

刊登於政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 83-141 頁。

論海上軍事活動之國際法規範

陳貞如*

要目

壹、前言

貳、國際海洋法之逐漸發展

一、國際海洋法之發展

二、關於軍艦之活動與規範

參、涉及軍事活動之相關規範

一、涉及軍事活動之海洋分區相關規範

(一) 內水與軍事活動

(二) 領海與軍事活動

(三) 鄰接區與軍事活動

(四) 專屬經濟區與軍事活動

(五) 大陸礁層與軍事活動

(六) 公海與軍事活動

(七) 區域與軍事活動

二、特殊航行制度

(一) 國際海峽與軍事活動

(二) 群島水域與軍事活動

三、爭端解決機制

肆、結論【政大法學評論第160期，2020年3月，第83頁】

* 政治大學法律系副教授，德國漢堡大學法學博士。作者由衷地感謝三位審查人所提供之建議，使本文更加完整，惟文責自負。

摘要

關於海上軍事活動之國際法規範，《聯合國海洋法公約》透過相關通行制度之安排，確保軍艦於領海、國際海峽與群島海道之航行，以及軍機於國際海峽與群島海道之飛越，相關軍事活動若不悖離於「和平目的」，仍有存在之空間。公約透過模糊之規範用語，嘗試平衡相關國家之權利和義務，遺留相關法律問題，須透過爭端解決機制加以解決。惟公約締約國可透過聲明，排除爭端解決機制對於其軍事活動之管轄權，使得此一機制未能發揮功能。但近年來，國際爭端解決機制對於相關案件之管轄權認定，漸趨寬鬆，一旦進入實質審理時，爭端解決機制將面對新的挑戰，必須加以克服。

關鍵詞：

海洋自由論、海洋封閉論、聯合國海洋法公約、專屬經濟區、無害通過、過境通行、群島海道通過、船舶、軍艦、海上軍事活動【政大法學評論第160期，2020年3月，第84頁】

壹、前言

隨著二〇一六年七月十二日南海仲裁案仲裁判斷之公布¹，將南海爭端從原本中國與菲律賓之間的法律戰，推向具有高度對峙色彩的軍事角力，除了中國持續將南海島礁軍事化，中國與俄羅斯於二〇一七年九月在南海進行聯合軍演之外，美國亦不斷對外展示相關戰略武器與軍事部署，越南亦刻意在所佔領之南海島礁部署針對中國之軍事裝置。無獨有偶，二〇一七年下半年，北韓屢屢試射飛彈，落入鄰國專屬經濟區中，美國不但派遣航空母艦與核動力潛艇進入朝鮮半島海域，亦與韓國進行海上聯合演習²。乃至於二〇一八年五月中國刻意派遣軍艦與軍機逼近臺灣，進行繞臺，最靠近臺灣時，僅離岸 30 浬³，並陸續派遣軍機飛越宮古海峽與巴士海峽往返⁴，美國亦例行性地派遣太平洋艦隊行經臺灣海峽⁵。甚至二〇一【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 85 頁】九年三月，中共軍機飛越臺灣海峽中線⁶，以上總總在海上具有挑釁意圖的「軍事活動」(military activities)，遊走於衝突爆發邊緣。這些近期在西太平洋地區發生的各類海上軍事活動，透過傳統海上軍事力量，展現國家克敵制勝的企圖，卻拉高區域緊張之情勢。種種情勢不免令人懷疑難道相關軍事活動不受國際法規範限制？

自二戰結束以來，聯合國成立之後，「禁止使用武力」已成為具有習慣國際法地位之一項重要國際法原則⁷。關於海上軍事活動的合法性認定，涉及海洋法規範之分析。在過去此類事件已層出不窮，屢屢引發各國法律學者間之文誅筆伐，尤其是在中國與美國之間，例如二〇〇一年海南島專屬經濟區上空發生解放軍殲-8 與美國海軍 EP-3 偵察機互撞⁸；二〇〇九年美國海軍測量船「無瑕號」(USNS Impeccable) 在海南島以南之海域監聽中國海軍潛艦任務⁹；二〇一四年中國戰鬥機 Su-27 對於美國海軍 P-8 反潛機在海南島

1 PCA Case No 2013-19 in the Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award, 12 July 2016 [hereinafter referred to as the Arbitral Award].

2 「美國證明我們擁核多麼正確！」北韓譴責卡爾文森號航母駛入朝鮮半島海域，風傳媒，2017 年 4 月 1 日，<http://www.storm.mg/article/248073>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日；美核潛艦抵韓 里根號航母下週加入美韓軍演，大紀元，2017 年 10 月 14 日，<http://www.epochtimes.com/b5/17/10/13/n9730375.htm>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

3 蔡總統就職 2 週年前夕 中共軍艦逼進台灣最近僅距 30 海里，自由時報，2018 年 5 月 17 日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2428382>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

4 共機越中線 抗議美艦穿海峽？，聯合新聞網，2019 年 4 月 1 日，<https://udn.com/news/story/11311/3730192>，最後瀏覽日：2019 年 4 月 18 日。

5 美軍艦通過台灣海峽 貿易戰背景下美中對峙或升溫，BBC 中文，2018 年 7 月 11 日，<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/chinese-news-44779167>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

6 緊張！共軍殲 11 飛越台灣海峽中線 與我軍機對峙十分鐘，聯合新聞網，2019 年 3 月 31 日，<https://udn.com/news/story/10930/3729734>，最後瀏覽日：2019 年 4 月 18 日。

7 丘宏達、陳純一，現代國際法，頁 1104-1105，2012 年 9 月，3 版。

8 獨家—2001 年軍機擦撞 險爆中美大戰，中時電子報，2017 年 9 月 15 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20170915000351-260118>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

9 中美艦機南海摩擦事件，文匯報，2016 年 12 月 18 日，<http://paper.wenweipo.com/2016/12/18/CH1612180011.htm>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

附近水域進行「危險攔截」¹⁰；二〇一六年美國海軍海洋探測船「鮑迪奇號」(USNS Bowditch)之無人潛航器於南海海域遭中國海軍打【政大法學評論第160期，2020年3月，第86頁】撈上岸¹¹。相關事件發生之後，關於海上軍事活動合法性之爭辯即隨之而生。過去最為經典的即是二〇一〇年《中國國際法期刊》(Chinese Journal of International Law)，以專屬經濟區中的軍事活動為題，邀請中國與美國兩大海洋法專家包含美國退休海軍艦長 Raul (Pete) Pedrozo 以及當時中國國家海洋局副局長張海文，撰文表明各自國家立場，進行法律攻防¹²。主要涉及之規範論述以《一九八二年聯合國海洋法公約》(1982 United Nations Convention on the Law of the Sea，下稱《聯合國海洋法公約》)¹³為核心¹⁴。公約不但在前言強調追求海洋的和平用途，亦在公約第16部分一般規定第301條規定「海洋的和平使用」(peaceful uses of the seas)，公約雖然為海洋建立一種法律秩序，絕大部分條款亦為國家所接受，仍有少部分條款具有政治與戰略上敏感性，而易引發爭議¹⁵。尤其《聯合國海洋法公約》確立專屬經濟區制度，擴大大陸礁層範圍，擴張沿海國管轄權之同時，卻也導致海權國家與沿【政大法學評論第160期，2020年3月，第87頁】海國家之間衝突發生的可能¹⁶。例如，Pedrozo 透過檢視談判過程和解釋公約，認為公約確認了海洋自由，而海上軍事活動亦在此範圍中，中國應接受海上軍事活動之合法性¹⁷。惟張海文則指責美國作為非公約締約國，僅擇公約有利於美國之部分主張適用，規避其國際義務¹⁸。為解決此等爭議，Franckx 則建議隨著中國海軍科技之進步和海軍勢力之擴張，傳統中國對於海上軍事活動之態度與政策宜跟著有所調整¹⁹。

此種衝突之發生，除了引發關於專屬經濟區進行之軍事活動合法性之法律論戰外，在《聯合國海洋法公約》所建立之其他海洋分區中，相關軍事活動之進行亦存在國家間之嫌隙，尤其此往往涉及海權國家向外擴張勢力的過程中，沿海國所採取抗拒的態度。

本文即係希望透過檢視此等關於海上軍事活動之相關規範，探討近期相關海上軍事

-
- 10 中國蘇愷 27 進行危險攔截 美國嚴重抗議，新頭殼，2014年8月23日，<http://newtalk.tw/news/view/2014-08-23/50674>，最後瀏覽日：2018年9月20日。
 - 11 中國海軍在南中國海擄走美軍無人潛航器，美國之音，2016年12月17日，<https://www.voacantonese.com/a/china-seizes-us-navy-under-water-drone-in-south-china-sea/3639200.html>，最後瀏覽日：2018年9月20日。
 - 12 Raul (Pete) Pedrozo, *Preserving Navigational Rights and Freedom: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone*, 9 CHINESE JIL 9, 9-29 (March 2010); Haiwen Zhang, *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 31, 31-47 (March 2010).
 - 13 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted on 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, 21 *I.L.M.* 1261, 1833 *U.N.T.S.* 3 (1982) [hereinafter referred to as the LOS Convention].
 - 14 James Kraska, *Military Operations*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA* 866, 866-67 (Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., 2015).
 - 15 *Id.*
 - 16 Francesco Francioni, *Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea*, 18 *CORNELL INT'L L.J.* 203, 203 (1985).
 - 17 Pedrozo, *supra* note 12, at 29.
 - 18 Zhang, *supra* note 12, at 46.
 - 19 Erik Franckx, *American and Chinese Views on Navigational Rights of Warships*, 10 *CHINESE JIL* 187, 205-06 (March 2011).

活動之合法性，先從國際海洋法之逐漸發展（progressive development）過程出發，檢視相關國家之間的角力，如何在公約所建立之不同海洋分區，乃至於特殊航行制度中拉鋸與妥協。關於海上軍事活動規範，從行為樣態觀之，Pirtle 稱海洋軍事使用主要應包含航行權（movement rights）和操演權（operational rights）²⁰。前者包含軍艦和軍機之航行和飛越權；後者包含武裝部隊之調動、演習、下錨、情報搜集和監視、軍械測試【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 88 頁】和射擊、水文和軍事調查²¹，甚至包含人道救援與災難救助等行為²²，甚至 Sohn 認為軍事操演之行動背後更凸顯國家希望依據《聯合國海洋法公約》第 110 條行使「登臨權」（right of visit）擴大對於他國船舶行使管轄權²³。本文所欲檢視關於海上軍事活動之相關規範，即是包含前述之航行權與操演權，並嘗試在相關爭議中，探討相關活動之合法性問題和公約所做平衡國家權益之安排。本文最後透過公約為此類爭議所建立之爭端解決機制與相關條款，藉由近期案例之觀察，分析未來此類爭端解決之可能。

貳、國際海洋法之逐漸發展

一、國際海洋法之發展

從十五世紀地理大發現時代以來，陸續有荷蘭學者雨果·格魯秀斯（Hugo Grotius）「海洋自由論」（*Mare Liberum*）和英國學者約翰·雪爾頓（John Selden）「海洋封閉論」（*Mare Clausum*）之提出。在十八世紀後，「海洋自由論」逐漸為各國所接受。在二十世紀，國際海洋法之逐漸發展主要在歷次聯合國海洋法會議中，進行成文化之推展。於一九五八年召開的第一次聯合國海洋法會議，共有 86 個國家參與，通過四大海洋法公約，包含《領海及鄰接區公約》（Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone）²⁴、《公海公約》（Convention on the High Seas）²⁵、《大【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 89 頁】陸礁層公約》（Convention on the Continental Shelf）²⁶以及《捕魚及養護公海生物資源公約》（Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources on the High Seas）²⁷，合稱「日內瓦海洋法四大公約」，本次會議亦通過《強制解決爭端任

20 Charles E. Pirtle, *Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium*, 31 OCEAN DEV. & INT'L LAW 7, 9 (2000).

21 *Id.* at 8.

22 Kraska, *supra* note 14, at 873.

23 Louis B. Sohn, *Peacetime Use of Force on the High Seas*, 64 INT'L L. STUD. SER. US NAVAL WAR COL. 38, 39 (1991).

24 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, adopted on 29 April 1958, entered into force on 10 September 1964, 516 U.N.T.S. 205 (1958).

25 1958 Convention on the High Seas, adopted on 29 April 1958, entered into force on 30 September 1962, 450 U.N.T.S. 11 (1958).

26 1958 Convention on the Continental Shelf, adopted on 29 April 1958, entered into force on 10 June 1964, 499 U.N.T.S. 311 (1958).

27 1958 Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, adopted on 29 April 1958, entered into force on 20 March 1966, 559 U.N.T.S. 285 (1958).

擇議定書》(Optional Protocol of Signature Concerning the Compulsory Settlement of Dispute)²⁸。由一九七三年至一九八二年召開的第三次聯合國海洋法會議，透過各國所組成不同之談判國家集團，對於「海洋自由論」與「海洋封閉論」進行拉鋸，完成法制上的安排，最後通過《聯合國海洋法公約》，公約並於一九九四年生效。《聯合國海洋法公約》主要在處理涉及海洋議題之國家權利與義務問題，係當時國際間針對特定議題，於聯合國架構下談判達成共識，而完成成文化，最為廣泛與具體之成果²⁹。其架構主要以海洋分區為基礎，由陸向海，主要包含內水、領海、鄰接區、專屬經濟區、大陸礁層和公海與「區域」(the Area)制度，規範相關國家之權利與義務，建立國際海洋之基本秩序，為海洋使用提供基本規範，【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 90 頁】因此被譽為是劃時代的國際文件³⁰。

第三次聯合國海洋法會議之談判延續著過去海權國家與沿海國家關於海洋自由論與海洋封閉論之爭，其談判成果亦成為平衡兩主張之重要安排。此時雖然「海洋自由論」內涵已有所改變，仍為主導海洋秩序發展之重要理論基礎³¹。欲檢視海上軍事活動問題，必須意識到此等規範發展背景。從十六、十七世紀的理論提出，到二十世紀下半葉之三次聯合國海洋法會議，乃至於二十一世紀的今日，兩理論之爭議仍存於兩股國家勢力中³²。

二、關於軍艦之活動與規範

由於聯合國海洋法會議之成果主要在規範和平時期之海洋使用³³，和平時期之海上軍事活動多涉及軍艦之功能。所謂「軍艦」(warships)，《聯合國海洋法公約》延續《公海公約》第 8 條第 2 款規定，明確定義「軍艦」，屬於一國武裝部隊、具備辨別軍艦國籍的外部標誌、由該國政府正式委任並名列相應的現役名冊或類似名冊的軍官指揮和配備有服從正規武裝部隊紀律的船員的船舶³⁴。戰時關於軍艦定義之規範，包含《巴黎會議關於海上若干原則的宣言》(Paris Declaration Respecting Maritime Law)和《關於商船改裝為軍艦公約》(Convention of Merchant Ships into Warships，海牙第七公約)等，為使中立國(neutral States)和交戰國(belligerent States)可以區別民用船舶和軍艦、於何種條件下可認定民用船舶改裝為軍艦，亦反映到此等和平時期關於軍艦定義之相【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 91 頁】關規定³⁵。

28 1962 Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes, adopted on 30 September 1962, entered into force on 3 January 1963, 450 *U.N.T.S.* 169 (1962).

29 Tullio Treves, U.N. Audiovisual Library International L., United Nations Convention on the Law of the Sea, available at <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (last visited: 2018.09.20).

30 姜皇池，國際海洋法（上冊），頁 107，2018 年 4 月，2 版。

31 同前註，頁 42-48。

32 Pirtle, *supra* note 20, at 9-12.

33 ROBIN R. CHURCHILL & ALAN V. LOWE, *THE LAW OF THE SEA* 421 (3d ed., 1999).

34 《聯合國海洋法公約》第 29 條。

35 Kraska, *supra* note 14, at 870-71, 877.

由於《聯合國海洋法公約》並未設有軍艦之專門部分規範，涉及「軍艦」之規範，散落在各不同部分，包含：(一)關於軍艦之航行，例如領海之「無害通過」(innocent passage)，公約並未排除軍艦之無害通行，僅規定若軍艦不遵守沿海國有關領海之規定，經請其遵守而仍不依從者，沿海國得要求其離開領海³⁶；(二)重申軍艦之豁免權³⁷，此更包含關於公海上之軍艦豁免權，³⁸以及關於保護和保全海洋環境之規定上之軍艦豁免權³⁹；(三)關於海盜罪，海盜罪之定義包含軍艦從事海盜之行為。⁴⁰軍艦亦有權扣押海盜⁴¹；(四)軍艦行使「登臨權」與「緊追權」(right of hot pursuit)之權利與條件⁴²；(五)軍艦對於外國船舶違反環境規章之執行權⁴³。由於軍艦之特殊法律地位和所享之豁免權，使其得以船旗國為名，擔負和平時期之海上軍事任務，其任務包含：1. 軍艦於國家管轄水域內之常規執法，包含漁業、關稅和移民法規之執行；2. 軍艦於公海之演習與武器試驗⁴⁴；3. 軍艦於海事安全之操演，介於單純的海域執法與海軍作戰行為之間，但涉及更高的海上武力使用，蓋其面對之威脅往往侵害國家利益與影響國際安定。為壓制相關犯罪之威脅，海事安【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 92 頁】全之操演主要針對海盜、人口販運、非法移民、奴隸販賣、國際毒品販運、海上反恐、攔截大規模毀滅性武器。尤其針對反恐與大規模毀滅性武器，將需要更為強大的海軍行動⁴⁵。相關操演，例如二〇〇八年起為打擊索馬利亞海盜，聯合國安理會通過一系列決議授權特定國家之軍艦執行打擊海盜之任務⁴⁶。歐盟呼應聯合國之呼籲，採行「歐盟海軍武力行動」(EUNAVFOR)，又稱為「亞特蘭大行動」(Atalanta 行動)，進行打擊索馬利亞海盜的軍事活動⁴⁷。

其他海上軍事行動包含軍艦用於彰顯國威與影響力之種種行為，透過海軍巡洋於不同海域向友邦與敵國展現軍事力量的存在，此亦呼應英國外交大臣格雷爵士(Lord Grey)之名言「沒有武力的外交就像沒有樂器的樂團」(Diplomacy without force is like an

36 《聯合國海洋法公約》第 30 條延續《領海及鄰接區公約》第 23 條之規定。關於軍艦於領海之無害通過爭議，詳如後述。

37 《聯合國海洋法公約》第 32 條。

38 《聯合國海洋法公約》第 95 條。

39 《聯合國海洋法公約》第 236 條。

40 《聯合國海洋法公約》第 102 條。

41 《聯合國海洋法公約》第 107 條。

42 《聯合國海洋法公約》第 110 條與第 111 條。

43 《聯合國海洋法公約》第 224 條。

44 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 426.

45 Kraska, *supra* note 14, at 873.

46 *Id.* at 874-75; UN Security Council Report, UN Documents for Piracy: Security Council Resolutions, available at <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/search.php?IncludeBlogs=10&limit=15&tag=%22Security%20Council%20Resolutions%22+AND+%22Piracy%22&ctype=Piracy&rtype=Security%20Council%20Resolutions&cbtype=piracy> (last visited: 2018.09.20).

47 張福昌，歐洲聯盟反海上恐怖主義之研究—以 Atalanta 行動為例，載：第六屆「恐怖主義與國家安全」學術暨實務研討會論文集，頁 207-228，2010 年 12 月。

orchestra without instruments.)⁴⁸。例如，世界上規模最大的環太平洋軍事演習(Rim of the Pacific Exercise)，每兩年在美國夏威夷群島周遭海域舉行，由美國太平洋艦隊指揮，邀請相關國家參與，透過跨國海上軍事演習，聯合反恐，確保區域內海上通道安全⁴⁹。演習進行時，往往吸引國際關注。相關國家是否受邀參與，極具軍事外交意涵，例如伴隨著中國於南海軍事化之動作，二〇一八年美國並未邀請中國參與環太平洋軍演⁵⁰。此等海洋軍事外交被廣泛運用，在過去與臺海安全有關最為經典之例，即是一九九五年臺海危機發生時，中共於臺灣海域進行飛彈試射，刻意威脅臺灣，影響臺灣政局，美國即派遣兩艘航空母艦進入臺海，促使中國改變當時對臺之政策⁵¹。依據前述涉及軍艦之規範，容許軍艦採取之動作與享有之權利，未全然侷限於傳統安全目的之軍事行動，亦未全盤否定海上武力的行使，此等軍艦之相關行為自應受公約之規範。

由於聯合國海洋法會議之談判過程避免觸及海上軍事活動之規範，故而過去在此一架構下關於海洋之軍事使用或軍事活動之談判與討論主要聚焦在航行權之上。關於航行權，亦屬於基本海上軍事使用之一類。隨著海權國家海軍之擴展，海軍操演所需之軍艦航行權，乃至於軍機飛越權，包含在領海中軍艦之「無害通過」、國際海峽中軍艦與軍機之「過境通行」(transit passage)、群島海道中軍艦與軍機之「群島海道通過」(archipelagic sea lanes passage)與公海上之「航行自由」(freedom of navigation)和「飛越自由」(freedom of overflight)，在聯合國海洋法會議中成為談判之重點⁵²。相關規範安排可見前述「海洋自由論」與「海洋封閉論」之拉鋸與妥協，惟特定議題未必能於談判期間獲得一致共識，於《聯合國海洋法公約》通過後，再到二十一世紀之今日，依然引發海權國家主【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 94 頁】張海洋自由和沿海國家主張限制海上軍事活動間之爭議⁵³。例如，軍艦是否享有領海無害通過之爭議，又例如專屬經濟區中之軍事活動，由於專屬經濟區屬於新確立之制度，因其法律性質爭議所衍生出之國家權利行使之自由與限度問題；又或是關於其他樣態之海上軍事活動和海洋軍事使用，難以獲得海權國家與沿海國家間的共識，最後《聯合國海洋法公約》並未涵蓋特定章節或專門條文用以規範海上軍事活動與軍艦之航行，並對於相關議題維持留白或模糊。

48 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 426; Kraska, *supra* note 14, at 873.

49 DOUGLAS LOVELACE, ASSESSING THE REORIENTATION OF U.S. NATIONAL SECURITY STRATEGY TOWARD THE ASIA-PACIFIC 284 (2014).

50 RIMPAC 2018《環太平洋軍演 6 月底登場，南海主權申索國際兩岸外均受邀，風傳媒，2018 年 5 月 31 日，<http://www.storm.mg/article/443879>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 12 日。

51 Kraska, *supra* note 14, at 880.

52 DONALD R. ROTHWELL & TIM STEPHENS, THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA 267-84 (2010).

53 Pirtle, *supra* note 20, at 11.

參、涉及軍事活動之相關規範

於整體規範面檢視《聯合國海洋法公約》涉及軍事活動之相關規範，可就其規範內容與屬性，分別就海洋分區、特殊航行制度，乃至於爭端解決機制中之相關規範，分析如下：

一、涉及軍事活動之海洋分區相關規範

(一) 內水與軍事活動

內水為基線向陸一側的水域，與領土一樣被同等視之，屬於沿海國擁有完全主權的範圍，「海洋自由」概念於內水所剩無幾。有關內水之具體規範，由於歷次聯合國海洋法會議對內水並無太多著墨，認為此屬於沿海國自行制定規範的範圍，因此國際條約關於內水僅有相當簡略的規定⁵⁴。關於國家在其內水中行使管轄權的規範，將仰賴沿海國內法規定。

一般來說，外國船舶並無通行沿海國內水之自由，亦無停靠沿【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 95 頁】海國港口之自由，除非條約賦予其進入權⁵⁵。於此等狀況之下，更遑論於一國內水，進行軍事活動⁵⁶。

沿海國可能要求外國軍艦必須持有「外交通行證」(diplomatic clearance)始得進入其內水。例如，美國要求外國軍艦欲進入美國港口，必須透過網路程序申請，取得國務院國際安全行動辦公室 (Office of International Security Operations) 提供之「外交通行證」⁵⁷。又例如過去紐西蘭透過國內立法，自一九七〇年代起，要求美國核動力軍艦必須獲得個別之外交通行證始得進入紐西蘭內水。縱然為簡化程序，後續以年度概括性外交通行證之方式准許其通行，但此等軍艦之個別造訪時都必須事先通知⁵⁸。

(二) 領海與軍事活動

1. 領海無害通過權

於第三次聯合國海洋法會議中，談判國家最終對於領海寬度達成共識，領海成為從基線向海一側起算不超過 12 浬之水域⁵⁹，縱然沿海國之主權及於領海，其上空和海床與底土⁶⁰，但《聯合國海洋法公約》延續著《領海及鄰接區公約》規定，沿海國仍必須容

54 姜皇池，同註 30，頁 245-246。

55 Albert Hoffmann, *Freedom of Navigation*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum ed., 2015), para. 7.

56 Francioni, *supra* note 16, at 212.

57 U.S. Department of State, Diplomatic Clearances and State Aircraft, available at <https://www.state.gov/t/pm/iso/c/21540.htm> (last visited: 2018.09.20).

58 NEW ZEALAND HOUSE OF REPRESENTATIVES, PARLIAMENTARY DEBATES, 2ND SESSION, 40TH PARLIAMENT, Vol. 451, 1001 (31 May to 18 August 1983).

59 《聯合國海洋法公約》第 3 條。

60 《聯合國海洋法公約》第 2 條。

許「所有國家，不論為沿海國或內陸國，其船舶均享有無害通過【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 96 頁】(innocent passage) 領海的權利⁶¹。」前述所有國家，不論是否為公約締約國，只要船舶航行不損害沿海國的和平、良好秩序或安全，沿海國必須容許其船舶之無害通過權。為確保沿海國權利，公約另賦予沿海國相關權利：(1)保護權，得採取「必要步驟」(necessary steps)，以防止非為無害之通過⁶²；(2)有限的規範管轄權，得就第 21 條第 1 款所列八種事項制定關於無害通過領海的法律和規章⁶³。透過此等安排，公約嘗試平衡海洋自由與沿海國之管轄權。

2. 軍艦之領海無害通過權？

儘管領海無害通過制度之規範已臻成熟，但此間仍存在軍艦是否享有無害通過權之爭辯，此涉及條文規定之「船舶」應作如何之解釋，尤其軍艦可能從事之活動與《聯合國海洋法公約》第 19 條第 2 款所規定「非為無害」視為損害沿海國之和平、良好秩序或安全之十二種活動多所相關。⁶⁴若依據《聯合國海洋法公約》第 19 條第 1 款規定，只要不損害沿海國的和平、良好秩序或安全，就是無害。透過此條款之解釋，公約並未要求船舶負擔自證無害之責，綜合第 19 條第 2 款規定觀之，通過是否為無害，應結合通過之態度與【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 97 頁】目的判斷之⁶⁵。

此一問題可追溯至二十世紀初之一九一〇年北大西洋沿岸漁業仲裁案 (North Atlantic Coast Fisheries Arbitration)，當時尚未成為海權國家的美國主張軍艦與商船由於威脅性不同，所以在領海應享有不同之待遇⁶⁶。一九四九年科孚海峽案 (Corfu Channel Case) 亦僅確認軍艦於海峽之通行權，並未明確表示軍艦在領海之權利⁶⁷。問題延續到一九五八年第一次聯合國海洋法會議亦未能達成共識，《領海及鄰接區公約》第 14 條即僅稱「所有國家船舶」(ships of all States) 享有無害通過領海之權，直到第三次聯合國海洋法會議爭議依然延續，未能解決。由於談判當時，蘇聯與美國此等海權國家希望公約維持模糊與彈性，賦予國家對於船舶在其海域可以從事的活動擁有更多的決定權⁶⁸，最終《聯合國海洋法公約》第 17 條延續《領海及鄰接區公約》第 14 條之用詞，未能解決相關爭議。

61 《聯合國海洋法公約》第 17 條。

62 《聯合國海洋法公約》第 25 條第 1 款。

63 《聯合國海洋法公約》第 21 條第 1 款。

64 《聯合國海洋法公約》第 19 條第 2 款。尤其第 2 款所列之前六種行為多會涉及軍艦或軍事活動，例如：(a)對沿海國的主權、領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他違反《聯合國憲章》所體現的國際法原則的方式進行武力威脅或使用武力；(b)以任何種類的武器進行任何操練或演習；(c)任何目的在於搜集情報使沿海國的防務或安全受損害的行為；(d)任何目的在於影響沿海國防務或安全的宣傳行為；(e)在船上起落或接載任何飛機；(f)在船上發射、降落或接載任何軍事裝置。

65 Gamaliel Rodriguez Ballester, *The Right of Innocent Passage of Warships: A Debated Issue*, 54 REV. DER. P.R. 87, 93 (2014).

66 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 88.

67 *Id.*

68 Ballester, *supra* note 65, at 87.

於九〇年代的美國與蘇聯之間，相關爭辯與發展趨勢之討論蔚為風潮⁶⁹。當時許多沿海國傾向限制海權國家於公約中可享之權利，並認為軍艦必須獲得事先許可或通知始能進入沿海國之領海。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 98 頁】

依據 Churchill 與 Lowe 之觀察⁷⁰，縱然是《聯合國海洋法公約》通過後，蘇聯與東歐國家仍認為相關規範未明，主張沿海國有權要求外國軍艦通過其領海應經過事先申請。類似主張要求事先許可或通知的國家約有 40 個，但海權國家現實上往往透過未事先許可或通知之通過挑戰這類沿海國之主張⁷¹。在國家實踐上，不同立場之國家亦會避免因為軍艦通過領海發生直接衝突⁷²。透過低層次的接觸，例如透過海軍武官或當地海軍官員在非正式場合之接觸，而非透過正式外交手段持續否認事先許可或通知之合法性⁷³。由於相關國家有不同立場，《聯合國海洋法公約》最終對於相關條文採取模糊立場⁷⁴。於公約通過後，蘇聯立場曾有改變，與美國透過一九八九年雙邊「統一解釋國際法規範無害通過之協議」(Uniform Interpretation of Norms of International Law Governing Innocent Passage) 約定所有船舶主張無害通過，無須事先許可或通知⁷⁵。此一協議可以象徵冷戰期間超級強權對於軍艦無害通過之態度似乎趨於類似，亦可代表當時兩國政府嘗試減少彼此政治與軍事上的對立⁷⁶，Franckx 亦觀察認為蘇聯此舉將會影響其其他東歐盟國對於領海軍艦無害通過之態度⁷⁷。但就協議效力來說，其效力並不及於其他國家，軍艦之領海無害通過是否需要事先許可或通知之爭議，亦未見停歇，其他沿海國家仍存有相關要求。中國即為一例。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 99 頁】

中國於一九五八年之領海聲明，已要求「一切」外國飛機與軍用船舶必須獲得其同意始得通過領海和領空⁷⁸，一九八三年公布之「中華人民共和國海上交通安全法」第 11 條第 2 項與一九九二年公布之「中華人民共和國領海及毗連區法」第 6 條第 2 項亦均明文要求外國軍用船舶進入其領海須經中國政府許可。

曾有中國籍學者鄒克淵撰文觀察，在中國學者之間，因為對於公約之解釋與國際實踐之解讀不同，所以對於中國此一政策態度存有不同看法。有認為軍艦享有無害通過，其國內法規範不符合公約規定；亦有認為軍艦無法享有無害通過，其國內法規範自然不

69 相關分析可見於 Erik Franckx, *Innocent Passage of Warships. Recent Developments in US-Soviet Relations*, 14 MAR. POLICY 484, 484-90 (November 1990); Shao Jin, *The Question of Innocent Passage of Warships*, 13 MAR. POLICY 56, 56-67 (January 1989); Lawrence Juda, *Innocent Passage by Warships in the Territorial Seas of the Soviet Union: Changing Doctrine*, 21 OCEAN DEV. & INT'L L. 111, 111-16 (1990).

70 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 89.

71 *Id.*

72 *Id.* at 90.

73 *Id.*

74 *Id.*

75 *Id.* at 89-90.

76 Juda, *supra* note 69, at 113.

77 Franckx, *supra* note 69, at 488.

78 中華人民共和國中央人民政府，中華人民共和國政府關於領海的聲明（1954 年 9 月 4 日），第 3 段，http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/test/2006-02/28/content_213287.htm，最後瀏覽日：2018 年 9 月 12 日。

違反公約規定；亦有認為縱然所有船舶均享有無害通過，亦不代表國家不能透過國內立法限制軍艦通行，國際實踐中亦常見沿海國要求軍艦通過領海必須經過事先許可或通知，故中國國內法規範未必不合於公約之規定⁷⁹。

鄒克淵進而指出既然談判時，主要談判國家已深度討論，在缺少任何正式反對的狀況下，就相關條文規範形成共識，隨著《聯合國海洋法公約》之通過與生效，相關國家國內法關於事先許可之要求有違反公約之虞，必須進行修正⁸⁰。其認為依據《聯合國海洋法公約》第 309 條規定，對公約不得作出保留和例外。《聯合國海洋法公約》第 310 條規定，第 309 條不排除一國在簽署、批准或加入本公約時，作出不論如何措辭或用何種名稱的聲明或說明，目的在於使該國國內法律和規章同本公約規定取得協調，但須這種聲明或說【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 100 頁】明無意排除或修改本公約規定適用於該締約國的法律效力。綜合相關規定，加以「條約必須遵守」(*pacta sunt servanda*) 要求國家以善意履行其條約義務，國家不得以其國內法為理由，不履行其條約義務。由於《聯合國海洋法公約》並未限制軍艦之無害通過，國家自不得以任何聲明、說明或國內法為由，減損公約規範之法律效果。若有國內法要求軍艦通行必須事先許可或通知，自應反應公約賦予所有船舶（包含軍艦）無害通行之權，否則將有違公約第 310 條，破壞公約賦予船舶之航行權⁸¹。鄒克淵亦建議，中國應思考，在互惠原則之下，為確保海洋權益，使得中國軍艦獲得在其他沿海國領海航行之權益，中國有必要思考改變此一政策態度⁸²。

惟其建議並未改變中國要求經過事先許可之態度。究其原因，在於自十九世紀清朝末年以來，中國面對西方列強夾其船堅砲利之威脅，被迫簽訂「不平等條約」(*unequal treaties*)，開放沿海與內河口岸⁸³，對中國造成難以磨滅的深刻印象。加以從冷戰期間延續至今，美國對於中國採取敵對態度，從過去防堵共產勢力擴張，到現在視中國為美國作為世界霸權的最大挑戰⁸⁴，故而中國透過領海制度作為其國家安全與主權之屏障，此一立場早已展現在第三次聯合國海洋法會議之談判中，中國認為軍艦與商船必須分別待之，而且沿海國有權就無害通過進行相關必要之立法⁸⁵。國內學者宋燕輝亦觀察，在第三次聯合國海洋法會議中，中國特別關注軍艦之航行與海洋之軍事使用問題，認為此亦涉及其國家安全與相關政【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 101 頁】策⁸⁶。依據中國當時主張，透過《聯合國海洋法公約》第 21 條賦予沿海國要求軍艦通行領海應經

79 Keyuan Zou, *Innocent Passage for Warships: The Chinese Doctrine and Practice*, 29 OCEAN DEV. & INT'L L. 195, 205 (1998).

80 *Id.* at 209.

81 *Id.* at 214.

82 *Id.* at 205.

83 *Id.* at 212.

84 *Id.*

85 *Id.* at 200.

86 Yann-Huei Song, *China and the Military Use of the Ocean*, 21 OCEAN DEV. & INT'L L. 213, 215 (1990).

事先許可或通知之權，此亦符合一般接受的國際法原則。惟此等主張為美國所拒。最後公約第 21 條第 1 款所列各事項並未包含國家安全事項，會議最終不但未將此點交付表決，會議主席亦重申沿海國可以透過公約第 19 條與第 25 條維護其國家安全利益⁸⁷。儘管如此，中國代表亦曾表示公約相關條款並未針對軍艦之無害通過明確表態⁸⁸。中國在 1996 年批准公約之聲明中亦表明公約關於無害通過之相關規定並未妨礙沿海國要求軍艦無害通過領海應事先獲得許可或事先通知⁸⁹。

至於海權國家主張軍艦亦享有領海無害通過權之理由，一則以依據公約第 17 條之解釋，認為第 17 條並未區分軍艦與商船，所有船舶均享有無害通過；二則以依據公約第 19 條第 2 款第 a 項與第 b 項之解釋，認為第 19 條第 2 款第 a 項與第 b 項之活動主要亦是針對軍艦，包含「對沿海國的主權、領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他違反『聯合國憲章』所體現的國際法原則的方式進行武力威脅或使用武力」和「以任何種類的武器進行任何操練或演習」均是針對軍艦所定之規範。在邏輯上，第 19 條第 2 款第 a 項與第 b 項之適用前提應是認為軍艦享有無害通過，故透過這兩項條文限制軍艦行使無害通過之行為樣態⁹⁰。三則由於公約第 3 節【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 102 頁】關於「領海的無害通過」之規定，另有 C 分節「適用於軍艦和其他用於非商業目的政府船舶的規則」，明白表示軍艦亦享有領海無害通過之權利，例如 C 分節之條文第 30 條規定：「如果任何軍艦不遵守沿海國關於通過領海的法律和規章，而且不顧沿海國向其提出遵守法律和規章的任何要求，沿海國可要求該軍艦立即離開領海。」其前提即是軍艦享有無害通過之權利⁹¹。

故而，由於規範解釋本身以及國際實踐存在落差，關於軍艦是否享有領海無害通過權將持續在海權國家與沿海國家之間存在齟齬。一九九〇年代，宋燕輝亦曾推論中國將會維持事先許可或通知之政策，直到二十一世紀的今日，事實證明亦是如此⁹²。未來軍艦享有領海無害通過權是否普遍被接受，將有賴於國際海洋法之發展與海洋使用之進化⁹³。目前在實踐上，少有國家刻意藉此激化衝突。

值得一提的是，中華民國亦未全然支持軍艦享有領海無害通過權，縱然早期我國曾規定外國軍艦進入我國領海必須事先獲得我國政府之同意，一九九八年公布之「中華民國領海及鄰接區法」第 7 條第 3 項改要求外國軍用或公務船舶通過領海應先行通知⁹⁴。

87 Zou, *supra* note 79, at 201.

88 *Id.* at 199-201.

89 UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Declarations and Statements-China, para. 4, available at http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20Upon%20ratification (last visited: 2018.09.20).

90 Ballester, *supra* note 65, at 106.

91 *Id.*

92 Song, *supra* note 86, at 230.

93 Ballester, *supra* note 65, at 118.

94 黃忠成，軍艦與無害通過之關係，軍法專刊，44 卷 11 期，頁 32，1998 年 11 月。

事實上，事先許可或通知之要求可以給予沿海國與航行國相互對話之機會⁹⁵，減少因為軍艦通行而生之誤會。我國所採事先通知制度不但不影響軍艦機動性，若軍艦為特殊船舶時，沿海國亦可事先採取安【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 103 頁】全防護措施和救助準備，兼顧沿海國和航行國之權利⁹⁶。故而事先通知之要求對於公約之違反程度亦較事先許可之要求低，要求事先通知之國家遭受之非難亦較少。

（三）鄰接區與軍事活動

鄰接區為從基線向海一側起算不超過 24 浬之水域⁹⁷，沿海國設置鄰接區之目的在於經濟和政治之考量，前者在於加強對於海關與稅務之管制；後者在於維護中立之權利與戰時航行自由⁹⁸。《領海及鄰接區公約》即已確認沿海國於鄰接區擁有有限管轄權⁹⁹，在《聯合國海洋法公約》確立專屬經濟區制度後，加以沿海國亦設置鄰接區與專屬經濟區後，在空間上，鄰接區即成為專屬經濟區之一部分。為維持在領海外執法之必要，公約仍保留鄰接區制度¹⁰⁰，明確規範設立鄰接區之法律地位與目的，賦予沿海國就其海關、財政、移民及衛生法令之相關執行管轄權¹⁰¹。設置此區之目的在於為求執法之便，與傳統軍事活動較無關聯。惟若外國軍艦在沿海國鄰接區範圍內之海上軍事活動涉及海關、財政、移民及衛生法令之侵犯或違反，仍應受沿海國鄰接區規範所管轄。若是沿海國國家軍隊之使用擴及於相關規範領域進行執法或軍事活動，亦存在鄰接區與軍事活動之關聯性。例如，沿海國派遣軍艦於其鄰接區進行海域執法，又例如海權國家於沿海國鄰接區進行各類軍事活動，前者仍應受鄰接區制度之限制，後者則因空間上鄰接區實為專屬經濟區之【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 104 頁】一部分，涉及下一個主題所談於專屬經濟區進行軍事活動之合法性問題。

（四）專屬經濟區與軍事活動

專屬經濟區為從基線向海一側起算不超過 200 浬之水域¹⁰²，係《聯合國海洋法公約》所新確立之制度。在專屬經濟區中，沿海國享有為勘探和開發、養護和管理其自然資源，並從事經濟性開發和勘探之主權權利¹⁰³。此一新確立的制度，在領海公海二分法說的傳統下，產生其法律地位究竟偏屬領海或是公海之爭議，因而導致不同國家針對專屬經濟區中之軍艦航行與其他軍事活動合法性之不同立場。

95 Ballester, *supra* note 65, at 105.

96 黃忠成，同註 94，頁 32-33。

97 《聯合國海洋法公約》第 33 條第 2 款。

98 姜皇池，同註 30，頁 415。

99 《領海及鄰接區公約》第 24 條。

100 姜皇池，同註 30，頁 415。

101 《聯合國海洋法公約》第 33 條。

102 《聯合國海洋法公約》第 57 條。

103 《聯合國海洋法公約》第 56 條第 1 款。

1. 不同國家集團之爭

傳統海權國家多認定專屬經濟區具公海性質，而肯定相關軍艦航行與其他軍事活動之合法性。在第三次聯合國海洋法會議中，包含蘇聯、美國、法國、英國和日本之此類國家成功地確立領海以外專屬經濟區之海洋自由制度¹⁰⁴，反對對於在專屬經濟區之軍事活動所設之限制。然而，沿海國家則多半持反對意見。近年來，相關衝突即存在於美國與其他沿海國之間，例如一九八〇年代美國與利比亞在雪特灣（Gulf of Sirte）因軍事演習而爆發之衝突¹⁰⁵，以及前述美國與中國在東亞海域間所爆發之衝突等等，一系列衝突凸顯國家之間對於專屬經濟區中之軍事活動合法性之不同看法。

由於現實上無法排除海權國家於沿海國之專屬經濟區放置潛艇【政大法學評論第160期，2020年3月，第105頁】探測設施，進行軍事演習、操練、戰爭模擬或武器測試，於沿海國專屬經濟區上之海上軍事活動合法性問題於近年來討論越趨激烈。部分沿海國（例如孟加拉、巴西、維德角共和國、印度、馬來西亞、巴基斯坦與烏拉圭等）認為，在未事先獲得沿海國之同意或未事先進行通知之下，公約並未容許在專屬經濟區從事軍事操演與部署軍事裝置。故而在簽署或批准《聯合國海洋法公約》時，即聲明於其專屬經濟區中從事相關行為應獲得其同意或應事先通知¹⁰⁶。

此舉卻導致法國、德國、義大利、荷蘭、英國與美國之反對¹⁰⁷。支持海權國家看法之論述，例如 Pedrozo 為海權國家利益所主張，認為相關沿海國要求同意之舉僅是非為公約所容許之保留（reservation），並無法律效力¹⁰⁸。Kraska 則解讀《聯合國海洋法公約》第58條第2款規定，關於公海以及其他國際法有關規則，只要與本部分不相牴觸均適用於專屬經濟區，其中亦包含公約第88條規定，公海應只用於「和平目的」（peaceful purposes）。然而，所謂「和平目的」並未排除軍事活動。相關軍事活動若不違反《聯合國憲章》第2條第4款關於禁止武力威脅或使用武力之規定，即可認為未違反「和平目的」，聯合國安理會更曾授權或是推動派遣軍艦前往他國專屬經濟區與公海¹⁰⁹。Stephens 亦認為為保護公約賦予的航行利益，而於他國專屬經濟區進行海上軍事活動，在符合戰爭法的要件下，包含符合比例原則和必要性原則，仍可被容許¹¹⁰。【政大法學評論第160期，2020年3月，第106頁】Boczek 亦持類似看法，從第三次聯合國海洋法會議之談判過程，亦可知本次談判旨在確保海洋使用之自由，並未禁止專屬經濟區之軍事活動¹¹¹。

104 Kraska, *supra* note 14, at 883.

105 *Id.* at 884; 魏靜芬，論軍事演習在國際法上的地位，軍法專刊，43卷6期，頁26-27，1997年6月。

106 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 427; 魏靜芬，同前註，頁26-27。

107 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 427.

108 Pedrozo, *supra* note 12, at 7, 10.

109 JAMES KRASKA, MARITIME POWER AND LAW OF THE SEA 257 (2011).

110 Dale G. Stephens, *The Impact of the 1982 Law of the Sea Convention on the Conduct of Peacetime Naval/Military Operations*, 29 CAL. W. INT'L L.J. 283, 310-11 (1999).

111 Boleslaw Adam Boczek, *Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries*, 19 OCEAN DEV. & INT'L L. 445, 458 (1988).

於此等解釋下，在符合一定限度下，公約並未排除專屬經濟區之軍事活動。

2. 適當顧及與剩餘權分配

此等涉及敏感的軍事活動所導致之爭辯，源自於沿海國家與海權國家根深蒂固之國家立場，其論述來自於為維護其國家利益，難以形成共識。此一爭辯必須透過專屬經濟區制度平衡相關國家之權利和義務，各國於第三次聯合國海洋法會議談判時，已意識到此點。最後，透過《聯合國海洋法公約》第 56 條（沿海國在專屬經濟區內的權利、管轄權和義務）、第 58 條（其他國家在專屬經濟區內的權利和義務）、第 59 條（解決關於專屬經濟區內權利和管轄權的歸屬的衝突的基礎）建立永久性之法律安排，以平衡在專屬經濟區之眾多利益衝突¹¹²。亦即如何解決專屬經濟區中軍事活動合法性之爭，應善加利用解釋《聯合國海洋法公約》第 56 條第 2 款和第 58 條第 3 款「適當顧及」(due regard)義務，以及第 59 條「剩餘權」(residual right)分配¹¹³等相關條款。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 107 頁】

依照 Kraska 看法，《聯合國海洋法公約》第 56 條第 2 款規定，沿海國在專屬經濟區內行使權利和履行義務時，應「適當顧及」其他國家的權利和義務，並應以符合本公約規定的方式行事。同時，依據公約第 58 條第 3 款規定，各國在沿海國之專屬經濟區內行使權利和履行義務時，亦應「適當顧及」沿海國的權利和義務，並應遵守沿海國按照本公約的規定和其他國際法規則所制定的與本部分不相牴觸的法律和規章¹¹⁴。例如，關於前述一九九五年臺海危機發生時，中國在臺灣所劃設之專屬經濟區水域試射飛彈，進行軍演，即被宋燕輝認為應該遵守公約第 58 條第 3 款及其他相關規定，若其未能「適當顧及」臺灣於其專屬經濟區之權利和義務，將有違反國際法之虞¹¹⁵。

此外，第 56 條第 2 款和第 58 條第 3 款規定被 Kraska 喻為雙重「適當顧及」條款，課予沿海國不得干擾航行自由和其他海洋合法使用之義務；其他國家於行使其自由權時，必須克制避免侵害沿海國主權權利和管轄權之義務¹¹⁶。此等「適當顧及」義務普遍存在於公約之中¹¹⁷，其前身為《領海及鄰接區公約》第 19 條第 4 款所用譯為「妥為顧

112 Gemma Andreone, *The Exclusive Economic Zone*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA 159, 165 (Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., 2015).

113 所謂剩餘權，亦有譯為「剩餘權利」，或稱「未歸屬權利」(non-attributed rights)，見於魏靜芬，同註 105，頁 28。其例，如：(1)在專屬經濟區中放置潛艇探測設施；(2)在鄰接區外專屬經濟區水域中所發現之歷史與考古文物之處置；(3)放置於專屬經濟區內做科學研究目的之浮標；(4)在專屬經濟區內進行軍事演習、操練、戰爭模擬或武器測試；(5)在專屬經濟區內劃定分航道；(6)第三國船舶在專屬經濟區內為其他國家進行加油，可見於姜皇池，同註 30，頁 463。

114 《聯合國海洋法公約》第 56 條第 2 款和第 58 條第 3 款。

115 Yann-Huei Song, *The PRC's Peacetime Military Activities in Taiwan's EEZ: A Question of Legality*, 16 INT'L J. MARINE & COASTAL L. 625, 643 (2001).

116 KRASKA, *supra* note 109, at 261-68.

117 *Id.* at 261. 相關條款包含《聯合國海洋法公約》第 27 條第 4 款、第 39 條第 3 款第 a 項、第 56 條第 2 款、第 58 條第 3 款、第 60 條第 3 款、第 66 條第 3 款第 a 項、第 79 條第 5 款、第 87 條第 2 款、第 142 條第 1 款、第 148 條、第 161 條第 4 款、第 162 條第 2 款第 d 項、第 163 條第 2 款、第 167 條第 2 款、第 234 條和第 267 條規定等。

及」(due regard)之一詞，以及《公海公約》第2條第2款所用「合理顧及」(reasonable regard)一詞。依據美國海軍之看法，不論是「合理顧及」或是「適當顧及」均是同一種義務，要【政大法學評論第160期，2020年3月，第108頁】求任何國家在公海使用上，必須認識到其他國家之利益，並避免實質上干擾其他國家行使其公海自由¹¹⁸。

至於《聯合國海洋法公約》第59條，則屬公約中最具爭議之條文之一¹¹⁹。依據此條文，未為公約所明文安排歸屬之專屬經濟區中之權利或管轄權，亦即「剩餘權」，若生利益衝突，往往存在於海權國家與沿海國家之間¹²⁰。此等衝突之解決，應「在公平的基礎上」(on the basis of equity)，以及參照「一切有關情況」(all the relevant circumstances)，「考慮到所涉利益分別對有關各方和整個國際社會的重要性」(taking into account the respective importance of the interests involved to the parties as well as to the international community as a whole)¹²¹。「剩餘權」之例，包含：(1)在專屬經濟區中放置潛艇探測設施；(2)在鄰接區外專屬經濟區水域中所發現之歷史與考古文物之處置；(3)放置於專屬經濟區內做科學研究目的之浮標；(4)在專屬經濟區內進行軍事演習、操練、戰爭模擬或武器測試；(5)在專屬經濟區內劃定分航道；(6)第三國船舶在專屬經濟區內為其他國家進行加油¹²²。爭議將存於此等活動究竟屬於公海自由之一部分(第58條第1款)、沿海國於專屬經濟區之主權權利或管轄權(第56條第1款)、又或是屬於第59條所規範之剩餘權¹²³？在公約未有明文或安排的狀況下，將有賴第59條之解【政大法學評論第160期，2020年3月，第109頁】釋與適用。

由於第59條之規範並未明確提供解決衝突之道，亦未偏向特定利益作出假設與安排，故而必須針對沿海國與其他國家之利益多所權衡，並慮及整體國際社會之利益以及所有國家應負擔之國際責任¹²⁴。縱然有認為相關規定之解釋與適用，將仰賴未來公約之修正¹²⁵，但大多數學者如 Klein 因此認為此等適當顧及之義務所設之判斷標準難以捉摸，缺少規範性內容，將仰賴第三方爭端解決機制運用於不同情狀之個案中¹²⁶。Boczek 亦認為規範的模糊將導致海權國家與沿海國家之間未來持續的爭議，有賴爭端解決機制介入¹²⁷。Nandan 和 Rosenne 認為此條款並非在提供爭端解決機制適用「公允及善良原則」

118 U.S. Navy, The Commander's Handbook on the Law of Naval Operation 2-10 (July 2007), available at http://www.jag.navy.mil/documents/NWP_1-14M_Commanders_Handbook.pdf (last visited: 2018.09.20).

119 Andreone, *supra* note 112, at 166.

120 魏靜芬，同註105，頁28。

121 《聯合國海洋法公約》第59條。

122 姜皇池，同註30，頁463。

123 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 427.

124 Douglas Guilfoyle, *The High Seas*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA 203, 213 (Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., 2015).

125 黃忠成，論外國船舶在我國專屬經濟海域從事軍事活動之適法性，軍法專刊，51卷4期，頁20，2005年4月。

126 NATALIE KLEIN, DISPUTE SETTLEMENT IN THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA 139-40 (2005).

127 Boczek, *supra* note 111, at 458.

(*ex aequo et bono*) 之法律基礎，但其判斷標準涉及利益權衡，反應「衡平」(equity) 之概念。若考慮公約設置專屬經濟區之功能，在系爭衝突涉及資源之勘探與開發等經濟性利益時，應採有利於沿海國之解釋，保護其專屬經濟區之利用；在系爭衝突不涉及資源之勘探與開發時，則應採較有利於全體國際社會成員之解釋¹²⁸。此等看法亦同於國內學者魏靜芬認為若在他國專屬經濟區實施軍事演習或其他軍事活動而影響沿海國漁業資源【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 110 頁】時，沿海國之權利應優先受到保護¹²⁹。涉及判斷剩餘權與否之案件，縱然曾有「國際海洋法法庭」(International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS) 於二〇一四年作出之《維吉尼亞號》判決，認為在專屬經濟區內對漁船進行加油之行為，屬於「捕魚相關活動」(fishing-related activities)，與生物資源養護與管理相關，屬沿海國管轄事項¹³⁰，惟絕大部分的情形，包含其他涉及軍事色彩之活動，分歧之意見仍將存在¹³¹。

此等規範縱然具有平衡相關國家權利義務之功能，但因未提供具體判斷標準，雖有前述眾多學者所投射之期待，若欲於個案中體現本條款之功能，則可能存在挑戰，亦即若爭端解決機制欲依據法律作出判斷，將可能面對司法造法之質疑。Zarbiyev 認為國際規範內容常見存在空白或是模糊用語，為填補國際立法之缺失，透過國際法院／庭於個案中填補空白或釐清模糊用語，實則無可避免。儘管法學論述較為偏好司法解釋，但國際法院／庭之法官並非唯一的規範解釋者，其可能發揮的影響將取決於所存在的環境、其所作解釋的接受度等等因素，特別是在國際社會中，權力分立之概念不清的狀況下¹³²。縱然部分爭端解決機制對此態度較為積極，但此等【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 111 頁】積極態度是否能夠持續仍有待觀察¹³³。最後，回歸到《聯合國海洋法公約》類似條款的解釋與適用將有賴於爭端解決機制本身之決心，如同 Wolfrum 認為爭端解決機制之有效性將是關鍵¹³⁴。

3. 海洋科學研究與水文測量活動之特殊性

此外，前述美國與中國兩國之間在東海與南海曾爆發之衝突，凸顯存在於專屬經濟區中之「海洋科學研究」(marine scientific research) 與「水文測量」(hydrographic survey)

128 SATYA N. NANDAN & SHABTAI ROSENNE, UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA 1982 A COMMENTARY, VOL. II 569 (1993).

129 魏靜芬，同註 105，頁 29。

130 *The M/V "Virginia G" Case (Panama v. Guinea-Bissau)*, Judgment of 14 April 2014, ITLOS Reports 2014, at 69.

131 姜皇池，同註 30，頁 466，引用 Rainer Lagoni, *Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone*, in LAW OF THE SEA, ENVIRONMENTAL LAW AND SETTLEMENT OF DISPUTES 613, 613-27 (Tafsir M. Ndiaye & Rüdiger Wolfrum eds., 2007). 雖然 Lagoni 係在 2007 年作出預測，而後有 2014 年《維吉尼亞號》判決。直到今日，類似《維吉尼亞號》之判決累積仍有限，分歧意見存在仍同於 Lagoni 過去所作之預測。

132 Fuad Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis*, 3 J. INT'L DISP. SETTLEMENT 247, 269-77 (2012).

133 *Id.* at 278.

134 Rüdiger Wolfrum, *Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?*, 24 GERMAN Y.B. INT'L L. 200, 241 (1981).

之合法性問題¹³⁵。由於《聯合國海洋法公約》並未定義「軍事活動」，故而現實中常見的軍事偵查活動或相關執法事務是否落入公約規範之範疇存有疑義¹³⁶。甚至此類活動亦與海洋科學研究難以明確區分¹³⁷，故而國家常見以科學研究為名，行軍事活動之實。

科學研究船舶與水文測量船舶不但享有主權豁免，透過航行自由與其他海洋合法使用之由，事實上執行軍事相關之活動，使得海洋軍事活動之樣態更加複雜難辨。部分沿海國家認為相關行為若涉及「海洋科學研究」，本屬公約第 56 條賦予沿海國之管轄權¹³⁸，自應受沿海國規範。但由於「海洋科學研究」與「水文測量」，在【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 112 頁】公約用語中本屬不同概念，例如公約第 19 條第 2 款第 j 項規定，外國船舶如在領海進行研究或測量活動，其通過即應視為損害沿海國的和平、良好秩序或安全；第 21 條第 1 款第 g 項規定，沿海國可對海洋科學研究和水文測量制定關於無害通過領海的法律和規章；第 40 條規定，於國際海峽行使過境通行時，外國海洋科學研究和水文測量的船舶須經海峽國家事前許可，始得進行研究或測量活動¹³⁹。回歸到專屬經濟區制度，公約第 56 條第 1 款第 b 項賦予沿海國於專屬經濟區之管轄權，僅包含人工島嶼、設施和結構的建造和使用；海洋科學研究；海洋環境的保護和保全。惟「水文測量」並不在其內。沿海國對於「水文測量」之管轄權僅存於關於領海之無害通過和用於國際航行之海峽之過境通行。簡言之，透過公約之文義解釋，於專屬經濟區之水文測量並非依據第 56 條所賦予沿海國之管轄權範圍。海權國家將有機會透過水文測量活動包裝其軍事活動，而未為沿海國所管轄。

（五）大陸礁層與軍事活動

在專屬經濟區制度尚未成立之前，已常見海床上設置軍事設施、結構和設備之行為，尤其在冷戰期間，美蘇軍事競賽角力過程中，蘇聯透過在美國大陸礁層上設置之聲納探測器，獲取美國潛艇之資訊，導致對於世界和平之威脅。故而在《聯合國海洋法公約》通過之前，已存有相關學者間之爭辯。在一九八〇年 Treves 即曾認為，一九七一年《禁止在海床洋底及其底土安置核武器和其他大規模毀滅性武器條約》（Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and Ocean Floor，下稱《海床武器控制條約》）就國際社會【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 113 頁】間對於海床軍事使用之關注已有所解決，而第三次

135 Pedrozo, *supra* note 12; Zhang, *supra* note 12, at 35.

136 Kraska, *supra* note 14, at 869.

137 海洋科學研究係指「為和平目的擴大海洋環境之認知」，例如海洋學、地質與地球物理上之科學調查；軍事偵察係指「為軍事目的蒐集海洋訊息」，包含蒐集海洋學、海洋地質、地球物理、化學、生物、聲音學與相關之資料，兩者之間僅以其目的為區分，可能產生個案中判斷之困難，容易存在相關爭議。LOUIS B. SOHN & JOHN E. NOYES, CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF THE SEA 580 (2004).

138 《聯合國海洋法公約》第 56 條第 1 款第(b)(2)項。

139 Kraska, *supra* note 14, at 885.

聯合國海洋法會議談判之影響在於使相關關注轉向軍艦之航行問題¹⁴⁰。Treves 並肯定於沿海國大陸礁層上放置軍事設施和其他設備的自由¹⁴¹，包含設置偵測與通訊設施之自由¹⁴²。此等論述引發 Zedalis 撰文反駁，認為由於沿海國對於自然資源之主權權利將受相關裝置之影響，此等主權權利應被適當顧及，放置相關裝置之行為應被禁止¹⁴³。國內學者例如陳荔彤，亦同於 Zedalis 之看法，認為在大陸礁層部署反潛偵測或聲納監視裝置，已嚴重危及沿海國的國家安全以及各國船舶之航行安全，應加以禁止¹⁴⁴。此等討論縱然在《聯合國海洋法公約》通過後，仍有其重要性與價值。在《聯合國海洋法公約》架構下，涉及大陸礁層制度賦予其他國家之自由及其限度，沿海國為探勘大陸礁層和開發其自然資源，於此享有主權權利，外國縱然在大陸礁層享有敷設或維持海底電纜和管線之自由，但此等自由之行使，亦須受沿海國之管轄，包含劃定路線與訂立條件¹⁴⁵。

在專屬經濟區制度確立之後，由於專屬經濟區與大陸礁層在空間上有所連結，透過《聯合國海洋法公約》安排，關於專屬經濟區之海床和底土之權利應依照大陸礁層制度之規定行使¹⁴⁶。沿海國對於專屬經濟區上人工島嶼、設施和結構，享有專屬權利之規範，【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 114 頁】亦比照適用於大陸礁層之人工島嶼、設施和結構¹⁴⁷。例如，中菲南海仲裁案之相關事實、規範分析與適用即與此相關。仲裁判斷認為中國在美濟礁進行之人工化與軍事化之人工島嶼建設，侵害菲律賓於其專屬經濟區和大陸礁層之主權權利與管轄權。由於仲裁判斷認定美濟礁構成菲律賓專屬經濟區之海床和底土，而中國未獲得菲律賓授權建設人工島嶼，違反了《聯合國海洋法公約》第 56 條第 1 款、第 60 條第 1 款、第 80 條之規定¹⁴⁸。此外，由於專屬經濟區與大陸礁層之定義與範圍並不相同，仍存在自然延伸超過 200 浬之外部大陸礁層上方並非專屬經濟區之情形，故縱然在專屬經濟區制度確立之後，仍有必要論述大陸礁層上軍事活動之合法性。在外部大陸礁層之人工島嶼、設施和結構之建造、授權與管理，屬沿海國專屬權利，沿海國並有權設置合理之安全地帶¹⁴⁹。在外部大陸礁層上設置之軍事裝置或進行之軍事活動，並未能排除前述 Treves 和 Zedalis 之爭。惟若相關裝置或活動涉及人工島嶼、設施和結構，自應受沿海國管轄。特別的是在大陸礁層制度中，並無如專屬經濟區制度關於「適當顧及」和剩餘權分配之條文。

140 Tullio Treves, *Military Installations, Structures, and Devices on the Seabed*, 74 AM. J. INT'L L. 808, 808-09 (1980).

141 *Id.* at 839.

142 *Id.* at 846.

143 Rex Zedalis, *Military Installations, Structures, and Devices of the Continental Shelf: A Response*, 75 AM. J. INT'L L. 926, 932-33 (1981).

144 陳荔彤，海洋平時軍事使用的規範管制，載：海洋法論，頁 473，2002 年 7 月。

145 《聯合國海洋法公約》第 79 條。

146 《聯合國海洋法公約》第 56 條第 3 款。

147 《聯合國海洋法公約》第 80 條。

148 Arbitral Award, *supra* note 1, para. 1016.

149 《聯合國海洋法公約》第 80 條、第 60 條第 1 款和第 4 款。

（六）公海與軍事活動

公海不屬於任何國家管轄，對所有國家開放，縱然《聯合國海洋法公約》規定，「除其他外」，公海自由包含航行自由、飛越自由、鋪造海底電纜和管道之自由、建造國際法所容許之人工島嶼和其他設施之自由、捕魚自由與科學研究自由等六大公海自由¹⁵⁰。由此一規定觀之，軍艦與軍機本享有在公海上之航行自由與飛越自【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 115 頁】由。而公海自由亦不以此規定為限，例如在公海上發射衛星¹⁵¹。顯見此一關於公海自由之條款本屬例示性，但涉及在公海上進行相關軍事活動或使用是否可以公海自由論之，不無疑問。

1. 公海軍事活動之合法性問題

由於部分國家習慣於在公海進行軍事操演與武器測試，相關操演與測試之合法性如何在第一次聯合國海洋法會議中本為焦點，但《公海公約》最後卻未規定任何關於海洋和平使用之條款¹⁵²。至於就《聯合國海洋法公約》之規範體系檢視之，公海之軍事使用仍必須受相關條約與習慣國際法之拘束，如下：

一則，延續一九五八年《公海公約》第 2 條第 2 款規定，各國行使公海自由，應「合理顧及」其他國家行使公海自由之利益。《聯合國海洋法公約》透過課予「適當顧及」之義務，平衡相關國家之間權利之行使。依據公約第 87 條第 2 款規定，所謂「適當顧及」係指公海自由之行使，應「適當顧及」其他國家行使公海自由的利益，以及「區域」內活動有關之權利¹⁵³。若未能「適當顧及」他國利益，造成航路迂迴、漁場移動、漁獲減少等妨礙他國於公海之利益，將有構成國際不法行為之嫌；若有關公海使用之計畫，事先通知相關國家或達成協議，設置危險區域事先公告，採取預防措施，乃至於進行補償或賠償，可視為合法使用公海，得以免責¹⁵⁴。然而，此一條款與專屬經濟區制度中課予相關國家「適當顧及」之責（第 56 條第 2 款和第 58 條第 3 款）相同，要求締約國於行使在專屬經濟區和公海之權利時，「適當顧及」沿海國或其他國家之權利和【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 116 頁】義務，由於其未能確立明確之規範內容，被 Churchill 喻為「軟法」（soft law），不同於其他明確與特定之規範，對於締約國賦予權利與課予義務，而被喻為「硬法」（hard law）之規範¹⁵⁵。最後，亦將仰賴國家之間的相互尊重，加以實踐¹⁵⁶。

150 《聯合國海洋法公約》第 87 條第 1 款。

151 SOHN & NOYES, *supra* note 137, at 57.

152 魏靜芬，同註 105，頁 23。

153 《聯合國海洋法公約》第 87 條第 2 款。

154 魏靜芬，同註 105，頁 21；引用山本草二『海洋法と国内法制』日本海洋協會 82 頁（1988 年 3 月）。

155 Robin R. Churchill, *The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA 24, 30 (Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., 2015).

156 如同 Jing Geng 於論述專屬經濟區制度時，對於專屬經濟區制度之「適當顧及」要求，建議相關國家應以「相互尊重」態度為之，可見於 Jing Geng, *The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone Under*

二則，應遵守公海或海洋和平使用之相關規範，依據《聯合國海洋法公約》第 88 條規定：「公海應只用於和平目的。」以及在解釋上，本條規定應與第 301 條一併視之¹⁵⁷。第 301 條規定：「締約國在根據本公約行使其權利和履行其義務時，應不對任何國家的領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他與《聯合國憲章》所載國際法原則不符的方式進行武力威脅或使用武力。」此等規範之意旨並非在限制公海之軍事活動，而在呼應《聯合國憲章》第 2 條第 4 款規定之狀況下，相關軍事活動只要不是使用威脅或武力，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方法，侵害任何會員國或國家之領土完整或政治獨立，又或是相關軍事活動是符合《聯合國憲章》第 51 條自衛權之行使，即可見容於《聯合國海洋法公約》¹⁵⁸。事實上，第三次聯合國海洋法會議期間，以厄瓜多爾為首的數個開發中國家曾表示和平目的必須包含完全「非軍事化」(demilitarization)，並排除所有軍事活動，遭致以美國為首的海【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 117 頁】權國家反對，故而《聯合國海洋法公約》並未對於「和平目的」或「和平使用」作出更明確之限制¹⁵⁹。Churchill 和 Lowe 亦觀察指出，主要海權國家亦未視公約中關於「和平目的」之條文對於常規海軍操演進行限制¹⁶⁰。

2. 公海核武試爆之合法性問題

延續前述，Proelß 認為縱然符合《聯合國憲章》第 2 條第 4 款亦未能合法化所有在公海之軍事活動，公海核武試爆即為一例¹⁶¹。長久以來，公海核武試爆合法性即存在爭議¹⁶²，其無從單純由建立規範基礎之《聯合國海洋法公約》禁止之¹⁶³，或透過國際法一般原則一概稱其為違法¹⁶⁴。由於公約有關海洋和平使用之條款，並未明文全然禁止公海核武試爆¹⁶⁵，呼應公約並未認為軍事活動或是海洋之軍事用途違反海洋之和平使用¹⁶⁶。所涉之相關國際法問題，必須從以下兩個角度詳細檢視之。

一則，《聯合國海洋法公約》除建立海洋分區外，亦課予各國保護和保全海洋環境之一般性義務¹⁶⁷。具體來說，公海核武試爆【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 118 頁】行為所導致有害核能污染問題將違反《公海公約》第 25 條第 1 款要求各國採取

UNCLOS, 28 UTRECHT J. INT'L L. & EURO. L. 22, 29 (2012).

157 Alexander Proelß, *Peaceful Purposes*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum ed., 2015), para. 16.

158 *Id.* paras. 14-15.

159 *Id.* para. 13.

160 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 430-31.

161 Proelß, *supra* note 157, para. 16.

162 關於公海核武試爆之合法性問題，可見於魏靜芬，核子試爆與國際法，輔仁法學，14 期，頁 95-108，1995 年 6 月。

163 陳荔彤亦認為必須以《聯合國海洋法公約》，以及其他各別公約及聯合國決議（包含涉及海軍武器軍備管制、海洋核武試驗與部署權利禁止，和海洋非軍事化區域之相關規範），雙管齊下始足以抑制特定公海軍事活動。陳荔彤，同註 144，頁 476-490。

164 魏靜芬，同註 162，頁 107。

165 SOHN & NOYES, *supra* note 137, at 72.

166 ROTHWELL & STEPHENS, *supra* note 52, at 266.

167 《聯合國海洋法公約》第 192 條。

辦法，以防止傾棄放射廢料而污濁海水。雖然，《聯合國海洋法公約》並未延續《公海公約》第 25 條第 1 款之規範，惟若核能污染危害其他國家行使公海自由之利益時，亦將有違《聯合國海洋法公約》第 87 條第 2 款要求行使公海自由時，須適當顧及其他國家行使公海自由的利益之義務¹⁶⁸。

二則，若從各別限制核武試爆與使用之條約出發，包含禁止核武試爆之相關條約，例如一九六三年《禁止在大氣層、外太空和 underwater 進行核子武器試驗條約》[(Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water)，下稱《部分禁止核子試驗條約》(Partial Nuclear Test Ban Treaty)]¹⁶⁹、一九六八年《禁止核子武器擴散條約》(Treaty on the Non-Proliferation on Nuclear Weapons)，以及一九九六年《全面禁止核子試驗條約》(Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty)；乃至於其他對「國際性公域」無核化之條約，例如一九五九年《南極條約》(Antarctic Treaty)、一九六六年《外太空條約》(Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space)、一九七一年《海床武器控制條約》(Seabed Arms Control Treaty) 以及一九八四年《月球協定》(Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies) 等，亦能理解國際社會對於此等行為之關切，認定其違法性之國際立法發展趨勢，相關條約已為「國際核不擴散制度」【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 119 頁】(International Non-Proliferation of Nuclear Weapons System) 確立法律基礎¹⁷⁰，乃至於正在形成新的國際法一般原則¹⁷¹。

此外，延續前述《聯合國海洋法公約》第 88 條和平目的之論，此類禁止核武試爆條約和「國際公域」無核化條約明確禁止相關軍事活動，部分並設有查察制度，但《聯合國海洋法公約》第 88 條並無類似安排，亦欠缺實質內容¹⁷²。例如，《南極條約》第 1 條規定，南極應只用於和平目的，更進一步全面禁止一切具有軍事性質的措施。《聯合國海洋法公約》並無如此明確之規定，亦未定義何謂「和平目的」。此亦呼應美國立場，其主張任何對於軍事活動之特定限制必須透過針對武器限制條約之詳盡談判為之，除前述條約之外，亦有雙邊條約，如一系列一九七二年美蘇之間裁減海上戰略防衛性武器之雙邊協定，包含《美蘇反彈道飛彈條約》(Treaty on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems)、《美蘇限制戰略防衛性武器某些措施暫行協定》(Interim Agreement on Certain

168 Proelß, *supra* note 157, para. 16. 魏靜芬亦認為放射性落塵造成廣大海域污染，有違反公海自由之虞，可見於魏靜芬，同註 162，頁 97。

169 《部分禁止核子試驗條約》表示「水下」(under water) 包含沿海國領海與公海，明確禁止核子試爆。可見於 Proelß, *supra* note 157, para. 12.

170 張家棟，核武器擴散狀況與防制成效，載：2010 非傳統安全—反洗錢、不正常人口移動、毒品、擴散學術研討會論文集，頁 64-65，2010 年 7 月，<http://trc.cpu.edu.tw/ezfiles/93/1093/img/325/997204.pdf>，最後瀏覽日：2018 年 9 月 20 日。

171 魏靜芬，同註 162，頁 107。

172 魏靜芬，同註 105，頁 22。

Measures with Respect to the Limitation of Strategic Offensive Arms)、《美蘇防止公海海面或上空的意外事件協定》(Agreement on the Prevention of Incidents on and over the High Seas)¹⁷³，但第三次聯合國海洋法會議並未被賦予如此之談判目的與準備¹⁷⁴。Boczek亦認為由於《聯合國海洋法公約》本質上並非【政大法學評論第160期，2020年3月，第120頁】武器控制條約，其「和平目的」條款並未創設新的國際義務¹⁷⁵，亦未禁止海上侵略行動以外之其他任何軍事活動¹⁷⁶，僅違反《聯合國憲章》關於禁止武力使用或武力威脅之行為才是《聯合國海洋法公約》禁止之行為。Boczek認為這些「和平目的」條款雖然多使用硬性要求用語，如「應」(shall)之規範用語¹⁷⁷，但因為規範內容模糊，僅具「軟法」性質¹⁷⁸。長遠來說，此等條款不但提供未來規範發展之基礎，亦至少可以抑制海洋被用為軍事目的之情況¹⁷⁹。

綜合前述，一般來說，《聯合國海洋法公約》所定之和平目的或和平使用之條款，並未被解釋成完全排除海洋之軍事使用或禁止海上軍事活動，亦無從被解釋為禁止於公海之軍事活動。若為針對特定海洋軍事使用進行限制，應透過其他管制方法加以規範，以維持既存世界武力均衡，確保國際穩定和國家安全¹⁸⁰。

(七) 區域與軍事活動

國家管轄範圍以外的海床和洋底及其底土，係為「區域」，與其資源屬於「人類共同繼承財產」(Common Heritage of Mankind)¹⁸¹。隨著水下技術與國防科技的進步，深海海床對於人類的重要性，已不限於礦產資源而已，相關國家亦可能於深海海床設置軍事裝置，深海無人載具亦可能探測此等裝置以及海底電纜可能攜帶之軍事訊息。「區域」上的軍事活動自不能被排除在本文【政大法學評論第160期，2020年3月，第121頁】之外。

與公海制度類似，「區域」制度亦強調其和平目的，例如《聯合國海洋法公約》第141條規定：「『區域』應發放給所有國家，不論是沿海國或內陸國，專為和平目的利用，不加歧視，也不得妨害本部分其他規定。」在解釋上，Wolfrum認為本條文旨在規範「區域」資源之取得和分配問題，未及於「區域」軍事活動問題¹⁸²。若從《聯合國海洋法公約》第1條第1款第3項規定：「『區域』內活動」是指勘探和開發「區域」的資源的一

173 陳荔彤，同註144，頁485-486。

174 Proelß, *supra* note 157, para. 13.

175 Boczek, *supra* note 111, at 458.

176 Boleslaw Adam Boczek, *Peaceful Purposes Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 20 OCEAN DEV. & INT'L L. 359, 371 (1989).

177 《聯合國海洋法公約》第88條。

178 Boczek, *supra* note 176, at 379-80.

179 *Id.* at 380-81.

180 陳荔彤，同註144，頁469。

181 《聯合國海洋法公約》第136條。

182 Wolfrum, *supra* note 134, at 226.

切活動，亦可推論「人類共同繼承財產」之概念並不包含軍事活動¹⁸³。Wolfrum 更延伸認為「國際海床管理局」(International Seabed Authority) 將對於會傷害「區域」之經濟使用的軍事活動進行限制¹⁸⁴。

伴隨著一九六七年亞維·帕多 (Arvid Pardo) 提出「人類共同繼承財產」之倡議，一九七〇年代亦有國家提出將深海底床完全地非軍事化，一九七五年第三次聯合國海洋法會議第三會期中，公約第 141 條條文逐漸被確認。然而，因為《海床武器控制條約》已於一九七一年通過，對於第 141 條是否應擴及處理非軍事化問題之聲音，已逐漸消失。

惟應強調者係不同於公海，「區域」內活動應依公約第 11 部分的明確規定為全人類的利益而進行¹⁸⁵。雖然，如同公海和平使用之論述一般，此等規定未禁止相關軍事活動，但在「區域」內相關活動必須為全人類的利益而進行。若僅係為一國國防之利益，而從事相關軍事活動，則可能有違反此一規定之嫌疑。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 122 頁】

綜言之，在《聯合國海洋法公約》所建立之海洋分區中，由於海權國家與沿海國家之拉鋸，一方面對於海上軍事活動所需要之軍艦航行或軍機飛越進行安排，賦予其由陸向海漸增之自由；另一方面對於在各別海洋分區中涉及之軍事活動進行安排，平衡相關國家之權利和義務。惟不論是談判最終刻意忽略或是保持規範模糊¹⁸⁶，均導致縱然公約通過生效後，相關爭議仍然持續存在。因海上軍事活動所導致之衝突，仍待解決。

二、特殊航行制度

除前述《聯合國海洋法公約》於海洋分區中所作之安排以外，於特殊航行制度中，透過相關航行權之賦予，成為公約中關於軍事活動相關規範類別之一。

(一) 國際海峽與軍事活動

一九四九年國際法院於「科孚海峽案」肯認了用於國際航行之海峽於平時之過境通行。隨著第三次聯合國海洋法會議確立領海寬度之擴大，使得原屬於公海範圍之海峽落入沿海國領海之範圍，必須適用限制較多的領海無害通過制度，為確保此類海域之航行自由，《聯合國海洋法公約》特別作出安排¹⁸⁷。依據公約規定，於連結公海或專屬經濟區的一個部分和公海或專屬經濟區的另一部分之間的「用於國際航行的海峽」(straits which are used for international navigation)，所有船舶和飛機均享有「過境通行」的權利，以繼續不停和迅速過境的目的而行使航行和飛越自由，其通【政大法學評論第 160 期，

183 Proelß, *supra* note 157, para. 20.

184 Wolfrum, *supra* note 134, at 241.

185 《聯合國海洋法公約》第 140 條第 1 款。

186 Pirtle, *supra* note 20, at 9.

187 Kraska, *supra* note 14, at 882.

2020年3月，第123頁】行不應受阻礙，不應予以停止¹⁸⁸。不同於領海無害通過，過境通行制度不問任何理由，包含不論是否涉及軍事演練或活動¹⁸⁹。在國際海峽之航行制度中，並不區分船舶和飛機之種類（軍用或民用）與所有權（私有或國有）¹⁹⁰。惟僅有落入公約規範之「用於國際航行的海峽」範疇中，始有此等通行制度之適用，其他類別之海峽則無此通行制度之適用¹⁹¹。在此類國際海峽制度中，關於通行之「無害」要求不同於領海無害通過制度¹⁹²，海峽國家並不能要求軍艦或軍機獲得事先許可或通知，始得通過海峽¹⁹³。軍艦與軍機主張過境通行權之前提在於「不對海峽沿岸國的主權、領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他違反《聯合國憲章》所體現的國際法原則的方式進行武力威脅或使用武力¹⁹⁴」。惟若涉及其他軍事活動，公約規定，外國船舶於過境通行時，欲進行海洋科學研究或水文測量，必須先經海峽國家事先許可¹⁹⁵。依據此等規定與安排，在《聯合國海洋法公約》所規定之國際海峽範疇中，軍艦和軍機享有航行和飛越國際海峽之權利。

（二）群島水域與軍事活動

由於群島之島嶼、水域和其他自然地形，在本質上構成一個地【政大法學評論第160期，2020年3月，第124頁】理、經濟和政治的實體，或在歷史上已被視為這種實體，《聯合國海洋法公約》賦予全部由一個或多個群島構成的群島國劃定直線群島基線之權利¹⁹⁶。群島基線所包圍之水域為群島水域，其上空、海床和底土，以及其資源，為沿海國主權所及¹⁹⁷。此等規定使群島國享有更多在群島水域的權利。

惟此等權利仍需面對部分限制，容許其他國家主張航行之權利，包含：

1. 無害通過權

所有國家的船舶均享有通過群島水域之無害通過權¹⁹⁸；

2. 群島海道通過權

群島國可指定適當之海道和其上之空中航道，容許所有船舶和飛機，以繼續不停、迅速和無障礙地過境目的，透過正常方式，通過或飛越其群島水域和鄰接之領海¹⁹⁹，此

188 《聯合國海洋法公約》第38條第1款和第2款、第44條。

189 Kraska, *supra* note 14, at 883.

190 HUGO CAMINOS, THE LEGAL REGIME OF STRAITS 144 (1987).

191 CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 105.

192 Jon M. Van Dyke, *Transit Passage Through International Straits*, in THE FUTURE OF OCEAN REGIME-BUILDING 175, 181 (Aldo Chircop, Ted McDorman & Susan Rolston eds., 2009).

193 *Id.*

194 《聯合國海洋法公約》第39條第1款第b項。

195 《聯合國海洋法公約》第40條。

196 《聯合國海洋法公約》第47條第1款。

197 《聯合國海洋法公約》第49條第1款。

198 《聯合國海洋法公約》第52條第1款。

199 《聯合國海洋法公約》第53條第1款和第2款。

即為群島水域之「群島海道通過權」。縱然群島國未指定海道或空中航道，船舶和飛機仍可通過正常用於國際航行的航道²⁰⁰。

前後兩種通過權之差異在於：(1)於群島海道外之群島水域中，沿海國雖須容許船舶主張無害通過，但仍得以保護國家安全所必要為由，暫時停止船舶之無害通過²⁰¹。(2)於群島海道中，飛機享有群島海道通過權；於群島海道以外之群島水域，飛機無法像船舶一樣享有無害通過權。《聯合國海洋法公約》透過群島海道通過制度賦予船舶和飛機之航行和飛越更多的自由，群島海道通過權與國際【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 125 頁】海峽過境通行權相同，故公約規定相關國家之權利與義務比照適用國際海峽過境通行制度²⁰²。類似的立法技術亦存在於群島水域之無害通過制度，比照適用公約第 2 部分第 3 節關於領海無害通過制度之規定²⁰³。

依據此等規定與安排，船舶享有於群島水域之無害通過權，船舶和飛機享有不受阻礙地航行和飛越群島海道之群島海道通過權。關於軍事活動，軍艦和軍機航行和飛越群島海道不受阻礙，自無所疑問。在群島水域之其他部分，軍艦是否仍享有無害通過，亦應同於前述軍艦是否享有領海無害通過之爭辯。

在《聯合國海洋法公約》擴大沿海國管轄權之情形下，賦予海權國家於不同海域中之航行權，此等安排使得海權國家得以確保其海洋權益，此亦呼應美國之立場，認為距離美國遙遠之海域，在全球航行、飛越與通訊上，亦對於美國之安全與經濟利益有重大影響²⁰⁴，而欲透過航行制度確保其海洋權益。惟仍有如 Pirtle 提醒，美國不能過度仰賴公約所確立之制度，隨著海軍科技之進步，機動性之提高，公約當時所作之分區與平衡安排，將使得美國海軍面對之情勢更加嚴峻²⁰⁵。

三、爭端解決機制

國家有義務和平解決爭端，乃係《聯合國憲章》第 2 條第 3 款與第 33 條，以及《聯合國海洋法公約》第 279 條所明文。儘管現實【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 126 頁】中，絕大部分爭端乃係藉由談判所解決，其他則是透過更為正式之程序解決。在《聯合國海洋法公約》所建立之爭端解決機制中，涉及公約之解釋或適用之海洋爭端必須透過強制、有拘束力之第三方爭端解決機制為之²⁰⁶。此一強制程序乃係指公約第 287 條所規定之法院或法庭，包含依據附件 6 所建立之國際海洋法法庭、國際法院、依據附

200 《聯合國海洋法公約》第 53 條第 12 款。

201 《聯合國海洋法公約》第 52 條第 2 款。

202 《聯合國海洋法公約》第 54 條後段。

203 《聯合國海洋法公約》第 52 條第 1 款。CHURCHILL & LOWE, *supra* note 33, at 127.

204 U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, NATIONAL SECURITY AND THE CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA I (2d ed., 1996).

205 Pirtle, *supra* note 20, at 37.

206 SOHN & NOYES, *supra* note 137, at 799; 《聯合國海洋法公約》第 286 條。

件 7 所建立之仲裁法庭、依據附件 8 所建立之特別仲裁法庭²⁰⁷。

依據強制管轄之任擇性例外規定，部分案件類別被排除在強制爭端解決程序之外，而必須訴諸其他途徑解決，例如關於軍事活動，包括從事非商業服務的政府船隻和飛機的軍事活動的爭端，可由國家於簽署、批准或加入公約時，以書面聲明不接受強制程序²⁰⁸。亦即涉及該等國家海上軍事活動所導致之爭端被排除在《聯合國海洋法公約》強制管轄之外，而回歸至《聯合國憲章》第 33 條所提出之其他爭端解決方式解決。此等安排，一則凸顯公約肯認政府船隻從事軍事活動和武力使用具有特殊地位，在符合一定程序時，可以排除強制管轄之適用²⁰⁹；二則實際上排除爭端解決機制用以解決因為軍事活動所生之爭議之可能。

以現今主要國家為例，中國與俄羅斯均於簽署或批准公約之際，透過單方聲明，排除海上軍事活動之強制管轄²¹⁰。雖美國並【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 127 頁】非公約之締約國，依據美國參議院外交委員會之報告所稱，若美國未來加入公約，亦將有意發布此等聲明，排除海上軍事活動之強制管轄，甚至在此一聲明裡主張其軍事情報活動亦包含在「軍事活動」範圍中，不受公約爭端解決機制管轄²¹¹。其他國家，包含阿根廷、白俄羅斯、加拿大、維德角共和國、智利、厄瓜多、法國、加彭、墨西哥、葡萄牙、泰國、突尼西亞、烏克蘭和英國，亦在簽署或批准公約時，或成為締約國之後，所作之相關聲明中，排除公約爭端解決機制對於其海上軍事活動之強制管轄，儘管尼加拉瓜很例外地接受國際法院對於其軍事活動之管轄權，而挪威與斯洛維尼亞僅排除依據公約附件 7 所組成之仲裁庭對於其軍事活動之管轄權²¹²。惟此等國家實踐使得何謂軍事活動與其合法性問題更有必要加以釐清。如此規範與實踐使得《聯合國海洋法公約》所建立之爭端解決機制無從用以解決因為海上軍事活動所導致之衝突與緊張²¹³。國家之所以作出相關聲明主因在於沿海國、船旗國與爭端解決機制之間的關係複雜，所以大部分國家無意將敏感的軍事活動所生之爭端提交到國家無從掌握的爭端解決機制審理²¹⁴，故而締約國透過聲明軍事活動排除強制管轄條款，排除任何法院或法庭對於其海上軍事活動之管轄權。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 128 頁】

207 《聯合國海洋法公約》第 287 條第 1 款。

208 《聯合國海洋法公約》第 298 條第 1 款第 b 項。

209 Francioni, *supra* note 16, at 204.

210 UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Declarations and Statements-Russia Federation, available at http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Russian%20Federation%20Upon%20ratification (last visited: 2018.09.20).

211 U.S. Government Publishing Office, Senate Executive Report 110-9, Convention on the Law of the Sea, December 19, 2007, Mr. Biden, from the Committee on Foreign Relations, Submitted the Following Report Together with Minority Views to Accompany Treaty Doc. 103-39, available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-110erpt9/html/CRPT-110erpt9.htm> (last visited: 2018.09.20).

212 UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Declarations and Statements, available at http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm (last visited: 2018.09.20).

213 Kraska, *supra* note 14, at 885.

214 *Id.* at 886-87.

若爭端國家之間對於該法院或法庭是否具有管轄權有所爭議，依據《聯合國海洋法公約》第 288 條第 4 款規定，此一問題應由該法院或法庭以裁定解決。一旦確認管轄權成立，則該法院或法庭將有權進行實質審理。此時必須考慮的是，雖然《聯合國海洋法公約》建立海上軍事活動之基本規範架構，但由於相關條款之解釋與實踐存在爭議，若因為軍事活動排除強制管轄條款導致欠缺有權解決此類爭端之法院或法庭，最終將使得海上軍事活動所導致之緊張局勢無從解決，Kraska 即是採取如此悲觀之態度²¹⁵。

然而，近年仍可見涉及海上軍事活動之爭端由依據《聯合國海洋法公約》所成立之爭端解決機制加以解決之例，以突破此種困境。相關案例，例如：在二〇一三年「國際海洋法法庭」北極日出號案（ITLOS Arctic Sunrise Case）中，俄羅斯扣押綠色和平組織所屬之荷蘭籍船舶北極日出號，荷蘭將案件提交到「國際海洋法法庭」，請求採取「臨時措施」（provisional measures），釋放船舶與人員。俄羅斯主張相關行為僅是執法行為，又涉及公約第 298 條強制管轄排除條款，拒絕出庭。惟「國際海洋法法庭」最終仍認為對於荷蘭採取臨時措施之請求，享有管轄權，在確認管轄權成立後，作出臨時措施之命令²¹⁶。又如二〇一六年南海仲裁案仲裁判斷，²¹⁷關於菲律賓控訴中國於南海島礁從事軍事活動之部分，菲律賓稱關於何謂軍事活動，涉及行為國本身如何定位該等行為，而中國一再聲稱其於美濟礁之總總行為僅是民用用途，且是短暫防禦用途，不具軍事特徵之行為。菲律賓則稱中國領導人習近平一再稱【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 129 頁】中國無意將美濟礁軍事化²¹⁸。依據菲律賓之解釋，軍事活動排除強制管轄條款須檢視軍事活動之本質與目的，菲律賓認為若是多重目的之活動或是以軍事單位掩護其他活動者不應認定為屬於此一條款適用之範圍。關於中國「填海造陸」（land reclamation）一舉，菲律賓認為軍事人員於建造中之參與，並不代表其活動即具有軍事目的。軍隊之後勤任務常涉民用目的，中國解放軍本即參與國家重建，在過去之紀錄裡，更已有大量供作民用之經驗²¹⁹。

中國縱然拒絕出席仲裁庭，但仲裁庭衡酌中國於一九九五年中菲雙邊會議曾作之說明，中國漁民常年使用美濟礁為避風港，中國在相關島礁之建設並非軍事用途，僅係避風之用。在九〇年代，中國維持同樣立場，一再重申於美濟礁之活動僅係民用，而非軍用。縱然設有雷達設施，亦僅是碟形電視衛星天線，使珊瑚礁上的人員能夠觀看普通電視節目²²⁰。直到二〇一五年，中國之立場亦維持不變，強調其建設主要係公共用途，包含多功能燈塔、海上緊急事件之搜救設施、氣象觀測站、海事科學研究中心，以及醫療

215 *Id.* at 887.

216 *The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Order of 25 October 2013, ITLOS Reports 2013, at 244.*

217 *Arbitral Award, supra note 1.*

218 *Id.* para. 1012.

219 *Id.* para. 1013.

220 *Id.* paras. 1020-21.

和急救設施²²¹。

仲裁庭為決定中國於美濟礁進行之活動是否為軍事活動，得以排除仲裁庭之管轄，亦延續前述中國所稱其建設意在民用，並引用中國領導人習近平稱其相關建設活動並非針對任何國家，中國亦無意於進行軍事化²²²。最後認為，既然中國本身持續否認其軍事特性，雖然美濟礁型態已有重大轉變，仲裁庭亦將接受中國一再重申之立場，認為此為民用活動，而非《聯合國海洋法公約》第 298 條【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 130 頁】第 1 款第 b 項軍事活動排除強制管轄條款之範圍，故而仲裁庭對於相關行為仍有管轄權²²³。最後，仲裁庭在確認美濟礁為菲律賓專屬經濟區和大陸礁層之一部分，非為中國所主張任何島礁所衍生之主權權利範圍，並認定中國於美濟礁所進行之相關人工島嶼與設施建設活動，未得菲律賓之同意，侵害公約第 60 條與第 80 條賦予沿海國於專屬經濟區和大陸礁層之主權權利²²⁴。

關於本案，應注意者係，仲裁庭為行使管轄權，透過將相關行為解釋為「民用」，非為軍事活動，把實質上在專屬經濟區與大陸礁層上進行之「軍事」活動，納入管轄，不受公約第 298 條第 1 款第 b 項所作之排除管轄聲明之限制。儘管本案未直接論及專屬經濟區或大陸礁層上軍事活動之合法性問題，但透過公約第 60 條與第 80 條關於人工島嶼、設施和結構之規定，仲裁庭認定了相關行為之違法性。凸顯當締約國透過排除管轄聲明排除軍事活動之強制管轄時，爭端解決機制為落實其管轄權，應對之方法即係將相關活動解釋成非為軍事，並透過其他規範加以限制，宣告相關行為違法。

從前述兩案可知，這是近年來可見實質上涉及軍艦或軍事活動，而被告國家均主張其依據公約第 298 條第 1 款第 b 項所作之排除管轄聲明，拒絕出庭之案例，而爭端解決機制仍認為其具有管轄權，最後進入實質審判時，作出對缺席之被告國家不利之命令或判斷。更由南海仲裁庭所採之立場可知，在仲裁庭判斷是否有軍事活動排除強制管轄條款之適用時，關於何謂軍事活動之判斷，行為國本身如何定位該等行為將成為仲裁庭管轄權判斷之關鍵依據。裁庭在判斷其是否有管轄權之態度方向上，亦不會輕易地放棄其管轄之機會。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 131 頁】

肆、結論

依據本文分析，在《聯合國海洋法公約》所建立之架構下，雖無專門針對軍事活動之規範，但從海洋分區與特殊航行制度架構下的安排，可以瞭解海權國家與沿海國家之間的折衝與拉鋸。除了透過相關通行制度之安排，確保軍艦於領海、國際海峽與群島海

221 *Id.* paras. 1022-23.

222 *Id.* para. 1027.

223 *Id.* para. 1028.

224 *Id.* para. 1043.

道之航行，以及軍機於國際海峽與群島海道之飛越，相關軍事活動若不悖離於和平目的或是受到各別武器限制條約之限制，在符合《聯合國憲章》相關規定之前提下，仍有存在之空間。縱然公約強調海洋之和平使用，但解釋上，並未認為公約全然禁止海上軍事活動之進行。就特別敏感之議題，包含軍艦於領海之無害通過權，以及在不同海域分區中之軍事活動合法性問題，涉及海權國家與沿海國家不同立場之爭辯僵持不下。不論透過各國本身之實踐嘗試避免衝突，或是透過《聯合國海洋法公約》條文要求「適當顧及」其他國家之權利和義務，嘗試平衡相關國家之利益，相關法律爭議仍然存在，仰賴爭端解決機制加以解決。

就本文所述相關軍事活動，包含中國與越南在相關島礁之軍事建設，若是純粹位於自身陸地領土上之行為，在聯合國憲章之限度下，自屬國家主權行使之範疇。惟若係位於沿海國專屬經濟區與大陸礁層，從事島礁人工化與軍事化之行為例如建造相關人工島嶼、設施和結構，將涉及專屬經濟區與大陸礁層制度賦予沿海國之管轄權。

此外，關於中、俄、美、韓等國之軍事演習，若是位在他國專屬經濟區，沿海國雖有不得干擾航行自由和其他海洋合法使用之義務；其他國家於行使其自由權時，亦必須克制避免侵害沿海國主權權利和管轄權之義務。若涉相關衝突，其解決，應在公平的基礎上，以及參照一切有關情況，考慮到所涉利益分別對有關各方和整【**政大法學評論第160期，2020年3月，第132頁**】個國際社會的重要性，加以判斷。若相關行為發生於公海，則應「適當顧及」其他國家行使公海自由的利益，以及「區域」內活動有關之權利，並應遵守公海或海洋和平使用之相關規範。

其他如軍艦航行與軍機飛越於相關水域，包含在朝鮮半島周遭、臺灣周遭，乃至於宮古海峽、巴士海峽與臺灣海峽，涉及相關水域性質之認定。若係位於符合「連結公海或專屬經濟區的一個部分和公海或專屬經濟區的另一部分之間的『用於國際航行的海峽』」的水域，所有船舶和飛機均享有過境通行權，以繼續不停和迅速過境的目的而行使航行和飛越自由，其通行不應受阻礙，不應予以停止。軍艦之航行與軍艦之飛越於此類海峽中享有較高之權利，惟其前提在於「不對海峽沿岸國的主權、領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他違反《聯合國憲章》所體現的國際法原則的方式進行武力威脅或使用武力」。若相關行為係進行海洋科學研究或水文測量，必須先經海峽國家事先許可。若非位於前述「用於國際航行的海峽」水域，則應依各該水域之性質，判斷其航行權之性質，主要包含領海之無害通過權與專屬經濟區之航行自由與飛越自由。前者，涉及海權國家與開發中國家關於軍艦無害通過權之爭，縱然部分開發中國家有事先許可之要求，在當代之實踐亦少見國家刻意激化爭議。後者，涉及相關權利之行使，必須「適當顧及」沿海國於其專屬經濟區之權利和義務，否則將有違反國際法之虞。若相關水域存有公海，其航行亦應負有「適當顧及」之義務。若相關水域涉及群島海道，則軍艦與軍機則均享有通過權。

相關行為若涉爭議，雖然公約締約國可以透過軍事活動排除強制管轄條款之相關聲明，排除公約爭端解決機制之管轄權，使得欲透過爭端解決機制消弭此種法律爭議之發展並不樂觀。但從近年案例觀之，國際爭端解決機制為發揮其功能，對於相關案件之管轄權【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 133 頁】認定，漸趨寬鬆。透過爭端解決機制之介入，解決海上軍事活動導致之衝突，不無可能。例如於北極日出號案中，國際海洋法法庭對於軍艦之執法行為行使管轄權；於南海仲裁案中，仲裁庭對於以民用為藉口，而進行實質上軍事化之建設，亦主張擁有管轄權。在此等邏輯下，實質上為軍事目的，卻以水文測量或人道救援為藉口，而於沿海國專屬經濟區進行軍艦之操演和航行之類的行為亦將成為公約建立爭端解決機制所管轄之範圍。惟進入到實質審理之階段時，將凸顯第三次聯合國海洋法會議於談判時在公約條文所保留之模糊地帶，將導致個案在判斷上之困難。一旦爭端解決機制確認有管轄權，進入實質審理之階段時，爭端解決機制將面對新的挑戰，而必須加以克服。【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 134 頁】

參考文獻

一、中文

1. 丘宏達、陳純一，現代國際法，3版，2012年9月。(Hung-Dah Chiu & Chun-I Chen, *Modern International Law*, 3rd ed. (2012).)
2. 姜皇池，國際海洋法（上冊），2版，2018年4月。(Huang-Chih Chiang, *International Law of the Sea (I)*, 2d ed. (2018).)
3. 張福昌，歐洲聯盟反海上恐怖主義之研究—以 Atalanta 行動為例，載：第六屆「恐怖主義與國家安全」學術暨實務研討會論文集，頁 207-228，2010年12月。(Fu-Chang Chang (2010), *A Study of EU's Anti-Maritime Terrorism, the Case of the Atalanta*, in: PROCEEDINGS OF THE 6TH SYMPOSIUM ON "TERRORISM AND NATIONAL SECURITY", 207-228.)
4. 陳荔彤，海洋平時軍事使用的規範管制，載：海洋法論，頁 463-510，2002年7月。(Lih-Torng Chen (2002), *Regulations and Control of Maritime Peacetime Military Use*, in: LAW OF THE SEA, 463-510.)
5. 黃忠成，軍艦與無害通過之關係，軍法專刊，44卷11期，頁 27-34，1998年11月。(Chung-Cheng Huang, *The Relations Between Warships and Innocent Passage*, 44(11) THE MILITARY LAW JOURNAL, 27-34 (1998).)
6. 黃忠成，論外國船舶在我國專屬經濟海域從事軍事活動之適法性，軍法專刊，51卷4期，頁 14-21，2005年4月。(Chung-Cheng Huang, *The Legality of Foreign Vessels Conducting Military Activities in the ROC's EEZ*, 51(4) THE MILITARY LAW JOURNAL, 14-21 (2005).)
7. 魏靜芬，核子試爆與國際法，輔仁法學，14期，頁 95-108，1995年6月。(Jing-Fen Wei, *Nuclear Test and International Law*, 14 Fu JEN LAW REVIEW, 95-108 (1995).)
8. 魏靜芬，論軍事演習在國際法上的地位，軍法專刊，43卷6期，頁 20-30，1997年6月。(Jing-Fen Wei, *The Status of Military Exercises Under International Law*, 43(6) THE MILITARY LAW JOURNAL, 20-30 (1997).)【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 135 頁】

二、日文

◎山本草二『海洋法と国内法制』日本海洋協會（1988年3月）。

三、外文

1. Andreone, Gemma (2015), *The Exclusive Economic Zone*, in Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., THE OXFORD HANDBOOK OF

- THE LAW OF THE SEA. (Oxford: Oxford University Press).
2. Ballester, Gamaliel Rodriguez, *The Right of Innocent Passage of Warships: A Debated Issue*, 54 REV. DER. P.R. 87 (2014).
 3. Boczek, Boleslaw Adam, *Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries*, 19 OCEAN DEV. & INT'L L. 445 (1988).
 4. Boczek, Boleslaw Adam, *Peaceful Purposes Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 20 OCEAN DEV. & INT'L L. 359 (1989).
 5. Caminos, Hugo (1987), *THE LEGAL REGIME OF STRAITS*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
 6. Churchill, Robin R. & Lowe, Alan V. (1999), *THE LAW OF THE SEA* (3d ed.), Manchester: Manchester University Press.
 7. Churchill, Robin R. (2015), *The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*, in Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA*. (Oxford: Oxford University Press).
 8. Francioni, Francesco, *Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea*, 18 CORNELL INT'L L.J. 203 (1985).
 9. Franckx, Erik, *Innocent Passage of Warships. Recent Developments in US-Soviet Relations*, 14 MAR. POLICY 484 (November 1990).
 10. Franckx, Erik, *American and Chinese Views on Navigational Rights of Warships*, 10 CHINESE JIL 187 (March 2011).
 11. Geng, Jing, *The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone Under UNCLOS*, 28 UTRECHT J. INT'L L. & EURO. L. 22 (2012). **【政大法學評論第160期，2020年3月，第136頁】**
 12. Guilfoyle, Douglas (2015), *The High Seas*, in Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA*. (Oxford: Oxford University Press).
 13. Hoffmann, Albert (2015), *Freedom of Navigation*, in Rüdiger Wolfrum ed., *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*. (Oxford: Oxford University Press).
 14. Jin, Shao, *The Question of Innocent Passage of Warships*, 13 MAR. POLICY 56 (January 1989).
 15. Juda, Lawrence, *Innocent Passage by Warships in the Territorial Seas of the Soviet Union: Changing Doctrine*, 21 OCEAN DEV. & INT'L L. 111 (1990).

16. Klein, Natalie (2005), *DISPUTE SETTLEMENT IN THE UN CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA*, Cambridge: Cambridge University Press.
17. Kraska, James (2011), *MARITIME POWER AND LAW OF THE SEA*, Oxford: Oxford University Press.
18. Kraska, James (2015), *Military Operations*, in Donald Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott & Tim Stephens eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA*. (Oxford: Oxford University Press).
19. Lagoni, Rainer (2007), *Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone*, in Tafsir M. Ndiaye & Rüdiger Wolfrum eds., *LAW OF THE SEA, ENVIRONMENTAL LAW AND SETTLEMENT OF DISPUTE*. (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers).
20. Lovelace, Douglas (2014), *ASSESSING THE REORIENTATION OF U.S. NATIONAL SECURITY STRATEGY TOWARD THE ASIA-PACIFIC*, Oxford: Oxford University Press.
21. Nandan, Satya N. & Rosenne, Shabtai (1993), *UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA 1982 A COMMENTARY, VOL. II*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
22. Pedrozo, Raul (Pete), *Preserving Navigational Rights and Freedom: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone*, 9 CHINESE JIL 9 (March 2010).
【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 137 頁】
23. Pirtle, Charles E., *Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium*, 31 OCEAN DEV. & INT'L LAW 7 (2000).
24. Proelß, Alexander (2015), *Peaceful Purposes*, in Rüdiger Wolfrum ed., *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*. (Oxford: Oxford University Press).
25. Rothwell, Donald R. & Stephens, Tim (2010), *THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA*, Oxford: Hart Publishing.
26. Sohn, Louis B. & Noyes, John E. (2004), *CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF THE SEA*, New York: Transnational Publishers.
27. Sohn, Louis B., *Peacetime Use of Force on the High Seas*, 64 INT'L L. STUD. SER. US NAVAL WAR COL. 38 (1991).
28. Song, Yann-Huei, *China and the Military Use of the Ocean*, 21 OCEAN DEV. & INT'L L. 213 (1990).
29. Song, Yann-Huei, *The PRC's Peacetime Military Activities in Taiwan's EEZ: A Question of Legality*, 16 INT'L J. MARINE & COASTAL L. 625 (2001).

30. Stephens, Dale G., *The Impact of the 1982 Law of the Sea Convention on the Conduct of Peacetime Naval/Military Operations*, 29 CAL. W. INT'L L.J. 283 (1999).
31. Treves, Tullio, *Military Installations, Structures, and Devices on the Seabed*, 74 AM. J. INT'L L. 808(1980).
32. U.S. Department of Defense (1996), NATIONAL SECURITY AND THE CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA I (2d ed.), Washington, D.C.: Department of Defense.
33. Van Dyke, Jon M. (2009), *Transit Passage Through International Straits*, in Aldo Chircop, Ted McDorman & Susan Rolston eds., THE FUTURE OF OCEAN REGIME-BUILDING. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers).
34. Wolfrum, Rüdiger, *Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?*, 24 GERMAN Y.B. INT'L L. 200 (1981).
35. Zarbiyev, Fuad, *Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis*, 3 J. INT'L L. DLSP. SETTLEMENT 247 (2012).
36. Zedalis, Rex, *Military Installations, Structures, and Devices of the Continental Shelf: A Response*, 75 AM. J. INT'L L. 926 (1981). 【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 138 頁】
37. 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 31 (March 2010).
38. Zou, Keyuan, *Innocent Passage for Warships: The Chinese Doctrine and Practice*, 29 OCEAN DEV. & INT'L L. 195 (1998). 【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 139 頁】

A Study on International Regulations Concerning the Military Activities at Sea

Chen-Ju Chen*

Abstract

Regarding the international regulations on military activities at Sea, the United Nations Convention on the Law of the Sea (LOS Convention) is applied in the peacetime and establishes both the maritime zones and navigation system. Through the navigation system, the LOS Convention ensures the navigational rights of warships in territorial seas, international straits and archipelagic sea lanes, along with the overflight rights of military aircrafts in international straits and archipelagic sea lanes. As long as the military activities do not deviate from the purpose of peace, there is still room for their existence. While the LOS Convention has adopted ambiguous terms in order to balance both the rights and obligations of maritime States and coastal ones, the relevant legal arguments whose resolutions rely on dispute settlement mechanisms still remain. The contracting parties of the LOS Convention can adopt the declarations to exclude disputes about military activities from the compulsory jurisdictions of the dispute 【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 140 頁】 settlement mechanisms. Yet recently such mechanisms tend to accept their own jurisdictions over these case types. Once entered into substantive procedures, such mechanisms will face new challenges that need to be resolved.

Keywords:

Mare Liberum, Mare Clausum, UN Convention on the Law of the Sea, Exclusively Economic Zone, Innocent Passage, Transit Passage, Archipelagic Sea Lanes Passage, Vessels, Warships, Military Activities at Sea 【政大法學評論第 160 期，2020 年 3 月，第 141 頁】

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. iur., University of Hamburg, Germany.