

专属经济区中的“适当顾及”义务

张卫华*

摘要：1982年《联合国海洋法公约》有关专属经济区的规定，为沿海国和其他国家在该区域内行使权利、自由和义务设计了某种精致的平衡。其中，《公约》要求沿海国和其他国家在行使权利和履行义务时应“适当顾及”另一方的权利和义务。这种“适当顾及”义务本质上是一种“诚信”义务，要求《公约》的缔约国应当诚信履行义务，不得恶意行使权利，或者规避法律义务。《公约》中的专属经济区制度主要是长期谈判和妥协的结果，内容上还存在着大量的模糊和空白之处，它并非对习惯国际法的编纂，而属于国际法的逐渐发展。深入理解“适当顾及”义务，从缔约国行使权利或者履行义务的行为是否属于滥用权利或者违背诚信的角度加以分析，可以在一定意义上弥补《公约》规定的不足，作为《公约》实施的辅助标准，为缔约国的行为提供指引。

关键词：专属经济区 适当顾及 航行自由

引言

1982年《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）是对国际海洋法原则、规则和制度的编纂和发展，因其意义重大而常常被人们称为“海洋宪章”。《公约》第5部分“专属经济区”建立了一项新的国际海洋法律制度，在传统海洋法上的领海和公海之间形成了新的“法律地带”——专属经济区，这是《公约》对国际法发展的主要成果之一，甚至被有的学者认为是联合国第三次海洋法会议最重要的成果。^①根据《公约》的规定，沿海国可以建立从测算领海宽度的基线量起不超过200海里的专属经济区。^②随着专属经济区的广泛建立，这个海域将会占到世界海洋总面积30%左右，包括了目前几乎全部具有商业价值的鱼类，而且，当前可开发的绝大部分海洋油气资源也主要分布在这个区域。^③此外，这个海域还被广泛地用于海洋科学研究和建造各种人工岛屿，也是海上航线和海底电缆管道的重要分布区域。^④

* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

① Horace B. Robertson, Jr., “Navigation in the Exclusive Economic Zone”, (1984) 24 *Va. J. Int'l L* 865, p. 865.

② 参见《公约》第57条。

③ Barbara Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. xxiii – xxiv.

④ Barbara Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, pp. xxiii – xxiv.

正是由于专属经济区对于各国具有极为重要的政治、经济和安全利益，再加上谈判各国在地理条件、经济发展水平、科学技术水平和意识形态等方面的差异，这个议题一直是第三次联合国海洋法会议上最困难的领域之一。为了取得成功，有关专属经济区的谈判坚持采取协商一致的方式作出决定。协商一致的方式要求在所有问题上都要遵循“一揽子交易”的方式，只有所有协商结果没有异议之后时才会允许整体表决，事实上，这也是整个联合国第三次海洋法会议上所有谈判始终遵循的程序规则。如果说《公约》是一个大的“一揽子”（package），那么专属经济区制度就是一个“微型一揽子”（mini-package）。在这种谈判方式下，很多相关的规则和制度的谈判都是同时进行的，谈判各国的众多要求得到一并处理。这就决定了《公约》条文在整体上就像是一个精妙平衡的仪器，任何一个部位或零件的“出轨”都可能破坏整个平衡，导致仪器无法有效运转，而专属经济区恰恰是这种平衡性质最为突出的一项制度。

专属经济区制度的平衡性是指各方权利义务之间所处的一种平衡状态。《公约》第5部分“专属经济区”最为核心的第56条“沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务”和第58条“其他国家在专属经济区内的权利和义务”之间的关系首先就体现了《公约》的平衡特征。首先，《公约》在第56条第1款和第58条第1、2款分别规定了沿海国和其他国家在专属经济区的权利义务。《公约》规定沿海国为了经济目的可以在专属经济区内行使某些主权权利和管辖权，主要是捕鱼和开采非生物资源的权利；同时保留了其他国家在尊重和接受沿海国经济性权利的情况下，行使某些传统的公海自由，主要是航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由。但是，专属经济区是一个各方利益纠葛甚深的区域，为了保护沿海国和其他国家在该海域内的各种相互竞争的不同利益，《公约》紧接着就分别在第56条第2款和第58条第3款规定沿海国或者其他国家在专属经济区内行使其权利和履行义务时，应“适当顾及另一方的权利和义务”，从而对沿海国或者其他国家行使权利构成了一种制约。

由于沿海国和其他国家在专属经济区中的权利与义务是并行的，这种“适当顾及”的义务对于协调沿海国和其他国家在专属经济区内行使权利和履行义务将会具有重要的作用。有学者认为，“适当顾及”的义务是《公约》中主要的实质性条款之一，对于传统海洋法来说是一个新的概念和一种变革。^①但是，国际法学界却鲜有关于“适当顾及”义务的深入研究和讨论，这与《公约》谈判中为寻求沿海国和其他国家之间权利和义务平衡而精心设计该两项条款（即第56条第2款和第58条第3款）的初衷并不相符。本文拟从分析“适当顾及”义务的法律性质入手，探讨其协调沿海国和其他国家权利义务的途径和形式，归纳国家在专属经济区内的“适当顾及”义务的具体内容，考察这项义务对于专属经济区制度的特殊意义。

一 “适当顾及”义务的法律性质

《公约》中要求一国行使权利或履行义务时应适当顾及或妥为顾及另一国家的权利和义务的

^① See Tullio Treves, “United Nations Convention on the Law of the Sea”, <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (last visited July 4, 2015). 在这篇登载在联合国视频图书馆网站“海洋法”首页上的对1982年《联合国海洋法公约》的简介中，图利奥·特雷韦斯法官认为有10个方面可能属于《公约》的主要实质性条款，其中第6个方面即是“相互‘适当顾及’规则用于确保专属经济区中沿海国家和其他国家之间权利行使的协调”。

情形还有不少,^①其中与第56条第2款和第58条第3款最为类似的当属第87条第2款,该款规定,“这些自由(指公海自由,笔者注)应由所有国家行使,但须适当顾及其他国家行使公海自由的利益……”。事实上,《公约》第87条第2款来自1958年《公海公约》第2条第2款,该款规定:“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”。在“渔业管辖权”案(英国诉冰岛)中,国际法院认为1958年《公海公约》是对“已经确立的国际法原则”的宣示,这些原则包括国家行使公海自由时必须“合理顾及”(reasonable regard)其他的国家权利。^②法院裁定在英国历史上行使其捕鱼自由的区域,冰岛单方面主张专属性捕鱼权利,违背了“合理顾及”原则。^③在联合国第三次海洋法会议上,《公约》的起草者在考虑并否决了“合理顾及”一词之后,选择使用“适当顾及”(due regard)一词取代了1958年《公海公约》第2条中所使用的“合理顾及”(reasonable regard)。^④可见,“适当顾及”的义务应当被视为一项国际法原则,在解决海洋法上的权利义务争端中发挥重要作用。

然而,对于《公约》第56条第2款和第58条第3款与《公约》第87条第2款和1958年《公海公约》第2条第2款之间的关系,学者们有着不同的认识。一种观点认为,《公约》第56条第2款和第58条第3款表达了与1958年《公海公约》第2条第2款相同的关切;^⑤另一种观点认为专属经济区受《公约》第5部分调整,是不同于公海制度的自成一体的海洋法律制度,因此《公约》第56条第2款和第58条第3款与《公约》第87条第2款或者1958年《公海公约》第2条第2款的关系不大,而《公约》第87条第2款才是对1958年《公海公约》第2条第2款的继承。^⑥然而,不可否认的是,使用“适当顾及”的概念对一国行使权利或履行义务进行限制并非《公约》首创,而是在国际海洋立法上早有的先例。事实上,《公约》中“适当顾及”的义务的适用范围也是相当广泛的,《公约》中多个部分中的多项条款都使用这个概念对国家行使权利或履行义务的方式进行限制。^⑦因此,值得重视的是,“适当顾及”的概念和内涵是什么?它在国际法上是一种什么性质的义务?

① 《公约》中出现“适当顾及”或“妥为顾及”的地方共有22处,主要有:第27条第4款、第39条第3款(a)项、第56条第2款、第58条第3款、第60条第3款、第66条第3款(a)项、第79条第5款、第87条第2款(两处),等等。

② 值得注意的是,1958年《公海公约》中文本对“reasonable regard”的翻译,与1982年《公约》的中文本对“due regard”的翻译,都是“适当顾及”,应当说“reasonable regard”与“due regard”在含义和功能上并无不同,中文本都翻译成“适当顾及”亦属妥当。本文只是为了论述的方便,将1958年《公海公约》第2条第2款中的“reasonable regard”表述为“合理顾及”,其他场合在引用1958年《公海公约》的条款时,可能仍旧以通行的中文本为准,表述为“适当顾及”。

③ I. C. J. Reports 1974, pp. 3, 22.

④ Satya N. Nandan, Shabtai Rosenne & Neal R. Grandy, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A commentary* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), Vol. III, p. 86.

⑤ Bernard H. Oxman, “An Analysis of the Exclusive Economic Zone as formulated in the Informal Composite Negotiating Text”, in Thomas A. Clingan, Jr. (ed); *Law of the Sea: State Practice in Zones of Special Jurisdiction, 13th Annual Conference Proceedings* (Honolulu: University of Hawaii Press, 1983), p. 70.

⑥ Francisco Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law* (New York: Cambridge University Press, 1989), p. 34.

⑦ See Tullio Treves, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (last visited July 4, 2015).

“have due regard”一语中的“due”的含义主要是适当、公正、合理的意思。“适当顾及”的义务就是要求适当、公正、合理地对待其他国家的权利和义务。应当说,适当、公正、合理等概念给人的印象往往过于主观和原则,再加上“适当顾及”并非典型的法律专业术语,在实践中很难把握它的法律内涵。因此,笔者希望通过本文发掘它的深层含义,运用能够体现其本质,并能够全面涵盖其内容的具有典型意义的法律概念,力求使它转化为更为成熟的法律理论。

实际上,判断一国的行为是否“适当顾及了其他国家的权利和义务”,就是判断该国的行为是否正当、合理,包括行使权利的时候是否出于正当目的,履行义务的时候是否正当考虑了相对方的实际需要,以及行使权利或者履行义务的行为本身是否采取了合理的方法和途径。反过来说,就是其行使权利或者履行义务的行为,在主观上是否故意或者过失地损害了相对方的合法权益。如果出于恶意,则这些行为构成权利滥用或者恶意履约。在法律理论上,滥用权利或者恶意履约的行为属于违背“诚信”原则的行为。

《布莱克法律词典》(第9版)^①对“诚信”(good faith)的解释是“一种心理状态,存在于:(1)在信念和目的上的诚实;(2)忠实地履行责任和义务;(3)在特定贸易和商业行为中,遵守有关公平交易的合理商业标准;(4)没有欺诈的意图或者不寻求不合理的利益”。同时,该词典对“禁止滥用权利理论”(abuse-of-rights doctrine)的解释是“一个人行使权利时(1)目的或者主要动机是为了造成损害,(2)没有值得司法保护的重要和合法的利益,(3)违反道德原则、诚信或者基本公平,或者(4)为了权利意欲的合法目的之外的目的,应对造成的损害承担责任的原则。”可见,“适当顾及”与“诚信”、“禁止滥用权利”等法律概念的内涵基本相同,只不过“诚信”或者“禁止滥用权利”概念在法律上发展得更为成熟,是一项得到普遍认可的法律原则。

本文把《公约》中的“适当顾及”概念与一般法律原则上的“诚信”、“禁止滥用权利”概念联系起来,是对“适当顾及”义务的法律溯源,有利于把握“适当顾及”义务的本质,从而确保该项义务得到正确地遵守和履行。例如,《公约》第300条规定“缔约国诚信履行根据本公约承担的义务并应以不致构成滥用权利的方式,行使本公约所承认的权利、管辖权和自由”。该条款属于《公约》第16部分“一般规定”,从而应当适用于《公约》中所有关于缔约国行使权利和履行义务的问题,当然也包括在专属经济区内的权利和义务。因此,如果我们意识到了《公约》第56条第2款和第58条第3款中的“适当顾及”义务在本质上是一种“诚信”义务,就可以正确认识到专属经济区内沿海国和所有其他国家应当遵守的“适当顾及”义务和《公约》第300条是一致的,是第300条在专属经济区内的特别适用。同时,这有助于我们理解《公约》的整体性和专属经济区制度的特殊性,从而更好地实现对《公约》条款的解释和适用。

二 “适当顾及”义务的法律特征

“诚信”原则是一项古老的法律原则。自欧洲国际法的萌芽或奠基时期开始,国际法学家,

^① Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (New York: West Publishing Company, 9th edn, 2009).

如苏阿里兹 (Francisco Suarez)、真提里斯 (Alberico Gentili)、瓦特尔 (Emer de Vattel), 一直强调诚信原则对于国家交往的重要性。雨果·格劳修斯 (Hugo Grotius) 更是强调说, 诚信原则甚至要求, 与敌人、海盗、反叛者和异教徒之间的条约也应当努力维持 (diligently kept)。^① “禁止滥用权利”同样是一项基本法律原则, 得到国际法理论和实践的支持。^② 联合国国际法委员会“国家责任”专题特别报告员加西亚·阿玛多博士 (Dr. Garcia-Amador) 在其第5次报告中指出, “费力研究禁止滥用权利理论在国际关系中的可适用性的学者并不多见, 但是对此作出研究的学者大多得出结论认为: 这个理论能够而且应当适用于解决特定问题, 并强调其可适用性已经在实践中得到了广泛证明。”^③

“诚信”原则不仅是一项一般法律原则,^④ 还是一项习惯国际法原则,^⑤ 以及海洋法领域的一项条约法原则,^⑥ 在国际法中有着牢不可破的基础地位。实际上这项原则被看作是“所有法律的基础, 或者法律的一项根本原则”,^⑦ 被认为源自“群体生活出现和持续所必须的最低限度的合作和容忍”。^⑧ 格劳秀斯也曾指出, “诚信原则应当得到保护, 不仅是因为其他原因, 而是为了和平的希望不会破灭。正如西塞罗 (Cicero) 所宣称的那样, 不仅国家是靠诚信来维持的, 国家之间的更大的社会也是如此。亚里斯多德真诚地说过, 如果诚信消失了, 人民之间的所有交往也将不复存在”。^⑨ 《公约》第56条第2款和第58条第3款要求沿海国和其他国家在专属经济区内根据本公约行使权利和履行义务时应当“适当顾及另一方的权利和义务”, 实质上就是要求沿海国和其他国家应“诚信履行”这些义务, 并以“不构成滥用权利的方式”行使这些权利, 简而言之, 就是要求在专属经济区内行动的各国都必须“一秉诚信”地行使权利和履行义务。“适当顾及”义务的诚信本质决定了其具有以下特征:

(一) 诚信履行义务

《公约》第五部分“专属经济区”中的第69条“内陆国的权利”中规定了“诚信”履行义务的要求。根据第69条的规定, 内陆国 (尤其是发展中的内陆国) 有权在公平的基础上, 参与开发同一区域沿海国专属经济区内生物资源的适当剩余部分, 这种参与的方式应当由有关国家通过双边、分区域或区域协定加以制定。另一方面, 虽然沿海国将会承担义务确定可捕量及其自身的捕捞能力, 但是这并非构成一项一般义务, 而是当有意捕捞剩余量的国家根据《公

① Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary* (Heidelberg: Springer, 2012), pp. 427-428, 转引自赵建文:《条约法上的善意原则》, 载《当代法学》2013年第4期, 第122页。

② 劳特派特是较早接受“禁止滥用权利”理论的国际法学者, 他把“禁止滥用权利”作为国家主权行动受到国际法制约的一般方式。See Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (New York: Oxford University Press, 2011), pp. 294-314; 常设国际法院和联合国国际法院也都原则上承认了“禁止滥用权利”理论。See *Anglo-Norwegian Fisheries Case (UK/Norway)*, I. C. J. Reports 1951, p. 142.

③ F. V. Garcia-Amador, *Fifth Report on International Responsibility*, Doc A/CN.4/125, Feb. 9, 1960, para. 70.

④ “毫无疑问, 按照诚信行事的义务是一项一般法律原则, 也是国际法的一部分”。See *Certain Norwegian Loans (France v Norway) (Jurisdiction)*, Judgement, I. C. J. Reports 1957, pp. 9, 53.

⑤ 施瓦曾伯格和布朗的《国际法手册》把诚信原则列为七项国际法基本原则之一。See Georg Schwarzenberger and Edward D Brown, *A Manual of International Law* (London: Stevens & Sons, 6th edn., 1976), p. 7.

⑥ 参见《公约》第300条。

⑦ John O'Connor, *Good Faith in International Law* (Brookfield: Dartmouth, 1991), p. 2.

⑧ John O'Connor, *Good Faith in International Law*, p. 6.

⑨ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, p. 860.

约》第69条的权利提出谈判请求时，沿海国应当履行此项义务，否则有意捕捞剩余量的国家可以根据《公约》第297条第3款的规定提出争端解决的请求。《公约》第297条第3款(b)项规定了应将争端提交附件5第2节所规定的调解程序的情形包括“(2)一个沿海国，经另一国请求，对该另一国有意捕捞的种群，专断地拒绝决定可捕量及沿海国捕捞生物资源的能力”。该条款中的“专断地”一词即有滥用权利之意，应当说，与进出海洋的权利相比，内陆国获取专属经济区剩余生物资源的权利更加依赖于沿海国对于其义务的诚信履行，因为这里不仅要求沿海国诚信地开展与内陆国的谈判，而且专属经济区内生物资源可捕量和沿海国捕捞能力的计算，都在很大程度上有赖于沿海国的诚信，它拥有很大的自主权决定授予另一国家捕捞剩余量的条件。即使沿海国不能与另一国家达成“协定”，它还可以通过单方的“其他安排”来确定捕捞限额。^①

专属经济区内的“适当顾及”义务作为一种“诚信”义务，诚信履行是其首要特征。不论是船舶、飞机还是人工岛屿、钻井平台，在茫茫大海之上都是无比渺小的，无论是沿海国还是其他国家都没有能力在专属经济区内建立起全面、有效的监督，因此，沿海国对于专属经济区的渔业资源的主权权利的实现很大程度上依赖于其他国家诚信履行相关义务。渔业权是沿海国在专属经济区内最重要的主权权利。根据《公约》第56条的规定，沿海国对专属经济区海床上覆水域的自然资源的主权权利排在沿海国在专属经济区内享有的各种权利的首位，而且，值得注意的是，这是《公约》的最后文本中作出的一个调整，在此之前的文本中，首先提到的都是沿海国对海床和底土的自然资源的主权权利。维库那先生认为，“这个改动表明沿海国在专属经济区享有的对上覆水域的自然资源权利具有优先地位。”^②从人类开发资源的技术水平和海洋资源的种类来看，当前专属经济区对沿海国最为重要的自然资源仍是渔业资源。尤其是对于亚非拉的一些中小国家和不发达国家来说，海洋渔业对于获取食物和经济收入具有重要意义，同时他们又没有足够的能力和技术手段监督其他国家的捕鱼活动。特别是西太平洋和中太平洋上的群岛国家，它们的陆地领土面积狭窄，有限的农业也基本是一些经济作物，矿产资源贫乏，其所需食物和经济收入在很大程度上依赖于海洋渔业资源。同时，这些国家拥有着面积广阔的专属经济区，而且这些专属经济区恰恰位于日本、韩国和中国等远洋渔业大国进入太平洋西部的渔场的必经之地，如何确保这些远洋渔业大国适当履行在其他国家的专属经济区内应当承担的义务，是这些太平洋群岛国家面临的一个难题。

(二) 行使权利不得出于恶意

“适当顾及”义务的诚信本质决定了一国行使权利时不得是出于恶意。事实上，在国际法上指控一个国家的行为是恶意的，是一件困难的事情，这不仅是一个证据方面的问题，而且涉及到国家的尊严。然而，一国行使权利的主观意图仍然对行为的合法性存在重要意义。在“波属上西里西亚德国利益”案(实体问题)中，德国政府承认没有任何权利的行使是不受限制的，并且除了损害他人没有其他重要动机的权利行使构成了滥用权利。^③郑斌先生也认为：“纯粹是为了

① 参见《公约》第62条第2款。

② Francisco Orrego Vicuña, *the Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*, p. 50.

③ *German Interests Case (Merits)*, PCIJ Report 1926, Speech of German Agent, Sec. C. 11 - I, p. 136 *et seq.* and German Memorial p. 375 *et seq.*

对另一方造成损害而行使权利或所谓的权利（权利已经不复存在）是被禁止的。每一项权利都是对合法利益的法律保护。不促进此种利益，而是以损害他人有目的地恶意行使权利，则不能再要求法律的保护。”^①

不仅具有损害故意的权利行使行为被视为恶意，为了设定权利的原本目的之外的目的来行使权利，也被认为是对诚信原则的违背，构成了对权利的滥用。阿尔瓦雷斯（Alvarez）法官在“关于接纳联合国会员国问题的咨询意见”案的单独意见中表示，安理会的成员国和大会的成员国唯一应当接受的指导是对正义和诚信的考虑，亦即它们必须把自己限定于考虑申请国是否符合《联合国宪章》第4条第1款规定的条件。但在实际情况中，这些国家所受的主要指导是对它们自身政策的考虑，它们即便不是直接也会全部间接地，对申请国提出第4条第1款之外的条件（这些额外条件如果不能得到满足，它们就会投票反对该申请国的加入）。这是对权利的滥用，应当受到法院的谴责，然而，当前并没有任何惩罚措施可以用来挽救这些公众舆论。^② 巴斯范德（Basdevant）、文尼亚斯基（Winiarski）、麦克奈尔（McNair）和里德（Reed）等四位法官联合发布的异议意见中更加直接地指出：“联合国的成员国在选择可能决定拒绝或者推迟投票支持一个国家加入联合国的时候，并不享有不受限制的自由。它必须诚信地行使这种权利，遵守这个组织的宗旨和原则，并且不得违背《联合国宪章》。”^③

违背条约的目的和宗旨来行使权利，常常被认为是违反诚信原则的，虽然表面上这些行为并未违背条约的具体规定。李浩培先生认为：“善意（诚信）履行条约就是诚实地和正直地履行条约，从而要求不仅按照条约的文字，而且要求按照条约的精神履行条约，要求不仅不以任何行为破坏条约的目的和宗旨，而且予以不折不扣的履行。”^④ 沿海国和其他国家在专属经济区内行使权利时，不仅不能恶意损害其他国家的利益，也不能偏离权利本身的目的，否则将会违背诚信原则，也是《公约》规定的“适当顾及”义务所不允许的。例如，《公约》第121条第1款赋予了岛屿按照《公约》的规定确定领海、毗连区、专属经济区和大陆架的权利，但是该条第3款也规定，“不能维持人类居住或本身经济生活的岩礁，不应有专属经济区和大陆架”。冲之鸟礁是西太平洋海域、菲律宾海当中的一组珊瑚环礁，形成于2.5万年前，本来由6块岩礁组成，但是由于长年被海浪侵蚀，正在不断没入海面或消失，现在只有两块岩礁露出水面。据1933年的考察记录，当时这一带礁石中，约有5处能露出水面，但是到1982年，已减少至4处。目前，只剩下2处。但是，日本为了利用冲之鸟礁扩展专属经济区和大陆架，采取了一系列人工措施企图“变礁为岛”，包括放置铁质防护板，浇筑水泥防护层，修筑防波堤，加装钛合金防护网，以及人工培育珊瑚虫等措施，人为改变冲之鸟礁的自然面貌，背离了《公约》赋予沿海国划定专属经济区的权利的目的，属于滥用权利和违背诚信的行为，且损害到其他国家的权利和利益。

（三）行使权利不得规避法律

条约的一般重要性在于：其所确立的规则及其所产生的权利和义务对于当事各方有法律约束

① 郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社2012年版，第126页。

② I. C. J. Reports 1948, p. 57.

③ I. C. J. Reports 1948, p. 93.

④ 李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年版，第329页。

力。^① 郑斌先生认为规避法律和规避条约义务都属于虚假行使权利的行为。^② 如果一个缔约国以行使权利之名而行变更《公约》条款含义之实,那么应当属于一种规避法律的行为,这样的行为往往违反了“适当顾及”义务,损害了另一方合法享有的权利或者自由。

譬如,《公约》是综合性的“一揽子”交易,规定除《公约》本身允许的例外情况,缔约国不得对《公约》的任何条款提出保留,也不得排除《公约》任何条款的实施。^③ 这个条款对于保证《公约》的整体性,制止任何缔约国选择性实施《公约》条款至关重要。但是,《公约》同时也允许缔约国在签署、批准或加入时发布声明或者说明,目的在于使该国的国内法律和规章同《公约》的规定取得协调,并且要求这种声明或者说明,不得排除或修改《公约》适用于该缔约国的法律效力。^④ 现实中,很多国家在签署、批准或者加入《公约》的时候,行使第310条的权利,发表了各种各样的声明,其中一些可能涉及对于条约条款的规避。其中,最为典型以及争议最多的当属有关专属经济区内军事活动问题的声明,一些国家在这个问题上发表解释性声明的时候,可能未能“适当顾及”其他国家的权利和自由。例如,巴西在1988年12月批准《公约》时声明,“巴西政府认为《公约》条款并未授权其他国家未经沿海国的同意在其专属经济区内开展军事演习或者操练,特别是使用武器和爆炸物”,实际上,巴西在1982年12月10日签署《公约》时已有过类似的声明。^⑤ 孟加拉国、马来西亚、印度和巴基斯坦在批准《公约》时也作出了与巴西措辞一致的声明。^⑥ 类似的情况还有佛得角在1982年12月10日签署《公约》时的声明:“在专属经济区内,应当按照与《公约》定义和相关条款一致的方式进行国际交通的自由,未经沿海国同意不得进行非和平利用,例如武器演练或者其他影响该国权利和利益的活动;不得对沿海国的领土完整、政治独立、和平和安全使用武力或者以武力相威胁”。^⑦

《公约》在起草专属经济区制度的时候回避了军事活动问题,未对军舰的航行自由作出明确的专门规定。因此,巴西等国的声明遭到了反对。例如,联合国第三次海洋法会议主席许通美(Tommy T. B. Koh)就曾对此提出批评,她表示:“《公约》文本中的解决方法非常复杂。没有任何一个地方提到是否第三国可以或者不可以在沿海国的专属经济区内进行军事活动。但是一般认为我们所谈判的并且一致同意的文本将会允许进行此类活动。因此,我不同意巴西1982年12月在蒙特哥湾作出的第三国不得在巴西专属经济区内进行军事活动的声明”。^⑧ 其他一些国家在加

① 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第一分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第20页。

② See Bin Chen, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge: The Burlington press, 1987), pp. 122 - 123.

③ 参见《公约》第309条。

④ 参见《公约》第310条。

⑤ UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification, (last visited September 25, 2014).

⑥ UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification (last visited September 25, 2014). 但是,马来西亚在上述的声明中同时表示:“马来西亚政府不受任何国内立法或其他国家在签署或者批准《公约》时作出的声明的约束”,这种矛盾的做法很难说是一种诚信行为。

⑦ UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification (last visited September 25, 2014).

⑧ JM Van Dyke, “Military Ships and Planes in the Exclusive Zone of Another Country”, (2004) 28 *Marine Policy* 29, p. 31.

入或者批准《公约》时也对巴西等国的声明表示了不同意见。1984年12月7日，意大利政府在签署《公约》时声明：“根据《公约》，沿海国不享有专属经济区的剩余权利。特别是沿海国在专属经济区内，其权利和管辖权并不包括军事演习或操练的许可或获得上述行为的通知”。在1995年1月13日批准《公约》时，意大利再次重申了上述声明。^① 1994年10月14日，德国政府在加入《公约》时作出了与意大利措辞基本相同的声明。^② 英国政府在1997年7月25日加入《公约》时亦特别声明：“联合王国不能接受已经作出的或者将来可能作出的任何与《公约》第309条和第310条不一致的宣言和声明（除非《公约》其他条款允许它们）。一个国家根据第310条作出的声明和说明不得排除或者修改公约条款对相关国家适用的法律效果”，“联合王国认为除了其他情形之外，与第309条和第310条不一致的声明和解释包括：……要求军舰或其他船舶在行使无害通过权或者航行自由之前作出任何形式的通知或需获得同意，或者使用未得到《公约》许可的方式限制航行权……”。^③ 虽然美国尚未批准《公约》，但是承认包括专属经济区制度在内的《公约》的大部分规定已经成为习惯国际法，美国政府一贯重视维护军舰在各个海域的航行自由。参加联合国第三次海洋法会议的美国代表在闭幕大会上表示：“所有国家继续在（专属经济区内）享有传统的公海上的航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由，以及其他与这些自由相关的其他国际合法用途，这些自由与专属经济区外侧海域的自由同质同量。军事操作、演习和活动一直被认为是海洋的国际合法用途。所有国家将会继续享有在专属经济区内实施这些活动的权利。这正是《公约》第58条的含义。”^④

由于军事活动的合法性问题并非本文的研究对象，所以我们无法对巴西和美国等国家的有关声明是否符合《公约》开展深入研究，这里仅仅指出，尽管《公约》未对专属经济区内的军事活动问题作出明确规定，但是，《公约》未排除在专属经济区内军事演习的合法性，也未授权沿海国有关此类活动的管辖权。根据“荷花号”案确定的原则，“国际法未加禁止的行为就是允许的行为”。^⑤ 因此，根据“适当顾及”的义务，在军事演习过程中，沿海国应当尊重其他国家在其专属经济区内享有的航行和飞越自由，以及与这些自由有关的海洋其他合法用途。当然，“适当顾及”义务同样对其他国家的军舰在专属经济区内行使航行自由施加了限制。

总之，“适当顾及”义务是双向的。以其他国家在沿海国的专属经济区内进行军事活动为例，它是否符合国际法其实是一个复杂的问题，要结合演习的时间、地域范围和演习的具体科目等来判断，包括进行军事演习的时候应当采取措施确保周边区域的航行安全，不得干扰沿海国经济活动，等等。如果第三国军事演习的区域属于沿海国正在开采或者准备开采的油气田，或者演习的时间正处于沿海国传统的捕鱼期，那么可以认为是侵犯了沿海国根据《公约》享有的主权权利，属于对“适当顾及”义务的违反。

① UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification (last visited September 25, 2014).

② UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification (last visited September 25, 2014).

③ UNCLOS Declarations and Statements, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Brazil Upon ratification (last visited September 25, 2014).

④ DocA/CONF.62/WS/37 and ADD.1 and 2, in *Official Records of the Third UN Conference on the Law of the Sea, Vol. 17, Plenary Meeting* (New York: United Nations, 2009), p. 243.

⑤ *SS Lotus (Fr. V. Turk.)*, Judgment, PICJ Reports (Ser. A) 1927, p. 18.

三 “适当顾及”义务的作用

如前所述,专属经济区制度是国际法逐渐发展的成果,《公约》中规定的相关权利义务是各国基于不同立场和诉求的协调与妥协,一些概念的内涵和外延仍处在动态发展之中。因此,谈判各国在起草公约时精妙地设计了“适当顾及”义务,要求沿海国和其他国家在行使权利和履行义务时“一秉诚信”。这项义务应当而且能够在专属经济区制度的实际运行中发挥重要作用,对此,可以具体从以下两个方面探讨:

(一) 发挥弹性的解释空间

《公约》规定专属经济区内“适当顾及”义务时充分考虑到了海洋法的发展性特点。“适当顾及”义务本质上属于一种“诚信”义务,这可以说是针对在专属经济区制度实际履行中,难以规定或无法规定的某些具体情境而设计的一道防线。《公约》在第300条规定了“诚信和滥用权利”的情况下,还在第56条第2款和第58条第3款中规定了“适当顾及”的义务。事实上,“禁止滥用权利”理论与“适当顾及”的内涵基本相同。“禁止滥用权利”理论第一次正式提出是在起草《常设国际法院规约》的法学专家咨询委员会的会议记录中。在关于“渊源”(第38条)的谈判中,意大利代表里奇·布阿蒂(Ricci-Busatti)提到了“禁止滥用权利”的原则是常设国际法院依据国际法裁判争端时应当适用的“文明各国所承认的一般法律原则”。^①

波利蒂斯(Politis)在海牙国际法研究院发表的演讲中提出“禁止滥用权利”原则作为一般法律原则对于国际法的发展具有特别的重要性,尤其是对于调整国际责任的原则。^②劳特派特也有过类似的评论:“与国内法相比,国际法的形成或者司法造法过程仍然处于初级阶段,侵权法仅限于一般原则,因此要求作为一般原则的禁止滥用权利理论发挥特别重要的作用。这是有关侵权的国际法的一项基本要素。”^③这个论断特别适合于专属经济区存在妥协性和大量空白点的特点。

前已提及在专属经济区内进行军事活动的争议问题,2009年发生在我国南海的“无暇号”(USNS Impeccable)事件就属于此种情况。2009年3月,美国海军监测船“无暇号”在我国海南岛以南75英里(120海里)附近与中国船舶发生争执,受到中国船舶的围堵。3月9日,五角大楼一名发言人说“5艘中国船舶跟踪并危险地接近‘无暇号’,明显意图干扰正在国际水域进行正常操作的美国海洋调查船”,指责中国船舶的行为“违反了有关尊重该海域其他使用者的国际法”。^④对此,我国外交部发言人马朝旭在3月11日回答记者提问时说“美方有关说法严重违背

① Proceedings of the Advisory Committee of Jurists (June 6th-July 24th 1920), pp. 315 - 316, reproduced from F. V. Garcia-Amador, *Fifth Report on International Responsibility*, Doc A/CN.4/125, (Feb. 9, 1960), para. 70.

② Politis, “Le probleme des limitations de la souverainete et la theorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux”, *Recueil des cours de l’Academie de droit international* (1925 - 1), vol. 6, p. 108, reproduced from F. V. Garcia-Amador, *Fifth Report on International Responsibility*, Doc A/CN.4/125, (Feb. 9, 1960), para. 70.

③ Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 298.

④ “Chinese ships ‘harass’ US vessel”, BBC News (London, 9 March 2009), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7933171.stm> (last visited September 25, 2014).

事实,中方不能接受”,并指责“美国海军监测船‘无瑕号’违背有关国际法和中国法律法规的规定,未经中方许可在中国专属经济区活动,中国已就此向美方提出严正交涉。我们要求美方采取有效措施避免再次发生类似事件”。^① 中国认为“无瑕号”的行动是属于《公约》第300条所禁止的“滥用权利”,即不必要或者武断地行使权利,或者干扰其他国家行使权利。^② 虽然中美两国在这个事件上都未明确引用《公约》第56条第2款或者第58条第3款的规定,但是我们可以发现两国之间的相互指责实际上就是宣称对方未能履行“适当顾及”的义务。“适当顾及”义务要求沿海国和其他国家行使权利和履行义务时,不得任意地行使权利和规避条约义务,这样才能确保《公约》规定的专属经济区制度能够良好运行。

(二) 排除违背诚信行为的合法性和有效性

国际法院在“核试验案”中指出,“诚信”原则是“一项调整法律义务的创设和履行的基本原则”。^③ “适当顾及”义务作为诚信原则的一部分,调整的是权利的行使和义务的履行,排除滥用权利或者规避义务的行为的合法性和有效性,它在大部分时候并不创设新的权利和义务。如果一国在专属经济区内行使或者声称行使公约赋予的权利或者履行根据《公约》承担的义务时,没有“适当顾及”其他国家根据《公约》享有的权利或者承担的义务,那么该国的行为就是违反了根据《公约》承担的“适当顾及”义务,此类行为的合法性和有效性应当予以排除。

例如,《公约》第73条“沿海国法律和规章的执行”第1款规定“沿海国在行使其勘探、开发、养护和管理在专属经济区内的生物资源的主权权利时,可采取为确保其依照本公约制定的法律和规章得到遵守所必要的措施,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序”;在授权沿海国可以采取执行措施的同时,第73条也规定了沿海国的义务,“被逮捕的船只及其船员,在提出适当的保证书或其他担保后,应迅速获得释放”,^④ “在逮捕或扣留外国船只的情形下,沿海国应通过适当途径将其所采取的行动及随后施加的任何处罚措施迅速通知船旗国”。^⑤ 对此,以“M/V 塞加”号案件(迅速释放)的判决为例,国际海洋法法庭认定:“根据对案情的审查,几内亚并未根据《公约》第73条第4款将拘留事项予以通知。几内亚拒绝讨论保证书问题,并且在提交迅速释放申请的10天的时间期限内也从未表现出任何考虑这个问题的义务。在这种情况下,法庭不可能认为圣文森特和格林纳达应当对没有提交保证书的事实负责”,^⑥ “基于上述原因,法庭判定(圣文森特和格林纳达的)申请是可以受理的,为了本诉讼程序的目的,圣文森特和格林纳达的主张有着扎实的基础,几内亚必须迅速释放“M/V 塞加”号,以及当前仍然被拒绝或者剥夺自由的船员。”^⑦

① 新华网:“马朝旭就美海军监测船在中国专属经济区活动事答问”,2009年3月11日,网址:http://news.xinhuanet.com/world/2009-03/11/content_10989737.htm,最后访问日期:2014年9月25日。

② M Valencia, “Intelligence Gathering, the South China Sea, and the Law of the Sea”, Nautilus Institute, (<http://nautilus.org/napsnet/napsnet-policy-forum/intelligence-gathering-the-south-china-sea-and-the-law-of-the-sea/>) (last visited September 25, 2014).

③ *Nuclear Test*, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 268.

④ 参见《公约》第73条第2款。

⑤ 参见《公约》第73条第4款。

⑥ *The “M/V Saiga” case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment of Doc. 4 1997, para. 78.

⑦ *The “M/V Saiga” case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment of Doc. 4 1997, para. 79.

“适当顾及”义务也可以用来判定沿海国的渔业保护措施是否合法有效。渔业争端实际上是专属经济区内最常见的争端,沿海国自然寻求控制专属经济区内的捕鱼活动,关心通过其专属经济区的渔船仅仅是通过还是从事了捕鱼活动,是否遵守了沿海国的相关渔业规章,希望确保过境船舶既未从事非法捕鱼,也未违反捕鱼和养护活动的法律规章。沿海国经常采取的措施包括:(1)把对领海的权利适用于通过专属经济区的渔船,过境渔船的地位类似于行使领海内的无害通过权;(2)禁止未获得许可证的渔船进入专属经济区,除非经过特别授权;(3)要求过境渔船通过规定的通道;(4)通过期间收起渔具;(5)通过期间安装和使用应答器。^① 这些措施有些侵犯了其他国家的航行自由,比如第(1)项措施,第(2)、(3)项措施也极有可能未做到“适当顾及”其他国家的渔船享有的航行自由;而有些则是属于保护渔业权的必要措施,比如第(4)、(5)项措施。我们在作出判断的时候应当依照《公约》的相关规定,充分考虑该项措施具体内容是否限制了其他国家的权利行使,或者给其他国家造成了不必要的负担,从而确定是否“适当顾及”了其他国家的航行自由。

四 结论

专属经济区制度由《公约》中精心设计的条款组成,沿海国享有一系列被《公约》相关条款明确界定的主权权利和管辖权,相应地,其他国家也享有《公约》规定的一些特定权利和自由。这些权利和自由并非是对国家的普遍实践的总结,而是长期艰苦谈判的结果,是缔约各方利益的交换,任何企图单方改变《公约》规定的权利和义务的行为都会打破这种平衡,从而使得专属经济区制度失去缔约各方一致同意的的基础。《公约》第56条第2款和第58条第3款中规定的“适当顾及”义务本身就是这种平衡的体现,并将为维持这种平衡发挥重要作用。

“适当顾及”义务作为一种“诚信”义务,任何滥用权利或者不诚信履行义务的行为都是对“适当顾及”义务的违反。《公约》中规定的专属经济区制度是谈判和妥协的结果,存在着大量模糊和空白之处。在实践中,“适当顾及”义务不仅可以为规范《公约》所未能涉及的事项提供指引,在对《公约》的解释存在争议时,也可以结合“诚信”原则对行为是否“适当顾及了其他国家的权利和义务”进行判断,从而排除违背诚信行为的合法性和有效性。

根据“适当顾及”义务,沿海国应适当顾及及其他国家航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由,以及与此相关的其他符合国际法的海洋用途,例如与船舶、飞机的操作和海底电缆、管道的使用有关的用途。相应地,其他国家在专属经济区内行使航行和飞越自由时应当避免不合理地破坏沿海国的和平、良好秩序和安全,不得干扰或危及沿海国保护和管理其资源和环境的权利,不得干扰沿海国在其专属经济区内建造和使用人工岛屿、设施和机构的权利。

此外,其他国家在沿海国的专属经济区内实施军事活动只能是为了和平目的而使用海洋,不得使用武力或者以武力相威胁,不得实施挑衅行为,例如激发沿海国的防御系统,不得为了对沿海国使用武力的目的而收集情报,不得损害了沿海国部署的防卫或者安全系统,或者未经沿海国的同意而在其专属经济区内建造永久的水上军事性设施,不得危及沿海国保护和管理其自然资源

^① See William T. Burke, “Exclusive Fisheries Zones and Freedom of Navigation”, (1983) *San Diego Law Review* 20, p. 595.

和环境的权利。其他国家在沿海国专属经济区内开展实弹演习、水下爆炸或者制造声波和危险或者放射性物质，都可能被认为未“适当顾及”沿海国的权利和义务，而被认为是违背《公约》的行为。

On the Obligation of “Due Regard” in the Exclusive Economic Zone

Zhang Weihua

Abstract: The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) constructs a series of rights, freedoms and obligations, which constitute a subtle balance. According to the Convention, the coastal States and other States shall have due regard to the rights and duties of the other's in exercising their rights and performing their duties. This obligation of “due regard” is a kind of obligation in “good faith”, meaning that the States Parties shall not exercise a right maliciously or fictitiously, such as evasion of the law. The regime of Exclusive Economic Zone (EEZ) is not a codification of international customary law, but a progressive development of international law, and in fact, It is the result of a hard bargaining and lots of compromises, and containing many vague concepts and some blanks. The obligation of “due regard” could play an important role in this part, and not only serve as guidelines for the States Parties, but also provide standards to decide whether an exercise of a right or fulfilling of an obligation constitutes an abuse of rights or lack of good faith.

Keywords: Exclusive Economic Zone, Due Regard, Freedom of Navigation

(责任编辑: 罗欢欣)