

# 论解决南海争端的国际法路径\*

蔡高强 高 阳

(湘潭大学 法学院 湖南 湘潭 411105)

**摘 要:**南海自古以来就是我国不可分割的一部分,但由于其丰富的油气资源与重要的海上地位而越来越成为各国争夺的焦点。进一步复杂化、国际化的南海争端已经逐渐陷入了既打不得,又谈不拢,更拖不起的被动局面。我国基于先占原则而取得的南海主权是与《联合国海洋法公约》及相关判例的规定相一致的。在寻求解决南海争端的过程中,我们应当以中国—东盟自由贸易区的建立为契机,积极促成具有法律拘束力的双边或多边条约的签订;以国际海洋法庭为平台,有效利用司法途径解决南海争端;以历史性水域法则为突破口,寻求国际海洋法的承认与支持。

**关键词:**南海争端;国家主权;历史性水域

**中图分类号:**DF931 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-5981(2011)02-0038-05

南海自古以来就是中国的领土。早在两千多年前的汉代,中国人民就已经发现了南海并对其岛屿进行了命名和开发。元朝时,我国已对南沙群岛行使管辖。之后,清政府又将南沙群岛标绘在权威性地图上,并对南沙群岛行使行政管辖。1946年,中国从日本手中夺回被侵占的南海诸岛,并在岛上树立起主权碑。<sup>[1]82-83</sup>

20世纪六七十年代以来,周边各国以《联合国海洋法公约》为借口,在南海上开始了一场疯狂的圈地运动,侵占了我们大量的海域和岛礁。1994年,东盟国家基于其在南海上巨大的共同利益更是公开宣布“今后东盟成员对外将以集体名义而不以双边名义接受谈判”,使得南海争端<sup>①</sup>更加陷入了复杂化的困境。近年来,美日等国在利益驱使下对南海争端进行公开干预,使得南海争端展现出了国际化的苗头。在第二届美国东盟峰会上,各国在无中国参与的情况下,肆意讨论南海争端,已经形成了美日介入南海争端的一股隐形势力,将中国推向了南海争端的风口浪尖。<sup>[2]60-61</sup>因此,以国际法为依据探讨解决南海争端的法律方法尤为重要。

## 一、南海争端面临的困境

中国在解决南海争端上始终坚持“主权在我、搁置争议、共同开发”的战略主张。但东盟因素的影响与大国的介入使得南海争端进一步复杂化与国际化,南海争端已经在不断的升温中逐渐陷入了困境。

### (一) 战争不是解决南海争端的最佳方式

#### 1. 与国际法基本原则相违背

20世纪以前,用战争手段解决国际争端一度被认为是合法的。但自1928年巴黎非战公约签订以来,用战争方式解决国际争端就已经受到了禁止。1945年《联合国宪章》明确规定,在国际关系中不得使用武力或以武力相威胁,必须使用和平方法解决国际争端,只有在自卫和联合国安理会通过决议这两种情况下才可以使用武力。联合国大会于1970年一致通过的《国际法原则宣言》进一步明确了“禁止使用威胁或武力原则”以及“和平解决国际争端原则”。<sup>[3]32</sup>宣言指出,这种使用威胁或武力构成违反国际法及联合国宪章;在解决国际争端的过程中,各当事方应商定适当的和平方法,包括谈判、调停、和解、仲裁、司法解决;国际争端应根据国家主权平等的基础、用各当事方商定的方法加以解决。因此,

\* 收稿日期:2011-01-02

作者简介:蔡高强(1967-),男,湖南益阳人,法学博士,湘潭大学法学院教授。

① 南海争端指中国与南海周边各国就南海的岛屿归属、海洋划界、资源开发等问题所引起的争议。在《联合国海洋法公约》诞生之前,南海争端的重点是对岛屿的争夺以及对其主权的确认,《联合国海洋法公约》诞生后,南海争端主要表现为海洋权益的争端。

中国一旦在南海争端中使用武力,便直接违反了国际强行法。

### 2. 无法得到现代国际法上的认可

在传统国际法上,西方学者一直沿用私有财产权的观念来阐述国家变更领土的理论和规则,认为取得领土的方式主要包括先占、时效、添附、征服和割让。但是,在现代国际法上,禁止使用武力或以武力相威胁的原则已经成为了具有强行法性质的国际习惯法,以战争方式解决国际争端其非法性十分明显。因此,即使中国以武力收复南海,也已无法产生国际法上的确定领土主权的法律效果。

### 3. 违背了我国的一贯立场

中国政府一贯主张以和平方式解决国际争端。根据这一精神,中国已同一些邻国通过双边协商和谈判,公正、合理、友好地解决了不少领土边界问题。在南海争端上,中国提出应根据公认的国际法和现代海洋法,包括1982年《联合国海洋法公约》所确立的基本原则和法律制度,通过和平谈判妥善解决有关争议。这一立场已明确写入1997年中国-东盟非正式首脑会晤发表的《联合声明》中。另外,中国政府还提出了“搁置争议、共同开发”的主张,愿意在争议解决前,同有关国家暂时搁置争议,开展合作。因此,以武力收复南海,不但与我国的一贯立场相违背,更容易使得南海争端复杂化、国际化。

### (二) 南海和谈久不见实效

协商谈判是国际社会用来解决争端的基本办法,也是我国目前所确定的解决南海争端的基本方针。但从实践上看,要用协商谈判的方法解决南海争端,并不容易。

南海是国际上重要的海上航道,是中国取得地缘战略优势的地方,是美国全球战略至关重要的一环,是日本保护的“海上生命线”、是越南的天然屏障、是印度近年来进入太平洋的觊觎之地、是“正对着菲律宾腰部的一把匕首”。<sup>[4]146</sup>一方面,中国政府在南海争端中的一贯立场是要“搁置争议”;另一方面,受争端中多方利益格局的影响,南海和谈始终无法得到实质性的进展。东盟各国因其重大的共同利益,甚至积极协调立场,在南海问题上始终要求用一个声音在国际舞台上说话,以一个立场来与中国进行和谈,并强调美军在亚洲存在的“必要性”,将南海争端国际化。可以说,经过长期的努力,中国与周边国家在南海争端上虽然已经达成了不少广泛共识,但关于南海争端的具体谈判其实还没有正式开始。

### (三) 持续拖延将使中国更加陷入被动

在1968年联合国有关资源机构发表“南海具有丰富的石油资源”报告之前,南海的形势还是比较平静的。而在这一报告提出后,南海周边国家就纷纷提出对南海岛屿的主权要求,并采取行动占领岛屿。有关沿海各国在南海积极地进行军事化占领,大兴土木修建各种基础设施,实行勘探开发,开展经营活动并联合其他国家在我国海域进行军事演习以宣誓主权。

事实上,在南沙群岛189个已命名的岛、礁和暗滩、暗沙中,有43个岛礁分别被越南、菲律宾、马来西亚、文莱等国占据,其中越南占据29个,菲律宾占据9个,马来西亚占据5个。中国台湾控制着南沙群岛最大的岛屿——太平岛,中国大陆有效控制的岛礁仅有11个。此外,文莱也对我国的南通礁提出了主权要求但尚未占领。<sup>[5]31</sup>

由于我国南海上的大部分岛屿与周边国家的海岸以及它们企图侵占的岛礁之间的距离在许多地方都不超过400海里,所以在我国和这些国家之间还存在众多复杂的海域划界问题。根据海洋法上“陆地统治海洋”的原则以及《联合国海洋法公约》的相关规定,一国拥有领土主权,便可主张自己的领海、毗连区、专属经济区和大陆架。因此,确定南海诸岛的主权归属将会是解决南海争端的关键。

目前,南海周边国家侵占我国南海岛礁的现象已经愈演愈烈,我国的持续拖延,一旦使得周边各国对于南海岛礁的占领形成一种国际法上的有效占领并为国际社会所认可,南海争端的解决便会更为艰难。

### 二、解决南海争端的国际法律依据

中国一贯主张以友好磋商与谈判的方式和平解决南海争端。中国政府的这一主张具有充分的法理依据。

#### (一) 传统国际法确认中国享有南海主权

传统国际法上,先占是指国家占领无主地并取得对它的领土主权。南海即是我国基于传统国际法上的先占原则而合法取得的。中国基于先占原则取得南海主权的国际法依据主要表现在以下两个方面:

##### 1. 中国对南海的占领是对无主地的最先占领

汉代初年,勤劳勇敢的中国人民漂洋过海来到南海海域,发现并命名了包括南沙群岛在内的南海诸岛。在中国人民到达南海诸岛之前,南海一直还是一片无人问津的海域,南海诸岛也一直无人踏足。根据国际法上的无主地先占原则,人们在发现一片新的陆地之后,只要这片土地还未被任何国家有效占有,也即还不属于任何国家,那么我们就称这块土

地为无主地。对无主土地地发现使发现人所代表的国家取得优先占有这一土地的权利,发现国有权在一定的时期内采取占有行动,并以先占这种为现代国际法所承认的方式取得对该块无主地的领土主权,且从此受到国际法的保护。

2. 中国对南海的占领已形成客观上的有效占有,要形成传统国际法上的有效占有,国家应对无主地适当的行使或表现其主权,通过立法、司法或行政管理行为对无主地形成有效的占领或控制。但这种占有需要达到的程度则是相对的,特别是对无人居住的土地,并不一定要求实际使用土地或移民,只要先占国通过宣告确立其统治权即可。中国古代自发现并实际占有南海诸岛之后便开始对其进行有效的管辖,西沙群岛和南沙群岛更是早被中国历代政府置于其管辖之下。直到19世纪30年代初法国开始入侵西沙群岛和南沙群岛之前,中国对这些岛屿的管辖都从来没有间断过,也从来没有发生过任何争议。过去对南海诸岛进行的水师巡航,以及后来在南海诸岛上的巡视及驻扎都是我国对南海诸岛行使管辖权的具体表现。<sup>[6]27</sup>这种管辖不但持续进行,并且不受任何国家的干预,符合国际法上有关有效管辖的规定,是证明南海及南海诸岛归属于中国的又一有力证据。

(二)《联合国海洋法公约》确认我国享有南海主权

根据《联合国海洋法公约》的规定,国家的领海宽度为自领海基线量起不超过12海里,毗连区为自领海基线量起不超过24海里。每个国家有权在领海以外拥有从领海基线量起不超过200海里的专属经济区;沿海国的大陆架,包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,直至大陆边的外缘,最远可延伸至350海里,如不到200海里者,则可扩展至200海里;群岛国的主权及于群岛基线所包围的水域,即群岛水域,外国船舶和飞机在群岛水域享有无害通过权。如果两国海岸彼此相向或相邻,两国中任何一国在彼此没有相反协议的情形下,均无权将其领海伸延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。

由此可见,在一个国家的领土主权权益和大陆架、专属经济区这两个权益发生冲突时,领土主权原则始终是前提和基础。虽然《联合国海洋法公约》规定各个国家可以享有200海里的专属经济区,大陆架最远也可以延伸至350海里,但这些规定都是以不损害他国固有利益为前提的。根据传统国际法

的规定,我国已依据先占原则取得了南海的主权,有关国家仍然以其单方面宣布的200海里专属经济区及大陆架为借口,侵占我国领土和海域的行为,不但违反了公约不损害其他国家原有利益的原则,更完全忽视了以和平方式协商解决划界争端的基本原则。还有一些国家,甚至以专属经济区或大陆架制度为依据,对其单独划定区域内的岛礁提出主权要求,完全颠倒了专属经济区和大陆架制度的适用,严重违反了公约的规定,是没有任何现实依据和法律依据的。而中国对南海及其岛屿的主权是《联合国海洋法公约》的有效适用和确认。

(三)解决国际海洋争端的判例支持

1931年7月10日,挪威政府发表一项声明,宣布对丹麦主张占有的东格陵兰拥有主权,其法律依据是这块土地是“无主地”,而不是丹麦的土地。为此,丹麦向常设国际法院对挪威提起诉讼,要求宣布挪威的上述声明是无效的。1933年4月5日,常设国际法院对本案做出判决,丹麦胜诉。

法院认为丹麦对格陵兰的占有是有效的,因为在相当长一段历史时期内,没有任何国家对格陵兰提出过主权要求,也没有国家对丹麦的权利主张提出过异议。“并不需要证明在丹麦政府主张对格陵兰主权的整个时期,丹麦对格陵兰的主权一直存在,即使提交法院的材料可能被认为不足以证明在早期就有这种主权的存在,但这仍不能排斥这样的判断:在挪威占领之前,丹麦对格陵兰的权利主张是有效的。”<sup>[7]130</sup>由此可见,传统国际法对人口稀少和无人定居的地区行使主权的要求并不高。别的国家没有主张或异议,从反面证实了该国对其占领土地的行政管理和主权行使是充分的、有效的。对领土主权的主张不是基于某个特别行动,或者诸如割让条约所取得的权利,而只能建立在持续的权利显示的基础上。

我国对南海的先占与丹麦对格陵兰的占有具有很大的相似性。根据国际法院对该案的判决,如果没有其他国家对一国的占领提出主张或异议,即可反面的证明该国的这种占领是充分有效的。我国自汉代以来对南海的先占在20世纪六七十年代之前都没有任何国家提出过异议,也没有任何国家对南海提出过主权要求,这也就证明了中国对于南海的占领是属于充分有效的占领,能够产生传统国际法上先占的法律效果。南海海域辽阔,岛屿众多,许多岛屿甚至只是一些珊瑚礁,随着潮涨潮落而出现或消失,根本不可能居住。对于南海上这些人口稀少

或无人定居的岛礁,其主权的行使是具有很大的随意性的,并不需要证明中国始终在对其行使主权,这种占领也应当被认为是有效的。国际法院对格陵兰案的判决对确认我国南海主权具有非常积极的意义。该案以判例的形式对传统国际法中的先占进行了更加具体的解释,实际上确认了我国南海并不属于有关国家所称的无主地,而早已为中国有效占有。

### 三、应对南海争端的国际法律措施

(一) 积极促成具有法律拘束力的双边或多边条约的签订

中国一直坚持和平崛起的国际策略,在南海问题上与周边国家积极磋商,并达成了许多的广泛共识。但是,有关南海争端的实质性谈判其实还并没有开始。在接下来的时间里,积极促成具有法律拘束力的双边或多边条约的签订对于寻找以法律方式为突破口解决南海争端将是至关重要的。

随着东盟国家宣布以一个立场与中国对话解决南海争端,美日等国家也争相支持,企图使南海争端国际化。在这种情况下,我们可以把争端细化、分化再简单化,从努力促成小范围的共识开始,以力图最终达成完整的争端解决方案。无论是与一个国家之间达成的小范围的双边条约还是与几个国家甚至更多国家之间达成的多边条约,都是对分歧的进一步缩小,都具有十分重要的意义。虽然我国与南海周边国家在南海主权归属等问题上存在较大的分歧,但对于诸如南海资源的勘探开发、航行自由等方面还是存在许多共同利益的。在与相关国家进行磋商与谈判时,我们应当寻求更多的广泛共识,强调与有关国家在利益追求上的更多一致性。只有这样才能将磋商与谈判从单纯的资源开发进一步深化到主权归属等更多实质性方面。

我国在积极促成双边条约或多边条约签订的过程中必须坚定立场,坚决反对将南海争端国际化、复杂化。一方面,我国应抓住南海争端中的主要矛盾,选定如越南、马来西亚等主要国家,积极地与他们进行磋商,逐个解决南海争端中的矛盾冲突,促成与这些国家之间的具有法律拘束力的国际条约的签订,将南海问题分解成我国与周边各国之间的具体关系,促成双边条约的签订。另一方面,保持与东盟国家之间的友好协商,在可能的情况下与东盟国家达成更多的广泛共识也是至关重要的。

2010年1月1日正式启动的中国—东盟自由贸易区就是我国与东盟国家进行友好磋商的成功例子。中国—东盟自由贸易区的建立,有助于中国和

东盟全面、深入、快速发展友好关系,维护东亚和亚太地区的和平与稳定。经济的一体化带动的是各国在政治、文化等各个领域的快速融合,中国与东盟国家之间密不可分的经济联系将会是和平解决南海争端的重要粘合剂。中国在解决南海争端的过程中应善于抓住中国与东盟国家间密不可分的经济联系,以中国—东盟自由贸易区的建立为契机,加速与东盟国家间关于南海争端的谈判,以促成多边条约的签订,实现南海争端的最终解决。

### (二) 有效利用司法途径解决南海争端

在现代国际划界争端解决的实践中,有许多的边界争端或纠纷都是通过国际司法途径解决的,如1982年突尼斯—利比亚大陆架案、2003年马来西亚诉新加坡围海造地案、2007年的尼加拉瓜与洪都拉斯海洋边界争端案等。这些案件无论是提交国际法院或是提交国际海洋法庭,都通过司法途径得到了较为圆满的解决。经过长期的实践与发展,国际司法途径已经成为了各国普遍认同的一种较为公平的争端解决方式。

将南海争端提交国际海洋法庭解决将会是一个很好的选择。由于国际海洋法庭只是《联合国海洋法公约》规定的导致有拘束力裁判的众多强制程序之一,缔约国可以在任何时候以书面形式选择将争端提交法庭或表示不接受该程序的管辖。因此,即使我国在国际海洋法庭做出的判决中失利,依然可以请求由国际法院重新作出判决,这对于我国初次尝试利用司法途径解决海洋划界争端将会是比较有利的。

利用司法途径解决南海争端,表明中国愿意通过尊重现行国际法律与秩序的方式处理与其他国家的关系,这对于和平崛起的中国来说是至关重要的。无论是将争端提交国际海洋法庭或是国际法院审判,掌握有力的证据都是制胜的关键。我们必须从现在开始就要做好研究与准备工作,积极探讨解决方式、努力收集证据。与积极促成和谈一样,将争端递交第三方,通过司法方式解决,都必须与相关国家分别进行,切不可将南海争端国际化。只有将复杂的南海争端具体成与特定国家之间的争议,然后以我国最有可能胜诉的国家为突破口,将南海主权争端等问题提交国际司法机关裁决,才能从根本上促成南海争端的最终解决。

### (三) 探讨解决南海争端新的法律模式

历史性水域法则是国际海洋法上的一项习惯法规则,成功主张历史性水域的国家可以基于一定的历史性权利,在进行水域划界时做出违背一般海洋

法规则的划定,并能够得到国际海洋法上的承认与支持。历史性水域法则最初仅在海湾封口线的划定中得到认可和适用,并确立了许多历史性海湾的合法地位。但是,经过国际上长期的发展与实践,历史性水域法则已从仅仅包括历史性海湾,进一步扩展到了包括沿岸水域和本应属于公海之水域在内的更加广大的历史性水域。<sup>[8]326</sup>目前国际上普遍认同的有效主张历史性水域所应具备的要素主要有三点:第一,沿岸国已公开主张对某海域的主权管辖并长期有效的行使主权权利;第二,沿岸国对该海域主权利行使具有连续性;第三,其他国家始终默认沿岸国在该水域所行使的权利。另外,主张历史性权利的国家必须负举证责任,证明有例外情形之存在,才可该水体视为一国之内水。如果外国的反对阻碍了主权行使的和平与持续性,则不能形成任何的历史性权利。<sup>[9]771</sup>

根据《联合国海洋法公约》所规定的划界规则,我国南海本应属于公海。但是,中国自汉代以来就发现了南海,并开始在南海上行使主权权利。到唐朝时,南海已经明确归入了中国版图;关于中国在南海上连续性的行使主权权利的历史证据是非常充分的;中国在南海上的主权权利长期以来从未遭到任何国家的反对,也没有任何国家对南海提出主权要求,南海历来属于中国,这一历史事实是得到了各国政府及其官员、国际会议和各国舆论的广泛认同的。我国在南海划界上一贯主张的U形疆界线<sup>①</sup>所包容的水域完全符合当前国际上关于有效主张历史性水域所应具备的各项要素。因此,南海在定位上即为本应属于公海的历史性水域,我国理应享有在该水域范围内完整的领土主权。

事实上,要用历史性水域解决南海争端可以比照现代国际法中有关历史性海湾的规定来进行。同历史性海湾一样,历史性水域的取得也是不受《联合国海洋法公约》制约的,《联合国海洋法公约》所规定的一般海洋划界规则在历史性水域中得以例外的排除适用。在历史性水域中,海洋边界的划定应以确定的历史性权利来进行。因此,要确定我国在南海上的应有权利,应当以我国长期以来所形成的既有权利为标准。现代海洋法规则对于历史性水域的保护主要是指对国家既有权利的保护,不受新产生的国际法规则的破坏,维护国家主权的稳定。利用以习惯国际法为主要渊源的历史性水域法则解决南海争端就必须结合现代海洋法规则,才能有效实现中国在南海上的历史性权利。

#### 参考文献:

- [1]黄盛璋.南海诸岛历来是中国领土的历史证据[J].东南文化,1997(2).
- [2]卢芳华.解构南海争端—美国因素的视角[J].中共天津市委党校学报,2010(3).
- [3]邵津.国际法[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [4]巩建华.南海问题的产生原因、现实状况和内在特点[J].探索与争鸣,2010(2).
- [5]李金明.南海局势与应对海洋法的新发展[J].南洋问题研究,2009(4).
- [6]赵理海.从国际法看我国对南海诸岛无可争辩的主权[J].北京大学学报(哲社版),1992(3).
- [7]李渊.从“先占”看中国对南沙群岛的主权[J].北方法学,2007(3).
- [8]傅崑成.海洋法专题研究[M].厦门大学出版社,2004.
- [9]James Michael Zimmerman, “The Doctrine of Historic Bays: Applying an Anachronism in The Alabama and Mississippi Boundary Case”, San Diego Law Review, Vol. 23, 1986.

责任编辑:饶娣清

## International Law Approach to Resolve the South China Sea Dispute

CAI Gao - qiang, GAO Yang

(Faculty of Law, Xiangtan University, Xiangtan, Hunan 411105, China)

**Abstract:** South China Sea has been an inalienable part of China, but due to its abundant resources and important sea status, it becomes the focus of the world. Further complicated, internationalization of South China Sea issue has been gradually fell into both dozen not, and talked not approach, the passive state can't afford more drag. We should take the construction of China - Asean for chance, actively contribute to legally binding bilateral or multilateral treaties. In international Marine court as the platform, effective use of judicial way to solve South China Sea dispute, historic waters law as a breakthrough, and really solve the South China Sea issue.

**Keywords:** South China Sea dispute; national sovereignty; historic waters

<sup>①</sup> 1947年,当时的中国政府内政部方域司在其编绘出版的《南海诸岛位置图》中,以未定国界线标绘了一条由11段断续线组成的线。新中国成立后,经政府有关部门审定出版的地图在同一位置上也标绘了这样一条线,只是将11段断续线改为9段断续线。这一条线通常被称为传统疆界线,因其形状为“U”形,所以也被称为“U”形线。