

专属经济区航行自由适当 顾及义务的履行研究

房旭 郭东阳*

目次

- 一、问题的提出：适当顾及义务的实然作用 度意涵与履行困境
与应然作用存在落差 四、专属经济区航行自由适当顾及义务履行
二、专属经济区航行自由的适当顾及义务：困境的纾解建议
演化历程、价值定位及基本特征 五、结语
三、专属经济区航行自由适当顾及义务的制

摘要 专属经济区航行自由适当顾及义务对平衡沿海国和其他国家海洋权利、实现海洋的充分利用具有重要意义。但是，适当顾及义务的内涵模糊，其基本要求和履行形式并不明确。实践中，沿海国基于污染防控对航行自由的限制程度不同，其他国家在沿海国专属经济区实施军事活动是否违反适当顾及义务存在争议，不同国家对适当顾及义务履行形式的规定也不一致。适当顾及义务的理论共识和实践规律表明，遵守国际法和沿海国法律、不得危害沿海国和平与安全、尊重沿海国为行使专属经济区权利而采取的管理措施是专属经济区航行自由适当顾及义务的基本要求。专属经济区航行自由适当顾及义务的履行可细化为分析航行涉及的沿海国权益、判断航行是否影响沿海国权益、事先与沿海国沟通协商、采取必要的合理措施避免侵害沿海国合法权益等步骤。

关键词 适当顾及义务 专属经济区 航行自由 沿海国 《联合国海洋法公约》

一、问题的提出：适当顾及义务的实然 作用与应然作用存在落差

专属经济区是《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)创设的特殊海洋区域,既不同于领海,

* 房旭,浙江工商大学法学院讲师、法学博士;郭东阳,中国人民武装警察部队研究院法制研究所助理研究员、法学博士。本文系2024年度浙江省哲学社会科学规划专项课题“国家管辖范围外区域海洋生物多样性保护国际立法趋势研究”(项目编号:24NDJC304YBMS)的阶段性研究成果。

也不同于公海。^{〔1〕}沿海国在专属经济区享有主权权利、管辖权等权利,其他国家享有航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道自由以及与此有关的海洋其他国际合法用途。由此可见,沿海国海洋权利和其他国家海洋权利共存于专属经济区,因而存在权利冲突的可能。为了平衡沿海国和其他国家的利益,避免专属经济区海洋权利产生冲突,《公约》规定沿海国和其他国家应当适当顾及彼此在专属经济区的权利和义务。^{〔2〕}适当顾及义务对协调沿海国和其他国家在专属经济区的权利、促进海洋的和平利用具有重要的作用。^{〔3〕}如果说《公约》是在平衡不同国家利益基础上形成的总的“一揽子”协定,那么专属经济区制度就是在特定海域平衡不同国家利益基础上形成的更具体的“一揽子”规定。^{〔4〕}这既契合专属经济区特殊的法律地位,也有助于实现海洋效用的最大化。

除了专属经济区制度外,适当顾及义务还广泛存在于《公约》的其他规定中。据学者统计,《公约》涉及适当顾及义务的规定有19处,散见于领海、用于国际航行的海峡、大陆架、公海、国际海底区域等制度中。^{〔5〕}但是,《公约》关于适当顾及义务的规定较为模糊,导致各国对适当顾及义务的具体要求、履行形式等存在不同的理解,由此产生的争议也比比皆是。例如,因美国等国主张的专属经济区航行自由与沿海国专属经济区权利冲突导致的海洋争端屡见不鲜。^{〔6〕}在北极日出号案中,俄罗斯对北极日出号采取措施是否违反《公约》规定的适当顾及义务是争议焦点之一。^{〔7〕}在查戈斯海洋保护区案中,英国和毛里求斯的主要争议在于英国建立海洋保护区是否违反了适当顾及毛里求斯海洋权利的义务。^{〔8〕}概而言之,当事国对适当顾及义务的解读不同致使其“实然作用”与“应然作用”存在较大的落差。

实践中,美国及其盟国不断派遣军舰穿越台湾海峡,干涉台湾问题,并声称军舰穿越台湾海峡符合《公约》规定的航行自由原则。然而,根据台湾海峡的自然地理情况以及《公约》的相关规定可知,台湾海峡由中国的内水、领海、毗连区和专属经济区组成,因而中国对台湾海峡享有主权、主权权利和管辖权,同时中国也尊重其他国家在相关海域的合法权利。^{〔9〕}但是,其他国家在台湾海峡专属经济区行使航行自由的权利时,也应当履行《公约》规定的适当顾及义务。^{〔10〕}美国及其盟国

〔1〕 See Robin Churchill, Vaughan Lowe & Amy Sander, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 2022, p. 366. 根据《联合国海洋法公约》第55条、第57条的规定可知,专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域……专属经济区从测算领海宽度的基线量起,不应超过二百海里。

〔2〕 参见《联合国海洋法公约》第56条、第58条。

〔3〕 参见张卫华:《专属经济区中的“适当顾及”义务》,载《国际法研究》2015年第5期,第48页;Deep Seabed Mining and Marine Cables: Developing Practical Options for the Implementation of “Due Regard” and “Reasonable Regard” Obligations under UNCLOS, ISA Technical Study No. 24 (29–30 October 2018), p. 5.

〔4〕 见前注〔3〕,张卫华文,第48页。

〔5〕 参见张国斌:《〈联合国海洋法公约〉“适当顾及”研究》,载《中国海洋法学评论》2014年卷第2期,第54—55页。

〔6〕 根据学者对美国国防部财政年度的报告数据的整理与分析,自1991年至2019年,美国共对61个国家和1个地区实施了“航行自由行动”。参见余敏友、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10页。

〔7〕 See the Award of Arctic Sunrise Case (14 August 2015), p. 38–39, para. 166–168.

〔8〕 See the Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 182, 187, paras. 458, 471.

〔9〕 参见《2022年6月13日外交部发言人汪文斌主持例行记者会》,载外交部网站2022年6月13日, http://switzerlandemb.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/202206/t20220613_10702387.shtml.

〔10〕 虽然美国不是《联合国海洋法公约》的缔约国,但也应当履行专属经济区航行自由适当顾及义务。一方面,美国不加入《联合国海洋法公约》主要就是为了回避公约规定的义务。另一方面,在《联合国海洋法公约》形成之前,航行自由适当顾及义务就具有普遍实践和法律确信属性,属于习惯国际法规则。《联合国海洋法公约》经过长期实施,专属经济区航行自由适当顾及义务的习惯国际法属性得到进一步强化。尽管美国不是《联合国海洋法公约》缔约国,但是也应当履行已经习惯国际化的专属经济区航行自由适当顾及义务。

以军舰穿越台湾海峡的方式干涉台湾问题,显然是恶意滥用航行自由权利,侵害我国的合法权益,与《公约》规定的专属经济区航行自由相悖。因此,专属经济区航行自由的适当顾及义务是我国对外国军舰恶意穿越台湾海峡进行法律反制的重要“抓手”。

国内外现有相关文献多集中于对适当顾及义务的抽象学理分析,着眼于适当顾及义务的履行实践、深入到具体权利之间适当顾及义务的履行等精细化研究较少。^{〔11〕}正如前文所述,在专属经济区内,沿海国和其他国家行使海洋权利的同时,应当相互履行适当顾及对方权利的义务,本文主要研究其他国家适当顾及沿海国权利的义务,并聚焦于其他国家在沿海国专属经济区行使航行自由权利时适当顾及义务的履行问题。深入研究专属经济区航行自由适当顾及义务的履行问题对构建以国际法为基础的国际秩序、推动《公约》有效实施、维护我国海洋权益具有重要的现实意义。这既符合国际斗争的法律化趋势,也是运用法治手段开展国际斗争的必然要求。^{〔12〕}

二、专属经济区航行自由的适当顾及义务: 演化历程、价值定位及基本特征

专属经济区航行自由适当顾及义务的形成源于专属经济区的特殊法律地位,也是基于平衡其他国家航行权利和沿海国专属经济区权利的需要。落实权利平等理念、构建和谐海洋秩序、实现海洋效用最大化是其价值追求。作为理念渊源,善意原则决定了专属经济区航行自由适当顾及义务具有积极义务、行为义务、善意义务等基本特征。

(一) 演化历程

早期的海洋被认为是公共空间,不能被排他性独占,应当由所有国家及其人民自由使用。^{〔13〕}随着人类对海洋认识的深化,排他性海洋主张开始出现,沿海国开始对沿岸一定范围内的海域主张排他性权利。与此同时,相关条约也规定沿海国有义务尊重其他国家在这些海域的利益。^{〔14〕}1882 年《北海渔业公约》(Convention for Regulating the Police of the North Sea Fisheries)规定,沿海国渔民在沿岸 3 海里范围内的专属渔区享有排他性捕鱼权,其他国家的船舶享有航行自由的权利。^{〔15〕}当排他性权利主张普遍化之后,其合理性也被国际社会所接受,领海制度因此产生,承

〔11〕 根据笔者检索,研究具体领域适当顾及义务的代表性文献如:张丽娜:《海洋科学研究中的适当顾及义务》,载《社会科学辑刊》2017 年第 5 期;黄瑶、杨文澜:《论国家适当顾及义务在新型私人公海活动中的适用》,载《学术研究》2022 年第 5 期;等等;研究具体权利之间适当顾及义务履行的代表性文献如:董世杰:《国际海底区域采矿活动与铺设海底电缆之间适当顾及义务的履行》,载《国际法研究》2023 年第 1 期;Danielle Kroon, “Due Regard” in the High Seas: the Tension between Submarine Cables and Deep Seabed Mining, 24 Australian International Law Journal 35(2018); 等等。

〔12〕 2021 年 12 月 6 日,习近平总书记在中央政治局第三十五次集体学习时强调,国际竞争越来越体现为制度、规则、法律之争,必须运用法治手段开展国际斗争。参见习近平:《坚持走中国特色社会主义法治道路 更好推进中国特色社会主义法治体系建设》,载中华人民共和国中央人民政府网站 2022 年 2 月 15 日, https://www.gov.cn/xinwen/2022-02/15/content_5673681.htm。

〔13〕 参见〔荷〕格劳秀斯:《论海洋自由或荷兰参与东印度贸易的权利》,马忠法译,上海人民出版社 2005 年版,第 9、29 页。

〔14〕 See Shotaro Hamamoto, *The Genesis of the “Due Regard” Obligations in the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 34(1) The International Journal of Marine and Coastal Law 7, 10 (2019).

〔15〕 See Convention for Regulating the Police of the North Sea Fisheries, Article II.

认了沿海国对沿岸一定范围海域的排他性主权。^[16] 根据 1958 年《领海与毗连区公约》《公海公约》的规定,海洋被“一分为二”,即被分为领海和公海。^[17] 沿海国对领海享有主权,其他国家在沿海国领海享有无害通过权。“公海则属于国际公共空间,任何国家不得在公海主张主权。所有国家在公海享有包括航行自由、捕鱼自由、铺设海底电缆和管道的自由、公海上飞行自由在内的公海自由。”^[18] 由于不同类型的公海自由以及不同国家享有的公海自由可能存在冲突,《公海公约》进一步规定:“所有国家行使这些自由以及国际法的一般原则所承认的其他自由时,都应适当顾及其他国家行使公海自由的利益。”^[19] 由此可见,公海适当顾及义务的产生源于相同海域不同国家海洋权利的冲突,其也是所有当事国都应当履行的义务。

第一次联合国海洋法会议后,“领海和公海”二分法已经无法满足人类利用海洋的现实需求,排他性权利主张进一步向领海外扩张。许多国家提交了关于领海之外沿海国排他性权利的提案。^[20] 在第三次联合国海洋法会议期间,沿海国排他性海洋权利向领海以外的海域拓展是主要的讨论议题之一。经过会议讨论,沿海国在领海以外一定范围的海域享有排他性权利(主权权利和特定管辖权)的主张被大多数国家接受。但同时其也认可航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道自由是其他国家在那些海域享有的权利。沿海国在领海之外新权利的提案首先主张沿海国在领海之外享有新权利,然后也主张保护其他国家的权利。由此在相同海域存在不同国家的海洋权利,为了避免其他国家与沿海国海洋权利的冲突,其他国家需要尊重沿海国的权利也是会议的共识之一(代表性观点如表 1 所示)。关于“尊重”的方式,主要有消极和积极两种模式。“消极”模式认为,其他国家不得干涉沿海国行使权利。在 1974 年的第二期会议上,美国、加拿大、智利等国以及非盟的提案采用了“消极”模式,规定其他国家不得干涉沿海国行使权利。^[21] “积极”模式则认为,其他国家应当适当顾及沿海国在专属经济区的权利和义务。在 1975 年的第三期会议上,埃文森小组提交的单一案文采用了“积极”模式,规定其他国家行使《公约》规定的权利应当适当顾及沿海国在专属经济区的权利和义务。^[22] 最终,“积极”模式成为会议的一致共识,埃文森小组提交的单一案文规定成为《公约》第 58 条第 3 款的基础。

[16] 在 1930 年国际联盟召开国际法编纂会议时,领海及无害通过权概念已经非常清晰,被大多数国家广泛接受。See Shotaro Hamamoto, *supra* note [14], at 10.

[17] 参见 1958 年《领海和毗连区公约》第 1 条、《公海公约》第 1 条。

[18] 1958 年《公海公约》第 2 条。

[19] 1958 年《公海公约》第 2 条。

[20] 一种主张认为,在领海以外并邻接领海的一定范围海域,沿海国可以主张排他性捕鱼权,即专属渔区。另一种主张认为,沿海国的主权应当拓展到领海以外一定范围的海域。例如,一些拉丁美洲国家主张领海应拓展至沿岸 200 海里。

[21] See USA, Draft articles for a chapter on the economic zone and the continental shelf, in U.N. Doc. A/CONF.62/C.2/L.47, Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. III, p. 222, Article 8(2); Canada, Chile, Iceland, India, Indonesia, Mauritius, Mexico, New Zealand and Norway, Working Paper, in U.N. Doc. A/CONF.62/L.4, Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. III, p. 83, Article 17; Declaration of the Organization of African Unity on the issues of the Law of the Sea, in U.N. Doc. A/CONF.62/33, Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. III, p. 199, Article 4(1).

[22] [斐济] 萨切雅·南丹、[以] 沙卜泰·罗森:《1982 年联合国海洋法公约评注》(第 2 卷),吕文正、毛彬译,海洋出版社 2014 年版,第 509—510 页。

表 1〔23〕

时 间	文件/提案	立 场 和 观 点
1973 年	3 个拉丁美洲国家的提案	禁止其他国家在专属经济区行使其自由权利时,妨碍到沿海国的活动。
1973 年	由 14 个非洲国家组成的集团的提案	沿海国在专属经济区内行使自身权利可以限制其他国家的航行自由等权利。
1973 年	阿根廷的提案	特别涉及了沿海国在资源的勘探、养护和开发,污染和科学研究等事项中行使自己权利的问题。
1973 年	中国的提案	其他国家应当遵守沿海国相关法律规章。
1974 年	由 9 个国家组成的集团的提案	基于沿海国的权利可以对其他国家的权利和自由加以限制。
1974 年	尼日利亚的提案	所有其他国家均有义务不得干涉沿海国行使其权利和职权的活动。
1974 年	6 个东欧社会主义国家的提案	所有其他国家不得妨碍沿海国在专属经济区内行使自身权利或履行自身义务。
1975 年	埃文森小组的草案	各国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时,应适当顾及沿海国的权利和义务,并应按照与本公约的规定不相抵触的方式行事。
1975 年	七十七国集团的提案	各国应合理顾及沿海国的安全利益……
1976 年	秘鲁提交的非正式修正案	船旗国要确保其船只避免对沿海国的主权、领土完整或政治独立威胁使用或使用武力。
1977 年	非正式综合协商案文	各国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时,应适当顾及沿海国的权利和义务,并应遵守沿海国按照本公约的规定和其他国际法规则所制定的与本部分不相抵触的法律和规章。
1978 年	秘鲁的提案	在专属经济区内的外国军舰和军用飞机在没有沿海国同意的情况下,避免操纵或使用武器。

经过多次谈判、磋商,专属经济区制度最终形成,其他国家在沿海国专属经济区的权利、义务得以明确,解决专属经济区内其他国家与沿海国权利冲突的相关内容具体规定在《公约》第 58 条第 3 款中,即其他国家在沿海国专属经济区行使权利时,应适当顾及沿海国的权利和义务。^{〔24〕}至此,其他国家在沿海国专属经济区的适当顾及义务正式形成。航行自由是其他国家在沿海国专属经济区的权利,适当顾及沿海国的权利和义务则是这些国家应当履行的义务,其他国家需要适当顾及的沿海国权利如图 1 所示。在专属经济区,适当顾及义务具有协调竞争性权利的作用。可以说,《公约》第 56 条第 2 款和第 58 条第 3 款构成平衡权利冲突和协调不同利益的指导性准则。^{〔25〕}

〔23〕 表 1 及其内容由作者根据《1982 年联合国海洋法公约评注》(第 2 卷)的内容进行梳理和绘制。见前注〔22〕,萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森书,第 504—516 页。

〔24〕 参见《联合国海洋法公约》第 58 条第 3 款。

〔25〕 See Alexander Proelss ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Beck, 2017, p. 432.

适当顾及义务不失为专属经济区制度的核心概念。^[26]

(二) 价值定位

鉴于专属经济区的特殊性,《公约》制定者致力于最大限度地实现这一海域的充分利用。专属经济区航行自由适当顾及义务主要源于权利平等、和谐秩序以及效用最大等价值理念。

1. 落实权利平等理念

《公约》既没有将专属经济区所在的海域规定为沿海国的领海,也没有规定为公海,而是折中将其规定为专属经济区。《公约》规定沿海国和其他国家在专属经济区都享有一些合法的海洋权利,而且这些海洋权利没有优先等级之分,是平等的。^[28] 这些平等的海洋权利应当受到同等的尊重,不能厚此薄彼。^[29] 因此,《公约》规定了沿海国和其他国家应当相互适当顾及对方权利的义务。适当顾及义务是沿海国和其他国家海洋权利平等的体现,基于适当顾及义务的措施则是落实这种权利平等理念的重要举措。专属经济区航行自由适当顾及义务有助于实现沿海国专属经济区权利与其他国家航行自由权利的平等。

2. 构建和谐海洋秩序

《公约》序言明确提到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。^[30] 在专属经济区内,不同国家海洋权利和谐共存的前提是各国在行使权利的同时,也要履行适当顾及其他国家权利的义务。其他国家的航行自由权利和沿海国的海洋权利共存于专属经济区之内,都是合法、平等的权利,当然也存在权利冲突的可能。如果《公约》只赋予沿海国和其他国家这些海洋权利而不规定避免权利冲突的方法,权利冲突就可能引发海洋争端,进而破坏专属经济区内的海洋秩序。适当顾及义务着眼于事先避免航行自由与沿海国专属经济区权利的冲突,推动构建和谐海洋秩序。

3. 实现海洋效用最大目标

在专属经济区内,沿海国可以利用海洋资源,建造人工岛屿、设施和结构等,其他国家可以航行、飞越、铺设海底电缆和管道等,上述行为使专属经济区的利用多元化。^[31] 但是,专属经济区多元化利用的前提是沿海国和其他国家对专属经济区的不同利用方式互不干扰,即各主体各自有序地依法使用专属经济区。若是其他国家只顾自己行使航行自由权利,沿海国对专属经济区权利的行使就可能被干扰,不能实现海洋效用的最大化;反之亦然。专属经济区航行自由适当顾及义务为

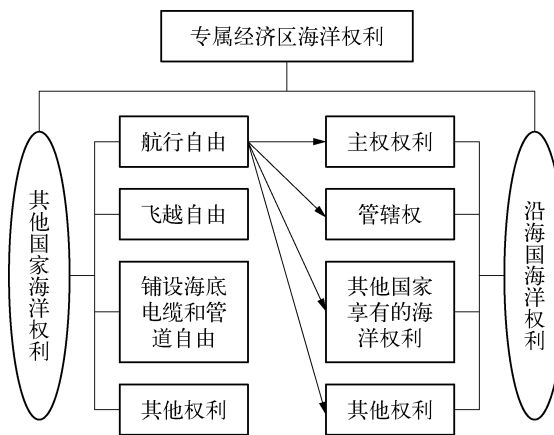


图1^[27]

[26] See Rolf Einar Fife, *Obligations of "Due Regard" in the Exclusive Economic Zone: Their Context, Purpose and State Practice*, 34(1) The International Journal of Marine and Coastal Law 43(2019).

[27] 图1及其内容由作者根据《联合国海洋法公约》第56条、第58条的规定进行梳理和绘制。

[28] See the Award of Enrica Lexie Case (21 May 2020), p. 274, para. 973.

[29] 参见柯海榕:《论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示》,载《武大国际法评论》2020年第4期,第39—40页。

[30] 参见《联合国海洋法公约》序言,载联合国网站, <https://www.un.org/zh/documents/treaty/UNCLOS-1982#5>, 2023年7月20日访问。

[31] 参见《联合国海洋法公约》第56条、第58条。

其他国家航行自由权利和沿海国专属经济区权利的冲突提供了解决思路,旨在使对海洋的不同利用行为得以共存,以实现海洋效用最大化。^[32]

(三) 基本特征

专属经济区航行自由适当顾及义务要求航行国不能只关注自身的航行利益而忽视沿海国的专属经济区利益,航行国应当善意行使权利。由此可见,专属经济区航行自由适当顾及义务也是善意原则的具体体现。在国际法中,善意原则具有重要的法律地位。其既是一项一般法律原则,也是一项国际法的一般原则,^[33]甚至被认为是所有法律制度的基本原则。^[34]在核试验案中,善意原则被认为是支配国际法律义务创立和履行的基本原则之一。^[35]忽视善意原则会导致不能理解国际法规则的确切含义。^[36]专属经济区航行自由适当顾及义务需要与善意原则相结合才能被切实履行。在查戈斯海洋保护区案中,仲裁庭认为:“毛里求斯的权利是重要的,基于善意原则和《公约》规定,有权要求相应程度的顾及。”^[37]

因此,专属经济区航行自由适当顾及义务的基本特征包括:(1)“主动作为”的积极义务。积极义务是指义务人有责任以给付某物或者做出某种行为的方式实现接受权权利主体的权利。^[38]专属经济区内的权利义务纵横交错,《公约》制定者希冀这些纵横交错的权利义务能够和谐共存,若是仅仅要求相关国家之间互不干涉,则难以实现“和谐共存”的目标。其他国家在专属经济区行使航行自由权利应当主动采取相应措施避免侵犯沿海国专属经济区权利。(2)“采取措施”的行为义务。行为义务履行的判断标准在于其是否采取了必要的合理措施,如果采取了,就意味着切实履行了义务,无论期待的结果是否实现。^[39]专属经济区航行自由适当顾及义务是一种行为义务,^[40]其他国家在沿海国专属经济区行使航行自由的权利应当意识到沿海国的专属经济区权利并采取必要的合理措施避免侵犯沿海国权利,只要采取了必要的合理措施就意味着切实履行了适当顾及义务。^[41](3)“不得滥用”的善意义务。在某种意义上,适当顾及义务也是国际礼让原则、善意履行条约原则、禁止权利滥用原则的内在要求。^[42]专属经济区航行自由权利不是绝对权利,而是一种相对权利。其他国家在沿海国专属经济区内应当善意行使航行自由权利,不得滥用航行自由权利,侵害沿海国的合法权益。

[32] Rolf Einar Fife, *supra* note [26], at 53.

[33] 赵建文:《条约法上的善意原则》,载《当代法学》2013 年第 4 期,第 123 页。

[34] Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens and Sons, 1953, p. 105.

[35] The Judgment of Nuclear Tests (20 December 1974), p. 20, para. 49.

[36] 参见[法] M. 维拉利:《国际法上的善意原则》,刘昕生译,载《国外法学》1984 年第 4 期,第 57 页。

[37] The Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 203, para. 521.

[38] 参见郑成良主编:《法理学》,高等教育出版社 2012 年版,第 95 页。

[39] See *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area*, ITLOS Advisory Opinion, 1 February 2011, p. 41, para. 110.

[40] R. Wolfrum, *Obligation of Result Versus Obligation of Conduct: Some Thoughts about the Implementation of International Obligations*, in MH Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane & S. Wiessner eds., *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 363.

[41] 参见董世杰:《国际海底区域采矿活动与铺设海底电缆之间适当顾及义务的履行》,载《国际法研究》2023 年第 1 期,第 25 页。

[42] 参见张丽娜:《海洋科学研究中的适当顾及义务》,载《社会科学辑刊》2017 年第 5 期,第 105 页。

三、专属经济区航行自由适当顾及义务的制度意涵与履行困境

专属经济区航行自由适当顾及义务旨在实现专属经济区内不同国家海洋权利和谐共存的目的。其他国家行使航行自由权利应当适当顾及沿海国的权利,采取合理的措施避免侵害沿海国的合法权益。但是,专属经济区航行自由适当顾及义务内容的模糊性导致其并非总能有效平衡航行自由权利与沿海国专属经济区权利。

(一) 制度意涵

虽然《公约》规定其他国家在沿海国专属经济区行使航行自由等权利应当适当顾及沿海国的权利和义务,但是怎样才算适当顾及了沿海国的权利和义务?适当顾及义务的主观性较强,如果不对其意涵进行一般性界定,就会给其他国家留下较大的解释空间,进而使“适当顾及沿海国权利和义务”的规定形同虚设。在第三次联合国海洋法会议期间,经过多方博弈和综合权衡,《公约》最终采纳了积极模式的“适当顾及沿海国权利和义务”。由“适当顾及义务”的语言结构可知:首先,它是一种义务,规定了强制性行为模式,其他国家必须适当顾及沿海国的权利和义务;其次,义务主体要意识到在相同的海域存在着与自身权利平行的其他权利,并采取措施避免侵犯这些平行权利;最后,该义务还有更高的要求,这种“顾及”不是象征性的,而是合理的、有效的。在查戈斯海洋保护区案中,仲裁庭对适当顾及义务的含义、要求、履行形式等做了进一步阐释:(1)适当顾及是相关国家应当履行的强制义务;(2)适当顾及义务的一般含义是相关国家应当根据具体环境及所涉的权利属性来顾及其他国家的权利,“顾及”的程度由多种因素综合决定,如所涉权利的属性、重要性、预期损害的程度、被实施活动的属性和重要性、替代性路径的可适用性等;(3)当涉及重要的权利时,权利主体可以要求相应的顾及程度;(4)在大多数案例中,适当顾及的评估至少涉及是否与权利所属国协商;(5)适当顾及至少包含协商和平衡竞争性权利的实践……^[43]

根据1969年《维也纳条约法公约》的规定,文义解释是条约解释的基本方法之一。^[44]就用语的通常意义而言,“适当顾及”意指“给予适当的照顾或关心”。^[45]“顾及”意指关心、注意,对某事或某人给予的关注、关心或考虑;也意指一个考虑或一个动机,在决定采取行动时应当考虑的事情或者环境。^[46]专属经济区航行自由适当顾及义务意指其他国家应当意识到航行可能与沿海国的哪些权利产生冲突,对沿海国的这些权利会产生什么样的影响,并积极主动采取措施避免这些影响。从保护沿海国权利的角度来看,这些措施应当是必要的、合理的。一言以蔽之,专属经济区航行自由适当顾及义务的制度意涵可概括为,其他国家应当积极主动采取必要的合理措施平衡航行自由和沿海国专属经济区权利。平衡竞争性海洋权利的实践是其核心要素。

(二) 履行困境

适当顾及义务本身只是为义务主体设定了抽象的行为模式,它的切实履行还依赖于具体要求、履行形式等重要内容的明确。然而,《公约》仅抽象地规定了适当顾及义务,并未进一步明确其

[43] See the Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 202 - 203, 208 - 210, paras. 518 - 521, 528 - 534.

[44] 参见《维也纳条约法公约》第31条第1款,载联合国网站, <https://www.un.org/zh/node/182129>, 2023年7月28日访问。

[45] See Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, available at <https://www.merriam-webster.com/dictionary/with%20due%20regard%20to>, accessed 10 July, 2023.

[46] See Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II (6th ed., 2007), p. 2511.

具体要求、履行形式等重要内容,理论界和实务界也未就其具体要求、履行形式等达成一致共识。因而适当顾及义务被认为是难懂的、^[47]不可预测的、^[48]模糊的。^[49] 法律规则内容的明确性是实现法的预测、指引、评价等规范作用的前提,适当顾及义务具体内容的不明确导致义务主体无法寻求明确的规则依据,也无法使其通过切实履行该义务以避免潜在的法律风险。^[50] 实践中,因当事国对专属经济区航行自由适当顾及义务的理解不同导致的海洋争端屡见不鲜。概而言之,专属经济区航行自由适当顾及义务的履行困境主要包括:(1) 当事国对适当顾及义务的内在要求理解不一致;(2) 不同国家国内立法对适当顾及义务的履行形式规定不一致。^[51] 此时该义务不仅没有避免海洋权利冲突,而且还成为加剧海洋权利冲突的原因之一。

1. 沿海国基于污染防控对航行自由的限制程度不同

事实上,专属经济区航行自由受到诸多限制。这些限制的主要法律依据就是《公约》规定的“适当顾及沿海国的权利和义务”。^[52] 首先,该权利的行使必须适当顾及沿海国和其他国家的权利;其次,其他国家船舶的航行必须受到沿海国在专属经济区内的污染控制权的限制;再者,航行可能会受到专属经济区内已经存在的人工岛屿、设施、结构的影响;最后,船舶在毗连区内的航行还受到沿海国在毗连区内的管辖权的限制。^[53] 一般来说,《公约》的相关规定足以保证外国商船不受损害地通过沿海国专属经济区。但是,由于沿海国行使《公约》赋予的管辖权而导致的最重要的例外就是对运输有毒、有害物质船舶的控制。《专属经济区航行和飞越指南》(Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone)^[54] 明确规定沿海国可以依据国际法对专属经济区内运输有毒有害物质的船舶航行进行管制。^[55] 尽管如此,各国基于污染控制对航行自由的限制程度并不相同。有的沿海国,尤其是太平洋地区的沿海国禁止运输核废料的船舶进入它们的专属经济区。^[56] 2002 年后,法国、葡萄牙、西班牙则立法禁止 15 年以上船龄的油轮运载

[47] See George K. Walker et al. eds., *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff, 2012, p. 187.

[48] See L.B. Sohn et al., *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2014, p. 79.

[49] See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, p. 124.

[50] See Danielle Kroon, *Due Regard in the High Seas: The Tension between Submarine Cables and Deep Seabed Mining*, 24 Australian International Law Journal 35, 44 (2018).

[51] 在本文提及的国际司法、仲裁案例中,当事国之间的主要法律争端之一是“是否切实履行适当顾及义务”,进一步而言,是对适当顾及义务的具体要求、履行形式等内容存在不同的理解。

[52] 参见杨显滨:《专属经济区航行自由论》,载《法商研究》2017 年第 3 期,第 175 页;华敬旻:《海洋法学教程》,中国海洋大学出版社 2009 年版,第 208 页。

[53] See Robin Churchill, Vaughan Lowe & Amy Sander, *supra* note [1], at 382 - 383.

[54] 《专属经济区航行和飞越指南》是由主要来自亚太地区的国家包括美国、中国、俄罗斯、日本、澳大利亚、印度、印尼、韩国、越南、菲律宾等国的一些高级官员、专家和国际海洋法庭法官以个人身份在参加了 2002—2005 年的一系列会议后拟就的。这些会议是由日本的“海洋政策研究基金”所资助的。《专属经济区航行和飞越指南》2005 年 9 月 16 日以“专属经济区 21 专家组”名义在日本东京公布。虽然该指南在性质上是非拘束性的或者说它是一套非拘束性的自愿性准则,但它建立在《公约》、国家实践和演进中的“软法”基础上,对于在专属经济区的外国军事活动和情报搜集活动拟定了广泛的共识准则。参见邹立刚:《〈专属经济区航行与飞越指南〉述评》,载《福建警察学院学报》2013 年第 3 期,第 71 页。就本文而言,该指南对明确专属经济区航行自由适当顾及义务的具体要求及履行形式具有重要的参考价值。

[55] See EEZ Group 21, Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone, Article II.a.

[56] See J. M. Van Dyke, *Ocean Transport of Radioactive Fuel and Waste*, in D. D. Caron and H. N. Scheiber eds., *The Oceans in the Nuclear Age*, Martinus Nijhoff, 2014, p. 145 - 167, 150 - 159.

重质燃油通过它们的专属经济区,摩洛哥则规定这些船舶进入其专属经济区需要履行事先通知的程序。^[57]

2. 其他国家在沿海国专属经济区实施军事活动是否违反适当顾及义务存在争议

与其他船舶类似,军舰在沿海国专属经济区享有航行自由的权利,但也应当适当顾及沿海国的权利。各国限制军舰航行活动的主要法律依据也是《公约》规定的“适当顾及沿海国的权利和义务”。然而,关于军舰实施军事活动是否违反专属经济区航行自由适当顾及义务则存在较大的争议。^[58] 包括巴西、印度、泰国等国在内的九个发展中国家在批准《公约》时声明,在未经过沿海国同意的情况下,《公约》不允许他国在沿海国专属经济区进行军事演习。巴西的法律规定,专属经济区内的军事活动,尤其是涉及使用武器的军事活动,必须经过巴西政府同意后方可实施。^[59] 乌拉圭立法规定:“在任何情况下,其他国家在乌拉圭专属经济区实施军事活动,特别是使用武器、爆破或者为了非和平目的而使用的其他侵略性或者污染性方式,都应当经过乌拉圭政府的授权。”^[60] 相反,一些海洋强国,如意大利、德国、荷兰、英国在批准《公约》时声明,在沿海国专属经济区内进行军事演习或者武器试验不需要事先通知沿海国或者经过沿海国同意。美国则一直坚持外国有权在沿海国专属经济区从事军事活动的观点。^[61]

3. 不同国家国内立法对适当顾及义务履行形式的规定不一致

实践中,各国对“其他国家在沿海国专属经济区享有航行自由等权利的同时也应当履行适当顾及沿海国权利的义务”都是认同的。一般而言,它们国内的专属经济区立法、建立专属经济区的宣言等都明确承认其他国家在其专属经济区享有航行自由等权利,同时也会规定其需要履行适当顾及义务的内容。在某种意义上,这些国内立法、宣言等对其他国家航行自由权利的限制可视为该国对“适当顾及沿海国权利和义务”具体内容的理解。通过对不同类型的适当顾及义务具体要求的考查,劳尔夫·艾纳·法夫(Rolf Einar Fife)大使认为,有管辖权的国家的国内立法规定的技术性要求可以阐释适当顾及义务的具体要求。^[62] 但是,对于履行专属经济区航行自由适当顾及义务的外在形式,不同国家国内立法的规定不尽相同。《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》规定,其他国家在中国专属经济区享有航行自由等权利的前提是遵守国际法和中国法律、法规。^[63] 1983年,美国关于专属经济区的总统宣言强调“其他国家在美国专属经济区享有航行自由等权利的前提是不损害美国的主权权利和管辖权”。^[64] 1980年,印尼的专属经济区宣言规定:“其他国家在印尼专属经济区的航行自由等权利将按照新的国际海洋法原则加以承认。”^[65]

[57] See Oceans and Law of the Sea: Report of the Secretary-General, UN Doc. A/58/65 (2003), 21.

[58] 见前注[22],萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森书,第511页。

[59] See Law No. 8.617 of 4 January 1993, on the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf, Article 9.

[60] Act 17.033 of 20 November 1998 establishing the boundaries of the territorial sea, the adjacent zone, the exclusive economic zone, and the continental shelf, Article 8.

[61] See Robin Churchill, Vaughan Lowe & Amy Sander, *supra* note [1], at 387.

[62] See Rolf Einar Fife, *supra* note [26], at 52.

[63] 参见《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第11条。

[64] See Proclamation 5030 by the President of the United States of America on the Exclusive Economic Zone of the United States of America, 10 March 1983.

[65] See Declaration by the Government of Indonesia concerning the Exclusive Economic Zone of Indonesia, 21 March 1980.

四、专属经济区航行自由适当顾及义务履行困境的纾解建议

专属经济区航行自由适当顾及义务应然作用的实现需要明晰其内在要求、细化履行形式。虽然适当顾及义务的具体要求需要结合个案情况加以确定,但是国际司法机构可以在解决相关争端中通过考察大量的国家实践、国际司法实践以及适当顾及义务理论的最新发展动态,着力明确专属经济区航行自由适当顾及义务的基本要求。《公约》缔约方也可以通过制定专属经济区航行协定的方式细化适当顾及义务的履行形式。

需要注意的是,国际法的模糊性也具有一定的必要性,其既是国际法适应发展变化的国际形势的需要,也为国际法通过解释和适用方式得以发展留有余地,因而被有的学者称为“战略性模糊”。^[66] 因此,无论是国际司法机构解释和适用适当顾及义务,抑或《公约》缔约方制定专属经济区航行协定细化适当顾及义务的履行形式,都要有意识地使适当顾及义务在确定性和模糊性之间保持恰当的平衡。

(一) 国际司法裁判应当着力明确适当顾及义务的基本要求

国际司法裁判有助于进一步限定专属经济区适当顾及义务的含义和范围。^[67] 虽然国际司法裁判在理论上被认为是国际法的非正式渊源,即为确定国际法规则的辅助资料。但是,在现实的法律实践中,常设国际法院、国际法院的判决经常被引用,国际法院自身就经常援引先前的判例,有时候甚至是直接当作法律来使用。^[68] 在今后的相关案件中,国际司法机构应当直面专属经济区航行自由适当顾及义务的内在要求问题,凝聚其内在要求的最大共识。国际司法机构应当着力明确适当顾及义务基本要求(最低限度要求),进而为明确个案具体要求留下空间。同时,为了避免司法能动主义风险,国际司法机构解释适当顾及义务也需要符合一定的要求:(1) 就争端解决而言,解释适当顾及义务是必不可少的;(2) 通过明确需要解释的具体问题,阐明和限制解释权限;(3) 解释的方法、依据等与国际法的规定一致。

在意大利诉印度的“艾瑞克·莱谢号”案中,仲裁庭认为:“适当顾及义务的目的和宗旨是确保平衡沿海国海洋权利和其他海洋权利。适当顾及义务要求平衡竞争性权利,避免干涉其他国家行使权利。”^[69] 因而沿海国和其他国家彼此不干涉、不侵犯对方的权利是最基本的要求。适当顾及义务的积极义务、行为义务特征决定了沿海国和其他国家还应当主动采取合理措施避免侵犯对方的权利。善意义务特征要求义务主体善意行使权利,不得恶意滥用权利。善意行使权利是切实履行适当顾及义务的前提和基础,恶意滥用权利^[70] 会侵犯其他国家的合法权利。综合考虑专属经济区航行自由适当顾及义务的演化历程、价值追求、基本特征以及相关的国家实践可知,其基本要求至少包括:

(1) 航行行为具有合法性,包括符合沿海国国内法和国际法规定。由于专属经济区属于沿海国的管辖海域,沿海国为维护其在专属经济区的经济利益和安全利益,有权制定关于专属经济区

[66] 韩逸畴:《国际法中的“建设性模糊”研究》,载《法商研究》2015 年第 6 期,第 172—173 页。

[67] See Mathias Forteau, *The Legal Nature and Content of “Due Regard” Obligations in Recent International Case Law*, 34(1) *The International Journal of Marine and Coastal Law* 25, 27(2019).

[68] 参见《国际公法学》编写组:《国际公法学》,高等教育出版社 2018 年版,第 53 页。

[69] *The Award of Enrica Lexie Case* (21 May 2020), p. 274 - 275, paras. 973 and 975, 977 - 978.

[70] 《专属经济区航行和飞越指南》将滥用权利界定为“不必要或者专横地行使权利、管辖权、自由,或者干涉其他国家行使权利,或者一国滥用或错误使用权利对另一国造成损害”。See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article I.a.(1).

的法律和规章,要求其他国家遵守这些法律和规章是理所当然的。^[71] 美国国际法协会专属经济区委员会的报告(1989)也认为过境沿海国专属经济区的国家享有航行自由权利,但必须适当顾及沿海国的权利和义务,尤其是遵守沿海国制定的、与《公约》和其他国际法一致的法律、法规。^[72] 同时,使用沿海国专属经济区的国家应当确保它们船舶的航行行为符合《公约》的规定。^[73]

(2) 不得危害沿海国和平与安全。其他国家在沿海国专属经济区行使航行自由等权利,应当避免损害沿海国的和平、安全和良好秩序。^[74] 1976年,秘鲁代表提交的一项非正式修正案建议船旗国要确保其船只“避免”对沿海国的“主权、领土完整或政治独立威胁使用或使用武力”。^[75]

(3) 尊重沿海国为行使主权权利和管辖权而采取的管理措施。^[76] 在1973年第三次联合国海洋法会议期间,哥伦比亚、墨西哥和委内瑞拉的提案规定“其他国家在沿海国专属经济区的航行自由等权利只能因沿海国行使专属经济区权利而受到限制”。^[77] 在“北极日出号”案中,仲裁庭认为,沿海国的适当顾及义务包括在专属经济区容忍不干涉其主权权利行使的其他国家公民的抗议行为。相反,不侵犯沿海国主权权利也是其他国家履行适当顾及义务的要求。^[78] 其他国家不得危害沿海国保护和管理资源、环境的权利,^[79] 不得干涉沿海国行使建造、使用人工岛屿、设施、结构的权利,^[80] 沿海国可以在专属经济区的特殊区域(主要渔场、海洋保护区等)对航行自由提出临时性要求。^[81]

(二)《公约》缔约方制定专属经济区航行协定细化适当顾及义务的履行形式

实践表明,制定执行协定是细化《公约》内容、推动《公约》实施的有效路径。^[82] 国际社会已经努力尝试统一、规范其他国家在专属经济区的航行和飞越行为,《专属经济区航行和飞越指南》就是所取得的成就之一。因此,《公约》缔约国可以通过制定专属经济区航行协定细化专属经济区航行自由适当顾及义务的履行形式,同时也为明确个案中适当顾及义务的具体履行方式预留空间。根据国际法国内化的原理可知,细化的专属经济区航行自由适当顾及义务履行形式又会逐渐统一、规范不同国家国内法的相关规定,进而减少国内法中履行形式规定的差异化。

相关国际司法裁判表明,专属经济区航行自由适当顾及义务的履行存在一些基本共识。首先,从“是否顾及”和“顾及程度”两个维度来看,适当顾及义务可具体化为程序要求和实体要求,程序要求是指当事国之间的沟通协商,实体要求是指平衡竞争性权利的实践。^[83] 诸如适当顾及义务等一些概念的主要特征是它们的“程序”属性。因为这些概念要求采取具体的措施去协调不同

[71] 参见华敬妍:《海洋法学教程》,中国海洋大学出版社2009年版,第208页。

[72] See Report of the Committee on the Exclusive Economic Zone, 1989 Proceedings of the American Branch of the International Law Association 50 (1989-1990), p. 56.

[73] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article II.c.

[74] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article III.a.

[75] 见前注[22],萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森书,第511页。

[76] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article II.a.

[77] Colombia, Mexico & Venezuela, *Draft Articles of Treaty*, in U.N. Doc. A/AC.138/SC.II/L.21, Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, Vol. III, 1973, U.N. Doc. A/9021, 19; at 20 (Article 9).

[78] The Award of Arctic Sunrise case (14 August 2015), p. 82, para. 328.

[79] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article III.b.

[80] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article II.c.

[81] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article II.d.

[82] 参见施余兵:《〈联合国海洋法公约〉的“海洋宪章”地位:发展与界限》,载《交大法学》2023年第1期,第27页。

[83] See Robin Churchill, Vaughan Lowe & Amy Sander, *supra* note [1], at 384.

的权利,所以诉诸程序性方法是它们的应有之义。这意味着当事国存在合作的义务。^{〔84〕}其次,需要适当顾及的沿海国权利既包括《公约》和其他国际法明确规定的权利,也包括国际法不禁止的、具有正当性和合理性的其他权利。^{〔85〕}在“北极日出号”案中,仲裁庭认为沿海国有权制止的行为包括:(1)违反其制定的、与《公约》一致的国内法;(2)伤害到人以及损害设备、设施等危险情形;(3)环境损害;(4)延迟或者中断必要的操作。因为这些都属于沿海国的合法权益。^{〔86〕}最后,所涉权利的重要性对顾及程度具有重要影响,所涉权利越重要,相应的顾及程度要求越高。^{〔87〕}通常情况下,涉及国家安全利益的权利要比涉及经济利益以及其他利益的权利更为重要,相应的,对涉及国家安全利益的权利的顾及程度要求较高,适当顾及义务的履行需要采取更有效、更合理的措施。因此,专属经济区航行自由适当顾及义务的履行可以细化为以下四个步骤:

1. 分析航行涉及的沿海国权益

分析航行涉及的沿海国权益是切实履行专属经济区航行自由适当顾及义务的前提,这既是顾及沿海国权利的表现,也是确保顾及达到“适当”程度的必要条件。分析航行涉及的沿海国权益既要在《公约》、其他国际法赋予沿海国的主权权利、管辖权以及其他合法权利的框架下进行,也要综合考虑船舶类型、航线、目的地、沿海国国情等合理的相关因素。在善意行使航行自由权利时,船舶航行普遍涉及沿海国环境利益,如果航线经过沿海国专属经济区的资源利用区,航行还会涉及沿海国的资源利益。因为《公约》对沿海国专属经济区权利的规定并非穷尽式列举,沿海国在专属经济区还存在其他的合法权益。专属经济区是距离沿海国领土较近的海域,加之军事技术的发展,来自专属经济区的国家安全威胁可能性较大,因而沿海国还享有安全利益。这些“其他的合法权益”(如领土完整、政治独立等权益)也属于航行国需要适当顾及的权利范畴。七十七国集团在1975年联合国海洋法会议中提出的提案明确指出,各国应合理顾及沿海国的安全利益。^{〔88〕}军舰以及其他军用船舶的航行可能还涉及沿海国的安全利益。^{〔89〕}所以,军舰和非军用船舶对沿海国权益的影响不同,因而需要适当顾及的沿海国权利内容和程度也不相同。非军用船舶在沿海国专属经济区的航行主要涉及沿海国维护专属经济区资源、环境利益的相关权利,而军舰在专属经济区的航行还涉及沿海国的安全利益。

2. 判断航行是否影响沿海国权益

判断航行是否影响沿海国权益不仅是“分析航行涉及的沿海国权益”的目的,而且还决定着后续是否采取以及采取何种顾及措施。判断标准不是由航行国单方面决定的,而是要采用符合公众一般认知的标准并且充分落实预防性要求,不以实际损害的发生作为判断标准。例如,在预防性要求下,其他国家的军舰在专属经济区航行“必然”影响沿海国的安全利益,运载有毒、有害物质的船舶的航行“必然”影响沿海国的环境利益,船舶航行经过沿海国在专属经济区的资源利用区域“必然”影响沿海国的资源利益,与沿海国其他合法权益存在时空交集的专属经济区航行也应当被认定为“必然”影响沿海国合法权益的情形,等等。如此方能实现适当顾及义务的目的和宗旨。当

〔84〕 See Mathias Forteau, *supra* note 〔67〕, at 32.

〔85〕 See Julia Gaunce, *On the Interpretation of the General Duty of Due Regard*, 32 Ocean Yearbook 27, 57(2018).《联合国海洋法公约》第59条也规定:“在本公约未将在专属经济区内的权利或管辖权归属于沿海国或其他国家而沿海国和任何其他一国或数国之间的利益发生冲突的情形下,这种冲突应在公平的基础上参照一切有关情况,考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,加以解决。”

〔86〕 See the Award of Arctic Sunrise Case (14 August 2015), p. 82, para. 327.

〔87〕 See the Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 519.

〔88〕 见前注〔22〕,萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森书,第510页。

〔89〕 参见袁发强:《国家安全视角下的航行自由》,载《法学研究》2015年第3期,第200页。

然,这并不意味着对其他国家提出过高的要求,而是在“意识”层面将其他国家适当顾及沿海国权利和义务的关口前移,这也是适当顾及义务的积极义务、行为义务、善义务等特征的应有之义。

3. 事先与沿海国沟通协商

沿海国是专属经济区的直接利益攸关国,若专属经济区的资源、环境、安全等利益受损,沿海国是最大的受害者。因而航行国要结合航行的具体情况分析可能涉及的沿海国权益以及判断其是否影响沿海国权益。若是不影响沿海国权益,航行国应当一秉善意地行使航行自由权利,以“航行”作为唯一目的,不得在航行中实施损害沿海国权益以及违反国际法的行为。若航行“必然”影响沿海国权益,为了切实履行适当顾及义务,航行国应当事先与沿海国进行沟通协商。^[90] 查戈斯海洋保护区案仲裁庭认为,适当顾及的评估至少涉及是否与权利所属国协商。^[91] 这既由适当顾及义务的程序属性所决定,也是适当顾及义务“在个案中明确具体要求”特征的应有之义。根据航行的具体情况不同,沟通协商的内容可以包括:(1) 运载有毒、有害物质船舶的航行区域、具体航线、需要采取的海洋环境保护措施等;(2) 经过专属经济区资源利用区域船舶的引航、指定航道以及其他保障沿海国资源利用权利的安全措施等;(3) 军舰的航行区域,如果一国军舰或飞机要在沿海国专属经济区实施大规模的军事训练,则应当通过即时的航行警告告知沿海国军事训练的时间、日期、地点;^[92] (4) 保障沿海国其他合法权益的必要措施。

4. 采取必要的合理措施避免侵害沿海国合法权益

适当顾及义务是积极义务,是否顾及以及顾及的程度取决于航行国的“作为”,即所采取的具体措施。与“是否顾及”相比,“顾及程度”的标准具有较强的主观性,因而需要综合考虑具体环境、所涉权利的重要性、预期损害等因素加以确定。^[93] 若是事先已经与沿海国沟通协商,就航行要求达成共识,航行国根据“共识”采取的措施就符合顾及的“适当”标准。“孟加拉湾划界”案的仲裁庭认为:“沿海国应当适当顾及其他国家的权利义务。由当事方采取他们认为是最佳的措施,诸如达成进一步的协定或者建立合作安排。”^[94] 同时,“共识”的航行要求也不宜过高,如果国际法对此有明确的规定或者沿海国国内法规定了明确的要求,航行国应当据此采取相应的措施。若是国际法和国内法对此都未详细规定,采取的措施需满足“必要、合理、相称”的要求,即所采取的措施能够保障沿海国权益,是保障沿海国权益必不可少的措施,采取的措施与航行利益成比例。^[95] 对于军舰的航行,除了采取充分合理的措施避免侵害沿海国的资源、环境权益之外,还应当履行和平使用海洋的义务,不得使用武力或者威胁使用武力,或者实施能够触发沿海国防御系统的挑衅行为……^[96] 正如有些国家在第三次联合国海洋法会议上所表达的观点,“按照《公约》的规定,在专属经济区内,任一沿海国将有权反对外国军舰进行可能危害生物资源或海洋环境,或者威胁到设施、航行安全、科学研究的开展和沿海国其他相关利益的武装演习或演练。”^[97]

[90] 有学者甚至认为“事先协商是履行该项义务的首要体现”。参见李文杰:《海洋竞争利用关系中的“相互适当顾及”原则研究》,载《法学》2023年第10期,第182—183页。

[91] The Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 202, para. 519.

[92] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article V.c.

[93] The Award of Chagos Marine Protected Area Arbitration (18 March 2015), p. 202, para. 519.

[94] The Award of Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (7 July 2014), p. 156 - 157, paras. 507 - 508.

[95] 见前注[90],李文杰文,第185—186页。

[96] See EEZ Group 21, *supra* note [55], Article V.b.

[97] 见前注[22],萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森书,第515页。

五、结 语

专属经济区航行自由适当顾及义务的形成源于平衡其他国家和沿海国海洋权益的需要,意指其他国家行使航行自由权利应当采取合理措施避免侵害沿海国的专属经济区权益。适当顾及义务的理论共识和实践规律表明,遵守国际法和沿海国法律、不得危害沿海国和平与安全、尊重沿海国为行使专属经济区权利而采取的管理措施是专属经济区航行自由适当顾及义务的基本要求。专属经济区航行自由适当顾及义务的履行可细化为如下步骤:分析航行涉及的沿海国权益、判断航行是否影响沿海国权益、事先与沿海国沟通协商、采取必要的合理措施避免侵害沿海国合法权益等。外国船舶在遵守国际法和我国法律、法规的前提下,在我国的专属经济区享有航行的自由,同时须尊重我国依据国际法所采取的管理措施,采取必要的合理措施避免侵害我国的专属经济区权益。若航行影响我国的合法权益,外国船只应当事先与我国沟通协商,就需要采取的必要、合理措施进行商讨。

Abstract The obligation of due regard of navigation freedom in the EEZ is of great significance in balancing the marine rights of coastal states and other states and realize the full utilization of the oceans. However, the meaning of the obligation of due regard is vague, its basic requirements and the form of fulfilling the obligation are ambiguous. In practice, based on pollution prevention and control, the degree of coastal states restriction on the freedom of navigation is different, there are disputes over whether other states carry out military activities in the coastal state's EEZ violate the obligation of due regard, and domestic legislations on the form of fulfilling of the obligation of due regard are also different. The theoretical consensus and the law of practice on the obligation of due regard indicate that compliance with international law and the law of the coastal state, not endangering the peace and security of the coastal state, and respecting the management measures taken by the coastal state to ensure the exercise of the rights of the EEZ are the basic requirements for the obligation of due regard of navigation freedom in the EEZ. The process of fulfilling the obligation of due regard of navigation freedom in the EEZ can be refined into a comprehensive analysis of the rights and interests of the coastal state involved in the navigation, judging whether the navigation affects the rights and interests of the coastal state or not, prior communication and consultation with the coastal state, and taking necessary and reasonable measures to avoid infringing upon the rights and interests of the coastal state.

Keywords The Obligation of Due Regard, Exclusive Economic Zone, Freedom of Navigation, The Coastal State, UNCLOS

(责任编辑:张国斌)