

南海研究系列丛书

历史性权利与 历史性水域 研究

中国南海研究院

二〇〇四年十二月

历史性权利与历史性水域研究



V845
2004
2

历史性权利与历史性水域研究

中国南海研究院
二〇〇四年十二月

按 语

历史性水域和历史性权利的论证,对中国在南海冲突中的立场具有重要意义。我国在南海的权利主张主要集中在 U 形线以内,但周边有关国家的权利主张在 U 形线内与我国发生重叠。历史性水域和历史性权利是否符合当今的国际海洋法律,中国在南海 U 形线内是否享有历史性权利以及相关权利范围如何,周边有关国家在 U 形线内是否享有历史性权利,这些问题的研究可以为中国今后的有关实践提供学术支持。

本课题重点在全面、系统的阐释历史性水域和历史性权利的涵义及界定原则和方法,突出分析其中涉及的国际条约和习惯国际法的内容,以及我国在有关历史性权利方面的历史证据,并对我国的南海历史性水域进行论证,以便日后能合理利用历史性水域法则,维护我国在南海的岛屿主权和海洋权益。

本课题由中国南海研究院和厦门大学海洋法律研究中心共同完成。

目 录

第一章 历史性权利与历史性水域的历史演进过程

- 第一节 历史性权利是一种远古权利 (3)
- 第二节 “历史性权利”概念的发展 (6)
- 第三节 第三届联合国海洋法会议 (12)

第二章 历史性水域的地位

- 第一节 历史性水域——例外还是个案 (21)
- 第二节 历史性水域——独立制度还是习惯法 (26)

第三章 有关的案例和争端

- 第一节 英挪(United Kingdom v. Norway)渔业案 (58)
- 第二节 突尼斯/利比亚(Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)大陆架划界案 (68)
- 第三节 萨尔瓦多/洪都拉斯/尼加拉瓜(El Salvador/Honduras/Nicaragua)陆地、岛屿和海域边界案 (78)
- 第四节 厄立特里亚与也门(Eritrea/Yemen)岛屿争议和海域划界仲裁案 (85)
- 第五节 俄日大彼得湾(Peter the Great Bay)争端 (108)

第六节	加拿大/美国北极群岛(Arctic Archipelago)及西北水道(Northwest Passage)争端	(116)
-----	--	-------

第四章 历史性水域的构成因素

第一节	历史性水域的类型	(126)
第二节	历史性水域的构成因素	(128)
第三节	小结	(228)

第五章 中国在南海的历史性水域及历史性权利

第一节	U形线内水域为我国历史性水域	(229)
第二节	我国在U形线内的历史性权利	(245)
第三节	周边国家在U形线内的历史利益及其与我国历史性权利的协调	(260)
第四节	中国的历史性权利与《海洋法公约》第123条的关系——南海水域三层级论	(274)

第一章 历史性权利与历史性水域的历史演进过程

1958年与1960年两届海洋法会议,与会国都相继提出了历史性水域(historic waters)的概念,然而会议最终达成的国际性法律文件回避了这一问题,并未对历史性水域概念以及其相关概念进行解释,留下了一个待定的局面,也为国际社会围绕究竟什么才是历史性水域产生争论埋下了伏笔。

与历史性水域概念密切相关的概念——历史性权利(historic title),不是近期提出的新概念,而是国际法上的知名概念。历史性权利有两种类型:历史性权利不仅仅是作用于传统海湾概念而产生的“历史性海湾”概念的例外,应该说“历史性海湾”依靠的是一种“远古权利”(ancient title),这种权利长期以来被普遍认为本身已经构成一种充分的权利;但是,历史性权利在国际法上仍然有另外的含义,从字面上来理解,“历史性权利”中的“历史性”(historic)一词源于历史,也就等同于源于时间的累积,因此它是一种通过时效、或默认的过程产生或巩固的权利,或通过长期连续的占有以至于被法律接受为一种权利的权利。不管是古老的权利还是历史性权利从历史性这个角度来说,都需要存在的连续性(conti-

nuity)以及时间的累积(*passage of time*),这是核心之所在。^①

历史性权利也不是海洋法特有的。不管是海洋的历史性权利还是陆地的历史性权利都与海洋领域的划界问题紧密相连,只不过作用的空间不同罢了。结果往往是,在解决争议的过程中历史性因素得到重视,对于就该领域产生争端的国家来说,一国的“历史性权利”主张优先于他国的“一般性权利”(general rights)主张,从而对该领域享有所主张的历史性优先权利。如果这片领域是海洋,那么就应该是该国的历史性水域。

历史性水域的概念是由历史性海湾的概念发展而来的。在十九世纪时,为了保护紧密邻接陆地且传统上被邻接国家视为其国家领土一部分的大型海湾,产生了历史性海湾(historic bays)的概念。当时主要是以经济和国家安全的理由去支持主张此种海湾对于邻接国家具有极端重要性(vital importance)。彼时有关划定海域的国际规则正在发展的过程中,以历史性权利为基础而主张历史性海湾的做法被扩展至其他邻接海岸的水域,因此不仅包括历史性海湾,也包括历史性海峡(historic straits)和历史性海(historic seas),甚至包括

^① 国际常设仲裁机构 1998 年 10 月 9 日做出的厄立特里亚与也门 Hanish Islands 一案的裁决,第 106 款;转引自 T.D.Gill and W.P.Heere eds, *Reflection on Principles and Practice of International Law*, 191 - 203. 2000 Kluwer Law International.

历史性的群岛水域,这就是历史性水域的源起。^①

第一节 历史性权利是一种远古权利

敏基埃(Minquiers)和埃克利赫斯(Ecrehos)两组小岛位于不列颠海峡群岛(British Channel Islands)的泽西岛(Island of Jersey)与法国海岸之间。英国和法国都认为是自己的领土,但这两组小岛的主权从来没有确定过,也没有发生过重大的争执。二战以后,两国通过协议将该争议提交国际法院审理。^②在诉讼中,双方都以“远古权利”和“原始性权利”(original title)作为对这两组小岛提出主权的根据,并且都以为他们的这种权利从来没有丧失过,而且,双方都认为本案不是对无主地取得主权的争端。

对于“远古权利”和“原始性权利”问题,英国政府认为它这两组小岛的权力应当追溯到1066年,即诺曼底公爵威廉征服英伦的时候。由于这次征服,英国与诺曼底联合,其领域包括大不列颠海峡群岛。此联合一直延续到1204年,即法皇菲利普·奥古斯督把英——诺部队赶出法国大陆的时候。当时法国企图占领这些岛屿,但是没有成功。因此,英国政

① Donat Pharand, *Canada's Arctic Waters in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p. 91.

② *Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom) (1951 - 1953)*, Judgment of 17 November 1953 - MERITS, <http://www.icj-cij.org/icjwww/iddecisions/isummaries/ifuksummary531117.htm>, 2003 - 11 - 18.

府有理由相信:英国的海峡群岛包括敏基埃和埃克利赫斯两组小岛。这两组小岛一直是在英国领域之内。这个事实已为后来英法两国间的许多条约所确认。

法国政府认为,诺曼底公爵是法皇的附庸,1066年以后的几个具有诺曼底公爵身份的英王所拥有的土地也是法皇的封地。法国不反对英国在1204年以后仍然继续占有泽西、古尔西等岛屿,但否认英国在诺曼底公国解体以后仍然拥有敏基埃和埃克利赫斯两组小岛。

国际法院认为,对于这些遥远的封建时代的事实,那是说不清的。为了解决本案的争议,那些古代的争议就没有必要去考虑了。因为即使法国国王真的对海峡群岛拥有原始的封建权利,该权利已经因为1204年及以后的事实而丧失。法国所称的对海峡群岛的封建权利今天已经没有法律效力了,除非该权利能为根据现行法律有效的另一种权利所代替。国际法院得出结论说:

在法院看来,具有决定性意义的事,不是从中世纪的事情引申出来的间接推断,而是与占有敏基埃和埃克利赫斯两组小岛直接有关的证据。

关于埃克利赫斯岛,法院认为英国提出的19世纪时期的证据具有特别重要的证据价值,因为这些证据涉及管辖权、地方管理和立法方面的问题。关于敏基埃岛,法院认为法国方面虽然也提出了一些相关的证据,例如法国曾授予特

许权在敏基埃岛进行开发,法国国民曾在岛上进行水文研究,法国在敏基埃岛设置灯塔、浮标等,但是这些事实不足以说明法国在敏基埃岛已经建立有效的权力。

从以上事实可以看出,本案的意义在于:在争执双方均主张“远古权利”的情况下,第 11—13 世纪的行为已逐渐显得不重要;英国因为在 19—20 世纪持续不断地行使主权(包括:刑事案件管辖、不动产登记、收税、小船登记管理……),证明其所有之“原始性权利”已落实强化(consolidation),成为“有效占领”(effective occupation)。此外,两国有关“共同渔区”的协议(1839 年英法渔业专约)并不涉及渔区内岛屿主权之归属问题;换言之,取得合法之人渔权利,并不表示取得区域内陆地之主权。^①

从国际法院的意见可以看出,“远古权利长期以来被普遍认为本身已经构成一种充分的权利”这一观点并不受当时的国际法院的推崇。二战以后的国际社会,对主权要求的争端超过了二战以前的任何时候,加上 1928 年常设仲裁法院对帕尔玛斯岛仲裁案的精彩裁决使得有效占领这一观点大受推崇,嗣后的国际性裁判多受此影响,远古权利这一论点日益受到冷落,从国际法院对远古权利和与其相似的概念——

^① 雷崧生著,《国际法院成案》,台北正中书局(1970 年台三版),112—125;转引自傅崧成著,《南(中国)海法律地位之研究》,一二三资讯有限公司,1995 年 4 月初版。

原始性权利所作出的评价就可以看出这一倾向。国际法院认为：

有些历史文件，看来很有证据价值，但实际上那些文件和今天的形势已经没有什么关系了，当我们判断主权的归属的时候，着重点应该更多地放在主权的实际行使上面，而不是放在根据不同法律制度建立起来的古代权利上面。

至于本案判决中提到“有效占领”，其意义在于，正如马克思·胡伯(Max·Huber)法官在帕尔玛斯岛仲裁案中所说的，权利的产生和权利的存在是两个不同的概念，权利即使很早就建立了，但没有继续保持下来，这权利就不存在了。因此，决定权利是否存在，关键是在于较近时期有没有实际行使权利的行为。

看来，有效占领的观点会极大地削弱远古权利的观点，一旦发生领土主权的争议，如果主张历史性权利仅仅依靠远古权利这一层含义远远不够，那么，依靠存在的连续性以及时间的累积这两个因素来主张历史性权利，似乎更加可靠。

第二节 “历史性权利”概念的发展

赞成主张历史性权利的人都试图将历史性权利应用于海洋的各个特殊领域，但是就海洋划界问题来说，需要注意的是，联合国海洋法会议至1930年始，历史性权利的应用范围仅为领海划界问题，与其它现今海洋法制度确定为沿海国

管辖领域内的传统的、长期的利用或实践没有多少联系。正如当海洋法领域开始进入现代法典化阶段,国际法院在 1951 年说:“历史性海湾”通常意味着本身不具备内水性质,但由于具备了“历史性权利”而拥有内水地位的水域。^①

但是,从 1982 年《联合国海洋法公约》的规定可以看出,历史性权利问题有了一定发展,不仅仅与领海划界问题紧密联系,也就是不仅影响领海相邻国家或者相对国家的外部界限划分问题,而且影响领海向陆地一面与内水的界限——基线,即根据历史性权利划定直线基线。再者,1982 年《联合国海洋法公约》建立划分了不同的海洋空间领域,包括领海、毗连区、专属经济区以及大陆架。毗连区、专属经济区以及大陆架向陆地一面的与领海的界限就是领海的外部界限,因而领海区域特别是其外部界限的确定对于这三大领域的外部界限也产生了巨大的影响力,特别是大陆架的外部界限确定的潜在效果将对国际海底管理局对于海底区域的管理产生冲击。^②

历史性权利的提出也产生了一些其它的问题,尤其自 1958 年第一次联合国海洋法会议召开以来,其他一些国家提出的历史性权利围绕这些国家的国民对海洋资源,尤其是现

① Fisheries Case (UK v. Norway), International Court of Justice Reports 1951, 116 at 130.; 转引自 T.D.Gill and W.P.Heere eds, Reflection on Principles and Practice of International Law, 191 - 203. 2000 Kluwer Law International .

② 1982 年《联合国海洋法公约》,第 134 条。

今处于沿海国家主权权利或管辖之下的海洋生物资源的长期利用或传统的捕鱼活动。1982年海洋法公约采纳了专属经济区与大陆架的概念以后,这一问题就变得更加敏锐了,尤其是当诸如日本、韩国这样的远洋捕鱼国家提出传统捕鱼权利也是历史性权利时,历史性权利问题就更加需要说清楚了。^①虽然历史性权利有被滥用之嫌,然而不能因此否定根据传统的海洋生物资源开采活动或对其它一些特定海洋区域的开发利用提出的历史性权利主张。

在突尼斯/利比亚大陆架案中,突尼斯主张该国国民长期的捕鱼活动构成了大陆架的历史性权利,该历史性权利应当作为大陆架划界的一个重要考量因素。国际法院在对两国大陆架确定界限之前,审慎地考虑了突尼斯的主张,最后得出结论:没有必要将突尼斯的历史性权利主张作为参考因素。但是仔细阅读当时的判决内容就会发现,虽然在此案中国际法院最终没有采纳突尼斯“历史性权利”与“捕鱼区”的主张,但是肯定了对大陆架划界采取公平原则时不能做抽象的解释。在此案中,国际法院是把公平原则与一切有关情况联系起来的。“一切有关情况”(all relevant circumstance)与《大陆架公约》第6条所说的“特殊情况”(special circumstance)不同,“特殊情况”要求该情况构成特殊才可以得到考虑,“一

^① 关于这一问题可以参考 the Gulf of Maine case (Canada/U.S.A.), International Court of Justice Reports 1984, 246 at 341 (para. 235).

切有关情况”是一切与争议区域有关的情况,按照突尼斯的说法就是“可以说明该地区特点的情况”,因而它的范围就广泛得多了。国际法院基本上接受了突尼斯的观点,对双方提出的有关情况基本上都加以了考虑,只是结果历史性权利的主张未被采纳而已,但是事实上国际法院承认了这一主张的存在与可参考性。^①根据现在的海洋法制度看来,突尼斯的历史性权利主张更接近于专属经济区的概念,但是当时突尼斯并没有利用这一概念支持它的主张。再者,当国际法院审理此案时,1982年《联合国海洋法公约》的最后草案出台了。^②而且公约最终文本与草案在本案所讨论问题上没有做任何改变,明显的事实就是国际法院并没有准确把握联合国大会、秘书处以及国际法委员会自1958年以来对历史性水域问题进行研究的有关信息,导致做出了错误的判决。

第一届海洋法会议对历史性水域的考虑并不完备,“历史性权利”出现在1958年《领海与毗连区公约》第7条,第12条第1款,关系到海湾与领海划界问题。根据国际法委员会提出的文案,公约第7条第6款规定:该条款不得适用于所谓的“历史性海湾”或者在任何情况下不得适用于直线基线的划定。第12条第1款规定:该条款不得适用于根据“历史性

① <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasces/itl/itl-ijudgment/itl-ijudgment-19820224.pdf>, 77-80, 2003-11-21.

② 第三界海洋法会议记录, Document A/CONF.62/L.78, XV official records.

权利”或者其它特殊情况采用其它划界方式来划定两国领海界限的情况。

“历史性权利”并没有出现在国际法委员会提出的文案中,而是公约自己加上的。^①并且在最终草案附带的一项决议中,会议提到国际法委员会并没有为历史性水域制度包括历史性海湾做出任何规定。

鉴于这一领域的重要性,会议要求联合国大会组织进行研究,并将成果提交联合国所有成员国讨论。联合国于1959年12月7日做出1453号决议,要求国际法委员会对历史性水域进行研究并且做出建议。1960年第12次会议召开,国际法委员会请求秘书处研究这一主题,并且拓展了秘书处为1958年海洋法会议准备的初期研究的范围。除此以外,国际法委员会阻却了进一步在后续会议上对该问题的讨论。秘书处于1962年提交了研究报告,其中有两项结论很重要:

183. 虽然“历史性海湾”是代表海洋“历史性权利”的典型实例,似乎毫无疑问的,原则上,历史性权利也存在于海湾以

① 1956年国际法委员会准备的报告中,对领海划界问题提出了独立的两个条款。第12条是关于相对的沿海国家以及海峡的划界,第14条是关于相毗连的国家之间海洋领域的划界,这两个条款都没有提到历史性水域的问题,然而,采用了“特殊的情况”(special circumstance)来代替,回避了历史性水域的问题。见 Report of International Law Commission on the work of its 8th session (doc. A/3159), Yearbook of the International Law Commission 1956, vol. II. 大会中是挪威提出建议将这两个条款合并并且加上“历史性权利”,见第一届海洋法会议, Document A/CONF. 13/L. 97, III official records; 转引自 T. D. Gill and W. P. Heere eds, Reflection on Principles and Practice of International Law, 191-203. 2000 Kluwer Law International.

外的其他海洋区域,诸如海峡或群岛,或者通常意义来讲,还包括能够构成一个国家海洋管辖一部分的所有水域。

184. 另一方面,被广泛支持的观点即认为“历史性水域”制度构成有关国家之间海洋划界的一般性国际法规则的例外的观点有待商榷。现实观念似乎并不考虑将“历史性水域”与作为例外或不作为例外的观点联系起来,而是就“历史性水域”的权利基于本身的是非曲直进行独立的考虑。结果是在讨论“历史性水域”的理论的时候,应当避免以这些水域所宣称具有的例外特征作为任何可能的原则或规则的基础。^①

该项研究解释说,历史性权利的存在从判断的角度来说需要一个比较深的层次,并且势必需要大量的考虑因素来分析历史性权利是否存在。研究继续阐述了几项结论,这些结论关乎于历史性权利的建立与证据,以及历史性权利争端解决机制的建立。国际法委员会在会议中决定将历史性权利这一主题并入后期的研究计划,但是不会给出明确的规定。^② 后来,国际法委员会没有指定特殊的大会报告起草人,也没有在这一主题上采取进一步的行动。1967年国际法委员会

^① 1962 U.N. Study, n. 13, at 25.

^② the Secretariat's Study (doc. A/CN.4/143), see Yearbook of the International Law Commission 1962, vol. II; and for the Commission's decision, see its report on its 14th session (doc. A/5209, para. 60), *ibid.* 转引自 T. D. Gill and W. P. Heere eds, *Reflection on Principles and Practice of International Law*, 191-203. 2000 Kluwer Law International.