

论“适当顾及”义务在海上临时警戒区中的适用

翟 仲

(中国人民武装警察部队研究院 法制研究所,北京 100101)

摘要:体现在《联合国海洋法公约》中的“适当顾及”义务可适用于一国在专属经济区和公海设立海上临时警戒区的措施,但具体标准有待考察认定。分析近年来国际司法机构对“适当顾及”义务的裁决并总结有关海上区域的国家实践,可以认为“适当顾及”义务要求一国在宣布临时警戒区时应适当考虑其他国家合法使用海洋的权利,包括为此限定区域的位置、范围和时限,避免在重要位置设置大规模区域,事先妥为履行公告义务,并就“警戒区”和“禁航区”进行区分,在警告的基础上避免施加航行限制。另一方面,“适当顾及”义务要求受临时警戒区影响的国家也有义务适当考虑他国维持临时警戒区的权利并避免干扰其活动,宣布国可在警戒区内采取合理措施以确保任务的执行。为此,《海警法》等法律规范应进行规则补正和体系适配,以构建科学合理的海上临时警戒区制度。

关键词:“适当顾及”义务;《联合国海洋法公约》;海上临时警戒区;专属经济区;公海

中图分类号:D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2024)01-0027-12

海上临时警戒区,是指主权国家设立的,为执行特定任务而维持临时警戒的水域。《中华人民共和国海警法》(简称《海警法》)第25条规定了海上临时警戒区制度,但受国外学者的误解和质疑,认为该条会侵犯其他国家行使航行自由或其他合法使用海洋的权利。^①由此可见,如何平衡海上临时警戒区内维持警戒的权利和其他国家开展正常活动的权利是海上临时警戒区面临的关键议题。1982年《联合国海洋法公约》(简称《海洋法公约》)并未触及这一问题,但规定了适用于专属经济区和公海的“适当顾及”义务。通过“适当顾及”义务探究海上临时警戒区的法律规则,成为解决该问题的主要途径。

然而,对于“适当顾及”义务如何适用于海上临时警戒区,目前缺乏明确答案。国际司法实践对“适当顾及”义务的解释很大程度上是原则性的,使得规范海上临时警戒区的法律制度依然具备不确定性。随着中国海上安全利益的不断扩展,有必要考察相关国家实践,并基于国际法上“适当顾及”义务作为一般义务和弹性义务的角度去归纳、总结适用于海上临时警戒区的国际法规则,以便在设置、维持海上临时警戒区的过程中有效运用国际法规范避免相关法律风险,同时敦促外国船舶保持克制和尊重,为中国采取适当行动提供法律依据。^②

收稿日期:2023-09-01

基金项目:2019年度国家社科基金一般项目“深海遗传资源开发的法律秩序变革及中国制度性话语权研究”(19BFX215),2017年度国家社科基金重大项目“全球海洋治理新常态下中国海洋安全法律保障问题研究”(17ZDA146)

作者简介:翟仲,男,法学博士,中国人民武装警察部队研究院法制研究所海上维权执法研究室助理研究员。

^① 参见金永明:《论我国〈海警法〉的实施、影响与完善》,载《人民论坛·学术前沿》2021年第22期,第124页;Raul Pedrozo, *Maritime Police Law of the People's Republic of China*, International Law Studies Series, Vol.97:465, p.465-477(2021); Shigeki Sakamoto, *China's New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas*, Lawfare Blog(16 February 2021), <https://www.lawfareblog.com/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas>; Joy Henri Mangapul, Idris Idris & Chloryne Trie Isana Dewi, *Sovereign Immunity of Non-Commercial Government Vessels and Due Regard: China Coast Guard in the Natunas*, Indonesian Journal of International Law, Vol.18: 229, p.229-252(2021).

^② 应当指出的是,评估有关平时时期建立海上临时警戒区的国家实践亦可参考武装冲突期间设立“海上禁区”或“海战区”的实践。理由在于:一方面,适用于海上武装冲突的习惯国际法表明,体现在《海洋法公约》中的“适当顾及”义务同样适用于武装冲突期间;另一方面,作为一种海上功能区划,战时设立的“海战区”或“海上禁区”与在平时时期建立的海上临时警戒区在本质上都是一种限制外国船舶和飞机航行、作业的海上区域,受“适当顾及”义务约束的基本方面和特征也大致相同。Louise Doswald-Beck ed., *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 2010, p.109-111.

一、海上临时警戒区受“适当顾及”义务的约束

适用于专属经济区和公海的“适当顾及”义务主要体现在《海洋法公约》第56条第2款、第58条第3款、第60条第3款、第66条第3款和第87条第2款。从字面上看,“适当顾及”义务要求一国在行使权利或者履行义务时合理、适当地“注意到”或者“照顾到”其他国家的权益。^①“因此,它要求各国从消极不干扰转变为积极合作,既尊重国家利益也重视国际社会整体利益。”^②

“适当顾及”义务最早由《1958年日内瓦公海公约》(简称《公海公约》)第2条正式提出,后来转化为《海洋法公约》第87条第2款,由于《海洋法公约》在原本为公海的水域内首创专属经济区制度,这部分义务也通过第56条、第58条等条款引入专属经济区制度中。^③在“适当顾及”义务得以适用的专属经济区和公海,该义务可能会被一国用作设立海上临时警戒区,其本质可能是一国行使行政管辖权或其他合法使用海洋的权利的体现。根据《海洋法公约》第56条第1款,因“保护海洋资源和生态环境”而在中国专属经济区设立海上临时警戒区的行为属于沿海国在专属经济区实施管辖权的行为,其性质为海上行政执法措施,而在专属经济区或公海为“处置海上突发事件需要”而设立临时警戒区,属于《海洋法公约》未明确禁止的行为,基于“荷花号案”中确立的“国际法上不加禁止即自由”的原则,如果不违反其他国际法规则,该措施属于合法使用海洋权利的行为。^④因此,无论设立海上临时警戒区的权源为何,只要不违反国际法上的禁止性规定,都可以通过适用《海洋法公约》第56条第2款、第87条第2款等规定而落入“适当顾及”义务的适用范围。

二、“适当顾及”义务对海上临时警戒区规模的限制

《海洋法公约》第56条第2款和第87条第2款的用语表明,在专属经济区和公海设立海上临时警戒区应“适当顾及”其他国家在该水域的权利和义务。^⑤结合国家实践的特点可以得出结论:对海上临时警戒区等海上区域的限制首先体现在宣布设立海上临时警戒区的国家(简称宣布国)应考虑到特定水域内外国船舶的航行权及其他合法使用海洋的权利,将海上临时警戒区的位置、范围和存续时间限制在任务需求的合理范围内,不对特定海域内活动的外国船舶施加过分的负担。

(一) 选择特定的区域位置

宣布国在专属经济区和公海设置海上临时警戒区的位置将直接影响其他国家行使航行和飞越自由等海洋权利的空间,其行为应受“适当顾及”义务的约束。在“查戈斯海洋保护区案”中,毛里求斯认为英国在查戈斯群岛周围水域建立海洋保护区违反了《海洋法公约》第56条第2款的“适当顾及”义务,侵犯了毛里求斯在该水域内的渔业权利。审理该案件的仲裁庭认为,作为一个“善意”(good faith)和《海洋法公约》的问题,毛里求斯的海洋权利应当得到“相应程度的考虑”(corresponding degree of regard)。^⑥海上区域的位置不同将会直接影响相关国家行使海洋自由的权利,从而适用“适当顾及”义务的有关规则。

1982年4月7日,英国宣布马尔维纳斯群岛(福克兰群岛)200海里内水域为海上禁区,将海域内出现的任何阿根廷军舰和海军辅助船舶识别为军事目标,并于4月28日将其升级为“全面禁区”,将军事目标的识别范围扩大到任何支持战争行动的中立船舶和飞机。^⑦有观点认为,该区覆盖从主岛中心测量的200海里

^① 参见黄瑶、杨文澜:《论国家适当顾及义务在新型私人公海活动中的适用》,载《学术研究》2022年第5期,第62页。

^② 何海榕:《论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示》,载肖永平主编:《武大国际法评论》2020年第4期,武汉大学出版社2020年版,第35页。

^③ 参见张国斌:《〈联合国海洋法公约〉“适当顾及”研究》,载厦门大学海洋政策与法律中心等编:《中国海洋法学评论》2014年卷第2期,(香港)中国评论文化有限公司2014年版,第56-57页。

^④ Hugh Handeyside, *The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?*, Michigan Journal of International Law, Vol.29: 71, p.72 (2007); S. S. Lotus (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. Reports, Series A, No. 10, p.18-19.

^⑤ 《海洋法公约》第56条第2款规定,沿海国在专属经济区行使权利时应“适当顾及其他国家的权利和义务”;第87条第2款规定,国家行使公海自由应“适当顾及其他国家行使公海自由的利益,并适当顾及本公约所规定的同‘区域’内活动有关的权利”。

^⑥ *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award of 18 March 2015, PCA Case No. 2011-03, p.116, 203, paras.298, 521.

^⑦ Sandesh Sivakumaran, *Exclusion Zones in the Law of Armed Conflict at Sea: Evolution in Law and Practice*, International Law Studies Series, Vol. 92: 153, p.177 (2016); Geoffrey Marston, *United Kingdom Materials on International Law 1982*, British Yearbook of International Law, Vol.53: 337, p.542 (1981).

的区域,远离任何主要航道,持续期间也较短,且悬挂非冲突方国家旗帜的船舶和飞机没有受到任何损害,意味着各国似乎普遍接受该区是合理的。^①与之相反的是,此前在第一次世界大战中英国和德国在交通要道设置大规模海上禁区招致了国际社会的广泛批评。^②英国将整片北海海域设为“军事区域”,任何驶入的商船和渔船将被怀疑具有敷设水雷的目的,而德国的禁区覆盖了英伦三岛的大片海域,并警告此海域内的敌方和 neutral 商船并不免于受到攻击。^③美国在第一次联合国海洋法会议上为马绍尔群岛周围海域的核试验警戒区辩护时也以区位要素作为合法性依据,认为该地区位于相对偏远的海域,不在正常的地面或空中路线的轨道上,并且位于一个历史上并不肥沃的渔场。^④因此,在专属经济区或公海设立海上临时警戒区等海上区域时,宣布国应在同等情况下优先选择对其他国家行使海洋权利干扰较小的区域方位。

(二) 选择特定的区域范围

在海上临时警戒区的范围方面,“适当顾及”义务要求,宣布国在公海和专属经济区设立海上临时警戒区时,应于同等情况下优先选择对其他国家行使海洋权利干扰较小的区域面积。1989年12月,美国在佛罗里达海域建立了一个30×200英里的警戒区,用来测试“三叉戟”远程导弹。^⑤一位海军评论员认为,“三叉戟”导弹是一种复杂的、远距离的导弹,需要一个广泛的操作区,至于为此设立的5000码半径安全区是基于先前发射失败的教训。^⑥1957年9月,苏联在巴伦支海和喀拉海进行的武器演习区覆盖了1900×400英里的海域,被认为是“有记录以来最大的危险区”。^⑦在核试验警戒区方面,美国代表团曾在第一次联合国海洋法会议上认为,美国在太平洋的马绍尔群岛及其周围海域进行的核试验警戒区需要“相当大的空间来容纳其暂时的危害影响”,有必要为公海上的警戒区保留一定的面积。^⑧

不过,设立海上临时警戒区的宣布国仍有义务遵守《海洋法公约》第300条的规定,穷尽一切手段避免在区域内产生纯粹环境损害、人身和财产损失等后果。^⑨在“核试验案”中,澳大利亚认为法国政府从1966年到1974年在南太平洋核武器试验区的试验在澳大利亚领土上造成放射性物质沉降,并于1973年向国际法院起诉法国。澳大利亚副检察长在陈述中提到,法国的核试验警戒区“诚然是一片远离常规航线的偏僻海域”,但有许多洄游鱼类“游得很远,在远离它们被捕获的地方摄入放射性物质”。^⑩因此,若宣布国在选择海上临时警戒区的范围时未尽合理注意义务并采取预防措施,不仅违反“适当顾及”义务,还将涉嫌违反《海洋法公约》第300条的规定。^⑪

(三) 避免在敏感海域设置大规模区域

在“查戈斯海洋保护区案”中,审理该案件的仲裁庭认为,《海洋法公约》第56条第2款的“适当顾及”义务并不具备统一的行为范式,应综合考量被侵犯权利的性质、重要性、预期损害的程度、侵犯活动的性质和重要性,以及是否存在其他方法。^⑫如果为执行任务的需要,必须要在特定位置设立一定面积的海上临时警戒区,应综合判断区域面积和区域位置的影响,避免在航运交通繁忙、生态环境脆弱或位于渔业中心的敏感海域设置大规模区域。

^① Wolf Heinschel von Heinegg, *The Law of Armed Conflict at Sea*, in Dieter Fleck ed., *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, 2021, p.578; Louise Doswald-Beck, *The Principle of Humanity in the Law of the Sea Warfare: The Protection of Civilians and the Hors de Combat*, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol.82:599, p.601(1988).

^② James Wilford Garner, *Some Questions of International Law in the European War (VII)—War Zones and Submarine Warfare*, American Journal of International Law, Vol.9:594, p.598(1915); James Wilford Garner ed., *International Law and the World War*, Longmans, Green & Co., 1920, p.345.

^③ James Wilford Garner ed., *International Law and the World War*, Longmans, Green & Co., 1920, p.333, 335.

^④ Louis B. Sohn & John E. Noyes, et al., *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, 2014, p.66.

^⑤ Jeffrey Schmalz, *After Skirmish with Protesters, Navy Test Missile*, The New York Times, 5 December 1989, at Al.

^⑥ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.164(1991).

^⑦ Marjorie M. Whiteman ed., *Digest of International Law (Vol.4)*, U.S. Government Printing Office, 1965, p.546.

^⑧ Marjorie M. Whiteman ed., *Digest of International Law (Vol.4)*, U.S. Government Printing Office, 1965, p.546.

^⑨ 《海洋法公约》第300条规定:“缔约国应诚意履行根据本公约承担的义务并应以不致构成滥用权利的方式,行使本公约所承认的权利、管辖权和自由。”

^⑩ Louis B. Sohn & John E. Noyes, et al., *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, 2014, p.68-74.

^⑪ 国际法判例表明,“禁止权利滥用”的原则须与“公约所承认的权利、管辖权和自由”结合才能构成独立义务来源,并强调主观上须存在“滥用”的状态。参见黄瑶、杨文澜:《论国家适当顾及义务在新型私人公海活动中的适用》,载《学术研究》2022年第5期,第63页;CHENG Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, p.121-160.

^⑫ *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award of 18 March 2015, PCA Case No. 2011-03, p.202, para.519.

如果宣布国在非敏感海域设立海上临时警戒区等海上区域,该区域可以囊括相对更大的面积。如前所述,在马岛海战中英国在马尔维纳斯群岛(福克兰群岛)周围建立的 200 海里海上禁区因位于相对偏远的海域而被允许拥有相对广泛的面积,并且实现了作战区域的功能。^①相似的是,美国在第二次世界大战期间设置了一片覆盖范围超过 3 000 万平方海里的海上临时警戒区,并对日本实施无限制空战和潜艇战。^②有学者总结,尽管美国设置的海上临时警戒区面积很大,但必须承认,除了进出苏联的交通外,很难在太平洋水域无端出现商船。^③

如果海上临时禁区等海上区域必须被设立在敏感海域,应尽量缩小有关区域的面积。1980 年 9 月至 10 月,伊朗和伊拉克分别将伊朗沿海水域和哈格岛周围水域设置为海上禁区,随着战事的演进,两国在海湾地区对中立船舶进行攻击,国际航运受到很大干扰。^④《海洋法公约》第 194 条第 5 款规定,依据“海洋环境的保护和保全”部分所采取的措施,应包括“为保护和保全稀有或脆弱的生态系统,以及衰竭、受威胁或有灭绝危险的物种和其他形式的海洋生物的生存环境,而有必要的措施。”美国在夸贾林环礁为进行导弹实验而设立的临时警戒区没有考虑到导弹发射对此类低洼环礁生态系统的影响,在环礁上反复发射和着陆的设备可能对附近脆弱的海洋环境造成相当大的破坏。^⑤是故,海上临时警戒区的区域位置越敏感,区域的面积越有限。在敏感海域设立大规模区域可能违反“适当顾及”义务的要求。

(四) 限定区域的终止条件和时间

“适当顾及”义务还可能影响海上临时警戒区存续的条件和时间,要求宣布国不得变相延长区域的存在时限,使其成为事实上的“长期区域”或“常设区域”,进而过度甚至永久剥夺其他国家在该水域内的合法权利。

目前,在为维护海上安全而设立的区域方面,《海洋法公约》只认可沿海国在专属经济区及大陆架内的人工岛屿、设施和结构周围设置安全区的权利、从事海洋科学研究的国家在科学研究设施周围设置安全地带的权利和在国际海底区域内从事勘探开发活动的设施周围建立安全区的权利。^⑥除此之外,如果主权国家在海上为履行特定任务而设立的海上区域会影响其他国家的合法权利,就不能被视为可永久存续。既然沿海国在领海也只能暂停外国船舶的无害通过,在其他海域因其他事由设立的海上区域只会受到更加严格的时间限制。

如果宣布国在专属经济区或公海设立临时警戒区时仅言明终止的条件而只字不提终止的时间,或不断推迟区域终止的时间,可能会被视为对“适当顾及”义务的违反。有学者指出,截止到 1954 年,已有约 35 枚地表或大气层核弹被引爆,影响覆盖约 40 万平方海里的区域,为此建立的临时警戒区起初持续几个月,然后便持续几年的时间。^⑦许多临时警戒区的持续时间(每年 40 周或可能更长时间)可能构成对其他国家权利的侵犯,并对航行、飞越和捕鱼权产生不利影响。^⑧

三、“适当顾及”义务下宣布国设立海上临时警戒区的通知义务

在“查戈斯海洋保护区案”中,审理该案件的仲裁庭认为,对“适当顾及”义务的评估在大多数情况下必

^① 在上述英国建立的海上禁区内,交战国并没有干扰中立船舶和飞机的通行,虽然 1982 年 5 月阿根廷军舰“贝尔格拉诺将军号”被鱼雷击沉,但事发地点位于英国海上禁区以南 36 海里处。Arthur Gavshon & Desmond Rice, *The Sinking of the Belgrano*, Olympic Marketing Corp, 1984, p.97; Leslie C. Green, *The Falklands, the Law and the War*, in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger eds., *The Yearbook of World Affairs 1984*, Routledge, 1985, p.89.

^② William Thomas Mallison, *Studies in the Law of Naval Warfare: Submarines in General and Limited Wars*, *International Law Studies*, Vol.58:55, p.87(1968).

^③ W. J. Fenrick, *The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare*, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.24:91, p.101(1986).

^④ Andrea de Guttry & Natalino Ronzitti eds., *The Iran-Iraq War (1980—1988) and the Law of Naval Warfare*, Cambridge University Press, 1993, p.135-136.

^⑤ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, *Marine Policy*, Vol.15:147, p.165(1991).

^⑥ 参见《海洋法公约》第 60 条第 4 款、第 80 条、第 147 条第 2 款、第 260 条。

^⑦ Marjorie M. Whiteman ed., *Digest of International Law (Vol. 4)*, U.S. Government Printing Office, 1965, p.557-560; Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, *Marine Policy*, Vol.15:147, p.157(1991).

^⑧ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, *Marine Policy*, Vol.15:147, p.165(1991).

然涉及与权利持有国的一些协商。^① 国际法院在“解释世界卫生组织与埃及 1951 年协定咨询案”中指出,根据个案情况判断基于合作义务履行协商和谈判义务中公平合理的期限和时间。^② 据此,宣布国应提前、妥为发布公告和通知,以履行对国际社会的合作义务。

(一) 习惯国际法规则要求设立海上临时警戒区的国家应尽通知义务

虽然没有明确的国际公约要求宣布国应就海上临时警戒区的设置进行通知,但基于包括海上临时警戒区和海上禁区在内的海上区域实践所形成的习惯国际法规则,以及有关海洋自由的一般习惯国际法规则,能够确认有关通知义务的存在。

主权国家制定的海上军事行动手册中有关海上区域设置的规则能够作为识别相关习惯国际法规则的证据。《美国海上行动法指挥官手册》(简称《美国手册》)规定,建立警戒区的通知必须以向海员发出特别警告、向海员发出通知、向飞行员发出通知、大西洋/太平洋水文信息以及全球海难和安全系统的形式提前发布。《英国武装冲突法联合事务手册》(简称《英国手册》)第 13.78 段认为:“应公开宣布海上禁区的开始时间、持续时间、地点和范围,以及所施加的限制,并适当通知。”^③

“科孚海峡案”和“尼加拉瓜案”的判决表明,沿海国负有就可能影响船旗国合法使用其水域的行为事先通知的义务。在“科孚海峡案”中,国际法院认为,出于某些公认的一般原则,如基本的人道主义考虑,海上通行自由的原则以及每个国家都不允许在知情的情况下将其领土用于侵犯其他国家权利的义务,阿尔巴尼亚应承担为一般航运的利益,通知任何船舶其领水内存在雷区,并警告接近的英国军舰面临紧迫危险的责任。^④ 在“尼加拉瓜案”中,法庭同样认定美国在尼加拉瓜内水和领海敷设水雷而未向国际社会告知的行为违反了《关于敷设自动触发水雷公约》(简称《海牙第八公约》)具体条款所体现的人道原则。^⑤ 虽然“尼加拉瓜案”和“科孚海峡案”仅涉及水雷敷设区,但同样属于限制海洋自由的区域,上述案例所涉及的通知义务规则同样适用于宣布国设立海上临时警戒区的情形,一国应就管辖范围内进行的危险活动通知可能蒙受危险的其他国家。^⑥

(二) “适当顾及”义务对通知义务的实质性要求

习惯国际法确认了宣布国就海上临时警戒区的通知义务,“适当顾及”义务则强化了这种通知义务,要求相关国家不仅应将海上临时警戒区的相关事项提前告知,还应确保这种通知和公告能够实现既定效果。

对海上临时警戒区通知义务的实质性要求可能源于“适当顾及”义务兼具行为义务和结果义务的复合性质。对于“适当顾及”义务的性质,有学者认为其仅是行为义务,要求当事国根据实际情况预先告知、磋商或者交换信息等即可,并不要求必须达成具有约束力的法律文件。^⑦ 国际海洋法法庭在“分区域渔业组织咨询意见案”中认为,关于船旗国在沿海国专属经济区的具体义务,《海洋法公约》第 58 条第 3 款规定应考虑沿海国的权利和义务,沿海国有义务采取确保其国民和船舶不从事非法、无管制和未报告 (Illegal, Unregulated, and Unreported, 简称 IUU) 捕鱼的必要措施,而国际海洋法法庭在“担保个人和实体的国家在‘区域’内活动方面的责任和义务案”中指出,“确保”义务是一种“基于行为的义务”(obligation of conduct)而不是“基于结果的义务”(obligation of result),属于“尽职义务”(due diligence),是仅要求采取适当手段、尽最大努力以实现既定结果。^⑧

然而,以上并不等同于履行“适当顾及”义务的全部。如果考虑到“查戈斯海洋保护区案”中就英国和毛

^① *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award of 18 March 2015, PCA Case No. 2011-03, p.202, para.519.

^② *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p.95-96, paras.48-50.

^③ *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict (UK Manual) 13.78*, Joint Service Publication 383.

^④ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgement, I.C.J. Reports 1949, p.22.

^⑤ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, I.C.J. Reports 1986, p.112.

^⑥ John M. Kelson, *State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity*, Harvard International Law Journal, Vol.13:197, p.197-243(1972).

^⑦ 参见何海榕:《论“适当顾及”的国际法义务及其对中国的启示》,载肖永平主编:《武大国际法评论》2020年第4期,武汉大学出版社2020年版,第43页。

^⑧ *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, ITLOS Case No.17, Advisory Opinion, 1 February 2011, para.110; *Request for Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, ITLOS Case No. 21, Advisory Opinion, 2 April 2015, paras.127-130.

里求斯有关“适当顾及”义务究竟是要求“考虑”(take into consideration)还是“实现”(give effect to)他国权益的争议,法庭对平衡毛里求斯和英国权益的性质、重要性、预期损害,以及考虑替代方式的论断,体现了“适当顾及”义务同样包括追求权利实现效果的一面。^①就海上临时警戒区设置中的公告和通知义务而言,由于并不涉及一国就受其管辖的私人活动方面对另一国的某种“确保”,而是一国有关机关直接施行的、可以归因于国家的行为,因此此类活动的“适当顾及”义务可能并不体现为“分区域渔业组织咨询意见案”中的“仅行为义务”,而是某种兼具行为义务和结果义务的复合义务,使得利益攸关者能够在一般情况下使用通常手段及时、准确、全面地获得有关区域的位置、范围、持续时间,以及区域内规则等信息。

(三)通知必须“提前”“妥为”公布

承前所述,“适当顾及”义务兼具行为义务和结果义务的性质要求设置海上临时警戒区的国家应以专业和负责任的方式采取有效的通知形式。从追求通知效果的目的出发,可以认为履行通知义务的关键在于信息得以“提前”“妥为”公布。

当出现可能影响其他国家权利义务的情形时,一般需要设置海上临时警戒区的国家将相关情况提前告知利益攸关的国家,并在可能的情况下与之协商。在“查戈斯海洋保护区案”中,毛里求斯诉称,英国没有将其在查戈斯群岛水域周围设置海洋保护区的计划告知毛里求斯,并向毛里求斯提供了不准确的信息,无视毛里求斯关于双边磋商的一再呼吁,坚持进行“有根本缺陷的”公开磋商。审理该案件的仲裁庭指出,英国有义务本着诚意行事,并“适当考虑”毛里求斯因承诺而产生的权利和利益,至少需要进行协商,并对其自身权利和利益进行平衡。^②在“哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”中,国际法院指出,如果环境影响评估确认存在重大跨境损害风险,为履行防止重大跨境损害的义务,相关国家必须真诚地通知可能受影响的国家,并与其协商,以确定防止或减轻这种风险的适当措施。^③具体到海上临时警戒区的情形,前述《美国手册》第2.6.3.1段规定警戒区的设立应“提前发布”相关信息,《英国手册》第13.77段也规定,前述第13.78段中有关区域“确切范围、位置、期限和相关风险”的信息也应该在“宣布这些区域时”通知。《加拿大行动和战术层面的武装冲突法》第853段也有与《英国手册》类似的措辞。^④

在通知的形式方面,“适当顾及”义务可能要求打算设立海上临时警戒区的国家将相关信息以符合国际惯例的方式“妥为”告知,确保公告和通知有效。在以色列国防军针对黎巴嫩开展军事行动时,曾在攻击利塔尼河以南地区的前2小时散发传单以发出警告,并在误伤黎巴嫩南部的几户村民后动用战机在该地区散布传单以通知警告。黎巴嫩问题调查委员会在报告中认为,如果一支军事力量真正打算就即将发生的危险警告平民撤离,就应顾及如何期待平民实施撤离的指示,而不能只通过飞机散发传单了事。^⑤同理,如果设置海上临时警戒区的国家打算警告区域内活动的船舶避免靠近,就应根据利益攸关方的具体情况妥为发布公告和通知,确保预期的效果得以实现。

四、“适当顾及”义务对航行措施的要求

在公海和专属经济区为执行临时警戒区任务而采取的航行措施同样应符合“适当顾及”义务的要求,避免对相关国家的海洋权利构成不必要的侵害,并在可能的情况下选择对其他国家海洋权利影响最小的手段。这种平衡非常接近于传统公法上比例原则的分析思路,将关联性原则、必要性原则和利益均衡原则的考量纳入措施实施的决策评估中。^⑥为此可供权衡的措施包括航道便利措施、信息识别措施、非强制的警告措施和

^① 参见黄瑶、杨文澜:《论国家适当顾及义务在新型私人公海活动中的适用》,载《学术研究》2022年第5期,第63页;Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award of 18 March 2015, PCA Case No. 2011-03, paras.471-474, 475-480.

^② Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award of 18 March 2015, PCA Case No. 2011-03, paras.457, 534.

^③ Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Judgement, I.C.J. Reports 2015, p.168.

^④ Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels (Canadian Manual) 853, B-GJ-005-104/FP021.

^⑤ Report of the Commission of Inquiry on Lebanon Established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2, November 23, 2006, paras.150-159.

^⑥ 参见姜昕:《比例原则的理论基础探析——以宪政哲学与公法精神为视角》,载《河北法学》2008年第7期,第77-78页,第81-82页;许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第68页;Michael Newton & Larry May, Proportionality in International Law, Oxford University Press, 2014, p.11.

必要的航行限制措施。

(一) 指定安全、便利的航道

指定航道措施是沿海国在避免干扰船舶通行权的基础上实现其交通管制的可行办法。《海洋法公约》第22条第1款规定,沿海国可以在考虑到航行安全并认为必要时,在领海内为管制船舶通过而指定海道或分道通航,并要求行使无害通过的船舶遵守。第3款规定了相关因素,包括:“(1)主管国际组织的建议;(2)习惯上用于国际航行的水道;(3)特定船舶和水道的特殊性质;和(4)船舶来往的频繁程度。”^①正如《海洋法公约》评述所指出的,指定海道和分道通行制旨在促进航行安全,通常会发生在交通密度大的区域,或者在那些航行运动因海洋空间、存在妨碍航行的障碍物、水深有限或气象条件不利而被限制的地方。^②因此,为了避免影响船舶航行,有必要在设置海上临时警戒区的同时采取包括指定航道和分道通行等促进航行安全的措施。《海洋法公约》第41条、第53条规定沿海国也可以在用于国际航行的海峡或群岛海道中指定海道。

然而,考虑到特定海域对国际贸易和交通运输的重要性,仅提供安全的通道依然可能致使船舶蒙受较大的商业利益损失,因此设置海上临时警戒区的国家应在必要的条件下顾及这些船舶的权益,在可替代的“安全”路线中选择一条对商业航运最为“便利”的路线。《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》第89段规定,敷设水雷不得阻碍国际海峡的过境通行权和群岛水域的群岛海道的通行权,除非提供安全和便利的替代路线。评注指出,增加“便利”一词可以防止交战方只提供商业上不可接受的替代方案,例如,仅凭可以通过苏伊士运河和好望角进行航运就阻碍直布罗陀海峡的过境通行。^③实践中,也曾有国家在宣布设立某种海上区域时划定了不合理的代替通道,以至于实际上极大地干扰了国际航运。一战期间,英国和德国在位于交通要道的北海和英国周围水域设置了大规模海上禁区,还从赫布里底群岛的北端通过法罗群岛到冰岛画了一条封闭线,迫使商船通过英吉利海峡的狭窄海域航行。^④中立船舶为了到达特定目的地,不得不偏离路线行驶数百英里,这妨碍了海洋自由和中立船舶的航运,引发美国、荷兰等国的抗议。^⑤航道便利的要求也能够从反面解释为何临时警戒区的具体位置能够影响“适当顾及”义务的平衡,因为位于偏僻海域、不在主航道上的海上临时警戒区相较于那些在关键海域上的海上临时警戒区而言更容易被国际社会所接受,宣布国在履行“适当顾及”义务的要求时也就不必选择一条同等便利的航线以供外国船舶通行。

(二) 以建议的形式提示船舶避免危险

“适当顾及”义务还要求海上临时警戒区应对国际航运造成最小的干涉,应仅以建议的形式提示船舶有关驶入特定海域的危险,而非禁止、限制其航行。除自卫和海上执法等情形外,一国在公海和专属经济区建立海上临时警戒区时只有警告外国船舶避免靠近的权利,而不能任意施加强制性措施。

《美国手册》第2.6.3.1段认为,任何国家都可以在国际水域和空域宣布一个临时警戒区,以告知其他国家其所进行的活动尽管是合法的,但对航行和/或飞越有危险。美国和其他国家经常为导弹试验、炮击演习、空间飞行器回收行动和其他对合法使用海洋造成一定危险的目的宣布这种区域,其他国家的船舶和飞机可以进入警戒区,但有义务不干扰其中的活动。^⑥美国政府会发布太平洋航行危险警报(HYDROPAC)和航行通告(NOTAM),警告有关人员应采取适当预防措施。^⑦

1957年,英国在马尔登岛和圣诞岛进行第一次氢弹试验,并公开警告该地区存在航运和飞越的危险。^⑧英国仅提示了氢弹试验区内可能发生的危险,并没有强令外国船舶不准进入,也没有对该海域主张某种行政

^① 参见《海洋法公约》第22条第3款。

^② [斐济]撒切雅·南丹、[以]沙卜泰·罗森:《1982年〈联合国海洋法公约〉评注(第二卷)》,吕文正、毛彬等译,海洋出版社2014年版,第175页。

^③ Louise Doswald-Beck ed., *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea*, Cambridge University Press, 2010, p.174.

^④ George Politakis, *Modern Aspects of the Laws of Naval Warfare and Maritime Neutrality*, Routledge, 2015, p.43.

^⑤ Sandesh Sivakumaran, *Exclusion Zones in the Law of Armed Conflict at Sea: Evolution in Law and Practice*, International Law Studies Series, Vol. 92:153, p.161 (2016).

^⑥ *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (U.S. Manual) 2.6.3.1*, NWP 1-14M.

^⑦ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.150-151 (1991).

^⑧ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.153 (1991).

管辖权。美国1946年后开始在太平洋环礁进行核武器试验时,也在公海建立类似的警戒区,禁止美国公民和其他受美国管辖的主体进入这些区域,外国船舶则只是被警告远离。苏联也曾在公海进行武器测试,并通过塔斯社发布声明要求其他国家提醒各自的海员和飞行员保持该区域的畅通。^①

1988年12月12日,在夏威夷考艾岛西北约80英里处,一架美国海军FA-18喷气式战斗机发射了一枚“鱼叉”反舰导弹,误击到一艘印度商船的无线电室,导致一名无线电操作员丧生。^②美国海军表示,这艘船处于警戒区内,因此违反了提醒非演习船舶留在区域之外的通告,但海军承认其误击了目标,并向船员家属和船东支付了赔款。^③虽然该商船在位于美国导弹演习的警戒区内活动,违反了美国警戒区的通告,但由于此举并不违法,美国缺乏对该船的管辖权,最终只能以赔偿形式解决纠纷。

综上,可以认为,当一国缺乏行政管辖权时,建立的海上临时警戒区通常可采取的一般措施无外乎提示船舶有关危险和建议驶离相关海域;“警戒区”不同于“禁航区”,当只有必要建立“警戒区”而没有必要限制航行时,宣布国一般应避免在区域内使用限制航行的执行措施。^④

(三) 将航行限制措施限定在合理范围

当有关船舶拒绝劝告擅自驶入海上临时警戒区内,并持续造成损害影响以致任务目的无法实现时,宣布国可采取合理的执行措施避免干扰。是否“适当顾及”其他国家合法使用海洋的利益,将是判断公海或专属经济区内海上临时警戒区有关措施是否“合理”的重要内容。^⑤具体而言,评判海上临时警戒区中航行措施的标准包括两方面:一是选择航行措施的合理性;二是实施航行措施的合理性。

就选择航行措施的合理性而言,应选择对船舶通行权限制最小的方式。应在符合关联性原则的基础上,重点考察必要性原则的认定,以判断措施是否属于侵犯海洋自由程度最小的手段以及是否存在对航行权影响更小的非强制措施可供代替。非强制措施包括仅要求船舶提供相应信息而不拒绝其准入,如美国曾宣布,以夸贾林岛为中心的半径为200海里的圆形区域内的水域构成永久警告区,建议所有船舶在驶入这一海域之前与夸贾林控制中心联系;^⑥又如澳大利亚建立的海事识别系统,其覆盖范围达到距离海岸线1000海里处,驶向该国的船舶将接受其对船舶、船员、货物和旅客的识别。^⑦

就实施航行措施的合理性而言,若只能通过拒绝相关船舶驶入临时警戒区才能确保任务得到顺利开展,则应根据利益均衡原则权衡航行限制措施所保护的任务效益与措施所影响的海洋权益。如果相关国家的海洋权益不能显著优越于当前的任务效益,为排除对执行任务的干扰,可以对相关船舶行使必要的措施,但应为其航行利益提供基本保障。^⑧1972年6月,加拿大大卫·麦克塔格特(David McTaggart)驾驶船舶“绿色和平号”驶入法国宣布的莫罗瓦环礁警戒区。^⑨法国派遣包括巡洋舰、扫雷舰和拖船的船队,从多方面向该船发动攻击,并用扫雷舰冲撞其船尾致使其完全瘫痪。^⑩1973年6月,“绿色和平号”驶入法国宣布的莫罗瓦岛附近的海上临时警戒区,法国海军登临该船并逮捕了其船员。^⑪1989年12月,绿色和平组织再次派船试图阻止佛罗里达海岸50英里处进行的“三叉戟”导弹发射进程,被美国海军使用武力赶出发射区。^⑫

① Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.149, 159(1991).

② Tim Ryan & Mary Adamski, *Ship Arrives with Gaping Hole*, Honolulu Star-Bulletin, 13 December 1988, at A-8.

③ Phil Maver, *Navy Recommends Disciplinary Action in Freighter Accident*, Honolulu Star-Bulletin, 22 February 1990, at A-14.

④ “禁航区”,是指船舶或飞机未经许可不得擅自进入的海上区域。《中华人民共和国内河交通安全管理条例》第20条第2款规定:“任何船舶不得擅自进入或者穿越海事管理机构公布的禁航区。”警戒区与禁航区的本质区别在于是否限制、禁止船舶或人员的通行。

⑤ 有学者亦指出,是否可以在沿海国专属经济区进行军事演习,还得考虑所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,统一协调以寻求解决之道。参见张晏瑜:《平时时期的海洋军事利用与海战法的最新发展》,载《东方法学》2014年第4期,第71页。

⑥ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.150(1991).

⑦ Eduard Somers, *Warning Zones at Sea*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (March 2019), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1234?rskey=6i4ETZ&result=1&prd=MPIL>.

⑧ 宣布国在缺乏管辖权时对违反“适当顾及”义务擅闯海上临时警戒区的外国船舶行使相关必要措施的法律依据可能包括:1.自卫权,但需要外国船舶的行为构成《联合国宪章》第51条的“武力攻击”。2.习惯国际法有关国家责任豁免的规则,具体包括:(1)反措施,但需满足《国家对国际不法行为的责任条款草案》第49-53条的规定;(2)危急情况,但需满足《国家对国际不法行为的责任条款草案》第25条的规定。

⑨ Stewart Firth, *Nuclear Playground*, University of Hawaii Press, 1986, p.101-102.

⑩ Robert Hunter, *Warriors of the Rainbow: A Chronicle of the Greenpeace Movement from 1971 to 1979*, Holt, Rinehart and Winston, 1979, p.116-117.

⑪ Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.160(1991).

⑫ Jeffrey Schmalz, *After Skirmish with Protesters, Navy Test Missile*, The New York Times, 5 December 1989, at A1.

美国海军律师辩称,其有权禁止这些船舶的通行,因为需要一个明确的安全区域来发射导弹:潜艇发射上方的船舶可能会扰乱导弹的轨迹,给潜艇和第三方带来风险,而其他船舶也有责任对海军“行使航行自由”给予适当的关注,并对安全区保持尊重。^① 美国将其航行限制措施的合法性建立在合法使用海洋的权利的基础上,认为绿色和平组织有责任对海军合法使用海洋表现出“适当顾及”,不应干扰其发射。

一个不确定的问题是,将其他国家驱赶出公海的做法,是否仅因其基本动机而具有正当性。^② 联合国国际法委员会于 1956 年颁布的《公海公约(草案)》规定各国义务避免采取任何可能对其他国家国民使用公海造成不利影响的行为,但美国提出这一条款限制性太强,认为任何国家对公海的使用都必然会以某种方式在某种程度上侵犯另一种使用。^③ 最后,经多次辩论,会议未能就这一问题达成共识。如果仅以一种权利的行使势必会影响另一种权利的行使为由认为前者就是合法的,也同样能够被相反的观点所驳斥。诚如有观点所言:“虽然没人会说,航行权是绝对的,所以发射炮弹的做法是非法的;但也没有人说,发射炮弹的做法是绝对的,以至于航行权可以被取消。”^④

在这个权利相互冲突的领域,似乎只有“适当顾及”义务可以充当规则冲突的粘合剂,要求冲突双方根据《海洋法公约》第 300 条合理行使其权利。如果其他国家恶意干扰,阻碍致使临时警戒区任务不能实现,一国有权采取包括限制航行在内的措施,但应“适当顾及”其他国家的相关利益,选择影响最小的措施,并提供替代性手段。

五、“适当顾及”义务对中国完善海上临时警戒区法律制度的启示

《海警法》第 25 条建立了海上临时警戒区的基本制度,对临时警戒区的目的、划定机构、划定程序、实施措施进行了原则上的规定。应基于“适当顾及”义务对临时警戒区规则作进一步细化和规范,并应着重解决两层问题:一是《海警法》海上临时警戒区部分的规则完善,二是基于《海警法》制度建立配套的细化规则。

(一)《海警法》临时警戒区部分的规则完善

就《海警法》临时警戒区制度的完善而言,关键在于明确《海警法》对海警机构在公海设立临时警戒区的适用性,注重其通知和公告的规则与《中华人民共和国海上航行警告和航行通告管理规定》(简称《规定》)等相关法律法规的衔接,以及对航行措施方面进行补充和修正。

1. 明确《海警法》对海警机构在公海设立海上临时警戒区的适用性

目前,《海警法》第 25 条仅规定省级海警局以上海警机构可以在中国管辖海域内划定海上临时警戒区,但未明确中国海警机构是否有权在公海建立海上临时警戒区。《海警法》第 3 条规定其适用于海警机构在中国管辖海域及其上空开展的海上维权执法活动,同样没有涉及海警机构在公海开展维护中国海洋权益的活动。不过,《海警法》第 81 条规定:“海警机构依据法律、法规和我国缔结、参加的国际条约,在我国管辖海域以外的区域执行执法任务时,相关程序可以参照本法有关规定执行。”在《海警法》第 25 条不作修正的前提下,应明确中国海警机构在公海划定海上临时警戒区时,应根据第 81 条的规定类推适用《海警法》第 25 条的规定。

2. 《海警法》公告和通知规则同相关法律的衔接

在通知和公告规则部分,《海警法》第 25 条第 2 款规定:“划定海上临时警戒区,应当明确海上临时警戒区的区域范围、警戒期限、管理措施等事项并予以公告。其中,可能影响海上交通安全的,应当在划定前征求海事管理机构的意见,并按照相关规定向海事管理机构申请发布航行通告、航行警告;……”该条并未言明“相关规定”的名称和范围,需结合其他法律法规解读。按照《规定》第 5 条,在中国沿海水域从事划定禁航区、水产养殖区、海上勘探开发安全区,以及打捞沉船、铺设管道、钻探疏浚、水文测量等 11 类活动,必须事先向所涉及的海区的区域主管机关申请发布海上航行警告、航行通告。^⑤ 然而,这 11 类活动没有涉及打击海

① Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.159 (1991).

② Jon M. Van Dyke, *Military Exclusion and Warning Zones on the High Seas*, Marine Policy, Vol.15:147, p.164 (1991).

③ *Exclusion of Ships from Nonterritorial Weapons Testing Zones*, Harvard Law Review, Vol.99:1040, p.1045 (1986).

④ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Oral arguments on Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1974, p.516.

⑤ 参见《规定》第 5 条。

上犯罪、保护海洋环境、处置海上突发事件等任务,与第25条第1款所言之临时警戒区的目的不完全符合,只有将海上临时警戒区的任务在概念上解释为“其他影响海上航行和作业安全的活动”,才能完全符合《规定》的要求。因此,在发布航行通告、航行警告方面,《规定》需要将《海警法》的制度加以融合,完善航行警告、航行通告的规则衔接,并考虑到海警机构建立海上临时警戒区的需求。

3. 增加非强制性的警告权

在航行措施方面,应增加非强制性的警告权,避免将“警戒区”与“禁航区”等同。^①《海警法》第25条仅言明临时警戒区限制或者禁止船舶、人员通行、停留,将临时警戒区的范围限制在那些必须要限制、禁止航行的区域,可能使人混淆“警戒区”和“禁航区”的概念。《英国手册》规定,当一国宣布公海上一个区域是危险的,并不意味着有权禁止其他国家的飞机飞过该空域,也不意味着有权惩罚这些飞机的所有者或经营者。^② 如果在不需要限制和禁止通行的临时警戒区内实施禁航政策,将对航行构成不合理限制,违反“适当顾及”义务的要求。

言明临时警戒区的非强制性质并非意味着不能对区域内的船舶适用强制措施。《美国手册》第2.6.3.1段认为,可以采取合理的措施,包括使用相称的武力来保护警戒区内活动不受干扰。^③ 在保留航行限制措施的前提下增加不干扰船舶航行的警戒要求,并不会使临时警戒区的存在失去意义,反而会拓宽灵活设置临时警戒区的渠道,以便充分发挥其作用和功能。可以将《海警法》第25条“限制、禁止船舶、人员的通行、停留”改为“警告船舶、人员避免靠近,或在必要的条件下限制、禁止船舶、人员的通行、停留”。这样既可以拓宽设置临时警戒区的途径和方式,避免将“警戒区”同“禁航区”相混淆,还有助于履行“适当顾及”义务的要求,采取弹性化的措施和手段。

4. 增加指定航道要求

目前,《海警法》并未增加指定航道的要求。可以规定在情况允许时,划定海上临时警戒区应指定一条同等安全和便利的替代路线,以便船舶、人员的通行。此举可为根据《海警法》第25条第1款限制或者禁止船舶、人员通行、停留提供更加充分的依据:如果指定了同等安全和便利的航道,就避免或减轻了对外国船舶航行权的干扰,此时擅自闯入警戒区的行为就更容易被认定为违反“适当顾及”义务,甚至构成《海洋法公约》第300条的滥用权利。《美国手册》第2.6.3.1段也规定,一国的船舶和飞机可以在另一国宣布的国际水域和空域内的警戒区活动,但必须适当考虑到宣布国为这种合法目的使用国际水域和空域的权利,有义务不干扰其中的活动。^④ 如果船舶的闯入致使临时警戒区的目的不能实现,就更有必要采取航行限制措施以阻止其非法行为。

(二) 基于《海警法》制度建立配套的细化规则

在《海警法》框架之外,有必要通过制定操作细则或工作手册的方式,确立警戒区的详细规范,重点应突出如下措施。

1. 限制区域的面积、范围、时限,避免在热点海域设置大规模区域

划定海上临时警戒区时,应基于警戒区的特定用途,考虑到区域的方位特点、航运条件、水文状况、生物多样性、气象特征等因素,将警戒区的面积、范围和时限维持在必要限度,并在不需要继续进行警戒任务的情况下及时解除警戒。《海警法》仅提及对于不需要继续限制或者禁止船舶、人员通行、停留的,海警机构应及时解除警戒并予公告,但并未提及只要不需要继续进行警戒任务的,就没有必要保留警戒区。

2. 提高区域措施的科学性

区域的划定、管理和公告,在必要时可征求军队有关部门、海事管理部门、公安部门、渔业渔政部门、自然资源部门,以及国际海事组织等机构的意见,并遵守《国际海上人命安全公约》《国际海上避碰规则公约》等

^① 如前所述,“警戒区”与“禁航区”的本质区别在于是否限制、禁止相关船舶和人员通行。不过,在海上临时警戒区的范围内仍可能存在一定范围的“禁航区”,其范围相当于宣布国根据国际法行使某种权利(如军事演习、自卫权)或豁免国际责任(如援引反措施、危急情况条款)并符合其他国际法规则(如“适当顾及”义务)而行动的必要空间。

^② *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict (UK Manual) 12.16*, Joint Service Publication 383.

^③ *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (U.S. Manual) 2.6.3.1*, NWP 1-14M.

^④ *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations (U.S. Manual) 2.6.3.1*, NWP 1-14M.

国际公约和惯例。国际法院在“南极捕鲸案”中指出,《国际捕鲸管制公约》缔约国应适当顾及国际捕鲸委员会有关非致命捕捞的建议并与之合作。^① 在制度上考虑同国际组织的合作,有利于深入推进海警执法的国际合作。《海警法》第65条规定,海警机构可以通过执法合作、情报合作、交流培训等机制与外国海上执法机构和有关国际组织开展国际合作。^②

在部门协作方面,《海警法》第58条规定海警机构分别与相应的外交(外事)、公安、自然资源、生态环境、交通运输、渔业渔政、应急管理、海关等主管部门,以及人民法院、人民检察院和军队有关部门建立信息共享和工作协作配合机制,包括信息服务和技术支持、海上执法协作等。^③ 在临时警戒区的设置方面应充分发挥保障机制的功能,同其他行使海上职权的部门,如海关、海事、渔政、生态环境部门等通力合作,提高决策的科学性,避免临时警戒区的设置过度干扰船舶、人员的生产活动。

3. 明确海上临时警戒区内采取措施的性质和标准

配套法律制度应补充警戒区内采取强制措施规则,细化量化执法标准。针对涉及武力使用的情形,应参考《执法人员行为守则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》,明确警戒区强制措施的类型和使用程序。^④ 无论在警戒区采取措施是出于自卫目的、执法目的还是其他目的,武力都必须符合习惯国际法中的必要性原则、相称性原则和人道主义原则。^⑤ 不过,在临时警戒区采取强制措施的目的仅限于将船舶排除在某个区域之外,并非对其主张管辖权,亦非永久控制其行动。至少在缺乏管辖权的情况下,对船舶适用强制措施不仅要保持最为谨慎的克制,在实施的过程中也要将暴力程度限制在排除干扰的必要范围内。

六、结语

宣布国在专属经济区或公海设立海上临时警戒区的权利可能与其他国家合法使用海洋的权利之间构成潜在冲突,而“适当顾及”义务可以充分发挥“粘合剂”的作用,使得一种权利的行使并不必然干扰另一种权利的实现。据此,其他国家不应以维护海洋权利为由干扰临时警戒区内的作业,设立临时警戒区的国家也可以在必要范围内阻止外国船舶的非法干扰。

然而,在另一方面,“适当顾及”双向义务的性质使得设立警戒区的国家在有权警告其他国家避免干扰的同时,也有义务尽到合理注意,充分考虑到对其他国家海洋权利的影响,避免对航运构成过度限制。这包括在警戒区的具体形态上限定其区位、面积和存续时间,避免在关键海域建立大规模警戒区,按照国际惯例的要求提前、妥为公布相关信息,并指定安全、便利的航道,在非必要条件下避免对闯入的船舶采取强制措施,视情况分别采取通告、警告、要求提供信息、强制引航、限制航行等手段,以及采用“合理”标准选择干预措施的类别和执行方式。

目前,《海警法》中警戒区制度反映了“适当顾及”义务的一个方面,即更加强调中国对外国船舶在相关海域从事活动施加某种限制,但缺少了另一方面,即充分考虑其他国家的海洋权利而对临时警戒区措施进行一定程度上、负责任的法律规制。然而,基于“适当顾及”义务对警戒区作出负责任的限制也是对外国船舶采取适当行动的依据,所以不管是从维护航运秩序还是从管制警戒区内活动的角度而言,都有必要强化对海上临时警戒区的制度规范。为此,中国应进一步参考并借鉴国际实践的有益经验,基于“适当顾及”义务的要求完善海上临时警戒区的法律制度,使得航行权保护和警戒区管制双轨并行,彰显负责任大国形象,同时,为中国海警机构在相关海域执行警戒任务提供更加充分的正当性依据,并为全球海洋治理提供中国方案。

^① *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgement, I.C.J. Reports 226, 2014, p. 257.

^② 参见《海警法》第65条。

^③ 参见《海警法》第58条。

^④ *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, United Nations (17 December 1979), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/code-conduct-law-enforcement-officials>; *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, United Nations (7 September 1990), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>.

^⑤ 参见马金星:《论沿海国海上执法中武力使用的合法性——以“鲁烟远渔010号”事件为切入点》,载《河北法学》2016年第9期,第95-102页。

On the Application of “Due Regard” Obligation in Maritime Temporary Warning Zone

ZHAI Zhong

(Institute of Legal Studies, Research Institute of the Chinese People's Armed Police Force, Beijing 100101, China)

Abstract: The “due regard” obligation reflected in the *United Nations Convention on the Law of the Sea* serves as the legal basis of establishing maritime temporary warning zone in the exclusive economic zone and on the high seas, but specific standards need to be examined and determined. It can be concluded by analyzing recent decisions of international judicial bodies on the “due regard” obligation and summarizing national practices in relation to maritime zone that, when declaring a temporary warning zone, the “due regard” obligation requires a state to take due account of the legitimate use of sea by other states, which includes restricting the location, extent and duration of maritime temporary warning zone, avoiding the establishment of large-scale zone in key locations, fulfilling the obligation of prior notice, distinguishing “warning zone” from “no-navigation zone”, and avoiding the imposition of restrictions on navigation on the basis of warnings. Furthermore, the “due regard” obligation requires the state affected by maritime temporary warning zone to have due regard to the right of other states establishing maritime temporary warning zone and refrain from interfering with their activities, the state establishing maritime temporary warning zone may take reasonable measures to ensure the enforcement of their missions. When the declaring state has fulfilled all the obligations mentioned above, including prior notification, appropriate warning and limitation of the extent of the area, the vessels entering into the maritime temporary warning zone without consent shall undertake risks of potential damages independently, but the declaring state still needs to refrain from taking direct coercive measures to restrict or prohibit freedom of navigation. If such vessels' unauthorized entry into maritime temporary warning zone makes it impossible to implement the tasks or missions, the declaring state may take necessary measures to prevent it, and when the vessels' conduct is attributable to a state, it may also be held accountable for violating the obligation of “due regard” by that state. Article 25 of the *Coast Guard Law* reflects one aspect of the obligation of “due regard”, which emphasizes the imposition of certain restrictions on the activities of foreign vessels in the relevant maritime areas, but lacks the other aspect, which requires the responsible legal regulation of maritime temporary warning zone with due regard for the maritime rights of other states. For this reason, a comprehensive and systematized legal regime for maritime temporary warning zone should be constructed, and the relevant rules should be continuously improved and enriched. At present, the *Coast Guard Law* and other legal instruments should be readjusted in order to construct a scientific and reasonable legal framework concerning maritime temporary warning zone with due regard to the maritime rights of other states. In terms of the *Coast Guard Law*, Article 25 can be applied as the legal basis for the establishment of the maritime temporary warning zone on the high seas according to the provision of Article 81, and the connection between Article 25 of the *Coast Guard Law* and Article 5 of the *Provisions on the Administration of Maritime Navigation Warnings and Navigation Announcements* on the rules of navigational notices and navigational warnings shall be strengthened. With regard to navigational measures, measures for the designation of shipping lanes should be included, the wording “restrict or prohibit the passage and stay of vessels and personnel” shall be limited to necessary conditions, and the right to non-compulsory navigational warnings should be included. China should also establish working rules pertaining to the *Coast Guard Law* and clarify the area, scope, time limit, domestic guarantee mechanism and international cooperation relevant to maritime temporary warning zone, so as to apply the “due regard” obligation to realize the protection of navigational rights as well as the regulation of the maritime temporary warning zone.

Key words: “due regard” obligation; *United Nations Convention on the Law of the Sea*; maritime temporary warning zone; exclusive economic zone; high seas