

# 對美國南海航行自由政策之法律評析

海軍中校 弓培城

提 要：

- 一、美國不參與素有海洋憲法之稱的〈聯合國海洋法公約〉，反而以「海洋自由」為名，推出「航行自由計畫」替代，用外交及軍事手段彰顯其海洋主張，維持其國家利益。然隨著美國在國際間影響力逐漸衰退，且各國對海洋運用及該公約的觀點，不再以美國為首，並對其提出諸多挑戰，當中包含北約盟國、俄羅斯及中共等國，美國將如何應處值得觀察。
- 二、美國在南海實施「航行自由軍事行動」，背後涉及複雜的國際政治、軍事、法律背景，且涉及我國南海政策與主張。鑑於國際輿論易遭宣傳誤導，一般人難窺其堂奧；因此，如何正確理解看待並提出相應策略，實有必要。
- 三、本文從美國以其國內法制訂「航行自由計畫」及「航行自由軍事行動」之政治內涵、軍事意圖及法律效果，整理其在南海歷年行動及針對事項，並按〈聯合國海洋法公約〉及國際法規範，檢視美方行動之適法性，並提出心得體認，期有助海軍軍官瞭解其背後政治、軍事及法律目的，俾利有關單位儘早擬具相應計畫以為因應，以達到維護我國海洋權益之目標。

關鍵詞：航行自由計畫、航行自由軍事行動、習慣國際法、默許、海洋自由、航行自由

## 壹、前言

因應中共在各方面逐漸崛起，美國為確保其在南海的「海洋自由」(Freedom of the Seas，包括航行、資源利用、能源安全

等海洋利益等)及對所有國家開放，高調宣布重返亞洲；前國務卿希拉蕊(Hillary)於2009年7月明白指出：「美國回來了」(The United States is Back)<sup>1</sup>，歷經「南海仲裁案」<sup>2</sup>，到總統川普(Donald John Trump)

註1：Remarks With Thai Deputy Prime Minister Korbhaksak Sabhavasus, US DEP. STATE, [HTTPS://2009-2017.STATE.GOV/SECRETARY/20092013CLINTON/RM/2009A/JULY/126271.HTM](https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2009a/july/126271.htm).ACCESSED 25 APRIL 2020。

註2：PRESS RELEASE(Eleventh),Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China,The Hague,12 July 2016。

公布「自由開放的印太戰略」(A Free And Open Indo-Pacific)<sup>3</sup>。再從美軍不定期派遣軍艦巡航南海，並邀請盟邦共同執行「航行自由軍事行動」(Freedom of Navigation Operations, 以下稱FONOPs)等動作頻仍，促使中共對此一連串持續行動，不僅多次公開反對，並指責美方的挑釁行為<sup>4</sup>，雙方衝突頗有一觸即發之象。

「南海仲裁案」實際上並非用於解決中共與菲律賓間之爭端，而係有關國家利用對〈聯合國海洋法公約〉(以下稱，海洋法公約或公約)內容的解釋與適用的漣漪效應，企圖稀釋中共對南海資源、權利的專有、獨享性；而美國亦藉此為由，高調在南海實施FONOPs，以重返亞太。其實南海問題的根本在島礁主權及海洋劃界爭端<sup>5</sup>，而美國以維持國家利益之名，並利用海洋以確保其在全球軍事存在之事實，達成涉足南海的目的昭然若揭。更重要的是，「仲裁案」涉及我國

對南海權益主張，然在仲裁過程中，我方被貶抑為「中國臺灣當局」【Taiwan Authority of China】<sup>6</sup>，無法到庭陳述意見；僅能在仲裁公布後，隨即辦理「經略南海·永保太平-收復南海諸島70週年紀念特展」<sup>7</sup>，藉以強調我方對太平島的經略，此作為實屬無奈；另一方面，訴訟之外美軍在南海執行FONOPs，可能亦對我南海主張產生一定影響，我國確實無法置身事外。

本文從美國以「海洋自由」之名擬具「航行自由計畫」(The Freedom of Navigation Program, 簡稱FON Program)，及延伸FONOPs之實質內涵與政策形成背景，探討其法律基礎、政治意涵、操作流程，及如何達成美國海洋軍事使用之戰略目標。另外，藉由美國公布在南海歷年行動及挑戰的海洋主張，按〈海洋法公約〉及「習慣國際法」(Customary International Law)<sup>8</sup>規範，檢視其行動之適法性，一方面希望我海軍軍官

註3：《A FREE AND OPEN INDO-PACIFIC Advancing a Shared Vision》，Department Of State, 4 November 2019。

註4：FU-KUO LIU ET AL., SOUTH CHINA SEA LAWFARE: POST-ARBITRATION POLICY OPTIONS AND FUTURE PROSPECTS, p.96。

註5：在〈聯合國海洋法公約〉架構下，各種海洋權利歸屬遵循「陸地主宰海洋原則」，必擁有系爭陸地或島礁主權，方得主張各該海洋權利。故在爭端解決階段，亦先確認島礁主權，方得為後續權利歸屬判斷。2013年1月菲律賓對中共按〈公約〉第286、287條及附件7規定，就雙方「關於公約的解釋與適用爭端」啟動仲裁；2015年10月29日及2016年7月12日分別公布管轄權及實體裁決。裁決中關於海中地物的法律地位部分，仲裁庭先認定何者為「高潮地物」(High-Tide Features)、何者為「低潮高地」(Low-Tide Elevations)，屬後者無法享有領海等海域權利，並按菲國訴求黃岩島、赤瓜、華陽、永暑礁均屬礁(Rock)，無法產生專屬經濟區及大陸礁層，且以相同理由適用於南沙其他地物，如太平島、中業島及西月島(West York)，囿於管轄權範圍，無法決定主權歸屬問題。Michael Sheng-ti Gau, 'The Prospects for the Sino-Philippine Arbitration and the Territorial Disputes in the South China Sea' (2014) 7 J. East Asia Int. Law Journal of East Asia and International Law 561. pp.561-564；張家煥，〈從南海仲裁案結果論我國因應作為〉，《海軍學術雙月刊》，第53卷，第1期，2019年2月1日，頁106。

註6：PCA Case No 2013-19 in the matter of the South China Sea arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between The Republic of the Philippines and The People's Republic of China: Award (Permanent Court of Arbitration), pp.77、179、188。

註7：〈經略南海·永保太平 收復南海諸島70週年紀念〉，行政院全球資訊網，2016年12月9日，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/ca543461-ebb4-4197-91f2-fb294209a1aa>，檢索日期：2020年5月20日。

註8：習慣國際法與條約法建構出現行國際法體系。以聯合國海洋法公約為例，某些規定係由海事慣例演變而來，最終於公約明文化，如公海自由。而習慣國際法與條約法最大不同在於，條約法對締約國有拘束力，而習慣國際法對所有國家均有拘束力CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW - WIKIPEDIA FROM WIKIPEDIA, THE FREE ENCYCLOPEDIA, [https://en.wikipedia.org/wiki/Customary\\_international\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Customary_international_law), accessed 25 April 2020。

瞭解其有關之政治、軍事及法律目的；另一方面也希望有關單位儘早擬具相應計畫妥善因應，以達到維護我國南海的海洋權益為目標，此即撰寫本文主要目的。

## 貳、認識美國「航行自由計畫」(FON Program)

美國迄今並未參與並簽署〈聯合國海洋法公約〉，並基於「習慣國際法」，推出「航行自由計畫」替代，以表明其海洋主張、維持國家利益。以下就形成背景、內容及執行，分項概述如後：

### 一、背景

1945年第二次世界大戰結束，新興民族國家獨立後紛紛要求海洋權利。為此，聯合國自1958年起召開3次世界海洋法會議，冀望擬定相關海洋法公約，以分配海洋資源、避免紛爭。1978-1979年公約草案即將定稿之際，美國對於草案中關於海底資源分配部分存有意見，認為會損害其國家利益，開始以政治、外交手段杯葛表決程序，希望各國代表能按其意志再做修正。

1979年6月下旬，《諾福克紀事報》(The Norfolk Ledger)報導美海軍司令(United States Fleet Forces Command)與大西洋艦隊(Atlantic Fleet)間的一份機密

通信檔，列出美國政府在保護傳統公海自由方面應遵循的程序—即「航行自由計畫」<sup>9</sup>，隨後，《紐約時報》(The New York Times)亦披露此一事件，以「美國將會挑戰沿海國超過3浬的主張」(U.S. Will Challenge Coastal Sea Claims That Exceed 3 Miles.)，並表示此一舉措係為了國家利益；且僅單純的抗議是不足的，美國也將會派遣船艦及飛機前往相關爭議海域<sup>10</sup>。時任總統卡特(Jimmy Carter)則說明FON Program緣由，係基於美國在國際事務中的卓越地位，有必要積極保護自己的權利，不受其他沿海國家的非法侵犯<sup>11</sup>。

美國以FON Program挑戰各國與其相異之海洋主張，本寄望以外交及軍事手段迫使各國於海洋法會議中讓步，並實踐美國之意志；然囿於各國不願放棄各自的海洋利益，最終也埋下美國迄今仍未同意加入〈公約〉的結果。

### 二、內容

(一)「航行自由計畫」旨在保護所有國家基於國際法下享有的航行自由(Freedom of Navigation)及飛越的權利，並且正式融入美國外交政策，讓「過度海洋主張」(Excessive Maritime Claims)<sup>12</sup>之國家知悉美國不會容忍，亦不會讓是類主張產生後續法

註9：Richardson, 'Power, Mobility and the Law of the Sea', 58 Foreign Affairs (1980) 902, p.902。

註10：The New York Times (1979), available at <https://www.nytimes.com/1979/08/10/archives/us-will-challenge-coastal-sea-claims-that-exceed-3-miles-navy-and.html>. accessed 25 April 2020。

註11：Galdorisi, 'The United States Freedom of Navigation Program: A Bridge for International Compliance with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea', 27 Ocean Development and International Law: The Journal of Marine Affairs (1996) 399, at p.401; U.S. Freedom of Navigation Program GIST (Washington DC: Department of State Bureau of Public Affairs, December 1988) as cited in Rolph, 'Freedom of Navigation and the Black Sea Bumping Incident: How 'Innocent' Must Innocent Passage Be', 135 Military Law Review Military Law Review (1992) 137, p.139。

註12：指沿海國提出的海洋區域或管轄權的主張與聯合國海洋法公約相扞格。美國將對這些主張提出挑戰，避免所有國家依法所得享有海洋和空域的權利遭受侵犯。 'Limits in the Seas No.112 United States Responses to Excessive National

表一：美國「航行自由計畫」政策形塑歷程一覽表

年份	文件	執行方式
1979 (機密)	航行自由計畫	國務院以外交途徑、國防部以軍事行動執行或在國際場合以磋商方式進行。
1982. 7. 9 (部分解密)	海洋法政策	要求國防部採取手段保護美國利益，並將國家實踐導向美國解釋海洋法的航行及飛越權利。
1982. 12. 13 (部分解密)	海上執行航行及飛越計畫	美國表明不加入〈聯合國海洋法公約〉。
1983. 3. 10	海洋政策談話	要求行政部門與立法部門合作推行政策，並正式宣告美國200浬專屬經濟區。
1987. 3. 16 (部分解密)	航行自由計畫	1982年版稱「基於〈海洋法公約〉…」，修正為「習慣國際法所反映於〈海洋法公約〉…」。
1990. 10. 12 (部分解密)	航行自由計畫	執行項目與1987年版並無二致，惟特別要求：1. 國防部應向國務院和國家安全顧問提供根據FON計畫執行的每半年一次的行動宣稱清單；2. 國務院應公布年度執行自由航行計畫摘要。
1995(機密)	總統執行命令	頒布2項指令(Directives)，明定美軍應對過度海洋主張的海洋、空中挑戰政策及方式，強調美國FON Program會持續執行。
2005(機密)	國防部部長辦公室及參聯會提出加強原柯林頓總統指令	再度強調由國務院以外交抗議、或在適當論壇雙邊磋商(如國際民航組織研商飛航自由)、或由國防部派遣機、船，以非挑釁的方式(Non-Provocative Routine Manner)執行FON Program，挑戰他國過度海洋主張。

資料來源：參考Aceves (n 11) pp.281-282; Freedom of Navigation Program (U), National Security Decision Directives(NSDD49), 12 October 1990; 'UNITED STATES PROGRAM FOR THE EXERCISE OF NAVIGATION AND OVERFLIGHT RIGHTS AT SEA,NATIONAL SECURITY DECISION DIRECTIVE NUMBER 72' ; Administration of Ronald Reagan, United States Oceans Policy,Statement by the President.,March 10, 1983; Proclamation 5030 of March 10,1983; 'Freedom of Navigation Program,National Security Decision Directives(NSDD265), 由作者自行彙整製表。

律效果<sup>13</sup>。計畫主要針對美國認定「逾越國際法規範的他國過度海洋主張」，採用外交抗議及軍事行動聲明(Operational Assertions)<sup>14</sup>，藉由實施和平的航行及飛越權利之展示，逐步使相關沿海國修正其主張<sup>15</sup>。內容分3個層次，其一為軍事行動聲明，或稱「航行自由軍事行動」(FONOPs)，由國防

部派遣軍隊執行；其二為國務院或其外交代表所為之「外交抗議」；其三為國務院或國防部代表與他國代表在適當的場合(如國際會議)就推動海洋法的穩定進行磋商<sup>16</sup>。不論是外交或是軍事手段，FONOPs被設定為政治中立、非挑釁性的，並鼓勵沿海國配合修正其海洋主張。

Maritime Claims' (United States-Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs 1992),pp.7-8。

註13：Aceves, 'Diplomacy at Sea?: U. S. Freedom of Navigation Operations in the Black Sea', Readings on International Law from the Naval War College Review, 1978-1994 Readings on International Law from the Naval War College Review 1978-1994 / Ed. by John Norton and Robert F. Turner (1995) 243, p.60。

註14：THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS (2017), at pp.2-15;Ryan Santicola, 'Legal Imperative: Deconstructing Acquiescence in Freedom of Navigation Operations', 5 Nat'l Sec. L.J. (2016) 59, p.62。

註15：Aceves, 'The Freedom of Navigation Program: A Study of the Relationship Between Law and Politics', 19 HASTINGS INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW (1996) 259, at p.263; Mandsager, 'The U.S. Freedom of Navigation Program: Policy, Procedure, and Future', The Law of Military Operations: Liber Amicorum Professor Jack Grunawalt The Law of Military Operations?: Liber Amicorum Professor Jack Grunawalt / Michael N. Schmitt, Editor (1998) 113, p.113。

註16：Galdorisi, supra note 8, at p.401Mandsager, supra note 11, pp.113-114。

(二)美國認為針對過度海洋的主張，若不派遣機艦前往爭端海域，將使該項主張形成事實上的「習慣國際法」，進一步享有海洋權利；再者，美國為維持其海洋權利，透過FON Program，以習慣國際法領域中「公開而持續的反對」(Consistently and Openly Objects)，挑戰他國過度海洋主張，避免因為「默許」(Acquiescence)造成他國取得權利<sup>17</sup>。而計畫的目的表面上在勸退那些過度海洋主張國家做出修正，以維持國際水域的法律秩序；實際上係以武力要求他國承認及尊重美國可自由運用海洋的權利，並企圖以本計畫做為日後不參與該〈公約〉的替代手段。

(三)美國雖不參與〈公約〉，而主張其條文為「習慣國際法」的明文化，且不參與並不影響美國所有主張之海洋權利<sup>18</sup>。1983年3月，時任總統雷根(Ronald Reagan)發表〈美國海洋政策〉及〈國家安全決定指令第83號〉，以此支撐美國在全球海洋競爭使用的法律框架中的利益需求；且自此後，歷任總統處理爭端熱區(如南海等)均以雷根所公布文件為範本(政策歷程，如表一)，做到符

合美國視角下的「海洋法平衡利益」<sup>19</sup>。

### 三、美軍的決策程序<sup>20</sup>

所謂「軍事行動聲明」係以外在的海、空軍事行動，達成FONOPs之目的，並使過度海洋主張國家知悉美國不同意其觀點，並用以確保海洋的航行及飛越自由<sup>21</sup>；該聲明與FONOPs互為表裡，對外雖係執行此一軍事行動，然其內涵及主張須由「軍事行動聲明」—即海、空軍行動加以確認。FONOPs命令之執行屬軍事命令之一，須由特定權限的指揮官按法定程式下達，通常取決於地區作戰指揮官，若執行區域較為敏感，則需有更高層級授權，並由參謀首長聯席會(The Joint Staff，簡稱參聯會)統一監督管制執行之後，各國是否因此修正其海洋主張。每年參聯會、作戰指揮部、軍種、國防部長辦公室、國防部海洋政策事務代表、美國海岸防衛隊及國務院等單位，都會發展過度海洋主張的「目標清單」(Target List)<sup>22</sup>，用以優先執行FONOPs。

「航行自由軍事行動」(FONOPs)內容包含執行具體情狀，例如執行之艦、機何時進入或出現於過度海洋主張之海(區)域，又

註17：Aceves, supra note 9, at p.61 US HEADQUARTERS, MARINE CORPS and US COAST GUARD, THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS (Navy Warfare Library 2017), pp.2-14。

註18：R. G. Almond, U.S. Ratification of the Law of the Sea Convention, available at <https://thediplomat.com/2017/05/u-s-ratification-of-the-law-of-the-sea-convention/> accessed 22 February 2020. United States., Coast Guard and Naval War College (U.S.), The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations. (2017), pp.1-2。

註19：Administration of Ronald Reagan, United States Oceans Policy, Statement by the President., March 10, 1983.; US Oceans Policy, Law of the Sea and Exclusive Economic Zone, National Security Decision Directives(NSDD83), 10 March 1983。

註20：Cheney, 'FREEDOM OF NAVIGATION.', 12 Mobility Forum: The Journal of the Air Mobility Command's Magazine (2003) 30, at p.33 Mandsager, supra note 11, pp.120-121。

註21：Since the early 1970s, the United States, through DoDI S-2005.01 Freedom of Navigation (FON) Program (U), has reaffirmed its long-standing policy of exercising and asserting its FON and overflight rights on a worldwide basis. HEADQUARTERS, MARINE CORPS and GUARD, supra note 13, at pp.2-15.; Cheney, 'FREEDOM OF NAVIGATION.', 12 Mobility Forum: The Journal of the Air Mobility Command's Magazine (2003) 30, at p.33 Mandsager, supra note 11, pp.120-121。

註22：所謂「目標清單」即由相關業管單位按其需求設定FONOPs執行的國家及方式，交由海軍或是海岸防衛隊執行。

何時進出美國承認的領海或其他區域，而相關執行航跡也會標示於海圖上，由專業測繪軍官審查其正確性。FONOPs命令中亦會詳細記載艦、機如何因應沿海國各種回應。而FONOPs執行成果，將做為美國對於沿海國過度海域主張之軍事及法律上的後續回應。

### 參、「海洋自由」對美國外交政策及軍事、法律之影響

當美國認為須維持其存在地區優勢時，「海洋自由」的口號即會出現，用以正當、合理化其軍事存在，確保國家利益。而「航行自由」為海洋自由之彰顯，係一連串政治、經濟、軍事、海上交通利益交織演變，並由國際法及海洋法鼻祖格勞秀斯(Hugo Grotius)<sup>23</sup>集大成。美國立國之初，即以海洋做為其經濟命脈，相關政策均隨著國家對海洋之需求而制訂及調整(包含「航行自由計畫」)，並非一貫到底，亦非一成不變，說明

如后：

#### 一、「海洋自由」在外交之演變

海洋自由雖於17、18世紀普遍實踐，並被視為國際法中的強行規範，但僅限於公海。然隨著科技進展、航行領域的進步與沿海國管轄權需求擴張，使海洋自由持續受到質疑及挑戰，為能使所有國家持續運用海洋，需調和不同利益團體的需求<sup>24</sup>。而美國的崛起及其對海洋自由的主張及運用，即依循著上開思路逐步展開，演變過程分述如下：

##### (一) 為國家政策的明文化

美國開國元勳<sup>25</sup>為確保其立國基石—國家的商業安全及利益，視海洋自由為其立國根本<sup>26</sup>。1776年9月17日的「大陸會議」(Continental Congress)<sup>27</sup>通過〈條約計畫〉(Plan of 1776)，用以處理美國與英國及他國間之關係，此為美國首次官方檔案正式承認海洋自由為其外交策略<sup>28</sup>。

##### (二) 以武力確認海洋自由

註23：格勞秀斯生於荷蘭，為國際法及海洋法鼻祖，其《海洋自由論》主張公海是可以自由航行，為當時新興的海權國家如荷蘭、英國提供了相關法律原則的基礎，以突破當時西班牙和葡萄牙對海洋貿易的壟斷，並反對砲艦外交。參考'Hugo Grotius-Wikipedia' (Wikipedia, the free encyclopedia), [https://en.wikipedia.org/wiki/Hugo\\_Grotius](https://en.wikipedia.org/wiki/Hugo_Grotius), accessed 25 April 2020。

註24：Lapidoth, 'Freedom of Navigation, Its Legal History and Its Normative Basis', 6 Journal of Maritime Law and Commerce (1975) 259, p.259。

註25：指當時簽署《獨立宣言》和《憲法》的政治領導人及參與革命的領袖，又譯作建國先賢，他們是美國的奠基者。參考'Founding Fathers of the United States - Wikipedia', [https://en.wikipedia.org/wiki/Founding\\_Fathers\\_of\\_the\\_United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/Founding_Fathers_of_the_United_States), accessed 25 April 2020。

註26：Glenn P Hastedt and Allison Shelton, 'Armin Rappaport and William Earl Weeks,' FREEDOM OF THE SEAS', Encyclopedia of American Foreign Policy' (2019), p.111。

註27：大陸會議(Continental Congress)是指北美十三州在1774年至1789年間組成的聯合議會，是為美國國會的前身。大陸會議與美國革命息息相關。18世紀中葉，英國與其北美殖民地之間的經濟爭議不斷升級。1773年波士頓倒茶事件後，英國國會向麻薩諸塞州實施《強制法案》，激化北美殖民地的反抗情緒。當時麻薩諸塞的輝格派認為英國的納稅政策與《強制法案》，俱侵犯殖民者的權利，故此他們號召北美各個殖民地的殖民地議會派出代表，共謀應付對策。'Continental Congress', Wikipedia (2020) [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Continental\\_Congress&oldid=955384281](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Continental_Congress&oldid=955384281), accessed 25 April 2020。

註28：主要內容為「自由船自由貨」、「中立國在交戰團體間港到港的非禁製品貿易自由」、「禁製品種類的嚴格限制(不包含食品及海洋建材)」及「善待中立船舶」，旨在做為美國對外談判的範本。Plan of 1776-Conservapedia, Conservapedia, available at [https://www.conservapedia.com/Plan\\_of\\_1776](https://www.conservapedia.com/Plan_of_1776). accessed 25 April 2020。

18世紀末，美國商船在地中海遭到北非王國的攻擊，為保護其海上貿易安全，美國通過〈海軍法案〉(Naval Act of 1794)，並創建6艘護衛艦保護在地中海的商業利益；總統傑佛遜(Thomas Jefferson)也在未經國會許可下，對北非王國發動幾場戰役，並在1805年征服的黎波里(Tripoli)。1815年，美國海軍艦船轟炸阿爾及利亞(Algeria)，迫其同意結束對美國航運的攻擊，以上均係以武力宣稱海洋自由之實證<sup>29</sup>。

### (三) 南北戰爭期間—海洋自由的空白

鑑於1783年，美國未加入〈巴黎和約〉，使其對主要海洋強權(英、法國)就中立權利部分並無國際承諾，並為其後續海洋政策創造有利環境。到「南北戰爭」期間，美國以逐漸強大的海軍，擴大其交戰權，並開始限制他國與南部集團實施貿易，推翻其先前主張戰時中立國應享有的權利<sup>30</sup>。此時，贏得戰爭，維持國家統一為林肯總統當時唯一的國家政策<sup>31</sup>。

### (四) 1865-1914年推廣其戰時中立貿易自由

美國在國家統一後，又繼續開始強力推

廣貿易，特別是1898年「美西戰爭」時<sup>32</sup>，美國將禁製品區分為兩類，一為供戰爭專用及目的地為敵國之物品；另一為不論平戰時(Ancipitis Usus)，凡有用於資敵軍事目的之可能者均屬之，並於1900年納入「海戰法案」(The Naval War Code)中，並成為美國的海洋政策<sup>33</sup>。

### (五) 第一次世界大戰—美國背棄海洋自由

1914年「一戰」初期，美國因未參戰，主張不應限制中立國海上貿易權利；當參戰之後，卻踐踏中立國海上貿易權，其政策轉變的理由在於贏得戰爭。時任國務卿羅伯特·藍辛(Robert Lansing)表示：「我們要成為交戰國不需被我們曾經的主張束縛，…只要在某些政策上採取英國模式，即可打擊德國力量」<sup>34</sup>，此種思維下，美國如同德國的無限戰爭模式一般，完全背棄其關於中立國貿易的實踐，使得所謂「海洋自由」澈底淪為口號。

### (六) 二戰時「海洋自由」再起，美國漸成新海上強權

1941年美國通過「租借法案」(Lend-

註29：Glenn P,Hastedt and Allison Shelton, 'Armin Rappaport and William Earl Weeks,' FREEDOM OF THE SEAS' ,Encyclopedia of American Foreign Policy' (2019), pp.112-113。

註30：如雖未簽署巴黎和約，卻選擇性主張第2、3、4條；敵船的中立貨物不得拿捕；寬鬆對長距離封鎖(long range blockade)的反對；監控他國中立港口，並於船隻離開領海範圍時進行拿捕；在公海上對進出中立港口的中立船舶進行拿捕，基於該船或是貨物的最終目的是被封鎖港口(連續航程理論)；而在禁製品部分，美國遲未公布清單，係財政部長在南部港口向海關人員發送禁製品通知，禁止貨物進出港。

註31：Glenn P,Hastedt and Allison Shelton, 'Armin Rappaport and William Earl Weeks,' FREEDOM OF THE SEAS' ,Encyclopedia of American Foreign Policy' (2019), p.115。

註32：'Spanish-American War' ,Wikipedia (2019) [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Spanish%E2%80%93American\\_War&oldid=915419796](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Spanish%E2%80%93American_War&oldid=915419796). accessed 25 April 2020。

註33：煤炭、鐵路、電報相關材料、金錢等，凡運往敵港、敵國而可資助戰爭者、不論平戰時，均在拿捕之列。Theodore S. Woolsey, The Naval War Code, 1 COLUMBIA LAW REV. 298, pp.308-309 (1901)。

註34：Hastedt and Shelton, supra note 28, at p.118; 'Robert Lansing' ,Wikipedia (2019) [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Robert\\_Lansing&oldid=918497956](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Robert_Lansing&oldid=918497956) accessed 25 April 2020。

Lend Lease Program)，且不捲入戰爭中，並藉提供同盟國戰爭物資發展經濟<sup>35</sup>；然德國海軍的「狼群戰術」，卻完全影響其海上運輸安全<sup>36</sup>。為此，羅斯福(Franklin D. Roosevelt)總統藉海洋自由名義，賦予其航行、貿易及安全之內涵，直到二戰結束<sup>37</sup>，1945年9月28日，杜魯門(Harry S. Truman)總統發布2份公告，其一為宣稱大陸礁層的管轄權及控制權；其二為建立漁業保留區，並簽署行政命令<sup>38</sup>，以掌控更多海洋資源。即便如此，美國仍強調海洋自由，不僅聲明不影響大陸礁層上的水域及漁業保留區具有公海的性質，也不影響船隻的航行，並盡量避免將控制海洋資源及控制海洋本身做聯結<sup>39</sup>；此時，其海洋政策仍主張領海應為3浬，並反對他國對領海的任意擴張<sup>40</sup>。

綜上所述，美國外交政策中的「海洋自由」代表美國認可的國家利益之一，然其實質內涵卻是伴隨國家需求來調整；而杜魯門

總統的2份公告不僅是戰後美國海軍力量首次的和平展現<sup>41</sup>，亦凸顯美國已取代英國成為新的海上霸主。也自此，美國開始以軍事及法律手段主導全球海洋事務，維護其國家利益。

### 二、在海洋自由視角下－FONOPs之軍事及法律目的

美國的海洋政策認為雖然非屬〈海洋法公約〉會員國，基於「海洋自由」中航行及飛越自由條款係反映於「習慣國際法」，故仍應遵循公約規定辦理<sup>42</sup>。然弔詭的是，美軍聲稱為維護「海洋自由」，故在全球執行FONOPs，除針對過度海洋主張外，在軍事上亦因此取得自由進出全球海洋，及預置軍事部署的正當性。就法律上言，美國以一個非會員國，且基於自身對「習慣國際法」的觀點，逕自執行其所認定的航行自由，等同藉由軍事手段威迫他國接受其法律觀點，此作法是否合於國際法規範，實屬「見仁見智」

註35：Lend Lease Act, 1941, Digital History ID 4075, available at [http://www.digitalhistory.uh.edu/disp\\_textbook.cfm?smtID=3&psid=4075](http://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=4075) accessed 22 February 2020. Lend-Lease - Wikipedia, available at <https://en.wikipedia.org/wiki/Lend-Lease> accessed 25 April 2020。

註36：The Wolfpacks - German U-Boat Operations - Kriegsmarine - Uboat.Net, available at <https://uboat.net/ops/wolfpacks/overview.htm> accessed 25 April 2020。

註37：May 27, 1941: Fireside Chat 17: On An Unlimited National Emergency | Miller Center, RECTOR VISIT. UNIV. VA. (May 27, 1941), <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/may-27-1941-fireside-chat-17-unlimited-national-emergency>. accessed 25 April 2020。

註38：1945 US Presidential Proclamation No. 2667, Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf, 1945 US Presidential Proclamation No. 2668, Policy of the United States with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas.; EXECUTIVE ORDER 9633 | Harry S. Truman, National Archives and Records Administration, available at <https://www.trumanlibrary.gov/library/executive-orders/9633/executive-order-9633> accessed 22 February 2020. EXECUTIVE ORDER 9634 | Harry S. Truman, National Archives and Records Administration, available at <https://www.trumanlibrary.gov/library/executive-orders/9634/executive-order-9634> accessed 25 April 2020。

註39：Ball, 'The Old Grey Mare National Enclosure of the Oceans', 27 *Ocean Development & International Law* (1996) 97, p.101。

註40：A. L. Hollick, U.S. Foreign Policy and the Law of the Sea. (2017), at pp.18-20 Kunz, 'Continental Shelf and International Law: Confusion and Abuse', 50 *The American Journal of International Law* (1956), p.829。

註41：John J. Chung, 'The Role of Naval Power in the Development of Customary International Law' (2015) 34 *Quinnipiac Law Review* (QLR), p.55。

註42：HEADQUARTERS, CORPS and GUARD, supra note 13, p.1-1。



。以下就軍事及法律面向，分析如下：

(一)以航行自由計畫包裝海洋軍事使用的目標

1. 美國承襲19世紀戰略家馬漢(Alfred Thayer Mahan)的《海權論》，主張藉海軍及海上貿易控制海洋，由保護海上貿易、促進繁榮、壯盛海軍，形成「良性海上循環圈」<sup>43</sup>，以保護海上交通線及航行自由、強調制海權；並逐步轉換到柯白(Julian Corbett)主張之海洋控制(Sea Control)，一旦需要時，海軍能進入任何海域，並阻敵人進入<sup>44</sup>。美國認為海洋係用以維護國家利益的媒介，亦得用於演習、武器測試、科學研究等軍事用途，以確保最大化海洋自由為其中心思想<sup>45</sup>。因此，擬定海洋戰略，要求前沿部署及駐紮的軍隊以海洋為媒介，用以確保軍隊能順利進入海外區域、保護區域利益及美國公民生命安全，並防止敵人利用海洋遂行攻擊。

2. 海軍的任務在保衛國土、保護公海、遏阻衝突、危機反應，及加強夥伴關係，與提供人道主義援助和救災。海軍應具備海上控制、力量投射和海上保安，及進入所有領域的能力(包括海上、空中、陸地、網路

空間以及電磁波譜)<sup>46</sup>。軍隊的運用在於達成國家戰略目標，除贏得戰爭外，更應用於平時威懾與影響他國做出符合美國利益之決定；同時透過國外援助，以增加外交影響力<sup>47</sup>。因此，主張海洋自由使海軍取得自由進出全球海洋的正當性，並對世界各國展現武力，以靈活應對衝突，達成美國之戰略目標。

(二)以航行自由計畫包裝宣揚美國法律觀點

1. 全球若接受美國對海洋法的解釋，將使美國獲致最大程度的海洋使用，且符合美國利益。FONOPs背後思維乃藉由持續以軍隊行使權利，使國際社會普遍相信其為合法；相較於不行使權利，導致權利喪失的後果，美國認為積極採取計畫行動付出的成本較低。針對他國過度主張海洋的部分，美國為避免改變或違反國際規則，必須持恆行動以表達反對，畢竟對於他國的不法行為，若事前默許，則事後不得主張免除。故FONOPs用以宣稱國際承認的航行自由及權利，並補充美方外交抗議的不足。另因美方認定係採用低調而不具威脅性的方式執行，因此認為沒有事先通知過度海洋主張國家之必要<sup>48</sup>；然此一行為就沿海國家之觀點，實屬挑釁作為，

註43：良性海上循環圈指「海洋貿易」促進「經濟繁榮」、促進「海上資源」、促進「海軍」、促進「制海權」、促進「海上貿易」相互影響，不斷循環。ME6 Khoo Kok Giok, 'Sea Power As A Strategic Domain' 41 OINTER, JOURNAL OF THE SINGAPORE ARMED FORCES p.3 ; A.T. Mahan, The Influence of Sea Power upon History, 1660-1783 (2015), pp.20-21。

註44：英國軍事理論家、偉大的海洋戰略家。1854年生於英格蘭，畢業於劍橋大學特裡尼蒂學院。其有關戰爭史和海軍學術方面的著作，主要論述16世紀末至19世紀初帆船艦隊的戰鬥活動，贊同馬漢的海權論觀點，認為海軍在戰爭中起主要作用，並斷言掌握制海權和控制海上交通線是取得勝利的條件；還提出一系列新的海上作戰原則，主張在總決戰前採取防禦戰略、對敵岸實施遠距離封鎖、以輔助兵力進行小型海上作戰等。J. S. CORBETT, Some Principles of Maritime Strategy (2016), p.94。

註45：Truver, 'The Law of the Sea and the Military Use of the Oceans in 2010' , 45 Louisiana Law Review (1985) 1221, pp.1224-1225。

註46：United States. et al., A Cooperative Strategy for 21st Century Seapower. (2007), pp.1-2。

註47：ME6 Khoo Kok Giok, supra note 47, p.1。

註48：Galdorisi, supra note 8, at. pp.401-402。

表二：美國歷年以航行自由計畫挑戰中共海洋主張一覽表

美國挑戰內容	軍艦穿越領海預先通知	過度直線基線	鄰接區安全管轄權	專屬經濟區空域管轄權	專屬經濟區刑事管轄權	經濟調控	限制航空器飛越防空識別區	海中地物的性質
1992	◎							
1993	◎							
1994	◎							
1996	◎							
2007				◎	◎			
2008				◎	◎			
2009				◎	◎			
2010				◎	◎			
2011	◎	◎		◎	◎			
2012	◎			◎	◎			
2013	◎	◎	◎	◎	◎			
2014		◎		◎	◎	◎		
2015	◎	◎		◎	◎	◎		
2016	◎	◎			◎	◎		
2017	◎	◎		◎	◎	◎	◎	◎
	西沙群島	西沙群島		南海及東海	南海	東海	南沙群島	
2018	◎	◎	◎	◎	◎	◎	◎	◎
	西沙群島	西沙群島	南海	南海及東海	南海	東海	南沙群島	
備考	1996. 6. 1 中共簽訂〈海洋法公約〉。	1996. 5. 15 通過〈關於中國大陸領海基線的聲明〉。	1992. 2. 25 通過〈領海及毗連區法〉。	2002. 8. 29 通過〈測繪法〉。	2002. 8. 29 通過〈測繪法〉。	2013. 11. 23 通過〈關於劃設東海防空識別區的聲明〉。	美國認為均為低潮高地。	

說明：◎代表美國於當年度曾於南海對於中共特定海洋主張做出挑戰；另自2018年起，美國臚列中共海洋主張之國內法源依據，使中共明確知悉何項海洋權利遭受挑戰。

資料來源：參考DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports, SECR. DEF. POLICY US DEP. DEF, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/> accessed 25 April 2020，由作者彙整製作。

然礙於軍事、經濟實力的差距，僅能低調回應或默不作聲。

2. 美國以FONOPs做為槓桿，其目的在使沿海國均能遵守美方認定的〈公約〉解釋，並據此修正過度海域之主張；若沿海國不從，則鼓吹相關海洋爭端聲索國，採用類似南海仲裁案模式，並按〈公約〉條款中的法定爭端解決機制處理。唯有當法律機制無法獲致預期成果，則由美軍採取FONOPs模式，對

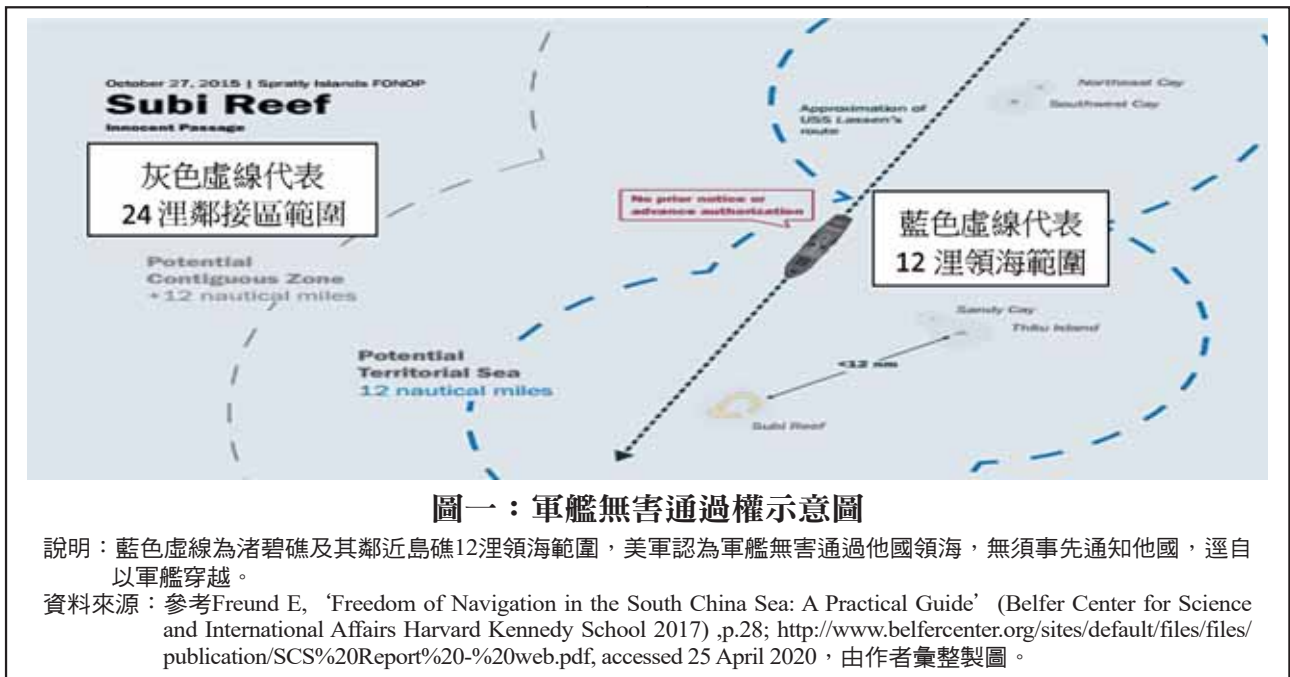
沿海國實施軍事威懾，以達成預期目的<sup>49</sup>。

綜上可知，美國係以「海洋自由」為名，一方面宣揚其所認知的海洋法；另一方面以軍事實力威懾他國就範，據以達成其政治目的，並獲致國家利益。

#### 肆、美國在南海執行航行自由軍事行動(FONOPs)

南海自古為我國漁民賴以維生的海域，

註49：Ibid., at p.406。



南海諸島也是由我國最早發現、命名、使用，並納入領土版圖，周邊國家無論以任何理由、方式予以主張或占據，我政府一概不予承認<sup>50</sup>。然美國在FONOPs框架下，忽視我國於主張，逕自聚焦挑戰中共在南海主張，儘管兩岸對南海主張不完全相同，且美國在南海有關行動亦非全然針對我國，但其所援引事由在國際司法上，恐對我國主張產生影響（如仲裁案裁決中，我國被視為「中國臺灣當局」【Taiwan Authority of China】）。因此，有必要檢視美國在南海的行動，及其挑戰中共在南海的海洋主張，並檢視其在國際法下之合法性，方能避免我方南海海洋權益遭受損失（美國歷年對於中共海洋主張之

挑戰，如表二）。

#### 一、重要主張說明

美軍在南海執行FONOPs，以挑戰中共過度海洋主張，僅就其已對外公布部分，說明如下：

##### （一）「軍艦穿越領海預先通知」部分

中共於1996年簽署〈聯合國海洋法公約〉時即做出保留，並主張外艦通過時應經核准或事先通知<sup>51</sup>；美國則認為軍艦等非有法定事由，不得予以限制<sup>52</sup>。故美艦經常以穿越他國領海方式，通過有爭議之南海島礁（如圖一）。

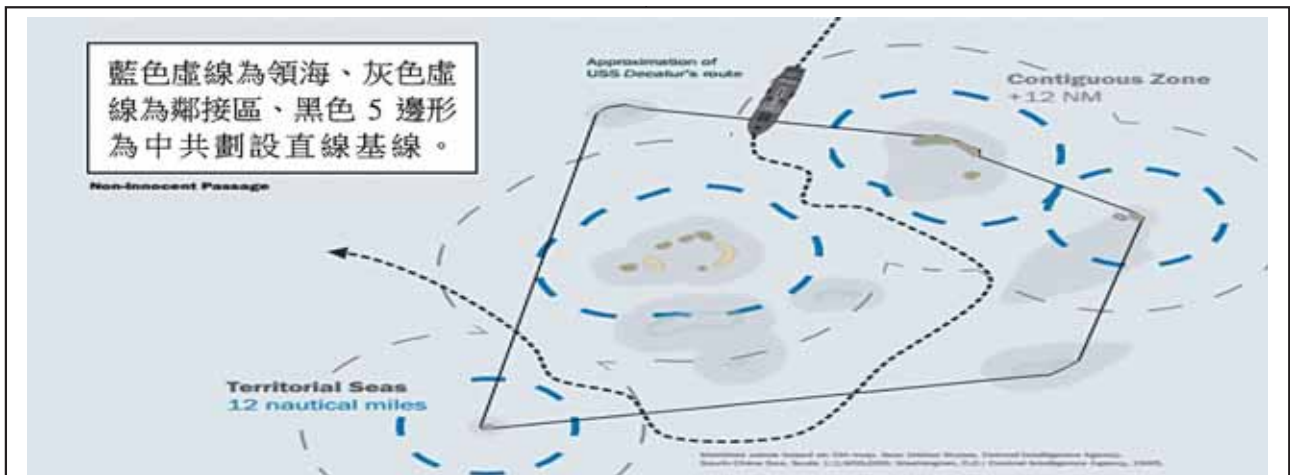
##### （二）「過度直線基線」部分

中共於1958年9月4日發表關於領海的聲

註50：〈中華民國對南海問題之立場聲明〉，中華民國外交部，2016年7月12日。[http://s%3a%2f%2fwwww.mofa.gov.tw%2fNews\\_Content.aspx%3fn%3d8742DCE7A2A28761%26s%3d02A142E7057EF2C2](http://s%3a%2f%2fwwww.mofa.gov.tw%2fNews_Content.aspx%3fn%3d8742DCE7A2A28761%26s%3d02A142E7057EF2C2)，檢索日期：2020年4月25日。

註51：Declarations Or Statements Upon UNCLOS Ratification, Division For Ocean Affairs And The Law Of The Sea, Office Of Legal Affairs, United Nations., Available at [https://Www.Un.Org/Depts/Los/Convention\\_Agreements/Convention\\_Declarations.Htm](https://Www.Un.Org/Depts/Los/Convention_Agreements/Convention_Declarations.Htm). accessed 25 April 2020。

註52：HEADQUARTERS, CORPS And GUARD, supra note 13, pp.2-6。



圖二：美國針對不應劃設直線基線區域作法示意圖

說明：對於應採用「正常基線」而改採「直線基線」擴大海域主張者，美國軍艦以不規則航行模式穿越各島嶼間，抗議其直線基線主張。

資料來源：參考 Freund E, 'Freedom of Navigation in the South China Sea: A Practical Guide' (Belfer Center for Science and International Affairs Harvard Kennedy School 2017) .p.38; <http://www.belfercenter.org/sites/default/files/files/publication/SCS%20Report%20-%20web.pdf>, accessed 25 April 2020，由作者彙整製圖。

明中宣布採用直線基線<sup>53</sup>，對此，美國在1972年公布〈海洋的界限第43號〉公告中明確反對<sup>54</sup>；中共1996年再公布之〈領海及毗連區法〉及關於領海基線的聲明<sup>55</sup>，重申採用直線基線，美國隨即於〈海洋的界限第117號〉內容中表達反對<sup>56</sup>，這也說明美軍為何選擇以不規則航行方式，穿越其認定不合法的直線基線(如圖二)。

### (三)「海中地物的性質」部分

中共對南沙群島主張並未陳明，究竟係以全部島礁為一整體主張，抑或以各島礁群

分別主張，但可確定對各島、礁都主張12浬領海；而美國則認為渠等屬低潮高地，不得主張領海。故美軍不定期在中共認定的領海範圍內實施演訓，用以挑戰領海的無害通過權(如圖三)。

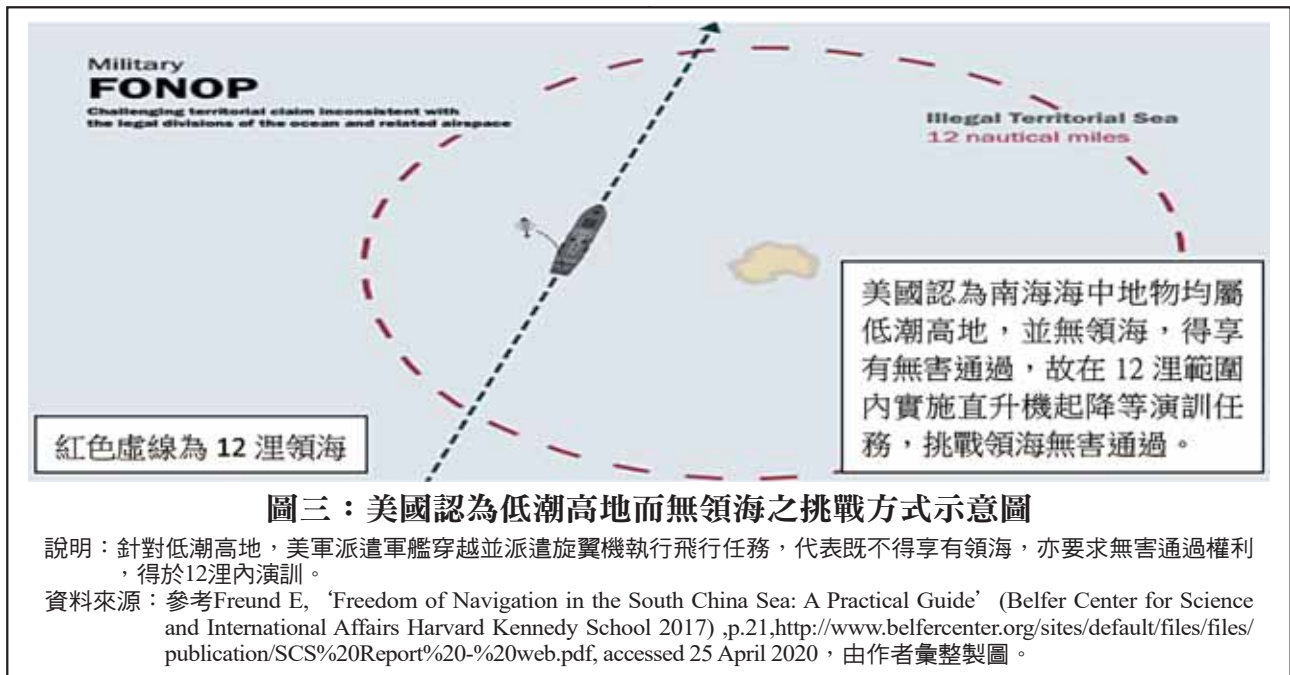
此處須特別點出：在仲裁案前，美軍認為中共以人造島嶼的方式，將低潮高地填造成島嶼，違反〈公約〉第121條規定，無法享有領海；仲裁案後，則依裁決結果，認定南海中無一海中地物為「島」，意即南海所有島嶼均為礁岩或低潮高地，亦不得享有專

註53：〈中共政府關於領海的聲明〉，人民網，Available At [Http://Big5.Www.Gov.Cn/Gate/Big5/Www.Gov.Cn/Test/2006-02/28/Content\\_213287.Htm](Http://Big5.Www.Gov.Cn/Gate/Big5/Www.Gov.Cn/Test/2006-02/28/Content_213287.Htm) accessed 22 February 2020。

註54：United States., Department Of State. And Office Of The Geographer., Limits In The Seas No. 43 Straight Baselines: People's Republic Of China, 1972。

註55：〈中共領海及毗連區法〉，全國人民代表大會常務委員會，Available at <https://Www.6laws.Net/6law/Law-Gb/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9C%8B%E9%A0%98%E6%B5%B7%E5%8F%8A%E6%AF%97%E9%80%A3%E5%8D%80%E6%B3%95.Htm> accessed 22 February 2020。

註56：〈中共政府關於領海基線的聲明〉，中共外交部，Available at [https://Www.Fmprc.Gov.Cn/Web/Ziliao\\_674904/Tytj\\_674911/Tyfg\\_674913/T556673.Shtml](https://Www.Fmprc.Gov.Cn/Web/Ziliao_674904/Tytj_674911/Tyfg_674913/T556673.Shtml) accessed 24 April 2020；United States. And Bureau Of Oceans And International Environmental And Scientific Affairs, Limits In The Seas No. 117 Straight Baseline Claims: China, 1990。



屬經濟區或大陸礁層。再就美軍於南海地區執行FONOPs而言，似乎是美國與中共間之問題；然美方所援引之仲裁判斷，卻直接涉及我國的太平島及對南海的主張；且仲裁庭刻意誤用〈維也納條約法公約〉中之條約解釋規則章節<sup>57</sup>，並錯誤解釋〈公約〉中之各項要件，使得我國實質擁有的太平島，不僅被貶為礁岩，亦不得享有200哩專屬經濟區及大陸礁層，嚴重影響我國在南海所能享有的各項海洋權益<sup>58</sup>。對此我國除表明不接受裁

決外，並應持續疾呼我國固有權益之主張，方為上策。

## 二、美國FONOPs法律效果分析

美國非〈公約〉會員國，卻以國內「航行自由計畫」挑戰他國逾越公約規範的過度海洋主張，並自陳其法律基礎在於，以積極的軍事行動挑戰他國主張，避免因「默許」他國違法行為而使之形成習慣國際法；且認為「若不從事FONOPs，將使美國原有的權利被弱化，且單純外交抗議是不足的」<sup>59</sup>。此

註57：〈維也納條約法公約〉解釋之通則「條約應依其用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之」。仲裁庭刻意扭曲解釋，使得原按條文編排「島嶼」（無須經公約第121條第3款檢驗）、「非121條第3款的礁岩們(Rocks)」得享有海洋權利；在仲裁庭認定下，「高潮地物」中，通過公約第121條第3款檢驗者(包含『全權島嶼【A Fully Entitled Island】』及『礁岩【A Rock】』)方得享有海洋權利。

註58：如澳洲、法國、日本、紐西蘭、巴西、智利、斐濟、冰島、墨西哥、葡萄牙、委內瑞拉等國，均在渠等領有之面積小、不適人居的海中地物上主張專屬經濟區及大陸礁層。Yann-Huei Song, 'The July 2016 Arbitral Award, Interpretation Of Article 121(3) Of The UNCLOS, And Selecting Examples Of Inconsistent State Practices' (2018) 49 Ocean Development & International Law 247, pp.251-255; 〈中華民國南海政策說帖〉，外交部網站，105年3月21日，[https://www.mofa.gov.tw/Upload/RelFile/643/156143/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9C%8B%E5%8D%97%E6%B5%B7%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%AA%AA%E5%B8%96\\_.pdf](https://www.mofa.gov.tw/Upload/RelFile/643/156143/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9C%8B%E5%8D%97%E6%B5%B7%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%AA%AA%E5%B8%96_.pdf)，檢索日期：2020年4月25日。

註59：Ryan Santicola, 'Legal Imperative: Deconstructing Acquiescence In Freedom Of Navigation Operations', 5 National Security Law Journal 59, pp.66-67。

一論點涉及〈公約〉與習慣法關係，以及習慣法中關於「默許」要件的形塑、鑑別<sup>60</sup>，說明如下：

### (一) 習慣國際法與〈國際海洋法公約〉關係

美國未參與〈公約〉卻主張以習慣國際法行使其海洋權利，兩者雖屬兩個不同法律體系，但均屬國際法的範疇<sup>61</sup>。所謂習慣，「指具有事實上慣行(State Practice)及法律確信(Opinio Juris)」；所謂條約，「指國家間所締結而以國際法為準之國際書面協定<sup>62</sup>」。〈公約〉歷經1930年海牙國際法編纂會議，並經至少3次聯合國海洋法會議而形成，內容已包含原有的習慣國際法的明文化、亦有新增列的條約法；另〈公約〉前言明文指出「本公約未予規定的事項，應繼續以一般國際法的規則和原則為準據」。故當爭端雙方均屬公約會員國時，對公約解釋與適用有疑義時，自可援引〈維也納條約法公約〉「條約解釋規則」及〈公約〉「爭端解決機制」處理；另僅若一方為會員國或雙方均非會員國，則需按國際法的一般原則，利

用外交手段(談判、斡旋、調停、調查或調解)、國際組織或其他手段(如合意仲裁)以解決爭端<sup>63</sup>，殆無疑義。

(二)「默許」在習慣國際法領域內定位  
美國主張FONOPs之理由在於不「默許」他國非法行為，使該非法行為因反覆實施，形成國際慣例而取得權利。然在國際法領域中「行動-反應模式(Action-Reaction Paradigm)」扮演重要基石角色。一國的行動與他國之反應，正可說明二國間之關係，及對該行為之認知及法律基礎<sup>64</sup>：

1. 其一可能影響默許國的權利義務。默許國的不作為在符合3要件(即持續不作為、知悉對方主張而不作為、應出現但未出現預期反應)前提下，不作為的沈默(Silence)等同於默許，即失去對不法行為請求賠(補)償之權利<sup>65</sup>。

2. 其二可扮演間接形塑習慣國際法的角色。在兩國雙邊關係間，若不願對他方違反國際法行為提出抗議，可能肇生新型態習慣國際法規則出現<sup>66</sup>。

在此背景下，美國為避免因沈默，而被

註60：U.S. Department Of Defense Freedom Of Navigation Program Fact Sheet, March 2015, pp.1-2。

註61：United Nations, Statute Of The International Court Of Justice, 18 April 1946。

註62：Anaya, 'Customary International Law', 92 Proceedings Of The Annual Meeting (American Society Of International Law) (1998) 41, p.41；Vienna Convention On The Law Of Treaties, 1155 U.N.T.S. 332。

註63：Yoshifumi. Tanaka, The International Law Of The Sea (2015), at pp.20-38.；M. N. Shaw, International Law (2014), pp.1010-1056。

註64：Nuno S?rgio Marques Antunes, Acquiescence, Max Planck Encyclopedias Of International Law, September 2006.；Luban, 'Action And Reaction In International Law', 81 Proceedings Of The Annual Meeting (American Society Of International Law) (1987) 420, pp.422-424。

註65：Ibid, p.265。

註66：HENRY, 'Alleged Acquiescence Of The International Community To Revisionist Claims Of International Customary Law (With Special Reference To The Jus Contra Bellum Regime)', 18 MELBOURNE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2017) 260, at p.263.；若對他國因實踐而產生的權利不予否認，且經過一段時間不被打擾、持續實行，即成習慣權利。INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, DISPUTE REGARDING NAVIGATIONAL AND RELATED RIGHTS (COSTA RICA V. NICARAGUA), Judgment, I.C.J. Reports 2009, 13 July 2009, Available At [Http://Www.Icj-Cij.Org/Files/Case-Related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.Pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf), accessed 24 April 2020, pp.265-266。

解釋為「默示承認(Tacit Recognition)」或同意該不法行為<sup>67</sup>，故以言詞(如外交抗議)、或FONOPs挑戰所認定的不法行為。

### (三)「默許」的法律分析

美國奉行「談論是廉價的，言詞陳述不如逮捕一艘船」<sup>68</sup>的思維。為不讓他國本於習慣國際法，而取得權利影響美國之國家利益，積極挑戰其所認定他國不法行為，實屬必要。所以，藉由派遣機艦執行FONOPs以表明立場，畢竟以外交渠道的言詞抗議是不足的<sup>69</sup>。然美國論點與國際司法實務論述確有出入，概述如后：

#### 1. 官方言詞紀錄具有國際法效力：

1933年國際常設法院在「東格陵蘭法律地位案」(丹麥與挪威就系爭島嶼主權歸屬爭端)中，由於挪威外交大臣曾口頭向丹麥大使確認，對丹麥擁有東格陵蘭主權並無異議，故該法院即認此言詞聲明對挪威政府具有拘束力，故判決丹麥勝訴<sup>70</sup>。因此，美國主張言詞抗議不足以阻滯權利的形成，而須

執行FONOPs的見解，有待商榷。

2. 過分依賴實際行動，導致相應國無法瞭解行動的真實意涵：

美軍機艦執行FONOPs的細節並未即時公布；欲挑戰的過度主張、對象也不明確，即使美國務院針對某些過度主張發出正式外交抗議，也可能被他國視為外交政治語言，無法與FONOPs真實意圖鍊結<sup>71</sup>。例如2015年12月，澳洲派遣軍機至南海執行軍事任務，觀諸行動外觀屬正常航行於國際空域，而依報載資訊，澳洲係執行其國防部制訂的「開道行動」(Operation Gateway)<sup>72</sup>，但其行動係針對中共何種過度海洋主張、是單獨行動抑或參與美軍FONOPs，均不得而知。因此，澳洲的軍事行動從外觀上亦無法獲致合法性的評價。

3. 過度強調實際行動與聯合國憲章相扞格：

《聯合國憲章》要求應和平解決爭端<sup>73</sup>。其下轄國際法委員會指出，國家間溝通管

註67：' Identification Of Customary International Law?: Text Of The Draft Conclusions' , (2015) 4, p.126 ; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, CASE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA(CANADA/UNITED STATES OF AMERICA), available at <http://Www.Icj-Cij.Org/Files/Case-Related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.Pdf>, accessed 24 April 2020. p.305。

註68：Talk is cheap, and that to make a statement is not the same as arresting a ship. "STATEMENT OF PRINCIPLES APPLICABLE TO THEFORMATION OF GENERAL CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW" , COMMITTEE ON FORMATION OF CUSTOMARY (GENERAL) INTERNATIONAL LAW,INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION LONDON CONFERENCE (2000)。

註69：Ryan Santicola, supra note 10, pp.83-88。

註70：PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Legal Status Of Eastern Greenland Case (Denmark V Norway) (Judgment) PCIJ Rep Series A/B No 53, 5 April 1933, P.73。

註71：Shannon Tiezzi, 'Did Australia Secretly Conduct Its Own Freedom Of Navigation Operation In The South China Sea?' <https://TheDiplomat.Com/2015/12/Did-Australia-Secretly-Conduct-Its-Own-Freedom-Of-Navigation-Operation-In-The-South-China-Sea/> accessed 24 April 2020。

註72：係澳洲國防部仿效美軍制訂之FONOPS之戰略，主要針對東南亞區域。'Operation Gateway', Wikipedia (2018) [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Operation\\_Gateway&oldid=849666133](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Operation_Gateway&oldid=849666133) accessed 24 April 2020。

註73：United Nations, Charter Of The United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI。

道多元，採取實際行動非屬必要，否則習慣國際法將落入流氓國家專屬<sup>74</sup>。另一方面，美國也承認在爭端解決過程中，應限制相關權利的行使(包含軍、警國家力量)，以利爭端和平解決。因此，美方若強行將自身法律觀點加諸他國接受的行為，其實本身就存在著挑釁意味<sup>75</sup>。

綜上，美軍執行FONOPs在國際法(含條約法及習慣國際法)領域下，並不能為其行為取得正當性；而在條約法領域中，美國既非〈公約〉會員國，又以公約為習慣法明文化為由，強加其法律觀點於他國；另在習慣國際法領域，單純以書面外交抗議已屬清楚、簡便且經濟之方式，然仍大費周章派遣機艦執行FONOPs，不僅使當事國也無法確認美國抗議內容，也可能因無法相互理解，落入單純軍事對抗，顯非國際社會所樂見之結果，值得省思。

### 伍、體認一代結語

隨著美國在國際間影響力逐漸衰退，且各國對〈公約〉的觀點及海洋運用，不再以美國為首，並提出諸多挑戰，其中包含北約盟國、俄羅斯及中共，其應處作為值得觀察。至於海軍同仁在瞭解美國的南海「航行自由軍事行動」(FONOPs)，佐以「航行自由計畫」(FON Program)的背景，及如何運用海洋自由推展其政治、軍事戰略目的後，應有

以下認知：

一、美國「航行自由計畫」、「航行自由軍事行動」制訂目的，旨在填補不加入〈公約〉的罅隙，利用外交抗議、軍事行動，將美國海洋政策推向國際，以獲致其全球戰略利益。然囿於國際政治現實及我國亦非〈公約〉會員國，應可參考美國作法(雖無法比照制訂航行自由計畫)，以國內法在我管轄海域內(尤其針對南沙主權)積極主張，以彰顯及維護我國固有的海洋權利。

二、美軍平時藉由FONOPs執行，要求前沿部署及駐紮的軍隊以海洋為媒介，確保美國海、空軍在海洋使用方面，保有靈活性及機動性，防止敵人反利用海洋攻擊，以維持其國際霸權地位。並以此為衝突預做準備，凸顯其軍事作為均屬事前周詳準備、執行縝密謹慎，絕非衝動行事；我海軍在海洋軍事使用部分，應以美軍作法為本，儘早規劃做好準備，俾能應對海疆範圍內任何可能的突發狀況。

三、「海洋自由」代表美國認可的國家利益之一，其實質內涵係伴隨國家需求調整轉變。當立場中立時，全力捍衛自身海上貿易自由，著眼自身經濟利益；當其參戰時，為贏得戰爭的利益又高於海洋自由，便威壓他國的海洋自由，此方式使美海軍取得自由進出全世界海洋的正當性，並靈活展現武力、應對衝突，達成國家戰略。我國沒有這種

註74：A. D' Amato, *The Concept Of Custom In International Law* (1971), at pp.76-83, Wood, 'Second Report On Identification Of Customary International Law', (2014) 74 at P.20, Rein. Müllerson, "The Interplay Of Objective And Subjective Elements In Customary Law", In *International Law: Theory And Practice — Essays In Honour Of Eric Suy*, K. Wellens, Ed.(The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), pp.161-163。

註75：CASE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA (CANADA/NITED STATES OF AMERICA) VOLUME IV Counter-Memorial Of The United States Of America, 28 June 1983, p.141。



軍事實力，然既是國際社會成員，自應遵守有關規範，方能獲取國際地位與尊重。

四、美國以「南海仲裁案」裁決結果，做為執行FONOPs的依據，惟因我國未參與訴訟，也不接受裁決結果；且我南海政策一貫亦未變更。因此，國軍高層應瞭解兩岸政治、法律間關係，在擬定相關海洋戰略時，參酌國際法、海洋法、武裝衝突法等框架，尋求法律上的制高點，方能獲致國際社會更多關注與支持，維護我南海及太平島主權完整。

近日，媒體披露中共將於今(2020)年8月於東沙群島實施軍事演習，可能趁勢奪取我東沙島，國際媒體認為這是中共對美軍邇來持續於臺灣海峽展示軍力的回應<sup>76</sup>，面對此一情勢發展，國防高層切不可等閒視之。儘管美國一直強調「維護海洋自由」，並在全球執行FONOPs的軍事手段，佐以法律支援國內雖未批准之〈公約〉，以取得行為正當

性，確保美國在全球的戰略利益。然海軍軍官身為「半個外交官」，自應深切瞭解美國在「航行自由計畫」之政治、軍事與法律目的，尤其是美軍在南海的FONOPs，表面上雖針對中共，然因未顧及我國太平島主權及南海主張，若不做適度表態，恐造成我方海洋權利受損。再者，同樣屬非〈公約〉會員國的我國，究應如何更細緻地援引法源依據，提出聲明及採取行動，實屬當務之急，唯有儘早擬具完成應對東、南沙主權爭議之各項作為準備，方能維護我海洋權益，並獲得國家最大利益。



作者簡介：

弓培城中校，國防大學管理學院88年班、國防大學管理學院法律研究所碩士97年班。曾任國防部軍法司行政官、國防部最高軍事法院公設辯護人、國防部法制官，現服務於海軍司令部督察長室。

註76：Nicola Smith, 'China Plans Landing Drill for Pratas Islands as US Ramps up Military Activity in Sensitive Taiwan Strait' The Telegraph (14 May 2020), <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/05/14/chinese-military-plan-landing-drill-pratas-islands-us-ramps/>, accessed 15 May 2020。

## 老軍艦的故事

### 襄陽軍艦 DD-901



襄陽軍艦由美國伯利恆鋼鐵公司製造，1944年4月17日完工成軍，編號745。民國59年美國將該艦移交我國，同年2月1日返國後正式成軍，命名「襄陽」軍艦，編號DD-1（後改為DD-901，隸屬驅逐艦隊第12戰隊，擔任海上巡弋及外島護航等任務。

該艦成軍後除擔任海上防衛任務外，曾先後參加漢光、聯興、獵鯊等演習，民國74年9月1日，由於主機嚴重損壞，艦體也老舊不堪，而奉命除役。（取材自老軍艦的故事）