

社會科學論叢

第六輯

目錄

論航空法上所謂「五個自由」	彭明敏
論美國憲法上的條約締結權	劉慶瑞
卡特爾之組織強制與國家管制	劉甲一
吾國近代童養媳之法律學的研究	施綺雲
赫爾照會與珍珠港偷襲	李祥麟
國民經濟平衡設計的基礎	邢慕寰
臺灣農民生計之研究	張漢裕
熊彼德對於資本主義發展歷程的分析	施建生
論利率與流動性偏好	王師復
工資率與就業量——皮古的就業理論的發展	郭婉容
關於多數人統治的學說(譯)	何麗珠
物價指數的基期問題與指數改編	寇龍華
附錄：本院經濟統計研究室編製經濟統計圖表	

國立臺灣大學法學院印行

中華民國四十四年五月一日出版

社
會
科
學
論
叢

第六輯

論航空法上所謂「五個自由」

副教授 彭明敏

第一 「五個自由」的概念。

國際交通靜態的分析——國際交通動態的研究——「五個自由」——「五個自由」適用上的保留——「五個自由」的內容——今日國際民航問題的叢結——第三自由與第四自由與第五自由的對立——上述對立的解決——第五自由與經濟和地理因素——第五自由與技術因素。

第二 實證法上的「五個自由」。

第一自由——巴黎條約、馬特里條約、哈瓦那條約、國際民航條約、國際航空過境條約、國際航空運輸條約。

第二自由——巴黎條約、馬特里條約、哈瓦那條約、國際民航條約、國際航空過境條約、國際航空運輸條約。

第三自由——一九四四年以前。

第三第四第五自由——一九四四年芝加哥國際民航會議。

第三第四第五自由——一九四四年國際民航條約。

第三第四第五自由——一九四四年國際航空運輸條約。

第三第四第五自由——一九四四年以後。

第一 「五個自由」的概念

從法律觀點，討論國際交通（註一），有一通行的方法，即

一切交通，不論陸海空，都要從下述兩個問題，開始檢討：

（一）交通工具（註二），在國際法上，有何地位；

（二）交通場所（註三），在國際法上，有何性質（註四）。

論航空法上所謂「五個自由」

就航空法（註五）說，便是要問：

（一）當做交通的工具、航空機在法律上，地位如何？

它在公法上，是否需要國籍，一如個人；它在私

法上，有無「責任能力」，一如船舶（註六）。

（二）當做交通的場所，空中在法律上，性質如何？私

人對自己土地上空，有何權利；國家對領域上空

，有何權限；公海上空，由誰管轄。

論航空法上所謂「五個自由」

這個方法，是將國際交通，分解為幾種基本因素（註七），而從法律觀點，就每一個因素，加以檢討，故可以說是國際交通「靜態」的分析。這種方法，於航空法學，尤見流行。如古巴（Cooper）教授，曾就第一個問題，加以檢討：他在國際法協會（International Law Association）的一九四九年年會中，提出報告（註八），說明飛機在法律現階段上，有何地位。他認為：依現今法制，民航機地位，介於船與火車（註九）之間。船有國籍，有責任能力。火車無國籍，無責任能力。飛機有國籍，而無責任能力（註一〇）。飛機的法律地位，牽涉極廣，問題不止於此（註一一），但上述結論，已對問題的核心，提出了解答。又如從一九一九年至一九四四年間一聯的航空條約（註一二），對第二個問題，已予以原則的解決，雖然航空科學的飛躍進步，在此方面，再引起一極棘手的問題（註一三）。今日國際法，已經確認：國家的領域，不是平面，而是立體的。換一句話說，地球的某一部份，不論它是土或水，若屬於某一國家的話，那塊地球上面的空間也同屬於這個國家，這樣便構成爲一個立體的国家領域（註一四），外國飛機，非經許可，不得飛入。

（註一）國際交通有關的法律可稱爲「國際交通法」（International Communication Law, Droit International de Communication），其目的在於規畫國際間人和物的移動及思想的傳播。

（註二）就國際交通史說，交通工具依下列順序而出現，即：船、火車、汽車、航空機。

（註三）交通場所即爲交通工具所移動的空間，如海面、陸上（鐵路、公路）、空中等是。

（註四）關於國際交通法研究法論，參看：Paul Reuter: *Le droit international des communications*, 1953, P. 8 et ss.

（註五）這個名詞，在我國還有一點陌生。什麼是「航空法」（Air Law, Droit Aérien）？筆者採用古田（Cooper）教授之流傳語：“The body of legal principles and rules, from time to time effective, which govern and regulate:

First: (a) Flight-space

(b) Its relationship to land and water areas on the surface of the earth;

(c) The extent and character of the right of individuals and States to use or control such space for flight or other purposes;

Second: (a) Flight;

(b) The instrumentalities with which flight is effected, including their nationality, ownership, use or control;

(c) The surface facilities used in connection with flight, such as airports and airways;

Third: (a) The relationships of every kind affecting or between individuals, communities or states arising from the existence or use of the area of flight (flight-space), or the instrumentalities or facilities used in connexion

therewith or to make flight effective" (*"Air Law - A field for international thinking"*, Transport and Communications Review, vol. IV, No. 4, October-December, 1951, P. 1-7, published by Transport and Communication Division, Department of Economic Affairs, United Nations)

(註六) 在 The United States v. The Cargo of the Brig Malek Adhel 案中，Story 法官，對於船主的責任，有明確的說明……

"It is not an uncommon course in the admiralty, acting under the law of nations, to treat the vessel in which or by which, or by the master or crew thereof, a wrong or offence has been done as the offender, without any regard whatsoever to the personal misconduct or the responsibility of the owner thereof…… The ship is…… by the general maritime law held responsible for the torts and misconduct of the master and crew thereof, whether arising from negligence, or a wilful disregard of duty; as for example, in cases of collision and other wrong done upon the high seas or elsewhere, within the admiralty and maritime jurisdiction, upon the general policy of that law, which looks to the instrument itself, used as the means of the mischief, as the best and surest pledge for the compensation and indemnity to the injured party"

(2) Howard 43 U. S. 210 PP. 233-234 關於船隻碰撞，見後條……

The Black Book of the Admiralty with an appendix, 1871-76, vol.

1, P. 109; vol. 2, P. 229; vol. 2, P. 449; vol. 3, P. 283.

(註七) 國際交通的要素，除了交通工具和交通場所以外，還有交通人員，貨物，旅客等。

物，旅客等。

(註八) John C. Cooper, *A Study on the Legal Status of Aircraft*, submitted to the Air Law Committee of the International Law Association, September, 1949.

(註九) 火車和汽車在國際法上的地位相同 (參看古巴教授上述報告)。

(註一〇) Cooper, op. cit.

(註一一) 如飛機內各種行爲的民事和刑事管轄問題，尚待解決。關於此問題，見後條……

J. Fenston and H. DeSaussure, *Conflicts in the competence and jurisdiction of courts of different States to deal with crimes committed on board aircraft*, The McGill Law Journal, vol. 1, No. 1, 1952.

(註一二) La Convention de Paris (1919), La Convention théro-américaine (1926), La Convention de Havana (1928), La Convention de Chicago (1944).

(註一三) 這是因國際航空飛行的實現而發生的超高度空間的法律性質問題。關於此問題，參看後條……

MING-MIN PENG, *Le vol à haute altitude et l'article 1 de la Convention de Chicago*, Revue du Barreau de la Province de Québec, juin 1952; Revue française de droit aérien, 1952, P. 390 et ss.

見後條……

John C. Cooper, *High Altitude Flight and National Sovereignty*, IA TA Bulletin, No. 13, June 1951, P. 46.

O. Schachten, *Speech at American Museum of Natural History*, October 12, 1951.

彭明敏：國家領空權與所謂「星際飛行」(大陸雜誌第九卷第十一期，四

論航空法上所謂「五個自由」

三、十二、十五出版

R. H. Miller, *Problems in defining the physical extent of national sovereignty.*

(註一四) 這個原則，是否上述諸條約所創立，抑或如古巴教授等所說，可以追溯到古代羅馬法，去找求它的溯源，這裡姑且不予討論。參看：

John C. Cooper, *Roman Law and the Maxim "Cujus Est, Solvitur" in International Air Law, 1962.*

II

上述研究方法，於航空法學，成就頗大，自有其科學的價值。可是，既說「交通」，它的常態，究竟是「動」的，不是「靜」的。所以靜態的研究到了一個階段以後，應該進一步，再從「動」的觀點，來把握國際交通。就航空法說，若從靜態的分析，轉移到動態的研究，那麼，問題便不止於規定飛機國籍、確認國家領空權，而主張任何國家得拒絕外國飛機於國境之外了。在動態的研究上，最重要的乃是要確定：國家在何種條件之下，准許外國飛機飛入國內，而許其飛入之後，給予以何種自由，並准其作何種經濟活動。其實，第二次大戰以後，國際航空動態的研究，已佔了航空法學重要的部份。今日國際民航的討論，是繞着這個問題而展開的。

III

四

戰後航空法學，在方法上，有一個進步。它發現：國際航空，自表面看，方式極為錯雜，不易把握，但分析起來，實有五個基本類型。任何國際航空，歸根究底，不過是這些類型之一，或某幾種類型之結合而已(註一五)。國際航空，從地面國立場說，是對領空權的一種限制：讓外國飛機飛入國內，從事活動。但從飛機所屬國立場說，又是由外國得來的一種「讓步」(concession)，一種「特權」(privilege)(註一六)，亦即在外國領內展開航空活動的一種「自由」(freedom)。故上述五個基本類型，在航空法學上，稱為「五個自由」(five freedoms)，並加以編號，使概念更為明確，便於討論，易於解決。

在開始討論這「五個自由」以前，必須提出幾點保留，即

(1) 其適用，限於民航機(civil aircraft)，而不及於公用機(State aircraft)，所謂公用機乃包括軍用機(military aircraft)在內。

(2) 其適用，限於普通型態(conventional type)的飛機，包括內燃機和噴氣機在內，而不及於無人駕駛機、火箭飛機、或火箭飛彈，不論其是民用的或軍用的。

(三)其適用，以國家領空權的存在為前提，故不能適用於

超高度飛行(即所謂「星際飛行」Interplanetary flight)

，因為超高度空間(即所謂「星際空間」Interplanetary space)的法律性質未曾確定(註一七)

(註一五)一九四四年芝加哥國際航空會議加拿大代表，對此五個基本概念的確立，貢獻不少。參看：

Wienczykiewicz Wagner, *Les libertés de l' Air*, 1948, P. 20 et ss.

(註一六)故有人主張應把這個五個基本類型稱為「五個特權」(five privileges)。參看：

Wienczykiewicz Wagner, *op. cit.* P. 21, note (1).

但在本文，暫沿用「五個自由」這個用語。

(註一七)參看拙著：

MING-MIN PENG, *Le vol à haute altitude et l'article 1 de la Convention de Chicago*, Revue du Barreau de la Province de Quebec, Juin 1952; Revue française de droit aérien, Paris, P. 390 et ss.
John C. Cooper, *High Altitude Flight and National Sovereignty*, IATA Bulletin, No. 13, June 1951, P. 46.

彭明敏：國家領空權與所謂「星際飛行」(大陸雜誌第九卷第十一期，第九頁以下)。

四

茲先舉出「五個自由」的原則，而後再舉例說明。

第一自由：航空機得飛越外國，而不作着陸。

論航空法上所謂「五個自由」

第二自由：航空機得為「非商業目的」(註一八)，而降落於外國。

第三自由：航空機得在本國裝進客貨，而運至外國卸下。

第四自由：航空機得在外國裝進客貨，而運回本國卸下。

第五自由：航空機得在外國裝進客貨，而運至第三國卸

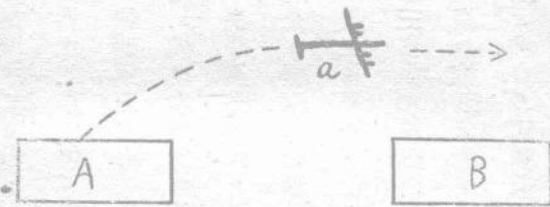
下。

現在試舉例說明。假定：有國家A、B、C，又有民航機

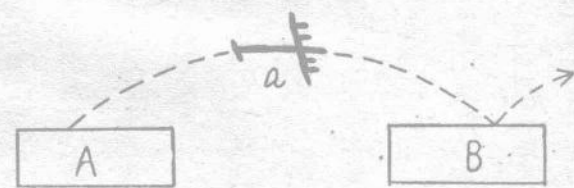
a在A國登記(即a機有A國國籍)。

根據第一自由，a機得飛越B國上空，而不必降落。

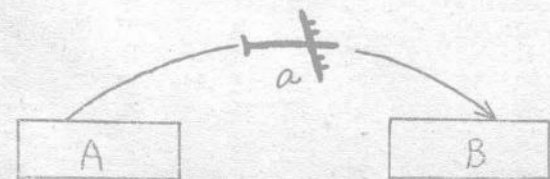
第一自由



第二自由

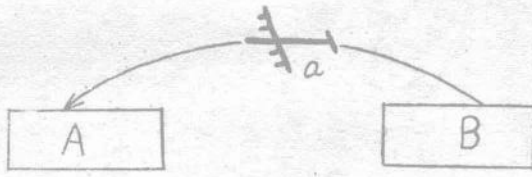


第三自由

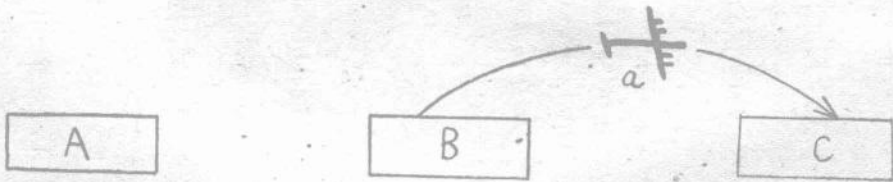


五

由自四第



由自五第



根據第二自由，a 機得在 B 國着陸，而作加油、修理等純技術性之工作，但不得從事於裝卸客貨等商業活動。

根據第三自由，a 機得在 A 國裝進客貨，運至 B 國卸下。這是 a 機以本國為起點的直接運輸。

根據第四自由，a 機得飛至 B 國裝進客貨，運回 A 國卸下。這是 a 機以本國為終點的直接運輸。倘若 a 機自 A 國裝進客貨，運至 B 國卸下後，再由 B 國裝進客貨，運回 A 國卸下，便是第三自由和第四自由的結合。

根據第五自由，a 機得在 B 國裝進客貨，運至 C 國卸下。倘若 a 機自 A 國裝進客貨，運至 B 國卸下後，再由 B 國裝進客貨，繼續飛至 C 國卸下，便是第三自由和第五自由的結合。

(註一八) 所謂 "stop for non-traffic purposes" 或 "Escalator non-commercial"，係指非為商業目的 (如裝卸客貨等)，而為技術目的 (如加油、修理等) 所作的着陸而言。參照：一九四四年芝加哥國際民航條約第九十六條 (d)。

五

第一自由和第二自由，是技術性質，故問題較少。第三自由至第五自由，是商業性質，故它們在運輸經濟上的合義，值得討論。先以抽象的方法來說明這些「自由」有何涵義。

上面說過，任何國際航空，都可歸納為上述「五個自由」

之一，或某幾種「自由」之結合。現在可進一步說：今日國際民航，問題的癥結乃在於兩種法律概念的對立，即：

(一) 第三自由和第四自由下的直接運輸(註一九)。

(二) 第五自由下的間接運輸(註二〇)。

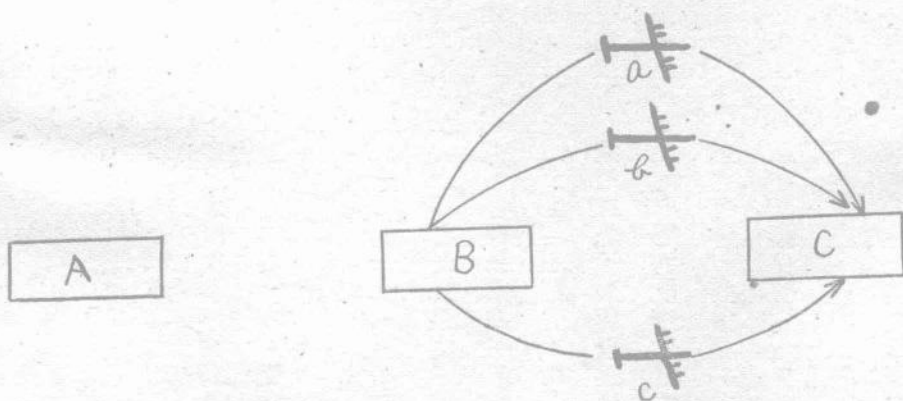
A 國飛機 a，在 B 國裝進客貨，運至 C 國卸下，這種行為從 a 機立場說，是第五自由。可是，同一個運輸，從 B 國飛機 b 的立場說，便是第三自由，而從 C 國飛機 c 的立場說，却是第四自由。換一句話說，A 國的第五自由乃與 B 國的第三自由和 C 國的第四自由，直接競爭。故從運輸經濟的觀點，可把 A B C 三國的利益，約要如下：

(一) A 國利益，在於從 B C 兩國獲得第五自由。如此，它的飛機 a 便可在飛往 C 國途中，順路降落於 B 國，多裝些客貨，運到 C 國卸下。該 a 機從 C 國飛回 A 國途中，又可兼運由 C 國至 B 國的客貨，而在 B 國着陸卸下。

(二) B 國利益，在於拒絕 A 國的第五自由(註二一)，而將 B C 兩國間客貨，保留給本國飛機 b 運輸，以保護本國飛機在第三和第四自由下的利權(註二二)。

(三) C 國利益，亦在於反對 A 國的第五自由，而將 B C 兩國間客貨，保留給本國飛機 c 運輸，以維護本國飛機在第三和

論航空法上所謂「五個自由」



第四自由下的利權。

(四) B C 兩國利益，在於成立協定，將兩國間客貨，公平分配，由兩國飛機運輸，以免不合理的競爭，而謀兩國民航的共存。

第五自由與第三和第四自由的對立，可由下述事實，而更趨激烈。即：世界上，有些國家資源豐富，產業發達，經濟繁榮，有大規模的航空工業，有龐大的民航隊，有強大的空運力量。但國內空運供過於求，本國客貨的運輸，不能滿足這龐大的空運能力。於是到處尋覓「第五自由」，欲在兩個以上外國之間，從事空運，藉以維持並發展其民航的規模。另一方面，有些國家，其空運能力不及上述國家之大，寧願致力於以本國為中心的國際空運，而只欲取得第三和第四自由。這種國家，既無意尋求第五自由，也不願別國利用第五自由，來侵蝕其運輸市場。故它們對第五自由的發展極力反對，而欲維護其在第三和第四自由下的運輸利權。

(註一九) 本文所謂「直接運輸」係指飛機以其本國為起終點而作的國際空運而言。

(註二〇) 本文所謂「間接運輸」係指飛機在本國以外兩個以上外國之間所作的國際空運而言。

(註二一) B 國根據其領空權，應有此權利。

(註二二) 闕此，當然有一假定，即：B C 兩國也有其民航事業，而可從事於某程度的國際空運。否則無從談起國際航空政策。

六

上述對立，怎樣解決？

一個辦法是在國際空運上，採取孤立政策：把領空完全閉鎖，外國飛機不准飛入，自己飛機也不作國際運輸。這是蘇聯政府自第二次大戰結束以後，至少對西方國家所採取的政策(註二三)。

另一辦法是世界民航的「國際化」(internationalization)：組織一個國際機構，世界上所有民航機由它掌握，世界上一切空運由它經營。這樣一來，各國在國際空運上無需角逐，在市場上無需競爭，在經營上無需勾心鬭角，國際民航便可在靜穩的環境中，平均發展。這種思想，是與飛機同日誕生，從國際聯盟時代開始，直到今日，不斷的成為爭論的對象(註二四)。它在現代國際政治史上，怎樣演變，擬另草一文討論，這裡只指出這一思想存在已久，且在國際民航史上，影響甚大。

倘有一個國家，在國際空運上，既不欲關閉門戶，對外孤立；又不願拋棄自己民航的獨立性而委於國際機構經營，那麼，它唯一可走的路，只有對上述「五個自由」，與外國討價還

價，看看能否在「互惠」(reciprocity)的基礎上，找出一個妥協辦法，以「亦予亦取」(give and take)的方式，來經營國際空運。實際上，今日多數國家，都在這條路上走。

談到「互惠」，必須指出：在國際空運上，互惠的「形式」，未必產生互惠的「實果」。兩個國家成立協定，在國際空運上，交換上述各種「自由」，理論上，兩國飛機本來得於「互惠」的原則下，享受「平等」的空運權，而從事於兩國與第三國間的運輸了。但在實際上，這種形式的「互惠」和「平等」，往往似是而非。有些國家，可藉這「互惠」原則，以壟斷別國市場。而另些國家，又常因為這種「平等」形式，致其民航事業受到打擊。爲什麼呢？在這裡，須要介紹兩個新因素，來說明「五個自由」在運輸經濟上之涵義。這兩個要素一是經濟和地理的，一是技術的。

(註二二) 最近蘇聯航空政策，是否已開始轉變，現在尙未能斷定。

(註二四) 參看：

John C. Cooper, *Summary and background material on International*

ownership and operation of world air transport services, 1948.

J. Parker van Zandt, *Civil Aviation and Peace*, 1944.

七

第一個因素，是各國之經濟的和地理的條件不同。有些國

論航空法上所謂「五個自由」

家，位置特殊，若與外國交換「自由」，便可利用這個特權，開展間接的空運(註二五)，而其本國市場，仍得保全，不爲別國所壟斷。另些國家，環境特殊，一旦交換「自由」，不但無法利用這種特權，反而本國市場將爲別國所侵蝕。「五個自由」，於前種國家，得多失少；於後種國家，得不償失。

那一種國家，可從第五自由，得到利益最大？這種國家可分爲三類：

第一類是領土廣遠，而民航發達的國家。美國和蘇聯爲其典型之例。它們兩國，地理和經濟的條件均甚優越，在「互惠」的原則上，與外國交換「自由」，不但無害，且而有益。今試假定美國與法國互換第五自由，並指定紐約和巴黎爲裝卸站，結果如何呢？法國飛機飛至紐約，把客貨卸下之後，便無法再裝進客貨，運至舊金山或其他美國大都市。因爲美國國內空運乃構成爲航空法上之 *Carriage* (註二六)，而不在第五自由範圍之內。因此，廣漠的美國大陸，對於法國飛機，實無多大用處。由美國言之，給與法國以第五自由，對其自己的民航事業，無甚重要。

相反的，美國飛機，飛至巴黎，把客貨卸下以後，還可憑第五自由，在巴黎裝進客貨，運至法國以外歐洲大都市，如倫

論航空法上所謂「五個自由」

敦、柏林、羅馬等。歐洲大都市之間，交通頻繁，這對於美國飛機，不失為一個極有利的市場。但是美國飛機，藉第五自由，在歐活動，對於歐洲國家，又將威脅其第三和第四自由。爲什麼有這個結果呢？因爲美歐國家地理不同：美國因地大而得利，歐洲國家因地小而受虧。

第二類是立國於國際民航體系的起點（亦即終點）的國家。它們不但怕、而且極願與外國互換「自由」。北歐國家是其典型之例（註二七）。這些國家，建立於國際民航網的邊緣，外國飛機飛到 Oslo 或 Stockholm，即等於達到「終站」，縱有第五自由，它亦無從利用。故外國飛機於北歐市場，無厚利可圖。相反的，北歐飛機，換得了第五自由，就可以本國爲起點，在國際市場上，充分利用這特權，四出尋覓客貨。它們是與第一類國家一樣，有地利可靠（註二八）。

第三類是位於國際民航體系的中間，而其民航規模又超過本國需要的國家，如荷蘭是。它擁有龐大的民航隊，國內市場，已不能消費這強大的空運能力。故荷蘭民航，只有向外發展，它爲了要維持其繁榮，第五自由是不可缺的。

以上說明地理和經濟的因素對於「五個自由」，有何影響

10

（註二五）「間接空運」的意義，參照（註二〇）。

（註二六）航空法上 Cabotage 的概念，參看：

Alex Mayer, *Le cabotage aerien*, 1948.

Nicky E. Hesse, *Some Questions on Aviation Cabotage*, The McGill

Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1953, P. 129.

（註二七）現在瑞典、挪威、丹麥三國，實行民航共營，在國際空運上，成爲一個單位。

（註二八）最近，斯堪地那維亞航空公司（Scandinavian Airlines）已開闢

了飛越北極的新定期航空線。其一係從美國 Los Angeles 起飛，經過北極，而達到 Copenhagen，此線已自一九五四年十一月中旬起，開始載運客貨（參看 *New York Times*, International Edition, November 15, 1954），另一線係從 Oslo 起飛，經過北極，而達到東京，現在籌備中。如

果北極地帶上空，被包含在國際民航體系之中，而成爲空中交通的場所，北歐國家在民航體系中的地位，可有變動；那時，它們將不再是國際民航網的邊緣國家，而將位於民航體系的中間。參看下面第三類國家的說明。

八

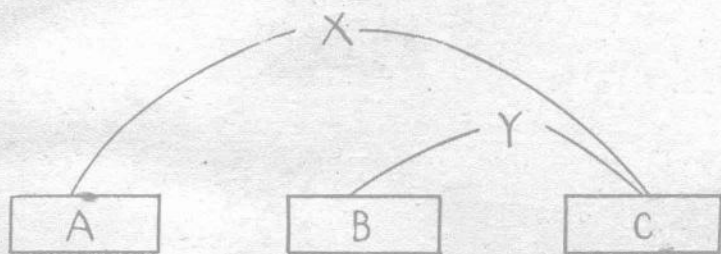
還有一技術因素，在討論第五自由時，必須考慮。它可分爲三點：

第一、某特定航線的實際客貨數量與飛機塔載力的比率問題。

第二、該航線的飛行次數問題。

第三、該航線的運輸價格問題。

某特定航空線的客貨數量與飛機運載力的比率如何，對於第五自由與第三第四自由的關係，有直接的影響。例如A國從B國取得第五自由，A國飛機於飛往C國途中，可以降落B國，裝運自B國至C國的客貨。今試假定：A國至C國的平均客貨數量為X，B國至C國的平均客貨數量為Y。倘若A國獲得第五自由以後，仍繼續使用搭載力約X的飛機，這對於B國第



三自由（或C國第四自由）實無多大影響。因為A國飛機要到C國，當其由A國起飛的時候，差不多已經滿載了。故縱降落B國，亦不能裝進多量客貨而運至C國。客貨Y的大部份，仍由B國（或C國），於第三（或第四）自由之下，予以運輸。可是，假令A國獲得第五自由以後，改用搭載力較X為大的飛機，例如使用運輸力X+Y的飛機，從事運輸，那麼，A國飛機降落B國以後，還可吸收從B國至C國的客貨Y，於是便與B國第三自由（或C國第四自由）發生競爭，其對B國第三自由（或C國第四自由），實有不小的影響。故實際上，交換第五自由時，B國（或C國）不能不從運載力的觀點，對於A國使用的飛機，有所規定。在原則上，A國飛機運載力，在X與X+Y之間，愈大愈對A國有利，愈小愈對B國（或C國）有利。其妥協點，或為 $X+\frac{1}{2}Y$ ，或為 $X+\frac{1}{3}Y$ ，或為 $X+\frac{1}{4}Y$ ……依各國民航的條件而定（參看後面一九四四年芝加哥國際民航會議中的討論）。

基於同一理由，A國飛機在該航線上的飛行次數，亦應予考慮。A國飛機，自A國至B國、自B國至C國的飛行次數，若較之B國飛機（或C國飛機）自B國至C國的飛行次數為多，A國飛機當然可以吸收比較多的Y客貨，因之，B國第三自

論航空法上所謂「五個自由」

由（或C國第四自由）便受到影響。

至於A國飛機在BC航線上的運輸價格，對B國第三自由（或C國第四自由）有怎樣的影響，這是顯明之事，不必說明。

實際上，任何國家（只要它有健全的航空政策）與外國談判民航協定時，不能不就上述技術因素，詳細衡量。

下面說明上述「五個自由」概念，在國際民航史上，怎樣演變，在實證法上，現狀如何。

第二 實證法上的「五個自由」

九

第一自由（巴黎條約、馬特里條約、哈瓦那條約、國際民航條約、國際航空過境條約、國際航空運輸條約）。

一九一九年巴黎國際航空條約第一條承認：國家對其領域上空，有完全且獨享的主權（註二九）。第二條規定締約國得互換第一自由：締約國平時在其領域上空，對他締約國飛機之肯遵守本條約規定者，得予以無害航行之自由（*innocent passage, passage inoffensif*）。該條約第十五條又規定：締約國飛機有飛越他締約國而不必降落之權（註三〇）。有了巴黎條約第二條之

一一一

規定，此後國際航空上的多邊條約多採用之，如一九二六年馬特里條約（*Convention ibéro-américaine de navigation aérienne*）第二條，一九二八年哈瓦那條約（*Convention panaméricaine relative à l'aviation commerciale*）第四條是。雙邊條約採用同一原則者，也不少，如一九二一年英國瑞典條約第一條、一九一九年法國瑞士條約第十一條、一九二〇年德國瑞士條約第十一條、一九二七年德國西班牙條約第一條、一九二一年丹麥挪威條約第十一條、一九二三年瑞典挪威條約第十一條、一九二七年德意條約第一條、一九二六年德法條約第一條、一九二六年法西條約第一條、一九二九年荷奧條約第一條、一九三一年美意條約第一條等是（註三一）。這些條約，除了最後兩個以外，均以「無害航行」（*innocent passage, passage innocent ou inoffensif*）一語來表示第一自由。這個名詞，顯然是從海上法借來的。如一九四四年國際法學會（*Institut de droit international*）關於領海的決議中，便以此語表示：「一國船舶若不妨害別國，得通過該國領海之內（註三二）。最初將這用語用於航空法之上者，似為法律家會議（*Congrès des juristes*）在Francfort 開年會時的德國代表。當討論起草一部國際航空法典之時，他主張任何國家在平時應承認外國飛機在其領空有作「無害

航行」的權利(註三三)。第一次大戰結束，巴黎和會航空委員會起草航空條約之時，繼續使用這種用語(註三四)，遂為巴黎航空條約第二條所採用，到了今日，則普遍沿用。

一九四四年國際民航條約 (Convention on International Civil Aviation) 可以視為今日國際航空的憲章。其第五條規定：締約國飛機若非從事定期航空，得飛越他國而不必着陸。一九四四年國際航空過境條約 (International Air Transit Agreement) 第一條和國際航空運輸條約 (International Air Transport Agreement) (註三五) 第一條，對於飛機之從事定期航空者，均承認共有這個權利。但須注意的：一九四四年上述各種條約，已不使用「無害航行」之辭。為什麼呢？用海上法的「無害航行權」，來表示航空法上「第一自由」，並不妥當，而且容易引起概念的混淆。因為這兩個概念，內容未必相同：領海的無害航行權，基於國際習慣法，在原則上(註三六)，任何船舶在任何國家領海之內，均得享受；第一自由(即領空通過權)却不基於國際慣例，而基於國際條約，且以「互惠」(reciprocity)為原則，故其效力限於締約國之間(inter partes)。第一自由，就飛機所屬國說，並非自然的權利(right)，而係條約上的「特權」(privilege)；就領空國說，並非天賦的「義務」(obligation)，而係條約上的「互惠」(mutual concession)。

或係一種國際地役(international servitude)。這種看法，巴黎條約已用明文確認之。該條約第五條規定：非締約國飛機，除訂有特別協定外，不得飛越締約國上空。為什麼在領海有「無害航行權」，而在空中乃沒有呢？其重要原因在於地球之「引力」。一在領土之「外」而處於同一平面上；一在領土之「上」而處於同一立體之中。空間受了地心引力之作用，任何飛行體均有隨時墜落之可能。故由地面國觀之，所謂「無害航行」事實上並無其事。自從飛機發明之後，引起了「空間法律性質」的論爭，其主張絕對領空權者，均以地心引力為根據，而強調領空與領海不能相提並論(註三七)。故除上述一九四四年的各種航空條約之外，尚有些條約不用「無害航行權」一語，以免誤會(註三八)。

第一自由在適用上，受有限制。這種限制，或關於適用空間，或關於適用時間，或關於適用主體，或關於適用技術，或關於適用方法。茲試分述於次。

第一，第一自由在適用空間上受有限制。上面說過，第一自由乃條約上特權，故其效力限於締約國之間。任何國家，非依條約，不得行使這一特權。而在締約國之內，還有一空間限

論航空法上所謂「五個自由」

制，「禁航區」的存在即是。地面國得因軍事理由或為公安起見，禁止他國飛機飛越其領域的一定區域（巴黎條約第三條前項、馬特里條約第三條、哈瓦那條約第五條、國際民航條約第九條、國際航空過境條約第一條、國際航空運輸條約第一條）。地面國此項權利，是基於領空權而享有的。今日國家實際上均以國內法行使這一權利（註三九）。

第二，第一自由在適用時間上，受有限制。其適用限於平時。（巴黎條約第三十八條、馬特里條約第三十八條、哈瓦那條約第二十九條、國際民航條約第八十九條）。縱在平時，締約國若發生重大事變，尚得停止第一自由（巴黎條約修改後第三條、國際民航條約第八十九條、國際航空過境條約第一條、國際航空運輸條約第一條）。此外，締約國又得依法廢止條約而停止第一自由（巴黎條約第四十三條、馬特里條約第四十二條、哈瓦那條約第三十七條、國際民航條約第九十五條、國際航空過境條約第三條、國際航空運輸條約第五條）。

第三，第一自由，在適用主體上，受有限制。它僅適用於民航機，不適用於公用機，包括軍用機在內（巴黎條約第三十二條、馬特里條約第三十二條、哈瓦那條約第二條、國際民航條約第三條、國際航空過境條約第一條、國際航空運輸條約第一條）。也不適用於無人駕駛機（巴黎條約第十五條、國際民航條約第八條）。且依國際民航條約規定，第一自由又僅適用於締約國飛機之非從事於定期航空者（第五條），但國際航空過境條約和國際航空運輸條約却准其適用於締約國

一四

飛機之從事於定期航空者（各第一條）。飛機須具有締約國國籍（巴黎條約第五條、馬特里條約第五條、哈瓦那條約第七條、國際民航條約第三條）。飛機應取得其註冊國國籍（巴黎條約第六條、馬特里條約第六條、哈瓦那條約第七條、國際民航條約第十七條）。飛機又得變更其國籍（國際民航條約第十八條），但不得有双重國籍（巴黎條約第八條、馬特里條約第九條、哈瓦那條約第七條、國際民航條約第十八條）。飛機之註冊，或依條約（巴黎條約第七條、馬特里條約第七條），或依締約國內法（哈瓦那條約第八條、巴黎條約修改後第七條、國際民航條約第十九條）決定之。又者，依國際航空過境條約和國際航空運輸條約，飛機所屬公司，實質上須由締約國國民管制之（各第二條）。

第四，第一自由在適用技術上，受有限制。飛機須具有適航證書（巴黎條約第十一條、馬特里條約第十一條、哈瓦那條約第十二條、國際民航條約第二十九條）和註冊證書（哈瓦那條約第十條、國際民航條約第二十九條）。飛航人員須具有勝任證書（巴黎條約第十二條、馬特里條約第十二條、哈瓦那條約第十三條、國際民航條約第三十二條）。飛機須具備無電使用特許狀（special licence for wireless, licence spéciale d'appareils de télégraphie sans fil）（巴黎條約第十四條、馬特里條約第十四條、哈瓦那條約第十條、國際民航條約第三十條）。上述各種證書，由飛機註冊國發給（巴黎條約第十一條至第十三條、馬特里條約第十二條

至第十三條、哈瓦那條約第十二條第十三條、國際民航條約第三十一條第三十二條。飛機外面須附有國籍標識（巴黎條約第十條、馬特里條約第十條、哈瓦那條約第九條、國際民航條約第二十條）。

第五，第一自由在適用方法上，受有限制。這種限制，由有關國家方面言之，便是負有義務。

社會科學叢論

先就飛機所屬國家所負義務言之，締約國須遵守地面國一切有關航空的規則（巴黎條約第二條第二十五條、馬特里條約第二條第二十五條、哈瓦那條約第四條、國際民航條約第十二條第十二條）。地面國在必要時，尚得指定路線（國際民航條約第五條、國際航空過境條約第一條第四項、國際航空運輸條約第一條第五項）。飛機受地面國命令降落時，須遵令着陸（巴黎條約第十五條、馬特里條約第十五條、哈瓦那條約第十八條、國際民航條約第五條）。飛機誤入禁航區域，一經自覺，或受地面國命令時，當即降落於禁航區以外該國飛行場最近之一處（巴黎條約第四條、馬特里條約第四條、哈瓦那條約第六條、國際民航條約第九條）。國際飛行之核准運載軍火或軍械（巴黎條約第二十六條、馬特里條約第二十六條、哈瓦那條約第十五條、國際民航條約第三十五條）。飛機航行中，須採取措施以防病菌的散播，並遵守地面國衛生法規（國際民航條約第十四條）。

次就地面國所負義務言之，地面國對外國飛機不得有所歧視，其所領布的航空法規，不分國籍，一律適用（巴黎條約第二條

論航空法上所謂「五個自由」

、馬特里條約第二條、哈瓦那條約第四條）；設立禁航區之時，不得故意妨害國際航空（國際民航條約第九條），而須把禁航區地位通知他國（巴黎條約第三條、馬特里條約第三條、哈瓦那條約第五條、國際民航條約第九條）。

（註二九）「國家對其領域上空有完全且獨享的主權」（Every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory），這個用語，在今日國際法說明國家有領空之時，已經成爲「套之公式」了。一九一九年以前學者用之，一九一九年巴黎條約用之，一九二六年馬特里條約用之，一九二八年哈瓦那條約用之，一九四四年國際民航條約用之，今日學者仍用之。既說「主權」（sovereignty），又來個「完全且獨享」（complete and exclusive），其在法律修辭上，有無重複（redundant）之弊，現在姑且不論。

（註三〇）巴黎條約第二條和第十五條，實指同一權利而言，參看：

W. Wagner, *Les libertés de l'air*, 1918 P. 53.

（註三一）W. Wagner, *op. cit.* P. 191.

（註三二）Joseph Kroell, *Traité de droit international public aerien*, 1934, tome I, P. 191.

關於海上法上「無害航行權」的概念，參看：

Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer*, 1934, tome

III.

（註三三）Joseph Kroell, *op. cit.* P. 192.

（註三四）Albert Roper, *La convention internationale de navigation aeriennne d'octobre 1919*, 1930, P. 284.

（註三五）這兩種條約的參加國限於一九四四年國際民航條約之參加國。參照