

李学文,张克宁.海平面上升情形对海洋法的影响及中国南海权益维护[J].中国海商法研究,2017,28(3):40-49

海平面上升情形对海洋法的影响及中国南海权益维护

李学文,张克宁

(厦门大学 南海研究院 福建 厦门 361005)

摘要 “陆地统治海洋”及“基线决定国家管辖海域范围”是目前国际海洋法的两大基本原则,然海平面上升不仅可使岛屿向岩礁甚至低潮高地退化,也会致使低海拔国家的沿海基线具有不确定性,引发了人们对于其可能导致的国家管辖海域范围外部界限及相邻或相向国家海域划界协议变化的担忧。由于南海独特的地理环境、复杂的领域主权纠纷以及尚未公布南沙群岛基线等特征,在海平面上升所引发的相关海洋法问题上,保护中国南海权益显得尤为迫切。中国应当通过促进包括条约法和习惯法在内的海洋法发展以维护南海权益,探索这一问题的解决方式不仅有利于维护中国的南海权益,也将助力于国际法治发展。

关键词: 海平面上升; 基线; 国家管辖海域范围; 海域划界; 南海权益

中图分类号: DF961.9 **文献标志码**: A **文章编号**: 2096-028X(2017)03-0040-10

The impact of sea level rise on the law of the sea and the protection of China's rights and interests in South China Sea

LI Xue-wen, ZHANG Ke-ning

(South China Sea Institute, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract “The land dominates the sea” and “baselines determine the boundary of sea areas under national jurisdiction” are two of the basic principles under the international law of the sea. The rise in sea level due to climate change not only down-grades an island to a rock/reef or even to a low-tide elevation, but also leads to uncertainty on the coastal baselines of low-lying countries. This has raised concerns about the possible changes in the outer limits of sea areas under national jurisdiction or in the maritime delimitation agreements between States with opposite or adjacent coasts. The law-of-the-sea issues caused by sea level rise have become pressing in South China Sea because of its particular geological environment, the complicated disputes over territorial sovereignty and unpublished baselines in Nansha Islands et al. China should promote the development of the law of the sea, including treaties and customary law, with a view to safeguarding its SCS rights and interests. Seeking for solutions to these issues would not only be conducive to the protection of China's SCS rights and interests, but also to the development of international rule of law.

Key words: sea level rise; baseline; sea areas under national jurisdiction; maritime delimitation; rights and interests in South China Sea

人类进入21世纪以来,除了需要面对传统的战争、疾病、自然灾害等灾难外,气候变化背景下海平面上升问题也逐渐成为危害人类生存的重大威胁。尽管在现有的科学技术水平下,我们难以确切地知

道海平面上升的速度,但海平面上升这一客观事实却已被广泛承认。^[1]一般认为,人类排放的二氧化碳、甲烷、氧化亚氮等组成的温室气体是导致海平面

收稿日期: 2017-06-12

基金项目: 国家社科基金重大项目“我国南海岛礁所涉重大现实问题及其对策研究”(16ZDA073)

作者简介: 李学文(1993-),男,安徽六安人,厦门大学南海研究院海洋法专业硕士研究生, E-mail: lixuewen0503@163.com; 张克宁(1949-),男,北京人,法学博士,厦门大学南海研究院教授, E-mail: zhangkening@xmu.edu.cn。

上升的主要原因^①。各国虽然积极地通过制定国内立法及签订《京都议定书》《巴黎协定》等国际条约方式控制温室气体的排放,然而受到工业时代以来温室气体排放的历史因素累积影响,气候变化导致的海平面上升问题已经不可避免。

鉴于中国海域幅员辽阔,且南海权益保护的迫切性,笔者将以南海为切入点,探讨海平面上升情形下南海权益的维护途径。当前南海纷争各方谈判协商遭遇阻碍,尚未取得实质性进展,然而客观上南海区域海平面却逐年上升。其可能导致南海部分岛屿向岩礁甚至低潮高地的退化及部分海洋地物的消失,对中国依据“陆地统治海洋”原则主张领海、专属经济区、大陆架等海洋权益有何影响?如何有效地进行防范海平面上升的海岛建设及开展区域合作?如果南海岛礁退化或消失,之前中国依据相关基线划归的领海、专属经济区以及大陆架等区域是

否可以通过国际海洋法认定为中国的特殊海域?笔者将在以下逐一探究。

一、气候变化背景下的海平面上升问题

全球气候变化的一个重大不利后果即为海平面上升,其已逐渐成为危害人类生存的重大威胁。马尔代夫、图瓦卢和基里巴斯等诸多低海平面国家,正在遭受由此带来的国家生存的巨大考验。政府间气候变化专门委员会(Intergovernmental Panel on Climate Change,简称IPCC)2013年发布的第五次调查报告显示,1901年至2010年,全球海平面上升19厘米。19世纪中叶以来,海平面上升的速率远超过去两千年。^[2]随着科学技术的发展,对于未来2100年全球海平面上升情形,IPCC的五次报告做了越来越精准的最高上升高度和最低上升高度的预测,具体数据如图1所示。

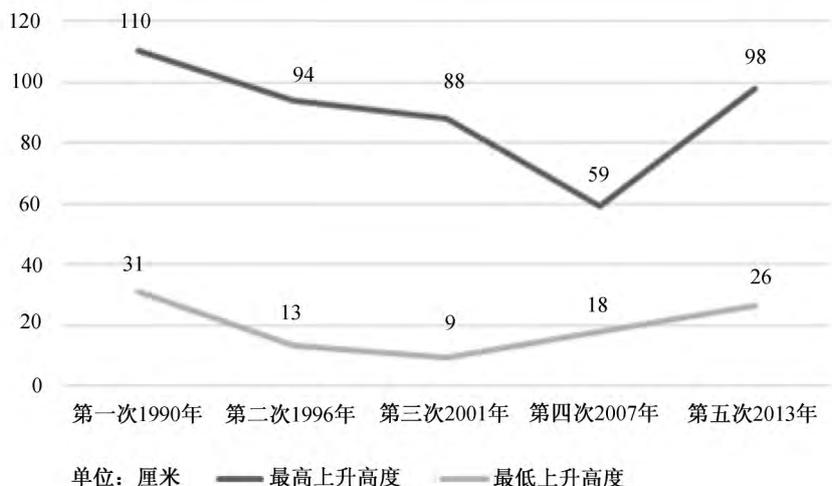


图1 2100年全球海平面上升高度预测^[3]

相比于全球平均情形,中国的海平面上升问题更加严峻。国家海洋局发布的《2016年中国海平面公报》显示“去年中国沿海海平面较常年升高82毫米,比2015年高出38毫米,为1980年以来的最高位。据统计,1980年至2016年,中国沿海海平面上升速率为3.2毫米/年,高于同期全球平均水平。其中南海区域中的西沙海域1993—2016年海平面上升速率较高,达4.8毫米/年,远高于同期全球和中国沿海平均水平。1993—2016年,南沙海域海平面上升速率为3.0毫米/年,低于同期中国沿海平均水平。”^[4]

从上述数据可以看出中国也是海平面上升的严重受害国。高海平面加剧了中国沿海风暴潮、洪涝、海岸侵蚀、咸潮及海水入侵等灾害,给沿海地区人民生产、生活和经济社会发展造成了一定影响。但海平面上升所带来的严重后果不仅在于海水倒灌引发的土地盐碱化、被迫迁徙和气候难民等问题,还包括不断后退的海岸线可能改变中国已经公布的领海基线,此外在极端状况下出现的淹没中国远洋群岛岛屿、岩礁和低潮高地等海洋地物的情形也将会对中国海洋权益的维护产生重大不利影响。

^① 参见《联合国气候变化框架公约的京都议定书》附件A,其中规定的温室气体具体有:二氧化碳(CO₂)、甲烷(CH₄)、氧化亚氮(N₂O)、氢氟碳化物(HFCs)、全氟化碳(PFCs)、六氟化硫(SF₆)。

二、海平面上升所引发的海洋法问题研究之综述

海平面上升问题自问世以来,一直是学术界关注的重点。在国际社会,早在1989—1990年间,大卫·D·卡伦(David D. Caron)、大卫·弗里斯通(David Freestone)、J.佩西克(J. Pethick)、阿尔费尔德·H·A·索斯(Alfred H. A. Soons)、埃里克·伯德(Eric Bird)和维克托·普斯科特(Victor Prescott)等众多学者就已经关注到了海平面上升除了会对低地国家生存产生威胁外,还有可能产生法律机制方面的影响,提出了“变动的基线”等理论^①。2010年,克莱夫·斯科菲尔德(Clive Schofield)就海平面上升可能导致的低潮线后退对于国家管辖海域影响、远洋群岛的逐步退化及完全丧失主张管辖海域权利及群岛国被淹没后国家地位的消失问题呼吁各国予以关注;^[5]2012年,大卫·弗里斯通(David Freestone)在总结《联合国海洋法公约》(简称《海洋法公约》)制定30周年成就、挑战和新的议程时,明确指出《海洋法公约》缺乏应对气候变化和温室气体排放的相关规定,这是下一阶段《海洋法公约》应当完善的重点;^[6]2014年,达沃尔·维达(Davor Vidas)系统阐述了《海洋法公约》体系下客观稳定的地理环境对于“陆地统治海洋”和“基线决定国家管辖海域范围”两大基本原则的决定性作用。^[7]

众多国际法学者对海平面上升对国际法所产生影响的持续关注,使之成为国际法协会的重要议题。2008年,国际法协会设立了基线委员会,旨在讨论海平面上升对现行的基线制度可能产生的相关影响。在2012年基线委员会发布的第一份研究报告中,委员会认为海平面上升所影响的不仅是基线制度及海洋法相关问题,持续的领土消失还引发了国家定义、人权、难民标准、国家责任、国际和平及安全等一系列国际法议题。^[8]因而为更好地探究海平面

上升对现行国际法体系产生的影响,国际法协会在2012年成立海平面上升委员会,将海平面上升所引发的海洋法问题、气候难民及被淹没国家法律地位列为三大工作事项,到2016年8月10日发布临时性报告止,委员会已做了大量研究工作。

中国台湾地区学者近年来对此问题表现出了较高关注度,代表性学者陈贞如是国际法协会海平面上升委员会委员之一。^[9]中国大陆学者对于海平面上升可能引发的气候难民^②和国家责任^③等问题进行了较为深入的研究,相关学者也注意到了气候变化下南海岛礁退化可能引发的不利后果^④。然专门论述海平面上升可能带来的国家管辖海域范围及相邻或相向国家海域划界影响的文献迄今暂付阙如,笔者拟做出这一新的学术探索,以期对海平面上升后引发的相关海洋法问题予以回应。

三、海平面上升对海洋法的影响

在当前以《海洋法公约》为主导的国际海洋秩序下,“陆地统治海洋”及“基线决定国家管辖海域范围”是两大基本原则,然而当前这两大基本原则却面临着冲击。此外,沿海区域的地理环境是相邻或相向国家达成海域划界协议的基础,然海平面上升却动摇着这一根基。在20年前海平面上升所引发的海洋法相关问题或许还只是虚幻的想象,但20年来不断上升的海平面使得这一问题逐步迈入人们的现实考量之中。不断上升的海平面不仅可能使得部分岛屿退化甚至消失,也会导致低海平面国家的沿海基线具有不确定性,以下就海平面上升对国际海洋秩序的影响做具体阐述。

(一) 海平面上升对“陆地统治海洋”原则的影响

国家的陆地领土主权是构成其海洋权利的基础,这是国际法的一般原则,并借助习惯法和司法裁决形成和发展。国际法院在1969年联邦德国诉丹

① 参见 Eric Bird and Victor Prescott, *Rising Global Sea Levels and National Maritime Claims*, *Marine Policy Reports* (1989); David Freestone and J. Pethick, *International Legal Implications of Coastal Adjustments under Sea Level Rise: Active or Passive Policy Responses*, *Changing Climate and the Coast. Report to the Intergovernmental Panel on Climate Change from the Miami Conference on Adaptive Responses to Sea Level Rise and Other Impacts of Global Climate Change*, Vol. 1 (May 1990); Alfred H. A. Soons, *The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries*, *International Law Review* 1990; David D. Caron, *When Law Makes Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level*, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 17, Issue 4 (1990)。

② 参见薄燕《对环境被迫移民问题的若干思考》,发表于《国际论坛》2006年第2期;郭剑平、施国庆《环境难民还是环境移民——国内外环境移民称谓和定义研究综述》,发表于《南京社会科学》2010年第11期;史学瀛、刘晗《气候移民的国际法保护困境与对策》,发表于《南开学报(哲学社会科学版)》2016年第6期。

③ 参见秦天宝《我国环境保护的国际法律问题研究——以气候变化问题为例》,发表于《世界经济与政治论坛》2006年第2期;李良才《气候变化的损害赔偿与国家责任问题研究》,发表于《东北亚论坛》2012年第1期;龚宇《气候变化损害的国家责任:虚幻或现实》,发表于《现代法学》2012年第4期。

④ 参见薛桂芳、张蕾《气候变化对南海岛礁的影响及我国的应对措施》,发表于《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第6期;吴珊珊、张凤成、李晓冬《海洋强国建设背景下的边远海岛管理研究》,发表于《国土与自然资源研究》2015年第3期。

麦、荷兰北海大陆架案的判决中指出“陆地统治海洋原则适用于毗邻区和大陆架,陆地是一国可以对其陆地领土向海延伸部分行使权力的法律渊源。”^[10]国际法院在2001年巴林诉卡塔尔案判决中指出,“海洋权利源自沿海国对陆地的主权,这可概括为陆地统治海洋原则”。^[11]

然而伴随着不断上升的海平面对于全球地理环境的变化,有学者提出在把陆地统治海洋原则作为一般性原则的同时,也应当允许在海平面上升的特殊情形下,部分国家适用“海洋决定陆地原则”。^[3]事实上,孟加拉湾因为低洼的地理特征和持续的风暴侵蚀,不断上升的海平面严重威胁了孟加拉湾国家的生存。2010年,位于孟加拉湾的小岛新穆尔岛被上涨的海平面淹没,以未曾预料的方式结束了印度和孟加拉国关于此岛长达30多年的主权争议,在某种程度上,不断上升的海平面对于地理状况的改变使得“海洋已经部分决定了孟加拉湾陆地上的国家权益”。笔者在此无意对这一观点进行评析,但无疑其是地理环境变化下国际海洋法如何应对的重要思考。

现行国际海洋秩序下,《海洋法公约》中对于低潮高地、岩礁及岛屿赋予的权利截然不同,《海洋法公约》第13条规定仅在领海范围内的低潮高地可以作为领海基点^①。第121条第3款规定不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不能拥有专属经济区或大陆架,而岛屿却可以和大陆一样主张领海、专属经济区、大陆架的完整权利。如果一个面积为1平方公里的岛屿在400海里范围内没有其他岛礁或者大陆存在的情形下,它将为一国带来431 014平方公里的管辖海域范围,而如果仅仅被定义为岩礁的话,一国仅能依此主张1 550平方公里的管辖海域范围。^[12]由此可以看出海平面上升情形下不断淹没的陆地区域及岛屿向岩礁甚至低潮高地的退化,对于一国行使国家管辖海域范围权利的不利影响。当前不断上升的海平面在不断淹没低潮高地、侵蚀远洋群岛陆地面积的同时,也会引发海水倒灌、土地盐碱化问题,使得原先的岛屿因为不能支持人类生活而丧失主张专属经济区和大陆架的权利。而专属经济区和大陆架上的资源特别是渔业资源是图瓦卢、基里巴斯、马尔代夫等国家获得蛋白质资源

的主要途径,对全球变暖影响最小的这些国家却要承担最为严重的后果,这明显是不公平的。

(二) 海平面上升对“基线决定国家管辖海域范围”的影响

基线亦可称为领海基线,起初,基线仅为测算领海宽度的起始线,伴随着《海洋法公约》对专属经济区、大陆架制度的确立,领海基线同样起到了测算专属经济区、大陆架、外大陆架宽度起始线的作用,因而将领海基线称为基线更为准确。^[13]在早期的国际实践中,各国一般都以低潮线作为领海基线。但在1951年的英挪渔业案中国际法院肯定了挪威使用直线基线的合法性^②,《海洋法公约》第14条中也规定了沿海国为适应不同情况,可交替使用正常基线和直线基线的方法以确定基线。考虑到群岛国家在政治、经济、社会、国防安全等方面的统一性,《海洋法公约》第47条赋予了群岛国家可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的直线群岛基线。因而沿海国在满足《海洋法公约》第7条的情形下可以自主选择使用正常基线、直线基线或者混合基线,群岛国家在水域面积和包括环礁在内的陆地面积的比例在1:1至9:1之间时可以划定群岛基线。

沿海国和群岛国基线受海平面上升影响显著,不断上升的海平面将会淹没低海平面国家的领海基点,从而影响到各国已经公布或者尚未确定的基线。《海洋法公约》赋予各国管辖的领海、专属经济区、大陆架等海域范围的基础就是以基线起算,2012年国际法协会基线委员会发布的第一份研究报告中认为基线是变动的,基线可能伴随着陆地面积的增加、沿海人工设施的建设往向海面延伸,也可能因为沿岸侵蚀和海平面上升往向陆面后退,即肯定了“变动的基线”理论。这一理论对当前的国际海洋秩序产生了不小的冲击,稳定的地理环境是现行海洋法体系的基础。在以《威斯特伐利亚和约》为基础的国际法体系下,国际法的一个重要特点即为稳定性、公开性和明晰性。尽管《海洋法公约》第16条要求各国应将标有基线、分界线等地理坐标的海图妥为公布并上交副本于联合国秘书长处,但这并不是强制性义务,当前仅有外大陆架的界限范围需要经由大陆架界限委员会审查后才具有拘束力,其他界限

① 《海洋法公约》第7条第4款还规定“除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,或以这种高地作为划定基线的起讫点已获得国际一般承认者外,直线基线的划定不应以低潮高地为起讫点。”

② 参见 *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951。

范围的变动并不需要任何审查机制^①。

因此“变动的基线”可能导致两种情形:一是沿海国家肆意地变革基线,不断地对海域进行爬行式管辖(creeping jurisdiction),从而影响公海自由;二是被上升的海平面淹没了沿海区域的国家,尽管低潮线发生了后退现象,但考虑到变更基线后国家管辖海域范围会随之缩小,很少有国家会做出主动改变。因而“变动的基线”最好的解决方式即为永久固定各国管辖海域范围的外部界限,可当前国际社会也没有对这一问题做出统一规定,仅在《海洋法公约》第76条第9款中规定沿海国应当永久表明大陆架外部界限的海图和有关情报交存于联合国秘书长处,即沿海国的外大陆架界限应当永久固定,尽管其当初立法的目的是为了阻止沿海国侵占国际海底区域。单一的外大陆架界限规定是否可以适用于领海、专属经济区、大陆架界限是一个值得探讨的问题,笔者认为这一问题的答案应当是否定的,尽管永久固定各国管辖海域范围外部界限的设想乍看之下极富吸引力,但“应然”和“实然”之间大不相同。尽管《海洋法公约》作为框架性条约,各项条款做到了模糊再模糊,似乎为缔约国提供了一定的解释和适用空间。但事实上作为各国之间相互妥协和协商一致的产物,《海洋法公约》的每一项条款都是国家利益博弈的结果,贸然地将单一的外大陆架界限的规定扩展适用,肆意扩大《海洋法公约》第76条第9款的适用范围不仅不符合条约解释的基本方法,也必然遭到国际社会绝大多数国家的反对。

(三)海平面上升对于相邻或者相向国家海域划界的影响

相邻或相向国家极易产生海域划界纠纷,依照《海洋法公约》第74条、第83条及第十五部分的规定,当前的海域划界方式可以大致分为以下三种:一是各争议国协商解决;二是各方达成一致意见提交国际司法机构;三是在当事国均未行使《海洋法公约》第298条排除性声明权利的情形下,争议一方就大陆或岛屿陆地领土主权所引发的海域划界问题启动了第十五部分第二节下的强制裁判程序。第三种有关强制裁判程序解决争议国家海域划界的司法

先例至今尚未出现,也因海域划界涉及各国核心利益,事实上一方未参加裁判过程的判决或裁决是否具有执行力依然存在很大不确定性,在此不做探讨。

海平面上升对于各方协商解决的海域划界方式的影响在于,各国无论采用何种协议划定海域界限,达成协议的基础都应当是依赖于各国沿海区域的地理情形,而海平面上升导致了沿海国基线往陆方向后退,其是否构成了《1969年维也纳条约法公约》(简称《条约法公约》)第62条第1款中当事国同意承受条约拘束之必要根据的“根本情形变化”^②?从而导致海域划界的缔约国可以不受“条约必须遵守”义务的约束。尽管紧随其后的条约法公约第62条第2款的例外情形中排除了“根本情形变化”在确定国家边界条约中的适用,但也有学者认为第2款在制定中仅考虑了人们可以预见的后果,而没有考虑到海平面上升这一人们无法预料的结果。划定海域界限的条约在海平面上升的情形下仍然具有不确定性。^[14]

而在各方达成一致意见提交国际司法机构的海域划界方式中,国际司法机构无论采用自然延伸、中间线或者公平原则划定争议国家的海域界限,各国的地理状况都是需要考量的重要因素。在2012年孟加拉国和缅甸海域划界案中,国际海洋法法庭采取的划界方式即为第一阶段选择一系列特定的基点,根据基点做出连线划定初步界限,第二阶段考量孟缅两国和孟加拉湾的特殊地形,以适当调整基线来达到公平的效果,第三阶段法庭依照两国的海岸线比例做了相称性测试,在确保公平结果的前提下,最终划定了两国的海域界限^③。在海洋法法庭划定孟缅海域界限历程中,地理情形贯穿了孟缅划界案的始终。而当前不断上升的海平面却侵蚀和淹没了孟加拉湾的沿海区域,改变着孟缅两国的沿海基线和基点状况,此种情形是否会变化业已形成的孟缅两国的海域划界判决,此份判决是否仍然对当事国具有法律拘束力,这同样是值得深思的问题,地理情况变化下司法判决的拘束力问题并非笔者探讨的重点,故不做详细阐述。

^① 《海洋法公约》第76条第8款规定“从测算领海宽度的基线量起二百海里以外大陆架界限的情报应由沿海国提交根据附件二在公平地区代表制基础上成立的大陆架界限委员会。委员会应就有关划定大陆架外部界限的事项向沿海国提出建议,沿海国在这些建议的基础上划定的大陆架界限应有确定性和拘束力。”

^② 《条约法公约》第62条第1款(甲)项规定“条约缔结时存在之情况发生基本改变而非当事国所预料者,不得援引为终止或退出条约之理由,除非:(甲)此等情况之存在构成当事国同意承受条约拘束之必要根据。”

^③ 参见 Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)。

四、海平面上升情形下南海权益维护的三重困境

海平面上升情形下中国海洋权益维护,南海海域无疑占据了首要地位,因其面临着独特的地理环境、复杂的领域主权纠纷及尚未公布南沙群岛基线三重困境。首先在地理环境方面,南海属于西太平洋的一个边缘海,是亚洲三大边缘海之一,东西距离为1380千米,南北距离约2380千米,总面积约350万平方千米,南海诸群岛具有分布较广、滩礁较多及面积较小三大地理特征。^[15]众多的岛屿、岩礁和可以作为基线基点的低潮高地交错分布,也因为《海洋法公约》第121条岛屿制度中,岛屿和岩礁的区分标准即能否维持人类居住或其本身的经济生活的定义过于宽泛,岛屿能否提供淡水、食物和人类居住的场所,是否拥有维持其本身经济生活的足够资源亦随着新技术、新生活条件的出现而可能改变,^[16]暂时还无法准确判断南海诸岛的地理形态。但不断上升的海平面引发的海水倒灌却极易导致南海部分岛屿向岩礁甚至低潮高地的退化或者消失,实际上这一说法绝非危言耸听,以西沙群岛一个战略地位相当重要的岛屿咸舍屿为例,它常年受潮水和季风、特别是海平面上升后海水倒灌的影响,整个岛屿面积迅速缩小。几年前还在的咸舍屿,现在海面上已经看不见了。^[17]

其次在领域主权纠纷方面,自20世纪70年代以来,越南、菲律宾、马来西亚等南海周边国家通过非法侵占岛礁、掠夺油气资源等方式不断侵犯中国在南海区域的海洋权益,对这一非法行径中国政府保持了高度克制,并探索用谈判协商的办法逐步解决南海权益争议问题,这是此前南海局势保持相对稳定的根基所在。然而2013年开始的中国与菲律宾之间的“南海仲裁案”^①再次将中国与周边国家的南海权益之争推向了舆论的高峰。2016年7月12日,“南海仲裁案”仲裁庭作出了在条约解释、法律适用、事实认定、论证逻辑等方面都具有严重错误的仲裁意见,^[18-21]为南海争端的和平解决进程蒙上了一层阴影。长期未能得到解决的南海争议,不仅严重影响了中国与周边国家的经济交流和政治互信,也因海平面上升这一客观状况,中国南海权益保护更为复杂和棘手。

最后,当前中国只对南海区域中的西沙群岛的

领海基线做出了规定,并未对南沙群岛的领海基线做出说明,国内法中对于南沙群岛领海、专属经济区及大陆架界限也尚未作出明确规定,这样便无法确定由南沙群岛延伸出的处于中国管理下的国家管辖海域范围。这样的不确定性,不仅会在以后的海域划界中授予其他利益相关国家口实,也可能致使由中国南沙群岛的基线延伸出来的国家管辖范围内海域逐步与公海界限模糊化。在海平面不断上升的情形下,南沙群岛的岛屿、岩礁和低潮高地不断退化甚至被淹没,而上述退化和淹没的群岛区域可能有着特殊的地理位置,可以成为决定国家间划定海洋管辖范围的关键基点,中国在1996年公布的第一批77个大陆及西沙群岛领海基点,绝大多数就位于边远海岛上。因而当前不断上升的海平面和未划定的南沙群岛基线可能使中国面临着因为失去海域权利主张依据从而丧失南沙群岛延伸出的部分或全部管辖海域范围的不利局面。

五、南海可能“被淹没”海洋权益维护的思考

在当前的国际海洋秩序中,《海洋法公约》虽然被称为“海洋宪章”,涵盖了领海、毗连区、专属经济区、大陆架、群岛国制度、国际海底区域、海洋环境保护、海洋科学研究、海洋技术转让及海洋争端解决等诸多方面,但不无遗憾的是《海洋法公约》在制定过程中没有包含应对气候变化的规定,对于海平面上升所引发的相关海洋法问题出现了忽视和遗忘。国际海洋法庭庭长若泽·路易斯·热苏斯(José Luiz Jesus)也曾说到“对于海平面上升的预期及其对于国家管辖海域范围及界限的影响在《海洋法公约》中并没有被特殊强调,事实上这个问题一直也不是会议协商中的重点。”^[22]

被淹没水域最为核心的特征是曾经处于一国管辖范围内,维护低海拔国家海洋权益的关键是如何继续对这一特殊海域行使国家管辖权。就行使管辖权而言,在习惯国际法领域与被淹没水域最为相似的概念应为历史性水域。但笔者在此认为历史性水域概念不能适用于海平面上升所淹没的特殊水域,早在英挪渔业案中,国际法院即指出历史性水域通常是指内水,英国将历史性水域适用于领海范围,这种行为有违国际法。因此如果将历史性水域适用于可能被淹没国家的领海、毗连区、群岛水域或专属经

① 参见 *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China, The South China Sea Arbitration*, Award of 12 July 2016.

济区、大陆架这样的非内水区域并不适宜。

在无法从《海洋法公约》和习惯国际法中寻求到被淹没海域权益维护的统一解决方案后,具体考虑到海平面上升对海洋法产生的“陆地统治海洋”“基线决定国家管辖海域范围”及相邻或者相向国家海域划界协议三个方面影响,维护南海可能“被淹没”海洋权益最为优先的方式应为与南海周边国家签订岛屿归属和海域划界的双边或者多边协议,但考虑到周边各国存在的严重主权分歧,在呼吁各国积极谈判促进南海问题和平解决的同时,也应考虑,一旦南海僵局始终无法打破,如何在海平面上升的客观情形下维护中国南海海域合法权益。笔者认为还需要做到的措施有以下两点。

(一)“陆地统治海洋”原则下的南海诸岛管理建设

在以《海洋法公约》为基础的国际海洋秩序未发生根本变化的前提下,“陆地统治海洋”依然是我们必须遵循的海洋法基本原则,为了防止不断上升的海平面侵蚀南海诸岛,致使岛屿向岩礁甚至低潮高地退化,需要进行应对海平面上升的设施建设。中国在南海的东沙、西沙、中沙和南沙群岛的280多个岛礁属于中国的边远海岛,在之前的很长一段时间之内,因为重陆轻海观念的影响,军事用途的限制,边远海岛的社会经济发展受到了很大限制。^[23]近年来中国逐步认识到了南海诸群岛所具有的政治、经济、社会、国防安全等重大利益是中国的成长和崛起的海洋战略依托,因此相继于2010年施行了《中华人民共和国海岛保护法》,2012年实施了《全国海岛保护规划》,加大了对于南海诸群岛的基础设施建设。2012年7月24日,三沙市的建立进一步缓解了南沙诸群岛经济社会发展落后的局面。

在当前南海区域,考虑到巨大的资金投入,为全部岛礁建设防护措施暂不具有可行性。较为可行的做法是在对南海岛礁进行综合调查的基础上,明确不同岛礁地理位置、受威胁程度,有选择性地对那些对于海域划界至关重要的岛礁建立防护措施。在这方面日本的“离岛立法”为我们提供了有力借鉴,自2010年起日本逐步制定了“离岛法制”,目的即在于采取措施保护决定日本专属经济区及大陆架外缘的远洋基点,最为大家所熟知的即是对于“冲之鸟礁”的建设保护,自20世纪80年代以来,日本政府已经花费约600万美元,通过加建防护罩、培育珊瑚礁等方式保护冲之鸟礁。^[24]

但兴建应对海平面上升的人工设施再次暴露了

《海洋法公约》不足和缺陷,由于《海洋法公约》未对“人工岛屿”作出明确定义,而对于在原有岛礁的基础上,采取人工填充方式属于人为添附还是人工岛屿的法律性质都还存在着空白,目前国际法学界、学者也缺乏对此类岛礁在国际海洋法中的法理研究。^[25]人为添附和人工岛屿在《海洋法公约》下产生的法律后果截然不同,如果此类人工设施被认定为人为添附的话,并不会改变原有低潮高地、岩礁的法律地位,即相关国家仍然可以将位于领海12海里范围内的低潮高地作为领海基点使用,岩礁依然可以主张其12海里领海范围。而如果被认定为人工岛屿,其可以主张的海洋权益将大为减损,《海洋法公约》仅在其第60条第4款及第5款中赋予人工岛屿所有国设置最多不超过500米安全区的权利,这一问题的解决尚需国际社会的广泛讨论和意见交换,也使中国在南海诸群岛上为应对海平面上升所采取的岛礁建设面临法律困境。

(二)海洋法发展下南海被淹没海域成为特殊海域

法律是一个活的程序,是为了回应需求,维持秩序与公义而存在的。国际海洋法自诞生以来就具有回应时代发展需求的特征,伴随着海洋经济需求和海洋科技发展,各国迄今为止已经召开了三次全球范围内的海洋法会议,制定了一系列行之有效的海洋法制度和原则,海洋法已然成为国际海洋治理的有效规范工具,在应对海平面上升问题上,海洋法自身也必须做出回应。从之前的分析可知,海平面上升对“基线决定国家管辖海域范围”原则会产生重大不利影响。如果可以通过国际海洋法的发展创造出一种新的“特殊海域”概念,即通过永久固定基线和海域分区的外部界限,使得原先处于一国管辖范围内的被淹没海域成为特殊海域继续能够被一国行使管辖权,则为当前中国南海权益维护最为合适的解决方式。

一般认为,依照《国际法院规约》第38条的规定,严格意义上的国际法渊源包括国际条约和国际习惯。从国际条约法的角度看,《海洋法公约》能够被国际社会广泛承认和支持的重要原因就在于能够不断调整,适应海洋法的时代发展。目前海洋法领域中国家管辖范围以外区域海洋生物多样性(简称BBNJ)议题最为关注,即是由于《海洋法公约》未对其作出规定,但实践中又确实具有进行规制的必要。因而各国在2015年启动了BBNJ国际协定谈判进程,虽然目前还在联合国大会设立的谈判预备

委员会阶段,但在未来几年,有可能转入政府间大会谈判阶段,成为继1994年《执行1982年第十一部分的协定》及1995年《执行1982年有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群规定的协定》后《海洋法公约》的第三个特殊协定。

笔者赞同鉴于《海洋法公约》在制定过程中忽略了海平面上升对于国际海洋法可能产生的影响,国际社会可以通过制定类似的《海洋法公约》特殊协定弥补对于此类问题的规制不足。如何解决海平面上升所冲击的“陆地统治海洋”“基线决定国家管辖海域范围”原则及相邻或者相向国家海域划界协议是各国制定该类特殊协定的工作重点,此外各国应当严格限定被淹没水域成为特殊水域的适用条件、范围和要素,不能使得部分国家在“法无禁止皆可为”中大步流星,肆意划定处于一国管辖海域范围的此类特殊水域,从而侵犯国际社会总体利益。但从缔结《海洋法公约》及其特殊协定的历史实践来看,因为渗透着不同的国家利益、意识形态等诸多因素,上述的条约的缔结还需要很长的一段时间。

就国际习惯法而言,相比于国际条约法,虽然其“广泛的国家实践”和“法律确信”的证明标准同样十分模糊,但由于当前的海平面上升只影响了部分低海平面国家和群岛国家,较之被动地等待国际社会利益的博弈结果,南海周边各国可以开展区域合作,形成就海平面上升情形下南海被淹没海域成为特殊海域的国际习惯法。海平面上升对于南海周边各国而言都是一个棘手的问题,不断上升的海平面不仅威胁着周边各国的国家管辖海域范围及海域划界问题,也因为南海极端气候现象的频繁出现,威胁了南海区域内的船舶航行安全,增加了沿海国搜寻和救助的义务。因而在积极倡导全球性公约缔结的同时,也应注重南海区域内应对气候变化的合作。

尽管各国在岛屿主权归属、海域划界等高敏感度问题上仍然存在着较大的争议,但在海难救助、环境保护及海洋科学研究方面仍然存在合作的可能性。南海属于《海洋法公约》第122条下典型的半闭海区域,依据第123条规定周边各国应当履行海洋生物资源养护、海洋环境保护、科学研究联合等合作义务,海平面上升正是南海环境保护和科学研究问题,南海周边国家就应对海平面上升问题进行区域合作存在必要性、可能性,在国际海洋法的发展进程中,因为国家的特殊的地理特征或者历史传统从

而创设国际习惯法的先例屡见不鲜,例如印度尼西亚、菲律宾等国家创设了群岛国制度,挪威一国就创立了直线基线制度等,上述的先例相继通过海洋立法和国际司法判决等方式确定了在世界范围内的法律拘束力,通过创设国际习惯法维护海平面上升情形下中国南海权益亦具有可行性。

六、结语

气候变化所引发的全球变暖、海啸、台风等极端自然现象不断侵蚀着低地国家的陆地区域,受到历史累积因素的影响,海平面上升这一问题在很长一段时间内不可逆转,可能使得部分群岛国家或者大陆国家的远洋群岛被不断上升的海平面所淹没,威胁到各国已经公布或者尚未确定的基线,从而影响一国可以主张的国家管辖海域范围和相邻或者相向国家的海域划界协议。全球变暖是全人类造成的,被淹没国家只是受害者,如果因此剥夺他们因为被淹没陆地而产生的国家管辖海域范围权益,于情于理,都不适宜。^[26]

当前南海区域因其面临着独特的地理环境、复杂的领域主权纠纷及尚未公布南沙群岛基线的三重困境,更加具有维护海洋权益的紧迫性。南海仲裁案的发生使得南海问题的解决遭遇了障碍,中国在积极呼吁南海争议各国积极谈判促进南海问题和平解决的同时,也应考虑,一旦南海僵局始终无法打破,如何在海平面上升的客观情形下维护中国南海海域合法权益。

海平面上升已不再是虚幻缥缈的未来事物,其对于低地国家的生态破坏、淹没国家法律地位及气候难民等不利影响正在逐步显现,众多国际法学者一直对其保持了高度的关注,“陆地统治海洋”及“基线决定国家管辖海域范围”两大基本海洋法原则面临着现实挑战。结合南海权益保护的紧迫性,笔者赞同在当前南海海域除了在部分重要岛礁上进行必要的人工建设外,还应当联合南海周边各国就保护南海岛礁现状进行区域合作,或者国际社会为此特殊海域进行立法工作,而将其立法建议付诸实践,尚需要一段时间。但中国若能联合其他有类似困境的国家集体发声,至少可以引发世界范围内对此问题的持续关注,来自被淹没国家的压力至少可以督促各国积极探索被淹没国家管辖范围海域法律定位的全球性解决方案。

参考文献(References):

- [1] WILKINS J. Is sea level rise foreseeable? Does it matter? [J]. *Journal of Land Use & Environmental Law* 2010 26(2): 437-501.
- [2] IPCC. Intergovernmental panel on climate change [EB/OL]. [2017-04-07]. <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>.
- [3] International Law and Sea Level Rise Committee. Johannesburg conference(2016) [EB/OL]. [2017-04-07]. <https://www.google.com.hk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwj5ql7hjODUAhXEpZQKHwABrAQFgg-MAI&url=%2F68%2F74%2F74%2F70%2F73%2F3a%2F2f%2F69%2F6c%2F61%2F2e%2F76%2F65%2F74%2F74%2F6f%2F72%2F65%2F77%2F65%2F62%2F63%2F6f%2F6d%2F2f%2F53%2F74%2F6f%2F72%2F61%2F67%2F65%2F2f%2F44%2F6f%2F77%2F6e%2F6c%2F6f%2F61%2F64%2F2e%2F61%2F73%2F70%2F78%2F3f%2F44%2F62%2F53%2F74%2F6f%2F72%2F61%2F67%2F65%2F49%2F64%2F3d%2F39%2F33%2F36%2F26%2F53%2F74%2F6f%2F72%2F61%2F67%2F65%2F46%2F69%2F6c%2F65%2F47%2F75%2F69%2F64%2F3d%2F36%2F62%2F63%2F31%2F31%2F31%2F61%2F61%2F2d%2F61%2F66%2F33%2F31%2F2d%2F34%2F65%2F33%2F64%2F2d%2F38%2F34%2F62%2F63%2F2d%2F63%2F37%2F37%2F32%2F32%2F33%2F61%2F64%2F66%2F64%2F66%2F38&usq=AFQjCNFapIgcN-OSDQA0i2WthF0GiDKaUw>.
- [4] 国家海洋局. 2016年中国海平面公报 [EB/OL]. (2017-03-22) [2017-04-07]. http://www.soa.gov.cn/zwgk/hygb/zghpmgb/201703/t20170322_55304.html.
State Oceanic Administration. The communique of Chinese sea level(2016) [EB/OL]. (2017-03-22) [2017-04-07]. http://www.soa.gov.cn/zwgk/hygb/zghpmgb/201703/t20170322_55304.html. (in Chinese)
- [5] SCHOFIELD C. Rising waters, shrinking states: the potential impacts of sea level rise on claims to maritime jurisdiction [J]. *German Yearbook of International Law* 2011(53): 189-231.
- [6] FREESTONE D. The *Law of the Sea Convention* at 30: successes, challenges and new agendas [J]. *International Journal of Marine and Coastal Law* 2012 27(4): 675-682.
- [7] VIDAS D. Sea-level rise and international law: at the convergence of two epochs [J]. *Climate Law* 2014 4(1-2): 70-84.
- [8] Baselines under the International Law of the Sea Committee. Sofia conference(2012) [EB/OL]. [2017-04-07]. <http://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-4-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf>.
- [9] 陈贞如. 海平面上升对于海洋法公约基线制度之挑战及对南海岛屿主权争端可能之影响 [J]. *中华国际法与超国界法评论* 2015(2): 248-276.
CHEN Zhen-ru. The challenge of sea level rise to the baseline system of UNCLOS and the underlying impacts on the sovereignty over the islands in the South China Sea [J]. *Review of China's international law and beyond boundary law* 2015(2): 248-276. (in Chinese)
- [10] International Court of Justice. *North Sea Continental Shelf Cases* [EB/OL]. [2017-06-10]. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=295&code=cs2&p1=3&p2=3&case=52&k=cc&p3=5>.
- [11] International Court of Justice. Concerning maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain(*Qatar v. Bahrain*) [EB/OL]. [2017-06-10]. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/87/7029.pdf>.
- [12] SCHOFIELD C. Shifting limits: sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims [J]. *Carbon & Climate Law Review* 2009(4): 405-416.
- [13] TANAKA Y. The international law of the sea [M]. Cambridge: Cambridge University Press 2015: 117.
- [14] AUST A. Modern treaty law and practice [M]. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press 2013: 264.
- [15] 李金明. 南海争端和国际海洋法 [M]. 北京: 海洋出版社 2003: 5.
LI Jin-ming. The South China Sea dispute and the international law of the sea [M]. Beijing: China Ocean Press 2003: 5. (in Chinese)
- [16] 林廷辉. 论海平面上升对岛国海洋权利之影响 [J]. *台湾国际法季刊* 2012(2): 97-120.
LIN Ting-hui. The impact of rising sea levels on island countries' maritime rights [J]. *Taiwan International Law Quarterly* 2012(2): 97-120. (in Chinese)
- [17] 焦念志院士. 岛礁消失威胁中国海洋权益 [EB/OL]. (2013-03-06) [2017-04-07]. http://www.cas.cn/ys/ysjy/201303/t20130306_3787301.shtml.
Academician JIAO Nian-zhi: disappearance of islands and reefs threatens China's marine rights and interests [EB/OL]. (2013-03-06) [2017-04-07]. http://www.cas.cn/ys/ysjy/201303/t20130306_3787301.shtml. (in Chinese)
- [18] 黄靖文, 黄瑶. “南海仲裁案”历史性权利诉求管辖权问题评析 [J]. *太平洋学报* 2017 25(1): 17-27.
HUANG Jing-wen, HUANG Yao. The *South China Sea Arbitration*: comments on the jurisdiction of the historic rights [J]. *Pacific Journal* 2017 25(1): 17-27. (in Chinese)
- [19] 管建强. “南海仲裁案”后续法律应对的关键问题研究 [J]. *中国法学* 2016(5): 51-71.

- GUAN Jian-qiang. A study on the key issues of the subsequent legal responses to the *South China Sea Arbitration* [J]. *China Legal Science* 2016(5): 51-71. (in Chinese)
- [20] 胡德坤. 菲律宾“南海仲裁案”没有尊重领土归属的历史事实[J]. *边界与海洋研究* 2016(2): 51-71.
HU De-kun. Sino-Philippine *South China Sea Arbitration*: no respect for historic facts on territorial entitlement [J]. *Journal of Boundary and Ocean Studies* 2016(2): 51-71. (in Chinese)
- [21] 罗国强. 论“南海仲裁案”仲裁裁决的枉法性[J]. *当代法学* 2016, 30(6): 92-97.
LUO Guo-qiang. Discussion on the distortion and breath of the award of the *South China Sea Arbitration* [J]. *Contemporary Law Review* 2016, 30(6): 92-97. (in Chinese)
- [22] GAGAIN M. Climate change sea level rise and artificial islands: saving the maldives' statehood and maritime claims through the constitution of the oceans [J]. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2012, 23(1): 79-120.
- [23] 吴珊珊 张凤成. 日本离岛管理制度及其对我国的启示[J]. *世界地理研究* 2014, 23(4): 43-49.
WU Shan-shan ZHANG Feng-cheng. The management of Japanese outlying islands regime and its inspirations to China [J]. *World Regional Studies* 2014, 23(4): 43-49. (in Chinese)
- [24] 李秀石. 日本“离岛”立法对中日关系的影响与挑战[J]. *日本学刊* 2011(4): 101-114.
LI Xiu-shi. The impacts and challenge of the legislation on Japanese outlying islands to Sino-Japanese relation [J]. *Japanese Studies* 2011(4): 101-114. (in Chinese)
- [25] 马博. 审视南海岛礁建设法理性问题中的三个国际法维度[J]. *法学评论* 2015(6): 153-161.
MA Bo. Reviews on three international law dimensions about the jurisprudential issues on the improved islands [J]. *Law Review*, 2015(6): 153-161. (in Chinese)
- [26] 何志鹏 谢深情. 领土被海水完全淹没国家的国际法资格探究[J]. *东方法学* 2014(4): 82-93.
HE Zhi-peng XIE Shen-qing. The research on the international status of states submerged by the sea water [J]. *Oriental Law* 2014(4): 82-93. (in Chinese)

(上接第39页)

- [21] 胡正良 孙思琪. 海商法基础理论的内涵、研究现状与研究意义[J]. *中国海商法研究* 2017(1): 10.
HU Zheng-liang SUN Si-qi. The contents, status and significances of study of the basic theory of maritime law in China [J]. *Chinese Journal of Maritime Law* 2017(1): 10. (in Chinese)
- [22] 胡正良 於世成 郝丙贵. 《鹿特丹规则》影响与对策研究[M]. 北京: 北京大学出版社 2014: 53.
HU Zheng-liang YU Shi-cheng JIA Bing-gui. *Rotterdam Rules: consequences and countermeasures* [M]. Beijing: Peking University Press 2014: 53. (in Chinese)
- [23] 向在胜. 电子提单法律问题研究[M]. 北京: 中国方正出版社 2007: 23.
XIANG Zai-sheng. A study on the legal issues of electronic bills of lading [M]. Beijing: China Fangzheng Press 2007: 23. (in Chinese)