

美国军舰擅闯南沙海域行为性质及 领海无害通过制度

金永明

(上海市美国问题研究所 海洋沙龙主任)

Nature of the US Warship's Unapproved Entry into Nansha Waters and the Regime of Innocent Passage through the Territorial Sea

摘 要：美国军舰擅自进入中国南沙岛礁周边海域航行,不仅危及航行安全,而且违反国际法和国内法,更损害领海无害通过制度。而军舰在领海内的无害通过制度是一个在理论和实践上颇有争议的问题。无害通过制度,不仅涉及领海制度、国际海峡制度,也关联领海通过的要件与无害通过要件之间的关系,更涉及针对领海内军舰无害通过的认定标准的“结合说”和“分离说”的对立。军舰在领海内的无害通过的争议焦点为:其可以自由使用,还是需要沿海国的事先许可或通知沿海国。在国际社会对此存在不同意见和对立实践的情况下,我国应在坚持事先同意论的基础上,依据《联合国海洋法公约》赋予沿海国制定关于无害通过领海的法律和规章的职权,进一步修订完善国内与领海有关的法律和规章,体现国家在领海内的立法、执法和司法管辖权,确保我国在领海内的主权、安全和利益。

关键词：军舰 领海无害通过 管辖权 国内法制

一、问题的提出

现今,中美两国在南沙岛礁周边海域航行自由上的对立和分歧特别紧迫,引起了国际社会的广泛关注,显现中美两国在南海的对立和分歧扩大化、严重化的趋势。2015年10月27日,美国“拉森”号军舰未经中国政府允许,非法进入中国南沙群岛有关岛礁邻近海域(近岸水域),实施所谓的航行自由,这种行为严重威胁中国的主权和安全,危及岛礁人员及设施安全,危及我国渔民正常的生产作业安全,损害地区和平稳定,遭到中国政府和人民的坚决反对,包括中国海军“兰州”号导弹驱逐舰和“台州”号巡逻舰的监视、跟踪和警告,中国外交部和国防部等对美方的此种行为也予以了强烈抗议和坚决反对。^①那么,美国为何选择此时闯入中国南沙岛礁扩建后的渚碧礁和美济礁周边12海里海域进行航行?美国军舰航行的海域性质及其意图是什么,对领海内的无害通过制度将带来何种影响?美国军舰的这种航行行为,我们应该如何应对?本文对此予以分析。

二、美国军舰闯入南沙岛礁 周边海域行为的背景与目的

自中国进一步加强在南沙岛礁建设以来,美国持续关注,多次要求中国政府停止大规模的南沙岛礁扩建活动,并在中美首脑会晤后立场依然对立

^① 中国外交部发言人陆慷就美国拉森号军舰进入中国南沙群岛有关岛礁邻近海域答记者问内容,参见 http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1309393.shtml,访问时间:2015-10-28;国防部新闻发言人杨宇军就美舰进入中国南沙群岛有关岛礁近岸水域发表谈话内容,参见 http://news.mod.gov.cn/headlines/2015-10/27/content_4626242.htm,访问时间:2015-10-28。

的情形下,美国毅然采取了派遣军舰进入中国拥有主权的渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域的自由航行,这既是对美国自身强调的维护所谓的南海航行自由的具体行为,也是进一步遏制中国在南沙岛礁进行建设的反制措施,更是试图阻止中国预计在南沙岛礁进行必要的军事化建设的粗暴干涉。然后,这种未经中国政府批准的行为极易造成安全不测,威胁航行安全,是中国坚决反对的。

不可否认,美国军舰选择在渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域航行,主要目的是试图阻止中国以这些岛礁为基点主张领海,并遏制中国通过军事手段强化对此海域的控制权,最终目的是“平衡”中国与其他东盟国家之间的军事力量,试图消除中国对南海尤其是南沙周边海域的“绝对控制权”,抹杀中国在南海的抬头进程,进而遏制中国的发展步伐。那么,中国能否依据南沙群岛内的渚碧礁和美济礁为基点主张领海呢?

从地理位置上看,渚碧礁位于北纬 10 度 55 分、东经 114 度 05 分,它是一种环状的珊瑚礁,长约 3.2 海里、宽约 1.9 海里,整个环礁面积约 16.5 平方千米。此环礁西高东低,高潮时全部淹没,低潮时其西部露出水面约 0.5 米。^① 美济礁位于南沙群岛的东北部,北纬 09 度 53 分、东经 115 度 32 分,是近似椭圆形的干出环礁,其长约 4.4 海里,宽约 3 海里,礁环上有许多干出约 0.6 米高的礁石。^② 所以,即使依据《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)岛屿制度第 121 条第 3 款的规定,这些岛礁的法律地位为岩礁,可以主张自身的领海。^③ 但中国为避免引起更多的误会和

① 参见张良福:《南海万里行——在南沙群岛巡航的日子》,99 页,北京,海洋出版社,2006。

② 张良福:《南海万里行——在南沙群岛巡航的日子》,56 页。

③ 《公约》第 121 条第 3 款规定,不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。

误解,使用了“邻近海域”(“近岸水域”)的术语,也一直未宣布在南沙的领海基点和基线,采取了“模糊”的战略,保持了最大的克制,其目的是为了维护南海的安定和有序,并确保南海尤其是南沙周边海域的航行自由与安全。

而美国认为,这些岛礁尤其是渚碧礁和美济礁,均为低潮高地,无法主张它们的领海。^① 因为,《公约》第7条规定,除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,或以这种高地作为划定基线的起讫点已获得国际一般承认者外,直线基线的划定不应以低潮高地为起讫点。所以,美国认为,中国持续加强在该区域的设施建设,并预测中国可能强化对其周边海域的管辖及军事化管理的情形下,美国为实现多重目标(包括维护所谓的航行自由、支持他国的权益主张、削弱中国在南海的利益等)及消除默认中国行为的目的等,进而擅自派遣军舰在渚碧礁和美济礁周边12海里海域实施了所谓的航行自由,这实在是一种无奈之举。

美国军舰擅自进入中国南沙岛礁周边海域实施所谓的航行自由行为,呈现对领海内的无害通过制度存在不同甚至对立的认识和理解,进而采取不同的国家实践,其焦点为军舰在领海内的无害通过制度自由使用还是事先同意论的对立和分歧,为此,有必要论述领海内的无害通过制度的依据、发展进程及争议焦点内容。

^① 例如,《公约》第13条第1款规定,低潮高地是在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地。如果低潮高地全部或一部与大陆或岛屿的距离不超过领海的宽度,该高地的低潮线可作为测算领海宽度的基线。第13条第2款规定,如果低潮高地全部与大陆或岛屿的距离超过领海的宽度,则该高地没有其自己的领海。

三、中美南海争议核心： 军舰在领海内的无害通过制度

军舰在他国领海内的“无害通过”制度,是一个在理论和实践上均有争论的问题。理论上,其涉及领海制度,国际海峡的航行制度,最终涉及船舶的航行自由,所谓的航行自由问题;实践上,军舰在领海内的“无害通过”焦点,体现在其需要沿海国事先许可或通知该国,还是可以自由使用的对立和分歧。而造成此境况的主要原因为《领海与毗连区公约》、《公约》并未对此作出明确的规定,尤其是其将判断“无害”的标准让渡于沿海国的认定上,从而出现不同的国家实践。

(一) 领海内无害通过制度的内涵

领海,依据《公约》第2条规定,沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域;此项主权及于领海的上空及其海床和底土。即国家可对自国的领域(领土、内水和领海)依据领土主权原则,行使排他性的、综合性的管辖权(立法、执法和司法管辖权)。上述规定不仅承袭了《领海与毗连区公约》第1条和第2条的内容,而且也体现了领海是沿岸国家的自然而不可分的附属物的观点,即其采纳了领海是“领土说”的观点。^①

对于领海的宽度,《公约》第3条规定,每一国家有权确定其领海的宽

^① 关于沿海国对领海的管辖权,在学术界存在“地役地说”和“领土说”的对立。所谓“地役地说”,是指沿海国只能行使对国际法上承认的特定事项的管辖权;所谓“领土说”,是指领海是沿海国领土的延伸,沿海国对其具有排他性的管辖权。《领海与毗连区公约》采用了领海是领土说的观点。See D. P. O'Connell, "The Juridical Nature of the Territorial Sea," *British Year Book of International Law*, 1971(45):381.

度,直至从按照本公约确定的基线量起不超过 12 海里的界限为止。即沿海国可主张最大不超过 12 海里的领海。此条款克服了《领海与毗连区公约》中未能规定领海宽度的缺陷,为确定《公约》其他海域(例如,毗连区、专属经济区、大陆架等)范围创造了基础条件。^①

而为能使国家基于领土主权原则在领海行使排他性、综合性的管辖权,包括对生物资源和非生物资源的管辖权,尤其对海关、财政、经济活动、移民、卫生及安全保障等方面的权能,《公约》赋予了沿海国在自国领海内可对自国船舶和外国船舶进行必要规制的权利。^② 这些权利体现在沿海国拥有对领海的立法权、执法权和司法权上。

此外,为便利国际海上交通,《公约》承认了外国船舶的无害通过权(right of innocent passage)。例如,《公约》第 17 条规定,在本公约的限制下,所有国家,不论为沿海国或内陆国,其船舶均享有无害通过领海的权利。其限制为沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海。^③ 而《公约》规定这种无害通过制度的目的,是为了协调和平衡外国船舶的航行利益(国际社会的一般利益)和沿海国的主权利益(国家的个别利益)。^④ 也就是说,《公约》关于无害通过的制度是以船舶通过的航行利益(船旗国利益)和沿海国主权的严

① 例如,《领海与毗连区公约》(1958 年 4 月 29 日通过,1964 年 9 月 10 日生效)第 3 条规定,除本公约各条款另有规定外,测算领海宽度的正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图所表明的低潮线。当然,在包括《领海与毗连区公约》在内的“日内瓦海洋法四公约”(1958 年 4 月 29 日)中的《公海公约》中,海域仅分为内水、领海和公海,而无其他海域。例如,《公海公约》第 1 条规定,“公海”一词是指不包括在一国领海或内水内的全部海域。

② 参见〔日〕山本草二著:《海洋法》,52 页,东京,三省堂,1997。

③ 例如,《公约》第 24 条第 1 款规定,除按照本公约规定外,沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海。

④ 〔日〕山本草二主编:《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》,131~132 页,东京,三省堂,2009。

重对立为前提,在相互间寻求微妙平衡和协调的产物。^① 实际上,对这种无害通过的制度设计,其理论基础是为了满足以下要求,即平衡“在事实上消除对沿海国的实际损害”和“在法律上确保沿海国的领海主权完整”要求。^② 所以,《公约》的领海无害通过制度是折中和协调的产物。

为此,沿海国一方面可规定使用领海的条件和船舶的通过制度,例如,《公约》第21条规定,沿海国可依本公约规定和其他国际法规则,对下列各项或任何一项(共8种事项)制定无害通过领海的法律和规章;《公约》第22条第1款规定,沿海国考虑到航行安全认为必要时,可要求行使无害通过其领海权利的外国船舶使用其为管制船舶通过而指定或规定的海道和分道通航制。另一方面,如上所述,沿海国也具有不能否认和阻碍外国船舶无害通过领海的义务。

然而,在国际法中的海洋领域确立这种“无害通过”的法律地位,相对来说在时间上比较晚,约在19世纪40年代。^③ 其实,在确立海洋二元结构(公海和领海)的18世纪,对领海的“无害使用”的概念,已在多数学者的学说上得到了主张或肯定。^④ 例如,17世纪的雨果·格劳秀斯(Hugo Grotius)认为,沿海国不能妨碍“不带武器、没有损害意图的航行”;约翰·塞尔登(John Selden)认为,海洋即使被领有(占有),也应允许外国人的“无害通过”(inoffensive passage);18世纪的艾默里克·德·瓦特尔(Emmerich de vattel)认为,没有任何嫌疑的船舶,应允许在领海的“无害使用”(usages in-

① [日]山本草二著:《海洋法》,12~121页。

② [日]杉原高岭著:《海洋法与航行权》,65页,东京,日本海洋协会,1991。

③ See D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, 1982(1):19.

④ 一般认为,确立海洋二元结构的主要法律规范为《公海公约》(1958年4月29日通过,1962年9月30日生效)第1条。

nocent), 亨利·惠顿(Henry Wheaton)认为,只要对所有者不带来损害及不合理的状况,就应承认其他人员的“无害使用”(innocent use)。^①

尽管对于非无害通过(即有害通过),沿海国可对外国船舶予以规制,以确保沿海国的保护权,例如,《公约》第25条第1款规定,沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。但对于如何应对外国船舶尤其是军舰在领海内的有害通过,国际法尤其在《公约》上并不明确,所以,需要在各国的国内法上予以明确规定。同时,《公约》内的领海无害通过制度,无论其在内容上,还是其在审议及创设的过程中,又与国际海峡的通过制度紧密关联,它们具有联动性。

(二) 与领海无害通过有关的国际海峡通过制度

在由领海构成的国际海峡,因其是海上交通的要道,所以应采取独特的法律制度。例如,《领海与毗连区公约》第16条第4款规定,在用于公海一部分和另一部分或另一外国领海之间国际航行的海峡中,不应停止外国船舶的无害通过。

有学者认为,《领海与毗连区公约》第16条关于国际海峡的上述规定,采用了“强制性的无害通过权”或“保证性的无害通过权”;^②并得到了国际法院的认可。例如,国际法院在科孚海峡案(Corfu Channel cases)的判决(1949年12月15日)中指出:“一般承认,按照国际习惯,在和平时期,各国有权派军舰在不经沿海国事先批准通过处于公海两部分之间用于国际航行的海峡,条件是这种通过应是无害的。除非另有国际公约规定,沿海国无权

① [日]杉原高岭著:《海洋法与航行权》,56~58页。

② [日]山本草二主编:《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》,132页,东京,三省堂,2009;陈德恭著:《现代国际海洋法》,88页,北京,海洋出版社,2009。

禁止在和平时期通过海峡。”至于海峡的国际性质,国际法院指出,明确的标准应是在地理上连接公海两部分,并在事实上用于国际航行。^①换言之,国际法院在认定国际海峡的性质时,采用了连接公海两部分的地理标准和用于国际航行的使用业绩为基础的功能性标准。^②

随着领海制度的国家实践的发展,在第三次联合国海洋法会议期间,领海的宽度已趋向于 12 海里,所以,有些宽度为 6 海里到 24 海里的海峡,在过去领海宽度为 3 海里时,留有公海航道;^③而如果实行 12 海里领海宽度,则这些海峡就完全处于沿海国的领海范围之内,其中在世界海峡的 116 个中有 30 余个海峡被认为是“用于国际航行的海峡”。^④

为此,在第三次联合国海洋法会议上,海峡沿岸国为维护其国家主权和安全,主张处于沿海国领海范围内的海峡,不论其是否用于国际航行,应属于沿海国领海不可分割的一部分,因而应保有领海的法律地位,并应实行无害通过制度;而美国和苏联从军事战略利益出发,坚持惯常用于国际航行的海峡,即使处于沿海国领海范围内,亦应实施“公海航行自由”,允许一切外国船舶,包括军舰和飞机享有公海的航行自由。同时,苏联声称其安全取决于国际海峡的自由通航,并以此作为接受 200 海里专属经济区的条件;美国则表示除非保证用于国际航行的海峡自由航行及其上空自由飞越,否则它

① ICJ Reports 1949, p. 28. 参见陈德恭著:《现代国际海洋法》,87 页。

② [日]杉原高岭著:《海洋法与航行权》,84~87 页。

③ 荷兰法学家宾凯司霍克于 1703 年提出了一项原则:陆上国家的权利以其炮火射程所及的范围为限。这就是著名的“大炮射程规则”。1782 年加林尼建议以 3 海里作为大炮射程的统一标准。这一原则以后由地中海国家(法国、英国等)广泛实践。而从 19 世纪到 20 世纪初期,各国所建立的领海宽度大多为 3 海里或 4 海里,但没有超过 12 海里。参见陈德恭著:《现代国际海洋法》,50~51 页。

④ 陈德恭著:《现代国际海洋法》,79 页。

将不承认 12 海里的领海宽度。在这种不可调和的情形下,马耳他代表在 1973 年海底委员会上的建议,即规定通过的具体条件的建议,包括遵守强制性的交通分道计划,要求不停并迅速通过;对外国潜水艇或军舰的通过,要求在 3 天前通知,并在通过海峡时不得使航空器飞行,不得从事研究和收集情报活动等的条件,为《公约》在用于国际航行的海峡制定一项既有别于“无害通过”,又有别于“自由通航”的新制度提供了基础;^①进而也确保了《公约》的完整性。^② 所以,从《公约》的审议过程可以看出,领海无害通过制度的确立是与《公约》200 海里的专属经济区制度和国际海峡的通过制度紧密关联的。

最后,《公约》建立了新的用于国际航行的海峡通过制度,例如,《公约》第 38 条第 1 款规定,所有船舶和飞机均享有过境通行的权利,过境通行不应受阻碍;所谓的过境通行是指按照本公约的规定,专为在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的海峡继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越自由。^③

在此应注意的是,在用于国际航行的海峡的过境通过,并不要求通过的无害性,同时也承认了飞越自由,所以其不同于《领海与毗连区公约》第 16 条第 4 款规定的“强制性的无害通过权”或“保证性的无害通过权”。^④ 当然,在《公约》关于国际航行的海峡制度中,不仅存在“过境通行”、“分道通航制”,也存在“无害通过”。例如,《公约》第 45 条规定,无害通过制度应适

① 陈德恭著:《现代国际海洋法》,85~92 页。

② 例如,《公约》前言指出,本公约各缔约国意识到各海洋区域的种种问题都是彼此密切相关的,有必要作为一个整体来加以考虑。

③ 参见《公约》第 38 条第 2 款。

④ 〔日〕山本草二主编:《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》,133 页。

用于下列用于国际航行的海峡:按照第 38 条第 1 款不适用过境通行制度的海峡;或在公海或专属经济区的一个部分和外国领海之间的海峡。所以,其是一种混合型的通过制度。

四、领海通过与无害通过的 法律要件及其对军舰的限制

在《公约》的领海制度中,对于通过的要件规定在第 18 条(meaning of passage)。其第 1 款规定,通过是指为了下列目的,通过领海的航行:(1)穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施;或(2)驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。其第 2 款规定,通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内,但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助或遭难的人员、船舶或飞机的目的为限。

而对于领海无害通过的法律要件,则规定在《公约》的第 19 条(meaning of innocent passage)。其第 1 款规定,通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全,就是无害的;这种通过的进行应符合本公约和其他国际法规则。其第 2 款规定,如果外国船舶在领海内进行下列任何一种活动(共计 12 种活动),其通过即应视为损害沿海国的和平、良好秩序或安全:(1)对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何威胁或使用武力,或以任何其他违反“联合国宪章”所体现的国际法原则的方式进行威胁或使用武力;(2)以任何种类的武器进行任何操练或演习;(3)任何目的在于搜集情报使沿海国的防务或安全受损害的行为;(4)任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为;(5)在船上起落或接载任何飞机;(6)在船上发射、降落或接载任何军事装置;(7)违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章,上下任何商品、货币或人员;(8)违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为;(9)任

何捕鱼活动;(10)进行研究或测量活动;(11)任何目的在于干扰沿海国任何通讯系统或任何其他设施或设备的行为;(12)与通过没有直接关系的任何其他活动。

从《公约》第18条和第19条的内容及结构看,如果“通过”不符合第18条的要件,则可由第19条的行为予以判断。即《公约》采取了将通过的要件和无害通过的要件分开立法并规定的做法,以区别于《领海与毗连区公约》将通过和无害通过要件规定在同一条的做法。^①例如,《领海与毗连区公约》第14条第2款规定,通过是指为了横渡领海但不进入内水,或驶入内水或自内水驶往公海而通过领海的航行;第4款规定,通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全,就是无害的;此项通过的进行应符合本公约各条款和其他国际法规则。

可见,《公约》与《领海与毗连区公约》在无害通过要件上的区别为:在《公约》中增加了对有害航行行为的列举性规定,这就产生了不符合《公约》第18条的通过要件的行为,既可用《公约》第19条的第1款,也可用《公约》第19条第2款中规定的12种有害行为之一加以应对的效果。例如,在领海内的徘徊、巡航、停船、下锚及其他不明行为,由于它们不能满足通过应继续不停和迅速进行的要件,所以可解释为不是《公约》第18条规定的通过行为,而可被视为是“与通过没有直接关系的行为”(《公约》第19条第2款第12项);^②即使“其他不明行为”不属于《公约》第19条第2款的行为,还可可用《公约》第25条第1款予以处理。所以,《公约》第18条和第19条及第

^① [日]山本草二:《不属于无害通过的领海侵犯》,载《日本的新海洋秩序》,1990(3):72页。

^② [日]山本草二主编:《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》,133~134页。

25 条起互相补充的作用。

对于《公约》第 19 条第 1 款与第 2 款之间的关系问题,也存在两种不同的观点。第一种观点(所谓的列举说)认为,《公约》第 19 条第 2 款是依船舶的行为/状态分类予以规制的,其只不过是对《公约》第 19 条第 1 款的列举,所以,对于“沿海国的和平、良好秩序和安全”标准的判断,应结合第 2 款对同样性质船舶的行为/状态予以判断,并不存在依船舶的分类标准予以判断并规制的余地。第二种观点(所谓的非列举说)认为,《公约》第 19 条第 2 款不需要等待沿海国的举证,其是依据船舶的行为/状态标准设计的“推定性”规定,并不是对第 19 条第 1 款的全部列举。例如,携带核武器舰艇的通过等,即使其不属于第 19 条第 2 款列举的行为,沿海国也能主张其对本国有害,进而可用第 19 条第 1 款予以规制。^①

换言之,如果外国船舶的“通过”行为,即使不是《公约》第 19 条第 2 款的有害行为,也有可能被认为不是《公约》第 19 条第 1 款的有害行为,在这种情形下,沿海国仍可通过规定领海使用的条件,对这些船舶的通过进行管辖。因为《公约》第 21 条规定,沿海国可依本公约规定和其他国际法规则,对下列各项或任何一项制定关于无害通过领海的法律和规章:(1)航行安全及海上交通管理;(2)保护助航设备和设施以及其他设施或设备;(3)保护电缆和管道;(4)养护海洋生物资源;(5)防止违犯沿海国的渔业法律和规章;(6)保全沿海国的环境,并防止、减少和控制该环境受污染;(7)海洋科学研究和水文测量;(8)防止违犯沿海国的海关、财政、移民或卫生的法律和规章。即只要是以上 8 种行为中的一种行为或与其相关,沿海国仍可依国内法予以管制。所以,《公约》第 18 条与第 19 条应与第 21 条和第 25 条看

^① [日]山本草二著:《海洋法》,125~127 页。

作整体并综合考虑,以判断船舶通过行为的性质。

此外,对外国船舶通过的无害性的认定标准和是否违反沿海国的国内法律及规章之间的关系问题,在学术界存在“结合说”和“分离说”两种不同的学说。^①所谓的“结合说”是指,外国船舶在通过领海时,只要采取了违反国内法的行为,就可把这种通过看作是对沿海国的和平、良好秩序或安全的损害,因而其是有害的行为。对于“分离说”,与其是否违反国内法无关,如果外国船舶的通过损害了沿海国的重要利益,则这种通过就是有害通过。所以,基于分离说的观点,外国船舶违反国内法并不直接否定船舶的无害通过,只要其不损害沿海国的重要利益,并不否定其的无害通过权,仅可追究外国船舶违反国内法令的责任。而对于结合说,外国船舶由于违反国内法与认定其的无害性关联,所以,沿海国为保护自国领海的法律权益,有必要在国内法中增加不属于无害通过的行为予以管制的内容。^②

可见,在对外国船舶通过领海的无害性的认定标准上,《公约》条款内容依据各种船舶的行为和状态采用了结合说和分离说的观点,可谓是混合说。

即使存在上述关于航行自由的规定,但他国军舰进入领海实施无害通过制度,并不意味外国军舰可以随意进入沿海国的领海,依据《公约》内容,军舰在他国领海内的无害通过也受到一些限制,主要体现在以下方面:

第一,遵守沿海国制定的法规。《公约》第 25 条规定,沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。其限制为他国军舰应遵守沿海国制定的关于无害通过的法律和规章。具体内容规定在《公约》的第 21 条

① [日]田中利幸:《不属于无害通过行为的国内法制》,载《联合国海洋法公约体制的发展与国内措施》,1998(2):45 页。

② [日]山本草二:《不属于无害通过的领海侵犯》,载《日本的新海洋秩序》,1990(3):77~78 页。

第1款。当然,沿海国应将所有这些法律和规章妥为公布。

第二,遵守沿海国指定或规定的海道航行。《公约》第22条规定,沿海国考虑到航行安全认为必要时,可要求行使无害通过其领海权利的外国船舶使用其为管制船舶通过而指定或规定的海道和分道通航制。当然,沿海国应在海图上清楚地标出这种海道和分道通航制,并应将该海图妥为公布。

第三,对违反沿海国法规的处置措施。《公约》第30条规定,如果任何军舰不遵守沿海国关于通过领海的法律和规章,而且不顾沿海国向其提出遵守法律和规章的任何要求,沿海国可要求该军舰立即离开领海。具体为:如果发现船舶有非无害的航行活动,则可要求其停止;如果其依然不停止活动,则可要求其离开领海。

以上为《公约》对军舰在他国领海内无害通过的一般性规定;^①而军舰在领海内无害通过的争议焦点为:其是否需要得到沿海国的事先同意或通知该国,还是可以自由使用的对立和分歧。这是由于《公约》第17条的模糊性和第19条规定的列举性造成的。即《公约》第17条仅规定了所有船舶均享有无害通过领海的权利;《公约》第19条没有直接对“无害”作出明确定义,而只对有害活动作出了列举性的规定,从而出现分歧及对立的国家实践。

五、美国军舰进入南沙岛礁周边海域行为的 违法性及中国的应对策略

美国军舰这种未经中国许可或通知沿海国擅自进入渚碧礁和美济

① 在《公约》的领海无害通过制度中,不仅规定了适用于所有船舶的规则,也规定了适用于商船和用于商业目的的政府船舶的规则,以及适用于军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的规则。也就是说,《公约》采取了船舶分类区别对待的方法,以规范它们在领海的无害通过制度。以上内容,参见《公约》第17~32条。

礁周边 12 海里海域的航行行为,不仅违反《联合国宪章》第 2 条和平解决争端的原则和不得使用武力或威胁使用武力的原则,也违反中国国内法(例如,《中国政府关于领海的声明》,1958 年 9 月 4 日;《中国领海及毗连区法》,1992 年 2 月 25 日;以及《全国人大常委会关于批准联合国海洋法公约的决定》,1996 年 5 月 15 日)和中美两国军事部门于 2014 年 11 月缔结的《重大军事行动相互通报机制》及其军事危机通报附件内容,呈现中美在南海问题上的更多对立,这将严重损害中美关系的稳定和发展,也不利于南海问题解决进程努力措施的实施。

如果美国这种单方面派遣军舰擅自进入中国南沙岛礁 12 海里领海的活动仍继续进行,则中国政府可在外交、军事和法律上采取以下措施。主要为:

第一,为持续地体现中国的立场和态度,中国海军可继续通过监视、跟踪和警告及驱离等方式,应对美国军舰的“无害通过”,以及通过外交照会的方式向美方表明严正立场。

第二,当美国军舰的所谓无害通过严重威胁我国安全时,我国可考虑设立安全区域。而安全区域的范围应以可监测和可控制为基本要求,并在该范围禁止一切船舶的无害通过。同时,我国也可在特定时间和特定区域为保护国家安全实施包括武器演习在内的活动,以暂时停止外国船舶在领海的特定区域内的无害通过。

第三,根据南沙周边海域安全情势的发展,适时公布我国在南沙岛礁的部分领海基点和基线并加强管理,以明确我国在南海特别在南沙的管辖范围,消除长期以来我国在南沙群岛的管辖海域的模糊性,以坚定地维护我国在南海的合理和合法的权益。

总之,切实维护在南海的合理和合法权益,是中国政府和人民的重要而艰巨的任务。而为改变中国在南海尤其在南沙群岛的不利局面,恢复原来

的本质,中国加大了对南沙岛礁的建设步伐,包括进一步为国际社会提供海洋公共产品,这是无可厚非之事。即使包括美国在内的国家,对于中国在南沙岛礁进行的扩建活动存在不同的认识和分歧,也应首先通过对话协商谈判的方法予以解决,而不是采取单方面的使用武力或威胁使用武力手段,这种方法或手段只能使南海问题更为复杂,南海问题的解决更为困难。所以,中美两国为进一步管控南海安全加强沟通和协调,就特别重要。否则,中国可以此为契机,进一步加强在南沙的设施和防卫力量建设,以及进一步丰富和完善与海洋有关的法律制度。

换言之,在国际社会难以就军舰在领海内的“无害通过”达成理解并共识的前提下,我国应在坚持“事先许可或同意论”的基础上,加强与美国的对话和协商,避免误解和误判,关键应进一步完善我国关于无害通过领海的法律和规章,以确保我国在领海的主权、安全和秩序。

一般来说,海洋大国多强调自由使用论,而发展中国家则多采取事先同意论。这是从各国签署、批准《公约》时的声明,以及联合国海洋事务和海洋法司提供的各国领海法资料中获得的结论。^① 为此,有学者认为,对于外国军舰无害通过领海的习惯国际法规则为:沿海国可以允许外国军舰无害通过领海而不加特别要求,也可以规定须经事先通知或许可,或履行其他要求,但实行这种无害通过的外国军舰必须遵守沿海国关于领海无害通过的法律和规章。^② 这种观点的法律基础为《公约》第30条。

① [日]田中则夫:《联合国海洋法公约的成果与课题——基于公约通过30周年的时点》,载《国际法外交杂志》,2013(2):18~20页;赵建文:《论“联合国海洋法公约”缔约国关于军舰通过领海问题的解释性声明》,载《中国海洋法学评论》,2005(2):1~17页。

② 参见邵津:《关于外国军舰无害通过领海的一般国际法规则》,载《中国国际法年刊(1989年)》,138页,北京,法律出版社,1990。

针对军舰在领海的无害通过问题,《中国领海及毗连区法》(1992年2月25日)第6条第2款规定,外国军用船舶进入中国领海,须经中国政府批准;第10条规定,外国军用船舶在通过中国领海时,违反中国法律、法规的,中国有关主管机关有权令其立即离开领海,对所造成的损失或者损害,船旗国应当负有国际责任。我国在1996年5月15日通过批准《公约》的决定时,就作出了以下声明,即中国重申:《公约》有关领海内无害通过的规定,不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须事先得到该国许可或通知该国的权利。^① 这些内容均体现了《公约》的原则和精神,是国家保护领海权意志的体现,应该得到他国的尊重和遵守。

但不可否认的是,由于《公约》领海无害通过制度的模糊性和国家实践的多样性,军舰在领海内的无害通过制度仍将是一个难题。为此,在双边层面,我们必须积极而慎重地对待,特别应加强中美双边对话和协商,包括遵守中美两国军事部门于2014年11月达成的《重大军事行动相互通报机制》、《海空相遇安全行为准则》及其后续附件的谅解备忘录,^②以增进理解

① 对于条约在中国国内法的地位问题,不仅《宪法》没有作出明确规定,《立法法》和《缔结条约程序法》也没有作出明确的规定。但在一些法律、法规中对适用条约作出了规定,其分为三类。第一,法律明确规定中国缔结或者参加的国际条约同法律有不同规定的,适用国际条约的规定。例如,《中华人民共和国民事诉讼法》(1982年)第189条。第二,法律规定条约有特殊或具体规定的,依条约的规定。例如,《中国红十字标示使用办法》(1996年)第23条。第三,法律直接规定在某些领域适用条约规定。例如,《中国商标法实施细则》(1995年修订)第23条。参见段洁龙主编:《中国国际法实践与案例》,215~216页,北京,法律出版社,2011。尽管对国际法与国内法的位阶及效力问题存在争议,但从中国的立法和实践看,条约具有优于国内法律的效力。参见周忠海主编:《国际法》,64~66页,北京,中国政法大学出版社,2004。

② 关于中美两军《重大军事行动相互通报机制》内容,参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingOnNotification.pdf, 访问时间:2015-02-10。关于《海空相遇安全行为准则》内容,参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingRegardingRules.pdf, 访问时间:2015-02-10。

和互信,避免误解和误判,关键是中美两国应为进一步完善《公约》的领海无害通过制度作出努力,以共同维护海洋包括南海在内的安全秩序,这是作为大国的应有职责。

在国内层面,由于《公约》赋予了沿海国有制定关于无害通过领海的法律和规章的权利(例如,《公约》第21条第1款),因此,我国应在规范养护海洋生物资源的《渔业法》(1986年,2013年最新修订)、航行安全及海上交通管理的《海上交通安全法》(1983年),规范保全沿海国环境的《海洋环境保护法》(1999年,2013年最新修订),规范海洋科学研究的《涉外海洋科学研究管理规定》(1996年),以及《海关法》(1987年,2013年最新修订)、《对外国籍船舶管理规则》(1979年)和《领海及毗连区法》(1992年)等法律和法规的基础上,进一步完善外国船舶通过领海的法律和规章体系,包括制定外国船舶在领海的无害通过规章、中国海警局组织法等,以增加对其管制的效率和功能,体现我国在领海的管辖权,包括通过确认国籍,确认无害通过,在无害通过时确保国内法律和法规的遵守,对违反国内法律和规章进行调查和处分的行政程序、搜查和逮捕的刑事程序,驱离在领海的有害航行行为,以及有害通过违反我国法律和规章时进行搜查及逮捕的刑事程序和调查及处分的行政程序等手段及内容,进而确保我国领海制度的安全和海洋利益。^①

可见,进一步制定和完善领海法制的目的,是使外国船舶尤其是军舰在我国领海的无害通过遵守我国的法律和规章并有法可依,以体现我国《关于

^① 针对外国船舶尤其军舰在领海内的无害通过行为,沿海国对其的执法管辖顺序内容,参见〔日〕田中利幸:《对外国船舶的执行与国内法的完善》,载《与海洋法公约有关的海上保安法制》,1994(1):47~48页。

领海的声明》(1958年)、《中国领海及毗连区法》(1992年)、《关于中国领海基线的声明》(1996年),以及《钓鱼岛及其附属岛屿领海基线声明》(2012年)等法律的功效及完整性,以坚持我国的事先同意论立场,并维护我国在领海的主权、安全和海洋权益。

参考文献:

- [1]〔日〕山本草二. 海洋法[M]. 东京:三省堂,1997.
- [2]〔日〕山本草二. 海上保安法制——海洋法与国内法的交错[M]. 东京:三省堂,2009.

海上丝路与南海问题

金永明

(上海市美国问题研究所 海洋沙龙主任)

摘 要：中国在推进 21 世纪海上丝绸之路的过程中，关键应合理稳妥地处理南海问题争议。南海问题争议主要包括南沙岛礁领土争议、中美专属经济区内军事活动争议及军舰在领海内的无害通过争议两个方面。为此，在重点分析了这些争议的特点和焦点，以及应对的措施后，特别强调了中国处理南海问题的政策和倡议以及“立场文件”的重要性，尤其要求美国采取包容性和建设性的立场和态度对待南海问题争议，以避免南海问题扩大化和复杂化，确保南海安全秩序。

关键词：海上丝绸之路；南沙岛礁领土争议；军事活动争议；无害通过制度

Maritime Silk Road and Issues Over South China Sea

Jin Yongming

Abstract: In the course of developing the 21st Century Maritime Silk Road, the key is to reasonably and soundly deal with disputes over South China Sea. There are mainly two disputes over South China Sea, i. e. territorial dispute over Nansha Islands and Reefs and dispute concerning military activities in Ex-

clusive Economic Zones of China and the USA, and the innocent passage of warships in the territorial sea. Thus, this thesis, after concentrated analysis of characteristics and focuses of these disputes and their countermeasures, puts special emphasis on the significance of China's policies, initiatives and standpoint documents on dealing with issues over South China Sea, especially calls on the USA to take compatible and constructive standpoint in and attitude towards disputes over South China Sea in order to prevent conflicts concerning South China Sea from expanding and becoming complex and maintain security and order in South China Sea.

Key words: Maritime Silk Road; Territorial Dispute over Nansha Islands and Reefs; Dispute over Military Activities; System of Innocent Passage

一、问题的提出

中国 21 世纪海上丝绸之路倡议是合理处理和确保中国周边安全环境的重要战略措施,也是中国和平发展进程的重要组成部分,更是中国实现海洋强国战略的重要路径。而为顺利推进 21 世纪海上丝绸之路有效实施,实现海洋强国战略目标,确保我国与周边国家之间的稳定关系,尤其应处理好我国与东盟国家,以及与美国之间的关系,关键应合理稳妥地处理南海问题争议。因为,南海是构建 21 世纪海上丝绸之路重要而关键的区域。例如,经国务院授权,于 2015 年 3 月 28 日由国家发展改革委员会、外交部、商务部联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》指出:“21 世纪海上丝绸之路重点方向是从中国沿海港口过南海到印度洋,延伸至欧洲;从中国沿海

港口过南海到南太平洋。”^①所以,在推进 21 世纪海上丝绸之路过程中,确保南海及周边安全环境特别紧要。

二、中国拥有南沙岛礁领土主权的依据

一般认为,南海问题争议,主要包括两个层面的内容:第一,中国与东盟国家之间的南沙岛礁领土争议;第二,中美针对专属经济区内的军事活动(军事测量活动、谍报/抵近侦察活动、联合军事演习)争议和军舰在南沙岛礁领海内的无害通过争议,所谓的在航行自由(飞越自由)方面的对立和分歧。由于它们的对象和性质完全不同,所以应采取不同的方法和路径予以应对和处置。

对于南沙岛礁领土争议问题,我国应持续地依据南海断续线主张在南海的海洋权益,体现包括南海断续线的领土主权功能、海域划界的剩余性功能,以及基于历史性权利管制南海某些海域资源及行为在内的功能。^[1]为此,应系统地阐述我国针对南海断续线的性质及线内水域的法律地位。^[2]

不可否认,中国对南沙岛礁拥有领土主权最关键的依据是中国南海断续线或 U 形线。而对其的最清晰的表述出现在中国于 2009 年 5 月 7 日向联合国秘书长提交的照会(含断续线附图)中。其指出:“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”。^②笔者认为,此处的“附近海域”主要指领海;“相关海域”主要指基于历史性权利下的海域和作为《联合国海洋法公约》成员国可

① 关于《推进共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》内容,参见 http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/28/content_2839723.htm, 2015 年 3 月 28 日访问。

② 中国政府于 2009 年 5 月 7 日向联合国秘书长提交的照会内容,参见 http://www.un.org/depts/los/elcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm_c.pdf。

主张的海域(例如,专属经济区、大陆架)。^{①[3]}

此主张也得到了中国政府于2011年4月14日向联合国秘书长提交的补充照会的确认。其指出:“按照《联合国海洋法公约》,1992年《中国领海及毗连区法》和1998年《中国专属经济区和大陆架法》有关规定,中国南沙群岛拥有领海、专属经济区和大陆架”。^②

中华民国政府内政部曾于1947年12月1日正式公布了《南海诸岛新旧名称对照表》,内政部于1948年2月正式对外出版注明所有岛礁名称的“南海诸岛位置图”,划定了包括东沙、西沙、中沙和南沙群岛在内的南海断续线,宣示了中国在南海诸岛的主权和海洋权益。而中国南海断续线不仅与陆域国界相连,也是陆域国界在海上的延伸。同时,这种断续线的划法也符合当时国际地图对海疆国界线的通用做法,也未遭到其他国家的反对。^[4]

新中国成立后,主要在经过多次调查和勘探后,对南海诸岛予以了命名并在地图上加以标注,也对其进行了适度的管理,继承了南海断续线并通过国内法(例如,《中国政府关于领海的声明》第1条,1958年9月4日;《中国领海及毗连区法》第2条第2款,1992年2月25日)的形式不断地加以固化,所以,从历史和法理看,中国对南海诸岛拥有无可争辩的主权。

另一方面,我国也应与东盟国家之间持续地协商和谈判,力争尽早缔结“南海行为准则”,关键应加快中国与东盟国家之间在南海区域的海洋低敏感领域的合作进程。^③

① 例如,《中国专属经济区和大陆架法》第14条规定,本法的规定不影响中国享有的历史性权利。

② 中国政府于2011年4月14日向联合国秘书长提交的照会内容,参见 http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2011_re-phl.pdf.

③ 例如,《南海各方行为宣言》第10条规定,有关各方重申制定南海行为准则将进一步促进本地区和平与稳定,并同意在各方协商一致的基础上,朝最终达成该目标而努力。

第一,这不仅符合《南海各方行为宣言》的要求。因为,《南海各方行为宣言》第6条规定,各方承诺在全面和永久解决争议之前,有关各方可探讨或开展合作,包括以下领域:海洋环保;海洋科学研究;海上航行和交通安全;搜寻与救助;打击跨国犯罪,包括但不限于打击毒品走私、海盗和海上武装抢劫以及军火走私。

第二,其也符合《联合国海洋法公约》第123条的规范性要求。因为,《联合国海洋法公约》第123条规定,闭海或半闭海沿岸国在行使和履行本公约所规定的权利和义务时,应在海洋生物资源的管理、养护、勘探和开发;行使和履行其在保护和保全海洋环境方面的权利和义务;协调海洋科学政策等方面互相合作。

第三,其更符合现实状况。即符合现今无法在中国与东盟国家之间就南沙岛礁领土争议问题达成妥协并最终解决此问题的状况。所以,中国加强与东盟国家之间的海洋低敏感领域合作可作为过渡时期的措施,以为最终解决南海争议问题创造条件。

换言之,中国与东盟国家加强在南海的海洋低敏感领域合作的目的,是为了实现南海资源和行为的功能性和规范性的有效统一,以维护南海的和平、稳定与秩序,共享南海空间及资源利益,进而维护和确保中国与东盟国家之间的关系,为推进21世纪海上丝绸之路建设提供保障和有利环境。^{①[5]}

① 所谓的功能性,是指应合理地开发和利用南海资源,尤其应加强海洋低敏感领域的合作进程,以发挥海洋资源功能优势和共享南海资源利益。所谓的规范性,是指为合理地开发和利用南海资源,应就制定诸如南海行为准则那样的具有法律拘束力的文件而共同努力,以规范各国的行为或行动,弥补包括《南海各方行为宣言》文件在内的制度性缺陷,实现南海资源的有序开发和合理利用。

三、中美针对航行自由的对立和分歧

尽管美国不是南海问题尤其是南沙岛礁领土争议的当事国,但美国一直关注包括南海在内的航行自由(飞越自由),并予以干涉。

一般认为,美国在航行自由上的政策起源于《杜鲁门公告》(1945年9月28日)。其指出,大陆架上的水域作为公海的性质以及公海自由和无碍航行的权利不受任何影响。^[6]而在南海航行自由上的政策,主要体现在1995年5月10日美国政府发表的“关于南沙群岛和南中国海的政策声明”;^[7]2012年8月3日美国政府“关于南海问题的声明”;^①以及2014年12月5日美国国务院发表的《海洋界限:中国在南海的海洋主张》等文件中。^②从这些文件内容可以看出,美国高度关注在南海的航行自由,并认为确保南海航行自由是美国的核心利益。^[8]而在航行自由上的对立和分歧集中体现在专属经济区内军事活动和领海内军舰的无害通过争议上。

(一) 中美专属经济区内军事活动争议

对于中美两国之间的专属经济区内军事活动争议,由于《联合国海洋法公约》并未对“军事活动”作出明确的规范,即使从海洋和平利用、海洋科学研究的角度进行分析,也存在不同的理解和认识,进而在国家实践中出现不同甚至对立的做法。其焦点在于专属经济区内的军事活动是否需要沿海国的事先同意或通知该国,还是可以自由使用的对立。

考虑到在《联合国海洋法公约》的框架内无法达成理解和认识,所以针对已成为习惯国际法的专属经济区内的军事活动争议应通过双边对话协商

① See <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/08/196022.htm>, 2012年8月8日访问。

② See <http://www.state.gov/e/oes/ocns/opa/c16065.htm>, 2015年1月8日访问。

机制谈判解决,以增进互信和共识,特别应遵守中美两国军事部门于2014年11月达成的《重大军事行动相互通报机制》、《海空相遇安全行为准则》及其后续附件的谅解备忘录(例如,《海空相遇安全行为准则》中的“空中相遇”附件,《重大军事行动相互通报机制》中的“军事危机通报”附件);^①并结合国际社会已存的《专属经济区水域航行与上空飞越的行动指针》(2005年9月)、《亚太专属经济区内互信和安全构筑原则》(2013年10月)成果,丰富和完善《联合国海洋法公约》专属经济区的军事活动制度,包括缔结《联合国海洋法公约》体系内针对军事活动争议的第三个执行协定,这是作为大国的中美两国的应有责任。^②^[9]

(二) 中美在南沙岛礁周边海域航行自由上的争议

现今,中美两国在南沙岛礁周边海域航行自由上的对立和分歧特别紧迫,引起了国际社会的广泛关注。

2015年10月27日,美国“拉森”号军舰未经中国政府允许,非法进入中国南沙群岛有关岛礁邻近海域(近岸水域),实施所谓的航行自由,这种行为严重威胁中国的主权和安全,危及岛礁人员及设施安全,危及我国渔民正常的生产作业安全,损害地区和平稳定,遭到中国政府和人民的坚决反对,包括中国海军“兰州”号导弹驱逐舰和“台州”号巡逻舰的监视、跟踪和警

① 中美两军《重大军事行动相互通报机制》内容,参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingOnNotification.pdf, 2015年2月10日访问。中美两军《海空相遇安全行为准则》内容,参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingRegardingRules.pdf, 2015年2月10日访问。

② 关于《专属经济区水域航行与上空飞越的行动指针》内容,参见日本海洋政策研究财团编:《海洋白皮书:日本的动向、世界的动向》(2006年),2006年3月,第195-197页;《亚太专属经济区内互信和安全构筑原则》内容,参见 Ocean Policy Research Foundation Edition: *Principles for Building Confidence and Security in the Exclusive Economic Zones of the ASIA-PACIFIC*, 30th October 2013, pp. 1-12.

告,中国外交部和国防部等对美方的此种行为也予以了强烈抗议和坚决反对。^①

那么,美国为何选择此时来中国南沙岛礁扩建后的渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域进行航行?美国军舰航行的海域性质及其意图是什么,并将带来何种影响?美国军舰的这种航行行为将持续吗?对此,我们应该如何应对?针对上述疑问,作一简要的回答。

自中国加强在南沙岛礁建设以来,美国持续关注,多次要求中国政府停止大规模的南沙岛礁扩建活动,并在中美首脑会晤后立场依然对立的情形下,毅然采取了派遣军舰进入中国拥有主权的渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域的自由航行,这既是对美国自身强调的维护所谓的南海航行自由的具体行为,也是进一步遏制中国在南沙岛礁进行建设的反制措施,更是试图阻止中国预计在南沙岛礁进行必要的军事化建设的粗暴干涉。然后,这种未经中国政府批准的行为极易造成安全不测,威胁航行安全,是中国坚决反对的。

不可否认,美国军舰选择在渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域航行,主要目的是试图阻止中国以此岛礁为基点主张领海,并遏制通过军事手段强化对此海域的控制权,最终目的是“平衡”中国与其他东盟国家之间的军事力量,试图消除中国对南海的“绝对控制权”,抹杀中国在南海的抬头进程,进而遏制中国的发展步伐。那么,中国能否依据南沙群岛内的渚碧礁和美济礁为基点主张领海呢?

^① 外交部发言人陆慷就美国拉森号军舰进入中国南沙群岛有关岛礁邻近海域答记者问内容,参见 http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1309393.shtml, 2015 年 10 月 28 日访问;国防部新闻发言人杨宇军就美舰进入中国南沙群岛有关岛礁近岸水域发表谈话内容,参见 http://news.mod.gov.cn/headlines/2015-10/27/content_4626242.htm, 2015 年 10 月 28 日访问。

从地理位置看,渚碧礁位于北纬 10 度 55 分、东经 114 度 05 分,它是一种环状的珊瑚礁,长约 3.2 海里、宽约 1.9 海里,整个环礁面积约 16.5 平方千米。此环礁西高东低,高潮时全部淹没,低潮时其西部露出水面约 0.5 米。^[10]美济礁位于南沙群岛的东北部,北纬 09 度 53 分、东经 115 度 32 分,是近似椭圆形的干出环礁,其长约 4.4 海里,宽约 3 海里,礁环上有许多干出约 0.6 米高的礁石。^[11]所以,即使依据《联合国海洋法公约》岛屿制度第 121 条第 3 款的规定,这些岛礁的法律地位为岩礁,可以主张自身的领海。^①但中国为避免引起更多的误会和误解,使用了“邻近海域”(“近岸水域”)的术语,也一直未宣布在南沙的领海基点和基线,采取了“模糊”的战略,保持了最大的克制,其目的是为了维护南海的安定和有序,并确保南海尤其是南沙海域的航行自由与安全。

而美国认为,这些岛礁尤其是渚碧礁和美济礁均为低潮高地,无法主张它们的领海。^②因为,《联合国海洋法公约》第 7 条规定,除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,或以这种高地作为划定基线的起讫点已获得国际一般承认者外,直线基线的划定不应以低潮高地为起讫点。所以,美国认为,中国持续加强在该区域的设施建设,在预测可能强化对海域的管辖及军事化管理的情形下,美国为实现多重目标(包括维护所谓的航行自由、支持他国的权益主张、削弱中国在南海的利益等)及消除默认中国行为的目的,进而擅自派遣军舰在渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域实施了

① 《联合国海洋法公约》第 121 条第 3 款规定,不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。

② 例如,《联合国海洋法公约》第 13 条第 1 款规定,低潮高地是在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地。如果低潮高地全部或一部与大陆或岛屿的距离不超过领海的宽度,该高地的低潮线可作为测算领海宽度的基线。第 13 条第 2 款规定,如果低潮高地全部与大陆或岛屿的距离超过领海的宽度,则该高地没有其自己的领海。

所谓的航行自由,这实在是一种无奈之举。

美国军舰这种未经中国许可或通知沿海国中国就擅自进入渚碧礁和美济礁周边 12 海里海域的航行行为,不仅违反《联合国宪章》第 2 条和平解决争端的原则和不得使用武力或威胁使用武力的原则,也违反中国国内法(例如,《中国政府关于领海的声明》,1958 年 9 月 4 日;《中国领海及毗连区法》,1992 年 2 月 25 日;以及《全国人大常委会关于批准联合国海洋法公约的决定》,1996 年 5 月 15 日)和中美两国军事部门于 2014 年 11 月缔结的《重大军事行动相互通报机制》及其军事危机通报附件内容,呈现在南海问题上的更多对立,这将严重损害中美关系的稳定和发展,也不利于南海问题解决进程努力措施的实施。

如果美国这种单方面派遣军舰擅自进入中国南沙岛礁 12 海里领海的活动仍继续进行,则中国政府可采取以下措施。主要为:第一,为持续地体现中国的立场和态度,可继续通过监视、跟踪和警告及驱离等方式应对美国军舰的“无害通过”,以及通过外交照会的方式向美方表明严正立场。第二,当美国军舰的所谓无害通过严重威胁我国安全时,我们可考虑设立安全区域。因为,《联合国海洋法公约》第 25 条第 1 款规定,沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。而安全区域的范围应以可监测和可控制为基本要求,并在该范围禁止一切船舶的无害通过。同时,我国也可在特定时间和特定区域为保护国家安全实施包括武器演习在内的活动,以暂时停止外国船舶在领海的特定区域内的无害通过。^① 第三,根据南沙周边

^① 例如,《联合国海洋法公约》第 25 条第 3 款规定,如为保护国家安全包括武器演习在内而有必要,沿海国可在对外国船舶之间在形式上或事实上不加歧视的条件下,在其领海的特定区域暂时停止外国船舶的无害通过;这种停止仅应在正式公布后发生效力。

海域安全情势的发展,适时公布我国在南沙岛礁的部分领海基点和基线并加强管理,以明确我国在南海的管辖范围,消除长期以来我国在南海尤其在南沙群岛的管辖海域的模糊性,以坚定地维护我国在南海的合理和合法的权益。

另外,应该指出的是,尽管针对军舰在领海内的无害通过,并未形成统一的习惯国际法规则,但无害通过领海的外国军舰必须遵守沿海国关于无害通过领海的法律和规章,则是没有疑义的。^[12]因为,《联合国海洋法公约》第30条规定,如何任何军舰不遵守沿海国关于通过领海的法律和规章,而且不顾沿海国向其提出遵守法律和规章的任何要求,沿海国可要求该军舰立即离开领海。为此,应结合《联合国海洋法公约》关于领海制度的立法过程,分析领海无害通过制度的理论争议,关键应完善国内关于领海制度的法律和规章,因为,《联合国海洋法公约》第21条第1款规定,沿海国有制定关于无害通过领海的法律和规章的权利,以规制军舰在我国领海内的有害通过行为,确保我国领海内的安全秩序。^[13]

四、南海问题展望

现今,中国针对南海问题的政策日渐清晰及主动,包括加强在南沙岛礁的建设、积极提供公共产品,采取“双轨思路”政策、主张“维护南海和平稳定三点倡议”,协商制定“南海行为准则”等,以合理解决南海问题争议。同时,为应对中越西沙船只对峙事件(2014年5月),中国政府于2014年6月8日发表了《“981”钻井平台作业:越南的挑衅和中国的立场》;^①针对菲律

^① See http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/zyxw_602251/t1163255.shtml, 2014年6月9日访问。

宾单方面提起的南海强制仲裁案,中国外交部授权于2014年12月7日发表了《中国政府关于菲律宾所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,以坚定捍卫中国在南海的主权、安全和发展利益。^①^[14]

上述政策和倡议及“立场文件”的主要目的是管控南海秩序,阐述我国在南海的政策立场和法律主张,推进合作开发和共同开发进程,实现南海资源和行为的功能性和规范性的协调统一目标。所以,南海问题有序及合理地处理,对于推进21世纪海上丝绸之路、确保南海航行自由有重大而积极的作用和影响。

总之,切实维护在南海的合理合法权益,是中国政府和人民的重要而艰巨的任务。而为改变中国在南海尤其在南沙群岛的不利局面,恢复原来的本质,中国加大了对南沙岛礁的建设步伐,包括进一步为国际社会提供海洋公共产品,这是无可厚非之事。即使包括美国在内的国家,对于中国在南沙岛礁进行的扩建活动存在不同的认识和分歧,也应首先通过对话协商谈判的方法予以解决,而不是采取单方面的使用武力或威胁使用武力手段,这种方法或手段只能使南海问题更为复杂,解决更为困难。所以,中美两国进一步管控南海安全加强沟通和协调,就特别重要。否则,中国可以此为契机,进一步加强在南沙的设施和防卫力量建设,以及进一步丰富和完善与海洋有关的法律制度。

换言之,在南沙岛礁领土争议问题无法获得妥善解决的现况,如何依据21世纪海上丝绸之路战略构想内涵,进一步加强中国与东盟国家之间在海洋低敏感领域的合作进程并尽早实施,是我们应该努力的方向。这对于加

^① See http://www.gov.cn/xinwen/2014-12/07/content_2787663.htm, 2014年12月8日访问。

强中国与东盟国家之间的关系,延缓南海问题争议,有一定的促进作用。同时,为进一步管控南海问题争议,消除《南海各方行为宣言》缺陷,制定具有法律拘束力的南海行为准则,也是相关国家继续应该重视的重要方面。^[15]此外,为消除所谓的南海航行自由的担忧,也应在中美等国家的主导下,就确保南海航行自由问题展开磋商,包括举行南海区域航行安全论坛会议,以缔结具有指导性意见的文件,共同合作处理危机事态并确保南海航行安全。

最后应该指出的是,在对待南海问题上,美国尤应采取包容性和建设性的立场和态度,包括坚守在南沙岛礁领土主权问题上的中立立场,改变偏袒他国的态度以及试图通过提供和援助武器装备、军事演习和缔结防卫协定等加强军事威慑及防卫的做法,停止军舰在中国南沙岛礁周边 12 海里内的活动,以稳固和促进相关国家的努力并确保已达成的业绩,稳定南海安全秩序,避免南海问题扩大化和复杂化。这是包括中美两国在内的国际社会的共同而合理的期盼,必须努力实现之。

参考文献:

- [1] 高之国,贾兵兵.论南海九断线的历史、地位和作用[M].北京:海洋出版社,2014:48.金永明.美国军舰进入南沙岛礁领海的可能影响及应对策略[J].海南大学学报(人文社会科学版),2015(4):6.
- [2] 金永明.中国南海断续线的性质及线内水域的法律地位[J].中国法学,2012(6):36-48.
- [3] 贾宇.中国在南海的历史性权利[J].中国法学,2015(3):179-203.
- [4] 王颖,葛晨东,邹欣庆.论证南海海疆国界线[J].海洋学报,36(10)(2014年10月):1-11.
- [5] 金永明.论南海资源开发的目标取向:功能性与规范性[J].海南大学

- 学报(人文社会科学版),2013(4):1-6.
- [6] 北京大学法律系国际法教研室编. 海洋法资料汇编[M]. 北京:人民出版社,1974:386-387.
- [7] 吴士存主编. 南海问题文献汇编[M]. 海口:海南出版社,2001:377-378.
- [8] 金永明. 美国军舰进入南沙岛礁领海的可能影响及应对策略[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2015(4):2.
- [9] 金永明. 中美专属经济区内军事活动争议的海洋法剖析[J]. 太平洋学报,2011(11):74-81.
- [10] 张良福. 南海万里行——在南沙群岛巡航的日子[M]. 北京:海洋出版社,2006:99.
- [11] 张良福. 南海万里行——在南沙群岛巡航的日子[M]. 北京:海洋出版社,2006:56.
- [12] 邵津. 关于外国军舰无害通过领海的一般国际法规则[J]. 中国国际法年刊(1989年),北京:法律出版社,1990:138.
- [13] 金永明. 美国军舰进入南沙岛礁领海的可能影响及应对策略[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2015(4):1-8.
- [14] Michael Sheng-ti GAU, The Sino-Philippine Arbitration on South China Sea Disputes: Admissibility and Jurisdiction Issues, China Oceans Law Review, Vol. 21, June 2015, pp. 166-293.
- [15] 金永明. 南海问题的政策及国际法制度的演进[J]. 当代法学,2014(3):22.