

论领海无害通过制度

金永明*

摘要：美国军舰擅自进入中国西沙领海航行，不仅危及航行安全，而且违反国际法和中国法律，损害了领海无害通过制度。领海无害通过制度，不仅涉及领海制度、国际海峡通过制度，也关联领海通过的要件与无害通过要件之间的关系，更涉及针对领海内军舰无害通过的认定标准的“结合说”和“分离说”。军舰在领海内的无害通过制度是一个在理论和实践上颇有争议的问题。军舰在领海内的无害通过的争议焦点为：其是必须事先通知沿海国或得到沿海国的事先许可，还是可以自由航行。中国应在坚持领海无害通过制度“事先同意论”观点的基础上，依据《联合国海洋法公约》赋予沿海国制定外国船舶无害通过领海的法律和规章的职权，进一步修订完善与领海有关的国内法律制度，体现国家在领海内的立法、执法和司法管辖权，确保中国在领海内的主权、安全和海洋权益。

关键词：军舰 领海无害通过 无害通过要件 管辖权

一 问题的提出

2016年1月30日，美国海军“威尔伯”号导弹驱逐舰未经事先通报与得到中国许可，擅自进入中国西沙领海，严重损害了中国在西沙领海的主权和安全及海洋权益，中国国防部和外交部对此予以严厉谴责。中国国防部新闻发言人指出，美国军舰违反中国法律擅自进入中国西沙领海后，中国守岛部队和海军舰机当即采取应对行动，对其进行识别查证，并迅即予以警告驱离；美方此举是严重违法行为，破坏了有关海域的和平、安全和良好秩序，也不利于地区和平和稳定，中国国防部对此表示坚决反对；中国早在1992年公布了《中华人民共和国领海及毗连区法》，规定外国军舰进入中国领海，必须经过事先批准。美方在知悉中国领海法的情形下，派军舰擅自进入中国领海，是有意的挑衅行为。^①中国针对美国严重的军事和法律挑衅行为，保持了最大的克制和采取相应的应对措施，目的是尽力维护中美关系的稳定和南海航行安全有序。

美国实施的所谓“航行自由行动”，不论出于何种目的，均无法改变其违反国际法、违反中

* 上海社会科学院法学研究所研究员，上海社会科学院创新工程特色人才。本文为作者主持承担的国家社会科学基金重点项目：《建设海洋强国的法制保障研究》（14AFX025）；中国海洋发展研究会重大项目：《中国在推进海洋战略过程中的法制完善研究》（CAMAZDA201501）的阶段性成果。

① 参见“国防部新闻发言人杨宇军就美国军舰擅自进入我西沙领海发表谈话”，http://news.mod.gov.cn/headlines/2016-01/30/content_4638189.htm，最后访问时间：2016年1月31日。

美两国国防部达成的协议^①和中国法律的本质，也损害了军舰在领海内无害通过制度的国际立法宗旨。尽管国内学者已对外国船舶（包括军舰）在领海内的无害通过制度进行了论述和研究，但以往的研究对领海内的无害通过制度的国际立法宗旨、与其他制度的关系等鲜有涉及。因此，结合美国新近在中国西沙领海的威胁行为及发展趋势，仍有必要论述外国船舶（包括军舰）在领海内的无害通过制度。^②

二 领海内设立无害通过制度的目的及与其他制度之间的关系

军舰在他国领海内的“无害通过”制度，是一个在理论和实践上均有争论的问题。理论上，其涉及领海制度，国际海峡的航行制度，最终涉及船舶的航行自由问题；实践上，军舰在领海内“无害通过”的争议焦点体现在必须事先通知沿海国或得到沿海国事先许可，还是可以自由航行（无须事先通知或得到许可）的对立和分歧。而造成此境况的主要原因是1958年“日内瓦海洋法四公约”中的《领海及毗连区公约》和1982年通过的《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）并未对此作出明确的规定，尤其是上述两公约将判断“无害”的标准让渡于沿海国，从而导致不同的国家实践。^③而在论述军舰在领海内的无害通过制度之前，有必要首先论述领海内无害通过制度的基本内涵。

（一）领海内无害通过制度的基本内涵

依据《公约》第2条规定，领海是指沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域；此项主权及于领海的上空及其海床和底土。即国家可对本国的领域（领土、内水和领海）依据领土主权原则，行使排他性的、综合性的管辖权（立法、执法和司法管辖权）。上述规定不仅承袭了《领海及毗连区公约》第1条和第2条的内容，而且也体现了领海是沿海国家的自然而不可分的附属物的观点，即《公约》采纳了领海是“领土说”的观点。^④

对于领海的宽度，《公约》第3条规定，每一国家有权确定其领海的宽度，直至从按照本公约确定的基线量起不超过12海里的界限为止。即沿海国可主张最大不超过12海里的领海。此条

① 中美两国国防部于2014年11月签署《重大军事行动相互通报机制谅解备忘录》和《海空相遇安全行为准则谅解备忘录》，于2015年9月签署《重大军事行动相互通报机制谅解备忘录附件》和《海空相遇安全行为准则谅解备忘录附件》。

② 经笔者2016年1月10日在中国知网查询，国内学界针对外国船舶在领海内的无害通过制度的学术论文主要有：陈振国：《论领海的无害通过权》，载《政治与法律》1985年第2期；朱建业：《外国军舰进入中国领海的法律问题》，载《法学杂志》1993年第3期；李红云：《论领海无害通过制度中的两个问题》，载《中外法学》1997年第2期；李红云：《也谈外国军舰在领海的无害通过权》，载《中外法学》1998年第4期；王军敏：《论军舰在海洋法中的法律地位》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2002年第3期；赵建文：《论〈联合国海洋法公约〉缔约国关于军舰通过领海问题的解释性声明》，载《中国海洋法学评论》2005年第2期；田士臣：《外国军舰在领海的法律地位》，载《中国海洋法学评论》2007年第2期。

③ 参见〔斐济〕萨切雅·南丹、〔以〕沙卜泰·罗森主编：《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》（第二卷），吕文正、毛彬译，海洋出版社2014年版，第136—149页。

④ 关于沿海国对领海的管辖权，在学术界存在“地役地说”和“领土说”两种不同观点。所谓“地役地说”，是指沿海国只能行使国际法上承认的特定事项的管辖权；所谓“领土说”，是指领海是沿海国领土的延伸，沿海国对其具有排他性的管辖权。《领海及毗连区公约》采用了领海是“领土说”的观点。See D. P. O'Connell, "The Juridical Nature of the Territorial Sea", (1971) 45 *British Year Book of International Law*, p. 381.

款克服了《领海及毗连区公约》中未能规定领海宽度的缺陷，为确定《公约》其他海域（毗连区、专属经济区、大陆架等）范围创造了基础条件。^①

为能使国家基于领土主权原则在领海行使排他性、综合性的管辖权，包括对生物资源和非生物资源的管辖权，尤其在海关、财政、经济活动、移民、卫生及安全保障等方面的权能，《公约》赋予了沿海国在本国领海内可对本国船舶和外国船舶进行必要规制的权利。^② 这些权利体现在沿海国拥有对领海的立法权、执法权和司法权上。

此外，为便利国际海上交通，《公约》承认了外国船舶包括军舰的无害通过权（right of innocent passage）。《公约》第17条规定，在本公约的限制下，所有国家，不论为沿海国或内陆国，其船舶均享有无害通过领海的权利。而沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海。^③ 《公约》规定这种无害通过制度的目的，是为了协调和平衡外国船舶的航行利益和沿海国的主权利益。^④ 也就是说，《公约》关于无害通过的制度是以船舶通过的航行利益（船旗国利益）和沿海国主权的严重对立为前提，在相互间寻求微妙平衡和协调的产物。^⑤ 实际上，设计这种无害通过制度的理论基础是为了满足以下要求，即平衡“在事实上消除对沿海国的实际损害”和“在法律上确保沿海国的领海主权完整”要求。^⑥ 所以，《公约》的领海无害通过制度是折中和协调的产物。

据此，沿海国一方面有权规定使用领海的条件和船舶的通过制度，《公约》第21条规定，沿海国可依本公约规定和其他国际法规则，对下列各项或任何一项（共8种事项）制定无害通过领海的法律和规章；《公约》第22条第1款规定，沿海国考虑到航行安全认为必要时，可要求行使无害通过其领海权利的外国船舶使用其为管制船舶通过而指定或规定的海道和分道通航制。另一方面，如上所述，沿海国也具有不能否认和阻碍外国船舶无害通过领海的义务。

国际法在海洋领域确立这种无害通过的法律地位的时间，约在19世纪40年代。^⑦ 其实，在确立海洋二元结构（公海和领海）的17、18世纪，对领海的“无害使用”的概念，已在很多学者的学说上得到了主张或肯定。^⑧ 例如，17世纪的雨果·格老秀斯（Hugo Grotius）认为，沿海国不能妨碍“不带武器、没有损害意图的航行”；约翰·塞尔登（John Selden）认为，海洋即使被领有（占有），也应允许外国人的“无害通过”（inoffensive passage）；18世纪的艾默里克·德·瓦特尔（Emmerich de vattel）认为，没有任何嫌疑的船舶，应允许在领海的“无害使用”（usages innocent）；亨利·惠顿（Henry Wheaton）认为，只要对所有者不带来损害及不合理的状况，就应承认其他人员的“无害使用”（innocent use）。^⑨

① 《领海及毗连区公约》（1958年4月29日通过，1964年9月10日生效）第3条规定，除本公约各条款另有规定外，测算领海宽度的正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图所表明的低潮线。当然，在《领海及毗连区公约》以及《公海公约》中，海域仅分为内水、领海和公海，而无其他海域。《公海公约》第1条规定，“公海”一词是指不包括在一国领海或内水内的全部海域。

② 参见〔日〕山本草二：《海洋法》，三省堂1997年版，第52页。

③ 《公约》第24条第1款规定，除按照本公约规定外，沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海。

④ 〔日〕山本草二主编：《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》，三省堂2009年版，第131—132页。

⑤ 〔日〕山本草二：《海洋法》，第120—121页。

⑥ 〔日〕杉原高岭：《海洋法与航行权》，日本海洋协会1991年版，第65页。

⑦ See D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 19.

⑧ 一般认为，确立海洋二元结构的主要法律规范为《公海公约》（1958年4月29日通过，1962年9月30日生效）第1条。

⑨ 〔日〕杉原高岭：《海洋法与航行权》，第56—58页。

尽管对于非无害通过（即有害通过），沿海国可对外国船舶予以规制，以确保沿海国的保护权，例如，《公约》第25条第1款规定，沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。但对于如何应对外国船舶尤其是军舰在领海内的有害通过，国际法尤其在《公约》上并不明确，所以，需要在各国的国内法上予以明确规定。同时，《公约》内的领海无害通过制度，无论其在内容上，还是其在审议及创设的过程中，又与国际海峡的通过制度紧密关联，两者具有联动性，即国际海峡的通过制度是与领海的无害通过制度一并达成并设立的。

（二）与领海无害通过有关的国际海峡通过制度

由领海构成的国际海峡，因其是海上交通的要道，所以应适用特定的法律制度。《领海及毗连区公约》第16条第4款规定，在用于公海一部分和另一部分或另一外国领海之间国际航行的海峡中，不应停止外国船舶的无害通过。

有学者认为，《领海及毗连区公约》第16条第4款关于国际海峡的规定，采用了“强制性的无害通过权”或“保证性的无害通过权”，^①并得到了国际法院的认可。例如，国际法院在科孚海峡案（*Corfu Channel cases*）的判决中指出：“一般承认，按照国际习惯，在和平时期，各国有权派军舰在不经沿海国事先批准通过处于公海两部分之间用于国际航行的海峡，条件是这种通过应是无害的。除非另有国际公约规定，沿海国无权禁止在和平时期通过海峡。”至于海峡的国际性质，国际法院指出，明确的标准应是在地理上连接公海两部分，并在事实上用于国际航行。^②换言之，国际法院在认定国际海峡的性质时，采用了连接公海两部分的地理标准和实际用于国际航行的功能性标准。^③

随着领海制度的国家实践的发展，在第三次联合国海洋法会议期间，领海的宽度已倾向于12海里。有些宽度为6海里到24海里的海峡，在过去领海宽度为3海里时，留有公海航道；^④而如果实行12海里领海宽度，则这些海峡就完全处于沿海国的领海范围之内。在世界海峡的116个中有30余个海峡被认为是“用于国际航行的海峡”。^⑤

对此，在第三次联合国海洋法会议上，海峡沿岸国为维护其国家主权和安全，主张处于沿海国领海范围内的海峡，不论其是否用于国际航行，应属于沿海国领海不可分割的一部分，因而应保有领海的法律地位，并应实行无害通过制度；而美国和前苏联从军事战略利益出发，坚持惯常用于国际航行的海峡，即使处于沿海国领海范围内，亦应实施“公海航行自由”，允许一切外国船舶，包括军舰和飞机享有公海的航行自由。同时，前苏联声称其安全取决于国际海峡的自由通航，并以此作为接受200海里专属经济区的条件；美国则表示除非保证用于国际航行的海峡自由航行及其上空

① [日]山本草二主编：《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》，第132页；陈德恭：《现代国际海洋法》，海洋出版社2009年版，第88页。

② *Corfu Channel cases*, I. C. J. Reports 1949, p. 28. 参见陈德恭：《现代国际海洋法》，第87页。

③ [日]杉原高岭：《海洋法与航行权》，第84—87页。

④ 荷兰法学家宾凯司霍克（*Bynkershoek*）于1703年提出了一项原则：陆上国家的权利以其炮射程所及的范围为限。这就是著名的“大炮射程规则”。1782年加里安尼（*Galiani*）建议以3海里作为大炮射程的统一标准。这一原则以后由地中海国家和法国、英国等国广泛实践。而从19世纪到20世纪初期，各国所建立的领海宽度大多为3海里或4海里，没有超过12海里。参见陈德恭：《现代国际海洋法》，第50—51页；魏敏主编：《海洋法》，法律出版社1987年版，第57—60页。

⑤ 陈德恭：《现代国际海洋法》，第79页。

自由飞越,否则它将不承认12海里的领海宽度。存在难以调和的争议的情形下,马耳他代表于1973年向各国管辖范围以外海床洋底和平使用委员会提出规定“通过”的具体条件的建议,包括遵守强制性的交通分道计划,要求不停并迅速通过;对外国潜水艇或军舰的通过,要求在3天前通知;并在通过海峡时不得使航空器飞行,不得从事研究和收集情报活动等条件。该建议为《公约》在用于国际航行的海峡制定一项既有别于“无害通过”,又有别于“自由通航”的新制度提供了基础,^①进而也确保了《公约》的完整性。^②所以,从《公约》的审议过程可以看出,领海无害通过制度的确立是与《公约》200海里的专属经济区制度和国际海峡的通过制度紧密关联的。

最后,《公约》建立了新的用于国际航行的海峡通过制度。《公约》第38条第1款和第2款规定,在第37条所指的海峡中,所有船舶和飞机均享有过境通行的权利,过境通行不应受阻碍;所谓的过境通行是指按照本公约的规定,专为在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的海峡继续不停和迅速过境的目的是行使航行和飞越自由。

在此应注意的是,用于国际航行的海峡的过境通过,并不要求通过的无害性,同时也承认了飞越自由,所以其不同于《领海及毗连区公约》第16条第4款规定的“强制性的无害通过权”或“保证性的无害通过权”。^③当然,《公约》关于国际航行的海峡通过制度不仅存在“过境通行”、“分道通航制”,也存在“无害通过”。例如,《公约》第45条规定,无害通过制度应适用于下列用于国际航行的海峡:按照第38条第1款不适用过境通行制度的海峡;或在公海或专属经济区的一个部分和外国领海之间的海峡。所以,其是一种混合型的通过制度。

三 领海内无害通过的法律要件及其对军舰的限制

笔者认为,论述领海内的无害通过的法律要件时,与领海内的通过的法律要件予以比较,对于进一步认识军舰在领海内的无害通过制度是有所帮助的。

《公约》的领海制度中对于通过的要件规定在第18条(meaning of passage)。其第1款规定,通过是指为了下列目的,通过领海的航行:(1)穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施;或(2)驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。其第2款规定,通过应继续不停和迅速进行。通过包括停船和下锚在内,但以通常航行所附带发生的或由于不可抗力或遇难所必要的或为救助或遭难的人员、船舶或飞机的目的为限。

对于领海无害通过的法律要件,则规定在《公约》的第19条(meaning of innocent passage)。其第1款规定,通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全,就是无害的;这种通过的进行应符合本公约和其他国际法规则。其第2款规定,如果外国船舶在领海内进行下列任何一种活动,其通过即应视为损害沿海国的和平、良好秩序或安全:(1)对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何威胁或使用武力,或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行威胁或使用武力;(2)以任何种类的武器进行任何操练或演

① 陈德恭:《现代国际海洋法》,第85—92页。

② 《公约》序言指出,本公约各缔约国意识到各海洋区域的种种问题都是彼此密切相关的,有必要作为一个整体来加以考虑。

③ [日]山本草二主编:《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》,第133页。

习；(3) 任何目的在于搜集情报使沿海国的防务或安全受损害的行为；(4) 任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为；(5) 在船上起落或接载任何飞机；(6) 在船上发射、降落或接载任何军事装置；(7) 违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章，上下任何商品、货币或人员；(8) 违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为；(9) 任何捕鱼活动；(10) 进行研究或测量活动；(11) 任何目的在于干扰沿海国任何通讯系统或任何其他设施或设备的行为；(12) 与通过没有直接关系的任何其他活动。

从《公约》第18条和第19条的内容及结构看，如果通过不符合第18条的要件，则可由第19条的行为予以判断。即《公约》采取了将通过的要件和无害通过的要件分开立法并规定的做法，以区别于《领海及毗连区公约》将通过和无害通过要件规定在同一条款中的做法。^①《领海及毗连区公约》第14条第2款规定，通过是指为了横渡领海但不进入内水，或驶入内水或自内水驶往公海而通过领海的航行；第4款规定，通过只要不损害沿海国的和平、良好秩序或安全，就是无害的；此项通过的进行应符合本公约各条款和其他国际法规则。

可见，《公约》与《领海及毗连区公约》在无害通过要件上的区别为：在《公约》中增加了对有害航行行为的列举性规定，这就产生了不符合《公约》第18条的通过要件的行为，既可用《公约》第19条的第1款，也可用《公约》第19条第2款中规定的12种有害行为之一加以应对的效果。例如，在领海内的徘徊、巡航、停船、下锚及其他不明行为，由于它们不能满足通过应继续不停和迅速进行的要件，所以可解释为不是《公约》第18条规定的通过行为，而应被视为是“与通过没有直接关系的行为”（《公约》第19条第2款第12项）；^②即使“其他不明行为”不属于《公约》第19条第2款的行为，还可用《公约》第25条第1款予以处理。所以，《公约》第18条和第19条及第25条具有互相补充的作用。

对于《公约》第19条第1款与第2款之间的关系问题，也存在两种不同的观点。第一种观点（亦称“列举说”）认为，《公约》第19条第2款是依船舶的行为或状态分类予以规制的，其只不过是对《公约》第19条第1款的列举，所以，对于“沿海国的和平、良好秩序和安全”标准的判断，应结合第2款对同样性质船舶的行为或状态予以判断，并不存在依船舶的分类标准予以判断并规制的余地。第二种观点（亦称“非列举说”）认为，《公约》第19条第2款不需要等待沿海国的举证，其是依据船舶的行为或状态标准设计的“推定性”规定，并不是对第19条第1款的全部列举。例如，携带核武器舰艇的通过等，即使其不属于第19条第2款列举的行为，沿海国也能主张其对本国有害，进而可用第19条第1款予以规制。^③

换言之，如果外国船舶的“通过”行为，即使不是《公约》第19条第2款的有害行为，或可能被认为不是《公约》第19条第1款的有害行为，沿海国仍可通过规定领海使用的条件，对这些船舶的通过进行管辖。因为《公约》第21条规定，沿海国可依本公约规定和其他国际法规则，对下列各项或任何一项制定关于无害通过领海的法律和规章：(1) 航行安全及海上交通管理；(2) 保护助航设备和设施以及其他设施或设备；(3) 保护电缆和管道；(4) 养护海洋生物资源；(5) 防止违犯沿海国的渔业法律和规章；(6) 保全沿海国的环境，并防止、减少和控制该环境受污染；

① [日] 山本草二：《不属于无害通过的领海侵犯》，载海上保安协会编：《日本的新海洋秩序》（第3期），日本海上保安协会1990年版，第72页。

② [日] 山本草二主编：《海上保安法制——海洋法与国内法的交错》，第133—134页。

③ [日] 山本草二：《海洋法》，第125—127页。

(7) 海洋科学研究和水文测量；(8) 防止违犯沿海国的海关、财政、移民或卫生的法律和规章。即只要是以上8种行为中的一种行为或与其相关，沿海国仍可依国内法予以管制。所以，《公约》第18条与第19条应与第21条和第25条看作整体并综合考虑，以判断船舶通过行为的性质。

此外，对外国船舶通过的无害性的认定标准和是否违反沿海国的国内法律及规章之间的关系问题，在学术界存在“结合说”和“分离说”两种不同的学说。^①“结合说”是指，外国船舶在通过领海时，只要采取了违反沿海国国内法的行为，就可把这种通过看作是对沿海国的和平、良好秩序或安全的损害，因而其是有害的行为。“分离说”则主张，外国船舶的通过，与其是否违反沿海国内法无关，只要损害了沿海国的重要利益，则这种通过就是有害通过。所以，基于“分离说”的观点，外国船舶违反沿海国内法并不直接否定船舶的无害通过，只要其不损害沿海国的重要利益，就不否定其无害通过权，仅可追究外国船舶违反沿海国内法的责任。而对于“结合说”，由于外国船舶违反沿海国内法与认定其有害性相关联，所以，沿海国为保护本国领海的法律权益，有必要在国内法中增加不属于无害通过的行为予以管制的内容。^②

可见，在对外国船舶通过领海的无害性的认定标准上，《公约》条款内容依据各种船舶的行为和状态兼采了“结合说”和“分离说”的观点，可谓是“混合说”。

即使存在上述关于外国船舶无害通过的规定，但他国军舰进入领海实施无害通过制度，并不意味着外国军舰可以随意进入沿海国的领海。依据《公约》内容，军舰在他国领海内的无害通过受到一些限制，主要体现在以下方面：

第一，遵守沿海国制定的法规。《公约》第25条规定，沿海国可在其领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过。据此，他国军舰应遵守沿海国制定的关于无害通过的法律和规章。具体内容规定在《公约》的第21条第1款。当然，沿海国应将所有这些法律和规章妥为公布。

第二，遵守沿海国指定或规定的海道航行。《公约》第22条规定，沿海国考虑到航行安全认为必要时，可要求行使无害通过其领海权利的外国船舶使用其为管制船舶通过而指定或规定的海道和分道通航制。当然，沿海国应在海图上清楚地标出这种海道和分道通航制，并应将该海图妥为公布。

第三，对违反沿海国法规的处置措施。《公约》第30条规定，如果任何军舰不遵守沿海国关于通过领海的法律和规章，而且不顾沿海国向其提出遵守法律和规章的任何要求，沿海国可要求该军舰立即离开领海。具体为：如果发现船舶有非无害的航行活动，则可要求其停止；如果其依然不停止活动，则可要求其离开领海。

以上为《公约》对军舰在他国领海内无害通过的一般性规定。^③而如上所述，军舰在领海内无害通过的争议焦点为：其是否必须事先通知沿海国或得到沿海国的事先同意，还是可以自由航行的对立和分歧。这是由于《公约》第17条规定的模糊性和第19条列举性规定造成的，即《公约》第17条仅规定了所有船舶均享有无害通过领海的权利；《公约》第19条没有直接对“无害”作出

① [日] 田中利幸：《不属于无害通过行为的国内法制》，载日本海洋协会编：《〈联合国海洋法公约〉体制的发展与国内措施》（第2期），日本海洋协会1998年版，第45页。

② [日] 山本草二：《不属于无害通过的领海侵犯》，第77—78页。

③ 在《公约》的领海无害通过制度中，不仅规定了适用于所有船舶的规则，也规定了适用于商船和用于商业目的政府船舶的规则以及适用于军舰和其他用于非商业目的政府船舶的规则。也就是说，《公约》采取了船舶分类区别对待的方法，以规范它们在领海的无害通过制度。以上内容，参见《公约》第17—32条。

明确定义，而只对有害活动作出了列举性的规定，从而出现分歧及对立的国家实践。

一般来说，海洋大国多强调“自由使用论”，而发展中国家则多坚持“事先同意论”。这是从各国签署、批准《公约》时的声明以及联合国海洋事务和海洋法司提供的各国领海法资料中获得的结论。^①以美国为首的海洋大国强调“自由使用论”的目的是为了维护本国海军在世界各地的有利地位，以便自由地为投送军用武器和装备、应急的军事活动支援和情报收集活动等提供保障。多数发展中国家采取“事先同意论”的目的是为了尽力保护本国的国防安全，相应地扩大军事缓冲地带，减少来自海上的威胁。为消除这种对立并满足《公约》第309条的要求，依据《公约》第310条的规定，各国在签署、批准或加入《公约》时，可以对此作出解释性的声明或说明。^②

从国家已经作出的解释性声明或说明内容看，既有反对军舰在领海享有无害通过权的国家的声明，例如，苏丹、佛得角、圣多美和普林西比、罗马尼亚；也有要求军舰通过领海进行事先通知的声明，例如，埃及、马耳他、克罗地亚、芬兰、瑞典、塞尔维亚和黑山、孟加拉；更有要求军舰通过领海得到事先许可的声明，例如，伊朗、阿曼、也门、中国、阿尔及利亚。同时，也有赞成军舰在领海内享有无害通过权的国家的声明，例如，阿根廷、荷兰和智利允许军舰无害通过；德国和意大利的声明指出，《公约》未授权沿海国要求事先通过或许可；美国和前苏联的联合解释、英国的声明均指出，根据《公约》和一般国际法，军舰在领海享有无害通过权而无须得到事先通知或得到许可。^③

有学者认为，对于外国军舰无害通过领海的习惯国际法规则为：沿海国可以允许外国军舰无害通过领海而不加特别要求，也可以规定须经事先通知或许可，或履行其他要求，但实行这种无害通过的外国军舰必须遵守沿海国关于领海无害通过的国内法律和规章。^④这种观点的法律基础为《公约》第30条。也就是说，国际社会存在“自由使用论”和“事先同意论”的两种不同观点，并存在对立和不同的国家实践。即使国际社会对此无法达成一致认识，但是外国军舰在领海内的无害通过制度最底限度应遵守沿海国关于领海无害通过的国内法律规章，这是毫无异议的。其已成为习惯国际法规则，所以，即使不批准《公约》的美国，最低限度也应遵守沿海国关于领海无害通过的国内法律规章。^⑤

针对军舰在领海的无害通过问题，1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条第2款规定，外国军用船舶进入中国领海，须经中国政府批准；第10条规定，外国军用船舶在通过中国领海时，违反中国法律、法规的，中国有关主管机关有权令其立即离开领海，对所造成的损

① [日] 田中则夫：《〈联合国海洋法公约〉的成果与课题——基于公约通过30周年的时点》，载《国际法外交杂志》第112卷2013年第2期，第18—20页。

② 《公约》第309条规定，除非公约其他条款明示许可，对本公约不得作出保留或例外。《公约》第310条规定，第309条不排除一国在签署、批准或加入本公约时，作出不论如何措辞或用何种名称的声明或说明，目的在于其他外使该国国内法律和规章同本公约规定取得协调，但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。

③ 参见赵建文：《论〈联合海洋法公约〉缔约国关于军舰通过领海的解释性声明》，载《中国海洋法学评论》2005年第2期，第5—13页。

④ 参见邵津：《关于外国军舰无害通过领海的一般国际法规则》，载《中国国际法年刊（1989年）》，法律出版社1990年版，第138页。

⑤ 关于各国针对军舰在领海的无害通过的政策及实践内容，参见赵建文：《论〈联合海洋法公约〉缔约国关于军舰通过领海的解释性声明》，第1—17页。

失或者损害，船旗国应当负有国际责任。中国在1996年5月15日通过批准《公约》的决定时，也作出了以下声明，即中国重申：《公约》有关领海内无害通过的规定，不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须先得到该国许可或通知该国的权利。^① 这些内容均体现了《公约》的原则和精神，是国家保护领海主权意志的体现，应该得到他国的尊重和遵守。

四 美国军舰擅自进入中国西沙领海的违法性及中国应对策略

美国军舰这种未经中国许可或事先通知中国政府就擅自进入中国西沙领海的行为，不仅违反《联合国宪章》第2条和平解决争端的原则和不得使用武力或威胁使用武力的原则，也违反《公约》第279条用和平方法解决争端的义务原则和领海内无害通过制度习惯国际法规则，亦违反多项中国法律（例如，《中华人民共和国政府关于领海的声明》《中华人民共和国领海及毗连区法》以及《全国人大常委会关于批准〈联合国海洋法公约〉的决定》等）和中美两国国防部签署的《重大军事行动相互通报机制谅解备忘录》《海空相遇安全行为准则谅解备忘录》及其后续附件。该行为严重损害了中美关系的稳定和发展，同时也不利于南海问题解决进程努力措施的实施。

笔者认为，由于《公约》领海无害通过制度内容已成为习惯国际法规则，即使美国没有加入《公约》，其军舰擅自进入中国西沙领海进行航行已构成违反习惯国际法规则，主要表现在以下两个方面：首先，美国军舰航行行为的有害性。美国“威尔伯”号军舰具备强大的电子侦察及干扰能力，其区域防卫能力和自卫能力强，可装备数十枚对陆巡航导弹，还具有反潜能力；^②其次，美国军舰航行行为不是“通过”行为，而是有害行为。“通过”是指通过领海的航行：第一，穿过领海但不进入内水或停靠内水以外的泊船处或港口设施；第二，驶往或驶出内水或停靠这种泊船处或港口设施。也就是说，美国军舰擅自进入西沙领海的行为不是通过行为，也不是无害通过行为，而是有害行为，因为它属于与通过没有直接关系的任何其他活动。可见，这种行为本质上是一种政治和法律挑衅行为，应该受到严厉谴责。

如果美国这种单方面派遣军舰擅自进入中国西沙领海的活动仍继续进行并扩大范围，则中国可在国际、双边和国内层面采取以下对策和措施。

第一，在国际层面。由于携带武器装备的军舰擅自闯入他国领海的有害行为，不仅严重损害沿海国的主权和安全，而且极易造成安全不测，所以对于违反沿海国国内法并具有危害和影响区域和平安全性质的行为，中国可向联合国安理会提交书面意见建议联合国安理会进行审议。因为，《联合国宪章》第39条规定，安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为

① 对于条约在中国国内法的地位问题，《中华人民共和国宪法》没有作出明确规定，《中华人民共和国立法法》和《中华人民共和国缔结条约程序法》也没有明确的规定。但在一些法律、法规中对适用条约作出了规定，其分为三类。第一，法律明确规定中国缔结或者参加的国际条约同法律有不同规定的，适用国际条约的规定。例如，《中华人民共和国民法通则》第142条。第二，法律规定条约有特殊或具体规定的，依条约的规定。例如，《中华人民共和国红十字标示使用办法》第23条。第三，法律直接规定在某些领域适用条约规定。例如，《中华人民共和国商标法实施细则》（1995年修订）第23条。参见段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，法律出版社2011年版，第215—216页。尽管对国际法与国内法的位阶及效力问题存在争议，但从中国的立法和实践看，条约具有优于国内法律的效力。参见周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社2004年版，第64—66页。

② 参见“美军舰擅闯我西沙领海，专家称中国应提升军事实力”，<http://military.people.com.cn/n1/2016/0201/c1011-28102014.html>，最后访问时间：2016年2月2日。

之是否存在，并应作成建议或抉择依第41条及第42条规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全。尽管美国在联合国安理会具有否决权，此类安理会的决议很难通过，但联合国安理会的审议也将对美国产生政治上的约束力，可适度地限制其行为及其程度。^①

第二，在双边层面。一直以来，中美两国在专属经济区内的军事活动存在争议。其焦点为：专属经济区内的军事活动，是必须得到沿海国的事先同意或通知沿海国，还是可以自由使用之间的对立。由于《公约》并未对“军事活动”作出明确的规范，即使从海洋和平利用、海洋科学研究的角度的进行分析，也存在不同的理解和认识，进而在国家实践中出现不同甚至对立的做法。^② 考虑到在《公约》的框架内无法达成理解和认识，所以针对专属经济区内的军事活动争议，应通过双边对话协商机制谈判解决，以增进互信和共识，特别应遵守中美两国国防部达成的《重大军事行动相互通报机制谅解备忘录》、《海空相遇安全行为准则谅解备忘录》及其后续附件，^③ 以规范双方的行为或活动，避免出现误判和误撞事故。依据上述设想，为避免出现针对军舰在领海内的无害通过的更大对立及争议，中美两国应发挥主导作用，包括通过对话和协商，达成一些共识，以进一步丰富和完善《公约》领海无害通过制度，确保包括南海在内的安全秩序。

第三，在国内层面。在国际和双边层面很难迅速达成共识的情形下，中国可在外交上继续坚持一贯立场，积极应对并就美国军航擅闯我西沙领海行为提出强烈抗议，在军事上作好充分应对准备并强化装备，更重要的是在法律上应尽快完善我国的领海法律制度。因为《公约》赋予了沿海国制定关于外国船舶无害通过领海的法律和规章的权利，据此，中国应抓紧制定与《公约》配套的国内相关法律制度，健全完善与实现海洋强国目标相适应的法规体系。例如，在规范养护海洋生物资源的《渔业法》（1986年施行，2013年最新修订），航行安全及海上交通管理的《海上交通安全法》（1983年施行），规范保全海洋环境的《海洋环境保护法》（1999年施行，2013年最新修订），规范海洋科学研究的《涉外海洋科学研究管理规定》（1996年施行），《海关法》（1987年施行，2013年最新修订），《对外国籍船舶管理规则》（1979年施行）和《领海及毗连区法》（1992年施行）等法律和法规的基础上，进一步完善外国船舶通过领海的法律和规章体系，包括制定外国军舰在领海的无害通过规章、中国海警局组织法、专属经济区内飞越和航行规则等，用法律形式表明中国反对外国军舰在中国沿海滥用航行自由权的立场，以增加对其管制的效率和功能。同时强化中国在领海的管辖权，包括通过确认国籍，确认无害通过，在无害通过时确保国内法律和法规的遵守，对违反国内法律和规章进行调查和处分的行政程序、搜查和逮捕的刑事程序，驱离在领海的有害航行行为，有害通过违反我国法律和规章时进行搜查及逮捕的刑事

① 例如，《联合国宪章》第27条第3款规定，安全理事会对于其他一切事项（即实质事项）之决议，应以九理事国之可决票包括全体常任理事国之同意票表决之。

② 中美专属经济区内军事活动争议问题，参见金永明：《中美专属经济区军事活动争议的海洋法剖析》，载《太平洋学报》2011年第11期，第74—81页。

③ 中美《重大军事行动相互通报机制谅解备忘录》内容，参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingOnNotication.pdf，最后访问时间：2015年2月10日。《海空相遇安全行为准则谅解备忘录》内容，参见 http://www.defense.gov/pubs/141112_MemorandumOfUnderstandingRegardingRules.pdf，最后访问时间：2015年2月10日。

程序和调查及处分的行政程序等手段及内容,进而确保我国领海的安全和海洋权益,^①从而为有效保护中国海洋领土主权提供法制保障。

另一方面,鉴于美国在南海的军事威胁活动既涉及中国南沙,也涉及中国西沙,有可能再涉及中国中沙海域,为此,中国可根据南海安全情势的发展,包括以美国为首的国家在南海实施所谓的航行自由的范围、频度和程度等,考虑公布部分中国南沙岛礁领海基线及防空识别区,以体现中国维护南海主权和海洋权益的意志和决心,坚定地维护国家主权、安全和发展。换言之,通过进一步制定和完善领海法等国内法,使外国船舶尤其是军舰在中国领海的无害通过遵守中国的法律和规章并有法可依,从而体现《中华人民共和国政府关于领海的声明》《中华人民共和国领海及毗连区法》《关于中华人民共和国领海基线的声明》以及《中华人民共和国政府关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》等法律的功效及完整性,并坚持“事先同意论”立场,为维护中国领海的主权、安全和海洋权益奠定法律基础。

On the Regime of Innocent Passage in the Territorial Sea

Jin Yongming

Abstract: The US warship's navigation in territorial sea of Xisha of China without approval not only jeopardizes navigation safety but also breaches international law and Chinese domestic laws, even endangers the system of innocent passage through territorial sea. The system of warship's innocent passage through territorial sea is a difficult issue with disputes both in theory and practice. The system of innocent passage through territorial sea not only involves systems of territorial sea and international straits, but also concerns relationships between elements of passage through territorial sea and innocent passage, even relates to a confrontation between Theory of Combination and Theory of Separation as a standard to recognize warship's innocent passage through territorial sea. The point at issue lies on whether it can be exercised freely or it shall get permission from or give advice to coastal countries in advance. Under the present situation that there are different opinions and opposite practices in international society, China shall further amend and improve relevant domestic laws and regulations on territorial sea on basis of insisting on Theory of Advance Approval and according to the power of formulating laws and regulations on innocent passage granted by the United Nations Convention on the Law of the Sea to coastal counties for the purpose of showing the country's power of legislation, enforcement and jurisdiction in territorial sea and ensuring China's sovereignty, security and marine interests in territorial sea.

Keywords: Warship, Innocent Passage through Territorial Sea, Elements of Innocent Passage, Jurisdiction

(责任编辑:郝鲁怡)

^① 针对外国船舶尤其军舰在领海内的无害通过行为,沿海国对其执法管辖程序内容,参见〔日〕田中利幸:《对外国船舶的执行与国内法的完善》,载日本海上保安协会编:《与海洋法公约有关的海上保安法制》(第1期),日本海上保安协会1994年版,第47—48页。