

《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

高健军*

摘要：国际海洋法法庭在其 2019 年“扣留三艘乌克兰海军船只案”（乌克兰诉俄罗斯）的临时措施命令中解释和适用了《联合国海洋法公约》第 298 条中的“军事活动例外”，并得出该例外在本案中不适用的结论。法庭的做法大大限制了这一例外的范围，而且法庭关于即使一国对外国军舰使用武力，该行为仍可构成执法活动的认定可能在实践中产生不利影响。乌克兰军舰的航行本身就应当被看作军事活动。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，其活动也应属于军事活动。

关键词：军事活动例外 刻赤海峡事件 “扣留三艘乌克兰海军船只案” 临时措施

一 引言

1982 年《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第 298 条第 1 款 b 项允许缔约国用书面声明的方式将“关于军事活动，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”排除出《公约》导致有拘束力裁判的强制程序。此谓“军事活动例外”。目前有 28 个国家发表声明完全或部分排除了军事活动争端，其中包括俄罗斯和乌克兰。^① 两国均根据《公约》第 287 条选择附件七仲裁作为解决《公约》争端的“主要方法”或“基本方法”，同时根据第 298 条选择了“军事活动例外”。^②

在 2018 年 11 月 25 日的“刻赤海峡事件”中，俄罗斯海岸警卫队阻拦三艘乌克兰海军船只——两艘军舰和一艘海军辅助船（拖船），从黑海（Black Sea）穿过刻赤海峡（Kerch

* 中国政法大学国际法学院教授。

① https://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm (last visited September 9, 2019).

② 双方的声明，载于联合国网站，https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec (last visited September 5, 2019)。

Strait) 前往位于亚速海 (Sea of Azov) 沿岸的乌克兰港口, 理由是这些乌克兰船只没有遵守俄罗斯制定的海峡通过规章, 以及俄罗斯暂停了前往刻赤海峡的外国军用船只无害通过俄罗斯领海。后当乌克兰船只放弃通过海峡并掉头驶离时, 俄罗斯当局命令它们停船, 并对其进行了追逐。其间一艘俄罗斯船只向一艘乌克兰军舰开火, 致使后者受伤。随后, 俄罗斯控制并扣留了这些乌克兰船只, 并以“非法穿越俄罗斯国家边境罪”逮捕和起诉了船上24名乌克兰军人。^①

事件发生后, 乌克兰将有关问题诉诸多个国际机构。2018年12月, 联合国大会通过决议, “呼吁俄罗斯联邦尽速、无条件交还上述船只及其船员和装备”。^② 2019年4月, 乌克兰就“有关三艘乌克兰海军船只及船上24名军人的豁免争端”(Dispute concerning the Immunity of Three Ukrainian Naval Vessels and the Twenty-four Servicemen on Board) 提起《公约》附件七仲裁, 并在仲裁法庭组成前根据《公约》第290条第5款请求国际海洋法法庭 (International Tribunal for the Law of the Sea, 以下简称 ITLOS 或法庭) 规定临时措施 (是为“扣留三艘乌克兰海军船只案”)。^③ 俄罗斯提交了一份名为“备忘录”(Memorandum) 的书面意见, 但没有参加 ITLOS 的庭审, 理由是两国都选择了军事活动例外, 因此法庭无权处理乌克兰的请求。^④ ITLOS 在2019年5月的命令中没有接受俄罗斯的抗辩, 而是认为将要组成的附件七仲裁法庭有初步管辖权, 并以19票: 1票 (俄罗斯籍法官) 规定临时措施, 要求俄罗斯立即释放被扣乌克兰船只及军人, 并将它们交给乌克兰。^⑤ 2019年9月初被扣乌克兰军人获释。^⑥

本案虽然最初是由乌克兰船只试图通过刻赤海峡引发的, 但其核心却并非该海峡的通过制度。刻赤海峡位于俄罗斯和乌克兰之间, 是连接黑海和亚速海的唯一通道, 两国在此面临海洋划界问题。^⑦ 2003年俄乌《关于亚速海和刻赤海峡的联合声明》规定, 这些海域历史上是两国的“内水”(inland waters), 双方军用船舶和商船在刻赤海峡和亚速海享有航行自由, 而“悬挂其他国家旗帜的军用船舶只有经乌克兰或俄罗斯邀请, 并由另一国同意后, 方可进入亚速海和穿越刻赤海峡”。^⑧ 乌克兰在本案中并未质疑上述海峡通过制度。^⑨ 克里米亚危机爆发后, 俄罗斯实际

① 参见 Case concerning the *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures (hereinafter *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*), ITLOS, Order of 25 May 2019 (Order), paras. 30–32, 71, 73, 76; also see Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, paras. 12, 14. 除明确指出出处的情况外, 该案相关材料载于国际海洋法法庭网站 (www.itlos.org)。

② 联合国大会决议: 《乌克兰克里米亚自治共和国和塞瓦斯托波尔市以及黑海和亚速海部分地区的军事化问题》, A/RES/73/194 (2018), 第5段。

③ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Request of Ukraine for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 16 April 2019, para. 22。

④ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Note verbale from the Embassy of the Russian Federation in the Federal Republic of Germany of 30 April 2019, pp. 1–2。

⑤ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, paras. 90, 113, 124。

⑥ 参见《俄乌开始交换囚犯》, 《参考消息》2019年9月8日, 第2版。

⑦ 参见张光政: 《俄罗斯、乌克兰海洋争端问题的历史与现状》, 载《南海学刊》2018年第2期, 第84—85页。

⑧ The Joint Statement by the President of Ukraine and the President of the Russian Federation on the Sea of Azov and the Strait of Kerch, 24 December 2003, in *Law of the Sea Bulletin* No. 54, 2004, p. 131. 还参见同时签订的俄乌《合作使用亚速海和刻赤海峡条约》(Treaty on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait.) 第2条, 它规定: “商船、军舰以及其他悬挂俄罗斯联邦和乌克兰旗帜的用于非商业目的的政府船只应在亚速海和刻赤海峡享有航行自由。”转引自 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, p. 4, note 8。

⑨ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Dissenting opinion of Judge Kolodkin, para. 17。

控制了海峡，并于 2015 年 10 月制定了“刻赤海港强制规章”，由此乌克兰船只在通过海峡时被要求遵守一些程序。^① 然而，乌克兰在本案中的诉求是请求仲裁法庭裁判俄罗斯扣押其海军船只和船上军人的行为违反了给予外国海军船只豁免的义务，而没有质疑俄罗斯的上述规章。^② 就乌克兰所提诉求而言，案件的核心毋宁是当外国军舰不遵守沿海国关于通过领海的法律和规章时沿海国可以采取的措施问题。虽然俄罗斯承认外国军舰的领海无害通过权，但是事件发生时俄罗斯暂停了外国军舰在海峡附近俄领海内的无害通过。当乌克兰军舰继续前进并越过俄罗斯主张的国家边界后，俄罗斯当局要求它们立即离开“俄罗斯领水”。^③ 此为俄罗斯在该事件中采取行动之始。俄罗斯后来在关于该事件的新闻稿中提到《公约》第 19 条、第 25 条和第 30 条，^④ 它们全都是有关领海无害通过问题的。就乌克兰而言，它在临时措施请求中明确表示完全拒绝在刻赤海峡有俄罗斯边界以及俄罗斯在海峡以西地区有领海，^⑤ 但同时表示即使假定事件发生在俄罗斯的领海内，俄罗斯也同样违反了《公约》。^⑥ 然而，A 国在自己领海内对 B 国军舰采取措施，与 B 国在 A 国领海内对 A 国军舰采取措施在性质上不啻天壤之别。ITLOS 在命令中没有提及克里米亚问题，但它认定俄罗斯的行为属于执法活动的结论实际上是将俄罗斯当作相关水域的沿海国处理的。而耶稣（Jesus）法官在其个别意见中更是明确说乌克兰的军舰“正穿过俄罗斯联邦的领海”。^⑦ 从这个角度看，可以说本案是继 20 世纪 40 年代国际法院“科孚海峡案”^⑧ 后又一个直接涉及军舰领海通过问题的国际案例。

《公约》项下法庭之前从未受理过当事一方对另一方军舰使用武力并予以扣留的案件。与本案最为相近的“自由号案”（阿根廷诉加纳）涉及沿海国在内水中扣押外国军舰，而阿根廷在将争端提交附件七仲裁前首先修改了其之前有关军事活动例外的声明。^⑨ 就《公约》争端解决机制的适用而言，第 298 条中的“军事活动例外”是否适用并由此排除仲裁法庭的管辖权无疑是本案的一个关键问题。在临时措施阶段，俄罗斯主张争端有关军事活动，而乌克兰则声称争端有关执法活动。^⑩ ITLOS 在命令中用了相当长的篇幅（第 46—77 段）对军事活动例外问题进行了讨论，并得出该例外在本案中不适用的结论。需要指出的是，虽然 ITLOS 的临时措施命令是以绝对多数票作出的，但是附有一名法官的反对意见、三名法官的个别意见以及两名法官的声明。这些意见显示，其中一些投赞成票的法官也并不完全认同法庭对争端性质的认定。^⑪ 本文亦不赞同法

① 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, para. 10.

② 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 22.

③ *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, para. 15.

④ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Declaration of Judge Lijnzaad, para. 4.

⑤ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Request of Ukraine for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 16 April 2019, pp. 11–12, note 56.

⑥ *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Verbatim Records, ITLOS/PV. 19/C26/1, pp. 4, 13.

⑦ *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 13.

⑧ 参见 *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of 9 April, 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 4.

⑨ 参见 *the “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)*, Request for Provisional Measures, Order of 15 December 2012, paras. 30, 33–34.

⑩ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 50.

⑪ 例如，勒基法官认为争端的性质可能是执法或军事，而 ITLOS 关于争端非军事性质的认定是否为结论性的，是一个仲裁法庭面临的问题。参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Separate Opinion of Judge Lucky, para. 21。高之国法官认为有关争端是“一个同时涉及军事和执法因素的混合争端”，*Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Separate Opinion of Judge Gao, para. 50。

庭关于军事活动/执法活动问题的定性。以下部分将首先总结法庭的相关意见，然后对其加以分析。

二 法庭意见

ITLOS 首先就“军事活动与执法活动的区别”表达了一些看法。其中包括：第一，该区别“不能仅仅根据在有关活动中使用的是海军船只或执法船只”，因为这两种船舶“按照各自作用的传统区别已经大大模糊”，而如今国家为不同海上任务协调使用两种船只早就习以为常了。^① 第二，该区别“也不能仅仅根据争端各方对有关活动的定性”，因为当事方的“定性或许是主观的，而与实际活动不符”。^② 第三，该区别“必须主要基于对有关活动性质的客观评价，考虑到每个案件的相关情况”。^③

就本案而言，ITLOS 指出，虽然“提交给附件七仲裁法庭的争端关于乌克兰在《公约》第 32 条、第 58 条、第 95 条和第 96 条中的权利声称遭到侵犯，而这源于俄罗斯联邦逮捕和扣留乌克兰的海军船只及其军人以及随后对他们行使刑事管辖权”，但“为了确定该争端是否关于《公约》第 298 条第 1 款 (b) 项中的军事活动，法庭需要审查逮捕和扣留前的一系列事件”，因为“这些事件或许对逮捕和扣留是在军事行动中还是在执法行动中发生的有所帮助。”^④ ITLOS 认为三个情况特别相关。第一，导致逮捕的“潜在争端有关乌克兰海军船只通过刻赤海峡”；第二，“刻赤海峡事件”的具体原因是俄罗斯拒绝乌克兰船只通过海峡而后者继续前进；第三，虽然俄罗斯在逮捕过程中使用了武力，但这些武力使用的背景特别相关。^⑤ 其中，第一个情况涉及乌克兰活动的性质，而后两个情况则涉及俄罗斯活动的性质。ITLOS 认定乌克兰的活动不是军事性质，主要理由是法庭认为“难以一般而论海军船舶通过本身等同于军事活动”，因为“在《公约》项下，通过制度，例如无害通过或过境通行，适用于所有船舶”。此外，ITLOS 也不接受俄罗斯声称的乌克兰海军船只试图“秘密入侵”的说法。^⑥ 至于俄罗斯活动的性质，ITLOS 依据第二个情况认为“该争端的核​​心是各方对刻赤海峡通过制度的不同解释”，而“这样的争端并非军事性质”。^⑦ 关于第三个情况，法庭认为考虑到事件的先后顺序，俄罗斯的武力使用是“在执法行动而非军事行动背景中”发生的。^⑧ 由此 ITLOS 认为俄罗斯逮捕和扣留乌克兰海军船只是在执法行动中发生的，并且认为俄罗斯随后针对乌克兰军人的指控和审判进一步印证了其活动的执法性质。^⑨

① *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 64.

② *Ibid.*, para. 65.

③ *Ibid.*, para. 66.

④ *Ibid.*, para. 67.

⑤ *Ibid.*, paras. 68, 71, 73.

⑥ *Ibid.*, paras. 68 – 70.

⑦ *Ibid.*, para. 72.

⑧ *Ibid.*, para. 74.

⑨ *Ibid.*, paras. 75 – 76.

三 评析

(一) 军事活动与执法活动的关系

《公约》第 298 条第 1 款 (b) 项在规规定军事活动例外的同时还规定了有限的执法活动例外,但后者有关专属经济区内的科研和渔业争端因此在本案中不适用。有学者认为和平时期的海上军事活动包括海上执法。^① 但是 ITLOS 显然将它们看作两种不同的活动,且军事活动不包括执法活动。法庭的观点可以从《公约》的立法史中获得支持。在《公约》第 298 条的起草过程中,执法活动最初就是用来描述军事活动例外范围的。1975 年“非正式单一协商案文”(ISNT)在允许缔约国排除“关于军事活动”的争端的同时规定了一项谅解,即“根据本公约的法律执行活动不应被视为军事活动”。^② 该谅解一直保留在“非正式单一协商案文”(订正一)和“订正的单一协商案文”中。^③ 虽然该谅解后来在 1977 年“非正式综合协商案文”中被新增加的执法活动例外所取代,^④ 但这一变化是为了“给予执法活动与军事活动类似的豁免”,^⑤ 因此并未改变两者并立的性质。

关于军事活动的判断,ITLOS 认为所使用船只的性质以及当事方(特别是援引军事活动例外一方)的定性可能是相关因素,但并不认为它们是唯一的。法庭的这些看法是正确的。另一方面,法庭既未分析军事活动的含义和其外延,也未提出任何正面标准。法庭强调具体案件具体分析的做法其实意味着 ITLOS 不认为存在区分军事活动和执法活动的明确标准。纵然顾及各案具体情况的做法是正确的,但提出一些基本标准似乎也是必要的。按照 ITLOS 的解释,那些已经选择了军事活动例外的《公约》缔约国(其中包括中、法、俄、英等四个联合国安理会常任理事国)将无从知晓它们声明的实际效果。就此而言,ITLOS 的意见对于军事活动例外的澄清助益有限。

(二) 乌克兰活动的性质

ITLOS 在认定乌克兰活动的非军事性质时,将军舰的航行活动排除出军事活动的范围,但其理由存在瑕疵。第一,军舰的领海无害通过权是一个众所周知的争议问题。法庭在本案这样一个临时措施程序中,未加任何论证就径直发表无害通过适用于军舰的附带意见显然是不恰当的。第二,法庭的逻辑令人难以理解:为何过境通行和无害通过适用于军舰就意味着军舰通过不是军事

① 例如, R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 3rd edition, 1999), p. 426。James Kraska, “Military Operations”, in Donald R Rothwell et. al. (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford University Press, 2015), p. 873.

② 参见 Informal Single Negotiating Text (part IV), 21 July 1975, A/CONF.62/WP.9, art. 18 (2) (c)。

③ 参见 Informal Single Negotiating Text (part IV), 6 May 1976, A/CONF.62/WP.9/Rev.1, art. 18 (2) (b); Revised Single Negotiating Text (part IV), 23 November 1976, A/CONF.62/WP.9/Rev.2, art. 18 (1) (b)。

④ 参见 Informal Composite Negotiating Text, 15 July 1977, A/CONF.62/WP.10, art. 297 (1) (b)。

⑤ *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.10, 22 July 1977, A/CONF.62/WP.10/Add.1, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. VIII, p. 70.

活动呢?科洛德金(Kolodkin)法官在其反对意见中就认为军舰的航行活动“本质上或至少表面上是军事性质的”。^①

根据1969年《维也纳条约法公约》,“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释”,必要时还可参照条约的准备资料。^②《公约》没有界定“军事活动”的含义,实际上这个概念只出现在《公约》第298条中。虽然有观点认为第298条的准备资料作用不大,^③但是仔细分析仍可以从中推断出一些重要结论。第一,军事活动例外自始就包含在《公约》的争端解决规定中,而且接受这一例外“原则上没有引发任何特殊困难”。^④对此合理的解释应是,各国在《公约》制定过程中对于军事活动这一例外的含义存在基本共识。第二,准备资料有助于澄清该例外的宗旨和目的。1975年,大会主席将军事活动例外纳入“非正式单一协商案文”是基于“争端解决工作组”的工作,而该例外的缘起则是代表团中的海军顾问认为海军船只的活动不应交由法律程序,因为这些程序可能要求披露军事机密。^⑤为了保护这些船只,1973年美国建议《公约》的争端解决规定不应影响船舶和飞机根据国际法享有的主权豁免。^⑥1974年“争端解决工作组”在提议排除有关那些根据国际法享有豁免的船舶和飞机的争端的同时,增加规定了关于军事活动的争端以“确保这些船只可以抵御国际裁判”。而这样做很可能是因为担心用以对抗国内管辖的主权豁免理论不适用于国际法庭。^⑦1976年新西兰代表在第四届会议上曾反对军事活动的例外,理由是:“大多数有关军事活动的争端都将源于政府船只或飞机的某些活动。这些船只和飞机显然必定继续豁免于国内管辖权的行使,而这是一个不将源于它们活动的争端从国际管辖体系范围内排除的强有力的理由”。^⑧新西兰代表的建议当然未被接受,但是其发言却反映出如下理解,即军事活动例外的效果将把享有主权豁免的船只和飞机的活动排除出《公约》的争端解决机制。另外,迪普伊(Dupuy)和温斯(Vignes)也强调军事活动例外所涉及的活动“受制于主权并被承认享有司法豁免”。^⑨根据上述情况,《公约》第298条中军事活动例外的目的,是为了将根据国际法享有主权豁免的船舶和飞机的活动排除出《公约》的争端解决程序。有鉴于此,在界定军事活动例外的范围时应采取相对宽松的态度,即军舰的活动原则上应认定为军事活动,除非它们属于《公约》项下的执法活动。就军舰航行与军事活动的关系而言,有学者在《公约》制定期间就曾指出,如果美国选择了军事活动例外,那么当海峡沿岸国拒绝美国海军通过海峡时,美国就将不能利用《公约》的强制争端解决机制了。^⑩由此该学

① *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Dissenting opinion of Judge Kolodkin, para. 9.

② 1969年《维也纳条约法公约》第31条和第32条。

③ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Declaration of Judge Kittichaisaree, para. 4.

④ 参见 René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. II (Martinus Nijhoff Pub., 1991), p. 1362.

⑤ 参见 Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn (Vol. eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 135.

⑥ Ibid.

⑦ Ibid.

⑧ The 58th Plenary meeting, 5 April 1976, A/CONF. 62/SR. 58, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, Vol. V, pp. 11 - 12, para. 35.

⑨ 参见 René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. II (Martinus Nijhoff Pub., 1991), p. 1362.

⑩ Mark W. Janis, “Dispute Settlement in the Law of Sea Convention: The Military Activities Exception”, (1977) 4 *Ocean Dev. & Int'l L* 51, p. 63.

者无疑认为军舰的航行属于军事活动。而《公约》制定后也有一些学者认为军事活动或对海洋的军事利用包括军舰的航行活动。^①

(三) 俄罗斯活动的性质

虽然俄罗斯主张其黑海舰队船只一直在监视乌海军的活动,^② 但乌克兰坚称其军舰没有和俄罗斯的军队接触。^③ 由此,“刻赤海峡事件”是否属于“一方是军事力量,而另一方是军事和准军事力量的混合,相互对峙”的局势^④并不确定。ITLOS 在命令中没有提俄罗斯海军参与了该事件。然而,《公约》的军事活动例外也包括像海岸警卫队等“从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动”。ITLOS 认定俄罗斯活动的非军事性质的主要理由是法庭认为关于通行制度的争端不是军事性质的。法庭的理由并不充分。如上所述,军舰的航行活动应被认为是一种对海洋的军事利用。更为重要的是,ITLOS 在认定俄罗斯活动的执法性质时几乎没有给出任何理由。^⑤

问题是:一国军舰能够成为他国海上执法的合法对象吗?如果答案是否定的,那么就不应将此种活动界定为执法活动。丘吉尔(Churchill)和洛(Lowe)认为,虽然受制于沿海国的立法管辖,但领海内的外国军舰由于享有豁免因此并不受制于沿海国的执法管辖。^⑥ 在奥克斯曼(Oxman)看来,“执法”一词适用于“一个政府和受其执法管辖的个人或船舶之间的关系”,而“试图对外国军舰行使执法管辖权实际上是试图对一外国的主权机构(instrumentality)进行威胁或使用武力”。^⑦ 其实,ITLOS 将俄罗斯的活动界定为执法活动也显然与它强调的军舰在一般国际法中享有豁免权的观点^⑧相矛盾,因为既然承认军舰享有沿海国的管辖豁免,那么又如何能够承认沿海国可以对外国军舰执法呢?

不应将俄罗斯的活动认定为执法活动的另一个理由是该活动涉及对他国军舰使用武力。法庭在判断俄罗斯活动的性质时似乎是在认定了其执法活动的性质后才考虑武力使用这一重要情况的。有法官认为对海军船只进行实弹射击等同于对其船旗国使用武力,而“这一因素有效地将最初的执法行动转变为军事局势”。^⑨ 但 ITLOS 显然接受了乌克兰的主张,即武力使用本身并不能将执法活动转变为军事活动。^⑩ ITLOS 关于即使一国对外国军舰使用武力,其行为也仍将构成

① 例如参见 Boleslaw Adam Boczek, “Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries”, (1988) 19 *Ocean Dev. & Int'l L* 445, pp. 447 - 448。克拉斯卡认为“移动自由是一种主要的海洋军事利用。” James Kraska, “Military Operations”, in Donald R Rothwell et al. (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford University Press, 2015), p. 879。皮尔特勒认为对海洋空间的军事利用包含“移动权”,它包括《公约》规定的过境通行、无害通过、航行自由等法律权利。Charles E. Pirtle, “Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium”, (2000) 31 *Ocean Dev. & Int'l L* 7, pp. 7 - 8。

② 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, para. 29。

③ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 59。

④ *Ibid.*, para. 52。

⑤ *Ibid.*, paras. 73 - 75。

⑥ 参见 R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 3rd edition 1999), p. 99。

⑦ Bernard H. Oxman, “The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, (1984) 24 *Virginia Journal of International Law* 809, p. 815。

⑧ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 110。

⑨ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Gao, paras. 33 - 34。

⑩ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 60。

执法活动的认定可能在实践中产生深远的不利影响,因为这可以被解读为它认为沿海国在处理外国军舰通过其领海的争议时可以使用武力。虽然 ITLOS 没有就本案武力使用的合法性发表意见,但是包括 ITLOS 在内的多个国际法庭已经承认国家在海上“执法活动中可以使用武力,如果该武力是不可避免的、合理的以及必要的话”。^① 并且,由于乌克兰在本案中并未追究俄罗斯对其军舰进行追逐和使用武力的做法,而只是控告俄罗斯最终控制和扣留其船只的行为侵犯了这些船只的豁免权,因此即使将来处理该案的附件七法庭确立了管辖权,它也很可能无权处理对军舰使用武力问题从而没有机会审查武力使用的合法性。通常一国只有在行使自卫权或联合国授权的情况下才可合法地在国际关系中使用武力。承认一国可以执法之名对他国军舰使用武力或将打开“潘多拉之盒”。就本案而言,俄罗斯曾援引《公约》第 30 条来证明其行为的正当性。^② 该条规定:“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。”该规定与 1958 年《领海及毗连区公约》第 23 条基本一致。^③ 国际法委员会当年在对该规定的评论中只是说:“该条指出了沿海国在其规章未被遵守情况下应遵循的路径。”^④ 关于该规定的解释有不同观点。有学者认为沿海国可以对外国军舰使用武力以终止非无害通过。^⑤ 但也有学者认为沿海国对于违反其法律规章的外国军舰可以采取的“唯一”措施是要求该军舰立即离开领海。^⑥ 不能说《公约》第 30 条为沿海国对领海内的外国军舰使用武力提供了明确的依据。鉴于对他国军舰使用武力可能造成的对地区乃至国际和平与安全的影响,涉及对他国军舰使用武力的活动自始就不应被看作执法活动,从而可以根据国际法中禁止使用武力的相关规则来审查其合法性。值得注意的是,2018 年联合国大会决议中对“刻赤海峡事件”的描述是“俄罗斯联邦对乌克兰无端使用武力”,并认为这导致该地区“紧张局势的危险加剧”。^⑦ 该决议似乎认为俄罗斯使用的是“军事武力”而非“警察武力”。

(四) 法庭未考虑的情况

第一, ITLOS 在命令中没有提及众所周知的克里米亚问题,因此也就没有考虑事发海域处于事实上的争议状态这一情况。根据乌克兰的说法,其海军船只被登临时,正从“克里米亚海岸

① *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007, <https://pcacases.com/web/sendAttach/902> (last visited October 10, 2019), para. 445, 还参见 *M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Judgment of 1 July 1999, para. 155。

② 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 76。

③ 两者主要的差别是:1982 年《公约》第 30 条规定沿海国可要求不遵守其法规的外国军舰“立即离开领海”,而 1958 年公约第 23 条规定的是沿海国得要求外国军舰“离开领海”。

④ Report of the International Law Commission covering the work of its eighth session, 23 April—4 July 1956, in *Yearbook of the International Law Commission* (1956), Vol. II, p. 277。

⑤ 参见 Francesco Francioni, “Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea”, (1985) 18 *Cornell International Law Journal* 203, pp. 209–210。克莱因也认为沿海国可以使用最小限度武力以迫使非无害通过的军舰离开领海。参见 Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005), p. 299。

⑥ 参见 Satya N. Nandan & Shabtai Rosenne (Vol. eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. II (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 255。

⑦ 联合国大会决议:《乌克兰克里米亚自治共和国和塞瓦斯托波尔市以及黑海和亚速海部分地区的军事化问题》, A/RES/73/194 (2018), 第 5 段。

线”返回黑海的敖德萨港 (Odesa), 其中两艘船距离海岸大约分别为 12 和 20 海里。^① 乌克兰声称俄罗斯违反了《公约》有关领海和专属经济区的一些规定。但问题是, 谁是这些海域的“沿海国”呢? 显然双方都认为自己才是克里米亚所属领海和专属经济区的沿海国。乌克兰声称: “因为军舰和海军辅助船只在所有海域都有外国管辖豁免, 所以刻赤海峡水域, 以及刻赤海峡以南和以西黑海水域的法律地位对于本案无关紧要”。^② 另一方面, 俄罗斯表示不接受乌克兰有关克里米亚领海的说法, 同时强调法庭无权处理克里米亚的主权问题。^③ 有法官认为 ITLOS 接受了乌克兰的说法。^④ 然而, 认为相关海域的性质对争端解决无关紧要的观点在理论和实践上都是不成立的。为了确定所适用的《公约》规定, 必须确定相关水域的法律地位。克里米亚问题或将影响今后附件七法庭管辖权的确立。因为根据“陆地统治海洋”原则, 确定相关海域的性质要求首先处理克里米亚问题。由于该问题不属于《公约》的解释或适用争端, 因此很可能将导致法庭无法确定对本案的管辖权。声称相关海域的性质无关紧要的做法或许正是为了避免这样的后果。就海域的争议性质对争端性质认定的影响而言, 2007 年“圭亚那诉苏里南案”法庭曾拒绝了苏里南有关其在当事双方争议的大陆架区域对圭亚那授权的私人主体进行的勘探活动所采取的措施属于执法活动的主张, 而是裁定苏里南的行动“更类似军事行动的威胁, 而非简单的执法活动”,^⑤ 属于“边界事件”。^⑥ 与该案相比, 本案不仅同样发生在争议海域, 而且显然更加严重。第一, 苏里南的活动发生在大陆架区域, 而俄罗斯的活动主要发生在领海。第二, 苏里南的活动针对的是私人主体, 而俄罗斯的活动针对的是当事他方的军事船舶。第三, 苏里南的活动是对私人主体进行口头警告, 而俄罗斯的活动则是对他国军舰实际使用武力。如果援引“圭亚那诉苏里南案”作为先例的话, 本案俄罗斯的活动就更不应被接受为执法活动。

第二, ITLOS 没有明确处理双方间是否存在武装冲突的问题。军事活动例外不仅包括关于平时军事活动的争端, 而且包括“源于武装冲突背景中的争端”。^⑦ 俄乌两国关于它们之间是否处于武装冲突状态意见相左。“刻赤海峡事件”被认为是“克里米亚危机的延续”。^⑧ 乌克兰在事件当天给联合国秘书长的信件中指控俄罗斯对乌克兰实施了联大 1974 年关于“侵略定义”决议中所述的“侵略行为”“违反了《联合国宪章》”“具有侵略性质。”^⑨ 在本案程序进行中, 乌克兰在给秘书长的信件中又指控俄罗斯违反了 1949 年《关于战俘待遇之第三日内瓦公约》。^⑩ 在科洛德金法官看来, 乌克兰在事件前后都正式将双方间的局势定性为武装冲突。^⑪ 相反, 俄罗斯不同

① 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Request of Ukraine for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 16 April 2019, paras. 2, 8.

② *Ibid.*, pp. 11 - 12, note 56.

③ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Note verbale from the Embassy of the Russian Federation in the Federal Republic of Germany of 30 April 2019, p. 2; Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, p. 2, note 1.

④ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Declaration of Judge Kittichaisaree, para. 2.

⑤ 参见 *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007, paras. 441, 445.

⑥ 该案法庭曾指出, 可以将“CGX 事件”界定为“边界事件”或是“执法活动”。*Ibid.*, para. 410.

⑦ Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005), p. 285.

⑧ 张弘:《刻赤海峡冲突与俄乌关系的困境》, 载《世界知识》2019 年第 1 期, 第 35 页。

⑨ 联合国大会安全理事会,《2018 年 11 月 25 日乌克兰常驻联合国代表给秘书长的信》, A/73/601 - S/2018/1052.

⑩ 联合国大会安全理事会,《2019 年 4 月 18 日乌克兰常驻联合国代表给秘书长的信的附件》, A/73/844 - S/2019/334.

⑪ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Dissenting opinion of Judge Kolodkin, para. 11.

意将局势定性为国际人道法意义上的武装冲突并拒绝承认被扣乌克兰军人的战俘待遇。^① 虽然 ITLOS 承认事件发生“在双方关系持续紧张的情况下”,^② 但是它没有提及乌克兰的相关言论, 而是“注意到”俄罗斯否认将局势定性为武装冲突的表态。^③ 可以说, ITLOS 关于存在初步管辖权的结论是建立在它默示认定不存在武装冲突的前提下的。^④ 其实, 当事方之间存在武装冲突的事实或可导致《公约》在它们之间不适用。国际法委员会在其为第一次海洋法会议制定的公约草案的评论中指出:“草案仅仅规制和平时期的海洋法”,^⑤ 特别是, 领海无害通过制度“只适用于平时时期”, 而“不影响联合国会员在《宪章》下的权利和义务”。^⑥ 如果这些观点也适用于《公约》的话,^⑦ 那就意味着《公约》在处于战争或武装冲突状态的缔约国之间原则上不适用, 由此《公约》的争端解决机制自然也不适用于源自这些状态的争端。而本案莱恩扎德(Lijnzaad)法官也曾指出:“各方表达的观点可能证明就武装冲突法的解释和适用有不同的观点, 对此本法庭没有管辖权”。^⑧

四 结论

关于《公约》第 298 条中军事活动例外的理解目前尚处于发展过程中, 相关国际判例的数量有限。ITLOS 在本案中关于军事活动例外的解释和适用大大限制了这一例外的范围。法庭不仅否定了军舰航行活动的军事性质, 甚至将对外国军舰使用武力也排除出军事活动的范围。在研读 ITLOS 命令中的意见时不应忘记, 法庭是在确立规定临时措施的初步管辖权的过程中处理军事活动例外问题的。法庭自己也承认, 它是根据可以获得的信息和证据“初步”认定军事活动例外在本案中不适用。^⑨ 2019 年 7 月 ITLOS 庭长应乌克兰的请求, 为受理该案的仲裁法庭指派了三名仲裁员及法庭庭长, 由此该案仲裁法庭组成。^⑩ 可以预料, 仲裁法庭今后在确立其对实体问题的管辖权时必将对该例外作更加全面和深入的讨论。

本文认为, 鉴于军事活动例外的初衷是为了将享有主权豁免的船舶的活动排除出《公约》
(下转第 27 页)

① 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Memorandum of the Russian Federation of 7 May 2019, para. 33.
② *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 69.
③ *Ibid.*, para. 44.
④ 吉滴猜萨里法官指出, 由于俄罗斯没有接受存在一个武装冲突的局势, 因此本案中并没有适用海战规则的余地。*Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Declaration of Judge Kittichaisaree, para. 27.
⑤ Report of the International Law Commission covering the work of its eighth session, 23 April—4 July 1956, in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (1956), p. 256, para. 32.
⑥ *Ibid.*, p. 272.
⑦ 例如, 有学者认为《公约》意图调整和平时期对海洋的利用, 但同时认为《公约》中的哪些权利和义务在战时将修改或暂停是一个有争议的问题。参见 R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 3rd edition, 1999), p. 421.
⑧ 参见 *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, Declaration of Judge Lijnzaad, para. 8.
⑨ *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Order, para. 77.
⑩ “Appointment of arbitrators under Annex VII to the United Nations Convention on the Law of the Sea”, ITLOS/Press 291, 1 August 2019, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_291_En.pdf (last visited October 10, 2019).

obligations, it is required to prove an intention of the Parties to be legally bound, which reflects the principle of state consent. This intention should be determined on the basis of an objective examination of all the evidence, especially the terms used by the parties, context and subsequent conducts. Therefore, States are required to be discreet in their words and actions when negotiating and concluding treaties as well as expressing themselves in international communications.

Keywords: Bilateral Agreements, Unilateral Acts, Acquiescence and Estoppel, Legitimate Expectations, Resolutions of International Organizations

(责任编辑: 罗欢欣)

(上接第 12 页)

的争端解决程序, 对于军舰的活动应首先作出有利于军事活动的推定。而本案应适用这一例外, 由此附件七仲裁法庭应无管辖权, 因为: 第一, 乌克兰军舰的航行活动属于军事活动; 第二, 鉴于双方在事件发生前后的紧张关系、事发海域的事实争议性质, 以及俄罗斯的行为涉及对他国军事船只使用武力, 其活动也应属于军事活动。

The “Military Activities Exception” in Article 298 of the LOS Convention: A Note on *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels* (Provisional Measures) before the ITLOS

Gao Jianjun

Abstract: In its 2019 order on provisional measures in *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels* (Ukraine v. Russia), International Tribunal for the Law of the Sea interpreted and applied the “military activities exception” provided for in article 298 of the UN Convention on the Law of the Sea, and concluded that the exception was not applicable in the Case. The approach of the Tribunal greatly restricted the scope of this exception, and the finding of the Tribunal that even if one State used force against the foreign warship, the conduct may still constitute a law enforcement operation might have an adverse effect in practice. The navigation of Ukraine’s warships per se should be treated as a military activity. Considering the tension between the Parties before and after the Kerch Strait Incident, the disputed waters where the Incident occurred, and the conduct of Russia involving use of force against foreign military ships, the activity of Russia should also be treated as a military one.

Keywords: Military Activities Exception, Kerch Strait Incident, *Detention of Three Ukrainian Naval Vessels*, Provisional Measures

(责任编辑: 何田田)