

“南海仲裁案”后续法律应对的关键问题研究

管建强^{*}

内容提要 南海仲裁庭先后作出的“管辖权裁决”和“最终裁决”均反映出仲裁庭滥用职权,肆意扩大自身管辖范围。仲裁庭的裁决严重违背《联合国海洋法公约》有关强制仲裁的前置程序和排除性例外的规定,并歪曲解释该公约的受案范围。如此严重背离《联合国海洋法公约》程序性规则的裁决当属无效。为捍卫国际法治秩序和《联合国海洋法公约》框架下争端解决机制的公正性和权威性,为维护南海地区的和平与稳定和中国南海海域的合法权益,中国应继续以法理为基础,谴责仲裁庭违反程序行为,并通过外交活动推动《联合国海洋法公约》缔约国公开支持中国立场;同时,结合有区别的原则,遏制菲律宾破坏国际法治的行为。

关键词 南海仲裁案 强制仲裁 管辖权 领土争端

引言

自2013年1月22日菲律宾单方面就中菲有关南海问题提起仲裁后,仲裁庭不顾中国反对立场,曾作出关于管辖权和可受理性问题裁决(以下简称“管辖权裁决”),并最终于2016年7月12日公布了支持菲律宾所有核心诉求的“最终裁决”。所谓“最终裁决”罔顾《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)设置的启动争端强制解决程序的争端方必须履行的前置性义务和仲裁庭受案范围的限制。对此,中国外交部部长郑重声明,该裁决是无效的,没有拘束力,中国不接受、不承认。^①中国外交部长王毅指出:这一仲裁从程序和法律适用、事实认定以及证据采集等多方面都充满了谬误,仲裁的提起不合法、仲裁庭的成立不合法和仲裁的结果不合法。^②在中国官方表达严正反对立场的同

^{*} 华东政法大学教授,博士生导师。本文为国家社科基金重大项目“构建中国特色军事法治体系的核心问题研究”(项目批准号:14ZDC035)的阶段性成果。

① 《中华人民共和国外交部关于应菲律宾共和国请求建立的南海仲裁案仲裁庭所作裁决的声明》,载中国外交部网:http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/t1379490.shtml,最后访问时间:2016年8月18日。

② 《王毅:仲裁庭背后的政治操作必将大白于天下》,载中国外交部网:<http://www.mfa.gov.cn/nanhai/chn/wjbxw/t1384715.htm>,最后访问时间:2016年8月18日。

时,中国学术机构和海内外学者也相继发表了很多有深厚学术价值的学术论文。^③

马克思曾经指出“审判程序和法律应该具有同样的精神,因为审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现。”^④这段话表明实体的正义性须通过正义的程序来实现,强调法律程序的重要价值。这也说明仲裁庭滥用管辖权的不法行为是扰乱国际海洋法治秩序的问题关键。为此,锁定仲裁庭在《公约》程序性规定中突出的违法现象,以实证方式深入辨析是捍卫公平正义的开始。

一、仲裁庭违反《公约》第十五部分第一节的前置义务

《公约》第十五部分,即争端解决的程序性规定,分为三节。《公约》框架下争端强制解决程序的适用需要满足第十五部分第一节所规定的前置义务和第三节第297条的限制,并且管辖范围受到第三节第298条任择性例外的排除。虽然《公约》第十五部分第二节设置了强制仲裁程序,但《公约》更鼓励争端当事国间通过谈判或其他自行选择的和平方法解决争端;尽管在这种机制下,只要满足“导致有拘束力裁判的强制程序”的条件,就意味着承认强制仲裁机制的适用,但是这一强制解决争端程序的适用有着严格的要求。

仲裁庭行使管辖权必须符合《公约》第十五部分第一节中第281条的前置义务。该条第1款规定,“作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国,如已协议用自行选择的和平方法来谋求解决争端,则只有在诉诸这种方法而仍未得到解决以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情形下,才适用本部分所规定的程序。”

该条款包含三项要件:第一,其涉及的争端应与《公约》解释或适用相关;第二,作为争端的缔约国已协议用自行选择的和平方法来谋求解决该争端,即意味着排除强制仲裁机制的适用;第三,《公约》第十五部分的程序(尤其是第二节的强制仲裁程序)只有在满足下面两项条件后方可适用,即:在诉诸自行选择方法后争端仍未得到解决,且争端各方间的协议“并不排除其他程序”。第281条第1款第二项要件的法律后果表现于第三项要件中,即第二节强制程序的适用须在满足以下两个条件的基础上,如果申诉国的申请未满足该条款的要求,《公约》第十五部分第二节的强制仲裁程序根本无法启动:

③ 中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组先后发表了6个研究报告:(1)2016年5月30日《关于中菲“南海仲裁案”中岛礁法律地位仲裁事项的初步研究报告》;(2)2016年6月1日《与南海仲裁案之历史性权利问题有关的事实认定和法律适用报告》;(3)2016年6月1日《与南海仲裁案之历史性权利问题有关的事实认定和法律适用报告》5万余字,并有英文版;(4)2016年6月3日《关于中菲“南海仲裁案”海洋管辖权争议仲裁事项的研究报告》;(5)2016年6月7日《“南海仲裁案”中菲方和仲裁庭说理论证部分相关问题的初步研究报告》;(6)2016年7月8日《中菲“南海仲裁案”证据研究报告》。中国国际法学会主办的《中国国际法年刊(2015年)》,刊载了3篇相关文章;中国国际法学会主办的《中国国际法年刊》由法律出版社出版《南海仲裁案管辖权问题专刊》,登载了15篇论文;学术界其他专家发表的相关论文数量更是规模庞大。

④ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第178页。

第一个条件,即诉诸所选择的方法后仍未得到解决;第二个条件,即相关协议不排除“任何其他程序”。此种“其他程序”在澳大利亚、新西兰诉日本关于南方蓝鳍金枪鱼案的管辖权与可受理性裁决中指出,“任何其他程序”必须限定于《公约》第十五部分之内,尤其是其第二节下的程序。^⑤换言之,争端各方间的协议只要存在排除“任何其他程序”的情形,仲裁庭就不能启动《公约》第十五部分第二节的强制仲裁程序。

另外,仲裁庭行使管辖权不得抵触《公约》第十五部分第一节规定的另一项前置义务,即平行协议争端解决机制的优先性。首先,《公约》明确支持争端各方选择任何和平方法解决争端具有优先性。第280条规定“本公约的任何规定均不损害任何缔约国于任何时候协议用自行选择的任何和平方法解决它们之间有关本公约的解释或适用的争端的权利。”可见,此优先性牢固地立足于第280条的规定。

其次,《公约》第十五部分第二节强制仲裁程序的排除,取决于第281条第1款意义上的平行协议之存在。此类协议如果存在将优先于第二节程序。^⑥只要争端方做出了排除适用仲裁程序的声明,就不能适用强制仲裁程序。且如果争端方选择了仲裁程序以外的争端解决方式,在所选解决方式没有用尽的情况下,同样不得启动强制仲裁程序。^⑦

同样,强制仲裁程序的适用还受到《公约》第282条前置义务的限制。该条规定,“争端各方如果已经通过一般性、区域性或双边协定或以其他方式协议,经争端任何一方请示,应将这种争端提交导致有拘束力裁判的程序,该程序应代替本部分规定的程序而适用,除非争端各方另有协议。”该条款指明,争端各方达成的多边性的争端解决协议,若含有导致有拘束力裁判的程序,则该程序优先于《公约》规定的程序。但是,该条款为争端当事国提供了例外的选择,即只要争端各方另有(相反)协议,就可以排除强制仲裁程序的适用。此种安排的意图在于使争端方可以完全掌控争端的解决方式。

(一) 仲裁庭选择性失察

菲律宾于2013年1月22日单方面就中菲有关南海问题提起仲裁。2014年12月7日,中国政府发布《关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》(以下简称《中国立场文件》),详细阐述中国不接受、不参与的严正立场,并明确指出仲裁庭对该案明显没有管辖权。^⑧

^⑤ See Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2000, 119 International Law Reports 508, para. 56. 转引自贾兵兵《第281条〈联合国海洋法公约〉中的“超级”条款?》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第32-35页。

^⑥ 前引⑤,贾兵兵文,第49页。

^⑦ 潘俊武《论〈联合国海洋法公约〉中强制仲裁管辖的先决条件》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第57页。

^⑧ 《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,载中国外交部网: http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/zcwj_674915/t1217143.shtml, 最后访问时间:2016年8月1日。

2015年10月29日,仲裁庭作出“管辖权裁决”,裁定对菲律宾部分诉求拥有管辖权,并将其余诉求的管辖权问题保留至案件实体阶段一并审理。“最终裁决”声称“仲裁庭审议了《东南亚友好合作条约》、《生物多样性公约》以及菲律宾和中国发表的一系列通过协商解决争端的联合声明,并得出结论,认为这些文件中没有任何一个构成禁止菲律宾将其诉求提起仲裁的协议。”^⑨

“最终裁决”中仅明示列举《东南亚友好合作条约》和《生物多样性公约》,而对于中菲两国发表的一系列通过协商解决争端的联合声明,则轻描淡写地一笔带过,且没有说明理由。

《中国立场文件》在第三部分不仅列举了许多限制菲律宾单方面提起争端强制解决程序的有拘束力协议,而且还分别阐述了拘束力的理由。《中国立场文件》中列举的有:

(1) 1995年8月10日《中华人民共和国和菲律宾共和国关于南海问题和其他领域合作的磋商联合声明》指出,双方“同意遵守”下列原则:“有关争议应通过平等和相互尊重基础上的磋商和平友好地加以解决”;“双方承诺循序渐进地进行合作,最终谈判解决双方争议”;“争议应由直接有关国家解决,不影响南海的航行自由”。

(2) 1999年3月23日《中菲建立信任措施工作小组会议联合公报》指出,双方承诺“遵守继续通过友好磋商寻求解决分歧方法的谅解”(联合公报第5段)。“双方认为,中菲之间的磋商渠道是畅通的。他们同意通过协商和平解决争议”(联合公报第12段)。

(3) 2000年5月16日《中华人民共和国政府和菲律宾共和国政府关于21世纪双边合作框架的联合声明》第九点规定:“双方致力于维护南海的和平与稳定,同意根据公认的国际法原则,包括1982年《联合国海洋法公约》,通过双边友好协商和谈判促进争议的和平解决。双方重申遵守1995年中菲两国关于南海问题的联合声明”。

(4) 2001年4月4日《中国-菲律宾第三次建立信任措施专家组会议联合新闻声明》第四点指出:“双方认识到两国就探讨南海合作方式所建立的双边磋商机制是富有成效的,双方所达成的一系列谅解与共识对维护中菲关系的健康发展和南海地区的和平与稳定发挥了建设性作用。”

比较《公约》第281条的前置义务,不难看出,上述中菲双边协定所约定的“最终谈判解决双方争议”、“同意通过协商和平解决争议”、“通过双边友好协商和谈判促进争议的和平解决”等承诺,其措辞已经满足《公约》第281条第1款规定的排除“任何其他程序”的情形,《公约》第十五部分第二节强制仲裁程序则自动被排除。此外,中菲双方已经选择了仲裁程序以外的争端解决方式,优先于《公约》规定的程序,在所选解决方式尚未启动或没有用尽的情况下,不得启动强制仲裁程序。相反,“最终裁决”对《中国立

^⑨ See PCA, *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award, July 12, 2016, para. 159.

场文件》中列举的所有限制菲律宾提起强制仲裁程序的中菲双边协议名称,只字未提。其选择性失察,明显不符合仲裁规则之惯例。

(二) 仲裁庭歪曲《公约》第 281 条、第 282 条的前置义务

1. 《南海各方行为宣言》排除强制仲裁程序的研究

“最终裁决”声称“仲裁庭认为该《宣言》为不具有法律拘束力的政治性协议,该协议并未提供有拘束力的争端解决机制,并未排除其他争端解决方法,因此并不限制仲裁庭在第 281 和 282 条下的管辖权。”^⑩

这样的判断与事实不符。《维也纳条约法公约》第 2 条就条约概念明确定义为“条约系国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何。”凡符合这个定义的,实质上都是条约,但不一定用“条约”这个名称。国际法学家李浩培在其专著《条约法概论》中指出:“条约是至少两个国际法主体意在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致。”^⑪依国际法而言,国际间文献中只要有具体的在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的一致意思表示就可以称之为条约。《宣言》中既有政治性的倡议,又有具体可约束缔约国权利义务的规定,因此,片面地认定其为政治性协议是十分错误的。

《宣言》核心条款第四项规定“有关各方承诺根据公认的国际法原则,包括 1982 年《联合国海洋法公约》,由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判,以和平方式解决它们的领土和管辖权争议,而不诉诸武力或以武力相威胁。”^⑫

有必要分析《宣言》第四项英文文本的句子结构。^⑬主句为“有关各方承诺以和平方式解决它们的领土和管辖权争议”,紧跟其后的介词短语有三句,依次分别是(1)“不诉诸武力或以武力相威胁”、(2)“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判”、(3)“根据公认的国际法原则,包括 1982 年《海洋法公约》”。虽然以和平方式解决争端的概念在国际法上不仅包括磋商、谈判,也包括法律方式解决争端,但是这里“以和平方式解决它们的领土和管辖权争议”已经被紧跟其后的三个介词短语所限定。换言之,所谓“和平的方式”就是“不能诉诸武力或以武力相威胁”,只能“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判(措辞上排除了法律方式解决争端)”、只能依据“公认的国际法原

^⑩ 前引⑨。

^⑪ 李浩培《条约法概论》,法律出版社 1988 年版,第 18 页。

^⑫ 《南海各方行为宣言》,载中国外交部网: http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/t4553.shtml, 最后访问时间: 2016 年 8 月 1 日。

^⑬ Art. 4 of Declaration On The Conduct Of Parties In The South China Sea “The Parties concerned undertake to resolve their territorial and jurisdictional disputes by peaceful means, without resorting to the threat or use of force, through friendly consultations and negotiations by sovereign states directly concerned, in accordance with universally recognized principles of international law, including the 1982 UN Convention on the Law of the Sea”, at [http://asean.org/?static_post=declaration on the conduct of parties in the south china sea 2](http://asean.org/?static_post=declaration+on+the+conduct+of+parties+in+the+south+china+sea+2) (Last visited on August 4, 2016).

则,包括1982年《海洋法公约》”解决它们的领土和管辖权争议。可见,《宣言》不仅符合《公约》第281条和第282条中“协议”之适用,而且也因为有“通过友好磋商和谈判”的“排除任何其他程序”的措辞,因此在未启动或没有用尽此方法解决争端的前提条件下,就必然限制仲裁庭启动《公约》第十五部分第二节的强制仲裁程序。至少中菲协议用自行选择谋求争端解决方法将优先于《公约》第二节程序。

仲裁庭还认定“《宣言》并未提供有拘束力的争端解决机制”,其理由十分片面。在《公约》第282条言及“提供有拘束力的争端解决机制”,即,“作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约国如已通过一般性、区域性或双边协定或以其他方式协议,经争端任何一方请示,应将这种争端提交导致有拘束力裁判的程序,该程序应代替本部分规定的程序而适用,除非争端各方另有协议。”由是观之,即使该条款鼓励缔约国创立一般性、区域性的,经争端任何一方请示,有义务将这种争端提交导致有拘束力裁判的程序,但是,该条款依然有例外,即“除非争端各方另有协议”。可见,《公约》并未强制性要求缔约国之间自行建立、提供有拘束力的争端解决机制。“最终裁决”的片面解释于法无据。

2.《东南亚友好合作条约》排除强制仲裁程序的研究

仲裁庭审理了所谓涉案的《生物多样性公约》。事实上,中国政府公开发表的一系列反对适用争端强制解决程序的文件中,从未提及《生物多样性公约》。其实《生物多样性公约》的内容涉及强制争端的解决机制,然而由于菲律宾在2015年7月庭审中声称,菲律宾的诉求涉及《公约》海洋环境部分的条款,无意单独就《生物多样性公约》提出对中国的相应指控。^⑭最终仲裁庭用条约的“上下文解释”,认为即使《生物多样性公约》有争端解决条款,也不会使仲裁庭对菲方涉及黄岩岛、仁爱礁、美济礁环保问题的诉求因281条而排除管辖权。^⑮

《生物多样性公约》的第27条规定了争端解决机制。这套机制具有独立性,提供完整的程序以供解决有关《生物多样性公约》解释或适用的争端。其中既明确规定缔约国应在争端发生时,有义务通过谈判方式寻求解决,也设置了自愿争端强制性管辖的程序,同时还规定未接受强制解决办法的缔约国的调解程序办法。该公约满足《公约》第281条第1款意义上的平行协议,由于中菲选择了该争端解决方式,意味着该公约不仅排除了《公约》强制仲裁程序的适用,而且该争端解决办法将优先于《公约》第十五部分第二节程序。

仲裁庭的《生物多样性公约》审查,从实体看,是菲律宾主张中国破坏海洋环境;从

^⑭ PCA, The South China Sea Arbitration, (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Sixth Press Release, July 13, 2015, at <https://pcacases.com/web/sendAttach/1305> (Last visited on August 30, 2016).

^⑮ See PCA, The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Award on Jurisdiction and Admissibility, October 29, 2015, paras. 212-229. 转引自刘丹《中菲南海仲裁案核心程序法问题评析》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊(2015年)》,法律出版社2016年版,第36页。

程序看,却是因为该公约自身有争端解决机制的条款,会启动《公约》第281条和第282条中“协议”之适用,进而使得仲裁庭管辖权消灭。仲裁庭以《生物多样性公约》说事,犹如“此地无银”破绽毕现。仲裁庭回避审议中国政府列举的限制菲律宾启动强制仲裁程序的协议,如此行径有违常理,难免令人生疑。

同样,“最终裁决”以《东南亚友好合作条约》为例,强调中菲间没有任何一个构成禁止菲律宾将其诉求提起仲裁的协议。即使这样的判断也是弥天大谎。《东南亚友好合作条约》第四章规定了和平解决争端机制。其中第13条规定“缔约各方决心真诚地防止争端发生。一旦出现直接卷入的争端,他们将避免使用武力或以武力相威胁,任何时候都将通过他们之间友好谈判解决此类争端。”第15条规定“在通过直接谈判无法达成解决的情况下,高级理事会将负责处理争端或局势。它将建议有关争端各方通过斡旋、调停、调查或调解等适当的方式解决争端。高级理事会将参与斡旋,或根据有关争端各方达成的协议,参加调解、调查或调停理事会工作。在必要的时候,高级理事会将提出防止争端或局势恶化的适当措施。”可见,以上条款已经将直接谈判列为优先的解决争端的方式,其次是第三方的斡旋、调停等方式。

同时该条约第17条也规定“本条约并不排除求助于《联合国宪章》第33条第1款中所载的和平解决方式。鼓励与争端有关的缔约各方在采取《联合国宪章》中规定的其他方式之前应首先主动通过和平谈判方式解决争端。”^{①⑥}尽管《联合国宪章》所提及的和平解决争端的方式包括谈判解决方式和法律解决方式两种,但是,此条款依然强调和平谈判方式解决争端是优先的方式。换言之,在《东南亚友好合作条约》的争端解决机制框架下,缔约国承诺了未启动和平谈判方式,或者未用尽和平谈判方式之前绝不行使其其他方式(包括法律方式)解决争端。显而易见,根据《公约》第281条和第282条的规定,争端各方选择了仲裁程序以外的争端解决方式,在所选解决方式没有用尽的情况下,不得启动强制仲裁管辖权。

“最终裁决”认定中菲之间发表的一系列通过协商解决争端的联合声明、国际性文件中没有任何一个构成禁止菲律宾提起仲裁的协议。仲裁庭武断的结论不仅未给出任何理由,而且在评议对象上,选择性失察、避实就虚,明显刻意回避判断《中国立场文件》中阐述的一系列限制菲律宾提起强制仲裁的协议。如此审理行径极其荒谬。

(三) 仲裁庭歪曲《公约》第283条规定的交换意见的义务

仲裁庭行使管辖权必须符合《公约》第283条规定的交换意见的义务。该条规定:“1. 如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端,争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。2. 如果解决这种争端的程序已经终止,而争端仍未得到解决,或如已达成解决办法,而情况要求就解决办法的实施方式进行协商时,争端

^{①⑥} 《联合国宪章》第33条第1款“任何争端之当事国,于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时,应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用、或各该国自行选择之其他和平方法,求得解决”,载联合国网: <http://www.un.org/zh/sections/un-charter/chapter-vi/index.html>, 最后访问时间:2016年9月13日。

各方也应迅速着手交换意见。”该条体现了尊重当事方意愿的立法精神,以确保当事方有足够机会选择争端解决方式。依据《公约》第283条和国际实践,交换意见应是针对《公约》解释或适用的事项,只能发生在争端产生以后,并需要达到特定的标准。^{①7}

2015年10月29日,仲裁庭作出的“管辖权裁决”所援引的中菲1995年和1998年两轮磋商,以及中菲2012年4月关于黄岩岛问题的往来照会等,认定菲律宾已就有关事项履行了交换意见的义务。同时,仲裁庭不得不承认,上述两轮磋商讨论的是“有关南沙群岛主权和在美济礁的某些活动”,^{①8}但是仲裁庭最终回避了中菲交换意见的事项性质。中国国际法学会于2016年6月10日公开发表的《菲律宾所提南海仲裁案仲裁庭的裁决没有法律效力》立场文件中对此明确指出,中菲之间围绕南海问题所进行的意见交换,是针对黄岩岛、美济礁等南海岛礁主权事项,以及对争议地区出现的突发事件进行管控的事项,而非有关《公约》解释或适用的争端。有关交换意见应是针对争端的解决方式进行了有意义的、实质的交换意见,正如拉奥法官2003年在国际海洋法法庭马来西亚—新加坡围海造地案有关临时措施的命令中指出,“交换意见的要求并非一个空洞的形式”(个别意见第11段)。在南方蓝鳍金枪鱼仲裁案中,仲裁庭在确认双方已经进行了“长时间、激烈和严肃的谈判”之后,认定当事方履行了交换意见的义务(裁决第55段)。^{①9}

本案“管辖权裁决”刻意降低了履行交换意见义务的标准。在“查戈斯海洋保护区案”(Chagos Marine Protected)裁决中,仲裁庭认为《公约》第283条旨在“确保一国不会因被突然卷入强制程序而感到意外”,该条“要求有关争端的存在足够清晰,从而使当事双方意识到它们之间的分歧的事项”。^{②0}仲裁庭仅凭菲律宾于2012年4月26日致中国的照会,以及中国在三天后的复照,就认定菲律宾就黄岩岛相关事项履行了交换意见的义务。^{②1}姑且不论上述中菲来往照会所涉事项的核心是黄岩岛的领土主权问题,而非有关《公约》解释或适用的争端。仲裁庭这种关于交换意见的义务的认定标准使得《公约》第283条的规定形同虚设。^{②2}

针对中方的驳斥,仲裁庭在“最终裁决”中进行调整和狡辩,声称“在菲律宾提起仲裁之前,当事方已经根据《海洋法公约》第283条的要求就其争端的解决交换了意见。仲裁庭认为菲律宾和中国的外交交流记录已经满足了这一要求,在这些记录中菲律宾表示了对包括其他南海周边国家的多边谈判的明确偏好,而中国坚持其只考虑进行双

^{①7} 中国国际法学会:《菲律宾所提南海仲裁案仲裁庭的裁决没有法律效力》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第23页。

^{①8} PCA, *supra* note ①5, para. 336.

^{①9} 前引①7,中国国际法学会文,第25页。

^{②0} PCA, Chagos Marine Protected Area Arbitration (*Mauritius v. United Kingdom*), award, March 18, 2015, para. 382.

^{②1} See PCA, *supra* note ①5, paras. 340-342.

^{②2} 前引①7,中国国际法学会文,第25页。

边谈判。”^{②③}不难看出,原来“管辖权裁决”中“认定菲律宾已就有关事项履行了交换意见的义务”的说辞,在“最终裁决”中被解释为“在这些记录中菲律宾表示了对包括其他南海周边国家的多边谈判的明确偏好,而中国坚持其只考虑进行双边谈判。”仲裁庭以此证明所谓的用尽了交换意见的义务。

中菲之间从未就《公约》管辖范围下的争议解释和适用问题交换过意见,根据《公约》第十五部分的规定,就不应产生强制管辖权的问题。事实上,中菲两国以直接的谈判方式解决有关争端、交换意见是中菲两国通过双边文件和《宣言》所达成的协议。仅以《宣言》第四项的规定,就可归纳出中菲之间的领土主权和海域管辖权争端应由两国直接对话。但菲律宾始终拒绝中菲双边谈判,主张将中菲双边具体的争端必须捎带上一大帮邻国一起磋商、谈判。仲裁庭也对这一主张进行公开的支持,则充分说明他们对《宣言》第四项缺乏必要的法律认知。

《宣言》第四项规定“有关各方承诺根据公认的国际法原则,包括1982年《海洋法公约》,由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判,以和平方式解决它们的领土和管辖权争议,而不诉诸武力或以武力相威胁。”^{②④}该款项中的“由直接有关的主权国家通过友好磋商和谈判”是具体的权利义务规定,所谓“直接磋商谈判”当然指具体的争端国之间的磋商谈判。因为迄今为止就具体的南海诸岛屿主权、海域管辖权争端都是双边的。由此可见,由直接有关主权国家的磋商谈判不仅是指双边谈判,也是所有《宣言》成员国约定的具体的权利义务,同样也包括菲律宾在内的意愿和承诺。可是仲裁庭依然无视这一事实,在“管辖权裁决”中对菲律宾的多边谈判的明确偏好予以肯定,而抨击中国坚持的双边谈判。这种做法严重损害《公约》争端解决机制的公信力。

二、关于《公约》第十五部分第三节管辖范围的研究

根据《公约》附件七组成的仲裁庭确定管辖权的依据是《公约》第288条,即仲裁庭对有关《公约》解释和适用问题的任何争议具有管辖权。如果缔约国对仲裁庭是否具有管辖权存在争议,则由仲裁庭以裁定的方式确定自身的管辖权。同时,《公约》第286条规定“在第三节限制下,有关本公约的解释或适用的任何争端,如已诉诸第一节而仍未得到解决,经争端任何一方请求,应提交根据本节具有管辖权的法院或法庭。”换言之,仲裁庭不仅要考察争端诉诸第十五部分第一节程序后是否仍未得到解决的问题,这涉及《公约》第281条、第282条和第283条的前置义务的适用;同时,仲裁庭还要考察争端是否属于第十五部分第三节《公约》中对涉及特定事项的争端免于被提交强制程序和例外性适用,这涉及《公约》第297条(适用第二节的限制)和第298条(适用第二节的

^{②③} PCA, *supra* note ⑨, para. 160.

^{②④} 《南海各方行为宣言》,载中国外交部网: http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/t4553.shtml, 最后访问时间:2016年8月1日。

任择性例外)的适用范围的排除。

(一) 历史性权利和《公约》第298条1(a)(i)项下的排除

根据第298条,如果涉及以下几类争端:关于划定海洋边界第15条、第74条或第83条在解释或适用上的争端(第1款(a)项),涉及历史性海湾或所有权的争端(第1款(a)项),关于军事活动或执法活动的争端(第1款(b)项),以及安理会执行《联合国宪章》所赋予职务的争端(第1款(c)项),缔约国有权声明该条款限定的各类争端,不接受《公约》第十五部分第二节规定的仲裁等强制程序。这一任择性例外条款,对于其他缔约国而言具有法律效力,其他缔约国家对于已经做出排除声明的缔约国不得提起仲裁强制程序。2006年8月25日,中国根据《公约》第298条的规定向联合国秘书长提交声明。该声明称“关于《海洋法公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的任何争端,中华人民共和国政府不接受《海洋法公约》第十五部分第二节规定的任何程序。”也就是说,对于涉及海域划界、历史性海湾或所有权、军事和执法活动以及安理会执行《联合国宪章》所赋予的职务等争端,中国政府不接受《海洋法公约》第十五部分第二节下的任何强制争端解决程序,包括强制仲裁。^⑤

中国政府一直认为海洋划界是一个完整而系统的过程,而划界所要考虑的历史性权利、岛礁法律地位等问题,都应该属于根据第298条被排除管辖的事项。更何况,中国在南海所主张的断续线具有划界的剩余功能,^⑥是进行“完整而系统”的划界工程的必不可少的组成部分。

菲律宾也十分清楚,根据《公约》第287条和附件七组成的仲裁庭对于领土争端没有管辖权。菲律宾为了绕过这一法律障碍,制造提起仲裁的依据,蓄意对自己提请仲裁的实质诉求进行精心的包装。菲律宾主张《公约》第298条1(a)(i)项所能排除的“历史性海湾或所有权”(historic bays or titles)限定于主权性质的海洋权利,^⑦而中国在南海主张的历史性权利并非主权性质的海洋权利。^⑧

^⑤ 《中国根据〈联合国海洋法公约〉第298条提交排除性声明》,载中国外交部网: <http://wcm.fmprc.gov.cn/pub/chn/gxh/zlb/tyfg/t270754.htm>,最后访问时间:2016年8月1日。

^⑥ Gao Zhiguo & Jia Bingbing, *The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status and Implication*, 107 Am. J. Int'l L. 98, 108 (2013).

^⑦ 《联合国海洋法公约》第298.1(a)(1)条“1. 一国在签署、批准或加入本公约时,或在其后任何时间,在不妨害根据第一节所产生的义务的情形下,可以书面声明对于下列各类争端的一类或一类以上,不接受第二节规定的一种或一种以上的程序:(a)(1)关于划定海洋边界的第十五、第七十四第八十三条在解释或适用上的争端,或涉及历史性海湾或所有权的争端,但如这种争端发生于本公约生效之后,经争端各方谈判仍未能在合理期间内达成协议,则作此声明的国家,经争端任何一方请求,应同意将该事项提交附件五第二节所规定的调解;此外,任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端,则不应提交这一程序”,载联合国网: <http://www.un.org/zh/law/sea/los/article15.shtml>,最后访问时间:2016年9月13日。

^⑧ See PCA, Final Transcript Day 2 – Hearing on Jurisdiction And Admissibility, July 8, 2015, pp. 58, 62, at <https://pcacases.com/web/sendAttach/1400> (Last visited on September 4, 2016); See also PCA, FINAL TRANSCRIPT DAY 1 – Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, November 24, 2015, pp. 15, 47, at <https://pcacases.com/web/sendAttach/1547> (Last visited on September 4, 2016).

仲裁庭在“最终裁决”中基本沿用“管辖权裁决”中关于菲律宾对“历史性海湾或所有权”与历史性权利的关系的解释,并再度对中方立场进行了臆断。^{②9}“最终裁决”得出了中国主张对“九段线”内资源的历史权利,而非对南海水域的历史性所有权的结论。因此,仲裁庭认为其对审议菲律宾涉及历史性权利的诉求及与中国之间涉及“九段线”的诉求具有管辖权。^{③0}

事实上,将《公约》第298条1(a)(i)项所能排除的“历史性海湾或所有权”(historic bays or titles)限定于主权性质的海洋权利的说辞毫无法律依据。根据《公约》第298条1(a)(i)项的文本结构来看,这样的解释存在着问题。因为该条款的前半段已经排除了《公约》第15条的解释或适用,而历史性所有权(historic bays titles)却又明文规定在《公约》第15条中。^{③1}这样,《公约》第298条1(a)(i)项前半段对《公约》第15条的解释或适用的排除,即已排除了该条款文本中明文规定的历史性所有权(historic title)的解释或适用。《公约》第298条1(a)(i)项后半段的“historic titles”即使和第15条的表述历史性所有权(historic title)不构成两者性质差别的决定因素,在解释结论上两者的性质一定是不同的。因为如果不是这样的话,《公约》第298条1(a)(i)项后半段的“historic titles”的排除就是多余的。由于《公约》第15条规定的是领海划界之规则,其中的历史性所有权(historic title)一定是指向主权性质的水域。而《公约》第298条1(a)(i)项后半段的“historic titles”性质与此不同,必然包括非主权性质的历史性水域。^{③2}

即使仲裁庭对菲律宾关于历史性权利的诉请有管辖权,其对历史性权利的裁决也不符合国际法。仲裁庭明知《公约》对“历史水域”并无规定,为迎合菲律宾的诉求,以《公约》作为唯一判断中国对南海的“历史权利”(“南海断续线”所刻画的历史水域)的依据,武断地否定其合法性。因为《公约》没有规定“历史性权利”或“历史性水域”就否定其合法性的逻辑,明显背离国际法的常识。中国历史性权利的基础是习惯国际法,与《公约》的解释与适用并无直接关系。以《公约》为例,《公约》的序言有明文告诫,即:“本公约未予规定事项,应继续以一般国际法的规则和原则为准据。”显而易见,虽然《公约》对于中国“历史水域”没有规定可循,但按照《公约》序言的告诫,应该按照“一般国际法”(即习惯国际法)的规定来裁定是否可以找到支持中国主张的依据。

按照习惯国际法,中国绝对有法律依据可寻。在国际习惯法的实践中有承认“历史

^{②9} See PCA, *supra* note ⑮, para. 393.

^{③0} See PCA, *supra* note ⑨, paras. 214, 229.

^{③1} 《联合国海洋法公约》第15条“如果两国海岸彼此相向或相邻,两国中任何一国在彼此没有相反协议的情形下,均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。但如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限,则不适用上述规定”,载联合国网: <http://www.un.org/zh/law/sea/los/article2.shtml>, 最后访问时间:2016年9月13日。

^{③2} 张新军《关于菲律宾南海断续线仲裁请求的管辖权问题》,载《国际法研究》2016年第2期;张新军《关于菲律宾南海断续线仲裁请求的管辖权问题》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第166-167页。

水域”的实例,譬如联合国的国际法院(International Court of Justice, ICJ)在英国对挪威的有关渔业之争(Fisheries, 1951)案例中,以及突尼西亚对利比亚有关大陆架(Continental Shelf, 1982)案例中,即确认了“历史水域”的存在。^③英国诉挪威案中法院将历史性水域定义为仅因为存在历史性权利而被承认为内水的水域。^④

并且,联合国下属的国际法委员会(International Law Commission)对联合国大会的一个报告(A/CN.4/143)中,也曾解释过“历史水域”为基于多少年历史而来。但要建立如此的权利必须有“严格”的历史依据。^⑤

菲律宾一方面主张中国在南海的历史性权利主张违反《公约》规定,另一方面又在黄岩岛的领海内主张历史性捕鱼权,该诉求本身自相矛盾,《公约》中也没有任何条款支持一国在他国的领海或内水主张和享有历史性捕鱼权。^⑥

南海断续线与海域划界直接相关,是中国与南海周边国家海域划界过程中必然要考虑的重要因素,被中国基于《公约》第298条任择性例外规定所排除。如果中国与周边国家海洋边界一经确定,断续线将没有存在的必要。例如,中国与越南两国在解决北部湾划界问题后,中国去除了位于北部湾内的两条断续线。^⑦

(二) 划定海洋边界和《公约》第298条1(a)(i)项下的排除

根据第298条,如果涉及以下几类争端:关于划定海洋边界第15条、第74条或第83条在解释或适用上的争端(第1款(a)项)……缔约国有权声明该条款限定的各类争端,不接受《公约》第十五部分第二节规定的仲裁等强制程序。如前所述,2006年8月25日,中国根据《公约》第298条的规定向联合国秘书长提交了声明。选择了《公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的任何争端。也就是说,对于涉及海域划界争端,中国政府不接受《公约》第十五部分第二节下的任何强制争端解决程序,包括强制仲裁。”

菲律宾请求仲裁庭根据《公约》第12条裁决中国所占9个岛礁的法律地位,这一仲裁事项与海域划界有关,被中国基于第298条任择性例外规定所排除。因为,一旦争端当事国之间发生海域划界、确定岛礁的法律地位就当然与划界紧密关联,构成划界的起点,必然是系统、完整的划界的组成部分。

中国政府指出:菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题,超出《公约》的调整范围,不涉及《公约》的解释或适用;即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有

^③ See ICJ, *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, ICJ Reports 1951, at 130; See also ICJ, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, ICJ Reports 1982, at 73-74, para. 100.

^④ *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, ICJ Reports 1951, at 130.

^⑤ See International Law Commission, *Juridical Regime of Historic Waters, including Historic Bays*, 1962 U. N. Y. B. Int'l L. Comm'n 1, 11-12 (1962), at http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_143.pdf&lang=EFS (Last visited on September 17, 2016).

^⑥ 龚迎春《〈联合国海洋法公约〉框架下强制争端解决程序的适用:前提、条件、限制和例外》,载中国国际法学会主办:《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第260页。

^⑦ 姚莹《菲律宾“南海仲裁案”管辖权和可受理问题裁决评析》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊——南海仲裁案管辖权问题专刊》,法律出版社2016年版,第189页。

关《公约》解释或适用的问题,也构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分,而中国已根据《公约》的规定于2006年作出声明,将涉及海域划界等事项的争端排除适用仲裁等强制争端解决程序。因此,仲裁庭对菲律宾提起的强制仲裁明显没有管辖权。^{③⑧}

菲律宾一再表示只要求仲裁庭对中国在南海所主张的海洋权利是否符合《公约》规定进行判定,使仲裁事项看起来好像只是关于《公约》的解释或适用问题,不涉及领土主权(海域划界)问题。在“管辖权裁决”中,仲裁庭已经认定了菲律宾的诉求本身并不涉及边界划分。^{③⑨}同时指出,仲裁庭认为其只能在中国绝无可能存在与菲律宾重叠的专属经济区主张的情况下才能审议这些问题,并推迟了对这些管辖权问题作出最后结论。^{④⑩}而在“最终裁决”中,仲裁庭认定,因为中国并无在南海群岛与菲律宾产生重叠专属经济区主张的可能,仲裁庭认为菲律宾的诉求并不取决于在先的划界。仲裁庭的结论指出第298条不妨碍其行使管辖权。^{④⑪}

仲裁庭在滥用管辖权的前提条件下,将原本整体性争议问题进行拆分和放大,这必然会作出扭曲和不公正的裁决。“最终裁决”声称“根据《海洋法公约》,岛屿能够产生200海里的专属经济区和大陆架,但是‘不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架’。仲裁庭认为,这项规定取决于一个岛礁在自然状态下,维持一个稳定的人类社群或者不依赖于外来资源或纯采掘业的经济活动的客观承载力。^{④②}仲裁庭注意到,现在很多岛礁上驻扎的政府人员依赖于外来的支持,不能反映这些岛礁的承载力。^{④③}仲裁庭得出结论,认为南海群岛无一能够产生延伸的海洋区域。仲裁庭还认为南海群岛不能够作为一个整体共同产生海洋区域。在认定中国主张的岛礁无一能够产生专属经济区之后,仲裁庭认为它可以在不划分边界的情况下裁定某些海洋区域位于菲律宾的专属经济区内,因为这些区域与中国任何可能的权利并不重叠。”^{④④}十分显然,如此说理就是为了使菲律宾的专属经济区的法律地位覆盖中国南海群岛对周边海域所享有的权利。

仲裁庭在“管辖权裁决”和“最终裁决”中刻意回避中菲之间存在海域划界问题的客观事实。实际上中菲之间存在着海域划界地理状况以及海洋权利主张重叠的情形。英国国际法学者托尼·卡帝认为,菲律宾将本质上属于划界问题应当整体来看的海域地物地貌拆分成不同的岛、礁、区块,意图减损其法律地位,仲裁庭包装了法律问题使它变得有管辖权。但是说到底,根据国际法,仲裁庭不可能简单声称有确定管辖权范围的

^{③⑧} 前引⑧。

^{③⑨} See PCA, *supra* note ⑮, paras. 155-157.

^{④⑩} See PCA, *supra* note ⑮, paras. 402, 405-406.

^{④⑪} See PCA, *supra* note ⑨, paras. 646, 694-695, 734.

^{④②} See PCA, *supra* note ⑨, paras. 542-543.

^{④③} PCA, *supra* note ⑨, para. 620.

^{④④} See PCA, *supra* note ⑨, paras. 643-648.

绝对权利。^{④⑤}

菲律宾相关诉求9个南海岛礁距菲律宾群岛海岸不到400海里。其中,中沙群岛的黄岩岛距离菲律宾群岛海岸不到200海里;南沙群岛中的渚碧礁、华阳礁和永暑礁距离菲律宾群岛海岸在230至260海里之间,其余岛礁距离菲律宾群岛海岸都在200海里以内。这些岛礁是中沙群岛或南沙群岛的一部分。中国历来将中沙群岛和南沙群岛分别作为整体主张领海、专属经济区和大陆架,菲律宾则依据其海岸主张上述权利,两国显然存在海域划界问题。在中菲海洋权利重叠的情况下,任何确定海洋地物及其海洋权利的行为都必然会影响到中菲两国今后的划界。^{④⑥}

从实体上看,中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权。中国在南海的活动已有2000多年的历史。中国最早发现、命名和开发经营南海诸岛,最早并持续对南海诸岛实施主权管辖。20世纪30年代至40年代,日本在侵华战争期间非法侵占中国南海岛礁。第二次世界大战结束后,中国政府恢复对南海诸岛行使主权,派遣军政官员乘军舰前往南海岛礁举行接收仪式,树碑立标,派兵驻守,进行地理测量,于1947年对南海诸岛进行了重新命名,并于1948年在公开发行的官方地图上标绘南海断续线。中华人民共和国1949年10月1日成立以来,中国政府一直坚持并采取实际行动积极维护南海诸岛的主权。1958年《中华人民共和国政府关于领海的声明》和1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》均明确规定,中华人民共和国的领土包括东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛。上述行动一再重申了中国在南海的领土主权和相关的海洋权益。

中沙群岛和南沙群岛分别作为整体主张领海、专属经济区和大陆架,必然会产生中菲海洋权利划界的重叠。这是基于比照和适用群岛国水域制度对南海诸岛进行整体性的考虑。虽然中国是大陆国家,但是拥有对远海群岛的主权。中国一贯以群岛的名称命名包括东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛和南沙群岛。长期以来,国际社会普遍认知这些群岛为中国所有。虽然《公约》有群岛水域制度,而没有提及大陆国家远海群岛水域制度的概念。事实上大陆国家远海群岛与群岛国的群岛在环境地貌上并无本质的区别。因此,比照和适用群岛国水域制度对南海诸岛进行整体性考察具有逻辑上的合理性。

以南沙群岛为例进行分析。南沙群岛是南海四大群岛中位置最南、岛礁最多、散布最广的群岛,主要有太平岛、南威岛、中业岛、郑和群礁、万安滩等。根据1983年4月24日《中国地名委员会受权公布的南海诸岛部分标准地名》,南沙群岛包括群岛、岛屿14

^{④⑤} 《南海仲裁案很刁钻? 英国法学家偏要挺中国!》,载深圳卫视《直播港澳台》栏目官方微博: http://blog.sina.com.cn/s/blog_477818b10102wj2n.html, 最后访问时间:2016年9月13日。

^{④⑥} 前引①,中国国际法学会文,第15页。

个沙洲6个暗礁113个暗沙35个暗滩21个。^{④7}今天南沙群岛中的一些岛礁被周边国家包括菲律宾非法占据。试想,若中国南沙群岛的岛礁不被周边国家非法侵占,作为一个整体来看,不少岛屿或岛礁相互之间的距离不超过100海里。根据《公约》群岛国水域制度,以南沙群岛的一般轮廓为基础,是可以划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的直线群岛基线。直线群岛基线的内侧至少是内水,外侧海域若不加上海南断续线的历史性权利水域因素,至少是领海以及可以邻接领海的专属经济区等海域。可见在整体主张岛礁海域权利的条件下,单个海洋地物同样会成为群岛的海域权利的重要环节。

毋庸置疑,仲裁庭碎片化南沙群岛后的结论与整体考察的结果截然不同。这足以说明,如果岛礁的主权归属未定,一国基于岛礁的海洋权利主张是否符合《公约》规定,就不能构成一个可以提交仲裁的具体而真实的争端。中国认为,南海部分岛礁的性质和海洋权利问题与主权问题不可分割。只有先确定岛礁的主权,才能确定基于岛礁的海洋权利主张是否符合《公约》。^{④8}

菲律宾在实体问题上的主张是为了使南海岛礁“碎片化”、权利最小化,从而使菲律宾自身主张最大化。仲裁庭的越权管辖已使其超出了《公约》所赋予的权限与职能。^{④9}

三、反制“最终裁决”负面影响的路径研究

仲裁庭罔顾《公约》关于仲裁庭受案范围的限制,以裁决方式肆意自我裁定拥有管辖权和受案范围。在非法行使管辖权基础上,仲裁庭作出的“最终裁决”对实体问题的枉法裁断从整体否定我国南海断续线内历史性权利水域的合法权益,这必然会刺激菲律宾与中国谈判的要价,甚至在中菲海洋权益重叠海域挑衅闹事、干扰我国执法船只,破坏我国渔民正常的渔业活动。“最终裁决”在国际法的历史上开启了恶劣的先例。为此,反制仲裁裁决以及反制的方法和路径是优先要研究的问题。

(一) “再次裁定说”的循环否定特征不方便选择

“最终裁决”错误否定中国在南海海域的合法权益。尽管该裁决对中国不具有执法效力,但是,其一定程度上扰乱视听,损害了中国在国际社会中的形象。为此,有学者主张请求其他具有管辖权的司法机构裁定,用一个新的“最终裁定”来否定前一个“最终

^{④7} 参见《中华人民共和国国务院公报》(1983年第10期),转引自贾宇《南海问题的国际法理》,载《中国法学》2012年第6期。

^{④8} 前引⑧。

^{④9} 中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组《关于中菲“南海仲裁案”中岛礁法律地位仲裁事项的初步研究报告》,载中国法学会网: http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=1035&InfoID=19915,最后访问时间:2016年8月1日。

裁定”这样中国被动局面便可得到极大的改观。^⑩其实不然。因为,首先,运用法律的方法解决涉及高度政治性因素的主权争端,不符合我国对涉及领土争端和海洋划界争端排除任何国际仲裁和司法机构管辖的立场;其次,根据《公约》附件七组成的仲裁庭、以及常设国际法院和国际法院都实行一审终审制。在这些公断机构之上尚未设定更高的权威机构;再次,一案不二审是各大法系共有的原则。虽然上述国际司法、仲裁机构的章程并没有言明此原则,不过,这一原则对于国际司法、仲裁必然会产生重要的影响。如果一个国际司法机构的“最终裁定”可以否定其他国际司法机构关于实体问题的“最终裁定”,那么这种“最终裁定”可以无限“复制”。“最终裁定”一旦泛滥,所有公断机构的权威性就不复存在。最后,在国际法事件中,国际法院也曾“受理”过否定仲裁庭裁决效力的诉求。^⑪1989年7月31日仲裁庭就几内亚比绍与塞内加尔之间的海域划界争端做出裁决。此后,几内亚比绍对塞内加尔提起诉讼,在给法院的请求书中强调,“出现了一个关于1989年7月31日裁决文本的适用性的新争端”。首先要求国际法院对此裁决做出裁断并宣布仲裁裁决为不存在和无效;其次要求国际法院发布命令,采取临时措施阻止塞内加尔海军在几内亚比绍认为两国间有争议的海洋地区采取行动。^⑫国际法院发布命令,驳回了几内亚比绍对“临时措施”的请求。法院认为它不必在决定是否指示临时措施前,确信自己对案件的实质问题有管辖权。^⑬可见,国际法院对于一个其他机构做出的裁决,是否享有管辖权是十分谨慎的。

(二) 争取大多数《公约》缔约国支持中国的立场

国际争端的解决方式只有两种:一是法律的方式(即司法解决和仲裁解决方式);二是政治方式(又称外交方式:谈判、斡旋、调停、调解);通常外交是指一个国家在国际关系方面以和平手段对外行使主权的活动。在不依赖司法、仲裁机制的条件下,若以单纯的外交活动层面进行反制“最终裁决”为目的的宣传,能够获得的效果至多是道义上国际舆论的支持;如果以《公约》缔约国为对象,实施以法理为基础的外交活动,争取大多数《公约》缔约国公开支持中国反制“最终裁决”的立场,其结果必将颠覆“最终裁决”的权威性。

仲裁庭的审理和裁定必然涉及国际条约的解释。因此,判断其解释和适用条约是否违反程序、滥用管辖权限等问题的依据也涉及到条约的解释。条约的解释(interpretation)是指对一个条约的具体规定的正确意义的剖析。条约必须善意履行,然而为了善意履行条约,必须明了条约的正确意义。条约解释是条约法上十分重要的一

^⑩ 辜学武《如何终结海牙南海仲裁庭裁决的负面效应》,载共识网: http://www.21ccom.net/html/2016/ztwj_0720/5910.html,最后访问时间:2016年7月25日。

^⑪ 《国际法院判决书、咨询意见和命令摘录——1989年7月31日仲裁庭决案(几内亚比绍诉塞内加尔案 sum-1948-1991)》,载联合国国际法院网: <http://www.icj-cij.org/homepage/ch/summary.php>,最后访问时间:2016年9月17日。

^⑫ ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Request for the Indication of Provisional Measures, March 2, 1990, para. 14.

^⑬ *Id.*, paras. 20, 28.

个问题。按照解释的主体,条约的解释可以分为学理解释(*doctrinal interpretation*)和官方解释(*official interpretation*)两种。学理解释是国际法学者论述的关于解释条约的一些理论和原则。官方解释是条约当事国或其授权的国际机关所做出的对于条约的解释。

按照解释的效力,条约的解释可以分为有权解释(*authentic interpretation*)和非有权解释(*non-authentic interpretation*)两种。有权解释这个概念是从罗马法中“谁制定法律谁就有权解释法律”(*ejus est interpretation ejus est condere*) 的原则承袭而来。因此,必须条约当事国全体同意的解释才是有权解释。^{⑤④}有权解释是指一个条约的全体缔约国对该条约的解释,所以如果条约是双边的,应该缔约双方做出的解释,如果是多边的,应该是该多边条约的全体缔约国做出的解释。当然,国际司法或仲裁机关根据当事国共同同意而作出的解释,也是有权解释。^{⑤⑤}

结合本案而言,《公约》第288条第4款规定“对于法院或法庭是否具有管辖权,如果发生争端,这一问题应由该法院或法庭以裁定解决。”《公约》附件七第9条规定“如争端一方不出庭或对案件不进行辩护,他方可请示仲裁法庭继续进行程序并作出裁决。争端一方缺席或不对案件进行辩护,应不妨碍程序的进行。仲裁法庭在作出裁决前,必须不但查明对该争端确有管辖权,而且查明所提要求在事实上和法庭上均确有根据。”若法院或法庭自我裁定“拥有管辖权”也明显不符合“在事实上和法庭上均确有根据”时,《公约》对此并未规制救济手段。可见,中菲南海仲裁案的管辖权争议无法在《公约》附件七的框架内得到妥善解决。同样该争议的本质涉及对《公约》的解释,必须回到“谁制定法律谁就有权解释法律”的原点。换言之,最有权解释条约的是缔约国。因此,对于围绕强制管辖权争议,缔约国依然有权判断仲裁庭管辖权是否符合“在事实上和法庭上均确有根据”的条件。

目前《公约》有168个缔约国。^{⑤⑥}中国若将仲裁庭明显违反管辖权的事实依据通过外交活动诉诸全体缔约国,并获得一致公开支持中国政府立场的话,这种否定仲裁庭管辖权的解释效力就一定优越于“最终裁决”本身的解释。虽然目前尚无直接证据揭露菲律宾仲裁行为背后与某些大国的关系,但是,其行为一定迎合了某些西方国家的利益。因此不必期望以法律为基础的外交活动能获得全体一致的认同。

但是,争取大多数缔约国公开支持中国政府的立场,认定仲裁庭滥用管辖权依然具有可能性。若如此,来自多数缔约国否定仲裁庭管辖权的意思表示足以削弱仲裁庭“最终裁决”权威性。

国际联盟时期,为了使所有决议符合每一个缔约国的意志,采用了全会一致原则。

^{⑤④} 前引①,李浩培书,第405页。

^{⑤⑤} 前引①,李浩培书,第421页。

^{⑤⑥} United Nations Convention On The Law Of The Sea, at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#1 (Last visited on September 17, 2016) .

虽然这是一个反映高度民主的原则,只是如此原则在一些有争议的关键问题上,往往不能达成一致意见,国际机构的作用不能充分发挥,最终导致国际联盟瘫痪。联合国国际组织的表决制度中,除安全理事会对于非程序性事项的表决采取了包括五大国一致原则的多数表决制以外,联合国大会在表决程序方面,对于重要问题的决议须由出席并投票的会员国以三分之二多数决定。其他非重要问题以简单多数(过半数)通过。

将备受争议的仲裁庭管辖权视为重要问题进行表决,就需要《公约》168个缔约国中的三分之二多数同意中国的动议。具体而言就需要获得至少112个缔约国的可决意见。迄今为止,与我国建立外交关系的国家有165个。截止“最终裁决”公布的次日,中国在南海问题上的立场已获得90多个国家的230多个政党和政治组织表示公开支持。^{⑤7}有理由相信,中国政府通过外交层面的努力,通过摆事实讲法理,争取不少于112个缔约国公开支持中国政府反对仲裁庭管辖的目标是有可能做到的。

若这一建设性方案有可能推行的话,尚需注意几点事项:首先,在实施以法律为基础的外交层面的说理说服的过程中,须知赢得《公约》缔约国理解、支持的砝码是捍卫国际社会每一个主权国家的合法权益及维护国际法治的严肃性。在这一外交活动中,急需具有国际视野、娴熟掌握国际法规则的实务型国际公法人才。因为外交活动中不仅需要阐述中国政府的法律观点,还要应对各种质疑,甚至需要在某种公开场合的辩论。其次,中国法学会、中国国际法学会可与我国建交的165个国家的国际法学会进行学术交流。最后,外交层面说服的对象是《公约》缔约国外交部高层人物,最终推动其国家或政府的领导人(国家元首、政府首脑和外交部长)公开支持中国政府的立场。因此,不同的场合,使用的交流资料应有所区别,一方面,中国需要一大批国际法学者对此进行深入细致的学术性研究,另一方面,外交层面说服的对象通常无暇认真阅读过于精细的专业性学术论文,因此,需要抓住关键问题、简明扼要、法律实证、逻辑清晰的说服方式。

仲裁庭在一些关键问题上做出明显违反国际法的肆意裁决,与仲裁庭上没有中国代言人不无关系。仲裁越是极端,越是容易被证伪。中国在现阶段的任务就是用事实、证据,根据国际法原则、习惯和文本对滥用管辖权等关键问题进行针锋相对的批驳,证伪对方的观点,说明仲裁庭确实滥用了权利,赢取更多的主权国家支持中国的立场。在获得《公约》三分之二缔约国的公开支持后,甚至可以考虑在联合国大会上推动纠正仲裁庭滥用管辖权的动议,以获得更多国家的支持。

(三) 南海岛屿主权及划界争端的处理应运用区别原则

出自《论语宪问》的“以直报怨,以德报德”一说,是处理社会关系的待人处事之道,对处理现代国际关系也有参考价值。其中的“直”含有公正合理不偏不倚之意。句子的意思是恩德要用恩德去回馈,怨要用公正合理的方式回击。不可一味姑息、纵容罪恶扩

^{⑤7} 《90多个国家公开支持中国南海问题立场,呼吁和平解决争端》,载中国新闻网: <http://www.chinanews.com/gn/2016/07-13/7937152.shtml>, 最后访问时间:2016年7月13日。

散,也不可挟私加重报复。与中国有着岛屿主权、划界争端的南海周边国家,尽管有各自的利益相同,但是,各国谋求利益的手段不尽相同。对于一贯恶意相向,挑起事端的国家,就要用公正合理的方式回击,不可姑息。

南海仲裁案是一场由菲律宾以及某些西方势力导演的披着法律外衣的政治闹剧,其目的是损害中国在南海的领土主权和海洋权益。历史上,菲律宾以及某些西方国家以法律的名义联合遏制中国并非第一次。然而,每一次挑衅都是严重破坏国际法治的行为。

1950年6月,朝鲜战争爆发时,前苏联在当时安全理事会中,为抗议国民党政府代表资格问题而缺席安全理事会会议,因此失去了行使否决权的机会。当时的美国在大会中控制着多数会员国,为了使联合国为其自身的利益服务,迫切需要以大会来代替安全理事会的职能。为此,美国唆使了7个国家(其中包括唯一的亚洲国家菲律宾),共同提出了《联合一致共策和平决议案》,并于1950年11月3日获得通过。《联合一致共策和平决议》也被西方国家称为“强化大会的决议”。该决议规定,在遇有威胁、破坏和平或侵略行为发生时,如因常任理事国未能一致同意,而不能行使其维持国际和平及安全的主要责任,大会有权采取行动。这一决议扩大了大会在维持国际和平与安全方面的职能。

众所周知,为维护世界和平,采取强制的武力行动,是安全理事会排他的职权。在实证依据上,《联合国宪章》第11条第2款规定“凡对于需要行动之各项问题,应由大会于讨论前或讨论后提交安全理事会”。根据该规定,凡对于需要行动之各项问题,安全理事会具有排他的权限,大会不具有劝告、建议权。此外,《宪章》第1条、第25条、第40条、第50条、第51条、第53条第1款等规定,可以理解为安全理事会是采取强制措施的唯一机构。特别是《宪章》第106条“过渡安全办法”明确规定:在第43条所称之特别协定尚未生效,而安全理事会认为尚不得开始履行第42条所规定之责任前,五大常任理事国于必要时,与联合国其他会员国洽商,以代表本组织采取为维持国际和平及安全宗旨所必要之联合行动。由此可以推断,《宪章》的起草者未曾有过将安全理事会的职能交由大会来代替的意图。《联合一致共策和平决议》赋予大会提出使用武力以维持或恢复国际和平与安全的建议,其合法性早已遭到包括西方一些国际法学者在内的质疑。^{⑤⑧}

菲律宾在前后二次遏制中国的“法律战”中,在损害中国合法权益方面,一直充当着破坏国际法治的重要角色。

在上世纪70年代和80年代,中国与东南亚国家包括菲律宾建交时,邓小平同志在同对方领导人会谈中就提出了处理南沙群岛争议的合理主张:南沙群岛是中国固有的

^{⑤⑧} 管建强《联合国大会与安理会权限冲突》,载王虎华主编《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2008年版,第415页。

领土,70年代以来发生了争议,从双方友好关系出发,我们趋向于把这个问题先搁置一下,以后再提出双方都能接受的解决办法,不要因此而发生军事冲突,而应采取共同开发的办法。^{⑤9}在南海仲裁案落下帷幕的今天,“搁置争议、共同开发、主权归我”的外交政策对于处理中国与南海周边国家的争端仍有积极作用,但应该有区别地对待南海周边各国。若对于一贯破坏国际法治、严重挑衅中国主权权益的国家,仍采取以德报怨的外交政策,必然会令周边其他国家群起仿效。

概言之,实施以法律为基础的外交说服活动,本质上属于防卫性质。当中国的外交活动在国际层面加大力度声索被菲律宾非法占据的中国领土时,菲律宾才能体会中国长期以来的善意。

自20世纪70年代起,菲律宾非法侵占中国南沙群岛的马欢岛、费信岛、中业岛、南钥岛、北子岛、西月岛、双黄沙洲和司令礁等岛礁;非法将中国南沙群岛部分岛礁宣布为所谓“卡拉延岛群”,对上述岛礁及其周边大范围海域提出主权主张;并对中国中沙群岛的黄岩岛提出非法领土要求。菲律宾还在有关岛礁及其附近海域非法从事资源开发等活动。^{⑥0}直至1978年6月菲律宾才颁布总统令,对所谓“卡拉延岛群”(即中国南沙群岛部分岛礁)及其周边大范围的海域、海床、底土、大陆边及其上空主张主权。^{⑥1}依据历史事实和国际法原理,菲律宾的行为是非法的。非法的行为不产生权利。不仅如此,菲律宾还使用武力和武力威胁,驻军属于中国的岛礁领土,严重违反了《联合国宪章》第2条规定,“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”可见,中国在追索菲律宾非法侵占领土方面,握有历史事实和国际法理的优势依据。

在外交上,中国可以经常不断地向菲律宾提交外交照会,阐述历史事实和国际法法理,谴责其非法侵占中国所属岛礁。只要菲律宾回复,就可继续深入的辩驳,必要时可将来往照会内容公诸于世。

结 语

南海仲裁案仲裁庭的“管辖权裁决”及“最终裁决”在事实认定和法律推理上存在大量瑕疵和争议。本文聚焦仲裁庭罔顾《公约》程序,滥用管辖权、枉法裁断的典型问题,尚未穷尽仲裁庭其他失职行为。

菲律宾在“南海仲裁案”中精心包装岛礁法律地位这一仲裁诉求,其本质涉及中菲间关于南海部分岛礁领土主权、海域划界争端。仲裁庭做出选择性失察、越权管辖以及

^{⑤9} 《搁置争议,共同开发》,载中国外交部网: http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/wjs_674919/2159_674923/18958.shtml,最后访问时间:2016年8月1日。

^{⑥0} 前引⑧。

^{⑥1} 前引⑧。

超越解释权之裁决,超出了《公约》所赋予的权限与职能。其行为将导致国际司法裁决“碎片化”,扰乱国际海洋法律秩序。进而言之,其行为完全背离《公约》的原则和宗旨,损害了《公约》的完整性和权威性,没有任何公正性。

作为法律外交的主要后续对策,需要加大力度,持续性地推动反制仲裁裁决,捍卫《公约》框架下争端解决机制的公正性和权威性;为维护中国南海海域的合法权益,以法理说服为基础,多种途径,特别是以外交活动为桥梁,积极推动《公约》缔约国公开支持中国立场。同时,掌握主动权,在国际层面加大力度追索被菲律宾非法占据的中国领土,为维护我国领土主权和海洋权益,也为国际法治做出贡献。

Abstract: Regardless of the Chinese government's position of “no acceptance, no participation, no recognition and no implementation”, the Hague Tribunal of the South China Sea arbitration case between China and the Philippines issued its verdict as fully supported the Philippines. Although the verdict evidently violates the international law in many respects, China is bound to face unprecedented pressure in the legal aspect. In order to offset the long-term negative effects the verdict may bring to China's interests in the South China Sea, it is necessary to research into the key issue of subsequent legal response to the South China Sea arbitration case. For this purpose, the article first analyzes the issue whether the arbitration tribunal has the right to arbitrate in the name of the Permanent Court of Arbitration. Then, it lays special emphasis on the analysis and arguments of the arbitration tribunal's act of abusing competence-competence as well as the its incorrect ruling on some substantial issues which is beyond the purview of the United Nations Conventions on the Law of the Sea (hereafter referred to as “UNCLOS”). At last, the article demonstrates the legal methods of offsetting the negative effects of the “arbitration award”, and constructively proposes the solution in striving for the understanding and support of most contracting parties of the UNCLOS by presenting facts and demonstrating jurisprudence, so that the international community would reach the consensus that the arbitration tribunal has abused its right of jurisdiction.

(责任编辑: 陈贻健)