

# 争议海域维权执法的强制管辖风险及中国因应

——基于“乌克兰舰艇扣押案”中海洋法法庭指示临时措施的反思

刘 美\*

**摘要：**“乌克兰舰艇扣押案”中，国际海洋法法庭的裁决实际为军事活动的认定设定了高门槛，通过排除军事活动例外的适用，扩张了自身管辖权。法庭的裁决是其管辖权理论与实践的一部分，迎合了《联合国海洋法公约》对沿海国的管辖倾向，同时兼顾了争端解决程序的内在程序价值。鉴于我国主张通过谈判解决海洋争端的基本立场，该案裁决意味着我国在争议海域维权执法方面实际面临着强制管辖的风险。对此，我国应当坚持有区别的维权执法，管控冲突，建立统一的海上维权执法标准。同时，应当重视证据的保存与提供，以免在争端解决中处于不利地位。

**关键词：**《联合国海洋法公约》 军事活动例外 争议海域维权执法 强制管辖风险

2019年5月25日，应乌克兰申请，国际海洋法法庭（以下简称法庭）就“乌克兰舰艇扣押案”（“*Ukraine v. Russian Federation*”）指示临时措施，要求俄罗斯立即释放乌克兰海军舰艇“别尔江斯克号”（Berdyansk）、“尼科波尔号”（Nikopol）和“亚内卡布号”（Yani Kapu），同时释放被拘留的24名乌克兰海军人员。该案中，乌克兰诉称俄罗斯扣押乌方海军舰艇及人员的行为违反《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第32条（军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的豁免）、第58条（其他国家在专属经济区内的权利和义务）、第95条（公海上军舰的豁免权）以及第96条（专用于政府非商业性服务的船舶的豁免权），<sup>①</sup>请求《公约》附件七仲裁庭作出裁决，并请求法庭在仲裁庭成立之前先行指示临时措施。<sup>②</sup>俄罗斯则认为，该案争议涉及《公约》第298条第1款（b）项所指的军事活动例外（military activities exception），俄乌双方均声明

\* 华东政法大学国际法学院博士研究生。本文得到2018年度国家社会科学基金重大项目“军民融合战略下海上通道安全法治保障研究”（18ZDA155）支持。

① See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 39.

② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 22–24.

排除此类争端的强制管辖，故仲裁庭无管辖权，<sup>①</sup>同时，俄方拒绝参加法庭组织的关于临时措施的听证。法庭经过审理后认为，尽管该案中俄罗斯海岸警卫队使用了武力，但争议核心仍是双方对于刻赤海峡通行制度的不同理解，<sup>②</sup>俄方的行为本质上是执法活动（law enforcement activities）而非军事活动，不能适用军事活动例外，仲裁庭有管辖权。<sup>③</sup>

鉴于我国早在2006年就已经根据《公约》提交声明，排除《公约》第298条第1款（a）、（b）、（c）项所述任何争端，此类争端不接受《公约》第十五部分第二节规定的任何程序，<sup>④</sup>且我国一贯主张通过当事国谈判协商解决海洋争端。故应当警惕法庭在该案中对执法活动的认定可能增加我国在争议海域维权执法的强制管辖风险，谨防相关裁决损害我国解决海洋争端的基本政策及整体海洋利益。

## 一 “乌克兰舰艇扣押案”中执法活动的认定

“乌克兰舰艇扣押案”的基本事实如下。2018年11月25日，三艘乌克兰舰艇从位于黑海的乌克兰敖德萨港出发，目的地是位于亚速海的乌克兰别尔江斯克港，在行至刻赤海峡时遭到俄罗斯海岸警卫队拦截。<sup>⑤</sup>俄方告知乌方称，其通行不符合2015年俄罗斯交通部批准的《刻赤港强制管理条例》（the Mandatory Regulations for the Seaport of Kerch）相关程序，且俄方出于风暴后的安全考虑暂停外国军舰穿越刻赤海峡。<sup>⑥</sup>而乌方则援引俄乌双方2003年签订的合作使用亚速海与刻赤海峡条约意欲继续通行，后遭到俄罗斯海岸警卫队封锁约8小时。<sup>⑦</sup>在乌方舰艇放弃任务驶离海峡时，俄海岸警卫队要求其停止航行，在命令被无视后，俄海岸警卫队动用了武力。一艘俄方海岸警卫队船只向“别尔江斯克号”开火，导致后者船体受损，3名船员受伤。<sup>⑧</sup>后在俄国防部一架武装直升机的配合下，乌方三艘舰艇及舰上人员均被扣押，此外，俄黑海舰队一艘护卫舰

① See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Memorandum of the government of the Russian Federation, 7 May 2019, paras. 26 – 27.

② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 72.

③ 根据《公约》第298条第1款（b）项，执法活动例外限于第297条第2款和第3款下不属于法院或法庭管辖的与行使主权权利或管辖权相关的执法活动。“北极日出号案”（*Arctic Sunrise Arbitration*）中，仲裁庭再次明确，声明不能排除与行使主权权利或者管辖权相关的所有执法活动，除非该争端同时属于第297条第2和第3款下与海洋科学研究或者渔业有关的执法活动。参见 *The “Arctic Sunrise” Arbitration (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*, Award on Jurisdiction, 26 November 2014, PCA Case No. 2014 – 02, para. 69.

④ 参见《中国根据〈联合国海洋法公约〉第298条提交排除性声明》，中华人民共和国外交部，[https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/tytj\\_674911/tyfg\\_674913/t270754.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/t270754.shtml)，最后访问时间：2019年9月18日。

⑤ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 12 – 14.

⑥ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Memorandum of the Government of the Russian Federation, 7 May 2019, paras. 12 – 14.

⑦ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 71.

⑧ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 31, 71, 73.

参与监视乌方行动。<sup>①</sup> 在俄罗斯随后启动的国内刑事诉讼程序中，乌方 24 名军人被指控非法穿越俄罗斯边境。<sup>②</sup> 基于上述事实，乌克兰请求法庭在《公约》附件七仲裁庭成立之前指示临时措施，要求俄方立即释放三艘乌方舰艇，暂停针对乌方 24 名军人的刑事诉讼程序，释放并且允许他们返回乌克兰。<sup>③</sup>

### （一）法庭认定执法活动的要点

法庭认为，本案首要争议是《公约》第 298 条第 1 款（b）项的适用性问题，即提交仲裁的争议是否涉及军事活动，乌克兰坚称其诉求立足于俄方非法的执法活动。<sup>④</sup> 对此，法庭提出了四个基本观点。第一，区别军事活动和执法活动不能仅仅着眼于事件中是否有军舰或者执法船参与，因为船舶的军事属性和执法属性已经变得相当模糊，而且联合行动极为常见。第二，区分两种活动不能仅仅依赖于争端各方的描述，因为描述是主观且多变的，尤其是援引军事活动例外一方所作的陈述。第三，军事活动与执法活动的区分必须建立在对事件的客观评判之上，充分考虑案件有关情况。第四，应当充分检视乌方舰艇及船员被扣押前的一系列事件。法庭认为，上述四个方面都是辨别军事活动与执法活动的考量因素。<sup>⑤</sup>

案件事实方面，法庭尤其关注到三种情况。其一，导致逮捕的基本争议是乌克兰海军舰艇通过刻赤海峡，一般来说，海军舰艇通行本身难以被认定为军事活动。同时，法庭也注意到俄乌两国持续紧张的态势，以及乌方所称，在此之前其海军舰艇最近于 2018 年 9 月完成在刻赤海峡的通行。根据已有证据，法庭认为乌方海军舰艇不可能是未经允许的秘密入侵。其二，从乌方舰艇被拒绝通行，到其因继续通行而被俄罗斯海岸警卫队限制行动长达 8 小时的事实，以及过程中双方主张的通行依据来看，核心争端是对海峡过境制度的不同理解，本质上是非军事的。其三，乌克兰海军舰艇驶离的过程中，俄罗斯海岸警卫队追击并使用了武力，乌方舰艇被截停扣押。<sup>⑥</sup> 法庭并未特别提及俄方武装直升机和驱逐舰参与该行动，而是重点考察了上述事件发生的顺序，认为使用武力发生在执法行动当中。另外，法庭关注到后续俄方指控乌克兰军人非法穿越俄罗斯边境，以及援引《公约》第 30 条“军舰对沿海国法律和规章的不遵守”的客观事实。<sup>⑦</sup> 基于上述，法庭认为俄方行为属于执法活动，不适用军事活动例外。

① See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Memorandum of the Government of the Russian Federation, 7 May 2019, para. 19.

② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 41.

③ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 23 – 24.

④ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 63.

⑤ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 64 – 67.

⑥ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 68 – 75.

⑦ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 76.

## （二）其他考量因素

除了上述法庭在裁决中明确表示关注的因素之外，本案中执法活动认定的其他考量因素散见于法官的个别意见当中。归纳起来，主要包括以下三点。

### 1. 《公约》对军事活动的界定

耶稣（Jesus）法官认为，军事活动的界定是法庭裁决的一个核心要素。<sup>①</sup> 尽管《公约》没有定义军事活动，但《公约》第19条第2款（a）至（f）项实际上概括了具有军事性质的具体活动。<sup>②</sup> 从《公约》整体性的角度出发，《公约》第19条第2款的列举确实有助于理解军事活动，结合《公约》现有条款探讨军事活动的界定亦能实现《公约》的前后统一，相互衔接。但需要注意的是，第19条第2款（a）至（f）项是对外国船舶非无害通过行为的列举，军事活动不等于非无害通过。

具体而言，尽管该条款列举军事演习、武器射击、飞机起落、威胁或者使用武力等具有明显的军事属性，<sup>③</sup> 但不同于军事活动凸显活动本身军事属性，无害通过强调船舶避免对沿海国和平、良好秩序或安全的损害。军事活动与非无害通过既有重合也存在差异，即在一国领海内，某些有损沿海国上述利益的军事活动构成非无害通过，而非无害通过又不仅仅局限于军事活动。例如，（e）项所列举“在船上起落或接载任何飞机”，很难将该行为直接定义为军事活动，实践中除军舰外，执法船舶甚至民用船舶已经能够承载该活动。因此，以是否构成非无害通过来衡量是否属于军事活动并不严谨。另外，根据耶稣法官的观点，争议是否构成军事活动例外，必须同时考察俄乌双方在事件中采取的行动。<sup>④</sup> 换言之，《公约》第19条第2款（b）项所指军事活动例外包括三种情况，即船舶实施军事活动，沿岸国采取军事行动，以及双方爆发军事冲突，三者取一均可满足“军事活动例外”，所以即使认为《公约》第19条第2款（a）至（f）项是对军事活动的列举，该列举也仅仅适用于船舶实施军事活动这种情形。

本案中，俄罗斯曾援引菲律宾单方面提起的“南海仲裁案”中仲裁庭描述的“一种典型的军事情势”，即“一方涉及军事力量，另一方涉及军事和准军事力量，双方形成对峙”。<sup>⑤</sup> 但该论点并未得到法庭的支持。正如有学者在“南海仲裁案”之后所评论，军事活动例外的外部界限尚未完全划定，而裁决的审慎做法应当是消除各国对于第198条第1款（b）项作为其加入公约必要条件的疑虑。<sup>⑥</sup> 实践中，美国更是长期秉持一种观点，即认为以和平为目的的军事活动符合《联合国宪章》和国际法原则，有关军事活动的任何具体的限制需要一份详细的军备控制

① See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 1.

② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 15.

③ See Francesco Francioni, “Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea”, (1985) 18 *Cornell International Law Journal* 203, p. 205.

④ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 2.

⑤ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Memorandum of the Government of the Russian Federation, 7 May 2019, para. 30.

⑥ See Lori Fisler Damrosch, “Military Activities in the UNCLOS Compulsory Dispute Settlement System: Implications of the South China Sea Arbitration for U. S. Ratification of UNCLOS”, (2016–2017) 110 *AJIL Unbound* 273, p. 278.

协议加以协商。<sup>①</sup> 这无疑从侧面反映出，主权国家对涉及军事活动问题的态度格外谨慎，军事活动例外作为对军事活动争议管辖的豁免，最终回归到军事活动的认定上，各国当然难以达成共识。

## 2. 证据因素

在个别意见中，多位法官对双方的证据提交表示了质疑，尤其是对俄罗斯提交证据的充分性问题。基蒂切萨里（Kittichaisaree）法官表示，俄罗斯应当提交足够的证据证明乌克兰的行为对其造成损害，而不仅仅着眼于对《公约》条款的解释。<sup>②</sup> 拉奇（Lucky）法官则认为，俄罗斯提交的证据不足以说明该争议具有军事活动的属性。<sup>③</sup> 莱恩扎德（Lijnzaad）法官则质疑乌克兰未向法庭提供所有照会信息。<sup>④</sup> 除此之外，耶稣法官直接表示，乌克兰舰艇很可能实施了能够被视为军事活动的行为，但是法庭无法获得足够的信息，其进一步认为，法庭在这个过程中扮演的角色是，判断乌克兰舰艇通过俄罗斯领海的行为不具有军事属性这一结论是否具有合理性或者可能性。<sup>⑤</sup> 据此观点，主张军事活动例外的国家需要提交足够充分的证据以对抗法庭的管辖倾向。然而，有关军事活动的争议在证据提交方面面临的一大障碍是军事活动的机密性，这也是军事活动例外条款在制定之初的考量因素之一，<sup>⑥</sup> 过高的证据要求会使得军事保密性与司法程序中举证的内在平衡被打破，引起国际社会的隐忧。

## 3. 与本案相关的各方行动

高之国法官在其个别意见中表示，俄罗斯对于被捕军人的国内法律程序是案件相关因素，但并非判断争议活动性质的决定性因素。<sup>⑦</sup> 其进一步认为，在客观评价争议活动时应当考虑国际行动、官方立场及各方法律文件。<sup>⑧</sup> 事实上，法庭确实也在裁决中表示，应当对案件的一些相关情况予以考虑。<sup>⑨</sup> 例如，法庭除了在判断争议活动性质时关注到俄罗斯国内法程序外，还在裁决中提及欧洲人权法院在此之前对本案所涉争议指示的临时措施，不过是在法庭考量是否有必要指示临时措施的阶段。<sup>⑩</sup> 基蒂切萨里法官在其个别意见中也对欧洲人权法院的程序予以了关注，并认

① See The Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records (67th plenary meeting), Vol. 5, para. 81.  
 ② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Declaration Opinion of Judge Kittichaisaree, para. 29.  
 ③ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separation Opinion of Judge Lucky, para. 21.  
 ④ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Declaration of Judge Lijnzaad, para. 5.  
 ⑤ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 20.  
 ⑥ See Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary*, Vol. V (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 135.  
 ⑦ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, para. 29.  
 ⑧ *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, para. 30.  
 ⑨ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, para. 66.  
 ⑩ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 25 May 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 108 – 109.

为该程序与法庭的程序完全不同。<sup>①</sup> 从高之国法官和俄罗斯籍法官科洛德金 (Kolodkin) 的个别意见来看, 至少法庭在是否应当将争议活动的性质置于俄乌整体局势及双方一系列行动之下判断, 是存在争议的。按照高之国法官的观点, 俄乌双方彼时所处状态对于判断双方在事件中采取行动的性質具有重要意义, 其中又牵涉到各方的立场与行动。<sup>②</sup> 科洛德金法官则强调俄乌双方长期以来所处的紧张局势以及乌克兰舰艇通行的军事目的。<sup>③</sup>

众所周知, 俄乌双方爆发此次冲突具有深刻的时空背景。时间上, 自2014年克里米亚事件以来, 俄乌一直处于交恶状态, 以至于在2016年, 联合国大会有意承认俄乌之间处于武装冲突状态。<sup>④</sup> 空间上, 冲突爆发于近克里米亚半岛的刻赤海峡水域, 作为黑海进入亚速海的唯一海上通道, 其战略地位极其重要, 同时又异常敏感。在2019年4月发布的“乌克兰诉俄罗斯边境限制案”(“*Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*”) 裁决中, 世界贸易组织专家组认为, 自2014年起, 俄乌双方处于国际关系中的紧急状态。<sup>⑤</sup>

与此同时, 与本案中俄乌双方的立场截然不同的是, 包括在欧洲人权法院的司法程序中, 乌克兰一直宣称被捕的24名乌方军人是“战俘”, 俄罗斯则认为, 俄乌双方不处于战争状态或军事冲突状态, 乌方军人的行为属于刑事犯罪,<sup>⑥</sup> 即承认扣押乌方舰艇和船员是执法活动。法庭是否在认定执法活动的过程中考虑了上述情况, 至少从最终的裁决文本中很难获悉, 但毫无疑问, 无法否定上述情况与该案争议在事实层面的联系, 相关行为也是法官作出裁决时无法忽视的因素。而从最终认定争议活动为执法活动的结果来看, 法庭似乎更倾向于根据现有证据, 剥离冲突背景作单纯的个案事实与法律认定, 从而将该争议活动归结为俄罗斯单方面执法背景下的冲突。正如阿根廷诉加纳“ARA自由号案”(“*ARA Libertad Case*”) 中, 沃尔夫卢姆 (Wolfrum) 法官与科特 (Cot) 法官在其联合发表的个别意见中所说, 临时措施只能根据实际提交的案情作出申请和决定, 其旨在保护有关的诉讼对象, 从而保护实质裁决的完整性。<sup>⑦</sup>

## 二 “乌克兰舰艇扣押案” 执法活动认定的成因

早在《公约》制定之初, 起草者就已经意识到, 争端解决程序将成为《公约》作为折衷方

① See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Declaration Opinion of Judge Kittichaisaree, paras. 30 – 32.

② See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, paras. 30 – 37.

③ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kolodkin, para. 22.

④ 联合国大会该决议明确提及1949年“日内瓦四公约”, 而这些公约适用于各缔约国之间宣战或发生其他武装冲突的情形。参见 A/RES/71/205, UN General Assembly Resolution No. 71/205, 19 December 2016, p. 2.

⑤ See *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R, para. 7. 126.

⑥ 参见《乌克兰就24名船员被俄拘留向欧洲人权法院提起诉讼请求》, 中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gj/2019/01-08/8722487.shtml>, 最后访问时间: 2019年9月19日。

⑦ See *The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No. 20, para. 4.

案欲达到平衡所必须顾及的关键。<sup>①</sup> 基于此,《公约》下的强制争端解决机制又被视为一种谈判国之间的平衡折衷方案,既要解决所有涉及《公约》解释与适用的争端,又要尽可能排除许多敏感问题,尤其是与主权权利有关的争端。<sup>②</sup> 由此,包括军事活动例外在内的《公约》第 298 条所扮演的角色就显得尤为突出,作为国家主权与强制性争端解决机制折衷的产物,其充当着允许国家排除《公约》第十五章第二节下某些涉及主权的敏感问题争端的“安全阀”。<sup>③</sup> 而从实践来看,对法庭管辖权扩张的质疑历来不绝于耳。有学者评论,法庭因热衷于规定临时措施而将初步管辖权的认定标准设置得非常低。<sup>④</sup> 本案中,法庭认定争议活动为执法活动的直接动因就是排除军事活动例外的适用,确立自身的管辖权。

### (一) 相关的管辖权理论与实践

就管辖权理论而言,一方面,根据《公约》第 288 条第 4 款,对于法院或法庭是否具有管辖权的争议,应由该法院或法庭以裁定解决。当然,正如埃伦·博伊尔(Alan Boyle)教授所说,强制管辖的范围应经由各方同意,而非法庭创造。<sup>⑤</sup> 法庭的自由裁量权来源于缔约国同意,也受制于缔约国同意。在圣文森特和格林纳丁斯诉西班牙“路易莎号案”(“*M/V Louisa Case*”)中,法庭就曾表示,在解释缔约国就公约作出的一项声明时,应当特别强调该国作出该声明的意图。<sup>⑥</sup> 因此,该自由裁量权理论上是以缔约国的同意划定边界的。然而,由于理论边界难以在实践中量化进而予以明晰,导致对权力边界的界定又落入法庭的自由裁量范围,致使对该权力的限制很大程度上依赖于法庭自身的理性与克制。此外,本案中乌克兰的诉求是俄罗斯立即释放本国舰艇与船员。作为一个程序性案件,通常不至于在裁决结果上引起当事国的过激反应,这使得法庭更有信心通过自由裁量认定自身具有管辖权。

另一方面,法庭似乎更侧重于单个争议事实而忽略行为的整体背景。在本案之前,联合国大会、欧洲人权法院、世界贸易组织专家组等都已对俄乌两国近年来所处的实际状态作出了不同层面的回应。有理由相信,如果法庭更多地参考上述国际组织或者争端解决机构的论证方式及其结论,将本案所涉争议活动置于俄乌两国所处的特殊政治背景下考量,更有可能得出该争议活动为军事活动的结论。这也是高之国法官在其个人意见里所主张的,应当综合考察各方面因素对争议活动予以认定。<sup>⑦</sup>

① See Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 - A Commentary*, Vol. V (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 10.

② See A. O. Adede, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Drafting History and a Commentary* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 37.

③ See Zou Keyuan and Ye Qiang, “Interpretation and Application of Article 298 of the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal”, (2017) 48 *Ocean Development and International Law* 331, p. 331.

④ See Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 85.

⑤ See Tom Ruys, “UNCLOS Rules the Waves”, (2014) 47 *Revue Belge de Droit International / Belgian Review of International Law* 7, p. 13.

⑥ See *The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment of 28 May 2013, ITLOS Case No. 18, para. 82.

⑦ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, para. 22.

然而,法庭的论证更侧重于本案所涉单个争议事实。通常来说,“国际法一方面必须考虑到特定地区或者特定领域出现的问题,另一方面又不能以这种方式破坏其统一性”。<sup>①</sup>以争端解决为例,国际社会实际上很早就意识到,海洋法法庭的建立引起了很多问题,其中最重要的就是如何与其他争端解决机构协调。<sup>②</sup>这种协调的概念固然模糊,却也宽泛。其不要求不同条约规则框架下的争端解决机构就相关争议得出完全一致的结论,但却期待它们达成一种内在的相互衔接,以维系整个国际社会争端解决机制的合理性与可靠性。但正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭评论,在国际法中,除非另有规定,每个法庭都自成体系。<sup>③</sup>“没有通用的规则可以用来处理协调和冲突问题,这些问题被置于各自的体系内解决”。<sup>④</sup>

从法庭的管辖实践来看,截至目前,法庭已经处理了28个案件,其中一半以上涉及船舶和船员的迅速释放问题,其中“ARA自由号”案更是直接涉及军舰扣押与请求释放问题。由于法庭多次处理船舶与船员的迅速释放问题,在处理此类争端上已经积累了长期且丰富的经验,并且形成一些比较统一的做法,这使其自信可以处理此类争端。同时,这也增强了船旗国将涉及船舶与船员迅速释放问题的案件提交海洋法法庭的意愿。而从法庭的实践已经可以看出,此类案件更易于被诉诸《公约》下的争端解决程序。尽管“涉及的军事专业程度越高,司法机构充分理解问题的详细情况并且能够得出明智可行的解决方案的可能性越小”,<sup>⑤</sup>但这并不妨碍法庭作出某些程序性的裁决。

## (二) 迎合《公约》的管辖倾向

事实上,对某些争议设置特别例外条款的建议早在1974年的争端解决非正式工作小组会议上就已经被提出,“大多数与会成员同意,各国对某些争议过于敏感,以至于此类争议不应当受影响深远的争端解决程序调整”。<sup>⑥</sup>根据“争端解决非正式工作小组1975年案文”第17条第3款c项之规定,“一国可以声明排除涉及军事活动的争端,但执法活动不应被视为军事活动”。<sup>⑦</sup>在之后1977年联合国海洋法大会第6次会议上,由于部分国家质疑,该条款可能导致在一国专属经济区内,外国军事活动可免受强制争端解决程序约束,而沿海国的执法活动却要受制于该

① Gilbert Guillaume, “The Future of International Judicial Institutions”, (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 848, p. 862.

② See Donald R. Rothwell, “Building on the Strengths and Addressing the Challenges: The Role of Law of the Sea Institutions”, (2004) 35 *Ocean Development and International Law* 131; Alan E. Boyle, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction”, (1997) 46 *International and Comparative Law Quarterly* 37; Shigeru Oda, “Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”, (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 863; Gilbert Guillaume, “The Future of International Judicial Institutions”, (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 848.

③ See *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, para. 11.

④ Tullio Treves, “Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice”, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 809, p. 809.

⑤ Darrell L. Peck, “The Justices and the Generals: The Supreme Court and Judicial Review of Military Activities”, (1975) 70 *Military Law Review* 1, p. 75.

⑥ Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 - A Commentary*, Vol. V (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 109-110.

⑦ SD. Gp/2nd Session/No. 1/Rev. 5 (1975, mimeo.), article. 17.



程序,<sup>①</sup> 执法活动才被纳入到任择例外之中。<sup>②</sup> 而《公约》的最终文本又将沿海国的执法活动限缩至第 297 条第 2 款和第 3 款下与行使主权权利或管辖权有关的争端。

不可否认,“海洋法下的军事例外可以强化海军力量”,<sup>③</sup> 通过设置军事活动例外,实际上赋予了船旗国尤其是海洋强国在海上更大的活动自由,使其免受《公约》强制争端解决程序的束缚。这也正是高之国法官在其个人意见中表达出的忧虑,“如果军事活动认定的门槛过高,可能诱使当事国为了避免《公约》强制争端解决程序而刻意加大军事力量投入,升级冲突,以促成军事活动的认定,进而排除强制管辖”。<sup>④</sup> 反观《公约》对执法活动的排除,虽然最终文本也将其纳入,但排除范围显然十分有限。从《公约》讨论的过程来看,军事活动例外与执法活动例外很大程度上分别代表了海洋强国与沿海国的利益诉求,最终文本是二者利益调和的产物。<sup>⑤</sup>

显然,《公约》第 298 条第 1 款 (b) 项在起草时就对军事活动和执法活动例外所针对的对象作出了一定的区分,前者侧重于船旗国的军事活动,后者则倾向于沿海国的执法活动。《公约》给予了船旗国更大的活动自由,而实际对沿海国采取的行动表现出更强的管辖意愿,这是海洋强国主导下形成的国际规则必然具备的特点。在海上实力悬殊的情况下,相较于沿海国强调争端解决机制在平衡各方力量上的作用而言,海洋强国更乐于发挥其政治优势,并且尽可能使其政治优势不受过多的规则稀释。从强制管辖的角度出发,对占据地理优势的沿海国施加更多的管辖限制,有助于保证海洋强国在海上的优势地位,某种程度上也是其谋求实现与船旗国在国际司法层面保持平衡的权宜之策。

因此,《公约》第 298 条第 1 款 (b) 项形成的过程体现了国际社会深刻的利益冲突与协调,这使得该条款天生具有一定的倾向性,即强化对沿海国行为的约束,将其更多地纳入到《公约》强制争端解决程序的管辖范畴。据此审视“乌克兰舰艇扣押案”,法庭将俄罗斯的军事行动认定为执法活动,通过扩张执法活动的范围实现对某些可能兼具军事与执法属性的沿海国行为的管辖,很大程度上契合了该例外条款设定之初的价值取向。法庭在本案中通过强化执法活动的认定,实现《公约》项下强制争端解决程序的运转,亦体现了《公约》自身在管辖权上的某种扩张倾向。至于法庭最后并没有采纳高之国法官的混合属性活动观点,无疑也是服务于其自证管辖权的需要,毕竟对于兼具军事和执法属性的活动,法庭是否具有完全的管辖权,尚不明确。

### (三) 兼顾争端解决的内在程序价值

《公约》在前言部分多次提及海洋的和平利用,在第十五部分第一节争端解决的一般规定

① See A. O. Adede, “Prolegomena to the Dispute Settlement Part of the Law of the Sea Convention”, (1977) 10 *New York University Journal of International Law and Politics* 253, p. 299.

② See A/CONF.62/WP.10/Add.1 (1977), VIII Off. Rec. 65, 70 (President).

③ Mark W. Janis, “Dispute Settlement in the Law of Sea Convention: The Military Activities Exception”, (1977) 4 *Ocean Development and International Law* 51, p. 54.

④ *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, para. 45.

⑤ See Mark W. Janis, “Dispute Settlement in the Law of Sea Convention: The Military Activities Exception”, (1977) 4 *Ocean Development and International Law* 51, p. 54.

中,再次强调应当用和平的方法解决争端。另外,在争端解决方面,《公约》提倡当事人协议选择优先,要求争端各方履行交换意见的勤勉义务,重视调解在争议解决当中的作用,均反映出《公约》下的争端解决机制不是目的,而是手段。包括指示临时措施在内,争端解决程序的根本目的是消除纠纷,弥合冲突,以此实现海洋法的基本价值,维系海洋的和平开发与利用,这正是争端解决程序的内在价值。

实践中,尤其应当重视裁决在案件之外可能对争端当事国产生的潜在影响,例如,“ARA 自由号案”中,除了强调争端的和平解决外,法庭还特别提及国家间的友好关系。<sup>①</sup>实际与争端解决程序的内在价值一脉相承,法庭的基本职能是就《公约》的解释与适用问题作出裁决,而更深层面上,理应发挥其对维系国家间友好关系的积极作用。国家间政治构成国际争端解决的社会基础。<sup>②</sup>从近年来俄乌关系的走势来看,经过多轮不同烈度的矛盾、摩擦和冲突后,双方关系已渐行渐远,积重难返。<sup>③</sup>在双方已经难以在政治层面达成和解的情况下,本案所涉冲突不过是其中一个小小的缩影。应当承认,“司法介入破坏了妥善处理国家间对外关系所需的灵活性,可能约束政治机构与国际社会的互动能力”。<sup>④</sup>但是,当政治解决陷入困境的时候,司法介入无疑是促进争议解决的一种补充。进言之,通过低烈度的司法干预,有助于在弥合双方政治分歧的基础上,促进争端的和平解决。

事实上,早在《公约》起草时,就有学者担忧,“将军事活动排除在争端解决程序之外,实际是将一种需要和平解决的争端排除在外了”。<sup>⑤</sup>《公约》最终文本将涉及军事活动的争议排除在强制管辖范围之外,满足了各国保护主权的意愿。但从海洋的和平与安全来看,鉴于司法冲突的剧烈程度远低于政治冲突,更比军事冲突缓和,一定程度上需要司法发挥缓冲作用。法庭最终以19:1的绝对优势指示俄罗斯迅速释放乌克兰舰艇及其船员的结果,<sup>⑥</sup>至少反映出绝大多数法官认为俄罗斯的扣船行为是不合法的。而在2019年9月,俄乌双方在刻赤海峡事件后首次交换了被扣押人员,其中就包括本案所指被扣押的24名乌克兰军人。事实上,俄乌双方早在4月就已经着手筹备互换事宜,并在7月就此达成协议。两国均表示,此举有助于推动双边关系正常化。<sup>⑦</sup>法庭在5月份指示的临时措施,对俄方尽快释放扣押人员起到了“催化”作用。

需要注意的是,如前述,高之国法官在针对此案的个别意见中表示担忧,认为法庭设定的过高的军事活动认定门槛可能导致过度使用武力。<sup>⑧</sup>亦有学者认为,“承认一国可以执法之名对他

① See *The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Case No. 20, para. 97.

② 参见江河:《南海争端的和平解决:大国政治和小国政治的互动》,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2019年第2期,第2页。

③ 参见陈曦:《俄乌冲突如何收场》,《人民日报海外版》2019年1月8日,第10版。

④ Jonathan I. Charney, “Judicial Deference in Foreign Relations”, (1989) 83 *The American Journal of International Law* 805, p. 812.

⑤ See Mark W. Janis, “Dispute Settlement in the Law of Sea Convention: The Military Activities Exception”, (1977) 4 *Ocean Development and International Law* 51, p. 63.

⑥ 唯一的反对票来自于俄罗斯籍法官科洛德金。

⑦ 参见《俄乌总统电话会谈:交换被扣人员对推动双边关系正常化具有重要意义》,央视网, <http://m.news.cctv.com/2019/09/13/ARTI3Jo8T3gHfK7NblDzVDDU190913.shtml>, 最后访问时间:2019年9月22日。

⑧ See *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Gao, para. 45.

国军舰使用武力或将打开‘潘多拉之盒’”。<sup>①</sup>在具体冲突中，就使用武力或者武力威胁的一方而言，基于其倾向于通过适用军事活动例外排除强制争端解决程序，理论上确实存在上述风险。然而，对于冲突双方而言，军事活动例外是否可以适用毕竟只是其决定是否使用武力以及使用何种程度的武力的考量因素之一。除此之外，对于任何一方而言，军事活动的对抗成本更高，风险更不可控，即使可以通过适用例外排除海洋法法庭的管辖，非正当及非适度的武力使用将导致其承担相应的责任，或者面临制裁，并在国际舆论上处于不利地位。以“天安号事件”为例，尽管朝鲜并非《公约》缔约国，不受公约下强制争端解决程序的约束，但是在各方证据指向其使用武力的情况下，其受到了韩国的严厉制裁。联合国安理会在随后通过的《安全理事会主席声明》中，虽然未对事件作出认定，但谴责该武力攻击行为违反《联合国宪章》。<sup>②</sup>

### 三 我国争议海域维权执法的强制管辖风险防范

争议海域作为各方海上力量汇聚的场所，实践中最有可能产生摩擦和冲突，维权执法船在该区域爆发冲突的几率也就更高，继而使得该区域的相关行动最易于导致国际诉讼。而就“乌克兰舰艇扣押案”来看，海上维权执法船之间的冲突，暗含了军事活动与执法活动界分之争。与此同时，争议海域的维权执法冲突兼具了政治性与法律性，而运用法律的方法解决涉及高度政治性因素的主权争端，不符合我国的基本立场。<sup>③</sup>除此之外，我国历来奉行通过当事国直接谈判协商和平解决海洋争端的基本政策，并在2006年提交给联合国秘书长的声明中，悉数排除了《公约》允许排除在强制争端解决程序之外的争端。可见，在处理海洋争端方面，我国倾向于排除强制争端解决机制，避免引入国际司法或仲裁程序。

实践中，我国面临的海洋问题现状是，一方面，与周边多国在海洋方向存在着复杂的争议，以南包括与菲律宾、越南、马来西亚、文莱等国的南海争议，以东包括分别与日本、韩国在东海及黄海存在的争议海域，“复杂的划界形势和因素决定争议海域的划界将是一个漫长的过程”。<sup>④</sup>另一方面，以美国、英国、法国为代表的大国，在南海争议海域或动作频频或跃跃欲试，“南海问题在领域上已大幅突破原定议题，在范围上亦远远超越了区域地理概念”。<sup>⑤</sup>而“当外交谈判或政治协商无法达成富有成效的解决方案时，争端一方当事国往往倾向于寻求司法途径解决”。<sup>⑥</sup>以菲律宾单方面发起的“南海仲裁案”为代表，争议各国尤其是南海诸国越来越趋于且善于利用国际法挑战我国的海洋权益。由此，基于本案中法庭的立场，未来在争议海域维权执法上，我国应高度关注和警惕强制管辖及国际诉讼风险。

① 高健军：《〈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》，载《国际法研究》2019年第6期，第10页。

② 参见《安全理事会主席声明》（2010年7月9日），<https://www.un.org/zh/focus/korea/sc.shtml>，最后访问时间：2019年9月22日。

③ 参见管建强：《“南海仲裁案”后续法律应对的关键问题研究》，载《中国法学》2016年第5期，第66页。

④ 贾宇：《改革开放40年中国海洋法治的发展》，载《边界与海洋研究》2019年第4期，第26页。

⑤ 葛汉文：《美国特朗普政府的南海政策：路径、极限与对策思考》，载《太平洋学报》2019年第5期，第73页。

⑥ 黄影：《〈联合国海洋法公约〉中领土型混合争议仲裁管辖权问题研究》，载《武大国际法评论》2018年第4期，第97页。

## （一）海洋维权执法现状及趋势

当前，我国争议海域维权执法的主要力量包括海警与海军。新军改之后，根据《深化党和国家机构改革方案》和《武警部队改革实施方案》，2018年7月1日起，海警整体划归武警部队领导指挥。海警履行海上维权执法职责，但不改变其基本任务的属性。<sup>①</sup>《新时代的中国国防》白皮书（以下简称白皮书）再次强调，包括海警在内的武警部队，根本职能属性没有发生变化，不列入解放军序列。<sup>②</sup>因此，我国现行组织架构下，与海军的军事属性不同，海警仍然属于执法力量。

实践中，我国海洋维权执法的现行模式是海警局在前，海军在后，形成梯次防卫体系。<sup>③</sup>海警具有海上维权执法的职责，在我国管辖海域实施定期维权巡航执法，包括在钓鱼岛海域持续开展常态化维权巡航。2018年，中国海警编队在钓鱼岛领海范围内巡航19次，共计70船次。<sup>④</sup>海军维权执法方面，根据白皮书声明，海军承担着维护国家领土主权和海洋权益的使命任务，其中包括“组织东海、南海、黄海等重要海区和岛礁警戒防卫，掌握周边海上态势，组织海上联合维权执法，妥善处置海空情况，坚决应对海上安全威胁和侵权挑衅行为”。自2012年以来，海军已组织舰艇警戒巡逻4600余次，维权执法7.2万余次。<sup>⑤</sup>

海警固然属于执法力量，但从其在海洋维权执法中扮演的角色，以及海上联合维权执法深入推进的态势来看，尤其在对他国军舰或者其他用于非商业目的的政府船舶采取行动时，海警的行为属性或将面临争议。以美国为例，美国海岸警卫队具有“军队”的职能属性，执行部分军事行动，一定程度上使其与美国海军的职能有所重叠。实践中，海岸警卫队既能配合海军作战，又与海军的作战区域形成了很好的互补。<sup>⑥</sup>如2019年以来，美国就先后向西太平洋地区派遣了两批海警船，包括第一批海警船博索夫号（USCG Bertholf）和第二批海警船斯特拉顿号（USCG Stratton）与梅隆号（USCGC Mellon），以配合美国海军执行各项军事任务。<sup>⑦</sup>除美国外，韩国海洋警察厅、日本海上保安厅等在实践中也都各自承担着争议海域维权的特殊使命，很大程度上具有军事属性。基于上述事实，为应对复杂多变的周边海域问题，我国海警队伍亦将承担起更加常态化的维护领土主权完整的使命任务。

① 《海警队伍转隶武警部队没有改变其基本任务属性》，中华人民共和国国防部，[http://www.mod.gov.cn/info/2018-06/28/content\\_4818497.htm](http://www.mod.gov.cn/info/2018-06/28/content_4818497.htm)，最后访问时间：2019年9月23日。

② 《新时代的中国国防》白皮书（2019年7月），新华网，[http://www.xinhuanet.com/politics/2019-07/24/c\\_1124792450.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2019-07/24/c_1124792450.htm)，最后访问时间：2019年9月23日。

③ 《中国海警局将与海军形成梯次防卫体系》，中华人民共和国国防部，[http://news.mod.gov.cn/headlines/2014-10/03/content\\_4541430.htm](http://news.mod.gov.cn/headlines/2014-10/03/content_4541430.htm)，最后访问时间：2019年9月24日。

④ 参见自然资源部海洋发展战略研究所课题组：《中国海洋发展报告》（2019），海洋出版社2019年版，第67—68页。

⑤ 《新时代的中国国防》白皮书（2019年7月），新华网，[http://www.xinhuanet.com/politics/2019-07/24/c\\_1124792450.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2019-07/24/c_1124792450.htm)，最后访问时间：2019年9月23日。

⑥ 参见刘大海、刘芳明、郭通等：《美国海岸警卫队职能属性的演变及其制度优势》，载《海洋开发与管理》2018年第8期，第67—68页。

⑦ 参见《美国海岸警卫队近期在西太的兵力运用及意图》，中国南海研究院，<http://www.nanhai.org.cn/info-detail/24/8306.html>，最后访问时间：2019年9月25日。

## （二）争议海域维权执法面临的强制管辖风险

随着域内外力量在我国周边争议海域的活动愈加频繁，我国海洋维权执法面临的冲突风险也将大幅增加。从管辖风险的角度来看，主要包括两类。

第一类是《公约》明确规定，不能通过缔约国声明排除的管辖事项。尽管《公约》第 298 条第 1 款（b）项规定了军事活动及执法活动例外，但却并未将所有的执法活动排除在争端解决程序之外，而仅限于根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属于法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动。换言之，只有与海洋科学研究或渔业有关，根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属于法院或法庭管辖的争端才能声明排除，这意味着某些与海洋科学研究或渔业相关的执法活动可能没有被排除在外。<sup>①</sup>

第二类是法庭自由裁量下，可能面临的受强制管辖风险。从“乌克兰舰艇扣押案”来看，即使整个事件当中，俄罗斯方面同时动用了军警两种力量，且形成对峙的亦是乌克兰军舰，但法庭认为，由于冲突是在执法的背景下产生的，因此属于执法活动，不能排除《公约》的强制争端解决程序。可见法庭倾向于通过认定执法活动确立自身管辖权。按照法庭的论证逻辑，我国当前采取的海警在前、海军在后的维权执法模式，很有可能导致在具体争议当中，被法庭认定为是在执法背景下采取的行动。

## （三）强制管辖风险防范

基于目前我国在海洋争端解决上的政策导向，最佳争端解决方式是由当事国通过谈判协商和平解决争端，即排除《公约》强制争端解决程序。因此，对我国而言，最佳的风险防范策略是，通过当事国协商建立新的争端解决机制，从而排除《公约》争端解决机制的适用。但就目前正在进行的《南海行为准则》（Code of Conduct in the South China Sea, COC）谈判来看，虽然设置了争端解决的议题，但建立一套新的机制似乎困难重重。例如，越南就曾明确指出，COC 中任何内容都不应阻止其他和平解决争端的手段，这意味着其希望继续套用《公约》附件七所包含的具有约束力的争端解决机制。<sup>②</sup>

鉴于此种情况，可以考虑从两方面予以应对。一方面是完善国内立法，将当事国通过谈判协商和平解决海洋争端的基本立场作为原则性规定，纳入“海洋基本法”的文本当中，为我国应对某些处于《公约》“模糊地带”的强制管辖风险，提供国内法依据。另一方面，争议海域维权执法的强制管辖风险防范仍要回归至《公约》，在《公约》下寻找对策及出路。

鉴于我国当前海上维权执法的现状，争议海域维权执法的最大风险仍然是域内外部分国家对我国主权及主权权利的挑战。因此，当务之急是提高我国海上维权执法的能力和水平，以应对在争议海域可能爆发的各种冲突。换言之，争议海域维权执法的根本目的是维护我国的海洋权益，不可本末倒置，囿于强制管辖风险而弱化维权执法力度，或者为避免冲突而放弃对抗。核心问题是如何在国际法许可的范围内进行规范的维权执法，既保证海上维权执法的威慑性，又最大程度

① See Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 - A Commentary*, Vol. V (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 137.

② 参见王玫黎、李煜婕：《〈南海行为准则〉谈判主要争议问题研究》，载《国际论坛》2019年第5期，第118页。

降低在国际上的被诉及被管辖的风险。鉴于“乌克兰舰艇扣押案”法庭指示的临时措施以及我国海上维权执法的现状，争议海域维权执法的强制管辖风险仍主要来源于当事国维权执法船之间爆发的冲突，故应当更有针对性地采取风险防范措施。

首先，加强争议海域的冲突风险管控，无疑可以从根源上防止强制争端解决程序的引入。应当加强双边与多边的海上维权执法合作与交流，深化与潜在争议各方的互信，加强友好关系。可借鉴《中国海警局和菲律宾海岸警卫队关于建立海警海上合作联合委员会的谅解备忘录》，<sup>①</sup>与周边各国的海上执法机构建立更加稳固及常态化的合作交流机制，避免双方在争议海域执法过程中采取过激行动。还要加强热线联络机制的建设，确保冲突各方及时就相关情况进行沟通，防止因信息阻塞导致在具体事件中的误判或盲目行动，进而导致冲突升级，造成不必要的损失，增加国际诉讼风险。

其次，在稳步提升海军海警海上维权执法能力、加强联合维权执法合作的同时，应当提高强制管辖风险意识。可以参照《美国海上行动法指挥官手册》，<sup>②</sup>根据我国长期以来的海上维权执法经验，结合现实需要，建立我国的海上维权执法行动标准，最大程度地规避《公约》强制争端解决程序适用风险。

最后，应当重视证据因素，一是要注重维权执法过程中证据的保存，以应对后续可能面临的国际司法程序，充分掌握主动权；二是应当谨慎对待争端解决程序当中证据的提交和说明，既要维护本国维权执法活动中某些信息的机密性，又要力争在对抗中占据优势地位，避免法院或法庭不当的强制管辖。

## 结 语

从法庭在“乌克兰舰艇扣押案”指示临时措施阶段的观点来看，实践中法庭对军事活动的认定异常谨慎，客观上导致军事活动认定门槛畸高。该实践除了有扩张法庭管辖权之嫌外，不排除在某种特殊情况下，法庭希望通过《公约》下的争端解决机制为当事国提供一种低成本、低烈度、低风险的争端解决方式。随着各国海上力量的军事与执法属性界限日益模糊，客观上导致法庭在认定相关活动的性质时拥有更多的自由裁量权。对我国而言，在军事活动与执法活动的界限并不明晰的情况下，当下最重要的应当是积极推进以COC为代表的敏感海域争端管控机制。与此同时，在纷繁复杂的海洋博弈背景下，尤其应当注意周边各国在引证国际法上的最新动态，防止在可能发生的法律争端中处于不利地位。

① 谅解备忘录的英文名称为：Memorandum of Understanding between the China Coast Guard and the Philippine Coast Guard on the Establishment of a Joint Coast Guard Committee on Maritime Cooperation。参见《中华人民共和国与菲律宾共和国联合声明》，新华网，[http://www.xinhuanet.com/world/2016-10/21/c\\_1119763493.htm](http://www.xinhuanet.com/world/2016-10/21/c_1119763493.htm)，最后访问时间：2019年12月17日。

② The Commander's Handbook on the Law of Navy Operations (edition August 2017), NWP 1-14M/MCTP 11-10B/COMDTPUB P5800.7A, [https://www.jag.navy.mil/distrib/instructions/CDRs\\_HB\\_on\\_Law\\_of\\_Naval\\_Operations\\_AUG17.pdf](https://www.jag.navy.mil/distrib/instructions/CDRs_HB_on_Law_of_Naval_Operations_AUG17.pdf) (last visited December 17, 2019).

# Compulsory Jurisdiction Risk of Marine Law Enforcement in Disputed Sea Areas and China's Response: Rethinking of "Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels"

*Liu Mei*

**Abstract:** In "Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels", the order of International Tribunal for the Law of the Sea actually sets a high threshold for the military activities exception. The jurisdiction of the tribunal was expanded by excluding the application of military activities exception. The order of the tribunal is part of its jurisdictional theories and judicial practices, as well as the Convention's jurisdiction over coastal states. It also takes into account the inherent procedural value of the convention's compulsory dispute settlement procedures. From China's perspective of the maritime disputes settlement through negotiations, the order of the tribunal means that China may actually face the risk of compulsory jurisdiction of marine law enforcement in disputed sea areas, and should enforce the law differently depending on the country and the type of ship. China has to control conflicts and establish a unified standards of marine law enforcement. Meanwhile, China must pay attention to preservation and delivery of evidences in order to avoid disadvantages in the Convention's dispute settlement procedures.

**Keywords:** United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Military Activities Exception, Marine Law Enforcement in Disputed Sea Areas, Compulsory Jurisdiction Risk

(责任编辑: 郝鲁怡)