卷入日台间的纷争,作为与我方主张的妥协方案,主张在‘合意议事录’中以经纬度方式表示归还地域。”〔2〕1971年5月11日的“爱知-迈耶会谈记录”更清楚地揭示了美日间的分歧。美方表述其“基本立场”是:“将美国施政权之下的地域归还给日本,并不意味着对历史上或将来的领土主张作出某种裁决,也尽量避免将来因此问题而走上国际法庭。”对此,日方只能称:“刚开始日方就考虑到美方立场,并未要求特别标示出尖阁诸岛的地名,并且

〔2〕 アメリカ局北米第一課「沖繩返還交渉(現状と問題点)」昭和46年4月27日。平成22年度外交記録公開(3), 盤4 第0600—2010—00027 密約4 関連文書00000062。

还作了让步,同意不在协定本文、而是在‘合意议事录’中标示出归还地域。”〔3〕

二、《旧金山和约》不具合法性

中国是抗日战争的主战场,中国人民为反法西斯战争的胜利作出了巨大的牺牲。作为对日的战胜国,中国应作为对日和约不可缺少的利益相关方参与对日谈判。美、英等国却将中国排除在和约协商之外而与日本片面媾和。在一个重要的当事方未能参与的情况下,所谓“和约”的合法性缺乏最基本的法律要素。

(一) 中国政府从不承认《旧金山和约》的合法性

在和约会议的筹备、草案公布、和约正式颁布过程中,中国政府先后多次发表严正声明,谴责所谓对日和约的合法性。1951年9月8日,美、英等国不顾中国的强烈反对,与日本政府签订《旧金山和约》。1950年12月4日,中国政府总理周恩来发表《关于对日和约问题的声明》,1951年8月15日发表《关于美英对日和约草案及旧金山会议的声明》,9月18日再发表《关于美国及其仆从国家签订旧金山和约的声明》。这些立场文件均强调,对日和约没有中华人民共和国的参加,是非法的、无效的,是对国际义务的背弃〔4〕,“完全不是真正和约”〔5〕。当时的台湾当局也表示不能接受美英与日片面媾和。蒋介石于1951年6月18日发表声明表示:“在盟国中,中国抗日最早,精神最坚决,牺牲最惨重,而且贡献最大,对日和约如无中国参加,不独对中国为不公,且使对日和约丧失其真实性。”〔6〕和约草案公布后,台湾“外交部长”叶公超发表声明,严词拒绝承认和约:“关于对日媾和所应有之权利与地位,绝不因该约稿第二十三条之规定而受任何影响;而对任何不合国际道义与法理之主张亦自不能予

〔3〕 アメリカ局北米第一課「沖繩返還問題(愛知大臣・マイヤー大使会談)」昭和46年5月11日。平成22年度外交記録公開(3),盤4第0600—2010—00027密約4関連文書00000074。

〔4〕《周恩来外长关于对日和约问题的声明》,载田桓主编:《战后中日关系文献集》(1945—1970),中国社会科学出版社1996年版,第89、98页。

〔5〕陈奉林:《战后日台关系史》(1945—1972),香港社会科学出版社有限公司2004年版,第74页。

〔6〕《中华民国重要史料初编——对日抗战时期》第七编,《战后中国》(四),第714页。

以接受。”^{〔7〕}日本著名历史学家井上清在评论对日和约时指出:“在旧金山和平谈判时,中国代表甚至没有被邀请参加会议。因此该会议的所有决议对中国都不具有任何约束力。”^{〔8〕}

(二)《旧金山和约》的合法性受到多数在二战中抗日国家的质疑和抵制

参加《旧金山和约》的52个国家主要是非对日作战国。印度、缅甸、韩国未参加对日和会。苏联、波兰、捷克斯洛伐克等参加了和会,但因和约不符合国际道义和国际法理而拒绝在和约上签字。印度尼西亚、哥伦比亚、卢森堡等未批准该约。朝鲜、蒙古、越南等国发表声明,不承认这个片面对日和约。亚太主要对日作战国家均未承认《旧金山和约》的合法性,该条约的法律效力自然不及于这些未签字国,这足以证明《旧金山和约》不是一个公正的、全面的对日和约。

三、美日对《旧金山和约》的扩大解释非法无效

美国将钓鱼岛的施政权“归还”给日本,是中日钓鱼岛之争的直接源头。美国认为最初获得对琉球的管辖权源自《旧金山和约》,“归还冲绳协定”所界定的“归还”范围也是根据此和约。钓鱼岛包括在《旧金山和约》的范围之内,因而属于“归还”的范围。姑且不论《旧金山和约》的合法性,仅就和约内容而言,上述推论也是不能成立的。

(一)《旧金山和约》的“托管”范围不包括钓鱼岛

和约第3条规定:“日本对于美国向联合国提出将北纬29度以南之南西群岛(包括琉球群岛及大东群岛)、孀妇岩岛以南之南方诸岛(包括小笠原群岛、西之岛及硫磺列岛)及冲之鸟岛与南鸟岛置于联合国托管制度之下,而以美国为唯一托管当局之任何提议,将予同意。在提出此种建议,并就此种建议采取肯定措施以前,美国将有权对此等岛屿之领土及其居民,包括其领海,行使一切及任何行政、立法及司法权力。”基于此条,琉球群岛将由美国托管,而北纬29度则作为日本与琉球列岛之间的

〔7〕 台湾地区“中央日报”1951年7月13日,转引自陈泰林:《战后日台关系史》(1945—1972),香港社会科学出版社有限公司2004年版,第70页。

〔8〕 井上清:《钓鱼岛——历史与主权》,中国社会科学出版社1997年版,第121页。

界线。“北纬 29 度以南之南西群岛”后用括弧作了说明,即包括“琉球群岛及大东群岛”,未提及钓鱼岛。1950 年 9 月,美国参谋长联席会议发表了一份指令(JCS1231/14),宣布成立美国琉球民政府时称:“美国的政策是,鉴于这些岛屿对美国安全的重要性,美国将保持对琉球群岛的长期控制,并在该群岛上建设和维持军事设施,将对其进行民事管理,以便发展经济和民众社会福利,维护军事安全的需要。”^[9]指令没有提“南西群岛”,而称“对琉球群岛的控制”。同月,美国国务院公布的对日和约草案,使用“北纬 29 度以南的琉球群岛”,称“确保美国对北纬 29 度以南的琉球群岛、南鸟岛、孀妇岩岛以南的南方诸岛的排他性战略控制”^[10]。在二战前日本绘制的《南西诸岛》《琉球诸岛》《萨南及琉球列岛》各图中,“南西群岛”均不包括钓鱼岛、黄尾岛、赤尾岛等岛屿。这说明《旧金山和约》的“托管”范围根本不包括钓鱼岛。

(二) 美国琉球民政府扩大了《旧金山和约》关于“北纬 29 度以南之南西群岛”的范围

和约只规定以北纬 29 度为日本本土与琉球群岛的界线,对琉球群岛其他界线并无明文规定。但是,美国琉球民政府发布一系列公告和法令,扩大解释《旧金山和约》,片面地划定其管辖界限。1952 年 2 月 29 日,美国琉球民政府发布的第 68 号令(即《琉球政府章典》第一章第一条),将北纬 24 度至 28 度、东经 122 度至 133 度之内的琉球群岛划入其管辖范围,而钓鱼岛、黄尾岛、赤尾岛等,正好在这个经纬度之内。1953 年 12 月 25 日,美国琉球民政府发布的第 27 号令,即关于“琉球列岛地理界线”的布告,以同样的经纬度表明对琉球的行政管辖。

(三) 美国琉球民政府单方面划定的管辖界限不包括钓鱼岛

分析上述琉球民政府发布的公告和法令可以发现,琉球民政府的“管辖范围”包括两个要件:一是通过经纬度确定的范围界限,即北纬 24 度至 28 度、东经 122 度至 133 度;二是此经纬度界限之内的“琉球群岛”。上述经纬度之内的“琉球群岛”才属于琉球民政府的管辖范围,该经纬度

[9] U. S. Department of States, *FRUS*, 1950, Volume VI: *East Asia and the Pacific*, Washington D. C., GPO, 1976. p. 1313.

[10] U. S. Department of States, *FRUS*, 1950, Volume VI: *East Asia and the Pacific*, Washington D. C., GPO, 1976. p. 1282.