

菲律宾南海仲裁案管辖权与可受理性裁决书评析

——以事实认定和证据使用为角度

何田田*

摘要：2015年10月29日，依据《联合国海洋法公约》附件七，由菲律宾单方请求组成的仲裁庭以全体一致的方式，对菲律宾单方提起的仲裁请求作出了关于管辖权与可受理性问题的裁决。法律实践皆有相同之处，事实认定与法律适用就属于裁判过程中不可或缺的两个基本依据。而仲裁过程中的事实认定，从根本上就是裁判者对证据的采纳、评估与解释过程。这使得证据问题无疑成为仲裁的核心。因此，本文从仲裁庭裁决书的思路出发，结合国家间仲裁的特点，以事实认定和证据使用为角度，评析裁决书中在这两方面存在的问题，同时提出仲裁庭在实体阶段的审理中可能面临的问题。虽然仲裁庭在认定事实方面拥有较大的自由裁量权，但对于证据的提供、采纳、评估与解释依然需要以公平原则为基础，裁决书中所暴露的事实认定和证据使用不同程度的问题，在实体阶段将会更为严重，并最终影响法律适用以及仲裁的公平与公正。

关键词：《联合国海洋法公约》 法律争端 管辖权前提条件 证据 事实认定

引言

2015年10月29日，根据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）附件七，由菲律宾单方请求组成的仲裁庭以全体一致的方式，对菲律宾于2013年1月22日单方提起的仲裁请求作出了关于管辖权与可受理性问题的裁决。这份裁决书是仲裁庭根据第四号程序令，接受将中国的通信（包括立场文件）视为对涉及管辖权问题的抗辩，在管辖权与可受理性阶段所作出的裁决。在这份裁决书中，仲裁庭作出了10项裁决，^①其中最为重要的是仲裁庭确立了其对菲律宾所提15项诉求中的第3、4、6、7、10、11和13这7项诉求具有管辖权。2015年10月30日，中国外

* 中国社会科学院国际法研究所助理研究员，法学博士。本文是国家社科基金重大项目“南海断续线的法理与历史依据研究”（批准号：14ZDB165）的阶段性研究成果。

① 裁决的具体内容参见裁决书第413段。See *An Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (Philippines/China)*, Award on Jurisdiction and Admissibility (hereinafter refers to as “Award”), para. 413; also see “Ninth Press Release 30112015 (Chinese)”, Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/web/view/7> (last visited February 3, 2016).

交部就仲裁庭关于管辖权和可受理性问题裁决发表声明，阐明中方立场，且表明“裁决是无效的，对中方没有拘束力”。^① 对于菲律宾单方面提起的仲裁，中国已多次阐明仲裁庭没有管辖权，以及中国不接受、不参与仲裁的立场。至今，这一立场依然是明确且一贯的。学者们也曾从多角度撰文指出仲裁庭对菲律宾单方提起的所有诉求均无管辖权，本文赞成并坚持这一观点，^② 并选择以一个清晰的和更为直观的角度——事实认定和证据使用来评析裁决书存在的问题。

从裁决书的第 398 段至第 410 段可以归纳出仲裁庭对这 7 项的说理，基本上都遵循了如下思路。首先，仲裁庭认为《公约》缔约国不得选择其希望接受或拒绝的部分，^③ 即国家一旦成为了《公约》的缔约国，如果发生关于《公约》解释或适用的争端，原则上要适用《公约》的争端解决机制，其核心依据是《公约》第 286 条。^④

第 286 条：“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。”

第二，以此为基本思路，就解决管辖权和可受理性问题上，仲裁庭根据《公约》第 288 条，需要认定当事方之间存在“有关本公约的解释或适用的任何争端”。^⑤

第三，在对第二步问题作出肯定性回答后，根据第 286 条，仲裁庭接着考察是否存在阻碍管辖权行使的因素，即是否有“已诉诸第一节而仍未得到解决”，或者“在第三节限制下”。^⑥

第四，分别排除了“第一节”与“第三节”的限制与例外后，仲裁庭认定不存在阻碍管辖权行使的因素，仲裁庭对部分具备初步性质的诉求确立了管辖权。

仲裁庭裁决思路是以对《公约》争端解决程序的合理解释为前提展开的，这个逻辑起点应该说是层层推进的。但是，仅具有好的逻辑起点并不足够，裁决书如何进行释法说理才是应该关注的重点。司法实践均有相同之处，认定事实和适用法律是仲裁员在裁判时的两项核心任务；适用法律的基础是事实认定，事实认定的基础是对证据的提供、采纳、评估与解释的系列过程。因此，证据是法律实践中认定过去发生事实存在的重要依据，在任何一起案件的处理过程中，裁判者都需要通过证据和证据形成的证据链还原事实。故本文选择以事实认定和证据使用为角度，考察仲裁员如何使用证据回答事实问题。本文将顺着上述裁决书的思路展开评析：第一部分概述本

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关于管辖权和可受理性问题裁决的声明》，外交部，<http://www.mfa.gov.cn/web/zyxw/t1310470.shtml>，最后访问时间：2016 年 2 月 3 日。

② 相关文章可参见宋燕辉：《由〈南海各方行为宣言〉论“菲律宾诉中国案”仲裁法庭之管辖权问题》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 5—32 页。

③ Award, para. 107, “The states Parties to the Convention are accordingly not free to pick and choose the portions of the Conventions they wish to accept or reject”; para. 358, “The Tribunal has already held that the Convention does not permit a state party to exempt itself generally from the dispute settlement provisions of Part XV and that no consequences for the Tribunal’s jurisdiction follow from China’s decision not to participate in these proceedings.”

④ Award, paras. 108 - 111.

⑤ 这一步在裁决书对应的是第五部分“确定争端及其性质 (Identification and Characterisation of the Dispute)”。

⑥ 这一步在裁决书对应的是第七和第八部分“管辖权的前提条件 (Preconditions to the Tribunal’s Jurisdiction)”和“管辖权的限制和例外 (Limitations and Exceptions to the Tribunal’s Jurisdiction)”；Award, para. 110, “Further, as stated in Article 286, the Tribunal must be satisfied that no settlement has been reached by recourse to other peaceful means of dispute settlement as contemplated in Section 1 of Part XV. Additionally, the Tribunal must be satisfied that none of the specific limitations and exceptions set out in Section 3 of Part XV of the Convention apply”。

案仲裁庭在事实认定和证据使用方面存在的一般问题；第二部分指出仲裁员裁决思路中的第一步，即对是否存在《公约》解释或适用的争端的事实认定问题；第三部分讨论第三步例外考察中“管辖权前提条件”；^①第四部分考察实体阶段可能存在的事实认定与证据采纳问题；最后是结论。

一 仲裁庭在事实认定方面存在的一般问题

仲裁庭在确立其管辖权时，由于管辖权是一个“根据相关事实加以解决的法律问题”，^②依据《公约》附件七第9条和《仲裁规则》第25条第1款，仲裁庭在作出裁决前，不但需查明对该争端确有管辖权，而且需查明当事方所提要求在事实上和法律上均有依据。^③“在事实和法律上均有依据”这样的措词同样出现在《国际法院规约》第53条第2款，均指向在当事方一方不出庭的情况下，需要裁判机构在作出裁决的过程中对事实进行有依据的认定。

但是，对于什么是“在事实上有依据”，目前国际法上并没有一个统一的定义或相关的规则。^④在“科孚海峡案”中，国际法院认为，“对于法院来说，通过合适的方法让法院满足其认为诉求在事实上确有依据的，就足够了。”^⑤可以这样说，无论是国际法庭或者国际仲裁庭，找到案件事实的依据，确认案件事实，是司法过程的重要一步。所有的裁判，都必须首先认定事实，然后再适用法律。事实认定的结果，对裁决的结论有很大的影响。而认定事实，靠的是证据。证据从何而来？在国际法的理论与实践，认定事实的证据来源一般有以下几种：第一，最常见的就是当事方向国际法庭或仲裁庭提供相关的文件和资料；第二，借助证人证言来查清事实。《仲裁规则》第22条和第24条同样有关于证人证言方面的相关规定。但本案在管辖权与可受理性的裁决书中并没有援引证人证言作为裁决的依据；第三，将案件交由国际法庭或仲裁庭任命成立的独立专家组，对一些事实问题作出调查。^⑥另外，由裁判者组织庭前会议、组织现场考察、要求与案件争端无关的第三方或国际组织提供意见等方式也是国际法庭或仲裁庭可用的事实认定方法。^⑦无论采用何种方法来获取证据，目前在事实认定方面的国际法实践更多地是取决于个案的实际情况（包括个案中所隐含的政治因素），以及个案中法官或仲裁员的知识、经验和理

① 本文第三部分仅分析“已诉诸第一节而仍未得到解决”，即管辖权的前提条件中的事实认定问题；而不对“第三节的限制和例外”分析的原因是裁决书中认为涉及该“限制和例外”（《公约》第297条和第298条）的诉求由于不具备初步性质，需要在实体阶段再讨论剩余管辖权问题。See Award, paras. 380-383。

② *Border and Trans-border Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 20 December 1988, p. 69.

③ 2013年8月27日，仲裁庭通过第一号程序令（Procedural Order No. 1）正式通过《程序规则》（Rules of Procedure）。《程序规则》全文参见 <http://www.pcacases.com/web/view/7>, Permanent Court of Arbitration (last visited February 3, 2016), 其中第25条第1款原文为：Article 25, “1. ...Before making its award, the Arbitral Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute but also that the claim is well founded in fact and law.”; also see Award, para. 39.

④ Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat and Christian J. Tams, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2nd edn, 2012), p. 1346.

⑤ “It is sufficient for the court to convince itself by such methods as it considers suitable that the submissions are well founded”, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment, p. 248.

⑥ See Shabtai Rosenne and Yaël Ronen, *The Law and Practice of the International Court, 1920 - 2005*, (Leiden: Martinus Nijhoff, 4th edn, 2006), pp. 1043-1052, 1116-1119, 1137-1139, 1305-1320.

⑦ See Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden: Brill Academic Publisher, 2015), pp. 152-162.

解（包括国籍、教育背景、文化因素等不可忽略的因素）。在以往的判例中，国际法院在对待证据和事实的方法上都是倾向于更为自由。^① 因此，需要指出的是，仲裁由于其有别于司法的特点，在事实认定和证据处理方面往往拥有比国际法院或其他国际司法机构更为积极、灵活和自由的权力，这也反映在《仲裁规则》第22条第7款中，“仲裁庭应决定证据的可采性、相关性及其证明力。”^②

根据实践，无论采用何种认定事实的方法，国际法庭或仲裁庭对证据的操作过程大概可以分为三部分：提供证据（production of evidence）；接受或拒绝证据（admission or rejection of evidence）；评估或解释证据（evaluation or interpretation of evidence）。^③ 这三部分在本案仲裁庭事实认定方面存在以下困境或问题。

首先，在提供证据方面，仲裁庭获得什么样的证据完全取决于当事方的意愿。这与国内仲裁有着根本的区别，一般国内的仲裁法都会规定，仲裁庭认为必要时，可自行调查、收集证据。但国家间仲裁一般并不会主动收集或者主动要求国家提供证据，这也是国际法中国家同意原则以及仲裁自由原则的体现。也就是说，最后呈现给仲裁庭的证据种类、形式与内容，是经过当事方选择的，对己方诉求有利的材料，而那些可能与己方诉求内容不一致的、甚至相反的证据将无法得到呈现。任由当事方提供对己有利的证据材料，这不可避免地对事实的正确与全面认定产生困境与局限。这一问题的严重性也得到了菲律宾在本案的主要律师保罗·雷切尔（Paul S. Reichler）的承认。^④

这种证据材料提供状况在一方不出庭的案件中，将会有着更为负面的影响。一方面，仲裁庭无法获知不出庭一方对这些证据的说明、意见、立场与观点，只能通过一方有选择提供的证据来认定事实、适用法律；另一方面，更为严重的是，仲裁庭同样无法获知出庭一方是否也掌握着对其不利的证据材料，致使仲裁庭作出自以为“事实与法律均有依据”的裁决。而正是那些仲裁庭无法获知的真实客观事实，才对最后的裁决起着决定性的作用。保罗·雷切尔建议，国际法庭应该充分运用其权力，更主动地要求国家提供证据，并可借鉴美国国内法院的证据开示（discovery）机制。^⑤

在本案中，菲律宾向仲裁庭提交的诉状包括11卷。在第1卷的诉状中，菲律宾对适用法和相关证据进行了分析；第2卷至第10卷是用以佐证菲律宾主张的书面文件和地图，共约3700页；第11卷是可参考的法律（legal authority）。^⑥ 2015年3月，菲律宾更是提供了另外一批补充

① “在规约和规则的范围内有自由评估证据不同方面的价值（…within the limits of its Statute and Rules, it has freedom in estimating the value of the various elements of evidence…）”，see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits Judgment of 26 November 1984, para. 60.

② 《仲裁规则》第22条第7款原文为，“The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of the evidence adduced”。

③ See Paul S. Reichler, “Problems of Evidence before International Tribunals”, in John Norton Moore (ed.), *International Arbitration: Contemporary Issues and Innovations* (Leiden; Martinus Nijhoff, 2013), pp. 47–48.

④ 保罗·雷切尔曾撰文指出自愿证据提供这一问题是法院的严重问题，甚至还有可能损害国际诉讼的公平性。“This is a serious problem not only for the court, but for the whole concept of fairness in international adjudication. How can a court dispense justice if it is prevented from learning all of the key facts on which a just sentence or award depends?”, See Paul S. Reichler, “Problems of Evidence before International Tribunals”, p. 47.

⑤ See Paul S. Reichler, “Problems of Evidence before International Tribunals”, p. 52.

⑥ 参见宋燕辉：《中菲南海仲裁案：有关低潮高地、岩礁和岛屿的主张》，载《中国海洋法学评论》2015年卷第1期，第295页。

性文件,同样数量庞大,内容丰富。面对如此浩如烟海的书面证据材料,仲裁庭在相当有限的时间内,不但需要进行决定其种类、效力、审查和评价等一系列活动,还需要对这些证据进行出示、说明、解释、判断,这在一方行使其不出庭权利的情况下,仲裁庭根本不可能公正公平地完成这项任务。

第二,仲裁庭在取得与处理证据的过程中权力有限。正如保罗·雷切尔建议,国际法庭或仲裁庭应该充分地行使其权力,才有可能获得全部的客观事实。但是,仲裁的特点却又恰好限制了这种权力的行使。仲裁,相对于诉讼是一种更加温和、更能体现当事人意思自治的解决方式。因而仲裁员取得证据的权力往往受限于仲裁规则以及当事方的意愿,仲裁员不同于法官的身份和地位也决定了其所享有的对程序的控制权远不及国际法庭的法官。

在本案中,《仲裁规则》第22条第2款并没有对证据的来源作出明确的列举,只举以“实地考察”一例。^①中国从一开始就表明其“不接受不参与”的态度,^②并在2015年2月6日由中国驻荷兰大使给法庭的信中明确拒绝仲裁庭实地考察这种方式。^③可见,在仲裁过程中,当事各方可以在一定范围内,选择其认为适当的程序来推进仲裁过程,最大限度地将自己的意愿融入争端解决过程。这将限制仲裁庭的权力,从而影响最终的裁决。

第三,仲裁庭在评估与解释证据时自由裁量权太大。由于仲裁并不像诉讼中那样有相对固定的程序规则,诉讼中查明事实的证明过程需依据法定标准,否则所得证据的证据力与证明力势必减弱甚至被否定。而在仲裁中,对于证据的客观性、关联性以及证明标准等相关问题则可以交由仲裁庭依据公平原则进行审查和确定。^④必须承认,这种证据规则的柔性化给评估与解释证据的确定性带来某些潜在的负面影响。以证据的“关联性”为例,证据的一般形式既有书面证据又有实物证据;可以是直接证据又可能是间接证据。但仲裁中一般没有实物证据,从而导致间接证据占了大多数,菲律宾出示的这些卷帙浩繁的证据大部分以转述方式出现,再经过菲律宾律师的人为过滤与转述,无可避免会带有其主观解读因素。因此,仲裁庭在评估与解释的过程中,极有可能接纳了一些鲜有关联的证据进入程序,而不论这些材料是否存在曲解、重复、不可信或存疑,或者根本对认定事实没有作用。这种过大的自由裁量权使得仲裁丧失了公正。

证据制度本身不仅蕴涵着丰富而复杂的理论,在仲裁实践的操作中更是存在着较大模糊之处。中国不接受、不承认仲裁庭的管辖,而如果没有中国的配合,仲裁庭将难以认定事实和适用法律,这是菲律宾和仲裁庭片面强调和解释《公约》中所谓强制仲裁程序带来的悖论和僵局。这也说明,明知他国已明确表示不接受仲裁,菲律宾还要简单、任意地强调或者诉诸国际法,试图通过第三方强制解决国际争端,既不是友善的行为,也不符合法治的精神,更不具备合理性。

① 《仲裁规则》第22条第2款规定:“仲裁庭可以采取一切合适的措施来确定事实,包括如有需要,对案件相关的地方进行实地考察(The Arbitral Tribunal may take all appropriate measures in order to establish the facts including, when necessary, the conduct of a visit to the localities to which the case relates. The Parties shall afford the Arbitral Tribunal all reasonable facilities in the event of such a visit.)”。

② 《外交部发言人华春莹就菲律宾推进设立涉中菲南海争议仲裁庭事答记者问》,外交部, http://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1035477.shtml, 最后访问时间:2016年2月3日。

③ Award, p. 20, para. 60.

④ Rüdiger Wolfrum and Mirka Möldner, *International Courts and Tribunals, Evidence*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (hereinafter MPEIL), paras. 2, 8.

二 “有关《公约》解释和适用争端”的事实认定问题

在对一般性问题提出思考后，本部分将结合裁决书中证据与事实认定中的具体部分作进一步的评析。仲裁庭需要认定当事方之间是否存在与《公约》解释或适用的争端。裁决书在阐述双方立场后，通过援引以往的判例，提出了认定争端是否存在的两个方法，即对双方行为适当的推定（entitled to examine the conduct of the Parties ...and draw appropriate inferences），以及客观的评价（evaluated objectively）。^① 而在裁决书第五部分的说理证成中，存在以下问题。

（一）使用的证据与待证事实不具有相关性

对于菲方提出的第1、2项诉求，为认定当事方之间存在争端这一事实，仲裁庭考察了菲律宾单方提出的四份作为证据的外交照会。这分别是中国2009年5月7日两份内容基本相同的外交照会（第CML/17/2009号与第CML/18/2009号）、菲律宾2011年4月5日的外交照会（第000228号）以及2011年4月14日中国对联合国秘书长的外交照会（第CML/8/2011号）。^② 对于菲方提出的第3、4、6、7项诉求使用的证据是三份外交照会和一份备忘录，^③ 除了上述中国的第CML/8/2011号外交照会和菲律宾的第000228号外交照会外，还有2011年4月4日菲律宾致中国驻马尼拉大使的照会（第110885号），以及1997年5月27日菲律宾时任外交部副部长鲁道夫·塞维利罗（Rodolfo Severino）致菲律宾总统的备忘录。仲裁庭通过这些外交照会段落的不完全援引，最终认定了当事方之间存在关于《公约》解释或适用的争端。本文认为，这些作为证据的外交照会的内容与待证事实并不具有相关性，原因如下。

第一，仲裁庭忽略了这些外交照会的提出背景。这些照会提出当时的情况是较为复杂的。以中国的第CML/17/2009号与第CML/18/2009号照会为例。2009年5月6日，马来西亚和越南向联合国大陆架界限委员会联合提交了200海里外大陆架划界提案，将包括南沙群岛在内的南海南部大片海域作为两国共同的外大陆架；5月7日，越南又向大陆架界限委员会单独提交了南海“外大陆架划界案”。针对这些情况，2009年5月7日，中国外交部就上述“划界案”向联合国秘书长提交照会，即第CML/17/2009号与第CML/18/2009号外交照会，阐明了中国的立场。两年后的2011年4月5日，菲律宾提交第000228号照会，抗议中国提交的2009年两份照会的内容，强调菲律宾对南沙群岛的岛礁及周围海域、海床拥有主权和管辖权。2011年4月14日，中国常驻联合国代表团就有关南海问题致联合国秘书长的第CML/8/2011号照会中，回应了菲律宾，并再次阐明中国的主张。^④

从上述背景可以看出，中国的第CML/17/2009号外交照会是回应“上述马来西亚和越南联

① Award, paras. 132, 163.

② Award, pp. 64 – 65, paras. 164 – 168, notes. 128 – 130.

③ Award, pp. 66 – 67, paras. 169 – 171, notes. 132 – 135.

④ 《外交部发言人马朝旭就越南提交南海“外大陆架划界案”答记者问》，<http://www.fmprc.gov.cn/123/xwfw/fyrth/t561316.htm>；《外交部发言人马朝旭就我国提交200海里外大陆架初步信息答记者问》；<http://www.fmprc.gov.cn/123/xwfw/fyrth/t561647.htm>；《2011年4月14日外交部发言人洪磊举行例行记者会》，http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhs_l_673025/t815309.shtml，最后访问时间：2016年2月3日。

合划界案”提出的,而第 CML/18/2009 是回应“上述越南提案”的。中国的这两个照会的照会对象并不是菲律宾。也就是说,只有菲律宾第 000228 号照会和中国第 CML/8/2011 号照会是中菲两国之间的往来性照会,而仲裁庭援引作为证据的第 CML/17/2009 号和第 CML/18/2009 号照会的对象不具有同一性,不具备仲裁案中菲双方之间的往来性,因而与待证事实不具有相关性。

第二,即使这样,仲裁庭对这两份往来性的外交照会也存在不完全援引与审查的问题。以菲律宾第 000228 号外交照会为例。^① 仲裁庭忽略了该照会中的前言和第 1 段,只援引了第 2、3 段作为事实认定的依据。^② 前言和第 1 段中明确提出卡拉延群岛是菲律宾不可分割的一部分,菲律宾对于卡拉延群岛内的地理构造拥有主权和管辖权 (has sovereignty and jurisdiction)。2011 年 4 月 14 日,中国在第 CML/8/2011 号照会中,强烈反对 (object strongly) 的是菲律宾对南沙群岛提出的领土主张 (territorial claims)、菲律宾对我国南沙岛礁的占领 (occupation),以及其他侵犯中国领土主权的行为 (as well as other related acts constitutes infringement upon China's territorial sovereignty)。^③ 因此,双方之间在这两个具有来往性的外交照会中,存在争端的核心问题是南沙群岛的主权问题,并不是《公约》的解释或适用问题。

再以 2011 年 4 月 4 日菲律宾第 110885 号外交照会为例。^④ 该照会的回应对象是中国 2010 年 2 月 22 日 [第 (10) PG-047 号] 和 2010 年 5 月 13 日 [第 (10) PG-0137 号] 两份照会。中国这两份照会的内容是关于菲律宾在礼乐滩区域特定区块的石油勘探与转让行为。在这两个照会中,中国的态度是一贯的,除了表达我们在南沙群岛及附近海域拥有无可争议的主权、主权权利和管辖权以外,更多的是提醒菲律宾这种行为是非法的、无效的,并且两次提请菲方遵守《南海各方行为宣言》(Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea,以下简称《宣言》)里的承诺,撤回相关决定,共同维护南海的和平与稳定。菲律宾在其第 110885 号外交照会中用了 4 点理由来支撑其国内能源部行为的合法性,仲裁庭在裁决书中,只引用了第 110885 号外交照会中的后 3 个理由,被忽略的第 1 个理由中,菲律宾再次对卡拉延群岛声称享有主权和管辖权。因此,通过重新呈现照会的背景与完整内容,可以发现这样两个问题:作为第 3、4、6、7 项诉求的证据(菲律宾第 110885 号外交照会)提及的南海特定区域是礼乐滩,并不属于第 3、4、6、7 项诉求中的海洋地物,证据与待证事实不具有相关性;同时,第 110885 号外交照会所反映的依然是主权性质的争端,不是与《公约》解释与适用相关的争端。

(二) 使用的证据内容不具有明确性

仲裁庭使用的证据内容本身具有模糊性,更与菲方在仲裁中的诉求相矛盾。以菲律宾的第 000228 号照会为例。如上所述,该照会的前言和第 1 段称菲律宾对卡拉延群岛享有主权和管辖权,第 3 段称,“……这些海域的主权和管辖权或者主权权利必然地归属于适当的沿岸国或群岛国,也即菲律宾。根据《公约》……不论这些水域是领海、200 米的专属经济区或大陆架,这些

① 仲裁庭对菲律宾第 000228 号外交照会不完全援引问题是高圣惕教授在 2016 年 1 月 9 日至 10 日由中国国际法学会和外交部条法司联合举办的“菲律宾南海仲裁案”学术研讨会上发言提及的观点,特此感谢。

② Award, p. 64, para. 165.

③ 参见第 CML/8/2011 号外交照会。

④ Award, p. 67, note. 135.

水域的海床以及底土也是属于菲律宾的”。^①可以看出，菲律宾对于卡拉延群岛的权利主张是不清晰的。它既主张自己是沿海国，也主张是群岛国，还主张南沙群岛的某些地物可能只能产生领海。这种对自身权利主张不清晰的证据材料内容本身并不能构成对诉求 1 与 2 的是否存在与《公约》解释或适用争端的支撑性表达。

相反，中国对于南海岛礁的主张是明确并且一贯的。在中国公布的诸多地图、1958 年的《关于领海的声明》、1992 年的《领海及毗连区法》以及各种外交往来中，中国均明确指出领土包括南海的东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他属于中国的岛屿。但菲律宾的情况不一样，菲律宾以《公约》作为对海洋地物和海域权利的主张依据，但作为证据的外交照会的内容却是模糊的，也是前后矛盾的。在确定菲律宾领土范围的一系列国际条约以及 20 世纪 70 年代以前的菲律宾国内立法中，菲律宾从未对南沙群岛及其任何组成部分提出领土主张。现在提出的主张与以前不一样，也不一致。^②

而对于第 8 至 14 项诉求，仲裁庭认为双方的争端“很完整地记录在双方的外交信件中”，然后就得出双方之间存在《公约》解释或适用的争端的结论。^③但仔细考察这些外交信函，信函的内容同样不是关于《公约》的解释或适用。例如，菲律宾所提供的一份 1995 年 8 月 9 日菲律宾与中国双边会谈的会议记录，该记录是关于当时菲律宾对中国在美济礁一些建造提出的关切。菲律宾提及，这种关切不仅因为美济礁是菲律宾的领土，还由于美济礁相当靠近（菲律宾的）巴拉望岛。中国在这个记录中的立场是，中菲之间的争端主要是与主权相关的。中国认为对于南沙群岛拥有主权，而菲律宾认为对于南沙部分（即卡拉延群岛）拥有主权。这是中菲两国分歧之所在。很明显，这是双方关于主权性质的争端，并不是《公约》的解释或适用。另外，对于第 5 项诉求是否存在关于《公约》解释与适用的争端，裁决书中没有提及任何的证据，仲裁庭就得出了解决结论。^④

（三）小结

作为证据的事实必须与案件中的待证事实有客观的联系，能够证明有关的待证事实，这样的证据才是有联系的、有实际意义的。如果证据与待证事实之间没有联系，即使它是客观存在的，也没有任何实际意义。本案中，如裁决书中所使用的作为证据的这些照会，形式上存在对象不一致的问题，内容上也与待证事实不相关。仲裁员在处理、分析判断证据材料的客观联系时，既不能主观臆造，也不能牵强附会，更不能强加。

本文注意到仲裁庭在裁决书中提到的认定争端是否存在的两个方法，即对双方行为合理的推定，以及客观的评价。关于适当的推定，推定是以推理为桥梁的由一个事实到另一个事实的认识活动。在法律领域内所说的“推定”一般都是以法律规定为依据的，因此在司法活动中运用推

① Award, p. 65, para. 165.

② 参见《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》，外交部，http://www.mfa.gov.cn/web/wjlb_673085/zjzg_673183/tyfls_674667/xwlb_674669/t1217143.shtml，第 5—6 段，最后访问时间：2016 年 2 月 3 日。

③ Award, para. 173.

④ Award, para. 172, “In the Tribunal’s view, …”.

定方法认定案件事实或争议事实就表现为对“推定规则”的适用。^① 这种规则的形式在国际法领域更多地表现为以往国际司法机构作出的判例。裁决书中认为这种“推定规则”是国际法院1962年的“西南非洲案”中确立的“一方提出的诉讼主张遭到另一方的明确反对”；^② 但在2008年的“《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用问题案”中，国际法院在判定当事方之间是否存在与案中公约解释或适用相关的争端时，认为“裁定必须反映出对事实的仔细分析。这是实质问题，而非形式问题”、“双方当事人主要关注的是这些文件和声明的内容，法院关注的也是这一方面”。^③ 无论仲裁庭采用何种“推定规则”，必须让推定的基础事实得到充分的证明，以及不存在相反的证据或者相反的证据不足以推翻该推定。从以上论述可知，无论是菲律宾要证明的基础事实——一方提出的诉讼主张遭到另一方的明确反对，还是需要推定的事实——存在有关《公约》解释或适用争端，都无法得到充分的证明，也存在矛盾与模糊之处。另外，对于第8至14项诉求中争端事实的确立，裁决书中并没有公开表达其推定的过程。裁决过程中，仲裁员或法官确实被允许在一定程度上进行“自由心证”，但推定规则适用的“心证”过程不能仅存在于仲裁员的内心，可以也应当以一定方式公开，这是公正原则的要求。^④

诚然，如裁决书中所称，争端是有多方面的，也是涉及很多问题的，^⑤ 但本案中一些明显不具往来性和内容明确性的照会，初看起来似乎与诉求具有相关性，但更进一步观察，却存在众多排除的理由。仲裁庭更谨慎和合理的做法应该是将这些外交照会或外交往来放在更大的背景中去考察，审查双方在《公约》生效前后就南海问题所作的声明、决议等，然后再从每一份文件和声明的具体结论中推定出更具一般性的结论。事实上，这种做法也得到了国际法院的采纳。^⑥ 因此，在确定诉求是否存在有关《公约》解释或适用的事实认定方面，裁决书中援引的这些外交照会，尚未达到仲裁庭自己所定的两个标准（双方行为合理的推定和客观的评价）。

三 管辖权前提条件成立的事实认定问题

在确定双方存在关于《公约》解释或适用的争端后（当然，如前所述，这样的确定是有问题的），仲裁庭把关注点转移到了限制与例外事项的认定上，并认为《公约》第281、282和283条构成管辖权的前提条件。

仲裁庭创新了对第281条第1款中“如已协议用自行选择的和平方法来谋求解决争端”的解释。仲裁庭对待第281条第1款的思路是：判断是否存在一个“协议”。如果不存在，第281条将不能排除管辖权；如果存在，确立管辖权还需要考察这份协议是否同时满足这三个条件：诉诸自行

① 关于证据法上的推定、推理或推断等概念的各种辨析，可参见何家弘：《论推定规则适用中的证明责任和证明标准》，载《中外法学》2008年第6期，第886—880页；何家弘：《论推定概念的界定标准》，载《法学》2008年第10期，第38—48页；卞建林等：《从逻辑到法律，推定改变了什么》，载《南京大学法律评论》2009年春季卷，第35—54页。

② Award, p. 62, para. 159.

③ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Judgment, paras. 30, 37.

④ Rüdiger Wolfrum and Mirka Möldner, MPEIL, paras. 2, 8.

⑤ Award, para. 142.

⑥ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Judgment, para. 39.

选择方法后争端未得到解决、没有明确排除任何其他程序,^① 以及约定的解决时限已过。^② 仲裁庭的这种解释, 实质为第 281 条发挥阻止强制程序的作用设置了相当高的门槛。但这种严格解释的路径并没有沿用到第 283 条中。相反, 仲裁庭对第 283 条“双方交换意见义务”的解释是宽松和灵活的。^③ 仲裁庭认为意见交换的内容既可以是程序上的, 也可以是实质上的, 对争端解决方法选择的程序性意见交换必然包括对实体问题的协商。^④ 本部分就此继续从证据角度展开评析。

(一) 使用的证据存在可采性瑕疵

菲律宾选择了 1995 至 1998 年的一些双边谈判记录作为证据以证明双方已就争端交换意见, 这些材料主要是 1995 年 3 月 20 至 22 日的两份中菲双边协商会议纪要、^⑤ 2012 年 1 月 14 日第 17 届中菲外交协商的讨论记录、2012 年 4 月 26 日菲律宾给中国的一份关于黄岩岛问题的外交照会 (第 12—1137 号), 以及 2012 年 4 月 29 日中国的一份外交照会 [第 (12) PG—206 号]。^⑥ 仲裁庭据此, “非常确定 (it is well established that)” 地认为意见交换已进行, 菲方“没有继续交换意见的义务。”^⑦

但是, 对于这些证据, 裁决书第 303 个脚注提及, “菲律宾提供的大部分双边谈判记录均为其内部记录, 因此不及由双方共同的记录权威。尽管如此, 仲裁庭认为菲律宾的这些记录仍有证明力, 只要这些记录与所载事实是同时期的, 并且是形成于菲律宾正常外交活动中的”。^⑧ 但是, 在外交实践中, 各方关于争端解决的谈判都有一个共识: 如果谈判失败, 但双方在谈判过程中为解决争端而表达的立场、信息和文件是不能在诉讼 (仲裁) 中作为证据使用的; 如果谈判暂时达成一致, 只要双方未达成最后协议, 临时协议中的内容也不能成为证据; 谈判各方不会在诉讼 (仲裁) 中提及或者泄露各方在意见交换中的让步、同意、反对或观点。^⑨ 这个实践也反映在了国家间诉讼当中。例如, 美国和加拿大在 1979 年 3 月以签订特别协定的方式将缅因湾海洋划界的争端提交至国际法院, 特别协定第 5 条第 1 款就规定, “任何一方不得以任何方式披露自 1969 年以来各方在谈判或讨论过程中的为解决海上边界划分的方案或回应, 无论这些方案或回应是何种性质。”^⑩ 更为重要的是, 1995 年 3 月 20 至 22 日的三份中菲双边协商会议纪要^⑪都属于内部

① Award, para. 224, “This requires an ‘opting out’ of Part XV procedures…”.

② Award, para. 195.

③ Award, para. 349.

④ Award, para. 332.

⑤ Award, paras. 334, 335, notes 304, 305.

⑥ Award, pp. 118 – 119, paras. 337 – 341.

⑦ Award, paras. 342, 343.

⑧ Award, p. 115, note. 303, “The Tribunal notes that the majority of the records of the Parties’ consultations available to it are the Philippines’ internal records and are therefore less authoritative as to what was said than a record that was prepared jointly. The Tribunal nevertheless considers that the Philippines’ diplomatic records do have evidentiary value insofar as they were contemporaneous to the events in question and were prepared in the course of the Philippines’ normal diplomatic practice.”

⑨ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, pp. 174 – 177.

⑩ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, I. C. J. Report, 1984, Judgment, p. 254, “Neither Party shall introduce into evidence or argument, or publicly disclose in any manner, the nature or content of proposals directed to a maritime boundaries settlement, or responses thereto, in the course of negotiations or discussions between the Parties undertaken since 1969.”

⑪ 这三份文件分别为: 《中菲双边磋商会议纪要 (1995 年 3 月 20 至 21 日)》《菲律宾外交部: 与中国国务院副总理及外交部长钱其琛友好对话的电话记录 (1995 年 3 月 21 日)》《中菲双边磋商会议纪要 (1995 年 3 月 21 至 22 日)》。See Award, p. 114, note. 295.

的、单方的会议记录。缺乏对方的签字或认可的内部、单方记录，本身并不具有证据力与证明力，也不应该被仲裁庭所接受。另外，通过观察发现，仲裁庭可能是意识到内部、单方证据的可采性存在瑕疵，因为下文将会提及，裁决书援引了一份1999年12月中方起草人的发言作为《宣言》不具有拘束力的证据材料，而这份证据材料的性质同样属于会议记录与备忘录，但却有相关的签名。这是仲裁庭有选择性地使用证据的表现。

另外，为了证明《宣言》并非具备法律约束力的协议，裁决书援引了菲律宾提出的时任东盟秘书长的鲁道夫·塞维利罗在2010年发表的一篇论文为证据，以证明起草时东盟方面的意愿。^①但是，早在1984年“针对尼加拉瓜的军事与准军事行动案”当中，国际法院就指出：“在所有情况下，对于某种书面材料，如报刊文章、报告以及各种书籍，法院一直是谨慎对待的。即使这些材料似乎满足了客观上的高标准要求，法院也不把它们视为能够证明事实的证据，而只能视为有助于证实某一事实的存在材料……”。^②虽然该篇论文的作者时任东盟秘书长，但同时也是菲律宾外交部原副外长，但学术论文代表的是个人观点，在认定《宣言》是否具有法律拘束力的问题上，并不具备证据力与证明力。需要指出的是，裁决书出现了两处与鲁道夫·塞维利罗有关的证据材料，除此外，仲裁庭在认定菲律宾第3、4、6、7项诉求存在争端时，提到了“双方似乎未就个别特定岛屿的地位交换意见”时，^③仅援引了鲁道夫·塞维利罗在1997年5月27日致菲律宾总统的备忘录作为证据。

（二）对证据的审查不全面

对于意见交换义务的前提条件，裁决书还援引了2012年1月14日第17届中菲外交协商的内部讨论记录。2012年1月14日的中菲磋商，是正值中国和东盟国家在北京召开了落实《宣言》第四次高官会期间。^④中菲第17次外交磋商是由时任中国外交部部长助理刘振民与菲律宾时任副外长巴西里奥共同主持的，就落实2012—2013年“中菲友好交流年”活动安排、推动各领域务实合作、妥善处理南海问题等广泛深入交换意见。^⑤如前所述，这种内部会议记录存在证据可采性问题。但即使如此，仲裁庭只援引了这份内容丰富的内部材料中的“西菲律宾海”部分中的第134段到141段，以及第148、149段；但事实上，在此次外交磋商中，菲律宾关心的是在“西菲律宾海”的贸易稳定问题，中菲在2011年年底所发生的紧张情势，^⑥以及《南海各方行为准则》的磋商问题，并不是就任何《公约》解释或适用相关的争端解决方式进行意见交换。

① Award, pp. 84–85, para. 217, note 203, “Rodolfo Severino, ASEAN and the South China Sea, 6 (2) Security Challenges 45 (2010)”.

② *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 26 November 1984, para. 62.

③ Award, para. 169, note. 132, “Memorandum from Rodolfo C. Severino, Undersecretary, Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines, to the President of the Republic of the Philippines (27 May 1997)”.

④ 《2012年1月12日外交部发言人刘为民举行例行记者会》，中华人民共和国驻大阪总领事馆，<http://osaka.china-consulate.org/chn/fyrth/t895096.htm>，最后访问时间：2016年2月3日。

⑤ 《中菲举行第十七次外交磋商》，中华人民共和国驻菲律宾共和国大使馆，<http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceph/chn/zfgx/zfgx/t896229.htm>，最后访问时间：2016年2月3日。

⑥ 《菲称中国军舰驶入其领海 向中方表达严重关切》，搜狐网，<http://news.sohu.com/20120109/n331557975.shtml>，最后访问时间：2016年2月3日。

在对第 281 条进行说理时, 裁决书还援引了 1999 年 12 月中方起草人的发言为证据, 认为中方“同意认为《宣言》应该是一个原则性的政治文件 (consensus that the Code should be a political document of principle)。”^① 这里需要指出的是, 中方这份备忘录的内容是多方面的, 既提出了对东盟草案的不赞成之处; 也分析了中方草案的可行之处; 再请东盟仔细考虑中方的草案。而裁决书的援引仅是中国对己方草案可行之处的分析, 但中方在此处的原意应为, 我方的草案更积极、更具建设性、更容易取得各方的共识, 因此中方的草案是“符合各方已有的关于《宣言》是一种原则性政治文件的共识”。另外, 裁决书还援引了中国高官在第 16 次中国—东盟 (10 + 1) 领导人会议上的讲话^②作为证据以证明《宣言》并不具备约束力。但裁决书并未载有该讲话的原文。经考察, 该讲话的内容是“《南海各方行为宣言》是中国与东盟国家达成的重要政治共识, 是南海和平稳定的基石。”^③ 首先, “政治共识”或“政治文件”是否具备拘束力, 这是一个国际法上尚未确定的理论与实践问题, 通常要采决于具体的、特定的问题。其次, 缔约方的意图确实是决定一份协定是否具备法律拘束力的关键。根据国际法已有的实践, 缔约方的意图并不是一成不变的, 后续行为也可能会使得文件的性质发生变化。仲裁庭应该注意到, 在《宣言》签订后, 菲律宾与中国发布了众多的双边联合声明或新闻公报, 也在东盟所主导的一系列政治外交安全对话会议 (包括东盟外长会议、东盟区域论坛、东盟峰会以及中国与东盟峰会等) 召开后, 以联合公报、主席声明、共同声明或其他中国与东盟文件的形式, 多次表示过同意充分、有效落实《宣言》。^④ 例如 2004 年 9 月 3 日中菲双方发表的《中华人民共和国政府和菲律宾共和国政府联合新闻公报》和 2011 年 9 月 1 日双方发表的《中华人民共和国和菲律宾共和国联合声明》等等。^⑤ 因此, 仲裁庭仅凭一次讲话就认定《宣言》的拘束力问题, 并不全面与客观, 甚至有意曲解了讲话的内容。第三, 《宣言》是否具备拘束力, 并不是由菲方 (或者任何一个东盟成员方) 可以作出解释的, 这是一个中国与东盟各国签订的协议, 作为签署方的中国与其他东盟国家可能有更多的证据能证明《宣言》的性质, 仲裁庭不能以偏概全, 这也反映了本文第一部分所提及的仲裁过程中证据提供单方意愿性所带来的严重问题。^⑥ 而且, 在上述作为证据的多份外交照会中, 中国与菲律宾其实都提及, 要尊重国际法以及《宣言》。^⑦

(三) 小结

本部分讨论的证据瑕疵问题, 也即是证据能力、证据资格或者证据的适格性、可采性, 是指事实材料具备在法律上允许其作为证据的资格。证据的可采性以证据的关联性为前提。凡是可采纳的证据, 都必须具有关联性。但是, 具有关联性的证据却不一定都可以采纳, 仍有可能出于

① Award, p. 84, para. 217.

② Award, p. 85, para. 218.

③ 《李克强在第 16 次中国—东盟 (10 + 1) 领导人会议上的讲话》, 中国政府网站, http://www.gov.cn/ldhd/2013-10/10/content_2503038.htm, 最后访问时间: 2016 年 2 月 3 日。

④ 更多相关例子请参见: 宋燕辉:《由〈南海各方行为宣言〉论“菲律宾诉中国案”仲裁法庭之管辖权问题》, 载《国际法研究》2014 年第 2 期, 第 5—32 页; 另可参见 Bing Bing Jia, “The Issue of Admissibility in Inter-State Arbitration”, in Stefan Talmon and Bing Bing Jia (eds.), *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective* (Oxford: Hart Publishing 2014), pp. 107 - 137.

⑤ 《立场文件》第 36、37 段。

⑥ Rüdiger Wolfrum and Mirka Möldner, MPEIL, para. 14.

⑦ 参见菲律宾第 110885 号照会、第 17 届中菲外交部协商会议纪要以及中国第 (10) PG - 047 号照会。

各种考虑,或者由于某种规则,而不具备可采性。在国际法院或国际仲裁庭实践中,一般不对证据的证据能力或者限制证据能力的情形做出明确的规定。在国际法院2015年判决的“《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)”中,法院也处理了类似的问题。法院认为,国际法上并没有对证据的可采性制定具体的规则与要求,但是法院必须确保那些没有出庭的个人的陈述证据必须是真实可靠的,这些个人陈述的形式、情况、背景,都需要考虑。法院认为,陈述者的身份、陈述是直接证据还是传闻证据以及陈述是否同时期的,这些陈述是否被其他证据所证实等因素都很重要。从这三点出发,法院认为,克罗地亚提供的一些不具备个人签名的陈述作为证据是有瑕疵的,是不能被法院接受的。^①因此,即使没有明确的规定,但从证明的过程来看,证据的可采性问题依然是仲裁庭或法庭在认证时首先需要解决的,对于缺乏证据能力的证据,就应当将它排除出仲裁或诉讼。对于上文论述的双方在谈判中形成的证据材料;缺乏对方或陈述人签字认可的证据材料;以及内部的、单方的会议记录等等,都存在一定程度上的证据能力瑕疵。

另一方面,关于第283条的交换意见是一个事实问题,而且是一个并不容易证实的事实问题。^②意见交换既要重视形式,更需重视内容,争端各方都需认真对待这一义务,这已经得到国际海洋法法庭实践的支持。^③德国波恩大学法学院国际法教授史蒂芬·塔尔蒙(Stefan Talmon)认为,是否满足《公约》第283条第1款意见交换的标准并不是一个当事方主观的想法。如果一方只是简单声称通过交换意见达成解决争端协议的可能性已穷尽,这就能被认为已达到第283条第1款的标准,那该条就没有任何实质意义了。相反,这需要申诉方去证明,由仲裁庭来决定,这种交换意见的义务,至少其邀请了另一方就争端的事项交换意见,开启了通过谈判或其他和平方式解决争端的可能性。^④史蒂芬·塔尔蒙同样认为,当事方并不需要在意见交换过程中明确提到《公约》的具体条款,但是,要满足谈判的前提条件,谈判的事项必须要与争端的事项相同。可见,仲裁庭对第283条第1款的解释与已有实践完全不一样。仲裁庭认为争端方只需要就有关争端解决方式进行意见交换,并不必然地需要对实质问题展开磋商。但菲律宾所提交的这些证据材料,仅仅表明当事方之间就与双方之间真实争端相类似的争端交换过意见,并不是本案诉求中的争端;另外,菲律宾还需要证明其真诚善意地与中国就解决争端交换意见,而不仅仅是对某些事项的声明或反对。^⑤

而且,如按照仲裁庭的思路,自20世纪90年代初以来,中国与东盟国家之间,包括与菲律宾之间,就南海的各种问题已经举行过多次的协商与意见交换,中方必然存在与菲律宾之间就程序问题的意见交换,这样,第283条的要求就被“自动”满足了。但是,如果仲裁庭转换一下角

① *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, paras. 196 - 199.

② Stefan Talmon, “The South China Sea Arbitration: Is There a Case to Answer?”, in Stefan Talmon and Bing Bing Jia (eds.), *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective* (Oxford: Hart Publishing 2014), p. 62.

③ See *M/V ‘Louisa’ (Saint Vincent and the Grenadines v Kingdom of Spain)*, Provisional Measures, Order of 23 December 2010; *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003.

④ See *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003.

⑤ Stefan Talmon, “The South China Sea Arbitration: Is There a Case to Answer?”, p. 63.

度,从当今外交实践的实际情况予以考虑,情况可能就大不相同。在当今国际社会,国家之间在平等、互利和互相尊重领土主权的基础之上建立起外交关系。外交就是双方就共同关心的一些问题交换意见,以推动双方友好关系进一步发展。如果按照裁决书的思路,只要有意见交换,而不重视交换的内容是否与争端相关,那国家就可以利用某些法律条款作为强行向法院或仲裁庭提出诉讼或仲裁的工具,导致滥诉现象。因此,本文认为,仲裁庭在依据第 283 条进行事实认定时,能否意识到这一点,非常重要。

总的来说,具备证据能力是作为证据的先决条件,当事方提供的证据材料只有具备可采性,仲裁庭才能够将它作为认定案件事实的依据;而在那些具备证据能力的材料中,也只有那些与争端有着重要且实质联系的材料可以作为仲裁庭认定事实的根据。而仲裁庭对这些证据材料进行审查时,也应该联系实际,全面、客观地进行判断、评估与解释。

四 在实体阶段事实认定可能存在的问题

根据常设仲裁法院官网上公开的信息,仲裁庭已于 2015 年 11 月 27 至 30 日继续对南海仲裁案实体问题、剩余管辖权以及可受理性问题进行了开庭审理。在庭审之前,仲裁庭准许菲律宾提交了一些新的文本证据,同时听取了地理学家克里夫·斯科菲尔德(Clive Schofield)教授和海洋生物学家肯特·卡本特(Kent Carpenter)教授两位专家证人的意见。^①

根据已公开的庭审记录,仲裁庭在本阶段的任务,除了对法律问题解释与适用以外,将不可避免地需要处理大量与海洋状况、历史问题相关的事实与材料。从阅读庭审记录可知,菲律宾律师出示了大量关于南海各岛、礁、海洋地物的科学与技术证据,以及大量的学术论文与研究报告。由于仲裁庭最后如何援引、使用与评估这些证据目前尚不可知,但结合国际司法(仲裁)的特点和国际法院以往的实践,本文认为,在实体阶段,仲裁庭将无法根据菲律宾单方面提出的证据,合理、全面、公平地进行事实认定,从而影响法律的适用与公正裁决的做出。

(一) 科学性、技术性证据的审查与认定难度大

实体阶段的庭审出现了众多科学性与技术性的证据,摘要举例如下。

例子一:菲律宾律师为了证明“美济礁、仁爱礁、渚碧礁、南薰礁和西门礁(包括东门礁)”这五处地形是低潮高地,收集、出示并使用了大量关于这五处海洋地物的水文、地理和历史资料,其中主要包括有德国水生遥感公司(EMOP)^②利用卫星技术和等深法(bathymetric models)测绘的高清卫星图、水深测量信息、数字化地图,以及来自不同国家绘制的航海指南、表格与地图。^③

这些证据在出示过程中,遇到了仲裁庭如下的提问,“这些证据是否一致,是否足以在没有直接观察(direct observation)的情况下确立其地位?”、“这些海潮模型是否足够完整与可靠?”、“这些海潮模式、测量基准是否会得出不同的结论?”、“《公约》第 121 条第 1 款是否需要一些证

① “Ninth Press Release 30112015 (Unofficial Mandarin Chinese translation)”, Permanent Court of Arbitration.

② “Final Transcript Day 2 (hereinafter Day2)”, Merits Hearing, p. 26, lines, 15 – 19.

③ “Day 2”, p. 38, lines. 25 – 28; pp. 39 – 40.

明标准?”、“这些卫星图片、等深算法、手册、海图、观察记录的证明力是什么?”^①

例子二：菲律宾为了证明它所声称的“中国未尽到保全和保护海洋环境的义务”，主要是引用肯特·卡本特（Kent Carpenter）教授的两份报告^②作为证据。第一份报告讨论了南海不同生态系统的关联与海洋生物的多样性之间的关系；第二份报告则是珊瑚礁与人类活动、南海生态系统稳定性的相关问题。

在菲律宾律师艾伦·博伊尔（Allan Boyle）陈述这两份报告的过程中，遇到了吕迪格·沃尔夫鲁姆法官（Rudiger Wolfrum）尖锐的问题：“菲律宾在这一区域没有事实调查（fact-finding），那有什么样确凿的事实（hard fact）？”、“菲律宾希望仲裁庭要适用《公约》第192条和第194条，需要证明在这一区域到底有什么样的非法与破坏行为？”、“请关注事实，清楚的事实。”^③

在已有的国际实践中，科学证据集中出现于海洋类与环境类的案件中，也正是本案中所涉及的事项。在这两个例子中，虽然诉求不尽相同，但都涉及到了大量的技术性问题（technical issues），这些技术性问题以科学证据的形式呈现到仲裁庭面前，是仲裁庭在认定事实过程中不可逾越的一道难题。对于技术性、科学性证据的采信与认定，在国际法上并没有统一的定义、标准与规则，也尚未有足够的国际实践与经验。近年来，国际法院分别在“乌拉圭河沿岸的纸浆厂案（阿根廷诉乌拉圭）”、“领土争端与海洋划界案（尼加拉瓜诉哥伦比亚）”、“南大洋捕鲸案（澳大利亚诉日本）”和“尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案”中遇到过类似的问题，但态度都非常谨慎。

在国际法院2012年的“领土争端与海洋划界案”中，尼加拉瓜与哥伦比亚对于基塔苏埃尼奥（Quitasueño）中的地物的法律定性意见并不一致。哥伦比亚所依靠的证据是罗伯特·史密斯（Robert Smith）博士编写的一份《关于基塔苏埃尼奥的专家报告》（以下简称《史密斯报告》），该报告使用格勒诺布尔海潮模式（Grenoble Tide Model）以确定海洋地物于高潮时是否露出水面。尼加拉瓜质疑格勒诺布尔海潮模式的准确性，并提出“海军部海潮模型”（Admiralty Total Tide model）用于在基塔苏埃尼奥的测量更为合适。法院对于案件中双方提交的大量复杂的科学性证据持谨慎的态度。法院认为其有责任在众多证据中确定具备相关性的证据，评估其证明力，并得出结论。法院认为，现今的证据在决定相关程度上更可靠，基于实际观察撰写而成的《史密斯报告》固然重要，但法院认为，报告的结论必须谨慎对待。由于双方对海潮模型无法达成一致，法院唯一能确定的只有标记为“QS32”的地物在双方所使用的模型的测量下都于高潮时露出水面。至于在基塔苏埃尼奥其他海洋地物，法院认为，哥伦比亚提出的证据无法充分确定其中的任

① 庭审记录原文为：“whether the available evidence is consistent”，“whether the available evidence suffices to establish the status of features as above or below water at high tide in the absence of direct observation”，“whether existing models of tidal patterns ... are sufficiently complete and reliable”，“whether “measurements and models of tidal patterns ... by both the Philippines and China ... differ significantly” . See “Day 2”， pp. 34 - 39。

② See Kent E. Carpenter, Ph. D., *Eastern South China Sea Environmental Disturbances and Irresponsible Fishing Practices and their Effects on Coral Reefs and Fisheries* (22 March 2014); K. E. Carpenter & L. M. Chou, *Environmental Consequences of Land Reclamation Activities on Various Reefs in the South China Sea* (14 November 2015); also see “Final Transcript Day 3 (hereinafter Day 3)”， Merits Hearing, p. 14, note 4.

③ 庭审记录原文为：“What hard facts do you have that this has been taking place? ... so that we find a factual basis for invoking Articles 192 and 17 194, et cetera. ”，“But please focus on the facts, so that the facts are clearly in front of us on the table.” See “Day 3”， Merits Hearing, p. 46, lines 10 - 18; p. 47, lines. 8 - 10。

何地物构成国际法中的岛屿。^①

而在“南大洋捕鲸案”中，为了解释《国际捕鲸管制公约》第8条，国际法院需要决定“日本特许南大洋捕鲸研究第二阶段方案”（Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic, JARPA II）下的活动是否“以科学研究为目的”。为此，法院综合地考虑了诸多技术性因素：方案中的致死性取样方法的决定、JARPA II中的总样本量、选择样本大小的方法、总样本量与实际捕获数量的比较、方案的时间跨度、取得的科学成果和方案与相关研究项目的合作程度等等。法院的判决对这些因素进行了大量的阐述，最后采纳了一些均获得双方同意的证人证言作为事实认定与法律适用的依据。^②

结合国际法院已有的实践，本案诉求的实质性事项同样是一些法律与科学事实高度混合的问题，例如海洋环境、生态系统、潮汐模型选择、卫星影像的图像处理方法与精确度等等。仲裁员面对这样一些超出其自身知识背景的专业问题，必须借助于科学证据与专家意见，“因为专家拥有知识和专业技术，因此对科学问题的专家评估是不可缺少的，他们可以对提交给法院的愈加复杂的事实作出评估……但法院本身并不具备充分资格来评估和衡量各方提交的复杂科学证据。”^③因此，如何审查这些科学证据与专家意见是摆在法庭面前的主要困难，从上述举例中仲裁员的提问考察可知，作为某些专业问题“门外汉”的仲裁员也已经意识到这个困难。

在本案中，仲裁员同样面临着在没有直接观察（direct observation）的情况下如何确立某些海洋地物的地位、肯特·卡本特博士的两份报告和一些卫星图像的证明力问题。值得注意的是，肯特·卡本特博士的这两份报告都是在菲律宾提起仲裁程序后才所作出的；而另一位专家证人克里夫·斯科菲尔德博士在个人陈述和回答法庭问题时，都结合了《公约》的规定进行参照、阐述与分析。^④且不论报告作者身份的中立性问题，进入仲裁程序后的报告的相关性与可靠度都令人生疑；而作为证人的专家在陈述意见时，本文认为，无论专家如何精于其专业所攻，都不需要适用与解释法律，仲裁员只需要专家对科学技术问题提供参考意见，并能接受当事方的质证，以帮助其理解与判断。因此，克里夫·斯科菲尔德博士专家证言的中立性和结论的客观性同样应该慎重考虑。

本文认为，专家证人是国际法院近年案件中所采用的其中一种证据来源获得方法，有其一定的合理性与必要性。但是，从国际法已有实践中，采纳专家证人证言以认定事实需要考虑以下几个因素：相关理论或技术现存的和维持的标准；相关理论或技术是否已经在科学上得到过同行评议或经过检验；相关理论或技术已知的或潜在的错误概率；以及相关理论或技术为科学界所总体接受的程度等等。^⑤上述国际法院的三个案例中，法官在考察科学性证据时，都特别注重这几个因素的综合考察。另一方面，科学家、专家并没有可采性、真实性和相关性这样的一些证据规则

① *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Report 2012, pp. 641–648, paras. 25–38.

② See *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening)*, Judgment, I. C. J. Report 2014.

③ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, Joint Dissenting Opinion of Judges Al Khasawneh and Simma, I. C. J. Report 2010, pp. 108, 110.

④ “Day 3”, pp. 5–8; “Final Transcript Day 4 (hereinafter Day 4)”, Merits Hearing, pp. 43–52.

⑤ See “Manual for Complex Litigation”, 4th, § 23.22, <http://www.fjc.gov/public/home.nsf/pages/470> (last visited February 3, 2016).

意识,但这种意识对于法律人来说却至关重要。科学家、专家结论的得出依赖于他们收集到的数据、运用的科学方法,这样的报告与意见具有不稳定、结论开放性的特点,与司法(仲裁)中需要措辞明确、相关、真实的要求有时相去甚远。不同专家针对同一争议事实,运用不同的原理和技术方法,甚至还可能会得出不尽相同的结论。

还需要指出的是,在第3天的庭审中,菲律宾律师引用“乌拉圭河沿岸纸浆厂案”判决以及国际法委员会于2001年通过的《关于预防危险活动的跨界损害的条款草案》,认为环境影响评价作为一项国际法义务,由于没有证据表明中国已有行动在南海实施了环境影响评价制度,因而违反了《公约》。^①但是,没有证据并不表明没有事实,当事方一方没有的证据不等于对方也没有证据。应该认识到,仲裁中所有诉求的举证责任本来就在菲方,因举证不能带来的败诉风险本应由仲裁提出方承担。仲裁庭不能,也不应该仅依靠一方提供的证据作出事实认定与法律适用。单方出庭并不能改变举证责任的承担规则。

(二) 学术性书证依然存在证明力问题

实体阶段的庭审出现了大量的学术性书证,^②摘要举例如下。

例子一:菲方律师在第2天的庭审中,菲律宾律师保罗·雷切尔提出其“太平岛以及南海各岛礁均不能维持人类生存和经济生活”的观点时,援引了台湾大学植物学家黄增泉教授等人1994年发表的一篇报告,^③并在第4天庭审中,再次以这篇报告为主要论据,回答仲裁庭的第15个问题——“太平岛是否属于《公约》第121条第3款下的岩礁”。^④

例子二:菲律宾的律师在第4天庭审中,在回答仲裁庭关于太平岛法律地位问题时,引用了台湾大学国际法教授姜皇池2015年11月27日在报纸上的短评。^⑤

由这两个例子考察可知,为了证明太平岛的法律地位,菲律宾收集了来源广泛的证据为己所用。代理律师广泛收集对己有利的证据工作是可以理解的,但如果为了当事国利益,而歪曲书证材料原作者的用意,这样的证据并不具有证明力。例如在例子二中,姜皇池教授已经对其被菲方律师引用的观点作出了澄清,并指出这是出于报纸英文的翻译差错;^⑥可见,菲律宾律师是有意截取了对菲方立场有利的部分,隐藏了作者文章的原意。

而例子一中黄增泉教授的科研报告撰写于距今20多年前的1994年,仲裁庭在处理该报告的证据力时应该注意到国际法院的新近实践。国际法院2012年在“领土争端与海洋划界案”中明确指出,在处理海洋地物相关问题时,现今的证据(自然地理调查报告)更具关联性和证明力。

① 庭审中的原文为:“There is simply no evidence that China has carried out such an EIA. In our view, there is plainly a breach of Article 206.”, See “Day 3”, pp. 36-39; “Day 4”, pp. 43-52.

② See for example “Final Transcript Day 1 (hereinafter Day 4)”, Merits Hearing, pp. 28, 31, 32, 33, 45, 82, 83, 84, 86, 91, 92; “Day 2”, pp. 6, 8, 49, 53, 59, 60, 62.

③ “Day 2”, p. 111. note 38, “T-C Huang et al., ‘The Flora of Taipingtao (Aba Itu Island)’, *Taiwania*, Vol. 39, No. 1-2 (1994), p. 1. MP, Vol. VII”.

④ “Day 4”, Merits Hearing, pp. 14-23.

⑤ “Day 4”, p. 35, lines. 5-20, note 52, “Chiang Huang-chih, ‘Itu Aba claim a distracting waste’, *Taipei Times* (November 27, 2015), <http://www.taipetimes.com/News/editorials/archives/2015/04/02/2003614945>, p. 1. Hearing on Merits, Annex 839.”

⑥ 姜皇池教授的澄清说明可参见:<http://udn.com/news/story/1/1435650>, 联合新闻网, 最后访问时间:2016年2月3日。

无论当时相关地形的状况如何,随着时间的变化,相关地形的自然属性和社会经济属性都极有可能发生了显著的变化。这两个属性又正好是仲裁庭所需要的关键事实。事实上,仲裁员在对专家证人克里夫·斯科菲尔德的书面提问时其实也已意识到该问题。^①

菲律宾在实体阶段还引用了众多的学术类书证。如前所述,本文认为,学术类书证,如论文和科研报告,由于作者身份与学术研究的特点,并不具备证据力与证明力。尤其是这些学术性书证的作者并不是法庭与当事人指定的专家、也非由权威专门机构鉴定或出具的材料,更多只是代表学者在某一时期的某个观点,既不具备证据能力,也没有证明力。

(三) 小结

菲律宾在实体阶段对于海洋地物法律地位和环境法方面的诉求中,集中使用了大量科学性和技术性证据。本文认为,仲裁庭将如何处理这些复杂的证据材料值得关注。以菲律宾第11、12项诉求所涉及的环境问题为例,环境问题本身就有潜伏性、间接性、持续性和因果性等特点,而且菲律宾提出的生物多样性、生态系统的平衡,并不是一段短时间内就能科学、合理地评估出结果的。国际法院曾在“乌拉圭河沿岸的纸浆厂案”和“尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案”中明确指出,对于环境问题,尽管当事方提交的事实信息量大又复杂,但法院有责任在审查这些证据后,确定哪些证据事实与案件具有相关性,评估其证明价值,并酌情从中得出结论。^②“尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案”是国际法院在2015年12月16日判决的案例,此案中哥斯达黎加和尼加拉瓜都互称对方的行为违反了国际环境法的实体任务,但均遭到法院的驳回。法院承认,“在这两个相关案件审理的过去四年中,各方已提交给法院大量支持各自论点的事实和科学材料,包括大量由各方委托的专家和顾问编写的研究报告,这些报告对道路建设的技术标准,河流形态,圣胡安河的沉降原因、程度及影响,道路的建设对生态的影响等等方面都有分析”。但是法院认为,哥斯达黎加没有提供任何令法院信服的证据,表明环境改变与尼加拉瓜的行为有确定的因果关系;同样,尼加拉瓜提出的证据也不足以证明在北圣胡安任何形态的变化是由哥斯达黎加的道路建设行为带来的。^③可见,国际法院在环境案件中对待证据的态度是相当谨慎、严格和渐进的,要认定行为违反环境法义务,并不是由单方提供的所谓科学证据就能轻易推定出待证事实的。

本案仲裁庭应注意到国际法院在相关问题上的处理方式。在实体阶段,仲裁员同样面对着数量丰富、超出其自身知识背景的专业问题,也需要处理专家与仲裁员的关系定位、科学类证据审查标准和相关证据规则的适用等问题。本文认为,仅凭五人仲裁庭,运用有限的方法,无法从纷繁复杂的案件事实材料中提炼出具有法律意义的要素,为裁决提供充分的依据。

① “Day 4”, p. 50, lines. 11 – 12, “Turning to question 4, which concerns whether my position on Itu Aba has evolved and changed over time...”

② *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, para. 168; *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, para. 176.

③ *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, paras. 117 – 120, 175, 203 – 217.

结 论

“证据——事实——法律”的关系链存在于所有的司法（仲裁）实践中，链条中前一种推论是否有充足证据的支持属于事实问题，后一种推论是否有充足的事实支撑，关系到法律适用的前提是否成立，属于法律问题。^① 证据是所有法律实践中的基本问题。国家之间的诉讼（或仲裁）与国内的诉讼（或仲裁）会存在一定的区别，可以肯定的是，两者对于在证据的处理上依然存在众多相似之处，但国际实践规定更为模糊，受到的质疑和挑战也就更多。本文以仲裁裁决书为出发点，分析了本案仲裁中事实认定和证据使用中存在的一般性问题，由此及彼，再讨论了裁决书中存在的特定问题，而这些特定问题也是一般问题在本案中的具体反映。

首先，在证据的来源方面，国际法律实践中证据的来源是由当事方自愿提供的。国际法院成立并运行了70年，在绝大部分的司法判决中，都是基于当事方提供的证据来认定事实，适用法律以及做出决定。虽然近年来，越来越多的第三方机构或组织的报告或文件出现在法院的程序中，但这些材料的可靠性与真实性往往难以确定，争议极大。^② 证据来源的单方自愿性还伴随着另一问题，就是裁判机构对其证明方法和证明标准往往也是模糊的，在本案中，裁决书多处就简单地称证据已经“足以说明（sufficient）”相关事实了，^③ 或本庭已经“确信（convince）”^④ 相关事实了。但对于“足以说明”和“确信”的原因，仲裁庭并没有给出令人信服的解释。

第二，在证据的处理方面，概括上文反映的问题，就是仲裁庭选择性地使用证据以认定事实，具体表现就是仲裁员基于手上的支持现裁决内容的证据作出决定，而没有理会、提及、甚至没有意识到存在其他可能指向另一结果的证据与事实。仲裁裁决仅仅立足于支持该结论的证据，一旦结论成立，则认为那些可能指向相反结论的证据与事实并不充足，缺乏足够的证明力，但却又没有真正解释“不足”的原因。这种情况在管辖权与可受理性阶段，以及可预见在将来实体阶段的裁决中，都大量存在。

第三，在证据的评估或解释方面，概括上文反映的问题，就是仲裁庭在认定事实过程中对菲律宾单方提交的众多证据材料的审查与评估，并不是全面和客观的。证据材料本身对事实是没有倾向性和证明力的，只有把证据与案件的其他材料或事实相结合考虑，才能得出合理的结论。也就是说，仲裁员需要正确合理地联系证据事实与待证事实，才能让证据发挥应有的证明作用，而裁决书倾向于将每一份证据都“拆开来”理解，以试图确定每一项证据是否包含菲律宾依据《公约》所能提出的权利主张。

因此，仲裁庭忽视了其他可能指向与现结论相反的一些证据，仅通过简单的逻辑与说理，不

① 陈杭平：《论“事实问题”与“法律问题”的区分》，载《中外法学》2011年第2期，第322—336页。

② See Simone Halink, “All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated its Fact-Assessment to the United Nations in the Armed Activities Case”, (2008) 40 *NYU J Int'l L & P*, pp. 13 – 52; A. Mark Weisburd, *Failings of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2015), pp. 189 – 192.

③ Award, paras. 219, 285, 333.

④ Award, paras. 155, 245, 342, 349.

当地采纳、采信和联系了菲律宾单方提供的证据，得出了与真正事实并不一致的结论。^① 这个问题在事实更为纷繁复杂的实体阶段会愈发严重。

Commentary on Award on Jurisdiction and Admissibility of the Philippines-instituted Arbitration under Annex VII to the UNCLOS: Fact-finding and Evidence

He Tiantian

Abstract: The Tribunal constituted under Annex VII to the United Nations Convention on the Law of the Sea in the arbitration instituted by the Republic of the Philippines against the People's Republic of China issued its Award on Jurisdiction and Admissibility on 29 October 2015. Legal practice has something in common. The judicial trial process generally covers two indispensable stages: fact-finding and law-application. Fundamentally speaking, the production, collection, and evaluation of evidences serve a particular purpose: they are meant to enable the adjudicative body in question to find facts. Thus, evidence is meant to prove or disprove facts. This review paper aims to discuss evidence issues and fact-finding process in the Award. It begins by introducing the logic of the Award and then describes the possible problems during the merit procedure. As a general rule, international judges or arbitrators have wide discretion in the evaluation of evidence. However, it has been stated that the guiding principle of the rules governing the production, collection, and evaluation of evidence should be the principle of fair trial. The problems of fact-finding and evidence revealed in the Award would be much serious in the merits phase, thus having negative effect for the Tribunal to deliver its decision impartially.

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea, Legal Dispute, Preconditions to the Tribunal's Jurisdiction, Evidence, Fact-finding

(责任编辑: 李西霞)

^① 在裁决作出后, 中外学者也都从不同角度质疑了仲裁庭的做法。See Stefan Talmon, "Tribunal Ruling not Clear Victory for Philippines", *Global Times*, <http://www.globaltimes.cn/content/952260.shtml> (last visited February 3, 2016); Andrew Gou, "Guest Post: The South China Sea Arbitral Tribunal Finds that A White Horse Is Not a Horse – A Delimitation Exception Perspective", <http://opiniojuris.org/2015/11/10/guest-post-the-south-china-sea-arbitral-tribunal-finds-that-a-white-horse-is-not-a-horse-a-delimitation-exception-perspective/> (last visited February 3, 2016).