

试论航行自由的历史演进

张小奕*

摘要：格劳秀斯在17世纪初提出的航行自由理念，结束了长久以来的海洋割据和垄断局面，开辟了海上航行的新格局。第三次联合国海洋法会议是发展航行自由概念的又一重要契机。在传承航行自由核心理念的基础上，1982年《联合国海洋法公约》进一步完善了航行自由制度：最终确认了内陆国的航行自由；将主权水域中的航行权由单一的无害通过权扩充至无害通过权、过境通行权、群岛海道通过权三类；从公海航行自由中衍生出专属经济区中的航行自由这一新型制度，还对原有的公海航行自由进行了“量”和“质”的压缩。届时，航行自由已经发展成为以公海航行自由和国家管辖水域中的航行自由为内容的综合性制度。

关键词：航行自由 航行权 海洋自由论 公海自由

航行自由是海洋法的一项基本原则，它不仅是早期海洋大国进行海外殖民扩张、建立海权帝国的依托，也是发展中国家对外交流和国际贸易的重要保障。航行自由在国际法中的重要地位不可撼动，但是这项重要原则的含义究竟是什么呢？国际社会并没有清楚的认知。长久以来，航行自由只作为一个常识性概念在条约、论著、会议、外交等多个场合运用。^①然而，近年来，航行自由频频成为一些国家侵犯其他沿海国海洋权益的堂而皇之的借口。如2001年的“中美撞机事件”和2009年的“无瑕号事件”等，美国都在航行自由上玩文字游戏。从2010年开始，“航行自由”又成为美国向亚太地区进行战略转移的号角。就在2014年2月5日，美国助理国务卿丹

* 国家海洋局海洋发展战略研究所助理研究员，法学博士。本文是2013年度国家社会科学基金项目“国际海洋法在南海争端中的适用及其局限问题研究”（13BFX161）阶段性成果。

① 条约如：1982年《联合国海洋法公约》第36条、第38条、第58条、第87条；1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第4条第12款。1997年《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》第27条第3款。论著如：R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999); D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea* (Oxford: Clarendon press, 1984); Rene-Jean Dupuy & Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1991); Philipp Wendel, *State Responsibility for Interferences with the Freedom of Navigation in Public International Law* (Berlin: Springer press, 2007); Adam Weinrit, *Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* (London: CRC press 2013)。在外交和会议方面，美国在多个场合公开谈论航行自由，如：2010年7月23日，在东盟地区论坛外长会议上，美国国务卿希拉里就提出，美国在南中国海的航行自由方面存在“国家利益”；2011年11月11日，在亚太经合组织领导人非正式会议上，希拉里表示南海的航行自由议题需要美国领导；2012年1月初，美国总统奥巴马又向各国公布了2012年美国国防战略报告，声明美军将把战略部署的重点转移到亚太地区，理由之一就是为了保护航行自由这项重要利益。此外，美国还在多个其他场合提及航行自由，如：2014年4月25日，美国和日本发表的《塑造亚太及以外的未来》(Shaping the Future of the Asia-Pacific and Beyond) 联合声明；2014年4月27日，美国总统奥巴马与马来西亚总理纳吉布的联合新闻发布会，等等。

尼·拉塞尔 (Daniel Russel) 在众议院听证会上就再次郑重地宣布：“美国在……东中国海和南中国海的航行自由存在国家利益。”^① 与此形成鲜明对比的是，美国在其发起的“防扩散安全倡议”行动中，多次干扰他国商船在公海上的正常航行，实施海上拦截和搜查扣押，却只字未提“航行自由”。“航行自由”似乎已经成为以美国为代表的海洋大国趋利避害、推行全球霸权的遮羞布。在这种背景下，研究航行自由的发展演进过程，揭示其真正含义，具有重要的现实意义。

一 海洋自由原则的确立

(一) 远古和中古时期的海洋割据

远古时期，地中海沿岸的小国曾为地中海的统治权展开过激烈的争夺。^② 首先对海洋的法律性质进行思考的是古罗马人。古罗马人认为，海洋和空气都是“共有物” (res omnium communes)，而非“无主物” (res nullius)，并将此原则编入《查士丁尼法典》，成为罗马法的一部分。但是，罗马法时期所称的“海洋对任何人开放”，实际上仅指对罗马公民开放，并非对所有人都开放使用。^③ 当时罗马已经吞并地中海周边国家，地中海成为罗马的内海。罗马帝国时期主张的海洋自由，实际上服务于罗马帝国的霸权主张，与当今国际法上的海洋自由原则是有区别的。

罗马帝国覆灭后，战争成为欧洲的常态，各国纷纷主张对邻近海域的主权主张。例如，威尼斯主张对亚得里亚海 (Adriatic Sea)，热那亚对利古里亚海 (the Ligurian Sea)，丹麦、瑞典和波兰对波罗的海 (Baltic Sea) 都提出了主权主张，英格兰则对其自行定义的不列颠海 (British Seas) 主张主权。^④ 在一国主张主权的海域中，其他国家船舶须缴纳一定税费才得通过此海域，并获得海上安全保障，这种制度对于当时的海上贸易和运输安全，起到了积极的作用。^⑤

海洋的瓜分在葡萄牙和西班牙地理大发现之后达到高峰。1493年5月4日教皇亚历山大六世 (Pope Alexander VI) 颁布法令，从北极到南极划一条直线，该线以西属西班牙，以东属葡萄牙。1494年6月7日，葡萄牙与西班牙再行签署《拖底西拉斯条约》 (Treaty of Tordesillas of 1494)，

① Maritime Disputes in East Asia, Testimony of Daniel Russel, Before the House Committee on Foreign Affairs Subcommittee on Asian and the Pacific, Wednesday, Feb. 5, 2014, <http://www.state.gov/p/eap/rls/rm/2014/02/221293.htm> (last visited April 22, 2014).

② 根据亚里士多德的记载，早在公元前15世纪，克里特和麦诺斯就曾获得海域和各岛屿的统治权。古希腊的城邦，尤其是雅典和斯巴达，也曾争夺过海域的主权。The Politics [circa 350 BCE] [CUP Cambridge reprinted 1988], see also Andree Kirchner, *History of Law of the Sea*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], <http://opil.ouplaw.com/home/epil> (last visited March 25, 2014).

③ See Andree Kirchner, *History of Law of the Sea*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], <http://opil.ouplaw.com/home/epil> (last visited March 25, 2014).

④ *Id.*

⑤ Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman publishers, 9th edn, 1996), p. 720.

规定：沿着佛得角群岛 370 里格（League）之子午线，将南半球分成两半，双方议定将该线以东以及巴西归属葡萄牙，该线以西则归西班牙。双方约定，葡萄牙在印度洋、南大西洋，西班牙在西大西洋、墨西哥湾和太平洋享有专属的航行权，有权对外国船只征收通行费，也有权限制或禁止外国船舶的通行，禁止或限制外国渔船捕鱼。

（二）“海洋自由论” 的接受

17 世纪，荷兰强权的兴起使海洋的权利格局又发生了转折。1603 年 2 月，荷兰东印度公司在马六甲海峡捕获葡萄牙船只“卡瑟琳娜号”（The Catharina），引发了一场公平性论战。时年 21 岁的格劳秀斯（Hugo Grotius）担任荷兰的律师，撰写《捕获法和战利法适用凯瑟琳号的评论》一书，为荷兰的立场辩护。闻名于世的“海洋自由论”（*Mare Liberum*）正是此书的第十二章。

格劳秀斯“海洋自由论”最初的目的是论证荷兰享有前往印度从事商业贸易的权利。格劳秀斯首先从海洋的法律性质着手，认为海洋是取之不尽、用之不竭、不可占领的人类共有物，任何国家不得对海洋提出要求，海洋应向所有国家开放，由所有国家平等使用；接着，他又提出，人类间的相互交往和贸易是人类社会的自然需求，妨碍这一交往的行为“冒犯了自然本身”；^①正是因为人类之间有进行交往和交换的自然需要，即使远隔重洋，人们也可以通过行使航行权而建立相互的联系。^②正是基于以上两点正义性基础，所有国家都应当享有利用海洋进行航行和运输的自然权利。

“海洋自由论”在提出之时并未立刻获得国际社会其他成员的呼应。主张对波罗的海和北海拥有主权的丹麦、主张对亚得里亚海拥有主权的威尼斯以及对里古里亚海拥有主权的热那亚，对格劳秀斯的理论并无兴趣。坚持“不列颠海”主权的英格兰对“海洋自由论”尤其反感。威廉·威尔伍德（William Welwood）、约翰·波罗斯（Sir John Borroughs）等学者都撰书反驳格劳秀斯的观点，为英格兰的立场辩护。^③其中最重要的反对者当属英格兰的约翰·塞登（John Selden）。在英王查理一世（Charles I）的授意下，塞登在 1635 年出版了《闭海论》（*Mare Clausum*）。通过分析自然法和各个国家在不同历史时期的习惯和实践，塞登较为充分地论证了海洋可以成为各国主权主张的对象。《闭海论》出版后受到了其他国家的欢迎。在当时“海洋自由论”和“闭海论”的交锋中，“闭海论”无论在理论上还是实践中都占据优势。

为何一百余年后，各国又自愿放弃范围广大的主权水域，摒弃“闭海论”，转而拥护“海洋自由论”呢？原因之一是新的海上霸权的建立。英国在英法七年战争的取胜标志着英国确立了

① “上帝……使一些国家在技艺上胜过其他国家……通过对彼此的需求来维持人类的友谊……”，“不是所有的土壤能出产一切果实”，“取消这样那样使人类最值得赞美的社会交往之人，取消共同行善机会之人，冒犯了自然本身”。Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas; Or, The Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, translated by Ralph Van Deman Magoffin, edited by James Brown Scott (Oxford: Oxford University Press, 1916), pp. 7-8.

② “即便是上帝用以环绕陆地的海洋也可以通航至任何一个角落，……难道不是充分表明了，自然已经允诺一切国家之间可以相互通航？”；“这是自然最大的恩惠，她通过风将分散到各处的国家联结起来，又将她的物产分散至各个国家，使人类之间务必要进行贸易往来。” Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas; Or, The Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, p. 8.

③ 威廉·威尔伍德（William Welwood）在 1613 年发表了《海洋统治权论》（*De Dominio Maris*），为英格兰的主张辩护；约翰·波罗斯（Sir John Borroughs）1633 年写成、于 1651 年出版的《历史和国内法证明对不列颠海的主权》（*The Sovereignty of the British Seas Proved by Records, History and the Municipal Laws of this Kingdom*）再次反驳格劳秀斯的观点，为英格兰的立场辩护。See Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, p. 721.

在海上至高无上的权威。其他欧洲国家迫于英国的威慑，纷纷放弃或缩小了其主张的主权水域。然而更重要的一个原因源于18到19世纪欧洲特殊的政治和经济环境。18世纪末，欧洲爆发了工业革命，生产力大为提升，海外贸易和殖民地的开拓风靡一时，航行和贸易自由在当时符合所有欧洲国家的利益。因此，海洋割据转向海洋自由多为各国自发而为之。新的海上霸主英国也很快由“闭海论”的鼓吹者转变为“海洋自由论”的坚定拥护者，海洋自由原则的基础地位得以确立。

二 内陆国航行自由的承认

尽管早在18世纪海洋自由就成为公认的海洋法原则，各航海国家都有权在海上自由航行，但内陆国的航行自由直到近代才得以真正享有。一个国家的航行自由要真正实现必须具备两个条件：第一，这个国家必须能够有权成为船旗国；第二，悬挂该国旗帜的船舶必须能够出入海洋。在1982年《联合国海洋法公约》（下文简称《公约》）生效之前，这两个条件对于内陆国而言都不具备。直到第一次世界大战之后，其他国家才开始认可内陆国成为船旗国的权利。许多条约开始承认在内陆国注册的船舶的合法地位。如1919年的《凡尔赛条约》第27条和1921年的《巴塞罗那宣言》都承认了在内陆国领土的特定地区进行船舶注册的合法性，对悬挂海岸国或内陆国旗帜的船舶，应当一视同仁。^①这一点在1958年《公海公约》和1982年《公约》中又得到确认——每个国家，不论是沿海国或内陆国，均有权在公海上行使悬挂其旗帜的船舶。^②在领海、群岛水域、用于国际航行的海峡、专属经济区和公海等部分中，也都明确地提出所有国家，包括内陆国，其船舶同样享有穿越该部分海域的通过权。^③

关于第二个条件，内陆国能否获得出海权，一直以来都取决于沿海国和过境国是否愿意与其签订互惠的双边协定。^④1948年的哈瓦那联合国贸易和就业会议（Havana U. N. Conference on Trade and Employment）就开始着手帮助内陆国获得过境权和出海权，这次会议指出，给予无海岸国家以过境权是最惠国待遇条款的一项合法的例外情况。^⑤1958年《公海公约》虽然明确提出“各无海岸国均应有权自由进入海洋”，但仍规定沿海国在“互惠”的基础上为内陆国提供过境自由，这使得内陆国在获取过境的便利时仍处于不利地位。这种局面直到1982年《公约》才彻底扭转过来。

《公约》第十部分专门处理内陆国出入海洋和过境的问题，解决了长久以来存在的内陆国航行权困境。第125条首次正式确立了内陆国的出海权和过境自由——“为行使本公约所规定的各项权利，包括行使与公海自由和人类共同继承财产有关的权利的目的，内陆国应有权出入海洋。为此目的，内陆国应享有利用一切运输工具通过过境国领土的过境自由”。^⑥虽然行使过境自由

① See U. N. Gupta (ed.), *The Law of the Sea* (New Delhi: Atlantic Publishers and Distributors, 2005), p. 39.

② 1958年《公海公约》第4条、1982年《联合国海洋法公约》第90条。

③ 1982年《联合国海洋法公约》第17条、第38条、第58条、第53条。

④ “过境国”采用1982年《联合国海洋法公约》第124条的定义，指“位于内陆国与海洋之间以及通过其领土进行过境运输的国家，不论其是否具有海岸”。

⑤ See U. N. Gupta (ed.), *The Law of the Sea*, p. 40.

⑥ 1982年《联合国海洋法公约》第125条。

的条件和方式,需要在双边、分区域或区域协定中予以规定,但过境国不能拒绝内陆国的过境权和出海权。这种有关内陆国过境权和出海权的特别协定,不适用最惠国条款。^①第131条又保障了内陆国的平等权,规定悬挂内陆国旗的船舶在海港内应享有其他外国船舶所享有的同等待遇。沿海国也可以与内陆国签订协议,给予内陆国更大的过境便利。^②《公约》还规定了倾向于保护内陆国出海权和过境自由的保障措施,如:过境运输应无须缴纳任何关税、税捐或其他费用;^③过境国可在出口港和入口港内提供自由区或其他海关便利;^④过境国可与有关内陆国合作建造或改进运输工具;^⑤过境国应采取一切适当措施避免过境运输发生迟延或其他技术性困难。^⑥确立和保障内陆国的航行权是《公约》的一项卓越贡献,它标志着航行权已经具备了完善的法律保障。

三 国家主权水域中航行权的内容及发展

与海洋自由相为表里的是领海主权制度。古罗马在提倡开放海洋的同时,也将管辖权拓展到近海。^⑦在格劳秀斯之前,意大利的法学家真提利斯(Gentilis)就提出,沿岸海域是毗连海岸所属国领土的延续。^⑧这一学说为当时各国所接受,领海的概念由此产生。领海主权与海洋自由并行不悖。格劳秀斯在提出“海洋自由论”时,也承认从岸上可予以控制的海面属于沿岸国所有,^⑨但同时认为应保护其他国家的使用权。他提出,对于归属于某一国家的海岸,人类的和平使用不应受到影响,该持有国不应当对其他国家的使用权构成侵犯;航海通道(如果被占有且得到承认)在不损害占有人的前提下,对所有的人开放,各国可以自由航行通过;^⑩即便某一国家在某海域享有统治权,根据国际法,它仍然无权剥夺其他国家对海洋的共同使用权,尽管它可以基于鱼类可能会枯竭的理由限制或禁止他人捕鱼,但却不能禁止他人的航行,如同在某块已变成私人财产的陆地上,所有者不能拒绝他人不携带武器并无害通过(unarmed and innocent passage)一样。^⑪这些观点都是对国家主权水域中航行权的直接确认。

① 1982年《联合国海洋法公约》第126条。

② 1982年《联合国海洋法公约》第132条。

③ 但是为此类运输提供特定服务而征收的费用除外。参见1982年《联合国海洋法公约》第127条。

④ 为了过境运输的便利,可由过境国和内陆国协议,在过境国的出口港和入口港内提供自由区或其他海关便利。参见1982年《联合国海洋法公约》第128条。

⑤ 如果过境内无运输工具以实现过境自由,或现有运输工具包括海港设施和装备在任何方面有所不足,过境国可与有关内陆国进行合作,以建造或改进这些工具。参见1982年《联合国海洋法公约》第129条。

⑥ 如果发生这种迟延或困难,有关过境国和内陆国的主管当局应进行合作,迅速予以消除。参见1982年《联合国海洋法公约》第130条。

⑦ 罗马法学家也认为罗马皇帝拥有对海洋的权利,海上犯罪与陆上犯罪相同,均应受到罗马皇帝的惩罚。参见姜皇池:《国际海洋法总论》,学林文化事业有限公司2001年版,第229页。

⑧ 参见周忠海:《国际海洋法中的领海制度》,载周忠海著:《海涓集》,中国政法大学出版社2012年版,第79页。

⑨ 同上。

⑩ Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas; Or, The Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, p. 26. 并参见马忠法:《〈海洋自由论〉及其国际法思想》,载《复旦学报(社会科学版)》2003年第5期,第125页。

⑪ Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas; Or, The Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, p. 34. 并参见马忠法:《〈海洋自由论〉及其国际法思想》,第125页。

20 世纪中后期之前，世界海洋只被划分为两种性质不同的水域，邻近海岸的一带狭窄的主权海域，即领海；领海之外即是广袤而自由的公海。早期世界海洋的航行格局为——窄领海中的无害通过权和宽公海中的航行自由两种并行的航行制度。然而，军事科技的进步和两次世界大战的冲击，使得各国，尤其是发展中沿海国，开始重视海上安全，提出了拓宽领海、建立群岛国制度等诉求，并最终在第三次海洋法会议中得到确认。新的海洋格局扩大了领海最大宽度，丰富了主权水域的形式，航行权也随之得以发展。主权水域中的航行权从“无害通过权”的一元形式拓展到“无害通过权 + 过境通行权 + 群岛海道通过权”的多元形式。

（一）无害通过权

无害通过权是沿海国基于国际社会航行安全和便利的考虑，而自愿对领海主权进行部分限制，准许他国在不损害沿海国的和平、良好秩序或安全的条件下通过本国领海，但同时有权采取措施，防止非无害通过对沿海国主权造成干扰。无害通过权是一种严格的航行权制度，它的严格性体现在对外国船舶航行设置的诸多限制。

首先，根据《公约》第 18 条对“通过”的解释，“通过”只包括三种航行状态：一是单纯穿过沿海国的领海，不进入沿海国的内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施；二是从沿海国内水或泊船处驶出；三是驶入或停靠沿海国的内水或内水以外的泊船处或港口设施。“通过”的另一个要件是“通过应继续不停和迅速进行”。至于何为“迅速”，则需要结合船舶的大小、性能等指标以及航道的状况，来确定该船舶应当行进的“合理速度”。其次，《公约》第 19 条又对“无害”作出详细规定，以充分保护沿海国的主权和安全。“无害”的定义是不损害沿海国的和平、良好秩序或安全，并且这种通过的进行应符合《公约》和其他国际法规则。继而，第 19 条第 2 款又举例说明了 12 种较为典型的“非无害”行为，内容涉及到沿海国的安全利益和其他主权利益，如海关、财政、移民、卫生、环境保护、捕鱼、科研和通讯等。再次，与在海面上行驶的船舶不同，外国航空器并不享有无害通过权，任何外国飞机飞越沿海国领海上空必须取得沿海国的同意；潜水艇和其他潜水器须上浮到海面上航行并展示其旗帜。对于不符合以上“通过”或“无害”条件的外国船舶，沿海国有权予以驱逐或采取其他主权行为。

无害通过权制度的存在是领海和内水的主要区别。在领海中，沿海国有容忍和尊重他国无害通过的义务；而在内水中，沿海国则享有绝对的主权，未经沿海国允许，外国船舶一律不得进入。因而一般来说，内水中并不存在航行权；领海中的航行权主要就是指无害通过权。但是，无害通过权在某些特殊情况下可能适用于内水。1982 年《公约》第 8 条第 2 款规定，如果确定直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包围在内成为内水，则在此种水域内外国船舶应享有无害通过权。

（二）过境通行权

20 世纪六七十年代开始，沿海国争相将领海扩张为 12 海里，这种趋势对用于国际航行的海峡造成了巨大的冲击，世界上有 31 个用于国际航行的海峡因此被覆盖在沿海国的领海中（包括

已有专门国际条约予以规范的几个国际海峡)。^① 当领海宽度为传统的3海里时,这些海峡的中间仍然有公海航道,但是若领海扩张到12海里,则此类国际海峡便成为“领海峡”,如若整个海峡的水域都适用1958年《领海即毗连区公约》所规定的“不得停止的无害通过制度”,会使得外国飞机无法飞越,潜艇无法潜行,这无疑将对海洋大国的国际军事部署和机动造成巨大制约。^② 因此从20世纪70年代开始,国际海峡的通过制度就成为当时最尖锐的国际问题之一。最终,海峡沿岸国在第三次海洋法会议中对美、苏等海洋大国作出让步,承诺对领海覆盖的海峡内的主权作出限制,赋予其他国家一种新型的航行权——过境通行权。

过境通行权适用于“在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的用于国际航行的海峡”。^③ 这类海峡的宽度一般不超过24海里,海峡两岸可以为一国所有,^④ 也可能为两国或两国以上所有。^⑤ 在这种海峡中,所有船舶和飞机均享有迅速、不受阻碍的过境权,但是也存在例外:如果海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成,而且该岛向海一面有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海,或穿过专属经济区的航道,过境通行权就不应适用。^⑥

过境通行权与无害通过权既有相同之处,又有相异之处。对比《公约》对两种航行权的规定可以发现,过境通行权比无害通过权更为宽容,允许外国的潜艇潜行和航空器飞越领海海峡。它是海峡沿岸国为了换取海洋大国对12海里领海最大宽度的承认而作出的让步。因此这一制度不仅包含了沿岸国对海峡行使主权的利益,还兼顾了海洋大国在海峡中的航行自由利益,本质上是一种利益的交换。

(三) 群岛海道通过权

与扩大领海宽度的斗争同步推进的还有群岛国争取建立群岛国制度的努力。第三次海洋法会议召开之后,斐济、印尼、毛里求斯和菲律宾四国的代表组成“群岛国家集团”(Group of Archipelagic States),与主要海洋国家展开谈判。最终,双方均作出妥协,群岛制度顺利写入1982年《公约》中,并且单列一章,成为与领海和毗连区、专属经济区、用于国际航行的海峡并列的一项海洋法新制度。根据《公约》第47条,群岛国可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁

① 其中,位于亚洲的有:朝鲜海峡、津轻海峡、马六甲海峡、新加坡海峡、苏里高海峡、圣贝纳迪诺海峡、巽他海峡、龙目海峡、保克海峡、霍尔木兹海峡、曼德海峡;位于非洲的有:桑给巴尔海峡;位于拉丁美洲的有:多米尼加海峡、圣卢西亚海峡、麦哲伦海峡;位于欧洲的有:多佛尔海峡、直布罗陀海峡、梅诺卡海峡、北海峡、博尼法乔海峡、墨西哥海峡、卡尔帕梭斯海峡、基西拉海峡、松德海峡、大贝尔特海峡;位于北美洲的有:胡安-德富卡海峡;位于大洋洲的有:库克海峡、福沃海峡。参见薛桂芳、胡增祥编:《海洋法理论与实践》,海洋出版社2009年版,第82页。

② 很多沿海国将核动力船舶或载有核材料等危险物质的特殊船舶视为是沿海国安全的威胁,从而禁止该类船舶的无害通过,或采用事先授权的制度。再加之潜艇需要浮出水面航行,飞机亦无飞越自由,这将大大制约海洋大国的军事机动性。不仅如此,因为美苏的潜艇中均载有数量不等的核导弹,分布于世界各地的不确定水域中,若这些潜艇通过国际海峡时必须浮出水面,则其行踪将会暴露,这将对当时已经达成的“核威慑平衡”造成致命打击。

③ 1982年《联合国海洋法公约》第37条。

④ 如连接太平洋和棉兰老海的苏里高海峡,沿岸属菲律宾,海峡最窄处为10海里;连接爪哇海和印度洋的巽他海峡,沿岸属于印度尼西亚,海峡最窄处约为12海里。参见罗祥文:《国际法上的海峡通行制度》,载《北京大学学报》1986年第4期,第122页。

⑤ 如连接北海和大西洋的多佛尔海峡(又名加来海峡),沿岸分属英国和法国,海峡最窄处为17.5海里;连接北冰洋的楚科奇海和太平洋的白令海峡,沿岸分属于美国和俄罗斯,海峡最窄处18.9海里。参见罗祥文:《国际法上的海峡通行制度》,第122页。

⑥ 1982年《联合国海洋法公约》第38条第1款。

的最外缘各点的直线群岛基线，群岛基线必须符合长度、水陆比例等标准的限制。群岛基线所包围的水域称之为群岛水域，是群岛国的主权水域。群岛水域不同于内水，群岛国的内水是根据第9条至第11条的规定，在群岛水域内的河口、海湾、永久性海港工程处用封口线划定的水域。^①群岛国在内水中享有绝对主权，其他国家没有航行权。群岛水域也不同于领海，群岛国的领海是群岛基线向海划定的一定宽度的海水带，其他国家享有在领海中的无害通过权。在群岛水域这一特殊的主权水域中应享有何种航行权，是群岛国与海洋大国激烈争论的问题。最终，一种新的航行权——群岛海道通过权产生。

群岛海道通过权与《公约》第三部分所规定的用于国际航行的海峡的过境通行权比较相似，都是平衡沿海国（群岛国和海峡沿岸国）的主权利益与国际航行利益的结果。群岛海道通过权在很多方面都比照适用过境通行权的规定，但除此之外，外国船舶和飞机在通过时还应当遵守两项规则：（1）通过时不应偏离海道和空中航道的中心线25海里以外；（2）在航行时与海岸的距离不应小于海道边缘各岛最近各点之间距离的10%。^②在群岛国没有指定海道或空中航道的情况下，外国船舶和飞机可以通过正常用于国际航行的航道，行使群岛海道通过权。另外，根据第53条第11款，通过群岛海道的船舶应当尊重和顾及群岛国的权利和义务。

四 公海航行自由的分化

（一）公海航行自由的衍生物

继领海宽度由3海里扩展到12海里之后，专属经济区是发展中沿海国扩大海洋管辖权运动的又一伟大成果。专属经济区（Exclusive Economic Zone）这一概念是在20世纪中后期逐渐形成的。渔业资源的日益紧缺迫使沿海国将目光投向了领海以外的公海海域。最先迈出这一步的是美国。1945年，美国总统杜鲁门发布了关于渔业资源的第2668号总统公告，^③宣称：美国有权保护沿美国海岸特定区域内的公海上的渔业资源；为养护与管理此类渔业资源的目的，美国将在领海之外的邻接公海内设立养护区，并行使养护与管理的权利；对于美国与外国渔民共同捕鱼区域，美国将与该等国家另行协商安排。^④“杜鲁门宣言”提出后，引发了世界上其他地区的热烈响应。拉丁美洲、非洲、亚洲等新兴的沿海国纷纷提出“承袭海”、“专属经济区”、“200海里国家管辖区域”等概念，将管辖范围拓宽到领海以外的广阔海域。除了发展中沿海国之外，许多依赖沿岸海洋生物资源的发达国家，如加拿大、冰岛和挪威等也表示支持设立“专属经济区”。因而在1982年签署《公约》之前，专属经济区制度已经获得了普遍共识和普遍国家实践，

① 大陆国家利用礁石、曲折的海岸和紧接海岸的一系列岛屿、低潮高地划定直线基线，并将向陆一侧的水域作为内水的方法，不适用于群岛国。

② 1982年《联合国海洋法公约》第53条第5款。

③ 与第2668号总统公告同时发布的还有——关于大陆架的权利的第2667号总统公告，主张“公海之下但连接美国海岸大陆架与底土的自然资源属于美国，受美国的管辖和控制”。

④ Marjorie M. Whiteman & Green H. Hackworth (eds.), *Digest of International Law* (Washington, D. C.: U. S. Department of State, 1963), pp. 954-955. See also Anne L. Hollick, *U. S. Foreign Policy and the Law of the Sea* (Princeton: Princeton University Press, 1981), pp. 18-61.

形成了一项习惯法规则。^①这一新设立的区域涵盖了全世界90%以上的渔业资源以及世界上几乎所有的重要海上航道,是发展中沿海国与海洋大国利益冲突最为集中之地。尤其是在航行自由问题上,《公约》回避了争议较大的敏感问题,采取了模糊的态度,这便是海洋法中的剩余权利问题。如何在保证沿海国主权权利和管辖权的同时又尽可能地保留传统的公海航行自由,是专属经济区制度的重点和难点。专属经济区中的航行问题规定在《公约》第58条。根据第58条第1款:“在专属经济区内,所有国家,不论沿海国或内陆国,在本公约有关规定的限制下,享有第87条所指的航行和飞越自由,……以及与这些自由有关的海洋其他国际合法用途,诸如同船舶和飞机的操作及海底电缆和管道的使用有关的并符合《公约》其他规定的那些用途。”表面上看,这一款的主旨意思是,在专属经济区内,所有国家都享有公海中的航行和飞越自由。但同时,又为这种自由的行使设置的许多限制条件。这种限制主要来自于以下三个方面:

第一,“本公约有关规定的限制”。第58条第1款中的“本公约有关规定”主要是指沿海国在其专属经济区中享有的权利和负担的国际义务。权利层面即指与资源开发和养护等经济活动有关的主权权利和管辖权;义务层面主要包括沿海国保护和保全海洋环境,采取一切符合公约的必要措施,防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染的义务。如果外国船舶在专属经济区的航行过程中正在或可能会对沿海国的经济性权利或履行国际义务造成干扰和损害,比如未经沿海国许可而在专属经济区内捕鱼,或飞机在飞行过程中对沿海国的自然资源进行调查等,则沿海国有权采取必要措施防止或阻止,并有权对其实行监视。

第二,《公约》第88至115条以及其他国际法有关规则的限制。这一限制明确规定在第58条第2款,只要与专属经济区的规定不相抵触,公海自由的这些规范也同样适用于专属经济区。在航行方面,主要包括两部分:一是“公海应只用于和平目的”的原则,二是公海中航行自由应遵守的一般规则。在专属经济区中,外国船舶进行军事活动的权利则应当介于领海与公海中的权限范围之间,既应当遵守沿海国的相关国内法,但又不完全受制于该国内法;在军事船舶行使航行自由的过程中,应当适当顾及沿海国在专属经济区中的权利和义务。其次,公海航行的一般规则,包括船舶国籍制度、船旗国的义务和管辖权、救助义务、禁止海盗行为和贩运奴隶等国际不法行为、登临权和紧追权等,在根据专属经济区制度作出必要调整后,也应得以适用。在专属经济区行使登临权除了第110条第1款列举五个事项之外,还包括:当外国船舶从事违反沿海国关于捕鱼、海关、财政、移民、卫生、防治海洋污染等方面法律和规章的行为时,沿海国舰机和经正式授权并有清楚标志可以识别的为政府服务的其他船舶和飞机有权行使登临权和检查权。^②并且在这些沿海国享有专属管辖权的事项中,沿海国应优先采取执法行动。

第三,适当顾及义务和遵守沿海国法律和规章的义务。第58条第3款规定各国在专属经济区内行使航行自由时,“应适当顾及沿海国的权利和义务,并应遵守沿海国按照本公约的规定和其他国际法规定所制定的与本部分不相抵触的法律和规章。”^③沿海国在勘探、开发、养护和管理自然资源、规范海洋科学研究、保护和保全海洋环境等方面都制定了详细的法律和规章;

① 如在1985年的“利比亚/马耳他大陆架案”中国际法院认为,专属经济区已经是习惯国际法的一部分。*Continental Shelf Case (Libya Arab Jamahiriya/Malta)*, I. C. J. Reports 1985, p. 33, para. 34.

② Francisco Orrego Vicuna, *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), p. 102.

③ 1982年《联合国海洋法公约》第58条第3款。

为了保障这些规则得到有效的执行,沿海国有权采取必要的海上执法措施,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序等。其他国家在进入沿海国专属经济区之前,应当了解并熟悉沿海国的相关国内法规则和有关国际法规则;在经过专属经济区时,避免任何违反该法律和规章的行为及后果。

因此,专属经济区的航行自由虽然在字面上类比了公海中的航行自由,但诸多的限制条件使得这项自由区别于公海自由。换言之,专属经济区的航行自由是公海航行自由根据专属经济区的特殊法律地位而加以调整和演变的一种新型的航行自由制度。

(二) 公海航行自由的压缩

公海航行自由传承了格劳秀斯“海洋自由论”的本源含义。公海不属于任何国家管辖和支配,这种特殊的法律地位决定了在公海中行使航行权要较国家管辖水域相比更为“自由”,船舶的海上航行主要受船旗国的专属管辖,其他国家在一般情况下不得干预。但这种自由也不是绝对的,近年来海洋法的新发展使得公海航行自由在“量”和“质”上都受到压缩。

首先,专属经济区制度和“区域”制度的设立,缩小了行使公海航行自由的空间范围。专属经济区的建立使得36%的海域都划入沿海国的管辖水域,逐步形成了独立于公海航行自由的一种特殊的航行自由制度。“区域”制度是《公约》创设的一项新制度,适用于“国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土。”^①“区域”制度设立后,约2.517亿平方公里的海底区域从原来的公海制度中剥离出来,^②单独予以管理。与公海制度中的公海自由原则不同,“区域”及其资源是人类共同继承财产,任何国家不应对“区域”的任何部分或其资源主张或行使主权或主权权利,也不应将“区域”或其资源的任何部分据为己有;对“区域”内一切权利属于全人类,由国际海底管理局代表全人类行使,并在无歧视的基础上公平分配从“区域”内活动取得的财政及其他经济利益。^③各国在“区域”上覆水域的航行活动应当适当顾及“区域”中的勘探和开发活动。

其次,为了应对公海日益严重的安全威胁,包括对船舶航行、海洋环境以及反恐行动等构成的威胁,国际社会已经对公海航行自由进行了“质”的收缩。例如,国际海事组织近年来制定一整套关于海上航行的规则。这些规则可以分为四类:关于船舶结构、设备和适航条件的规则、防止船源污染的规则、海上避碰规则以及海上救助规则。在船舶结构、设备和适航条件方面,代表性规则是1974年《国际海上人命安全公约》及其议定书以及1966年《国际载重线公约》。这些规则对船旗国在船舶检验、船舶构造、航行安全、装置设备、证书发放等方面的国际义务作出了详细规定。防止船源污染的国际规则主要是1973年《国际防止船舶造成污染公约》及其1978年议定书(即MARPOL 73/78),明确了船舶污染物的排放标准以及船旗国进行检验和发放《国际防止油污证书》(即IOPP证书)的义务;还规定,港口国有权检查IOPP证书,如果IOPP证书和设备不符合要求,或船舶违反排污标准,港口国有权留置该船舶。^④《国际海上避碰规则》

① 1982年《联合国海洋法公约》第1条第1款第1项。

② 参见李尚诤:《认知海洋 开发海洋》,载《矿冶工程》2006年第2期,第2页。

③ 1982年《联合国海洋法公约》第136条、第137条。

④ 参见李维利主编:《水手值班》,大连海事大学出版社2001年版,第124页。

从安全航速、分道通航制、警告信号等方面详细规定了船舶航行必须遵从的安全条件。^①《1910年救助公约》明确了航行中的船舶对处于危险的人命及船上财物进行救助的国际义务；^②对于遇难的船只，船上任何财物、货物和客货运费等，无论发生在何种水域，都应进行救助。^③

又如，9·11事件后，美国发起的“防扩散安全倡议”（Proliferation Security Initiative）和其推动制定的《制止危及海上航行安全非法行为公约》2005年议定书（The 2005 Protocol to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation，下文简称《2005年SUA议定书》）又为其他国家干预公海航行自由放宽了限制。根据《公海公约》和1982年《公约》，公海上登临权的行使必须符合严格的法定条件，只能基于以下两类事由登临外国船只：一是外国船只有从事海盗行为、贩奴、贩毒等海上非法行为的嫌疑；二是条约授权的干涉行为。由于担心恐怖分子可能通过海运获取生、化、核武器等大规模杀伤性武器或其技术或材料，美国迅速出台“防扩散安全倡议”，一方面加紧步伐与其他国家签订双边《登临协议》，另一方面则努力推进现有国际条约的修订，扩大对海上扩散活动的登临权限，从而将这种扩张囊括在“条约授权的干涉行为”的合法事由之内，其成果就是《2005年SUA议定书》第3又条第1款a项和第8又条第5款e项。前者将使用船只作为恐怖活动的工具或平台、运送可疑物品或生物、化学及核武器的行为列入了海上非法行为的范畴，成为外国军舰行使登临权的事由。后者对登临程序作出规定，特别是，如果船旗国在确认船籍请求收悉后4小时内没有做出回应，则可以视为同意授权请求国登临和搜查该船舶。根据《2005年SUA议定书》和美国已经签订的双边《登临协议》，尽管在公海中登临另一缔约国（“船旗国”）的船舶原则上应以船旗国的授权和同意为前提，但船旗国的答复时间受到了限制，如果超过4小时（美国签订的《登临协议》一般将这个时间段设定为2小时）没有收到答复，则视为同意授权；请求国便有权采取登临、检查、搜查甚至扣留等强制措施。这种“推定同意”的程序设置是对公海船旗国专属管辖的松动，也为海洋大国干涉公海航行自由埋下了伏笔。1993年美国对我国“银河号”货轮的强行登临检查就是例证。^④

因此，即便是在最为自由的公海中航行，各国船舶也必须受到以下限制：（1）航行在公海中的船舶不得从事国际法禁止的海上非法行为，如海盗行为、贩运奴隶、贩运毒品、从事未经许可的广播等国际不法行为，否则就自动丧失了航行自由的权利，非船旗国有权使其停航，进行管辖；^⑤

①（1）安全航速。船舶应采用安全航速航行，以便能够及时采取有效的避碰行动。安全航速的确定应该考虑的因素有：能见度、通航量、船舶的操纵性能、夜间出现的背景亮光、吃水与可用水深的关系、船舶的雷达性能等。（2）分道通航制。在采取分道通航的区域中，船舶应当顺着该分道的船舶总流向航行，并尽可能地绕开通航分隔线或分隔带；通常，船舶应当在通航分道的两端驶入和驶出，但若取道通航分道的侧面时，应与分道的船舶总流向形成尽可能小的角度。（3）警告信号。当船舶相互驶近时，若本船正在采取操作行动，或者本船怀疑或无法了解他船的行动，则本船应当发出声响或视觉信号，以便使对方及时了解本船的行动，避免碰撞的发生。参见魏海军、孙建波主编：《船舶及海上设施检验》，大连海事出版社2001年版，第41页。

②《1910年救助公约》第11条。

③《1910年救助公约》第1条、《1989年国际救助公约》第1条。

④1993年7月23日，美国声称获得精确情报，中国货轮“银河号”正载有可以制造化学武器的材料前往阿巴斯港。8月1日，美国派出两艘军舰和五架武装直升机在印度洋公海海域截停并扣留“银河号”，长达三周之久。8月28日至9月4日，美国的调查人员登船，并进行严格检查，却并未发现任何化学药品，事后，美国却谎称情报错误，拒绝道歉和赔偿。参见《沙祖康回顾银河号事件始末：弱国无外交》，凤凰网，http://phtv.ifeng.com/program/fydh/200910/1013_2144_1385787.shtml，最后访问时间：2014年8月9日。

⑤1982年《联合国海洋法公约》第110条将这些海上非法行为作为船旗国专属管辖原则的例外，其他国家的军舰、军舰或政府公务船舶或飞机可以对嫌疑船舶进行登临检查，甚至采取扣押等进一步措施。

(2) 接受并配合军舰为维护公海秩序而采取的海上执法的义务,包括登临权和紧追权等海上执法措施。登临权是海上执法的一种基本形式,是指主权国家有理由怀疑外国船舶(享有完全豁免权以外的外国船舶)有违法行为或违法企图时,在公海上接近并登上该外国船舶进行检查的权利。登临权的主体是军舰、军用飞机和经正式授权并有清楚标志可以识别的为政府服务的任何其他船舶或飞机;登临权的对象是不享有国家豁免权的其他一切嫌疑船舶;行使登临权的事由除了《公约》明确授权的海盗行为、贩运奴隶、从事未经许可的广播,以及由国籍产生的登临事由之外,^①还包括其他条约授权的行为,如《2005年SUA议定书》中所规定的海上反恐事项等。紧追权是公海船旗国专属管辖的又一例外,是海上执法的重要措施,也是保证登临检查权正常进行的重要手段。公海中行使紧追权的依据既可以是国内法,也可以是国际法。前者是沿海国管辖权在公海中的暂时延伸,必须符合紧追权行使的先决条件,即紧追必须在管辖水域范围以内就已经开始,且追逐并未中断。^②后者则是单纯作为执法措施的紧追,是行使登临权的必要步骤,所依据的是国际法关于公海的规定。(3) 遵守关于海上航行安全、海洋环境的保护和保全、海上救助等国际规则的义务。这主要是指国际海事组织制定的关于海上航行的规范,还包括其他国际组织,如国际劳工组织、国际航运商会、国际航运联盟、石油公司国际海事论坛等制定的与航行有关的条约或标准;^③(4) 各国在行使航行自由时还应当履行适当顾及义务,不仅要顾及他国的航行自由,还要适当顾及其他公海自由以及“区域”中的勘探和开发活动等。以上权利和义务的实施,都要以遵守“公海应只用于和平目的”这一基本原则为前提。任何国家都不能打着“航行自由”的幌子,行危害世界和平之实;不能对任何国家的领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力,或以任何其他与《联合国宪章》所载国际法原则不符的方式进行武力威胁或使用武力。

五 结 论

从格劳秀斯正式提出航行自由到第三次海洋法会议确立新的航行格局,几个世纪以来,航行自由在内容上变得更加丰富,在形式上也变得更加多元化。航行自由从最初的打破垄断,实现通航和贸易自由的朦胧观念,发展到狭窄领海的无害通过权和广袤公海上的航行自由,继而又在发展中沿海国积极主张海洋权利的浪潮中,演化成三项航行权和两项航行自由。这种动态的发展过程中保持不变的是航行自由的理念——保证船舶在航道上继续不停、无障碍通过的权利,这也是航行自由始终被公认为海洋法基本原则的正义性基础。

任何自由都不是绝对的,舟满为患的安全隐忧、海洋污染的生态困境以及海上反恐的迫切需求使得海上航行变得不再那么单纯。船舶的航行应当根据其所处海域对号入座,履行程度不同的国际义务,只有这样,海上航行才能井然有序,海上航行才能实现真正的、平等的自由。一般而

① 1982年《联合国海洋法公约》第110条。

② 1982年《联合国海洋法公约》第111条。

③ 除了国际海事组织之外,国际劳工组织也制定了多项国际公约,涉及海上船员工作条件、水手福利、船员最低工资及体检等方面的规范;其他国际组织,如国际航运商会(International Chamber of Shipping,简称ICS)、航运联盟(Shipping Alliances)、石油公司国际海事论坛(Oil Companies International Marine Forum,简称OCIMF)等也都积极致力于航行安全法规和标准的制定。参见陈荔彤:《海洋法论》,元照出版有限公司2002年版,第413页。

言，只要沿海国没有封锁航道，或实行有歧视、有差别的航道管理以致不合理地妨碍外国船舶的顺畅通行，航行自由就不存在任何问题。在当今贸易空前自由化和全球化的时代，鲜有恶意阻碍正常海上航行的案例发生。然而航行自由如今在外交辞令中却被频繁地提及，究其实质意图，无非是以航行自由粉饰和掩盖更加尖锐的海域划界问题和海上军事活动问题。这些尚存有争议的问题需要当事国诚恳务实地磋商以达成谅解和共识，某些国家以航行自由掩人耳目的行为，是毫无裨益的。

The Historical Evolvement of Freedom of Navigation

Zhang Xiaoyi

Abstract: The doctrine of freedom of navigation, first advanced by Grotius in the 17th century, has put an end to marine separatism and monopoly and started a new era of maritime navigation. This doctrine has undergone a qualitative change in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea in terms of its scope and content. Inheriting the core spirit from the traditional doctrine in Grotius' time, freedom of navigation has evolved into quite a complete legal regime under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea; navigational freedom of land-locked states being recognized; navigational rights in sovereign waters evolving from a single track regime, right of innocent passage, into a multi-track system-right of innocent passage, right of transit passage and right of archipelagic sea lanes passage; navigational freedom in EEZ derived from high sea freedom of navigation while the latter being substantially curtailed. So far, freedom of navigation has developed into a comprehensive legal regime comprised of navigational freedom in both high seas and waters within national jurisdiction.

Keywords: Freedom of Navigation, Navigational Rights, *Mare Liberum*, Freedom of the High Seas

(责任编辑: 罗欢欣)