

《海洋法公约》的法律价值与实效分析

张光耀*

内容摘要:《联合国海洋法公约》在法律规则上存在法律真空和法律规定模糊的弊病,由此引发诸多国际海洋法争议,甚至导致国际海洋争端的发生。从法理学角度来看,这是由于《公约》在自由、平等、秩序、利益、主权等价值层面陷入法律困境而导致的。通过对规则、价值和事实的梳理,《公约》正面临争端解决路径趋于多样化、复杂化,低敏感领域规定适用增多,维护海洋权益日益高涨以及国际组织充分参与其发展的现状与挑战。因此,有必要在中国政府的政策和倡议与国际组织的动议之间寻找契合点,在低敏感领域与周边国家加强合作与对话,并选择性地参与《公约》争端解决程序以及将国内法治与《公约》做进一步协调和转化,从而为实现 21 世纪海洋强国战略提供参考。

关键词:《海洋法公约》 法律缺陷 法律价值 海洋强国

1982 年 12 月 10 日在第三次联合国海洋法会议上通过的被联合国秘书长称为“本世纪最重要的法律文件”的《海洋法公约》(以下简称《公约》),于 1994 年 11 月 16 日生效并且获得 167 个国家和欧盟的签署和批准。从“海洋封闭”(*Mare Clausum*)到“海洋自由”(*Mare Liberum*),再到当今面临的气候变化、海水温度上升、污染、海水酸化、缺氧和对海洋鱼类的过度捕捞等“海洋危机”(*Mare Crisium*),三种理论的变迁推动着海洋法的演进与发展,同时表明国家独立发展与国际社会和谐之间存在固有的内在冲突,海洋规则的制定和秩序的维持在某种程度上意味着超越实用主义和功利主义。因此,《公约》作为“一揽子交易”^①、“更早的条约”或者一种框架式“伞状”公约,^②各国政府批准或加入之时需要在任何方面都无保留地接受其所有部分的整体,并承诺不采取任何可能破坏其目的的行动。然而,设立了宽泛原则和模糊规定的《公约》在理论上和实践中都存在诸多法律缺陷,由此也引发了国际法上的争议甚至争端。从法理学视角分析《公约》法律缺陷背后的价值困境,厘清自实施以来存在的法律缺陷和引发争议的原因,进而归纳《公约》当前的现状与挑战,再从中国视角提出对策与建议,将具有重要的理论意义和实践意义。

* 武汉大学国际法研究所博士研究生。

本文为 2016 年中国海洋发展研究会重大研究项目“《联合国海洋法公约》若干制度评价与完善预研”(项目号:CAMAZDA201602)的阶段性成果之一。

^① See Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea: The United Nations Convention on the Law of the Sea (a Historical Perspective), Oceans & Law of the Sea United Nations, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm # Third Conference, visited on 11 February 2017.

^② Southern Bluefin Tuna (New Zealand—Japan, Australia—Japan), Reports of International Arbitral Awards, United Nations, 4 August 2000, p. 23.

一、《公约》的法律缺陷与争议

现存国际海洋法律体系中,《公约》包含了 17 个部分、320 个条文、9 个附件以及 2 个执行协定,被人们称之为“海洋宪章”。因此,《公约》一经生效便具有法律的工具意义与外在价值。“文本世界”里《公约》的各项法律规定是作为国际法制定者的众多国家依据一定的立法程序而制定的,其法律效力得到缔约国的普遍承认。“具体世界”里国际海洋事务作为其调整的主要内容,充斥着纷繁复杂的海洋法律纠纷与争议。实证法注重规则,自然法注重价值,社会法注重事实。规则、价值和事实是法律的不同组成部分。^①因此,首先从规则入手,分析《公约》的法律缺陷与争议。

(一) 法律真空

《公约》框架宏大、内容广泛导致在具体内容的规定上存在明显的缺失。因此,在“文本世界”里,《公约》存在诸多法律真空地带,主要体现在如下几个方面:

首先,《公约》在第 5 条、第 7 条和第 14 条分别规定了正常基线法(大多数美洲和非洲国家采用)、直线基线法(中国、挪威等采用)和混合基线法(荷兰、瑞典、丹麦、索马里等采用)来作为主要的测算领海宽度的起始线,但是《公约》对领海外部界限的确定除了第 4 条原则性规定以外,并没有任何具体的规定。因此,由于领海基线适用的灵活性和领海外部界限缺乏明确规定,国家在其主权行使之下所划定的领海基线和外部界限会产生争议。其次,在国际法上,群岛包含沿岸群岛、群岛国的群岛以及大陆国家的远洋群岛。在《公约》第四部分的九个条文中,仅仅规定了群岛国的群岛制度,包括群岛基线、无害通过权、群岛海道通过权等。然而,没有明确规定大陆国家的远洋群岛是否可以适用《公约》第四部分。而且《公约》第 7 条直线基线的规定中也没有明确可否适用于大陆国家远洋群岛。可见,在《公约》中大陆国家远洋群岛划定领海基线问题存在“法律真空”。在实践中,国际司法机构以及各国的做法也各不相同。最后,在专属经济区和大陆架争议海域划界问题中,岛屿在划界中具体效力问题在《公约》中也没有体现。岛屿具有完全效力、部分效力还是零效力,需要具体根据其地理位置和性质而定;同一岛礁在领海、专属经济区、大陆架划界中效力是否相同?其不确定性也给国际司法和国家实践带来了不确定性。而且,《公约》中没有任何条文规定一国在 200 海里内的专属经济区权利与另一国根据《公约》第 76 条在 200 海里外大陆架享有的权利谁具有优先性的问题。两国在这两处重叠区域存在法律优先地位之争,如果无法正确、适当地处理专属经济区权利和大陆架权利的优先性问题,就很难进一步去探讨共同开发此区域内非生物资源的问题。

(二) 法律规定模糊

《公约》虽然建立了新的海洋法律框架,迈出了构建国际海洋法律秩序的第一步,但是对诸多核心问题的措辞却十分繁琐和模糊,在立场上明显倾向于部分海岸线有优势的沿海国。这种缺陷在实践中往往导致争端双方径自作出有利于自己的解释,尤其是沿海国大国

^① 於兴中:《法理学前沿》,中国民主法制出版社 2015 年版,第 12 页。

往往最大限度地获取自己的专属经济区和大陆架权益,从而引发海洋争端。^①因此,在相当多的海洋划界实践中,法律规定的诸多模糊之处导致了《公约》很多规定都缺乏可操作性,主要体现在如下几个方面:

首先,《公约》第7条关于直线基线的规定中,“任何明显程度上”、“一般方向”、“已获国际一般承认者”、“长期惯例”以及“重要经济利益”等术语表述模棱两可,导致解释上的灵活性,从而划定领海基线也存在着不确定性。滥用直线基线的规定会导致直线基线在世界上任意海域随处可见,且各国在适用各种方式划定直线基线时,总会援引现存直线基线作为先例来为自身行为辩护。^②其次,《公约》第10条第6款、第15条以及第298条第1款(a)项(1)目的规定中,分别提及了“历史性”海湾(“historic” bays)、历史性所有权(historic title)以及历史性海湾或所有权(historic bays or titles)三种表述。三个条款都使用“历史性”(historic)一词,但都没有明确定义或解释“历史性”海湾或者历史性所有权的具体内涵。以历史性海湾为例,表述上存在细微差异,即有的表述为“historic”(加了双引号),有的表述为historic(没有加双引号),无法确定两者是否能够直接等同。另外,乔治·沃克(George Walker)认为历史性海湾是指沿海国公开声称和行使管辖权的海湾,并且其他国家已默许这一管辖权,历史性海湾不需要满足《公约》第10条第2款对“海湾”定义中所规定的要求;^③日本代表团认为历史性海湾必须是沿海国长期地、持续地、有效地对其行使主权,其他国家对此以明示或默示的方式承认;还有学者认为一些海湾成为历史性海湾的原因是因为声称拥有他们所有权的沿岸国家一般被认为是通过长期、不间断和和平拥有的方式享有这个称号,有时是由于一些相对古老的象征性的没有争议的索赔获得。^④这三种表述虽有所呼应,但模糊而不确定的是“长期”、“有效”等措辞给不同情况留有余地,一些国家因此擅自进行扩张解释,对“长期”主张50年、100年、150年不等的年限,以获得更多海域划入本国内海湾。可见,尽管国内外学者、学术团体提出了不同的定义,但国际社会始终没有提出一个统一的可践行的定义。再次,《公约》未对有关岛屿、岩礁、低潮高地的自然属性的界定标准加以明确。对这三种海洋地物进行识别时,需要考察该海洋地物在低潮和高潮时露出水面的情况。然而,在确定低潮和高潮时存在不同形式的潮汐线基准面(如最低天文潮面、春潮低潮面、平均低潮面等)的情况。因此,如何判断“高潮时高于水面”和“低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中”缺乏统一的界定标准和国家一致的实践。^⑤海洋的自然属性在客观上表现出人为可支配性与物质利益性,从而为法律所认可与调整,但它比陆地的

^① 参见罗国强:《〈联合国海洋法公约〉的立法特点及其对中国的影响》,《云南社会科学》2014年第1期,第126—128页。

^② Victor Prescott & Eric Bird, The Influence of Rising Sea Levels on Baselines from which National Maritime Claims are Measured and an Assessment of the Possibility of Applying Article 7 (2) of the 1982 Convention on the Law of the Sea to Offset any Retreat of the Baseline, International Boundaries and Boundary Conflict Resolution: 1989 Conference Proceedings 279—300 (1990).

^③ See George K. Walker, Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention 225 (Martinus Nijhoff 2012).

^④ See Keyuan Zou, Law of the Sea in East Asia: Issues and Prospects 138 (Psychology Press 2005).

^⑤ 参见包毅楠:《低潮高地的法律地位辨析》,《上海大学学报(社会科学版)》2016年第4期,第24—25页。

自然属性更为多样化,于是在海洋法的实践过程中,海洋地物因其多样与复杂的自然属性,导致了许多难以解决的国际海洋争端。^① 此外,对“是否能够维持人类居住或其本身的经济生活”也缺乏明确而统一的有权解释,《公约》没有列出“不能维持人类居住或其本身的经济生活”的具体标准,留给缔约国各自认知解释的空间,一些国家为获得更多的海洋利益,指“礁”为“岛”,乃至指“暗礁”为“领土”,并以此要求拥有大陆架和专属经济区权利,这导致了一些划界争端的发生。^② 最后,《公约》第 74 条和第 83 条分别规定了海岸相向或相邻国家间专属经济区和大陆架界限的划定问题,虽然这两条对海洋划界的原则和规则作出了规定,但这些规定过于模糊,不具有可操作性,难以解决实践中千差万别的划界问题。

二、《公约》的法律价值困境

如前文所述,《公约》的法律缺陷主要体现在法律真空与法律规定的模糊性两个方面,由此也引发了理论界和实务界对《公约》解释和适用上的诸多争议。从法理学角度来看,这些法律缺陷与争议是由于其背后所蕴含的法律价值困境所引发的。因此,有必要从自由、平等、秩序、利益、主权等法律价值层面上对《公约》法律缺陷与争议的原因进行深入分析。

(一) 自由:妥协的产物

表面上看,参与三次联合国海洋法会议的国家和地区实现了对“海洋自由”的调控,对保障和实现 21 世纪“海洋自由”的权利和义务都具有非常重要的意义。但从本质上来看,这是一种国家意志妥协的自由。现代海洋法对海洋自由的限制体现在地理上和功能上,特别是自从《公约》通过以来,国际社会一直在朝着更加限制自由的方向发展。公海已经成为一个“受管理的公共区域”(managed common area),而不是自由可以充分行使的地区。在航行和渔业方面尤其如此,一定程度上受到《公约》规则、国际协议和软法性文件的广泛影响和规制。^③ 自由本是外界障碍不存在的状态,这种障碍往往会使人们失去一部分做自己所要做的事情的力量,但却不能妨碍按照自己的判断和理性所指出的方式运用剩下的力量。^④ 从奴隶制社会时期海上贸易和作战的自由受到古罗马与迦太基等签订的条约的限制,到封建制度时期欧洲海洋大国主张对近海的权利,受到了《罗伊法集》、《阿马菲法集》、《海上法汇编》等中规范人类海上活动的主张的限制,再到资本主义发展时期《海洋自由论》与《海洋主权论》、《闭海论》立场的对立,似乎都印证了卢梭的法的自由观:人类只有遵从自己为自己制定的法律时,才是自由的^⑤。考虑到三次联合国海洋法会议上出现的不同观点,当时的条约草案无法得到普遍接受并不奇怪。

(二) 平等:模糊的规定

^① 江河:《海洋法的特性演变与中国的海洋权益——以海洋基本属性为框架的研究与建议》,《人民论坛·学术前沿》2016 年第 23 期,第 54 页。

^② 杨勉:《国际法规则与中国适用》,时事出版社 2015 年版,第 256 页。

^③ See Michael Young, *Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea*, 47(2) Ocean Development & International Law 180 (2016).

^④ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1985 年版,第 97 页。

^⑤ [法]卢梭:《社会契约论》,徐强译,九州出版社 2007 年版,第 51 页。

多元的权利主体和多样的权利内容,使得平等权成为《公约》的必要和可能。从主体来看,《公约》的平等价值体现为沿海国与内陆国、海洋大国与海洋小国、发展中国家与发达国家之间的主体地位平等,体现的是一种平衡的正义。在内容方面,不同缔约国所享有的《公约》权利与承担的《公约》义务根据需求和能力等标准来加以分配,《公约》序言中也强调了“将有助于按照《联合国宪章》所载的联合国的宗旨和原则巩固各国间符合正义和权利平等原则的和平、安全、合作和友好关系……”这一点,体现的是一种分配的正义。由于《公约》在立法技术上,具有内容广泛、框架宏大,细节含糊其辞、模棱两可的特点。^①使得对《公约》立法的精确性要求无法过高,从而在制度上缺乏清楚的、具体的客观依据,成为一种“硬法缺陷”。^②而且,《公约》作为国际法本身就是一种缺乏强制保障实施机构的“弱法”,故平等价值的实现缺乏一种充分的、自主的实现以及对其他主体的尊重。以至于有外国研究报告显示,中国在过去30年间,在海洋研究方面取得了重大进展,尤其在生物资源、沿海地带生态、海洋学和地球科学这些方面重视程度较高,但是对海洋健康和生物安全、国际法以及监测、控制和管制海洋方面的重视程度则相对较低。^③再加上现实中司法和仲裁实践的个案性、法官以及学者学说的主观性并未有效弥补这种平等的缺陷,反而使得平等价值误入歧途,容易成为政治博弈的牺牲品。

此外,受海洋相关科技迅猛发展的影响,这种模糊的规定对平等主体和平等权利的挑战加深,致使《公约》的不平等问题越发严重。

(三)秩序:政治方法的失灵

国际法中维护法律秩序的方法可以是政治方法和法律方法,当强制性方法或政治方法失灵时,会导致走向司法或仲裁路径。从提交至国际法院(ICJ)、国际海洋法法庭(ITLOS)、常设仲裁法院(PCA)的案件可以看出,《公约》实施以来引发了一系列海洋法上的争议。而没有提交至司法和仲裁解决的海洋争端,有可能是通过强制性方法或者政治方法解决的。强制性方法解决争端为国际法所排除,《公约》第279条规定了用和平方法解决争端的义务,因此用强制性方法解决争端等于违背《公约》义务,构成国际不法行为。但是,海洋争端解决中存在一种“失序”的现象,即争端当事国在一开始通常会爆发武装冲突以求解决争端。例如,1994年喀麦隆诉尼日利亚案在提交至国际法院之前,两国对巴卡西半岛的主权归属争执不下,甚至多次发生武装冲突。但是,强制性方法并不能够真正解决争端,反而会使争端更加复杂化甚至多边化。于是,喀麦隆于1994年3月29日向国际法院提起诉讼,请求国际法院确认巴卡西岛的主权归属,并对两国间一部分存在争议的海洋边界予以确认,以避免日后的争议。《公约》第287条第1款规定的四种争端解决路径为争端当事国提供了导致具有拘束力的裁判的强制程序,且成为解决争端的一种具有既判力的法律方法。由于《公约》第283条规定了争端各方应迅速就以谈判或其他和平方式解决争端一事交换意见的义务,因此,和平解决争端的政治方法已经成为法律方法的必经前置性方法。也即,当政治方法失灵时,法律方法就成为了解决海洋争端的最后方式。

^① 参见罗国强:《论“南海仲裁案”仲裁裁决的枉法性》,《当代法学》2016年第6期,第149页。

^② 参见罗豪才:《软法的理论与实践》,北京大学出版社2010年版,第57页。

^③ See Denis Lacroix et al., *Interactions between Oceans and Societies in 2030 : Challenges and Issues for Research*, 4(1) European Journal of Futures Research 12 (2016).

(四)利益:油气资源的争夺

“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往”。^①《公约》基本上反映了绝大多数国家开发利用海洋的共同愿望和利益,标志着世界海洋秩序的重新确立。《公约》序言围绕“全人类的利益和需要”强调了《公约》价值的属人性,这是一种具有共同性、国际性、利益性的价值追求,《公约》正是为适应这种利益调节的需要而产生,三次联合国海洋法会议对条文的变化和发展也源自于对利益关系的变化和发展。然而,随着油气生产国国内储量的日趋减少,各国纷纷走向海洋以寻求更广泛的资源利益,并将开发利用海洋资源列为一项基本国策。海洋资源是一种“公共池塘”资源(“common pool” resource),^②油气资源利益的争夺,直接或间接导致《公约》争端的产生。

通过梳理《公约》生效以来国际法院的16件、国际海洋法法庭的25件、常设仲裁法院的15件案例可以得出,直接由油气资源引发的争端指的是在蕴含丰富油气资源的海域,缔约国为了获得油气资源权属所引发的划界争端。例如,巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥划界案、孟加拉国与印度关于孟加拉湾海洋划界案和索马里诉肯尼亚印度洋海洋划界案等。而间接由油气资源引发的争端指的是在勘探、开发油气资源的过程中引发的非划界争端,如荷兰诉俄罗斯“北极日出号”仲裁案。这种由于油气资源间接引发的争端,争端类型可能表现为海洋环境的保护、渔业资源争端、申请临时措施或迅速释放等。实践表明,无论是直接还是间接由油气资源引发的争端,都成为近几年缔约国之间引发《公约》海洋争端的重要因素之一。

(五)主权:全球化的挑战

随着全球化的发展,国家主权的边界正受到削弱,地区之间、国家之间的边界壁垒正在逐步消失。虽然《公约》序言中提到“在妥为顾及所有国家主权的情形下”来建立一种海洋法律秩序,但是如何守住国家海洋主权和边界目前仍然是多数国家所面临的主要挑战。研究表明,海洋大国目前对确保国家海洋资源安全要比促进国际合作以确保贸易和可持续利用海洋资源表现出更大的兴趣。^③这说明,全球化对于海洋法的发展来讲,海洋大国仍处于保守参与的状态。虽然,这种保守与1648年《威斯特伐利亚和约》以来所形成的坚硬互碰的台球式国家关系相比,已经实现一定程度的穿透。但显而易见的是,“国家主权相对化”、“去国家化”并没有演变成海洋法领域的发展趋势。因此,全球化对于《公约》来讲,如何与全球经济领域的深入融合形成互动是当前《公约》面临的重要问题。国家实体仅仅依赖自身经济基础、政治外交关系、民族文化传统所形成的对国家边界和主权的限制,只能滋生更多的海洋争议。

另外,全球化的推进对于整个国际海洋法治来讲,正在促进国家正义、区域正义与全球正义的相互缠绕、相互重叠,处理国际海洋事务往往与国内、区域事务无法分清楚界限。这意味着,在海洋法律规制层面上,急需谋求共识性的海洋法治价值。^④

^① 《史记·货殖列传》。

^② See Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Economic Foundations of the Law of the Sea*, 104(4) The American Journal of International Law 571 (2010).

^③ Denis Lacroix et al., *Interactions between Oceans and Societies in 2030 : Challenges and Issues for Research*, 4 (11) European Journal of Futures Research (2016).

^④ 参见王晶宇:《法理学全球化范式研究》,郑州大学出版社2016年版,第142页。

三、《公约》的适用现状与前景

通过前文对《公约》法律缺陷与争议及其背后的法律价值的困境分析,揭示了当前《公约》法律逻辑体系中的大前提。因此,有必要对《公约》的实施现状进行归纳,由此推测其发展前景,展现《公约》法律逻辑体系中的小前提。笔者仅从国际组织、低敏感领域、争端解决和维护海洋权益这四个主要方面对《公约》目前的实施现状与前景预测进行研究。

(一)《公约》与国际组织

《公约》的产生、发展、适用都与国际组织有着密切的联系。根据国际法实践,《公约》涉及的多个“国际组织”主要包括联合国法律事务厅的海洋事务和海洋法司(DOALOS)、国际海事组织(IMO)、联合国教科文组织所属的政府间海洋学委员会(IOC)、联合国环境规划署(UNEP)、国际海底管理局(ISA)、国际海道测量组织(IHO)、国际航标协会(IALA)等。

以 IOC 为例,2016 年初发布了《海岸综合管理试点情况》、《开放的海洋:状况和趋势》和《大型海洋生态系统:状况和趋势》等报告,在维持健康的海洋生态系统和持续的生态系统服务、海洋灾害预警、气候变化和变动以及增强对新兴海洋科学问题的了解方面与《公约》作出进一步的工作拓展和协调。

此外,DOALOS 作为《公约》的秘书处,也于 2016 年初发布了首次《全球海洋综合评估》。研究结果表明,目前的海洋承载能力接近或处于极限状态。因此,需要在全球范围内采取紧急行动,以保护全球海洋免受其面临的诸多压力。^①这次评估加强了“科学—政策”的对接,并为今后的评估奠定了基础。这些评估和有关倡议将有助于执行《2030 年可持续发展议程》中与海洋有关的目标。^②

另外,欧盟决定在 2016 年启动全球海洋治理的重大政治动议,它需要政府间的合作和对话,经济经营者和利益相关者更好地适用现有的协议以实现设定的目标。^③2016 年 12 月 7 日至 13 日,“海洋能源路线图的设立”、“欧盟委员会关于海洋治理的交流”和“海洋行动日的举办”三大事件的联合组成了“欧盟海洋周”核心内容,欧盟正在以“全球海洋共同体”(global ocean community)的理念致力于面对海洋挑战和解决海洋困难。^④

^① First Global Integrated Marine Assessment, Chapters of the World Ocean Assessment of the Regular Process, available at http://www.un.org/Depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm, visited on 18 Feb. 2017.

^② 《变革我们的世界:2030 年可持续发展议程》中目标 14 为:保护和可持续利用海洋和海洋资源以促进可持续发展,see Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolution adopted by the General Assembly on 25 Sep. 2015, A/RES/70/1, p. 14.

^③ European Commission, The EU Pushing for Better Ocean Governance: Much to be Done, Much to be Gained, available at http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/magazine/en/policy/eu—pushing—better—ocean—governance—much—be—done—much—be—gained, visited on 19 Feb. 2017.

^④ European Commission, EU Ocean Week: How Do We Best Use, Govern and Protect Our Greatest Asset, available at http://ec.europa.eu/commission/2014—2019/vella/blog/eu—ocean—week—how—do—we—best—use—govern—and—protect—our—greatest—asset_en, visited on 19 Feb. 2017.

最后,次区域渔业委员会、绿色和平组织等区域性国际组织、非政府间国际组织也正以不同身份参与到《公约》的解释或适用中。由此可见,在制定新的国际协定和协调国家实践方面,国际组织的工作是进一步发展海洋法的主要手段。^①更重要的是,国际组织在未来海洋法发展过程中也将持续不断地发挥重要作用。

(二)《公约》与低敏感领域

《公约》第十二、十三、十四部分的规定相较于岛屿主权和海域划界问题属于低敏感领域议题。实践中,各国在这三个领域也越来越多地开展实践,如1999年南方金枪鱼案、2001年爱尔兰诉英国混氧燃料工厂案、2003年马来西亚诉新加坡柔佛海峡案、2007年日本诉俄罗斯丰进丸号和富丸号案、2008年国际海床管理局请求ITLOS海底争端分庭发表咨询意见、2013年次区域渔业委员会请求ITLOS全庭发表咨询意见以及2013年“北极日出号”案等。这些案件中都涉及对海洋环境因素的考量,即便在海域划界案中也经常会考虑对海洋环境的影响。

联合国近几年也越发关注海洋垃圾问题。流入海洋的塑料垃圾碎片不仅造成了很多生物被缠裹受伤甚至死亡,而且还会吸收有毒化学物质,从而严重污染海洋生态环境。科学家认为,污染物将进入食物链,最终危害到人类健康。根据联合国大会第69/292号决议设立的筹备委员会,致力于发展根据《公约》制定关于国家管辖范围以外区域的海洋生物多样性保护和可持续利用的具有法律约束力的国际法律文件,与会者认为它应当开展关于保护脆弱海洋生态系统的讨论。^②联合国环境大会选定达沃·维达斯博士(ILA国际法和海平面上升委员会主席)作为专家加入咨询小组,议题是对应对海洋塑料垃圾和塑料微粒的国际、区域和次区域治理策略和方法的有效性评估,考虑相关的国际、区域和次区域的监管框架和确定可能的差距和解决他们的选择,包括通过区域合作与协调的方式。^③

由此可见,关于海洋环境保护和保全、海洋科学研究、海洋技术发展和转让等低敏感领域规定的解释或适用正在逐渐增多。但不容忽视的是,有些国家变相将领土主权、海洋划界争端拆分处理,以海洋环保因素作为诉因寻求司法或仲裁程序的滥用诉权的做法。

(三)《公约》与争端解决

理论上,通过(1)政治方法→法律方法;(2)政治性方法;(3)法律方法这三种路径是《公约》和国际法所允许的争端解决方法。但是实践中,海洋争端的解决几乎没有仅仅通过一种途径就能彻底解决的情况。具体来讲,政治方法未果可能引起通过司法或仲裁途径来解决,在司法或仲裁解决过程中也可能由于政治方法的提起而被中止或者撤销,而司法或仲裁方法还可能会因政治方法的破裂而继续或者重新被提起。因此,解决《公约》争议的方法

^① David Freestone et al ., *The Law of the Sea: Progress and Prospects* 15 (4th ed. Oxford University Press 2006).

^② Oceans and the Law of the Sea: Sustainable Fisheries, including through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, and Related Instruments, United Nations General Assembly, A/71/377, 9 September 2016, para. 35.

^③ UN Environment Assembly Selects Dr Davor Vidas as an Expert to Join an Advisory Group, available at <http://www.ila-hq.org/en/news/index.cfm/nid/0E9396E6-251B-4A0D-98683EE8AA4E79CB>, visited on 17 Feb. 2017.

趋于多样化。

根据《公约》第 287 条,对于仲裁来讲,争端方只要选择具有仲裁职能的机构,并按照《公约》附件七或附件八组成相应的仲裁法庭即可。这种规定给争端国在选择机构上带来一定的灵活性。实践证明,常设仲裁法院(PCA)、国际投资争端解决中心(ICSID)、WTO 争端解决实体(DSB)等都可以成为审理《公约》争议的国际仲裁机构。智利与欧共体的箭鱼案表明,在现行国际法的框架之内,由于管辖权的碎片化,争端双方可以根据自己在争端案件当中的不同利益所需来挑选争端解决机构(Forum Shopping)^①。因此,选择审理《公约》争议的仲裁机构具有一定的灵活性,这将给争议案件的审理进程和结果都带来不确定性。

ITLOS 自成立以来共审理了 25 件案例,其中涉及临时措施 7 件、迅速释放 9 件,^②可见,《公约》第 290 条的临时措施制度和第 292 条的迅速释放制度在 ITLOS 的司法实践中占有很大比例。ITLOS 根据《公约》第 290 条第 1 款,享有对当事方没有申请的临时措施进行规定的权利。在 2003 年 7 月 4 日的马来西亚诉新加坡柔佛海峡案中,法庭在马来西亚申请的临时措施之外,还要求马来西亚和新加坡需成立独立专家组对填海造地进行监督、就填海工程的信息和影响评价建立交换机制。可见,ITLOS 在临时措施案件中的参与程度是充分的和占主导地位的,对于超出当事方申请范围之外进行规定的行为需要国际社会长期的考验和评判。^③

(四)《公约》与维护海洋权益

从实践可以看出,《公约》正逐渐成为小国挑战大国、发展中国家挑战发达国家的工具。其中最重要的原因就是为了维护国家海洋权益。海洋权益不仅限于一国管辖海域内,在公海、极地、“区域”,乃至他国管辖的海域内都存在。《公约》明确规定了包括沿海国和内陆国在内的世界各国可以享有的海洋权益和应予承担的海洋义务。这是各国用来主张、行使和维护海洋权益的主要法律依据。

在《公约》于 1982 年通过之前,海洋权益的争夺主要表现为一些国家力图将部分海域划入本国管辖范围的“圈海运动”。《公约》通过以后,由于占全球海域总面积 26% 以上的海域在领海、专属经济区、大陆架等制度下被置于沿海国的国家管辖范围之内,而位于国家管辖范围之外的公海海域及其海床底土面积已大幅度缩小,“任何国家不应对‘区域’的任何部分主张或行使主权”的规定意味着“区域”在法律上已被禁止加以分割和占领。在这种情况下,“圈海运动”已不再有施展的空间,如今用牺牲他国权益的办法来满足本国的利益需求为特征的海洋权益之争已成为海上争夺的主要表现,这其中以油气资源的利益争夺最为显著。我国主张管辖的“蓝色国土”近 300 万平方公里,其中具有完全主权的领海和内水仅仅有约 38 万平方公里。^④ 南海周边国家针对中国争夺海洋权益的举动,显示出我国与海上邻国的潜在矛盾依然突出,我国的海洋维权依然面临严峻形势,维护海洋权益也继续会成

^① Forum Shopping 概念来源于国际私法,系指利用国际民事管辖权的积极冲突,从众多有管辖权的法院中选择一个最能满足自己诉讼请求的法院去起诉的行为,有“挑选法院”、“选购法院”、“择地行诉”和“竞择法院”等不同译法。

^② See List of Cases, available at <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/>, visited on 15 Feb. 2017.

^③ 吴士存:《国际海洋法最新案例精选》,中国民主法制出版社 2016 年版,第 252—261 页。

^④ 参见孙志辉:《依法行政依法管海的重大举措》,http://www.soa.gov.cn/xw/ztbd/2008/gcsshy-syglwfjxwcfgd/gclscfgd/201212/t20121203_19874.html,2017 年 2 月 20 日访问。

为《公约》的热点问题。

四、中国的对策与建议

基于对《公约》的法律缺陷与争议及其法律价值困境的思考,对《公约》的解释和适用的现状与发展趋势是当前亟须应对的问题。因此,中国的政策和战略有必要以寻找与国际组织的动议相契合点为基础、在《公约》框架下加强低敏感领域的合作对话、在必要时有选择性地参与《公约》的国际司法和仲裁程序,并确保我国国内法治与《公约》作进一步协调。

(一) 与国际组织的动议相契合

中国政府提出“一带一路”倡议以来,国内外学者对“海上丝绸之路”与海洋利用、海上通道和航行安全、海洋资源管理和利用、海上执法与合作等议题展开了广泛研究。法律文本的意义是在实践展开的过程中逐渐充实的。法律被创制之初,只是一个尚待完成的作品,它需要由实践来补充、完善并使之成熟。^①“一带一路”倡议虽然与《公约》规定的内容密切相关,但如前文所述,《公约》中的一些制度和规则仍需要进一步的修改和完善,因此,对各项议题的探讨无不关系着《公约》未来的解释与有效的实施。有学者认为,我国“一带一路”战略中,在法律维度上,国际和国内法律制度应当为战略的推行提供理念性指引和工具性支持。“一带一路”战略对法律制度有着内在和天然的需求,中国需要坚决维护相关国际法的权威性和严肃性,提倡和促进各国依据国际法参与地区和全球治理过程。^②这意味着,中国一方面需要依据《公约》在多边的机制上推动国际海洋法治的发展和完善,同时,也需要将中国的“海上丝绸之路”与各种多边机制保持互动,寻找契合点,避免在海洋法治理过程中处于被动局面。

20世纪80年代以来,中国相继参加了IOC、ISA、ICSU等近20个国际组织,与50多个国家和地区建立了合作关系。只有通过与国际组织和研究机构合作,共同推行相同或者相似的自由、平等、秩序、正义的价值观,才能真正促进中国海洋法规与国际相关法规的接轨,在完善和发展《公约》的道路上发挥海洋大国、海洋强国的核心作用。在《中国海洋21世纪议程》中,我国将把海洋可持续利用和海洋事业协调发展作为21世纪中国海洋工作的指导思想,这与欧洲联盟的重大海洋治理动议不谋而合。欧洲海洋能源机构将海洋能源技术视为下一代可再生能源,它将帮助风能和太阳能融入能源系统,为欧洲创造新的工业部门,^③这与我国促进全球清洁能源大规模开发利用的“全球能源互联网”提议也具有相似的目标。由此可见,中国的政策和战略与某些国际组织的动议是存在契合点的。在具有相似的目标和价值的海洋治理动议上推动《公约》的解释和适用将具有双赢的效果,从而避免相互妥协甚至是相互挟制的国际海洋规则的产生,这不利于国际海洋法治有序、稳定的发展。

^① 舒国滢:《法哲学沉思录》,北京大学出版社2010年版,第301—302页。

^② 朱新力、赵骏:《“一带一路”战略中的国际法律问题》,载《“一带一路”的国际法律视野:香港2015“一带一路”国际论坛文集》,浙江大学出版社2016年版,第319页。

^③ 2030 Targets, available at <http://www.oceanenergy-europe.eu/policies/policy/2030-targets>, visited on 20 Feb. 2017.

(二)低敏感领域加强合作与对话

海洋法的未来将对海洋环境的担忧不断加重,国家海洋计划可能会越来越强调生态系统与可持续性价值观念的重要性,以及在拓展研究、增强国际合作方面的需要。^① 相比于《公约》在解决中国与周边国家海洋争议问题上存在诸多模糊规定甚至是法律真空,《南海各方行为宣言》在海洋环保、海洋科学的研究、海上航行和交通安全、搜寻与救助等低敏感领域提出解决思路,试图在全面和永久解决争议之前与有关各方探讨或开展合作。许多观察家认为无论南海问题前景如何,未来的解决方法都将是政治性的而不是法律性的。^② 在制定具体实施措施之前,中国与东南亚国家联盟(以下简称东盟)有关各方(包括马来西亚、印度尼西亚、菲律宾、文莱、越南等)应就双边及多边合作的模式和范围取得一致意见。南海区域合作目前由 UNEP、FAO 等国际组织作为主要推进者,但是区域组织的推动尚需区域内各方的支持与合作。^③ 2016 年年底,中菲关系实现转圜,通过杜特尔特总统访华就全面改善中菲关系达成重要共识,这标志着南海问题重回对话协商解决的正确轨道,意味着有关国家利用南海问题搅乱地区的图谋彻底破产。^④ 2017 年是区域组织东盟成立 50 周年,中国和东盟的双方关系面临提质升级的机遇,^⑤《南海行为准则》初步框架的形成有利于区域和平和南海争端的解决,削弱“不确定性面纱”(veil of uncertainty)并降低了南海周边国家的交易成本,促进国家间协议的达成和分散执行。^⑥ 此外,中国与上海合作组织、亚太经合组织、亚欧会议和博鳌亚洲论坛等机制加强沟通和协调对促进资源整合和责任分配同样至关重要。^⑦ 可见,2017 年从海洋环保、海洋科学的研究、海上航行和交通安全、搜寻与救助等低敏感领域推动南海区域合作进程将具有重大意义。

具体来讲,《公约》第 280 条规定,本公约的任何规定均不损害任何缔约国于任何时候协议用自行选择的任何和平方法解决它们之间有关本公约的解释或适用的争端的权利。这说明,中国与周边国家之间就争议海域达成的协议将优先适用于《公约》,我国政府利用《公约》作为依据和指导原则来推动低敏感领域合作存在《公约》的法律支撑。另外,根据《公约》第 123 条,半闭海沿岸国家有义务尽力直接或通过适当区域组织来协调海洋生物资源的管理、养护、勘探和开发,保护和保全海洋环境以及科学政策。这进一步将作为半闭海的南海的低敏感领域的合作纳入《公约》的“硬性”义务,中国和东盟国家有义务尽全力制定合作法律框架,创制并完善在海洋生物资源的限制捕捞与养护、海洋环境污染的检测

^① 参见[美]路易斯·宋恩、克里斯汀·古斯塔夫森·朱罗、约翰·诺伊斯等:《海洋法精要》,傅岷成等译,上海交通大学出版社 2014 年版,第 296 页。

^② Serge Bertrand, *Navies, the Law of the Sea and the Global System in the 21st Century*, 26 Ocean Yearbook 595 (2012).

^③ 参见张颖:《半闭海制度对南海低敏感领域合作的启示》,《学术论坛》2016 年第 6 期,第 72 页。

^④ 参见王毅:《2016 年中菲关系实现华丽转身》,http://www.fmprc.gov.cn/web/wjbz_673089/zhyd_673091/t1421095.shtml,2017 年 3 月 1 日访问。

^⑤ 参见《中国东盟关系面临提质升级的机遇》,http://world.huanqiu.com/exclusive/2017-01/9903716.html,2017 年 3 月 1 日访问。

^⑥ See Mark J. Valencia, *Regional Maritime Regime Building: Prospects in Northeast and Southeast Asia*, 31(3) Ocean Development and International Law 227 (2000).

^⑦ See Zewei Yang, *Building the 21st Century Maritime Silk Road: Its Impact on the Peaceful Use of the South China Sea*, 2(1) China and WTO Review 97 (2016).

和治理、海洋科研调查与统计等方面的法律机制。可以说,虽然低敏感领域的宣言、声明和行动计划仍然数量居多,如何将“软法”转变成“硬法”依然任重道远。

(三)选择性参与《公约》争端解决程序

法律适用者并非机械、被动地利用凝固在历史时间中的立法者作品,而是通过“解释”来参与法律意义的重构,不断在规范与规范之间、规范与事实之间的双向对流解释中将其意义期待目的愿望和功能意向重构“投射”于法律之上,从而澄清法律文本的意义。^①通过请求ITLOS对《公约》争议发表咨询意见,有助于澄清《公约》中的模糊规定,为缔约国和国际海底管理局开发海底矿产资源提供更为清晰的权利和义务界限,对国际海底矿产资源更有序地开发意义重大。2008年ISA请求ITLOS海底争端分庭发表咨询意见案是ITLOS海底争端分庭审理的第一个案件,其所发表的咨询意见得到了国际社会的较高评价。^②2013年次区域渔业委员会请求ITLOS全庭发表咨询意见案,对沿海国和船旗国的具体权利和义务进行区分,也具有重要意义。从性质来看,咨询意见并不具有法律约束力,属于海洋法“软法”;从审理程序上来看,针对咨询事项,ITLOS邀请《公约》缔约国、国际海底管理局、国际组织发表书面陈述,有关缔约国还可以发表意见;从条约解释角度来看,审理案件的法官可能会对《公约》条文作限缩解释或扩张解释。因此,综合来看中国就南海问题参与咨询案件程序,既存在机遇也面临挑战。同样,将涉及国家领土主权和海洋权益的海洋问题诉之或者被诉之ICJ、ITLOS的司法程序或PCA的仲裁程序,对中国来讲也是机遇与挑战并存。

长远来看,中国21世纪的海洋强国战略不应该没有积极利用和参与国际司法和仲裁程序解决争端的内容,而选择好的突破口坚实地迈出第一步是十分重要的。^③我国有选择性地参与《公约》规定的国际司法和仲裁程序可以通过以下方式来实现:一方面,先充分参与咨询案件的审理程序,发表符合我国海洋权益的对《公约》解释的官方立场,以扩大我国对《公约》解释的影响力或话语权。例如,在第三次联合国海洋法会议上,中国代表团副团长就相邻或相向国家间海洋划界原则问题多次表明了立场:由于海洋划界关系到各有关国家的主权和切身利益,因此应当由有关各方根据公平合理的原则,顾及一切有关情况通过协商共同确定,使海洋界限的划定能同时照顾到有关各方的合理利益,达到有关各方都满意的结果。^④因此,我国可以通过咨询案件不断强化“公平原则”发展为“公平+合理原则”以代表我国海洋权益的相关主张,从而避免“程序公平”与“结果公平”适用上的失衡。另一方面,对地理情况较为简单、不涉及岛屿主权之争的海洋争议诉至司法或仲裁程序,确保证据充分、立场明确,以获得较大的胜算。格劳秀斯在《海洋自由论》中认为,海洋生生不息的动力恰如野兽不可驯服的本能一样,使得它即使被占有了也不可能被持续地拥有并且也不可能有通过拥有而获得所有权,除非通过永久的紧密保护。^⑤可见,中国唯有重视运用一般国际法和包括《公约》在内的国际海洋法规则来不断强化和维护我国海洋权益,才能最终实现对我国与周边存在海洋争议的国家的海洋疆域的划分。

① 舒国滢:《法哲学沉思录》,北京大学出版社2010年版,第302页。

② 吴士存:《国际海洋法最新案例精选》,中国民主法制出版社2016年版,第233页。

③ 黄伟:《单一海洋划界的法律问题研究》,社会科学文献出版社2011年版,第291页。

④ 陈德恭:《现代国际海洋法》,海洋出版社2009年版,第532—533页。

⑤ [荷]格劳秀斯:《海洋自由论》,宇川译,上海三联书店2005年版,第109—110页。

(四)国内法治与《公约》进一步协调

2017年3月5日李克强总理在十二届人大五次会议上所做的《政府工作报告》中也两次强调要“坚决维护国家海洋权益”,但在国际海洋秩序的本国海洋权益维护中我国仍然处于劣势。20世纪80年代以来,虽然制定了一系列法律、规章、条例和规定,但中国海洋法律制度仍存在许多缺陷。在经济全球化的趋势越来越明显和国际交往越来越法治化的时代,海洋法治会因海洋利益的需要而繁荣,海洋利益越重大,海洋法治便会越发达。^①笼统地以“断续线”、“历史性权利”主张中国在南海的权利、不加以区别地主张中国对南海诸岛拥有内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架,这些立场的模糊性和与《公约》规定的差距性只可能使我国在南海的领土主权和海洋权益受到越来越多的挑战,不利于国家海洋权益的维护。因此,需要我国国内海洋法所主张的具体海洋权益与《公约》中的规定内容作进一步协调。

从宏观角度来看,由于我国目前海洋法律制度存在规范体系与实施体系并行的现状,国内海洋法律体系立法分散、内容庞大。因此,建议出台以《公约》为蓝本的《中国海洋法法典》。对照《公约》第一部分统一《中国海洋法法典》的用语和范围,对照第二部分至第十五部分对所有国内海洋法律规定进行对应性的梳理和编纂,以利于将国内海洋法制整齐划一,便于引用和明确定位、定性,使得中国海洋的主张和权益得到进一步的强化和明确,从而加强海洋战略和政策的顶层设计。“海洋基本法”的制定是采用综合性涉海立法模式完善我国涉海法律体系的重要组成部分。^②自2014年被列入全国人大立法规划和国务院立法计划以来,至今相关草案仍未出台,“海洋基本法”的定性、位阶、体系和内容也缺乏明确的官方表态。如果拟将“海洋基本法”作为《中国海洋法法典》的总论部分或全部内容,则有关部门更应加快对立法体例、基本制度和与《公约》衔接和协调的前期立法研究,尽早确定和推出《海洋基本法(草案)》。同时,《中国海洋法法典》的出台与国内海洋旧法的清理和兼容也应该是关注的重点。另外,要注意渐进式地与《公约》规定存在争议的主张的宪法化、法理化、一般法律原则化或者习惯国际法化处理,比如南海“断续线”和“历史性权利”等。在缺乏共时性研究的中西话语体系下,不利于此类问题的根本解决,相反只会越解释越复杂,学者们也会陷入理论与实践相互背离的困境。不如将其置于国家宪法、法理、一般法律原则或者习惯国际法为理论基础的法律规则体系中,排除争议与阻力,以避免在外交博弈或司法、仲裁实践中作出重大牺牲。

从微观角度来看,《中国海洋法法典》无法一蹴而就,因此在过渡期仍需要通过制定和完善单项立法来推进《公约》与国内法的协调立法和修法工作。随着科技的发展,深海海底资源的勘探和开发成为可能,勘探开发其他资源的技术开始适用于深海资源的勘探和开发,加之陆地资源的减少各国开始将其目光转向蕴藏大量矿产资源的深海海底。以《公约》及“1994年执行协定”涉及的“非国家实体”条款^③为例,在“区域”勘探和开发“人类共同继

^① 参见马英杰:《中国海洋法制建设战略研究》,海洋出版社2014年版,第8页。

^② 曹兴国、初北平:《我国涉海法律的体系化完善路径》,《太平洋学报》2016年第9期,第14页。

^③ 如《公约》第153条勘探和开发制度中规定,“由缔约国或国营企业、或在缔约国担保下的具有缔约国国籍或由这类国家或其国民有效控制的自然人或法人、或符合本部分和附件三规定的上述各方的任何组合,与管理局以协作方式进行”;第139条规定:“缔约国应有责任确保‘区域’内活动,不论是由缔约国、国营企业、或具有缔约国国籍的自然人或法人所从事者,一律依照本部分进行。”

承财产”方面,这些“非国家实体”和缔约国同时都具有一定的权利能力和行为能力。根据第187条,ITLOS海底争端分庭的当事方,除了缔约国和政府间国际组织之外,还有国际海底管理局或企业部、国营企业、私人。而且,《国际海洋法法庭规约》第20条也明确规定,法庭对根据任何其他协议赋予它以管辖权的“缔约国以外的实体开放”。这与《国际法院规约》中“只有国家才能成为诉讼案件当事方”的规定是有明显不同的。^① 目前,在《公约》体制内配合国际海底管理局行政管制而立法的国家有斐济、捷克、德国、英国、汤加、图瓦卢、新加坡、比利时这八个国家。^② 相比于《公约》和“1994年执行协定”的批准国数量还显得非常之少。因此,《公约》中规范非国家实体的活动还有很大的发展空间。2016年2月,中国国家工信部和国家海洋局签订的《关于促进海洋经济发展的战略合作协议》,将深海矿产资源开发列为首位。随后2016年5月《中华人民共和国深海海底区域资源勘探开发法》生效,对深海活动的行政管制机关、勘探和开发许可证制度、承包者的权利和义务、深海活动中的海洋环境保护等事项作出了规定。可见,我国在根据《公约》制定其本国内管制深海资源勘探开发的法律时,以科学性和创新性为指导的协调原则对国际法与国内法开展了有效衔接,是中国作为《公约》的缔约国和积极参与者为了履行担保义务、配合国际海底管理局协调和规范受到我国担保的承包者的活动、加快深海海底资源勘探开发立法所作出的努力。

An Analysis on Legal Value and Actual Effect of the United Nations Convention on the Law of the Sea

Abstract: The rules of United Nations Convention on the Law of the Sea have legal vagueness and legal shortcomings, which have led to controversy over international maritime law and even to the occurrence of international maritime disputes. From a jurisprudential point of view, this is due to the plight of the United Nations Convention on the Law of the Sea that has trapped into legal value at the value of freedom, equality, order, interests, sovereignty and so on. By combing rules, values and facts, the United Nations Convention on the Law of the Sea is confronting the diversification and complication path of dispute settlement, growing application of rules in low sensitivity area, increasing maintenance of maritime rights and fully involved in its development of organizations. It is necessary to find a link between the strategy and policies of the Chinese government and the initiatives of international organizations, to strengthen cooperation and dialogue with neighboring countries in low-sensitive areas, to participate selectively in the dispute settlement procedures of the Convention and to further coordinate with the Convention to provide a reference for realization of the strategy of the 21st century marine power.

Key words: United Nations Convention on the Law of the Sea; legal defects; legal value; marine power

(责任编辑:罗国强)

^① 参见江国青:《论国际法的主体结构》,《法学家》2003年第5期,第148页。

^② 参见王岚:《国际海底区域开发中的国家担保制度研究》,《学术界》2016年第12期,第208页。