

# 《海警法》第21条的规范内涵及其国际法依据分析

陈祖成

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年8月6日; 录用日期: 2023年8月30日; 发布日期: 2023年9月7日

## 摘要

《中华人民共和国海警法》(以下简称“海警法”)第21条规定了海警机构有对外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶采取一系列维权执法措施的权利, 引发外界对该规范是否与当下国际法规则不符的担忧。《海警法》第21条从规范属性看是授权规范而不是当为规范; 从权利来源看, 需要在理论上拆解出国内法管辖权和主权者采取自助行为的权利; 从行为性质看, 该条所规定的措施中不仅包括行政执法措施, 还有安全保卫措施。在上述规范内涵的基础上考虑《海警法》第21条项下安全保卫措施的国际法依据: 该条的安全保卫措施因不具有管辖权性质而与船舶豁免权不冲突; 该条的安全保卫措施符合反措施的定义和要求, 从而获得了国际法上的合法性。

## 关键词

海警法, 管辖海域, 海事安全保卫措施, 船舶豁免权, 反措施

# Analysis of the Normative Connotation and International Law Basis of Article 21 of “Coast Guard Law”

Zucheng Chen

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 6<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 30<sup>th</sup>, 2023; published: Sep. 7<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Article 21 of the “Coast Guard Law of the People’s Republic of China” (hereinafter referred to as the “Coast Guard Law”) stipulates that maritime police agencies have the right to take a series of

actions of rights protection and law enforcement against foreign military ships and foreign government ships used for non-commercial purposes, which may raise concerns about whether this regulation is inconsistent with current international law rules. From the normative attribute of Article 21 of the “Coast Guard Law”, it is an authorized norm rather than a deemed norm. From the perspective of the source of rights, it is necessary to theoretically dismantle the jurisdiction of domestic law and the right of sovereign individuals to take self-help actions. From the perspective of the nature of the behavior, the actions stipulated in this article include not only actions of administrative law enforcement but also actions of maritime security. On the basis of the above normative connotations, the international legal basis for actions of maritime security under Article 21 of the “Coast Guard Law” is considered: the actions of maritime security under this Article do not have jurisdictional nature and do not conflict with ship immunity. The actions of maritime security of this article comply with the definition and requirements of countermeasures, therefore it has the legitimacy of international law.

## Keywords

Coast Guard Law, Water under the Jurisdiction, Action of Maritime Security, Immunity for Ships, Counter-Measures

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 简述：外界对《海警法》第 21 条国际法依据的疑问

新《中华人民共和国海警法》(以下简称“《海警法》”)自通过施行后,引起与我国海洋权利主张交叠或反对我国海洋权利主张的部分国家及部分西方学者的关注与批评。印度尼西亚、日本、菲律宾、美国 and 越南都对该部法律所暗示的中国海警在今后不断强化的进攻性趋向表示担忧。甚至有外国学者批评,《海警法》与《联合国海洋法公约》存在诸多不符之处,也与其他一些国家的国家实践不符。而《海警法》第 21 条则是遭受批评较为集中的条款之一。

《海警法》第 21 条规定,当外国军用船舶或用于非商业目的的政府船舶在中国管辖海域违反中国国内法时,“海警机构有权采取必要的警戒和管制措施予以制止”。对于拒绝离开并造成严重危害和威胁的,“海警机构有权采取强制驱离、强制拖离等措施”。

有国外学者指出,上述规定开启了与《联合国海洋法公约》规定潜在不符的“大门”。《联合国海洋法公约》第 32 条规定:“A 分节和第三十及第三十一条所规定的情形除外,本公约规定不影响军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的豁免权”。对于海洋环境的保护和保全,《联合国海洋法公约》第 236 条规定:“本公约关于保护和保全海洋环境的规定,不适用于任何军舰、海军辅助船、为国家所拥有或经营并在当时只供政府非商业性服务之用的其他船只或飞机”。《联合国海洋法公约》赋予了军用船舶、军用辅助舰船和政府船舶免受沿海国执行管辖的豁免权。假如中国海警要对军舰和政府船舶采取强行脱离等措施,将会明显违反《联合国海洋法公约》的规定[1]。

来自外界最先的疑问是:《海警法》第 21 条有没有国际法依据?如果有,它的国际法依据是什么?这是由外而内的表象分析所造成的疑问。

与提出质疑不同的是,在回答问题时,应由里而外地从本质出发,从国内法立法活动、规范文本出发,把握该条内涵,才有可能回答好这一问题。那么,实际上解疑所需要回答的问题有如下三个:《海

警法》第 21 条是当为规范还是授权规范？《海警法》第 21 条的授权是行政执法权还是安全保卫权？以及该条项下措施的性质是行政执法措施还是安全保卫措施？《海警法》第 21 条的国际法依据是什么？

以这三个问题为线索，可从《海警法》第 21 条的国内法内涵展开，揭示该条的规范属性与行为性质；在理清规范内涵的前提下，找寻要件相符的国际法依据，最终回答外界的疑惑不解之点。

## 2. 《海警法》第 21 条的规范内涵

如上文所述，要探讨《海警法》第 21 条与现行国际法之间的关系而不生疑惑，首先需要从国内法规层面，准确、全面把握该条的内涵。具体言之，需要回到《海警法》21 条规范文本中去，把握该条的规范内涵，从而明确规范属性与行为性质。同时，宜采用体系解释和目的解释方法，不满足于孤立地研究《海警法》第 21 条规范文本，以免断章取义；而要从《海警法》整部法律乃至海上执法法律制度体系的全局出发，把握该条规范的制定意图与规范意旨。

### （一）《海警法》第 21 条的规范属性

诚然，《海警法》中的许多条款都对海警机构实施维权执法行动提供了指引。具体来说，这种概括的指引既包括为海警机构设置的当为规范，要求其必须依照法定程式维权执法；也包括为海警机构设置的授权规范，为海警机构提高维权执法效能提供了法定权限上的支持，至于如何妥当运用这一权限，既可由后续立法加以细化补充，也可以交由海警部队在维权执法过程中自行判断。

明确《海警法》第 21 条的规范属性，就是判断该条究竟属于“当为规范”还是“授权规范”。这一判断的实益在于：二者对条款所列要件完备性的要求有所不同。在“当为规范”中，由于法律为执法主体设置了行为的强制，要求执法者不得不那么做——那么法律自身就必须为这一强制提供充分的理由。当法律以定型化的行为义务彻底取代执法者自身的裁量权限，它也就将证明执法公正性的负担一并地承受过来了。在检讨《海警法》第 21 条规范属性的场合下，如果要将其设计为一条“当为规范”，那就意味着该条必须以列举或引证的形式将应当采取强制措施的情形列于规范之中，从而单独地构成海警机构维权执法的行为依据与正当性依据。而《海警法》第 21 条属于“授权规范”的情况下，该条只是为海警机构维权执法提供了一项权限(仅仅构成行为依据)，却并不能当然证明这一权限得到了合法的行使。该条需要与《海警法》第 12 条(海警机构的职责)等抽象规范共同构成海警机构维权执法的行为依据与正当性依据。如果超出海警机构职责等抽象规范而实施《海警法》第 21 条项下的强制措施，则有可能构成权力滥用，对权力滥用的维权执法行为应给予不法性评价。

而《海警法》第 21 条只列举了采取强制措施需要“在我国管辖海域违反我国法律、法规”、“拒不离开并造成严重危害或者威胁”这两个必要条件；并未充分列举采取上述强制措施所需要满足的全部条件；其次，“有权”二字显然说明该条是“授权规范”，并无要求海警机构必须采取强制措施的规范意旨。

既然是授权规范，对根据该条实施的维权执法活动的不法性评价需要回到每一次具体维权执法活动中去，采取“一事一议”的立场：因为与当为规范不同，授权规范本身并不提供一个正当性自足的行为模式，而需要在“规范授权”与“正当行使权限”这两个阶层逐一检讨个别维权执法活动的合法性。授权规范仅仅满足了行为获得国内法授权这一要求，但运用这一权限维权执法却并非当然具有正当性，关于维权执法活动是否具有正当性，或者说是否符合国际法的要求，则需要回到国际法各类相异的初级规则中加以检讨(比如外国军用船舶违反领海通过规章与违反沿海国制定的专属经济区规章时，分别受不同的国际法初级规则调整，而海警机构对两种情况采取相同的维权措施就很可能获得截然不同的国际法评价)。这一阶层化检讨思路实际上是将国内法的授权性规范与国内法乃至国际法上的正当性检讨置于两个不同的阶层。由此，对根据《海警法》第 21 条授权实施的维权执法行动是否违反国际法的审查，可以在

评价具体执法活动的过程中予以考虑。

外界对《海警法》第 21 条的批评之偏颇,很大程度上是由对该条的授权规范属性认识不足所导致的。外界的谬误在于,用当为规范的标准看待作为授权规范的《海警法》第 21 条。在“当为规范”的视野下,该条显然为海警机构固定了一个缺乏正当性论证、行为模式莫测而又随时基于未知的法律强制而实施的过于强大的执法权力,从而对该条项下强制措施缺乏可预测性的批评也是以“当为规范”的标准展开的。依这一理论进路,如果不能在《联合国海洋法公约》等实在国际法乃至习惯国际法中找到与《海警法》第 21 条内容高度一致的规范,就会招致外界诸如“国际法未曾如是规定”、“该项国内立法违反了国际法”的批判。然而就授权规范而言,只要主权国家在纷繁复杂的实践之中存在若干种、哪怕只有一种得到国际法认可、可以采取此类强制措施的情况,那么此类强制措施就可以成为一种可被授权的行为权限,亦即对外国军用及公务船舶采取强制措施的权限,由国家立法机关通过《海警法》第 21 条授予海警机构实施。只要《联合国海洋法公约》严密的军用及公务船舶主权豁免存在例外情形,那么沿岸国国内立法所设置的授权规范就不会与之相冲突。究其根本,《海警法》第 21 条所规定的,正是授予海警机构针对这一例外情形所采取的一系列行为权限而已。海警机构也理应在维权执法活动中根据国际法的要求而妥当实施该条所授权的各项行为。

那么,立法机关未明确予以规定或直接引用国际法规范来为海警机构提供符合国际法要求的维权执法模式,或有如下三点原因:其一是前文所述的,《海警法》作为我国海上维权执法制度保障的基础性法律,其提供的是框架性的权限,更多的意涵指向武装力量之间对维护国家主权安全、发展利益的任务分配上,亦即立法者对此有“宜粗不宜细”的考虑,或许引起了外界的猜疑;其二是我国的国际法与国内法的适用模式问题,《联合国海洋法公约》是我国业已加入的条约,并已得到立法机关批准。条约乃是我国法源之一,但这并不必然要求部门法要在制定过程中明文适用之;其三,国内法承担着将国际法规范具体化的任务,中国海警将来或将从执法者视角进一步细化自身所将承担的公约项下义务。但无论如何,因为《联合国海洋法公约》对外国军用及公务船舶的豁免并非绝对的,《海警法》21 条作为授权规范,本身绝不与公约相冲突。

## (二) 《海警法》第 21 条的“有权”表述与统括式立法技术

《海警法》第 21 条中有“有权”一语,“对外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶在我国管辖海域违反我国法律、法规的行为,海警机构有权采取必要的警戒和管制措施予以制止,责令其立即离开相关海域;对拒不离开并造成严重危害或者威胁的,海警机构有权采取强制驱离、强制拖离等措施”。《海警法》第 21 条项下各类措施经由国内法授权始具合法性。该条中的“有权”当然也是国内法授权的表现。但国内法授权是否具有合法性与充分的正当性,并不能只靠国内法自身证明,还需要考察该项授权是否与主权国家承担的国际义务相冲突。换言之,国内法授权为《海警法》第 21 条的“有权”提供了必要条件,但并非充分条件。

从“国际法——国内法”的规范效力协调的角度考虑,国内法规范的授权不能超出该主权国家的管辖权范围,或者说“内政”的范围,即在不负担国际法义务的范围内可以进行国内法授权。国家不能以国内法律情势为依据来为它违反国际法的行为辩护;不能以国家遵循其国内法行事来为违反国际义务的行为抗辩;不能将国内法规则作为违反国际义务的借口;不能援引国内立法作为逃避国际责任的借口,否则主权国家就可以仅通过国内立法即可超越、规避国际法义务<sup>[2]</sup>。这也是外界对《海警法》第 21 条表示担忧的源头之一。

然而,《联合国海洋法公约》并非对主权国家所需承担国际法义务的完备描述。国家在国际法上获得的授权,或者说不受国际法义务拘束的“内政”的范围还由其他国际条约、国际习惯法、一般法律原则所共同决定。就《海警法》第 21 条的国内法授权来说,其国际法合法性来源一部分来自于《联合国海

洋法公约》，但该公约对《海警法》第21条项下措施的授权并不充分，仅凭该公约尚不能完全论证《海警法》第21条在国际法上的合法性。以规范内容较为接近的《联合国海洋法公约》第30条来比较，《海警法》第21条从适用海域、调整对象、违法内容、到行为强度均较《联合国海洋法公约》第30条有一定程度的扩大。仅将《海警法》与国际法的关系注目于《联合国海洋法公约》的批评者自然宣称《海警法》第21条在国际法上缺乏依据了。

但《联合国海洋法公约》并非一个权利义务关系叙述完备的封闭规范群，存在需要参引其他国际法规则方能确定合法性的情形。《海警法》第21条在国际法上的授权来源也不仅仅是《联合国海洋法公约》，其国际法上的合法性由多项国际法规则所共同支撑。

此外，从《联合国海洋法公约》寻找《海警法》第21条授权规范的合法性依据也不应片面追求规范的逐一对应。比如将《联合国海洋法公约》第30条孤立地与《海警法》第21条相比较，从而片面得出《海警法》第21条不当扩张沿海国在公约下的权利的结论，就是这一谬误的典型表现。实际上，《海警法》第21条调整的地域范围及于“管辖海域”，违法内容是“我国法律、法规”。那么由于“管辖海域”与“领海”定义不同；“我国法律、法规”与“有关通过领海的法律和规章”的定义不同，寻找合法性依据时就需要将沿海国的毗连区、专属经济区等公约其他制度一并予以考察。

这一现象与我国海洋立法技术有关。实际上，我国海洋立法长期采用的法律术语与国际条约并不一致，比如“管辖海域”用语往往包含了国际法上复杂的多种法律概念。可称之为一种统括性立法技术：将多个国际法概念统括于一个国内法术语之下，进而将多个国际法依据统括于一个国内法规范之内。采用这一立法技术既有与先前《领海与毗连区法》、《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(一)》<sup>1</sup>的有关规定相衔接的考虑，也受《海警法》主要用于解决中国海警机构的海上综合执法主体资格问题的面向所影响[3]。即便其具有较强的解释自主性及因应国际法规则变化的主动性、不易掣肘性等优势，但必须承认的是，这会导致一个显著的问题：批评者在检讨一个国内法规范的国际法依据时，一旦有所遗漏，就会得出该项国内立法缺乏国际法依据的结论。所以在分析我国国内海洋法规范的国际法依据时，需要穿透统括规范文本，梳理被统括的国际法规范依据，无遗漏地列举足以支撑该项国内法规范全部国际法依据。根据这一要求，《海警法》第21条“有权”一语所指的授权内容应当包括以下几种国际法依据：其一是以《联合国海洋法公约》条款赋予沿海国的权利为内容的国内法授权；其二是以实施反措施的权利为内容的国内法授权。

### (三) 《海警法》第21条项下措施的性质考辨

对于《海警法》第21条项下各类措施，本文在前面主要使用了“维权执法活动”这一笼统表述。但采用这一笼统表述，对下文检讨此类措施的国际法依据来说是远远不够的。在探讨《海警法》第21条的国内法依据之前，要从国内法准确界定该条项下各类措施的行为性质。有学者认为，《海警法》第21条赋予了海警机构对外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶的强制执行权[4]。然而，如果认为该条项下措施都是行政执法性质的，那么当然会导致外界对我国海警法突破船舶豁免权制度的误读。不如说，这种误读正是外界对《海警法》第21条项下各项措施性质的误读所导致的。

与其说《海警法》第21条规定的各项措施是行政执法措施，不如说既有行政执法措施，又有一种特殊的“安全保卫措施”。《海警法》仅以第21条的单一规范，规定了两种性质截然不同的维权执法措施，这一判断的根据如下。

从措施强度来看，可以将《海警法》第21条措施分为两类：第一类即该条前段的“必要的警戒和管制措施”、“责令其离开相关海域”措施，第二类即该条后段的“强制驱离、强制脱离等措施”。这两

<sup>1</sup>《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定(一)》第1条规定，我国管辖海域，是指依照我国领海和毗连区法、专属经济区和大陆架法等法律划定的内水、领海、毗连区、专属经济区、大陆架，以及我国管辖的其他海域。

类措施之间有明显的强度差异，根据规范已经列举的措施来推断，第一类措施并不需要与行为对象有物理接触；第二类措施则伴随一定程度的物理接触。由于这两类措施都指向享有豁免权的“外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶”，所以这一强度上的区分在与豁免权制度发生交互时是有实际意义的。第一类措施中，符合《联合国海洋法公约》第三节 A 分节，以及第 30 条“要求离开领海”定义并满足行使条件的措施，可以认定为行政执法措施。《联合国海洋法公约》第 32 条列举了公约减损船舶豁免权的情形[5]。其中包括了外国军舰不遵守沿海国有关通过的规章时，沿海国可以要求其离开领海的情形。外国军舰享有的豁免权因《联合国海洋法公约》第 30 条和第 32 条而受到了削减，从而使得这样的要求合法化了。将上述规范转化到《海警法》第 21 条内部，将被统括的权利拆解为若干个子概念并且分别分析其国际法依据时，可以得到以下已经得到国际法支持的结论：对军舰（“军用船舶”的子概念）在领海（“管辖海域”的子概念）不遵守有关通过的国内法律、法规的（“我国法律、法规”的子概念）行为，海警机构有权要求其立即离开领海（这是与上述两类措施交叠的行为模式）。这里产生的新问题是，《联合国海洋法公约》第 30 条所设置的行为模式是“要求离开领海”，对这种要求的实施方式等细节并无准确的定义，应当认为是《联合国海洋法公约》对国家实践尚不充分、尚未形成统一做法的领域予以模糊、留白的做法，既为国内法留下对“空白地带”加以细化、解释的剩余权利，也为海洋法今后的发展留出了空间。

除了上述较为狭窄的已经得到国际法支持的结论，对《海警法》第 21 条的其他被统括的措施及其授权性质的判断则是更为艰巨的任务。笔者认为，至少不宜将第一类措施中未被《联合国海洋法公约》合法化的其他措施和第二类措施认定为行政执法措施。毋宁说，这些第一类措施中的其他措施和第二类措施的全部，具有与行政执法措施相迥异的权力来源。

首先，即便“违反我国法律、法规”是《海警法》第 21 条项下措施实施需要满足的条件，但这一条件并非当然是有权实施该项措施的国内法依据。换言之，无论是实施必要的警戒、管制措施，还是责令外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶离开相关海域，甚至是强制驱离、强制脱离等措施，实施这些措施的依据，或者说采取这些措施的权力来源也并非那些被违反的国内法初级规则。并且，由于《海警法》第 21 条是授权规范而不是当为规范，“有权”一语说明，违反我国法律、法规并不会当然引起海警机构采取该条授权下的各项措施。这就说明，此类措施与一般的“行政执法措施”，尤其是《海警法》第四章下的诸多海上行政执法措施有所不同。以《海警法》第 23 条后段为例，“依法实施包括限制人身自由在内的行政处罚、行政强制或者法律、法规规定的其他措施”就是与《海警法》第 21 条截然不同，权力来源于国内法律的行政执法措施：一旦满足违法情形，海警机构就必须根据国内法律、法规设置的行为模式采取措施。

此类措施的权力来源从国际法层面来看是主权，但并非主权下的管辖权相关权能。在不负担国际义务的范围，主权国家享有固有的、当然而广泛的权力。管辖权与主权豁免相对应，对于享有豁免权的外国军用或非商业用途的公务船舶，将之置于本国行政管辖，或者说执行法律的管辖之下显然是不合适的[2]。而自卫权是主权项下一个典型的权能，但其成立条件已经受到当代国际法禁止使用武力等原则的严格限制；但在自卫权之外，国家仍然可以为自身的安全和利益，享有广泛的采取自助行为的权利，诸如反措施、反报、条约的停止生效等。而在《海警法》第 21 条中，结合其规范目的，应当认为该条项下措施所获得的国内法授权的内容，应当是对安全保卫事项采取合乎国际法的自助行为的权力。此类措施即为“安全保卫措施”。

《海警法》的体系编排也从侧面反映了这一定性。《海警法》第 12 条规定了海警机构的职能，共有十一项，除去其中的空白引证和兜底条款，其中第一项与第二项主要对应《海警法》第三章（“海上安全

保卫”)的内容;第三项至第七项对应《海警法》第四章(“海上行政执法”)的内容;第八项职责是“预防、制止和侦查海上犯罪活动”,与《海警法》第五章(“海上犯罪侦查”)相对应;而第十项则与《海警法》第八章(“国际合作”)相对应。

《海警法》第21条是第三章,即海上安全保卫这一章下的条款,从职能看,海警机构根据第21条采取的措施主要是履行以下几项相应职能,即“排除危害国家主权、安全和海洋权益”;“对海上重要目标和重要活动实施安全保卫”,这意味着安全保卫措施与主权核心利益密切相关,其趣旨不在于维护国内法权威,与行政执法措施具有不同性质。

### 3. 《海警法》第21条的国际法依据

《海警法》第21条项下措施所针对的对象系享有国家主权豁免的军用船舶与非用于商业目的政府公务船舶,对其实施警戒、管制,乃至强制驱离、强制脱离措施,看似直接与国际法上船舶豁免相关规则相冲突,有必要探究其国际法依据。

#### (一) 《海警法》第21条与船舶豁免权的关系

如果认为《海警法》第21条所授予的系行政执法权,那么外国军用船舶和政府公务船舶就成为了我国国内法行政执法的对象,从而单方面突破了《联合国海洋法公约》及其他国际法规范为此类船舶设置的豁免权。但如上文所述,《海警法》第21条授予海警机构实施项下各类措施的权限性质并非行政执法权,也不会引致国内法上的法律后果,并非将拥有豁免权的船舶置于国内法管辖之下的主权行为;准确来说,该条授予海警机构的是一种“安全保卫权”,从而不至于与船舶豁免权处于紧张关系。

船舶享有的豁免权并非由《联合国海洋法公约》直接规定。比如《联合国海洋法公约》第32条,“本公约规定不影响军舰和其他用于非商业目的政府船舶的豁免权”。该条看似是《联合国海洋法公约》对军舰和其他用于非商业目的政府船舶的豁免权的规定,但从规范表述,尤其是“不影响”一语来看,该条的规范内容并非是为此类船舶设置了豁免权,而是确认了此类船舶根据本公约以外的其他国际法而享有的豁免权,以及本公约对上述豁免权增加的限制。而《联合国海洋法公约》第95、96条也只是采用了“完全豁免权”这一表述。由此可见,《联合国海洋法公约》自身并未规定对于军舰和其他用于非商业目的政府船舶享有的豁免权的要件及法效果,确定这些船舶豁免权的内涵需要参考其他国际法规范,如1958年《日内瓦公海公约》第8条、第9条就明确了完全豁免权的法效果<sup>2</sup>,而有关政府船舶的成立要件则需要参考1958年《公海公约》及1926年《布鲁塞尔公约》对享有豁免权的船舶的列举规定<sup>[6]</sup>。

此外,就主权豁免理论的源流来说,豁免权来源于主权平等原则。与豁免权相对应的是管辖权,管辖权是主权的权能之一,具有主权代表性的人或物不得列于其他平等主权者的管辖权之下。从本质而言,这是由主权平等原则阐发而出的,对两国之间的主权及代表主权者的“上下”关系的规定:一国军用船舶和政府公务船舶不得居于本国之外的其他国家的国内法管辖之下。从表现而言,外国军用船舶及公务船舶所享有的豁免权可以使其免于被扣押和进入沿海国国内的司法程序,即便违反沿海国与《联合国海洋法公约》相容的国内法,军用船舶及政府公务船舶也不会承担国内法的不法责任。其所承担的是国际责任。说到底也需要由国与国之间共同订立的《联合国海洋法公约》及其他对船舶豁免权作出规定的国际法规范所认可<sup>3</sup>。

而《联合国海洋法公约》对于外国军用船舶及政府公务船舶所享有的豁免权的规定,采取了原则与例外相结合的方式。缔约国以缔约同意的形式接受了对自身豁免权的削减,以确保国家豁免与国家主权

<sup>2</sup>即“完全免受船旗国以外任何国家之管辖”。资料来源: <https://www.un.org/zh/documents/treaty/ILC-1958-3>, 最后访问时间: 2022年7月24日。

<sup>3</sup>《联合国海洋法公约》第31条实际上创设了独立于被损害国国内法规定的一项国际责任损害赔偿请求权,该条的意义在于无需突破国家豁免理论,而通过缔约国同意的方式解决国际责任问题。

利益之间的微妙平衡<sup>4</sup>。在《联合国海洋法公约》削减相应豁免权的情形下，检讨沿海国对外国军用船舶及政府公务船舶违反领海无害通过制度而要求其“立即离开领海”的行为性质究系行政执法还是安全保卫措施并无实益，因为公约已授予沿海国就相应事项的保护权。但重点在于，在《联合国海洋法公约》未授权的情形下，即对象船舶享有完全豁免权但损害国家海洋权益时，应如何把握《海警法》第21条与船舶豁免权之间的关系。

首先，《海警法》第21条各项措施按性质属于安全保卫措施的，海警机构依据该条采取安全保卫行动就所行使的就不是管辖权，既然没有将该条所指向的行为对象列入执法管辖范围之内，就不应以船舶豁免权作为评价这类措施的合法性的依据。换言之，“管辖权-豁免权”的国际法机制不会影响《海警法》第21条项下各项安全保卫措施的合法性。

但这一观点仍有可供探讨之处。其一，所谓的“安全保卫措施”是一个国内法上的表述，是通过沿海国当局的主观化视角将之从传统的行政执法行为中区分出来，而对于承受“强制脱离、强制驱离”的行为对象而言，这一类创制出来的行为与传统的行政执法行为并无外在表征上的明显区别，并且都以国内法上的违法性作为触发该类措施的前提。其二，“安全保卫措施”的定义即便证成，也很难认为该类行为不会损害《海警法》第21条项下措施所指向对象的船舶豁免权。其三，抛开船舶豁免权的框架来考虑海警机构对外国军用船舶及非商业用途的公务船舶采取安全保卫措施所需要适用的国际法规则，就只能进入主权国家之间的交往规则范畴中去，即需要考虑不当的安全保卫是否会构成对他国主权的侵害。质言之，这些疑问的源头在于，即便《海警法》第21条项下措施属于“安全保卫措施”这一命题通过国内法的规范分析得到充分证明，其在国际法上的源头或权利依据还是不够明确的，尤其是游离于管辖权与自卫权两项国际法制度之间，只能笼统地将其国际法授权来源理解为主权下的采取各种自助行为，如各类争端解决方法等。但这一论断仍然需要有力的实证国际法支持并加以细化、明确。

## （二）《海警法》第21条安全保卫措施的合法性：以反措施制度为出路

为明确《海警法》第21条项下各类措施的国际法依据，有必要从主权国家采取自助行为的权利范围中寻找相应权利。具体来说，可以通过反措施规则论证其合理性。所谓“反措施”从传统国际法的自助行为中演变而来，也是当代国际法的最新发展之一。《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称“国家责任条款草案”)在其59个条文之中，使用了7个条文描述反措施规则，具有一定的重要性，并一定程度上反映了习惯国际法。

反措施的法律效果是消除反措施的初步不法性，从而确认构成反措施行为具有国际法上的合法性。同时，反措施不得违反国际强行法和被《国家责任条款草案》明列的国际法规则<sup>5</sup>，且需要符合自助行为的一些基本特征。归纳言之，反措施具有以下几个实质性要件：行为不法性；非武力性；非惩罚性。接下来，本文以《海警法》第21条的安全保卫措施(以下简称“安全保卫措施”)为对象，探讨该类措施是否构成反措施，从而获得国际法上的规范依据。

### 1) 安全保卫措施符合反措施的不法性要求

《国家责任条款草案》第22条概括规定了“对一国际不法行为采取的反措施”，并表明反措施的不法性只有在满足第三部分第二章的限制性规定的前提下才能被排除。这就意味着，反措施及引起反措施的行为二者都需要具有初步的不法性。其中，反措施行为的不法性是“有待排除的不法性”，而引起反措施的行为的不法性则构成了反措施最终合法的理由之一。安全保卫措施是否满足上述要求？

首先，引起安全保卫措施的行为是国际不法行为。《联合国海洋法公约》第31条为“违反沿海国有

<sup>4</sup> 《联合国海洋法公约》第32条前段规定了军用船舶及政府公务船舶豁免权受影响的几个例外情形，主要包括第三节A分节与第30条规定的领海无害通过制度、第31条规定的国际责任承担制度。

<sup>5</sup> 《国家责任条款草案》第50条第1款规定了反措施不得影响的国际法义务。

关通过领海的法律和规章或不遵守本公约的规定或其他国际法规则”的行为创设了国际责任，此种情形的不法性自无疑问；而《海警法》第 21 条所描述的是一种外国军用船舶和用于非商业目的的外国政府船舶对本国人、物、主权产生严重危害或者威胁的情形，这种严重危害或威胁至少已经构成对主权的侵犯，所以落入《联合国海洋法公约》第 31 条的范围之内，并因《联合国海洋法公约》第 32 条的引证，对象船舶的豁免权也受到相应削减。

安全保卫措施与船舶豁免权的冲突是否能完全消除尚存疑问，采用反措施路径论证安全保卫措施的国际法性质，本身也是一种理论应对准备。

## 2) 安全保卫措施符合反措施禁止诉诸武力的要求

反措施与自卫的一项重要差别在于禁止诉诸武力或以武力相威胁<sup>6</sup>。海上维权执法过程中的武力使用其实可以分为两类，即海上警察武力(执法武力)的使用和海上军事武力的使用[7]。安全保卫措施因其不具有执法性质，即便构成武力使用，也要从军事武力使用的视角考察其合法性，即受行使自卫权、海上武装冲突的规则调整[8]。但这一判断的前提是安全保卫措施已经构成了国际关系中的武力使用。然而，其措施内容即便就目前规范文本而言并不当然具有使用武力的性质。甚至安全保卫措施还在有意回避落入“使用武力”的范畴之内。首先，武力使用要求具有一定程度的冲突强度和影响[9]。其次，从体系上看，《海警法》对有关武力使用的规则主要集中在第六章(“警械和武器使用”)，而该条列于《海警法》第三章(“海上安全保卫”)，可见立法者有意避免该条成为海警机构使用武力的国内法授权规范；最后，从措施上看，该条规定的“强制驱离、强制拖离等措施”指的是海警机构采取的安全保卫措施，其强制性最高者也不得超过“强制驱离、强制拖离”这两类已列举行为的限度。而“强制驱离、强制脱离”看似具有相当的强制性，甚至有可能在采取这些强制而面临冲突时构成武力使用。但海上维权执法往往具有演进性，海警机构在维权执法活动中，伴随着对情势的研判，可能会采取多项维权执法措施。而这些维权执法措施的法律依据也是各有不同的。这就意味着，在维权执法的情景下，“强制驱离、强制拖离”的措施尽管具有一定的强制性，但从冲突强度来看，并不会自始就达到武力使用的地步，比如被采取措施的船舶失能、主动接受海警船牵引、或其他不对安全保卫措施加以物理抗拒的情况下，很难认为海警机构船舶与被采取措施的船舶之间发生了可以称为武力使用的行为。而在被采取措施的船舶对实施安全保卫措施的海警船舶加以还击，海警船舶对其实施武力的国内法规范依据也并非《海警法》第 21 条，而是援引《海警法》第六章(“警械和武器使用”)规范，对上述被采取措施的船舶使用武力。海警机构使用武力的依据并非《海警法》第 21 条，而是符合相称性等武力使用规则要求的《海警法》第六章相关规范。

关于安全保卫措施是否构成“以武力相威胁”，就目前《海警法》第 21 条的规范而言，不能直接作出肯定结论。比如以不具备水面作战能力的船舶执行拖离任务的情况下，很难认为负责拖离的辅助船舶会构成武力的威胁。并且，要满足“以武力相威胁”，就需要令采取措施的船舶明确知晓不接受措施会招致武力，从而被迫就范。关于使用武力是否属于安全保卫措施遭受拒绝后的一种必然的手段升级，从《海警法》第 21 条及其他国内法规范中无法解读出安全保卫措施与使用武力之间具有此类关联或暗示，相反，职能部门反复强调的是，在维权执法实践中应尽量保持理性与克制。此外，在“苏里南/圭亚那仲裁案”中，同样涉及了在争议海域执法是否涉及以武力相威胁的问题[7]。需要承认的是，这是海警立法以及海警机构维权执法实践今后需要注意的一点。反措施与自卫同属于自助措施，但反措施不能与禁止使用武力原则相冲突，需要通过规范制定或解释对这一内涵加以明确，实践中也应严格适用该类安全保卫措施。

<sup>6</sup>《国家责任条款草案》第 50 条第 1 款(a)项：“反措施不得影响下列义务：(a)《宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务。”

### 3) 安全保卫措施符合反措施非惩罚性的要求

以加布奇科沃—大毛罗斯工程案为例，该案充分体现了反措施运用目的的非惩罚性特征<sup>7</sup>。该案中明确反措施合法性情形下，其目的必须使不法行为国遵守其国际法下的义务，且该措施必须是可恢复的。将这一要求放到《海警法》第21条的安全保卫措施来看，“强制驱离、强制拖离等措施”应理解为具有非惩罚性的措施，即不具有对船体物理上的破坏性并且可以恢复；而且“造成严重危害或者威胁”的情况一经消除，海警机构根据该条采取的安全保卫措施即应立即解除。

此外，若要成立反措施还需要满足一些其他要求，如要求具有相称性等。但目前《海警法》的精细程度尚停留在对海警机构的框架性授权上，仅凭现有规范只能确定《海警法》第21条的安全保卫措施没有违反反措施规则下的禁条，具有发展为一项确定的反措施的空间。而要使安全保卫措施构成一项反措施，就必须满足相称性的要求。相称性原则在反措施法律规则中具有重要地位<sup>8</sup>，相称性是反措施合法性的必要条件<sup>9</sup>。即便还不能对是否满足反措施内容相称性等具体要求给出结论，也亟待国内法解释或制定新规范加以明确。

## 4. 结语

从安全保卫措施的制度目的和规范内涵上看，其保卫核心主权利益的取向，措施对象较为敏感，对抗烈度相对较低的特点符合当前海洋维权实践需要，并且是不可取代的，填补了是在不动武的管辖权与动武的自卫权、我国对其享有管辖权的船舶与享有船舶豁免权的船舶这两组概念交叉形成的制度空白，为海上维权执法提供了更为全面的法律依据，填补了海警机构处理相应安保状况时权利来源的空白。由此，为安全保卫措施寻找国际法上的合法性依据，而非放弃或与国际法规则完全背离，是较为符合我国海洋发展利益的。

将《海警法》第21条的安全保卫措施视为一项反措施不失为获取国际法上合法性的路径之一。但即便如此，当前《海警法》第21条的规范内容仍有较多模糊之处，配套规则与规范解释尚未完善，在国际法层面上的行为性质判断还有较大的不确定性。即便当前距离完全符合反措施要件的规则完备程度尚有一定的距离，但至少其不违反反措施规则的禁止性规定，如禁止诉诸武力、不具有惩罚性等要求均与反措施规则相符。今后应以“国内法——国际法”内容协调为面向，加强对《海警法》第21条的解释、具体规则、实施办法等配套规则的制定、宣传工作。

## 参考文献

- [1] Sakamoto, S. (2021) China's New Coast Guard Law and Implications for Maritime Security in the East and South China Seas. <https://www.lawfareblog.com/chinas-new-coast-guard-law-and-implications-maritime-security-east-and-south-china-seas>
- [2] 马尔科姆·N·肖. 国际法[M]. 第6版. 白桂梅, 等, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011: 106.
- [3] 李佑标. 关于中国海警海上综合执法依据的法学思考[J]. 武警学院学报, 2016, 32(3): 44-47.
- [4] 唐刚. 《中华人民共和国海警法》的立法评析与实施展望[J]. 政法学刊, 2021, 38(3): 119-128.
- [5] 萨切雅·南丹, 沙卜泰·罗森, 主编. 吕文正, 毛彬, 中译本主编. 1982年《联合国海洋法公约》评注[M]. 北京: 海洋出版社, 2014: 234-236.
- [6] 许俊强. 进入我国管辖海域外国政府公务船舶的豁免问题[J]. 法律适用, 2019(13): 71-79.
- [7] Kwast, P.J. (2008) 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*, 13, 49-91.

<sup>7</sup>GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports, 1997, p. 7.

<sup>8</sup>ILC Report, A/56/10, 2001, Chp. IV, p. 328.

<sup>9</sup>See Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (part 2)/Rev.1, p. 53.

<https://doi.org/10.1093/jcsl/krn021>

- [8] 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[J]. 法商研究, 2009, 26(4): 23-31.
- [9] Schweiger, E. (2019) Targeted Killing and the Lack of Acquiescence. *Leiden Journal of International Law*, **32**, 741-757. <https://doi.org/10.1017/S0922156519000475>