

《联合国海洋法公约》的“海洋宪章”地位：发展与界限

施余兵*

目次

- | | |
|-----------------------|----------------------|
| 一、问题的提出 | 四、《公约》作为“活的条约”的理论与实践 |
| 二、《公约》“海洋宪章”地位的确立 | 五、《公约》与发展中国家利益 |
| 三、《公约》作为“海洋法律框架”的宪章地位 | 六、结语 |

摘要 《联合国海洋法公约》被国际社会广泛认为是“海洋宪章”，构成规制所有海洋活动的法律框架。在国际司法和仲裁实践中，通过演化解释等方式将《联合国海洋法公约》的条款适用于该条约缔约时未出现的新问题，甚至将条约条款进行明显不同于文义的新解释，已经成为近年来国际裁判实践的一种趋势。一方面，《联合国海洋法公约》的“海洋宪章”地位具有其必然性，遵守包括《联合国海洋法公约》在内的国际法已经成为国际共识。另一方面，《联合国海洋法公约》并不能解决所有海洋问题，该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。因此，如何确定该公约解释和适用的“界限”尤为重要。

关键词 《联合国海洋法公约》 海洋宪章 演化解释 界限

一、问题的提出

《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)于1982年12月10日通过并开放签署,并于1994年11月16日正式生效。作为海洋领域最重要的一部国际条约,《公约》的通过是第三届联合国海洋法会议历时9年、11个会期、15次会议,才达成的重大成果。其包括17个部分、320个条款、9个附件,以及2个执行协定,被国际社会广泛称为“海洋宪章”(Constitution for the Oceans)。

经过40年的发展,《公约》在“区域”内矿产资源的勘探和开发制度、国际渔业法律制度、海洋环境的保护和保全制度等方面都取得了一定的发展。然而,随着海洋科技的发展和人类利用海洋的能力的增强,《公约》在实施中也遇到了诸如气候变化、海洋环境安全、沿海国管辖权扩大

* 厦门大学法学院教授、法学博士。

(Creeping Jurisdiction)等方面的挑战。^{〔1〕}也正因为如此,一些学者提出了未来是否需要召开第四届联合国海洋法会议,以及《公约》是否可以继续承担“海洋宪章”职能的疑问。^{〔2〕}

目前,关于《公约》“海洋宪章”法律地位的讨论主要包括两种观点。第一种观点认为《公约》属于“海洋宪章”,能够解决所有海洋法问题,是现代海洋法的唯一依据。持这种观点的主要包括美国、菲律宾等国家以及部分学者,^{〔3〕}这种观点也被称为“《公约》至上论”。例如,菲律宾外交部长恩里克·马纳罗(Enrique A. Manalo)在2022年7月12日的一份声明中指出,由《公约》充分规制的事项无须适用一般国际法。^{〔4〕}第二种观点认为《公约》提供了一个解决大多数海洋法利用问题的法律框架,但不能解决所有的海洋利用问题。例如,罗宾·丘吉尔和沃恩·劳恩(Robin Churchill and Vaughan Lowe)认为,没有一个条约文本可以涵盖所有的海洋法问题,《公约》仅仅是提供了一个关于多数海洋利用问题的法律框架,还需要习惯国际法规则以及其他与污染和航行有关的国际条约的补充。^{〔5〕}可见,关于《公约》“海洋宪章”法律地位的讨论涉及《公约》与一般国际法的规则与原则之间的关系,也涉及《公约》解释和适用的边界问题,是一个重要的理论和实践问题。本文从《公约》“海洋宪章”地位的确立着手,在厘清《公约》“海洋宪章”地位含义的基础上,从《公约》作为“海洋法律框架”的宪章地位、《公约》作为“活的条约”的理论与实践,以及《公约》与发展中国家利益这三个视角对这一问题进行探究。

二、《公约》“海洋宪章”地位的确立

目前国内外不少学术论文将《公约》直接认定为“海洋宪章”。^{〔6〕}事实上,这一提法有其特殊的时代背景和内涵,兼具法律和政治特征。

(一)《公约》“海洋宪章”地位的提出

一般认为,《公约》作为“海洋宪章”的说法,最早是由在1980年至1982年期间担任第三次联合

〔1〕 Donald Rothwell & Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart Publishing, 2nd ed., 2016, p.71-73.

〔2〕 Ibid., at 74.

〔3〕 See e.g., Antony J. Blinken, *Fifth Anniversary of the Arbitral Tribunal Ruling on the South China Sea* (July 11, 2021), <https://www.state.gov/fifth-anniversary-of-the-arbitral-tribunal-ruling-on-the-south-china-sea/>; Antony J. Blinken, *Sixth Anniversary of the Philippines-China South China Sea Arbitral Tribunal Ruling* (July 11, 2022), <https://www.state.gov/sixth-anniversary-of-the-philippines-china-south-china-sea-arbitral-tribunal-ruling/>; Republic of the Philippines Department of Foreign Affairs, *Statement of Foreign Affairs Secretary Enrique A. Manalo on the 6th Anniversary of the Award on the South China Sea Arbitration* (July 12, 2022), <https://dfa.gov.ph/dfa-news/statements-and-advisories/update/30865-statement-of-foreign-affairs-secretary-enrique-a-manalo-on-the-6th-anniversary-of-the-award-on-the-south-china-sea-arbitration>.

〔4〕 恩里克·马纳罗在声明中指出,“There is no recourse to general international law on matters comprehensively covered by the UNCLOS”. See Republic of the Philippines Department of Foreign Affairs, *supra* note〔3〕.

〔5〕 Robin Churchill & Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 3rd ed., 1999, p.24.

〔6〕 参见周忠海:《海洋法公约与国际经济新秩序》,载《周忠海国际法论文集》,北京出版社2006年版,第282页; Shirley V. Scott, *The LOS Convention as a Constitutional Regime for the Oceans*, in Alex G. Oude Elferink ed., *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.9-38.

国海洋法会议主席的许通美(Tommy Koh)大使于1982年12月《公约》刚刚通过时提出。^{〔7〕}1982年12月6日至11日,在第三次联合国海洋法会议的最后一期会议上,许通美大使做了致辞。他在讲话中指出,通过谈判他们达成了“能够经得住时间考验的一个综合性的海洋宪章(a comprehensive constitution for the oceans which will stand the test of time)”,并给出了如下八点理由:^{〔8〕}

第一,《公约》可以促进并维护国际和平与安全,因为各国一致同意对沿海国在领海、毗连区、专属经济区和大陆架上所享有的权利进行限制,这取代了《公约》通过之前沿海国过度的且互相冲突的海洋主张。第二,《公约》通过专属经济区的地位、领海的无害通过制度,以及通过用于国际航行的海峡和通过群岛海道的通行制度等各国的重要妥协,促进了航行自由这一国际社会的利益。第三,国际社会在对海洋生物资源的养护和最优利用方面的利益,由于《公约》规定的专属经济区相关的条款的实施,将会得到增强。第四,《公约》包含了有关保护和保全海洋环境免受污染损害的一些重要的新的规则。第五,《公约》有关海洋科学研究的新的规则在开展科学研究的国家和相关沿海国之间保持了一个公正的平衡(equitable balance)。第六,《公约》在和平解决争端以及防止各国通过使用武力解决争端方面,由于第十五部分“导致有拘束力裁判的强制程序”,而使得国际社会的利益得以推进。第七,《公约》成功地将适用于国际海底区域资源的人类共同继承财产原则,转化为公正、可行的机构和安排。第八,《公约》通过一系列制度设计确保一定程度上的国际公正,包括200海里以外大陆架资源开发的缴费机制(第82条)、确保内陆国和地理不利国获得同一分区域或区域的沿海国专属经济区内相关生物资源的权利、沿海国渔民捕鱼和远洋渔民捕鱼的关系,以及国际海底区域资源开发的惠益分享安排等。

2022年4月29日,在纪念《公约》通过40周年的高级别联大会议上,许通美大使发表了主旨演讲。他认为,《公约》具有强大生命力并且值得庆祝主要基于八点原因:《公约》终结了之前海洋法领域的混乱和单边主义;创设了包括国际海洋法法庭(以下简称“ITLOS”)、国际海底管理局和大陆架界限委员会在内的三大机构;赋予所有国家保护和保全海洋环境的义务;对维护海洋和平做出贡献;包含强制争端解决机制;作为一个后殖民条约,发展中国家在该条约制定中扮演了主要的角色;《公约》是一个活的文件(living document),可以应对新的发展和挑战;以及《公约》为应对气候变化和海平面上升提供了应对的法律工具等。^{〔9〕}不难看出,上述八个方面的原因实际上对许通美大使于1982年给出的八大理由进行了提炼和概括,从《公约》的作用、重要制度以及前瞻性的视角阐释了其“海洋宪章”地位,是对《公约》“海洋宪章”地位的再次确认。

戴维·安德森(David Anderson)法官将许通美大使1982年12月的讲话中提及的《公约》之所以可以被称为“海洋宪章”所包括的八个方面的原因概括为六点,即:广泛的参与性、议题的综合覆盖性、与《联合国宪章》的一致性、符合国际社会的利益、“人类共同继承财产”的概念,以及体现了国际公平。^{〔10〕}安德森法官认为,宪章或宪法(Constitution)通常是指一国或一个国际组织的根本大法,其典型的例子是

〔7〕 A Constitution for the Oceans Remarks by Tommy TB Koh, of Singapore, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (Montego Bay, Jamaica, Dec. 11, 1982), https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf.

〔8〕 Ibid.

〔9〕 Tommy Koh, *Transcript of Keynote Address by President of the Third UN Conference on the Law of the Sea Ambassador Tommy Koh at the High-Level Commemorative Meeting of the General Assembly to Mark the 40th Anniversary of the Adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea* (April 29, 2022), <https://www.mfa.gov.sg/Newsroom/Press-Statements-Transcripts-and-Photos/2022/04/20220430-min-ny>.

〔10〕 David Anderson, “*Constitutionalization*” and the Law of the Sea, University of Leeds, March 14, 2007, <https://www.yumpu.com/en/document/read/31752146/annual-report-2007-school-of-law-university-of-leeds>.

《联合国宪章》。这是因为《联合国宪章》既是联合国作为一个组织的宪章，也设立了规制国家之间关系的一些基本原则和规则。^{〔11〕}他认为，无论是《公约》还是其1995年《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的执行协定》（以下简称《鱼类种群协定》），都具有与“宪章”相关的一些要素。例如，《鱼类种群协定》“比照适用”了《公约》第十五部分的争端解决机制，同时，海洋自由也受到了来自区域渔业管理组织所采取措施的限制。^{〔12〕}

（二）“海洋宪章”地位的含义

根据许通美大使对《公约》“海洋宪章”地位的解释，并结合安德森法官对该解释的阐释，《公约》“海洋宪章”地位的含义可以概括为以下三个方面：

第一，从内容上看，《公约》终结了之前海洋法领域的混乱和单边主义，对所有海洋和海域内活动构建了一个法律框架，一个“多元结构的新海洋制度”。^{〔13〕}这一框架将各海洋区域的种种问题作为一个整体来加以考虑，^{〔14〕}几乎涉及国际经济秩序的各个方面，并成为“国际经济新秩序的重要内容”。^{〔15〕}

第二，从实施上看，《公约》是一个“活的条约(living treaty/instrument)”，包括在缔约时尚未出现的问题在内的所有海洋问题都可以在《公约》的框架内予以解决。许通美大使认为，1995年《鱼类种群协定》包含了可持续渔业发展的一些新的原则，并填补了《公约》的一项空白；此外，目前正在谈判的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性（以下简称“BBNJ”）的养护和可持续利用国际协定亦可望成为《公约》框架下的一个新的执行协定，从而可以解决《公约》面临的一些新的挑战。^{〔16〕}换言之，《公约》通过其执行协定可以不断应对和解决新的挑战，并永葆活力。

第三，从目的和效果看，《公约》是由发展中国家主导推动的，其各项制度旨在实现国际社会的公平公正。《公约》谈判之时，正值广大发展中国家摆脱殖民走向完全独立的时期，发展中国家在条约谈判中发挥了主导作用，《公约》的各项制度有利于发展中国家，有利于实现国际社会的公平公正。

可以说，以上三个方面的要素构成了许通美大使所提倡的《公约》“海洋宪章”地位的基石。下文将对这三个方面进行考察，以期对《公约》是否经受了时间的考验，能否继续承担“海洋宪章”职能进行初步评估。

三、《公约》作为“海洋法律框架”的宪章地位

1973年11月16日，联合国大会第3067(XXVIII)号决议决定，“海洋法会议的任务应为通过一项公约，处理一切有关海洋法的问题，在执行这一任务时，应顾及大会第2750C(XXV)号决议第二段中所列的主题及委员会正式核准与海洋法有关的题目和问题清单，并考虑到海洋区域的各项问题都是密切相关的，应当通盘加以审议”。^{〔17〕}《公约》序言指出，“认识到有需要通过本公约，在

〔11〕 Ibid.

〔12〕 Ibid.

〔13〕 秦天宝、虞楚萧：《演化解释与〈联合国海洋法公约〉的发展——结合联合国BBNJ谈判议题的考察》，载《北京理工大学学报(社会科学版)》第3期，第99页。

〔14〕 参见《联合国海洋法公约》，序言第三段。

〔15〕 见前注〔6〕，周忠海文，第282—285页。

〔16〕 See Koh, *supra* note〔9〕.

〔17〕 UNGA 3067 (XXVIII), Reservation Exclusively for Peaceful Purposes of the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, underlying the High Seas beyond the Limits of Present National Jurisdiction and Use of their Resources in the Interests of Mankind, and Convening of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/res/a_res_3067_xxviii.pdf.

妥为顾及所有国家主权的情形下,为海洋建立一种法律秩序,以便利国际交通和促进海洋的和平用途,海洋资源的公平而有效的利用,海洋生物资源的养护以及研究、保护和保全海洋环境”。^[18] 上述文件表明,《公约》在缔结之初,就致力于规制一切海洋法问题,并因此建立一种新的海洋法律秩序。而缔结后的《公约》所包括的17个部分、320个条款、9个附件,以及嗣后缔结的2个执行协定,也充分表明《公约》确实已经在形式上构建起一个海洋法律框架。那么,这样一个框架能否解决所有海洋法问题呢?一般认为,这里面存在应然和实然的差别。丘吉尔和劳恩认为,《公约》仅仅是提供了一个关于多数海洋利用问题的法律框架。事实上,有些问题,例如大陆国家远洋群岛问题、历史性权利问题、智能船舶问题等就很难在《公约》的框架内予以解决。^[19]

那么,《公约》作为一个综合性的海洋法律框架是否等同于“海洋宪章”呢?对这一问题的讨论可以从“宪章”所构建的法律秩序的视角进行考察。

首先,任何“宪章”性质的文件都必须能够确立一种法律秩序,在国内层面表现为调整统治阶级与被统治阶级之间的关系,而在国际层面表现为各国即便没有加入该文件也会受该文件的约束。一方面,《公约》序言部分勾勒出《公约》致力于构建国际经济新秩序的条约目的,然而,“海洋宪章”的定位要求《公约》不应仅限于构建海洋经济秩序,还应该涵盖海洋政治、军事等其他方面。另一方面,《公约》对各国的拘束力尚未达到“宪章”或“宪法”的要求。就一国而言,“宪章”或“宪法”是由一国的最高权力机关制定的,具有最高的法律效力,违反宪法的法律或规章通常会归于无效;而《公约》是第三次联合国海洋法会议制定的,是外交会议的产物,而非被授予立法权的宪法大会所制定。^[20] 非缔约国违反《公约》并不会必然违反国际法,这是因为《公约》作为条约,其生效基于国家同意,通常情况下,只有缔约国才受到《公约》条款的法律拘束。尽管《公约》的部分条款已经成为习惯国际法规则,但目前包括美国、哥伦比亚、土耳其等在内的很多国家还没有加入《公约》,距离其所有条款均成为习惯国际法规则显然还有很长的路。此外,国际上“持续反对者”规则的存在也阻碍了《公约》中已成为习惯国际法规则的条款对所有国家均发生效力。^[21]

其次,“宪章”性文件所确立的法律秩序应该具备综合性争端解决和优于其他任何条约和协定这两大特征。^[22] 《公约》第十五部分确立的争端解决机制已经被“比照适用”于1995年《鱼类种群协定》,这一争端解决程序虽然在实践中存在管辖权扩大和突破国家同意原则的倾向,^[23] 然而,该程序在国际上还是存在一定数量的国家支持。^[24] 关于《公约》与其他条约和协定的关系问题,《公约》第311条规定了在各缔约国间,《公约》应优于1958年4月29日签订的日内瓦海洋法公约,但并不改变各缔约国根据与《公约》相符的其他条约而产生的权利和义务;而《公约》第237条规定了《公约》的规定不影响各国根据先前缔结的关于保护和保全海洋环境的特别公约和协议所承担的特定义务,也不影响为了推行《公约》所载的一般原则而可能缔结的协议。《联合国宪章》第103条

[18] 《联合国海洋法公约》,序言第四段。

[19] See e.g., Robin Churchill & Vaughan Lowe, *supra* note [5], at 24.

[20] Alexander Proelss ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, C. H. BECK, HART, NOMOS, 2017, p.11, para.26.

[21] James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th ed., 2012, p.28.

[22] See Proelss, *supra* note [20], at 10, para.25.

[23] 2013年由菲律宾单方面提起的南海仲裁案就被很多学者认为是突破国家同意原则和《公约》附件七仲裁庭肆意扩大其管辖权的集中体现。参见中国国际法学会:《南海仲裁案裁决之批判》,外文出版社2018年版。

[24] 施余兵:《BBNJ国际协定下的争端解决机制问题探析》,载《太平洋学报》2020年第6期,第15—16页。

则规定，“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先”。^[25] 相比之下，《联合国宪章》所规定的义务优先于其他任何条约和协定，而《公约》下的义务则仅优先于部分协定，并不完全满足国际“宪章”所应具备的基本特征。

或许正是基于以上考虑，安德森法官认为，尽管《公约》具有一些“宪章”性质的要素，但严格意义上讲它并不是一个“宪章”或“宪法”，它仅仅是一个框架公约。^[26]

四、《公约》作为“活的条约”的理论与实践

《公约》作为“活的条约”是许通美大使提出的《公约》之所以成为“海洋宪章”的重要原因之一。这一提法与演化解释的概念密切相关，然而，其内涵并不仅限于演化解释，而是有着更为丰富的内涵和法理基础，并在长期的实践中取得了一定的发展，同时面临着一些挑战。

（一）《公约》作为“活的条约”的理论基础

《公约》作为“活的条约”与演化解释相关，其具有条约法和判例法上的依据，并包括至少六个方面的实现路径。

1. 条约法依据

在国际法上，关于条约解释的一般规则主要来自1969年《维也纳条约法公约》第31条和32条的规定。一般认为，这些规则体现了该条约缔结之前业已存在的习惯国际法。^[27] 第31条和32条规定了条约解释的要素，包括“通常意义”“上下文”“目的及宗旨”“补充资料”等。其中，第31(3)条规定了条约解释还必须考虑到“(甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；(乙) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；(丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。该条款第甲和乙项要求根据某条约解释和适用时的相关协定或任何惯例来解释该条约，体现的正是演化解释(Evolutive Treaty Interpretation)的精神。同时，第31(3)条第丙项所指“任何有关国际法规则”，以及第31(1)条所指之“通常意义”，如果适用条约解释和适用时的有关国际法规则或通常意义，也属于演化解释的范畴。简而言之，演化解释就是根据缔约方的原始意图，按照条约解释和适用时的通常意义来解释条约条款。^[28] 不难看出，《维也纳条约法公约》的相关规定为演化解释提供了法律基础。^[29]

《维也纳条约法公约》也为《公约》的演化解释提供了法律依据。以气候变化为例，在1982年《公约》刚缔结时，气候变化尚未成为国际社会关注的问题，因此气候变化以及后来在气候变化领域广泛适用的“共同但有区别的责任原则”并没有被纳入《公约》。然而，在气候变化已经成为一个普遍接受的国际问题的今天，现有文献已经倾向于认为气候变化对海洋的影响问题应该适用《公约》的相关规定。^[30] 甚至有文献认为，国家之间的气候变化争端也可以通过《公约》第十五部分的

[25] 《联合国宪章》第103条。

[26] See Anderson, *supra* note [10].

[27] Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p.523.

[28] 见前注[13]，秦天宝、虞楚萧文，第97页。

[29] 同上注，第98页。

[30] Yubing Shi, *Are Greenhouse Gas Emissions from International Shipping a Type of Marine Pollution?*, 113 (1-2) *Marine Pollution Bulletin* 187-192 (2016).

争端解决机制予以解决。^[31]这就涉及对《公约》相关条款的解释和适用需要贯彻演化解释的思路,例如,对《公约》第1(1)条和第192条所涉“海洋环境”的界定,对第194、207、212条所涉“污染”的解释等。从另一个视角看,《公约》能够解决在其谈判和缔结时无法预知的新的挑战,也是其作为一个“活的条约”的重要判断指标。^[32]

2. 判例法依据

关于演化解释的国际裁判实践可以追溯至1971年国际法院“纳米比亚(法律结果)咨询意见案”。该案的演化解释依据的主要是涉案的嗣后协定和嗣后惯例,但国际法院的说理体现了演化解释。例如,“对于本法院在本案中的评估而言,所有这些考虑都是密切相关的。应关注的是,解释某一文件的首要必要性是按照其缔结时的缔约方意图,因而本法院有义务考虑。《国联盟约》第22条包括的概念包括这一事实即:‘现代世界所致力于达到的条件’和有关人民‘福祉与发展’,不是静止的,而是演变的定义,因此,‘神圣之托管’的概念也是如此。”^[33]此外,国际法院的咨询意见报告明确指出,法律文件必须“按照该文件被解释时所处的主要的法律框架来解释和适用”。^[34]

1978年国际法院“爱琴海大陆架案”在判决中首次确立了演化解释的适用要件,即由条约用语的“一般性”和条约的“无限期性”所构成的适用演化解释的一般规则,前者可以通过考察条约用语的通常意义和缔约资料以判断立法意图来获得,而后者则需要分析条约的目的和宗旨来判断。^[35]该案判决书指出,“希腊加入文件所采用的‘希腊领土地位’表述一旦确认,作为一般术语包含了一般国际法下领土地位的概念具有的任何事项,这必然产生这一假定,即旨在使其含义随法律演变而演变以适应任何时期特定有效法律的表述”。^[36]该案确立的有关演化解释的适用条件也在后续其他判例中得到了体现。^[37]

3. 实现路径

《公约》作为“活的条约”,在实践中可以通过多种方式予以实现。

第一,《公约》第312条至第316条规定了正式的《公约》修订程序。其中,第312条和第313条规定了除“区域”内活动的修正案以外的其他内容的一般修正案,第312条规定了会议审议机制,而第313条则规定了以“缔约国一票否决权”为特征的简化修正程序。此外,第314条规定了对《公约》专门同“区域”内活动有关的规定的修正案,但相关规定必须结合1994年通过的《联合国大会决议第48/263号关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(以下简称

[31] See e.g., Alan Boyle, *Law of the Sea Perspectives on Climate Change*, in David Freestone ed., *The 1982 Law of the Sea Convention 30: Successes, Challenges and New Agendas*, Martinus Nijhoff, 2013, p.157-164; Meinhard Doelle, *Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention*, 37 *Ocean Development & International Law* 319, 322 (2006).

[32] Jill Barrett, *The UN Convention on the Law of the Sea: A “Living” Treaty?*, in Jill Barrett & Richard Barnes eds., *Law of the Sea — UNCLOS as a Living Treaty*, British Institute of International and Comparative Law, 2016, p.5.

[33] *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion (1971)*, ICJ Reports 16, at 19, para.53. 转引自张乃根:《条约解释的国际法》(上),上海人民出版社2019年版,第74页。

[34] *Ibid.*, at 31.

[35] 见前注[13],秦天宝、虞楚萧文,第98—99页。

[36] *Aegean Sea Continental Shelf*, p.32, para.77. 转引自前注[33],张乃根书,第74页。

[37] 例如, *Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports 1997, para.140; *The Arbitration Case between Belgium and the Netherlands: The Arbitration Regarding the Iron Rhine*, PCA, 2005, para.59.

《1994年执行协定》)附件二第四节的规定,由国际海底管理局的大会在理事会的建议下对相关“区域”内的措施进行审查。

第二,通过制定《公约》的执行协定来解决《公约》面临的新挑战和新问题。目前,《公约》的《1994年执行协定》实际上对《公约》第十一部分的相关内容进行了修订,而1995年《鱼类种群协定》则对《公约》第五部分和第七部分的相关规定进行了补充和完善。目前正在进行的国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的养护和可持续利用的国际协定谈判已经进入政府间谈判第五次会议,未来将产生《公约》的第三份执行协定。

第三,通过《公约》的缔约国会议对部分《公约》条款进行实际上的修订。根据《公约》附件二和附件六的规定,《公约》的缔约国会议承担的主要职责包括选举ITLOS的法官并决定法官和书记官长的薪金、津贴和酬金,决定法庭的开支,以及选举大陆架界限委员会的委员。^[38]然而,在实践中,由于早期批准《公约》的发达国家数量不足,以及各国在推举本国委员等方面存在的困难,《公约》的缔约国会议推迟了《公约》规定的第一次选举法庭法官和委员会委员的时间,同时,也放宽了《公约》附件二第4条规定的沿海国提交大陆架外部界限的划界申请必须在《公约》对该国生效十年内的时间限制。^[39]这些实践实际上起到了未经《公约》的正式修订程序便修订了《公约》的法律效果。

第四,依据《公约》的“并入条款”(Rules of Reference),通过外部标准的发展来实现扩大《公约》适用范围的目的。《公约》中部分条款,如第21(4)条、第94(5)条、第211(2)条、第211(5)条等,均包含“一般接受的国际规章、程序和惯例”或类似表述。根据条约解释,这些表述指向国际海事组织所通过的相关条约的具体规定。换言之,依据《公约》的这些“并入条款”,随着国际海事条约的修订以及相关国际航运规章和标准的提升,《公约》的适用范围也得到了扩展。

第五,通过联合国粮农组织、联合国大会等机构发展《公约》的相关制度。联合国粮农组织下设渔业委员会,承担养护和管理渔业,包括审议世界渔业发展以及给发展中国家提供协助等职能,其通过的相关法律文书可能会影响《公约》的解释和适用。^[40]联合国大会能够为海洋法,包括《公约》的讨论和谈判提供国际场所,其要求联合国秘书长每年发布的海洋法发展报告,以及根据1999年11月24日联大第54/33号决议建立的海洋和海洋法非正式磋商进程等机制,对促进《公约》相关内容成为习惯国际法规则做出了重要贡献。^[41]

第六,国际裁判机构对《公约》条款的演化解释。如前文所述,国际法院、ITLOS,以及《公约》附件七仲裁庭等国际裁判机构通过对《公约》条款的演化解释,在一定程度上发展了《公约》和国际海洋法。

(二)《公约》作为“活的条约”的界限

近40年来,《公约》在通过各种路径取得长足发展的同时,也面临着诸多质疑。其中,最典型的问题是,《公约》作为一个“活的条约”,其解释和适用的界限在哪儿?笔者认为,《公约》的解释和适用至少应该遵循以下三个方面的界限。

第一,并非所有的《公约》条款都可以进行演化解释,判断的依据是相关用语是否具有“一般性”特征,以及是否符合相关条约准备资料所体现的精神。^[42]这一点对于国际裁判机构公正审理案件尤为重要。2016年7月12日发布的南海仲裁案所谓裁决对《公约》第121(3)条岛礁法律地位

[38] 《联合国海洋法公约》附件六第4(4)条,第18(5)、(6)和(7)条,第19(1)条,以及附件二第2(3)条。

[39] Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2015, p.34 - 35.

[40] *Ibid.*, at 36.

[41] *Ibid.*, at 36 - 37.

[42] 见前注[13],秦天宝、虞楚萧文,第100页。

的界定违反了条约用语的通常意义,并与《公约》谈判时的准备资料相左,是不当演化解释的反面典型。^[43]也正因为如此,国际法院前院长吉尔伯特·纪尧姆(Gilbert Guillaume)认为,南海仲裁案仲裁庭“并没有解释(《公约》)文本;它完全改写了(《公约》第 121 条)”。^[44]

第二,对《公约》条款的演化解释必须遵循《公约》规定的“一揽子交易”中所体现的基本原则。迈克尔·伍德(Michael Wood)曾指出,“最重要的是,通过对《公约》的解释或外部标准的发展等方式对《公约》进行的改变和适应,必须与一揽子交易中所包含的基本原则保持一致”。^[45]伍德没有对“基本原则”进行界定,但列举了航行自由作为一个例子。笔者认为,这些基本原则应该是对《公约》各项制度的建构起到核心作用的原则。除了航行自由原则之外,还应该包括陆地支配海洋原则、公海自由原则、人类共同继承财产原则,以及争端解决中的国家同意原则等。

第三,依据《公约》的“并入条款”,通过外部标准的发展来扩大《公约》适用范围时必须严格遵守适用的条件,即满足“一般接受的国际规章”的要求。根据 2000 年国际法协会伦敦会议的报告,判断是否达到“一般接受”最主要的标准应该是某个法律文件内具体的规则或标准的接受程度,而不是该法律文件作为一个整体是否达到“一般接受”的标准。^[46]在此基础上,判断一个国际规章是否被“一般接受”即等同于判断某个法律文件内的具体规则是否被“一般接受”。一些国际法学者在其论著中对“一般接受”的界定也做出了类似的解读。例如,詹姆斯·哈里森(James Harrison)就赞成 2000 年国际法协会伦敦会议判断“一般接受”应该着眼于法律文件内具体规则的观点。^[47]J. 阿什利·罗切和罗伯特·W. 史密斯(J. Ashley Roach & Robert W. Smith)认为,一个国际协议或文书是否被“一般接受”与某条约内的具体规则是否被“一般接受”是两个不同的问题,某个规则被“一般接受”并不意味着整个条约均达到“一般接受”的地位。^[48]此外,判断“一般接受”的程度时还必须考虑相关的国际海事组织或其他国际组织通过的条约规范的缔约国数量应该处于较高的水平,且这些缔约国作为船旗国的商船船队总和在世界商船船队的吨位中占较高比例。^[49]准确地界定《公约》中“一般接受的国际规章”的具体要求有利于更好地将《公约》的外部标准引入《公约》。

(三)《公约》作为“活的条约”的实践检视

厘清了《公约》作为“活的条约”的理论基础和适用边界后,就有必要对《公约》在这个方面的实践进行考察和评估。一般认为,《公约》通过 40 年以来,在海洋划界法律制度、海洋执法法律制度、

[43] 见前注[23],中国国际法学会书,第 271—289 页。

[44] Gilbert Guillaume, *Rocks in the Law of the Sea: Some Comments on the South China Sea Arbitration Award*, EJIL Talk (February 25, 2021), <https://www.ejiltalk.org/ricks-in-thelaw-of-the-sea-some-comments-on-the-south-china-sea-arbitration-award/>.

[45] Michael Wood, *Reflections on the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Living Instrument*, in Barrett & Barnes eds., *supra* note [32], at lxxviii.

[46] *Report of the Committee on Coastal State Jurisdiction over Marine Pollution*, in Report of the London Conference of the International Law Association, 2000, p.481. This report provides that “the determining factor is the subsequent general acceptance of a rule or standard, not the general acceptance of the legal standard in which this instrument is incorporated”.

[47] See e.g., James Harrison, *Recent Developments and Continuing Challenges in the Reduction of GHG Emissions from International Shipping*, University of Edinburgh Research Paper Series, 2012, p.21.

[48] J. Ashley Roach & Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, Martinus Nijhoff Publishers, 3rd ed., 2012, p.516. Roach and Smith assert that “a requirement is generally accepted should not be taken to imply that the whole convention has achieved the same status”.

[49] 曲波:《〈联合国海洋法公约〉中“一般接受的国际规章”解析》,载《南大法学》2021 年第 4 期,第 79 页。

国际渔业法律制度、海洋环境保护制度、“区域”内矿产资源的勘探和开发制度、海洋安全法律制度等方面均取得了较大发展。^[50] 然而,《公约》在发展过程中也遇到了一些挑战,在尝试解决这些挑战的过程中出现了国际裁判机构管辖权扩大、过度运用演化解释等趋势,并继而产生判例不一致等更多的问题。

首先,《公约》第十五部分“争端的解决”在实践中出现了一些问题,特别是一些国际裁判机构借《公约》作为“活的条约”之名扩大其管辖权,违反国家同意原则,但裁判缺少上诉或审议等司法救济机制等问题。^[51] 例如,在 ITLOS 第 21 号案“次区域渔业委员会向 ITLOS 提起的咨询意见案”庭审中,关于 ITLOS 全庭是否对咨询意见的申请有管辖权的问题,各方存在较大的争议。德国认为,ITLOS 全庭(不仅仅是海底争端分庭)对另一方提起要求其发表咨询意见的请求具有管辖权,其中一个理由就是“ITLOS 是一个活的/不断发展的机构(a living institution)”。^[52] 另一些国家则对此表示反对。例如,澳大利亚认为,国际法庭和仲裁庭的管辖权是基于国家同意原则,而同意主要体现在 UNCLOS 的具体条款之中。^[53] 英国在庭审中也表示,所谓“活的法律文书(living instrument)”在管辖权问题上并不会发挥任何作用。^[54] 尽管面临各国巨大的分歧,ITLOS 最终仍然裁定其对该咨询案享有全庭管辖权。

在《公约》的“法律适用条款”与管辖权之间的关系问题上,也出现了不一致的国际判例。《公约》第 288(1)条规定,“第二八七条所指的法院或法庭,对于按照本部分向其提出的有关本公约的解释或适用的任何争端,应具有管辖权”。第 293(1)条规定,“根据本节具有管辖权的法院或法庭应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则”。根据国际法的一般原则,包括第 293(1)条在内的法律适用条款并不会扩大国际裁判机构的管辖权。换言之,法院或法庭不得通过第 293(1)条中规定的“与《公约》不相抵触的国际法规则”来扩大自己的管辖权。在“杜兹吉特·廉正”号仲裁案中,仲裁庭认为,其对于在《公约》中没有规定的义务的违反问题,包括人权义务,没有管辖权;因此裁定,其无权决定本案中圣多美是否违反了基本的人权义务。^[55] 本案中仲裁庭对此问题的裁定与相关国际判例保持了一致,即拒绝法庭通过《公约》第 293(1)条来变相地扩大其管辖权。例如,混合氧化物核燃料工厂案、查戈斯海洋保护区仲裁案、“北极日出”号仲裁案等。然而,其他一些国际判例,例如,“赛加”号商船(第 2 号)案、圭亚那苏里南仲裁案,以及“弗吉尼亚·G”号商船案等案件,则通过援引《公约》第 293(1)条扩大了法院或法庭的管辖权。这种对《公约》第 293(1)条与法庭管辖权之间的关系进行了不同的解释和适用的判例也引起了学术界的一些讨论。有学者认为,这种对《公约》第 293(1)条进行的不同解释和适用的国际判例可能会最终损害《公约》下的争端解决机制。^[56] 笔者认为,上述不当实践尽管不涉及条约的演化解释,但却是在人权法得到大力发展的背景下,通过不当适用法律适用条款将《公约》外的人权法律“纳入”《公约》并据此扩

[50] See Barrett & Barnes, *supra* note [32].

[51] See Anderson, *supra* note [10].

[52] Oral Statement of Germany, ITLOS/PV.14/C21/2, 3 September 2014, 3, line 1.

[53] See Barrett, *supra* note [10], at 7.

[54] Oral Statement of the United Kingdom, 4 September 2014, ITLOS/PV.14/C21/3, 20, lines 19 - 27 and 35 - 38.

[55] The “Duzgit Integrity” Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe), PCA Case No.2014 - 07, Award of 5 September 2016, paras.207, 210.

[56] Peter Tzeng, *Jurisdiction and Applicable Law Under UNCLOS*, 126 (1) Yale Law Journal 242, 245 (2016).

大了国际裁判机构的管辖权,实质上起到了将《公约》不当发展为“活的条约”的作用。

一些西方学者还撰文鼓吹国家之间的气候变化争端也可以通过《公约》第十五部分的争端解决机制予以解决。例如,2012年,为了纪念《公约》缔结30周年,艾伦·博伊尔(Alan Boyle)撰写了《气候变化的海洋法视角》一文,该文首先提出了在《公约》第十五部分的争端解决机制下解决气候变化争端的议题。^[57] 2017年,尤卡瑞·塔卡姆拉(Yukari Takamura)在ITLOS成立20周年的研讨会上,做了题为《气候变化与海洋法:赋予法庭的新的角色?》的主题演讲。^[58] 这些主张片面夸大《公约》下争端解决机制的作用,但却忽视了1992年《联合国气候变化框架公约》体系自身争端解决机制的前置作用、气候变化争端的识别、一国在《公约》下承担减缓气候变化义务的法律依据,以及在如何界定“适格的起诉国”“被诉国”“因果关系”“损害赔偿的标准”等方面的法律障碍。

其次,在《公约》与一般国际法规则之间的关系问题上,出现了所谓“《公约》至上论”的论调,主张《公约》是解决包括南海争端在内的所有海洋问题的唯一国际法依据,排除一般国际法的适用。《公约》序言规定,“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则”。尽管序言的条款本身并不具有法律拘束力,但它既是《公约》缔约国的缔约意图和谈判共识,也是《公约》条款在解释和适用中应该遵循的基本原则。如前文所述,《公约》仅提供了一个关于多数海洋利用问题的法律框架,但有些问题,包括大陆国家远洋群岛问题、历史性权利、智能船舶等问题就很难在《公约》的框架内予以解决。

此外,随着海洋科技的发展以及人类利用海洋能力的增强,一些新出现的海洋问题,如智能船舶的问题、BBNJ的养护和可持续问题,因为无法通过《公约》得到有效的规制,而亟待通过新的条约或国际文书予以应对。事实上,未来BBNJ国际协定的签署并不能像部分学者宣称的那样可以证明《公约》是“活的条约”。^[59] 这是因为尽管BBNJ国际协定被冠以《公约》的第三次执行协定,但这一“执行协定”的称谓与《1994年执行协定》一样,更多的是一种立法技术。《1994年执行协定》实际上对《公约》进行了修订,而未来的BBNJ国际协定所规制的海洋遗传资源、公海保护区等事项是《公约》完全没有规制的事项,这一点不同于1995年《鱼类种群协定》对《公约》专属经济区和公海的渔业资源进行的补充规定。

五、《公约》与发展中国家利益

雪莉·V.斯科特(Shirley V. Scott)认为,《公约》有两项最为重要的创新,一是首创了专属经济区制度,二是适用于国际海底区域的“人类共同继承财产”的概念。^[60] 由于这两项制度主要是由发展中国家在谈判中大力推动的,其创立在缔约时被视为体现和维护了发展中国家的利益,并实现了南北阵营在《公约》中利益的平衡和国际社会的公平公正,这也是许通美大使认为的《公约》成为“海洋宪章”的重要原因。然而,随着《公约》的发展,发展中国家逐渐发现,这两项制度的发展和实践逐渐背离了发展中国家的预期,发达国家与发展中国家之间利益的平衡逐渐朝着有利于发达国家的方向倾斜。

[57] See Boyle, *supra* note [31], at 157-164.

[58] ITLOS, *Symposium March 2017* (2017), <https://www.itlos.org/press-media/twentieth-anniversary-of-the-tribunal/symposium-march-2017/>.

[59] See Koh, *supra* note [9].

[60] See Shirley V. Scott, *supra* note [6], at 33-34.

（一）专属经济区制度与发展中国家利益

专属经济区制度是第三次联合国海洋法会议期间，主要由发展中国家主张和推动建立的制度。1947年6月，智利和秘鲁先后发布宣言，宣布建立200海里的管辖海域，目的是保护和控制该区域内的生物资源和行使主权。这一行为，引起其他拉美国家效仿，1952年8月，智利、秘鲁和厄瓜多尔三国共同签署发表《有关海洋区域之圣地亚哥宣言》，宣布对邻接这三国海岸延伸至少200海里海域行使专属主权和管辖权。而专属经济区的名称则是由包括肯尼亚在内的非洲国家和十三个拉丁美洲国家共同努力的结果。经过广大发展中国家的共同努力，最终专属经济区制度被纳入《公约》。1985年，国际法院在“利比亚/马耳他大陆架案”判决中认定，专属经济区制度已经是习惯国际法之一部分。^{〔61〕}

发展中国家推动设立专属经济区制度之初意在更好地维护本国海洋权益，特别是控制和获取专属经济区的自然资源。然而，《公约》的发展和各国的实践使得专属经济区制度设立的初衷难以得到很好的实现。

据统计，200海里专属经济区占全球海洋总量的35%—36%，然而全球可以主张专属经济区，且专属经济区面积最大的前七个国家（美国、法国、印度尼西亚、新西兰、澳大利亚、俄罗斯、日本）中只有一个是发展中国家（印度尼西亚），而其他发展中国家主张的专属经济区很多面积较小且资源较为匮乏。^{〔62〕}斯科特认为，发达国家是这项制度的真正获益者，他们在第三次联合国海洋法会议期间，是以牺牲发展中国家利益为代价来作为一个整体获益的。^{〔63〕}

专属经济区制度的设立也导致世界一些地区的海洋争端剧增。例如，在中国的南海、东海海域，中国与周边国家因为《公约》的通过而产生了更多的海洋划界争端、渔业资源争端、海底油气资源的勘探和开发争端等。中国在专属经济区海域主张的在《公约》通过之前就存在的历史性权利，被由菲律宾单方面提起的南海仲裁案仲裁庭裁定不符合《公约》的规定，这一国际仲裁实践对《公约》条款以及相关的一般国际法规则进行了错误的解释和适用，也损害了发展中国家的海洋权益。^{〔64〕}

此外，发展中国家根据《公约》享有的对其专属经济区的部分主权权利和管辖权也受到了一些发达国家的挑战，其安全利益难以得到保障。例如，沿海国对外国船舶在其专属经济区开展的海洋科学研究活动享有专属管辖权，且有权要求外国船舶在其专属经济区的航行不损害其和平、安全和良好秩序。然而，美国等西方国家将其军舰在发展中国家专属经济区内开展的具有海洋科学研究性质的活动主张为军事测量或水文调查，认为该活动属于航行自由的一部分而规避沿海国的监管。同时，美国将《公约》下的专属经济区单方面认定为“国际水域”，并据此挑战发展中国家对其专属经济区的“过度海洋主张”。然而，这些所谓“过度海洋主张”仅仅反映了美国单方面对于《公约》条款的解读，并不具有国际法依据。一方面，“过度海洋主张”以美国自创的“国际水域”和“国际空域”概念为依据，缺乏《公约》规范的基础和国际法上的实在法依据。^{〔65〕}美国认为，一国军舰在另一国专属经济区内享有与公海相同的航行自由。正如山姆·贝特曼（Sam Bateman）所指出的，美国这一主张曲解了《公约》第58条第3款所明确提及的，其他国家在专属经济区活动时应遵

〔61〕 ICJ Reports 1985, p.33, para.34. See also Yoshifumi Tanaka, *supra* note [39], at 128.

〔62〕 See Churchill & Lowe, *supra* note [5], at 177 - 178.

〔63〕 See Scott, *supra* note [6], at 34.

〔64〕 见前注〔23〕，中国国际法学会书，第183—227页。

〔65〕 余敏友、冯洁菡：《美国“航行自由计划”的国际法批判》，载《边界与海洋研究》2020年第4期，第20页。

守的“适当顾及”沿海国的权利和义务。^{〔66〕}另一方面,“过度海洋主张”理论无视在《公约》序言和正文中所规定或体现的,包括习惯国际法在内的一般国际法在《公约》生效后继续发挥效力的客观事实。相反,该理论将历史性权利、大陆国家为其远海群岛划定直线基线、群岛整体性等主张一律认定为违反《公约》和国际法的主张。例如,美国多次挑战中国划定的西沙群岛直线基线、挑战中国对专属经济区内的外国军舰从事的具有海洋科学研究性质的军事测量和情报收集等活动的管控等。可见,发展中国家在第三次联合国海洋法会议期间争取的有关专属经济区制度的权益,在实践中进一步受到西方国家的限制,其海洋权益空间进一步受到挤压。

(二) 人类共同继承财产原则与发展中国家利益

人类共同继承财产原则自1967年由马耳他常驻联合国代表阿尔维德·帕尔多(Avid Pardo)在联合国大会正式提出发展至今,已经成为一个相对比较成熟的原则。目前,关于人类共同继承财产原则的法律内涵的观点主要包括“三要素说”“五要素说”和“六要素说”,以及其他介于两者之间的观点。^{〔67〕}持“五要素说”观点的主要代表就是最早系统地从法律角度阐述人类共同继承财产原则的帕尔多,他认为这一原则包含五大要素:

“(1) 人类的共同遗产不得被占有,而应该对整个国际社会开放;(2) 要求建立一个所有使用者都可以参与的管理系统;(3) 包括一种积极的惠益分享,不仅仅是经济上的,而且包括共同参与管理和技术转让等涉及的利益,因此完全颠覆了传统的国家间关系以及发展援助的概念;(4) 共同遗产的概念包含了和平利用的目的,要尽政治上可以取得的方式去实现;(5) 要考虑到未来人类的利益,因此需要保护环境。”^{〔68〕}

上述“五要素说”也可以简化为:不得据为己有、共同管理、利益共享、和平利用,以及环境保护。^{〔69〕}相比而言,帕尔多的“五要素说”也是在国际上认可度最高的学说。目前,人类共同继承财产原则已经被《公约》第136条和1979年《月球协定》第11条明确规定。

人类共同继承财产原则总体上是有利于发展中国家利益的,其被纳入《公约》下的“区域”法律制度也是包括七十七国集团在内的广大发展中国家共同努力的结果。然而,这项原则在《公约》下的发展和国家实践却经历了一个不断被削弱的过程,在大国博弈下,发展中国家的合法权益不断被挤压。

首先,《公约》签署之后,其第十一部分及其包含的人类共同继承财产原则遭到包括美国在内的主要西方发达国家的反对,导致批准或加入《公约》的发达国家数量达不到《公约》生效的要求。为了吸引更多的发达国家加入《公约》,发展中国家被迫再次妥协,以人类共同继承财产原则受到进一步削弱的方式通过了《1994年执行协定》。事实上,在第三次联合国海洋法会议期间,七十七国集团建议在“区域”资源的开发上采用与人类共同继承财产原则较为匹配的单一开发制,即由国际海底管理局代表全人类统一行使开发“区域”内矿产资源的权利。后来,在美国的提议和发达国

〔66〕 Sam Bateman, *Why US South China Sea FON Operations Don't Make Sense*, *The Diplomat* (October 22, 2015), <https://thediplomat.com/2015/10/why-us-south-china-sea-fon-operations-dont-make-sense/>.

〔67〕 “三要素说”的主要代表是法国学者亚历山大·基斯,“五要素说”的主要代表是马耳他的阿尔维德·帕尔多,“六要素说”的主要代表是土耳其的凯梅尔·巴斯勒(Kemal Baslar)。参见[法]亚历山大·基斯:《国际环境法》,张若思译,法律出版社2000年版,第113页;Kemal Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p.80-111.

〔68〕 See Baslar, *supra* note [67], at 81.

〔69〕 See e.g., John E. Noyes, *The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future*, 40 *Denver Journal of International Law & Policy* 447, 452-453 (2012); Aline Jaeckel et al., *Conserving the Common Heritage of Humankind - Options for the Deep-seabed Mining Regime*, 78 *Marine Policy* 150, 151-152 (2017).

家与发展中国家的妥协下,单一开发制为平行开发制所取代,即国际海底管理局成立企业部代表全人类进行“区域”资源的开发,而缔约国及其实体在管理局允许后亦可开发“区域”矿产资源。^[70]然而,平行开发制对缔约国及其实体有关财政义务、生产政策和技术转让等方面的要求,仍然受到了发达国家的反对,美国、英国、德国、日本等国拒绝加入包含平行开发制的《公约》,并通过其国内立法的方式允许国家向私人企业颁发“区域”资源勘探和开发许可证,严重背离了人类共同继承财产原则。^[71]考虑到美国并不愿意接受《公约》中包含各国妥协的成果,而倾向于认定《公约》中对其有利的条款为习惯国际法,^[72]1989年联合国海洋法事务副秘书长南丹指出,“将《公约》人为地分为深海采矿条款和其他条款这两部分,只会导致习惯国际法概念的滥用,并在同时耽误国际社会寻求解决那些尚没有获得普遍接受的条款的努力”。^[73]在此背景下,以七十七国集团为代表的发展中国家再次妥协并组织了新一轮谈判,最终达成《1994年执行协定》。由于该协定取消了发展中国家可以获得的利益共享和强制性技术分享的权利,发达国家占据多数席位的理事会获得了更多话语权,人类共同继承财产原则被进一步削弱。

其次,1994年至今,国际海底制度在取得进一步发展的同时,人类共同继承财产原则被进一步削弱。一般认为,人类共同继承财产原则在《公约》中主要体现在平行开发制和管理局权力架构两个方面。^[74]然而,近年来国际海底管理局推出的勘探规章引入了“联合企业安排”,同时,一些发达国家公司通过借用发展中国家公司的“壳”得以事实上侵占保留区,这些都冲击和架空了平行开发制,导致人类共同继承财产原则的分配失衡,进一步损害了发展中国家的利益。^[75]

六、结 语

当今世界面临“百年未有之大变局”,在《公约》签署40周年的今天,各国关于海洋的竞争愈发激烈,我国面临的周边海洋局势也愈发紧张。在以美国为代表的部分西方国家和部分南海沿岸国动辄拿《公约》指责我国的情况下,如何准确地认识《公约》作为“海洋宪章”这种提法的科学性和适当性,既是一个重要的理论问题,也是一个亟待解决的实践问题。

研究表明,《公约》作为“海洋宪章”的说法,最早是由在1980年至1982年期间担任第三次联合国海洋法会议主席的许通美大使提出,其主要原因可以概括为三个方面。第一,从内容上看,《公约》对所有海洋和海域内活动构建了一个法律框架,一个“多元结构的新海洋制度”;第二,从实施上看,《公约》是一个“活的条约”,包括在缔约时尚未出现的问题在内的所有海洋问题都可以在《公约》的框架内予以解决;第三,从目的和效果看,《公约》是由发展中国家主导推动的,其各项制度旨在实现国际社会的公平公正。本文基于国际法理论和国际实践,对上述三个方面进行了考察并得出一些初步结论。

首先,《公约》仅仅是提供了一个关于多数海洋利用问题的法律框架。有些问题,例如大陆国家远洋群岛问题、历史性权利、智能船舶等问题就很难在《公约》的框架内予以解决。尽管《公约》具有一些

^[70] 张志勋、谭雪春:《论人类共同继承财产原则的适用困境及其出路》,载《江西社会科学》2012年第12期,第156页。

^[71] 同上注,第155页。

^[72] See Scott, *supra* note [6], at 35-36.

^[73] R. Platzoder, *Substantive Changes in a Multilateral Treaty before its Entry into Force: The Case of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, 4 *European Journal of International Law* 390, 396 (1993).

^[74] 周勇:《国际海底“人类共同继承财产”原则的困境与原因》,载《国际论坛》2012年第1期,第8页。

^[75] 同上注,第9—10页。

“宪章”性质的要素,但严格意义上讲它并不是一个“宪章”或“宪法”,它仅仅是一个框架公约。

其次,《公约》作为“活的条约”具有充分的条约法和判例法依据,并可以通过《公约》规定的修订程序、制定执行协定、《公约》的缔约国会议、《公约》的“并入条款”、联合国粮农组织和联合国大会等机构,以及国际裁判机构的演化解释等路径予以实现。然而,《公约》作为一个“活的条约”,其解释和适用也有自己的界限,包括演化解释必须考察相关用语是否具有“一般性”特征,以及是否符合相关条约准备资料所体现的精神;必须遵循《公约》规定的“一揽子交易”中所体现的基本原则;以及依据《公约》的“并入条款”,通过外部标准的发展来扩大《公约》适用范围时必须严格遵守适用的条件,即满足“一般接受的国际规章”的要求。在对《公约》的相关实践进行考察和评估后发现,《公约》通过 40 年以来,在海洋划界法律制度、海洋执法法律制度、国际渔业法律制度、海洋环境保护制度、“区域”内矿产资源的勘探和开发制度、海洋安全法律制度等方面均取得了较大发展的同时,也遇到了诸多挑战,在尝试解决这些挑战的过程中出现了国际裁判机构管辖权扩大、过度运用演化解释等趋势,并继而产生判例不一致、“公约至上论”等更多的问题。

此外,专属经济区制度和人类共同继承财产原则作为支撑《公约》成为“海洋宪章”地位的重要基石,其近年来的发展和实践也逐渐背离了发展中国家的预期,并导致发达国家与发展中国家之间利益的平衡逐渐朝着有利于发达国家的方向倾斜。

总而言之,《公约》的“海洋宪章”地位随着《公约》的发展和新兴海洋问题的出现,正受到越来越多的冲击,其局限性越发显现。正确认识《公约》的“海洋宪章”地位,对于国际社会更好地推动目前的 BBNJ 国际协定谈判以及国际海底区域开发规章都有着重要的意义。正如安德森法官所述,“目前任何全球性‘宪章’均远未达到其应达到的地位,与可能带有意识形态要素的宪政概念相比,治理是一个更为一般、更广的概念”。^[76]从这个角度看,《公约》确立了全球海洋治理的框架可能是更为准确的表达。

Abstract United Nations Convention on the Law of the Sea (“UNCLOS”) has been widely recognized as the “Constitution for the Oceans”, which constitutes the regulatory framework for all ocean-related activities. In international adjudication, it has become a trend that provisions of UNCLOS be applied to new emerging issues through evolutive treaty interpretation, and certain provisions are even interpreted as meaning completely different with their literal interpretation. On the one hand, the role of UNCLOS as the “Constitution for the Oceans” has been widely accepted, and it has become consensus of the international community to comply with international law including the UNCLOS. On the other hand, UNCLOS cannot address all ocean-related issues, and that matters not regulated by UNCLOS should continue to be governed by the rules and principles of general international law. Thus, it is imperative to identify the “limits” appropriately for the interpretation and application of UNCLOS.

Keywords UNCLOS, Constitution for the Oceans, Evolutive Treaty Interpretation, Limits

(责任编辑: 张国斌)

[76] See Anderson, *supra* note [10].