

论历史性权利法律基础的二重性

李永¹, 张丽娜²

(1. 海南大学法学院, 海南海口 570228/海南省南海政策与法律研究中心, 海南海口 570228; 2. 海南大学法学院, 海南海口 570228)

摘要:南海仲裁案仲裁庭将中国南海历史性权利的法律基础仅限于《联合国海洋法公约》(《公约》)并以此为论证起点,进而推出中国南海的历史性权利主张因超出《公约》调整范围,而裁定其不具法律效力。该观点适法明显错误。历史性权利的法律基础并非仅限于《公约》。历史性权利的法律基础既包括以《公约》、《领海和毗连区公约》为代表的条约法,还包括国际习惯法,历史性权利的法律基础具有二重性。历史性权利的不同法律基础决定了其在适用中亦有不同的适用方式,其为未来我国利用历史性权利与南海相关国家解决海洋争端提供适法导引。

关键词:历史性权利;国际习惯法;《联合国海洋法公约》;法律基础;二重性

中图分类号:DF935 **文献标识码:**A **文章编号:**1002-3933(2018)02-0062-10

On Dual Nature of Legal Base of Historic Rights

LI Yong¹, ZHANG Li-na²

(1. School of Law, Hainan University, Haikou 570228/Research Center for Policy and Law of the South China Sea of Hainan Province, Haikou 570228; 2. School of Law, Hainan University, Haikou 570228 China)

Abstract: South China sea arbitration Tribunal limit legal basis of chinese historic rights in the

收稿日期:2017-09-19 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2018年1月3日数字出版,全球发行

基金项目:2016年度国家社科基金重大项目《我国南海岛礁所涉重大现实问题及其对策研究》(16ZDA073)研究成果;中国法学会2016年度重点课题《历史性权利在国际海洋划界中的地位和作用研究》(CLS(2016)B03)研究成果;海南省哲学社会科学2017年规划课题《“南海更路簿”国际法上的证据问题研究》(HNSK(JD)17-01)中期成果;2017年海南省普通高等学校研究生创新科研课题《“南海更路簿”国际法上的证据价值研究》(Hyb2017-09)结项成果

作者简介:李永(1983-),男,河南通许人,海南省南海政策与法律研究中心助理研究员,海南大学法学院博士研究生,研究方向:国际海洋法学和亲属法学;

张丽娜(1969-),女,辽宁新民人,法学博士,海南大学法学院教授,国际法教研室主任,博士生导师,国家知识产权“百千万人才工程”百名高层次人才,商务部知识产权海外维权专家库专家,研究方向:国际经济法和国际海洋法学。

“United Nations Convention on the law of the sea” (“the Convention”). As a starting point for the argument, tribunal ruled that Chinese historic rights was not legally binding as China’s historical claims for the South China Sea beyond the scope of the Convention. This view is obviously wrong. The legal basis for historic rights is not limited to the Convention. The legal basis of historic rights includes both treaty law, represented by the Convention, as well as customary international law. The legal basis for historic rights has a dual nature. The different legal bases of historical rights have different ways of application, which provides a proper guidance for the future of our country to utilize of the historical rights to settle maritime disputes in the South China Sea.

Key words: historic rights; international customary law; *United Nations Convention on the Law of the Sea*; legal base; dual nature

历史性权利是我国主张南海权益的基本法律依据^[1]。但是,在2013年菲律宾按照《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)强制争端解决程序单方启动的所谓的南海仲裁案中,菲国及该案仲裁庭在案件实体审理程序中用以偏概全的方法,将中国在南海享有的历史性权利法律基础仅限定为《公约》,认为《公约》是解决南海争端的唯一依据,并以此为论证逻辑起点,进而推出中国在南海的历史性权利主张因超出《公约》规定的范围,而判定其无法律效力。例如,菲律宾在中菲南海仲裁案启动后,提起的十五项诉请中的第二项诉求即主张:“中国主张的对‘九段线’范围内的南海海域的主权权利和管辖权以及‘历史性权利’背离《联合国海洋法公约》,中国在南海有关超出《公约》海洋权益规定的历史性权利主张不具有法律效力。”对于菲律宾这一诉求,该案仲裁庭在2016年7月12日作出的“最终裁决”关于“九段线以及中国对南海海域的历史性权利”部分的裁定认为:“中国与菲律宾之间,中国并无在《公约》规定的权利范围之外,主张对‘南海九段线’之内海域的资源享有历史性权利的法律基础”^①。

可见,菲律宾与仲裁庭判定中国对南海不享有历史性权利的最重要的依据是基于历史性权利的法律基础仅限于《公约》,那么历史性权利的法律基础是否仅为《公约》?事实当然并非如此,作为国际法上早已存在的历史性权利,判定其法律基础应从整个国际法渊源中进行考察,《公约》仅是历史性权利法律基础的一部分,其并非历史性法律基础的全部内容,有鉴于此,本文拟从条约法与国际习惯法层面对历史性权利的法律基础进行分析,并在此基础上,论述历史性权利以上法律基础在适用中的竞合解决机制,以指出仲裁庭对历史性权利法律基础裁定的谬误,并为未来我国在南海基于历史性权利与有关国家解决海洋纠纷,提供法律竞合的适法导引。

一、历史性权利的条约法基础

条约法的成文性、明确性和具体性决定了某一规则如属于条约法范畴,则须在条约法中要存有明确、具体的规定。以《领海和毗连区公约》、《公约》为代表的条约法,规定了海湾制

^① 具体内容可参见国际常设仲裁法院官网发布的《中菲南海仲裁裁决书》关于对中国在南海历史性权利的裁决部分, http://www.pcacases.com/pcadocs/PH - CN% 20 - % 2020160712% 20 - % 20Award_2016年7月12日。

度中历史性海湾的特殊法律地位,群岛间水域中传统捕鱼权规则以及在《公约》争端解决中历史性所有权独特的法律作用等规则,为历史性权利提供了坚实的条约法律基础。

(一)《领海和毗连区公约》关于历史性权利的规定

在条约法正式对历史性权利内容调整之前,历史性权利规则在国际法上早已存在,并为各国长期实践,但各国实践不尽相同,以致造成对历史性权利主张也不尽相同。随着近代条约法在国际法占据越来越重要的地位,加之其成文性、明确性和规范性的特点,为消除各国对历史性权利主张在实践中的分歧,明确历史性权利国际法的法律属性及其法律地位,在第一次海洋法会议召开之前,国际社会对历史性权利进行了条约法拟撰的研究。1957年,联合国秘书处专门发布《历史性海湾备忘录》,该备忘录重点讨论了历史性海湾问题,同时还涉及历史性权利、历史性水域等相关概念和规则^[2]。《历史性海湾备忘录》是联合国第一次海洋法会议召开之前,国际社会在讨论领海、毗连区、大陆架等国际新兴海洋制度时,对尊重和照顾沿海国享有的历史性海湾、历史性水域等传统海洋权益达成的一般性共识,代表了国际社会对历史性权利在拟撰条约法层面研究的新进展。在第一次海洋法会议期间,会议经过深入研究和讨论,并对历史性海湾等规则进行论证之后,第一次以条约法形式将历史性权利规则纳入条约法范畴。但是不可否认,由于历史性权利规则在各国间存在较大分歧,为平衡各国相关诉求,1958年《领海和毗连区公约》仅用一条涉及了历史性权利相关规则^①,简单明确历史性海湾和历史性所有权在条约法上的法律地位,没能将历史性权利的规则细化和展开。即使1958年《领海和毗连区公约》没能出台完整、系统历史性权利规则,但通过该公约仍可以看出,历史性权利有关规则已经在条约法上予以确立。

(二)《联合国海洋法公约》关于历史性权利的规定

为进一步解决《领海和毗连区公约》就历史性权利相关规则没有解决的问题,上世纪70年代,国际社会又就历史性权利问题进行深入的讨论,1962年,联合国秘书处结合国际各国情况出具了《包括历史性海湾在内的历史性水域法律制度》的研究报告,该份文件在考察历史性海湾的基础之上,进一步发展和扩大了历史性权利的范围并明晰了历史性权利的有关构成理论^[3]。第三次海洋会议期间,会议成立了一个专项小组以深入研究历史性权利相关问题,以东南亚如印度尼西亚、菲律宾等为代表的有关国家在会上提出许多意见和建议^[4]。会议期间,与会各国虽经多次协商,但是对于历史性权利具体制度设计仍然未达成统一意见,为保障《公约》能最大化地为各国接受,1982年最终通过的《公约》没有对历史性权利进行全面系统的规定,而只用有限条款,如第10条、15条、51条、149条、298条等,将历史性权利的有关规定散布在《公约》之中。《公约》第10条明晰了在一般海湾制度中历史性海湾的独特的法律地位。第15条规定了相邻及相向国家间在划定各自领海范围时必须尊重和考虑对方既有的历史性所有权。第51条确立传统捕鱼权的有关规定。第149条规定了在国际海底区域内发现的一切历史文物要充分照顾历史来源国的优先权利。第298条明确规定了历史性海湾或所有权的争端可以适用任择性例外的相关规则^[5]。此外,《公约》第38条、53条、58条、62条、74条、83条等条款间接的规定或涉及历史性权利规则及其

① 《领海和毗连区公约》第7条第6款:上述规定不适用于所谓“历史性”海湾,也不适用于采用第4条所规定的直线基线法的任何情形。

相关法律地位。《公约》用大量的条款确立了历史性权利规则的存在,《公约》这些关于历史性海湾、历史性所有权等历史性权利的规则和制度无疑为历史性权利提供了坚实的条约法法律基础。但由于《公约》是当时各国为保障其顺利通过而对其各自的海洋权益相互妥协的产物,其对历史性权利的概念、构成要件及其具体内容等规则未能明确,对这些未能明确规则正如《公约》所规定:“确认本公约未予规定的事项,应继续以一般国际法的规则和原则为准据”^①,《公约》这一规定无疑为没有详尽纳入《公约》的历史性权利规则,提供了其他法源基础的指引。

二、历史性权利的国际习惯法基础

历史性权利在国际法上存在历史悠久,在由以《领海和毗连区公约》、《公约》为代表的条约法对其进行调控之前,其主要以国际习惯形式存在。大量的国际司法和国家实践表明历史性权利构成国际习惯法。国际习惯法是历史性权利法律基础的原始法源。

(一) 历史性权利构成国际习惯法的理论基础

国际习惯法是国际法上的一种古老、原始的法律渊源。在 20 世纪之前,国际条约、公约等成文规则尚未普遍在国际上广泛适用,国际习惯法是当时国际法的主要法律渊源。国际习惯法成为历史性权利的国际法律渊源即法律基础远远早于国际条约,哪怕是国际条约法已成为国际法律渊源的主要形式的当今国际社会,国际习惯法仍然是国际法的重要渊源,尤其是在调整久已形成如历史性权利等古老的制度与规则时,有着极大的适用空间,即便是以《公约》为代表的条约法,对历史性权利进行了相关规制之后,历史性权利国际习惯法的法律基础仍然发挥巨大的作用,其主要是对《公约》关于历史性权利规制适用的补充或者是对《公约》的适用或解释起说明而起作用,例如,国际法院在审理案件当中必须首先考虑对当事各方有拘束力的任何可适用的条约规定,但在发生疑问时,条约要以国际习惯法为背景加以解释,而且国际习惯法在它包含有一项强制法规则而条约却与之相抵触的范围内就将优于条约^[6]。

历史性权利规则是一种在长期历史发展演变中形成的国际规则,其在条约法没有对其进行规定之前,历史性权利就早已客观存在并为各国所广泛实践,早在 1910 年“北大西洋渔业仲裁案”中,仲裁法院就已明确提出了历史性海湾规则。在 1951 年著名的“英挪渔业案”中,国际法院对挪威的享有的以历史性水域为表现形式的历史性权利予以支持^[7]。以上案件对历史性权利的承认,主要是基于历史性权利属于一国基于长期过程而形成的一定“占有”利益,且该利益得到国际社会的承认或默认,如在“英挪渔业案”中,挪威基于长期、持续对其沿海海域一直行使主权,并得到其他国家的默认,而在其直线基线划定的范围内享有历史性所有权,此时,挪威主张的历史性所有权的法律基础为国际习惯法,在国际法上,任何得到国际社会公开承认或者默认的相关权利都是国际上合法的权利,任何国家在领土主权方面的传统权利都应当给以尊重,这恰恰是国际习惯法的本质所决定的^[8]。

(二) 国际习惯法成为历史性权利法律基础的主客观证明

历史性权利能否构成国际习惯法,取决于其是否符合国际法院规约 38 条关于国际习

^① 具体内容可参见《联合国海洋法公约》序言尾款。

惯 作为通例之证明而经接受为法律者^①的规定 ,即是否能够达到“客观的、事实的要素和主观的心理的要素的统一”^[9] ,正如 1950 年国际法院在哥伦比亚和秘鲁之间的庇护权案中 ,依据国际法院规约第 38 条说明国际习惯法的条件:“以习惯为依据的一方……必须证明 ,这个习惯是按照对他方已经有拘束力的方式确立的……所援引的规则……是符合有关各国实行的持久和划一的惯例的;而且 ,这个惯例是表明给予庇护权的国家享有权利而当地国家负有义务的……”^[5]。因此 ,从国际法及其国际法院等相关司法实践看 ,国际习惯的构成要件主要包括客观因素和主观因素两个方面。

1. 主客观因素

主观因素是一国认为在国际上已经存在的惯常国家实践是由于要求有这种实践的一项法律规则的存在而成为有拘束力的。一个国家或者国际社会在践行某种国家实践时 ,其在主观层面须认为或者确信在国际法上存在这样一种法律规则以指引或约束其实践行为正是由于对国家惯常实践的法律确信的存在 ,才使国际习惯法与主观上没有受其约束的法律确信存在而在客观上也表现为惯常一致的国际礼让、国际外交传统、国际方便等其他国际惯行截然分开 ,形成国际法渊源。而客观因素则是组成国际社会之国家在相互交往过程中的惯常国家实践。这种体现客观因素的惯常国家实践 ,一方面要求国家实践具有长期性 ,短暂的、临时的国家实践在一般情况下 ,不构成国际习惯法中的国家实践的要求 ,另一方面要求国家实践具有普遍性 ,如何一个构成国际习惯法的国家实践都是从个案逐步发展为具有普适性的一般实践 ,在此过程中 ,他们不是一蹴而就的 ,而是先从一个或者一小部分国家逐步开始实践 ,经过一定时期的发展和演变 ,其他国家不断加入、扩大和巩固此种实践 ,最后形成一个在国际社会中普遍性的国家实践 ,此外还需说明的是 ,这种国家实践不一定要国家严格符合这种规则 ,国家行为一般地符合该规则就已足够。国家间惯常一致实践是国际习惯法形成的客观基础。在理论上 ,虽然将构成国际习惯法的主客因素予以分开研究 ,但是在具体实践当中 ,判定一个行为或者事实是否构成国际习惯法 ,须同时判定主客观因素 ,例如 ,在“军事与准军事行动案”中 ,国际法院要判定一国对他国不得行使武力或武力威胁是否构成国际习惯国际法 ,其即在判定各国具体客观实践呈现的实然状态 ,同时在判定客观实践中一并考量各国的主观意识是否具有法律确信 ,因此 ,在具体实践当中判定构成国际习惯法的主客观因素往往需要具体的行为加以判定 ,哪些情况下能够达到主客观因素要求的标准 ,国际法委员会将国际习惯法的证据归纳为:条约、国内法院和国际法院的判决、国家立法、外交文书以及国际组织的实践等 ,这些证据无疑为理论上难以理清主客观因素内容的提供一条理想的解决途径。

2. 主客观因素之证明

历史性权利构成国际习惯法具有充分的条约、司法判决、外交文书以及相关立法等基础 ,这些证据无疑为历史性权利构成国际习惯法 ,提供法源的确信化。第一 ,在国际条约层面 ,许多国家基于对历史性权利的法律确信而对其规则进行了条约实践 ,如印度与斯里兰卡两国签订并于 1974 年 7 月 8 日生效的《关于两国历史性水域的疆界及有关事项的协定》、1976 年 3 月 23 日两国又缔结了《关于两国之间在马纳尔湾和孟加拉湾的海洋疆界及有关事

^① 具体内容可参见《国际法院规约》第 38 条(丑)款。

项的协定》,越南与柬埔寨在 1982 年签署了《关于历史性水域的协议》;第二,在国际司法和仲裁层面,“北大西洋渔业仲裁案”最早涉及历史性海湾,“英挪渔业案”中,国际法院在历史性海湾的基础上发展了历史性权利规则,其明确提出了历史性权利不仅仅存在于历史性海湾中,其还存在类似于历史性海湾的某些水域,例如,在某些群岛间水域、基线内与海岸交接的某些水域,国际法院此种论述大大的发展了历史性权利理论和相关规则。在 1998 年厄立特里亚与也门领土争端中,该案仲裁庭应两国达成的仲裁协议要求,依历史性权利对两国领土争端进行裁决;在 1982 年“突尼斯与利比亚大陆架划界案”中,国际法院重点阐释了历史性权利在大陆架划界中的法律地位和作用,并指出历史性权利是源于国民长期以来开发地中海沿岸海底及其水域的渔业活动以及久已确立的利益。第三,在国家立法及国际组织实践层面,1959 年泰国发布《王家泰国政府公报》明确泰国历史性水域规则,1887 年汤加国王公布《皇家公告》主张本国享有的历史性所有权^①,1973 年菲律宾宪法第 1 条也规定了其享有的历史性权利的规定条款^[10]。

1998 年中华人民共和国颁布的《专属经济区和大陆架法》第 14 条明确中国享有的历史性权利,此外 2016 年 7 月 12 日,中国还发布了《关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》^②,进一步明确中国在南海的历史性权利;在国际组织实践上,联合国分别在 1957 年和 1962 年起草了《历史性海湾备忘录》和《包括历史性海湾在内的历史性水域法律制度》两份关于历史性权利的研究报告,其对历史性权利的发展和确立有重要的意义。在大量的国际实践中,历史性权利不仅符合国际习惯的客观要素,而且由这些客观实践亦反映出各国的法律确信,可见,历史性权利规则构成国际习惯法,国际习惯法是历史性权利又一重要法律基础。

三、历史性权利法律基础二重性的竞合解决机制

历史性权利条约法与国际习惯法法律基础的二重性,决定了其在法律调适用中必然会有重叠,进而就产生法律适用上的法律竞合问题。历史性权利法律基础二重性竞合之解决,一方面,当二者在没有违背国际强行法规则的情形下,如条约法有相关规定,则应按照《维也纳条约法公约》确立的“有约必守”^③原则,对条约法优先适用;另一方面,当条约法无相关规定,此时,按照国际实践,二者竞合主要以并行适用方式予以解决。

(一) 条约法优先适用

确立历史性权利相关规则的国际条约,主要规定了历史性所有权、历史性捕鱼权、历史性海湾等相关历史性权利规则,这些规则在国际法适用上,以其条约法规定的相关规则优先适用。

① A partial submission of data and information on the outer limits of the continental shelf of the kingdom of Tonga pursuant to part VI of and annex II to the United Nations convention on the Law of the Sea, http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/ton46_09/ton2009executive_summary.pdf, p. 1. 2016 年 7 月 12 日。

② 具体内容可参见中华人民共和国官网发布的我国《关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》有关对中国南海历史性权利部分, <http://www.mfa.gov.cn/nanhai/chn/snhwtlchwj/t1380021.htm>. 2016 年 7 月 12 日。

③ 具体内容可参见《维也纳条约法公约》序言:……鉴悉自由同意与善意之原则以及条约必须遵守规则及举世所承认……有关部分的规定。

1. 历史性海湾

历史性权利理论肇始于历史性海湾,《领海和毗连区公约》规定的历史性海湾以及《公约》规定的有关历史性权利规则均以历史性海湾为基础加以展开,因此,历史性海湾是历史性权利规则的一项非常重要的内容。鉴于历史性海湾在国际法上的重要意义,1958年的《领海和毗连区公约》第7条就明确规定了历史性海湾的特殊法律地位。1982年《公约》第10条几乎完全承袭了《领海和毗连区公约》对历史性海湾的规定,用相同的规则,赋予历史性海湾在一般海湾规则上,享有例外适用且优先适用的独特法律地位。《公约》第10条第四、五款规定:“如果海湾天然入口两端的低潮标之间的距离不超过二十四海里,……该线所包围的水域应视为内水。如果……超过二十四海里,二十四海里的直线基线应划在海湾内……”第6款:“上述规定不适用于所谓“历史性”海湾……”通过以上规定可以看出,历史性海湾在条约法上的独特法律地位主要表现在两个方面,一方面,历史性海湾不适用条约法对一般海湾规定的其封口线限于海湾天然入口两端的低潮标之间24海里长度以内的要求,即历史性海湾的长度可大于24海里,如前苏联1957年宣布的大彼得湾,湾口宽110海里,利比亚1974年宣布的锡得拉湾,湾口宽约260海里^[11];另一方面,历史性海湾作为对于一般海湾规则的例外,其在适用上属于优先适用范畴,即无须经过国家的宣告,即可获取优先适用的效力。条约法确立的历史性海湾的独特法律地位为其适用提供条约法优先适用基础。

2. 历史性所有权

历史性所有权在条约法适用上主要有两方面的体现,一是在海洋相向或相邻国家间海洋划界不适用中间线原则,《公约》第15条:“如果两国海岸彼此相向或相领,……均无权将其领海伸延至……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。”此时,海洋相向或相邻中享有历史性所有权的国家可基于历史性所有权在其领海划界中获取更为广阔的领海水域;二是一国可基于其享有的历史性所有权而排除《公约》第十五部分规定的关于导致有拘束力裁判的强制程序的适用,《公约》第298条(适用第二节的任择性例外)第一款:“一国在签署、批准或加入本公约时,……可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上,不接受第二节规定的一种或一种以上的程序”该款(a)(1):“关于划定海洋边界的……争端,或涉及历史性海湾或所有权的争端,……则不应提交这一程序。”通过《公约》对历史性所有权规定的法律地位可知,为尊重历史性所有权国家的既得利益,在国家间海洋划界中可考虑历史性所有权的特殊法律地位,可在海洋划界中不在适用的一般划界的中间线原则,而是根据历史性所有权的具体情况而适用其他公平的方式进行领海划界,此外,由于历史性所有权是国家享有的一项重要的主权权利,为此,《公约》规定历史性所有权在争端解决中,其与国家主权、海洋划界等情形具有同等的法律地位,其可排除《公约》创设的争端解决强制程序的调整^[12]。

3. 历史性捕鱼权

历史性捕鱼权适用规则主要集中在群岛国与群岛水域之中,《公约》第51条第1款:“……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。……这种权利不应转让给第三国或其他国民,或与第三国或其国民分享。”以上规定表明,第一,群岛国尊重和承认相关国家的历史性捕鱼权是其条约义务,其应必须予以遵守。享有历史性捕鱼权的相关国家,既可以是群岛国

的相邻国家,也可以是在群岛国群岛水域长期惯常活动的非相邻国家,但是这些非相邻国家如享有历史性捕鱼权,则须以存在相关协议为前提。第二,相关国家享有的历史性捕鱼权是相关国家享有的一种具有身份特质的专享权利,该权利仅能由历史性权利国享有,不能让渡第三国。

(二) 条约法与国际习惯法并行适用

条约法与国际习惯法均为国际法重要渊源,当二者在适用上产生法律竞合时,国际法并无明确处理二者法律位阶竞合的规定,在国际实践中对二者竞合的处理,主要以呈现个案化为特质的“并行适用”方式予以解决。

1. 并行适用的国际实践

历史性权利的条约法与国际习惯法律基础在法律适用上一般会产生二种方式的竞合,一种是在条约法对历史性权利有明确规定的情形下,与国际习惯法之间的竞合,另一种是在条约法对历史性权利无明确规定的情形下,与国际习惯法的竞合,前一种竞合情形,对其竞合解决相对简单,如前文所述,在其不违背国际强行法的情形下,均可按照“有约必守”原则,以条约法优先适用的方式解决其二者间的竞合,此时这种竞合方式仅涉及条约法内部之间的法律适用及解释问题;后一种竞合较之于前一种竞合解决就相对复杂,其涉及的不仅为条约法内部之间的解释或适用问题,而且还涉及条约法与国际习惯法这两个不同法源之间的法律竞合问题,具体而言,即当一国依据《公约》主张专属经济区主权权利或者依据大陆架制度主张自然资源开发利用权利,而另一国则依据国际习惯法为基础的历史性权利对该国的专属经济区主张历史性捕鱼权或者对其大陆架资源主张历史性资源权,此时,应如何处理这种法律竞合?

在国际法上,包括国际法院规约以及《维也纳条约法公约》在内的国际法,均未能就二者的竞合解决机制给以明确规定,对二者之间法律竞合的解决,主要依靠国际实践以个案处理。在国际实践中,呈现个案化特质的条约法与国际习惯法的法律竞合,主要以“并行适用”方式予以解决。“并行适用”是指条约法与国际习惯法在调整同一对象时,各自在其范围内均发挥国际法效力。大量的国际实践在实际当中适用了这一规则,诸如,“英国、德国与冰岛渔业案”、“厄立特里亚诉也门仲裁案”、“突尼斯诉利比亚大陆架案”、“巴巴多斯与特立尼达和多巴哥划界案”以及在“斯里兰卡与印度马纳尔海湾划界”中,这些国际实践类型各不相同,其实践种类既有国际法院和国际仲裁实践,又有国家间实践,其实践方式既有两国间实践又有多国间实践,其实践性质既有关于渔业性质的实践,又有大陆架划界的实践,还有两国海域划界的实践,但是,这些种类不同,方式不一,性质有别的不同国际实践,虽均未对条约法与国际习惯法竞合解决做出正面的回应,没有对国际习惯法对条约法之间竞合解决的方法做出论证,也没有对二者之间产生冲突和重叠解决机制进行深入探究,但对此问题的解决时,均较一致性地以“并行适用”的方式处理条约法与国际习惯法之间的竞合关系。

2. 并行适用的个案特质

在国际实践中,以并行适用方式解决历史性权利条约法与国际习惯法律基础之竞合,并非不分情形、固定划一地在各种不同国际实践中同一适用,其并行适用方式主要根据国际实践的不同情形以个案化形式予以表现。在1974年“英、德与冰岛渔业案”中,国际法院一方面认可冰岛在争端各国主张的争议海域拥有捕鱼的优先权利,但同时认为冰岛应当承认英

国和德国在此海域早已形成并已确立的历史性捕鱼权^①,可见,国际法院在处理这一争端中,将沿海国享有的捕鱼优先权利与相关国家在此海域享有的历史性捕鱼权以并行适用方式予以解决。1982年“突尼斯诉利比亚大陆架划界案”,国际法院认为历史性权利必须受到尊重,一般国际法虽然没有对历史性权利提供一项单独的制度,而只是为每个具体、认定历史性水域等案件提供一项特殊的制度^[13]。在“印度与斯里兰卡马纳尔湾划界”中,斯里兰卡主张其在距印度最南端维基滩拥有历史性捕鱼权,印度对斯里兰卡主张的历史性捕鱼权予以认可,最后两国通过换文约定,自印度建立专属经济区的头3年内,斯里兰卡可以继续继续在维基滩区域内捕鱼;3年后,印度应向斯里兰卡每年提供总量为两千吨的渔业资源^[14]。印度通过每年向斯里兰卡提供一定数量的渔业资源,间接承认了斯里兰卡在其专属经济区内享有的历史性捕鱼权,实质上,斯里兰卡的历史性捕鱼权与印度主张的专属经济区权利,于维基滩是分属不同国际法源的权利在同一区域“并行适用”的体现。

以上规则同样在1998年著名的“厄立特里亚诉也门仲裁案”中得到体现,在该案中,仲裁庭应两国合意,对两国存有主权争议的祖卡群岛、安定哈尼什以及祖拜尔群岛等岛屿以及这些有主权争议的附件海域进行了海洋划界,一方面仲裁庭根据两国各自提交的证据和考虑该案各自因素之后,裁定将祖卡群岛、安定哈尼什以及祖拜尔群岛等岛屿主权判属于也门;但另一方面,又裁定也门在对判属于其的各岛屿行使主权以及相关的主权权利时,必须承认和保障两国渔民在此相关海域长期享有的传统捕鱼权利,仲裁认为,也门作为祖卡群岛、安定哈尼什等岛屿主权国,其虽然有当然的权利可以拒绝第三国,在其享有的主权的岛屿附近海域进行渔业活动,但为了尊重和保证也门与厄立特里亚两国渔民世代在此海域享有的传统捕鱼权利不只是存在于法理之上,也门应以实际行动保障两国渔民依旧可以顺畅地自由驶入相关海域,并利用祖卡群岛等岛屿进行传统的渔业活动,仲裁庭对两国争议区域的海洋划界,均不影响和改变两国渔民在争议海域长期享有的传统捕鱼权利。两国渔民享有的传统捕鱼权利不单单仅限于争议区域内岛屿的领海之内,而是及于整个为两国渔民历史性传统捕鱼权利存在的争议区域内^[15]。在本案中,仲裁庭回避了如何处理同为国际法渊源《公约》的条约法与构成国际习惯法的历史性权利之间的法律竞合关系,也没有论述历史性权利与专属经济区二者之间突出时法律解决机制,但是,仲裁庭将厄立特里亚与也门海域划界争端与两国渔民长期享有的传统历史捕鱼权利分开处理,前者并不影响后者继续存在的法律效力可知,仲裁庭间接地肯定了历史性权利与《公约》之间在法律适用上的各自并行适用的规则。

大量国际实践表明,解决历史性权利条约法与国际习惯法的法律竞合,虽然在国际法上没有明确的规定,但在国际实践中,解决二者之间的法律竞合往往以个案化特质呈现出并行适用的处理模式,一方面遵守了尤其是以1982年《公约》为代表的新兴的海洋法国际新秩序,另一方面也充分的尊重和照顾了在国际社会久已存在,并在当今社会仍由许多国家享有的以国际习惯法为基础的历史性权利等传统规则,在同一案件中将二者并行适用无疑是国际社会在处理错综复杂和表现不一海洋争端中的一种必由之路。

① 具体内容可参见国际法院在 Fisheries Jurisdiction (Unite Kingdom V. Iceland) ,Merits Judgment J. C. J. Reports 1974 ,P. 31. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany V. Iceland) ,Merits Judgment J. C. J. Reports 1974 ,P. 199 的相关论述部分。

结语

历史性权利的法律基础的二重性决定了其法律基础既包括条约法也包括国际习惯法。中菲南海仲裁案仲裁庭故意混淆历史性权利法律基础二重性属性,将中国在南海享有的历史性权利法律基础等同为《公约》,极大地限缩和曲解历史性权利的法律基础,其真正的目的在于将历史性权利的法律基础等同《公约》,以推论中国在南海主张的历史性权利由于《公约》无相关规定,故认定其缺乏法律依据而不具法律效力。对这一适法错误的裁定,中国应以秉持“不承认、不执行”的一贯主张予以回应。

此外,未来,中国可通过利用历史性权利的法律基础二重性及其法律竞合解决机制,最大化地维护中国在南海的海洋权益。一方面,基于历史性权利条约法基础,中国可以依据《公约》关于历史性权利的有关规定,可以主张中国在南沙群岛有关群岛中历史性水域的主权,利用《公约》规定的历史性所有权及历史性海湾在海洋争端解决机制中的例外性效力,排除南海相关国家基于《公约》第十五部分而启动的强制争端解决程序,为我国主张通过谈判、协商方法解决南海问题提供适用途径;另一方面,基于在国际上形成的历史性权利的条约法与国际习惯法律的法律竞合解决的实践,中国可以依据其在南海长期享有的历史性捕鱼权、历史性航行权等其他历史性权利,按照国际实践惯例,以并行适用的方式,对有关国家依据《公约》而建立的专属经济区或大陆架等海洋区域内,继续享有和行使历史性权利。

参考文献:

- [1] 李永. 历史性权利与大陆架关系初论[J]. 海南大学学报·人文社会科学版 2017,(4):1.
- [2] Historic bays:Memorandum by the Secretariat of the United Nations [R]. A/CONF. 13/1 30 Sept. 1957. United Nations Conference of the law of the sea ,Official Records. Vol. 1 :Proparatory Documents. pp. 1 -38.
- [3] Juridical Regime of Historic water Including Historic Bays Study Prepared by the Secretariat [R]. UN Documents ,A/CN. 4/143. 9 march. 1962.
- [4] Third United Conference on the Law of the Sea ,III Official Records [R]. A/CONF. 62/C. 2/L. 24/ReV. 1 , 1974.
- [5] 丁洁琼,张丽娜. 从毛里求斯诉英国仲裁案看中菲仲裁案[J]. 河北法学 2016 ,(1):121.
- [6] [英]劳特派特修订. 王铁崖,等译. 奥本海国际法[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1998. 16.
- [7] the Anglo - Norwegian Fisheries Case ,in Reports of Judgments ,Advisory Opinions ,And Orders ,J. C. J. Judgment of 18 Dec. 1951. pp. 129 - 131.
- [8] 王建廷. 历史性权利的法理基础与实证考查[J]. 太平洋学报 2011 ,(3):87 -96.
- [9] [日]村濑信也. 秦一禾译. 国际立法——国际法的法源论[M]. 北京:中国人民公安大学出版社 2012. 8.
- [10] 胡得胜. 驳菲律宾对黄岩岛的主权主张——领土取得的国际法视角[J]. 河北法学 2014 ,(5):35.
- [11] 陈德恭. 现代国际海洋法[M]. 北京:海洋出版社 2009. 162.
- [12] 李人达,张丽娜. 论《联合国海洋法公约》中“保留”与“例外”之适用[J]. 南洋问题研究 2016 ,(2):54.
- [13] the Tunisia V. Libya Arab Jamahiriya Case concerning the Continental Shelf ,Judgment ,J. C. J. Rep. 24 February 1982. pp. 59 - 60.
- [14] Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander ,International Maritime Boundaries (Vol. 2) [M]. Martinus Nijhoff ,1993. pp. 1419 - 1434.
- [15] The Eritrea V. Yemen Arbitral Tribunal in the Sencod Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation) ,Award ,P. C. A ,17 Dec. 1999. pp. 101 - 109.

(全文共 15,098 字)