

适用于南海的航行和飞越制度研究

邹立刚 王崇敏*

内容提要: 海洋航行和飞越制度是《联合国海洋法公约》贯穿始终的基本制度, 有许可航行、无害通过、过境通行、群岛海道通过、航行和飞越自由等制度。中国应确定东沙、中沙和南沙群岛的领海基线, 从而确定其内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架的起始线, 适用有关航行和飞越制度。南海是主要国际航道, 并考虑到九段线内海域面积约 200 万平方公里而高潮时露出海面的岛礁面积约 14 平方公里, 因此中国应开放在西沙和南沙群岛内水的外国商船无害通过权, 四群岛内水均允许外国商船避险使用。在领海基线之外, 分别适用公约所规定的相关航行和飞越制度。

关键词: 南海; 九段线; 航行制度; 飞越制度

海洋航行和飞越无疑是人类最经常的用海活动。因此海洋航行和飞越制度是《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)贯穿始终的基本制度。美国重返亚太介入南海问题, 将保障南海航行和飞越自由作为其基本诉求。那么, 《公约》规定了什么样的航行和飞越制度? 这些航行和飞越制度如何适用于南海?

一、《公约》规定的航行与飞越制度

(一) 内水的航行和飞越制度

内水是国家主权海域, 未经许可, 外国船舶和飞机不得在一国内水航行和飞越, 即外国船舶和飞机在内水的航行和飞越制度是许可制。然而, 《公约》第 8 条第 2 款规定“如果按照第 7 条所规定的方法确定直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包围在内成为内水, 则在此种水域内应有本公约所规定的无害通过权”。外国飞机当然不享有无害通过权。那么外国军舰呢? 考察各国实践, 一般并不允许外国军舰无害通过内水。

(二) 领海的航行和飞越制度

领海虽然也是国家主权海域, 但基于“海洋自由”的传统理念, 实际上国家的领海主权受到诸多限制, 例如: (1) 外国船舶享有无害通过权。《公约》对无害通过和“有害行为”作出了规定。外国飞机并不享有无害通过权。(2) 沿海国不应对“通过”其领海的外国船舶行使刑事管辖权, 除特殊情况外。也不应为了对“通过”领海的外国船舶上某人行使民事管辖权的目的而停止其航行或改变其航向, 以及不得为任何民事诉讼的目的而对船舶从事执行或加以逮捕, 但涉及该船舶本身在通过沿海国水域的航行中或为该航行的目的而承担的义务或因而承担的责

* 邹立刚, 海南大学法学院教授, 博士生导师; 王崇敏, 海南大学法学院教授, 博士生导师。本文系国家社科基金项目“南海问题及其解决方案法律问题研究”(10BFX094)阶段性成果之一。

任,则不在此限。(3) 对外国船只在领海内所犯违反关于防止、减少和控制海洋环境污染的国内法律和规章或可适用的国际规则和标准的行为,仅可处以罚款,但在领海内故意和严重地造成污染的行为除外。

外国军舰通过领海,由于涉及国家安全,各国的主张和实践不尽相同。大体上有三种制度,一是无害通过制度,二是通知制度,三是批准制度。⁽¹⁾ 根据美国国务院海洋法律与政策办公室 R. W. 史密斯 1990 年 4 月提出的报告,世界上共有 48 个国家对外国军舰进入领海作了限制。⁽²⁾ 现在大多数沿海国家主张军舰须事先取得许可才能通过领海。⁽³⁾ 《中华人民共和国领海基线的声明》和《关于批准〈联合国海洋法公约〉的决定》声明“《联合国海洋法公约》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”。《中华人民共和国领海及毗连区法》第 6 条规定“外国军用船舶进入中华人民共和国领海,须经中华人民共和国政府批准”。

(三) 毗连区的航行和飞越制度

毗连区是沿海国在其中为海关、财政、移民或卫生事项而行使必要管制的海域。沿海国在毗连区的管制权体现为两方面:(1) 防止权,即沿海国确信外国商船若进入其陆地领土、领水可能构成违反其有关海关、财政、移民或卫生的法律和规章的违法行为,有权禁止其进入;(2) 惩治权,即沿海国对外国商船在其陆地领土、领水内发生的违反上述法律和规章的违法行为,即使其已驶离领海,也可在毗连区依法采取措施,并依据上述法律和规章加以惩处。除此之外,若沿海国已建立专属经济区,则毗连区也是专属经济区的一部分,应适用专属经济区的航行和飞越制度;若未建立专属经济区,则毗连区适用公海的航行和飞越制度。

(四) 用于国际航行的海峡的航行和飞越制度

就其法律地位来说,海峡分为内海峡、领海峡和非领海峡。内海峡属于国家内水,一般实行航行和飞越许可制。⁽⁴⁾ 领海峡属于沿海国的领海,通常允许外国船舶享有无害通过权。若是用于国际航行的领海峡,则一般适用过境通行制度,例外适用无害通过制:(1) 若海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成,而且该岛向海一面有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或穿过专属经济区的航道,就应适用无害通过制。因为该岛向海一面有同样方便的航道可供外国船舶航行。(2) 连接公海或专属经济区一部分与外国领海之间的海峡适用无害通过制。因为船舶通过这类海峡实际上是进入外国的海港。⁽⁵⁾ 但《公约》第 45 条第 2 款特意规定“在这种海峡中的无害通过不应予以停止”。有些海峡即使其主权或管辖权属于沿岸国,但由于其作为海上通道极其重要或其他原因,按照专门的国际条约,仍适用较少限制的自由航行。如连接大西洋和太平洋的麦哲伦海峡,连接地中海与大西洋的直布罗陀海峡,连接地中海、马尔马拉海和黑海的达达尼尔-博斯普鲁斯海峡(黑海海峡),连接波罗的海、卡特加特海和北海的松德海峡与大小贝尔特海峡。非领海峡是宽度超过领海宽度两倍的海峡。据统计,宽度在 24 哩以上的可航行的海峡约 42 个。⁽⁶⁾ 《公约》第 36 条规定穿过其中的公海航道(若沿海国未建立专属经济区)或专属经济区航道(若沿海国已建立专属经济区),适用航行和飞越自由制度。

在 1949 年科孚海峡案的判决中,国际法院首次使用了“用于国际航行的海峡”。⁽⁷⁾ 据统计,

(1) 国家海洋局局长严宏谟《关于〈中华人民共和国领海及毗连区法(草案)〉的说明》。

(2) 王丽玉《外国船舶在我国领海的通过制度》,《海洋与海岸带开发》1992 年第 4 期,第 50 页。

(3) 修志君《论无害通过的适用范围》,《东方论坛》2002 年第 1 期,第 118 页。

(4) 除开《公约》第 8 条第 2 款规定的适用无害通过制度的情况。

(5) 陈德恭《现代国际海洋法》,海洋出版社 2009 年版,第 97 页。

(6) 罗祥文《国际法上的海峡通行制度》,《北京大学学报》(哲学社会科学版) 1986 年第 4 期,第 122 页。

(7) 余民才《浅论用语国际航行的海峡的概念》,《中外法学》1998 年第 2 期,第 76 页。

在领海宽度为 12 海里的情况下，世界上 116 个海峡成为领海海峡，其中 30 多个是经常用于国际航行的。⁽⁸⁾ 过境通行制是指专为在公海或专属经济区一部分与公海或专属经济区另一部分之间用于国际航行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。所有船舶和飞机均享有过境通行的权利。

过境通行制度与无害通过制度的比较：(1) 过境通行适用于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用于国际航行的海峡。无害通过适用于领海、《公约》第 52 条规定的群岛水域（除开第 50 条规定的内水之外）、特定的用于国际航行的海峡如《公约》第 45 条第 1 款第 1 项规定的海峡、特定的内水如按照《公约》第 8 条第 2 款所规定的内水。(2) 外国船舶在无害通过时的义务较之过境通行的义务要严格很多；反之，沿海国对外国船舶无害通过的管辖权较之对外国船舶过境通行的管辖权要大很多，此外对外国船舶的民事和刑事管辖权也有不同。(3) 过境通行适用于所有的船舶以及飞机，且不应予以停止；无害通过只适用于船舶，不适用于飞机，且在某些情形下可以停止。外国飞机在领海上空的飞越，要受《国际民用航空公约》、《国际航班过境协定》及有关国家双边协定的约束。(4) 在领海内无害通过，潜水艇和其他潜水器须在海面上航行并展示其旗帜；而在过境通行时则无此要求，可以在水下潜行。也就是说，无害通过仅适用于海面，而过境通行适用于海面及其上空和水体。(5) 对外国军舰无害通过领海，许多国家要求事先通知或经许可；而对于适用无害通过制度的用于国际航行的领峡，沿海国却不应要求外国军舰无害通过前需事先通知或经许可；对于适用过境通行制度的用于国际航行的领峡，所有船舶和飞机均享有过境通行的权利，即不仅包括了外国军舰，也包括外国军机。

(五) 群岛水域的航行和飞越制度

群岛水域是自成一体的海域，其通过制度有无害通过和群岛海道通过两种。群岛海道通过是专为在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间继续不停、迅速和无障碍地过境的目的，行使正常方式的航行和飞越的权利。所有外国船舶和飞机均享有在群岛国指定的海道和其上的空中航道内，继续不停和迅速通过或飞越其群岛水域和邻接的领海的群岛海道通过权。外国船舶和飞机在通过时，《公约》“用于国际航行的海峡”中过境通行所应遵守的第 39 条“船舶和飞机在过境通行时的义务”、第 40 条“研究和测量活动”、第 42 条“海峡沿岸国关于过境通行的法律和规章”、第 44 条“海峡沿岸国的义务”，比照适用于群岛海道通过。

过境通行制度与群岛海道通过制度的比较：(1) 在通过和通行的意义上相同。所不同的是，过境通行对继续不停、迅速过境的要求，并不排除在一个海峡沿岸国入境条件的限制下，为驶入、驶离该国或自该国返回的目的而通过海峡。(2) 船舶和飞机在通过或通行时的义务、群岛国与沿岸国的义务，以及关于制定通过或通行的法律和规章是相同的，但公约对群岛国指定海道和空中航道，以及船舶和飞机在通过时的航线等规定了具体要求。⁽⁹⁾ 比如，印尼于 1996 年向国际海事组织提交了计划指定的 3 条北南航向的群岛海道建议案。1998 年，国际海事组织批准了该建议案。⁽¹⁰⁾ 若未指定海道和空中航道，则外国船舶和飞机享有“行使正常方式的航行和飞越的权利”。

根据《公约》相关规定，可以认为外国军舰和军机在通过群岛海道时，应比照适用过境通行制度。而按照其第 52 条第 1 款的规定，外国船舶享有通过群岛水域的无害通过权而不包括外

(8) 赵建文 《联合国海洋法公约与中国在南海的既得权利》，《法学研究》2003 年第 2 期，第 148 页。

(9) 胡增祥、马英杰、刘居艳 《论船舶海上通行权的法律制约》，《青岛海洋大学学报》（社会科学版）2000 年第 2 期，第 46 页。

(10) 刘新山、郑吉辉 《群岛水域制度与印度尼西亚的国家实践》，《中国海商法年刊》2011 年第 1 期，第 105 页。

国飞机，更不用说外国军机。关于外国军舰在他国群岛水域是否享有无害通过权问题，取决于群岛国用群岛基线划定群岛水域前军舰在该水域的地位。也就是说，如果军舰在群岛国用群岛基线划定群岛水域前一直在该水域无害通过，那么，军舰在该水域就继续享有无害通过权。反之，军舰在群岛水域就不享有无害通过权。⁽¹¹⁾

(六) 专属经济区的航行和飞越制度

《公约》第 56 条第 1 款规定了沿海国在专属经济区的主权权利、管辖权、其他权利和义务，但其第 2 款规定：沿海国在专属经济区内行使其权利和履行其义务时，应适当顾及其他国家的权利和义务，并应以符合本公约规定的方式行事。第 58 条规定，在专属经济区内，所有国家，不论为沿海国或内陆国，在本公约有关规定的限制下，享有第 87 条所指的航行和飞越的自由。第 88 至第 115 条以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区。这表明，除开相关限制，专属经济区的水面和上空实行的是公海的航行和飞越自由制度。那么有哪些限制？总体上说有两方面的限制，即受限于公海和专属经济区航行和飞越自由制度的例外限制。就专属经济区航行和飞越自由制度的例外限制而言如下：

1. 仅基于“通过”目的的航行和飞越，受到如下限制：(1) 基于《公约》第 56 条的规定以及沿海国可根据《公约》第十二部分“海洋环境的保护和保全”采取“防止、减少和控制海洋环境污染的措施”，则沿海国可以：首先，根据第 219 条关于船只适航条件的避免污染措施，“在第七节限制下，各国如经请求或出于自己主动，已查明在港口或岸外设施的船只违反关于船只适航条件的可适用的国际规则 and 标准从而有损害海洋环境的威胁，应在实际可行范围内采取行政措施以阻止该船航行”。其次，按照国际法管制在其专属经济区航行的载有内在危险性或有害有毒货物的船舶。再次，根据 194 条第 5 款“为保护和保全稀有或脆弱的生态系统，以及衰竭、受威胁或有灭绝危险的物种和其它形式的海洋生物的生存环境而有很必要的措施”，诸如宣布海洋公园或海洋保护区。最后，根据第 211 条第 6 款 (a) 项而采取特别措施的海域，诸如开发或勘探非生物资源的重点海域，生物资源的捕捞、养殖、养护基地。(2) 《公约》第 60 条规定：沿海国在专属经济区内应有专属权利建造并授权和管理建造、操作和使用人工岛屿、设施和结构，并可设置从其外缘各点量起不超过周围 500 米的安全地带。一切船舶都必须尊重这些安全地带，并应遵守关于在人工岛屿、设施、结构和安全地带附近航行的一般接受的国际标准。(3) 沿海国可在从事经济性开发和勘探如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的特定海域限制外国船舶和飞机的航行和飞越自由，比如限制外国船舶和飞机的抵近航行和飞越，限制外国飞机的低飞。

2. 外国船舶和飞机在专属经济区航行和飞越中由于排放性或事故性污染海洋的事实，可以触发沿海国基于保护和保全海洋环境和生物资源的权利和义务，而行使行政管辖权、民事管辖权。如：(1) 按照《公约》第 226 条的规定启动对外国船舶的调查，若调查结果显示有违反关于保护和保全海洋环境的可适用的法律和规章或国际规则和标准的行为，则应于完成提供保证书或其他适当财政担保等合理程序后迅速予以释放；但在不妨害有关船只适航性的可适用的国际规则和标准的情形下，无论何时如船只的释放可能对海洋环境引起不合理的损害威胁，可拒绝释放或以驶往最近的适当修船厂为条件予以释放。(2) 责令采取防止污染扩大的措施、清除污染、给予罚款。(3) 按照《公约》第 229 条规定的“本公约的任何规定不影响因要求赔偿海洋环境污染造成的损失或损害而提起民事诉讼程序”，而提起民事赔偿的诉讼或“公益诉讼”。(4) 《公约》第 220 条第 1 款规定当外国船舶“自愿位于一国港口或岸外设施时”，沿海国对外国商船在其专属经济区内发生的“任何违反”的污染行为，可以提起司法程序；而按照该条第 6 款的

(11) 王军敏 《论军舰在海洋法中的法律地位》，《青岛海洋大学学报》(社会科学版) 2002 年第 2 期，第 47 页。

规定,对“在一国专属经济区或领海内航行的船只”,只有当“造成重大损害或有造成重大损害的威胁,该国在有充分证据时”,才可以提起司法程序,包括对该船的拘留在内。但在这两种情况下,按照《公约》第230条第1款规定仅可处以罚款;且第228条第1款规定,在沿海国提出控告的6个月内若船旗国提出同样控告,则沿海国应暂停司法程序,除非这种程序涉及沿海国遭受重大损害的案件或有关船旗国一再不顾其对本国船只的违反行为有效地执行可适用的国际规则和标准的义务。

3. 《公约》第73条规定:沿海国行使其勘探、开发、养护和管理在专属经济区内的生物资源的主权权利时,可采取为确保其依照本公约制定的法律和规章得到遵守所必要的措施,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序。沿海国对于在专属经济区内违犯渔业法律和规章的处罚,如有关国家无相反的协议,不得包括监禁或任何其他方式的体罚。《中华人民共和国渔业法》第46条规定:外国人、外国渔船违反本法规定,擅自进入中国管辖水域从事渔业生产和渔业资源调查活动的,……构成犯罪的,依法追究刑事责任。此外,《中华人民共和国刑法》第340条规定了“非法捕捞水产品罪”。

4. 对外国船舶和飞机基于海洋科研目的的航行和飞越,《公约》的海洋科研制度规定了沿海国对专属经济区内外国科研活动享有同意权、参与权、监督权、知情权、对研究资料及成果的取得权等。⁽¹²⁾ 特别是其第246条第5款规定沿海国可以拒不同意“与生物或非生物自然资源的勘探和开发有直接关系;涉及大陆架的钻探、炸药的使用或将有害物质引入海洋环境”的海洋科研计划。

5. 对外国军事船舶和飞机的航行和飞越,尽管《公约》没有明确禁止外国在沿海国专属经济区的平时军事活动,但系统规定了进行该类活动所应遵循的诸多规范,如和平利用海洋、禁止任何武力威胁或使用武力、禁止滥用权利、适当顾及、“剩余权利规则”等。⁽¹³⁾ 这些规范既是判断该类活动是否合法的标准,也是沿海国规制该类活动的主要依据。

6. 按照《公约》第95条和第96条的规定,军舰和用于政府非商业性服务的船舶在公海上有不受船旗国以外任何其他国家管辖的完全豁免权。而其第58条第2款将此援引适用于专属经济区。因此,沿海国对这类舰船不能行使管辖权。然而,这类舰船在专属经济区确有可能发生侵害沿海国依据《公约》享有的主权权利的行为,则沿海国可采取监视、取证等行动,诉诸外交途径包括要求该船旗国承担国家责任。然而,作为“完全豁免权”的仅有例外,是《公约》第102条规定的“军舰、政府船舶或政府飞机由于其船员或机组成员发生叛变而从事的海盗行为”,仍适用普遍管辖权。

(七) 大陆架的航行和飞越制度

《公约》第76条规定了200海里内大陆架和200海里之外的外大陆架。《公约》第78条特别规定:沿海国对大陆架的权利不影响上覆水域或水域上空的法律地位。沿海国对大陆架权利的行使,绝不得对航行和本公约规定的其他国家的其他权利和自由有所侵害,或造成不当的干扰。

沿海国在内大陆架的主权权利和管辖权,已被在专属经济区的同类权利所吸收。因此,内大陆架和专属经济区的航行和飞越制度是相同的。而外大陆架上覆水域或水域上空是公海,因此实行公海的航行和飞越自由制度,只要不妨碍或适当顾及沿海国勘探、开发大陆架自然资源的主权权利和对人工岛屿、设施和结构的专属权利和专属管辖权,比如一切船舶都应尊重沿海国在大陆架设立的人工岛屿、设施和结构及其周围的安全地带,并应遵守在其附近航行的一般接受的国际标准。当然,人工岛屿、设施和结构及其周围的安全地带,不得设在或使用国际航行必经的公认

(12) 邹立刚、王崇敏 《国家对专属经济区内外国科研活动的管辖权》,《社会科学家》2012年第11期,第12页。

(13) 邹立刚 《论国家对专属经济区内外国平时军事活动的规制权》,《中国法学》2012年第6期,第49页。

海道可能有干扰的地方。

(八) 公海的航行和飞越制度

《公约》将公海自由概括为但不限于六项主要自由制度，前两项即为航行自由和飞越自由。公海航行和飞越自由是指船舶和飞机仅受其国籍国（船旗国/登记国）的专属管辖，仅在例外情形下受他国管辖。专属管辖是指：（1）所有国家均有权在公海上行使悬挂其旗帜的船舶，包括商船、军舰和用于非商业目的政府船舶，其他国家不得加以干预和阻碍；在公海上航行的船舶应仅悬挂一国的旗帜，除国际条约或本公约明文规定的例外情形外，在公海上应受船旗国的专属管辖；（2）各国的航空器都有飞越公海上空的自由；在公海上空飞行的航空器受其登记国管辖^{〔14〕}，其他国家不得加以干预和阻碍。

船旗国的专属管辖权体现于三个方面：（1）在行政管辖权方面，《公约》第94条第1款规定：每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制。第2-7款规定了管控义务的主要内容。其中第6款明确规定“一个国家如有明确理由相信对某一船舶未行使适当的管辖和管制，可将这项事实通知船旗国”，但不能自行对该船舶采取任何措施。而是“船旗国接到通知后，应对这一事项进行调查，并于适当时采取任何必要行动，以补救这种情况”。换言之，国家在公海上对外国船舶不具有行政管辖权，仅有特定事态的“通知权”。（2）就民事管辖权而言，常见的事态有三类，即船舶碰撞、海难救助、海洋污染。《公约》第94条第7款规定“每一国家对于涉及悬挂该国旗帜的船舶在公海上因海难或航行事故对另一国国民造成死亡或严重伤害，或对另一国的船舶或设施、或海洋环境造成严重损害的每一事件，都应由适当的合格人士一人或数人或在有这种人士在场的情况下进行调查。对于该另一国就任何这种海难或航行事故进行的任何调查，船旗国应与该另一国合作”。换言之，国家在公海上对外国船舶不具有民事管辖权，仅有特定情况下的“调查权”。（3）在刑事管辖权方面，《公约》第97条标题即为“关于碰撞事项或任何其他航行事故的刑事管辖权”，规定“遇有船舶在公海上碰撞或任何其他航行事故涉及船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事或纪律责任时，对此种人员的任何刑事诉讼或纪律程序，仅可向船旗国或此种人员所属国的司法或行政当局提出”；“船旗国当局以外的任何当局，即使作为一种调查措施，也不应命令逮捕或扣留船舶”。这里规定了船旗国对船舶及其船员的刑事管辖权和国籍国对该船舶上的船员的属人刑事管辖权。

那么，“国际条约或本公约明文规定的例外情形”有哪些？

就《公约》而言：（1）打击海盗。从第110条规定的任何国家的军舰、军用飞机、经正式授权并有清楚标志可以识别的为政府服务的任何其他船舶或飞机（以下概称军舰）的登临权和第105条对海盗使用“每个国家均可扣押……逮捕……判定应处的刑罚”等措辞来看，《公约》明文授权各国对海盗具有普遍管辖权当属无疑。（2）禁止贩奴。按照第110条的规定，任何国家的军舰若有合理根据认为外国船舶从事奴隶贩卖，可以行使登临权，但并没有规定有权“扣押、逮捕、判刑”等措辞。结合第99条的规定，我们可知：船旗国具有防止和惩罚悬挂其国旗的船舶贩奴的首要责任和管辖权，而非船旗国行使登临权的主要意义，是解救奴隶，使其“当然获得自由”。（3）合作制止贩毒。根据第108条的规定，船旗国可要求其他国家合作，以制止悬挂其旗帜的船舶违反国际公约在海上从事非法贩运麻醉药品和精神调理物质。而他国对船旗国船舶这种非法行为的制止权，是基于该条规定的“所有国家应进行合作”和船旗国的“要求”；该制止权的权限范围，应取决于船旗国的“要求”即授权。因此，第110条甚至没有直接规定非船旗国军舰的登临权。（4）制止未经许可的广播。结合第109条和第110条的规定，我们可

〔14〕《国际民用航空公约》第17条规定：航空器具有其登记的国家的国籍。

知:所有国家应进行合作,以制止在公海从事未经许可的广播;有管辖权的⁽¹⁵⁾国家的军舰可以行使登临权,可以逮捕从事未经许可的广播的任何人或船舶,并扣押广播器材;对于在公海从事未经许可的广播的任何人,均可向有管辖权国家的法院起诉。(5)第110条规定军舰如有合理根据认为该船没有国籍、⁽¹⁶⁾该船虽悬挂外国旗帜或拒不展示其旗帜而事实上却与该军舰属同一国籍,可以登临该船。(6)延续至公海的紧追权。沿海国主管当局在有充分理由认为外国船舶在其内水、领海、群岛水域、毗连区、专属经济区内或大陆架上包括大陆架上设施周围的安全地带内,违反该国适用于上述海域的法律和规章时,可对该船舶进行紧追直至公海。(7)其他限制。正如《公约》第87条所规定的“公海自由是在本公约和其他国际法规则所规定的条件下行使的”,因此公海航行和飞越自由还受到其他诸多限制,比如该条第2款“须适当顾及其他国家行使公海自由的利益,并适当顾及本公约所规定的同‘区域’内活动有关的权利”;第88条“公海应只用于和平目的”。

就其他国际公约而言,非船旗国就特定犯罪行为的管辖权也构成对船舶和飞机的公海航行和飞越自由的限制。比如,尽管《制止危及海上航行安全非法行为公约》第6条将船舶的船旗国刑事管辖权列为首位,但为了保证打击此类犯罪行为而使之无所遁逃,该公约在确定具有多重性的国际管辖权的基础上,也允许国内管辖权。《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》第3条将固定平台所属国刑事管辖权列为首位,但仿效该公约安排了多重刑事管辖权。⁽¹⁷⁾

二、海峡两岸的相关法律和政策立场

(一) 海峡两岸对九段线⁽¹⁸⁾内岛礁归属和海域划分的法律规定

中国的相关法律规定可归纳如次:(1)线内四群岛属于中国。(2)四群岛从领海基线起算12海里领海。(3)从领海基线起算200海里专属经济区。(4)大陆架为领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土;如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足二百海里,则扩展至二百海里。(5)上述(3)-(4)的规定不影响中国对线内海域享有的历史性权利。(6)与有关国家主张重叠的海域划界,在国际法基础上按照公平原则以协议划定。

海峡两岸对线内岛礁归属和海域划分的法律立场基本相同,其主要差别有二:(1)《“中华民国”领海及邻接区法》第3条规定“‘中华民国’领海为自基线起至其外侧十二浬间之海域”,如中国台湾仅对黄岩岛而并非对中沙群岛适用12海里领海制度。而《中华人民共和国政府关于领海的声明》宣布:12海里领海宽度适用于东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛。(2)《“中华民国”南海政策纲领》和《“中华民国”领海及邻接区法(草案)》中有“历史性权利(或水域)”类规定,但《“中华民国”领海及邻接区法》和《“中华民国”专属经济海域及大陆礁层法》都没有此类规定。而《中华人民共和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华人民共和国享有的历史性权利。

(二) 海峡两岸有关九段线内四群岛领海基线的规定

按照《中华人民共和国政府关于领海的声明》和《中华人民共和国领海及毗连区法》的规定,中国的领海基线一律采用直线基线。中国目前仅公布了西沙群岛的领海基点和基线。《中华

(15)船旗国、设施登记国、广播人所属国、可以收到这种广播的任何国家、得到许可的无线电通信受到干扰的任何国家。

(16)也包括第92条第2款规定的情形,即悬挂两国或两国以上旗帜航行并视方便而换用旗帜的船舶,对任何其他国家不得主张其中的任一国籍,并可视同无国籍的船舶。

(17)邹立刚《论船旗国刑事管辖权》,《法治研究》2011年第11期,第79页。

(18)本文使用九段线仅为国内学界对该线各类用词的方便表述。

《中华人民共和国领海基线的声明》规定“中华人民共和国政府将再行宣布中华人民共和国其余领海基线”。中国为何尚未公布东沙群岛、中沙群岛、南沙群岛的领海基点和基线？首先是因为东沙岛历来有中国台湾驻军。其次是因为中国致力于与周边邻国发展全面关系，并恪守《南海各方行为宣言》“各方承诺保持自我克制，不采取使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”的承诺。这表明了中国政府和平解决南海问题的最大诚意。

中国台湾1999年2月公布2009年11月18日公告修正的《“中华民国”第一批领海基线、领海及邻接区外界线》，对东沙群岛采用二条直线基线和二条正常基线划定，对中沙群岛的黄岩岛采正常基线划定，对南沙群岛规定“在中国传统U形线内之南沙群岛全部岛礁均为中国领土，其领海基线采直线基线及正常基线混合基线法划定，有关基点名称、地理坐标及海图另案公告”。东沙群岛不存在岛屿归属争议。而就中沙群岛和南沙群岛而言，中国台湾不是东盟地区论坛的成员，也不是《南海各方行为宣言》的签字方，因此中国台湾公布有关领海基线并不违背其任何国际承诺。

（三）对海峡两岸相关立场的分析

近年美国在诸多国际场合宣称，维护南海航行自由是美国的国家利益，反对任何妨碍航行自由的做法。菲律宾将中菲南海争议提交国际海洋法仲裁庭时诉称：中国以“假想九段线”将大部分海域标为自己的领海。这显然都是弥天大谎。如上所述，海峡两岸都从未将九段线内海域规定为领海，而是主张线内岛礁属于中国和依据《公约》划分内水、领海、专属经济区、大陆架等法律地位不同的国家管辖海域，并适用相应的航行和飞越制度。中国在诸多国际场合都作出声明，如钱其琛外长在第28届东盟外长会议上表示：南海地区是国际航海、航空交通运输的要冲，中国高度重视南海国际航道的安全和自由畅通，在这方面一向不存在任何问题，相信在今后也不会发生任何问题。⁽¹⁹⁾

三、在南海适用《公约》的航行和飞越制度的探讨

（一）东沙海域应适用的航行和飞越制度

中国台湾对东沙岛划定了领海基线作为划分其内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架的起始线，因此在上述海域内，完全可适用《公约》所规定的不同海域的航行和飞越制度。然而，中国是否应认可中国台湾对东沙岛所划定的领海基线？值得注意的是：前述《“中华民国”第一批领海基线、领海及邻接区外界线》所公布的钓鱼台列屿的领海基线是正常基线，而《中华人民共和国政府关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》公布了钓鱼岛列屿12个领海基点连成12条直线基线，赤尾屿列屿5个领海基点连成5条直线基线，即中国并未认可中国台湾先前划定的该基线。

建议中国修改相关法律，采用直线基线为原则，正常基线为例外的领海基线划法，认可中国台湾宣布的东沙岛领海基线。主要基于如下考虑：（1）东沙岛是东沙群岛中唯一符合《公约》定义的岛屿，可以拥有内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架，从而适用《公约》所规定的不同海域的航行和飞越制度；（2）东沙群岛的地貌特征并不适宜对整个东沙群岛适用直线基线划法；（3）基于东沙岛的地貌特征，有的基线采用正常基线即低潮线可能更为有利；（4）中国台湾实际控制东沙群岛及其海域，适用了既定的航行和飞越制度，按照“既得权”和“维持现状”规则，应仍维持原状。若改变该基线，不仅可能部分改变了国家管辖海域的范围，也可

⁽¹⁹⁾《人民日报》1995年7月31日第1版；也参见许栋诚、熊争艳、白洁《外交部：中方重视维护南海航行自由》，《新华每日电讯》2012年12月1日第002版。

能相应变更了相关海域所应适用的航行和飞越制度。(5) 由于该基线所包括的内水不存在《公约》第8条第2款规定的情形,因此对该内水适用航行和飞越的许可制。

(二) 西沙海域适用的航行和飞越制度的探讨

中国对西沙群岛确定的领海基线,是东岛、浪花礁、中建岛、北礁、赵述岛、北岛、中岛、南岛8个岛礁的28个相邻基点之间的直线连线,组成了一个不规则多边形,总长282.1海里。其内水和领海面积各万余平方公里,此外按照《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》的规定,领海之外可以有毗连区、专属经济区和大陆架。

在西沙海域属于毗连区、专属经济区和大陆架的海域完全适用《公约》所规定的航行和飞越制度并不存在任何问题。在领海适用外国商船的无害通过制。而在内水,根据《公约》第8条第2款的规定和基于中国重视维护南海航行自由的立场,建议允许外国商船在西沙群岛内水无害通过;同时考虑到西沙海域面积约40余万平方公里而岛礁面积约6平方公里,因此建议在西沙群岛内水允许外国商船作避险使用。

(三) 中沙海域适用的航行和飞越制度的探讨

中国没有对中沙群岛或黄岩岛划定领海基线。中国台湾对黄岩岛采正常基线划定,由于黄岩岛是环礁,因此在低潮和高潮时都有内水。黄岩岛是周缘长约55公里的水下大环礁,在涨潮时周边有数十礁块露出,环礁内海域面积约为130平方公里。若中国对黄岩岛划定领海基线,采用低潮线甚至比较直线基线更为有利。因此,建议中国修改相关法律,采用直线基线为原则,正常基线为例外的领海基线划法,认可中国台湾对黄岩岛采用的正常基线划法。

该基线确定后,作为划分黄岩岛内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架的起始线,完全可以适用《公约》所规定的不同海域的航行和飞越制度。由于黄岩岛所包括的内水不存在《公约》第8条第2款规定的情形,且该内水几乎为封闭性海域,不是海上通道,因此外国商船并不具有无害通过权。然而,考虑到中沙群岛海域面积约60多万平方公里,而黄岩岛是高潮时唯一有陆地露出海面的岛礁,且其东南端有水深9~11米、长约90米、宽360~400米的信道与外海相连,具有天然避风功能,因此应允许外国商船作为避险使用。

(四) 南沙海域适用的航行和飞越制度的探讨

目前国内学界有些学者主张在南沙群岛适用群岛基线。群岛制度不适用于南沙群岛。中国法定的确定领海基线的方法是直线基线法,而中国台湾法定的确定领海基线的方法是以直线基线为原则,正常基线为例外的混合基线法。在实践中,海峡两岸都没有使用群岛基线。南沙群岛海域面积约82万平方公里,但高潮时露出海面的岛礁约70个散布很广而总面积仅约6平方公里,其中只有少数岛礁符合《公约》关于岛屿的定义。中国也不宜使用直线基线划法将整个南沙群岛“视为一个整体,划定领海范围”。中国在南沙群岛确定领海基线最可能和最适当的做法,是仿效确定钓鱼岛及其周边列屿的领海基线的划法,如以太平岛、中业岛、西月岛、南威岛等主要岛礁为中心,结合其周边的岩礁确定基点,以这些基点的直线连线作为领海基线。在南沙群岛确定领海基线时,应遵循公约第7条第6款“一国不得采用直线基线制度,致使另一国的领海同公海或专属经济区隔断”。

同理,南沙群岛领海基线确定后,就可以划分其法律地位不同的各类海域,从而分别适用《公约》所规定的不同海域的航行和飞越制度。由于该基线所包括的内水存在《公约》第8条第2款规定的情形,且考虑到南沙海域面积广袤而岛礁面积很小,因此应允许外国商船在内水行使无害通过权,并开放内水避险使用。

责任编辑:姚莹