

本文章已註冊DOI數位物件識別碼

▶ 歷史性水域之法律制度的探討

doi:10.30390/ISC.199308_32(8).0003

問題與研究, 32(8), 1993

Wenti Yu Yanjiu, 32(8), 1993

作者/Author：宋燕輝

頁數/Page：25-42

出版日期/Publication Date：1993/08

引用本篇文獻時，請提供DOI資訊，並透過DOI永久網址取得最正確的書目資訊。

To cite this Article, please include the DOI name in your reference data.

請使用本篇文獻DOI永久網址進行連結:

To link to this Article:

[http://dx.doi.org/10.30390/ISC.199308_32\(8\).0003](http://dx.doi.org/10.30390/ISC.199308_32(8).0003)



DOI Enhanced

DOI是數位物件識別碼（Digital Object Identifier, DOI）的簡稱，是這篇文章在網路上的唯一識別碼，用於永久連結及引用該篇文章。

若想得知更多DOI使用資訊，

請參考 <http://doi.airiti.com>

For more information,

Please see: <http://doi.airiti.com>

請往下捲動至下一頁，開始閱讀本篇文獻

PLEASE SCROLL DOWN FOR ARTICLE



歷史性水域之法律制度的探討

宋 燕 輝

(中央研究院歐美研究所副研究員)

一、前 言

從第三次聯合國海洋法會議召開後國際海洋法之發展趨勢來觀察，「歷史性水域」此一法律制度之重要性似乎有下滑的現象。蓋第三次聯合國海洋法會議召開後，於一九八二年十二月十日通過了一個幾乎包括了所有海洋資源開發、海洋空間利用、和海洋環境保護之聯合國海洋法公約。①雖然這個公約並未對「歷史性水域」此一法律制度作特別的規定，但是公約內有關測算領海寬度的基點、基線的劃法、領海的寬度、海灣封口線的長度、群島水域、群島制度、大陸礁層、和專屬經濟區之規定，使原本可能存在之「歷史性水域」主張變成沒有那麼迫切需要；而有關「歷史性水域」之爭論亦因此減少。儘管國際海洋法有此一發展趨勢，國際社會上仍然存在著有關「歷史性水域」的法律問題；尤其當那些具有爭論性水域的面積、外形、或地理位置和特性並不完全符合一般的海洋法律規則（standard rules）時，問題解決之困難更大。Henkin 教授等人就曾指出「具爭論性且長期存在，有關什麼才構成一個歷史性海灣，或歷史性水域的此一問題，將持續的困擾各國間的國際海事關係。」②

以中華民國而言，內政部曾於一九四八年二月正式對外出版發行「南海諸島位置圖」。③此圖上正式劃有一條U型海上疆界線。屬我國所有之南海四大群島（東沙、西沙、中沙和南沙）均包括在此U型疆界線內。由於「南海諸島位置圖」發行當時，並未受到國際間的質疑或反對，而圖內之U型疆界線所圍劃出該水域之法律地位亦無人發表看法。因此，究竟這條U

註① 此公約至今尚未生效。但截至一九九三年元月底止，已有五十四個國家批准或加入此公約。離公約生效所須之六十國僅剩六國。一般相信在短短幾年內，此公約將正式生效。有關公約之五十四個批准或加入國家，見 United Nations, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin*, No. 22, January 1993, pp. 1-2.

註② Louis Henkin, et al., *International Law: Cases and Materials*, 2nd edition (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987), p. 1254.

註③ 傅崑成，「我國南海歷史性水域法律地位之研究」，行政院研究發展考核委員會專案研究，民國八十二年五月三十一日，第二頁。

型海上疆界線內水域之性質為何，至今國內學者仍有所爭議。④另外，最近有國外學者，甚至政府官員開始對此U型海上疆界線之法律性質提出質疑。⑤如果我們根據行政院通過且已送立法院之「領海及鄰接區法案」，此U型海上疆界線內之水域是被定位在「歷史性水域」。但是，究竟此一「歷史性水域」之性質係屬內水、領海、群島水域、抑或其他，則未加說明。基此，的確有必要仔細探究我國南海「歷史性水域」此一法律制度之所有相關問題。作此研究時，當然也應了解「歷史性水域」在國際法中之法律地位與國際社會中各國之實踐。

二、「歷史性水域」之源起、承認與意義

「歷史性水域」此概念是由「歷史性海灣」的概念擴充發展而來。在十九世紀時，爲了保護緊密鄰接陸地且傳統上被主張國視爲其國家領土一部份的大型海灣，因而有「歷史性海灣」(historic bays)觀念之出現。當時主要是以經濟和國家安全的觀點去支持主張此種海灣的極端重要性(vital importance)，而正當有關劃定海域之規則在發展的過程中，以歷史性權利(historic title)爲基礎而主張海灣的概念被擴延至其他鄰接海岸的海域，此乃「歷史性水域」之源起。⑥

綜觀國際法律文書，「歷史性水域」之性質從未在任一公約中明確界定。一九五八年，「國際法委員會」(International Law Commission)海洋法特別書記Francois曾提到，「國際法委員會」並無足夠之資料來陳述「歷史性水域」之相關原則。⑦儘管如此，第一次聯合國海洋法會議所通過的領海公約中卻列有保留條款(safeguard provisions)以支持「歷史性水域」此一法律制度。依該公約第七條第六款之規定，有關海灣之一般法律規則並不適用於所謂「歷史性的海灣」。第十二條一款也規定，如有歷史上權利或其他特殊情況，相鄰國或相向國有關領海界限之劃定可不採一般適用的等距離中央線。這些條款不啻承認了「歷史性水域」和「歷史性海灣」的合法性。

一九五八年第一次聯合國海洋法會議召開前一年，聯合國秘書處曾經準備了一份有關「歷史性海灣」的法律文件；次年，秘書處又準備了一份題爲「歷史性水域(包括歷史性海灣)的法律制度」的文件。⑧此二法律文書對「歷史性水域」與「

註④ 陳鴻瑜，「南海疆界宜以經緯度劃定」，中央日報，民國八十一年七月二十六日，第二版。

註⑤ 傅崑成，「南海U型疆界線與線內水域之特殊性」，聯合報，民國八十二年六月二日，第十一版。

註⑥ Donat Pharand, *Canada's Arctic Waters in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p. 91.

同註⑥。

註⑧ 第一個文件，見 U. N. Doc. A/CONF. 13/1，亦刊載於一九五八年第一次聯合國海洋法會議的 *Official Records*, Vol. 1 之中。第二個文件，見 U. N.

Doc. A/CONF. 4/143, March 9, 1962，亦刊載於 *Yearbook of International Law Commission*, 1962, Vol. II, pp. 1-26.

歷史性海灣」之地位提供了一個極佳的彙整說明。但是嗣後，「國際法委員會」並未繼續處理有關「歷史性水域」的問題。儘管第三次聯合國海洋法會議中有哥倫比亞代表提送有關「歷史性海灣」和「歷史性水域」之條款草案，^⑨但「歷史性海灣」和「歷史性水域」並未受到討論，原因可能正如第一次聯合國海洋法會議所顧慮的一樣，怕造成太多的爭議，因而破壞了與會代表合作的精神和共識的努力。^⑩結果，一九八二年的聯合國海洋法公約，只不過是照抄一九五八年領海公約有關海灣之條款，並未澄清「歷史性水域」之法律地位。基此，究竟什麼是「歷史性水域」？國際法律文書上幾乎找不到可被普遍接受的定義。倒是在一九五一年英挪漁業案中，國際法院曾解釋，「歷史性水域通常意為被視作內水的水域，但若無歷史上權利之存在，則無內水之特性。」^⑪至於適用範圍上而言，「歷史性水域」顯然大於「歷史性海灣」。「歷史性水域」不但包括了「歷史性海灣」，也包括了「歷史性海峽」(historic straits)和「歷史性海」(historic seas)，甚至包括「歷史性的群島水域」。^⑫O'Connell 教授在其所著國際海洋法一書中就曾寫道：「很明顯的，(一九五八年領海公約)第七條第六款不應被解釋為將歷史性水域之類別局限於歷史性海灣。儘管說主張海灣之數目是遠多於主張其他的海域，但歷史性海灣只不過是歷史性水域的一個實例(instance)。」^⑬事實上，O'Connell 將「歷史性水域」分成了三大類。第一類的「歷史性水域」包括了沿海國所主張之海灣，其範圍大於一般標準的海灣(standard bays)，或外形(Configuration)小於一般標準的海灣；第二類的「歷史性水域」是沿海國所主張之水域因沿岸附近特殊地理情況與海岸相連，但此水域無法依一般法律規則(standard rules)予以封閉；第三類的「歷史性水域」是那些原本因為無法適用有關海灣或沿岸水域劃定法律規則而係屬公海的水域，但卻因沿海國對此水域提出主張，而變成「歷史性水域」。^⑭就習慣國際法而言，第一類和第二類「歷史性水域」所適用之一般法律規則仍有爭論，因此，究竟是否任一特別「歷史性水域」之實例符合這些法律規則，仍有疑義。第三類之「歷史性水域」與前二類不同，蓋第三類「歷史性水域」並不發生劃定海上疆域時適用一般法律規則之問題。此類「歷史性水域」主張之提出是根據有關海洋自由單一法律規則適用之歷史性例外(historic exception)。^⑮第一類之「

註⑨ 見 U. N. Doc. A/CONF. 62/C. 2/L. 91 (Colombia: draft articles concerning the territorial sea: bays, the coasts of which belong to a single state, historic bays or historic waters. April 28, 1976), 收錄於第三次聯合國海洋法會議的 *Official Records*, Vol. V, pp. 202-203.

註⑩ D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I, edited by I. A. Shearer (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 419.

註⑪ The Anglo-Norwegian Fisheries Case, *International Court of Justice Reports*, 1951, p. 130.

註⑫ O'Connell, 前揭註⑩, 第四一八頁。

註⑬ 同註⑩, 第四二〇頁。

註⑭ 同註⑩, 第四一七頁。

註⑮ 同註⑩, 第四一七至四一八頁。

歷史性水域」可以一九七四年利比亞主張塞特灣 (the Gulf of Sidra, 或 Sirte, Surt) 為其「歷史性海灣」為例。此海灣之封口線遠超過一般規定之廿四海里，長達二百九十六海里，面積有二一、〇〇〇平方里。^⑮前蘇聯於一九五七年宣佈大彼得灣 (Peter the Great Bay) 為其「歷史性海灣」，此灣之封口線長達一百零八海里。^⑯就前例而言，美國、英國、前蘇聯和其他國家均表示抗議過。^⑰至於後例，則有英國、法國、日本、美國、瑞典和德國表示抗議。^⑱第二類之「歷史性海域」或許可以加拿大所主張其北部極圈內群島間水域為其「歷史性水域」為例。^⑳第三類「歷史性水域」則以東加王國在南太平洋公海中所主張一塊長方形水域為其「歷史性水域」為最佳的例子。^㉑

另外，學者 Bouchez 對「歷史性水域」所作之定義是：「歷史性水域乃沿岸國，在有違一般國際法所適用之規則情形下，明確的、有效的、繼續不斷的，且經過一段相當長久的時間，對一水域行使主權上的權利，且為國際社會成員所默認者。」^㉒

三、「歷史性水域」之法律地位

一般咸認為「歷史性水域」具有內水之法律地位。早在一九二三年，西瑟爾·赫斯特爵士 (Sir Cecil Hurst) 在「海灣之領域性」 (the Territoriality of Bays) 之研究中作了一個結論。他說：「……基線以內之水域乃國家之水域，且構成國家領域的一部份。」他進一步說明，「他們 (亦指海灣) 在所有方面與國家領土完全一樣。」^㉓一九五一年國際法院在英挪漁業案中所作有關「歷史性水域」之結論亦復如此，視該水域為內水。國際法院在此案中陳述其意見時，開始建立一項原則

註⑮

R. R. Churchill and A. V. Lowe, 2nd edition, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1988), p. 37 and Yehuda Z. Blum, "Current Developments: The Gulf of Sidra Incident," *The American Journal of International Law*, Vol. 80 (1986), p. 668.

註⑯

前揭註⑮，第一〇七頁。

註⑰

R. R. Churchill and A. V. Lowe, 前揭註⑮，第三十八頁。

註⑱

D. P. O'Connell, 前揭註⑮，第四一〇頁。

註⑲

Donat Pharand, 前揭註⑮。

註⑳

D. P. O'Connell, 前揭註⑮，第四一八頁。

註㉑

John M. Spinnato, "Historic and Vital Bays: An Analysis of Libya's Claim to the Gulf of Sidra," *Ocean Development and International Law*, Vol. 13, No. 1 (1983), p. 73.

註㉒

Donat Pharand, 前揭註⑮，第九十二頁。

註㉓

，那就是「歷史性水域」通常被視為內水之水域；但是，除非歷史上權利已然存在，不然「歷史性水域」並不具內水之性質。」在最後判決部份，法院下的結論是：直線基線所包圍之所有水域（包括已取得歷史權利之水域）具有內水之地位。²⁴

至於一九五八年的日內瓦領海公約卻是以間接的方式處理「歷史性海灣」與「歷史性水域」的法律地位問題。依此公約第七條第四款之規定，海灣廿四海里封口線內之水域係屬內水。一九八二年聯合國海洋法公約第十條第四款亦作此一規定。再者，一九五八年的領海公約第七條第六款和一九八二年聯合國海洋法公約第十條第六款均規定海灣廿四海里封口線之規定不適用於「歷史性海灣」。依此，「歷史性海灣」之水域係屬內水，應無疑義。²⁵

此外，一九五八年領海公約第十二條第一款和一九八二年聯合國海洋法公約第十五條均規定，海岸相向或相鄰國家間領海界限的劃定應採等距離中央線，但「如因歷史性權利或其他特殊情況」，可採不同的方法劃定兩國領海的界限。由於此條款是規定相鄰國或相向國在劃定領海之外界時應採等距離中央線規則，因此，基於歷史上的權利而有例外（亦即不採等距離中央線）的結果是將領海之外界向海擴延。如此一來，上述兩公約似乎已顧及除了海灣之外，已取得歷史性權利之水域可能具有領海之法律地位而非內水。²⁶另外，一九六二年聯合國秘書處的一份研究中也注意到上述「歷史性水域」不具內水法律地位的可能性。蓋此研究中曾作一結論，亦即「歷史性水域」之法律地位「原則上是依據提出主張的國家（claiming state）在特定案例中對該水域所行使的主權，和作為支持其主權主張上的行為，究竟係屬內水內之主權行使，抑或領海內之主權行使？」，換言之，「歷史性水域」之真正法律地位是依據究竟該水域內無害通過權是否被承認。如果主張國並未允許此種無害的通過權，那麼，該「歷史性水域」之法律地位應屬內水；如果允許的話，則屬領海。²⁷

「歷史性水域」除了具有內水或領海之法律性質外，是否也可能具有「群島水域」之法律地位呢？以菲律賓和印尼為例，兩國分別於一九五五年和一九五七年宣佈其以直線所圍入之群島內之水域為其內水。²⁸但到了第三次聯合國海洋法會議召開期間，一些新興獨立群島國的增加（主要是位於加勒比海、印度洋和太平洋），使新的群島制度因而建立。一九八二年海洋法公約第四部分共列有九條有關群島國權利義務之條款（四十六至五十四條）。依此部份之規定，群島國可劃定連接群島最外緣各島和各乾礁的最外緣各點的直線群島基線；此基線內之水域稱之為群島水域。群島水域既非內水也非領海，但與內

註24 同註6。

註25 同註6。

註26 同註6，第九十三頁。

註27 同註6。

註28 Louis Henkin et al., 前揭註2，第一二五頁。

水和領海有許多相同點。群島國對群島水域享有主權，包括水域之上空、水域下之海床和底土，以及水域內之所有資源。但群島國必須尊重 (respect) 「與其他國家間的現有協定，並應承認直接相鄰國家在群島水域範圍內的某些區域內的捕魚權利和其他合法活動」，也須尊重「其他國家所鋪設的通過其水域而不靠岸的現有海底電纜」。²⁹另外，其他國家在群島國之群島水域中享有無害通過權；而在群島國與主管國際組織（大指國際海事組織）諮商後所指定之群島海道或空中航道上，第三國也享有通過和飛越的權利。³⁰

以上之規定適用之條件必須是群島國。但若一沿海大陸國在離其海岸有一相當距離處，有群島領土之存在，那麼，是否此沿海大陸國可以群島直線基線劃定其群島水域？在第三次聯合國海洋法會議召開的第一次會期，曾有九個國家提議，將直線基線制度適用至沿海國（非群島國）之洋中群島 (mid-ocean or oceanic archipelagos)；而在此水域內外國船舶享有無害通過權。³¹另外，一九七四年，厄瓜多也曾提議在不改變群島直線基線內水域之自然制度和其領海的情況，將直線基線制度適用至非群島國之洋中群島。³²第三次聯合國海洋法會議在一九七五年所通過的「非正式單一協商文件」：(The Informal Single Negotiating Text) 並未採納上述提議，但卻指出：有關群島國之條款「並不損及構成大陸國家領土一部份之洋中群島的地位」。³³這段保留條款在一九七五年後所召開會期的會議文件中卻不再出現。³⁴因此，最後通過的一九八二年聯合國海洋法公約對沿海大陸國之洋中群島適用直線基線制度並未作任何規定。此公約中僅對群島國和沿海大陸國沿岸群島 (coastal archipelagos) 適用直線基線制度上有所規範。依此發展，是否因一九八二年聯合國海洋法公約對沿海大陸國之洋中群島未作規定，就下定論說此類洋中群島不能適用群島直線基線制度？這仍有待商榷。事實上，一九八二年聯合國海洋法公約前言中明確的指出：「確認本公約未規定事項，應繼續以一般國際法的規則和原則為準據。」³⁵ 因此，如果公約中有關群島之規定無法涵蓋適用其他類別之群島時，應訴諸習慣國際法。

由以上之討論，筆者認為，「歷史性水域」是有可能具有「群島水域」之地位，沿海大陸國基於歷史權利、經濟利益、

註²⁹ 一九八二年聯合國海洋法公約第五十一條。

註³⁰ 一九八二年聯合國海洋法公約第五十二、五十三條。

註³¹ U. N. Doc. A/CONF. 62/L. 4 (July 26, 1974), 見 Donat Pharand - 前揭註⁹ - 第一三二頁。

註³² U. N. Doc. A/CONF. 62/C. 2/L. 51 (August 12, 1974), 見 Donat Pharand - 同註⁹。

註³³ Article 131, the Informal Single Negotiating Text of 1975, U. N. Doc. A/CONF. 62/WP. 8 (May 7, 1975), 見 Donat Pharand - 同註⁹。

註³⁴ 第三次聯合國海洋法會議各國參與之代表均有一共識 (Consensus) 採合作之態度使海洋法公約得以通過。其中也充滿著「妥協」(Compromise) 的精神。

據丘宏達教授問及中共參與該會議代表，為何未再提及大陸國對其洋中群島採用群島直線基線制度一事，中共代表也不知所以然。究竟為何此議題不再被討論，可能必須對一九八二年聯合國海洋法公約第四部份 (群島國) 之立法歷史 (legislative history) 再作一深入研究。

國家安全等理由，是可採用群島直線基線，將群島最外緣各島礁連接，劃定「歷史性的群島水域」。然而作此主張之後，也有可能遭到其他國家之反對。此外，更須考量國家是否有實力去支持此種主張？

四、有效主張「歷史性水域」應具備之要件

前面曾提過，海洋法公約中對決定「歷史性水域」之存在與否所須具備之法律要件完全沒有規定。習慣國際法中也沒有特別的規則可被引用至「歷史性水域」的情況。因此，在討論有效主張「歷史性水域」所應具備之要件時，必須依賴次級的國際法來源，亦即，法院之判例，學者之學說主張，或其他國際法律文件。

一九六二年聯合國祕書處就「歷史性水域（包括歷史性海灣）之法律制度」所作之研究一文中提到，一般認為，在決定一國是否已對某一海域取得歷史上權利時，至少有三個要素須予以考慮：第一，主張歷史權利的國家對該海域行使權力（the exercise of authority）；第二，此項權力行使的連續性；和第三，外國之態度。除此外，另外一項也被提及的要素是：是否該項「歷史性水域」之主張可被經濟需求、國家安全、重大利益、或類似之理由等基礎予以合理化。³⁵有關權力之行使方面，「歷史性水域」之主張之國家對該水域所行使的權力應該是主權。換言之，如果所行使的權力範圍受到相當大的限制，那麼就不足以構成主張「歷史性水域」的充分要件。此一觀點主要是基於對某一水域提出「歷史性水域」之主張乃意味著主張該水域為該主張國海上領域（maritime domain）的一部分。因此，邏輯上推論，作為「歷史性水域」主張基礎所需之權力範圍是根據該主張本身之範圍而定。所以，普遍被接受的看法是，如果「歷史性水域」之主張目的是在主張某一海域為國家領域之一部份時（亦即，對該「歷史性水域」之主張是對該水域主權之主張），作為該項主張所行使之權力必須也是主權。³⁶由此討論，是否我們可以推論說，如果我們主張的「歷史性水域」不是內水，也不是領海，那麼，權力行使此一要素的要求，就可以不是主權的行使？也就是說，在某些情況下，譬如，外國船舶之無害通過或飛機的飛越，甚至捕魚權之行使等活動之允許，並不影響我國「歷史性水域」之提出？而所要求主權之行使，也不一定需要像陸地領土上或內水中行使百分之百的主權？

³⁵ "Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays," *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, Vol. II, pp. 1-26. 摘錄於 Gary Knight and Hungdah Chiu, *The International Law of the Sea: Cases, Documents, and Readings* (London and New York: Elsevier Applied Science and UNIFO publisher, Inc., 1991), pp. 118-122.

³⁶ Gary Knight and Hungdah Chiu, 同註³⁵，第一一九頁。

至於有關權力之行為，必須是國家或國家機關的行為。除了極為特殊的情況下，個人之私人行為並不足以構成權力行使之要件。此種行為也必須是公然的行為，且為其他國家所知曉。當然，所行使之權力必須是有效的。³⁷學者 Bourquin 就曾寫道：「主權必須被有效的行使；國家之意圖必須以行為明確表示出，而不能只是宣示而已。」³⁸

由以上之說明，可知有效主張「歷史性水域」之第一個要件就是「主張國透過適當之行為，對該水域有效的行使主權。」有效主張「歷史性水域」所應具備的第二要件是權力行使的連續性，亦即，習尚（usage）。習尚此字之意義並非全然清楚。一方面，習尚意指普遍化之行為型態，亦即，許多人依同樣或類似方式而行為。另一方面，習尚更指同一人對同一行為的重複行使。就「歷史性水域」而論，習尚應指後者之意涵。同一國家對同一行為重複的行使，才可取得歷史上之權利。主張「歷史性水域」之國家對該主張之水域所行使之有效主權必須經過一段相當長的時間。然而，「相當長的時間」究竟指的是多長，並無定論。應依每一個案作特別的判斷。³⁹

有效主張「歷史性水域」所應具備之第三要件是其他國家的態度，也就是其他國家的默認。由於主張「歷史性水域」的國家，事實上是主張原本可能依國際法係屬公海的區域，現在卻變成其海域，因此，必須獲得其他國家之同意或默認。就國際海洋法而言，公海是公共之物（*res communis omnium*）而非無主物，不能依先占取得公海區域之權利，而「歷史水域」權利之取得是經由原本合法之所有者（亦即國際社會）被沿海國所取代此一過程，因此，必須獲得合法所有者之默認。⁴⁰

根據上述三要件之討論，假設說，取得「歷史性水域」所需要之時間已開始進行，阻止此權利取得之足夠反對聲音也未能力即出現。另外，也許有一、二國提出抗議，但整個發展是受到一般其他國家的容忍。但漸漸的，對「歷史性水域」之反對意見開始增加，最後達到一個階段，此階段中，主張國對該水域行使主權的情形就不再視為被其他國家容忍。如此一來，歷史權利之出現就被阻止。但必須注意的是，達到這個階段的時間不可過遲，也就是說，如果已有足夠的時間，且經一般國家之容忍，使主張國家取得該水域的歷史權利，那麼要阻止「歷史性水域」主張之生效就來不及了。因此，時間的經過與反對意見的累積兩者之間，好似進行一場賽跑。但賽跑之結果係屬主觀之判斷，蓋國際法上，並無明確的標準可被適用於此二競賽的要素。歷史權利成立所需經過的時間要多長和反對之數量要多少才足夠排除「普遍的容忍」對此二者均無定論。⁴¹

註37 同註35。

註38 同註35。

註39 同註35，第一二〇頁。

註40 同註35，第一二二頁。

註41 同註35。

O'Connell 教授對「歷史性水域」之要素亦提出他的看法，他認為「歷史性水域」之存在必須具備的要素有三：第一，有效性 (effectiveness)；第二，時間的經過 (effluxion of time)；和第三，其他國家之態度。就「有效性」而言，O'Connell 認為對「歷史性水域」所行使之控制行為必須是主權上的管轄行為 (sovereign jurisdiction)，且在事實上必須是排他的。通常此種主權行使之意圖必須藉由公行為 (public act)、宣言 (proclamation)、國內立法來表示，但有時也可透由事實去推論。但如果並未正式提出主權主張時，是否主權已被主張或行使就有待評估；此種評估依事實狀況會有所不同。譬如說，在格里斯巴達納案 (the Grisbadarna Case) 中，燈塔之設立與海上之測量被放在一起作為瑞典有權主張的標示；但在明吉爾斯與伊克里霍斯案 (the Minguiers and Ecrehos Case) 中，照明與浮標之安置卻受到不同的解釋。^{④②}

同樣地，立法或宣言中是否有關海域之抽象主張，在缺乏實際執行行為時，足以被用來取得歷史權利也成問題。解決之道大多是依實際狀況而定。正如在極為遙遠和無人居住的島嶼的情形，或在遙遠和較少使用之海的情形，有效主權行使此項要件之要求比較不嚴格。^{④③}

至於有關時間經過的要件，O'Connell 認為，一個狀況持續的愈久，其所取得之法律穩定性 (legal stability) 愈大，因此，長久的習尚絕非不相關。但是，如果禁止反言 (estoppel) (相當於默認) 是決定當事國法律關係之關鍵時，邏輯上，重點應落在「習尚」，而不是「長久」上面，因此，對一項歷史主張，所需求的歷史可能不需太長，也可能是偶發的 (incidental)。儘管「古老的無法記憶的占有」(immemorial possession) 常被提及引用，但至少對一些海上之主張而言是令人誤解的，因為海上主張之真正問題關鍵是當事國間彼此的關係和他們有關主張的行為。單從字面上去要求遙遠無法記憶性，將可能導致排除所有所謂歷史性海灣的可能。^{④④}

儘管如上所述，由於習尚意涵時間的經過，因此，歷史並不能被一起忽略。這也是為什麼一些法律編纂的草案中出現有不同有關習尚的用字，譬如：「已確立的習尚」(established usage)、「繼續的和完全確立的習尚」(continued and well-established usage)、「為國家所一般承認之已確立的習尚」(established usage generally recognized by the nations)、「古老的無法記憶的習尚」(immemorial usage)、「繼續的和古老的無法記憶的習尚」(continuous and immemorial usage)。^{④⑤}

註④② D. P. O'Connell, 前揭註⑩, 第四二七至四三三五頁。

註④③ 同註⑩, 第四二八頁。

註④④ 同註⑩, 第四三二頁。

註④⑤ 同註⑩。

O'Connell 所提及之第三個要件是外國的態度。他認為其他國家默認此一要件是真正有效主張「歷史性水域」之重點。因為，如果取得實際之同意，邏輯上而言，歷史就變的不需要，蓋外國之承認或同意變成權利取得之基礎。只要外國同意，這就足以取得該水域之權利。只有以推定去尋求同意之證據時，長久的習尚才需要被引用。但是，如果「歷史性水域」此概念相同於其他國家的默認或同意的話，那麼就不需要給予「歷史性水域」一個特殊的地位。因為，任何特殊的制度都可藉由協定而建立，並不需要有學說理論去支持。「歷史性水域法則」(the doctrine of historic waters) 上有困惑主要是大型海灣是依一般法律原則，還是基於對一般法律原則之減損而被納入主權範圍兩者間所發生爭議的產物。如果是屬前者，歷史只不過是扮演說明一般法律規則範圍的角色，而其他國家之態度只是與確認該法律規則之範圍相關。如果屬後者，那麼國際社會之同意(由直接相關國家之態度去證明)就是使該主張合法化過程中的一項主要要素。但是，如果禁止反言是一個適用之法律因素時，唯有在證明其他國家被期待可能有反應的期間裡，歷史才有關，而且在一些情況下，歷史可被縮短。⁴⁶

如果要對一般法律制度建立起一個以歷史為條件的例外，真正的考慮主要是國際社會各國之容忍。但實際上，此種容忍意味著不行為(inaction)或抗議之闕如。再者，真正的問題是相對有效性(relative effectiveness)，也就是說，一旦抗議之提出，此抗議(如果是繼續的、廣泛的，且被相稱的行為所支持)也只能阻止某一權利的歷史性強化作用(the historic consolidation of a title)，不管此種權利是與國際法規定相符，或減損(derogation)國際法之規則。⁴⁷

以遵循國際法和減損國際法此種強化權利之過程去合併此種不可避免的趨勢，在實踐上乃意味著「歷史性權利」之主張，主要是依靠第一個(有效性)和第二個要件(習尚)，而不是第三個要件(外國之態度)。基此，主權之主張(notoriety)與公然的行使才是最重要的考慮要件，而不是去證明其他國家未能有效的提出抗議。⁴⁸

除了以上的三項要件之外，一九六二年聯合國秘書處有關「歷史性水域」法律制度之報告和 O'Connell 教授都提及「重大利益」(vital interest)此一因素與有效主張「歷史性水域」之關係。因此，也一併說明如下。

有關「重大利益」的概念可追溯至 Drago 博士於一九一〇年在「北大西洋沿岸漁業仲裁案」(the North Atlantic Coast Fisheries Arbitration)所持的反對意見。他說，沿岸國可主張「歷史性海灣」，主要是因為特殊的情況(包括地理結構)，但最重要的是「自衛」(self-defence)的要求。此一要求使沿岸國提出「歷史性海灣」之主張變為合理。一九五八年聯合國秘書處所準備有關「歷史性海灣的備忘錄」中也提到此一論點。一九六二年聯合國秘書處有關「歷史性水域」包

註46 同註40，第四三三至四三四頁。

註47 同註40第四三四頁。

註48 同註40。

括歷史性海灣（法律制度」之研究也對此作了一個說明。此研究寫道：「此一論點（亦即重大利益使歷史性水域主張成爲合理）之重要性主要不是在說明習尚可被其他理由加強」，而是這些特殊的情況可與習尚分開，使歷史性權利之主張合理化。此外，一九六二年的研究報告也認爲，此種概念（重大利益使歷史性水域主張成爲合理）雖有部份的正當性，但實際上，此概念應與「歷史性水域」分開而論，且應被視爲一個獨立的制度去研究。如果這種說法被接受，「重大利益」此因素就不是在文字上自一九五八年領海公約的規則中被剔除在外，而且變得有必要去說明「重大利益」在法律編纂過程中全未被處理。⁴⁹

根據上述，就產生出一個問題，亦即，是否「重大利益」此一概念在國際法中占有一傳統的地位？抑或，「重大利益」此一概念只不過是一個提議，且此種提議只有在作爲歷史性權利主張之一要件時，才可取得一個法律地位？在思考此一問題時，「阿拉巴馬索賠委員會第二法庭」（the Second Court of Commission of the Alabama Claims）在契沙彼阿克灣（Chesapeake Bay）一案中，對有爭議性水域之防衛面所作的強調，是值得注意的。一九一〇年的「北大西洋沿岸漁業仲裁案」中，多數意見也都贊同防衛海灣之可能性和必要性；也提及「海灣對沿岸居民工業上之特殊價值」。在一九一七年的「豐色加海灣案」（the Gulf of Fonseca Case）中，法庭也說明：「有必要以鄰近國家之歷史、地理、和重大利益三個觀點去詳述海灣的特性」。除此案例外，在一九三〇年海牙國際法編纂會議中，葡萄牙代表曾提出一個相當重要且具說服力的陳述。他說：「如果一些國家有主要的需求（essential needs），那麼我個人認爲，這些需求正如習尚一樣值得被尊重，所受尊重的程度甚至應高於習尚受尊重的程度。需求是由現代社會條件所產生，如果我們尊重長久和古老的無法記憶之習尚是國家長期以來所經驗之需求的結果，那麼爲何我們不能尊重那些現代生活中……附加於國家的需求呢？」⁵⁰

上述有關「重大利益」之論點，自一九五一年「聖地牙哥宣言」（the Declaration of Santiago）通過以來，被拉丁美洲國家採用以支持其沿岸水域之主張。一九七〇年的「利馬宣言」（the Declaration of Lima）也支持此種論點。另外，一九七一年，加拿大在回覆美國政府有關反對「一九七〇年加拿大北極區水污染防治法」（the Canadian Arctic Water Pollution Prevention Act, 1970）時，也引用了「重大利益」之觀念以支持該立法。⁵¹美國人 Mitchell Strohl 在所著的《國際海灣法》一書中有關哈得森灣（Hudson Bay）地位作了一個結論。他認爲，由於該海灣是潛水艇活動之可能區域，因此，國家安全利益是一個相當重要的考慮因素。⁵²

註49 同註10，第四三五頁。

註50 同註10，第四三七頁。

註51 同註10。

註52 Donat Pharand, 前揭註9, 第一〇三頁。

一九五一年，國際法院在「英挪漁業案」(the Anglo-Norwegian Fisheries Case)中，承認在劃定海域管轄權時，地方經濟利益有其關聯性。⁵³同樣地，在一九七七年「英法英吉利海峽大陸礁層仲裁案」(the English Channel Continental Shelf Case)中，特別仲裁庭也提到，重大利益(譬如，安全、防衛、和航行利益)可被考慮進去。⁵⁴由於國際法院的此種承認「重大利益」之地位，整個有關海上領域之法則(the whole doctrine of the maritime domain)充斥著重大利益此一概念。⁵⁵

然而真正問題的重心是，此種「重大利益」本身是否構成合法行使權力(authority)之基礎？抑或，此種「重大利益」與其他更基本和更實際的要件放在一起時，才扮演一個解除一般法律規則適用的角色？此一角色乃國際法院所思考的問題。另外，值得注意的是，一九五七年蘇聯宣佈大彼得灣為其「歷史性海灣」後，次年，日本提出抗議。而蘇聯在答覆日本抗議時，是採前述英挪仲裁案的方式，亦即在概念上，將防禦利益(defence interest)放在地理和歷史利益之後，但同時也視防禦利益為主張大彼得灣為「歷史性海灣」之主要動機。蓋蘇聯說明：「基於海灣之特殊條件以及海灣在經濟和國防上之重要性，大彼得灣之水域在歷史上屬於蘇聯的內水。」⁵⁶

O'Connell 認為，有關「重大利益」地位之正確觀點應該是：「重大利益」此概念在國際法上尚無地位；但自英挪漁業案後，就有關海上領域之劃定上，將「重大利益」與地理、生態、經濟和社會這些相關因素視為一體時，「重大利益」在評估長久之習尚方面，就具有一定的地位。只要法律上沒有其他的「安全瓣」(safety valve)存在，那麼就可以假定，在處理那些「不可磋商之主張」(non-negotiable claim)時(譬如，有關污染之控制)，「重大利益」此概念將很快的取得獨立存在之地位。但在實際情形中，不願一九五八年日內瓦領海公約所設之嚴格限制，直線基線此一選擇已被採用，因此，「重大利益」要取得獨立存在之地位，仍有問題。但是，如果直線基線此一權宜手段被廢止不用，那麼主張「歷史性水域」之強調重點就會落在「重大利益」上面。⁵⁷

除了「有效性」、「習尚」、「外國之態度」此三大要件和「重大利益」此一因素之外，另外有兩個相關問題必須作一說明者是：抗議之法律效果和舉證之義務。

註⁵³ D. P. O'Connell, 前揭註¹⁰, 第四三七頁。

註⁵⁴ Donat Pharand, 前揭註⁹, 第一〇三頁。

註⁵⁵ D. P. O'Connell, 前揭註¹⁰, 第四三七頁。

註⁵⁶ 同註¹⁰, 第四三七至四三八頁。

註⁵⁷ 同註¹⁰, 第四三八頁。

在有關「歷史性水域」主張之爭論上，利害關係國所作之一項有效的抗議將駁斥默認之認定。然而此種抗議要有法律效果的話，此種抗議必須是真實的，且必須伴隨著一些更強有力的後續動作，以防止歷史性權利的取得。真正抗議意味著僅僅以間接方式提出反對是不夠的。譬如，在英挪漁業案中，國際法庭就認為英挪兩國間之諮商並不足以構成一項有效的抗議。如果一個國家真正關切一項歷史性權利的形成或取得，此國必須採取可被允許的手段，去阻止一項實踐或權力之行使發展成一項歷史性權利。學者Jum指出，此類手段包括透過外交談判，某種暫定協議的安排，或由調查、調停、或調解去解決辦法。除此之外，一國可將此問題提交聯合國，尤其當該爭議有危及國際和平和安全時。此外，抗議之有效的程度將依賴一些因素而定，譬如抗議國之利益、抗議國之地理情況、抗議國之政治力量，加上，抗議國之外，是否還有其他國家也提出抗議。⁵⁸

至於有關「歷史性水域」主張上之舉證義務問題，究竟主張國是否有舉證之義務，主要是依該主張水域之實際性質而定。如果「歷史性水域」主張之特別性質是對該水域取得主權上一般規則的減損，或例外，那麼，主張國有證明其對該水域享有歷史性權利的舉證義務。但是，如果主權取得之主張是在一般法律規則之範圍內（譬如，適用於直線基線制度的規則），那麼，主張國並無舉證之義務。在英挪漁業案中，英挪兩國均同意舉證之義務是落在主張例外權利的國家身上。但兩國對挪威之適用直線基線制度是否構成一項例外有不同看法。英國認為挪威是主張例外的權利，因此有舉證之義務。挪威則反駁，認為劃定海域之方法並不構成一般法律規則之例外，因此，不負舉證之義務。法庭似乎接受挪威的論點，認為挪威引用歷史之目的不在於合法化一項非法的情況，而是確認該情況的合法性，因為挪威認為其所使用之直線基線制度並不違反國際法。挪威對基線向陸一側之水域，主張主權是根據直線基線制度作為主權基礎之一項歷史性強化（historic consolidation），而不是根據該水域的歷史性權利。O'Connell 教授對法院之判決也作類似的解釋。他說，「法院非以歷史性之理由去支持挪威劃定領海的方法，因為如此作將是視該劃法為一特別個案，而不是將一般法律規則適用於一個具體的情況。綜合上述，如果一國之主張是根據權利之強化，那麼此國並無舉證之義務，但如果主張是根據一項歷史性權利，則有舉證之義務。」⁵⁹

五、國家之實踐

國際社會上，究竟有多少國家提出「歷史性水域」之主張？其所主張之理由為何？主張之水域性質為何？有那些國家提出抗議、反對？一九八二年聯合國海洋法公約通過後，「歷史性水域」，尤其「歷史性海灣」之主張，在數目上是否減少？

註⁵⁸ Donat Pharand，前揭註⁶，第一〇〇至一〇一頁。

註⁵⁹ 同註⁶，第一〇三至一〇五頁。

減少多少；等等，這些問題對研究我國南海歷史性水域法律地位均極具參考價值。但至今尚未發現一本完全討論各國有關「歷史性水域」主張之專論。儘管如此，有關「歷史性水域」之主張，多半是「歷史性海灣」。這方面，根據 Churchill 和 Lowe 兩位海洋法學者之說法，目前大約有二十多個國家主張「歷史性海灣」。⁶⁰他們也舉了一些例子，其中包括蘇聯主張阿卓夫海 (the Sea of Azov) 和大彼得灣 (Peter the Great Bay) 為其歷史性水域，但受到美、英等國之反對；加拿大主張哈得森灣為其歷史性海灣，但受到美國之反對；美國之主張契沙彼阿克灣和達拉威爾灣 (Delaware Bay) 為其歷史性海灣；越南主張部分的暹羅灣 (Gulf of Thailand) 和北部灣 (東京灣) (Gulf of Tonkin) 為其歷史性海灣，但受到法國、泰國、中共等之反對。⁶¹

以下就美、蘇、加拿大、菲律賓和印尼之國家實踐作一概介：

(1) 美國

美國對達拉威爾灣和契沙彼阿克灣主張享有歷史性權利。但此二海灣入口處僅有十海里。即使不管是否有無「歷史性權利」之存在，美國依一九五八年領海公約和一九八二年之聯合國海洋法公約均可將此二海灣劃入，成為美國之內水。國際社會上似乎也沒有國家對此提出反對過。至於國內立法方面，美國國內法並無有關「歷史性水域」之規定或條款。⁶²

至於對其他國家「歷史性水域」之主張方面，美國曾作一些反對的抗議和表示。最為人所周的乃美國反對利比亞將塞特灣視為其「歷史性海灣」。為此，在一九八一年和一九八六年，兩國還大動干戈，在爭議的塞特灣內和其上空有過武裝之衝突。⁶³另外，在一九八七年，美國國務院還以專文駁斥利比亞「歷史性海灣」之主張。⁶⁴但美國指出，利比亞可主張十二海里之領海，和二百海里之專屬經濟區。在專屬經濟區內，利比亞不得妨礙美國有關航海和飛越之權利。⁶⁵除此之外，美國反對加拿大主張哈得森灣為其「歷史性海灣」。⁶⁶一九五七年，蘇聯主張大彼得灣為其「歷史性海灣」時，美國提出正式的抗議。抗議書中提到，「依照國際法，所封閉之水域不管是地理上或歷史上，不能被視為蘇聯內水的一部分。」⁶⁷美國其他抗

註⁶⁰ R. R. Churchill and A. V. Lowe, 前揭註¹⁹, 第三十七頁。

註⁶¹ 同註⁶⁰。

註⁶² Donat Pharand, 前揭註⁶, 第一〇七頁。

註⁶³ R. R. Churchill and A. V. Lowe, 前揭註¹⁹, 第三十八頁。

註⁶⁴ 國務院此文收錄於 Gary Knight and Hungdah Chiu, 前揭註²⁵, 第一二三頁。

註⁶⁵ 同註⁶⁴。

註⁶⁶ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 4, pp. 233-258.

註⁶⁷ Donat Pharand, 前揭註⁶, 第一〇七頁。

議之例子以下會再提及。

(2) 蘇聯

蘇聯在實踐上不但主張「歷史性水域」，其國內法也有這方面的規定。⁶⁸根據一位學者的計算，蘇聯主張二十多個「歷史性海灣」。⁶⁹譬如，一九四七年，蘇聯主張里加灣（Gulf of Riga）為其「歷史性海灣」；⁷⁰一九五七年主張大彼得灣為其「歷史性海灣」，外國船舶不得航行於此灣；飛機除非獲得許可，不得飛越此海灣。⁷¹一九八四年，蘇聯通過一法令宣佈潘金斯卡亞海口（Penzhinskaya Inlet）為其「歷史性水域」；此海口是以三十八點二海里長的直線予以封口。一九八五年，再宣佈白海（the White Sea，封口線八四·四海里長）、契斯卡亞灣（Cheskaya Bay，封口線四四海里長）和北達拉斯卡亞灣（Baydaratskaya Bay，封口線六一·五海里長）為其「歷史性水域」。⁷²一九八二年，蘇聯通過了一項有關蘇聯疆界的法律，其中亦有涉及「歷史性水域」之條款規定。⁷³此法律使西伯利亞海（the Siberian Sea）〔其中包括了卡拉海（Kara Sea）、拉帕鐵夫海（Laptev Sea）、東西伯利亞海（East Siberian Sea）和查克齊海（Chukchi Sea）和連接上述數海的海峽，包括維爾斯基海峽（Vilkitski Strait）、桑尼科夫海峽（Sannikov Strait）、笛米特里·拉帕鐵夫海峽（Dimitri Laptev Strait）和笛隆海峽（De Long Strait）〕成為蘇聯的「歷史性水域」。⁷⁴但根據學者 Donat Pharand 之研究，由蘇聯本身的國家實踐，以及外國之反應或行為來觀察，西伯利亞海應不是蘇聯的「歷史性水域」。蓋蘇聯本身並不對西伯利亞海提出「歷史性水域」之主張。⁷⁵另外，一九六五年美國的海岸防衛隊破冰船「東風號」（Eastwind）曾駛進卡拉海，並作海上調查和水文樣本之採集工作。一九六七年，又有美國破冰船「東風號」和「艾迪斯托號」（Edis 10）駛入卡拉海和維爾斯基海峽從事海洋科學調查活動。另外，在查克齊海、東西伯利亞海和拉帕鐵夫海內，也同樣的先後在一九四七、一九六二、一九六三和一九六四年間被美國的船舶駛入。除此之外，美國在一九四七、一九四八和一九六〇年也曾派遣潛艇駛入查克齊海，在冰下進行一些實驗。儘管蘇聯曾有執行監視美船活動之行為，但並未作任何之干

註⁶⁸ 該法名稱為“Statute on the Protection of the State Border of the U.S.S.R.”（保護蘇聯國家疆界法規）。

註⁶⁹ Anne E. Reynolds, “Is Riga an Historic Bay,” *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, Vol. 2, No. 1 (1987), p. 21.

註⁷⁰ 有關此方面之討論，見 Anne E. Reynolds - 同註⁶⁹，第二十五至三十五頁。

註⁷¹ Donat Pharand，前揭註⁶，第一〇七頁。

註⁷² 同註⁶，第一〇八頁。

註⁷³ 同註⁶。

註⁷⁴ 同註⁶。

註⁷⁵ 同註⁶，第一〇七頁。

涉。依此，西伯利亞海並非蘇聯的「歷史性水域」。倒是蘇聯的法學者一致認為，基於歷史的原因，西伯利亞海係屬蘇聯之內水。除了歷史或長久習尚外，蘇聯法學者也引用地理、經濟和國家安全支持其「歷史性水域」（內水）之主張。⁷⁶

(3) 加拿大

加拿大之國內法並未作任何有關「歷史性水域」的規定。但一九六四年加拿大的「領海及鄰接區法」中有一條款規定：「加拿大之內水包括加拿大領海基線向陸一側之任何水域」。由於此內水之定義是總括性（inclusive）而不是排他性（exclusive），因此，一些海域是以地理或歷史，或兩者兼之的基礎視為內水，而不是因為此水域是在領海基線向陸一側。⁷⁷加拿大主張查留爾斯灣（the Bay of Chaleurs）、康瑟帕遜灣（Conception Bay）、米拉米契灣（Miramichi Bay）和哈得森灣為其「歷史性海灣」。⁷⁸除此之外，加拿大於一九六九年正式宣佈加拿大北極圈內群島內之水域屬其「歷史性水域」。在一份提交下院之報告中提到：「北極圈群島中各島嶼間的水域，在歷史上、地理上、和地質上，一向是，現在也是，屬於加拿大之主張範圍」。一九七三年加拿大外交部也曾特別說明，加拿大不只主張哈得森灣和哈得森海峽（Hudson Strait）為其歷史性內水，也包括了加拿大北極圈內之水域。⁷⁹

(4) 菲律賓與印尼

一九五五年菲律賓主張「所有圍繞、介於和連接不同島嶼之水域，屬於菲律賓之群島，不管其寬度或面積，乃菲國陸地領土之必要附屬物，構成國家或內地水域之一部份，菲國對此享有專屬主權」。⁸⁰一九五七年，印尼主張印尼群島在歷史上被視為一個「整體」（entity），所有圍繞、介於和連接群島中各島嶼的水域，因此被認為內陸或國家水域，屬於印尼，且印尼對其享有絕對主權。⁸¹但美國、英國和其他國家曾表示反對此種主張。⁸²而日本和澳大利亞曾反對印尼之主張。⁸³但這些反對的國家在第三次聯合國海洋法會議中均表示支持設立此一新的「群島水域」制度。另外，儘管此制度在國際上之實踐有一些不符合一九八二年聯合國海洋法公約之相關規定，但大體上，國際社會成員已接受此一「群島水域」之法律制度。

註76 同註6，第一〇八至一一〇九頁。

註77 同註6，第一一一頁。

註78 Louis Henkin，前揭註2，第一二五至四頁。

註79 Donat Pharand，前揭註6，第一一〇至一一二頁。

註80 Louis Henkin，前揭註2，第一二五至五頁。

註81 同註2。

註82 R. R. Churchill and A. V. Lowe，前揭註9，第九十九頁。

註83 Louis Henkin，前揭註2，第一二五至五頁。

六、我國南海歷史性水域之法律地位

根據前面所討論有關「歷史性水域」之類別，我國南海歷史性水域應屬於O'Connell教授所稱的第三類「歷史性水域」。因爲此類之「歷史性水域」並無劃定海上疆域所適用一般法律規則問題之發生。我國主張U型線內之水域爲我國之「歷史性水域」，此乃海洋自由此一單一法律規則適用上的歷史性例外。基此，我國有舉證之義務去證明我國對此水域已提出「歷史性水域」的主張，且經過一段長久期間，在該水域行使有效的權力，且受到外國的默認。如果這些要件都符合，我國的主張才屬有效。以第一要件（「歷史性水域」主張之提出）而言，我國官方立場似乎並未正式作此主張。儘管說民國三十七年「南海諸島位置圖」公佈對外發行，其中有U型疆界線存在，但此U型疆界線內之水域是否屬我國之「歷史性水域」，並未作說明。直至最近，行政院草擬「領海及鄰接區法案」時，才將此水域界定爲我國之「歷史性水域」。但我國政府並未對外主張此一「歷史性水域」，也未明確界定此一水域之法律性質。因此，更無法明確指出我國與外國在此水域所享之權利、所負之義務有那些。由於我國並未正式對外主張南海爲我國之「歷史性水域」，外國之態度如何，目前亦不甚清楚。倒是馬來西亞、印尼等國之學者官員開始詢問U型疆界線內水域之性質。但筆者相信，一旦此一主張提出，外國之抗議或反對是可以期待的，而且反對的國家不會只限於南海的周邊國家，其他國家如美國、日本、獨立國協等也可能會提出反對意見。因此，我國政府之主管機關應針對是否正式提出歷史性水域的主張作一審慎的評估。除此之外，我國防部曾於民國八十一年十月七日公告南沙（太平島）地區和東沙地區的海空域限制區，⁸⁴將東沙島及南沙太平島周邊海面六千公尺上空宣佈爲限制空域；周邊海面六千公尺爲限制海域。「非中華民國國籍船舶或其他運輸工具或人員，不得入出本海域限制區。」⁸⁵此公告是否亦同時宣佈，非中華民國國籍船舶或其他運輸工具或人員，得入出東沙、南沙（太平島）周邊六千公尺以外之海域，不受限制？此一公告對我國未來提出南海歷史性水域之主張可能會有影響。因此，此公告之適用對象也有待釐清。

至於就有效主張「歷史性水域」應具備之另一要件（亦即有效的，在一段時間內，長久行使主權）而言，似乎我國對南海「歷史性水域」行使的是有限度的主權，而非完全之主權。蓋外國之商船、漁船，甚至軍艦均曾出入於南海「歷史性水域

註⁸⁴ 聯合報，民國八十一年十月十四日，第一版。

註⁸⁵ 同註⁸⁴。

「，且曾進行一些海洋活動，包括捕魚和從事海域石油探勘等。基此，我國對南海歷史性水域主張之提出不能將之定位於內水或領海。那麼，未來是否可將南海歷史性水域定位在「歷史性群島水域」？或「歷史性特殊水域」（英文可寫成 *historic waters of archipelagos* 或 *historic waters with a special status as archipelagic waters*）？基於前面有關大陸國對其洋中群島主張採用群島直線基線之討論，我們知道國際社會上是有這方面的實踐。因此，理論上，我國應可作此主張；再者，依此種水域性質提出我國對南海歷史性水域之主張比較能夠符合南海水域內其他國家權利行使的情況。但是，在實際上，此一主張之提出，會不會被其他國家所接受？在西沙、南沙劃定群島直線基線有無困難？直線劃定後，如何有效維護我國之主權？圈劃西沙、南沙為我國之歷史性群島水域對整體國家利益是利多於弊？抑或弊多於利？作為國際社會之一成員，是否我國也應注意到國際社會的利益（*community interest*）？另外，中共方面對此之態度與立場又是如何？以上種種問題都必須考量清楚。唯有如此，我國所作出有關南海歷史性水域的主張才能為國際社會所接受，以及更具實踐性。

*

*

*

airiti