

孔令杰,韩茜.《联合国海洋法公约》第298条关于军事活动和执法活动争端的区分[J].中国海商法研究,2022,33(3):42-53

《联合国海洋法公约》第298条 关于军事活动和执法活动争端的区分

孔令杰,韩茜

(武汉大学 中国边界与海洋研究院,湖北 武汉 430072)

摘要:《联合国海洋法公约》没有定义第298条第1款(b)项中的“军事活动”和“执法活动”,也没有规定认定和区分关于两类活动的争端的规则和方法。国际海洋法法庭在2019年的“刻赤海峡案”中首次提出了区分两类活动的一般方法:以客观评价“有关活动”的性质为主,同时考虑个案中的“相关情况”。《联合国海洋法公约》第298条第1款(b)项的解释和适用不得背离“关于……争端”“军事活动”和“执法活动”等用语的通常含义,不得随意提高或降低法庭确立管辖权的门槛。应基于争端的主题事项等确定个案中的某个或某些有关活动,依据确凿的证据,客观认定有关活动的性质。应综合考虑活动的目的和内容等因素,确定个案中特别的“相关情况”;若涉及使用武力,确定使用武力的场景对区分有关活动至关重要;相关情况的变化,可能导致有关活动的性质发生变化。

关键词:《联合国海洋法公约》;争端解决机制;军事活动;执法活动

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)03-0042-12

The distinction between disputes concerning military activities and law enforcement activities under Article 298 of UNCLOS

KONG Ling-jie, HAN Qian

(China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: *The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) does not include definition of “military activities” or “law enforcement activities” as prescribed in Article 298 (1) (b), nor does it set out any rule or approach for identifying and distinguishing disputes concerning military activities and law enforcement activities. The International Tribunal for the Law of the Sea stated, in the Order delivered in 2019 in the Kerch Strait Case, that the distinction “must be based primarily on an objective evaluation of the activities in question, taking into account the relevant circumstances in each case”. Interpretation and application of Article 298 (1) (b) shall not depart from the ordinary meaning of the terms prescribed in this paragraph, especially those of “disputes concerning...”, “military activities” and “law enforcement activities”. Nor shall the bar for establishing jurisdiction of the tribunals be lowered or raised arbitrarily. The “activities in question” should be identified on the basis of characterization of the subject-matter of the dispute. Its nature should be evaluated in an objective manner by solid evidences. Particular “relevant circumstances” should be identified through consideration of all the relevant factors as a whole, including the purpose and content of the activity. Where use of force comes into play, attention should be centered on the context for the use of force to distinguish relevant activities. Changes in the relevant circumstances can lead to a change of the nature of the activities in question.*

Key words: UNCLOS; dispute settlement; military activities; law enforcement activities

《联合国海洋法公约》(简称《公约》)第298条第1款(b)项的可适用性问题在近年发生的几起案件中成为了国际海洋法法庭和《公约》附件七仲裁庭裁定自身(初步)管辖权需要解决的焦点问题。

收稿日期:2021-11-03

基金项目:2019年度国家社科基金重大项目“基于中国立场的海洋争端解决机制实证研究”(19VHQ008)

作者简介:孔令杰,男,武汉大学中国边界与海洋研究院教授、博士生导师;韩茜,女,武汉大学中国边界与海洋研究院国际法专业博士研究生。

这些案件包括“南海仲裁案”^①、“黑海、亚速海和刻赤海峡沿海国权利案”(简称“乌克兰诉俄罗斯案”)^②、“关于扣押乌克兰三艘军舰案”(简称“刻赤海峡案”)^③及“关于拘留乌克兰军舰及船员案”^④。第298条是《公约》第十五部分第三节中的一个条款,其规定缔约方可通过书面声明,对于该条第1款所列明的争端的一类或一类以上,不接受第十五部分第二节规定的一种或一种以上的有拘束力裁判的强制程序。其中,第298条第1款(b)项规定了关于如下两类活动的争端:“军事活动,包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端”(简称“关于军事活动的争端”),以及“根据第297条第2和第3款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端”(简称“关于执法活动的争端”)。迄今共有28个《公约》缔约国根据第298条第1款(b)项作出声明,排除了两类争端或其中的一种争端^⑤。由此,如果某案件所涉争端被定性为第298条第1款(b)项所指的关于军事活动或执法活动的争端,则第287条规定的任何法院或法庭对案件或某诉求便无管辖权。

随着各国越来越频繁地以协作和综合的方式使用海军和执法力量来执行各种海上任务,海上军事活动与执法活动之间的界限就变得越来越模糊^⑥。然而,《公约》本身并未明确定义或列明“军事活动”和“执法活动”,也没有规定区分二者的规则、标准或方法。值得注意的是,在2019年作出的“刻赤海峡案”关于临时措施的命令中,国际海洋法法庭首次

提出了区分《公约》第298条第1款(b)项所指的军事活动和执法活动的一般方法,即“以客观评价有关活动的性质为主,同时考虑个案中的相关情况”^⑦。法庭还强调不能单凭活动所涉船只和人员的性质、当事国对活动性质的认定等来确定活动的性质^⑧,并指出军舰通行行为自身不构成军事活动,认为俄罗斯在抓扣过程中使用武力的行为属于在执法活动场景下的使用武力的行为^⑨。针对法庭关于《公约》第298条第1款(b)项的解释和适用问题,本案共有四位法官发表了反对意见或单独意见,该案所涉的海洋法问题也备受国际法学界关注。其中,克洛德钦法官(Judge Kolodkin)完全不同意法庭对《公约》第298条第1款(b)项的解释和适用。他认为:“一国军舰在海上的任何活动均具有军事属性,乌克兰军舰在刻赤海峡的通行行为也不例外。”^[1]高之国法官则认为:“法庭对军事活动例外的解释提高了第298条第1款(b)项的适用门槛,可能造成各国为了达到该门槛而加大力度部署海上武装力量,从而导致冲突升级。”^[2]石井由梨香(Yurika Ishii)教授认为:“法庭对军事活动范围的解释相当狭隘,从而降低了确立管辖权的标准。”^[3]克拉斯卡(James Krasaka)教授甚至警告:“法庭的做法实际上缩小了军事活动的例外。”^[4]在高健军教授看来:“考虑到双方在‘刻赤海峡事件’发生前后的紧张关系、事发海域的争议性质,以及俄罗斯的行为涉及对外国军用船舶使用武力,其活动应属于军事活动。”^[5]还有部分学者和法官指出,该案可能是关于军事活动和执法

① 在2013年菲律宾提起的“南海仲裁案”中,由于中国在2006年通过声明排除了关于军事活动和执法活动的争端,仲裁庭必须确定菲方提起的第12项和第14项诉求所反映的争端是否属于该条所指的关于军事活动的争端。参见PCA: *South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China (South China Sea Arbitration)*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), paras. 409, 411。

② 在2016年乌克兰提起的《公约》附件七仲裁程序中,俄罗斯主张乌克兰第(a)、(b)、(d)、(e)、(f)、(g)、(h)、(i)、(m)、(q)、(r)项诉求反映了“关于军事活动的争端”,仲裁庭审查了以上诉求中被控违反《公约》的活动的性质。参见PCA: *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation) (Coastal State Right)*, Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation (21 February 2020) (2020 Award), paras. 8, 311, 336-340。

③ 在乌克兰于2019年向国际海洋法法庭提起的临时措施程序中,根据《公约》第290条第5款的规定,法庭在作出关于临时措施的命令前必须先裁定自身对案件具有初步管辖权。参见ITLOS: *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation) (Detention of Ukrainian Vessels)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order (25 May 2019), para. 1。

④ 在2019年乌克兰提起的《公约》附件七仲裁程序中,俄罗斯提出初步反对,认为本案争端关涉军事活动。参见PCA: *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary Objections of the Russian Federation (24 August 2020), paras. 24-74。

⑤ 阿尔及利亚、阿根廷、白俄罗斯、佛得角、加拿大、智利、中国、古巴、丹麦、厄瓜多尔、埃及、法国、希腊、几内亚比绍、墨西哥、尼加拉瓜、挪威、葡萄牙、韩国、俄罗斯、沙特阿拉伯、斯洛文尼亚、泰国、突尼斯、英国排除了“关于军事活动的争端”和“关于执法活动的争端”,多哥、乌克兰仅排除“关于军事活动的争端”,乌拉圭仅排除关于执法活动的争端。参见 *United Nations Oceans and Law of the Sea: Declarations Made upon Signature, Ratification, Accession or Succession or Anytime Thereafter*, 访问网址: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm。

⑥ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 64。

⑦ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 66。

⑧ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, paras. 64-65。

⑨ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, paras. 68-73。

活动的混合争端^①,而且有关活动的性质可以随着冲突的升级发生改变,从执法活动转变成军事活动^②。

需要指出的是,中国在 2006 年依照《公约》第 298 条第 1 款(b)项作出声明^③,对该条规定的“关于军事活动的争端”和“关于执法活动的争端”皆不接受第十五部分第二节规定的任何一种强制程序。2021 年 2 月 1 日起施行的《中华人民共和国海警法》规定^④,人民武装警察部队海警部队统一履行海上维权执法职责,海警机构依照《中华人民共和国国防法》和《中华人民共和国武装警察法》等法律法规及中央军事委员会的命令执行防卫作战等任务。^[6]因此,中国有必要明确本条所指两类争端的内涵和外延,并密切关注关于认定和区分两类争端的国际法律实践的发展。

基于以上认识,依照条约解释之通则,笔者将讨论第 298 条第 1 款(b)项中有关用语的通常含义,为区分关于军事活动和执法活动的争端提供文本依据。针对国际海洋法法庭在“刻赤海峡案”中所提出的区分两类活动的一般方法,笔者将分别讨论“客观评价有关活动的性质”及“在个案中考虑的相关情况”的相关问题。

一、第 298 条第 1 款(b)项中的有关用语:区分关于军事活动和执法活动争端的法律依据

从《公约》第 298 条第 1 款(b)项的文本来看,“关于”(concerning)、“军事活动”(military activities)、“执法活动”(law enforcement activities)、“争端”(disputes)四个用语共同限定了本条所指的可由当事国通过声明排除的争端类型。其中,“关于”是

两类活动与“争端”之间的连接词,它反映并界定了二者之间的关系。四个用语在本条中的含义往往是争端当事国在个案中争议的焦点,从条约解释的角度而言,有必要先来讨论它们在《公约》特别是第 298 条中的通常含义。

(一)第 298 条第 1 款(b)项中的“关于……争端”

在国际法上,“争端”特别是主权国家之间的国际争端有相对确定的内涵和外延^⑤,一般被定义为“双方在法律和事实上存在不同意见,形成法律观点和利益的对抗”^⑥。同时,关于认定争端是否存在、争端的主题事项、争端的性质等问题,国际法上亦形成了较为丰富、一致和确定的国际判例^⑦。因此,《公约》第 298 条第 1 款(b)项中的“争端”应依此进行解释。从上下文来看,“争端”是《公约》第十五部分中多个条款的共同用语,该词在这些条款中应被赋予相同的含义^⑧。更具体地说,第 298 条第 1 款(b)项所指的“争端”必然是第一节和第二节所指的“有关本公约的解释或适用的任何争端”^⑨,且必须属于本条所指的关于军事活动或执法活动的争端,否则就根本不存在缔约方通过声明排除的必要。

在有关成案中,对第 298 条第 1 款(b)项中“关于”或“关于……争端”的解释是当事国争议的焦点。当事国往往采取于己有利的做法,选择对其作较为宽松或限缩的解读,而国际法庭的解读也不尽相同。例如,在“乌克兰诉俄罗斯案”中,俄罗斯以其在克里米亚的军事活动与诉求中的行为之间存在因果关系为由,主张争端属于《公约》第 298 条第 1 款(b)项中所指的“关于军事活动的争端”^⑩。相反,乌克兰则将该条中的“关于”(concerning)解释

^① 参见 Shi Xin-xiang, Chang Yen-Chiang, *Order of Provisional Measures in Ukraine versus Russia and Mixed Disputes concerning Military Activities*, 发表于 *Journal of International Dispute Settlement*, 2020 年第 2 期, 第 278, 288-293 页; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, para. 50; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 21。

^② 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, paras. 25, 34, 37; *Detention of Ukrainian Vessels*, Dissenting Opinion of Judge Kolodkin, para. 21。

^③ 2006 年 8 月 25 日,中国向联合国秘书长提交书面声明,对于《公约》第 298 条第 1 款第(a)、(b)和(c)项所述的任何涉及海洋划界、领土主权、军事活动等争端,不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何国际司法或仲裁管辖。

^④ 参见《中华人民共和国海警法》第 2 条、第 12 条、第 83 条。

^⑤ 参见 *South China Sea Arbitration*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), para. 148。

^⑥ 参见 *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of Jurisdiction (30 August 1924), PCIJ Series A, No. 2, p. 6 at p. 11。

^⑦ 如“核试验案”(新西兰诉法国)、“渔业管辖权案”(西班牙诉加拿大)、“美国驻德黑兰外交和领事人员案”(美国诉伊朗)等。参见 *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment (20 December 1974), I. C. J. Reports 1974, p. 457 at p. 466, para. 30; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court (4 December 1998), I. C. J. Reports 1998, p. 432 at pp. 448-449, paras. 30-32; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3 at pp. 19-20, para. 36。

^⑧ 参见《公约》第 281-283 条、第 286-288 条、第 297-298 条等。

^⑨ 参见《公约》第 279-283 条、第 286 条、第 288 条等。在“南海仲裁案”和“乌克兰诉俄罗斯案”中,仲裁庭均通过优先处理该案争端是否涉及主权问题,来判断该争端是否属于《公约》第 286 条中的“有关本公约解释和适用的争端”,然后再来处理其他管辖权事项,如有关第 298 条第 1 款(b)项军事活动的例外。

^⑩ 参见 *Coastal State Rights*, Preliminary Objections of the Russian Federation, paras. 140, 144, 148。

成“be about”或“in reference to”^①,并进而主张只有在诉求中违反《公约》的具体行为本身构成军事活动时,才得援引第298条规定的例外情况。那么,应当如何解释第298条第1款(b)项中的“关于……争端”呢?依条约解释之通则^②和相关国际判例,笔者认为,对“关于”这一术语,既不能解释得过于宽泛,也不能过于狭隘,必须确保“争端”与“军事活动”或“执法活动”之间有适当的联系,才足以从争端主题事项的角度将其定性为本项意义上的“关于”军事活动或执法活动的争端。

首先,“关于”(concerning)一词具有有关(about sth)、涉及(involving sth)、有关联(relating to)等的意思,^{[7]433,[8]}表示事物之间存在关联。^[9]结合《公约》上下文来看,第298条第1款(b)项使用了“关于”一词,第208条、第214条、第232条、第263条和第297条等则使用了“由……引起”(arising from, arising out of)和“引起或与之有关”(arising from or in connection with)等外延看似更为宽泛的用语,原则上不得给予它们相同的含义。在“南海仲裁案”中,仲裁庭在解释“关于军事活动的争端”时就直接指出,该案的相关问题是“争端本身是否涉及军事活动。如果原告起诉的争端并不涉及军事活动,而被告在随后的审判程序中对该争端开始动用军事力量,则第298条第1款(b)项不适用”^③。同样,在“乌克兰诉俄罗斯案”中,仲裁庭更是直接驳回了俄罗斯以克里米亚军事活动与诉求中的行为之间存在因果关系为由将争端认定为“关于军事活动的争端”的主张。在这一点上,仲裁庭特别强调“军事活动若与争端中的活动仅存在因果关系和历史上的联系,这并不能触发第298条第1款(b)项的适用”^④。可见,在对“关于”不得作过于宽泛的解释这一点上,似乎已经形成了较为一致的国际法律实践。

其次,《公约》第十五部分中第286条、第287条、第288条、第297条第2款(a)项和第297条第3款(a)项亦使用了“关于”一词,应给

予第298条第1款(b)项与上述条款中的同一用语相同的含义。因此,国际法庭在有关案件中对《公约》第十五部分上述条款中“关于”一词的解释具有直接的参考价值。在“‘路易莎’号案”中,国际海洋法法庭认为圣文森特和格林纳丁斯根据第287条所作声明中的“关于”一词不仅使声明包含具有“逮捕”或“扣押”字眼的条款,它还将整个声明的适用“扩展”至与“逮捕”“扣押”船只“有关联”(have a bearing on)的《公约》的任何条文^⑤。在“加纳—科特迪瓦划界案”中,国际海洋法法庭特别分庭认为,双方“关于它们在大西洋中海洋边界划界的争端”的特别协定中的“关于”一词可以理解成涵盖不属于划界的一部分但确与划界紧密相关的(closely related)问题的争端^⑥。在“爱琴海大陆架案”中,希腊曾试图将“A concerning B”解释成“A were likely to arise out of B”来缩小A的范围,以扩大国际法院的管辖权,但国际法院驳回了该抗辩意见^⑦。由此可见,国际法院和国际海洋法法庭并未对“A concerning B”表述中的“关于”作过于严苛的解释,如认为A只能包含B本身,也没有作过于宽泛的解释,如认为A包含与B相关的任何内容,而是认为A与B之间存在适当的联系。在这一点上,“乌克兰诉俄罗斯案”仲裁庭的做法尤为值得关注,它认为《公约》第298条第1款(b)项中“关于”一词将军事例外的排除事项限定为“主题事项是军事活动”(subject matter is military activities)的争端^⑧,该解释与国际法庭在上述案件中的解读并不一致,明显抬高了启动军事例外条款的门槛。

最后,对第298条第1款(b)项中的“关于”一词作过于宽泛或狭隘的解释均不符合《公约》的目的与宗旨。第298条第1款(b)项的缔约过程表明,“关于军事活动的争端”之所以能被强制争端解决程序排除,主要是因为有关国家认为军事秘密是不能被公开的,军舰活动不得适用国际司法程序。^[10]

① 参见 *Coastal State Rights*, Written Observations and Submissions of Ukraine on Jurisdiction, para. 125.

② 参见《维也纳条约法公约》第31条。

③ 参见 *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), para. 1158.

④ 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, para. 330.

⑤ 参见 *The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment (28 May 2013), ITLOS Reports 2013, p. 4 at p. 31, para. 83.

⑥ 参见 *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean*, Judgment (23 September 2017), para. 548.

⑦ 在“爱琴海大陆架案”中,希腊在试图将“关于特定案件或主题事项明确的争端,如领土地位,或属于明确界定类别的争端”解释为“可能由邻国对现有解决方案不满而提出领土主张而引发的争端”。参见 *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, Judgment (19 December 1978), I. C. J. Reports 1978, p. 3 at p. 23, para. 55; p. 29, para. 72; p. 36, para. 86.

⑧ 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, para. 330.

从《公约》文本来看,直接规范军舰活动的条文数量有限,且军舰行使紧追权或登临权的行为又通常被视为执法活动。^{[11]63.[12]}因此,如果将第298条第1款(b)项所指的“关于军事活动的争端”限定为主题事项为军事活动的争端,这意味着争端必须同时构成关于公约解释和适用的争端及主题事项属于军事活动的争端才得触发军事活动的例外情形,但这种情形将极为有限,明显不符合现实情况中海军活动的多样性及保有军事用途的灵活性的特点,^{[13].[14]285-286,291-292}也不符合该条的缔约目的。同样,若对“关于”一词作过于宽泛的解释可能导致另一种极端情况,即只要案件中存在军事活动,不论它与争端本身存在何种联系,都足以触发第298条第1款(b)项的适用,这也不符合《公约》作为一揽子协议与《公约》第十五部分第二节设立导致有拘束力裁判的强制程序的宗旨。^{[15]1846-1847}总之,结合公约的文本及相关国际判例,笔者认为,某个争端是否被认定为《公约》第298条第1款(b)项所指的“关于军事活动的争端”或“关于执法活动的争端”主要取决于此争端与有关活动之间的联系,这种联系既不能过于松散,如仅存在因果关系或历史联系,也不得要求争端与有关活动之间存在过于密切的联系以至于达到二者完全等同的程度。

(二) 第298条第1款(b)项中的“军事活动”

第298条第1款(b)项是《公约》中唯一使用“军事活动”这一用语的条款,它既没有定义“军事活动”,也没有列举典型的军事活动。“军事”(military)一般是指“军事的”“军队的”“战争的”“与武装力量、战争有关的”;^{[7]1361.[16-17]}“军事活动”(military activity)则是指与以上术语有关的活动。典型的军事活动不仅包括明显属于武装侵略的行为,如一国武装部队侵入攻击另一国领土,封锁另一国家的港口、海岸,攻击另一国陆、海、空军或商船等的行为^①,还可包括安理会在多项决议中提及的如“敌对行为”“军事占领”“军事报复”“军事征服”等行为^②。由于《公约》规范的是海上活动,因而第298条第1款(b)项中的军事活动主要是指海上

军事活动^③,包括武器试验、情报收集、测试和使用船只及设备设施、部队训练、非武装冲突、武装冲突等。^{[11]43}

值得注意的是,除了军舰、军机等军事力量,第298条第1款(b)项还明确将从事非商业服务的政府船只和飞机纳入实施军事活动的主体范畴。如果以上主体实施的活动违反《公约》某条款下的义务,则该争端就可能构成“关于军事活动的争端”。因此,在适用《公约》中涉及军舰、军机及从事非商业服务的政府船只和飞机的条款时,应提示争端可能存在某种军事活动,如第20条、第30条、第31条、第32条、第95条、第96条。同时,在适用涉及以上主体在某水域中享有某种活动权利的条款时也可能涉及军事活动,如关于领海无害通过的第17条、第18条、第19条、第45条、第52条以及关于在海峡、群岛水域过境通行的第38条、第39条、第40条、第53条、第54条等条文。杰西法官(Judge Jesus)在“刻赤海峡案”的单独意见中指出:“《公约》第19条为检验乌克兰军舰的通行行为是否构成军事活动提供了法律依据。”^[18]他认为,虽然《公约》没有给出“军事活动”的定义,但却列明了具有军事性质的一些具体活动,比如《公约》第19条第2款(a)项至(f)项中提到的活动便是具有军事性的,如果乌克兰军舰因为实施了这些行为而被捕,这表明事件涉及军事活动^④。

此外,有关国际法律实践还表明,“军事活动”往往具有某种军事目的。例如,在刚果问题上,联合国安理会授权联合国秘书长“采取必要措施……向刚果政府提供必要的军事援助”,这后来证明构成《联合国宪章》第七章的行动^⑤。如此,若安理会根据《联合国宪章》第42条,以支持军事援助等活动(如盘旋、抛锚和起飞飞机等不属于无害通过范围的支持活动)为目的,要求其他国家开放沿海水域,则在此水域的“通行、通过”应被视为“军事活动”。在“尼加拉瓜诉美国案”中,直升机从国际水域上的航母起飞为针对陆地(北圣胡安)的攻击提供火力支

① 参见 *Definition of Aggression*, A/Res/3314 (14 December 1974)。

② 参见 *The Indonesian Question*, SC/Res/27 (1 August 1947); *The Indonesian Question*, SC/Res/30 (25 August 1947); *The Situation in the Middle East*, SC/Res/248 (24 March 1968); *The Situation in the Middle East*, SC/Res/252 (21 May 1968)。

③ 博克赛克(Boleslaw Adam Boczek)还指出,专属经济区内的海上军事活动可包括航行、飞越、战略及军事情况的收集、部署浮标和其他导航装置、埋设常规武器(如地雷)及建造导弹发射设施等,参见 Boleslaw Adam Boczek: *Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries*, 发表于 *Ocean Development & International Law*, 1998年第6期,第447-448页。

④ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Jesus, paras. 15-16。

⑤ 参见 *The Congo Question*, SC/Res/143 (14 July 1960); Georges Abi-Saab: *The United Nations Operation in the Congo 1960—1964*, Oxford University Press 1978年出版。

援的行为同样被国际法院视为“军事活动”^①。在“石油平台案”中,国际法院认为美国所主张的自卫行为亦具有“军事活动”的性质,因为其攻击目标需要是“合法的军事目标”^②。可见,即便军舰通行和通过行为本身可能并不构成“军事活动”^③,但当军舰的通行和通过已远超其航行本身且服务于某种特定的军事目的时,可将其视为“军事活动”^④。

(三)第298条第1款(b)项中的“执法活动”

“执法活动”一般是指一国为了迫使有关行为主体遵守本国法律而采取的行动或强制措施。^[19-20]从国际司法实践来看,典型的海上执法活动包括紧追、登临^⑤、执法使用武力^⑥、对海上设施的监管^⑦等。第298条第1款(b)项没有定义或列举“执法活动”,但《公约》中的其他条款却使用了“执行法律”(enforcement of laws)^⑧或“执行”(enforcement)^⑨等用语。这些条款不仅列举了一些执法活动(如第73条规定了为确保其依照本公约制定的法律和规章得到遵守所必要的措施),还规定了一些需要进行执法活动的情景(如第十二部分第六节规定的针对陆地、海底、“区域”内活动和倾倒等污染来源的执法)。

与“军事活动”不同,第298条第1款(b)项中的“执法活动”还受到第297条第2款和第3款有关海洋科学研究和渔业争端的限制,此条中的争端仅限于根据第297条第2款和第3款规定不属于法院或法庭管辖的争端。^{[15]1930}至于该条中“执法活动”发生的场景,需要依照第297条来理解。在“‘北极日出’号案”的管辖权裁决中,仲裁庭将第298条第1款(b)项中“根据第297条第2款和第3款不属于法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端”归为如下几类^⑩:一是由沿海国针对在其专属经济区和大陆架上的海洋科学研究行使权利和斟酌决定权而引起的争端;二是由沿海

国作出暂停或停止某一海洋科学研究计划的命令而引发的争端;三是有关沿海国在专属经济区内生物资源的主权权利及其行使的争端。

上述归类对于国际法庭在未来认定第298条第1款(b)项中的“关于执法活动的争端”具有重要的参照作用。

二、区分军事活动和执法活动的一般方法:客观评价有关活动的性质

从上文对第298条第1款(b)项有关用语的解释可见,判断某争端是否适用军事活动、执法活动例外的关键是确定被指控违反《公约》的具体行为的性质。在“刻赤海峡案”中,国际海洋法法庭提出了认定活动性质的一般方法,强调必须“以客观评价有关活动的性质为主”^⑪。那么,何为有关活动?应当如何确定哪些具体的活动构成争端的有关活动?如何客观评价有关活动的性质?

(一)有关活动

确定争端所涉的“有关活动”往往并非难事,原告一般会主张被告因为实施了某些特定行为,或本应履行而没有履行某些义务,导致该国违反《公约》中的某些条款。这些被指控违反《公约》的特定行为一般就是国际海洋法法庭在“刻赤海峡案”中提及的“有关活动”。值得注意的是,法庭使用的是“活动”一词的复数形式(activities in question),这至少意味着在法庭看来该案中的“有关活动”可能不只是某一方的某一个特定活动,如仅指俄罗斯扣押乌克兰军舰和逮捕军人的活动^⑫。

事实上,法庭还考察了与俄罗斯逮捕扣押乌克兰军舰和军人密切相关的双方的行为,回顾了整个过程的发生过程。在这一点上,法庭强调并着重考察了三个“特别相关”(particularly relevant)的情况:“乌克兰军舰的通行”,这是包括抓扣在内的双方全部后续活动的起点;“双方对刻赤海峡通行制度理解

① 参见 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment (27 June 1986), I. C. J. Reports 1986, p. 14 at p. 48, para. 81.

② 参见 *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment (6 November 2003), I. C. J. Reports 2003, p. 161 at p. 186, para. 51.

③ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 68.

④ 参见肖锋:《对海军“海上实际存在”国际法规则的理论探析——航行自由 VS 存在自由》,发表于《边界与海洋研究》,2020年第6期。

⑤ “‘赛加’号案”“刻赤海峡案”等存在紧追、登临的活动。

⑥ “红十字军案”“‘赛加’号案”“刻赤海峡案”“乌克兰诉俄罗斯案”等均存在执法使用武力的情况。

⑦ “乌克兰诉俄罗斯案”“圭亚那诉苏里南案”涉及监管或驱逐海上石油平台的情形。

⑧ 参见《公约》第73条。

⑨ 参见《公约》第212-222条。

⑩ 参见 PCA: *The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russian Federation)*, Award on Jurisdiction (26 November 2014), para. 75.

⑪ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 66.

⑫ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 67.

不同而引发的互动”,这是双方摩擦的起因,也是导致本案所涉争端发生的重要原因;“使用武力”的活动,其为俄罗斯在抓扣过程中采取的强制措施^①。可见,以上三个活动与俄罗斯抓扣行为之间均存在非常紧密的联系,这也说明“有关活动”不仅包括违反《公约》的特定具体行为,还包括与它存在密切联系且可能构成事件起因、经过、结果的其他活动。

从“有关活动”的行为主体来看,需要考虑的“有关活动”不仅包括被告的行为,特别是原告指控被告违反《公约》的行为,还应该包括原告的行为及双方行为的互动。除了“刻赤海峡案”之外,“南海仲裁案”仲裁庭在评价中方在仁爱礁阻止菲方轮换和补给这一活动性质时^②,同样注意到的是中菲双方的活动^③,并据此认为双方实质上形成了一种军事对峙局势,构成《公约》第298条第1款(b)项意义上的军事活动的例外。

可见,判断争端性质的“有关活动”不仅包括原告声称被告违反《公约》从而形成关于《公约》解释和适用的争端的特定行为,还包括与该关键活动密切相关的其他活动。这往往既包括原告的活动,也包括被告的活动,既涉及引发争端的活动,也涉及促成争端形成、发展和清晰化的有关活动。

(二) 争端的主题事项与有关活动的性质

对国际法庭而言,裁定《公约》第298条第1款(b)项的可适用性至少涉及两个问题或需要先后处理的两个步骤:一是认定案件所涉的争端属于关于《公约》解释或适用的争端,即确定争端的主题事项;二是断定该争端是否属于第298条第1款(b)项所指的“关于军事活动的争端”或“关于执法活动的争端”,即评价争端所涉“有关活动”的性质。确定争端的主题事项与评价争端所涉有关活动的性质是两个不同的事项,但二者之间存在不容忽视的重要联系。其中,争端的主题事项往往是确定争端所涉“有关活动”的依据。例如,“刻赤海峡案”所涉争端的主题事项是《公约》第32条、第58条、第95条和第96条规定的军舰豁免权问题^④。该争端是由俄罗

斯的逮捕扣押行为及后续司法审判活动所引起的,法庭紧紧围绕逮捕扣押事件的起因、经过和结果选取了争端的“有关活动”。同样,在“乌克兰诉俄罗斯案”中,仲裁庭驳回了俄罗斯的一项诉求,即克里米亚的军事活动导致有关争端应适用军事活动的例外的诉求。仲裁庭强调,克里米亚事件根本不是该案所涉争端的一部分,它只是争端的背景^⑤,乌克兰所提相关诉求的主题事项涉及的是俄罗斯是否侵犯了乌克兰依照《公约》享有的海洋权利的问题。具体而言,克里米亚军事活动不是导致乌克兰诉求所涉俄罗斯行为的直接原因,它也不在乌克兰诉求所依据的相关事实范围之内。总之,应该围绕争端的主题事项来确定争端的“有关活动”,这些活动应该构成诉求所依据的事实,或至少与之存在密切的联系。

值得注意的是,案情复杂的案件往往涉及多个活动,这些活动存在内在联系和先后关系,进而共同构成一个完整的事件。当事国可能基于这些活动或其中的某些活动提出主题事项不同的诉求。此时,应考虑与各诉求中的行为存在密切关系的“有关活动”,因为它们可能反映案件所涉的潜在争端或核心争端,帮助判断案件所涉的具体争端是否属于军事活动或执法活动的例外情形。“刻赤海峡案”所反映的主题事项是关于《公约》豁免权的问题,在不考虑其他因素的情况下,很难认定该主题事项具有军事属性。在这一点上,法庭并没有局限于此,而是考虑了双方的潜在争端(乌克兰军舰的通行行为)和核心争端(双方对通行制度的不同理解)^⑥。

(三) 客观评价有关活动的性质

在军事活动和执法活动的区分问题上,国际海洋法法庭特别强调要客观评价有关活动的性质,这一要求与关于认定争端是否存在及其性质的国际判例是一致的。例如,国际法院在“核试验案”中提出,要“分离本案中的真实问题,并查明申诉的客体”,在“西班牙诉加拿大渔业管辖权案”中,法院则“通过审查当事国双方的立场,客观地裁定当事双方

^① 参见 *Detention of Ukrainian Vessels, Order*, paras. 68-73.

^② 2014年12月7日发布的《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》第58段援引中国根据《公约》第298条向联合国秘书长提交的声明,提出“对于涉及海域划界、历史性海湾或所有权、军事和执法活动……等争端,中国政府不接受《公约》第十五部分第二节下的任何强制争端解决程序,包括强制仲裁”。中国政府提出,“即使仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题,也构成海域划界不可分割的组成部分,已被中国2006年声明所排除,不得提交仲裁”。值得注意的是,此文件并未提及《公约》第298条第1款(b)项的可适用性问题,也未主张菲方提出的任何一项诉求所反映的争端构成本条款所指的“关于军事活动的争端”或“关于执法活动的争端”。

^③ 参见 *South China Sea Arbitration, Award* (12 July 2016), paras. 1159-1161.

^④ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels, Order*, para. 67.

^⑤ 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, paras. 329, 331.

^⑥ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels, Order*, paras. 68-73.

之间的争端”^①。事实上,争端是否存在、争端的主题事项是什么、争端是否属于关于《公约》解释和适用的争端以及争端是否为关于军事活动或执法活动的争端等事项,都需要依据确凿的证据作出客观的认定。

客观认定有关活动的性质的一个基本要求是不得单凭当事国自身的主观定性来判断活动的性质,如国际海洋法法庭明确指出的,当事国的态度往往是主观的和利己的,与实际情况根本不符^②。在这一点上必须指出的是,在“南海仲裁案”中,仲裁庭仅以中国对于有关活动性质的看法直接认定了菲律宾第12(a)-(b)项和第14(d)项诉求中所涉岛礁建设活动的性质^③,这种武断和错误的做法与国际海洋法法庭所强调的客观认定有关活动性质的要求显然是完全相悖的,也不符合关于客观认定争端是否存在、争端的主题事项及其性质的国际判例。

客观认定有关活动的性质还要求充分考察当事国双方的活动,并依据确凿的证据和事实来确定有关活动的性质。杰西法官在“刻赤海峡案”的单独意见中指出,对于军事活动的考察不应该仅围绕俄罗斯逮捕扣押的行为,还应该考察乌克兰军舰的通行行为^④。虽然杰西法官认为乌克兰军舰的通行行为很有可能构成军事活动,洛奇法官(Judge Lucky)注意到事件可能存在军事和执法活动并存的情况,但他们均认可了法庭在临时措施阶段主要仅以俄罗斯的行为性质来决定案件是否触发第298条第1款(b)项的适用的做法^⑤。因为法庭可依赖的证据非常有限(“Nikopol”号航行准备清单、乌克兰海军中将塔拉索夫的声明、乌克兰海军军方报告等)^⑥,且俄罗斯选择不出庭,仅向法院提交了“关于扣押乌克兰三艘军舰临时措施的谅解备忘录”。由此,在没有

确凿证据的情形下,国际海洋法法庭不能认定乌克兰军舰的活动构成军事活动,而仅能依靠已有证据认定俄罗斯的逮捕扣押行为发生在执法活动的情境下^⑦。值得注意的是,法庭在该案中仅须依照《公约》第290条第5款裁定《公约》附件七仲裁庭是否对案件具有初步管辖权即可^⑧,杰西法官和洛奇法官均表示判断乌克兰军舰的通行行为是否构成军事活动将是上述仲裁庭的职责^⑨。

总之,客观认定有关活动的性质要求裁断者不能主观臆断,要客观评价双方的活动,并依据确凿的证据和事实认定有关活动的性质。

三、区分军事活动和执法活动的重要手段:考虑个案中的相关情况

除了强调要客观评价有关活动的性质,国际海洋法法庭还要求“考虑个案中的相关情况”^⑩。在客观评价过程中,根据争端的主题事项找到与之特别相关的活动是至关重要的一步,而根据个案中的相关情况和因素认定有关活动的性质则是落实客观评价的重要手段。那么,哪些情况构成特别相关的情况,应当如何考虑这些情况呢?

(一) 个案中的相关情况

关于相关情况,国际海洋法法庭在“刻赤海峡案”的命令中使用了“个案中”的表述,强调应依个案的具体情况来判断活动性质。

当案情相对简单或仅需评价某一个特定活动的性质时,所考虑的相关情况应聚焦该活动本身。其中,活动的内容和目的往往是需要重点考量的因素。“南海仲裁案”中,仲裁庭在评价中方在仁爱礁的活动性质时就考虑了双方活动的内容和目的,并据此认为双方实质上形成了一种军事情势^⑪。同样,在

^① 参见 *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment (20 December 1974), I. C. J. Reports 1974, p. 457 at p. 466, para. 30; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court (4 December 1998), I. C. J. Reports 1998, p. 432 at p. 448, para. 30。

^② 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 65。

^③ 参见 *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), paras. 937-938, 1028, 1164。

^④ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 2。

^⑤ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Jesus, paras. 3, 20; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 21。

^⑥ 参见 *Nikopol Small Armored Gunboat*, Checklist for Readiness to Sail (09:00 Hours on 23 November 2018 to 18:00 Hours on 25 November 2018); Vice Admiral Tarasov Declaration; Ukrainian Navy Report。

^⑦ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 12; *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, paras. 69-70。

^⑧ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 36; *ITLOS: ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Order (15 December 2012), para. 60。

^⑨ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 20; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 21。

^⑩ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 66。

^⑪ 参见 *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), para. 1161。

“乌克兰诉俄罗斯案”中,在内容方面,仲裁庭认为:拘留民用船只的船长并在其支付罚款后释放的行为,属于执法活动而非军事活动;在石油平台上站岗和监督行为本身也不构成军事活动;而对乌克兰船只的骚扰则主要包括危险接近、妨碍无线电通信及其他一般的违反安全和航行规则的行为,不能导致争端涉及军事活动^①。在目的方面,仲裁庭注意到俄罗斯授权油气许可证的对象是民营商业公司,并在民事法律框架下管制该争议区域的渔业资源开发。考虑到这个背景,仲裁庭认为所谓的强制力被直接用于维持石油开采和渔业发展等民事活动,并不导致争端涉及军事活动^②。在“刻赤海峡案”中,国际海洋法法庭也重点考察了案件的事实内容和证据能否支持俄罗斯主张的秘密入侵这一问题,最终在证据不足的情况下认定乌克兰军舰通行行为并不构成军事活动^③。

除了活动的内容和目的,传统观点多将行为主体因素作为军事活动认定的唯一标准,强调行为主体的“军事”性质。^[21]也有学者和法官强调应考虑“刻赤海峡案”中俄罗斯使用武力的对象是乌克兰的军舰^④。然而,单凭主体因素来认定某活动的性质这一做法显得越来越不合理,如国际海洋法法庭所注意到的,军舰和执法船只传统上扮演的角色的区别已变得相当模糊,各国使用两种船只合作执行多种海上任务的情形并不罕见^⑤。同样,“乌克兰诉俄罗斯案”中仲裁庭也指出,在石油平台上站岗和监督经常由私人保安公司实施,俄罗斯军方进行的水下考古至少在某些情况下是与平民合作进行的,不能认定活动具有军事性^⑥。

在复杂的案件中,往往还需要考虑其他的相关情况。例如,在“刻赤海峡案”中,法庭考虑了三个特别相关的情况,即本案的潜在争端、核心争端及使用武力的场景^⑦。虽然他们与该案的有关活动存在

交织,但却体现了该案极为特别的情形,因为并非每一个案件都存在争端的主题事项之外的潜在争端和核心争端,也并非每一个案件均存在使用武力的情形。法庭最终在分别考察了以上相关情况的性质之后,认定该案逮捕扣押发生在执法活动的情境之下^⑧。可见,以上特殊的相关情况对该案争端性质的判断起到了决定性作用。此外,法庭还考虑了俄罗斯后续的司法活动,认为“该行为进一步支持了逮捕扣押的执法属性”^⑨。虽然该司法审判活动本身并不构成该案的有关活动,但它有助于确认法庭基于其他三个特别相关的情况得出的结论。

有法官和学者指出,评价活动性质还应该考虑当事国的国际行为、官方立场和法律文书^⑩、事发时两国的政治关系及事发地的争议属性等因素^⑪。毫无疑问,评价活动的性质时应该综合考虑各个相关的情况和因素。“南海仲裁案”仲裁庭仅凭当事国对活动性质的认定这一项因素便武断认定了岛礁建设活动的性质为民事而非军事活动,这表明仲裁庭为了确立自身对菲律宾诉求所反映的某些争端的管辖权而罔顾相关实际情况和客观事实。

(二)使用武力

军事活动和执法活动都可能涉及使用武力或威胁使用武力的情况,若存在使用武力的情况,区分军事活动和执法活动,往往要结合使用武力的目的、主体、对象、手段、后果等因素来判断使用武力的场景。

首先,使用武力的总体情势是区分场景性质的关键所在。^[22]“南海仲裁案”中,中菲双方在仁爱礁形成了一种僵持局面。仲裁庭认为这实质上是一种军事局势,即一方的军事力量与另一方的军事和准军事力量形成对抗的情势^⑫。在“圭亚那诉苏里南案”中,苏里南要求钻井平台在12小时内撤离,否则后果自负^⑬。很明显,苏里南对平民威胁使用武力

① 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, para. 338.

② 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, para. 336.

③ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 70.

④ 参见高健军:《〈联合国海洋法公约〉第298条中的“军事活动例外”——评国际海洋法法庭在“扣留三艘乌克兰海军船只案”中的临时措施命令》,发表于《国际法研究》,2019年第6期; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, para. 33.

⑤ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 64.

⑥ 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, paras. 338, 340.

⑦ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, paras. 68-74.

⑧ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 75.

⑨ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, para. 76.

⑩ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, para. 30.

⑪ 参见高健军:《〈联合国海洋法公约〉第298条中的“军事活动例外”——评国际海洋法法庭在“扣留三艘乌克兰海军船只案”中的临时措施命令》,发表于《国际法研究》,2019年第6期。

⑫ 参见 *South China Sea Arbitration*, Award (12 July 2016), para. 1161.

⑬ 参见 *Arbitration between Guyana and Suriname*, Guyana Memorial, Annex 175, 176.

导致了事态的紧迫性及危险性, 仲裁庭最终裁定苏里南的行为“更像是一种军事威胁行动, 而非执法活动”^①。反观“刻赤海峡案”, 克洛德钦法官、高之国法官及克拉斯卡教授均质疑法庭根本没有处理两国是否存在武装冲突这个问题^②。克洛德钦法官更直接指出“‘刻赤海峡事件’是两国武装冲突的新事例”^③。克莱因(Natalie Klein)教授也认为“由武装冲突引发的争端, 属于军事例外的范围”。^{[14]285} 因此, 当使用武力所呈现的情势极有可能引发两国间的武装冲突时, 该场景可认定为构成军事活动。

其次, 禁止或限制使用武力所适用的国际法规范是考量场景性质的依据。《联合国宪章》第2条第4款所指的武力一般仅指武装力量。^[23] 若使用武力的事实行为构成《联合国宪章》所禁止的使用武力或以武力相威胁, 那么有关活动很可能属于军事活动。如上所述, “圭亚那诉苏里南案”中, 仲裁庭正是注意到苏里南向石油平台威胁如不撤离后果自负这种武力威胁手段的危险性, 因此裁定苏里南的行为不仅构成《联合国宪章》第2条第4款所指的以武力相威胁, 也更像是一种军事威胁行动^④。相反, 在“乌克兰诉俄罗斯案”中, 即便俄罗斯的确使用“武力”(physical force)阻碍了乌克兰前往油田和渔区, 然而仲裁庭强调执法力量通常被授予使用武器或强制措施的权利, 但其行为并不会因此被视为军事活动^⑤。同样, “‘赛加’号案”和“刻赤海峡案”中也涉及依照国际法上的一般原则使用武力的典型海上执法的情况。在“‘赛加’号案”中, 几内亚对“赛加”号的紧追活动并不满足《公约》第111条所要求的连续性和发出停止信号后才可以开始的规定, 且不分皂白的开枪还造成了重要设备的毁损和人员的重伤, 构成过度使用武力情形^⑥。在“刻赤海峡案”中, 国际海洋法法庭注意到乌克兰军舰试图驶离该海域, 俄罗斯海岸警卫队命令其停下来, 但乌克兰军舰继续前行, 在这种情境之下, 俄罗斯海岸警

卫队使用了武力, 先鸣枪示警, 然后对目标开火, 法庭认定其构成在执法场景下使用武力^⑦。

最后, 使用武力的类型和结果往往并非判断使用武力场景的决定性因素, 但使用武力的强度的升级可能导致局势升级, 从而可导致活动的性质发生变化。

(三) 有关活动性质的变化

在“刻赤海峡案”中, 高之国法官和克洛德钦法官均提及事件存在从执法活动向军事活动转变的可能性^⑧。从理论上讲, 当案件的相关情况发生变化时, 有关活动的性质也可能随之改变, 这也是评价活动性质时需要考虑的情况之一。

对于非沿海国而言, 即便军舰的通过和通行行为本身并不构成军事活动, 但若活动的内容、目的、主体等发生变化则可能会导致活动的性质发生改变。例如, 非沿海国的军舰通过行为仅违反《公约》第21条第1款[包括第19条第2款(g)项至(j)项], 并不必然构成军事活动。然而, 若军舰违反以上条款后, 拒不改正或不按要求离开领海, 且又伴随了活动内容的改变, 如试图强行通过、与沿海国舰船发生恶性冲撞、使用武力回击等; 或者该国附近其他军舰和军机前来支援, 并与沿海国形成对峙, 导致非沿海国事先单纯的通行目的发生改变, 此时, 该军舰的通行和通过行为就可能发展成军事活动。

对于沿海国来说, 在执法活动中使用武力本身并不一定使其转变成军事活动, 是否转变的关键在于使用武力的场景是否发生变化。首先, 当武力的使用已经升级为足以构成《联合国宪章》所禁止的使用武力时, 或当一国执法中的使用武力能够引起另一国行使自卫权时, 该执法活动将转变成军事活动。其次, 当一国使用武力的意图和内容发生改变, 已经明显不是为了执法目的, 或视射击目标为合法军事目标时, 该执法活动也将朝着军事活动转变。

① 参见 *Arbitration between Guyana and Suriname*, Award (17 September 2007), para. 445.

② 参见 James Kraska: *Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?* 访问网址: <https://www.ejiltalk.org/did-itlos-just-kill-the-military-activities-exemption-in-article-298>。

③ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Dissenting Opinion of Judge Kolodkin, para. 18.

④ 参见 *Arbitration between Guyana and Suriname*, Award (17 September 2007), para. 445.

⑤ 参见 *Coastal State Right*, 2020 Award, para. 336.

⑥ 参见 *The M/V “Saiga” (No. 2) Case, (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment (1 July 1999), ITLOS Reports 1999, p. 10 at pp. 59-61, 63, paras. 147-148, 152, 158.

⑦ 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Order, paras. 73-74.

⑧ 高之国法官认为, 本案在乌克兰海军被封锁那一刻起, 就从一个普通的通行行为升级到了海上对峙。随后发生的一系列行为以及乌克兰对该事件性质的认定, 将本案从“关于执法活动的争端”转化为“关于军事活动的争端”。参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, paras. 25, 34, 37; 克洛德钦法官认为俄罗斯第一次发现乌克兰军舰后进行沟通和警告时是执法活动。随着俄罗斯海军和直升机参与到事件中, 执法活动便升级为军事活动。直到乌克兰海军及其军事活动被迫停止时, 才明显恢复到之前的执法活动(逮捕、扣押等)。参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Dissenting Opinion of Judge Kolodkin, para. 21.

再次,紧张的政治因素及国家的态度也可能导致某次执法活动的性质发生改变。这种情况可能出现在双方因某种权利义务(比如对通行制度的不同理解)频繁发生争议的情势中。当一国多次行使某种其自称应享有的权利而遭到另一国反复执法驱逐和外交抗议,两国因该情形已经出现政治上的紧张局势时,沿海国在某一次执法中以使用武力的方式强迫他国遵守本国法律法规便有可能导致执法活动转变为军事活动。例如,在“科孚海峡案”中,证据表明阿尔巴尼亚在1946年5月后持续密切关注科孚海峡,要求外国军舰进入其领海须事先得到本国允许。国际法院注意到,阿尔巴尼亚政府在此种情势下有时甚至会使用武力来迫使外国遵守本国的法律,如1946年5月向英国巡洋舰开火以及向联合国善后救济总署拖船开火^①。在该种情境下,阿尔巴尼亚布设或纵容布设水雷,或者以攻击他国军舰等强制手段迫使他国遵守本国法律的行为,均可被视为军事活动。因此,当两国政治局势紧张且已发生过多海上摩擦时,双方应该能够认识到存在“武装冲突”的可能性,沿海国在某一次执法过程使用武力很可能导致事态升级。在这个过程中,被执法对象特别是军舰若使用相应或更强的武力进行回击,沿海国使用武力执法的情境就会发展成双方的军事对峙和冲突。

由于活动性质可能发生变化,高之国法官、洛奇法官及部分学者还提出存在同时构成关于军事活动和执法活动争端的混合争端的可能性^②。理论上讲,这种混合性争端是可能存在的。然而,在涉及《公约》第298条第1款(b)项适用的案件中,一旦某争端被认定为是关于军事活动或军事活动和执法活动并存的争端,就会直接触发军事活动例外条款的适用,不论争端的重心在于两类争端中的哪一种。

四、结语

在国际法上,《公约》第298条第1款(b)项中关于军事活动和执法活动争端的认定和区分已经从值得研究的理论问题发展成重要的现实问题。国际海洋法法庭、《公约》附件七仲裁庭在近年来受理和裁判的几起案件中均涉及到第298条第1款(b)项的可适用性问题,然而《公约》没有定义或列举两类活动,也没有规定认定和区分两类争端的规则、标准

和方法。国际海洋法法庭在2019年裁判的“刻赤海峡案”中首次提出了区分军事活动和执法活动的一般方法,即以客观评价有关活动的性质为主,以考虑个案中的特别相关的情况为辅。因此,可以从三个方面入手厘清第298条第1款(b)项所指两类争端的内涵和外延,明确关于两类活动的争端所涉的若干关键步骤和具体国际法问题。

第一,对于《公约》第298条第1款(b)项的解释和适用不得背离有关用语的通常含义及缔约方的真实意图,不得利用条约解释随意提高或降低法庭确立管辖权的门槛。通过分析该项中的三个关键用语,即“关于……争端”“军事活动”“执法活动”,可以发现是否认定某争端为“关于军事活动的争端”或“关于执法活动的争端”取决于此争端与有关活动之间的联系,这种联系既不能过于松散,也不要过于密切以至于将二者完全等同。

第二,区分关于两类活动的争端的一般方法是要求“客观评价有关活动的性质”,这涉及确定“有关活动”、明确争端的主题事项与“有关活动”的关系、客观评价“有关活动”的性质等关键问题和步骤。“有关活动”不仅包括诉求中声称违反《公约》的特定行为,还包括与该关键活动密切相关的其他活动,这往往涉及原被告双方的活动,还涉及导致争端产生、形成、发展的有关活动;争端的主题事项的确立是选取“有关活动”的基础,“有关活动”还可反映主题事项之外的其他争端,并帮助判断争端的性质;“客观评价”要求裁断者不能主观臆断,应客观评价双方的活动,并依据确凿的证据和事实认定有关活动的性质。

第三,区分关于两类活动的争端时以一般方法为基础,同时要求“考虑个案中的相关情况”,这涉及如何确定并考虑案件的“相关情况”、有关活动性质是否可能发生变化、是否存在混合争端等重点问题。应综合考虑案件所涉情况和因素来确定“特别相关的情况”;军事活动和执法活动均可能涉及使用武力,应重点判断使用武力发生的场景;有关活动的性质可能随着争端的发展而发生变化,如某典型的沿海国执法活动可能因双方冲突升级而发展成军事活动。

^① 参见 *Corfu Channel Case (UK. v. Albania)*, Judgment (9 April 1949), I. C. J. Reports 1949, p. 4 at p. 19.

^② 参见 *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, para. 50; *Detention of Ukrainian Vessels*, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 21; Shi Xin-xiang, Chang Yen-Chiang, *Order of Provisional Measures in Ukraine versus Russia and Mixed Disputes concerning Military Activities*, 发表于 *Journal of International Dispute Settlement*, 2020年第2期,第278,288-293页。

参考文献:

- [1] KOLODKIN R. Dissenting opinion of Judge Kolodkin[EB/OL]. (2019-05-25)[2020-04-30]. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/26/C26_Order_disop_RK.pdf.
- [2] GAO Zhi-guo. Separate opinion of Judge Gao[EB/OL]. (2019-05-25)[2020-06-25]. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/26/C26_SepOp_Gao.pdf.
- [3] ISHII Y. The distinction between military and law enforcement activities; comments on *Case concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, provisional measures order[EB/OL]. (2019-05-31)[2020-09-17]. <https://www.ejiltalk.org/the-distinction-between-military-and-law-enforcement-activities-comments-on-case-concerning-the-detention-of-three-ukrainian-naval-vessels-ukraine-v-russian-federation-provisional-measures-order>.
- [4] KRASKA J. Did ITLOS just kill the military activities exemption in Article 298? [EB/OL]. (2019-05-27)[2020-07-04]. <https://www.ejiltalk.org/did-itlos-just-kill-the-military-activities-exemption-in-article-298>.
- [5] 高健军.《联合国海洋法公约》第298条中的“军事活动例外”——评国际海洋法法庭在“扣留三艘乌克兰海军船只案”中的临时措施命令[J]. 国际法研究,2019(6):3.
- [6] 杨丽美,郝洁.《中华人民共和国海警法》视野下中国海警局法律制度释评[J]. 中国海商法研究,2021,32(4):72.
- [7] 霍恩比.牛津高阶英汉双解词典[M].9版.北京:商务印书馆,2018.
- [8] 梅里亚姆·韦伯斯特公司.韦氏大学英语词典[M].11版.北京:中国大百科全书出版社,2014:257.
- [9] 中国社会科学院语言研究所.新华字典[M].9版.北京:商务印书馆,1998:167.
- [10] NORDQUIST M. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982; a commentary (Vol. V)* [M]. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989:135.
- [11] KLEIN N. *Maritime security and the law of the sea* [M]. New York: Oxford University Press, 2011.
- [12] BURKE W T. *The new international law of fisheries; UNCLOS 1982 and beyond* [M]. Oxford: Clarendon Press, 1994:303.
- [13] TALMON S. *The South China Sea Arbitration; is there a case to answer?* [M]//TALMON S, JIA Bing-bing. *The South China Sea Arbitration; a Chinese perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2014:57-58.
- [14] KLEIN N. *Dispute settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* [M]. New York: Cambridge University Press, 2005.
- [15] PROELSS A. *United Nations Convention on the Law of the Sea; a commentary* [M]. München: C. H. BECK · HART · NOMOS, 2017.
- [16] 薛波.元照英美法词典[M].北京:法律出版社,2003:913.
- [17] GARNER B. *Black's law dictionary* [M]. 9th ed. Eagan: Thomson West, 2009:1082.
- [18] JESUS J. Separate opinion of Judge Jesus[EB/OL]. (2019-05-25)[2020-08-04]. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/26/C26_Order_sop_JLJ.pdf.
- [19] D' ASPREMONT J, BESSON S. *The Oxford handbook of the sources of international law* [M]. New York: Oxford University Press, 2017:791.
- [20] LUHMANN N. *A sociological theory of law* [M]. 2nd ed. Abingdon: Routledge, 2014:205.
- [21] HEINEGG W H. *Military activities in the exclusive economic zone* [J]. *Belgian Review of International Law*, 2014(1):45.
- [22] NEVILL P. *Military sanctions enforcement in the absence of express authorization?* [M]//WELLER M. *The Oxford handbook of the use of force in international law*. New York: Oxford University Press, 2015:282.
- [23] SIMMA B, KHAN D E, NOLTE G, PAULUS A. *The Charter of the United Nations; a commentary (Volume I)* [M]. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012:208.