

## “历史性权利”的文本解读及实践考察<sup>〔\*〕</sup>

○ 高志宏

(南京航空航天大学 人文与社会科学学院, 江苏 南京 211106)

〔摘要〕《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》等国际法文件,并没有直接明确规定历史性权利,但通过“历史性所有权”“历史性海湾”“历史性水域”等相关概念肯定了历史性权利的存在。在诸多国际国内司法实践中,历史性权利体现的非常直接、明确和具体。虽然历史性权利的文本规定与司法实践在形式上有所差别,但二者的精神实质契合一致。历史性权利属于国家主权范畴,是“历史性的”权利,是一种正当的合法权利,其适用范围不限于海洋争端。历史性权利具备通例和法律确信两个核心要素,因而应当定位为国际习惯法。历史性权利的构成要件主要包括三个方面,即一国对涉案水域行使了管辖权,一国对涉案水域行使管辖权是公开的、明确的、连续的、长期的,其他国家尤其是相关国家对该国这种管辖行为进行了容忍。

〔关键词〕历史性权利;《联合国海洋法公约》;《领海与毗连区公约》;国际习惯法;南海争端

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2018.12.013

### 一、引言

2017年8月6日,在菲律宾召开的中国—东盟(10+1)外长会上,正式通过了《南海行为准则》框架文件(COC),为未来“准则”的实质性磋商以及最终解决

---

作者简介:高志宏,法学博士,南京航空航天大学人文与社会科学学院副院长、教授,研究方向:航空法、经济法。

〔\*〕本文系2016年度教育部规划基金项目“历史性权利的当代张力与南海争端的化解路径”(编号:16YJA82005)、江苏高校哲学社会科学研究重点项目“公共利益的法律文本解读与司法考量研究”(编号:2018SJD1038)的阶段性研究成果。

南海争端奠定了良好基础。南海问题不仅是一个历史问题,更是一个现实问题。南海争端的解决涉及到国家之间力量的博弈,也关系到国家海洋法治,法理论证是维护我国南海权益的一项必要的基础性工作。我国对南海权益主张的基础,既不是大陆架制度,也不是专属经济区制度,而是根据“历史性权利”享有九段线(南海 U 形线)内水域的国家领土主权。

然而,遗憾的是,菲律宾、越南等多数南海周边国家认为以南海 U 形线为界划分南海海域有悖于《联合国海洋法公约》的规定及精神,侵犯了其享有的所谓的专属经济区或大陆架等海洋权益,当然也否认我国对南海享有历史性权利。究其根源,一个重要的原因在于,“历史性权利”这一法律概念,自 20 世纪初被提出后,无论是学界理论研究成果还是国际国内立法条文,对其界定都不甚清楚,甚至存在一定的认识混乱。

基于此,本文从“历史性权利”的法律本源出发,探寻其在《联合国海洋法公约》等国际法中的具体规定,解读法律文本中的历史性权利,考察其在相关国际法实践中的司法运用,试图梳理“历史性权利”既有理论学说,评析“历史性权利”国际立法现状,考察“历史性权利”的司法案例实践,从而消弭“历史性权利”认识方面的种种误区,为维护我国南海权益提供理论支撑和智力支持。

## 二、《领海与毗连区公约》对历史性权利的首认

虽然,通说认为,历史性权利相关概念最早出现在 1957 年联合国秘书处发表的题为《历史性海湾》文件中,<sup>[1]</sup>并且该文件还具有一定的指导意义,但该文件毕竟不是正式法律文件,不具有强制约束力。因此,从立法渊源来看,“历史性权利”应当追溯至 1958 年召开的第一次联合国海洋法会议通过的《领海与毗连区公约》。

作为一部关于领海及毗连区法律制度的专门性国际公约,《领海与毗连区公约》规定了领海总则、领海界限、无害通过权、毗连区等问题。其中,在领海界限部分,第 4 条在第 3 条测算领海宽度的正常基线法基础上确立了直线基线法;第 7 条第 1 款至第 5 款详细界定了海湾的范围、内涵、界定、测算等具体问题,但第 6 款则规定:“上述规定应不适用于所谓‘历史性’海湾,并不适用于采用第 4 条所规定的直线基线办法的任何情形”;第 12 条进一步规定:“如果两国海岸彼此相向或相邻,两国中任何一国不能达成相反协议的情况下,均无权将其领海延伸至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。但如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与本款规定不同的方法划定两国领海的界限,本款的规定不应适用。”

分析上述条文内容可以得出两点结论:其一,《领海与毗连区公约》这一国际法律文件首次将“历史性海湾”和“历史性所有权”纳入现代海洋法案文之中;其二,《领海与毗连区公约》并没有直接使用“历史性权利”这一概念。因此,如何理解“历史性权利”与“历史性海湾”和“历史性所有权”之间的关系,是相关

国家发生争议的原因之一,也是学界首先需要解决的问题。一般法理认为,权利是属概念,所有权是种概念,前者的范围远远大于后者;国际法中的所有权往往指主权,海湾也仅仅是水域的一部分或一种类型。所以,《领海与毗连区公约》中所规定的“历史性所有权”在本质上属于国家主权范畴,亦是“历史性权利”的核心;反过来,“历史性权利”则为“历史性水域”和“历史性海湾”提供了理论基础和权利依据。进而,我们可以说,《领海与毗连区公约》通过间接方式即确认“历史性所有权”和“历史性海湾”之方式肯定了“历史性权利”,这一立法精神和立法内容直接影响了1962年联合国秘书处发表的《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》以及1982年联合国海洋法会议制定的《联合国海洋法公约》。

### 三、《联合国海洋法公约》对历史性权利的肯定

作为联合国迄今为止召开的规模最大、时间最长的立法会议的结晶,《联合国海洋法公约》在联合国第三次海洋法会议上获得通过。该会议于1982年12月10日在牙买加蒙特哥湾召开,该公约不仅完善了领海宽度制度、大陆架边缘制度等传统海洋法制度,而且界定了内水、领海、公海、毗邻区、大陆架以及专属经济区等重要海洋法概念,同时还建立了群岛水域制度、国际海底制度、海洋环境保护与安全制度等新型海洋法制度。《联合国海洋法公约》是国际各种力量斗争和妥协的产物,因而难免存在一定的不足和缺陷,但整体而言,其仍然可以称为迄今最综合、最全面的海洋国际公约,对于处理海洋争端发挥着极其重要的法律依据作用。

在历史性权利方面,联合国第三次海洋法会议的重要意义体现在两个方面:一是为了讨论历史性水域问题,专门成立了工作组,并将历史性权利作为重要的会议议题之一;二是该会议制定的具有海洋法宪章地位的《联合国海洋法公约》在第15条和第298条第1款(a)项规定了“historic title”。当然,学者对于“historic title”的含义乃至翻译有不同的看法,有学者将其翻译为“历史性所有权”,<sup>[2]</sup>有学者将其翻译为“历史性权利”。<sup>[3]</sup>

笔者认为,语言本身具有抽象性、复杂性和差异性,而语言的翻译更是一项多层次、复合性、创造性的思维活动,涉及到信息在不同语种之间的传递,应当坚持“忠实与通顺”的基本翻译准则。从语义规范角度看,正如前文所及,历史性权利是属概念,历史性所有权是种概念,其范围要远远小于历史性权利的范围,因而,将“historic title”翻译为“历史性权利”更为恰当。从立法目的角度看,《联合国海洋法公约》第15条和第298条第1款(a)项内容的立法目的在于解决国家之间领海界限的划定和可能由此导致的海域争端,据此,将“historic title”翻译为“历史性所有权”似乎比较恰当。<sup>[4]</sup>从基本法理角度看,主权属于公法范畴,所有权属于私法范畴,因此,将“historic title”翻译为“历史性主权”也更为贴切。可见,《联合国海洋法公约》中的“historic title”可以有多种译法,如果翻译为“历史性权利”,那么,其本质上属于历史性主权,其核心要义也是历史性所有权。

对于历史性权利在《联合国海洋法公约》中的地位,有学者持肯定观点,认为该公约明确规定了历史性权利的具体内容和类型即“历史性海湾”“历史性所有权”,因而实质上承认了历史性权利概念,也确认了历史性权利制度,<sup>[5]</sup>进而可以认为历史性权利具有国际法的合法性。<sup>[6]</sup>有学者则持否定观点,认为该公约虽然提及了“historic title”,然而,公约作为国际法最重要的表现形式,应当具有法律规范的严谨性,而《联合国海洋法公约》并未直接规定“历史性权利”这一概念,或者说并未全部将历史性权利全盘纳入其中。<sup>[7]</sup>我们认为,肯定论者是从本质主义出发,从个别条款推论出一般规定;否定论者是从文本主义出发,认为个别不能推论出一般。无论将“historic title”作何翻译,历史性权利涵盖历史性所有权、历史性水域、历史性海湾已成共识,因此,至少可以说,具有法律属性的《联合国海洋法公约》在立法内容上体现了历史性权利,在立法精神上肯定了历史性权利。

《联合国海洋法公约》是新旧海洋规则博弈的结果,是利益平衡之法,体现了既保护沿海国利益又尊重他国既得权利的基本原则。国际法理论告诉我们,整体解释原则是解释条约法应当遵守的首要原则。所谓整体解释原则,是指要从条约缔结的立法背景、立法目的、立法宗旨、立法原则、立法框架、立法内容等多个方面理解立法条文的准确含义。整体解释原则应用到历史性权利方面,要求不仅要分析《联合国海洋法公约》具体条文的含义,而且还要分析该公约的准备文件、补充材料和相关附件。根据整体解释原则,不难得出该公约承认和肯定了历史性权利的地位和作用这一结论。详言之,从《联合国海洋法公约》的补充材料看,《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》作为国际法委员会为制定该公约起草的主要文件,肯定了历史性权利的法律地位和重要价值。<sup>[8]</sup>从《联合国海洋法公约》的相关附件看,《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994年)作为该公约的重要附件,也对历史性权利给予了充分肯定和尊重。因此,我国台湾学者魏静芬的观点值得赞同,即虽然国际法委员会以及其他海洋法会议都未能继续研究和处理历史性权利问题,但《联合国海洋法公约》对历史性权利理论的发展发挥着决定性影响。<sup>[9]</sup>

退一步讲,即使《联合国海洋法公约》没有明确直接规定“历史性权利”这一概念,但也并没有否定这一概念,相反,该公约通过“既得权利”“历史性海湾”“历史性水域”等相关概念承认和肯定了“历史性权利”。实际上,从立法的延续性角度看,《联合国海洋法公约》作为《领海与毗连区公约》的发展,其基本继承了后者在历史性权利问题上的基本态度和基本精神,肯定历史性权利所具有的特殊性、合理性和合法性,继续赋予历史性权利以“例外条款”地位,进而使历史性权利成为该公约下解决特殊问题的一个备用选择,从而发挥其在确定海洋权利区域范围、划定海洋界限等方面的重要作用。

#### 四、历史性权利相关典型案例梳理

如果说,历史性权利的国际立法表述比较模糊、笼统和晦涩,那么,历史性权

利在司法实践活动中则体现得非常明确、具体和丰富。历史性权利的这些司法实践既体现在国际司法判例中,也体现在国内司法活动中;既有与历史性权利直接相关的,也有与历史性权利间接相关的。

与历史性权利直接相关的典型案例,包括早至 1949 年的英挪渔业案,晚至 2008 年的新加坡—马来西亚岛礁案(见表 1)。这些案例通过司法审判的方式直接肯定了历史性权利,并对历史性权利的构成要件、法律地位作出了说明,对历史性权利制度的产生和发展具有决定性意义。

表 1 与“历史性权利”直接相关的国际司法案例

时间	案件名称	案件背景	处理结果	意义
1949 年	英挪渔业案	英国长期在挪威海岸外海域捕鱼,自 17 世纪以来,两国为此经常发生争执摩擦且多次谈判未果,英国遂向国际法院提起诉讼	1951 年 12 月 18 日,国际法院作出判决,依据大量事实证明挪威在该海域享有历史性的权利,将争端海域判给了挪威 <sup>[10]</sup>	该案具有极其重要的意义,国际法院明确肯定了历史性权利的法律地位,首创了历史性权利的国际法原则,解释了历史性权利的构成要件
1977 年	突尼斯—利比亚大陆架案	突尼斯和利比亚作为地中海南岸两个相邻国家,因确定两国大陆架界限争端,通过签订特别协定方式向国际法院寻求解决	1982 年 2 月 24 日,国际法院作出判决,对相关原则和基本概念进行了阐释,两国根据该判决签订了大陆架边界协议	该案是国际上影响巨大的大陆架划界案。国际法院在本案中涉及历史性所有权或历史性水域与自然延伸原则关系的观点都很有参考价值
1992 年	萨尔瓦多—洪都拉斯 Fonseca 湾案	萨尔瓦多和洪都拉斯自 1854 年起就因为 Fonseca 岛屿主权问题发生争端,随后发生了“足球战争”,也通过签订协议解决了大部分边界问题。对于未能解决的六段边界,双方于 1986 年 5 月 24 日签订特别协议提交国际法院解决	1987 年 5 月 8 日,国际法院组成分庭,并允许尼加拉瓜作为第三国参加诉讼。法庭对该案相关的法律程序、法律适用、法律原则等问题进行了充分解释说明,最终认定该海湾属于历史性海湾,涉讼的三个国家对湾内的历史性水域共同享有主权,同时还判决其他国家享有海湾无害通过权 <sup>[11]</sup>	该案判决被称为具有里程碑意义的国际法院判决:其一,该案首次允许相关第三国参加海洋争端诉讼;其二,该案进一步丰富了历史性权利的构成要件;其三,该案对于解决国际海洋争端影响深远 <sup>[12]</sup>

时间	案件名称	案件背景	处理结果	意义
1998年	厄立特里亚—也门红海划界案	厄立特里亚与也门对于红海中南部的岛屿归属和海域划界发生争议和冲突,对国际航运构成严重威胁,两国于1996年10月3日达成仲裁协议,将争端提交仲裁法庭解决	该案由两国指定的仲裁庭处理,仲裁庭分两个阶段进行了审理,对所有的历史、事实和法律进行分析后,针对各争议岛屿分别采用了逐个或逐群确定其归属的做法裁决了领土主权问题 <sup>[13]</sup>	该案关于海域划界的裁决是运用现代海洋法关于海域划界的原则、规则的一个典型案例。法庭根据历史性文件和档案资料,确立了“关键日期”规则,历史性权利在案件裁判中受到了高度重视
2002年	喀麦隆—尼日利亚陆地和海洋边界案	作为德、英、法三国的殖民地,喀麦隆和尼日利亚在二战后获得独立,但关于边界发生争端,喀麦隆于1994年3月29日向国际法院提起诉讼	赤道几内亚于1999年6月30日申请参加诉讼,国际法院对此予以同意,并于1998年6月11日作出判决,解决了两国关于乍得湖地区的边界、乍得湖到巴卡西半岛地带的边界、巴卡西半岛的主权归属、海上边界等争端问题 <sup>[14]</sup>	该案中,尼日利亚强调其在争讼地区享有历史性权利,然而这一主张最终没有得到国际法院的支持。该案的裁决结果说明,对历史性权利的解释和承认,法院的态度和适用条件日益严格
2008年	新加坡—马来西亚关于白礁岛及其附近岛礁主权归属案	新加坡和马来西亚为了解决白礁岛及其附近中岩礁和南礁的主权纠纷,于2003年2月6日签署特别协定,同意交由国际法院裁决	2008年5月23日,国际法院作出裁决:白礁岛归新加坡所有,而中岩礁及南礁则归马来西亚所有。理由是:马来西亚历史上虽曾拥有对白礁岛的原始所有权,但后来新加坡对其采取了长期而持续的主权管辖治理,且马来西亚未提出反对	该案的重要意义在于:一方面阐释了历史性权利的法理基础,把时际法与历史性权利都视为习惯国际法的范畴;另一方面,发展了历史性权利的构成要件,体现了对历史性权利的承认和尊重

与历史性权利间接相关的典型案例,包括早至1909年英美北大西洋海岸渔业仲裁案,晚至2007年尼加拉瓜与洪都拉斯加勒比海领土和海洋争端案(见下页表2)。这些案例虽然没有直接对历史性权利作出界定,但是或者通过对历史

性海湾的确认,或者通过大陆架划界的解决,或者通过领土争端的化解,推动了历史性权利制度的发展。更为关键的是,这些司法实践表明,历史性权利的作用并不局限于解决海洋争端,也可拓展至解决其他领土主权纠纷。

表 2 与“历史性权利”间接相关的国际司法案例

时间	案件名称	案件背景	处理结果	意义
1909 年	英美北大西洋海岸渔业仲裁案	英美两国因为历史原因,对于北大西洋海岸的渔业权利发生纠纷,双方同意由海牙常设仲裁法院裁决	1910 年 9 月 7 日,仲裁法院就两国的海湾界定、海岸界定、管辖范围、渔业权利等问题作出裁定,肯定了历史性海湾的法律地位 <sup>[15]</sup>	由于该案发生的时间较早,在国际仲裁史意义非凡。仲裁庭通过对条约法的解释,发展了海湾制度 <sup>[16]</sup>
1928 年	美荷帕尔马斯岛仲裁案	1898 年美西战争后,帕尔马斯岛作为后者的殖民地割让给了前者,荷兰当时并没有表示反对。后美荷发生争议,1925 年双方签订协议提交仲裁法院解决	常设仲裁法院院长胡伯在该案中作为独任仲裁员,其开创性地将时际法概念引入国际法并将其作为基本法律原则,并于 1928 年 4 月 4 日作出裁决,以“领土主权是否继续存在而且在争端发生时仍然存在”为关键理由裁定“帕尔马斯岛完全构成荷兰领土的一部分”	本案被视为以和平手段解决领土争端的经典案例之一。其最大的贡献在于发展了时际法的相关概念,其许多观点至今仍具有重要参考价值,对解决今天的国际海洋纠纷仍具有借鉴意义
1967 年	北海大陆架案	联邦德国、荷兰与丹麦作为三个濒临北海的国家,在划定北海大陆架疆界时产生重大分歧。三国于 1967 年 2 月 2 日签订特别协定,提交国际法院解决	国际法院于 1969 年 2 月 20 日作出判决,就划定北海大陆架疆界应适用的国际法原则、采用的标准和考虑的因素进行了说明,认为不存在任何在所有情况下都是强制性的划界方法。根据国际法院提出的原则和规则,三国于 1971 年解决了大陆架边界纠纷	该案作为国际法院审理首个大陆架划界争端案,具有重要影响。判决在战后大陆架划界法的历史上首次较科学地、权威性地提出了符合一般大陆架地理地质状况、同时也符合大多数沿海国利益的按照自然延伸的原则与公平原则划界的主张

时间	案件名称	案件背景	处理结果	意义
1975年	英法大陆架仲裁案	英法两国为了划定在英吉利海峡和大西洋区域的大陆架边界,于1975年7月10日签订仲裁协定,组织仲裁法庭予以解决	由五名法学家组成的仲裁法庭在1977年6月30日作出裁决。提出在解决海峡群岛区域和大西洋区域划界问题时应把等距离原则和公平调整结合起来,应考虑特殊情况,不应把自然延伸原则绝对化 <sup>[17]</sup>	该案无论是对大陆架划界理论,还是对解决大陆架划界纠纷,都有重要贡献:其创造性地提出给予涉讼岛屿一半效力,并首次提出平衡两条假定线的划界方法
2007年	尼加拉瓜—洪都拉斯加勒比海领土和海洋争端案	尼加拉瓜因加勒比海及其海上边界与洪都拉斯多次发生争端,于1999年12月8日向国际法院提起诉讼	法院通过对关键日期的审查,对争议海域的岛屿和岩礁的主权归属以及海上划界作出了判决,确定了两国的单一海洋边界,涉讼海域中的四个小岛屿归洪方所有 <sup>[18]</sup>	该案是国际法院新近审理的领土和海洋争端案,洪方胜诉的关键在于:通过大量历史文献和法律事实证明其对这些岛屿进行了长期有效的管辖与治理的事实,并且始终没有受到尼方的明示反对

从国内法实践看,也不乏与历史性权利相关的实践案例。例如,1973年,加拿大单方宣布北极群岛水域属于其内水,这一权利主张遭到了部分相关国家的反对,而对此加拿大外交部解释到,加拿大享有北极群岛水域内水的相关权利,是基于“历史原因”,即使这一类似表述并未在任何条约或法律中出现过。<sup>[19]</sup>再例如,太平洋群岛国汤加是由三个群岛172个小岛组成,1973年,汤加政府单方面宣布享有172个小岛中的4个小岛之间的“历史性海域”的国家主权。再例如,1985年美国阿拉巴马州与密西西比州因州界发生争议,后法院运用历史性权利理论解决了该争端。值得说明的是,在该案中,法院明确地说明了历史性权利的三个构成要件:一个是沿海国对于涉案水域必须行使了管辖权;另一个是该管辖权的行使必须具有连续性;再一个该管辖行为必须得到了第三国的默认。<sup>[20]</sup>该案对历史性权利法律地位的认定及对历史性权利构成要件的解释,极大地丰富了历史性权利理论,对解决国际海洋争端也具有重要的参考价值。

上述丰富的历史性权利相关国际国内司法实践,一方面说明,历史性权利及其相关概念越来越多地出现在国际海洋争端中,其内涵逐渐丰富,其外延逐渐扩展,其法律地位也在不断强化。<sup>[21]</sup>另一方面也说明,历史性权利制度的产生、演变和成熟,经历了一个长期的过程,其是“一个漫长过程的产物,该过程包括一系列作为、不作为以及行为方式,并通过其积累的结果使这种权利得以产生和巩固,使之成为在国际法中有效的权利。”<sup>[22]</sup>也恰恰因为历史性权利的这一特质,



使其在解决海洋划界和领土争端中有着独特的价值。主权问题往往是个历史问题,而历史问题的解决往往要回归到历史本身,那么建立在历史文献和法律事实基础之上的历史性权利,成为决定案件走向的关键也就不足为奇了。

### 五、冲突与耦合:历史性权利制度评析

通过解读《领海与毗连区公约》及《联合国海洋法公约》等国际法中的历史性权利相关文本,以及考察国际国内中的历史性权利司法实践,很容易得出一个结论:相对而言,历史性权利的司法实践非常丰富,而法律规定则比较隐晦。如此一来,必然导致一个后果:历史性权利认识的混乱,这首先体现在对历史性权利的概念界定方面。

既然历史性权利没有在国际法文件中得到明确规定,有些学者试图采用概念比较的方法,从国际条约中类似概念的归纳、剥离和抽象出历史性权利的内涵和外延。譬如,有学者认为,历史性权利是在“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,历史性权利是解决国际领土争端的一项关键国际法原则。<sup>[23]</sup>而有些学者从一般的国际法原则中对其进行总结,进而把历史性权利视为某国基于对相关领土历史性的逐渐加强的主权管辖而取得的权利,即“历史性权利一词表示一个国家对其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。”<sup>[24]</sup>当然,也有学者采用内涵式定义方法,把历史性权利直接界定为一个国家由于特殊的历史背景在一些特定的海域而享有一些特定的权利。<sup>[25]</sup>

对于何谓“历史性海湾”、何谓“历史性水域”,《联合国海洋法公约》等国际法文件虽有所提及,但亦未对之进行解释;相反,在一些司法案例中,对这些概念有所涉及。譬如,在英挪渔业案中,国际法院认为,“历史性水域通常指作为内水加以对待的水域,但如果没有历史性所有权的存在,则该水域并不具有内水的性质。”<sup>[26]</sup>一般认为,海湾是水域的一种,历史性海湾是那些沿岸属于一国、湾口宽度超出领海宽度两倍的本不应视为内水的,但由于沿海国明确、公开而连续行使国家主权管辖且被国际社会和其他国家容忍的水域。<sup>[27]</sup>而历史性权利是确定历史性海湾的法理基础,换言之,相关国家对历史性海湾享有的权利即是历史性权利。

笔者认为,历史性权利虽然与历史性所有权、历史性海湾、历史性水域等概念密切相关,但它们的范围还是有明显的差别。在国际法语境下,相对而言,历史性权利的外延最广,而历史性所有权与历史性主权更多是同一语,是历史性权利的核心,历史性权利在本质上是历史性主权,这是其一。在实践中,能够认定为历史性水域的有:某些海湾的水域,某些海、湾(乔沙湾)、海港等的水域,<sup>[28]</sup>以及那些极个别的本属于公海但是基于某种历史性原因而例外地划归于某国主权管辖范围之内的水域。<sup>[29]</sup>其二,从法律关系角度来看,历史性权利侧重于法理基

础,历史性海湾和历史性水域侧重于物理范围。换言之,前者是后两者的权利依据,后两者是前者的主要标的。其三,就历史性水域与历史性海湾的关系而言,前者的范围显然要大于后者的范围。“历史性权利不仅可对海湾主张,还可对其他非构成海湾的海域主张,例如群岛水域、群岛与邻近陆地间的水域、海峡、河口或其他类似的水域等,均可成为历史性权利的标的。”<sup>[30]</sup>

根据大陆法系的文化传统,研究某一事物,通常要先给该事物下一确切定义,以揭示其内涵、确定其外延,从而作为研究该事物的起点。那么,如何从内涵角度界定历史性权利呢?笔者认为,历史性权利有四层含义:首先,从权利的形成来看,历史性权利是“历史性的”权利。详言之,历史性权利的取得不是一蹴而就的,更不是一时的、短暂的;相反,其必须经历一个长期的持续的过程。这一过程在现实中就表现为,一国对相关海域实施管辖(包括但不限于发现、命名、经营、管理等)行为并逐步巩固强化的过程。其次,从权利的标的来看,虽然历史性权利常常用来解决领海争端,但从其最初的本义来看,也可以解决其他领土争端,即历史性权利可以适用于陆地领土。再次,从权利的本质来看,历史性权利属于国家主权范畴,这意味一国对某一海域(领土)享有历史性权利即享有国家主权。最后,从权利的属性来看,当今国际社会普遍承认历史性权利是一种正当的、合法的权利。

纵然历史性权利在国际法律文本和司法实践中存在一定的形式差异,但二者的精神实质非常契合。国际条约和国际习惯都是国际法重要的渊源,尤其是在国际法发展的早期,国际习惯对于解决领土争端、主权纠纷等问题发挥了重要作用,很多国际成文法都是从国际习惯法演变而来。<sup>[31]</sup>那么,历史性权利的法律属性能否界定为国际习惯法?对此,有人持肯定态度,主张习惯法是历史性权利外在表现形式,对历史性权利的承认和尊重正是国际习惯法的核心。<sup>[32]</sup>相反,有人则持否定态度,主张在国际习惯法领域尚未发生(存在)历史性权利制度。<sup>[33]</sup>还有人持折中态度,主张历史性权利属于国际习惯法,但其属于国际习惯法的例外情形,只有当其他国家明示或默认时才具有法律效力。<sup>[34]</sup>

作为国际法重要渊源的“习惯”,通常是指那些在国际上长期沿袭、经过实践检验、得到诸多国家普遍认可的不成文的规则体系。国际习惯法有两个核心的认定要素:一是通例,即形成了“组成国际社会之国家在相互交往过程中的惯常国家实践”。<sup>[35]</sup>某种国家实践既然能称之为“惯常性”的,就说明这种实践不是短期形成的,而是长期演变的;不是个别的国家行为,而是共同的国家行为;不是分散的国家现象,而是普遍的国际模式。<sup>[36]</sup>二是法律确信,即通例能够得到广泛、持续而稳定的信息支持和事实支持,能够得到其他国家和国际社会的普遍承认或者默示,从而具有国际法上的拘束力。从国际习惯法的构成要素来看,历史性权利虽然不是国际成文法规则,但其构成了国际习惯法。一方面,历史性权利经历了多次累积、逐步磨合最终普遍接受的过程,具有时间上的连续性、地域上的广泛性和模式上的同一性,在长期发展过程中已演化为通例。另一方面,历史性

权利已经具备了法律确信的三个标准:时间标准——长期性、地域标准——普遍性、程度标准——一致性,已经成为国际法庭作出判决裁定的主要依据,在解决领土主权纠纷方面发挥着重要作用。

## 六、构成要件:历史性权利具体运用之前提

既然历史性权利属于国际习惯法,在解决领土争端方面具有重要作用,那么,如何在具体的司法案例中运用这一制度。譬如,在解决南海争端问题时,我国应当如何根据历史性权利原则,维护我国合法权益?笔者认为,运用历史性权利原则,首先应当从构成要件角度把握历史性权利的基本内涵和判断依据,然后从司法诉讼角度寻求和收集本国享有历史性权利相关资料和法律证据。

就历史性权利的构成要件而言,学界有不同的看法,笔者把这些理论归纳为以下四种学说(见表3):

表3 历史性权利构成要件的四种学说及主要观点

观点	内容
两要素说 <sup>[37]</sup>	(1) 一国对相关海域有效行使国家主权 (2) 他国对该国行使国家主权行为明示或默示同意
三要素说 <sup>[38]</sup>	(1) 一国对相关海域有效行使国家主权 (2) 他国对该国行使国家主权行为明示或默示同意 (3) 在相当长时间内连续行使国家主权
四要素说 <sup>[39]</sup>	(1) 一国对相关海域有效行使国家主权 (2) 他国对该国行使国家主权行为明示或默示同意 (3) 在相当长时间内连续行使国家主权 (4) 当事国须证明其与相关海域存在紧密的利益联系
六要素说	(1) 一国对相关海域有效行使国家主权 (2) 他国对该国行使国家主权行为明示或默示同意 (3) 在相当长时间内连续行使国家主权 (4) 当事国须证明其与相关海域存在紧密的利益联系 (5) 权利排他性行为 <sup>[40]</sup> 或沿海国对于有关水域拥有防卫或安全等主要利益 <sup>[41]</sup> (6) 时效制度

从法律意义上说,1962年联合国秘书处起草的《历史性水域,包括历史性海湾的法律制度》的文件采纳了三要素说,认为构成历史性权利的主要因素是:(1)主张国对该海域行使权力;(2)行使这种权力应有连续性;(3)这种权力的行使获得外国的默认。<sup>[42]</sup>我们认为,上述历史性权利构成要件的四种学说代表了历史性权利理论研究的四个阶段,其最终构成要件的确定要把握两个基本原则:一个是必要性原则,构成历史性权利的要素应当是那些必不可少的事实性条件,应当把那些非事实本身的程序性要件,譬如证明责任、时效要件等,排除在外;二

是排他性原则,即只能把那些历史性权利独有的因素作为构成要件。基于此,一国对某一水域享有历史性权利,应当满足以下几个条件:

其一,该国对涉案水域行使了管辖权。管辖权的内容包括立法权、司法权和行政权,管辖权的行为则是多种多样的,通常而言,国家立法、行政命令、法院判决等行为被视为国家行为。<sup>[43]</sup>当然,这些行为应当是国家或国家机关的行为,而非社会个体(包括自然人和法人)的个人行为。正如 Arnold McNair 在英挪渔业案件的异议意见中表达的:“在我看来,与历史性权利相关的另外一个法律规则是,通常需要一些国家行使司法管辖活动的证据,个人独立的活动几乎没有意义,除非他能够表明,他们的行为是得到许可的,或者他们是得到政府的授权,或者通过其他方式政府已经对他们行使了管辖权。”<sup>[44]</sup>其二,该国对涉案水域行使管辖权是公开的、明确的、连续的、长期的。质言之,这些行为必须是由国家公开在领土上行使权利体现其意志的行为,因为秘密的行为意味着其他国家没有机会知道该国正在进行什么活动;这些行为必须是明确无误地表达了国家的管辖意图;这些行为必须具有连续性,有许多以相同(类似)方式行为的事实或者由同一个国家重复的或是不间断的活动,构成通例。其三,其他国家尤其是相关国家对该国这种管辖行为进行了容忍,至少是在相当长的时间内是容忍的。<sup>[45]</sup>当然,如果有国家对该国的管辖行为提出了反对或异议,那也不必然意味着不构成历史性权利,而要对异议或反对国家的数目、时间、形式、次数、证据等进行具体分析和综合考量。在国际法中,容忍或承认是一种单方行为,属于意思表示的范畴,包括明示承认和默示承认。即国家一系列具有国际法意义的实践通过累积和巩固,最终使其得到其他国家和国际社会的普遍认同。这些国家实践必须是以主权者的名义有效、长期、连续、和平而为之,并且这种国家行为已经得到了国际社会和其他相关国家的公开承认或默示。换言之,主张历史性权利需要提供两方面的事实和证据:一是索求国对于该领土长期有效行使国家主权,二是相关国家和国际社会承认态度的事实。

### 注释:

[1] 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.

[2] 刘振民:《海洋法基本文件集》,北京:海洋出版社,2002年,第135页。

[3] 张海运:《〈联合国海洋法公约〉释义集》,北京:海洋出版社,2006年,第30页。

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

[5] D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea* (Vol. 1), Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 420.

[6] 曹鉴燎:《历史性所有权原则与中国对南沙群岛的主权》,《学术研究》2002年第4期。

[7] [25][33] 黄异:《海洋秩序与国际法》,台北:台湾学林文化事业有限公司,2000年,第408、400、409页。

[8] [30][34] Juridical Regime of Historic Waters including Historic Bays - Study Prepared by the Secretariat. Document; A/CN. 4/143. para. 34, 104, 40.

- [9] 魏静芬:《海洋法》,台北:五南图书出版股份有限公司,2008年,第328页。
- [10] Fisheries case, Judgment of 18 December 1951, ICJ. Reports, 1951, para. 138 - 139.
- [11] ICJ, Land, Island and Maritime Frontier Dispute ( El Salvador/Honduras, Nicaragua intervening ), Application by Nicaragua for Permission to Intervene, Judgment of 13 September, 1990.
- [12] Steven R. Ratmer, Land, Island and Maritime Frontier Dispute ( El Salvador/Honduras ), Application to Intervene, American Journal of International Law, Vol. 85, No. 4, (Oct. , 1991 ), p. 685.
- [13] Eritrea - Yemen Arbitration, Document, Award, Phase I: Territorial Sovereignty and Scope of Dispute, CHAPTER IV - Historic Title and Other Historical Considerations, 9 October 1998, para. 123, 126, 441.
- [14] ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria ( Cameroon vs. Nigeria, Equatorial Guinea Intervening ), Judgment of 10 Oct. , 2002.
- [15] Scott, *Hague Court Reports, First Series*, New York: Oxford University Press, 1916, p. 185.
- [16] Historic Bays; Memorandum by the Secretariat of the United Nations. A/CONF. 13/1. para. 92.
- [17] 参见国家海洋局政策研究室:《国际海域划界条约集》,北京:海洋出版社,1989年,第155页。
- [18] ICJ, Nicaragua v. Honduras, Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, Judgment of 8 Oct. , 2007.
- [19] 郭渊:《论海洋法中的“历史性权利”》,《中国海洋法学评论》2008年第1期。
- [20] 105 S. Ct. 1074 ( 1985 ).
- [21] 潘石英:《南沙群岛·石油政治·国际法》,香港:香港经济导报社,1996年,第45-46页。
- [22][24] Yehuda Z. Blum, “Historic Rights”, in Rudolf Bernhardt. , *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 7, Amsterdam: North - Holland Publishing Co. , 1984, pp. 120, 120 - 121.
- [23][39] 刘江萍、郭培清:《加拿大对西北航道主权控制的法律依据分析》,《中共青岛市委党校. 青岛行政学院学报》2010年第2期。
- [26] Fisheries Case ( U. K v. Norway ), 1951, I. C. J. 132 ( Judgment of Dec. 18 ).
- [27] 参见曾令良、饶戈平主编:《国际法》,北京:法律出版社,2005年,第338页;魏敏主编:《海洋法》,北京:法律出版社,1987年,第45页;王铁崖主编:《国际法》,北京:法律出版社,1995年,第191页。
- [28] 参见前苏联科学院国家和法研究所海洋法研究室:《现代国际海洋法——世界海洋的水域和海底制度》,吴云琪、刘楠来、王可菊译,天津:天津人民出版社,1981年,第83页。
- [29] D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea ( Vol. I )*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 417.
- [31] 王秋玲:《国际法基本理论的新发展》,北京:知识产权出版社,2008年,第158页。
- [32][35] 王建廷:《历史性权利的法理基础与实证考查》,《太平洋学报》2011年第3期。
- [36] Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, I. C. J. Reports 1995, p. 155, and the Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski. Id. , p. 251.
- [37] 黄异:《国际海洋法》,台北:台湾渤海堂文化事业有限公司,2002年,第25页。
- [38] 沈固朝:《关于北部湾的“历史性水域”》,《中国边疆史地研究》2000年第4期。
- [40] 曲波:《海洋法中历史性权利构成要件探究》,《当代法学》2012年第4期。
- [41] 刘惠荣、刘秀:《北极群岛水域法律地位的历史性分析》,《中国海洋大学学报(社会科学版)》2010年第2期。
- [42] 刘楠来、周子亚等:《国际海洋法》,北京:海洋出版社,1986年,第19页。
- [43] 余民才、程晓霞:《国际法教学参考书》,北京:中国人民大学出版社,2002年,第28页。
- [44] Anglo - Norwegian Fisheries Case, I. C. J. Report, 1951, para. 184.
- [45] 李金明:《南海断续线:产生背景及其法律地位》,《现代国际关系》2012年第9期。

[责任编辑:马立钊]