

# 仲裁案后中国应对南海争端的技术性路径与措施

宋杰 孙坤\*

**摘要：**在南海仲裁案裁决中，仲裁庭裁决南海断续线“非法”是建立在中国自身没有澄清该线法律性质和地位的前提和基础之上的。要推翻仲裁庭的裁决，中国只需要澄清该线的法律性质，指出该线与主权归属密切相关即可。中国宣告该线为“历史性群岛水域线”既能最大化自身在南海的权益，也能满足其他国家有关在此水域内航行自由和飞越自由的关切。中国一旦宣告该线为“历史性群岛水域线”，就有必要采取配套的技术性措施予以巩固，在线内水域积极确立并行使管辖权。

**关键词：**南海仲裁案；南海断续线；历史性群岛水域线；确立和行使管辖权

对于南海争端而言，2016年7月12日的南海仲裁案实体裁决无疑是一个节点式裁决。说其是一个节点，主要原因有两个：(1)尽管在政治上，我们有权宣称其是“一张废纸”，我们“不接受”并“不执行”，但在法律上和事实上，我们却无权制止国际社会其他成员拿该仲裁裁决说事。仲裁裁决作为一个客观存在的事实，可能需要我们一直去面对，去正视。(2)更重要的是，该仲裁裁决第一次宣告中国在南海所划南海断续线“非法”。考虑到南海断续线之于中国在南海的重要意义，以及对于解决南海争端的重要意义，有关南海断续线的裁决无疑是与中国利益相攸关且最不利的裁决。在仲裁裁决已然形成为客观存在的事实之后，我们应该如何有效应对、在应对中如何最大化地维护中国在南海的合法权益，恐怕是需要我们认真思考、谨慎应对的重大课题。

本文的目的，在于从技术性的角度，讨论中国在应对时可能采取的路径与具体措施。作为一种技术性应对，本文所提路径与措施，均是基于实践与操作的考量。文章将分为三部分。第一部分主要是讨论仲裁庭有关南海断续线“非法”部分的裁决的具体逻辑，从而为应对路径和措施的提出打好必要基础。第二部分，文章将提出应对的具体路径与措施。

\* 宋杰，法学博士，浙江工商大学法学院教授；孙坤，浙江工商大学国际法研究生；浙江杭州 310018。

最后是简要结论。

## 一、 仲裁庭裁决南海断续线“非法”的论证逻辑

### (一) 仲裁庭的论证逻辑

由于仲裁庭的裁决是在中国不参与的背景下做出的，只有一方即菲律宾参与了仲裁程序，这不能不导致仲裁庭在裁决过程中受到菲律宾所递交的诉求、证据等证明材料的影响，并由此导致其裁决逻辑非常明显地受到菲律宾的影响。因此，要理解仲裁庭有关南海断续线部分的裁决推理逻辑，首先需要了解菲律宾的相关诉求、其论证逻辑以及菲律宾就此提交和出示的相关证据。

菲律宾的第1、2项诉求涉及南海断续线合法性问题。<sup>①</sup>对于菲律宾而言，这两项诉求的实质是：菲律宾认为中国仅有权享有《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)所规定的权利；中国基于《公约》所享有的权利，包括中国在其地图上所标注的南海断续线内区域所享有的权利，是不能通过任何“历史性权利”加以补充或更改的。<sup>②</sup>

为了论证仲裁庭拥有对菲方上述诉求的管辖权，菲律宾分别从两个方面进行论证。一方面，菲律宾主张，中国并没有基于南海断续线而对线内的全部区域提出主权(sov<sup>er</sup>eignty)主张，相反，中国仅仅只主张“主权权利和管辖权”(sov<sup>er</sup>eign rights and jurisdiction)。菲律宾认为，在对中国有关南海的权利主张进行分析时，必须将“主权”和“主权权利与管辖权”进行区分，必须将“南海的岛屿和附属水域”与“相关水域”进行区分。另一方面，菲律宾认为，就“主权权利与管辖权”而言，则主要涉及中国所主张的“历史性权利”的性质与范围问题。菲律宾认为，中国所主张的“历史性权利”与主权无关。其认为，中国从未从“历史性所有权”即“主权”这个角度来对南海断续线内的权利进行主张，相反，中国一直主张的是“历史性权利”。但在《公约》制定之前，国际法是不允许中国对这么大的一块水域来主张该权利的；而在《公约》制定之后，相应的权利已经体现在领海、专属经济区等概念之中，已经为《公约》所吸收了。

为了证明中国在南海不存在“历史性权利”，菲律宾分别从历史、文献、学者论述等角度进行了论证。菲律宾认为，从历史角度来看，尽管中国主张对南海的权利“古已有之”，但是，中国在14、15和16世纪所实行的“海禁”政策，却有效地“自我”否定了此主张。而自16世纪起，对于欧洲国家和航海者在南海的航行及在南亚建立殖民地的行为，中国同样保持了沉默，没有提出抗议。从官方文件的角度来看，在1932年中国驻法使团针对法国所提出的外交备忘录中，中国曾明确地提到，“西沙群岛是中国领土的最南段”。而从学者论著的角度来看，菲律宾特别援引了“与政府有紧密联系”的学者的文章，即高

<sup>①</sup> 菲律宾的第1、2项诉求分别是：1. 中国在南海的海洋权利，同菲律宾在南海的海洋权利一样，不能超过《联合国海洋法公约》所明文允许的权利范围。2. 中国基于所称“九段线”而声称有关南海海域的主权管辖权和“历史性权利”违背了《联合国海洋法公约》，超过了公约所允许的地理范围和实体权利范围，因而没有法律效果。

<sup>②</sup> The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, p. 67, para. 169.

之国先生和贾兵兵教授 2013 年发表在《美国国际法杂志》上的相关论文。<sup>①</sup>

在中国拒绝出庭应诉, 缺乏中国的立场、观点和证明材料的背景下, 受菲律宾上述论证逻辑影响, 仲裁庭认为, 根据中国 2006 年所发表的有关“排除性声明”, 为了确定自身是否拥有对菲律宾第 1、2 项诉求的管辖权, 关键是证明中国是否在南海主张过“历史性所有权”(historic title)。仲裁庭认为, 《公约》第 298(1)(a)(i) 条涉及“历史性所有权”(中国排除性声明所涉条款之一)<sup>②</sup>为中国在南海权利诉求的本质问题。就此问题而言, 仲裁庭首先指出, 关于此问题, 应“由中国来决定其海洋权利诉求的范围”。然而, 仲裁庭发现, 中国除了主张对南海断续线内的岛屿和附属水域的主权外, 还主张“在长期历史中形成的相关权利”。由于中国的诉求非常模糊, 这一诉求的本质到底是否属于“历史性所有权”, 直接关乎仲裁庭是否拥有管辖权的问题, 因此, 仲裁庭有必要“主动”确定中国在南海断续线内诉求的本质问题。<sup>③</sup>

正是在此基础上, 仲裁庭通过对中国在南海断续线内的勘探活动的考察、对中国所颁布的有关禁渔令的研究, 及对中国外交部确认他在南海断续线内航行自由和飞越自由权利的解读, 认为中国并未将南海断续线内的水域作为领海或内水对待, 中国在南海断续线内仅对于生物资源和非生物资源主张了相应的权利主张(除了对岛屿及附属水域的主权主张外)。<sup>④</sup> 换言之, 中国虽然在南海划定了南海断续线, 但并没有基于该线而主张历史性所有权, 而仅仅只主张无所有权属性的历史性权利(historic right short of title)。<sup>⑤</sup> 绝大多数时候, 中国在南海基于南海断续线主张的权利都是“历史性权利”, 而非“历史性所有权”。唯有的一次例外, 是 2011 年 7 月 6 日的备忘录。但对于此备忘录, 仲裁庭的解读是, 这更可能是翻译的错误, 或者并非精确使用的一种情形。其并不能被解释为中国对南海断续线内的整个南海海域主张主权。<sup>⑥</sup> 因此, 对于菲律宾的这两项诉求, 仲裁庭是有管辖权的。

接下来, 针对菲律宾诉求的实体问题, 仲裁庭通过对整个海洋法相关公约的起草和制定历史的详细考察指出, 中国基于南海断续线所主张的权利范围极为有限的所谓“历史性权利”, 在《公约》的起草和制定过程中, 已经先后为专属经济区、大陆架等不同的海域制

① The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, pp. 79-83, paras. 189-199.

② It reads: “1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State may, without prejudice to the obligations arising under section 1, declare in writing that it does not accept any one or more of the procedures provided for in section 2 with respect to one or more of the following categories of disputes: (a) (i) disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles, provided that a State having made such a declaration shall, when such a dispute arises subsequent to the entry into force of this Convention and where no agreement within a reasonable period of time is reached in negotiations between the parties, at the request of any party to the dispute, accept submission of the matter to conciliation under Annex V, section 2; and provided further that any dispute that necessarily involves the concurrent consideration of any unsettled dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory shall be excluded from such submission.”

③ The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, p. 86, para. 206.

④ Ibid., pp. 86-92, paras. 207-214.

⑤ Ibid., p. 97, para. 229.

⑥ Ibid., pp. 96-97, para. 227.

度所吸收。因此，仲裁庭认为，中国批准《公约》之后，只能基于《公约》的规定而在南海主张相应的海域权利。中国主张在南海断续线内的生物和非生物资源的历史性权利，其主张的海域范围显然已超过《公约》所规定的相应范围，因而并不符合《公约》相关规定。<sup>①</sup>

因此，仲裁庭最终裁决称，就菲律宾的第2项诉求而言，根据《公约》的规定和限制，中国基于南海断续线而主张的历史性权利，或主权权利和管辖权，已经构成了对《公约》的违背。中国在根据《公约》而主张对南海的海洋权利时，无权超越《公约》有关地理的和实质性的限制；即使有了相关主张，也没有任何法律效果。<sup>②</sup>

## （二）仲裁庭论证逻辑的两大缺陷

通过对仲裁庭上述论证逻辑的考察可以看出，在裁决中国所划定南海断续线“不合法”的问题上，仲裁庭是建立在如下重要基础之上的，那就是，中国尽管划定了南海断续线，却从来没有基于南海断续线而主张“主权”或历史性所有权，相反，中国一直主张的是“主权权利和管辖权”。“主权权利和管辖权”既不同于“主权”，也不同于“历史性所有权”，其与主权诉求无关。在仲裁庭看来，中国没有对南海断续线内的区域主张“历史性所有权”的主要表征就是：中国从来没有将南海断续线内的水域宣称为领海甚至内水。因此，尽管中国基于南海断续线而声称自己在线内享有“历史性权利”，但“历史性权利”不等于“历史性所有权”。反过来说，一旦中国将南海断续线主张为“主权”，宣称南海断续线内的权利为“历史性所有权”，甚至更进一步，宣称线内水域为领海甚至内水，基于中国2006年所发表的排除性声明，仲裁庭将无权裁决菲律宾的第1项诉求和第2项诉求，更遑论宣称南海断续线为非法了。

由此能看出，在仲裁庭的上述论证逻辑中，至少存在两个明显的法律上的缺陷：

第一个缺陷是，尽管其认为中国并没有就南海断续线的本质进行过明确的澄清，没有对南海断续线的法律性质和地位进行过解释——仲裁庭的此见解倒不存在重大问题，而是比较接近于“事实”——但是，即使如此，考虑到南海断续线之于中国的重要意义，其划定的时代背景（是在《公约》制定之前）、其存续的历史和各国在不同阶段对此线的不同反应（尤其值得重视的就是菲律宾在不同阶段对此线的不同反应），<sup>③</sup> 以及其在南海争端中的重要性非同小可的背景，仲裁庭也不应该越俎代庖，主动承担替中国澄清的职责。

第二个缺陷就是，仲裁庭将“历史性所有权”与“历史性权利”截然对立，认为中国对南海断续线内的海域仅主张“历史性权利”，而从来没有主张“历史性所有权”；中国在主张“历史性权利”时，相关主张不具有主张“所有权”的属性。而在解释“历史性权利”时，仲裁庭明显地对“历史性权利”进行了严格的狭义上的解释。尽管仲裁庭在解释“历史性权利”时也承认，“历史性权利”可以包含主权，<sup>④</sup> 但在解释中国在南海断续线内的“历史性

<sup>①</sup> The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, pp. 97-116, paras. 230-275.

<sup>②</sup> Ibid., p. 117, para. 278.

<sup>③</sup> 关于菲律宾在不同阶段的不同表现，以及其介入南海的相关过程，参见宋杰、许望：《越南、菲律宾介入南海的背景与法律对策》，《楚天法学》2015年第4期，第18—19页。

<sup>④</sup> The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, p. 96, para. 225.

权利”时，却完全排除了此种可能性。

## 二、 应对的技术性路径与措施

在南海断续线已经被仲裁庭裁决为“非法”之后，除了在政治上、法律上对仲裁庭的裁决与推理进行批驳之外，对于中国而言，在行动层面，又该如何应对呢？毕竟，从争端的解决和利益的维护角度来看，实际行动和实践才是最重要的。

笔者认为，中国在考虑应对措施和决定采取相关行动的时候，准确把握仲裁庭的裁决逻辑非常重要。只有准确把握住了其裁决逻辑，抓住其裁决逻辑的内在缺陷与不足，有的放矢，才能有效和充分地维护中国在南海的相关法律权利。

基于仲裁庭裁决推理的上述不足，笔者的应对建议是，中国与其花费大量人力和财力去论证仲裁裁决的各种不足与缺陷，不如抓住根本，聚焦仲裁裁决的致命缺陷，釜底抽薪地直接宣告南海断续线具有“历史性所有权”和主权的属性。这样做的好处就在于：相当于直接、彻底地否定了仲裁庭的论证基础，在法律上和事实上宣告了仲裁庭裁决根基的缺失。一旦能够成功地表明仲裁庭裁决根基的缺失，裁决的无效也就不证自明了。与此同时，中国还可利用此机会重新为南海断续线布局，通过布局来为南海权益的维护打好坚实的法律基础。否则，一旦各国普遍“积重难返”地接受了仲裁庭有关南海断续线为“非法”的观点，中国就失去了重要的战略机遇，很难再有“扳回”南海断续线“合法”的良机。那样的话，中国在南海的战略与利益的维护，恐怕会陷入非常困难的境地。

### （一）根本性应对措施：釜底抽薪

作为一种釜底抽薪式的应对路径，中国宜抓住机会，明确地向国际社会宣告：我国在南海所划定的南海断续线具有“历史性所有权”的属性，与主权归属密不可分。

中菲之间的争端，实质上是围绕中国在南海所划定的南海断续线内水域和岛礁归属的争端。由于中国一直没有从法律层面详细、清楚地澄清过自身在南海断续线的法律性质和地位，以及中国在此线内所享有的具体历史性权利的性质、范围与具体内容，<sup>①</sup>从而一方面给了他国以有机可乘的空间，另一方面也给了仲裁庭裁决触碰南海断续线合法性的机会。一旦我们能够宣告、澄清此线的法律性质与地位，尤其是其具有“历史性所有权”的属性，则无论是菲律宾的第1、2项诉求也好，还是仲裁庭裁决南海断续线“非法”也好，都将失去必要的屏障与依据，自然也就站不住脚了。

长期以来，在有关南海断续线的法律性质和地位问题上，中国确实一直刻意保持模糊。也正因为在此问题上保持模糊，导致学者对于南海断续线的解释五花八门。其中，将

<sup>①</sup> 外交部在2016年7月12日发表的题为《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》中指出：“中国在南海的领土主权和海洋权益包括：（一）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；（二）中国南海诸岛拥有内水、领海和毗连区；（三）中国南海诸岛拥有专属经济区和大陆架；（四）中国在南海拥有历史性权利。”尽管如此，本声明依然没有澄清九段线的法律性质与地位。关于外交部的上述声明，参见：[http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/1179\\_674909/t1380021.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/t1380021.shtml)，登录时间：2017年5月14日。

南海断续线解释为“历史性权利线”的观点明显占据了上风。<sup>①</sup>然而，事实证明，此种过于保守的论点，明显不适应中国有效维护在南海断续线内的合法权益的需要。因此，在南海断续线的定性上，我们需要打开思路，拿出勇气和行动，走出新的实践。

那么，该如何宣称南海断续线具有“历史性所有权”的属性呢？

笔者认为，在澄清南海断续线的法律性质和地位的时候，一方面，我们应坚持自身利益在此线内的最大化；另一方面，还要保证此线具有一定的“弹性”，能够满足其他国家在此线内航行和飞越自由的现状。具体而言就是，宣告南海断续线内的南海水域为中国的历史性群岛水域线、强调南海断续线即为疆域确定线，既是现阶段应对仲裁庭裁决的最好选择，也是现在和将来维护中国在南海权益的最佳选择。

宣告南海断续线为历史性群岛水域线的意义和必要性在于：只有中国成功地证明南海断续线具有“历史性所有权”的功能，仲裁庭有关南海断续线裁决的部分才会无效，变得没有任何法律意义，不能产生相应的法律效果；并且，仲裁庭据以确立的管辖权也将不复存在。历史性群岛水域线正具有此功能。

将南海断续线解释为历史性群岛水域线的好处在于：此概念既脱胎于《公约》，又在很大程度上超越了《公约》，并能满足中国在南海所享有的历史性所有权的需要。说其脱胎于《公约》，是因为《公约》本身规定了“群岛水域”这一概念；说其超脱于《公约》，则是因为：一方面，《公约》只规定了群岛水域这个概念，而没有明确规定历史性群岛水域这个概念；另一方面，《公约》本身也不禁止国家提出此概念。海洋法是一个不断发展的体系，推动这个体系向前发展的主要动力是国家——国家通过自身实践，推动和丰富海洋法的相关内涵。因此，《公约》只是海洋法发展之中的一个过程，《公约》本身并不意味着海洋法的发展“到此为止”。

历史性群岛水域概念能够很好地弥补群岛水域概念之于中国南海权益保护的先天不足：因为根据《公约》对有关群岛水域的规定与限制，群岛水域所包围的水域面积和陆地面积比例有严格限制，同时，群岛水域基线的长度也有严格限制；<sup>②</sup>但对于历史性群岛水域而言，由于公约并没有规定此概念，因此，适用于群岛水域的相关限制，对于历史性群岛水域而言，则是不适用的。

而从历史性所有权角度来看，一方面，历史性群岛水域中所包括的“历史性”这个前缀清楚地表明了中国在南海所享有的历史性所有权的客观存在；另一方面，历史性群岛水域线系疆域确定线也清楚地昭示了其在主权和所有权归属上的根本价值与功能。

历史性群岛水域线也能很好地满足其他国家所主张的在南海水域及其上空的航行自由和飞越自由。毋庸置疑的是，在南海一定的海域和空域内，其他国家船舶和飞机享有航行

<sup>①</sup> 具有讽刺意味的就是，此种观点恰恰被菲律宾在仲裁案中作为支撑其观点的“证据”之一在使用。The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016, p. 79, para. 190, footnote 163 especially.

<sup>②</sup> 关于此种限制，参见《联合国海洋法公约》第47条的规定。

自由和飞越自由。<sup>①</sup> 根据《公约》有关群岛水域地位的规定,<sup>②</sup> 其他国家在群岛水域及其上空享有一定的航行和飞越自由。对于历史性群岛水域而言,关于其他国家在一定水域内的航行自由以及在水域上空的飞越自由,完全可以比照群岛水域的相关规定予以承认和尊重。因此,在既存实践的基础上,将南海断续线内的水域宣告为我国的历史性群岛水域,并不影响和妨碍其他国家在南海这一中国的历史性群岛水域及其上空同样享有一定的航行自由和飞越自由。就此意义而言,就目前有关南海断续线的不同学说来看,是没有哪种学说能比历史性群岛水域线这个主张更能在中国利益的最大化和尊重其他国家既存的在南海的航行自由和飞越自由的权利之间维持更好的平衡的。

然而,我们必须同时认识到,一方面,其他国家在南海这一中国历史性群岛水域内及其上空享有一定的航行自由和飞越自由,另一方面,此种自由却不是毫无限制的,而是应该遵循中国的相关要求和规定。同群岛水域一样,中国既有权在南海断续线所包围的这一中国历史性群岛水域内划定内水、历史性群岛水域等不同的水域,也有权在此水域内指定适当的海道和其上的空中航道。其他国家船舶和飞机所享有的航行自由和飞越自由,只能限于在历史性群岛水域内水之外的水域,或我国特意指定的海道和空中航道之内,而不能在此水域的内水范围之内,或禁止进入的其他水域和上空行使航行自由或飞越自由的权利。为此目的,在条件成熟的时候,中国可专门在南海断续线所包围的此历史性群岛水域内指定相应的用于他国行使航行自由和飞越自由的特定海道和航道。

可能有人会质疑,认为历史性群岛水域线这一理论“于法无据”。笔者认为,对于历史性群岛水域的“法律依据”,必须从两个方面进行考虑:一方面,《联合国海洋法公约》并不禁止中国提出此概念,也不禁止中国通过自身实践来对公约进行发展。公约的缔结并不意味着海洋法领域规则的发展到此为止。另一方面,中国对公约的此种发展也符合国际法规则发展的三个阶段理论。<sup>③</sup>

国际法规则发展三个阶段理论认为,国际法规则的发展,一般都会经历三个阶段,分别是规则的出现阶段(Norm emergence),规则的扩散阶段(Norm cascade)和规则的国际化阶段(Internalization)。规则的出现首先源自于个别国家的实践;规则的扩散则意味着其他国家“第一个吃螃蟹国家”的跟进;国际化阶段则意味着相关规则要么已经形成为普遍的国际习惯,要么已经被制定进了多边国际条约之中。在国际法规则发展的这三个阶段中,最重要的阶段,其实是第一个阶段。没有第一个国家的“开创性实践”,就既不存在后续国家的跟进问题,也不存在相关规则最后“国际化”的问题。正是在此意义上,我们可以说,国家实践才是国际法规则制定、发展和演变的引擎。国际法规则从来就不是“一

① 外交部在2016年7月12日发表的《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》中指出,“中国尊重和支持各国依据国际法在南海享有的航行和飞越自由,愿与其他沿岸国和国际社会合作,维护南海国际航运通道的安全和畅通”。

② 参见《联合国海洋法公约》第53条的规定。

③ 国际法发展的“三阶段”理论是费力摩和森金克于1998年提出的理论。See Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, International Norm Dynamics and Political Change, International Organization, 1998, 52(4), pp. 895-905.

潭死水”，而是始终处于一个动态发展和变化的过程之中。国家通过自身实践不断地为国际法的发展与演变添砖加瓦。

从国际层面和他国发展经验来看，在国际舞台上拥有话语权的国家，基本上都属于在国际规则的形成和发展中第一个“吃螃蟹”者。一个国家，在追逐和维护自身利益的过程中，在现有规则不能满足自身利益需要时，一定要有勇气去创设新的规则，只要该新规则不为现有规则明文禁止即可。就此意义而言，历史性群岛水域线完全符合这些要求。

就新规则的创设而言，新规则的产生，一般主要存在于两种情形：新规则为现行规则所允许；新规则并不为现行规则所禁止。就历史性群岛水域线这个新规则而言，其明显地属于后一种情形。《联合国海洋法公约》本身并不禁止国家提出此新概念。

## （二）配套的“辅助性”措施

一旦中国决定宣告南海断续线为历史性群岛水域线，在技术层面，还需要采取系列配套性措施，处理好相关细节：

一是南沙群岛等四大群岛的表述。笔者认为，作为支撑和配合南海断续线为“历史性群岛水域线”的需要，对于南海四大群岛，在表述上，我们应该突出东沙群岛、中沙群岛、西沙群岛和南沙群岛的整体性。就此意义而言，从对外宣传的角度来看，无论是直接采用汉语拼音的方式（如 Xisha Qundao），还是采用其英文名称的方式，可能都不太妥当，不利于自身利益的表达和维护。建议采用拼音和英文结合的方式，如将南沙群岛翻译为“Nansha Archipelago”。

二是建议中国分别发表一份宣告和一份声明。宣告是有关四大群岛法律地位的，声明是关于南海断续线法律性质和地位的。

三是在外交交涉和国内报道、学术研究中不再使用“历史性权利”这个概念来描述自身在南海的权利，而是用“历史性所有权”这个概念。而在从历史角度论证相应的所有权时，中国应注意甄别如下几点，即历史记载不完全等于历史事实，历史事实不完全等于历史证据，历史证据也不完全等于法庭证据。我们有必要从凸显实际管理和控制的角度对相关历史资料进行分类整理，并赋予不同的历史资料以不同的效力。在这方面，我们尤其需要更加精细和精致的思维。

## （三）在南海断续线内确立和行使管辖权

在完成了上述步骤之后，我们还有必要在南海断续线内确立和行使相应的管辖权。之所以如此，是因为管辖权是主权的象征，是国家主权的具体体现和实现。既然南海断续线是历史性群岛水域线，线内的岛屿和水域我国均享有主权，那么，通过确立和行使管辖权来彰显和实现我国在此水域内的主权，就既很重要也非常必要。

从管辖权的确立角度来看，尽管我国在 2013 年修订了《中华人民共和国渔业法》，并且有其中第 8 条的规定，即“外国人、外国渔业船舶进入中华人民共和国管辖水域，从事渔业生产或者渔业资源调查活动，必须经国务院有关主管部门批准”，以及第 46 条的规定，“外国人、外国渔船违反本法规定，擅自进入中华人民共和国管辖水域从事渔业生产和渔业资源调查活动的，责令其离开或者将其驱逐，可以没收渔获物、渔具，并处五十万

元以下的罚款；情节严重的，可以没收渔船；构成犯罪的，依法追究刑事责任，”但不足同样非常明显。一方面，其并没有明确规定法案的适用范围。尽管根据第2条的规定，法案适用于“在中华人民共和国的内水、滩涂、领海、专属经济区以及中华人民共和国管辖的一切其他海域”，但由于没有对“管辖的一切其他海域”进行定义，其能否适用于南海断续线内的整个南海海域，是非常不确定的。这样模糊的规定，不免让具体的执法机关在实践中“无所适从”。另一方面，第46条虽然列举了一些处罚措施，但由于没有进行更细致的规定，例如，哪些行为适用“没收”，哪些行为应适用“罚款”，哪些行为应启动刑事问责，这些都语焉不详。这样的话，这一规定，在实践层面就很容易变得无法具体操作。因此，从立法性管辖权即管辖权的确立角度来看，我国有必要对包括渔业法、刑法等在内的法律进行综合性修改，确立立体性的立法管辖权体系。

从管辖权的实际行使即执行性管辖权的角度来看，我国的相关实践同样存在严重不足。一方面，我们可以发现，周边国家在争议海域频频针对中国渔民等进行执法，对中国渔民进行罚款、拘留甚至刑事判刑；另一方面，我国却罕见对对方渔民采取对等的“报复”措施，包括罚款、行政拘留、刑事审判措施等。甚至对于非法进入我国南海海域捕鱼的外国渔船和渔民，即便其非法行为已经构成了犯罪，如采取毒、炸等方式捕鱼，根据刑法第340条的规定，构成了刑事犯罪，我国却几乎没有行使刑事管辖权。对于外国船只和人员在南海海域的环境污染等其他犯罪，我国同样没有行使刑事管辖权。此外，在南海海域发生的贩卖毒品犯罪、走私犯罪、环境污染犯罪，以及外国船舶、人员侵犯我国公民人身和财产权益的犯罪也很常见，同样罕见我国启动相关的行政和刑事管辖机制。<sup>①</sup>不积极行使管辖权一方面不利于我国彰显和夯实我国在南海争议海域的主权主张，另一方面也无法有效地证明我国对相关争议海域的管理和控制已经达到了“有效管理”和“实际控制”的程度。此种状态显然完全不利于我国有效地将南海断续线宣告为“历史性群岛水域线”。

因此，针对上述不足，一方面，我国有必要及时修改包括渔业法和刑法等在内的相应法律规定，既要扩大该法律的适用范围，使其能有效地适用于我国主张主权权利的所有海域，还要细化相应的管辖内容，针对不同的违法和犯罪事实，规定程度不同的行政、刑事处罚措施，以及相应的处罚程序；另一方面，一旦法律修改完成，相应的主管机关，则应积极地在这些海域行使相应的管辖权，包括行政管辖权、刑事管辖权等。只有立法管辖权和执行管辖权“齐头并举”，我国海洋权益才能得到有效维护，自身主权主张才能最终得以实现。

### 三、结束语

建设海洋强国是我国近年提出的一个重要战略目标。然而，南海仲裁案裁决的出台，

<sup>①</sup> 关于此方面的相关研究，童伟华：《南海海域刑事管辖问题研究》，《河南财经政法大学学报》2013年第3期；任洪涛：《论南海海域环境保护管辖的冲突与协调》，《河北法学》2016年第6期；李金明：《清朝政府在南海行使主权和管辖权》，《南海学刊》2015年第3期；张磊：《论有效管辖视野下我国历史上的南海管控》，《海南师范大学学报(社会科学版)》，2016年第2期等。然而，这些文章有两个共同的不足：一方面没有从管辖权作为主权的象征这个角度去考虑在南海的管辖权问题；另一方面，没有对管辖权的确立和管辖权的实际行使进行明确区分。

以及周边国家对南海的虎视眈眈，注定了我国这一战略目标的实现任重而道远。即使如此，考虑到南海对于实现这一重要战略目标的意義，以及南海断续线作为“祖业”之于中国的重要意義，无论是对于仲裁裁决也好，还是对于他国的不断挑衅也好，我们都有必要高度重视，积极而妥善地应对。

就南海仲裁案裁决而言，此裁决的最重要内容，在于其有关南海断续线“非法”的宣告。然而，正如前文分析所指出的，仲裁庭此裁决明显地属于越俎代庖。中国反击此裁决的最有效路径，莫过于宣告南海断续线具有“历史性所有权”的属性，与主权归属密不可分。在此应对逻辑下，宣告南海断续线为“历史性群岛水域线”是最能有效维护中国在南海利益的战略选择。“历史性群岛水域线”不仅能最大化中国在南海的权益，而且能较好地满足其他国家有关在此水域内的航行自由和飞越自由的高度关切。

一旦宣告了南海断续线为“历史性群岛水域线”，中国还有必要采取系列配套的技术性措施，如重新确定南海四大群岛的英文表述，以及“历史性权利”的避免使用等。同时，中国还有必要在南海断续线内积极确立和行使包括刑事管辖权在内的立体性管辖权。这既有利于他国确认和巩固南海断续线为“历史性群岛水域线”的认知，也有利于我国强化自身在争议海域的主权主张。因此，我国有必要采取相应的立法和执法行动，在争议海域积极确立并积极行使包括行政管辖权、刑事管辖权等在内的立体性管辖权。

## Copying with the Dispute after the South China Sea Arbitration: The “Technical” Approach and Countermeasures

SONG Jie & SUN Kun (Zhejiang Gongshang University)

**Abstract:** In the China-Philippine South Sea arbitration, the arbitral tribunal's award that the nine-dash line is “illegal” was contingent upon the unclear prerequisite and basis of the line's legal nature as well as its status China provided for. In order to overturn the tribunal's award, China shall only need to clarify the legal nature of the nine-dash line, to demonstrate the inalienable close connection between the line and its sovereignty. China's declaration on the nine-dash line as a “historic archipelago waterline” will not only maximize its national interests in the South China Sea but will also respond to other countries' concerns on the freedom of navigation and the freedom of the air in this area. Once China declares the line as a “historic archipelagic waterline”, technical measures are necessary to be undertaken for consolidation and the jurisdiction over the waters within the line is also necessary to be established and exercised vigorously.

**Key words:** South China Sea Arbitration; nine-dash line; historic archipelago waterline; establish and exercise the jurisdiction