

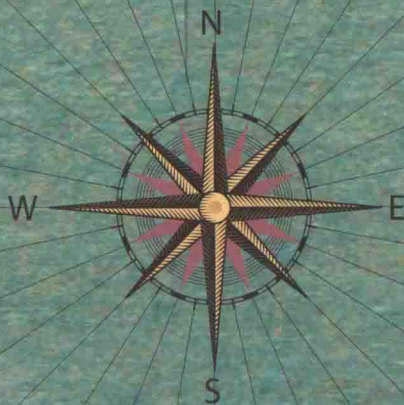


海洋法律与权益丛书

薛桂芳 主编

无害通过 制度研究

张国斌 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



海洋法律与权益丛书

薛桂芳 主编

无害通过 制度研究

张国斌 著



“本书受华东政法大学后续资助计划支持，特此致谢”



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

本书通过梳理无害通过权发展的历史脉络,明确了无害通过权发展的不同阶段的特点;通过详细分析无害通过权的行使主体、适用范围、适用对象和无害通过权的含义来确定无害通过权的法律概念;通过比较无害通过制度和同为保障航行权利的自由航行制度、过境通行制度和群岛海道通过制度来突出无害通过制度的特点;从船旗国和沿海国在无害通过制度下的权利和义务角度来分析无害通过权的行使。本书还重点分析了特殊船舶的无害通过权问题,尤其是军舰的无害通过权这一国际社会热点问题。最后,梳理了近代中国无害通过权的历程以及当代中国国内法中的无害通过制度。全书共分为六章,涵盖无害通过制度的历史、概念、对象、适用范围以及无害通过制度下国家的权利和义务、特殊船舶的无害通过权等重要问题。

图书在版编目(CIP)数据

无害通过制度研究/张国斌著. —上海:上海交通大学出版社,2018
(海洋法律与权益丛书/薛桂芳主编)
ISBN 978-7-313-20470-7

I. ①无… II. ①张… III. ①领海—国际法—研究
IV. ①D993.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 262531 号

无害通过制度研究

著 者: 张国斌

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出版人: 谈 毅

印 制: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 710 mm×1000 mm 1/16

字 数: 226 千字

版 次: 2018 年 12 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-20470-7/D

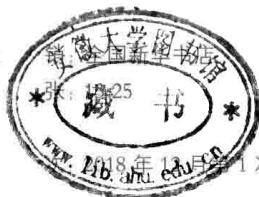
定 价: 68.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经
印

印



2018 年 12 月 25 日 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 025-83657309

◆ 序 言

17 世纪初,荷兰著名国际法学家格劳秀斯为反对个别国家对海洋的垄断,发表了著名的《海洋自由论》,提出了海洋自由原则。19 世纪,国际社会形成了以公海自由原则和领海制度为主要内容的近代国际海洋法。自 20 世纪 50 年代以来,国际海洋法得到了较快的发展,1982 年,以《联合国海洋法公约》的签署为标志,揭开了人类对海洋开发利用和管理的新时代。

《联合国海洋法公约》为人类开发和利用海洋提供了比较完善的法律制度,但是该公约仍有不少条文并不完善,实践中也缺乏可操作性。国家在领海享有无害通过权是一项古老的国际习惯法规则,也被公约所确认。但是,对于军舰的无害通过权问题,国际社会缺乏共识。即使在缔约国之间也依然存在争议,甚至可以说,无害通过权的部分内容并没有获得缔约各国的公认。“冷战”结束以来,全球化进程加快,世界格局也在不断变化和发展,来自海洋领域的新情况、新问题给现有的无害通过权带来了挑战。

张国斌博士的《无害通过制度研究》一书,正是基于国际海洋法的这个热点问题而展开的研究,重新审视了无害通过权所面临的诸多问题。作者梳理了无害通过权发展的不同阶段,并指出了各发展阶段的特点;通过分析无害通过权的行使主体、适用范围、适用对象等,探讨了无害通过权的法律概念;通过比较无害通过制度和自由航行制度、过境通行制度以及群岛海道通过制度,突出了无害通过制度的特点;以船旗国和沿海国在无害通过制度下的权利和义务为视角,分析了无害通过权的国家实践。作者重点分析了特殊船舶的无害通过权问题,尤其是军舰的无害通过权这一国际社会热点问题。最后,作者阐述了我国关于无害通过制度的理论与实践及其相关的国内立法。

本书结构体系完整,几乎涵盖了无害通过制度中所有的重大理论问题,形

成了独特的无害通过制度理论体系。本书在研究风格上更加注重对无害通过制度的细节问题展开深入的研讨,这是非常难能可贵的。

2012年,国斌来到华政攻读博士学位之前,是一名基层法院的法官,已经积累了一定法律实务经验。国斌博士毕业之后,为了追求学术理想,毅然辞去法官工作,前往上海交通大学凯原法学院从事博士后研究工作。如今,国斌博士如愿以偿,成为了上海交大凯原法学院的一名教师,这在当今形势下实属不易。

本书是张国斌博士的第一部学术专著,是他在博士论文基础上几经修改完成的一个学术成果。自2013年1月菲律宾单方面就中菲在南海岛礁的有关争议提起仲裁时起,国斌就对国际海洋法产生了浓厚的兴趣,已经公开发表了数十篇中英文学术论文,其研究成果颇为丰硕。他还参与了多项国家重点研究课题,其出色的研究工作得到了相关部门的好评。此外,国斌博士积极参与国家深海事务,他是外交部和中國大洋协会办公室指定的中国参与深海国际规则制定法律工作组的成员,也是“十三五”国家重点研发计划《深海多金属结核采矿环境调查与环境影响评价》项目组成员。如今,国斌博士在国际海洋领域的研究更加扎实,学科视角更为广阔。

作为导师,我为国斌博士所取得的学术成绩以及毕业后的职业选择感到欣慰,希望他继续努力,在国际法学和国际海洋法学的教学实践和科学研究中取得更大的成绩。

在此,我衷心祝贺张国斌博士的这本论著付梓出版。

是为序。

王虎华

2018年10月21日

目 录

第一章 导言	1
第一节 研究背景	1
第二节 研究思路	7
第三节 选题意义	10
第四节 文献综述	12
第五节 研究方法	19
第二章 无害通过的概念和法律属性	21
第一节 无害通过的概念	21
一、无害通过的历史沿革	22
二、无害通过的定义	26
第二节 国际习惯中的无害通过	38
一、无害通过权的国际习惯的形成	38
二、无害通过权形成国际习惯的影响	40
第三节 国际条约中的无害通过	42
一、规定于国际海洋法公约中的无害通过	43
二、影响无害通过权行使的国际条约	49
第三章 无害通过法律制度的内涵	53
第一节 无害通过权的对象	54
一、船舶的国籍	56
二、无害通过权对象的范围	57
三、船舶的界定	60
第二节 无害通过的范围	63

一、领海	64
二、内水	64
三、用于国际航行的海峡	66
四、群岛水域	67
第三节 无害通过与其他航行通过制度的比较	67
一、无害通过制度与自由航行制度的异同	68
二、无害通过制度与过境通行制度的异同	72
三、无害通过制度与群岛海道通过制度的异同	77
第四章 无害通过的权利和义务	82
第一节 沿海国的权利	84
一、立法权和司法管辖权	84
二、管理权和保护权	93
第二节 沿海国的义务	104
一、禁止妨碍	104
二、禁止歧视	105
三、信息公开	105
第三节 船旗国的权利	106
一、管辖的基本理论	107
二、船旗管辖权	109
第四节 船旗国的义务	112
一、有效管辖义务	113
二、船舶污染防治义务	114
三、保障海上安全义务	116
四、海上救助义务	116
第五章 军舰及特殊船舶的无害通过权	118
第一节 国际习惯与军舰的无害通过	119
一、国际习惯规则的形成	119
二、军舰通过领海的国家实践	122
三、科孚海峡案对外国军舰通过领海问题的阐释	126
第二节 国际条约与军舰的无害通过	128

一、《领海及毗连区公约》	128
二、《海洋法公约》	128
第三节 特殊船舶的无害通过	134
一、潜水艇的无害通过	134
二、核动力船舶的无害通过	135
三、载有高度危险物质船舶的无害通过	136
四、私人武装商船的无害通过权	138
第六章 中国无害通过制度	144
第一节 中国无害通过制度的历史	145
一、近代以前的中国无害通过制度	145
二、近代中国的无害通过制度	148
三、民国时期的无害通过制度	150
第二节 无害通过制度与当今中国	151
一、联合国海洋法会议与中国	151
二、我国法律中的无害通过制度	153
三、外国军舰通过我国领海立法反思	156
结语	162
附录	165
一、1958 年日内瓦领海和毗连区公约	165
二、1982 年《联合国海洋法公约》第二部分 领海和毗连区	172
三、1958 年《中华人民共和国政府关于领海的声明》	180
四、中华人民共和国领海及毗连区法	181
参考文献	184
后记	202

第一章 导 言

无害通过制度是一项古老的法律制度,在近 400 年的历史发展过程中经久不衰。从 17 世纪初真提利斯(Gentilis)与格劳秀斯(Grotius)提出的“国家应对毗邻沿岸的水域具有管辖权”理论到 18 世纪初宾刻舒克撰写的《海洋领有论》,再到 19 世纪英、美、俄、法等国家国内法规定的国家对其沿岸水域享有统治权力,以及 1958 年《领海及毗邻区公约》^①的达成,无害通过制度从萌芽到发展再到成熟,从理论到国际实践再到形成国际习惯,经历了无数政治制度变迁,见证了人类发展的历史轨迹。1982 年《联合国海洋法公约》^②(简称《海洋法公约》)更是将无害通过权这一古老的国际习惯制度化,发展成为无害通过法律制度。无害通过法律制度保证了国家航行权利的行使,在当代国际海洋秩序中继续发挥着重要作用。

第一节 研究背景

早在水手和渔民冒险进入海洋时代起,就有两种力量在广袤的海洋上进行着此消彼长的博弈。

① 《领海及毗连区公约》(Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone),是 1958 年第一次联合国海洋法会议通过的四公约之一。该公约是由联合国主持的首次关于领海及毗连区法律制度的编纂成果,共 37 条。1958 年 4 月 29 日签字,1964 年 9 月 10 日生效。

② 《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea)指联合国曾召开的三次海洋法会议,以及 1982 年第三次会议所决议的海洋法公约,该公约于 1982 年 12 月 10 日通过,1994 年 11 月 16 日生效。

一种力量代表着航行自由,这种观点来源于国际法之父——格劳秀斯。^①他认为:

一切财产权都是以占领为根据的,这就要求应把所有动产都拿起来,把所有不动产都圈起来,因此凡是不能拿起来或圈起来的东西,就不能成为财产权的客体。流荡无定的海水,因此必然是自由的。而且,占领权是基于大多数东西人人使用可能罄竭这一事实的,因此要使东西能为人所使用就必须加以占有。而海洋的情形并非如此;航行与捕鱼——使用海洋的两个方法——都不能使海洋罄竭。^②

虽然格劳秀斯的主张在当时遭到了一些国家和学者的反对,^③但是,由于资本主义生产关系的日趋成熟,海上贸易的日益扩大,任何国家企图完全控制海洋,在客观上已属不可能之举。到了19世纪初,海洋自由无论在理论上或实践上都得到了广泛的承认。今天的航行自由原则已成为当今国际海洋法的核心支柱原则之一。为此相配套的保障制度也出现在国际海洋法之中,例如,公海航行自由制度、公海船旗国专属管辖权制度等。航行自由对于人类经济社会的进步产生举足轻重的影响。自人类进入海洋时代开始,海洋就是人类交通与通商贸易的重要通道。正如美国海洋战略家马汉(Alfred T. Mahan)所言:从政治和社会的观点来观察,海洋本身所表现出来的首要功能,就是条伟大的公路。^④随着人类航海与造船科技的迅速发展,人类与海洋的联系更加密切,而国际贸易的往来,大部分更是通过海洋运输来完成的。第二次世界大战

① 其实,早在格劳秀斯之前,罗马法就规定:海洋与空气相同,为“共有物”(res communis),而非“无主物”(res nullius)。海洋一直处于公共使用的状态,任何人都不能通过占有或占领对它们行使所有权。但需要注意的是,此时的罗马法已将“所有权”(dominium)与“统治权”(imperium)的概念相分离,所以,尽管罗马皇帝不享有对海洋的所有权,但是却享有对海洋的管辖权。这种管辖权体现在虽然罗马法将海洋视为共有物,但实际上这纯粹是从罗马法国内法出发的,而当时所称海洋对任何人开放,仅指罗马国民享有此权利,而非对所有国家及其国民开放,与现今国际法之海洋自由原则仍有所区别。

② [美]希金斯、哥伦伯斯著:《海上国际法》,王强生译,法律出版社1957年版,第63页。

③ 例如,英国人塞尔登发表的《海洋封闭论》;意大利人真提利斯发表的《西班牙辩护论》就反对格劳秀斯主张的海洋自由论。

④ 姜皇池著:《国际海洋法总论》,台湾学林文化事业有限公司2001年版,第4页。

后的20年间,全世界商船的数目增加了近两倍,载重量增加近四倍。至20世纪70年代末,超级海轮时代来临,50万吨级油轮正式起航,船舶的速度更加与日俱增。^①时至今日,海洋运输已经占到了国际贸易总运量的80%以上,并且这种比重仍在增加。^②

另一种力量代表着沿海国向海洋的扩张。在人类社会早期,文明初开,社会生产力十分低下,对自然万物的理解与利用也相当原始。此时人类的活动基本局限在陆地之上。而陆地与海洋在此时基本属于隔绝状态。但是随着技术的快速发展,人类征服海洋的能力得到了空前的提升。海洋丰富的渔业资源、利润丰厚的商业运输以及国家安全战略意义的凸显,使得欧洲各封建国家把罗马法中视海洋为共有物而不得对其占有的规定抛诸脑后,纷纷向海洋扩张。例如,英国国王自称“海洋之王”“诸海的主权者”;威尼斯主张对亚得里亚海拥有主权;热那亚和比萨则要求占有利古里亚海。在北欧,瑞典主张控制波罗的海;丹麦和挪威联合主张控制北海。而葡萄牙和西班牙更是根据亚历山大六世教皇的两道谕旨缔结条约以一条子午线分割了大西洋。^③为了封建君主们的利益,注释法学派的法学家们重新解释了罗马法,14世纪的意大利法学家巴图鲁斯(Batulos)认为沿海一带的海洋,应该属于君主管辖之下;其学生巴尔图斯(Baltus)进一步指出:与国家相连之海洋,属于国家主权范围。^④

沿海国向海洋的扩张必然侵害到航行自由。因为如果沿海国控制了毗邻的海洋狭长水带,其他国家的船舶就无法在此航行。而商业船舶大部分是在近海航行的,这是因为近海航行具有缩短航程、节省动力、更好地规避海洋风险等优点。由此,两种力量产生了正面冲突。博弈的结果就是近代领海制度的产生,国际社会最终确认了沿海国对领海的主权,但是航行自由在这里也得到了实质性的保障,那就是在领海制度确立的同时也确立了无害通过权,即沿海国的领海主权受到无害通过权的限制,任何国家的商船都享有无害通过领海的权利。^⑤所以,从本质上讲,无害通过权是海洋法上保障航行自由的一项

① 姜皇池著:《国际海洋法总论》,台湾学林文化事业有限公司2001年版,第4页。

② 数据来源于国际航运协会(International Chamber of Shipping),<http://www.ics-shipping.org>,最后访问日期:2018年8月15日。

③ 参见刘楠来主编:《国际海洋法》,台湾海洋出版社1986年版,第36、37页。

④ 姜皇池著:《国际海洋法总论》,台湾学林文化事业有限公司2001年版,第30页。

⑤ 《海洋法公约》第17条。

独立权利,它同时兼顾了沿海国的领海主权,是在航行自由与沿海国主权间寻求平衡的一种手段。

无害通过权既形成了国际习惯,也出现在国际条约中,例如,《领海及毗邻区公约》就规定了无害通过权及其行使,《海洋法公约》更是沿袭并发展了《领海及毗邻区公约》对无害通过权的规定。首先,《海洋法公约》规定了所有国家,不论是沿海国还是内陆国,其船舶均享有无害通过领海的权利;其次,公约规定了无害通过的意义;再次,公约赋予了沿海国无害通过权的权利和义务;最后,公约针对特殊船舶做出了专门规定。可见,在《海洋法公约》中,无害通过权已经由最初国际习惯中单纯的权利发展成为一种法律制度,这意味着无害通过权本身和无害通过权的行使都得到了长足的发展。

但是,无害通过制度并非臻于完善、无懈可击。首先,国际习惯中的无害通过权和国际条约中的无害通过权并不完全相同,虽然其实质相同,但是,在无害通过权的适用范围以及适用对象等方面仍然有着明显差异。例如,从国际习惯和国际条约两种角度考察军舰的无害通过权问题将会得出不同的答案。其次,《海洋法公约》对无害通过制度的规定也存在一定问题。仍以军舰的无害通过权问题为例,公约对这一问题含糊其词、似是而非的规定使得这一问题在国际社会缺乏统一的答案。缔约国对这一问题的不同解释固然是导致分歧的直接原因,但深层次原因在于无害通过制度的一些内容并没有得到国际社会的完全认可。最后,无害通过权的行使受到了越来越多因素的干扰,这些因素包括政治、经济、环境保护等。

《海洋法公约》奠定了国际海洋法的新秩序,世界上已有 100 多个沿海国家通过国内立法的方式,依据《海洋法公约》这部海洋宪章确立了国家海洋管辖范围。当代的“蓝色圈地运动”在世界范围内已陆续完成。《海洋法公约》确立的规则影响和重塑着各国的海洋意识和海洋行为,各国的利益关切亦随之改变,海洋争夺更加激烈。^①作为一种航行制度,无害通过制度的创设旨在对船舶在领海航行的问题达成妥协和平衡,并规制领海中航行行为朝着有利于合理的方向调整;但是,随着冷战结束以来全球化进程的加快,世界局势不断发展,来自海洋领域的新问题日益给现有的无害通过制度也带来了挑战。

^① 姜延迪:《国际海洋秩序与中国海洋战略研究》,吉林大学 2010 年博士论文,第 2 页。

第一,海盗与海上恐怖主义的严重威胁。海盗行为长期以来一直严重危害着世界各国的经贸往来以及海上人员的生命安全和财产安全。据联合国国际海事组织(IMO)的统计,2008年以来,索马里附近海域已经发生了120多起海上抢劫行为,超过30艘船只遭劫,600多名船员遭到绑架。^①海上恐怖主义的内涵就其实质和恐怖主义是一致的,是具有政治目的的海上恐怖组织或海上恐怖分子以暴力手段从事危害海洋安全,危害船舶以及船上财产和人身安全的恐怖活动。^②海盗与海上恐怖主义会对行使无害通过权的船舶带来严重威胁。为此,一些商业船舶雇请私人武装警卫保护其免受海盗或海上恐怖分子的侵袭。这些私人警卫隶属于私人海上安全运输公司,这些公司在很多国家都是合法的。受雇于商业船舶的私人警卫配备包括枪支弹药在内的轻重型武器,甚至包括武装直升机。这也引发了一些沿海国的担忧。商业船舶享有无害通过权是毋庸置疑的,但是,武装后的商业船舶是否享有无害通过权则另当别论。这种武装后的商业船舶通过领海是否损害了沿海国的和平、良好秩序与安全,在国际社会尚无统一意见。

第二,船舶污染的严重威胁。自从人类进入工业化时代,人类对海洋环境的污染就与日俱增。这些污染包括陆源污染、倾倒废弃物、船舶污染、海底活动污染以及大气污染等。迄今为止,《海洋法公约》生效已经30余年,然而,世界海洋环境状况依然在恶化。^③保护海洋环境已成为当代的三大生态问题之一,并持续得到国际社会的关注。《海洋法公约》规定:外国船舶违反公约规定的任何故意和严重的污染行为,就是对沿海国有害的行为,从而该外国船舶就是非无害通过。而非故意或非严重的污染行为不应该被沿海国认为是有害行为,从而拒绝外国船舶的无害通过。然而,随着世界各国海洋环境保护意识的持续提高,沿海国对外国船舶污染本国海域行为的规制也越来越严厉。2005年,欧盟议会公布第35号指令(Directive 2005/35/EC),其第4条规定:

① 联合国国际海事组织网站: <http://www.imo.org/home.asp>, 最后访问日期: 2015年12月15日。

② 张湘兰、张丽娜:《国际海运反恐立法趋势及我国的对策》,《武大国际法评论》2008年第5期,第155页。

③ United Nations Convention on the Law of the Sea 20th Anniversary (1982—2002). Oceans: The Source of Life, p. 3. Available at http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_20years/oceanssourceoflife.pdf, 1, May, 2011.

欧盟成员国必须制定相关国内法以惩罚在通过欧盟水域时由于“故意、鲁莽或严重疏忽”造成海洋污染的通过船舶,这种惩罚包括追究刑事责任在内。无独有偶,其他一些国家的国内法中也有类似规定。例如,巴哈马的国内法规定:如果通过领海的外国船舶的污染造成了国土、自然资源、海洋环境的毁损,那么,外国船舶这种通过就是非无害通过。^①可见,巴哈马对待船舶污染根本就不考虑其是否为《海洋法公约》规定的“故意和严重的污染”,造成任何形式的污染都会致使该外国船舶的通过变为非无害通过。伯利兹和伊朗的国内法也有相同的规定。^②追究刑事责任在内的措施一定会影响船舶无害通过权的行使。仅仅具有污染威胁的外国船舶也有可能被沿海国认为是有害行为,从而不具有无害通过权。例如,埃及、也门与吉布提拒绝承认核动力船舶或载运核物质的船舶享有无害通过权。^③

第三,沿海国对海洋生物资源的养护措施带来的负面影响。随着海洋环境的日益恶化以及人类捕杀活动的日益频繁,海洋生物资源状况每况愈下。所幸这一状况得到了国际社会和主权国家越来越多的关注。国际社会缔结条约保护海洋生物资源,同时授权主权国家采取特别措施养护海洋生物资源。这些措施确实对海洋生物资源的养护起到了积极作用,但是,却对船舶无害通过权的行使带来了负面影响。例如,依据1973年《防止船舶造成污染公约》的规定(经《关于1973年防止船舶造成污染公约之1978年议定书》修订),国际海事组织有权将某一海域划归为“特别敏感海域”(particularly sensitive sea area, PSSA)。特别敏感海域是指因具有公认的生态、社会经济或科学的重要性,且易受到国际海运活动损害,需要由国际海事组织采取行动进行特别保护的海域。在特定敏感海域可适用专用航道或其他交通措施以保护和保全该区域及其生物资源。^④这一措施意味着无害通过权在此海域的行使将受到限制,

① William K. Agyebeng, "Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea," *Cornell International Law Journal*, Vol. 39, (2006), p.394.

② William K. Agyebeng, "Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea," *Cornell International Law Journal*, Vol. 39, (2006), p.394.

③ 参见姜皇池著:《国际海洋法总论》,台湾学林文化事业有限公司2001年版,第261页。

④ IMO, Revised Guidelines for the Identification and Designation of Particularly Sensitive Sea Areas, IMO Doc. A/24/RES/982(2006).

甚至无法在此海域行使。更为重要的是,这种“特别敏感海域”数量开始稳步增长。^①

第二节 研究思路

无害通过权从确立到发展有一个漫长的历史过程。从格劳秀斯提出“海洋自由论”到领海制度确立的漫长过程中,无害通过权也经历了逐步发展的过程。国际社会对无害通过权的认识也逐渐加深,所以我们对无害通过权的认识,也需要放到一定的背景条件下进行。从本质上讲,法学研究就是在特定的社会历史条件下对一定社会现象的能动反映,离开了这个背景条件,法学研究将成为无源之水、无本之木。对无害通过权的历史考察也不例外,对无害通过权历史了解的不全面将会使本书在无害通过权的具体分析中存在瑕疵。这是因为,现实发轫于历史,历史又折射了现实;现实矛盾的存在无不与历史相关,而现实矛盾的解决亦应从历史中获取灵感。德国著名法学家萨维尼曾言:法学家必当具备两种不可或缺之素养,其一便是历史素养,以确凿把握每一时代与每一法律形式之特征。^② 因此,从历史渊源的角度追溯无害通过权的产生及发展,将是本书的一个重要维度。

无害通过权是保障航行自由的手段,因为它限制了沿海国的主权;无害通过权也保障着沿海国的权益,因为它为传统的航行自由施加了更多的限制,将航行自由对沿海国主权的不利影响降到最低,这也防止了通过船舶航行权利

① 截至2018年9月23日,国际海事组织共划定了16块特别敏感海域,分别是:澳大利亚的大堡礁水域(1990);古巴的萨巴纳卡马圭群岛水域(1997);哥伦比亚的马尔佩罗岛水域(2002);美国的佛罗里达群岛沿岸水域(2002);丹麦、德国、荷兰之间的瓦登海海域(2002);秘鲁的帕拉卡斯国家自然保护区水域(2003);西欧水域(2004);对现有的大堡礁水域拓展到托雷斯海峡水域(2005);西班牙的加纳利群岛水域(2005);厄瓜多尔的加拉帕戈斯群岛水域(2005);丹麦、爱沙尼亚、芬兰、德国、拉脱维亚、立陶宛、波兰和瑞典之间的波罗的海水域(2005);美国的帕帕哈瑙莫夸基亚国家海洋保护区水域(2007);法国和意大利之间的博尼法乔海峡水域(2011);荷属东北加勒比海萨巴浅滩水(2012);巴布亚新几内亚的杰玛德口(2016);菲律宾的图巴塔哈群礁(2017)。参见国际海事组织官方网站: <http://www.imo.org/OurWork/Environment/PollutionPrevention/PSSAs/Pages/Default.aspx>, 最后访问日期:2018年9月23日。

② [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第37页。

的滥用。要维持国际社会自由航行利益与沿海国主权这两者之间的平衡并不容易,虽然无害通过权从一产生便承担着这种平衡的维系。对这种平衡维系的一个很重要的方法便是界定无害通过权的意义。首先,要界定无害通过权的法律定位。这个问题是基础性的问题,必须提到首要位置。从主张无害通过权是基于海洋自由原则的当然结果到认为无害通过权是沿海国基于人道之考虑,并非一项当然的国际法上的权利,再到认为无害通过权是对沿海国领海主权的限制,可见无害通过权法律定位的变化的依据在于国际社会实践的发展以及相关国际条约的缔结。^①其次,要分别界定“无害”和“通过”的含义。关于这一方面,1930年的海牙国际法编纂会议以及随后的国际委员会等都提出了不同的观点。但直到《领海及毗连区公约》,“无害”和“通过”的含义才第一次得到了权威的解释。这种解释在《海洋法公约》中得到了沿袭和发展。

前文已经提到,《海洋法公约》对业已形成国际习惯的无害通过权作了比较详尽的规定。可以说,《海洋法公约》中的无害通过权已经制度化,形成了无害通过制度。在这项制度中,首先包括了无害通过权的意义,也就是阐明了何谓无害通过权。其次,包括了沿海国和船旗国分别在无害通过制度下的权利和义务,这就解决了行使无害通过权行使的界限问题。也就是说,无害通过权本身是一方面,而如何行使无害通过权是另外一方面。既不能以滥用无害通过权的方式损害沿海国的权益,也不能滥用沿海国在无害通过制度下的权利从而非法侵害外国船舶的无害通过权。这些内容将构成本书的主体,这是因为无害通过制度下沿海国和船旗国的权利和义务是行使无害通过权的关键,以及在国际实践中产生分歧或争议的直接来源。

唯物辩证法认为,普遍性与特殊性是矛盾的两个方面,既要关注普遍性,也不能忽略特殊性。无害通过制度是普遍性的标准,而在普遍性的标准之外,也存在着特殊的地方。本书也将循此思路展开论述。例如,非商业船舶的无害通过权问题。首先,军舰的无害通过权是必须单独详细论述的一个重要问题。这不仅仅是因为这一问题在国际社会上分歧很大,还因为军舰本身具有攻击性,并且是国家机关的组成部分,在国际法中具有特殊地位。实质上,商业船舶是无害通过权的适用对象,而军规则不然,它是无害通过权的主体。因

^① 参见简宏明:《国际海洋法上群岛法律规范之研究》,台湾海洋大学硕士1994年学位论文,第112—113页。

为无害通过权的主体是国际法承认的主体而非个人或商业船舶。这意味着,对军舰的无害通过权必须单独讨论,因为商业船舶与军舰的国际法地位迥然不同。军舰的无害通过权必须从国际习惯、国际条约、国家实践等方面考量。基于不同的角度将得出不同的答案。此外,其他特殊船舶,例如潜水艇、核动力船舶、载有高度危险物质的船舶以及私人武装商业船舶也需要单独予以关注。

我国拥有漫长的海岸线,也拥有辽阔的“领海国土”,存在于领海的无害通过权每天都与我国发生着密切联系。尤其须注意到近代中国的无害通过权发展状况,这将为考察今天我国国内法中的无害通过制度提供历史维度。在我国与其他国家海洋争议与日俱增的今天,我国国内法规定外国军舰通过我国领海“许可制”的问题、南海的航行权问题等都与无害通过制度有着密切联系。因此,我们的视野既要着眼于国际法,也不能忽略国内法。因为大部分国际法规定需要转化为国内法才能实施。这种思路将指引我们考察我国国内法关于无害通过制度的现行规定并详细分析之。

基于以上思路,本书研究如下问题:

第一,无害通过权是如何产生的?发掘无害通过权的历史并不是单纯地为了溯源而溯源,考证其历史与发轫的目的在于更好地在今日理解这个制度的核心。《旧唐书·魏征传》记载唐太宗痛悼大臣魏征时曾发感慨:以铜为镜,可以正衣冠;以史为镜,可以知兴替;以人为镜,可以知得失。我们今天从无害通过权的发轫去研究它,就是要在其数百年的历史发展中给世人呈现一个清晰的面貌,从全局的角度观察把握,这样才能使研究全面且深入,而不至于一叶障目不见泰山。尽管无害通过制度出现在《领海及毗邻区公约》和《海洋法公约》而为人熟知,但很少有人知道格劳秀斯在其杰出著作《海洋自由论》中就提到了“无害通过”,并且追溯其源头至中世纪以前的“陆地上的无害通过”。^①到底格劳秀斯对“无害通过”有何见解?他是否区分商业船舶的无害通过和非商业船舶的无害通过?

第二,无害通过权既然是国际法上的一项权利,承载它的形式是什么?是国际条约、国际习惯,还是一般的法律原则?国际条约中的无害通过权与国际

^① [荷] 雨果·格劳秀斯著:《论海洋自由或荷兰参与东印度贸易的权利》,马忠法译,上海人民出版社2013年版,第11、12页。