

南海问题研究

南海共同开发需要解决的基本法律问题

何海榕

(海南大学法学院,海南海口 570228)



[摘要] 南海资源丰富,具有重要的战略价值和国际影响力。中国早在20世纪70年代就积极推动争议海域共同开发,但是至今未有成功的案例。未来南海共同开发需要解决以下基本法律问题:明确共同开发的主体、界定共同开发区块、就利益分配达成共识、确定共同开发管理机制、选择共同开发区适用的法律、解决“先存权”问题和妥善协调第三方权利、达成具有法律约束力的共同开发协议。南海共同开发既要保持公平性,也应体现适度的灵活性以实现区域内外国家的共赢,使南海真正成为“和平之海”“和谐之海”“友谊之海”。

[关键词] 南海;共同开发;国际法

[中图分类号] D993.5

[文献标志码] A

[文章编号] 1004-1710(2022)02-0042-11

[DOI] 10.15886/j.cnki.hnus.20211125.001

南海渔业资源、航道资源和矿产资源丰富,特别是石油、天然气。它不仅是中国的“祖宗海”^①,对周边国家的生存发展至关重要,还具有重要的战略价值和国际影响力。区域内外势力对该海域的控制权争夺激烈。不仅南海周边沿海国,日本、韩国等依赖石油资源进口的国家以及欧美等区域外海洋大国,都密切关注南海。因此,南海问题的解决不仅牵动着其周边沿海国的神经,还与区域外国家,尤其是大国的战略利益密切相关。

20世纪70年代中国就提出“搁置争议、共同开发”。在中方推动下,有了一些积极的进展,中国与朝鲜^②、中国与文莱^③、中国与越南^④、中国与越南和菲律宾^⑤均曾有过积极互动,但是尚未有成功的共同开发案例。鉴于共同开发能有效利用争议海域的资源、提高各国的国民收入、改善争端当事国的关系并有利于海域争端的最终解决^⑥,本文将结合已有的共同开发案例,根据南海特点分析南海共同开发需要解决的基本法律问题并提出一些推进南海共同开发的建议。

争议海域共同开发需要具备政治、经济、法律等多重条件^{⑦-⑩}。就法律层面而言,南海共同开发需要解决以下基本法律问题:需要明确南海共同开发的主体、界定南海共同开发区域,确定利益分配比例、开发模式、适用的法律以及妥善解决“先存权”的问题和协调好第三方权利,并达成具有法律约束力的共同开发协议。

一、明确南海共同开发主体

共同开发的主体对于共同开发的谈判、共同开发协议的缔结与执行具有重要意义。

[收稿日期] 2021-03-18

[基金项目] 国家社会科学基金一般项目(17XFX002);海南大学社会科学研究启动基金项目(kyqd(sk)1819)

[作者简介] 何海榕(1978-),女,山西祁县人,海南大学法学院副教授,博士,主要从事海洋法、环境法等研究。

① 最晚至唐代,中国将南海诸岛纳入行政管辖。中国朝代不断更替,但是未间断对南海经营管理。参见韩振华:《中国南海诸岛史料汇编》,东方出版社1988年;张海文:《南海的传统疆界线的演变》,海南南海研究中心南海问题研究会论文,2002年3月。

② 2005年《中朝关于海上共同开发石油的协定》是中国与周边海上邻国签订的第一个共同开发协定。2008年6月,中日双方达成了《东海问题原则共识》,双方确认:“第一,东海合作不损害各自法律立场……”

③ 2013年4月5日,中国、文莱两国发表了《中华人民共和国和文莱达鲁萨兰国联合声明》,双方决定进一步深化两国关系,并一致同意支持两国相关企业开展海上共同开发,勘探和开采海上油气资源。

④ 2013年10月15日,中国、越南两国发表了,双方同意积极研究和商谈共同开发问题,在政府边界谈判代表团框架下成立中越海上共同开发磋商工作组;本着先易后难、循序渐进的原则,稳步推进湾口外海域划界谈判并积极推进该海域的共同开发。

⑤ 2005年3月,中国海洋石油总公司、菲律宾国家石油公司和越南石油和天然气公司共同签署了《在南中国海协议区三方联合海洋地震工作协议》。根据协议,三家石油公司将在协议期内,用三年时间联合采集二维和三维地震数据,并对地震资料进行处理。协议合作区总面积超过14万平方公里。

(一)共同开发的适格主体

从理论上讲,共同开发的适格主体需要满足以下两个条件:

第一,共同开发的主体必须是国际法主体^[4]。共同开发协议本质上属于国际条约,只有国际法主体才具备缔约能力。从现有共同开发的案例来看,共同开发的主体仅限于国家。从最早的海上共同开发实践 1958 年巴林与沙特阿拉伯共同开发案,到晚近 2012 年塞舌尔与毛里求斯共同开发案^[5],共同开发的主体都是国家。各国学者,如日本学者三友(Miyoshi)^[6]、德国学者拉格尼(Lagoni)^[7]、加拿大学者高尔特(Gault)^[8]、荷兰学者塔弗恩(Taverne)^[9]、中国学者高之国^[10]、蔡鹏鸿^[11]和张丽娜^[4]等,对此问题皆持此观点。

第二,共同开发的主体须依法对争议海域及其资源享有专属性的权利^[1]。换言之,共同开发的主体必须以符合国际法的方式取得上述主权或者主权权利,否则不能成为共同开发的主体,根据在于一般国际法原则“非法行为不产生权利”(jus ex injuria non oritur)。国际判例也支持上述规则^[12]。在“东格陵兰案”(the Eastern Greenland case)中,常设国际法院认为,东格陵兰不是“无主地”,丹麦享有先占权(prior title);挪威不能依其 1931 年法令,宣称该地为“无主地”,从而享有该地的主权。国际法知名学者布朗利(Brownlie)指出不法行为不获益(no benefit can be received from an illegal act)^[13]。而且,前国际法院法官劳特派特(Lautpacht)在他所著《国际法上的承认问题》一书中也指出:“违法者不能取得权利”的原则也是国际法规则。他说:“违反国际法的行为是无效的,不能成为违法者取得权利的根据。”^[14]

(二)南海共同开发主体的选择

根据上述理论,不是所有的南海利害关系方都是南海共同开发的主体。例如,我国台湾地区就不能成为未来南海共同开发的主体,因为她不是国际法上的国家。同理,在共同开发实践中承担主要勘探和开发工作的石油公司也不是南海共同开发的主体。另外,不是所有在南海享有海洋权利的国家都是南海共同开发的主体。换言之,非南海争端当事国但依法享有航行自由等非专属性权利的国家,如美国、日本、法国等,不是南海共同开发的主体。他们在南海不享有专属性主权或者主权权利,也不享有任何历史性主权或者历史性主权权利^[15]。简言之,南海共同开发的主体仅限于具有合理海域主张的南海争端国。具体而言,南海共同开发的主体只能是提出与我国海域主张重叠的国家,即越南、马来西亚、文莱、印度尼西亚、菲律宾这 5 个国家。

需要注意的是,这些国家海域主张必须依法取得。以岛礁为例,南海某些国家通过非法占领岛礁的方式而宣称其对某岛礁享有主权,从而主张享有相应的大陆架和专属经济区^[16]。这些国家并不能成为南海共同开发的主体。中国应要求这些国家调整或者放弃其不合理的海域主张,否则不考虑与其共同开发。

南海共同开发的主体宜少。虽然理论上对于共同开发主体的数量没有限制,但是根据以往共同开发的经验^[17]、共同开发协定的执行、油气开发本身特点^{[3]64-65}以及南海错综复杂的形势来看,南海共同开发的主体更不宜多。实践也证明,双边共同开发最可行^{[2]32}。

南海共同开发主体宜选择政局稳定的国家。根据以往共同开发的经验,如果一国政局较为稳定,领导人威望,现行法规政策不会因领导人的更迭而发生较大的变动,国力相对殷实,受区域外部势力干预较少,共同开发就容易得到较好地履行。反之,不易得到履行。因此,在推进南海共同开发之前,应对南海周边各国的政治经济情况做好调研,谨慎选择南海共同开发的主体。

另外,从成功的共同开发实践来看,宜选择有共同开发经验的国家合作。例如,马来西亚越南共同开发案之所以在短期之内达成共识,与马来西亚具备共同开发的经验密不可分。因此,可以考虑先与这些国家合作。

二、界定南海共同开发区

共同开发区是指一块特定的海域,其中两个或者两个以上的国家依据国际法对该海域享有海洋资

源的主权或者主权权利,愿意合作开发该区域的资源。

(一)共同开发区相关的法律问题

第一,共同开发区的确定。共同开发区的确定与共同开发主体的海域主张密切相关。首先,共同开发的主体需要明确海域主张的外部界限及海域的法律性质。一般共同开发主体的海域主张范围及其法律性质明确,且相互承认争议的存在。其次,实践中共同开发的主体往往根据各自的海域主张确定重叠的主张海域,再排除第三方重叠主张海域。例如,马来西亚泰国共同开发区就是根据两国的海域主张确定重叠海域,然后排除越南对该海域重叠主张的部分,剩下的海域作为双方的共同开发区^[18]。

第二,共同开发区的范围。实践中,它既可以是共同开发主体重叠主张海域的全部,也可以是其重叠主张海域的部分^[1]。例如,马来西亚泰国共同开发案中,共同开发区就是双方部分重叠主张海域。两国争议海域面积为8 000余平方公里,其中毗连区内的海域划界,毗连区以外的海域约为7 250平方公里作为双方的共同开发区。共同开发区的具体范围取决于共同开发主体的意愿和海域资源分布状况等因素^[1]。一般共同开发的主体都通过制定海图、明确地理坐标等方式标明其具体范围。

第三,共同开发区的法律性质。实践中,共同开发区的性质一般为专属经济区或者大陆架^[19]。根据现行国际法,在不同的海域,沿海国享有不同的权利,沿海国往往不愿意在主权完全管辖的海域与别国合作开发。如在内水,沿海国享有完全的排他主权^[20]。一般国家不愿将主权让渡,或者说与外国共享。而在专属经济区和大陆架,沿海国仅享有有限的主权权利,尤其是未划界的争议海域,当事国往往愿意合作利用争议海域资源^[377]。虽然实践中共同开发区以大陆架或者专属经济区为主,但是如果当事国同意将内水作为共同开发区也未尝不可,例如越南和柬埔寨^[118]。

第四,共同开发区的名称、大小和形状。目前关于共同开发区的名称、大小和形状,在国际法上并没有相关的统一规则,在实践中也未形成惯例,主要由共同开发的主体协商确定。比如,日韩共同开发区称为“特别区”(Special Zone),马泰共同开发区就直接称为“共同开发区”(the joint development area),苏丹和沙特阿拉伯的共同开发区称为“中立区”,澳大利亚与印度尼西亚的共同开发区称为“合作区”(Zone of Cooperation)^[21],越南柬埔寨称之为“共同的历史性水域”,柬埔寨泰国和泰国马来西亚称之为“共同开发区”,马来西亚越南将之命名为“确定的区域”。需要注意的是,一般共同开发区的名称均采用没有任何法律意义的中性语言,而不采用内水、领海、专属经济区、大陆架等具有特定法律意义的词语。这主要是为了避免引起不必要的争议。实践中,共同开发区的面积亦有大有小。世界上较大的共同开发区是澳大利亚与印度尼西亚的共同开发区,面积约为61 000平方千米^[21];面积较小的共同开发区为法国与西班牙的共同开发区,面积仅约814平方千米。再如,马来西亚泰国共同开发区的面积是马来西亚越南共同开发区面积的7倍之多^[18]。至于共同开发区的形状更是各异,如马来西亚泰国共同开发区的形状呈不规则的五边形^[22],马来西亚越南的共同开发区呈狭长的三角形^[23]。

(二)南海共同开发区块的选择

首先,未来南海共同开发,中国、越南、马来西亚、印度尼西亚、文莱和菲律宾需要明确南海海域主张的外部界限及其法律性质。基于南海问题的敏感性,为了避免外部不必要的干扰,包括中国在内的6个南海争端当事国可以借鉴马来西亚的做法,当事国之间了解对方的海域主张,但是不对外公布。

从中国颁布的相关法律文件和中国政府官方声明可以看出,中国南海海域主张主要有两种:一是历史性权利,以“南海断续线”为代表^[24];二是根据1982年《联合国海洋法公约》的规定主张享有相应的海洋权利。未来,不论提出哪种海域主张,也不论通过划界或是共同开发解决南海资源利用问题,中国都宜明确南海海域主张范围及其法律性质,并尽可能与周边国家协调,保证海域主张法律性质的统一性,如柬埔寨和越南统一将其争议海域定性为“历史性水域”。这样既便于合作,也能避免别国误解,认为中国企图囊括整个南海,防止其借机炒作“中国威胁论”。同时,这也便于对南海进行管理、保护海洋环境、养护海洋资源、打击违法犯罪和协调不同国家权利的行使。此外,这也有利于中国协调与别国的主权或者

① 该案尚在谈判中,未达成共同开发协议。

主权权利以及区域外国家的航行权、铺设海底电缆和管道、科学研究等权利。鉴于“南海断续线”存在的客观事实,中国宜主张“南海断续线”内水域是历史性水域。这样不仅能最大程度维护中国在南海的权益,使中国南海海域的主张一脉相承,同时也是最简单地确定中国南海海域外部界限的方法。如果根据专属经济区或者大陆架制度主张在南海享有的海洋权利,会给中国南海划界造成诸多不便。详言之,如果中国根据1982年《联合国海洋法公约》的规定主张中国在南海享有的海洋权益,那么将意味着中国放弃对“南海断续线”的主张,需要解决一系列问题。例如,南海岛礁是否可以按照群岛水域的方式确定领海基线?如果可以,西沙、中沙、东沙、南沙群岛是要单独确定领海基线还是作为一个整体确定领海基线?怎么确定领海基点?是否南海所有岛礁都享有200海里专属经济区和相应的大陆架权利?如果所有的岛礁都享有200海里专属经济区和大陆架,那么是否意味着周边国家也可根据1982年《联合国海洋法公约》的规定主张200海里专属经济区和大陆架?如果都可以,会使南海的海域划界变得异常复杂。南海争端当事国多,分别确定不同群岛或者岛屿的领海基线反而增加南海划界难度。因此,建议加强中国“南海断续线”和历史性权利的法理论证,这样不仅有利于中国南海权益的最大化,而且有助于降低解决南海争端的难度。

确定南海共同开发区块,还需理性地区别对待周边国家的海域主张。这些国家依据1982年《联合国海洋法公约》关于专属经济区的规定和根据其大陆架自然延伸,提出专属经济区和大陆架主张有一定的合理性。需要注意的是,承认这些国家海域主张具有一定的合理性,并不是承认其主张的合法性,也不是对中国在1958年《大陆架公约》生效前就存在的“南海断续线”以及线内的海洋权益的否定或放弃,而是公平合理地解决南海海域争端、顺利推进南海共同开发。对于这些有一定合理性的海域主张,中国可以据此与我国主张的“南海断续线”确定南海共同开发区。但是,对某些国家不合理的过度的海域主张一定要坚决抵制。

根据以往共同开发的经验,南海共同开发区宜选择至少距离陆地或者岛礁24海里之外油气储量丰富的双边重叠海域^{[3]211-213}。具体区块的选择可以考虑杨泽伟教授关于北部湾、万安滩盆地、礼乐滩盆地、曾母暗沙盆地和纳土纳等海域的建议^{[2]33-34}。

三、达成利益分配比例

海上共同开发的目的是分享共同开发区内的资源。可以说,利益分配比例或者说采取何种利益分配模式是共同开发主体最为关心的问题。公平合理的利益分配是日后共同开发协议能够得到良好执行的保证。

对共同开发区利益分配不仅包括对直接经济利益的分配,如开采出的油气资源,还包括对间接经济利益的分配,如石油开采配套设施的建设、员工培训、加工、销售等环节产生的利益。二者都要平衡好。前者范围明确,较易分配;后者较难界定,很难做到完全公平,往往由当事国软硬实力决定最终利益分配比例。在实践中,通常共同开发协议就利益分配作一般性规定,具体由专门机构或者石油公司就共同开发过程中的利益分配问题进行协商。这样不仅能够避免冲突,而且能够使共同开发根据实际情况得到切实履行。

油气资源的共同开发利益分配主要涉及三类主体之间的利益关系。他们分别是:共同开发主体之间的利益关系、共同开发主体与作为承包商的石油公司之间的利益关系以及作为承包商的石油公司之间的利益关系。海洋油气产业往往是资本密集型产业,只有协调好上述三种的利益关系,才会促进当事国之间的积极合作和石油公司的高效作业。

从实践来看,共同开发利益分配的模式可以分为两类:一类是平均分配模式,即当事国平均分享共同开发区利益、共同分担责任和义务的模式;另一类是非平均模式,即按约定有利于一方的比例分配共同开发区权益的模式。目前,大部分共同开发案例按照平均分配的模式。少数案例,如挪威和冰岛共同开发案、澳大利亚和印度尼西亚共同开发案,按有利于一方的分配模式。需要注意的是,判断利益分配

是否公平的标准不是平均,而是是否与共同开发主体承担的责任、享受的权益相匹配以及是否做到了共同开发主体综合利益的平衡。例如,马来西亚泰国共同开发案采取平均分配的模式。这与两国的能力、海域主张和承担的责任义务匹配,因此是公平的利益分配方式。马来西亚越南共同开发案虽然采取平均的利益分配方式,但是两国的经济水平、开发能力、制度政策完善程度不同,马方承担更多的义务。马来西亚之所以同意在承担更多责任与义务的前提下与越南平均分享共同开发区的惠益,主要是出于政治、外交等多重因素的考虑,总体上两国通过共同开发实现了“双赢”。因此,这对于两国来说也是一种公平的分配方案。再如,澳大利亚印度尼西亚共同开发案和挪威冰岛共同开发案均采用有利于一方的方式分配共同开发区的利益。这种分配方式也不意味着不公平,其中不利的一方获得了更多的隐形的间接利益。总而言之,公平的分配模式应该与当事国所承担的权利和义务相称,是对共同开发主体利益的综合平衡,实现“共赢”而非绝对的平均。

南海利益纵横交错,在共同开发利益分配的问题上既要体现公平也要保持一定灵活性。未来南海共同开发,我们应该注重利益分配与义务的协调,将不同层次的利益进行区分,做到与相关国家利益的平衡、国家与石油公司利益的平衡、石油公司之间利益的平衡。另外,需要注意的是,海上资源的共同开发既包括油气资源带来的直接经济利益,也包括潜在的间接利益,如海上基础设施的建设、员工培训雇佣机会、能源安全的保障等。在共同开发谈判的过程中,不仅要考虑显性的直接利益,还要权衡各种隐性的潜在收益。综合考虑各方面因素,兼顾直接和间接经济利益,平衡外交、政治等各方面利益,这样才能达成公平共赢的共同开发利益分配方案。

四、确定南海共同开发的管理机制

共同开发的管理机制,主要是指共同开发的主体采取何种方式管理共同开发区的资源开采活动,适用何种制度规范共同开发主体及相关方的行为。它本质上是对共同开发主体冲突管辖权的协调。国内学者多将之称为“共同开发模式”^[25-27]。

笔者按照当事国承担的责任不同将共同开发的管理模式分为“一国代理模式”和“共同管理模式”。二者的主要区别是共同开发的主体承担权利和义务的方式不同:前者主要由一方承担;后者由所有共同开发的主体共同承担。实践中,如果共同开发的主体在经济实力、技术能力、海域主张上势均力敌,那么一般会选择“共同管理”的模式,如马来西亚泰国共同开发案。如果两国实力相差悬殊,宜采取由实力较强的一方“代理”模式。否则即使赋予弱的一方同等的责任,其也无法履行。如马来西亚越南共同开发案,由于越南没有资金、技术与马来西亚合作开发,只能最终由“共同管理”模式转成由马来西亚全权代理的模式。

在实践中,共同开发的主体并不直接参与共同开发事务的管理,而是由石油公司或者专门机构代表共同开发的主体管理共同开发的事务,因此又可以将共同开发的管理模式分为“石油公司管理”模式和“共同机构管理”模式。无论是石油公司还是共同机构都全权代表共同开发的所有主体履行职责。实践中,如果共同开发区块较小,一般采用“石油公司代理”的模式,如马来西亚越南共同开发案;如果共同开发区块较大,则宜采取“共同机构管理”的模式,如马来西亚泰国共同开发案。

由于南海部分海域远离中国大陆和岛礁,根据以往共同开发的经验,未来在这些海域共同开发,可做如下选择:如果共同开发区面积大,可选择“共同机构管理”模式,建立共同管理机构,由共同开发主体授权的石油公司建立合资公司,以对方的领土为后勤补给基地,共同管理、共同开发、共享收益,制定适用于共同开发区的特别法,并对航行、捕鱼等相关事项作出详细规定;如果共同开发区面积小,则可采取“石油公司管理”的模式,如果对方国家石油公司实力强则可全权授权对方的石油公司负责开采和管理工作,中国只负责监督和分享收益^[28];如果对方实力弱则由中国的石油公司主导,与对方按约定的比例分享共同开发区的惠益。

五、选择适用的法律

法律适用是一国主权的具体体现。争议海域共同开发区的法律适用问题更为敏感。因此,共同开发区的法律适用是共同开发需要解决的主要问题之一。从现有的共同开发实践来看,共同开发适用何种法律由共同开发的主体协商确定,以共同开发协议的规定为准。

共同开发区法律适用一般可分为以下四种类型:其一,分别适用共同开发主体各自的国内法,如日本韩国共同开发案^[29];其二,统一适用一方的国内法,如马来西亚越南共同开发案;其三,制定适用于共同开发区的专门法^①,如马来西亚泰国共同开发案;其四,以上述一种为主其他为辅的综合类型,如印度尼西亚澳大利亚共同开发案。

共同开发实践中,既可以选择共同开发区适用统一的法律,也可以将共同开发区划分为若干区块适用不同的法律如日韩共同开发案,还可以根据实际情况协商改变共同开发区适用的法律。如马来西亚越南共同开发案,就是在履行共同开发协议的过程中改变了法律适用的方式。无论上述哪种做法,只要符合共同开发协议的规定即可。

值得注意的是,共同开发区法律适用不对共同开发主体的国家主权和海域主张产生任何实质性影响,也不意味对对方主权和海域主张的承认或者否认^[30]。无论采取何种法律适用方式,主要是从便利共同开发的经济角度考虑,而不是从主权或者政治角度考虑。

六、解决“先存权”问题

(一)“先存权”的合法性

“先存权”(preexisting right),是指共同开发前,共同开发主体单方授予石油公司勘探或者开发原为争议海域现为共同开发区的部分或者全部的油气资源的权利。一般来讲,享有“先存权”的主体多为外国石油公司。这主要是因为海洋石油开发是资本和技术密集型的产业,而只有少数西方石油公司具备开发海洋油气资源的能力。

从国际投资法和授权国的国内法看,“先存权”应受到保护。授权国具有保护石油公司合法利益的义务,除非在“紧急或者不可抗力”特殊情况下并给予充分补偿,否则随意干预外国石油公司的合法权益,容易引发投资争端甚至外交纠纷。但是,根据国际法和国际责任法以及《联合国海洋法公约》的规定,“先存权”相当于单边开发行为,是国际法禁止的行为。一国开发争议海域资源,应该取得其他争端当事国的明示同意,或者与相关国家就争议海域的勘探开发方式达成共识;否则,构成“一般国际不当行为”,要承担国际责任^[31]。

如果根据国际投资法和授权国的国内法承认“先存权”的有效性,则有承认授权国主权主张之嫌,并纵容争议海域相关国家肆意争夺争议海域资源,导致恶性竞争、恶化争端的严重后果。非授权的争端国也不愿意承认侵害其合法权益的“先存权”。如果根据国际责任法和海洋法的相关规则,简单宣布“先存权”无效,要求授权国承担相应的国际责任,如“恢复原状”“赔偿”或者“道歉”。这往往会造成一些严重的后果:从经济角度看,造成资源和成本的浪费^②,损害外国石油公司对东道国的投资信心;从政治、外交角度看,损害投资母国和东道国、授权争端国和其他争端当事国的国家关系^[32];从法律角度看,授权国的国内法和国际投资法的规定,东道国不能随便撤销外国石油公司专属经营许可权,或者将其国家化,否则,会导致东道国政府支付巨额赔偿或者引发投资争端。

(二)处理“先存权”的实践

“先存权”对于授权国和共同开发都具有现实意义。因此,在共同开发实践中都会妥善处置而非简单撤销“先存权”。

“先存权”对授权国具有重要的经济、政治和战略意义^[31]。在争议海域,授权国为了抢占先机,获得

① 本文出现的“专门法”均指当事国制定的适用于共同开发的特殊的法规制度。

② 海洋石油产业是高投入产业,撤销“先存权”,会导致财力、人力、物力的巨大浪费。

更多的海域资源,同时宣示该国对特定的海域享有主权,往往采取授权外国石油公司开采争议海域油气资源的方式。

“先存权”对共同开发也具有重要意义。首先,“先存权”具有开启争端当事国解决海域争端谈判的作用。由于海洋划界的国际法规则不明确,有时一方出于政治、经济安全和地缘政治等因素考虑,不愿或者无法解决海域争端。但是,另一方迫于经济发展或者自身利益的需要,希望尽快开发利用争议海域油气资源。于是,希望尽快开发争议海域资源的一方往往采取单边授权的方式开发争议海域资源,迫使有关国家主动解决海域争端。如柬埔寨泰国争议海域、泰国越南争议海域、泰国马来西亚争议海域、马来西亚越南争议海域,都是在一方授权的石油公司发现可开采的石油资源的情况下,经非授权国请求,有关国家开始接触、谈判解决海域争端。其次,“先存权”具有推动解决争端进程的作用。以泰国湾为例,由于历史、政治以及实力对比等因素的影响,柬埔寨与泰国、泰国与越南的海域划界谈判一度停滞,但柬埔寨和泰国分别采取“对等行为”对抗在先的授权国,随后双方重启解决海域争端的谈判。另外,一般“先存权”在共同开发中都达到分享争议海域资源的目的。共同开发实践中,一般保留“先存权”,而非采取宣布“先存权”无效的简单做法。

一般“先存权”产生后,尤其是在合同区块发现石油资源后,非授权国往往要求授权国暂停石油公司享有的“先存权”。相关国家谈判以期解决争议海域问题。对于“先存权”的处置,往往并不要求授权国承担国际责任,而是通过“同意”或者“对等行为”的方式免除授权国“国际不当行为”责任^{[33]98-100},并通过共同开发替代“先存权”,将外国石油公司纳入共同开发。

在共同开发实践中,一般采取三种方式处理“先存权”。第一,“对等”模式。以沙特阿拉伯科威特共同开发案为例。科威特单方授权石油公司开发争议海域资源,科威特通过“对等行为”免除了科威特行为的不当性。两国签订秘密协议,相互承认对方的“先存权”,然后要求两国授权的石油公司签订联合开发协议,共同投资、共同经营、共负盈亏。但两个石油公司在财务制度和法律适用上保持独立。这种对“先存权”的处理适用于共同开发的主体在争议海域都有“先存权”。这种处理方式简单、灵活,对石油公司的影响最小。但它唯一的不足就是不同的石油公司适用不同的法律和税费制度,可能导致石油公司受到不平等的待遇,容易引起纠纷^[17]。第二,“重新授权”模式。例如,日本韩国分别在争议海域授权外国石油公司开采争议海域资源。两国在共同开发协议中约定在不同的区块重新授权各自授权的石油公司签订联合作业协议,但由一方享有“先存权”的石油公司全权负责作业^[34]。每个次区域的作业方由其授权国管辖并适用其法律与政策。这种处理方式既未明示承认也未否认石油公司的特许权,而是通过“重现授权”方式,将其纳入两国的共同开发制度,通过联合作业协议实现对特定争议海域油气资源的共同开发。这种方式,既避免因否定“先存权”的效力而导致两国谈判陷入僵局,同时使石油企业和授权国免于遭受数千万美元的经济损失,也不至于引发特许权方与东道国(授权国)之间投资争端、东道国与投资母国的外交争议,还为享有特许权的石油公司投资和合法权益提供了有效的法律保护,并避免因承认“先存权”而承认授权国的主权主张和海域主张,很好地平衡了外国石油公司和争端当事国各方的利益。这种模式简单灵活、公平合理,并最大程度地体现了两国的平等。第三,“直接承认”模式。在马来西亚泰国共同开发案中,两国在共同开发协议中约定:“联管局的这种权利和义务不得以任何方式影响或减损任何一方迄今授予的特许权、已签发的许可证或者已达成协定或安排的有效性。”^[35]马来西亚通过“直接承认”的方式,免除了泰国单边授权外国石油公司开采争议海域石油资源的国际责任,但要求享有“先存权”的代表泰国的石油公司与马来西亚国家石油公司签署合资经营协议,然后两个石油公司与联合管理局签署产品分成合同,由联合管理局负责石油经济活动经营管理权,并制定专门的法律,合营石油公司共同投资、共同管理、共负盈亏并共担风险。这种模式,不仅在经济上公平合理,而且共同开发区适用统一的法规制度,石油公司享受同等的待遇,避免争议的产生。这种模式有承认授予“先存权”国家的主权主张合法性之嫌,适用于共同开发主体的海域主张确实具有合法性的争议海域。

(三)妥善处理南海“先存权”

南海普遍存在“先存权”。越南、菲律宾、马来西亚、印度尼西亚和文莱都通过与外国石油公司合作的方式开发南海争议海域的油气资源。未来中国应谨慎处理南海共同开发。据美国能源信息署2011年的统计^[36]:文莱与外国石油公司在南海每天产油12万桶,年产天然气4千亿立方尺;印度尼西亚与外国石油公司在南海每天产油6万桶,年产气2千亿立方尺;马来西亚与外国石油公司在南海每天产油50万桶,年产气1万8千亿立方尺;菲律宾与外国石油公司在南海每天产油2万5千桶,年产气1千亿立方尺;越南与外国石油公司在南海每天产油30万桶,年产气3千亿立方尺。

鉴于“先存权”授权国与投资者及其母国的关系,考虑到海洋石油开采投资巨大以及在实践中的意义,笔者认为未来中国对南海“先存权”处置,宜参照日本韩国和马来西亚越南共同开发的实践,既不宜简单撤销但也要避免对授权国海域和主权主张的承认,要兼顾合法性和经济合理性,既要考虑各方利益,也要维护中国的合法权益。首先,中国可要求现有的南海“先存权”的授权国停止单边开发争议海域的行为,谈判解决争议海域资源利用和“先存权”的问题。其次,鉴于“先存权”对于授权国具有重要的经济、政治和战略意义,对于外国石油公司和投资母国具有重要影响,单纯撤销“先存权”不妥当、不合理。结合南海普遍存在“先存权”及各国共同开发意愿不高的情况,建议中国也应该采取“对等的行为”,授权中国或外国石油公司开采未划界海域油气资源。这样既可以利用外国石油公司的资金和技术并学习其先进的管理经验,获得实实在在的石油资源利益,同时有利于推动周边国家与中国谈判解决海域争议。

七、妥善处理第三方权利

南海共同开发还要处理好第三方权利的问题。在争议海域,根据享有权利的主体以及权利类型,第三方的权利可分为两类。一类是对该争议海域享有主权或主权性权利但不是具体共同开发案主体的国家。一般共同开发实践中,对于前者采取排除的方法。例如,泰国马来西亚和马来西亚越南的双边争议海域中,都有一小块海域与第三方的大陆架主张重叠。马来西亚泰国和马来西亚越南采取将三边重叠海域排除在共同开发区外。这么做可能是因为:双边共同开发协议谈判比三边以上的谈判更容易达成协议。另外,也更容易执行,避免纠纷的产生。另一类是依国际法对争议海域享有航行自由、铺设管道等非专属性权利的国家。对于这些第三方权利,沿海国和第三方需要同时履行“适当顾及”的义务^[37]。

南海大部分水域未来无论定性为“历史性水域”还是“专属经济区”,第三方享有的航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由和科学研究的自由等合法权利应该受到尊重与保障。一般共同开发协议都会规定,共同开发不影响任何国家依法享有的其他权利。但是,海洋是一个不可分割的整体,海洋资源开发活动必然会与航行、海底管道电缆的铺设、海洋科研等活动发生冲突,对船舶的航行、各国捕捞配额和捕捞方式产生影响,并需要对南海生物资源和海洋环境进行必要的保护和管理,同时提供相应的服务。

尽管沿海国的活动不应影响或干扰第三方权利,但是并不意味着这些享有第三方权利的国家可以不受沿海国的管理^[38]。处理好第三方权利,首先需要明确南海争议海域的性质和范围。根据习惯国际法或者国际法规定确定第三方在南海争议海域享有的合法权利类型及边界。其次,如果根据“南海断续线”产生时的国际法来看,该线内水域应为内水。但是,需要注意的是线内水域与一般的内水不同。一般意义上内水,国家享有完整的主权,其他国家不享有任何权利。鉴于南海是重要的国际航道,也是南海周边国家的传统渔场,因此根据公平和正义的原则,中国在该海域对线内岛礁和海底资源享有专属管辖权,其他国家享有捕鱼权、航行权等权利。如果根据《联合国海洋法公约》的规定,部分南海争议水域属于专属经济区、大陆架,因此也应该适当顾及第三方国家依法享有的非排他性权利。

未来中国应根据南海的实际情况和国际海事组织等相关国际组织的规定,结合各国的通常做法,完善国内相关立法,协调好南海资源利用与第三方国家权利的问题。这样,一方面维护了中国的领土主权,对南海进行有序管理,另一方面平衡周边国家、区域外国家与中国合法权益。

八、达成共同开发协议

共同开发只是国际法上的概念。它既不是国际法规则,也不是习惯国际法。南海海域面积约356万平方公里。共同开发实践证明,没有普遍适用于所有海域的共同开发范式。未来,中国与有关国家需根据共同开发区面积的大小、两国的法律制度完善程度,就上述相关法律问题建立一套法律制度。

南海共同开发需要明确共同开发的目的。不同的共同开发目的,其共同开发的事项与制度迥异。在现有的共同开发实践中,有的共同开发是为了开发矿产资源,有的则是为了利用生物资源。实践中,大部分共同开发案例以开发海洋油气资源为主,但是也有部分案例以合作开发渔业资源为主。例如,澳大利亚和巴布亚新几内亚、印度与斯里兰卡、澳大利亚与印度尼西亚、特立尼达和多巴哥与委内瑞拉、英国与阿根廷的共同开发均是以开发渔业资源为主^[39]。南海共同开发宜根据海域特点明确共同开发的目的。

南海共同开发协议宜明确期限,期限由当事国协商确定。以油气资源开发为例,它的开发期限一般较长。例如,泰国和马来西亚两国约定共同开发的期限为50年,但是如果两国达成划界协议,则共同开发协议自动终止。如果期满,两国仍未就共同开发区划定界限,则共同开发区继续有效。再如,马来西亚越南通过换文的形式约定,共同开发区的期限为40年。

此外,共同开发协议应该包括“不影响条款”并建立协调沟通机制。从马来西亚泰国和马来西亚越南共同开发实践来看,共同开发协议的内容并非事无巨细,关键是设立一个自我完善的机制。通过这种“活”的机制,根据共同开发区海域状况,做出妥当的调整和切合实际的选择。

总而言之,未来中国与有关国家的共同开发,可根据海域具体情况,创新适当的共同开发模式,效率与公平兼顾。概言之,要根据争议国家和重叠海域的具体情况,通过共同开发协议确立公平合理科学的共同开发制度。

九、结 语

南海共同开发不仅是个法律问题,还是一个政治问题、经济问题。因此,除了要积极推动达成一份各方可接受的具有法律约束力的共同开发协定,明确各方的权利和义务,约束各方的行为,保证共同开发的稳定性,还要考虑一系列政治和经济因素,如开发各方国家实力的对比、各方合作的政治意愿、争议的复杂程度、经济技术的可行性、开发海域资源对各方的重要性等。既要根据开发各方政治经济社会情况、争议的复杂程度、经济技术的可行性做合理调整,还应综合国际形势、石油矿产资源的走势,摸清南海资源状况,了解中国以及南海周边各国的产业政策和资源需求状况,宜分区域有区别地进行南海资源开发。此外,南海共同开发不应限于矿产资源开发、渔业资源开发,也可在共同治理环境、保护南海生态系统的基础上推动海上观光旅游的共同开发。南海共同开发既要保持公平性也应体现适度的灵活性以实现区域内外国家的共赢,使南海真正成为“和平之海”“和谐之海”“友谊之海”。

除了选择南海共同开发的适当主体、确定南海共同开发区块、明确利益分享机制、管理机制、适用的法律以及妥善处理“先存权”和第三方权利的问题,要推进南海共同开发还需要完善中国的相关法律制度并加强中国独立开发海洋资源、保护海洋环境的能力。这样有助于提高别国与中国合作开发南海的意愿和积极性。

参考文献:

- [1] 何海榕. 争议海域油气资源共同开发的五要素及其对中国的启示[J]. 武大国际法评论, 2016, 19(02): 321-336.
- [2] 杨泽伟, 董世杰, 何海榕. 海上共同开发国际法问题研究[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2016.
- [3] 何海榕. 泰国湾海上共同开发法律问题研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2020.
- [4] 张丽娜. 南海油气资源共同开发的主体适格性[J]. 法学杂志, 2012, 33(11): 107-111.
- [5] 何海榕. 试析塞舌尔毛里求斯外大陆架共同开发案[N]. 中国海洋报, 2019-04-23(2).
- [6] MASAHIRO M. The basic concept of joint development of hydrocarbon resources on the continental shelf[J]. International jour-

- nal of estuarine & coastal law, 1988(01): 3.
- [7] LAGONI R. Oil and deposit across national frontiers[J]. American journal of international law,1979(02): 215.
- [8] BLAKE G H. The peaceful management of transboundary resources[M]. Graham & Trotman, 1995.
- [9] BERNARD T. An introduction to the regulation of the petroleum industry[M], Gram & Trotman, 1994.
- [10] GAO Z G. The legal concept and aspects of joint development in international law[J], Ocean yearbook, 1998:110.
- [11] 蔡鹏鸿. 未划界海域共同开发的管理模式: 比较研究[M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 1998.
- [12] 杨珍华. 马岛争端中英国主权主张依据探析[J]. 国际论坛, 2016, 18(02): 27-33+80.
- [13] BROWNLIE I. Principles of public international law (7th ed)[M]. Oxford University Press, 2008.
- [14] LAUTPACHT. Recogniton in international law[M]. Cambridge University Press, 1947.
- [15] 王阳. 加拿大北极群岛水域历史性权利主张评析[J]. 太平洋学报, 2017, 25(12): 76-86.
- [16] 张光耀. 《海洋法公约》的法律价值与实效分析[J]. 武大国际法评论, 2017, 1(03): 101-114.
- [17] HAZEL F A (eds.). Joint development of offshore oil and gas (Volume II)[M]. British Institute of International & Comparative Law, 1990.
- [18] 何海榕. 马泰与马越共同开发案的比较研究[J]. 太平洋学报, 2015, 23(12): 83-92.
- [19] 杨泽伟. 海上共同开发协定汇编[M]. 北京: 社会科学文献出版, 2016.
- [20] 张郭. 领海宽度之争与美国海洋自由观论析[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2020(02): 10-18.
- [21] 杨泽伟. 论海上共同开发“区块”的选择问题[J]. 时代法学, 2014, 12(03): 3-10.
- [22] VALENCIA M J, MIYOSHI M, Southeast East Sea: joint development of hydrocarbons in overlapping claims areas?[J]. Ocean development & international law, 1986(16): 211-254.
- [23] NGUYEN H T. Vietnam and joint development in the Gulf of Thailand[J]. Asian yearbook of international law, 1999: 141.
- [24] 郭冉. 论中国在南海U形线内海域的历史性权利[J]. 太平洋学报, 2013, 21(12): 40-49.
- [25] 邓妮雅. 海上共同开发管理模式比较及中国的选择[J]. 学术探索, 2016(03): 59-65.
- [26] 萧建国. 国际海洋边界石油的共同开发[M]. 北京: 海洋出版社, 2006.
- [27] 安应民. 论南海争议区域油气资源共同开发的模式选择[J]. 当代亚太, 2011(06): 123-140.
- [28] 黄文博. 论海上共同开发监督机制的完善及其在南海的适用[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2017(05): 53-62.
- [29] 邓妮雅. 日韩共同开发东海大陆架案及其对中国的启示[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版), 2016(02): 65-73.
- [30] 董世杰. 论南海潜在共同开发区的法律适用问题[J]. 广西大学学报(哲学社会科学版), 2016, 38(02): 97-104.
- [31] 何海榕, 吴士存. 论争议海域的“先存权”[J]. 山东警察学院学报, 2015, 27(06): 44-51.
- [32] BECKER-WEINBERG V. Joint development of hydrocarbon deposits in the law of the sea[M] Springer Berlin Heidelberg, 2014: 126.
- [33] 梁西. 国际法(第三版)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [34] Agreement between Japan and the Republic of Korea concerning joint development of the southern part of the continent shelf adjacent to the two countries[R/OL]. (2019-10-23), <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201225/volume-1225-I-19778-English.pdf>.
- [35] Memorandum of understanding between Malaysia and the Kingdom of Thailand on the establishment of the joint authority for the exploitation of the resources of the sea bed in a defined area of the continental shelf of the two countries in the gulf of Thailand [R/OL]. (2019-04-22). <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1979-Malaysia-Thailand-MOU-on-the-JA-for-Exploitation-of-Seabed-Resources-1.pdf>
- [36] EIA. International energy information [R/OL]. (2015-04-22). <http://www.eia.gov/countries/regions-topics.cfm?fips=SCS>.
- [37] 何海榕. 论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示[J]. 武大国际法评论, 2020, 4(04): 34-52.
- [38] 梁源. 论公海自由的相对性[J]. 江苏大学学报(社会科学版), 2020, 22(01): 76-85.
- [39] 杨泽伟. 论海上共同开发的发展趋势[J]. 东方法学, 2014(03): 71-79.

[特约编辑: 汪再祥]

Basic Legal Issues to Be Resolved in the Joint Development of the South China Sea

HE Hai-rong

(Law School, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: The South China Sea is rich in resources and has important strategic value and international influence. China has been actively promoting joint development in the disputed waters since the 1970s, but there have been no successful cases so far. The following basic legal issues need to be resolved for future joint development in the South China Sea, namely, clarifying the subjects of joint development, defining the joint development areas, reaching a consensus on the distribution of benefits, determining the management mechanism of joint development, selecting the applicable law for joint development, resolving the issue of “pre-existing rights” for proper coordination of the rights of the third parties, and reaching a legally binding agreement of joint development. The joint development of the South China Sea should not only maintain fairness but also reflect moderate flexibility to achieve a win-win situation for the countries inside and outside the region. In this way, the South China Sea can truly become a “sea of peace”, “sea of harmony” and “sea of friendship”.

Key words: the South China Sea; joint development; international law