

勾画专属经济区里军事活动法律问题

辩论的轮廓[译稿版]*

易显河

武汉大学边界与海洋研究院首席专家

长江学者特聘教授

1. 专属经济区内的军事活动是一个重要的有争议的问题。就此问题进行讨论,《中国国际法论刊》(Chinese Journal of International Law) 2010 年第一期刊出美国的学者 Raul (Pete) Pedrozo (美国海军战略学院教授、美国国防部前任高官) 所写的论文,¹ 以及中国学者张海文对该论文的评论。²

2. 在同期发表的题为《关于专属经济区内军事活动争论的概述: 编辑评论》文章中,我大致以总结的方式提出一些相关问题,勾画专属经济区里军事活动法律问题辩论的轮廓,以便提供一些背景思考。³ 我还试图传达某些特殊观点,但并不试图解决任何此类问题。

3. 首先,我们应当注意到的是,虽然美国仍非 1982 年《联合国海洋法公约》(公约)的缔约国,但就本问题而言, Pedrozo 所提的主张遵循了公约,显然他将

* 本文以 Sienho Yee, Sketching the Debate on Military Activities in the EEZ: An Editorial Comment, 9 Chinese Journal of International Law (2010), 1-8, 稍有改动翻译而成。翻译主要由高健军完成。

¹ Raul (Pete) Pedrozo, Preserving Navigational Rights and Freedoms: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone, 9 Chinese JIL (2010), 9.

² ZHANG Haiwen, Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?—Comments on Raul (Pete) Pedrozo's Article on Military Activities in the EEZ, 9 Chinese JIL (2010), 31.

³ 有关该题材的概述, 见 R.R. Churchill and A.V. Lowe, The Law of the Sea (3rd edn. 1999), 421-432.

公约视为这一问题上的习惯国际法的编纂。这说明了习惯国际法的重要性。

4. 在公约起草之初，围绕专属经济区内军事活动这一问题的争论就已经出现了。争论是如此的激烈，以致最终的结果是：公约在有关专属经济区的第五部分没有包含任何专门的明确规定来处理这一问题。然而，这并不当然意味着公约在这一问题上完全沉默；结构、上下文和起草历史似乎体现出一种妥协的立场。正如主持海洋法公约第三轮起草会议的新加坡大使 Tommy Koh 所指出的，最初各方强烈主张的观点都没有获得成功，取胜的是中间立场。⁴ 那么，真正的任务是找出这一中间立场的含义。

5. 该争论似乎围绕着以下几个问题：

- (1) 根据公约第 58 条第 1 款，有关的军事活动是否构成：（a）航行自由或海洋的其他合法用途，或者（b），作为（a）的附属物，从而存在一种（源于（a）的）隐含权利来从事这些活动。在后一种情况下，航行自由可能隐含着测绘海道的权利，以便确保航行或行使另一种权利过程中的安全。后一种解释可能导致对海洋学测量、军事测量或空中侦察的处理的不同结果。
- (2) 有关的军事活动，无论它们是否构成航行或其他的海洋合法用途或其附属物，是否具有和平的性质，由此公约第 58 条第 2 款所规定的对“和平目的”这一对航行自由等的限制得到尊重。
- (3) （a）根据公约第 58 条第 1 款，各国在专属经济区内行使其权利和履行其义务时，应“适当顾及”的“沿海国的权利和义务”仅指所谓的“专属经济区的资源权利和义务”，还是也包括其他可以适用的权利和义务，例如沿海国的安全利益，以及（b）“适当顾及”这一对其他国家活动的限制如何获得尊重。
- (4) 公约第 59 条所规定的处理剩余权利的平衡机制的存在和适用如何影响

⁴ 参见 Tommy T.B. Koh 等人的评论，quoted and described in Zhang, above n.2, para.6.

这一争论。

(5) 有关的军事活动是否构成海洋科学研究，后者受公约项下明确制度的调整。

6. Raul (Pete) Pedrozo 所写的论文以及中国学者张海文的论文对这些问题进行了讨论。他们的观点大致是：Pedrozo 认为外国军舰未经通知或许可都可在沿海国的专属经济区内进行军事活动，测量活动属军事活动；而张海文则认为军舰在专属经济区的测量活动属科学考察必须事先征得沿海国的同意才能进行。我的编辑评论只涉谈及这些问题的一部分，而非全部。

7. 由于公约的文本中存在不确定性，解释工作很困难。考虑到相关规定的文本整体、上下文、目的和宗旨，以及起草历史，我们或许可以得出这样的结论：关于第 59 条中的剩余权利的平衡机制⁵的存在似乎有利于如下观点，即除了资源的权利，还预想到一些其他权利。根据著名学者及海洋法公约起草大会代表 Satya N. Nandan 和 Shabtai Rosenne，新加坡曾提议删除规定该机制的内容，认为“这是不必要的，如果公约清楚地只授予沿海国以资源管辖权的话”。⁶ 制定海洋法公约外交会议认为有必要在公约中保留这一机制的事实显示，可能预想到了其他权利。只要起草者们不能就处理某一特定权利的专门语言达成一致，该权利或许就被预想为剩余权利；而第 59 条可能就是起草者们尽其力所能达成的用来偏好于发现此种权利的可能性的条款，虽然该机制的适用还需要考虑其他因素，例如公平和所涉利益分别对有关各方的相对重要性。

8. 结果，该框架似乎有利于这样的观点，即专属经济区的规定预想到沿海国的安全利益。如果自起草过程伊始在海洋大国和发展中国家集团之间关于沿海国的

⁵ 公约第 59 条“解决关于专属经济区内权利和管辖权的归属的冲突的基础”规定：“在本公约未将在专属经济区内的权利或管辖权归属于沿海国或其他国家而沿海国和任何其他一国或数国之间的利益发生冲突的情形下，这种冲突应在公平的基础上参照一切有关情况，考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性，加以解决。”

⁶ 引自 Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), 2 United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary (2002), 568, para.59.3.

安全利益的争斗没有在这一问题上导致任何专门的明文规定的话，那么上面所解释的框架似乎就包含了处理该利益和有利于沿海国所需要的内容，因为鉴于活动区域靠近沿海国，安全利益十分重要。

9. 其实，如果沿海国的安全利益不能被保障，由此该国的生存不能维持，那么享有对专属经济区内的资源的全部权利又有什么意义呢？因此，沿海国的安全利益是一个固有的、极其重要的、必须给予首要考虑的问题。专属经济区的资源权利假定沿海国的存在，而且有能力保卫自己的安全利益。或许这一推理就足以证明沿海国安全利益存在的正当性。

10. 有关军事活动的事实和操作性质或特征对于本争论至关重要。这些活动被以各种方式加以描述。对于一些人，此类活动是海洋学测量；对于其他人，它们是间谍活动。在我们的高科技时代，一方的测量或许是另一方的战争准备。^{**}

11. 美国经常主张，它的军事活动是无威胁的。然而，如张海文文章中所指出的，经验丰富的军人已经承认，其中的一些活动并非总是如此。⁷ 这一点对于本争论或许有着重要意义。

12. 公约没有界定“和平目的”。那么受上下文的启发，我们似乎可以诉诸类推到公约其他部分所详细规定的无害通过制度，⁸ 或者国际习惯法。如果有关军事活动对沿海国构成“威胁”，那么从事军事活动的国家就不可能尊重“和平目的”的限制。同样也不可能尊重“适当顾及”的限制。

13. 即使存在在一个沿海国周边海域且视其为对手进行的，或者说特定针对该沿海国的“无威胁”的情报活动，如主张的那样，这些活动仍然可能是违法的。问题是，这些情报活动是否可被视为对沿海国的安全利益具有固有的敌意，从而使

^{**} [后记] 本文英文版发表后，美国海军首席法律顾问、中将 Houck 引用了第 10 段。见 James W. Houck (USN Vice Admiral), *Alone on a Wide Wide Sea: A National Security Rationale for Joining the Law of the Sea Convention*, 1 Penn State Journal of Law & International Affairs (2012), 1, 9-10 n.50.

⁷ 参见 Sam Bateman 的评论，引自张海文，above n.2, para.40.

⁸ 刘楠来教授在许多会议上提出了这一主张。

得从事情报活动的国家不可能或难以尊重“和平目的”的限制或“适当顾及”的限制。

14. 鉴于此问题的不确定性（如果有的话），以及海洋大国需要将自己投放到尽可能远的世界各地，确保海洋这条不受阻碍的“高速公路”的安全，从而确保战略优势，或许是最符合其利益的。⁹ 这种战略优势只能由海军带来，因为它们可以在世界各地出现，在世界各地都可处于战备状态。¹⁰ 此类优势对于海洋大国和世界一般而言都十分重要，无论该大国扮演的是追求自身利益的一般国家的角色，还是帮助确保国际整体制度的世界领导者的角色。¹¹ 就打击海盗和恐怖主义，以及维护国际和平与安全而言，这些优势是必需的。

15. 海洋大国为了获取此种优势的利益，其海军就必须有能力确保这条高速公路的行使安全。这就需要提前做好必需的海洋学制图工作。如果认为此类制图受制于沿海国的单方同意，由此自然包含着不许可的可能性，那么就实现不了这一目标。这样，如有需要，可以给予纯粹的海洋学上的海道制图——它并不影响沿海国的安全利益，以独特的考量。由于缺乏技术知识，我不确定是否可以不用将船只派往有关海域就可以完成此类制图，尽管似乎可以说不需要“用航空器进行海道制图”。我同样不确定，是否可以从技术上可靠地对不同种类的测量进行区分或观察。最后，还可以设想，军队可能出于获利的目的来从事该“纯粹的”制图。在此情况下，一种资源正在被开发，而此类制图应获得沿海国的许可。

⁹ Alfred Thayer Mahan, *The Influence of Sea Power upon History: 1660–1783* (1890), 25.

¹⁰ See D.P. O’Connell, *The Influence of Law on Sea Power* (1975), 3 (“只有海军可以给政府提供比外交更加有力的施压手段，同时比其他的武力形式较少危险，而结果也更加具有可预测性，因为海洋自由使得它们可以出现在当地，同时也让它们不做最后的表态。”).

¹¹ 关于一个国家的角色，参见 Sienho Yee, *Towards a Harmonious World: The Roles of the International Law of Co-progressiveness and Leader States*, 7 *Chinese JIL* (2008), 99–105; Richard Zoellick, “Whither China: From Membership to Responsibility?": Remarks to National Committee on U.S.–China Relations, New York City, 21 September 2005 (www.ncuscr.org/files/2005Gala_RobertZoellick_Whither_China1.pdf); Sienho Yee, *Sovereign Equality of States and the Legitimacy of “Leader States”*, in: Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism* (2005), 737–772.

16. 目前中国忙于周边事务，因此或许并不希望它的海军能够在全球各地出现，在各地能够处于战备状态。最近在索马里周边海域营救其国民行动中所遇到的困难应该是这方面的一个好的警示。如果中国目前不朝正确的方向促进法律规则的形成，那么当它最终需要并希望其海军能够在全球各地出现，在各地能够处于战备状态以保护其自身的国家利益或促进国际和平与安全的时候就会发现，它自己被套在了一件它曾帮助制作的紧身衣中而无法脱身。

17. 事实上，不断变化的世界局势或许要求中国和美国确保它们的海军可以在全球各地出现，在各地能够处于战备状态，单独做到如此和/或一起做到如此。即使在一起，它们或许也难以应对世界上的各种不利情况。因此，就确保无障碍的航行自由的方法和途径达成共识符合两者的最大利益。

18. Pedrozo 提及的中国和美国之间现存的 1998 年协定中没有对有关所讨论问题的任何专门处理，只是规定了一个一般性的协商框架。¹²

19. Pedrozo 的评论似乎表明，美国和中国就这一特殊问题达成任何正式协定的可能性并不令人乐观。不能缔结协定或许会导致一个大张旗鼓、高调争议的国际习惯法的形成过程，虽然此争议从军事角度来说可能只是低烈度的。¹³ 这一过程所产生的规则可能今后将中国和美国置于某种尴尬的境地，就双方的可靠性要具有价值而言。

20. 为中方利益及双方共赢着想，急需忆及著名学者 D.P. Connell 关于 1982 年公约制定前，军舰通过领海的“低级别通报”实践的描述，该实践是用来处理有关 1958 年《日内瓦领海和毗连区公约》项下围绕此类通过是否需要事先许可的不确

¹² Pedrozo, above n.1, para.35 (《美国国防部和中國国防部之间关于建立协商机制以加强海上军事安全的协定》)。

¹³ 关于这一问题以及相关問題，see Bing Bing Jia, *The Relations between Treaties and Custom*, 9 *Chinese JIL* (2010), 81–109; Y. St-Fleur, *Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians' Rights Nexus*, 8 *Chinese JIL* (2009) 347, 356–358.

定性。¹⁴ O'Connell 将“低级别通报”向我们描述如下：

“西方海军大国已经用一种可能的最酷的方式来满足事先授权通过的要求。如果没有必要穿过领海，它们就不多此一举，由此避免该问题的产生。如果它们认为有必要，主要是在印度尼西亚和菲律宾的海道，它们通过外交手段处理该问题，从而再次将问题限制在理论层面。尽管原则上要求事先授权，但实践中该要求是由‘低级别’的通报满足的，这意味着海军武官电告当地海军司令部的海军中校，说：‘顺便说一下，皇家海军舰艇某某将通过……’，然后给出细节。整体而言，大多数沿海国在表达对这一问题的立场一贯十分谨慎，而那些已经表达的，……已经被其他国家傲慢地忽视了。总之，即使几只燕子也不成夏。”¹⁵

21. 或许，中国和美国可以从关于领海以及海峡的活动中产生的这一实践中得出启示，寻找到一种合适而低调的方式来处理它们目前关于专属经济区内的活动的争端，并等到一个有利的时间来为专属经济区制定对它们双方都有利，并且对整个大洋的航行自由也有利的适当规则。

¹⁴ 该争论似乎是，调整军舰通过的权力是否意味着完全排除军舰的权力。1958 年公约第 23 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离开领海。”

¹⁵ D.P. O'Connell, above n.10, 140.