

历史性权利的再认识^{〔*〕}

○ 胡晓红

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210093)

〔摘要〕历史性权利对于海洋划界具有重要的作用,一方面它使权利国对特定海域的历史性权利得以“固化”,另一方面它能确立权利国对特定海域的主权权利。长期以来我国始终坚持对南海的历史性权利的主张,但该历史性权利往往会遭到南海个别国家的不断“挑衅”,特别是侵害我国历史性捕鱼权。针对此类侵权行为,我国在国内法层面应对外,还应在考察《联合国海洋法公约》附件 8 程序基础上,通过国际层面予以解决。

〔关键词〕历史性权利;历史性捕鱼权;历史性海湾;历史性所有权

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2018.12.012

2016 年 7 月 12 日发布的《中华人民共和国政府关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》(以下简称 2016 年声明)指出:“基于中国人民和中国政府的长期历史实践及历届中国政府的一贯立场,根据中国国内法以及包括《联合国海洋法公约》在内的国际法,中国在南海的领土主权和海洋权益包括:(一)中国对南海诸岛,包括东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛拥有主权;(二)中国南海诸岛拥有内水、领海和毗连区;(三)中国南海诸岛拥有专属经济区和大陆架;(四)中国在南海拥有历史性权利。中国上述立场符合有关国际法和国际实践。”^{〔1〕}上述历史性权利概念的内涵与外延在国际实践与国际立法中是最不具备特定性内容的。尽管如此,本文仍试图在现有研究成果基础上进一步厘清该概念。

作者简介:胡晓红,南京大学法学院教授、博士生导师,研究方向:国际经济法学。

〔*〕本文受司法部国际法治与法学理论研究项目(16SFB2045)资助。

一、历史性权利的现有解释

(一)《联合国海洋法公约》的相关规定

《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)第15条规定:“……但如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限,则不适用上述规定。”这表明,按照公约,如果存在“历史性所有权”,可以不适用划定相邻相向国家间领海界限的一般方法。如若不然,就会侵犯享有“历史性所有权”的国家的既得的海洋权利,造成不公平的划界结果。^[2]《公约》第10条第6款规定:“上述规定不适用于所谓‘历史性’海湾,也不适用于采用第七条所规定的直线基线法的任何情形。”《公约》第51条第1款规定:“在不妨害第四十九条的情形下,群岛国应尊重与其他国家间的现有协定,并应承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动。”《公约》第298条第1款(a)(1)项中规定了“或涉及历史性海湾或所有权的争端”。第15条和第298条中均采用历史性所有权(historic title)概念;第10条则引用“历史性海湾”一词;第51条则为群岛国相邻国家设定了“传统捕鱼权利”。对于历史性水域这一概念,《公约》并没有提及。

(二)历史性权利、历史性海湾与历史性水域概念

历史性海湾通常是指沿岸属于同一国家,不符合正常的海湾标准,但历史上该国一向将其作为内水进行管辖的海湾。如果对历史性海湾适用《公约》规定的确定海湾的通常条件,就会否定这类海湾既有的内水地位,侵害海湾所属国的既得海洋权利。^[3]得到人们认可的是由Clive Symmons教授对历史性水域下的定义,他认为,该水域是违反普遍适用的国际法规则的沿岸国,明确、有效、持续、超过大量时间期间,行使主权得到国家共同体默认。^[4]而国际法院指出,“历史性水域”术语通常被理解为“被当做是内水但不具有内水特征的,不是作为历史性所有权存在的水域”。^[5]Clive Symmons教授强调,对于“历史性水域”的历史性权利的主张所必须具备的要素有三:首先,有关权利行使,对该水域必须有正式、明确和持续主权主张。其次,该主张必须用明确公告出版形式对其他国家主张,诸如通过正式声明形式。第三,该声明必须由声明国家持续长期声明,并有效行使管辖权。最后,必须由其他国家对该声明默认并知晓。^[6]而所谓“历史性权利”,Clive Symmons教授认为,“历史性权利”(historic right)比“历史性水域”更宽泛。“历史性权利”术语在最宽泛意思中,意味着主张行使特定管辖权的国家,大部分属于捕鱼权,通常是在公海。历史性权利必须满足与历史性水域相同或至少相似的要求,诸如伴随其他相关国家默认而持续和长期使用。然而,他认为在几个重要方面历史性权利与历史性水域不同。最大不同是,历史性权利并不是相当于对特定海洋空间主张主权或管辖权,而是主张在公海或其他国家专属经济区行使捕鱼权利和管辖权。历史捕鱼权主张已在几个当代国际案例中提及,包括1982年突尼斯/利比亚大陆架案,2001年卡塔尔/巴林以及1999年厄

立特里亚/也门仲裁。Clive Symmons 教授在考察这些案件后得出结论,专属经济区海洋划界相关历史性权利主张是不清楚的。然而,他也认为,沿岸国有时会同意有历史捕鱼权渔民在其专属经济区出入捕鱼。^[7]

Yehuda Z. blum 认为,“历史性权利”一词表示一个国家对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。它是一个长期过程的产物,在该过程中包含了一系列长期的作为、不作为以及行为状态,其整体,并通过其积累的效果,使其成为国际法上有效的权利。^[8]也有学者认为,历史性权利或历史性所有权的典型情况是历史性海湾。1958 年《领海与毗连区公约》第 7 条第 6 款和《公约》第 10 条第 6 款都明确地承认历史性海湾,承认各国对历史性海湾这种历史性水域的历史性所有权或历史性权利。^[9]历史性海湾只是历史性水域的一种。1957 年联合国秘书处发表的题为《历史性海湾》的文件,明确提出“历史性所有权”不仅包括“历史性海湾”,还应包括其他“历史性水域”。^[10]1962 年联合国秘书处提出的题为《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》的文件,引述了 1951 年国际法院关于“英挪渔业案”的判决来支持“历史性水域”不限于历史性海湾的结论。^[11]我国也有学者认为,“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。^[12]还有学者指出,一国可基于对某领土的历史性权利而享有对领土的主权,海洋属于领土范畴,所以,历史性权利是历史性水域的理论依据,历史性水域是历史性权利的标的,而历史性海湾只是历史性水域的一种类型。

Robert Beckman 教授据此认为,当一国成为公约缔约国时,其在其他国家专属经济区捕鱼的历史性权利必须放弃。而中国官方和学者经常引用中国在九段线内享有“历史性权利”(historic right),如果就中国目前在其他国家专属经济区水域历史性权利争端提起诉求,则此争端应当属于《公约》第 15 部分第 2 节强制性约束力争端解决机制规范范围。中国根据第 298 条作出的声明不能予以排除,因为历史性权利主张与历史性海湾或所有权主张或历史性水域主张相比极为不同。^[13]

(三)历史性权利的国际实践

通常认为,国际法中的历史性权利依靠对习惯法的编纂发展起来。历史性权利起源于对海湾内水域法律地位的界定。1910 年北大西洋渔业仲裁案中,Drago 法官在他的反对意见中提到,如果沿岸国在证明该国对海湾的主权主张时能够得到特殊地理构造、长时间使用以及国防需要等证据的支持,那么这类海湾就应属于沿岸国。^[14]这一类型的海湾在国际法中被称为历史性海湾,而历史性权利是历史性海湾主张的法律基础。在 1951 年“英国与挪威渔业案”中,国际法院判决指出,法院认为尽管这些(捕鱼)特许合同适用的地区并不明确,但是历史上的证据已经可以确认当地渔民的传统捕鱼权。这些权利,根据当地居

民的根本需要确立,并经过长期而和平地使用,因此在划定边界时应当合法地纳入划界的考虑因素中。本案中法院将历史性水域定义为仅因为存在历史性权利而被承认为内水的水域。^[15]法院在判决中支持了挪威的立场,认为挪威的划界体系是对一般规则的特殊适用,由挪威独特的地理环境和人民利益决定,并在长时间实施和其他国家都不认为违法的基础上得到巩固。^[16]

国际法院在1982年突尼斯/利比亚大陆架划界案中指出的:“国际法上不存在单一的历史性水域或历史性权利的制度,只能根据每一个具体的、得到承认的历史性水域或历史性海湾的特别机制。”^[17] Clive Symmons 教授认为,尽管历史性权利这个概念在《联合国海洋法公约》中仅被当作领海划界的例外或特殊情况加以考虑,且未给出确切内涵,但《联合国海洋法公约》并未规定“历史性权利”的概念不能适用于其他情形。而且,尽管它的习惯法地位问题尚需仔细求证方可定论,但它确曾在实践中被多次使用过,如1973年英国诉爱尔兰渔业管辖权案、1999年厄里特尼亚/也门岛屿主权归属及海洋划界案和2001年卡塔尔诉巴林海洋划界和领土争端案。^[18]不过仔细阅读国际法院关于2001年卡塔尔诉巴林海洋划界和领土争端案判决书,我们会发现判决书正文中使用了“原始所有权”一词,^[19]而附加法官意见中贝贾维、兰杰伐和科罗马法官则提出,应当对于争议岛屿和海域的历史所有权问题进行查明。^[20]

二、我国南海历史性权利内容

(一)国内法律规范中历史性权利的规定

2016年声明指出:“1958年《中华人民共和国政府关于领海的声明》、1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》、1998年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》以及1996年《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会关于批准〈联合国海洋法公约〉的决定》等系列法律文件,进一步确认了中国在南海的领土主权和海洋权益。”我国1998年颁布的《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。”但该法对“历史性权利”未明确其内涵和外延,而历史性权利一词在联合国网站查询的我国《专属经济区和大陆架法》英文版表述为“historical rights”。^[21]台湾地区于1993年4月13日通过的“南海政策纲领”首次使用“历史性水域”一词。但该“纲领”在2005年12月15日由“内政部”以台内地字第09400162932号函“停止适用”。^[22]1998年1月21日起台湾开始实施的“领海及邻接区法”在“立法草案”中有“历史性水域”概念,“立法院”通过法案时则删除了历史性水域表述。删除原因是因“立委”认为,南海历史性水域主张不切实际、概念内涵模糊不清、将导致东南亚区域紧张,主张删除该条文;“立法院”最后以“国际法上‘历史性水域’并非领海或邻接区”为由删除。最终形成现有条款模式。^[23]2009年5月7日,我国政府向联合国秘书长提交的照会则明确声明:“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。”该声明并未提及“历史性权利”。而 2016 年我国政府声明第 3 条则进一步明确确立了“中国在南海的领土主权和海洋权益”的四类权利,其中包括“中国在南海拥有历史性权利”。但该 2016 年声明仍未界定“历史性权利”的内涵与外延。

(二)我国历史性权利的应有之义

新加坡国立大学国际法中心主任 Robert Beckman 教授认为,《公约》第 298 条规定有关“历史性海湾和所有权”条款为“非自裁条款”。^[24] 仅就 Robert Beckman 教授主张的“历史性权利”与“历史性海湾或所有权”、“历史性水域”极为不同的观点而言,与前述学者观点有一定的差异。

1962 年联合国出版一项题为《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》的报告。^[25] 该报告使用了“历史性所有权”(historic title)和“历史性权利”(historic rights),指出,无人会对这些案件持有异议,即国家对于临近其海岸的特定水域享有固有的历史性所有权,但当给予该水域所有权一个精准定义的时候,其相关联的国家海洋领土划界的国际法规则或者历史性所有权所处情形问题就会显现出来,协议就会很难达成。简单归类的话,可以将该水域称为“历史性海湾”(historic bays)或“历史性水域”(historic waters)。^[26] 报告认为,对于被诉国家而言非常自然的事情是,该国不仅要依赖其对于适用一般国际法规则有不同意见,而且还要依赖其通过长期惯例实施而使其当前对该领域拥有的历史性所有权。^[27] 在大量案例中,一国经过一段时间基于历史性权利而对特定海洋领域行使主权,不论是否符合一般国际法规则,此类领域可能处于该国领海主权范围之外。该领域可以构成秘书处备忘录所称的“历史性海湾”。该报告分析了“历史性水域”构成的五要素:(1)管理机构对争议海域行使职权。该要素又分为三点:一是“管理机构行使职权的范围”;二是“管理机构行使职权的法律依据”;三是“管理机构行使职权的有效性”。(2)管理机构行使职权的持续性:惯例。(3)外国国家的态度。(4)争议海域沿岸国的重大利益问题。(5)属于两个或多个沿岸国家的历史性水域问题。^[28]

从“2001 年 3 月 16 日卡塔尔和巴林之间海洋划界和领土问题案”(卡塔尔诉巴林)判决、“2002 年 12 月 17 日关于利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案”(印度尼西亚诉马来西亚)判决、“2007 年 10 月 8 日关于尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案”(尼加拉瓜诉洪都拉斯)的判决看,对于岛屿原始所有权的判断依据为“法律上已占有原则”和“有效控制”。但在“2008 年 5 月 23 日白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案(马来西亚/新加坡)”国际法院判决中,就确认“白礁岛”原始所有权问题,法院指出,本案涉及一个无人居住且不适合居住的岛屿,从 16 世纪初到 19 世纪中叶,没有任何其他国家对其提出过主权诉求。在这种情况下,正如帕尔马斯岛案(荷兰/美利坚合众国)所表明的,国家权力不一定要在“事实上,每一刻对每一寸领土”都行使。该法院从上述情况中得出结论,柔佛苏丹国的领土范围大体上涵盖新加坡海峡上的所有大小岛屿,其

中包括白礁岛。法院裁决,柔佛苏丹国拥有这些岛屿主权的事实从来没有受到该地区任何其他国家的反对,在所有情况下,均被视为满足“持续、和平地行使领土主权”的条件。因此,法院得出结论,柔佛苏丹国拥有对白礁岛的原始所有权(original title),即该岛主权属新加坡。^[29]

根据1962年联合国报告,结合前述“英国与挪威渔业案”国际法院判决,我们不难看出:

首先,岛礁主权确立的法律根据为“原始所有权”(original title)。按照上述四个案件国际法院判决标准看,以“原始所有权”确认国家对岛礁主权,原则上是依据“法律上已占有”和“有效控制”,其理论根据为“时际法”。但是,对于无人居住岛礁而言,可以采取“相邻国家无任何异议”作为确认主权的依据。

其次,历史性权利适用对象的相对确定性。根据1962年联合国报告和“英国与挪威渔业案”,历史性权利行使对象为“历史性水域”(包括历史性海湾)。

最后,历史性权利内容和行使边界的弹力性。尽管1962年联合国报告和国际法院关于“英国与挪威渔业案”判决确立了以历史性权利确认历史性海湾或历史性水域的主权权利,但是随着时代变迁,历史性权利内容和行使边界具有嬗变特征。De Visscher法官将“英国与挪威渔业案”确立的历史性权利规则,发展成为“历史性巩固理论”(Historic Consolidation of Title),并将历史性权利的适用对象覆盖到陆地,并开始考虑长期利用的结果,而不是有效行使主权的本身,这已经与传统的历史性权利大相径庭了。^[30]而英国自己也没有继续固守对历史性权利的传统理解,而是在与冰岛、丹麦等国的渔业谈判中主张其在这些国家专属渔业区内的历史性渔业权利。^[31]

我国政府在2009年5月7日的照会里附有一份标有南海U形线的地图,可是没有对地图做出更多的解释或说明。该照会指出:“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。”很显然,与此前相比,中国对南海的立场和主张增加了“对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权”的表述。^[32]这是在现代海洋法律制度的架构内,中国在“其他海域”应主要基于重大历史利益主张历史性权利。^[33]2016年我国政府发布的声明第一次将我国在内海的主权、权利进行了细化——中国在南海的领土主权和海洋权益,具体包括:(1)中国对南海诸岛,包括东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛拥有主权;(2)中国对南海诸岛拥有内水、领海和毗连区;(3)中国对南海诸岛拥有专属经济区和大陆架;(4)中国在南海拥有历史性权利。该声明将领土主权、领土范围作出了非常明确的界定,并确立了专属经济区和大陆架范围。

而“中国在南海拥有历史性权利”内容和范围是什么?该声明同样没有说明。结合2009年我国政府照会,本文以为:

第一,该“历史性权利”行使范围应当是南海海域。我国在南海海域的历史性权利,应当是指“历史性捕鱼权”以及其他历史性权利。《联合国海洋法公约》

第 61 条对于在专属经济区内生物资源养护进行了较详细规定,这些规定赋予专属经济区以外的国家的渔民以一定的捕鱼权。历史性捕鱼权是伴随着沿海国扩大专属捕鱼范围而产生的法律问题,它始终是制约沿海国扩大渔业管辖权的因素,并且最终成为专属渔区和专属经济区的法律制度的一部分。虽然在获得专属经济区生物资源可捕量的剩余部分方面,历史性捕鱼权只是沿海国应予以考虑的因素之一,不再承认为基于法律的权利,但它却是影响专属经济区划界及选择用单一边界线划分专属经济区和大陆架的一个因素。^[34]我国近代教育家张謇认为:“渔业者,海线之标识也”。该主张实为“渔权即海权”。^[35]

第二,该“历史性权利”是我国在南海权益的“兜底”权利。众所周知,菲律宾、越南、马来西亚、印度尼西亚、文莱等国,从 20 世纪 60 年代开始通过国内立法宣告对九段线内部分岛礁、海域的权利。我国自 20 世纪 70 年代初西沙保卫战后,始终秉承和平共处五项原则;邓小平早在 1978 年访问日本时就设想:“有些国际上的领土争端,可以先不谈主权,先进行共同开发。”这就是我国后来实行的“搁置争议,共同开发”原则思想基础。^[36]而这些国家通过其国内法纷纷宣布南海的专属经济区、大陆架等主张,严重侵害了我国的南海权益。因而我国通过“历史性权利”声明能够有弹性地主张南海海域权益。

第三,该“历史性权利”内涵与外延无需通过制度模式予以界定。耶林认为,所谓利益,乃指人的主张、需求和预期。它们乃是法律秩序试图保障或力图满足的目的。权利,乃是法律秩序据以保障或满足各种利益的一种手段。^[37]根据科斯定理,“在交易费用为零和对产权充分界定并加以实施的条件下,外部性因素不会引起资源的不当配置。因为在此场合,当事人将受一种市场里的驱使去就互惠互利的交易进行谈判,也就是说,是外部性因素内部化。”^[38]对于合法权利或利益的初始界定和降低经济组织形式的选择成本,并厘清各方产权、解决权利冲突的最有效路径就是完善的制度安排。但是,“历史性权利”概念的弹性内涵与外延虽然加大了交易(或谈判)成本,却有利于各国为各自利益最大化的谈判。

三、“历史性权利”争议救济途径

(一)“历史性权利”行使争议的缘起

南海沿岸国有关南海资源环境利用与保护立法存在差异,并且我国渔民、渔船利益在南海频遭菲律宾等国侵扰,受损严重;同时南海海底油气资源开发权利行使亦频频受阻;而南海周边 5 国肆意开采我国南海海底资源等。这些情形中有些可以归属于“历史性权利”争议,当然海洋环境保护与资源开发利用争议则不属于“历史性权利”争议。

然而,海洋环境保护与资源开发利用同“历史性权利”(主要是历史性捕鱼权)一样均可影响我国国家利益。以开发南海油气资源最为积极的越南为例,其资源环境部部长阮明说:“在可持续发展趋势中,我们要平衡社会经济发展与

保护环境。国家在实现海洋海岛可持续管理和开发目标中采取了具体行动。为了实现这项目标,我们要继续完善法律政策,有效进行海洋海岛资源管理与环境保护。巩固健全从中央到地方的海洋海岛管理机构。集中发展海洋海岛管理工作所需的高素质人力资源,发挥国内潜力,争取国际社会的帮助,有效管理国家海洋海岛”。^[39]事实上,“越南已签署了生物多样性公约、遗产公约、拉姆萨尔公约等关于海洋环保的国际法,但至今尚未制定海洋环保法,仅有政府关于海洋资源环境综合管理的议定,因此海洋资源保护措施的展开工作仍然受限制。”^[40]从这些讲话中可以知道,越南在海洋资源环境保护立法中是滞后的。

2012年6月21日通过的《越南海洋法》(Law on Vietnamese Sea,2013年1月1日实施)弥补了越南在海洋资源环境保护立法滞后现象。^[41]该法第35条资源和海洋环境保全、保护,是目前能够检索得到的越南海洋环境保护的专门法律规定。该条共有5款:(1)在越南海洋活动的船舶、组织、个人必须遵守有关资源和海洋环境保全、保护的越南法律和国际法。(2)一旦各种商品、设备运输、装卸中导致资源、人类生命和海洋环境污染,则船舶、组织、个人必须使用设备和特殊措施按照规定去防止和减轻对人类、资源和海洋环境可能造成的损害。(3)不允许船舶、组织、个人在越南海洋排放、沉淀或填埋各类工业废物、核废物或其他有害物。(4)在越南海洋、港口、海港或庇护港违反有关资源、海洋环境的越南法律及相关国际公约的船舶、组织、个人,应当根据越南法律和越南参加的国际公约规定承担责任;一旦发生损害,则其必须依法承担环境清洁、补救和赔偿的责任。(5)在越南海洋从事活动的组织、个人有义务交付越南法律和越南参加的国际公约所规定的保护海洋环境的税费。而菲律宾、马来西亚、文莱、印度尼西亚等国有关海洋资源环境保护方面的立法更为欠缺。

鉴于南海6国有关南海资源环境利用与保护立法的差异性,我国渔民、渔船利益受损、南海海底油气资源开发权利行使受阻等争端无法寻求国内法保护,只能通过国际仲裁解决。

(二)《联合国海洋法公约》第287条特别仲裁程序参加国^[42]

虽然我国于2006年8月25日,向联合国秘书长提交书面声明,对于《公约》第298条第1款(a)(b)和(c)项所述的任何争端(即涉及海洋划界、领土争端、军事活动等争端),不接受《公约》第15部分第2节规定的任何国际司法或仲裁管辖。但是,我国未就公约第287条的适用作出排除声明,因而第287条所列特别仲裁程序对我国是有效的。对此,Robert Beckman教授也持此观点。有些国家在对第298条提出排除声明的同时,也对第287条所列的四种解决争端程序进行了选择性排除。对于资源环境保护争端案件适用第287条规定的国家有:白俄罗斯(接受附件8渔业、保持和维护海洋环境、海洋科研与航行)、智利(来自船舶污染与倾废)、厄瓜多尔(对第298条排除争端中包括在其海域内的额外生物资源的利用、厄瓜多尔人捕鱼活动自由裁量权的有效建议)、匈牙利(适用第287条附件8所列各类争端)、墨西哥、葡萄牙、俄罗斯(海洋环境保护、科研

及航行、船舶污染与倾废)、乌克兰(渔业、海洋环境保护、科研与航行,包括船舶污染与倾废)。从该统计数字可以看出,要从程序上排除国际司法或仲裁程序管辖,应深入研究第287条,而第298条只是对争端案件类型进行排除。

(三)《联合国海洋法公约》附件8特别仲裁程序特点

1. 案件范围的特殊性。附件8第1条指出:“关于本公约中有关(1)渔业,(2)保护和保全海洋环境,(3)海洋科学研究和(4)航行、包括来自船只和倾倒造成的污染的条文在解释或适用上的争端,争端任何一方可向争端他方发出书面通知,将该争端提交本附件所规定的特别仲裁程序。通知应附有一份关于其权利主张及该权利主张所依据的的理由的说明。”也就是说,只有该四大类案件才能适用特别仲裁程序,而附件7仲裁程序适用的案件范围更加宽泛,凡是有关公约的解释或适用的任何争端均可提交附件7仲裁程序解决,除了附件8所列上述四大类案件以外。

2. 仲裁员身份的特殊性。仲裁员只能来自于专家名单,根据海洋法公约附件8第2条第1、2款规定,专家名单中的专家应系在渔业、海洋环境保护与保全、海洋科学研究、航行(包括来自船舶和倾倒造成的污染)领域的专家,并且这些专家的来源或推荐应当是根据公约附件8第2条第3款规定:“每个缔约国应有权在每一方面提名2名公认在法律、科学或技术上确有专长并享有公平和正直的最高声誉的专家。”专家名单编制应为:渔业方面专家名单由联合国粮农组织编制,海洋环境保护、保全方面专家名单由联合国规划署编制,海洋科研方面专家名单由政府间海洋学委员会编制,航行方面(包括船舶和倾倒造成的污染)专家名单由国际海事组织编制。该名单应具有持续性。

3. 特别仲裁庭组成的特殊性。特别仲裁庭与附件7规定的仲裁庭组成人数相同——5人,但是附件8第3条规定,提起程序的一方应指派仲裁员2人,最好从专家名单中指派,其中一人可为其本国国民。这种指派应附加在提起特别程序的通知中;争端各方应以协议指派特别仲裁法庭庭长,如果在收到特别仲裁通知之日起30天内,争端各方未能就指派庭长达成协议,则经争端一方请求,应由联合国秘书长作出指派,指派庭长应从专家名单中与争端各方和有关国际组织协商作出;被指派的仲裁员应属不同国籍,且不得为争端任何一方的工作人员,或为其领土内的通常居民或其国民。^[43]

4. 事实认定的特殊性。附件8第5条为事实认定,第1款规定:“有关本公约中关于(1)渔业,(2)保护和保全海洋环境,(3)海洋科学研究或,(4)航行,包括来自船只和倾倒造成的污染的各项规定在解释或适用上的争端各方,可随时协议请求按照本附件第3条组成的特别仲裁法庭进行调查,以确定引起这一争端的事实。”该款赋予了特别仲裁庭对涉案事实进行调查的权力,通过特别仲裁庭对案件争端事实进行调查,以便以确定的证据解决争端。之所以赋予特别仲裁庭以调查、认定事实的权力,是由于鱼类的游动性、污染物的流动性特点,决定了涉及渔业、海洋环境保护等案件在审理中的证据取得与认定的难度。通过特

别仲裁庭的调查、取证对于当事国责任认定具有重大意义。并且,公约附件 8 第 5 条第 2 款对特别仲裁庭事实认定的效力予以了认可,该款明确规定:“除非争端各方另有协议,按照第 1 款行事的特别仲裁法庭对事实的认定,在争端各方之间,应视为有确定性。”而附件 7 没有赋予仲裁庭采用调查方法对事实认定的权力。

当然,《公约》附件 8 特别仲裁程序与附件 7 相同的规则是仲裁程序与裁决效力要求,附件 8 第 4 条一般规定:“附件 7 第 4 至第 13 条比照适用于按照本附件的特别仲裁程序。”应当特别指出的是,适用附件 8 特别仲裁程序仲裁庭所作出的裁决与附件 7 仲裁程序中的仲裁庭作出的裁决效力是等同的——除争端各方事前议定某种上诉程序外,裁决应有确定性,不得上诉,争端各方均应遵守裁决。^[44]

综上,历史性权利内涵与外延弹性及其使用功能的拓展,为我国主张南海海域权益奠定了理论基础和制度基础;同时,我们可以利用历史性捕鱼权利以及《联合国海洋法公约》赋予的海洋环境资源养护权,通过特别救济途径来防范南海海域“公地悲剧”现象发生。

注释:

[1] 中华人民共和国政府关于在南海的领土主权和海洋权益的声明, <http://world.huanqiu.com/article/2016-07/9162804.html>。

[2][3][9] 赵建文:《联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利》,《法学研究》2003 年第 2 期。

[4][6][7] Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-appraisal*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, pp. 1, 113-115, 46-47.

[5] Fisheries Case (United Kingdom v Norway), [1951] ICJ Reports 116, at 174. This definition was recently cited by the ICJ in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening) (Judgment) [1992] ICJ Reports 351, pp. 588-589.

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

[10] 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.

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

[12] 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,第 468 页。

[13][24] Robert Beckman, The UNCLOS Dispute Settlement System and the South China Sea, http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2011/12/Beckman_MIMA_SCS_Conference_12-13_Dec_2011_draft_10_Decl.pdf.

[14] United Nations, Reports of international arbitral awards (Vol. XI), http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/167-226.Pdf.

[15][16] see I. C. J. Report 1951, pp. 130, 139.

[17] see I. C. J. Report 1982, p. 679.

[18] Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-appraisal*, Leiden/Boston:

Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

[19][20]联合国 2005 年出版物:《国际法院判决书、咨询意见和命令摘要(1997-2002)》,卡塔尔和巴林之间海洋划界和领土问题案(卡塔尔诉巴林)2001 年 3 月 16 日判决,第 182、190 页。

[21]Article 14, See The provisions of this Act shall not affect the historical rights of the People's Republic of China, http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/chn_1998_eez_act.pdf. 注意,此条款“历史性权利”英文为 historical rights,与 Symmons 教授、Robert Beckman 教授所用“historic right”一词不同。根据《新英汉词典》解释, historic: 历史上有名的,历史的; historical: 历史的,根据历史发展的。因此,本文以为,从一国在某一海域开始行使权利起至今仍在行使角度讲,两个词具有同一含义,即均强调权利行使或取得的历史起源于发展。

[22]宋承恩:《中国在南海的水域主张——兼论历史性论据的角色》, <http://esil.org.tw/home/wp-content/uploads/2012/11/B2.pdf>。

[23]该法第 2 条规定,“中华民国”主权及于领海、领海之上空、海床及其底土。《领海及邻接区法》, http://law.lawtime.cn/d474986480080_1_p3.html。

[25][26][27][28]Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat, Document: - A/CN.4/143, pp. 6, 6, 7, 13 - 20, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_143.pdf&lang=EFS。

[29]联合国 2014 年出版物:《国际法院判决、咨询意见和命令摘要 2008-2012 年》,白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案(马来西亚/新加坡)2008 年 5 月 23 日的判决,第 3-7 页。

[30]徐栋:《英挪渔业案中的历史性权利研究及对中国实践的启示》,《中国海商法研究》2013 年第 1 期。

[31]BLUM Y. Z., *Historic Titles in International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1965, pp. 319 - 320.

[32][33]黄伟:《论中国在南海 U 形线内“其他海域”的历史性权利》,《中国海洋大学学报(社会科学版)》2011 年第 3 期。

[34]王军敏:《历史性捕鱼权在专属经济区划界中的地位和作用》,《湖北行政学院学报》2009 年第 4 期。

[35]黄硕琳:《渔权即是海权》,《中国法学》2012 年第 6 期。

[36]《邓小平文选》第 3 卷,北京:人民出版社,1993 年,第 49 页。

[37][美]罗斯科·庞德:《法理学》第一卷,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004 年,第 135 - 136 页。

[38]《什么是科斯定理?》, <http://wiki.mbalib.com/wiki>。

[39]《越南可持续发展海洋经济》, <http://vovworld.vn/zh-cn/越南经济/越南可持续发展海洋经济/161420.vov>。

[40]《加强海洋资源与环境保护》, http://www.cpv.org.vn/cpv/Modules/News_China/News_Detail_C.aspx?co_id=7338679&cn_id=463133。

[41]Law on Vietnamese Sea, <http://luatkaiphong.com/Van-ban-Tieng-Anh/Law-No.-18/2012/QH13-dated-June-21-2012-6856.html>。

[42]据联合国统计,截止 2013 年 4 月 10 日,共有 56 个国家对海洋法公约第 287 条、第 298 条进行了排除适用,其中 48 个国家对第 287 条进行了选择性排除,中国(2006 年 8 月 25 日),赤道几内亚(2002 年 2 月 2 日),法国,加蓬(2009 年 1 月 23 日),冰岛,帕劳(2006 年 4 月 27 日),韩国(2006 年 4 月 18 日),泰国 8 国未对第 287 条提出排除;坦桑尼亚、东帝汶、瑞士、瑞典、圣文森特和格林纳丁斯(2010 年 11 月 22 日),阿曼、荷兰、马达加斯加(2012 年 12 月 20 日)、立陶宛、拉脱维亚(2005 年 8 月 31 日)、匈牙利、洪都拉斯(2002 年 7 月 18 日)、希腊、德国、芬兰、斐济、爱沙尼亚、埃及、克罗地亚(1999 年 11 月 4 日)、比利时、奥地利、阿尔及利亚,未对第 298 条作出排除适用;对第 298 条第 1 款(a)(b)(c)三种情形排除适用的国家有:阿根廷(于 2012 年 10 月 26 日递交声明撤销 1995 年 10 月 18 日递交的排除从事军事活动的政府

船舶及从事非商业活动的飞行器的声明)、加拿大、智利、中国、法国、尼加拉瓜、葡萄牙、韩国、俄罗斯、泰国、突尼斯。Settlement of disputes mechanism, http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm。

[43]《联合国海洋法公约》附件7第3条(d)规定,另三名仲裁员应由当事各方间以协议指派。他们最好从名单中选派,并应为第三国国民,除非各方另有协议。争端各方应从这三名仲裁员中选派一人为仲裁法庭庭长。除非争端各方协议将本条(c)和(d)项规定的任何指派交由争端各方选定的某一人士或第三国作出,应由国际海洋法法庭庭长作出必要的指派。

[44]《联合国海洋法公约》附件7第4至第13条规定,第4条仲裁法庭职务的执行,依据本附件第3条组成的仲裁法庭,应依照本附件及本公约的其他规定执行职务。第5条程序,除非争端各方另有协议,仲裁法庭应确定其自己的程序,保证争端每一方有陈述意见和提出其主张的充分机会。第6条争端各方的职责,争端各方应便利仲裁法庭的工作,特别应按照其本国法律并用一切可用的方法:(a)向法庭提供一切有关文件、便利和情报;并(b)使法庭在必要时能够传唤证人或专家和收受其证据,并视察同案件有关的地点。第7条开支,除非仲裁法庭因案情特殊而另有决定,法庭的开支,包括仲裁员的报酬,应由争端各方平均分担。第8条作出裁决所需要的多数,仲裁法庭的裁决应以仲裁员的过半数票作出。不到半数的仲裁员缺席或弃权,应不妨碍法庭作出裁决,如果票数相等,庭长应投决定票。第9条不到案,如争端一方不出庭或对案件不进行辩护,他方可请示仲裁法庭继续进行程序并作出裁决。争端一方缺席或不对案件进行辩护,应不妨碍程序的进行。仲裁法庭在作出裁决前,必须不但查明对该争端确有管辖权,而且查明所提要求在事实上和法庭上均确有根据。第10条裁决书,仲裁法庭的裁决书应以争端的主题事项为限,并应叙明其所根据的理由。裁决书应载明参与作出裁决的仲裁员姓名以及作出裁决的日期。任何仲裁员均可在裁决书上附加个别意见或不同意见。第11条裁决的确定性,除争端各方事前议定某种上诉程序外,裁决应有确定性,不得上诉,争端各方均应遵守裁决。第12条裁决的解释或执行,1.争端各方之间对裁决的解释或执行方式的任何争议,可由任何一方提请作出该裁决的仲裁法庭决定。为此目的,法庭的任何出缺,应按原来指派仲裁员的方法补缺。2.任何这种争执,可由争端所有各方协议,提交第二八七条所规定的另一法院或法庭。第13条对缔约国以外的实体的适用,本附件应比照适用于涉及缔约国以外的实体的任何争端。

[责任编辑:马立钊]