

关于军舰无害通过权问题的再认识

贾宇*

摘要：航行自由与无害通过交织在国际海洋法的发展中，是《公约》的重要组成部分。无害通过在内水、领海和国际海峡中均有体现。在第三次联合国海洋法会议中的立场、国内法和国家实践中，中国关于军事船舶无害通过的立场一以贯之。中国法律规定外国军事船舶通过中国领海需要事先得到中国政府的批准，这是一种附条件的无害通过。

关键词：《联合国海洋法公约》 军舰 无害通过 批准

一、从航行自由到无害通过

航行是人类利用海洋的最早方式之一。地理大发现引起了瓜分海洋的欲望和斗争。西班牙和葡萄牙划分了海上势力范围，这种霸海一方的做法成为后发国家向海发展的桎梏，受到“海上马车夫”荷兰等新兴海洋国家的挑战，打破海洋割据局面的要求日益强烈。海洋自由呈现出激烈的权利争夺的特征。

1609年，格劳秀斯在《海洋自由论》中提出，“根据国际法，任何人可以自由航行至任何地方”“任何国家到任何他国并与之进行贸易都是合法的”。¹“海洋自由论”的核心思想是：海洋是人类共有之物，应向所有国家开放，任何国家不得独占海洋。所有国家都有利用海洋进行航行和海上运输的自由。到了十八世纪，许多国际法学者都主张海洋自由，这恰恰说明，彼时海洋并非绝对自由。1702年，荷兰法学家宾刻舒克将海洋区分为领海和公海，主张领海属于沿岸国的主权管辖，而公海则不属于任何国家。对海洋自由的理解聚焦于公海之上。

已经成为海洋大国的英国开始反对海洋自由。塞尔登提出海洋封闭论，主张海洋可以被占领。“国家渐不复宣告‘闭海’或征税之权利。海洋所有权渐消失。至于十八世纪，有名的公法家皆主张公海自由，而任有公海与领海之分别”。²塞尔登还首次提出了“无害通过”的概念，³这个概念逐渐得到接受，发展成当今海洋航行制度的内容之一。

*贾宇，法学博士，自然资源部海洋发展战略研究所研究员。

¹雨果·格劳修斯：《海洋自由论》，宇川译，华东师范大学出版社2005年版，第1页。

²周鲠生：《国际法大纲》，中国方正出版社2004版，第57页。

³寺田四郎著 韩仙译，《国际法学界之七大家》，第106页。北京：中国政法大学出版社，2003年5月第1版。

随着科技的进步,海洋在世界政治经济中发挥的作用越来越突出,欧洲列强开始率先利用工业革命积聚的优势力量进行殖民扩张,葡、西、荷、俄、英、美、德、日等先后成为海洋强国,进而发展成为世界强国。正如马克思在《共产党宣言》中所指出的,“世界市场使商业、航海业和陆路交通得到了巨大的发展。这种发展又反过来促进了工业的扩展”。¹

十九世纪末,美国进入全面扩张时期。马汉的“海权论”应运而生,为美国走上称霸海洋的道路奠定了理论基础。马汉全面系统地论述了强大的舰队、繁荣的商业和海外基地的互相依存关系。马汉认为,“一个濒临海洋或者要借助于海洋来发展自己的民族,海上力量就是一个秘密武器”,是否掌控海上霸权是决定战争胜负的因素。²“控制海洋”进一步压缩了海洋自由的空间。国际海洋秩序亟待规范。

(一) 联合国三次海洋法会议对航行自由与无害通过的规范

在国际海洋法的发展过程中,航行自由与领海的无害通过紧密相连。1958年第一次联合国海洋法会议通过的日内瓦海洋法四公约³,确立了包括航行自由在内的四大公海自由。《领海和毗连区公约》的第三节是“无害通过权”,包括“适用于所有船舶的规则”“适用于商船的规则”和“适用于军舰以外的政府船舶的规则”三个分节。《领海和毗连区公约》第14条规定:“无论是否沿海国之各国船舶依本条款之规定享有无害通过领海之权”“如不妨害沿海国之和平、善良秩序或安全即系无害通过”,这是“适用于一切船舶之规则”。⁴凡此,奠定了第三次联合国海洋法会议制定无害通过章节条款的基础。

包括航行自由在内的公海六大自由和领海无害通过制度,都是第三次联合国海洋法会议制定的《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)的重要内容。⁵

(二) 第三次联合国海洋法会议关于无害通过的讨论

外国军舰无害通过沿海国领海一直是海洋法领域存有较大争议的问题,为参加第三次联合国海洋法会议的国家所高度关注。

¹ 《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社2012年版,第401页。

² 马汉:《海权论》,一兵译,北京日报出版社2012年版,第1页。

³ 《领海和毗连区公约》《公海公约》《大陆架公约》《捕鱼及养护公海生物资源公约》和《关于强制解决争端的任择签字议定书》。

⁴ 详见联合国国际法委员会网站:<http://www.un.org/chinese/law/ilc/fish.htm>。

⁵ 《公约》第87条“公海自由”规定:1.公海对所有国家开放,不论其为沿海国或内陆国。公海自由是在本公约和其他国际法规则所规定的条件下行使的。公海自由对沿海国和内陆国而言,除其他外,包括:(a)航行自由;(b)飞越自由;(c)铺设海底电缆和管道的自由,但受第六部分的限制;(d)建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由,但受第六部分的限制;(e)捕鱼自由,但受第二节规定条件的限制;(f)科学研究的自由,但受第六和第十三部分的限制。2.这些自由应由所有国家行使,但须适当顾及其他国家行使公海自由的利益,并适当顾及本公约所规定的同“区域”内活动有关权利。”第90条“航行权”规定:每个国家,不论是沿海国或内陆国,均有权在公海上行驶悬挂其旗帜的船舶。”

早在海底委员会期间，苏联、西班牙和马来西亚等国的发言就提出，军舰（包括潜艇）通过其领海内的海峡应事先获得准许。¹

在第三次联合国海洋法会议期间，关于外国军舰无害通过沿海国领海问题的非正式和正式提案不在少数，在后期的多期会议上进行了广泛的讨论。加蓬的提案要求军舰通过领海既须事先准许，也须通知沿海国。² 另一项由 28 个国家发起的修正案建议增加“安全”的规定，以便满足发起者的关切和为更多的海洋国家所接受。³ 两项提案既获得了大量的支持，也引起了激烈的辩论。反对者认为，采纳修正案会影响已经达成的微妙平衡；支持者坚持无论最终的公约条文有否明文规定，沿海国有权管理军舰的通过。这些国家在签署《公约》时再次声明，《公约》的规定不妨碍它们采取规范军舰无害通过其领海的措施的权利。

《公约》第三节的标题是“领海的无害通过”，包括三个分节：A 分节是“适用于所有船舶的规则”，B 分节是“适用于商船和用于商业目的政府船舶的规则”，C 分节是“适用于军舰和其他用于非商业目的政府船舶的规则”。这与 1958 年《领海和毗连区公约》的规定基本一致。⁴

第 17 条是“无害通过权”，位于 A 分节之下，规定“在本公约的限制下，所有国家，不论为沿海国或内陆国，其船舶均享有无害通过领海的权利。”包括第 17 条在内的 A 分节适用于所有船舶，并且应与第 18 条（通过的意义）、第 19 条（无害通过的意义）结合在一起解读。⁵

尽管《公约》第 17 条明确无害通过权的规定适用于所有国家及其船舶，争议在于外国军舰的无害通过是否应当取得沿海国的同意。大部分西方海洋大国主张军舰应享有同商船等同的无害通过权，主张军舰通过领海必须事先取得沿海国同意的国家多为发展中国家。⁶

海洋大国的态度也发生过较大变化。苏联在第一次海洋法会议时立场保守，但在第三次海洋法会议期间及以后，则支持军舰的无害通过权。现在，俄罗斯允许外国军舰在俄领海无害通过，但禁止 3 艘以上外国军舰和来自同一国家的外国政府船舶在同一时间通过俄领海。外国核动力船舶、军舰、其他政府船舶和运载核能或其他危险有毒物质或材料的船舶，在通过俄领海时必须是有必备文书，遵守有关此类

¹ Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 165.

² Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 168.

³ Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 168.

⁴ 邵津：《关于外国军舰无害通过领海的一般国际法规则》，载《中国国际法年刊》（1989），中国对外翻译出版社公司。

⁵ Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 Commentary*, Volume II, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 125.

⁶ J. Ashley Roach & Robert W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, Brill Academic Pub, 2nd ed., 1996, pp. 266-267.

船舶特殊警戒措施的国际公约，在领海的特定航道行驶，服从为其特别制定的航道分区安排。¹

从国家实践看，海洋大国如美国、英国、法国、德国、意大利、荷兰、俄罗斯等多主张军舰应享有同商船等同的无害通过权，而坚持军舰必须经过沿海国的同意才能通过其领海的多为发展中国家，约有 40 个左右。²

二、中国关于军舰无害通过问题的立场

中华人民共和国恢复在联合国的合法席位之后，中国代表团在联合国海底委员会和第三次联合国海洋法会议上的发言中，多次阐述中国关于领海无害通过问题的一般立场。中国的国内立法和实践与此保持一致。

（一）海底委员会时期

在海底委员会会议期间，中国代表团在发言中阐述了关于军舰无害通过的立场。中国认为，外国商船可以无害通过领海，但军舰应事先得到批准、通知或许可。中国代表团还就“无害通过”的含义阐述了中国的理解。

关于领海的无害通过问题，中国代表在海底委员会第二小组委员会会议上指出：属于各国领海范围内的海峡，不论是否经常用于国际航行，应由各沿岸国进行管理，外国商船可以无害通过，但是应该遵守各沿岸国的有关法令和制度的规定，外国军舰必须事先得到批准，才能通过属于沿岸国领海范围内的海峡。³

关于第一次联合国海洋法会议通过的《领海和毗连区公约》对无害通过问题的规定，中国代表在海底委员会第二小组委员会会议上的发言指出，《领海和毗连区公约》第 14 条只是笼统地规定各国船舶都享有无害通过领海的权利。

1973 年，在联合国海底委员会在第二届会议上，中国代表团提交了一份“关于国家管辖范围内海域的工作文件”（以下简称“工作文件”），表达中国代表团对海洋法问题的一贯立场。“工作文件”包括了中国对无害通过问题的主张。一是阐述了对“无害通过”一词含义的解释。无害通过是指不损害沿海国的和平、安全和良好秩序的通过。二是外国的非军用船舶可以无害通过领海。三是外国军用船舶通过领海，应事先通知主管机关或经主管机关事先许可。四是沿海国可以制定、公布必要的法律和规章。外国船舶和飞机通过别国领海和领海上空，应遵循该国的法律和规章。⁴

¹ Federal Act on the Internal Maritime Waters, Territorial Sea and Contiguous Zone of the Russian Federation, 17 July 1998, at http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/RUS_1998_Act_TS.pdf, 2019 年 11 月 11 日登录。

² 详见美国国防部网站：<http://policy.defence.gov/OUSDP-Offices/FON>。

³ 北京大学法律系国际法教研室：《海洋法资料汇编》，人民出版社 1974 年版，第 33 页。

⁴ 北京大学法律系国际法教研室：《海洋法资料汇编》，人民出版社 1974 年版，第 74 页。

（二）第三次联合国海洋法会议时期

第三次联合国海洋法会议期间，关于军舰通过领海的问题依然是争论的焦点。海洋大国和发展中国家的主张截然对立：前者主张外国军舰在沿海国领海内行使无害通过权，后者要求外国军舰须事先通知沿海国主管机关，或经该国主管机关许可之后方可通过其领海。尽管在1974年第二委员会提出的《主要趋势》的文件中纳入了反应上述两种主张的案文，但1975年第三期会议产生的《非正式单一协商案文》有关此问题的条款却只反映了海洋大国的立场，明文规定无害通过的规则适用于军舰，遭到30多个国家的反对。

1976年第四期会议产生的《订正的正式单一协商案文》删掉上述条文。此后产生的各种协商案文都沿袭了1976年的案文。

从1978年第七期会议开始，中国和其他20多个发展中国家多次提出联合提案，建议增加有关外国军舰通过沿海国的领海时应事先获得批准或予以通知的内容，以及沿海国领海的安全等问题，为《公约》的讨论和制定作出了贡献。

首先，从**军用船舶和一般商船性质**上的差别，强调无害通过只是沿海国提供的便利，应由国内法予以规范。

在1978年的第七期会议上，鉴于第六期会议产生的《非正式综合协商案文》未能反映中国代表团和其他许多国家关于军用船舶通过领海的意见，1978年4月28日，中国代表团在第二委员会非正式会议上指出：“谁都知道军用船舶和一般的商船是性质不同的两种船舶，对于外国的军用船舶要不要给予在本国领海内无害通过的便利，应该由沿海国根据自己的法律和规章来决定。”“现在《非正式综合协商案文》将一般船舶和军用船舶不加区分的写法是中国代表团完全不能接受的。”¹中国案文强调了军用船舶和一般商船性质的不同，认为外国军用船舶在沿海国领海的无害通过是本国提供的一种便利，应由本国根据自己的法律和规章来决定。

在1980年的第九期会议期间，中国加入了阿根廷等国提出的非正式建议，声援发展中国家的合理要求，主张沿海国有权对外国军舰通过领海制定必要的规章，“包括要求预先征得同意和通知通过领海的权利”。中国的立场表明，外国军舰通过沿海国领海的问题，属于沿海国国内法规规定的事项，内容包括预先征得沿海国的同意和通知沿海国。

其次，提出领海的“安全”问题。在1982年的第十一期会议上，中国等28个国家在第二委员会和全体会议上分别提出共同提案（C.2/Informal Meeting/58/Rev 1）和正式修正案（A/CONF. 62/L. 117），建议规定沿海国有权按照本国的法律和规章，要求外国军舰通过领海前应先经该国批准或通知该国。在制定关于无害通过领海的法律和规章时，所涉事项应包括沿海国的“安全”。

鉴于共同提案国和反对国在这一问题上的尖锐对立，为避免会议破裂，双方同意不再坚持提付表决而由大会主席在全体会议上做出声明，“不妨碍沿海国按照公

¹ 《我国代表团出席联合国有关会议文件集》（1978.1-6），人民出版社1978版，第131-132页。

约第 19 条（领海无害通过的意义）和第 25 条（沿海国的保护权）的规定，采取措施以保证其安全的权利”。最后，《公约》关于领海无害通过的条款与 1958 年《领海和毗连区公约》几无差别。

1982 年 3 月 31 日，中国代表团在发言中再次强调，军舰通过领海的制度问题“关系到沿海国的主权和安全，受到许多国家的重视”。¹鉴于目前公约草案中的有关规定不明确，未来在解释和执行上可能产生分歧，中国和有关国家提出一项共同提案，建议增加一项条款，规定沿海国按照本国法律和规章，要求外国军舰通过领海事先经该国批准或通知该国。

最后，在签约之际再次重申关于无害通过的立场。在 1982 年 4 月 30 日通过公约的会议上，中国代表团在发言中重申：“本公约有关领海内无害通过的规定，不妨碍沿海国有权按照本国法律和规章，要求外国军舰通过领海事先须经该国批准或通知该国。”²

1982 年 12 月 9 日，在第三次海洋法会议最后会议签署公约时，中国代表团在发言中再次声明：“在过去历期会议上，我们曾多次指出，公约有关领海无害通过的条款中对军舰通过领海的制度未作明确的规定，包括中国在内的不少国家曾多次提出修正案。在今年四月的会议上，为了响应会议主席的呼吁，以便会议能以协商一致方式通过公约草案，上述共同提案国没有坚持要求将该修正案提付表决。但当时会议主席所作的声明已经表明，这并不影响共同提案国要求保障本国安全的原则立场。”³

总之，在第三次联合国海洋法会议期间，中国的立场旗帜鲜明，从未动摇：军事船舶与商船性质不同，沿海国有权对外国军舰通过领海制定必要的规章，外国军事船舶通过沿海国的领海需要事先得到批准或事先通知该国。

大会主席在第九期全体会议上的声明，明确不妨碍沿海国按照公约有关规定，采取措施以保证其安全的权利。

三、中国关于无害通过的国内法和国家实践

在《公约》谈判过程中、中国签署和批准《公约》以及《公约》对中国生效后，中国一贯坚持外国军舰通过领海需要事先经过中国明确的同意。这种同意表现为“许可”和“批准”（或“通知”）。

¹ 国家海洋局政策研究室：《各国领海及毗连区法规选编》，法律出版社 1985 年版，第 193-194 页。

² 《中国代表团出席联合国有关会议文件集》（1982. 1-6），世界知识出版社 1983 年版，第 91 页。

³ 国家海洋局政策研究室：《各国领海及毗连区法规选编》，法律出版社 1985 年版，第 195 页。

（一）许可与批准

1958年9月4日，第一届全国人民代表大会常务委员会第100次会议批准通过了《中华人民共和国政府关于领海的声明》（以下简称《领海声明》），要求无害通过中国领海的外国军舰要事先得到中国政府的许可。¹

《领海声明》第三项明确规定：“一切外国飞机和军用船舶，未经中华人民共和国政府的许可不得进入中国的领海和领海上空”。值得注意的是，《领海声明》中的“许可”，对所有外国飞机和军用船舶是一体适用的。

中国相关国内法中关于外国军舰无害通过中国领海的要求是事先得到中国政府的批准。新中国涉及无害通过的第一部国内法是《中华人民共和国海上交通安全法》（以下简称《海上交通安全法》）。1983年9月2日通过的《海上交通安全法》第11条第2款规定：“外国籍军用船舶，未经中华人民共和国政府批准，不得进入中华人民共和国领海。”²

1992年2月25日《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条第2款再次规定：“外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准。”³ 1991年10月25日，时任国家海洋局局长严宏谟，在第七届全国人民代表大会常务委员会第22次会议上所作《关于〈中华人民共和国领海及毗连区法（草案）〉的说明》（以下简称《说明》），在“关于外国船舶通过领海的制度”中认为，“鉴于我国现实情况，《草案》采取了外国军用船舶通过领海的批准制度。《草案》第六条第二款规定，外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准”。《说明》还认为，“这样规定与我国1958年‘关于领海的声明’和1983年〈海上交通安全法〉的规定是一致的”。⁴

笔者认为，全国人民代表大会常务委员会批准通过的《领海声明》和中国相关国内法中关于外国军舰无害通过中国领海的要求，事先许可到事先批准，本质上都是要求事先的明确同意。但“许可”和“批准”还是有一定差异的。《说明》所谓《草案》采取的外国军用船舶通过领海的批准制度与我国1958年《领海声明》的规定相一致的说法，未尽准确。

至于法律草案说明的性质，应属法律草案的起草部门向全国人大或常委会提请审议的汇报，包括介绍和说明起草背景、过程、法律草案的主要内容、拟建立的主

¹ 《中华人民共和国政府关于领海的声明》第3项。中国人大网：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1958-09/04/content_1480851.htm，2019年12月9日登录。

² 《中华人民共和国海上交通安全法》，中国人大网：www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_4434.htm，2019年12月9日登录。

³ 《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条第2款，中国人大网：http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/05/content_4562.htm，2019年12月9日登录。

⁴ 《关于〈中华人民共和国领海及毗连区法（草案）〉的说明》，中国人大网：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/14/content_5002675.htm，2019年12月9日登录。

要制度等。或许在一定程度上能够反应立法本意，但这种说明本身并非立法解释，应无法律效力。

（二）许可与通知

1996年5月15日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议关于批准《公约》的决定指出：“中华人民共和国重申：《联合国海洋法公约》有关领海内无害通过的规定，不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须事先得到该国许可或通知该国的权利”。¹

这个决定有以下几层含义：第一，中国作为签署和批准《公约》的沿海国，可以就领海的无害通过问题制定相应的法律和规章；第二，这些法律和规章中可以包括关于外国军舰通过中国领海必须事先得到中国政府的许可或通知中国政府的要求。

鉴于“决定”中的“许可”与“通知”之间的连词是“或”，表示二者择其一，并且《领海及毗连区法》和《海上交通安全法》中并没有关于外国军舰通过中国领海必须事先通知中国政府的规定，可以认为，事先通知并非中国国内法的选项。

（三）中国关于无害通过的实践

中国关于领海无害通过的国家实践，主要体现在对外国军舰擅入领海行为的抗议和批驳。

1958年《领海声明》发表后，美国军用舰机继续侵犯中国领海、领空，中国不断提出抗议。1958年9月7日，外交部对美国军舰侵入中国领海提出严重警告。1960年5月25日，美国军舰侵入中国福建沿海。5月27日，中国政府对美国提出第100次警告。1962年4月26日，美国军舰两次侵入中国西沙群岛水兴岛附近海域，中国政府向美国提出第200次严重警告。从1958年9月7日到1964年7月1日，计有315艘美国军舰侵犯中国领海201次、405架美国飞机侵犯中国领空233次。1969年6月23日，中国就整机整舰侵犯中国领海、领空提出第469次严重警告。²

近年来，美国军事船舶多次擅自进入中国西沙群岛领海，³或在南沙群岛南熏礁、赤瓜礁等岛礁的12海里范围内航行。⁴中国守岛部队和海军舰机采取应对行动，

¹ 《全国人民代表大会常务委员会关于批准〈联合国海洋法公约〉的决定》第四项，1996年5月15日通过。中国人大网：www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/16/content_5003571.htm，2019年12月9日登录。

² 参见：“面对美军入侵 1969年中方“提出第469次严重警告”，<http://www.xixik.com/content/e2f11b5356193849>，2019年9月26日登录。

³ “国防部新闻发言人杨宇军就美国军舰擅自进入我西沙领海发表谈话”，国防部网站：http://www.mod.gov.cn/affair/2016-01/30/content_4638339.htm，2019年12月16日登录。

⁴ “2019年5月6日外交部发言人耿爽主持例行记者会”，外交部网站：https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1661103.shtml，2019年12月16日登录。

对美军舰进行识别查证,警告驱离。中国国防部对美舰行为表示坚决反对,强调《领海及毗连区法》规定外国军舰进入我国领海,必须经过事先批准。

美军舰多次径行进入、穿越南沙群岛岛礁邻近海域,多次进入、穿越西沙群岛领海,甚至在一些岛礁的12海里内停留、进行救生训练。¹在领海水域内刻意停留、进行救生训练等“与通过没有直接关系”的行动,是明显的“非无害通过”。

美军舰未经中国政府批准,擅入南海岛礁领海,这是在以实际行动表明美国历来坚持的军事船舶在他国领海的无害通过权——无需事先通知或得到批准。刻意进行非无害通过的行动,则表明对美国不承认中国西沙群岛的直线基线。

中国外交部、国防部的抗议和批驳,都是针对美舰违反中国法律、未经批准,擅自进入中国领海,并不是批判美舰没有无害通过权。

四、中国学界的观点

关于军舰的无害通过权问题,中国学界主要有两种观点:肯定论者和否定论者。

(一) 肯定论

肯定论者认为,军舰同商船一样享有领海的无害通过权,无需事先得到沿海国的批准、许可或事先通知沿海国。理据在于:《公约》第17条“无害通过权”规定,“所有国家,不论为沿海国或内陆国,其船舶均享有无害通过领海的权利”。该条位于A分节“适用于所有船舶的规则”之下。《公约》并未区分商船或军事船舶,也未规定军事船舶不属于船舶从而不适用。因而,所有国家的所有船舶均享有领海的无害通过权。

肯定论者进而认为,A分节是第三节“领海的无害通过”的三个分节之首,是一般性普遍性条款,是适用于B、C两个分节的具体条款。综合三个分节的内容,应认为军舰可以与普通商船一样享有无害通过权。²在A分节中“包括了要求潜水艇和其他潜水器在水面航行的规则,其实赋予了潜水艇无害通过权。在公约制订时潜水艇只是军事船只,潜水艇被赋予无害通过权表明军舰也被赋予了无害通过权”。³并且,位于A分节的第24条“沿海国的义务”还规定,沿海国在适用《公约》或依《公约》制定的任何法律或规章时,不应“对外国船舶强加要求,其实际后果等于否定或损害无害通过的权利”。

肯定论者还援引1958年《领海及毗连区公约》来论证《公约》规定了包括军舰在内的所有船舶的无害通过权。“1958年《领海公约》规定,一切国家的船舶,

¹ “国防部新闻发言人吴谦就美舰擅自进入中国西沙群岛领海答问”,中国军网:
http://www.81.cn/xwfy/2018-05/27/content_8044121.htm。另见:“美国两艘军舰闯入西沙群岛12海里以内,实施机动演习”,<https://new.qq.com/omn/20180527/20180527A1GT2Z00>,2019年12月18日登录。

² 陈振国:《论领海的无害通过权》,载《政治与法律》1985年第1期,第31-34页。

³ 李红云:《也谈外国军舰在领海的无害通过权》,载《中外法学》1988年第4期,第88-92页。

不分军用或民用, 都享有‘无害通过’领海的权利……现在的公约虽对军舰的通过作了一些进一步的限制, 但基本上仍沿袭了1958年《领海公约》的规定。”¹ “两个公约关于领海无害通过的基本规定是相同的或几乎相同的。”² 因而, 外国军舰在领海享有无害通过权。

(二) 否定论

否定论者认为, 军舰不享有无害通过权。“无害通过权一般只适用于商船, 军舰不享有这个自由”“肯定商船的无害通过权, 同时否定军舰的通过权, 是代表正确的理论, 也符合国际的实践的”。³ 如果“按照1958年日内瓦会议通过的《领海及毗连区公约》的规定, 则无害通过权对一切国家的船舶, 不分军舰商船, 一律适用。这肯定不能代表一般国际实践, 不是一切国家所能接受的规则”。⁴

有趣的是, 这个关于1958年《领海及毗连区公约》不分军舰或商船都享有无害通过权的观点, 被用来证明《公约》也做出了同样或基本同样的规定, 但却忽略作者否定这种观点代表了一般国际实践, 进而认为作者赞同军舰的无害通过权, 其实是对作者的误读。

反对论者还认为, 鉴于军用船舶通过领海和一般商船的通过根本不能等量齐观, 《公约》“关于军舰通过领海的制度, 显然是不符合一般接受的国际法理论和实践的”。⁵

无论是中国现行法律法规, 还是最高权力机构的决定, 抑或学界观点, 都强调军舰通过领海要事先批准或事先通知, 但都没有明确回答究竟中国是否承认军舰的无害通过权。

笔者认为, “批准”的前提是认同对方有某种权利, 但行使这种权利要经过申请和批准。中国的立法虽未名言, 但法律逻辑和国家实践是认同外国军舰在中国领海享有无害通过权的, 这是一种附条件的无害通过权——外国军舰行使在中国领海的无害通过权之前, 必须向中国政府申请并得到中国政府的批准。这也意味着, 如果没有得到中国政府的批准, 就不能进入中国领海及在中国领海内航行。正如王铁崖先生所言, “按照公认的国际法原则, 沿海国家可以要求事先准许或通知, 作为外国军舰通过其领海的条件”。⁶

在沿海国领海进行无害通过的军舰, 应遵守沿海国关于通过领海的法律和规章。如果任何军舰违法沿海国关于领海的法律和规章, 而且不顾沿海国向其提出遵守

¹ 沈韦良、许光建:《第三次联合国海洋法会议和海洋法公约》, 载《中国国际法年刊》(1983), 第410-411页。中国对外翻译出版公司。

² 邵津:《关于外国军舰无害通过领海的一般国际法规则》, 载《中国国际法年刊》(1989), 第12页。中国对外翻译出版社。

³ 周鲠生:《国际法》(上册), 商务印书馆1976年版, 第370页。

⁴ 周鲠生:《国际法》(上册), 商务印书馆1976年版, 第370页。

⁵ 刘楠来、周子亚:《国际海洋法》, 海洋出版社1986年版, 第81页。

⁶ 邓正来:《王铁崖文选》, 中国政法大学出版社2003年版, 第336页。

法律和规章的任何要求，沿海国可要求该军舰立即离开其领海。外国军舰不遵守沿海国有关领海的法律和规章或不遵守《公约》的规定或其他国际法规则，而使沿海国遭受任何损失或损害，船旗国应负国际责任。

五、结论

《公约》第29条将“军舰”定义为“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，军舰是船舶的一种。

从海底委员会到第三次联合国海洋法会议，关于军舰无害通过权问题的讨论，是围绕是否需要事先取得沿海国的同意(如许可、批准)或事先通知沿海国进行的，而不是围绕军舰有无无害通过权问题进行的。海洋大国坚持军舰的通过无需沿海国的同意或事先通知沿海国；发展中国家则主要从国家安全的角度，要求事先取得沿海国的同意或通知沿海国。显然，这种主张并非否认外国军舰有无害通过沿海国领海的权利，而是对这种权利附加条件，即事先取得沿海国的许可、批准或事先通知沿海国。特别是批准、事先通知的要求，不可能建立在否认外国军舰享有无害通过权的基础之上。换言之，如果不承认外国军舰的无害通过权，就谈不到批准其通过的问题，外国军舰难以仅凭一纸通知就获得这种权利。

有观点认为，关于军舰的无害通过权主要有三种情况：无害通过制度、事先通知制度和批准制度。中国实行的是批准制度。¹然而，无论是海底委员会期间还是第三次联合国海洋法会议期间，批准都没有作为一种规范军舰无害通过的制度予以讨论。有关提案都是将批准、许可或通知作为外国军舰行使无害通过权的条件提出和讨论的。

就中国的立法和实践而言，从1958年《领海声明》到1983年《海上交通安全法》，再到1992年《领海及毗连区法》，关于军舰在领海的无害通过，中国的立场一贯要求事先的明确同意：中国承认并尊重包括《公约》在内的国际法关于军舰在沿海国领海内的无害通过权；但是，外国军舰通过中国的领海要事先取得中国政府明确的同意，这种同意最初表现为“许可”，在《海上交通安全法》和《领海及毗连区法》中表现为“批准”，这是一种附条件的无害通过权。

这种“批准”至少包括如下几层含义：第一，中国承认外国军舰在中国领海的无害通过权；第二，拟将通过中国领海的外国军舰向中国政府有关部门提出无害通过中国领海的申请；第三，有关部门对此等申请进行审批；第四，获得批准的外国军舰按照批准的条件或要求通过中国领海。未获批准的则不得通过。

具有法律性质的1958年《领海声明》、相关国内法(《海上交通安全法》《领海及毗连区法》)和全国人大批准《公约》的决定，都强调外国军舰通过中国的领海要事先取得中国政府的批准。换言之，只有中国政府(或者中国政府授权的有关部门)才有权利接受、审批外国军舰的无害通过申请。

¹ 段洁龙：《中国国际法实践与案例》，法律出版社2011年版，第111页。

