

美国在南海“航行自由行动”的变化情势与相关国际法问题

安寿志 申钟秀*

摘要：美国一直将海洋自由视作其国家核心利益，并自2011年起在南海针对中国开展“航行自由行动”。2016年“南海仲裁案”非法裁决出台后，美国在南海展开的“航行自由行动”呈现出一些新特点和新问题。美国不但逐渐加大了其军舰在南海进行“航行自由行动”的频次，还尽量全面而严密地以“南海仲裁案”非法裁决为所谓的“法理依据”，调整国际法概念和用语，细化其法律包装和法理用意。美国以“挑战”沿海国“过度海洋主张”的名义，有计划地频繁进入中国南沙群岛美济礁、渚碧礁、仁爱礁等岛礁附近海域开展“航行自由行动”，企图否定中国在南沙群岛的领土主权和海洋权益；进入中国中沙群岛（主要是黄岩岛）和西沙群岛的附近海域航行，试图将该非法裁决扩大适用到西沙群岛和中沙群岛，扩大该裁决的不利影响，并意欲将南海“公海化”。美国在南海的“航行自由行动”还呈现出步步为营、各部门间统一口径和一致联合的特点。

关键词：南海 航行自由行动 领海无害通过 直线基线 群岛整体性

引言

通过国家立法和政府声明，中国明确规定位于南海的东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛属于国家的“陆地领土”；中国实行12海里的领海宽度并采用直线基线法划定领海基线；外国非军用船舶享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利，但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。^①2016年7月12日，中国政府在《关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》中将在南海的领土主权和海洋权益归纳为以下四个方面：（1）中国对南海诸岛，包括东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛拥有主权；（2）中国南海诸岛拥有内水、领海和毗连区；（3）中国南海诸岛拥有专属经济区和大陆架；（4）中国在南海拥有历

* 安寿志，武汉大学法学院国际法学专业博士研究生，国际体育仲裁院（Court of Arbitration for Sport）仲裁员、中国政法大学仲裁研究院研究员、北京观韬中茂律师事务所合伙人；申钟秀，浙江师范大学政法学院讲师、非洲法律与社会发展研究中心研究员。本文是国家社会科学基金重点项目“诉讼语境下南海诸岛领土主权证据适用实证研究”（20AGJ004）的阶段性成果之一。本文所有网络资源的最后访问时间均为2022年4月3日。

① 参见《中华人民共和国领海及毗连区法》（1992年2月25日）第2条、第3条和第6条，同时参见《中华人民共和国政府关于领海的声明》（1958年9月4日），国家法律法规数据库，<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?MmM5MDlmZGQ2NzhzjE3OTAxNjc4YmY1YzlmZDAXNGY%3D>。

史性权利。中国政府同时强调上述立场符合有关国际法和国际实践。^①但是，美国对中国的立场声明提出了专门的反对，指责中国在南海的领土主权和海洋权益不符合1982年《联合国海洋法公约》（简称《公约》），^②并在南海不断实施“航行自由行动”进行挑战。

2016年“南海仲裁案”非法裁决作出以后，美国在南海针对中国开展的“航行自由行动”呈现出以该非法裁决作为“法理依据”的若干新特点，企图否定中国在南海诸岛的领土主权和海洋权益，并企图将该非法裁决扩大适用到西沙群岛和中沙群岛，把南海“公海化”。本文以美国国防部每财年（fiscal year）公布的《航行自由报告》（Freedom of Navigation Report）为基础，结合笔者能搜集到的美国其他官方或权威媒体报道，梳理其近年来在南海针对中国实施的“航行自由行动”的主要情势变化，分析其国际法意图和影响。需说明的是，美国在其“航行自由计划”（Freedom of Navigation Program）下所定义的“航行自由行动”包含了通过美国海军的军事船舶或飞机在美国认为沿海国“过度海洋主张”（excessive maritime claims）的海域进行的航行或飞越，^③美国国防部的《航行自由报告》公布的“过度海洋主张”也包含了对沿海国领海上覆空域的权益挑战。但是，美国的“航行自由行动”依赖于其各军种（包括海岸警卫队）的军队，并主要运用海军军舰实施。同时，美国在南海的“军事化”行动也不同于“航行自由行动”。据不完全统计，美军每年在南海有多达上千次侦察活动、上百次军演和700个舰日以上的动态性存在。所以，为了统计分析的方便和主题的集中，本文仅对美国军舰在南海针对中国所实际展开的“航行自由行动”作数量统计。本文在梳理美国对其自身行为所作的法理阐释时，原貌译出其运用军舰同时挑战中国的领海与领空主张的一些措辞，以便对美国的法理意图有较全面的理解。此外，美国在南海实施的“航行自由行动”也包括挑战南海地区其他声索方的“过度海洋主张”，并对中国台湾地区单独展开行动。限于篇幅，本文统计数据及相关分析不包含美国针对南海地区其他声索方开展的航行自由行动，也不包括针对中国台湾地区的“航行自由行动”的问题。

一 近些年来美国在南沙群岛附近海域开展“航行自由行动”的情况统计

美国将海洋自由视作国家核心利益（a vital national interest）。为确保军队机动性，保护其在全世界的安全利益，美国自1979年以来执行“航行自由计划”，在其他沿海国海域实施航行自由或飞越行动，不断挑战沿海国的“过度海洋主张”，^④并自2011年起在南海针对中国开展“航行

① 《中华人民共和国政府关于在南海的领土主权和海洋权益的声明》（2016年7月12日）第3段，中华人民共和国中央人民政府网，www.gov.cn/xinwen/2016-07/12/content_5090631.htm。

② See Letter dated 1 June 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/74/874-S/2020/483.

③ See Dennis Mandsager, “The U. S. Freedom of Navigation Program: Policy, Procedure, and Future”, (1998) 72 *International Law Studies* 113, p. 117.

④ “The Fourteen Points”, U-S-History official website, <https://www.u-s-history.com/pages/h1324.html>; “United Nations Convention on the Law of the Sea”, Report to Accompany Treaty Doc. 103-39, Senate, 108th Congress, 2nd Session, Exec. Rpt. 108-10, p. 3, U. S. Congress official website, <https://www.congress.gov/108/crpt/erpt10/CRPT-108erpt10.pdf>. U. S. Department of Defense Freedom of Navigation (FON) Program, “U. S. Department of Defense Freedom of Navigation Program: Fact Sheet”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/DoD%20FON%20Program%20Summary%202016.pdf?ver=2017-03-03-141350-380>.

自由行动”。^① 据统计,美国自2015年10月27日至2022年1月20日其军舰在中国南沙群岛附近水域(主要是在美济礁和渚碧礁等岛礁的12海里内)主要实施了16次“航行自由行动”,美国开展的这些航行自由行动均具有较明确的计划性、针对性并对外阐释了法律意图。具体情况参见表1。

表1 美国在南沙群岛的“航行自由行动”情况统计表^②
(2015年10月27日—2022年1月20日)

| 区域 | 序号 | 所涉航行行动 | 美国对其自身行动的法理解释 | “挑战”所主要针对的中国主张 |
|------------------------------|----|--|---|--|
| 在渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁附近水域 | 1 | 2015年10月27日,美国“拉森”号驱逐舰(USS Lassen)进入渚碧礁12海里内“过境”。 ^③ | 美国认为其军舰在渚碧礁12海里内实施“持续和快速的过境”(a continuous and expeditious transit),美国没有违反(breached)12海里界限规则;在“国际水域”实施的航行自由权利并不需要询问另一国。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定,抗议中国限制船舶在岛屿和填海地物周围的航行权利和自由。 |
| | 2 | 2016年5月10日,美国“威廉·P·劳伦斯”号驱逐舰(USS William P. Lawrence)驶入永暑礁12海里内。 ^④ | 美国认为过境前无须通知任何声索方才符合美国的正常程序和国际法(No claimants were notified prior to the transit, which is consistent with our normal process and international law),指出中国企图限制美国 and 所有国家都有权行使的航行权利,这种“过度海洋主张”与《公约》反映的国际法不符。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。 |
| | 3 | 2018年9月30日,美国“迪凯特”号驱逐舰(USS Decatur)进入南薰礁和赤瓜礁12海里内。 ^⑤ | 美国认为中国意图将岩礁转化为“人工岛礁”(artificial islands)以延伸在南海的领土主张,不认可南薰礁和赤瓜礁具备国际法下的主权领土(sovereign territory)条件。 | 挑战中国关于南薰礁和赤瓜礁的领土主权主张。 |

① See Ash Carter, “SECDEF Carter Letter to McCain on South China Sea Freedom of Navigation Operation”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2016/01/05/document-secdef-carter-letter-to-mccain-on-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation>.

② 本表信息主要源自美国国防部公开的《航行自由报告》、美国海军第七舰队在行动之后发布的消息(news release)和声明(statement)以及美国五角大楼发言人在行动之后的对外发言。除非特别说明,在“所涉航行行动”栏标注综合引注。

③ See Jim Sciutto & Barbara Starr, “U. S. Warship sails close to Chinese artificial island in South China Sea”, CNN website, <https://www.cnn.com/2015/10/26/politics/south-china-sea-islands-u-s-destroyer/index.html>; Department of Defense Report to Congress, “U. S. Department of Defense Freedom of Navigation Report for Fiscal Year 2015”, U. S. Department of Defense official website, https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/gsa/cwmd/FON_Report_FY15.pdf; Department of Defense Report to Congress, “U. S. Department of Defense Freedom of Navigation Report for Fiscal Year 2015”, U. S. Department of Defense official website, https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/gsa/cwmd/FON_Report_FY15.pdf.

④ See Sam LaGrone, “U. S. Destroyer Passes Near Chinese Artificial Island in South China Sea Freedom of Navigation Operation”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2016/05/10/u-s-destroyer-passes-near-chinese-artificial-island-in-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation>; Department of Defense Report to Congress, “U. S. Department of Defense Freedom of Navigation Report for FY 2016”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/FY16%20DOD%20FON%20Report.pdf?ver=2017-03-03-141349-943>.

⑤ See Ben Werner, “Destroyer USS Decatur Has Close Encounter With Chinese Warship, October 1, 2018”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2018/10/01/37006>; “China’s Atypical Response To US Navy FONOPS May Be a Message to Trump Administration”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2018/10/01/37006#more-37006>.

续表

| 区域 | 序号 | 所涉航行行动 | 美国对其自身行动的法理解释 | “挑战”所主要针对的中国主张 |
|------------------------------|----|---|---|---|
| 在渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁附近水域 | 4 | 2019年5月6日,美国“普雷贝尔”号(USS Preble)和“钟云”号驱逐舰(USS Chung Hoon)驶入南薰礁与赤瓜礁12海里内。 ^① | 美国认为是维持其在国际法下的水道通行权(access to the waterways)权。 | 挑战中国的“过度海洋主张”,但美国海军第七舰队未回应“普雷布尔”号和“钟云”号行动的更多信息。 |
| | 5 | 2019年8月28日,美国“韦恩·E·麦耶”号驱逐舰(USS Wayne E. Meyer)进入永暑礁和美济礁12海里内。 ^② | 美国认为是在维持其在国际法下的水道通行权,是其在亚太地区(包括南海)所进行的例行和常规(routine and regular)航行自由行动的一部分,其是在国际法所允许的地方飞越、航行和行动。 | 挑战中国的“过度海洋主张”。 |
| | 6 | 2020年1月25日,美国“蒙哥马利”号滨海舰(USS Montgomery)在永暑礁和赤瓜礁附近海域航行(near Johnson Reef and Fiery Cross Reef)。 ^③ | 美国认为在国际法下所有国家的船舶(包括军舰),都享有领海无害通过的权利,对无害通过单方面强加的任何批准或通知的要求(unilateral imposition of any authorization or notification requirement)是国际法不允许的。军舰只要没有从事军事行动(as long as it doesn't conduct any military operations),不需要事先通知而通过一国领海。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。 |
| | 7 | 2020年4月29日,美国“邦克山”号巡洋舰(USS Bunker Hill)从南薰礁附近水域内过境(the transit was in the vicinity of Gaven Reef)。 ^④ | 美国认为在国际法下所有国家的船舶,包括军舰,享有领海无害通过的权利,对无害通过单方面强加的任何批准或事先通知(advance-notification)的要求都是国际法不允许的,美国对这些要求提出挑战(the United States challenged those requirements)。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。 |

① See Ryan Browne, “Amid trade tensions, US warships challenge Chinese claims in South China Sea”, CNN official news, <https://edition.cnn.com/2019/05/06/politics/south-china-sea-warships/index.html>; Ben Werner, “U. S. Destroyers Active in 2 Separate South China Sea Operations”, USNI News official news, <https://news.usni.org/2019/05/09/u-s-destroyers-active-in-2-separate-south-china-sea-operations>.

② See Megan Eckstein, “Destroyer USS Wayne E. Meyer Sails Past Fiery Cross, Mischief Reefs in Latest FONOPS”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2019/08/28/destroyer-uss-wayne-e-meyer-sails-past-fiery-cross-mischief-reefs-in-latest-fonops>.

③ See “LCS Conducts First South China Sea FONOP of 2020”, the Maritime Executive official website, <https://maritime-executive.com/article/lcs-conducts-first-south-china-sea-fonop-of-2020>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>.

④ See Sam LaGrone, “USS Bunker Hill Conducts 2nd South China Sea Freedom of Navigation Operation This Week”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2020/04/29/uss-bunker-hill-conducts-2nd-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation-this-week>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>.

| 区域 | 序号 | 所涉航行行动 | 美国对其自身行动的法理解释 | “挑战”所主要针对的中国主张 |
|------------------------------|----|---|--|-----------------------------|
| 在渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁附近水域 | 8 | 2020年7月14日,美国“拉尔夫·约翰逊”号驱逐舰(USS Ralph Johnson Destroyer)驶入华阳礁和永暑礁12海里内。 ^① | 美国认为是在挑战对无害通过强加的限制(challenging the restrictions on innocent passage),以支持国际法项下的权利、自由和对海洋的合法利用。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。 |
| | 9 | 2020年12月22日,美国“麦凯恩”号驱逐舰(USS John S. McCain)驶入南薰礁、赤瓜礁和鬼喊礁12海里内。 ^② | 美国认为在《公约》所体现的国际法项下,所有国家的船舶(包括军舰)都享有领海无害通过的权利。对无害通过单方面强加的任何批准或事先通知的要求是国际法不允许的。 | 挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。 |
| | 10 | 2021年2月17日,美国“罗素”号驱逐舰(USS Russell)驶过南沙群岛附近(near the Spratly Islands)。 ^③ | 美国认为在《公约》所体现的国际法项下,所有国家的船舶(包括军舰)都享有领海无害通过的权利。对无害通过单方面强加的任何批准或事先通知的要求是国际法不允许的。美国是在支持国际法项下的权利、自由和对海洋的合法利用。 | 挑战中国关于“外国军舰领海无害通过须事先批准”的规定。 |
| 在美济礁附近水域 | 11 | 2017年5月25日,美国“杜威”号驱逐舰(USS Dewey)驶入美济礁6海里内。 ^④ | 美国认为其军舰是正常的航行行动(operated normally),不是实施无需通知而通过他国领海的无害通过规则下的过境行动。 | 挑战中国对“不能”享有领海的地物主张领海的行为或声明。 |

① “USS Ralph Johnson Conducts Maritime Operations Near Spratly Islands”, U. S. Navy official website, <https://www.cpf.navy.mil/news.aspx/130678>. See also Geoff Ziezulewicz, “US warship sails contested waters in South China Sea after White House rejects China’s maritime claims there”, Navytimes official website, <https://www.navytimes.com/news/your-navy/2020/07/14/us-warship-sails-contested-waters-in-south-china-sea-after-white-house-rejects-chinas-maritime-claims-there/>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>.

② See Mallory Shelbourne, “Destroyer USS John S. McCain Performs South China Sea FONOP”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2020/12/22/destroyer-uss-john-s-mccain-performs-south-china-sea-fonop>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>.

③ See Mallory Shelbourne, “Destroyer USS Russell Performs South China Sea FONOP”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2021/02/17/destroyer-uss-russell-performs-south-china-sea-fonop>; Ronald O’Rourke, “U. S. -China Strategic Competition in South and East China Seas: Background and Issues for Congress” (Updated Jan. 26, 2022), p. 36, Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784>.

④ See Sam LaGrone, “U. S. Warship Came Within 6 Miles of Chinese Artificial Island in Toughest Challenge Yet to Beijing South China Sea Claims”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/05/25/u-s-warship-came-beijing-south-china-sea-claims>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2017”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/FY17%20DOD%20FON%20Report.pdf?ver=2018-01-19-163418-053>.

续表

| 区域 | 序号 | 所涉航行行动 | 美国对其自身行动的法理解释 | “挑战”所主要针对的中国主张 |
|----------|----|--|---|---|
| 在美济礁附近水域 | 12 | 2017年8月10日,美国“约翰·S·麦凯恩”号驱逐舰(USS John S. McCain)驶入美济礁12海里内。 ^① | 美国认为其军舰是展示其能在国际法允许的任何地方进行飞越、航行和行动(demonstrate that the United States will fly, sail, and operate wherever international law allows),这是美国在亚太地区(包括南海)所进行的日常(daily basis)行动的一部分。 | 挑战中国对“不能”享有领海的地物主张领海的行为或声明。 |
| | 13 | 2018年3月23日,美国“马斯廷”号驱逐舰(USS Mustin)进入美济礁12海里内。 ^② | 美国认为其军舰是展示其能在国际法允许的任何地方进行飞越、航行和行动,这是美国在国际法下开展例行和定期(routine and regular)的航行自由行动。 | 挑战中国对“不能”享有领海的地物(例如低潮高地)主张领海的行为或声明。 |
| | 14 | 2019年2月11日,美国“斯普鲁恩斯”号(USS Spruance)和“普雷贝尔”号驱逐舰(USS Preble)进入仁爱礁和美济礁12海里内。 ^③ | 美国认为其军舰是展示其能在国际法允许的任何地方进行飞越、航行和行动,这是美国在亚太地区(包括南海)所进行的日常(daily basis)行动的一部分。 | 挑战中国对“不能”享有领海和领空的地物(例如低潮高地)主张领海和领空的行为或声明。 |
| | 15 | 2019年11月20日,美国“吉福兹”号濒海战斗舰(USS Gabrielle Giffords)进入美济礁12海里内。 ^④ | 美国认为像美济礁这样自然形成的“低潮高地”在国际法下无权拥有领海;美济礁上建设的填海设施和结构不改变其在国际法下的特征;美国在美济礁12海里内的正常行动(normal operations)表明船舶可以在这些水域合法行使“公海自由”(lawfully exercise high-seas freedoms)。 | 挑战中国对“不能”享有领海和领空的地物(例如低潮高地)主张领海和领空的行为或声明。 |
| | 16 | 2021年9月8日,美国“本德福”号驱逐舰(USS Benfold)驶入美济礁12海里内。 ^⑤ | 美国认为像对于美济礁这样高潮时没入水下的自然地物,沿海国在《公约》反映的国际法下无权拥有领海;美济礁上建设的填海设施和结构不改变其在国际法下的特征。 | 挑战中国对“不能”享有领海的地物(例如低潮高地)主张领海和领空的行为或声明。 |

- ① See Sam LaGrone, “USS John S. McCain Conducts South China Sea Freedom of Navigation Operation Past Mischief Reef”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/08/10/uss-john-s-mccain-conducts-south-china-sea-freedom-navigation-operation-past-mischief-reef-3rd-south-china-sea-fofonop-year>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2017”, U.S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/FY17%20DOD%20FON%20Report.pdf?ver=2018-01-19-163418-053>.
- ② See Sam LaGrone, “U.S. Warship Sails Past Disputed South China Sea Artificial Island in Freedom of Navigation Mission”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2018/03/23/u-s-warship-sails-past-disputed-south-china-sea-artificial-island-freedom-navigation-mission>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2018”, U.S. Department of Defense official website, [https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY18%20DoD%20Annual%20FON%20Report%20\(final\).pdf?ver=2019-03-19-103517-010](https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY18%20DoD%20Annual%20FON%20Report%20(final).pdf?ver=2019-03-19-103517-010).
- ③ See Ben Werner, “Two U.S. Guided-Missile Destroyers Conduct FONOP Past Mischief Reef in South China Sea”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2019/02/11/41017>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2019”, U.S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY19%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf?ver=2020-07-14-140514-643×tamp=1594749943344>.
- ④ See Ben Werner, “Beijing Irked at Twin U.S. South China Sea FONOPS”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2019/11/22/beijing-irked-at-twin-u-s-south-china-sea-fofonops>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2019”, U.S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY19%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf?ver=2020-07-14-140514-643×tamp=1594749943344>.
- ⑤ See Oren Liebermann and Ellie Kaufman, “US sails ship through South China Sea days after China institutes new maritime ID rules”, CNN official website, <https://edition.cnn.com/2021/09/08/politics/us-south-china-sea-maritime-id-rules/index.html>; Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2021”, U.S. Department of Defense official website, https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FON%20Program%20Report_FY2021.pdf.

从表1可以发现,美国这些“航行自由行动”的目的是有针对性地“挑战”(challenge)中国在南海的领土主权与相关海洋权益主张。美国这类“挑战”行动的法律用意,可以追溯到1983年,时任总统里根曾发布《海洋政策声明》,指出“必须采取行动避免默认其他沿海国家的过度海洋主张”。^①美国国防部在2001年财年的《航行自由报告》中,亦指出“20多年来,美国已一再确认在全球实施和宣示航行和飞越自由的长期政策……确保与航行自由不符的沿海制度不被接受为习惯法”。^②由此可知,美国的“航行自由行动”虽然常表述为挑战(challenge)沿海国的“过度海洋主张”,但实际上同时也表达了法律上的抗议(protest),即美国认为持续反对可用于阻止新的习惯国际法规则的形成,指出“原则上抗议国对一个正在从实践中发展的法律提出抗议后不受该规则的约束,即便该规则之后成熟成形”。^③这意味着美国通过这些“航行自由行动”防止“默认”他国主张和阻止他国的制度被接受为习惯法的整体法律意图。

其次,美国借“航行自由”名义进行的“挑战”行动在法理阐释上也颇具技巧。譬如,美国将中国有关军舰通过领海需要批准的规定表述为“外国军舰无害通过领海须事先批准”(prior permission required for innocent passage of foreign military ships through the TTS)。实际上,《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条规定:“外国非军用船舶,享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利。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。”即,中国对于外国非军用船舶享有无害通过中国领海的权利是尊重的,而对军用船舶通过领海设定批准要求并不意味着不尊重无害通过权,而是为预防“有害通过”而设定事先批准,批准程序中对于“无害”军舰是允许通行的。《公约》以及习惯国际法对军舰通过领海是否需要通知沿海国并无明确规定,沿海国出于国家安全考虑,假定其批准前“可能有害”而要求通知和批准,均不违反国际法。美国将中国的批准要求简化为“无害通过领海须事先批准”,抛弃了批准程序不是限制“无害”而是预防“有害”的立法原意,其用词暗含了对中国立法规定的曲解和误导。

此外,美国对自身行为的法理阐释在用词上还体现出渐趋严密的特征。譬如,美国在利用所谓的“航行自由行动”反对中国在南海岛礁附近水域的领海主权与海洋权益主张时,其用语为抗议和挑战“对‘不享有’领海和领空的地物(例如低潮高地)所作的领海和领空主张(体现此种主张的行为和声明)”[Territorial sea and airspace around features not so entitled (i. e., low-tide elevations) (Actions and statements indicating such a claim)]。这一句话里面既包含了指责中国南海诸岛的相关岛礁只是“低潮高地”或“不享有”领海和领空的地物,又包含了对中国相应的领海和领空主张的一并反对,还包含了美国的反对(不默认)不仅针对中国对外发布的立场声明,亦针对相应的行动(譬如中国的一些岛礁扩建行动和巡航等其他维权行动)。对此,下文将逐一具体分析。

二 美国在南海“航行自由行动”的法理用意及变化趋势

在统计期间内,除了2015年10月27日“拉森”号和2016年5月10日“威廉·P·劳伦斯”号

① See Statement on United States Oceans Policy, 1 PUB. PAPERS 378 (Mar. 10, 1983); Proclamation No. 5030, 48 Fed. Reg. 10, 601 (1983), reprinted in 16 U. S. C. A. 1453; National Security Decision Directive No. 265, President Ronald Reagan (Mar. 16, 1987).

② See William S. Cohen, Secretary of Defense, Annex H, Annual Report to the President and the Congress, 2001, U. S. Department of Defense official website, <http://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/gsa/cwmd/FY2000%20DOD%20Annual%20FON%20Report.pdf>.

③ See Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 1986, Section 102 (2), p. 88.

行动外,美舰在南沙群岛的其他“航行自由行动”都是在“南海仲裁案”非法裁决作出后实施的。美国展开“航行自由行动”的同时辅以法理包装,故意夸大该非法裁决的效力,将美国自我论证的所谓“法理依据”由相对模糊调整为逐渐清晰:对中国南沙群岛部分岛礁的定性和称呼发生了变化,将美济礁和仁爱礁、渚碧礁等称为自然形成的“低潮高地”;将南沙群岛部分岛礁的附近水域称为“国际水域”,将美济礁 12 海里内的航行行动表述为“依据《公约》第 87 条下的公海自由”等等。

(一) 法理用意的清晰化及挑战对象的扩大化

在“南海仲裁案”非法裁决前,美国将其在南沙群岛“航行自由行动”的性质表述为“抗议和挑战”对“外国军舰无害通过领海须事先批准”的要求,^①美国这一表述与其同时试图挑战中国的“岛礁建设活动对航行自由和航行权的限制”在界限上是模糊不清的。2015 年 10 月 27 日美舰“拉森”号行动是一个明显例子。在该行动中,美国国防部称“拉森”号在南沙群岛渚碧礁 12 海里内“过境”(conduct a transit)。对此,朱利安·辜(Julian Ku)教授认为,“美国将‘拉森’号的行动限制为‘无害通过’,等于间接承认中国拥有渚碧礁周边 12 海里水域的主权。”^②2015 年 11 月 9 日,美国参议院军事委员会主席约翰·麦凯恩(John McCain)特意致函美国时任国防部部长阿什顿·卡特(Ashton Carter),提出以下问题:“根据航行自由计划,‘拉森’号行动意在挑战哪些过度主张?该船是按照无害通过的规则行动吗?如果是,为什么?如果不是,在人工岛礁 12 海里内采取了哪些具体行动来表明不是在进行无害通过?美方是否向中方通报了该行动?在通报时,美方是否将任务描述为‘无害通过’或‘航行自由行动’,还是其他什么?其他国家的过度主张是否作为这项行动的一部分受到挑战?”^③2015 年 12 月 15 日,阿什顿·卡特在回复约翰·麦凯恩的询问函时指出,此次“拉森”号行动是挑战中国、越南和菲律宾等声索国和地区对南沙群岛的渚碧礁、北子岛、南子岛、奈罗礁和敦谦沙洲周围的航行自由和航行权的限制,包括一些声索国和地区要求领海无害通过须事先批准或通知的主张。^④

“南海仲裁案”非法裁决作出之后,美国公开把该裁决所非法认定的内容与逻辑作为其“航行自由行动”的所谓“法理依据”。自 2017 年起,美国军舰在美济礁 12 海里内挑战中国的领土主权和海洋权益,挑战中国对“不享有”领海的地物主张领海的行为或声明,声称“美济礁的设施建在‘低潮高地’上,根据《公约》不产生领海”。^⑤在 2017 年 5 月 6 日美舰“杜威”号行

① See U. S. Navy JAG Corps, “China, People’s Republic of Summary of Claims 2017”, Maritime Claims Reference Manual, U. S. Navy JAG Corps official website, <https://www.jag.navy.mil/organization/documents/mcrm/China2017.pdf>.

② See Julian Ku, “The US Navy’s ‘Innocent Passage’ In the South China Sea May Have Actually Strengthened China’s Sketchy Territorial Claims”, Lawfare official website, <https://www.lawfareblog.com/us-navys-innocent-passage-south-china-sea-may-have-actually-strengthened-chinas-sketchy-territorial>.

③ See Ash Carter, “Letter from Sen. John McCain to SECDEF Carter on U. S. South China Sea Freedom of Navigation Operation”, Senate Armed Services Committee chair Sen. John McCain to Secretary of Defense Ash Carter asking for more information on the U. S. Oct. 27 freedom of navigation mission in the South China Sea”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2015/11/10/document-letter-from-sen-john-mccain-to-secdef-carter-on-u-s-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation>.

④ See “SECDEF Carter Letter to McCain on South China Sea Freedom of Navigation Operation”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2016/01/05/document-secdef-carter-letter-to-mccain-on-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation>.

⑤ See Sam LaGrone, “U. S. Warship Sails Past Disputed South China Sea Artificial Island in Freedom of Navigation Mission”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2018/03/23/u-s-warship-sails-past-disputed-south-china-sea-artificial-island-freedom-navigation-mission>.

动中,^① 美国称“与中国在南海的其他‘人工岛礁’不同,美济礁不受其他国家的重叠领土主张的影响,而且是在‘低潮高地’上建造的,这是‘2016年海牙仲裁庭’裁决所确定的”;^② “与其他航行自由行动不同,‘杜威’号行动是对中国的‘人工岛礁’建设活动实施的毫不含糊的挑战。”^③ 根据美国国防部在“南海仲裁案”非法裁决前后的《航行自由报告》内容亦可看出这一变化(参见表1),即:(1)2016年及以前,美国在南沙群岛针对中国的“航行自由行动”都是抗议和挑战“外国军舰领海无害通过须事先批准”的规定;(2)2017年及以后,美国在南沙群岛针对中国的“航行自由行动”抗议和挑战的对象增加了“对‘不享有’领海的地物主张领海(2019年及以后调整为‘领海和领空’)的行为或声明”。

2019年以后美国声称其有权在美济礁12海里内行使“公海自由”。2019年11月20日的美舰“吉福兹”号行动显示出这一动向,美国把美济礁12海里内水域定性为“国际水域”(international waters),并首次表述为“通过在美济礁12海里内的‘正常行动’(normal operations),美国表明船舶可以在这些水域合法行使公海自由”。^④ 这同样体现在2021年9月8日的美舰“本德福”号行动中,美国海军第七舰队称美济礁为自然形成的“低潮高地”,^⑤ 美济礁的12海里范围是“国际水域”,“本德福”号是在“国际水域”内的“正常行动”。^⑥ 该提法此前是在美国政府的智库建议中出现,如美国国会研究服务署(Congressional Research Services)在2019年1月31日更新的《中国在南海和东海的行动:对美国利益的影响、背景与国会议题》报告中提出,美国可将这些地物作为“无主地”对待,美舰不仅有权在这些地物12海里内“正常通过”,而且可以行使《公约》第87条下的公海自由。^⑦ 这表明美国当局采纳了智库的建议并付诸实际的航行自由行动。

(二) 将“南海仲裁案”非法裁决作为其行动的重要依据

截至2022年1月20日,美国对美济礁、渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁附近水域实施了“航行自由行动”。在这些行动中,美国依据“南海仲裁案”非法裁决,主要抗议和挑战中国的两类海洋权益,一是关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定,二是对“不享有”领海和领空的地物主张领海和领空的行为或声明。

① “DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports”, U. S. Department of Defence official website, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/>.

② See Sam LaGrone, “U. S. Warship Came Within 6 Miles of Chinese Artificial Island in Toughest Challenge Yet to Beijing South China Sea Claims”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/05/25/u-s-warship-came-beijing-south-china-sea-claims>.

③ See Sam LaGrone, “USS John S. McCain Conducts South China Sea Freedom of Navigation Operation Past Mischief Reef”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/08/10/uss-john-s-mccain-conducts-south-china-sea-freedom-navigation-operation-past-mischief-reef-3rd-south-china-sea-fonop-year>.

④ See Ben Werner, “Beijing Irked at Twin U. S. South China Sea FONOPS”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2019/11/22/beijing-irked-at-twin-u-s-south-china-sea-fonops>.

⑤ See Mallory Shelbourne, “Destroyer Performs FONOP, U. S. Navy Disputes Chinese Claim That It Ousted Warship”, USNI News official website, https://news.usni.org/2021/09/08/destroyer-performs-fonop-u-s-navy-disputes-chinese-claim-that-it-ousted-warship?mc_cid=23f784c911&mc_eid=4fef090b42.

⑥ See “7th Fleet Conducts Freedom of Navigation Operation”, U. S. Navy official website, www.navy.mil/Press-Office/News-Stories/Article/2766828/7th-fleet-conducts-freedom-of-navigation-operation/.

⑦ See Ronald O'Rourke, “China's Actions in South and East China Seas; Implications for U. S. Interests—Background and Issues for Congress” (updated on 31 Jan. 2019), p.47, Congressional Research Services official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784/87>.

其一，在美济礁 12 海里内的挑战。由于担心中国在南沙群岛的岛礁建设活动巩固中国的领土主权和加强对南海的有效控制，^① 美国在美济礁 12 海里内实施的“航行自由行动”最为频繁。截至 2022 年 1 月 20 日，美国对美济礁 12 海里内实施的行动次数达 7 次之多。并且，与美国军舰在中国东海海域、台湾海峡的行动不同，由于仲裁庭错误地认定“美济礁和仁爱礁是‘低潮高地’，不能产生其自身的海域权利；在美济礁或仁爱礁地区没有专属经济区或大陆架权利重叠”，^② 在 2017 年 5 月 6 日美舰“杜威”号的行动中，美国认为该行动抗议和挑战中国所称对美济礁“无可争辩的主权”的主张。这是美国以“南海仲裁案”非法裁决为依据的具体表现。^③

其二，逐年明确和细化其“航行自由行动”所具体挑战的内容。具体表现如下。（1）美国国防部 2018 财年及以后的《航行自由报告》将美济礁注明为“低潮高地”。^④（2）2019 财年及以后的《航行自由报告》中，美国将此前报告中的“领海”（territorial sea）调整为“领海和领空”（territorial sea and airspace）。^⑤ 按照《公约》第 2 条第 2 款的规定，一国的领海主权及于该领海的上覆空域，“领空”一词的增加表明，美国在对中国抗议和挑战的范围上不留遗漏。（3）2021 财年的《航行自由报告》把此前记载的“对‘不享有’领海的地物主张领海的行为或声明”调整为“对‘不享有’领海和领空的地物（例如低潮高地）主张领海和领空的（暗含此种主张的）行为或声明”，并将其中的“indicating”一词改为“implying”。^⑥ “indicating”的含义为“显示、表明、暗示、间接提及、指示、指出”；“implying”则为“含有、暗示、暗指、默含”的含义。由于中国还未公布南沙群岛的领海基线，美国国防部 2021 财年的《航行自由报告》将“indicating”改为“implying”以针对中国的这一现实情况。

其三，美国五角大楼和军方的发言采取“切香肠策略”，以期渐进式地否定中国在南海的权益主张。这从时间轴上可以看出：（1）在 2017 年 5 月 6 日的“杜威”号行动和 2017 年 8 月 10 日的“约翰·S·麦凯恩”号行动中，美国军方的发言措词和其在南海的其他航行自由行动没有区别，即“在亚太地区包括南海的正常行动（normal operations），在国际法允许的地方航行和行动”；^⑦（2）在 2018 年 3 月 23 日的“马斯廷”号行动中，美国仍坚持“例行和定期”（routine and regular）的航行

① See Ben Dolven, Jennifer K. Elsea, Susan V. Lawrence, Ronald O'Rourke, Ian E. Rinehart, "Chinese Land Reclamation in the South China Sea: Implications and Policy Options", p. 11, Federation of American Scientists official website, <https://sgp.fas.org/crs/row/R44072.pdf>.

② *The South China Sea Arbitration*, Award, July 12, 2016, p. 317, para. 1203.

③ See Ronald O'Rourke, U. S.-China Strategic Competition in South and East China Seas: Background and Issues for Congress (Updated Jan. 26, 2022), p. 49, Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784>.

④ Department of Defense Report to Congress, "Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2018", U. S. Department of Defense official website, [https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY18%20DoD%20Annual%20FON%20Report%20\(final\).pdf?ver=2019-03-19-103517-010](https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY18%20DoD%20Annual%20FON%20Report%20(final).pdf?ver=2019-03-19-103517-010).

⑤ Department of Defense Report to Congress, "Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2019", U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY19%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf?ver=2020-07-14-140514-643×tamp=1594749943344>.

⑥ Department of Defense Report to Congress, "Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020", U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>.

⑦ See Sam LaGrone, "U. S. Warship Came Within 6 Miles of Chinese Artificial Island in Toughest Challenge Yet to Beijing South China Sea Claims", USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/05/25/u-s-warship-came-beijing-south-china-sea-claims>; Sam LaGrone, "USS John S. McCain Conducts South China Sea Freedom of Navigation Operation Past Mischief Reef", USNI News official website, <https://news.usni.org/2017/08/10/uss-john-s-mccain-conducts-south-china-sea-freedom-navigation-operation-past-mischief-reef-3rd-south-china-sea-fonop-year>.

自由行动,但首次提出“美济礁的设施建在‘低潮高地’上,依《公约》不产生领海”;^①(3)在2019年11月20日的“吉福兹”号行动中,美国军方称填海工程、设施和结构不会改变美济礁在国际法上的特征,美国有权在美济礁12海里内合法行使‘公海自由’(high-seas freedoms)。^②美国在2021年9月8日的“本德福”号行动中持同样观点。^③

其四,以“外国军舰无害通过领海无须事先批准”的名义持续挑战中国的相关规定。截至2022年1月20日,美国在渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁的附近水域针对中国开展了“航行自由行动”,其中南薰礁、赤瓜礁的次数最多。^④这些行动虽存在细节上的不同,但同样表明美国刻意以“南海仲裁案”非法裁决为“法理依据”。具体表现如下。(1)对于渚碧礁,如前文所述,2015年12月15日,美国时任国防部部长阿什顿·卡特指出,“拉森”号行动表明“正如《公约》所反映的那样,各国不能限制岛屿和填海造地周围的航行权利和自由”,^⑤但美国国防部2015财年的《航行自由报告》仍记录为挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。(2)对于仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁,美国国防部自2015财年及以后的《航行自由报告》一直记载为挑战“外国军舰无害通过领海须事先批准”。美国刻意响应“南海仲裁案”裁定所非法认定的内容,即:“渚碧礁、南薰礁(南)为‘低潮高地’,但可以作为基线来测量位于领海宽度以内的高潮地物的领海宽度”,以及错误认定的南薰礁(北)、赤瓜礁、华阳礁和永暑礁为“在其自然条件下是《公约》第121条第3款意义上的不能维持人类居住或其本身经济生活的岩礁,可以拥有领海,但不能产生专属经济区或大陆架权利”。^⑥

(三) 扩大适用“南海仲裁案”非法裁决的意图

其一,美国将其行动重心扩及西沙群岛和中沙群岛。在“南海仲裁案”非法裁决作出之后,美国增加了在西沙群岛和中沙群岛的“航行自由行动”,并将挑战重心逐步从南沙群岛转变为南沙群岛、西沙群岛和中沙群岛并重。对此,笔者综合统计了美国国防部公布的《航行自由报告》和美国海军学会报道的消息,^⑦制作了“南海仲裁案”非法裁决前后美国军舰在南海针对中国的“航行自由行动”的次数对比表(统计截至2022年1月20日),参见表2。

① See Sam LaGrone, “U. S. Warship Sails Past Disputed South China Sea Artificial Island in Freedom of Navigation Mission”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2018/03/23/u-s-warship-sails-past-disputed-south-china-sea-artificial-island-freedom-navigation-mission>.

② See Ben Werner, “Beijing Irked at Twin U. S. South China Sea FONOPS”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2019/11/22/beijing-irked-at-twin-u-s-south-china-sea-fonops>.

③ See “7th Fleet Conducts Freedom of Navigation Operation”, U. S. Navy official website, www.navy.mil/Press-Office/News-Stories/Article/2766828/7th-fleet-conducts-freedom-of-navigation-operation.

④ See “7th Fleet Destroyer conducts Freedom of Navigation”, U. S. Navy official website, www.navy.mil/Press-Office/News-Stories/Article/2505124/7th-fleet-destroyer-conducts-freedom-of-navigation-operation-in-south-china-sea/.

⑤ See Ash Carter, “SECDEF Carter Letter to McCain on South China Sea Freedom of Navigation Operation”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2016/01/05/document-secdef-carter-letter-to-mccain-on-south-china-sea-freedom-of-navigation-operation>.

⑥ *The South China Sea Arbitration*, Award, July 12, 2016, p. 319, para. 1203.

⑦ See “DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/>; USNI News official website, <https://news.usni.org/category/foreign-forces/china>; Ronald O'Rourke, “U. S.-China Strategic Competition in South and East China Seas: Background and Issues for Congress” (Updated January 26, 2022), pp. 39-40, Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784>.

表 2 “南海仲裁案”非法裁决前后美国军舰在南海的航行次数对比表

| 海域及次数 时间节点 | 南沙群岛 | 西沙群岛 | 中沙群岛 |
|---------------------|------|------|------|
| 2016 年 7 月 12 日裁决之前 | 2 | 1 | 0 |
| 2016 年 7 月 12 日裁决之后 | 14 | 16 | 2 |

另外,根据美国海军的数据,美国在南海抗议和挑战中国权益主张的“航行自由行动”次数在“南海仲裁案”非法裁决以后明显增多,2020 年更是达到 9 次之多。^① 2021 年的频次虽较 2020 年少,但也达到 5 次,^② 其原因是 2021 年拜登政府上台后,美军围绕南海的战略转为军事威慑,增加高强度的抵近侦察、前沿存在、“航行自由行动”和演习演训等组合行动挑战中国的权益主张。^③ 关于 2012 年至 2021 年美国在南海针对中国的“航行自由行动”的次数变化,笔者根据美国国防部公布的《航行自由报告》以及美国海军学会(The U. S. Navy Institute)报道的消息整理了次数一览表(参见表 3),使相关的变化趋势更为直观。

表 3 美国在南海针对中国的“航行自由行动”次数一览表(2012 年—2021 年)^④

| 年度 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 |
|----|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 次数 | 5 | 2 | 3 | 2 | 3 | 6 | 5 | 7 | 9 | 5 |

其二,通过所谓的“无害通过”,抗议和挑战中国在中沙群岛的整体性地位主张。1958 年《中华人民共和国政府关于领海的声明》宣布,“中华人民共和国的领海宽度为 12 海里(浬)。这项规定适用于中华人民共和国的一切领土,包括中国大陆及其沿海岛屿,和同大陆及其沿海岛屿隔有公海的台湾及其周围各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他属于中国的岛屿。”^⑤ 1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》第 2 条规定将中沙群岛列入产生 12 海里领海的中国领土。^⑥ 可见,中国对黄岩岛主张主权并将其作为中沙群岛的一部分。但是,由于“南海仲裁案”非法裁决错误裁定黄岩岛是不能维持人类居住或其本身的经济生活的

① U. S. Navy information paper, “Taiwan Strait Transit (TST) passages and Freedom of Navigation operations conducted by CPF forces in the South China Sea from CY2012 through 17 Feb 2021”, undated, provided by Navy Office of Legislative Affairs to CRS on Feb 24, 2021, in Ronald O’Rourke, “U. S. -China Strategic Competition in South and East China Seas: Background and Issues for Congress” (Updated Jan. 26, 2022), p. 40, Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784>.

② 具体为 2021 年 2 月 5 日美舰“麦凯恩”号驱逐舰闯入西沙群岛邻近水域; 2 月 17 日美舰“罗素”号驱逐舰闯入南沙群岛邻近水域; 5 月 20 日美舰“威尔伯”号驱逐舰闯入西沙群岛邻近水域; 7 月 12 日美舰“本福德”号驱逐舰闯入西沙群岛邻近水域; 9 月 8 日美舰“本福德”号驱逐舰闯入南沙群岛美济礁邻近水域。

③ 例如截至 2021 年 4 月,美国军舰和海洋测量船在中国海域附近的活动频次比 2020 年同期增加超 20% 到 40%。See “Regular Press Conference of the Ministry of National Defense on April 29”, Ministry of National Defense of People’s Republic of China official website, http://eng.mod.gov.cn/news/2021-04/29/content_4884413.htm.

④ See “DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/>; USNI News official website, <https://news.usni.org/category/foreign-forces/china>.

⑤ 《中华人民共和国政府关于领海的声明》(1958 年 9 月 4 日) 第 1 段, 国家法律法规数据库, <https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgwODE3NzdkMGM5NDAxNzc4NDg5YmZlZTA5OTk%3D>。

⑥ 《中华人民共和国领海及毗连区法》(1992 年 2 月 25 日) 第 2 条, 国家法律法规数据库, <https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?MmM5MDlmZGQ2NzhiZjE3OTAxNjc4YmY1YzlmZDExNGY%3D>。

“岩礁” (rocks), 不能产生专属经济区或大陆架。^① 美国以此作为“法理依据”, 在2018年1月20日美舰“霍珀”号的行动中, 美国军方称其是在无人居住岛礁(黄岩岛)12海里内的“无害通过”。^② 美国实质上是企图以黄岩岛单个岛礁地位下的所谓领海“无害通过”否定中国关于中沙群岛的整体性地位主张。

其三, 抗议和挑战中国对南海四个群岛的整体性地位主张。为呼应“南海仲裁案”非法裁决表述的“不同意南沙群岛应作为一个整体被赋予海洋权利”,^③ 在2020年以后, 美国对南沙群岛“航行自由行动”的地理位置或地点 (Geographic Area or Location) 的记载与此前不一样, 不再详细列明这些行动的位置或地点为南沙群岛, 即不再细分西沙群岛和南沙群岛, 而是将在南沙群岛开展的航行自由行动和在西沙群岛的一样, 统一记载为南海 (South China Sea)。^④ 此外, 在2021年2月17日的美舰“罗素”号行动中, 美国军方称是挑战中国关于“外国军舰无害通过领海须事先批准”的规定。但是, 与此前不同, 在此次行动中, 美国军方只说“罗素”号驶入南沙群岛附近 (sailed near the Spratly Islands), 未具体披露驶入或挑战了什么岛礁。^⑤ 美国媒体称该行动是自拜登政府上台以来首次挑战南沙群岛的整体性地位。^⑥ 与此对应, 美国2022年1月发布的第150号《海洋界限: 中华人民共和国在南海的海洋主张》指责“南海诸岛四个岛屿或群岛不符合《公约》第七条所规定的直线基线地理标准”。^⑦

三 美国“航行自由行动”所涉的国际法问题及争议

中国明确宣布“南海仲裁案”裁决是非法和无效的。^⑧ 但美国国务院第150号《海洋界限: 中华人民共和国在南海的海洋主张》报告认为“中国对南海的海洋地物 (maritime features) 的主权主张不符合国际法对‘岛屿’ (island) 的定义”, 中国所主张的领海范围超出合法限度。^⑨

① *The South China Sea Arbitration*, Award, July 12, 2016, p. 259, para. 643.

② See Lucas Y. Tomlinson, “US destroyer sails near contested reef in South China Sea angering Beijing”, Fox News official website, <https://www.foxnews.com/world/us-destroyer-sails-near-contested-reef-in-south-china-sea-angering-beijing>.

③ *The South China Sea Arbitration*, Award, July 12, 2016, p. 156, para. 573.

④ Department of Defense Report to Congress, “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2020”, U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FY20%20DoD%20FON%20Report%20FINAL.pdf>. “Annual Freedom of Navigation Report Fiscal Year 2021”, U. S. Department of Defense official website, https://policy.defense.gov/Portals/11/Documents/FON%20Program%20Report_FY2021.pdf.

⑤ See Mallory Shelbourne, “Destroyer USS Russell Performs South China Sea FONOP”, USNI News official website, <https://news.usni.org/2021/02/17/destroyer-uss-russell-performs-south-china-sea-fonop>.

⑥ See “USS Russell Conducts Freedom of Navigation Transit in Spratly Islands”, The Maritime Executive official website, <https://maritime-executive.com/article/uss-russell-conducts-freedom-of-navigation-transit-in-spratly-islands>.

⑦ See Office of Ocean and Polar Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs U. S. Department of State, “Limits In The Seas, No. 150, People’s Republic of China; Maritime Claims in the South China Sea”, p. 29, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/01/LIS150-SCS.pdf>.

⑧ 《中华人民共和国外交部关于应菲律宾共和国请求建立的南海仲裁案仲裁庭所作裁决的声明》(2016年7月12日), 中华人民共和国中央人民政府网, www.gov.cn/xinwen/2016-07/12/content_5090625.htm.

⑨ 原文为 “the PRC’s claims to sovereignty over maritime features that do not meet the international law definition of an ‘island’ and fall entirely beyond a lawful territorial sea are inconsistent with international law and not recognized by the United States and other States”. See Office of Ocean and Polar Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs U. S. Department of State, “Limits in The Seas, No. 150, People’s Republic of China; Maritime Claims in the South China Sea”, p. 29, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/01/LIS150-SCS.pdf>.

美国同时也援引了该裁决所错误认定的“《公约》第 47 (1) 条将群岛基线适用限制在‘群岛国家’……中国主要由亚洲大陆的领土构成，不符合群岛国的定义”。^① 美国国会研究服务署 2021 年 12 月 21 日向美国国会提交了《中国在南海和东海的行动：对美国利益的影响、背景与国会议题》报告，同样强调“在《公约》下，南海仲裁案裁决对菲律宾和中国有约束力”。^② 该报告还援引了美国詹姆斯·克拉斯卡 (James Kraska) 的观点，将中国南海各群岛割裂为各个岛礁并将其法律地位分为三类：(1) 主权归属存在争议的“地物”可视为无主地；(2) 即便经过岛礁建设的低潮高地也不能拥有领海；(3) 主权归属明确且拥有领海的“地物”，所有船舶 (包括军舰) 都可无害通过。^③ 该报告认为这给美国在中国南海岛礁 12 海里内开展“航行自由行动”提供了至少四种法理方案：(1) 对于无主地，美国没有义务遵守一国理论上的领海要求，可根据《公约》第 87 条行使公海自由；(2) 对于低潮高地，不管有无岛礁建设都不能拥有 12 海里领海，美国可在该地物 12 海里内行使公海自由；(3) 声明在 12 海里领海内无害通过；(4) 不公开航行自由行动的理由，让中国无法确定美国航行自由行动的法理依据。^④ 显然，美国近年来是在美济礁采用第二种法理方案，在渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁采用第三种法理方案。

(一) 关于“低潮高地”的问题

海洋地物的性质与主权和海洋权益问题息息相关，关于任何特定海洋地物法律地位的争议“必然是主权之争”，不能是“客观确定的问题”。^⑤ 只有对相关海洋地物拥有主权的国家，才可依据《公约》基于海洋地物类型提出相应的海域权利主张。“南海仲裁案”涉及岛礁能否被确认为领土，这不是有关《公约》解释或适用的问题，仲裁庭对“南海仲裁案”没有管辖权，其作出的所谓裁决没有任何约束力。对于低潮高地，根据《公约》第 121 条的规定，虽然低潮高地单独本身没有领海，但在考虑一个岛礁是否有自己的领海时，不能仅依岛礁本身的自然属性来确定其地位，岛礁本身的自然属性与岛礁的法律地位不能混淆。^⑥ 一国以单个岛礁还是群岛整体拥有海洋权利，取决于所属国的国家实践。^⑦ 国际法庭或仲裁庭在涉及领土和海洋划界的案件中亦通常采用整体视角来对当事方诉求进行审查，这方面的例子有 1992 年“萨尔瓦多诉洪都拉斯陆地、岛屿和海洋划

① See Office of Ocean and Polar Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs U. S. Department of State, “Limits in The Seas, No. 150, People’s Republic of China; Maritime Claims in the South China Sea”, p. 20, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/01/LIS150-SCS.pdf>.

② See Ronald O’Rourke, “China’s Actions in South and East China Seas; Implications for U. S. Interests—Background and Issues for Congress” (updated on 31 Jan. 2019), p. 81, Congressional Research Services official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784/87>.

③ See Ronald O’Rourke, “China’s Actions in South and East China Seas; Implications for U. S. Interests—Background and Issues for Congress” (updated on 31 Jan. 2019), p. 47, Congressional Research Services official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784/87>; James Kraska, *The Legal Rationale for Going Inside 12*, Asia Maritime Transparency Initiative (Center for Strategic & International Studies), Sept. 11, 2015.

④ See Ronald O’Rourke, “China’s Actions in South and East China Seas; Implications for U. S. Interests—Background and Issues for Congress” (updated on 31 Jan. 2019), p. 48, Congressional Research Services official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784/87>.

⑤ See André de Hoogh, “Jurisdictional Qualms about the Philippines v. China Arbitration Awards”, *EJIL: Talk!* (11 Aug 2016), <http://www.ejiltalk.org/jurisdictional-qualms-about-the-philippines-v-china-arbitration-awards/>.

⑥ 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，第 262 页。

⑦ 中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，第 43 页。

界争端案”、^① 1994年“卡塔尔诉巴林海洋划界和领土问题案”、^② 1998年“喀麦隆诉尼日利亚陆地领土和海洋划界案”、^③ 2012年“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土和海洋争端案”。^④ 而且，大陆国家的远洋群岛属于《公约》未予明确规定的事项，受习惯国际法调整并得到国家实践的确认和强化。^⑤

南沙群岛包括众多岛礁，中国历来视整个南沙群岛为“领土”或“陆地领土”主张主权。但是，仲裁庭无视南沙群岛的整体性，没有考虑到第三次联合国海洋法会议上群岛国家的谈判记录，即对构成大陆国家领土组成部分的远洋群岛的地位未予调整，^⑥ 而是将南沙群岛分割为单个的海洋地物，作为其分别处理单个海洋地物的法律地位和海洋权利的前提条件，错误地选择性适用《公约》第13条、第121条，将作为南沙群岛组成部分的有关岛礁区分为“低潮高地”（low-tide elevation）和“高潮地物”（high-tide features）作出认定。^⑦ 就涉及群岛基线和海洋边界的国家实践而言，有国际法学者认为邻国之间过去的划界条约可能表明，国际上可以接受群岛（例如南沙群岛）作为整体划定基线。^⑧ 而且，在以前的国际仲裁中，仲裁庭会评估大陆或群岛国家以单一或群岛单位主张海洋地物的方法，但南海仲裁案仲裁庭并没有采用该方法。^⑨ 许多评论者在对比仲裁庭过去和现在处理的国际判例和国家实践的做法，强烈批判了“南海仲裁案”非法裁决中关于《公约》第121条的解释与适用。^⑩ 根据既有的国家实践，目前没有一致的国家实践确信仲裁庭关于第121条第3款的解释意见。^⑪ 因此，美国把“南海仲裁案”裁决错误认定的“低潮高地”作为法理依据，故意切割中国对南沙群岛的整体性领土主权主张来挑战中国南沙群岛的权益主张是错误的，并不具有正当性。

其次，美国错误认定中国岛礁建设的性质。《公约》对岛礁建设没有确切定义，也没有规范岛礁建设后的主权问题，这一问题需根据一般国际法加以考虑。^⑫ 在传统国际法中，添附（accretion）是指由于天然或人为的原因使陆地增长而引起的国家领土的扩大。添附可以是自然的，如河岸涨滩、出现新生岛屿等，也可以是人为的，每个国家如果愿意的话，可以建筑超过最低潮线而深入海洋的人为的土地，从而使其土地和领土都颇有增加。^⑬ 一国填海或岛礁建设属于

① *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 1992, p. 351.

② *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 112.

③ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 275.

④ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 624.

⑤ 中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，第235页。

⑥ See Stefan A. G. Talmon, “The South China Sea Arbitration; Observations on the Award of 12 July 2016”, (2018) 14 *Bonn Research Papers on Public International Law* 1, p. 63, SSRN official website, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3180037_code608318.pdf?abstractid=3180037&mirid=1.

⑦ 参见中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，第298页。

⑧ See Clive Symmons, “Article 47: Archipelagic baselines”, in Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (C. H. Beck, 2017), p. 373.

⑨ See Melissa H. Loja, “The Spratly Islands as a Single Unit Under International Law: A Commentary on the Final Award in Philippines/China Arbitration”, (2016) 47 *Ocean Development and International Law* 309, p. 311.

⑩ 参见徐奇：《南海仲裁案海洋岛礁法律地位问题研究评述》，载《中华海洋法学评论》2021年第4期，第90页。

⑪ See Helmut Tuerk, “Some Developments and Issues after the Adoption of UNCLOS”, (2021) 9 *Korean Journal of International and Comparative Law* 35, p. 50.

⑫ See Danielle Kroon, “The End of Freedom of the Seas: Grotius, Law of the Sea, and Island Building”, (2019) 52 *International Law* 299, p. 315.

⑬ [英] 劳特派特修订：《奥本海国际法》（上卷，第二分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆1989年版，第81页。罗欢欣：《国际法上的领土权利来源：理论内涵与基本类型》，载《环球法律评论》2015年第4期，第167页。

国家领土取得方式中的添附，主要与属地原则相联系，共同构成属地管辖的权源基础。岛礁建设的权利与义务由国家主权所确定，其岛礁建设活动的地理范围可及于该国内水、领海、毗连区、专属经济区和大陆架。一国对其群岛的岛礁进行建设并不违反国际法。美国国会研究服务署也认为就一个国家拥有主权的地理而言，填海本身并不非法。^①但是，美国在2022年1月第150号《海洋界限：中华人民共和国在南海的海洋主张》报告中，不厌其烦地论证低潮高地或完全没入水下的地物不能通过填海或其他人类活动改变为岛屿，并援引“南海仲裁案”裁决中表述的“南沙群岛中没有任何高潮地物在其自然状态下是《公约》第121条第3款的能够维持人类居住或其本身的经济生活，南沙群岛中没有任何高潮地物可产生专属经济区或大陆架”。^②其错误之处在于将南沙群岛割裂为各单个岛礁，然后对相关岛礁的单独地位进行考察。这本身就是预先否定了中国基于群岛整体的领土主张，滥用海洋法处理中国以群岛为基础的陆地权源问题。^③

此外，美国混淆领海主权和领海基线及基点的概念。“以陆定海”是沿海国的自然权利，它们并不需要对外宣布和划定领海基线才能拥有领海。领海权是一项习惯法上的权利，也为《公约》第2条所确认。在2012年“尼加拉瓜诉哥伦比亚领土和海洋纠纷案”中，国际法院认为，“领海的权利与任何其他陆地领土的权利一样，无论过去的立场是什么，现在国际法规定沿海国有权确定的领海宽度为12海里。《公约》第3条反映了习惯国际法在这方面的现状。”^④当然，从程序上来看，领海的权利需要国家予以宣布，因为理论上来说国家也可以放弃某项权利。但是，沿海国只要宣布享有领海就拥有法律意义上的领海，不是非得公布领海基线和基点才能拥有领海。《公约》第2条规定了沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域，沿海国若采用的是正常基线并主张12海里宽度，那么就根本不用宣布领海基线和基点，其领海宽度自然就有了。中国目前还未公布南沙群岛的领海基线和基点，但已宣布12海里领海宽度和直线基线划定法。^⑤显然，美国故意混淆领海主权权利和领海基线及基点的概念。而且，即便中国没有公布南沙群岛的直线基线，也并不使得美国有权将中国南沙群岛岛礁12海里内或附近水域视为“国际水域”。

（二）关于直线基线问题

《公约》对划定直线基线只作了一些原则性的规定，也未对直线基线的最大长度作出限定。国际社会以直线作为领海基线划定方式可追溯到17世纪早期。^⑥在1951年“英挪渔业案”中，

① See Ben Dolven, Jennifer K. Elsea, Susan V. Lawrence, Ronald O'Rourke, Ian E. Rinehart, "Chinese Land Reclamation in the South China Sea: Implications and Policy Options", p. 4, Federation of American Scientists official website, <https://sgp.fas.org/crs/row/R44072>.

② See Office of Ocean and Polar Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs U. S. Department of State, "Limits in The Seas, No. 150, People's Republic of China: Maritime Claims in the South China Sea", pp. 7, 27, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/01/LIS150-SCS.pdf>.

③ 罗欢欣：《论南海仲裁案实体裁决中对陆地权源的非法处理——以仲裁庭对岛礁地位的认定为考察对象》，载《国际法研究》2016年第5期，第32页。

④ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, para. 177.

⑤ 《中华人民共和国领海及毗连区法》（1992年2月25日）第2条、第3条和第6条，国家法律法规数据库，<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?MmM5MDlmZGQ2NzhiZjE3OTAxNjc4YmY1YzlmZDAxNGY%3D>；《中华人民共和国政府关于领海的声明》（1958年9月4日），国家法律法规数据库，<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgwODE3NzdkMGM5NDxNzc4NDg5YmZlZTA5OTk%3D>。

⑥ See W. M. Reisman and G. S. Westernman, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation* (New York: St. Marlin's Press, 1992), p. 1.

国际法院认为，“挪威采用的直线法是由于挪威海岸的特殊地形所决定的；这种方法已由于持续和足够长的实践得到巩固，各国政府对这种情况的态度表明它们并不认为它违反国际法。”^①《公约》第7条规定明确了直线基线的五种情况，但对于以下问题没有细化：（1）什么样的海岸是“极为曲折的海岸线”；（2）何为“紧接海岸的一系列岛屿”，何为“紧接”，紧接的程度是什么，多少岛屿数量才能够构成“一系列岛屿”；（3）适用直线基线的长度限制是多少；（4）“基线对海岸一般方向的偏离度”中，什么是海岸的一般方向，什么样的情形将被视为偏离了海岸的一般方向。尽管如此，直线基线的概念旨在避免适用正常基线、河口以及海湾规则时所可能产生的复杂的领海模式，《公约》第7条的“海岸的一般方向”为规范领海基线提供了原则，而直线基线划定方法正是适用这一原则的结果。^②此外，在2001年“卡塔尔诉巴林海域划界与领海问题案”中，国际法院考察和查明了直线基线的习惯国际法地位，^③但是，该案是对大陆国家沿岸直线基线的习惯国际法的考察和查明，并未对大陆国家主张的远洋群岛权利及群岛基线的习惯国际法地位进行考察。^④

在《公约》生效后的嗣后国家实践中，截至2021年12月底，全球有88个沿海国通过国内立法或已将直线基线作为该国的领海基线划定方法。^⑤中国根据1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》，在1996年5月15日宣布了西沙群岛领海基线为东岛和南岛等共计28个相邻基点之间的直线连线。^⑥其次，国际社会许多国家的直线基线长度都超过了“英挪渔业案”中挪威最长直线基线44海里。^⑦目前采用超过40海里直线基线段的国家有52个，超过40海里的直线基线段达269条。^⑧除了美国对其中41个国家的直线基线进行了外交抗议或以“航行自由行动”进行了挑战外，提出反对的其他国家的数量十分有限。在南海地区，越南、菲律宾和马来西亚皆采用了直线基线。^⑨根据美国国防部公布的“航行自由行动”情况来看，^⑩自1991年到2021年，除了越南外，南海地区没有一个国家在美国实施“航行自由行动”后对本国的海洋权益主张进行更改。相当一部分学者认为远洋群岛直线基线的国家实践广泛而遭反对较少，习惯国际法规则的形成条件已得到满足。^⑪

① *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, I. C. J. Reports 1951, pp. 128 - 143.

② Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2012), pp. 47 - 48.

③ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, para. 91.

④ J. Ashley Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", (2014) 45 *Ocean Development & International Law* 239, p. 246.

⑤ See J. Ashley Roach and Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims* (Martinus Nijhoff, 2012), pp. 73 - 83.

⑥ 《中华人民共和国政府关于中华人民共和国领海基线的声明》（一九九六年五月十五日 国务院），中华人民共和国外交部，<https://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/tytj/t556673.htm>。

⑦ 陈德恭：《现代国际海洋法》，海洋出版社2009年版，第58页。

⑧ "International Law Association Baselines under the International Law of the Sea Final Report", the International Law Association official website, www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_Baselines.pdf.

⑨ "Statement of 12 November 1982 by the Government of the Socialist Republic of Viet Nam on the Territorial Sea Baseline of Viet Nam, Annex 1", UNLOS official website, www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/VNM_1982_Statement.pdf; Philippines, "Republic Act No. 9522: An Act to Amend Certain Provisions of Republic Act No. 3046, as Amended by Republic Act No. 5446, to Define the Archipelagic Baselines of the Philippines, and for Other Purposes"; 廖雪霞：《南海周边国家海洋划界协议研究》，载《国际法研究》2015年第6期，第38页。

⑩ U. S. Department of Defense, "DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports", U. S. Department of Defense official website, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/>.

⑪ See Chris Whomersley, "Offshore Archipelagos Enclosed By Straight Baselines: A Reply to J. Ashley Roach", (2018) 49 *Ocean Development & International Law* 203, p. 205. Robin R Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 3rd edn, 1999), p. 121.

(三) 关于南海诸岛群岛的整体性地位问题

中国对东沙群岛、南沙群岛、西沙群岛和中沙群岛作为整体，拥有领海、专属经济区和大陆架。^①“南海仲裁案”仲裁庭无视中国对南沙群岛整体拥有主权和海洋权利的立场，错误适用《公约》有关条款，无视早已确立的大陆国家远洋群岛的法律制度，与国际社会的嗣后国家实践不符。^②《公约》及其谈判历史表明，在《公约》与一般国际法关系问题上，缔约国没有赋予《公约》以优先地位。《公约》前言第8段提及其与一般国际法的关系，即“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据”。在《公约》生效前，大陆国家将远洋群岛作为整体地位的国家实践便已存在。如1903年丹麦就将法罗群岛视为整体。^③胡伯（Max Huber）法官在1928年“美国诉荷兰帕尔马斯岛仲裁案”中指出：“就一组岛屿而言，在特定情形下被视为法律上的一个整体是可能的。”^④在国际社会的国家实践中，共有约20个大陆国家拥有远洋群岛，其中至少有17个国家将远洋群岛作为整体适用直线基线方法划定基线，或者在该国的立法中以一定形式确立了群岛的整体性。^⑤因此，大陆国家对以远洋群岛作为整体划定直线基线的普遍、一致和持续的实践具有法律确信。

按照常设国际法院在“荷花号案”中的观点，^⑥一国未能抗议其他国家作为习惯发展的实践将无法阻止该习惯演变成具有法律的地位。^⑦中国于1935年、1947年和1983年三次正式公布南海诸岛有关地名，均将南沙群岛、西沙群岛和中沙群岛作为群岛整体对待，未遭到任何国家反对。^⑧在二战胜利后，中国发布的官方地图中持续标注南海断续线，美国和南海地区国家均未提出反对，直到20世纪70年代部分国家开始占领中国的南海部分岛礁后才提出质疑。^⑨中国视群岛为陆地单位的主权主张是中国南海主张的核心，这是一个事实与法律的真实存在，其权源（title to territory）并非来自于海洋法。中国对南海四大群岛的主权依据远远早于《公约》签订以前，区别于海洋法的权利规则，属于陆地领土主权归属相关的规则，是早已为国际社会所接受的习惯国际法。^⑩“南海仲裁案”仲裁庭割裂中国的整体性群岛主张，归纳出“某些岛礁地位与海洋权源问题”的争议，并对相关岛礁的单独地位进行考察，这一争议焦点本身就是事先预设，预先否定了中国基于群岛整体的领土主张，本质是滥用海洋法处理中国以群岛为基础的陆

① 参见中国2019年12月12日向联合国安理会秘书长提交第CML/14/2019号外交照会，联合国官网，https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mys85_2019/CML_14_2019_E.pdf。

② 中国国际法学会：《南海仲裁裁决之批判》，第557段。

③ “Order No. 29 of 27 February 1903 respecting the supervision on Fisheries in the Sea surrounding the Faroe Islands and Iceland outside the Danish Territorial Sea”, in UN Legislative Series ST/LEG/Ser. B/6, pp. 467-468.

④ *Island of Palmas case (Netherlands/USA)*, Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II, p. 829, at 855.

⑤ 中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，第579段。

⑥ *The Case of the S. S. Lotus (France v. Turkey)*, Permanent Court of International Justice (1927), Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. -70, September 7, 1927.

⑦ See Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), pp. 18-20; Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, (1975) 47 *British Yearbook of International Law* 1, p. 47.

⑧ 中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，第254页。

⑨ 参见傅岷成：《南（中国）海法律地位的研究》，中国台湾地区123资讯有限公司1995年版，第6页。

⑩ 参见罗欢欣：《论南海仲裁案实体裁决中对陆地权源的非法处理——以仲裁庭对岛礁地位的认定为考察对象》，第28—29页。

地权源问题。^①因此,美国以“南海仲裁案”非法裁决为依据开展“航行自由行动”,企图挑战中国南沙、西沙和中沙群岛的整体性地位,与习惯国际法不符。

四 结论

近些年来,美国视中国为“战略竞争者”,^②在南海采取与“南海仲裁案”非法裁决一致的鲜明立场。^③美国出于战略转圜要求,出动军舰在南海针对中国开展的“航行自由行动”在“法理依据”上由相对模糊转向清晰和细化。美国不但加大了其军舰在南海开展“航行自由行动”的次数和频率,还有针对性地对其法理“挑战”在措辞上进行调整和包装。一方面,美国军舰有计划地频繁进入中国南沙群岛美济礁、渚碧礁、仁爱礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁附近海域航行,也进入中国中沙群岛(主要是黄岩岛)和西沙群岛的附近海域航行,包括进入相关岛礁的12海里内。另一方面,美国军舰航行行动的用意在于尽可能全面和严密地“抗议和挑战”中国在南海的领土主权与海洋权益主张,甚至也尽可能地歪曲中国的主张,同时也尽可能地扩大“南海仲裁案”非法裁决对中国在南海的海洋权益的不利解释。譬如,前文已经论及的,美国将中国有关军舰进入领海要批准的要求简化为“外国军舰无害通过领海须事先批准”的说法,以及美国企图将整个南海“公海化”或视作“国际水域”的说法。

美国在南海针对中国的“航行自由行动”的严密性还体现在其步步为营,各部门统一口径和一致联合。譬如,美国除了由其国防部针对中国在南海开展“航行自由行动”外,其国务院下属机构亦及时更新发布中国南海的海洋报告以彼此呼应相关的法理与行动意图。美国国务院2022年1月发布的第150号报告《海洋界限:中华人民共和国在南海的海洋主张》,在1996年第117号报告《海洋界限:中国的直线基线主张》^④和2014年第143号报告《海洋界限:中国在南海的海洋主张》^⑤的基础上,吸收了2016年“南海仲裁案”非法裁决、2020年美国《关于南海海洋主张的美国立场》^⑥和2020年美国对中国第CML/14/2019号外交照会的内容,^⑦指责“‘南海诸岛’不

-
- ① 罗欢欣:《论南海仲裁案实体裁决中对陆地权源的非法处理——以仲裁庭对岛礁地位的认定为考察对象》,第32页。
- ② See Ronald O'Rourke, "U. S. -China Strategic Competition in South and East China Seas; Background and Issues for Congress" (Updated Jan. 26, 2022), p. 1, Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42784>. 关于中美之间的大国权力竞争,可详见 CRS Report R43838, "A Shift in the International Security Environment; Potential Implications for Defense—Issues for Congress" (Updated Oct. 24, 2018), Congressional Research Service official website, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43838/43>。
- ③ See Michael R. Pompeo, "U. S. Position on Maritime Claims in the South China Sea", U. S. Department of State official website, www.state.gov/u-s-position-on-maritime-claims-in-the-south-china-sea/.
- ④ United States Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, "Limits in The Seas, No. 117 Straight Baselines Claim: China", July 1996, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/01/LIS-117.pdf>.
- ⑤ See United States Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, "Limits In The Seas, No. 143, China Maritime Claims in the South China Sea", Dec. 5, 2014, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/10/LIS-143.pdf>.
- ⑥ See Michael R. Pompeo, "U. S. Position on Maritime Claims in the South China Sea", U. S. Department of State official website, www.state.gov/u-s-position-on-maritime-claims-in-the-south-china-sea/.
- ⑦ "Ambassador Kelly Craft's diplomatic notes on 1 June 2020", U. S. Mission official website, https://usun.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/296/200602_KDC_ChinasUnlawful.pdf.

符合《公约》第7条所规定的直线基线地理标准”。^①这也表明了美国各部门在将中国南海诸岛的领土主权和海洋权益“非法化”和“肢解化”上采取了前后衔接和步调一致的立场。1982年《公约》虽确立了人类利用海洋和管理海洋的基本法律框架，但在岛屿与岩礁制度、群岛制度等多方面的规定存在诸多缺陷。^②美国近些年来在南海针对中国的“航行自由行动”的变化情势及其相应的法理用意应当得到重视。

An Analysis on the Changes of the U. S. FONOPs in the South China Sea and the Related International Legal Issues

An Shouzhi and Shen Zhongxiu

Abstract: The U. S. takes the freedom of the seas as a vital national interest and conducts FONOPs against China in the South China Sea since 2011. Taking the illegal award of the South China Sea Arbitration in 2016, the U. S. FONOPs in the South China Sea indicate some new characteristics and international law issues. It gradually increases the frequency of FONOPs in the South China Sea, and repeatedly entered within 12 nautical miles of some Chinese islands and reefs. It endeavors to take the illegal award as the so-called jurisprudence basis, adjusts its concept and language of international law on the terms of innocent passage, straight baseline, title to islands, and refines its legal packaging and legal intention thereof. In the name of challenging excessive maritime claims of coastal states, the U. S. conducts frequent and planned FONOPs in adjacent waters of Meiji Jiao, Zhubi Jiao, Ren'ai Jiao, Huayang Jiao, Yongshu Jiao, Nanxun Jiao, Chigua Jiao of Nansha Qundao (Spratly Islands), in an attempt to deny China's territorial sovereignty and maritime rights and interests in Nansha Qundao. The U. S. also conduct FONOPs in adjacent waters of Zhongsha Qundao (Macclesfield Islands, mainly Huangyan Dao) and Xisha Qundao (Paracel Islands), including within 12 nautical miles of the relevant islands and reefs, or just vaguely declaring the waters near them, in an attempt to extend the illegal award to Xisha Qundao and Zhongsha Qundao and to enlarge its unfavor effect to China and intend to deny China's rights and claims of the integral oceanic archipelago in the South China Sea and to turn the South China Sea into "high seas". The U. S. FONOPs in the South China Sea are also characterized by a step by step approach, unified rhetoric and concerted efforts among its various authorities and departments.

Keywords: The South China Sea, Freedom of Navigation Operations, Innocent Passage, Straight Baseline, Integral Archipelago

(责任编辑: 罗欢欣)

① See Office of Ocean and Polar Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs U. S. Department of State, Limits In The Seas, No. 150, People's Republic of China: Maritime Claims in the South China Sea, p. 29, U. S. Department of State official website, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/01/LIS150-SCS.pdf>.

② 杨泽伟:《联合国海洋法公约的主要缺陷及其完善》,载《法学评论》2012年第5期,第57页。