

# 论专属经济区上空的法律地位和飞越自由

张卫华

**内容提要:**1982年《联合国海洋法公约》规定的专属经济区制度是缔约国妥协的产物。《公约》排除了专属经济区属于领海的可能性,并给专属经济区下了一个功能性的定义,即通过精确描述沿海国和其他国家的自由、权利和义务来从功能上实现对专属经济区的界定,但未对专属经济区是否属于公海作出明确回答。因此,无论明确肯定或者否定专属经济区属于公海的一部分,都与《公约》的本意相悖。根据《公约》的规定,沿海国的权利和管辖权是主权性的,其他国家的自由是公海性的,因此专属经济区上空的飞越自由是公海性的,且与沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权关涉不大。故此,防空识别区制度不可能从沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权中找到法律依据,其实际上是国家行使自保权的行为。

**关键词:**《联合国海洋法公约》 专属经济区 法律地位 飞越自由 防空识别区

张卫华,中国社会科学院国际法研究所博士后研究人员。

专属经济区是1982年《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)创设的一项新的国际海洋法律制度,是第三次联合国海洋法会议上艰苦漫长谈判的成果,包含了缔约各国对渔业资源、矿产资源和航行自由等重要利益的妥协和平衡。尽管这些妥协和平衡是为《公约》文本能够得到广泛支持所必需,但是也不可避免地给《公约》留下了许多模糊和空白之处,造成了日后适用中的困难。专属经济区上空的法律地位就是这样一个至今仍然充满疑问的议题。

所谓专属经济区上空的法律地位,是指专属经济区的上空是属于国家主权或者管辖权下的“主权区域”或“国家管辖区域”,还是等同于公海上空的“国际区域”。本文将围绕《公约》的谈判历史和相关条款,分析专属经济区法律地位的特殊性质,进而分析专属经济区上空法律地位的特殊性质。在此基础上,本文将专门分析专属经济区上空的飞越自由问题,因为专属经济区上空的飞越自由的性质和范围不仅是专属经济区上空法律地

位的决定因素之一,也是研究专属经济区上空法律地位的最主要目的。

## 一 专属经济区法律地位的特殊性

第三次联合国海洋法会议是迄今为止国际社会为谈判一项公约而召开的规模最大的外交会议,共有 160 个国家参加了在 1973 年至 1982 年之间举行的 11 期会议。20 世纪 70 年代正值冷战高峰和第三世界国家建立国家经济新秩序的斗争风起云涌之时,美苏两大阵营的意识形态冲突和第三世界国家反对霸权主义的斗争对专属经济区的建立产生了重要影响。特别是,一些发展中国家把建立专属经济区视为建立国际经济新秩序和反对霸权主义的一部分,当作争取国家经济独立、保护本国资源免遭发达国家掠夺的重要行动。在这种大的时代背景下,不论是海洋大国(往往也是发达国家)还是内陆国和地理不利国(包括了一些最贫穷的发展中国家),都不得不接受了专属经济区的概念。但各方对于专属经济区的管辖权的具体内容仍然存在很大分歧。正如美国代表在大会发言时所称:“这些管辖权包含的法律制度的内容比管辖权自身的宽泛程度更重要。”<sup>[1]</sup>

第三次海洋法会议从第二期会议起开始讨论海洋法的实质问题。在该期会议中,专属经济区问题几乎是每位代表发言的重点之一。在有关专属经济区的一般性发言中,根据对专属经济区法律地位的观点不同可以大致上分为两大阵营:海洋大国和发展中的沿海国。海洋大国普遍认为专属经济区是公海的一部分,沿海国只是在渔业和其他自然资源上享有某些优先权利(preferential rights),其他国家仍然享有传统的航行和飞越自由。例如,美国代表表示准备接受大多数代表明显达成一致的 12 海里领海和 200 海里外部界限的专属经济区,条件是必须有一个一揽子方案同时包括专属经济区之内和之外的航行制度和用于国际航行海峡的不可阻碍的通过制度;美国接受专属经济区 200 海里的外部界限,条件是沿海国同时接受相互关联的义务;沿海国享有充分的管辖权,管理海床资源的勘探和开采、非资源钻探、沿海鱼群和溯河鱼群,以及为了经济目的建造人工设施,其他国家的权利包括航行和飞越自由和其他非资源型用途。<sup>[2]</sup>

发展中的沿海国则坚持沿海国应当对专属经济区内自然资源享有主权权利,并对环境保护、人工岛屿和科学研究等与开发经济资源相关的事项享有管辖权,同时承认沿海国的主权权利和管辖权不得损害其他国家享有的航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由。例如,哥斯达黎加代表在发言中认为“承袭海概念的产生是拉美经济需要的结果”,“承袭海(或者专属经济管辖权区域)的最大宽度为 188 海里,在该区域内沿海国对海床上和底土中的自然资源的勘探、开采和养护行使有限主权,但是这项管辖权的行使不会损害航行自由或者铺设海底电缆和管道的附加权利”。<sup>[3]</sup>

两大阵营各执一词,始终无法在专属经济区的法律地位问题上达成一致,从而也给如

[1] *Summary Records of Plenary Meetings: 38th plenary meeting*, A/CONF.62/SR.38, 11 July 1974, para. 27.

[2] *Summary Records of Plenary Meetings: 38th plenary meeting*, A/CONF.62/SR.38, 11 July 1974, paras. 25-39.

[3] *Summary Records of Plenary Meetings: 21th plenary meeting*, A/CONF.62/SR.21, 28 June 1974, paras. 4, 5.

何定义专属经济区带来了困难。最终,谈判各方只好放弃直接给专属经济区下定义的做法,转而通过精确描述沿海国和其他国家在专属经济区的权利和义务,间接地界定专属经济区。在此背景下,对专属经济区法律地位的研究必须建立在对《公约》相关条款进行周密细致考察的基础上。《公约》第五部分中的第 55、56、58 和 59 条是专属经济区制度的核心,本文接下来将从这 4 项条款的起草历史和形成过程入手,总结和归纳专属经济区的法律地位。

### (一)《公约》第 55 条和第 56 条的形成过程

1975 年 4 月 18 日召开的第三期会议第 55 次全体会议决定要求三个主要委员会分别准备关于其负责议题的单一谈判文本。1975 年 5 月 7 日,三个主要委员会向大会提交了《非正式单一谈判文本》(Informal Single Negotiation Text),其中第二委员会提交的第二部分第 45 条规定:

“1. 在领海之外邻接领海的被叫做专属经济区的区域内,沿海国享有:

(a) 以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源(不论为可再生或不可再生资源)为目的的主权权利;

(b) 对人工岛屿、设施和结构的建造和使用的专属权利和管辖权;

(c) 对下列事项的专属管辖权:(i) 关于在该区内从事经济性开发和勘探,如利用海水、洋流和风力生产能等其他活动;以及(ii) 科学研究;

(d) 对保存海洋环境的管辖权,包括污染控制和治理;

(e) 本公约规定的其他权利和义务。

2. 沿海国在专属经济区内根据本公约行使权利和履行义务时,应适当顾及其他国家的权利和义务;

3. 本条所载的关于海床和底土的权利,应按照第 4 部分行使。”<sup>[4]</sup>

这个定义排除了专属经济区是领海一部分的可能性。这一点在该次海洋法会议后的历次草案中都得到了坚持,谈判中对于专属经济区法律地位的争议主要围绕其是公海的一部分还是“自成一体”的区域。在第四期会议中,海洋法会议陆续收到了一些国家对上述第 45 条的修改意见和建议,其中仍有一些国家提出了一些对专属经济法律地位具有实质意义的建议。例如,澳大利亚、美国、新加坡、荷兰和苏联的建议中都对专属经济区的“专属”一词提出了异议,表示可以或者应当删除该词而只使用“经济区”;新加坡建议,沿海国对于专属经济区内自然资源的权利不应是“主权权利”,而应是“管辖权”;秘鲁提出应当明确专属经济区是“国家管辖权”区域,而不是公海的一部分。<sup>[5]</sup>

总体而言,《非正式单一谈判文本》(第二部分)第 45 条是向前迈出的重要一步,其实质内容在后续谈判中得以保留。在第四期会议上提交的《修订单一谈判文本》(Revised Single Negotiation Text)中,第 45 条被重新编号为第 44 条。由于当时的情况下,明确提出

[4] *Informal Single Negotiating Text (Part Two)*, A/CONF.62/WP.8/Part II, 7 May 1975.

[5] Renate Platzöder ed., *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, Vol. 4, (Oceana Publications Inc.), 1983, pp.283 - 293.

专属经济区是公海的一部分或者不是公海的一部分都不可能获得足够支持,因此卡斯塔涅达集团(Castaneda Group)另辟蹊径,不再纠缠于这个“不可能完成的任务”,转而从专属经济区具体适用的法律制度的角度对它进行定义。卡斯塔涅达集团提出了一个后来被《公约》照章全收的条款建议草案:“专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域,受本章规定的特殊法律制度的限制,在这个制度下,沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由均受本公约有关规定的支配”。<sup>[6]</sup>这是一个极富建设性的建议。虽然它仍然只是排除了专属经济区是领海的一部分,而未对专属经济区与公海的关系作出回答,但是“受特殊法律制度限制的区域”这种说法能够同时得到“公海派”和“自成一体派”的支持,双方都认为自己的观点可以在这个说法中找到依据。

1977年5月23日召开的第六期会议产生了《非正式综合谈判文本》(Informal Composite Negotiating Text),这是第三次海洋法会议形成的第一个完整的条约草案。在该文本中,关于专属经济区的规定被拆分为第55和56条两个条款。第55条规定了专属经济区的定义,并给该条款增加了一个标题——“专属经济区的特定法律制度”,内容上则完全采取了卡斯塔涅达集团的上述建议;<sup>[7]</sup>第56条对沿海国的主权权利和管辖权作了具体规定,并对各项权利的分类和排列顺序作了调整,使得整个权利体系更加清晰。<sup>[8]</sup>以后的历次草案文本均未再对《非正式综合谈判文本》第55和56条进行变动,其最终成为1982年《海洋法公约》第55条和56条。

## (二)《公约》第58条和第59条的形成过程

不论是拉美国家还是非洲国家在提出200海里海洋权的主张时,基本上都同时表示将会尊重其他国家在该区域的航行、飞越自由和铺设海底电缆管道的自由;海洋大国更是一贯强调200海里的专属经济区制度不得妨碍其他国家享有的公海自由。实际上,第三次海洋法会议在起草专属经济制度的相关条款时,有关其他国家的权利和自由的条款是与有关沿海国的主权权利和管辖权的条款一并起草的。最初反映其他国家在专属经济区内享有的权利和自由的条款草案是《非正式单一谈判文本》(第二部分)第47条,规定:

“1. 所有国家,不论是沿海国或内陆国,在本公约相关规定的限制下,应在专属经济区内享有航行和飞越自由,铺设海底电缆和管道的自由,以及其它与航行和通信有关的海

[6] Renate Platzöder ed., *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, Vol. 4, Oceana Publications Inc., 1983, p. 419.

[7] 《非正式综合谈判文本》第55条(“专属经济区的特定法律制度”)规定:“专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域,受本部分的特定法律制度的限制,在这个制度下,沿海国权利和管辖权以及其他国家的权利和自由均受本公约有关规定支配”。参见 *Informal Composite Negotiating Text*, Doc. A/Conf. 62/WP. 10.

[8] 《非正式综合谈判文本》第56条(“沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务”)规定:“1. 沿海国在专属经济区内有:(a)以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海底及其底土的自然资源(不论生物或非生物资源)为目的的主权权利,以及关于在该区内从事经济性开发和勘探,如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利;(b)本公约有关条款规定的对下列事项的管辖权:(1)人工岛屿、设施和结构的建造和使用;(2)海洋科学研究;(3)海洋环境保护和保全;(c)本公约规定的其他权利和义务。2. 沿海国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时,应当适当顾及其他国家的权利和义务,并应以符合本公约规定的方式行事。3. 本条所载的关于海床和底土的权利,应按照第六部分的规定行使。”参见 *Informal Composite Negotiating Text*, Doc. A/Conf. 62/WP. 10.

洋其他国际合法用途。

2. 第 74 条、第 76 条至 97 条和第 100 条至 102 条的规定以及国际法其他相关规则,只要与本部分不相抵触均适用于专属经济区。

3. 在本公约未将专属经济区内的权利和管辖权归属于沿海国或其他国家而沿海国和任何其他一国或数国之间的利益发生冲突的情形下,这种冲突应在公平的基础上参照一切相关情况,考虑到所涉及的利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,加以解决。

4. 各国在专属经济区内根据本公约行使权利和履行其义务时,应适当顾及沿海国的权利和义务,并应遵守沿海国制定的与本部分的规定和其他国际法规则不相抵触的法律和规章。”〔9〕

《修订单一谈判文本》(第二部分)未对该条款进行实质修改,只是将之拆分为两个条款。一个条款是包括了原来第 47 条的第 1、2、4 款的新的第 46 条,并增加了一个标题——“专属经济区中其他国家的权利和义务”;另一个条款是包括了原来第 47 条第 3 款的新的第 47 条,也增加了一个标题——“关于解决专属经济区内权利和管辖权的归属的冲突的基础”。这样,《修订单一谈判文本》(第二部分)第 46 条就仅仅涉及其他国家在专属经济区内享有的权利和义务,与关于沿海国在专属经济区内权利和义务的第 44 条之间形成更加清晰的对应关系。

但《非正式综合谈判文本》第 46 条在 1976 年第五期会议上遇到了一些国家提出的实质性修改意见,这些意见大多与专属经济区的法律地位有关。其中,秘鲁力图使专属经济区的法律地位领海化,提出专属经济区的专属性意味着只有沿海国才能在该区域内为了行使《公约》规定的权利或者履行《公约》规定的义务而采取执法措施,其他国家在该区域内只保留船旗国管辖权,而且必须遵守沿海国制定的有效规章。〔10〕与此相反,更多的国家提出了扩大专属经济区内的公海自由的主张。例如,阿联酋建议,包括内陆国在内的所有国家均应在专属经济区内享有包括航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由在内的公海自由,以及其他一般公认的涉及航行与通信并与《联合国宪章》和其他国际法规则所体现的原则相一致的公海自由。〔11〕联邦德国和其他一些国家也提出了类似建议。〔12〕

卡斯塔涅达集团在这个时期的表现极为活跃,他们不仅对关于专属经济区定义的第 44 条作出了重要贡献,对第 46 条也提出了一系列建议草案。该集团在 1977 年 7 月 12 日提出的最后一个建议草案成为《公约》正式文本的基础。案文内容如下:

“1. 在专属经济区内,所有国家,不论是沿海国还是内陆国,在本公约有关规定的限制下,享有第 76 条所指的航行和飞越自由,铺设海底电缆和管道的自由,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

〔9〕 *Informal Single Negotiating Text (Part Two)*, A/CONF.62/WP.8/Part II, 7 May 1975.

〔10〕 Renate Platzöder ed., *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, Vol. 4, (Oceana Publications Inc.), 1983, p. 433.

〔11〕 Renate Platzöder ed., *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, Vol. 4, (Oceana Publications Inc.), 1983, p. 433.

〔12〕 参见萨切雅·南丹、沙卜泰·罗森主编:《1982 年联合国海洋法公约评注》,吕文正、毛彬译,海洋出版社 2014 年版,第 512 页。

的并符合本公约有关规定的用途。

2. 第 77 至 103 条以及其他国际法有关规则, 只要与本部分不相抵触均适用于专属经济区。

3. 各国在专属经济区内根据本公约行使其权利和履行其义务时, 应适当顾及沿海国的权利和义务, 并应遵守沿海国制定的规章和与本部分不相抵触的其他国际法规则。”<sup>[13]</sup>

相比《修订单一谈判文本》(第二部分)第 46 条, 上述建议草案最突出的变化是在第 1 款中其他国家在专属经济区内享有的“航行和飞越自由, 铺设海底电缆和管道的自由”之前增加了“第 76 条所指的”一语, 从而牢固建立了该条款所指的“航行和飞越自由, 铺设海底电缆和管道的自由”与公海自由之间的联系, 为专属经济区的法律地位增加了公海的色彩。1977 年 7 月 15 日通过的《非正式综合谈判文本》将第 46 条重新编号为第 58 条, 并基本上全部采用了上述建议草案的内容, 唯一重要的改动是在第 3 款中沿海国“制定的法律和规章”之前增加了“按照本公约的规定”一语, 从而将该句修改为“并应遵守沿海国按照本公约的规定制定的法律和规章和与本部分不相抵触的其他国际法规则”。<sup>[14]</sup>

尽管此后仍有一些国家提出了对《非正式综合谈判文本》第 58 条的意见, 但均未获得采纳, 之后的历次草案文本中只是对第 58 条的个别文字作了润色, 其全部内容最终成为《公约》第 58 条。

另一方面, 《修订单一谈判文本》(第二部分)第 47 条“关于解决专属经济区内权利和管辖权的归属的冲突的基础”的内容在之后的历次草案文本中没有发生过任何变动, 只是在《非正式综合谈判文本》中被重新编号为第 59 条, 并最终成为《公约》第 59 条。

### (三)《公约》未对专属经济区的法律地位作出规定

首先应当强调的是, 第 55 条的作用并非完全是形式性的, 其最主要的实质意义在于明确指出了“专属经济区是领海之外……的一个区域”, 这样就排除了专属经济区属于领海一部分的可能性, 因此, 接下来的问题就是专属经济区是属于公海的一部分, 还是“自成一体”(sui generis)的区域。从上文对专属经济区的起源和谈判历史的讨论中可以看出, 对于专属经济区是否属于公海的一部分一直存在着不同的意见。

第二委员会主席安德烈斯·阿圭勒(Andrés Aguilar)在第四期会议上提交《修订单一谈判文本》(第二部分)时所作发言中认为, 专属经济区既不是公海也不是领海, 而是“自成一体”的区域。<sup>[15]</sup> 其之所以得出这样的结论, 是因为《修订单一谈判文本》(第二部分)第 75 条“公海的定义”明确排除了专属经济区。<sup>[16]</sup> 然而, 第六期会议上形成的《非正式综合谈判文本》对《修订单一谈判文本》(第二部分)中的公海定义有了重要修改。《修订单一谈判文本》(第二部分)第 75 条的标题原本为“公海的定义”, 取而代之的《非正式综合

[13] Renate Platzöder ed., *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, Vol. 4, (Oceana Publications Inc.), 1983, p. 426 - 427.

[14] *Informal Composite Negotiating Text*, Doc. A/Conf. 62/WP. 10.

[15] *Revised Single Negotiation Text; Part Two*, A/CONF. 62/WP. 8/Rev. 1/Part II, 6 May 1976, paras. 14 - 16.

[16] 《修订单一谈判文本》(第二部分)第 75 条(“公海的定义”)规定:“本公约中所使用的‘公海’一词是指所有不包括在专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域”。参见 *Revised Single Negotiation Text; Part Two*, A/CONF. 62/WP. 8/Rev. 1/Part II.

谈判文本》第 86 条的标题修改为“本部分规定的适用”；第 75 条的正文直接规定“本公约所使用的‘公海’一词指所有不包括在专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域”，而第 86 条删除了“公海”一词，只是规定“本部分的规定适用于不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛水域内的全部海域”，从而回避了专属经济区是否属于公海一部分的问题。此外，第 86 条还增加了一句话：“本条规定并不使各国按照第 58 条规定在专属经济区内所享有的自由受到任何减损”，从而再次削弱了该条款对专属经济区的排除效果。《非正式综合谈判文本》第 86 条之后未再做任何修订，并成为《公约》第 86 条。如此一来，阿圭勒关于专属经济区“自成一体”的主张就失去了一个重要基础，专属经济区是否属于公海一部分再度成为一个开放性问题。

与此同时，上述修订也不能说明《公约》肯定了专属经济区属于公海的一部分。与此相关的另一个例证是《公约》第 33 条“毗连区”。该条款来自 1958 年《领海和毗连区公约》第 24 条，后者明确规定了毗连区位于“公海区内”；而《公约》第 33 条则删除了上述表述，代之以“称为毗连区的区域内”。<sup>[17]</sup>众所周知，1958 年四个海洋法公约是联合国第三次海洋法会议的谈判基础，《公约》谈判过程中始终尽量保留其内容。因此，第三次海洋法会议上各国代表绝非随意地删除了“公海区内”的表述，而明显是为了避免承认专属经济区属于公海的一部分。当然，同样也不能据此认为《公约》否定了毗连区或者专属经济区属于公海。

可见，《公约》明显拒绝对专属经济区是否属于公海、是否具有“自成一体”的法律地位作出回答，因为答案不论是肯定的还是否定的，都将会遭到重要反对，并可能导致《公约》谈判的失败。也许奥克斯曼所说的那样：“关于玻璃杯是一半满还是一半空的经典困境大概蕴含着当前的考量。支持专属经济区具有‘自成一体’的法律地位的人不能否认一些公海的原则和规则适用于该区域；支持专属经济区是公海的人也不能否认一些非公海的原则适用于该区域。在很大程度上，这两个群体能够对结果达成一致，但是无法在理论上取得共识。”<sup>[18]</sup>至此，我们可以得出结论：不论是主张专属经济区的法律地位是“领海”（表现为“国家管辖区域”或“国家主权海域”等类似说法）、“公海”还是“自成一体”（*sui generis*）的，恐怕都违背了《公约》的谈判历史和相关条款的本意。在此背景下，对专属经济区法律地位的研究只能转向对沿海国和其他国家享有的权利和自由的法律性质进行分析。这是由专属经济区的功能性定义决定的。

#### （四）沿海国权利和管辖权与其他国家权利和自由之间的平衡架构及其法律性质

《公约》第 55 条规定：“专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域，受本部分规定的特定法律制度的限制，在这个制度下，沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由均受本公约有关规定的支配。”这个定义并未对专属经济区的性质和特征作出描述，

[17] 参见 1982 年《联合国海洋法公约》第 33 条第 1 款、1958 年《日内瓦领海和毗连区公约》第 24 条第 1 款。

[18] B. H. Oxman, *The third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1977 New York Session*, 72 *American Journal of International Law* 57, 70 (1978).

反而包含了对《公约》其他条款的援引。这个明显的循环说明它仅仅是一个间接性、功能性的定义。在意识到无法对专属经济区的法律地位达成一致意见之后,《公约》决定不对专属经济区作出正式定义,而是选择对沿海国和其他国家的权利、管辖权、自由和义务的性质和范围作出精确描述,通过要求各国在专属经济区行使权利只能针对《公约》所规定的事项并严格遵守《公约》所规定的条件,间接实现对专属经济区的定义。因此,对专属经济区法律地位的研究只能转向对沿海国和其他国家权利和自由的法律性质的分析。正如维库纳在评论奥克斯曼的观点时所指出的那样:“(《公约》中的)专属经济区并非概念性方法的结果,而是适用于它的一系列详细规则的结果。”<sup>[19]</sup>而如上所述,这“一系列详细规则”中最重要的就是《公约》第 55、56、58 和 59 条。

尽管上文对第 55、56、58 和 59 条的起草历史的考察揭示了其形成过程和基本内容,但要真正把握这些条款的含义,还须进一步分析它们之间的相互关系。这是因为,这些条款在起草时就是一并考虑的,它们之间形成了一个平衡框架,共同构成了专属经济区“特定法律制度”核心内容。第 55 条规定专属经济区“受本部分规定的特定法律制度限制”,而且在这个特定法律制度下,“沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由均受本公约有关规定的支配”,是统领这个平衡框架的基础和粘合剂;第 56 和 58 条分别规定了沿海国和其他国家在专属经济区内的权利义务的内容,是这个平衡框架的两大支柱;第 59 条提供了解决关于专属经济区内权利和管辖权归属的冲突的基础,是用来防止这个框架因为争端而受损乃至坍塌的安全阀。第 59 条“解决关于专属经济区内权利和管辖权的归属的冲突的基础”规定了第 56 和 58 条所未涵盖的权利和管辖权的归属问题的解决办法,常常被称为“剩余权利条款”(residual rights clause)。该条款与《公约》建立的争端解决机制一起,为专属经济区内权利义务的平衡架构提供了重要的外部保障。

就专属经济区制度内部而言,这个框架最主要的平衡是在第 56 条和第 58 条之间实现的。第 56 条第 1 款规定了沿海国在专属经济区内的权利和管辖权,第 58 条第 1 款则规定了其他国家在沿海国专属经济区内的权利和自由,这两个条款之间首先形成了一种平衡。根据第 56 条第 1 款的规定,沿海国享有的权利是主权权利和管辖权。严格说来,主权权利似乎更能突出沿海国对专属经济区内自然资源的所有权,管辖权似乎更偏向于国家的执法活动,但《公约》的谈判中从未作过这样的正式区分,在实践中也无法作出区分。实际上,不论是主权权利还是管辖权,都是对国家主权的行使和体现,这就使得第 56 条第 1 款规定的沿海国的主权权利和管辖权具有了主权属性。同时,第 58 条第 1 款规定了其他国家享有“第 87 条”所指的自由,而第 87 条规定的即是“公海自由”。因此,尽管第 58 条第 1 款没有直接出现“公海”的字样,但其对第 87 条的援引足以表明第 58 条第 1 款所规定的自由与公海自由之间有着无法切割的联系。当然,第 58 条第 2 款对公海制度的援引也在很大程度上加固了专属经济区的公海属性,该条款的援引包括了公海制度的所有实质条款,而仅仅排除了与专属经济区属性不合的渔业制度等内容。

[19] Francisco Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*, (Cambridge University Press, 1989), p. 230.

从实践角度来说,除了需要遵守第 56 条第 2 款或者第 58 条第 3 款规定的“适当顾及”对方权利的义务,看不出沿海国在专属经济区开采石油资源与在领海内开采石油资源,或者其他国家在专属经济区内行使航行自由与在公海内行使航行自由有何区别。事实上,沿海国在领海享有的领海主权以及所有国家在公海享有的公海自由也并不是绝对的。根据《公约》的规定,领海主权至少要受到第 2 部分第 3 节规定的无害通过制度的限制;公海自由也要受到第 87 条第 2 款规定的“适当顾及其他国家行使公海自由的利益”和第 88 条规定的“公海应只用于和平目的”的限制。因此,完全有理由提出,沿海国在专属经济区内的主权权利和管辖权就是主权性的,其他国家在专属经济区内的自由就是公海性的。在专属经济区内,所要做的只是当发生任何因为行使权利或自由而导致的争端时,必须严格依照《公约》的相关规定来解决,而不能从领海或者公海的预设角度来进行推断。这其实正是《公约》中专属经济区概念的功能性所决定的。

可见,专属经济区是一个新出现的多功能型海洋区域空间,在这个区域内沿海国享有广泛的资源性权利,与此相称的是经过精心平衡的其他国家享有的航行和其他通信和交流的自由,而这些自由继续受公海制度支配。<sup>[20]</sup>然而,即使是最坚定支持专属经济区是公海这一主张的人也承认,这些自由是有例外的,行使这些自由时必须正当考虑沿海国的权利和管辖权。<sup>[21]</sup>惟其如此,在下文对专属经济上空的法律地位和飞越自由的考察中,采取的方法是逐次分析沿海国的主权权利和管辖权对专属经济上空的法律地位和飞越自由的影响。

## 二 专属经济区上空法律地位的特殊性

上文中对专属经济区法律地位的特殊性作了研究,可以得出的初步结论是:《公约》仅仅排除了专属经济区属于领海的一部分,而未对专属经济区是否属于公海的一部分作出回答。这种对专属经济区与公海之间关系的回避是在谈判中调和缔约各国立场后的一个无奈选择,因为无论是主张专属经济区属于公海还是不属于公海都将会遭到部分国家坚决反对,从而严重阻碍《公约》的谈判进程;而主张专属经济区是“自成一体”的区域则暗含着它不属于公海的一部分,同样会遭到主张专属经济区属于公海的国家的反对。

由于《公约》未对专属经济区的法律地位予以明确,因此“上空与地面法律地位一致”原则在专属经济区无从适用。鉴于《公约》对专属经济区的定义方式的独特性,只能借助分析沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由对专属经济上空的影响,来探讨专属经济区上空法律地位的特殊性质。如上所述,沿海国在专属经济区的权利和管辖权是主权性的,而其他国家的权利和自由则是公海性的。在此只须分析沿海国的各项权利和管辖权对专属经济区上空法律地位的影响即可,这是因为:一方面,其他国家享有的公

[20] Barbara Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 233.

[21] S. V. Moldtsov, *The Exclusive Economic Zone: Legal Status and regime of Navigation*, 6 *Ocean Yearbook* 203, 210 (1986).

海属性的自由不会对专属经济区上空产生排他性的影响;另一方面,专属经济区是沿海国主权向公海扩展的区域,研究其上空的法律地位时应当受沿海国的权利和管辖权对其上空的影响。下文将首先比较分析《公约》对专属经济区和其他海洋区域的定义方式,然后逐个考察沿海国享有的主权权利和管辖权对专属经济区上空的影响,梳理总结专属经济区上空与专属经济区其他部分的不同特性。

### (一) 专属经济区与其他海洋区域的定义方式

1982年《海洋法公约》将海洋分成许多具有不同法律地位或者适用不同法律制度的区域,如领海、群岛水域、专属经济区、大陆架、公海和国际海底区域。与专属经济区定义的间接性和功能性相比,《公约》对其他海洋区域的定义往往是直接性和实质性的,而且经常直接规定了该区域的水域、上空、海床和底土的法律地位。例如,《公约》第2条“领海及其上空、海床和底土的法律地位”第1款规定“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,在群岛国的情形下则及于群岛水域以外邻接的一带海域,称为领海”,第2款在提到领海主权时规定“此项主权及于领海的上空及其海床和底土”。这明显是一个对领海的实质性的完整定义,直接宣布了沿海国的领海主权不仅包括海域,还“及于领海的上空、海床和底土”。同样,第49条“群岛水域、群岛水域的上空、海床和底土的法律地位”第2款也明确规定了群岛国的对群岛水域的主权及于群岛水域的上空、海床和底土。关于大陆架的第79条的标题也直接使用了“大陆架的定义”这样的措辞,第78条“上覆水域和上空的法律地位以及其他国家的权利和自由”则明确规定了沿海国对大陆架的权利不影响上覆水域或水域上空的法律地位。关于公海地位的第89条规定“任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下”,据此任何国家都不对公海主张主权或者管辖权;第87条规定公海自由完全适用于公海。关于国际海底区域的第137条规定“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,任何国家或自然人或法人,也不应将‘区域’或其资源的任何部分据为己有。任何这种主权和主权权利的主张或行使,或这种据为己有的行为,均应不予承认”。

将上述措辞与《公约》第55条对比,很容易发现其间的差别。第55条的标题并未使用“专属经济区的定义”或者“专属经济区的法律地位”之类的措辞,而是使用了“专属经济区的特定法律制度”的表述;该条只是规定专属经济区是“受特定法律制度限制”的区域,而这个“特定法律制度”的具体内容则需要参照《公约》第五部分的其他条款,尤其是第56和58条的规定。

可见,《公约》对专属经济区概念的处理方式与其他海洋区域都不相同,这充分反映了专属经济区的法律属性或者说法律地位的特殊性。正是这种特殊性使得《公约》无法直接对其作出实质性的定义,而只能从界定沿海国或其他国家在专属经济区内的权利和义务的角度提出一个间接性、功能性的定义。《公约》第五部分并无任何一个条款对专属经济区的法律地位作出规定,从《公约》明确规定了领海、群岛水域以及大陆架上覆水域和上空的法律地位这一事实来看,这不可能是遗漏,而只可能是无法对这个问题作出回答。因此,主张专属经济区是既非领海也非公海的“自成一体”的观点,在《公约》中找不到任何依据。更加贴近事实的结论是,《公约》回避了专属经济区的法律地位这一

问题。鉴于《公约》中专属经济区概念的“功能性”特征,判断专属经济区的法律地位或者法律性质必须从对“沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由”入手,具体分析每项活动是属于沿海国的权利和管辖,还是属于其他国家的权利和自由。

从上文中可以发现,《公约》在规定一个海域的法律地位的时候,一般都会对该海域的水域、水域上空、海床和底土分别予以明确,这说明《公约》一贯注意到了海域的水域、水域上空、海床和底土之间的区别,认为它们之间的法律地位可能存在不同,因此有必要分别作出具体而明确的规定。而除特定海域法律制度以外,在一些具体法律制度可能会影响到特定海域的法律地位时,也不厌其烦地对水域、水域上空、海床和底土分别予以明确。例如,《公约》第 34 条“构成用于国际航行海峡的水域的法律地位”第 1 款规定:“本部分所规定的用于国际航行的海峡的通过制度,不应在其他方面影响构成这种水域的法律地位,或影响沿海国家对这种水域及其上空、海床和底土行使其主权和管辖权”。又如,《公约》第 49 条第 4 款规定:“……群岛海道通过制度,不应在其他方面影响包括海道在内的群岛水域的地位,或影响群岛国对这种水域及其上空、海床和底土以及其中所含资源行使其主权。”因此,单独研究专属经济区上空的法律地位,既有必要,也符合《公约》的一般做法。而在专属经济区“功能性”定义的特殊背景下,所要做的主要是深入分析沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权对专属经济区上空有何影响;具体到本文,就是对专属经济区上空的飞越自由有何影响。

## (二)沿海国的主权权利和管辖权对专属经济区上空的影响

沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权主要是资源性的和经济性的。由于自然条件的原由,海洋的各种自然资源主要存在于专属经济区的海床上覆水域和海床及其底土中,相应的各种与资源开发相关的经济性活动也主要存在于这些区域,而专属经济区的上空则与这些活动关系不大。本文接下来将逐一分析《公约》第 56 条第 1 款中所规定的沿海国在专属经济区内的主权权利和管辖权与专属经济区上空法律地位或者飞越自由之间的关系。

### 1. 沿海国对自然资源的主权权利

根据《公约》第 56 条第 1 款(a)项的规定,沿海国在专属经济区内有以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源(不论生物或非生物资源)为目的的主权权利,以及关于在该区域内从事经济性勘探和开发,如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利。从该条款的内容来看,沿海国的这些主权权利与专属经济区上空的空气空间直接发生关系的可能只有“利用风力生产能”的活动。然而,风能的产生是由于空气的自然流动,沿海国开发风能的主权权利并不涉及对空气空间的任何物质的占有或者对空气空间本身的占有。而且,到目前为止,海上风力发电的设施和装备全部是固定在海底或者悬浮在水域中,不会与绝大多数飞行活动所需的飞行高度发生重叠。因此,利用风能的活动实际上对空气空间的影响极为有限,很难想象沿海国利用风能的活动会对其他国家在专属经济区享有的飞越自由有何特殊影响。

根据《公约》第 58 条第 3 款的规定,其他国家在专属经济区内享有的飞越自由应适当顾及沿海国在专属经济区的主权权利。但正如前文所分析的那样,在实际情况中与沿

海国根据《公约》第 58 条第 1 款(a)项所享有的主权权利相关的活动几乎全部发生在专属经济区的水域、海床和底土之中,与专属经济区的上空几乎不发生交集,因此,在绝大多数情况下,可以肯定地说其他国家所享有的飞越自由等同于公海上的飞越自由,尤其是正常的国际民用航空运输和军事飞行更是如此。

## 2. 沿海国的管辖权

根据《公约》第 56 条第 1 款第(b)项的规定,沿海国在专属经济区内享有《公约》规定的对下列事项的管辖权:(1)人工岛屿、设施和结构的建造和使用;(2)海洋科学研究;(3)海洋环境的保护和保全。与沿海国行使主权权利的相关活动相似,这些管辖权行使的对象也往往发生在专属经济区的上覆水域、海床和底土中,与专属经济区的上空无关。首先来看《公约》第 60 条“专属经济区内的人工岛屿、设施和结构”,该条规定了沿海国如何具体行使对专属经济区内人工岛屿、设施和机构的建造和使用的管辖权。该条共有 8 个条款。第 1 款至第 3 款规定这种管辖权的内容,可以很容易发现,这些管辖权的对象是发生或存在于上覆水域、海床和底土之中的活动或设施,与专属经济区的上空完全无关;第 4 款至第 6 款规定人工岛屿、设施和机构周围安全地带的设置,从这些条款的内容来看,安全地带的设置只涉及船舶的航行安全,与专属经济区上空或者飞行安全无关;第 7 款规定这些人工设施及其周围安全地带的设置不得干扰国际航行公认的海道,亦与专属经济区上空或者飞越自由毫无关涉;第 8 条规定这些人工岛屿、设施和结构不具有岛屿的地位,没有自己的领海,其存在也不影响领海、专属经济区或大陆架的划定,从而这些人工设施更不可能有自己的领空,也不可能影响专属经济区上空的法律地位。

《公约》第 13 部分对海洋科学研究作出了规定。从该部分的内容来看,海洋科学研究是指对海洋的水体、海床或洋底本身性质或者其中蕴藏的资源的研究,并非是对海洋上空的研究。如果是对海洋上空的科学研究活动,那应当属于大气科学或者空气动力科学的研究,与海洋科学研究属于不同的门类。虽然《公约》第 13 部分并未具体列举海洋科学研究的内容,但是从《公约》第 246 条第 5 款规定的沿海国可以酌定不同意另一国家或主管国际组织在专属经济区内的海洋科学研究计划的几种具体情形来看,不可能包括对海洋上空的空气空间的科学研究。<sup>[22]</sup>因此,沿海国对海洋科学研究的管辖权与专属经济区上空或者飞越自由没有任何实质关系。

《公约》第 12 部分“海洋环境的保护和保全”规定了包括专属经济区在内的全面的海洋环境保护制度。《公约》第 211 条第 5 款规定:“沿海国为第六节所规定的执行的目的,可对其专属经济区制定法律和规章,以防止、减少和控制来自船只的污染。这种法律和规章应符合通过主管国际组织或一般外交会议制定的一般接受的国际规则和标准,并使其有效。”此外,《公约》第 234 条“冰封区域”规定沿海国有权制定和执行非歧视的法律和规章,以防止、减少和控制船只在其专属经济区范围内的冰封区域对海洋的污染。这两个

[22] 《公约》第 246 条(“专属经济区内和大陆架上的海洋科学研究”)第 5 款规定:“但沿海国可斟酌决定,拒不同意另一国家或主管国际组织在该沿海国专属经济区内或大陆架上进行海洋科学研究计划,如果该计划:(a)与生物或非生物资源的勘探和开发有直接关系;(b)涉及大陆架的钻探、炸药的使用或将有有害物质引入海洋环境;(c)涉及第 60 条和第 80 条所指的人工岛屿、设施和机构的建造、操作或使用;……”

条款所说的规章应属于《公约》第 58 条第 3 款所指的规章的一部分,其他国家在专属经济区内行使权利和履行义务的时候应予遵守。与此同时,《公约》第 220 条“沿海国的执行”第 5 款和第 6 款沿海国对在专属经济区内造成污染的船舶可以进行实际检查或者提起包括拘留在内的司法程序。以上就是《公约》第 12 部分中特别涉及沿海国对专属经济区内环境保护和保全的管辖权的所有条款,这些条款所规定沿海国制定防止污染规章的权利全部针对船舶,并不涉及飞机。《公约》第 7 节“保障办法”包括从 223 条至第 233 条的全部 11 个条款中也全部针对船舶。因此,可以断定,沿海国对专属经济区内的污染活动的管辖权主要是针对船舶而与飞机无关。而根据专门规定“对来自大气层或通过大气层的污染执行”第 222 条的规定,各国对来自飞机的污染的管辖权主要两种,一种是“对在其主权下的上空”的飞机,另一种是“在其国内登记”的飞机,从而沿海国对于在其专属经济区上空飞行的其他国家的飞机并无任何与污染控制相关的管辖权。

上文对沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权与专属经济区上空的法律地位和飞行自由之间的关系作了简要分析。这一分析并未涉及各种具体主权权利和管辖权的复杂内容,而仅仅是从本文的目的出发,展现了它们与专属经济区上空并无多少交集的法律现状,突出了专属经济区上空与专属经济区的水域、海床和底土之间的区别,最终是为了强调沿海国在专属经济区内的主权权利和管辖权对专属经济区上空的影响微乎其微。正如上文所述,其他国家在专属经济区内享有的“第 87 条所指的”自由是公海性的,而且由于专属经济区的上空基本上全部用于飞行而很少涉及沿海国的主权权利和管辖权,因此可以说专属经济区的上空在大多数时候是公海性的。这样的结论符合专属经济区的“功能性”定义。

### 三 专属经济区上空的飞越自由

上文中对专属经济区上空法律地位的特殊性作了分析,而研究专属经济区上空法律地位的最主要目的是研究专属经济区上空的飞越自由,因为飞行是专属经济上空最主要乃至是唯一的用途。

飞越自由的法律性质和专属经济区上空的法律地位本质上是同一个问题,但是二者仍然可以从不同的角度来展开论述,仍然可以各有侧重:飞越自由是从其他国家的权利和义务的角度提出来的,而专属经济区上空的法律地位则是直接回答海洋上空某一特定区域的法律性质。因此,尽管上文对专属经济区上空的法律地位进行了较为具体的分析,但对专属经济区上空的飞越自由问题进行专门考察仍然不无价值。

《公约》从是否享有豁免权的角度把船舶分为两类,一类是享有完全豁免权的军舰和专用于政府非商业目的的船舶;另一类不享有豁免权的民用船舶。这种分类同样适用于飞机,专属经济区内的军用或者专用于政府非商业目的的飞机享有完全豁免权。当然,它们在专属经济区内飞行时应适当顾及沿海国的权利和义务,并遵守沿海国制定的国际规章。然而,《公约》的专属经济区部分并无类似于领海部分的第 30 条“军舰对沿海国法律 and 规章的不遵守”的条款。根据第 30 条的规定,如果任何军舰不遵守沿海国关于通过领

海的法律和规章,而且不顾沿海国向其提出的遵守法律和规章的任何要求,沿海国可要求该军舰立即离开领海。但是由于专属经济区制度中缺少类似条款,对于在专属经济区内的航行中未适当顾及沿海国的权利和义务、或者未遵守沿海国制定的国际规章的军舰和军用飞机或者专用于政府非商业目的的船舶和飞机,沿海国无权要求它们离开专属经济区,而只能援引有关国家责任或者和平解决国际争端的国际法规则,要求违法船舶或飞机的所属国承担国际责任。

与民用船舶一样,民用飞机也不享有豁免权。对于未适当顾及沿海国在专属经济区内的权利和义务或者未遵守相关国际规章的民用飞机,沿海国理论上拥有管辖权,但是《公约》并未提供任何执法手段,《公约》第110条规定的登临权和第111条规定的紧追权都仅适用于船舶。<sup>[23]</sup>对飞行中的飞机进行登临没有实际可能性,而对民用飞机的紧追则可能危及飞机本身及机上人员和财产的安全,亦为国际航空法所禁止。而且,如上所述,民用航空运输活动与沿海国在专属经济区的权利和义务几乎没有任何联系。国际民航组织秘书处曾经发起过一项关于《公约》对《国际民用航空公约》(《芝加哥公约》)及其附件和其他国际航空法律文件的适用所产生的影响的研究。研究表明,从实践和司法的目的来看,《公约》所建立的关于空气空间的法律地位和法律制度与公海完全相同,沿海国未被授予任何特权或者优先权。结论是,就《芝加哥公约》及其附件和其他国际航空法律文件而言,专属经济区与公海法律地位相同,这些文件中所提到的公海应当包括专属经济区。<sup>[24]</sup>

实际上,目前对专属经济区上空乃至公海上空的飞越自由构成最重要限制的是所谓“防空识别区”(Air Defense Identification Zone)。由于防空识别区并非本文研究的重心,因此这里重点围绕专属经济区与防空识别区的关系展开论述。在简要介绍防空识别区的基本情况之后,重点回答一个问题:沿海国在专属经济区的权利和义务能否成为其在领海之外建立防空识别区的法律根据。然后结合本文的研究目的,简要提出对防空识别区的法律依据的认识。

从海洋法的角度来看,建立防空识别区的最主要影响就是对飞越自由的限制。目前并无任何国际条约授权沿海国建立防空识别区,沿海国建立防空识别区的行为在国际法上属于单方行为。一般而言,任何国家都不能单方对其他国家施加法律义务。由于防空识别区的很大一部分位于专属经济区上空,因此很容易将沿海国设立防空识别区的权利与沿海国在专属经济区内的主权权利和管辖权联系起来。然而,正如上文中所分析的那样,沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权完全是经济性的,并不涉及国家的安全利益。少数沿海国提出的对专属经济区享有安全利益的主张从未在《公约》的谈判中得到足够支持,《公约》关于专属经济区的任何条款也都未曾赋予沿海国与安全问题相关的任何权利或管辖权。因此,沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权不可能作为沿海国设立防空识别区的法律依据。

[23] 参见《公约》第110、111条。

[24] International Civil Aviation Organization, Report C - WP/7777 (January 20, 1984).

由于《公约》并未明确规定沿海国在专属经济区上空建立防空识别区的权利,有学者转而主张,《公约》规定的剩余权利为建立防空识别区提供了法律依据。<sup>[25]</sup>但事实上,《公约》第 59 条只是一个解决关于剩余权利争端的程序性条款,它不可能先验地倾向于将任何一项剩余权利归属于包括沿海国和其他国家在内的任何一方,从该条款中不可能找到任何支持沿海国设立防空识别区的依据。而且正如上文反复强调的那样,《公约》中设定的沿海国和其他国家的权利和义务之间是一个精致的平衡,剩余权利条款是这个平衡的重要外部保障,各国必须严格依照《公约》的有关规定行使权利义务,任何轻易打破这种平衡的尝试都可能造成专属经济区制度的崩溃。而且,认为建立防空识别区的法律根据来自沿海国的剩余权利的主张,无法解释 200 海里之外的防空识别区的合法性。<sup>[26]</sup>如果在防空识别区的法律依据这同一个问题上,对专属经济区上空的部分提出一种依据,再对公海上空的部分提出另一种依据,这在逻辑上是行不通的,也不符合各国设立防空识别区的实际目的。

我国学者中的另一种代表性观点认为“划设东海防空识别区是我国主权范围内的事,是中方行使正当自卫权的必要措施,完全符合国际法和国际惯例”,“沿海国在专属经济区内完全有权根据国际法制定有关的法律和规章,对他国航空器在区域内上空飞越自由作出一定的限制,以维护该区域的空中交通秩序,保障飞行安全,保护本国的合法权益”。<sup>[27]</sup>尽管愿望良好,但这种观点在国际法上同样是站不住脚的。一般来说,在公海上只承认船旗国的管辖权,这是一项重要的国际习惯法,在公海上空划定防空识别区无论如何不是一国主权范围内的事情。上文的研究表明《公约》并未赋予沿海国为了安全目的而限制专属经济区上空飞越自由的权利,认为沿海国建立防空识别区的行为是在行使自卫权的主张违背了自卫权的构成要件。自卫权是一个有固定含义的法律概念,援引自卫权不仅要符合实质性要件,还要遵守《联合国宪章》中的程序性要件。早在 19 世纪初,美国国务卿韦伯斯特就曾针对 1937 年的“卡洛林事件”提出了自卫权的基本要素问题,认为“自卫必须是在迫切、压倒一切的必要,别无其他选择,也没有时间作周密考虑的情况下进行的”。<sup>[28]</sup>这段话被认为是关于自卫权的权威论述。防空识别区是一种长期性、经常性的防卫行为,明显不属于自卫权的范畴。正如有学者所认为的那样:“自卫权理论建立在国家受到侵略有权予以自卫的前提下,它不能够解释为什么防空识别区这种并非针对侵略、又非直接使用武力反击的预防性质制度的设置属于自卫;……不能够解释为什么民用航空器的航行会构成迫在眉睫的攻击、因而需要予以识别。”<sup>[29]</sup>

实际上,各国设立防空识别区更加符合国家行使自保权的情形。否定沿海国在专属

[25] 参见李居迁:《防空识别区:剩余权利原则对天空自由的限制》,《中国法学》2014 年第 2 期。

[26] 例如,美国大陆两侧的防空识别区从其海岸在大西洋的某些海域延伸至 300 海里,而在南加里福尼亚之外延伸至 400 海里;在阿拉斯加海岸外的防空识别区从最近的岛屿量起至少有 350 海里;关岛和夏威夷群岛的防空识别区也都在 250 海里以上。参见 Peter A. Dutton, *Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Space*, 103 *American Journal of Internal Law* 691, 698 (2009)。

[27] 刘伟民:《防空识别区与国际法》,《国际法研究》2014 年第 3 期,第 5、11 页。

[28] 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 124 页。

[29] 李居迁:《防空识别区:剩余权利原则对天空自由的限制》,《中国法学》2014 年第 2 期,第 18 页。

经济区的权利和义务可以作为设立防空识别区的法律依据,绝非是否定一国建立防空识别区的合法性和正当性。恰恰相反,对于一个国家来说,保护自身的领土安全是其存在的基本目标和根本意义所在。正如周鲠生先生所言:“国家的自保权与生存权是绝对不可分的,每个国家都当然具有生存和独立的权利。保卫国家自己的生存和独立是国家最切要的权利,也就是它的神圣义务和职分。所以国际法在理论上一向肯定自保权是国家的一个基本权利。”<sup>[30]</sup>自保权与自卫权不同,自卫权只是自保权的一个方面,自保权还包括了更广泛的内容,比如从事国防建设、维持一国认为必要的武装力量(除非受一般裁军协定的限制)、建设要塞或其他防御设备以及缔结军事互助同盟条约。<sup>[31]</sup>沿海国为了保护国家安全而建立防空识别区的行为无疑是在行使自保权。虽然自保权在历史上是一项常常被滥用的权利,<sup>[32]</sup>但它所保卫的是国家的根本利益,其存在的意义和合法性从未被否认。惟其如此,《奥本海国际法》(第9版)认为“……保障国家领土完整和不可侵犯的需要,可以在一些严格限制的情况下成为本来为国际非法的行为的理由”。<sup>[33]</sup>

沿海国建立防空识别区的行为无疑损害了在其领海外的防空识别区内(亦即其专属经济区上空或公海上空)的飞机的飞越自由。一般认为,“如果航空器仅仅是路过防空识别区,那么在法律上它不必遵守沿海国的条件。然而,考虑到礼让或者安全,绝大多数飞机会这么做”。<sup>[34]</sup>然而更可能的是,正是考虑到国家安全利益的重要性和空中威胁的现实性,绝大多数国家对其他国家建立防空识别区的行为保持了沉默。因此,在寻找领海之外的防空识别区的合法性根据时,不必借助于《芝加哥公约》第11条的规定,因为该条款虽然为防空识别区的部分识别行为提供了法律依据,但其目的显然是保证国际民用航空的安全,而非维护沿海国的领土安全;更不必借助于沿海国在专属经济区的权利和义务,因为二者之间在法律上毫无联系,勉强牵扯到一起反而会引起不必要的困惑,削弱防空识别区的合法性。所需要做的只是直接提出建立防空识别区是国家安全利益的需要,是国家行使自保权的行为。虽然这些行为对专属经济区和公海上空的飞越自由构成了限制,但是这些限制产生的负担与国家的安全利益相比是不成比例的。这足以为建立防空识别区提供合法性基础,同时也可以解释为什么防空识别区的建立并未遭遇实质性的抗议。或许正如《马克斯·普朗克国际公法百科全书》所言:“这些(建立防空识别区的)单方要求未曾遭到反对,可以推定宣布设立防空识别区的权利已经被承认属于国际习惯法上的一项权利。”<sup>[35]</sup>

[30] 周鲠生著:《国际法》,武汉大学出版社2009年版,第167页。

[31] 参见周鲠生著:《国际法》,武汉大学出版社2009年版,第167页。

[32] 历史上很多实际上的侵略行为都是以自保的名义进行的,例如1916-1919年间美国入侵墨西哥、1914年德国入侵比利时和卢森堡、1931年日本入侵我国东北地区。参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(第8版),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第227-228页。

[33] [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第9版),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第308页。

[34] John Astley III and Michael N. Schmitt, *The Law of the Sea and Naval Operations*, 42 *The Air Force Law Review* 119, 137-138 (1997).

[35] J Ashley Roach, *Air Defense Identification Zones*, *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, 2012.

## 四 结 论

《公约》在就 12 海里领海宽度问题上达成一致的同时,排除了专属经济区与领海的法律联系。由于肯定或者否定专属经济区属于公海的一部分都将违背《公约》的本意,所以主张专属经济区既不是领海也不是公海,而是“自成一体”的海域的观点也是无法成立的。既然《公约》未能给专属经济区规定一个实质性的定义,并且回避了专属经济区与公海之间的关系,就必须接受这种现实。同时,由于对专属经济区的界定是通过描述沿海国和其他国家的权利和义务来实现的,因此对专属经济区法律地位的研究就只能转向对这些权利和义务的性质的研究。根据《公约》的规定,沿海国在专属经济区的权利和管辖权是主权性的,而其他国家的自由是公海性的,这些权利和自由在专属经济区内最主要的限制是应当分别遵守《公约》第 56 条第 2 款和第 58 条第 3 款的规定。

综上所述,专属经济区上空的飞越自由是公海性的。在专属经济区上空,不论是民用还是军用飞机的正常飞行都几乎不会与沿海国在专属经济区的主权权利和管辖权发生交集,它们所需要遵守的主要是《芝加哥公约》及其附件,以及其他国际航空法律文件。因此,沿海国在专属经济区的权利和义务不可能为其建立防空识别区提供法律依据。防空识别区的目的是保护国家安全,属于国家行使自保权的行为。这种行为所保护的国家安全利益远远大于其给飞越自由带来的负担,因此各国对其他国家建立防空识别区的行为普遍采取了默认的态度。由于这种默认的普遍性和长期性,可以认为沿海国在其领海外建立防空识别区的权利已经成为一项国际习惯法上的权利。

---

---

[Abstract] The legal system of EEZ under 1982 UNCLOS was a compromise among contracting Parties. The Convention excludes the possibility of EEZ belonging to territorial sea and provides a functional definition of the EEZ by stipulating that “the Exclusive Economic Zone is an area ... subject to the specific legal regime established by this part, under which the rights and jurisdiction of the coast State and the rights and freedoms of the other States are governed by the relevant provisions of this Convention”. Thus, it gives a functional definition EEZ through the precise description of the rights, obligations and freedoms of the coastal State and other States. According to the Convention, the rights and jurisdictions of the coastal State are rights of sovereignty, whereas the freedoms of the other States are freedoms of high sea. The freedom of overfly in the airspace over the EEZ is a kind of freedom of high sea, and it virtually has nothing to do with the sovereignty rights and jurisdictions of the coastal State in the EEZ, from which the Defense Identification Zone (DIZ) outside territorial seas can not find legal grounds. In fact, the DIZ is an exercise of the right of self-preservation by a coastal State.

---

---

(责任编辑:廖 凡)