海上军事活动的界定与美国南海“灰色地带行动”*

刘 美

【内容提要】 作为对华海上竞争的工具，美国在南海的“灰色地带行动”很大程度上利用了《联合国海洋法公约》的模糊性，其中包括《公约》下军事活动界定的标准不明。事实上，海上军事活动的界定作为《公约》的遗留问题，一直备受理论界关注，但时至今日在国际司法实践中仍然争议不断，加之当下还面临着传统海洋强国与以中国为代表的新兴海洋大国的利益冲突加剧、主权国家的海上活动形式日益丰富等新挑战，导致海上军事活动的界定变得更加错综复杂。根据国际司法实践，在军事活动的界定中法庭或仲裁庭主要关注主体因素、行为方式和活动目的，这三个要素构建起了以海上活动的主体为初步证据、重点考察行为方式、在有限范围内兼顾活动目的的界定思路。对中国而言，以实证视角审视作为美国南海典型“灰色地带行动”的“航行自由行动”，有助于客观全面认识其法律性质，进而从国际法层面有力回击美国的海上霸权行为，助力完善应对美国南海“灰色地带行动”的中国方案，最终在实现强化南海维权执法的同时，避免冲突失控，妥善处理波谲云诡的南海局势。

【关键词】 联合国海洋法公约；军事活动；灰色地带行动；航行自由行动

【作者简介】 刘美，华东政法大学国际法学院博士研究生（上海 邮编：200042）。

【DOI】 10.14093/j.cnki.cn10-1132/d.2021.03.005

【中图分类号】 D815.5；D993.5 【文献标识码】 A 【文章编号】 2095-574X（2021）03-0102-30

* 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”（项目批准号：18ZDA155）支持，系华东政法大学优秀博士论文培育项目“平时国际法下军舰海上执法的困境与出路”（项目批准号：2020-1-015）阶段性研究成果。作者感谢《国际安全研究》匿名评审专家的审稿意见，文责自负。

一 引言

2015 年 9 月，美国特种作战司令部发布《“灰色地带”白皮书》（以下简称《白皮书》）称，“灰色地带”（Gray Zone）挑战是指介于传统战争与和平二元性之间，国家间、非国家行为体间或国家与非国家行为体间的竞争性互动，其特点是冲突性质模糊，所涉当事方不透明，或者相关政策和法律框架不确定。[①] 该《白皮书》强调，美国的政策和利益正在遭受“灰色地带”挑战，其中点名中国的“灰色地带”行为，直指中国在南海采取的行动。[②] 2017 年 1 月，应美国政府要求，美国国际安全顾问委员会发布了《“灰色地带”冲突报告》（以下简称《报告》），《报告》认为“灰色地带”是指使用技术实现一国目标以及运用权力手段挫败其竞争对手的目标，此类行动通常具有不对称性和模糊性，并非使用公认的正规军事力量。[③] 《报告》进一步明确，美国面临的来自中国的“灰色地带”挑战，是指“中国通过逐步建立‘既成事实’，扩建和占领争议岛礁，积极推进其在南海和东海的主张”。[④]

事实上，美国一直自认为它在面对这一挑战，而且加强应对能力同时继续提高自身运用“灰色地带”工具的能力是其努力的方向。[⑤] 近年来，美国在南海愈加频繁地采取针锋相对的“灰色地带行动”（Gray Zone Operations）应对中国的合法维权行为，其中尤为典型的是 2019 年向南海地区派驻海岸警卫队，以协助其海军在南海开展行动。究其部分原因，以《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）为代表的国际海洋法对涉海上军事活动持回避态度，国际海洋法及现有海洋法司法实践，至今没有明确回答如何界定海上军事活动这一基本问题，故而对海上军事活动进行规制更是空中楼阁。因此造成一种困境，除了传统的军舰或军机海上活动外，越来越多的执法及准军事船舶或飞机在争议海域扮演了日益重要的角色，导致海上

① United States Special Operations Command, *White Paper: The Gray Zone*, September 9, 2015, p. 1, https://info.publicintelligence.net/USSOCOM-GrayZones.pdf.

② United States Special Operations Command, *White Paper: The Gray Zone*, September 9, 2015, p. 8, https://info.publicintelligence.net/USSOCOM-GrayZones.pdf.

③ International Security Advisory Board, *Report on Gray Zone Conflict*, January 3, 2017, p. 1, https://2009-2017.state.gov/documents/organization/266849.pdf.

④ International Security Advisory Board, *Report on Gray Zone Conflict*, January 3, 2017, p. 3, https://2009-2017.state.gov/documents/organization/266849.pdf.

⑤ International Security Advisory Board, *Report on Gray Zone Conflict*, January 3, 2017, p. i, https://2009-2017.state.gov/documents/organization/266849.pdf.

直接冲突风险不断增加，却没有明确的法律框架加以约束。[①] 以中美两国在南海地区的博弈为例，在海上军事活动的界定具有不确定性的情况下，中美两国间的海上互动面临性质不明、国际法适用模糊的困难，偏离海洋法的“灰色地带行动”最终不利于两国在海上的良性互动。因此，本文以美国在南海的典型“灰色地带行动”——“航行自由行动”（Freedom of Navigation Operations）为例，从国际法的模糊性出发，基于实证研究，探明《公约》下海上军事活动的界定，力图为中美南海博弈提供新的破局思路。

二 《公约》下界定海上军事活动的现实困境

《公约》下海上军事活动难以界定主要有三大原因，一是直接原因，即《公约》对该问题持回避态度；二是国家间利益冲突，此乃根本原因；三是客观原因，即国际涉“军”海上活动形式日益丰富，进而导致军事活动愈加难以识别。

（一）根深蒂固的《公约》遗留问题

“军事活动”的内涵在《公约》中并没有特别明确的规定，实际上属于《公约》未定事项。[②] 《公约》文本中明确提及“军事活动”一词仅在第 298 条第 1 款（b）项，即适用《公约》强制争端解决程序的任择性例外，该项规定，“关于军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端……”尽管南斯拉夫联盟等国的代表曾提出，军事活动例外不宜太宽泛，需要更加精确和严密的定义，[③] 但最终各国并没有就军事活动的定义达成共识。

《公约》生效之后，有学者曾采用列举的方式，将海上军事活动划分为七大类。[④]

① International Crisis Group, “Stirring up the South China Sea (I) ”, *Asia Report*, No. 223, April 23, 2012, Executive Summary, https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/223-stirring-up-the-south-china-sea- i.pdf.

② 马得懿：《美国“航行自由行动”的逻辑实质与应对策略》，载《人民论坛·学术前沿》2019 年第 1 期，第 62 页。

③ Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn, eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982-A Commentary*, Vol. V, Dondrechet: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 136.

④ 海上军事活动划分为七大类：（1）水面和水中航行（以及水上飞越），包括例行巡航、海军演习、其他附带或者不附带武器测试或炸药使用的行动以及将海军存在视为一种外交政策工具（“舰炮外交”）；（2）作为弹道导弹核潜艇战略威慑的一部分；（3）监视潜在对手的海军和其他军事活动，其中使用各种海基设备（如声呐和其他声音探测系统）的反潜作战是重要部分之一；（4）在海上和海床上安装导航和通信设施；（5）布设常规武器，如水雷；（6）军事研究；（7）后勤保障，包括维护海军基地。参见 Boleslaw A. Boczek, “Peaceful Purposes Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 20, No. 4, 1989, pp. 359-360。

2005 年，在日本海洋政策研究基金会的支持下，来自中国、日本、美国、俄罗斯等国的学者以及时任国际海洋法法庭法官亚历山大·扬科夫（Alexander Yankov）共同发布了《专属经济区航行与飞越指南》，其中明确提及的军事活动主要有：（1）武力或武力威胁；（2）挑衅行为，如刺激或触发沿岸国的防御系统；（3）为了对沿岸国使用武力而进行的情报搜集；（4）建立海上基地；（5）军事演习等。[①] 然而，上述观点均试图以列举的方式确定军事活动的界限，却忽略了各国军事活动的复杂性与发展性，因此难以实现澄清《公约》下军事活动内涵的效果。

国际海洋法法庭若泽·路易斯·热苏斯（José Luis Jesus）法官曾在“乌克兰舰艇扣押案”（以下简称舰艇扣押案）中表示，尽管《公约》没有定义军事活动，但《公约》第 19 条第 2 款（a）至（f）项有关非无害通过行为的列举实际上概括了具有军事性质的具体活动。[②] 早在《公约》制定之初，亦有学者表达过类似的观点。[③] 应当承认，类似军事演习、武器射击、飞机起落、威胁或者使用武力等确实具有明显的军事属性，[④] 但《公约》列举的非无害通过行为毕竟没有明确指向军事活动，尤其是随着造船技术的发展，海上活动的情势已经发生了巨大变化。以该条款（e）项列举的“在船上起落或接载任何飞机”为例，实践中除军舰外，执法船甚至民用船已经能够承载此类活动，[⑤] 而随着无人机技术的发展，此类活动将更加普遍，将其一律视为军事活动明显不具有合理性。时至今日，军事活动的界定仍然是国际司法机构作出相关裁决的一个核心问题。[⑥]

《公约》之所以在起草时以及之后的实践中，长期不能就军事活动的界定达成一致，根本原因在于界定军事活动涉及的利益复杂且重大，可谓牵一发而动全身。美国参议院外交关系委员会曾建议，美国同意加入《公约》的条件是，

① Ocean Policy Research Foundation, “Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone”, September 26, 2005, pp. 8-10, https://nippon.zaidan.info/seikabutsu/2005/00816/pdf/0001.pdf.

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

③ Boleslaw A. Boczek, “Peaceful Purposes Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 20, No. 4, 1989, p. 372.

④ Francesco Francioni, “Peacetime use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea,” *Cornell International Law Journal*, Vol. 18, 1985, p.205.

⑤ 刘美：《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》，载《国际法研究》2020 年第 2 期，第 76 页。

⑥ “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures,” Separate opinion of Judge Jesus, para.1.

每个缔约国都有权决定一项活动是否属于军事活动，且此类决定不受审查。[①] 马克·埃斯珀（Mark T. Esper）在担任美国国防部负责加入《公约》谈判事务的副助理部长时也曾指出，拥有决定什么是军事活动的能力，关系重大的国家安全利益，对于捍卫国家，保护海外部队、海外利益，以及在需要的时候协助朋友和盟友至关重要。[②]

实践中可以看到，一方面，统一规范海上军事活动的国际法尚未成型，现有规则不足以应对复杂多变的海洋军事利用；另一方面，由于《公约》涉及海上军事活动的内容被刻意模糊化，客观上为一国海上军事活动及准军事活动留下了灵活操作的空间，有助于国家间尤其是大国间的海上博弈保持一定的弹性，使其能够通过形式多样的海上互动表明各自的立场和诉求，抑或探明对方的海洋利益底线。《公约》的这种处理方式，看似使得海洋面临军事化的风险，实则表现出了在国家主权面前的谦抑性，一定程度上体现了对海洋强国与沿海国利益的调和，使得国家间尤其是大国间海洋“灰色地带”博弈能够在国际法保障与国际政治平衡的双向互动中，实现“斗而不破”。无独有偶，国际条约中以类似的模糊化方式处理国家间重大利益和立场分歧的例子并不鲜见，例如，GATT1994（General Agreement on Tariffs and Trade，关税与贸易总协定）第 21 条安全例外条款中所谓“基本安全利益”（Essential Security Interests）的判断问题，在起草之初，各国就已经明确，该问题应当由各国自主裁定，尽管“俄罗斯过境限制案”（WT/DS512）专家组报告提出了一些限制性因素以及应当由专家组裁判的事项，但事实上仍然给各国留下了广阔的解释空间。[③]

（二）传统海洋强国与新兴海洋大国的利益冲突加剧

作为海洋自由的最大受益者之一，美国长期秉持这一观点，即自由进入海洋是其国家安全和经济繁荣的一个核心原则。[④] 因此，以美国为代表的传统海

① U.S. Senate Committee on Foreign Relations, Ex. Rept. 108-10 - United Nations Convention on the Law of the Sea, 108th Congress (2003-2004), 2nd Session, p. 16, https://www.congress.gov/108/crpt/erpt10/CRPT-108erpt10.pdf.

② U.S. Senate Committee on Foreign Relations, Ex. Rept. 108-10 - United Nations Convention on the Law of the Sea, 108th Congress (2003-2004), 2nd Session, p. 99, https://www.congress.gov/108/crpt/erpt10/CRPT-108erpt10.pdf.

③ 刘美：《论 WTO 安全例外对单边贸易制裁的有限治理——基于“俄罗斯过境限制案”的分析》，载《国际经贸探索》2020 年第 1 期，第 103 页。

④ The White House, *National Security Strategy of the United States of America*, December 2017, p. 40, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf.

洋强国，往往主张海上活动特别是领海以外的活动（不论商业活动抑或军事活动）都要保持绝对自由。美国国防部在 2015 年发布的《亚太海上安全战略》中重申，“海洋自由”是指合法使用海洋及其空域的所有权利与自由，包括国际法认可的军事船舶与航空器。[①] 为此，美国作为非《公约》缔约国，在领海以外特别创设了“国际水域”（International Waters）和“国际空域”（International Airspace）的概念，以此强化海上行动自由的理念。[②] 而以中国为代表的新兴海洋大国通常更强调自由不是不受约束，尤其是在对海洋的军事利用方面，至少不应当危及沿海国主权和安全。事实上，美国之所以大肆鼓吹所谓南海军事化，正是由于其坚定认为中国在南海的军事部署旨在于危机时刻阻止美国进入，并于和平时期与美国争夺关键商业地区的自由行动空间。[③] 美国在“零和博弈”观念的影响下，不断升级海上军事行动的等级，企图借“灰色地带行动”极限施压，以改变中国的维权立场。

客观而言，尽管《公约》没有全面禁止海上军事活动，但从长远来看，《公约》的和平目的条款可能影响和平时期海上军事活动的法律地位。[④] 虽然美国至今未加入《公约》，但从里根政府开始，美国就明确承认，《公约》形成的规则亦是美国实践中遵循的原则，无论是否加入《公约》，美国的权利义务都将受其影响。[⑤] 为了保证美国在南海的军事行动得以维系，其更希望军事活动的界定问题始终处于“灰色地带”，同时保有政治性与法律性，而非彻底成为法律问题，以

① U.S. Department of Defense, *The Asia-Pacific Maritime Security Strategy: Achieving U.S. National Security Objectives in a Changing Environment*, 2015, p. 2, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/NDAA%20A-P_Maritime_SecuritY_Strategy-08142015-1300-FINALFORMAT.PDF.

② 事实上，美国海军战争学院国际法教授劳尔·佩德罗佐（Raul Pedrozo）认为，非侵略性军事活动（Non-aggressive Military Activities）都是合法的，而合法本身就是自由的代名词。作为前美国特种作战司令部和太平洋司令部最高法律顾问，其观点很大程度上阐明了美国的立场。参见 Raul Pedrozo, “A Response to Cartner’s and Gold’s Commentary on ‘Is It Time for the United Stated to Join the Law of the Sea Convention?’” *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 42, No. 4, 2011, pp. 487-510。

③ The White House, *National Security Strategy of the United States of America*, December 2017, p. 27, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf.

④ Boleslaw A. Boczek, “Peaceful Purposes Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 20, No. 4, 1989, p. 359.

⑤ U.S. Senate Committee on Foreign Relations, Ex. Rept. 108-10 - *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 108th Congress (2003-2004), 2nd Session, p. 37, https://www.congress.gov/108/crpt/erpt10/CRPT-108erpt10.pdf.

便其借助《公约》的模糊性与争议性，为解释军事活动留足空间，保证美国海上军事活动能够在国际法的外衣下最大程度实现其政治目的。以专属经济区的军事活动为例，即使美国承认沿海国家对专属经济区内军事活动的管辖权，其仍然可以在军事活动的认定上大做文章，使得沿海国所谓的管辖权实际上被架空。相反，新兴海洋大国为了保证自身基本海洋利益及安全，避免海上博弈，往往倾向于适当明确军事活动的界限。基于传统海洋强国与新兴海洋大国的立场分歧，军事活动的界定似乎变得更加困难。

（三）主权国家涉“军”海上活动形式日益丰富

随着海洋利益日益得到各国重视，为巩固海洋利益主张，应对海上突发事件，主权国家的海上活动形式日益丰富。正因如此，“舰艇扣押案”法庭指出，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，因为当前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。[①] 在“灰色地带行动”的实践中，有关军事活动的争议主要涉及三种形式的海上活动。

第一，执法机构参与军事活动。以美国海岸警卫队为例，作为美国五大军种之一，美国毫不忌讳谈论其海岸警卫队在和平时期的军事职能属性。2015 年，美国海军、海军陆战队及海岸警卫队联合发布的《21 世纪海上力量合作战略：推进、参与、常备不懈》（简称 2015 年《海上力量合作战略》）中，海岸警卫队被视为海上军事存在的一种形式。[②] 美国海岸警卫队司令卡尔·舒尔茨（Karl Schultz）上将也曾直言：“海岸警卫队是美国军舰，只是白色的船体和橙色的条纹使我们看起来有所不同。”[③] 美国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。[④] 随着国际海洋形势的变化，为适应美国新的海上行动要求，海岸警卫队平时和战时的职能属性界限日益模糊。同样的，俄罗斯海岸警卫队、韩国海洋警

① “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures,” Order of May 25, 2019, ITLOS Case No. 26, para. 64.

② The U.S. Navy, Marine Corps, and Coast Guard, “A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower: Forward, Engaged, Ready, ” March 2015, p. iii, https://www.navy.mil/local/maritime/150227-CS21R-Final.pdf.

③ Dan Lamothe, “To Help Counter China, US Turns to the Coast Guard, ” *Stars and Stripes*, April 20, 2019, https://www.stripes.com/news/pacific/to-help-counter-china-us-turns-to-the-coast-guard-1. 577785.

④ 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。

察厅、日本海上保安厅，包括中国海警等均一定程度上承担着海上军事任务，与本国海上军事力量互为表里。

第二，军事力量从事执法活动。根据边子光教授对全球 161 个国家和地区的考察，截至 2012 年，单纯采用海军进行执法的国家和地区就有 75 个，其中不包括采用海军与海岸警卫队联合或者混合执法等执法形式的国家。[①] “舰艇扣押案”中，在俄罗斯国防部出动一架武装直升机以及一艘黑海舰队护卫舰的情况下，法庭仍然认为俄罗斯扣押乌克兰舰艇及海军人员的行为属于执法行为，[②] 肯定了军舰从事执法活动的事实。应当承认，随着海上安全形势的日益复杂，除了维护国家间和平外，海军还扮演着其他警察或警务角色，各国也有意保留了关键制度，以便其能够利用海军力量制止针对商业安全和国家安全的海上威胁。[③] 除俄罗斯外，美国也同样重视海军参与执法活动。美国太平洋司令部海岸警卫队副司令戴夫·思鲁（Dave Throop）少将就曾表示，为了最大程度利用各部门，海岸警卫队和海军将合作以确保任何情况下均可采取执法行动。[④] 红十字国际委员会美国和加拿大武装部队高级代表安德鲁·卡斯韦尔（Andrew J. Carswell）认为，即使在持续的武装冲突中，武装部队仍会执行涉及武力使用的任务，但其并不构成敌对行为的一部分。即使这些任务不是由传统的执法机构执行，也不一定旨在执行东道国的国内法，但通常仍被称为执法任务（Law Enforcement Tasks），例如根据驻军地位协定在他国部署武装部队建立检查站，进行警戒和搜查行动，并使用武力拘留对其安全构成紧迫威胁的平民。[⑤] 可见，军事力量介入执法活动并不鲜见。另外，值得注意的是，理论上存在“海上非战争军事行动”（Military Operations Other Than War at Sea）的概念，有学者将其定义为“国家行政机关按照法定程序授权

① 边子光：《各国海域执法制度》（下册），台北：秀威资讯科技 2012 年版，第 625 页。

② 刘美：《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》，载《国际法研究》2020 年第 2 期，第 74-75 页。

③ Peter A. Dutton, “Cracks in the Global Foundation: International Law and Instability in the South China Sea,” in Patrick M. Cronin, ed., *Cooperation from Strength: the United States*, *China and the South China Sea*, Center for a New American Security, January 2012, pp. 71-72, https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS_CooperationFromStrength_Cronin_1.pdf.

④ Gidget Fuentes, “Pacific Deputy: Coast Guard a Continuing ‘Force Multiplier’ with Navy in Global Missions,” USNI News, https://news.usni.org/2019/08/27/pacific-deputy-coast-guard-a-continuing-force-multiplier-with-navy-in-global-missions.

⑤ Andrew J. Carswell, “Converting Treaties into Tactics on Military Operations,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895/896, 2014, p. 933.

给海军部队使其依法行使海上执法权，并完成相关海上执法任务以实现国家政治目标的活动。”[①] 该定义将海军非战争军事行动直接视为执法活动，虽不够严谨，[②] 但足以说明海军从事海上执法活动的常态化特征。

第三，海上联合行动。该行动通常具有两种形式：第一，本国海军与执法船的联合行动。长期以来，美国非常重视海上联合行动的开展。根据美国海岸警卫队 2015 财年《海岸警卫队任务需求说明》，海岸警卫队防御准备行动的重点是与美国海军建立有效的伙伴关系，保护包括国际水域、通往美国的水域、领海和其他可航行水域在内的海域，海岸警卫队通过使用现有国防部与海岸警卫队作战中心的联合指挥、控制和协调机构，为国防部海洋国土防御行动提供支持。[③] 例如，2019 年美国海岸警卫队先后向南海地区部署了“博索夫”号（USCGC Bertholf）和“斯特拉顿”号（USCGC Stratton）两艘海警船，除了加强与亚太国家的执法合作外，还积极参与美军军事行动，深度融入美军作战体系。[④] 此外，“舰艇扣押案”中俄罗斯军事力量与海岸警卫队合作扣押乌克兰舰艇，也是海上联合行动的具体实践。2021 年 2 月 1 日起施行的《中华人民共和国海警法》（以下简称《海警法》）总则第 8 条规定：军队有关部门和海警机构应当相互加强协作配合，做好海上维权执法工作；第 58 条则进一步明确：海警机构与军队有关部门建立信息共享和工作协调配合机制。第二，两国甚至多国军舰与执法船的海上联合行动。例如，在马来西亚航空 MH370 的搜救行动中，多国联合行动，包括海军舰艇和飞机、执法船甚至商船均有参与，其中，中国更是积极组织了包括军用船、执法

① 薛桂芳、郑洁：《南海维权：海军遂行非战争军事行动的法律保障》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2015 年第 6 期，第 3 页。

② 根据美国 1995 年发布的《非战争军事行动联合纲要》，非战争军事行动可能涉及和平、冲突和战争情况下的战斗与非战斗行动要素，例如和平执法涉及的战斗可能与战争有很多相同的特征，包括积极的战斗行动以及大部分战力使用。因此，将其完全等同于执法活动并不妥当。参见“Joint Doctrine for Military Operations Other Than War,” June 16, 1995, p. I-1, https://www.bits.de/NRANEU/others/jp-doctrine/jp3_07.pdf。

③ United States Coast Guard, “Coast Guard Mission Needs Statement, Fiscal Year 2015 Report to Congress,” January 8, 2016, p. 26, https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/United%20States%20Coast%20Guard%20-%20Mission%20Needs%20Statement%20FY%202015.pdf.

④ 南海战略态势感知计划：《2019 年美军南海军事活动不完全报告》（2020 年 3 月 28 日），第 23-24 页，http://www.scspi.org/sites/default/files/reports/zhong_-final_2019nian_mei_jun_nan_hai_jun_shi_huo_dong_bu_wan_quan_bao_gao__0.pdf。

船在内的一大批联合搜救队伍。[①] 再如，美国在 2015 年《海上力量合作战略》中提出，美国海岸警卫队将与同地区的伙伴国和各国海军合作，利用联合和混合巡逻、船只和船员互换、多国演习来建立熟练的海上管理力量，加强海上安全和安保合作，减少非法、未经申报和不受管制的捕鱼行动（Illegal, Unreported and Unregulated Fishing，IUU）。[②]

主权国家的涉“军”海上活动形式日益多样，归根结底在于各国越来越意识到海洋的重要性。面对日趋复杂的海上斗争形势，通过灵活运用本国海上力量，一方面可以弥补海军或者执法船在各自原有领域内的行动能力不足问题，另一方面也有助于充分利用《公约》下军事活动与执法活动之间的“灰色地带”，最大程度服务于本国海上政策和海洋利益。正因如此，对《公约》下的海上军事活动进行界定变得愈加困难。

三　实证研究视角下海上军事活动界定标准

由于《公约》没有明确回答海上军事活动的界定问题，导致实践中的争议层出不穷。例如，在“无瑕号”事件中，美国认为专属经济区内的军事测量属于军事活动而不是海洋科学研究，是航行自由的一部分，沿海国无权管辖；相反，中国则认为，专属经济区内的军事测量属于海洋科学研究，应受沿海国管辖。[③] 对此，有学者指出，“‘专属经济区军事活动’问题的关键不在于水域法律地位本身，而在于在国际法意义上，是否对‘军事活动’这一概念的内涵形成共识。”[④] 对此问题的争议进一步反映在国际司法活动中，国际法庭或仲裁庭在相关案件中不断尝试明确军事

① 杨艾艾：《马航 MH370 搜寻全记录》，新华网，http://fms.news.cn/swf/mh370timeline/index.html。

② The U.S. Navy, Marine Corps, and Coast Guard, *A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower: Forward*, *Engaged*, *Ready,* March 2015, p. 13, https://www.navy.mil/local/maritime/150227-CS21R-Final.pdf.

③ 黄惠康：《国际海洋法前沿值得关注的十大问题》，载《边界与海洋研究》2019 年第 1 期，第 12 页。另外，佩德罗佐教授认为，专属经济区的军事测量属于水文测量而不是海洋科学研究，其是公海航行自由的范畴，也是对海洋的合法利用。参见 Raul Pedrozo, “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus,” *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 90, 2014, p. 526。

④ 王森、冯梁：《对美国维护“基于法理的海洋体系”的批判研究》，载《亚太安全与海洋研究》2018 年第 2 期，第 28 页。

活动的界定标准，很大程度上为识别军事活动提供了有益的参考，归结起来，主要涵盖以下三个要素。

（一）主体因素

“舰艇扣押案”中，俄罗斯辩称：事件中的冲突主体是双方军事力量，因而认为俄方扣押乌方舰艇及人员的行为属于军事活动。[①] 而在“黑海、亚速海、刻赤海峡沿岸国权利争端案”（以下简称权利争端案）中，俄罗斯更是明确提出 “军事活动就是一国武装力量或者准军事力量进行的任何活动”，并认为，这种解释不会过于宽泛，对军事活动问题不能进行限制性解释。[②]

然而，“权利争端案”中仲裁庭根据《公约》第 298 条第 1 款（b）项的规定指出，军事活动并非必须由军事船舶或者飞机实施，同样可以由“从事非商业服务的政府船只和飞机”实施。[③] 与“舰艇扣押案”中法庭的观点相同，仲裁庭进一步指出，军舰的介入或存在，可能在评估争端是否涉及军事活动时是一个相关因素，但并非决定性因素。[④] 仲裁庭同时指出，问题在于争端本身是否涉及军事活动，而非当事方是否就该争端动用了军事人员。[⑤]

如果仅凭主体判断海上活动是否属于军事活动可能导致两种结果。第一，导致海上军事活动泛化。正如“权利争端案”中仲裁庭所指出的，“军事”船舶、飞机和人员的活动范围，各国实践并不一致。一些政府视为文职或者执法的队伍可能被别国认为是军事力量，还有一些国家依靠军事力量履行救灾、疏散或者公共秩序重

① “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures,” Memorandum of the Government of the Russian Federation, May 7, 2019, paras. 28-30.

② “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case No. 2017-06, para. 306.

③ “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case No. 2017-06, para. 333.

④ “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case No. 2017-06, para. 334 and 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.

⑤ “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case No. 2017-06, para. 334.

建等非军事职能。[①] 目前，全球仍有许多国家的海上执法任务完全由本国海军承担，如果认可海军进行的任何活动都是军事活动，则海洋上将充斥着军事活动，《公约》第 298 条第 1 款（b）项军事活动例外将被最大程度激活，甚至可能架空《公约》对某些执法活动的强制管辖权，进而可能鼓励各国更多地动用海军进行海上执法或者执行其他海上任务，以此规避《公约》的强制管辖风险，如此恶性循环，海上军事活动将愈加泛化。更重要的是，海洋上游弋的军舰越多，海上冲突升级的风险就越大，海洋和平面临的挑战也越严峻。

第二，无法应对复杂多样的海上活动现状。首先，除了海军从事执法活动外，还有大量执法船参与军事活动。如果仅以海上活动的主体评判活动性质，显然是不合理的。其次，根据《公约》第 29 条规定，“为本公约的目的，‘军舰’是指属于一国武装部队、具备辨别军舰国籍的外部标志、由该国政府正式委任并名列相应的现役名册或类似名册的军官指挥和配备有服从正规武装部队纪律的船员的船舶。”可见，船舶是否属于军舰取决于一国是否明确将其列入本国的武装部队，如中美海警机构，均同时属于海上武装力量和行政执法力量，并且军舰与执法船之间的身份转变也极为常见，如菲律宾曾先后从美国海岸警卫队接收数艘“飓风”级巡逻艇及“汉密尔顿”级巡逻舰，列装海军；[②] 又如，中国的部分军舰退役后转为海警。[③] 如果坚持活动主体决定活动性质，则相关海上活动是否属于军事活动将取决于主权国家的事先行为而非事后的客观判断。最后，海上联合行动问题，正如“舰艇扣押案”中法庭所说，国家动用两种类型的船舶（即军事船舶与执法船舶）协同执行多样化的海上任务在当下是非常普遍的。[④] 此类海上活动应当如何定性，将成为主体决定论下的一大难题。

综上，海上活动的主体应当是判断活动性质的初步证据但非决定要素。单纯依

① “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case No. 2017-06, para. 335.

② Ronald O’Rourke, “Maritime Territorial and Exclusive Economic Zone (EEZ) Disputes Involving China: Issues for Congress, ” Congressional Research Service, October 22, 2012, p. 40, https://china.usc.edu/sites/default/files/article/attachments/Maritime%20Territorial%20and%20EEZ%20Disputes%202012%20Dec.pdf.

③ 危瑶：《我退役海军舰艇去哪儿？七大归宿再利用》，央广网，http://mil.cnr.cn/wqzb/zbdt/201408/t20140814_516217502.html。

④ “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Order of May 25, 2019, ITLOS Case No. 26, para. 64.

赖主体因素判断海上活动的性质脱离了各国海上实践，不具有客观性与合理性，也不利于海洋和平。当然，军舰或军用飞机具有高度的军事意涵，故军舰或军用飞机执行海上任务，从行为外观上来看，通常应当理解为军事活动，其从事非军事活动属于例外。

（二）行为方式

根据“舰艇扣押案”中热苏斯法官的观点来看，《公约》第 19 条第 2 款（a）至（f）项的列举虽然不是对军事活动的精准概括，但确实有助于理解军事活动，即实践中一国船舶或飞机在海上从事此类活动，通常可以视为军事活动。而对海上军事活动的识别，很大程度上依赖于客观上船舶或飞机在海上实施了何种行为，可称其为构成军事活动的“行为方式”。

国际司法实践中，对海上活动性质的判断，往往依赖于法庭或仲裁庭查证属实的当事方在海上采取的行动。“科孚海峡案”中，国际法院认为，需要考察军舰通过的方式是否符合无害通过的原则，并且在相关的范围内审查阿尔巴尼亚提出的主张，[①] 据此，法院考察了英国军舰通行时的编队阵型、士兵在甲板的情况、舰载武器当时的状态等具体行为方式。[②] “尼加拉瓜诉美国军事与准军事活动案”中，国际法院之所以认为美国违反禁止使用武力原则，对尼加拉瓜非法使用了武力和武力威胁，是基于美国在尼加拉瓜水域布设水雷、空袭尼加拉瓜港口和石油设施、向尼加拉瓜国内反政府武装提供支持等具体活动。[③] “圭亚那诉苏里南海洋划界案”中，对于苏里南出动海军巡逻舰驱逐圭亚那授权的钻井平台 CGX 以及钻井船“桑顿号”（C. E. Thornton）的行为是否构成武力威胁，仲裁庭认为，审查一些事件主要参与者的陈述将有所帮助；[④] 根据双方证人还原的苏里南海军行为，仲裁庭认为苏里南的行动构成对《公约》《联合国宪章》和一般国际法的违反，属于武力威胁而不是单纯的执法活动。[⑤] “舰艇扣押案”中，海洋法法庭认为导致乌克兰海军舰艇被扣押的

① “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), ” Judgement of April 9, 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 30.

② “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), ” Judgement of April 9, 1949, I.C.J. Reports 1949, pp. 30-31.

③ “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ” Judgement of June 27, 1986, I.C.J. Reports 1986, pp. 110-142.

④ “In the Matter of Arbitration between Guyana and Suriname, Award of the Arbitral Tribunal,” PCA Case, No. 4, 2004, para. 432.

⑤ “In the Matter of Arbitration between Guyana and Suriname, ” Award of the Arbitral Tribunal, PCA Case, No. 4, 2004, para. 445.

基本争议是其在刻赤海峡的通行行为，行为本身难以被认定为军事活动，而俄罗斯的武力使用行为发生在执法行动中，[①] 基于此，法庭认为俄方行为属于执法活动而非军事活动。此外，在主题为“武装冲突中的武力使用：敌对行为与执法范式的相互作用”的会议上，来自不同专业领域的专家组成员大多认可“决定某种情况属于敌对行动还是执法范式的主要法律标准是可使用武力者的地位、职能或行为”，[②] 进一步印证了行为方式在认定活动性质方面的重要性。

行为方式是海上活动的客观方面，因此也是识别海上军事活动的重要参考。构成军事活动应当具备何种行为方式，除了《公约》第 19 条第 2 款（a）至（b）项可供参照外，实践中尚无明确的标准。事实上，由于海上活动复杂多样，理论上也很难全面总结归纳出构成军事活动的具体行为方式，只能具体事件具体分析。但从已有的国际实践来看，有以下几点需要特别注意。

第一，法庭或仲裁庭重视将具体行为置于两国关系背景下考察，但又有意避免所作判断过度受时局的影响。“科孚海峡案”中，国际法院承认，英国军舰的通行不仅仅是基于航行目的，也是为了试探阿尔巴尼亚对外国军舰在海峡内通行的态度，[③] 尽管当时正值两国关系紧张，但是法院最终仍然基于无害通过权，认定英国军舰 1946 年 10 月 22 日的通行行为不侵犯阿尔巴尼亚主权，[④] 而英国军舰 1946 年 11 月 12~13 日在阿尔巴尼亚水域的扫雷活动，则超越了无害通过的范畴，侵犯了阿尔巴尼亚主权。[⑤] 可见，在法院看来，军舰的海上活动受两国关系的影响，但对其定性仍然要基于具体行为来考察。同样，“舰艇扣押案”法庭指示临时措施时认为，单纯的通行行为即使带有某种军事目的，也很难认定为军事活动。[⑥] 事实上，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

① “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Order of May 25, 2019, ITLOS Case No. 26, paras. 68-75.

② Andrew J. Carswell, “Converting Treaties into Tactics on Military Operations,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895/896, 2014, p. 934.

③ “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgement of April 9, 1949, ” I.C.J. Reports 1949, p. 30.

④ “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgement of April 9, 1949, ” I.C.J. Reports 1949, p. 31.

⑤ “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgement of April 9, 1949, ” I.C.J. Reports 1949, pp. 34-35.

⑥ “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Order of May 25, 2019, ITLOS Case, No. 26, paras. 68-70.

案事实与法律认定”，[①] 在判断是否构成海上军事活动时，将事件中的具体行为置于比两国关系背景更加优先的位次考虑。

第二，区分军事活动与使用武力或武力威胁，后者是构成前者的必要非充分条件，即军事活动在具体行为方式上往往需要表现为使用武力或武力威胁，但仅凭使用武力或武力威胁不足以判定构成军事活动。“西班牙诉加拿大渔业管辖权案”中，尽管加拿大巡逻艇在追捕西班牙渔船的过程中开火，但国际法院仍然认为，使用加拿大法律或法规授权的武力属于通常理解的执行保护或管理措施的范畴。[②] “圭亚那诉苏里南海洋划界案”中，仲裁庭曾明确表示，国际法允许执法活动中使用武力，前提是这种武力是不可避免的、合理的而且必需的。[③] “权利争端案”中，仲裁庭同样明确表示，声称使用武力不足以得出一项活动具有军事性质的结论，而且执法力量通常被授权使用武力，该活动不会因此被视为军事活动。[④] 与之相应，有学者提出，应当将使用武力与执法过程中的强制措施区分开，[⑤] 前者属于《公约》下军事活动的范畴，后者在执行过程中也可能涉及使用武力，但该武力行为主要受制于各国国内法，其与《联合国宪章》意义上的武力不同，因此不违反禁止使用武力原则。[⑥]

第三，军事活动的认定与使用武力或武力威胁行为的强度无关，判断某一武力使用行为性质的依据是有关行动本身到底属于执法性质抑或军事性质。[⑦] 以“西班

① 刘美：《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》，载《国际法研究》2020 年第 2 期，第 78 页。

② “Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), ” Jurisdiction of the Court, I.C.J. Reports 1998, p. 466.

③ “In the Matter of Arbitration between Guyana and Suriname, Award of the Arbitral Tribunal, ” PCA Case No. 4, 2004, para. 445.

④ “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case, No. 6, 2017, para. 336.

⑤ Patricia Jimenez Kwast, “Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorisation of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award,” *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13, No. 1, 2008, p. 52.

⑥ 高健军：《海上执法过程中的武力使用问题研究——基于国际实践的考察》，载《法商研究》2009 年第 4 期，第 29 页。然而，随着海上活动的日益复杂，军事活动与执法活动的区分本身就面临了很大的争议，客观上，具体的使用武力行为一定程度上已然成了确定军事活动或执法活动性质的依据。

⑦ 高健军：《海上执法过程中的武力使用问题研究——基于国际实践的考察》，载《法商研究》2009 年第 4 期，第 29 页。

牙诉加拿大渔业管辖权案”为例，尽管加拿大海军向西班牙渔船“埃斯泰”（Estai）开火，但西班牙承认加方行为属于执法活动，国际法院持同样观点。[①] 再如阿根廷击沉中国“鲁烟远渔 010 号”事件，学界普遍质疑阿根廷过度使用武力，但仍然视其为过度执法而非军事活动。[②] 类似事件还包括俄罗斯炮击“新星号”事件，阿根廷炮击中国渔船“京远 626”事件等。执法活动通常不因武力使用过度而转化为军事活动，反之，军事活动也不会因武力使用轻微而不能被认定为军事活动。

另外，海上军事活动是区别于海上商业贸易活动、海上执法活动的一种海上活动形式，本身无关于合法或非法。学界对军事活动的讨论通常聚焦于专属经济区或者争议海域，是因为实践中的海上活动争议往往集中在这些海域，但理论上，一项海上活动是否构成军事活动，本质上不取决于行为发生的地点，即军事活动的构成要素中不应包括活动水域的性质。

（三）活动目的

一般而言，行为方式是客观的，而司法实践中所谓活动目的通常是对客观行为的主观评价。尽管国际司法实践中，法庭或仲裁庭不愿过多倚重对相关活动目的的考察，以免使司法裁判深陷政治旋涡，但活动目的仍是法庭或仲裁庭对海上活动性质作出客观全面评价的一项不可忽视的因素。所谓查证海上活动的目的，通常要将其置于特定的时空背景及国际关系情势下。例如，“舰艇扣押案”中海洋法法庭指示临时措施时强调，军事活动的界定应当建立在对事件的客观评判基础上，充分考察相关情况。[③] 国际海洋法法庭中国籍法官高之国和俄罗斯籍法官罗曼·科洛德金（Roman Kolodkin）认为，法庭应考虑到冲突当时俄乌整体局势以及双方一系列行动。[④] “权利争端案”中，仲裁庭还特别注意到了俄乌双方对相关海域的争议。[⑤] 有学者认为，两案（即“舰艇扣押案”和“权利争端案”）裁

① “Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), ” Jurisdiction of the Court, Judgement of December 4, 1998, I.C.J. Reports 1998, pp. 446, 467.

② 白云怡：《专家：阿根廷击沉中国渔船是过度使用武力》，环球网，https://world.huanqiu.com/article/9CaKrnJUzVt。

③ “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Order of May 25, 2019, ITLOS Case, No. 26, 2019, paras. 64-67.

④ 刘美：《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》，载《国际法研究》2020 年第 2 期，第 78 页。

⑤ “Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, ” February 21, 2020, PCA Case, No. 6, 2017, paras. 342-358.

决意见模糊认可了单纯基于行为目的来判断一个活动是否属于军事活动的逻辑。[①] 如果按照这一逻辑，基于俄乌两国交恶的时局以及刻赤海峡敏感的水域地位，该案中俄方的行为似乎更应当被认定为军事活动，但法庭及仲裁庭均否认军事活动的存在。从裁决结果来看，法庭仍然倾向于就事件中的具体行动论及活动目的，避免将单个行动置于宏观的时局关系背景下解读其目的，如“舰艇扣押案”中法庭认为乌克兰舰艇意欲穿越刻赤海峡的首要目的是通行，至于是否具有其他政治或者战略目的，法庭未置可否。在与此相似的“科孚海峡案”中，国际法院虽然认可了英国军舰的通行目的是试探阿尔巴尼亚的态度，但仍然聚焦于海峡通行行为本身以及无害通过权，而没有将该活动置于两国关系紧张的背景下笼统地认定为使用武力或者武力威胁。[②] 另外，在“权利争端案”中，在判断一项活动是否属于军事活动时，仲裁庭似乎更关注活动直接针对的对象以及直接关涉的事项，[③] 不愿对活动目的进行更多延伸的考察。

除了政治顾虑外，对活动目的的考察还受限于以下几点。

第一，目的表示一种主观意愿。尽管通过具体实施的行为也能对其目的窥见一二，但对目的的判断很大程度上仍然依赖于当事方的表述。然而，表述往往并不完全可靠，正如“舰艇扣押案”中法庭所言，海上活动性质的界定不能仅仅依赖于当事方的描述，因为描述是主观且多变的。[④]

第二，海上活动尤其涉及军事活动具有高度机密性。在有关军事活动的争议中，判断当事方某一行动的具体目的，前提是尽可能全面获取活动中的相关信息，然而

① 张诗鼐：《论判断〈联合国海洋法公约〉中军事活动的主体基准问题》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 3 期，第 51 页。

② 有学者认为，该案中国际法院直接否定了阿尔巴尼亚要求评估英国军舰“通行目的”的主张，从裁决书来看，显然这是对法院裁决的误读，法院不仅没有忽视对“通行目的”的考察，还进一步肯定了英国军舰企图试探阿尔巴尼亚态度的目的。参见王建廷：《海上军事活动的自由与限制——基于《联合国海洋法公约》的考察与分析》，载《南京师大学报（社会科学版）》2012 年第 1 期，第 46 页。

③ 仲裁庭认为，无论是在涉及油气田还是渔业的冲突中，俄罗斯的武力行为都是针对平民，虽然不确定参与活动的是否属于武装部队，但活动本身客观上不能归为军事性质，另外，其他冲突直接涉及的是海上航行、海洋考古等问题，亦与军事活动无关。参见 Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation), Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, February 21, 2020, PCA Case, No. 6, 2017, paras. 336-340。

④ “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Order of May 25, 2019, ITLOS Case, No. 26, 2019, para. 65.

由于涉及军事机密，了解相关指令的真实内容是不可能的。[①]《公约》军事活动例外条款制定之初的考量因素之一就是军事活动的机密性。[②] 在“舰艇扣押案”中，多位法官曾对俄乌双方提出的证据表示了质疑，热苏斯法官甚至直言，乌克兰可能实施了军事活动，但法庭无法获得足够的信息。[③] 因此，很难期望当事方提交真实且全面的海上活动信息，使得对海上活动目的的考察，很大程度上只能依赖于当事方的外在行为方式，继而导致了不可避免的局限性和不确定性。

第三，某一海上活动的目的不是单一的，尤其是在争议海域或者敏感海域内的海上活动，往往是为了实现多重目的。即使某些海上活动带有军事目的，也未必一定是军事活动，应当全面考察该活动的目的。然而，在判断一项海上活动是否属于军事活动时，如何量化分析军事目的与其他目的，如何在最终结论上对军事目的与非军事目的作出取舍，实践中具有相当的难度。在考量具体活动的目的方面，将该活动针对的特定对象纳入考察范畴，或许有助于进一步明确活动的目的是否具有军事性。例如，针对别国军舰或者从事非商业活动的政府公务船开展的相关行动，通常更具有对抗性，因而倾向于被认为军事目的性更强；反之，对于渔船、商船等民用船舶采取措施，往往更易于被定性为非军事目的。

此外，有学者曾提出，服务于军事目的，并对沿海国家安全造成威胁的军事研究和类似的军事测量也属于军事活动。[④] 然而，所谓服务军事目的以及对国家安全造成威胁均是抽象的概念，不足以界定军事活动。对军事活动的界定问题，亦有学者提出，将主体基准解释为目的基准的一种特殊情况来考虑，使主体基准事实上融合进目的基准可能更为合理。[⑤] 从应然的角度看，就客观性而言，主体基准似乎比目的基准更有说服力；从实然的角度看，既往的国际司法实践也与这一界定方式大相径庭。对于和平时期的海上冲突，法庭或者仲裁庭似乎更倾向于将其认定为非军事冲突，相应的，在国际司法活动中，将一项海上活动界定为军事活动是非常罕见

① “The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgement of April 9, 1949, ” I.C.J. Reports 1949, p. 32.

② Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn, eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982-A Commentary*, Vol. V, Dondrechet: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 135.

③ Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Jesus, para. 20.

④ 周忠海、张小奕：《论专属经济区中的军事研究和测量活动》，载《法学杂志》2012 年第 10 期，第 102 页。

⑤ 张诗羿：《论判断〈联合国海洋法公约〉中军事活动的主体基准问题》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 3 期，第 64 页。

的。从上述分析来看，一种比较可行且通常的界定海上军事活动的标准是，以海上活动的主体为初步证据，重点考察行为方式，在有限范围内兼顾活动目的。不过需要注意的是，主体因素属于判断是否构成军事活动的证据，而非构成要件，主体是军事力量还是准军事力量，抑或其他，都不会实质上决定一项行动是否构成军事活动。另外，实践中行为方式和目的往往相互印证，不能视为两个完全独立的要件，但总体而言，行为方式仍是判断是否构成海上军事活动最为关键的要素。

四　实证视角下美国南海“航行自由行动”的法律性质

2020 年 7 月，美国国务卿迈克·蓬佩奥（Mike Pompeo）违背美国政府在南海主权问题上不持立场的公开承诺，公开发表声明，敦促相关国家反对中国的海洋权利主张，妄图孤立中国。[①] 此举作为中美南海博弈日益白热化的一个缩影，意味着以美国为代表的域外大国正在不断加强对南海问题的介入。尽管如此，应当承认，南海议题始终没有完全脱离法律的范畴，美国仍然力图借助国际法开展行动，并且试图加强对“灰色地带”的利用以钳制中国在南海的正当行动。其突出的表现是，美国一方面批判中国在南海的“灰色地带行动”，另一方面又通过向南海部署海岸警卫队，不断加强自身在南海的“灰色地带行动”，意欲利用《公约》下军事活动的模糊性巩固美国的海上竞争优势，为美国“重返亚太”、强化对南海问题的介入提供国际法支撑。

（一）美国南海行动的新动向：海岸警卫队介入

近年来，美国在南海强化“灰色地带行动”的典型特征是引入海岸警卫队，按照学者的分类，该行动至少同时涉及两种“灰色地带”政策工具，即民事介入与自由航行。[②] 进而言之，利用海岸警卫队“民事”与“军事”的双重属性，进一步促进海军与海岸警卫队在和平时期的职能互补，加强二者在南海的联合行动，进而模糊军事与执法的界限，通过“民事介入”使得包括“航行自由行动”在内的南海行动“灰色”属性得到强化。

事实上，美国海军与海岸警卫队协同应对海上风险的理念由来已久。美国认

① 《2020 年 7 月 14 日外交部发言人赵立坚主持例行记者会》，中国外交部官网，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1797678.shtml。

② 陈永：《精准修正主义与美国对华海上“灰色地带”策略》，载《世界经济与政治》2019 年第 9 期，第 54 页。

为，论及国土防御，如果仅仅依据一些未定义的地理边界划分海军与海岸警卫队之间的职责和权限，是很不够的，海岸警卫队必须能够作为远离海岸的联合特遣部队的一部分进行作战，海军部队也必须能够在必要时对近海的作战任务作出反应。[①] 早在 2006 年，美国海军与海岸警卫队联合发布的《国家舰队：海军与海岸警卫队联合政策声明》提出，为应对日益多样和复杂的主权与海洋安全威胁，海军与海岸警卫队应当加强协作，并系统性阐述了一系列基本政策。[②] 为促进落实 2015 年《21 世纪海上力量合作战略》，美国海军与海岸警卫队又发布了《国家舰队计划》，进一步细化了二者协同应对海上威胁的方案，并提出今后 5 年和 10 年的阶段性建设目标。[③] 2018 年，美国国防部发布的《美国 2018 年国防战略概要：增强美国的军事竞争优势》再次指出，长期的战略竞争需要国家权力多种要素的无缝整合，其中包括执法和军事力量。[④] 2020 年 5 月，白宫发布的《美国对中国的战略方针》再次强调，中国企图利用军事力量、准军事力量以及执法力量在南海争端中占据优势。[⑤] 概言之，一方面，美国认为中国正在“企图”强化“灰色地带行动”以维护自身利益，并试图重塑海洋秩序，这将直接影响到美国的海上行动以及海洋利益；另一方面，美国也意识到自身在南海行动的不足，主要表现为对于灰色地带挑战的应对往往过于军事化或者过于受限，由于这些挑战通常在法律和政策领域内具有模棱两可的特点，因此将挑战视为纯粹的和平时期或者完全的战争状态并不恰当，对于使用执法和军事工具，美国有清晰的概念和范式，但却很难将其运用于混乱的中间地带。[⑥]

一般认为，美国在南海部署海岸警卫队可能将主要执行两项任务：一是单独或

① The U.S. Navy, Marine Corps and Coast Guard, *A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower*, October 2007, https://www.uscg.mil/Portals/0/Strategy/MaritimeStrategy.pdf.

② The U.S. Navy and Coast Guard, *National Fleet: A Joint Navy/Coast Guard Policy Statement*, March 3, 2006, https://www.navy.mil/navydata/cno/2006_national_fleet_policy.pdf.

③ The U.S. Navy and Coast Guard, *The National Fleet Plan*, August 2015, https://www.navy.mil/strategic/Fleet_Plan_Final.pdf.

④ U.S. Department of Defense, *Summary of the 2018 National Defense Strategy of the United States of America: Sharpening the American Military's Competitive Edge*, p. 4, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Defense-Strategy-Summary.pdf.

⑤ The White House, *United States Strategic Approach to the People's Republic of China*, May 2020, p. 13, https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/05/U.S.-Strategic-Approach-to-The-Peoples-Republic-of-China-Report-5.20.20.pdf.

⑥ United States Special Operations Command, *White Paper*: *The Gray Zone*, September 9, 2015, p. 6, https://info.publicintelligence.net/USSOCOM-GrayZones.pdf.

者与海军共同执行南海的“航行自由行动”。2019 年，美国两艘海警船部署南海后，卡尔·舒尔茨曾公开表示，美国海岸警卫队计划增加在西太平洋地区的兵力部署，未来可能代替美军执行“航行自由计划”。[①] 二是帮助提高地区伙伴国的海上执法水平以及开展联合海上执法。前美国海岸警卫队司令保罗·朱昆福特（Paul F. Zukunft）上将曾透露，美国海岸警卫队和外国政府有六十多项双边协议，使其能够通过与东道国的联合行动实行海洋管理、法治和全球领导项目。[②] 事实上，根据卡尔·舒尔茨所说，美国不仅向南海地区伙伴国提供了剩余的物资，海岸警卫队也在帮助训练他们并且开展合作。[③] 例如，美国海警船曾与两艘菲律宾海警船在中国主张主权的南海水域进行联合演练。[④] 随着美国海岸警卫队部署南海，美国在南海的“灰色地带行动”正在得到强化，“印太战略”框架下的南海联合“航行自由行动”和海警联合执法可能成为美国遏制中国海上力量增长和“南海军事化”的新形式、新手段。[⑤]

（二）美国利益下南海“航行自由行动”的核心诉求之一：“自由开放的印太”

对于美国在南海部署海岸警卫队的行为，卡尔·舒尔茨宣称，总体目标是一个“自由开放的印太”。[⑥] 由此，“航行自由行动”作为所谓“保障印太自由开放”的工具，其地位愈发凸显。作为一个海洋型国家，美国“航行自由行动”根植于其自建国以来对海洋自由的崇尚和需求，欲精准评价美国在南海的航行自由行动，必须理解南海航行自由对美国的重大意义。美国海军战争学院教授詹姆斯·霍姆斯

① 丁杨：《2019 年 10 月国防部例行记者会文字实录》，中国国防部官网，http://www.mod.gov.cn/jzhzt/2019-10/31/content_4854245_2.htm。

② The U.S. Navy, Marine Corps, and Coast Guard, *A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower*: *Forward*, *Engaged*, Ready, March 2015, p. 17, https://www.navy.mil/local/maritime/150227-CS21R-Final.pdf.

③ Joseph Ditzler, “Coast Guard Commandant Touts ‘Rule-based Order’ to Counter Chinese Aggression in the Indo-Pacific,” *Stars and Stripes*, July 24, 2019, https://www.stripes.com/news/pacific/coast-guard-commandant-touts-rule-based-order-to-counter-chinese-aggression-in-the-indo-pacific-1.591631.

④ “US Coast Guard Bolsters Presence in South China Sea,” *The Straits Times*, June 11, 2019, https://www.straitstimes.com/asia/se-asia/us-coast-guard-bolsters-presence-in-south-china-sea.

⑤ 吴士存：《域外势力介入是南海稳定的最大威胁》，中国南海研究院官网，http://www.nanhai.org.cn/review_c/397.html。

⑥ Joseph Ditzler, “Coast Guard Commandant Touts ‘Rule-based Order’ to Counter Chinese Aggression in the Indo-Pacific, ” *Stars and Stripes*, July 24, 2019, https://www.stripes.com/news/pacific/coast-guard-commandant-touts-rule-based-order-to-counter-chinese-aggression-in-the-indo-pacific-1.591631.

（James R. Holmes）曾指出，海洋战略的目的是按照优先顺序开放对国家经济活力至关重要的地区的商业、政治和军事通道，商业为王，而军事通道使外交通道成为可能，外交通道则确保了商业通道的通畅。[①] 与之相应，美国倡导的航行自由并非简单的商船通行自由，而是包括军事船舶和飞机，后者正是中美两国在“航行自由”问题上的根本分歧。

从宏观来看，美国认为自由与秩序是密不可分的。《美国的世界角色：背景与国会议题》报告指出，美国传统角色中的四个关键要素是：全球领导力，捍卫和促进国际自由秩序，捍卫和促进自由、民主与人权，预防欧亚大陆出现区域霸主。[②] 就南海问题而言，美国之所以能够堂而皇之地以域外大国的身份介入，最直接也是最通常援引的说辞是捍卫和促进国际自由秩序。实践中，美国智库主要运用了三个“公义”关键词来批判中国在南海采取的行动，即地区安全（秩序）、国际法和航行自由。[③] 在美国看来，航行自由很大程度上代表的就是一种至高无上的秩序，显然这是基于美国的价值观并最大程度地迎合美国利益的一种海上秩序。

从具体问题看，历史上海洋强国不同程度地抢占了三类自由：进行军事活动的自由、商船航行自由以及捕鱼自由，而保障军舰的机动性及其使用，是以美苏为代表的海洋强国发起第三次联合国海洋法会议的主要动力。[④] 早在 1918 年，美国总统威尔逊在促进一战后和平的“十四点计划”第 2 条中就明确提出，无论平时还是战时，各国领海以外的海洋上应有绝对的航行自由。其主张海上交通线不仅对商业开放，也对诸如人道主义干涉和沿海防御之类的所谓和平军事活动开放。[⑤] 鉴于此，有美国学者进一步将海洋的军事利用自由表述为机动权（Movement Rights）和行动权（Operational Rights），认为前者包括与海上力量调动相关的所有权利，该权利在《公约》中得到明确；后者主要是习惯性权利，受海洋自由制度约束，并得到美国海

① James R. Holmes, “China’s Quest for Great Power: Ships, Oil, and Foreign Policy, ” *China Quarterly*, Vol. 2017, No. 232, 2017, p. 1129.

② Congressional Research Service, U.S. Role in the World: Background and Issues for Congress, June 22, 2020, p. 1-5, https://fas.org/sgp/crs/row/R44891.pdf.

③ 李东屹：《南海问题中的国际话语逻辑——基于对美国智库文献的分析》，载《国际展望》2018 年第 5 期，第 104 页。

④ Bernard H. Oxman, “The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 1984, p. 810.

⑤ Patrick M. Cronin and Robert D. Kaplan, “Cooperation from Strength: U.S. Strategy and the South China Sea, ” in Patrick M. Cronin, ed., *Cooperation from Strength*: *the United States, China and the South China Sea*, Center for a New American Security, January 2012, p. 7, https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS_CooperationFromStrength_Cronin_1.pdf.

军的保障。[①] 在海洋商业航行自由得到国际社会普遍认可和保障的情况下，美国更加注重军事航行自由，并将其表述为一种进入权。在 2015 年版《海上力量合作战略》中，美国引入“所有领域的进入能力”作为海上军事力量应当履行的第五项基本职责，其中包括海上的自由行动。[②] 而在南海问题上，作为域外国家，美国认为其在南海有两大重要利益：进入权和稳定权，确保不受阻碍地进入南海地区的海域是美国最大的利益。[③]

首先，进入权意味着美国所强调的军事航行自由重点指向海上军事力量进入他国管辖水域（如一国专属经济区）或者敏感海域（如国际争议海域、海上战略要道等）的能力。这也延续了马汉海权理论倡导的基本原则——“进攻是最好的防御”，通过积极介入相关海域，阻止敌方海上力量进入海洋，从而确保海上贸易和军事行动的安全顺利，[④] 实际上是海洋霸权的一种体现。其次，进入权背后仍然具有保障海上贸易的深刻意蕴。对美国的海洋战略产生深远影响的马汉海权理论认为，海权的发展不仅是指武力统治海洋或其任何一部分的海上军事力量的增强，还包括海上和平贸易及海运的发展，后者是海军诞生并得以存续的基础。[⑤] 美国海军为海上贸易以及海运而生，因此保障贸易航道的自由通畅是海军的基本职责，商船所到之处美国海军亦要通行自由。“对自由领导者来说，维护力量投送渠道的开放与维护贸易航道的通畅是同样重要的”，[⑥] 实际上在美国看来，贸易航道的自由与否取决于美国的力量投送渠道是否通畅，也即进入权，而不能依赖于他国的承诺或保障。

与美国强势主张的“进入权”不同，对以中国为代表的新兴海洋大国而言，海

① Charles E. Pirtle, “Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 31, No. 1-2, 2000, pp. 8-9.

② The U.S. Navy, Marine Corps, and Coast Guard, *A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower: Forward, Engaged, Ready*, March 2015, p. 2, https://www.navy.mil/local/maritime/150227-CS21R-Final.pdf.

③ [美] 傅泰林：《美国对南海有关争议的政策：1995-2017》，齐皓译，载《当代美国评论》2017 年第 1 期，第 43-45 页。除了进入权和稳定权外，作者同时指出美国在南海拥有的其他利益，包括维持对地区盟国的承诺、维持与中国的稳定和合作关系等。

④ [德] 赫伯特·罗辛斯基：《海军思想的演进》，吕贤臣等译，上海：上海交通大学出版社 2015 年版，第 27 页。

⑤ Alfred Thayer Mahan, *The Influence of Sea Power Upon History*, *1660-1783*, New York: Dover Publicashions, Inc., 1987, p. 28.

⑥ 朱剑：《航行自由问题与中美南海矛盾——从海洋的自然属性出发》，载《外交评论》2018 年第 4 期，第 15 页。

上航行自由的前提是保证主权及安全，尤其当所谓“进入权”涉及军事船舶或者飞机的域内活动时，中国与美国的立场截然相反，直接导致了中美两国在南海就航行自由问题展开针锋相对的行动。正因如此，美国外交史学者沃尔特·罗素·米德（Walter Russell Mead）曾预言，未来海洋自由仍是美国最有可能与其他大国利益发生冲突的一个点。[①]

（三）美国南海“航行自由行动”的法律性质

中国学者通常将美国南海“航行自由行动”表述为“军事行动”“军事手段”“军事遏制”或者“军事宣示”等，[②] 虽然没有直接将其归为《公约》下海上军事活动的范畴，但却更多强调了“航行自由行动”的军事属性。美国海军战争学院丹尼斯·曼萨格（Dennis Mandsager）教授辩称，这正是通常对美国“航行自由行动”性质的误解。[③]

目前以及将来可能参与南海“航行自由行动”的主体，包括美国及其盟国的海军和海岸警卫队。[④] 海军是一国的军事力量，海岸警卫队则通常被视为准军事力量。因此，从主体因素来看，二者均是海上军事活动的主体，是判断“航行自由活动”构成军事活动的初步证据。然后，结合行为方式和活动目的来分析，作为界定海上军事活动的关键要素，其指向的是“航行自由行动”主体在通行过程中具体实施的行为。根据现有的国际司法实践，一般而言，单纯以军舰或者海警船通行且不附带其他行动来挑战沿海国主权主张的“航行自由行动”，即使其带有军事挑衅、检验沿海国军事反应能力或者其他军事目的，实践中也难以被法庭或者仲裁庭认定为

① Walter Russell Mead, *Special Providence: American Foreign Policy and How It Changed the World*, London: Routledge, 2001, p. 106.

② 潘玉：《美国“航行自由”与〈联合国海洋法公约〉》，载《东亚评论》2019 年第 1 辑，第 83 页；郑实：《美国“航行自由行动”的法理根基与双重本质——兼论中国的因应之道 》，载《武大国际法评论》2020 年第 1 期，第 36 页；邢广梅、汪晋楠：《美国南海“航行自由行动”与军舰无害通过问题研究》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 1 期，第 78 页；石秋峰、王传剑：《美国强化南海航行自由的逻辑及其批判性分析》，载《亚太安全与海洋研究》2018 年第 4 期，第 74-75 页；刘琳：《美国在南海的“航行自由行动”探析》，载《当代美国评论》2018 年第 1 期，第 86 页；吴士存：《从当前南海形势看海上规则和秩序建设的紧迫性》，载《亚太安全与海洋研究》2018 年第 4 期，第 5-6 页。

③ Dennis Mandsager,“The U.S. Freedom of Navigation Program: Policy, Procedure, and Future,” *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 72, 1998, p. 119.

④ 例如，2018 年 8 月 31 日，英国“海神之子”号船坞登陆舰以“航行自由”之名擅闯中国西沙群岛的领海，除此之外，美国还不断怂恿澳大利亚、法国、日本等国加入在南海的“航行自由行动”。

“军事活动”。从法庭和仲裁庭的裁决先例来看，一方面，活动目的通过行动外化，在没有更充分证据印证的情况下，法庭或仲裁庭不会过多倚重活动目的；另一方面，即使证实某些活动具有军事目的，法庭或仲裁庭仍然侧重于就行动本身作出裁决，以免过多涉及非法律或者不宜在该案中作出裁决的事项。更重要的是，正如美国某些军方人士所说，不存在没有军事行为的“航行自由行动”，[①] 法庭或仲裁庭通常不愿过多强调军事目的在界定海上活动性质中的比重。相反，当军舰在通行的过程中，实施了诸如军事演习、军事侦察和军事测量等与通行无关的行为时，即使其声称不具有军事目的，也不影响其构成军事活动。在已披露的美国“航行自由行动”实践中，除通行外很少涉及其他活动，因此，理论上也很难被法庭或仲裁庭认定为军事活动。

总体而言，“航行自由行动”的目的在实践中最具有争议性。美国在南海针对中国实施的“航行自由行动”与在其他地区针对其他国家实施的该行动的最大区别在于，美国将中国视为最大的竞争对手。近年来两国间的各方面博弈日益升温，加之美国海上行动地点又集中在颇为敏感的南海海域，使得美国海军与海岸警卫队的军事意蕴被急剧放大，很难相信该行动仅仅是美国基于国际法的行动，而不是政治或军事挑衅。不过，在美国智库研究者看来，“航行自由行动”的目的应该被理解为法律和外交性的，而不是军事行动；[②] 特朗普政府执政后，美国也有意使“航行自由行动”重拾“常态化”“非挑衅性”等特点，突出其法律意义，避免过度政治化和被媒体炒作。[③]

美国“航行自由行动”引起的国际法争议，实际上是国家间利益分歧传导至《公约》解释问题上的必然结果。在当前比较特殊的中美关系背景下，应当认识到“航行自由行动”必然具备相当的军事属性，但也不应忽视该行动根深蒂固的历史背景及其初衷，即维护美国单边利益主导下的海洋自由，保证美国军事力量的全球机动性，进而确保无论战时还是平时，美国的海上贸易和航道安全通畅。美国的“航行自由行动”，既渊源于马汉海权论的思想，也是美国倡导的所谓“自由开放的印太”的具体体现。

① 齐皓：《美国南海“航行自由行动”的国内争论及政策逻辑》，载《现代国际关系》2016年第11期，第24-25页。

② 齐皓：《美国南海“航行自由行动”的国内争论及政策逻辑》，载《现代国际关系》2016年第11期，第25页。

③ 刘琳：《美国在南海的“航行自由行动”探析》，载《当代美国评论》2018年第1期，第91页。

综上所述，美国南海“航行自由行动”法律性质体现为应然与实然两个层面。应然方面，该行动是一种特殊的“执法活动”，[①] 并兼具军事活动属性；[②] 实然方面，根据已有国际司法实践，法庭或者仲裁庭恐怕很难认定其为军事活动。某种意义上，美国正是倚重该行动的“灰色”属性，肆无忌惮地借此行动“搅动”南海局势，无视中国在南海的合法合理诉求。尽管如此，从更好地维护国家利益的立场出发，中国仍有必要将美国的“航行自由活动”区别于其在南海进行的军事演习、军事巡航和军事侦察等行为，前者宣示性行动意味及法律性质较强，不宜简单地理解为军事挑衅或政治施压。同样，对于作为美国南海典型“灰色地带行动”之一的海警联合执法，也宜适当参照此标准客观看待，如果仅仅强调其军事属性，不利于中美两国就南海问题在国际法层面展开互动，也不利于双方理解彼此诉求、冷静管控冲突。

五　妥善应对美国南海“灰色地带行动”的中国方案

一段时间以来，中国比较好地利用了《公约》对海上军事活动的模糊性规定给缔约国创造的灵活空间，[③] 然而，随着美国海岸警卫队进入南海的常

① 类似于部分学者所称特殊的“执法”或者“警察行动”，参见陈永：《精准修正主义与美国对华海上“灰色地带”策略》，载《世界经济与政治》2019 年第 9 期，第 52 页；马得懿：《军舰海上执法：和平时期的国际法实证与完善进路》，2019 年中国国际海洋法年会论文集，第 122 页；胡鑫：《大国博弈与南海局势的发展——2019“南海论坛”综述》，载《亚太安全与海洋研究》2020 年第 3 期，第 68 页。在“北极日出号案”中，仲裁庭认为执法管辖权可以是基于违反沿海国国内法或者国际法（如恐怖主义犯罪、海盗行为或者与《公约》有关的执法管辖事项），因此“航行自由行动”这种特殊的“执法活动”，理论上可以视为是执行海洋强国理解下的海洋法。参见 “The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia), Award on the Merits, ” August 14, 2015, pp. 53-83。另外，佩德罗佐教授认为，即使在一国管辖海域，其他国家仍有执法权，例如一国专属经济区内，他国可以根据《公约》第 58 条第 2 款，在不经沿岸国同意的情况下从事非资源相关的执法活动，如禁止奴隶贸易和海盗，制止未经许可的广播，打击麻醉品贩运，履行救助义务，行使紧追权，以及《公约》第 86 条明确的广泛的解释权。因此，将“航行自由行动”理解为一种特殊的“执法活动”与沿海国管辖权理论上亦不冲突。参见 Raul Pedrozo, “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus,” *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 90, 2014, pp. 517-518。

② “舰艇扣押案”中，高之国法官认为，同一争端可以同时具备执法活动与军事活动的混合性质。参见 “Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, ” Separate Opinion of Judge Gao, para. 50。

③ 王建廷：《海上军事活动的自由与限制——基于〈联合国海洋法公约〉的考察与分析》，载《南京师大学报（社会科学版）》2012 年第 1 期，第 49 页。

态化“执法”，中美执法力量在南海发生相遇事件甚至冲突的概率将大大提高，这是中美双方都不愿看到的，其后果也是任何一方都无法承担的。因此，面对美国南海“灰色地带行动”的新动向，应当在客观认识活动性质的基础上，在同一问题层面开展高效对话，防止误判，规避风险，建立健全应对新情况的中国方案，确保中国在南海的维权执法行动有理有节，中美海上博弈“斗而不破”。

第一，在军民融合的背景下，加强海上力量建设，增强中国海上维权执法的能力。不断提高海上舰船装备数量和质量，是保障南海维权执法的基本要素。除此之外，更重要的是提高海上力量维权执法的软实力。宏观层面，一是提高指挥领导力。继 2018 年海警转隶武警部队，实现党中央、中央军委集中统一领导后，2020 年 7 月 1 日起，预备役部队也全面纳入军队领导指挥体系。[①] 在此基础上，既要继续深入贯彻“军是军、警是警、民是民”的改革原则，又要加强对包括海军、海警、民兵和预备役在内的海上力量的集中统一领导，尤其是要提高在处理海上紧急突发事件中的反应、决策和指挥效率。二是提高联合行动力，即行动预案中应当进一步整合现有海上力量，提高各方面海上力量联合应急处理突发事件的能力。微观层面，尤其要重视对一线指战员的行动规则意识培养。在南海执行任务的指战员往往不容易迅速分辨美国海军正常的“航行自由行动”与以“航行自由行动”为名进行的侦察、威慑和模拟攻击行为，[②] 鉴于此，今后无论是在决策过程中还是具体行动中，都应当对美国的军事活动与其他活动有所区分，既要积极查证美方舰船的航行目的，[③] 必要时予以跟踪监控和驱离，同时也要避免先入为主的臆断，即对于单纯的通行行为，且查证属实的美国“航行自由行动”，不必过激反应，可根据其“宣示性”行动的特点，把应对重点放在国际法层面予以驳斥和否定；反之，对于通行过程中实施的其他附带行为，尤其是威胁中国主权和领土安全的“灰色地带行动”，则应当坚

① 乌铭琪：《国防部新闻发言人吴谦就预备役部队领导体制调整答记者问》，中国国防部官网，http://www.mod.gov.cn/info/2020-07/01/content_4867464.htm。

② 陈永：《海军职能与中美南海“灰色地带”竞争》，载《国际关系研究》2019 年第 5 期，第 102 页。

③ 《公约》赋予沿海国在管辖水域内的相关主权权利，当然意味着沿海国有权查明、监控他国船只在本国管辖水域内的活动，否则沿海国的权利无法得到保障。参见管建强：《美国无权擅自在中国专属经济区从事“军事测量”——评“中美南海摩擦事件”》，载《法学》2009 年第 4 期，第 53 页。

决予以回击。中国可以对照美国制订的《美国海上行动法指挥官手册》（*The Commander's Handbook on the Law of Navy Operations*），构建一套应对不同情况的、体系化的海上行动预案，提高海上斗争的效率，保证中国海上维权执法力量的高效运用。

第二，加强中美间有关海上执法的对话机制和行为规则建设。一是充分利用好现有的北太平洋地区海岸警备执法机构论坛（North Pacific Coast Guard Forum，NPCGF，以下简称北太海警论坛），必要时可以开辟两国海警间常态化的交流平台，加强海警间的对话。此外，在中美两国海警已有开展联合巡航执法的先例和经验基础上，[①] 进一步加强两国海警间的执法合作，增进互信。二是中美间海上相遇处置规则的建设与完善。目前，中美两国就海上行动已经达成了一些规则文件，包括《关于建立加强海上军事安全磋商机制的协定》《关于建立重大军事行动相互通报信任措施机制的谅解备忘录》《关于海空相遇安全行为准则的谅解备忘录》及其三个附件，以及会同其他西太平洋海军论坛成员国共同表决通过的《海上意外相遇规则》（*The Code for Unplanned Encounters at Sea*），但现有文件主要针对两国军事力量在海空发生相遇的情况。面对南海出现的新情况，在权衡利弊的前提下，可以考虑扩大规则适用，将海警间的海上相遇也纳入适用范围，除两国军事热线外，开设海警间的专门沟通渠道，就实践中的两国海警海上相遇突发状况及时沟通，防止误判。

第三，探索在国际法层面应对美国在南海的“航行自由行动”。由于美国坐拥强大的海上军事力量和长期苦心经营的联盟外交体系，如果单纯将美国的“航行自由行动”视为军事或者政治挑衅，很难在博弈中占据优势，更多时候中方处于被动地位。对于崛起大国而言，国际法可以辅助其实现实际利益，亦可以帮助其呈示道义诉求。[②] 事实上美国执意开展“航行自由行动”很大程度上正是得益于国际法的模糊性，故而从该行动的法律性入手，从国际法角度加强批判，一定程度上能为中国争取更多主动权，也更易于获得国际社会的理解和支持。

一方面，推动海上军事活动在国际法层面的明确，可以组织一批权威的国际法学者，对《公约》下的军事活动作出具体解释，以正国际视听，前述 2005 年日本海洋政策研究基金会组织发布的《专属经济区航行与飞越指南》表明，结论大概率

① 王楠楠：《中美海警 2016 年度北太平洋公海联合巡航执法圆满结束》，新华网，http://www.xinhuanet.com/mil/2016-08/22/c_129248166.htm。

② 何志鹏：《国家利益维护：国际法的力量》，北京：法律出版社 2018 年版，第 72-77 页。

对中国是有利的；另一方面，提前作好充分的国际诉讼准备，以备不时之需。目前，美国尚未加入《公约》，但是奥巴马执政期间，美国国内加入《公约》的呼声高涨，尽管到特朗普时期有所衰退，但是假以时日，不排除美国加入《公约》的可能。而根据《公约》强制管辖的规定，相较于军事活动而言，执法活动受到司法管辖更能为国际社会所接受，故对于美国采取的某些具有执法活动性质的“航行自由行动”，在美国成为《公约》缔约国后，可以选择适时提请国际海洋法法庭裁决，以此向美国施压。现阶段，提前作好提起和应对国际诉讼的各项准备工作，重视在国际法层面探索更多的路径以加强对话，同时使用能够为当前国际法包容的话语来阐述中国利益和意志，是有效应对美国航行自由行动、强化中国尊重国际法大国形象的良好途径之一。

第四，立足于中国与东盟国家间互信，致力于推动《南海行为准则》，为管控海上“灰色地带”冲突作出表率。防止域外国家利用“灰色地带行动”干涉南海事务的根本举措在于加强中国与域内国家的相互信任，深化海上合作关系。其一，合作是建立起彼此间信任的重要途径。《海警法》第 8 章专门规定了海上执法的国际合作。以此为契机，中国可以借鉴北太海警论坛，推动中国与东盟国家执法机构间常态化的互动交流，加强双方执法机构间的互通互信，推动中国与东盟各国在南海开展针对 IUU 捕捞、海盗、海上走私等非法活动的联合执法，压缩美国海岸警卫队保持南海存在的必要性与合理性空间。其二，鉴于中国与东盟国家已经通过了《中国与东盟国家关于在南海适用〈海上意外相遇规则〉的联合声明》，为防范美国与东盟国家的海警联合执法带来的海上相遇风险，可以考虑推动中国与东盟国家执法船舶或飞机的海上相遇规则建设，尽量避免执法冲突。其三，要善加利用《南海行为准则》的协商，为域内国家的海上行动提供参考和指导，妥善管控海上“灰色地带”冲突。

六 结语

根据 2020 年“南海战略态势感知计划”发布的《2019 年美军南海军事活动不完全报告》，2019 年，美军在南海地区继续保持高强度军事活动态势，无论是从其力量规模还是强度上来看，都比 2018 年有显著增强，南海已经成为中美之间海上

战略竞争的前沿。[①] 2020 年，美军在南海的军事行动更加咄咄逼人，美军侦察机更是频繁抵近中国沿海侦察，最近距中国领海基线仅 50 海里左右。[②] 除了中国国防部证实的 6 月 9 日美国海军一架 C-40 运输机穿航中国台湾岛外，[③] 2020 年度，美国陆续在南海进行了 9 次“航行自由行动”。美军在南海利用“灰色地带”进行的一系列活动，既游走于法律与政治的重叠区域，亦是介于和平与战争之间的危险试探。

现阶段中美关系正处在一个复杂的变动期，南海毫无悬念地成了两国博弈的重要场域之一。海岸警卫队的介入是美国南海“灰色地带行动”的一个方面，美国同时还拓展了其他海上活动形式，以弥补自身在中美南海博弈当中的不足。理论上，美国海岸警卫队入驻南海的军事意涵无法与美海军在南海频繁实施的危险行动相提并论，应适当区分看待美国在南海的各种行动。就此而言，实证研究视角下海上军事活动的界定提供了一种全新的思路，不仅有助于洞悉美国南海“灰色地带行动”的法律本质，也便于中国有针对性地采取应对措施，进而实现有序的海上维权以及有力的冲突风险管控。

【收稿日期:2020-09-17】
【修回日期:2021-01-31】
【责任编辑:齐　琳】

① 南海战略态势感知计划：《2019 年美军南海军事活动不完全报告》（2020 年 3 月 28 日），第 1 页，http://www.scspi.org/sites/default/files/reports/zhong_-final_2019nian_mei_jun_nan_hai_jun_shi_huo_dong_bu_wan_quan_bao_gao__0.pdf。

② 蒋莉蓉：《又来！美两架侦察机在福建、广东“近空侦察”，距领海基线仅约 50 海里》，环球网，https://3w.huanqiu.com/a/11736a/40LqpZ4hmFU?agt=5。

③ 王楠楠：《国防部新闻发言人就美军机穿航台湾岛答记者问》，新华网，http://www.xinhuanet.com/mil/2020-06/16/c_1210662533.htm。