

胡永齡編著

戰時國際公法

冊 下

中華書局印行

胡永齡編著

戰時國際公法

下冊

中華書局印行

第九章 空戰

第一節 引言

人類研究乘坐能升空之機器，迄今僅數世紀，經若干人之試驗始克成功，惟尚在雛形時代，然此種機器雖在研究製作之時期，其使用處則極廣，不僅平時，戰時用爲武器者亦同見推廣，其前途如何？實未可限量也！至於歷史方面，就我國古時而論，韓非子嘗謂：『墨子爲木鸞，三年成飛，一日而敗。』又淮南子有言：『公輸般爲木鸞以窺宋城。』由此可見我國古時亦有以空中器械作戰爭偵察攻擊之用。至外國方面在過去歷次戰爭中亦嘗有使用此種航空機作戰者，最早爲繫留或維繫輕汽球之使用，如一七九四年法人在 Fleurus 地方，一七九五年在 Mayence 地方及一八一五年在 Anvers 地方均曾使用此種輕汽球。一八六三年南北美戰爭時，亦曾用過輕汽球作戰。一八七〇年普法戰爭中亦曾使用輕汽球。至戰時使用所謂自由汽球者，始於十八世紀。如一七九八年法國拿破崙一世攻打 Cheops 地方時及一九〇四年日俄戰爭時均予以使用，以後漸漸進步，發明空中機器日見增多，至二十世紀初，乃有航空機之產生。在一九一一年——一九二二年意土戰爭及一九一三年巴爾幹戰爭，均曾使用飛機和飛艇。至第一次世界大戰時航空機始大量爲吾人所使用，其功能亦益見偉大，據法國學者 H. Courantier 氏之意見一九一四年開戰之初，各國航空機之總數尚不足千架，飛行速度，每小時約八十基羅米突，連續飛行時間爲三小時，高度爲一千米突，至一九一八年戰爭將終，各國製造飛機總數每年能達十五萬餘架，每小時速度爲一五十基羅米突，連續飛行時間爲五小時，高度爲五千米突，其進步誠有一日千里之勢也！以上

爲該學者在一九二六年所著書中之內容。自第一次世界大戰以後，各國努力科學之發展，武器之改良，專在科學發明方面努力，使航空機精益求精，而在國際法上討論此種空戰問題者，則尙不多見。蓋空戰一部分正在前進發達之中，將來結果如何？不能預料故耳。過去學者多不討論此種問題，亦因是故。然此種新武器之發明，使戰爭方法效力大爲改變，對此問題不能不予以法律上之研討也。是以一九二二年十二月至一九二三年二月國際法規委員會即「法律專家委員會」(Comitee of Jurists)在海牙召開會議，於二月一九日通過一空戰草約共計六二條，均係規定空戰之問題，該草約經英、美、法、日、意、荷各國代表簽字，但尙未得各該國政府之批准，故迄今未成爲正式之國際公約。該法規委員會之成立，係由一九二二年華盛頓會議決定組織者，當時係委英、美、法、日、意五國代表組織。此會，旋因會址設在海牙，五國代表乃於一九二三年邀請荷蘭國代表參加，其所通過之空戰草約經六國法學專家細心研究，詳加討論，而爲近代較完備之空戰草約也。除此之外尙無較新較善之空戰法規，故本章空戰研究之範圍，須集歷來慣例、學說及草約三者合併參照研討之。本節引言中先分下列三點討論：(一)空戰之一般定義——一九二二年美國國際法協會在 Buenos-Ayres 地方召開會議，所通過之規程中第一條規定空戰之定義，至一九二四年復在 Stockholm 地方第二次召集會議，將上述規程修改而列定義於第二條稱：空戰者，即戰時交戰國使用其所有航空機，向設在陸上、海上、空中之敵方各軍事目標轟炸之謂也。學者 Fauchille 氏主張：空戰僅限在空中爲下列種種不同之戰爭行爲：1. 關於偵探、視察或瞭望敵方之用；2. 向敵國陸海軍所在地或其他敵方所屬之區域發放爆炸物；3. 雙方航空機在空中彼此相互作戰。Strupp 氏認爲：空戰者，即空中所作之一切戰爭行爲，包括空中偵察、破壞及轟炸、作戰等行爲在內，惟必須由交戰國空軍所爲而其目的物必須屬於敵方。Moreno 氏則認爲：空戰應以其所用之武器爲決定之依歸，凡用空軍航空機作戰者，均屬空戰，即水上

飛機因某種事故致不能飛至天空作戰，僅在海上用機關槍作戰，亦應屬於空戰，並非海戰之範圍也，故彼以所用武器爲別，即飛機在陸地上空，用機關槍射或轟炸，亦應視同空戰而非陸戰，是不以其作戰之處所爲決定空戰之標準也。Acicoly氏及 Cosentini 氏均認爲：空軍作戰限於下列四種行爲：a、用以偵察軍情、觀察地理；b、傳遞情報消息；c、彼此空中交戰；d、空中行使轟炸。Batamante 氏所稱空戰定義爲：凡在交戰國領空或自由空中作戰，不論其交戰對方爲陸海軍或空軍，只要在空中作戰，即均屬空戰，蓋空戰雖不限於空中，可於陸上、海上、空中自由行使，然水上飛機在海上作戰則應以船艦看待，而應適用海戰法規，此爲一般學者所公認，故空戰以限於空中作戰爲妥也。（2）空戰之合法性質——空戰是否合法一問題，自發明使用空中飛行物之後，即開始討論。Fauchille 氏對此問題分別爲四種意見：1、反對派之意見：此派主張應絕對禁止空戰，認爲空戰最爲殘酷，效果最惡毒，能使海上陸上之一切公共安全完全由空軍破壞，其危險性之巨大，幾無有出其右者，故應絕對加以禁止也；2、贊成派：此派認爲空戰應予存在，而完全適合法律，不應加以禁止或限制；3、另一派認爲空戰可以存在，但應禁止用飛機發放爆裂物及行使轟炸；4、又一派認爲空軍之豎面作戰應屬合法，橫面作戰則屬非法應予禁止，蓋以直線轟炸，其爆裂物下降後，破壞之面積有限，且可以防止，若橫面行使轟炸或掃射，所殃及之地方較大，危險性亦自較鉅，應行禁止。若干學者主張可使用航空機於交通、偵察、巡查、傳遞消息情報等任務。其他學者則認爲用航空機作戰未必較其他武器爲殘酷，例如潛水艇及其他各種新發明之武器使用時，亦未必較航空機爲人道。Rolin 氏等認爲空軍可准其實施轟炸，惟轟炸之目的須爲自衛，但在何種情形下始爲自衛？實難確定也！一八九九年第一次海牙保和會議時，俄皇提議後，經過之禁止空中轟炸宣言，意在禁止用汽球或其他類似之新方法爲投擲物或爆裂物之拋擲，惟此宣言以五年爲有效期間，當時僅英國未簽字加入，土耳其簽字而未批准，其他各國均簽字。

批准一致通過，至一九〇五年其有效期間已滿。一九〇七年第二次保和會議時，俄皇復提出討論該宣言是否繼續適用問題，結果有英、美、中、比等十五國表示贊成，而拒絕繼續適用提出反對票者則有德、法、意、俄、日本、西班牙、瑞典等二十九國，因此該宣言不能視為有普遍性之拘束力，但在當時所訂陸戰規則第二五條中則規定：無論用何法（by any means whatever），對於未設防之城鎮、村落、居宅加以攻擊或炮擊者，應禁止之。此條既稱無論用何法，自包括陸、海、空戰三方面之作戰方法在內，故當時各國均贊同而獲通過，此條與宣言不同，其有效期無限也。一八六八年俄皇在聖彼得堡召開會議討論關於戰時使用爆炸性彈藥問題時，曾發表一聖彼得堡宣言，其內容稱：參加宣言各國於戰時應禁止使用四〇〇瓦（格蘭姆）以下之炸發性或燃燒性之投射物，當時參加宣言之國家為歐洲十九國代表，與會各國均行簽字，英國則因故加以反對，致未批准。在海牙第一次保和會議所訂禁止空中轟炸宣言中規定：締約各國發生戰爭時，禁止使用外亮硬固而其與內心之全部均不加包裹或其外亮施以刻畫者之各種彈丸。此類彈丸一入人體，痛苦加倍，且能成為扁平形之子彈，航空機對於此種彈丸依該宣言之規定亦不得使用，蓋空戰應與陸、海戰相同，自應顧及人道，不使用過份之殘酷物也。一九一一年國際法學會在西班牙京城馬德里開會，通過一關於空戰之決議，認為空戰在不使一般和平人民及財產遭受較甚於陸、海戰危險之限度內，始得予以准許，此係學者理想方面之主張而已。上述各項宣言及決議至一九一六年秋季為止，各國尚能遵守無違，惟航空機所使用之炸彈，並非陸、海戰所用之通常彈丸，係一種燃燒彈，此種彈丸內貯易燃之物質，彈端為柔性，觸物即燃。按此燃燒性及柔軟性之情形，實不合上述宣言及決議之規定，自有禁止之必要，然所述禁止空中轟炸及聖彼得堡宣言之規定，乃對人而言，此種燃燒彈並非以人為其目標，而專為攻擊航空機及其他目的物也，故使用此種彈丸之目的別有所在，不能視為違反國際規定焉。一九一六年在美國 Santiago-du-Chili 地方召

開第一次美洲航空會議，通過一公約，其第五條規定：締約各國應監視並督促各本國空軍，於戰時務使對於人及物尤其對於一般和平人民及其財物所受之危險愈少愈妙，必須使空軍之行爲合乎人道。至任何不必要而殘酷之轟炸行爲，應予禁止。第六條規定：航空機可爲戰爭目的之用，但以不發生較陸、海戰方面更重大之危險爲條件。一九二四年美國國際法協會在瑞典京城 Stockholm 地方開會，通過一草案，其第三條規定：禁止空中向市鎮、村落或有居民之處行使轟炸，但該草約第七條之規定爲例外。第七條：陸軍爲佔領某地而作戰時，可使用航空機助戰，得由空中實施轟炸，惟使用時，應遵照國際上及慣例方面所適用之一切規定，舉凡陸、海、空三方面所應用之法規慣例均應遵從，轟炸時並應尊重保護慈善機關、教堂、病院、救濟傷病人員之處所，免受災害。第四條：禁止以航空機之轟炸爲恐嚇和平人民之目的，或用以破壞毫無軍事性質之財物，並禁止藉轟炸以強迫敵方繳納某種捐款稅課。第五條：對於下列各物行使空戰，應屬合法：舉凡敵方軍隊駐在地、軍事建築物、軍營、軍庫、軍需糧食貯藏處、軍港、軍需製造廠、軍用品製造修理廠以及各種交通線，尤以軍用鐵道，均可作爲空戰之目標。但上述各物置於平民一處若予轟炸將殃及和平人民，則應停止或避免轟炸。第六條：空軍之合法交戰者，亦應爲本國正規軍隊之一部分，其所應用之法律當與陸、海戰方面所適用者同。其行爲並應受已經成立爲空戰慣例法規之拘束。是以大體上視之空戰確具有合法性，但必須其戰爭本身屬於合法者爲前提，是爲 Buschmante 氏所主張。同時空戰時亦應遵從一切人道主義之規定，國際法所規定之一切限制與准許之明文，及本書第六章所述戰時一般違禁事項等均應予以遵守焉。此外學者 Cosentini 氏於一九三九年出版其所訂『國際航空法典』一書，關於空戰問題在此法典第一二章第八二八條至第八三三條內規定：設立特別安全區域，用外交途徑通知各國轉飭其空軍於戰時，在該區之四週五〇〇米突內，不得行使轟炸，以保護該區內和平人民及非軍用建築物爲目的。該區應絕對禁止軍用，

並應樹立顯明之標幟，而於必要時得由三個中立國代表組成之委員會實施監督。(3)空戰法規之基礎——學者Merrill Ginhac及 Rolland 等氏認為空戰並無單獨存在之性質，自無須制定一種特殊單行法規規定空戰，而認空戰之基礎建立於陸、海戰方面，僅為陸、海戰之附屬品，並無獨立性，故應適用已存在之陸戰法或海戰法，不必另行規定空戰法也。蓋航空機在陸上可擔任探察敵軍動態及軍事形勢或轟炸敵國軍隊及軍事設備或援助本國陸軍炮兵之轟擊等任務，則此種向陸上之行爲，純屬陸戰行爲，應用陸戰法規；航空機若在海上作戰，無非轟炸敵艦及偵察海上動靜，敵方水雷所設之處及潛艇之蹤跡，如有發現，即予破壞，此種行動均屬海戰範圍，自可適用海戰法規也。故無論空軍援助陸軍或海軍作戰，均有業經存在之各種原則及法律可資遵循，無須另設獨立單行之空戰法規也。學者 Sandford 氏謂：一九二一年——二二年華盛頓會議中討論海戰法規之委員會曾提出一草案，內稱：空戰所適用之基本規律應屬海戰法。而彼又認為航空機與船艦有其相同之處，均為航行之工具，故主張二者可適用同一關於航行之法規，是合海戰、空戰爲一事也。Radtke氏認為海戰法規上之原則，在空戰方面有時亦可適用，不過是一種可能性而已，因事實上海與空不能同語。空、陸之間接觸較易，而關係亦較密，空、海之間接觸既不易且亦多不便，海與陸相比較，不能否認其有極大之區別，而陸與空以地位論，亦有不同，且在海上作某種行動，可不影響於海岸，而航空機升入空中，既易與陸上各國發生關係，國際間即難免不受其影響，是以陸、海、空三者地位各不同，乃其一；其二如空戰適用陸戰法規，則航空機將失去其原有本性，似不便將陸軍所適用或陸戰武器所適用之規定推用於空戰也；其三彼認為應訂立一種單獨法規，專適用於空戰，因現代航空機日趨發達，尤因第一次世界大戰時所得之經驗，已知空軍有獨立活動之可能，至其活動區域兼在陸、海之上空，並不僅限於海上或陸上之空間，故應成立一單行法規，是以空戰法應建立於獨立基礎原則之上也。一九二三年國際法規委員會所以訂

立空戰草約者，亦因見空戰具有獨立性，不能附屬於海戰或陸戰，必須另設特務單行法規。學者 *Pastamante* 氏謂：戰時有若干原則可同時適用陸、海、空戰三方面，即自宣戰以後，凡所應用之戰爭方法及一切合法與否之準則，以及各種人道主義之事項，不論對於海戰、陸戰或空戰均應一律尊重信守。至對於某種戰爭有獨立專屬性之事項而不能混合適用者，則應設立特別單行法規，蓋為交戰國之利益計，不能不如此，故在國際公法中不可不予以特別規定也。此與 *Lechwick* 氏主張空戰應訂定單行法規同。此為一九一四——一八年世界大戰以來經驗所得之結果，即不能以空戰附屬於陸戰或海戰也。學者 *Spaight* 氏亦主張不可將海戰或陸戰之法規全部不加改訂，而適用於空戰，意即『張冠李戴』絕對不可。*Sibert* 氏謂：凡有科學新發明之武器產生，即應有一種新法律予以規定。事實上空戰固應適用獨立法規，而建立獨立基礎上，然法律之基本最高原則，却不容變更。易言之，即雖訂立新原則或法規，其基礎則總不出乎國際戰爭法規及歷來國際慣例之範圍，蓋法律並非可以創造者，係由風俗、習慣、道德等演變而成，必須合於人道正義之最高原則。故國際上一切基本原則仍應適用於空戰，不可一筆抹煞而全由單行法規新為規定也。海將 *Bontecou* 氏認為：水雷、魚雷之新發明並不使已有之國際條約及公認之人道正義等原則有所改變，即不能因新武器之發明而使交戰者有權任意妄為以破壞非戰鬥員之生命及財產也。是以學者 *J. Kroell* 氏謂：應本於國際上已存在之各項原則及慣例等以樹立空戰法規，不可憑空創作也。

第二節 空戰之交戰區域

所謂空戰之交戰區域，乃指交戰國航空機所可行使其害敵手段而為敵對行為之空中區域而言，與一般陸、海軍行

使戰鬥行為之交戰區域不同，一般陸、海軍之交戰區域可以名之爲戰場或作戰地帶，但不能適用於空戰之交戰區域。又戰爭行為原則上可以行之於交戰國之領土、領水、領空及公海、公空，無主之土地等處，但不能行之於中立國領土、領海及領空，否則即屬侵犯中立。反之若中立國准許交戰國在其領內行使戰爭行為，則難免不負違反中立義務之責任，惟中立國之領土、領水與領空在國際法及慣例上非絕對不准許交戰國之侵入，例如：因某種特別關係，中立國某一地域屬於交戰國之權力支配之下，如大連、市等是。又如中立國之某一地點爲戰爭之目的，戰爭之原因與該地點之特別政治上之目的有關係者，此外又因交戰國一方之軍隊侵入中立國，他方交戰國之軍隊爲攻擊防禦起見，爲自衛而可開入中立國。由此可知有某種特別原因存在時，亦可在中立國領土、領水及領空中爲戰爭行為。同時交戰國之領土、領水或領空有時反因特別條約或其他原因而劃爲非戰區，或永久中立區者，如蘇彝士運河、巴拿馬運河等即是適例。空中戰爭雖也可行之於公空及自由空；但在原則上以交戰國之領土、領水之上空爲其交戰區域；易言之即空戰之戰場或作戰地帶爲領空，然所謂一國之領空，無論在縱的方面或橫的方面爲立體或平面，欲確立一明白標準，殊非容易；易言之即交戰國可行使其合法交戰行為之所謂領空其定義究如何？頗難解答！尤如上述各種錯綜複雜之交戰國與中立國間之關係，對此領空問題更覺困難確定矣。所謂領空之標準，即領空在法律上所應有之界限，而所謂領空之定義即領空在法律上所具有之性質。同時若領空之法律性質既明，則領空之法律上界限亦立可迎刃而解，關於領空之法律性質爲歷來各國學者、學會等所常討論者，尤爲國際法學會之努力研究，若干國家之國內法雖均已採用『土地之所有者，即是天空之所有者』或『土地所有者，其所有及於天空』等原則。然此僅是國內法之規則，而非國際公法上之規則。學者 Juchon 氏誤認：空際爲一種類似公海之自然權利，爲人類所共有，但仍係一種由國內法立場上所推斷出來之規定，僅表示任何人可以

自由呼吸於空際之意思而已，並不能作爲一種決定國家間對於領空主權所及範圍之原則也。自從空際成爲航空機之國際交通要道，並成爲無線電訊之國際通信之場所後，始發現國家之主權在空中行使所生之各問題，國際法學家也開始覺到確定國際空中主權之界限，已爲國際法之一種新重要任務，且由新國際航空問題之發生，由於二個以上之國家在空中實行交戰行爲，使確定領空之法律性質愈形必要，而對此一問題之學說上論爭，自亦盛行一時矣。迄今關於任何一國領域之上空，究竟是否屬該國所有，抑或不属于任何國家主權之範圍一問題，猶爲法學者所費力研究之論點，而其主張，各有不同者，在一九一四——一八年時期中航空機之活躍，無線電之使用，可謂十分盛行，此類在空中產生之現象，決非理想之法律推論所可解決，然事實上確已亟須一關於空間法律上地位之觀念。尤在大戰以後，空中各種行爲之前途愈見多事，各國均悟覺此一問題若一任學者或學會間之反覆討論，決難達到良好之目的，乃於一九一九年和會中特設一航空委員會，擔任審定關於航空之對德和平條件及規律。又關於平時國際航空方面，爲解決此事，於同年十月十三日由北美合衆國、比利時、巴利維亞、巴西、英、中國、古巴、愛多法、希、瓜多馬拉、海地、赫牙日、洪都拉、意大利、日本、里比亞、尼介拉圭、巴拿馬、秘魯、波蘭、葡萄牙、羅馬尼亞、塞爾維亞、南斯拉夫、暹羅、捷克及烏魯圭等廿七國在巴黎締結一國際航空條約，關於空間之法律上地位問題，始得到一確定之解決。該約第一條規定：締約各國承認各國對於其領土之上空，各有其完全及獨享之主權。故主張以空間歸屬於其地面國家之完全及獨享之主權支配。此種主張，目前視之似屬當然結果，但若不加以前文規定，即無法得到解決。在歷史過程方面，關於領空之界限，最早有人以領水相比，離地若干空間爲領空，出此則爲公空，而該時建築物之最高者爲三〇〇米突，故定三百米突爲所有空，即屬地面國家所有。所有空之範圍，定爲主權所及之空間，可由本國任意支配，戰時可由敵方航空機在其中實施偵察、攝影。過此高度則定爲公空，亦即所謂自由空。

戰時任何國家之空軍均可自由行動。當其時曾一度以巴黎鐵塔之高度爲所有空之標準。然海與空究不能混爲一談，在水中其離岸較遠之處，即不能達到炮擊敵岸之目的。易言之其破壞力量有一定限度，在空中則無論其離地高低，均可達破壞之目的，雖高至數千米，其擲下之炸彈依然燦裂，尤因近年來所發生之戰爭，空軍日見發達，可在高空轟炸，無須低飛，則上述劃分領空界限之主張，實毫不適於實用也。至學說方面歷來有二說爲最著：一爲空間自由說；一爲空間主權說。茲分述之：

(甲)空間自由說 空間自由說乃出發於羅馬法之立法精神，空氣、流水、海洋爲人類共有使用物，且爲古來自然法所規定者。空氣是浮動而無定所，任何人不能佔爲私有，就其性質而言，自不能成爲所有權或主權之標的物，其範圍又極廣，可與公海相比，則自公海自由原則推論之，空間亦必屬自由不屬任何國家私有，亦不受任何國家主權獨享之支配，而可由任何國家及人民自由行動與使用，不受任何限制也。此說爲學者 *Wheaton*, *Pradier*, *Foderé*, *Bluntschli*, *Stephen* 及 *Nys* 等氏所主張，除 *Nys* 氏外，彼等均均以空氣之特質，決定空間之法律性質，亦實爲彼等學說之最大弱點。蓋空氣與空間不能相混，空氣是浮動於空間的飄忽不定，不論何人不能據爲私有，然而空間則有一定方位，決不能隨空氣而東西易位，若將空間之空氣抽盡，空間亦仍存在，並不因之消滅，不過成爲真空而已，故決不能以空氣之難於捉摸爲理由而認爲空間亦不能成爲所有權或主權之標的物也。*Nys* 氏雖亦主張空間自由說，但不如上述學者之以空氣與空間混談，彼自空間與公海相似之點主張將關於公海之法制適用於空間，認爲空間應與公海一樣一任其自由，而航行於公海之船舶與航行於空間之航空機，可用同一原則加以規定。一九〇二年國際法學會在布魯塞爾開會，*Nys* 氏在其報告之結論中稱：吾人在陸上受法律、命令、規則之束縛，實過於嚴密，今後對於空間勿使法律成爲阻害空中交通發達進步

之敵，此點非注意不可。此種說法未免過火，蓋空間與公海船舶與航空機雖有相似之處，但非完全相同，且以海戰法爲根據制定空戰法，確也有若干便宜之處，但使吾人因其類似即推定其全然相同，則不免發生錯誤與缺點也。固然有時因法簡之不良或解釋法律之偏狹，致使新產生之事業及新發明之科學蒙其不利，使阻塞其發展之途，然如依 *Nys* 氏所謂以空間與航空全置於法制之外，承認其絕對自由，不屬任何一國之所有或主權所及，則非使地面國家之國家權力亦完全犧牲不可，蓋地面國家將因外國航空機之自由飛來，所有要塞及其他軍事上之機密全被窺破，在平時則關稅之走漏無法緝捕，疫病之檢查無法執行，一切地面國家之生存獨立權，將完全喪失，空間絕對自由說之不可通，一至于此。於是另一派主張：限制的空間自由解放說。認爲空間絕對自由爲不合實際，且與地面國家之權力利益有牴觸，而應在空間自由之根本原則上規定相當之限制。至限制之範圍及基礎，又因學者主張紛紜而不同，有主張以海洋爲準，將空間分爲上下二部：下部爲地面國家主權所及之範圍；上部即屬各國航空機絕對自由飛行之區域。學者 *Rolin* 及 *Meignhac* 等氏即主此說，並以建築物之高度爲劃分空間上、下二部之界限。然現代建築學之進步有一日千里之勢，建築物之高度有增無減，則空間之標準將永無確定之一日矣！有的主張地面國家認爲在自衛上有必要時可行使其自衛權，而成立其限制的空間自由解放說。學者 *Rivier* 及 *List* 等氏即承認 *Bynkersholk* 氏之『沿岸國之權力以其兵力所能達處爲盡頭』之思想，而主張由地面所施防禦力量能達到處，爲國家領空之範圍，以彈丸不能達之空間爲自由區域，然目前在領海方面亦不採此種兵力所及之處爲領海之主張，且以此種常依兵器之進步而發生變動之標準，區劃空間之領空與自由空自更不妥，尤爲現代高射炮炮擊之高度已達一萬一千五百米突以上，在此高度以上之空間，爲人類不能升入之區域，豈非超出於法律問題以外而無再行劃分空間區域之必要矣！一九〇六年國際法學會在比國 *Gand* 地方召開會

議，討論無線電問題時，以十四對九之多數票通過一原則，乃根據學者 Fauchille 氏之意見而決定限制的空間自由解放說。該原則爲：空間一任各國自由使用，在平時及戰時之國家，對之僅有其自衛上必要之權利。學者 Melin 氏主張空間自由，惟認爲各國得行使其本國必要之權利，以爲任何國家在直立於其國境之垂直面內之空間中，對於足以使其感到利害與必要之對象物即爲其主權所可及處。此種主權非可以高度而受限制，國家在不妨礙國際航空之便宜限度內，爲保全本國國土及住民之安全計，得自由頒布關於航空之法令，依此雖較前述以國家之生存維持或自衛上必要之權利等語較廣泛而明確，但若貫徹此說到底，則與空間主權說並無差異，自無所謂空間自由之可言也。

(2) 空間主權說 英美法律學者中，採取空間爲地面國家主權當然所及之區域之學說者，頗不乏人，尤爲一九〇

六年國際法學會中，學者 Westlake 氏對於 Fauchille 氏以空間自由爲原則之提案，提出一以『國家對於其領土之上空有其主權，惟對於氣球及其他航空機與無線電通訊，承認其有無妨害通過之權利爲原則』之提議，曾引起一度極大之爭論。會議結果，其提議僅獲三票贊同，但自此以後，此派學說漸趨優勢。英美學者如 Richards, Spaight, Bold, Hersy 及 Wilson 等氏，德國學者如 Liszt, Williana, Meyer, 及 Zielmann 等氏及其他歐洲大陸之學者多贊成此說。日本立作太郎博士在法學協會雜誌第三〇卷著『空間在國際法上之地位』一文中，對於此種空間主權說之理由敘述非常扼要。彼謂：空間與地面國家之間有物理學上、氣象學上之密切關係，在間諜之防止，關稅走漏之緝捕，檢疫規則之行施上，地面國家實有支配空間之必要；由保護國家正當利益上視之，將國際法上之空間使與地面國家之權利相分離，實爲困難，且其他學說均多缺點，因此空間主權說較爲準確云。又在其所著『平時國際法論』一書中稱：位於一國領土及領水之上之空間與公海或一國沿岸領海不同，在空間所發生之事件由於地球引力作用與地面國家及人民之利益不

能毫無關係，因而不能比之於海洋云。

關於領空問題，自由說與主權說二派曾爲不斷之爭論，已如上述，但至一九一九年國際航空條約宣告成立以後，此問題已可謂解決矣。該約第一條明定：締約各國承認各有其領土以上空間幅員之完全獨有主權。本約稱一國之領土，其意義包有該國本部及殖民地之領土並與該領土連接之領海。依此則純爲採取空間主權說之主張，而自由說從此無立足地矣。在第三條中更規定：各締約國因軍事上緣由或爲公共安寧起見，有禁止他締約國航空飛機飛越本國領土內指定區域之權，違者按本國法律懲治。惟關於此點，本國民有航空飛機與他締約國之航空飛機不得有所區別。締約國行使此權時，應將禁航區域之所在及其廣袤，先期公布，並通告其他各締約國。該條約雖規定一國對於其領土之上空享有完全及獨占主權，但設有類似例外之規定，計共兩種：

(1) 該約第二條一項：締約各國平時對於他締約國之航空機，若其經過不生妨礙，而又恪守本約所訂之條款，應准其自由飛越本國領土之上空。此種對於無害航行之自由的承認，全在緩和並限制以禁止一切國際航空爲目的所可行使之絕對主權，亦即絕對主權說之一種例外，惟此爲平時國際法討論之範圍。

(2) 該約第十五條一項：凡締約國之航空機，皆有飛越他締約國領土之權，但須遵循所飛越之國指定之航線，若該國爲公共治安起見，用附約丁號所規定之信號，令其降落時，則仍須遵命。依此可知締約國之航空機，雖可任意飛行於其他締約國之空間而成爲本約限制航行之例外，然該被飛越國爲公共治安起見，仍得依法定手續命其降落，不外爲例外之例外情形，而復歸於限制之原則也。總而言之，此約規定之內容純粹採空間主權說之主張也。

至於該約第三二條一項：凡軍用航空機，非經特別准許，不得飛越於他國國境或在他國境內降落，其得有此項特別

准許之軍用航空機，如無特別規定與之牴觸，則得比照外國軍艦享有習慣上所許之治外法權。即認為外國軍用機之在本國空間飛行或降落，本國境內，實與本國權益有害，故非經特別准許，即不准其飛行或降落，是亦一國主權無限制應用之情形也。

綜上以觀，可知戰時空戰之交戰區域不外為公空（亦稱自由空）及交戰各國之領空。公空，凡各國領空以外之空間均屬之。領空，已在一九一九年國際航空公約第一條中明文規定矣；即一國領土、殖民地以及此等土地沿岸領海之上空均屬該國領空之範圍，則領空界限之問題亦可謂已得解決矣。然此對一國之領土及殖民地之上空猶可言之，如就其沿岸領海而言則不無疑問。蓋國際上迄今對於領海之界限尚無一致之主張與規定，各國國內法均有不同之標準，不過多數國家採取沿岸三海哩之主張，至採取少於三海哩之距離為領海界限者，國際上始終無此前例，因此可下一斷語：即一國領海之界限最少為離岸三哩海之區域，由是推及於沿岸領海上之領空亦必最少為離岸三海哩以內之空間也。然領海之界限將來變遷如何？尚未可預料，則領空之範圍如何？亦不能在此先下斷語，姑待來日國際明文規定可也。

第二節 空戰物法

第一款 軍用航空機

學者 Fauchille 氏分空軍為兩部分：一為空軍人員；一為空軍使用之機械。後者有私用及公用兩種。航空機之別：公用機均屬國家所有，而國家所屬之航空機又分軍用機與民用機兩種。現代戰爭乃以國家為對象，因此又可分戰鬥機與

非戰鬥機兩種。軍用航空機爲戰爭行爲之飛機，一如陸海戰方面之正規軍。一國空軍多在平時建立而戰時應用。至航空機之種類，則不外爲：自由氣球、維繫氣球、水上飛機、陸上飛機以及各種飛機。而空軍亦可分爲現役及後備兩種，惟此種具有軍用性質之航空機必須具備相當條件：首先此類航空機應屬國家所有而由國家指定爲軍用，並應由穿着制服之正式空軍人員擔任指揮及駕駛；航空機之外表應具顯明易辨之標記，使人一望而知其爲軍用機，否則如無此種標記時，即不能視爲軍用機。至國旗與軍用標記既不能懸掛，則應漆於機壳。一九一三年七月二六日德法航空協定中，承認具軍用性質之飛機其所有權應屬於軍事機關而其人員大部分應爲軍人並穿着制服。至究竟如何確定則均應由各國國內法規定，國際法對此僅規定其原則而已。依 Fauchille 氏之意見：此種軍用機應屬國家所有，而指定爲軍用，由穿着制服之空軍人員指揮駕駛，並應附顯明標記於機之外表。至於民用機則雖國家所有而指定專爲民用者，學者 Spaight 氏認爲：標記應漆於飛機兩翅，因航空機不能掛旗幟故也。Fauchille 氏又謂：國家有權將民用機改裝爲軍用機，充正規空軍而作戰。至其應具備之條件，亦必須由國家所派人員指揮駕駛；其外表應有顯明之標記。至空中私掠，則應絕對禁止，不能如海上一樣過去實施私掠，惟可將私有機改爲軍用機而已。甚至此種改裝可於航行時爲之，蓋彼可用無線電立即通知遑辦故也。關於改充之根據，大概得援用商船改裝戰艦條約之規定，蓋商船既可改爲戰艦，則私有航空機自亦可改充爲軍用機，在航空機航行時，其所屬國家得命其立刻改裝，接到此項改裝命令後，該機可立即就地下降，遵照上述各條件而改裝爲軍用機。除中立國主權所及之各處外，均可改裝。經合法改裝後，當然具有戰爭權，一如軍用機可以實施戰爭行爲。又依 Fauchille 氏主張：民用及私有航空機爲自衛起見亦可自備武器，與商船自備武器之情形同，但以用於自衛爲限。依學者 Spaight 氏主張：僅限於軍用機可以參戰。上述各種學說已爲習慣法所承認，而適用於現代空戰矣。Fauchille