

# 争端的构成和本质：“南海仲裁案”第1项诉求及其管辖权裁决评析

陈喜峰\*

**摘要：**争端的构成和本质，不能仅依赖于当事方的论点，需要仲裁庭客观确定。结果一致性不是规避管辖权限制的合法理由。《联合国海洋法公约》第288条第1款确定的属事范围，是仲裁庭管辖权的固有限制。领土主权争端，即使仅为附带性或辅助性的，也不应作为规避管辖权限制的合法理由。“南海仲裁案”中，仲裁庭的争端定性明显忽视了争端的构成标准和《联合国海洋法公约》第288条第1款的限制。仲裁庭只能审议菲律宾所提及的法案或文件本身，而不是中国在南中国海的全面主张。海洋权利资格并不由《联合国海洋法公约》完全规定。中国在南中国海海洋权利资格其他法源的效力，本身不属于《联合国海洋法公约》解释和适用的事项。仲裁庭只能将此认定为一项事实，并且承认中国的主张符合历史性权利规则，有限考察历史性权利规则和《联合国海洋法公约》的特定条款相重叠和冲突的关系。谨慎的反思和自谦或可使《联合国海洋法公约》附件7仲裁庭建立与当事国的互信和支持，反之只能使其进退失据。

**关键词：**南海仲裁案 争端的构成 《联合国海洋法公约》 属事管辖权 历史性权利

## 一 引论：菲律宾的第1项诉求和仲裁庭在管辖权阶段的裁决

在菲律宾单方面提起的南海仲裁案（以下简称“南海仲裁案”）中，根据菲律宾诉状中陈述的事实和法律，菲律宾请求仲裁庭裁决的第1项诉求为：“中国在南中国海的海洋权利资格（maritime entitlements），和菲律宾相同，不应超出《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）允许的范围。”与其关系密切的第2项诉求为：“中国对南海断续线包围的南海海域的主权权利、管辖权和历史性权利的主张（claims），在超出中国根据《公约》的海洋权利资格的地理和实体限制的范围外，违反《公约》，没有法律效力。”<sup>①</sup>

在“应菲律宾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的裁决”（以下简称“管辖权裁决”）中，仲裁庭认为：“中国未能澄清南海断续线的含义或者详述其历史性权利主张，并不损及争端的存在。而且，争端涉及《公约》和其他法律文件或实体法之间的关系，包

\* 厦门大学法学院副教授。

① *Philippines v. China*, Philippines' Memorial, 30 March 2014, p. 271.

括根据其他实体法所产生的权利是否为《公约》所保护，都属于《公约》解释和适用的争端。”<sup>①</sup>

在裁决中，仲裁庭指出：

“第1项诉求涉及南中国海的海洋权利资格的法源（the source of maritime entitlements）及《公约》的作用。这要求仲裁庭考虑中国所主张历史性权利对南中国海海洋权利资格的效力（effect），及其与《公约》条款的相互关系。第2项诉求同样涉及第1项诉求所涉的法源和效力问题，直接要求仲裁庭确定中国在南中国海任何历史性权利主张的合法性（the legal validity）。两项诉求都属于《公约》解释和适用的争端。但考虑到《公约》第298条第1款所规定的历史性海湾或所有权对管辖权的排除规定，仲裁庭对两项诉求管辖权的确定，依赖于任何此类历史性权利的性质。而中国所主张历史性权利的性质和合法性，是实体问题，因而仲裁庭将管辖权的裁决保留至实体阶段一并处理。”<sup>②</sup>

仅就裁决本身而言，虽然仲裁庭指出了两项诉求都涉及历史性权利的争议问题（issues），然而，其混淆了两项诉求的本质。

菲律宾的两项诉求虽有密切关系，但实质不同。正如菲律宾在管辖权听证中提出：“双方存在的法律争端，是中国是否享有其所主张的历史性权利以及南中国海的海洋权利资格是否为《公约》所界定和限定。”<sup>③</sup>第1项诉求侧重后者，即历史性权利和《公约》所规定海洋权利资格在法源层面，其形式、效力、适用的相互关系问题，这涉及将历史性权利作为一种规则来看待。第2项诉求侧重对中国的历史性权利“主张”的合法性判断。尽管中国的此类主张必然包含法律基础，并因此和第1项诉求有所重叠；但主张本身只是一种国家单方提出的事实行为。两者的性质和管辖权问题的结构大相径庭。

特别是第1项诉求中“中国在南中国海的海洋权利资格”，菲律宾并未区分这是中国事实上主张的，抑或只是中国根据一般国际法中的历史性权利规则应当享有的，前者实质上是第2项诉求的内在部分之一。仲裁庭混淆历史性权利作为法源还是作为主张的区别，实际上将第1项诉求归于多余或无效。值得一提的是，常设仲裁法院于2015年10月29日发布的新闻稿印证了上述分析，指出：菲律宾请求仲裁庭作出对双方在南中国海权利和义务的法源以及《公约》对于中国在南海断续线内历史性权利主张的效力的裁决。<sup>④</sup>

混淆两项诉求的另一后果是，很难理解仲裁庭针对两项诉求分别指出的效力和合法性的含义。仲裁庭似乎隐含了国际法抑或《公约》的不同视角：对于法源层面的问题，本身就不可能局限在《公约》的范围内，这无异于彰显了对其管辖权的质疑；而“主张”层面是否符合《公约》，仲裁庭认为较易于提出合法性问题，因为这个“法”可以限定为《公约》本身。无论《公约》在多大程度上是自足的国际法制度，两者的区别正如国际法院法官布鲁诺·希马（Bruno

① Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, para. 168.

② Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, paras. 398-399.

③ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, pp. 50-51.

④ PCA's Press Release, dated 29 October 2015, <http://www.pcacases.com/web/view/7> (last visited February 15, 2016). 在管辖权裁决中，仲裁庭也作出了相似的陈述。See Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, para. 164.

Simma) 等对国际法不成体系现象的一种隐喻: 仰望宇宙还是坐视星球。<sup>①</sup>

为此, 也鉴于菲律宾和仲裁庭在2015年7月和11月的两次听证上讨论了诸多相关的实体问题, 本文以下将对菲律宾所提第1项诉求的管辖权和可受理性问题进行评析。

## 二 争端的构成和仲裁庭的管辖权

根据《公约》附件7所组成的仲裁庭, 如同任何其他国际裁判机构(包括国际司法或仲裁), 首先需要确定的是争端的存在和构成。尽管何为国际法上的争端并无确切的统一规则, 但是根据国际裁判机构的实践以及各自组织法的相关规定, 判断《公约》解释和适用的争端主要构成标准为真实性、对抗性和关联性。

### (一) 争端的构成标准

#### 1. 争端的真实性

“南海仲裁案”仲裁庭指出应存在实际争端(actual disputes)。<sup>②</sup> 国际法院在西南非洲案(*South West Africa*)案中指出: “在诉讼管辖案件中, 仅仅是一项主张本身, 并不足以证明争端的存在; 同样, 仅仅是否认一项争端的存在本身, 也不足以证明争端不存在。”<sup>③</sup> 因此, “南海仲裁案”中, 菲律宾须提出当事方之间存在法律或事实的分歧, 或者法律观点的抵触。

#### 2. 争端的对抗性

为了确立一项争端的存在, 需要表明不仅当事方的利益存在冲突, 而且一方的主张被另一方确实反对(positively opposed)。<sup>④</sup> 对抗性在国际海洋法法庭关于诉讼管辖和咨询管辖的区分中体现得很明显。<sup>⑤</sup> 争端的构成要求所争议的权利或义务、法律关系是建构在双方之间的, 而不仅是一项可以无视争端主体的“法律问题”。

一项法律解释的分歧可以确立为一项争端, 但它必须真实发生于当事方之间, 并且必须是作为当事方之间某种分歧主张的法律基础而成立的对抗。正如拉森诉夏威夷王国案(*Lance Paul Larsen v Hawaiian Kingdom*)中, 詹姆斯·克劳福德(James Crawford)等指出: “国际仲裁庭在诉讼管辖程序中的职能是确定当事方的争端, 不是作出抽象的裁决。如果当事方之间没有争端, 则仲裁庭不能继续作出裁决。”<sup>⑥</sup> 联合国国际法委员会也指出: “任何规则、条约或惯例, 无论其所

① Bruno Simma and Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, (2006) 17 (1) *European Journal of International Law*, pp. 496 - 497.

② Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, 29 October 2015, p. 57.

③ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 328.

④ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 328.

⑤ 国际海洋法法庭具有处理“争端”(disputes)的诉讼管辖权和“法律问题”(legal questions)的咨询管辖权。法庭可以就法律问题发表咨询意见(《国际海洋法法庭规则》第138条第1款)。https://www.itlos.org/en/jurisdiction, 最后访问时间: 2016年1月12日。

⑥ *Larsen v Hawaiian Kingdom*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 2001, pp. 566 - 587.

涉事项多么特别，或所涉国家的数目多么有限，都不是在真空中适用。”<sup>①</sup>就“南海仲裁案”而言，这要求确定当事方之间就《公约》的解释和适用问题持有相对抗的观点。对抗是指至少具有最低程度的可直接竞争性。

### 3. 争端的关联性

“南海仲裁案”中是指必须涉及《公约》的解释和适用。《公约》项下的仲裁庭，如同除国际法院外的绝大部分国际裁判机构，所管辖的主题事项（subject matter）是有限的，这既是《公约》第286条、第288条第1款的规定，也可以认为是大多数国际裁判机构在属事范围的固有限制。<sup>②</sup>

## （二）恰当地构成争端

争端的构成标准具有“法定”（juridical）意义，在具体的裁判中是由裁判机构在“司法”（judicial）的意义上确定。争端的存在，不仅依赖于当事方的论点，本身是需要仲裁庭客观确定（objective determination）的事项。<sup>③</sup>在大王子号案（*Grand Prince*）中，国际海洋法法庭指出：“根据国际裁判确立的案例法，法庭必须一直保证有对所提交案件的管辖权。为此，法庭有权自主（*proprio motu*）审查管辖权的基础……法庭有权处理管辖权问题的所有方面，无论其是否为争端方所明确提出。”<sup>④</sup>在赛加号案（*M/V ‘SAIGA’*）中，在当事方就管辖权并无异议的情况下，法庭仍然讨论了管辖权问题。<sup>⑤</sup>

因此，“南海仲裁案”中要求仲裁庭：

作为事实事项，能够恰当地确定双方的主张以及双方哪些法律或事实主张具有可直接竞争性，从而识别双方的争议问题和确定争端的范围；

作为法律事项，在争议问题恰当确定的基础上，恰当地确定争端的本质以及适用法。

这个过程实际上是争端的事实和法律予以特定化的构成性过程。

## （三）仲裁庭确定管辖权的权限和职责

恰当地确定争端的构成及其所涉管辖权问题的处理，不仅是裁判机构的权限，也是裁判机构的职责。

首先应承认，仲裁，如同任何具有约束性的第三方争端解决程序，依赖于当事方特别是申请方的主动行为。依据何种《公约》条款，并有针对性 and 选择性地提出诉求主题事项及其适用法的结构设计，是仲裁申请方的权利。正如吕迪格·沃尔夫鲁姆（Rüdiger Wolfrum）和让·皮埃

① International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 41.

② 国际法委员会确认“多数国际法庭的管辖权都只限于某些类型的争端或某些条约项下引起的争端”。See International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 32.

③ *Marrommatis Palestine Concessions (Greece v United Kingdom)*, Objection to the Jurisdiction of the Court, 1924 P. C. I. J Rep Series A, No. 2, p. 11. See also *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v Japan)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 27 August 1999, p. 44.

④ *Grand Prince (Belize v France)*, Prompt Release, ITLOS Judgment 2001, p. 77, p. 79.

⑤ *M/V ‘Saiga’ (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 40.

尔·科特 (Jean-Pierre Cot) 法官在丽波尔达号案 (*ARA Libertad*) 的联合异议意见中指出: “由仲裁申请方援引和提出《公约》的特定条款, 以证实其诉求, 并表明这些条款的解释和适用为被申请方确实反对。”<sup>①</sup> 申请方应提出诉求所涉及的事实, 并承担举证不足时的后果。

然而, 与诉求所涉及的事实方面不同, 在法律方面, 仲裁庭不能仅依赖当事方特别是仲裁申请方的论点。“虽然法院无疑要受法律的约束, 但法院不受当事方所提主张的约束”。<sup>②</sup> 在申请方诉求所提出的法律理由或援引的条款明显错误或存在缺失时, 仲裁庭应综合考虑, 特别是对如果考虑则会导致解释和适用结果不同的理由和条款。国际法院在渔业管辖权案 (*Fisheries Jurisdiction*) 指出:

“法院自身应特别注意原告所选择的争端构成 (the formulation of the dispute), 通过审查双方的立场, 在客观基础上确定双方的争端。是法庭而不是当事方需要确立其管辖权……要区别争端本身和当事方所提出的论点 (argument)。”<sup>③</sup>

甚至当事双方以协议确定了适用法, “法院在案件审判中的职责是适用国际法, 因此不能赋予任何此种文件以决定性的重要性”。<sup>④</sup>

实践中, 仲裁申请方出于管辖权、仲裁策略和证据方面的考虑, 会提出对己有利的任何理由, 并有针对性地选择不选择诉求和援引条款 (例如“南海仲裁案”菲律宾强调不诉求领土主权、海洋划界以及不提出群岛问题)。<sup>⑤</sup> 但错误的法律理由, 或者不全面地援引应当援引的适用法, 即使不是都影响争端的构成, 却必然会影响争端结果的合法性。

这种合法性影响表现在《公约》其他可适用条款的有效性以及裁决结果的确定性、一致性上: 正如“南海仲裁案”中菲律宾亦声称《公约》具有统一性 (the integrity of the Convention),<sup>⑥</sup> 《公约》的规定之间密切相关, 构成一个整体 (closely interrelated and form an integral package)。<sup>⑦</sup> 当事国法律关系和权利义务的最终确定, 需要考虑所有可适用并且能够影响仲裁结果确定性的条款。仲裁庭如果仅仅局限在申请方挑选的某些条款内, 将造成这样一种结果: 未考虑其他可适用的条款的裁决与如果综合考虑这些条款的裁决, 在结果上不一致; 也因此, 裁决结果将损害这些未考虑的其他公约条款的有效性, 从而最终导致一个违反《公约》的裁决。另一方面, 除非满

① Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, Day 2, 8 July 2015, p. 133. 沃尔夫鲁姆和科特法官在这里是在渔业管辖权案 (*Fisheries Jurisdiction*) 的基础上阐述。See *Fisheries Jurisdiction case (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 447.

② *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland-Albania)*, Merits, Dissent Opinion by Winiarski, I. C. J. Reports 1949, pp. 51 - 56.

③ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I. C. J. Reports 1998, pp. 449 - 450. 国际法院在该案中还指出, 虽然寻求确认某一事实的一方必须承担举证责任, 但这与确立法院的管辖权无关, 因为后者是一个需要根据相关事实解决的法律问题。因而, 在管辖权问题上不存在履行举证责任的问题。

④ *Asylum Case (Columbia v. Peru)*, Merits, Judgement. I. C. J. Reports 1950, p. 278.

⑤ 2014年12月5日越南向仲裁庭发出的照会特别强调: “菲律宾并没有请求仲裁庭考虑根据《公约》第288条规定不属于其管辖的问题 (即领土主权及海洋划界问题)”。See Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, 29 October 2015, para. 54.

⑥ E. g., Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, Day 3, 9 July 2015, p. 79.

⑦ Myron H. Nordquist (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 1 (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 12, p. 15.

足适当的程序规则，仲裁庭通常不应实质上改变申请方所提出的诉求，在此情况下应当直接驳回。极端情况下，仲裁庭可以仅就申请方提出的条款进行裁决，但必须考察其他可适用条款的影响，裁决必须指明这种影响。

“南海仲裁案”中，根据2013年8月27日仲裁庭所拟定的所谓《程序规则》（Rules of Procedure），仲裁庭按照该规则、《公约》相关规定及其附件7运作。其中，《公约》附件7第9条规定：“仲裁庭在作出裁决前，不但必须查明对该争端确有管辖权，而且须查明所提诉求在事实上和法律上均确有根据。”在中国不出庭的情况下，仲裁庭的上述职责尤显重要。

#### （四）结果一致性不是规避管辖权前提限制的合法理由

实践中，经常发生的管辖权争议在于，一项争端是否需要其他争端或其结果作为前提。“南海仲裁案”中，由于不能裁决南中国海的岛礁主权归属和在岛礁所处海域具有海洋权利资格重叠的情况下进行划界，仲裁庭在许多管辖权问题中使用了前提假定形成的推断（speculation），借以规避管辖权的此种前提限制。

例如，对于是否要求对领土主权争端首先作出确定，仲裁庭认为“以中国对黄岩岛和南沙群岛的主权主张合法为前提，完全有可能处理菲律宾诉求事项”。对于本案是否构成海洋划界的一部分，仲裁庭认为：由于不能裁决海洋划界，仲裁庭将以确定“中国不可能有任何重叠权利范围的菲律宾所指控海域”为前提，处理菲律宾的诉求。<sup>①</sup>

对于美济礁、仁爱礁、渚碧礁、南薰礁和西门礁的法律地位，仲裁庭甚至隐含采信了菲律宾的论点，即主权的不确定不影响结果的一致性。对于是否需要首先确定所涉海洋地物的领土主权问题，菲律宾认为不需要，原因在于：第一，确定海洋权利资格的第一步是确定海洋地物的性质和特征，诸如其是岛屿、岩礁还是低潮高地。第二，无论谁拥有海洋地物的主权，与海洋地物的定性本身无关。菲律宾的出庭陈述人菲利普·桑斯（Philippe Sands）甚至还提出了一个比喻，“如果他面前的这个讲台的所有权在‘PCA’（常设仲裁法院）和‘ICJ’（联合国国际法院）之间存在争端，这项争端完全与讲台的定性问题无关。因为无论讲台归谁所有，讲台都不会变成一棵树”。<sup>②</sup>

但是，这个比喻并没有澄清，如果对讲台的定性存在两种或两种以上的主张，则讲台的所有权归属对“PCA”和“ICJ”会持有何种立场是否会有根本不同？在讲台已经归属“PCA”的情况下，“ICJ”是否还会坚持对“PCA”有利的那种主张？甚至是否会存在主张的分歧？此外，现实生活中，如果讲台所有权归第三方物业管理公司，则当事双方的争议是否需要第三方作为另一当事方介入？如此，前提的不确定将导致当事方主张以及其分歧的不确定，进而争端本身无法恰当地构成。

更严重地是，一些潜在的很可能成立的抗辩理由，因所有权归属不同而被提出或者不被提

① 笔者认为，以中国对黄岩岛和南沙群岛的主权主张合法为前提本身是一种假定，这种假定至少在菲律宾对卡拉延群岛（即菲律宾侵占的我国南沙群岛）主张的范围内是有争议的；这一假定还不能覆盖越南主张岛礁主权的情况。对海洋权利资格是否重叠的证明将产生更多问题。例如，这需要确定“中国在南中国海所主张任何地物产生的海域（the maritime zones generated by any feature in the South China Sea claimed by China）”。然而在南海所主张的任何海洋地物，其本身的主权归属也是一种假定，并因此回溯到岛礁主权归属的前提。

② Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 – 19, Day 1, 7 July 2015, p. 65.

出。例如,讲台在历史上就固定装置在一棵树上,是否会构成一棵树整体的一部分?又如在此情况下讲台或树的范围确定需要依赖于可接受的装修图纸?如此也将实质性地改变实体问题诉辩的对抗结构。<sup>①</sup>

在查戈斯群岛 (*Chagos Archipelago*) 案中,毛里求斯提出的第3项诉求,实际上是在英国同意双方搁置主权争议 (*sovereignty umbrella*) 的情况下构成的。毛里求斯提出,其有权根据《公约》第76条第8款,请求大陆架界限委员会就查戈斯群岛的200海里外大陆架提出建议,英国不得干涉。该案中,双方同意,提交大陆架界限委员会的行为不得解释为对毛里求斯关于查戈斯群岛主权立场的改变,或承认英国的立场。英国还在双方搁置主权争议的前提下,提议双方提交大陆架外部界限的联合申请。仲裁庭以“英国愿意在搁置主权争议的情况下向大陆架界限委员会提交提案”为基础,裁决第3项诉求不存在当事方的争端。<sup>②</sup>显然,对于一个群岛本身来说,其大陆架不会因为提交提案的主权国不同而改变其在法定意义上的外部界限;仲裁庭本没有必要强调主权争议以及英国有意“搁置争议,共同申请”的陈述,这恰恰说明只有双方同意的情况下并且以此为前提(在此情况下,争端及其诉辩的对抗结构已经恰当地构成),仲裁庭才能继续考察该诉求的管辖权问题。

在前提存在两种以上可能性的情况下,声称无论哪种情况都不会对裁决结果的一致性产生影响,本身也具有不确定性。这是以机械的形式逻辑代替了法律内在的相互联系。例如,“南海仲裁案”所涉黄岩岛领海内的捕鱼活动、海洋环境保护、岛礁建设、危险执法等诉求,不同当事方具有岛礁领土主权或所处海域的主权、主权权利或管辖权,将导致依据《公约》相关条款提出抗辩理由的资格也不同。在此情况下,不仅对结果的一致性会产生影响,而且如同上述,实质性地改变了诉辩的对抗结构。或许,可以设想仲裁庭试图在每种前提下进行《公约》的解释和适用,从而确定结果的一致性,进而确立管辖权。而仲裁庭做法的矛盾之处在于:那些用以比较的前提恰恰是仲裁庭不具有管辖权的争端。

### 三 仲裁庭的属事管辖权和混合争端的本质

《公约》附件7第10条规定,仲裁庭的裁决书应以争端的主题事项为限。《公约》第286条和第288条第1款,将争端的主题事项限制为“涉及《公约》的解释和适用”,第288条第1款确定的范围即属事管辖权 (*jurisdiction ratione materiae*)。<sup>③</sup>可以认为,海洋事项是仲裁庭管辖权固有的限制范围。如正如沃尔夫鲁姆和科特法官在丽波尔达号案的联合异议意见中指出:

① 本案中,菲律宾提出,《公约》第13条和第121条要求对海洋地物的物理和地理特征进行评估和确定,这完全是依据客观标准进行的事项。在管辖权听证中,仲裁员波拉克 (Stanislaw Pawlak) 曾经提问:能否指出任何相关案例或国家实践,海洋地物的权利资格与其主权分开确定? See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, Day 3, 9 July 2015, p. 62. 而菲律宾对此未能给出任何答复。除该问题所涉及对沿海国、海图或地理坐标表、潮汐模型等实质因素外,本文上述似可为程序法的理由。

② *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, paras. 40 - 45, para. 139.

③ Myron H. Nordquist (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 5 (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 47.

“尽管国际法院享有对所涉争端的一般管辖权，仲裁庭的权限根据《公约》第288条第1款条限于《公约》的解释和适用。此种限制是《公约》第十五部分争端解决机制强制性的一种对应和事实上的平衡。任何企图超出第288条规定的范围而扩大仲裁庭的管辖权，都不符合《公约》争端解决机制的基础法理。这有违第三次联合国海洋法会议所达成的理解，即《公约》争端解决机制在所涉范围内将是强制而有限的。”<sup>①</sup>

然而，海洋事项与“《公约》的解释和适用”之间不存在绝对的对立关系。除了《公约》第297条第2款、第297条第3款、第298条对特定海洋事项管辖权的法定例外、限制或声明排除等原因，其他原因是当事方之间混合争端（mixed disputes）或多层次争端的现实以及对这类条款法律解释内在的灵活性。

### （一）领土主权争端、《公约》第298条第1款以及第288条第1款的关系

以领土主权争端事项为例。《公约》并没有明确规定该事项不属于仲裁庭的管辖权范围。《公约》明确与其有关的是第298条第1款（a）（i）项的规定。其相关规定为：“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……；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。”<sup>②</sup>

从英文文本可见，在《公约》第298条第1款的范围内，“涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端”不是一项单独的排除性例外，而是附带于海洋划界或涉及历史性海湾或所有权的争端。中文文本“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”中的“此外”一词，减轻了领土主权争端对海洋划界或涉及历史性海湾或所有权争端之间的此种附带关系。根据《公约》第320条的规定，《公约》的中英文本具有同等效力。<sup>③</sup> 根据1969年《维也纳条约法公约》第33条第4款的规定，在比较作准约文后发现意义有差别而非适用第31条及第32条所能消除时，“应采用顾及条约目的和宗旨之最能调和各约文之意义”。<sup>④</sup>

因而，问题在于，一项单独的领土主权争端，或者在混合争端中其中之一为领土主权而其他

① *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS, para. 6.

② 《公约》第298条第1款（a）（i）项的规定英文为：“disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles, provided that a State having made such a declaration shall, when such a dispute arises subsequent to the entry into force of this Convention and where no agreement within a reasonable period of time is reached in negotiations between the parties, at the request of any party to the dispute, accept submission of the matter to conciliation under Annex V, section 2; and provided further that any dispute that necessarily involves the concurrent consideration of any unsettled dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory shall be excluded from such submission”。

③ 根据《公约》第320条的规定，“本《公约》原本应在第三〇五条第2款限制下交存于联合国秘书长，其阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文和西班牙文文本具有同等效力”。

④ 1969年《维也纳条约法公约》第33条第4款规定：“除依第一项应以某种约文为根据之情形外，倘比较作准约文后发现意义有差别而非适用第三十一条及第三十二条所能消除时，应采用顾及条约目的及宗旨之最能调和各约文之意义。”



争端仅涉及“海洋划界或涉及历史性海湾或所有权”之外的海洋事项，能否构成对《公约》第288条第1款的属事管辖权限制？

这一问题涉及领土主权争端、《公约》第298条第1款以及第288条第1款的关系。在查戈斯群岛案中，仲裁员沃尔夫鲁姆等在异议意见中认为，通过对《公约》第297条和第298条之间的关系、《公约》的例外体系整体和起草历史加以考虑，特别是考察第297条的文本和第298条的谈判历史，可以认为《公约》并没有将“领土主权争端本身”作为一项第297条所排除的法定例外，而仅限制在第298条与海洋划界等有关的排除声明中。<sup>①</sup>

而且，沃尔夫鲁姆等支持申请方毛里求斯反向推定，即：

“涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端”并不必然根据《公约》第298条被排除管辖权。<sup>②</sup> 因为第298条第1款(a)(i)项中，“涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端”要求领土主权争端和第298条第1款所排除的争端之间有真正的附带性关系(genuinely ancillary to / genuine link)，这揭示：在一项没有被有效声明所排除的海洋划界或涉及历史性海湾或所有权的争端中，具有此种附带性关系的领土主权争端仍然可以符合管辖权范围。<sup>③</sup>

就任何条款都可以进行正向或反向解释而言，上述结论也是法律解释的一种，<sup>④</sup> 但仍然未能回答一项单独的领土主权争端本身是否符合第288条第1款的管辖权范围以及附带性如何认定的问题。正如沃尔夫鲁姆等指出：第298条第1款(a)(i)项不应用以在第288条第1款项下解释。<sup>⑤</sup> 但笔者认为，同样的理由，如果解释不应导致第298条第1款(a)(i)项和第288条第1款的任何一条款归于多余或无效，则第288条第1款也不应用以在第298条第1款(a)(i)项下解释。

笔者认为，领土主权争端事项是《公约》第288条第1款管辖权的固有限制，无论《公约》是否有此明确规定。《公约》不需要对表面上(*prima facie*)就处于《公约》之外的主题事项一

① *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, James Kateka and Rüdiger Wolfrum, Dissenting and Concurring Opinion on Chagos Marine Protected Area Arbitration, 18 March 2015, pp. 7-10.

② 毛里求斯在该案中提出了反向推定(contrario), 即“The result of a proper a contrario understanding of Article 298 (1) (a) (i) is not that all sovereignty disputes are automatically included under the Convention, it is that such disputes are not automatically excluded”. See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, paras. 81-82.

③ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, paras. 89-90.

④ 该案仲裁庭给出了与毛里求斯不同的推定：“Given the inherent sensitivity of States to questions of territorial sovereignty, the question must be asked: if the drafters of the Convention were sufficiently concerned with the sensitivities involved in delimiting maritime boundaries that they included the option to exclude such disputes from compulsory settlement, is it reasonable to expect that the same States accepted that more fundamental issues of territorial sovereignty could be raised as separate claims under Article 288 (1)?” See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 216.

⑤ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, James Kateka and Rüdiger Wolfrum, Dissenting and Concurring Opinion on Chagos Marine Protected Area arbitration, 18 March 2015, p. 10.

一列举，这不仅是属事管辖权的题中之义，实际上也不可能穷尽列举。查戈斯群岛案仲裁庭指出“文本上，《公约》第297条第1款只是复述（reaffirms）并未加强第288条第1款的管辖权”。<sup>①</sup>但同样，第298条第1款也并未在语义上减轻其他潜在的管辖权限制。这样就要单独考察第288条第1款涉及解释和适用《公约》的争端，是否因涉及领土主权争端而被排除管辖。

在此种考察中，沃尔夫鲁姆等持有反向解释的倾向，因而提出：

仲裁庭裁决“所诉求争端和《公约》管辖事项仅有附带性联系，不足以提起符合第288条第1款的争端”，不当地限制了第288条第1款的管辖权范围。本案中争端是关于《公约》第56条的解释，构成了争端的本质，并且允许附带性地考虑主权问题。<sup>②</sup>

笔者认为，沃尔夫鲁姆等的异议意见是对第297条和第298条等作出严格的限制解释，认为除了《公约》第281—第283条的程序限制，第297、第298条的例外或排除外，仲裁庭的管辖权再无真正的限制。另一方面，对第288条第1款“涉及《公约》解释和适用的争端”，又作出宽松的扩大解释。只要仲裁申请方任意选择《公约》若干条款，甚至只提及“公约”的单词本身，在表面上必然和《公约》解释和适用有所“涉及”，也在表面上必然与领土主权或其他非海洋事项的争端不同，从而使两类争端可以简单地区分。<sup>③</sup>姑且不论其两极解释法是否符合《公约》的目的和宗旨，其本身完全忽视了属事管辖权的固有限制以及混合争端中对关联性的必要考察。

可以与海洋划界争端对比说明：与领土主权不同，海洋划界本身是海洋事项，因而意在排除的第298条第1款对此有明确的规定；如果没有这类规定，其本身就是《公约》第288条第1款当然包括的属事管辖权范围——这是为何领土主权争端会作为一个条件出现在第298条第1款而其本身却未单独规定的原因之一。

而且，即使存在第298条第1款的规定，且当事各方没有援引第298条第1款作出声明，这仍然不妨碍海洋划界争端对于第288条第1款在管辖权方面的影响。例如，一方对于争议海域主张具有符合《公约》某个特定条款的主权权利。此时，海洋划界争端并不影响这类争端的属事管辖权本身，因为《公约》解释和适用的争端已经构成；然而由于海洋划界的结果未确定，主

① *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 308.

② *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, James Kateka and Rüdiger Wolfrum, Dissenting and Concurring Opinion on Chagos Marine Protected Area arbitration, 18 March 2015, p. 12.

③ 将领土主权换成诸如人权保护、自由贸易、气候变化等主题事项（这些争端也没有被《公约》明确规定为排除管辖权理由，在全球化时代建立其和《公约》某个条款的“一并考虑”并非困难），推理结构也是相似的。沃尔夫鲁姆等的异议意见，在论证力上尚不如该案毛里求斯的论点。毛里求斯在该案提出，《公约》第288条第1款包含了仲裁庭管辖权的限制。但是，第十五部分仲裁庭可以恰当地行使附带性或辅助性管辖权（incidental or ancillary jurisdiction），对非海洋事项进行管辖和裁决。See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 80. 但笔者认为这个论点也不成立。这明显曲解了一般国际法中的附带性或辅助性管辖权，通常这种管辖权仅为程序性的，或者唯一的管辖权限制是当事方的论点未曾涉及，不包括对某项附带问题本身存在固有的管辖权限制的情况。对混合争端的定性，如同对管辖权本身的确定，属于仲裁庭的附带性或辅助性管辖权之一；而混合争端中一项被认定为附带性或辅助性的争端，可以不影响争端的定性，但并不能当然成立仲裁庭对此类争端的“附带性或辅助性管辖权”——否则任何主题事项的限制都可以借此方法而轻松解套。

权权利是否合法取决于诉求方是否能合法主张这片海域,以及这片海域的终局性法律地位,因而这类争端就依赖于海洋划界的结果,或者只能在海洋划界争端中一并处理。

简言之,第288条第1款本身的固有限制是独立存在的,任何可能涉及的领土主权争端甚至海洋划界争端,都可能影响仲裁庭本来有限的属事管辖权,而无论这类争端是否涉及《公约》第297条、第298条。

## (二) 混合争端中的争端定性问题

对于混合争端而言,仲裁庭有管辖权的争端本质应当是《公约》的解释和适用,而《公约》所涉主题事项之外的争端应当只是一个附带性争议问题(incidental issue)。<sup>①</sup>为便利论述,“涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端”可以视为是这种混合争端的典型。实践中,申请方为了符合管辖权的条件,不可能提起一项单独的领土主权诉求,而通常在“涉及对主权或其他关于陆地、岛屿主权一并考虑的争端”中仅选择海洋事项提出诉求。这就涉及到仲裁庭如何对争端的本质进行识别和定性的问题。

在查戈斯群岛案中,在已经存在查戈斯群岛主权争端的情况下,毛里求斯的第1项诉求提出,英国不是沿海国(the coastal State),没有权利资格宣称查戈斯群岛附近的海洋保护区(以下简称称“MPA”)。毛里求斯的第2项诉求是MPA和英国根据《公约》承担的义务相抵触。

针对毛里求斯的诉求,仲裁庭指出:“首先,问题在于第1项诉求所涉争端的性质为何?争端的主要事项是“沿海国”一词的解释和适用,而主权只是构成更大争议问题的一方面?还是主要涉及主权,而“沿海国”争议仅相当于辅助性争端?第二,如果仲裁庭认定争端的核心理是领土主权事项,而所争议的领土主权是确定其附近海域权利和责任的必要前提条件(necessary precondition),则《公约》第288条第1款在何种范围内允许仲裁庭作出对领土主权争端的确定?”<sup>②</sup>

仲裁庭指出:“当案件的真实争议问题(real issue)和诉求标的(object of the claim)与《公约》的解释和适用无关时,该争端和《公约》规定的某些事项之间的附带性联系(an incidental connection),就整体而言不足以提起符合第288条第1款的争端。但是,仲裁庭认为,即使争端的核心理就是主权,也未能确定性地解决管辖权问题。因为这种争端,可能以辅助的方式涉及《公约》规定的主题事项。”<sup>③</sup>

仲裁庭认为:“第288条第1款的管辖权扩大到在涉及《公约》解释和适用的争端时,为解决争端所必需的事实认定或辅助性的法律确定(findings of fact or ancillary determinations of law)。某些情况下较小的领土主权争议问题的确是辅助性的,不能因归为其他类别而予以排除。”<sup>④</sup>

① *Guyana v. Suriname*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 17 September 2007, p. 1; and *MV Saiga (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10.

② *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 87.

③ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 88.

④ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 220, para. 221.

最终，仲裁庭将第1项和第2项诉求定性为依赖于或者只是查戈斯群岛领土主权争端的一个方面，并否认了其具有管辖权。

从仲裁庭的推理和裁决看，在混合争端中，《公约》所规定事项之外的争端，并不必然导致不符合第288条第1款的管辖权范围，这需要确定例如领土主权争端和《公约》所规定事项争端之间的附带性或辅助性关系。在领土主权争端仅为辅助性的一个争议问题时，不影响《公约》第288条第1款的管辖权。然而，查戈斯群岛案最终将混合争端定性为查戈斯群岛的领土主权，而“沿海国”争议仅为辅助性的；这一结论仍然没有澄清：哪些情况下领土主权争端仅为辅助性的？领土主权争端，无论如何其本身不能成立《公约》解释和适用的争端，在此情况下仲裁庭能否对领土主权归属作出直接裁决？

对此，毛里求斯曾提出，根据《公约》第293条的规定，<sup>①</sup>与《公约》直接产生的问题密切相关或辅助性（closely linked or ancillary）的争议点，构成了“《公约》解释和适用的问题”。因此，在确立了一项争端属于《公约》第288条第1款的范围后，仲裁庭可以适用《公约》之外的其他国际法规则，并解决《公约》主题事项之外的问题。<sup>②</sup>笔者认为这是错误的。适用法的规定不能改变管辖权应当先行确定的顺序，不应作为规避属事管辖权限制的理由，如此将使《公约》第293条所包含的“根据本节具有管辖权的法院或法庭”的措词完全归于多余或无效。该案中，毛里求斯的此项论点并没有被仲裁庭认可。实际上，沃尔夫鲁姆和科特法官在丽波尔达号案的联合异议意见也确认了这一点。<sup>③</sup>

### （三）若干结论

1. 根据上述，领土主权和海洋划界作为主题事项，对确立符合《公约》第288条第1款具有不同影响。

领土主权事项一般性的不在第288条第1款的属事范围内，并因此排除管辖权。但是，在领土主权的归属对一项争端的结果仅具有附带性而不是决定性的影响，并且不符合第298条第1款的排除规定时，可能会被认定为不影响第288条第1款的管辖权。但即使如此，在领土主权归属对于“主争端”的构成和诉辩的对抗性结构具有影响时，能否直接裁决领土主权归属？或者对其进行所谓推断而视而不见？——这是“南海仲裁案”仲裁庭未能充分阐释的问题。

海洋划界当然属于第288条第1款的主题事项范围，只是在当事国作出符合《公约》第298条第1款的声明时，海洋划界事项由于第298条第1款的规定而被排除管辖权。然而，无论当事国是否作出符合《公约》第298条第1款的声明，当海洋划界的结果会对一项争端的结果具有决定性而不是附带性的影响时，此时该争端的主题事项本身并未改变，但将造成争端的结果必然取决于海洋划界争端的结果，或者必须在海洋划界争端中一并处理。亦即，此时海洋划界争端不会改变一项争端的主题事项，但会影响争端的可（单独）受理性问题。这两种情况的区别在于，

① 根据《公约》第293条的规定，在确立了符合《公约》第288条第1款的管辖权后，仲裁庭应适用《公约》以及与《公约》不相抵触（not incompatible）的其他国际法规则。

② *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 77.

③ *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, para. 7.

对于一项需要确立管辖权的争端来说,前者是前提性的,后者则是构成性的——这也是“南海仲裁案”仲裁庭极为忽视的问题。

2. 关于“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”和仲裁庭管辖权的确立存在三种情况。

一是一项单独的陆地、岛屿主权争端:因完全取决于一般国际法和领土法,不能确立为第288条第1款“《公约》解释和适用的争端”。

二是“海洋划界或历史性海湾或所有权”的争端,同时必然涉及“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”:通常因符合第298条第1款而排除管辖权。

三是不属于“海洋划界或历史性海湾或所有权争端”的争端,同时必然涉及“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”:除其他管辖权限制外,需要考虑争端之间的附带性或辅助性关系。但此种情况下,即使后者仅为附带性或辅助性的,其争端结果的确定性本身也不应由仲裁庭管辖——此时,问题就转化成了第一种情况。<sup>①</sup>

在上述第三种情况下,由于菲律宾和仲裁庭在本案中都反复声明不谋求领土主权争端的解决,那么仲裁庭能否在不确定“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”的结果,或者将可能的结果之一作为一种前提,或者将其待定先行处理实体问题,从而确立一项涉及《公约》解释和适用的争端的管辖权?特别是对于一项较为抽象的法律解释来说,只要能够诉诸实体问题,则有无数逻辑和推理实现裁决。实际上,这正是“南海仲裁案”菲律宾和仲裁庭所偏好的“推断”(speculation):仲裁庭隐含的理由是,在前提中选择一个对中国有利的假定,然后如果结果仍然违法,则前提不影响结论——选择对中国更不利的假定则违法结果只能更明显。笔者认为,根据前述对“结果一致性不是规避管辖权前提限制的合法理由”的陈述,这是不能成立的。

“南海仲裁案”中菲律宾还提出该案与查戈斯群岛案不同之处:在查戈斯群岛案,毛里求斯的确要求仲裁庭特定解决(resolve specifically)其与英国的争端,即英国是否是《公约》意义上的沿海国。而菲律宾在本案中提出不诉求主权问题,仲裁庭也主要以此为据,认为本案并不涉及对海洋地物的主权。<sup>②</sup>但菲律宾“并未如此诉求”(is not asked to)不等于仲裁庭“不需要如此裁决”(does not need to)。菲律宾未提出海洋地物的主权诉求,并不等于本案在法律上和事实上不需要如此。正如“仲裁庭确定管辖权的权限和职责”前述,在法律方面,仲裁庭不能仅依赖当事方特别是仲裁申请方的论点。

#### 四 菲律宾第1项诉求不能构成“《公约》解释和适用的争端”

以上述对争端构成标准以及属事管辖权的结论,可以分析“南海仲裁案”菲律宾第1项诉

① “南海仲裁案”实体听证中,仲裁员波拉克(Stanislaw Pawlak)曾提出如下问题:“(菲律宾)陈述的历史背景非常有趣。如果如我所理解,菲律宾的观点是,在《开罗宣言》、《波茨坦公告》以及1951年《旧金山和约》之后,西沙群岛及其暗礁地物成为无主地。是这样吗?”笔者认为,这个问题的提出是非常不合理的,尽管可以将领土主权事项作为一项客观存在的事实,并在事实层面有限的涉及;但波拉克所问的是一个标准的法律问题而不是事实问题。See Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 4, 30 November 2015, pp. 118-135.

② Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, para. 153.

求的管辖权问题。

## （一）识别双方的争议问题

### 1. 对中国主张（claims）本身的审议范围

作为一个前置性的问题（同样适用于第2项诉求），迄今中国未就其在南中国海的权利主张提出全面声明或解释，菲律宾的诉求只能限于所涉法案或文件的目的和内容本身。这些法案或文件并不能完全等于或代表中国的权利主张。就本项仲裁而言，对于具有事实性和主体性的“主张”，其举证及证明中国“主张”的责任在于仲裁申请方菲律宾。

根据菲律宾2014年诉状、2015年补充诉状、两次听证发言记录，仲裁庭只有在“限于菲律宾所提及的法案和文件；确定其中与中国在南中国海的历史性所有权或历史性权利的主张有关的内容”的范围内，才能完成“恰当地确定中国的主张”这一事项。其他非官方材料，更不能作为恰当的审议范围。因而，仲裁庭实际上只能审查，中国1998年《专属经济区和大陆架法》第14条<sup>①</sup>、2009年《中国对越南和马来西亚联合提交外大陆架申请之声明》及《中国对越南提交外大陆架申请之声明》<sup>②</sup>、2011年致联合国秘书长第CML/8/2011号照会<sup>③</sup>以及2011年—2015年外交新闻发言等文件所提及的主权权利、管辖权和历史性权利以及其与《公约》的关系，而不是中国在南中国海的主张本身及其与《公约》的关系。

此外，中国的海洋权利主张必然是多层次、多面向的。上述不能解释为中国缺乏这些权利或者没有主张，或者成为中国不能继续提出全面声明或解释的阻碍。

### 2. 双方的主张和争议问题

就第1项诉求而言，菲律宾先后提出：

《公约》是唯一的海洋权利资格、权利和义务的法源。<sup>④</sup>中菲之间的海洋权利资格、权利和义务都不多不少地完全由《公约》所规定。<sup>⑤</sup>

中国的海洋权利资格由《公约》确定，不能超出《公约》所规定权利资格的范围。《公约》本身，也完全不支持所谓历史性权利的概念，因为没有任何规定。争端在于中国所主张的历史性权利，据称为其国内法和一般国际法所彰显，而后者显然处于《公约》范围之外。<sup>⑥</sup>

《公约》旨在成为海洋的宪法，以解决所有与海洋法有关的事项。因此，《公约》替代了（supersede）任何超出《公约》允许范围的对任何类型主权权利的诉求。<sup>⑦</sup>

《公约》为海洋提供了综合性的法律框架，问题在于，就其规定事项而言取代了国内法和先前存在的法律？还是《公约》允许当事国以所谓《公约》外的历史性权利为基础，减损其规定，忽视其已经确立的权利和义务？<sup>⑧</sup>

中国所主张的根据一般国际法的历史性权利，是否和《公约》的条款相冲突，是否被替代，

① 中国1998年《专属经济区和大陆架法》第14条规定：“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利。”。

② 中华人民共和国常驻联合国代表团，CML/17/2009、CML/18/2009，2009年5月7日。

③ 中华人民共和国常驻联合国代表团，CML/8/2011，2011年4月14日。

④ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, p. 19, p. 33.

⑤ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, pp. 33-34.

⑥ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, p. 34.

⑦ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, pp. 16-18.

⑧ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, pp. 33-34.

是《公约》解释和适用的事项。这需要仲裁庭在《公约》所规定事项的范围内，确定《公约》和一般国际法的关系。<sup>①</sup>

而中国对其在南中国海法律基础的相关表述为：

中国一贯主张的是“国际法，包括《公约》”，这显然包括《公约》之外任何可适用的国际法原则和规则。

中国一直表明“双方应在国际法包括《公约》的基础上解决争端”。

中国与菲律宾在1998年7月《联合声明》指出，“应以国际法所确立的原则包括《公约》，和平解决双方的争端”。<sup>②</sup> 2002年《南海各方行为宣言》也使用了相似的措词。

中国近年来的外交新闻发言则多次指出：中国在南中国海的权利和利益是历史形成的，应受到国际法保护。

中国外交部在2015年10月声明指出：“中国在南海的主权和相关权利是在长期的历史过程中形成的，……受包括《联合国海洋法公约》在内的国际法保护。”<sup>③</sup>

由上述双方的主张可见，第1项诉求双方争端的本质是海洋权利资格的法源及其与《公约》的相互关系，中国主张的法律基础遭到菲律宾的质疑和否定。在以下问题双方具有对抗性的分歧或抵触：海洋权利资格是否完全仅由《公约》所规定？《公约》外的法源（历史性权利规则）是否可以确立海洋权利资格？以及，如果确立，是否为《公约》所允许？

## （二）恰当地确定争端的本质及其管辖权

### 1. 争端的本质

菲律宾的第1项诉求正如前述，侧重的是“中国在南中国海的海洋权利资格是否为《公约》所界定和限定”。如前述，只有法源层面的争议问题才是第1项诉求的本质，而历史性权利作为法源还是作为主张的管辖权问题，其结构大相径庭。

笔者认为，仲裁庭混淆了历史性权利作为法源还是作为主张的区别，显然受到菲律宾的误导。

菲律宾提出，第1项诉求，需要回答以下问题：《公约》关于领海的第2条、第3条和第4条，关于专属经济区的第55、第56和第57条，关于大陆架的第76和第77条以及关于岛礁的第121条，确立了沿海国可以行使主权、主权权利和管辖权的海域界限。中国能否超出这些海域范围内，包括在其他国家的此类海域宣称和行使历史性权利？<sup>④</sup> 笔者认为，显然这些问题几乎就是第2项诉求本身。

菲律宾在诉状补充陈述中认为，“《公约》未提及中国所主张的那种历史性权利的事实，并不表明其与《公约》的解释和适用无关。相反，中国所主张的那种历史性权利的主张，在之前

① Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, p. 53.

② Government of the Republic of the Philippines and Government of the People's Republic of China, Joint Press Communiqué: Philippines-China Foreign Ministry Consultations, 29-31 July 1998, para. 4.

③ 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》，2015年10月30日，第1段。http://www.fmprc.gov.cn/ce/cech/chn/ssyw/t1310470.htm，最后访问时间：2016年2月28日。

④ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, p. 34.

被认为是公海而后被归为专属经济区和大陆架的海域，已经被《公约》的起草者所驳回了和替代了。中国的主张是否与《公约》相符合，要求解释和适用《公约》相关条款”。<sup>①</sup> 笔者认为，菲律宾混淆了历史性权利的事实主张和作为此种主张法律基础的历史性权利规则。

菲律宾提出，中国主张和行使历史性权利，无论其是否为《公约》所承认，或者因为《公约》排除而允许，都是《公约》及其第十五部分管辖的事项。双方争议焦点在于：海洋权利资格是严格以《公约》为准据，因此排除任何以历史性权利为基础的海洋权利资格的主张？还是《公约》允许此类超出《公约》本身规定的权利资格主张？<sup>②</sup> 笔者认为，“中国主张和行使的历史性权利”显然是第2项诉求的事项，而菲律宾提出的争议焦点是第1项诉求的本质。

## 2. 争端所涉争议问题及其管辖权

海洋权利资格是否完全仅由《公约》所规定？无论这里的海洋权利资格如何界定，这个问题本身在法理上是不成立的。《公约》的谈判过程以及许多案例法、国家实践表明，《公约》关于公海、领海、专属经济区、群岛水域、岛屿制度、海洋划界<sup>③</sup>等大部分规定，<sup>④</sup> 甚至包括大陆架，<sup>⑤</sup> 都是对习惯国际法的编撰并有新的发展。<sup>⑥</sup> 《公约》的规定，即使在与习惯国际法相同和相似的范围内，并没有使习惯国际法消失。<sup>⑦</sup> 对于非《公约》当事国的沿海国来说，完全可以以任何相关习惯国际法或者《公约》之外的条约（无论《公约》第311条第2款、第311条第3款的规定）主张海洋权利资格。中国是《公约》当事国，至少也不妨碍中国以习惯国际法作为某种海洋权利资格的法律基础（无论《公约》序言第八段）。

下述将继续探讨《公约》特定条款和历史性权利规则的关系，显然，《公约》第10条第6款、第15条和第298条第1款确认了历史性海湾或所有权在《公约》内的法律地位。在语义上，这属于《公约》本身的组成部分，但这类条款的存在并不排除历史性海湾或所有权的其他法源。实际上，《公约》的谈判过程和《公约》极为简单的提及而未给出任何界定，<sup>⑧</sup> 恰恰说明，历史性海湾或所有权的法源仍然主要是习惯国际法或一般国际法。如果没有此种法源，则《公约》所提及的历史性海湾或所有权如何界定？

前述查戈斯群岛案中，仲裁庭认为，“对于《公约》第2条第3款和第56条第2款，分别规定“其他国际法规则”或“适当顾及其他国家的权利和责任”（“have due regard to the rights and duties of other States”），要求仲裁庭考虑毛里求斯的法律权利，而这些权利既是源于国际法的事

① *Philippines v. China*, Philippines' Supplemental Written Submission, 16 March 2015, para. 7. 23.

② Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, Day 1, 7 July 2015, p. 21.

③ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I. C. J., 2001, para. 167, para. 185, para. 195.

④ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J., 2012, p. 118, p. 139, p. 174, p. 177, p. 182.

⑤ 大陆架制度被认为是即时习惯国际法的典型例证。

⑥ Myron H. Nordquist (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 1 (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 13.

⑦ “南海仲裁案”仲裁员之一沃尔夫鲁姆主编的著作中，确认了国际法的法源在条约制定之外的多样化。See Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), pp. 417 - 586.

⑧ Myron H. Nordquist (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 2 (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 118.



项 (arise as a matter of international law), 也依据《公约》而产生。”<sup>①</sup>

“南海仲裁案”菲律宾提出的第10项诉求, 认为《公约》第2条第3款要求沿海国主权的行使应受其他国际法规则的约束, 进而要求中国尊重菲律宾在黄岩岛领海的传统捕鱼权。《公约》第62条第3款涉及传统捕鱼权在专属经济区的最终谈判结果, 但菲律宾认为第62条第3款不是传统捕鱼权本身。<sup>②</sup> 如此, 菲律宾所提出的传统捕鱼权, 法律基础不是第62条第3款而是《公约》第2条第3款所指的“其他国际法规则”, 这显然与它自己提出的“海洋权利资格完全为《公约》所界定和限定”的论点自相矛盾。

在《公约》之外即使确立的海洋权利资格, 是否为《公约》所允许? 这首先涉及, 就中国在南中国海的海洋权利资格而言, 《公约》之外法源的形式和效力问题。法源的形式和效力来源于一般国际法, 国际法委员会已经指出: 国际法的法源之间不存在正式的等级。<sup>③</sup> 由于不涉及国际强行法, 《公约》不仅不能一般性地决定一般国际法 (包括习惯国际法) 的效力, 相反, 《公约》本身的效力是由一般国际法特别是条约法等确定的。<sup>④</sup> 即使是《联合国宪章》第103条, 也没有赋予宪章能够判定其他条约效力的地位, 仅规定在适用次序的意义上的“优先”, 更不用说《公约》了。<sup>⑤</sup> 因而, 中国在南中国海的海洋权利资格的其他法源, 其形式和效力是由一般国际法确定的, 本身不属于涉及《公约》解释和适用的事项。

从实践来看, 迄今所有涉及历史性权利的案例法, 或者当事国的某种历史性权利主张并未得到支持, 或者被认为不是海洋划界个案中应考虑的相关情况, 但都未明确裁决历史性规则被《公约》所禁止。相反, 其裁决的主要原因是当事国的主张未能有效举证, 或者个案中的特定划界并不影响历史性权利所涉海域。<sup>⑥</sup>

就本争议点而言, 值得指出其和第2项诉求有所重合。根据上述第1项诉求的争端的本质, 这里的问题不在于中国提出了何种历史性权利的主张, 或者中国是否确立了在南中国海的历史性权利, 而是仲裁庭能否确定一般国际法中的历史性权利规则, 并对中国的主张是否符合历史性权利规则作出认定 (这与历史性权利规则是否符合《公约》, 或者中国的历史性权利主张是否符合《公约》不同)。显然, 历史性权利主要来源于一般国际法, 只有一般国际法包括习惯国际法可以给出全面的认定。

正如沃尔夫鲁姆和科特法官在丽波尔达号案的联合异议意见中指出: “《公约》第十五部分程序并不适用于《公约》当事国涉及习惯国际法规则的解释和适用的争端, 除非该习惯国际法

① *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 114.

② Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 2, 8 July 2015, pp. 140-141.

③ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 13.

④ 广泛地说, 海洋权利资格的法源形式也可以是《公约》之外的其他多边或双边条约, 不过对于《公约》当事国来说, 其与《公约》的关系要受《公约》第311条第2款、第311条第3款的限制, 在此不作赘述。

⑤ 《联合国宪章》第103条规定: “联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时, 其在本宪章下之义务应居优先。”

⑥ 例如, 在卡塔尔诉巴林海洋划界和领土问题案中, 对于巴林在划界海域的主张, 托雷斯·伯纳德 (Torres Bernardes) 法官提出异议意见认为, 巴林提出历史性所有权或权利主张不应得到支持, 原因是其不够清晰、举证和证明不足。See *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)*, Dissenting Opinion of Judge Torres Bernardes, I. C. J., 2001, para. 467. 其余案例法笔者将在第2项诉求及其管辖权的评析中另行阐述。

规则已经并入到了《公约》中。”<sup>①</sup>如同仲裁庭不能就领土主权争端本身作出裁决，仲裁庭也不能就一般国际法如何确立历史性权利规则，以及中国是否确立与该规则相符合的历史性权利作出裁决。

在国际法院的马其顿诉希腊案（*Macedonia v Greece*）中，被告提出，1995年《临时协议》的名义区别问题未能解决，是被告表面上违反该协议第11条的唯一原因。而前者根据该协议的规定排除了国际法院的管辖权。国际法院指出，“争端涉及1995年《临时协议》第11条第1款义务是否违反，其与第21条第2款的关系不足以阻碍国际法院的管辖权；只有本案要求具体解决第21条第2款的名义区别问题，或者就此事项表达任何观点，才能使第21条第2款的管辖权例外起到作用”。<sup>②</sup>该案中，国际法院指出的不能就名义区别问题进行解决或者表达明确观点，亦即“南海仲裁案”中仲裁庭不应对国际法中的历史性权利规则，或者中国的主张是否符合历史性权利规则本身作出确定。

“南海仲裁案”中，菲律宾提出，在塞加号案，国际海洋法法庭已经对使用武力的可允许性这一一般国际法事项作出确定。该案中，国际海洋法法庭的确指出：“《公约》没有涉及逮捕船只时武力使用的明确规定。但根据《公约》第293条，可适用的国际法要求武力使用不应超出合理和必要的范围。人道主义考虑必须适用于海洋法，正如国际法其他领域一样。”<sup>③</sup>并就此问题作出了裁决。然而该案中，双方事先完全同意法庭对所有诉求的管辖权，甚至对管辖权的讨论是法庭主动提出的。虽然仲裁庭在裁决理由存在部分错误，<sup>④</sup>却不妨碍其管辖权的合法性。此外，《公约》第299条第1款“争端各方议定程序的权利”规定：“……不依第二节所规定的解决争端程序处理的争端，只有经争端各方协议，才可提交这种程序。”可以提出，双方同意以及《公约》第299条第1款的规定，为法庭此项裁决的合法性提供了一定的根据。“南海仲裁案”中，显然中国既不同意仲裁庭的任何管辖权，迄今也未和菲律宾达成任何符合第299条第1款的协议，因此塞加号案的推理对“南海仲裁案”没有案例法的示例意义。

“南海仲裁案”中，菲律宾还提出，《公约》取代并使《公约》之前存在的任何历史性权利归于无效。仲裁庭认为，“这不是关于特定历史性权利存在与否的争端，而是关于《公约》框架下的历史性权利的争端。争端涉及《公约》和其他法律文件或实体法之间的关系，包括根据其他实体法所产生的权利是否为《公约》所保护，都属于《公约》解释和适用的争端。”<sup>⑤</sup>然而，确定第1项诉求的管辖权首先需要仲裁庭对一般国际法中的历史性权利规则给出定性和界定（而不仅仅对中国的相关主张给出定性和界定），而这本身并不属于《公约》第288条第1款的属事范围。《公约》第10条第6款、第15条明确提及了历史性海湾或所有权，也只能确立这些条款项

① “They do not apply to a dispute between two parties to UNCLOS concerning the interpretation or application of a provision of customary international law unless the rule of customary international law has been incorporated into the Convention”. See the ‘ARA Libertad’ Case (*Argentina v Ghana*), Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS, para. 7.

② Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (*the former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece*), Judgment, 5 December 2011, I. C. J. Reports 2011, p. 644.

③ *M/V “Saiga”* (No. 2) (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), Judgment, ITLOS Reports 1999, para. 155, para. 159, para. 242.

④ 参见本文“混合争端中的定性问题”所述《公约》第288条第1款和《公约》第293条的关系。

⑤ Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, para. 168.

下的争端——而围绕这些条款的争端，显然已经被中国根据第298条第1款的声明所明确排除。

### 3. 在事实假定情况下的管辖权

尽管不能由《公约》确定《公约》之外的法源的形式和效力，但如上述，中国的海洋权利资格具有《公约》之外的法源，其本身在事实上确定无疑。而历史性权利规则的一般含义，的确可以大概查明。笔者为仲裁庭设想，如果将此作为争端所涉的一项事实而不是对待为一项法律，并且假定中国的历史性权利主张和其所依据的规则完全一致，<sup>①</sup>在这个假定下，仲裁庭才可能继续审议两者之间的互动关系。亦即，中国所依赖的历史性权利规则是否为《公约》所允许。

就《公约》的解释而言，“《公约》允许的范围”本身需要恰当的条约解释，而1969年《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项使超出《公约》范围的其他国际法规则可以作为上下文解释时的要素之一（仲裁庭和菲律宾分别在裁决和诉状及口头陈述中承认<sup>②</sup>）。因而，超出《公约》范围的其他国际法规则本身是条约解释的要素之一而无所谓允许与否，在此意义上双方不存在分歧，争端本身没有构成。<sup>③</sup>

就《公约》的适用而言，不考虑《公约》之外的其他多边或双边条约，仅考虑一般国际法，实质涉及历史性权利规则与《公约》的特定条款之间，是否因所涉权利和义务存在相同事项的重叠以及冲突关系。

在两者不存在重叠的情况下，如《公约》没有规定，则适用《公约》的序言第八段，此种情况当然是《公约》允许的；如《公约》有规定而一般国际法没有规定，则本争端因没有诉求标的而不能构成。

在两者存在重叠的情况下，如果不构成冲突，即使一般国际法的规则和《公约》的规定相同或相似，也不能认为《公约》完全取代了这些规则，或者有所谓《公约》允许与否的问题——此种情况正如前述，只是同一规则具有不同的法源形式而已。

① 根据仲裁庭在“南海仲裁案”中多次使用前提假定，且上述推定无疑是有利于中国的一种主张，仲裁庭可以作出此种推断。实际上，这也是仲裁庭在查戈斯群岛案处理第4项诉求的做法。查戈斯群岛案第4项诉求涉及所指海洋保护区(MPA)和《公约》的相符合性，英国将其描述为非主权诉求。英国提出，1995年《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》（以下简称《联合国跨界鱼类种群协定》）只能成立《公约》第288条第2款的争端，不能成立《公约》第288条第1款的争端。毛里求斯指出，《公约》第2条第3款提及“其他国际法”，英国由于违反1995年《联合国跨界鱼类种群协定》而违反第2条第3款。See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, p. 92, p. 104. 由于该案第4项诉求和“南海仲裁案”菲律宾第1项诉求在形式上相似，菲律宾以此为据，提出第1项诉求完全可由仲裁庭予以管辖。但该案仲裁庭认为，为确定其管辖权，只需要证实一个临时结论（provisional conclusion），即毛里求斯所诉求权利作为一种“国际法事项”是否可以具有约束力，以及其是否与“《公约》第2条和第56条的适用”有关。以此为前提，仲裁庭继续作出审议。See *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*, UNCLOS Annex VII Tribunal, Award, 18 March 2015, para. 118. 可见仲裁庭是将1995年《联合国跨界鱼类种群协定》及其确立的权利仅作为一项事实，并没有直接管辖和裁决毛里求斯所述权利是否符合该协定。

② *Philippines v. China*, Philippines' Supplemental Written Submission, 16 March 2015, paras. 11.3 - 11.5; Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 - 19, 29 October 2015, para. 176.

③ 值得指出，1969年《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项并不是无条件地使“其他国际法规则”可以用于《公约》的解释，其本身要符合一定的标准。除国际法委员会的评注外，WTO案例法中，上诉机构认为，构成《维也纳条约法公约》第31条第3款(a)项和(c)项的“有关国际法规则”，以及“后续协定”都需要该规则或者后续协定与WTO协定的特定条款之间有“相关性”，是关于相同主题事项的（concerning the same subject matter）规则，二者之间应有特定联系。See Appellate Body Report, *China - Rare Earths*, WT/DS/431/AB/R WT/DS/432/AB/R WT/DS/433/AB/R, para. 5. 101.

在两者存在重叠的情况下，如果构成冲突，此时才发生适用的次序和优先问题。由于不存在法源的效力等级，两者的冲突关系至多能被认定为构成特别法和一般法的关系：<sup>①</sup> 尽管特别法通常优先适用，但一般法在解释的意义上总是持续起到作用。<sup>②</sup>

因此，就菲律宾的第1项诉求的管辖权而言，仲裁庭至多能审议的问题在于：中国根据一般国际法（暂不涉及任何《公约》之外的条约）能确立不同于《公约》的海洋权利资格，其效力不受《公约》影响；推定中国的历史性权利主张完全符合一般国际法中的历史性权利规则（由于不能由《公约》确定，只能作为一项已知事实），以此为前提，在历史性权利规则和《公约》的特定条款相重叠和冲突的情况下，《公约》的特定条款是否优先适用；以及仅仅在这种意义上，才成立《公约》的不允许（不允许优先适用）。

## 五 争端定性后菲律宾第1项诉求的管辖权问题

仲裁庭考虑上述“历史性权利规则和《公约》的特定条款相重叠和冲突”问题时，仍然应符合本文第二部分详述的争端构成标准。在第三部分“混合争端中的争端定性问题”，已述海洋划界和领土主权作为主题事项，对确立是否符合《公约》第288条第1款具有不同影响。“南海仲裁案”中，所涉历史性权利争端的此种影响，可以说处于领土主权争端和海洋划界争端之间：法源、规则与领土主权争端相似，而主题事项、权利义务与海洋划界争端相似。

作为与《公约》具有密切关系的海洋历史性权利规则，在所涉权利和义务的内容方面，和《公约》相关规定必然可能存在重叠。然而，这种重叠并不导致历史性权利所涉争议问题必然成为《公约》项下的争端。仲裁庭在管辖权裁决中指出：“《公约》项下的争端并不仅因为和《生物多样性公约》之间存在重叠，就成为后者项下的争端，两者依然是相平行的制度。”<sup>③</sup> 笔者认为，反之亦然，即应用于历史性权利规则项下的争端和《公约》项下的争端。这样，就需要继续分析菲律宾第1项诉求的争端构成问题。

### 1. 《公约》所涉条款和事实的特定化

在菲律宾的第1项诉求中，即使其他国际法的可适用性的确涉及《公约》的适用，如果菲律宾仅仅提及“公约”一词或泛泛的“《公约》允许的范围”而不指明《公约》的特定条款，不足以构成一项争端。因为中国也可以仅仅陈述《公约》不适用，如此双方之间仅有一项“是与否”的没有任何实质内容的所谓争端。

一项单纯的法律解释或可适用性可能由于涉及双方存在分歧的法律基础，因而其本身可以确立为一项诉讼管辖的争端，但在此情况下也至少应指明特定条款，否则无以成为《公约》本身的解释和适用。在2008年格鲁吉亚诉俄罗斯联邦案（*Georgia v. Russian Federation*）中，双方都是《消除一切形式种族歧视国际公约》的当事国，双方都未作出任何保留，也未提出任何可适

① 菲茨莫里斯（Fitzmaurice）认为，当“一项具体规定……超出一项一般规定的范围之外”时，就出现了特别法。See Sir Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points”, (1957) 33 *British Yearbook of International Law*, p. 236.

② International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 23.

③ Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, 29 October 2015, para. 285.

用性问题。而国际法院在确立其初步管辖权 (*prima facie* jurisdiction) 时, 仍然仔细考察了俄罗斯的行为是否适用该公约第22条。<sup>①</sup> 在国际海洋法法庭的路易莎号案 (*Louisa*) 中, 法庭在确定管辖权时, 对原告诉求的每一项条款都进行了解释。<sup>②</sup>

因此, 第1项诉求 (以及由此影响的第2项诉求) 的管辖权问题, 菲律宾都须明确援引其所指向的特定条款, 而不能仅以“公约”一词代替。事实上, 菲律宾在管辖权听证中多次承认: (第1项和第2项诉求) 争端涉及《公约》及其特定条款解释和适用, 以确定沿海国权利资格的性质和范围;<sup>③</sup> 该诉求产生并要求《公约》特定条款的解释和适用。<sup>④</sup>

此外, 就第2项诉求而言, 中国根据一般国际法能确立不同于《公约》的海洋权利资格虽然可以作为前提, 但中国提出了何种不同于《公约》规定的历史性权利主张, 以及其是否具有符合《公约》的性质、地理和实体范围, 却是必须加以特定化予以确定的, 否则也不可能和菲律宾所指向的特定条款建构清晰的联系或适用关系。“申请方不能仅仅援引条款, 在抽象的理论意义上为仲裁庭的管辖权提供基础, 裁判机构必需考虑事实。”<sup>⑤</sup>

实际上, 这两个方面都涉及到第2项诉求。因此, 即使根据上述假定的管辖权, 就第1项诉求的管辖权和可受理性而言, 还必须和第2项诉求的管辖权和可受理性问题一并考虑, 才能得出最终结论。因此, 本文下述仅对《公约》所涉特定条款的最大范围进行分析。

## 2. 《公约》所涉特定条款的最大范围

如同其他宪法性的多边条约, 《公约》本身包含了一些对其他法源或规则的叙述。《公约》的文本多次涉及《公约》与其他国际法规则的关系, 或者的确在不同程度上涉及到历史性权利规则, 情况颇为复杂。据笔者统计, 《公约》有10处提及“其他国际法”: 第2条第3款、第19条第1款、第21条第1款、第31条、第34条第2款、第58条第2款、第58条第3款、第87条第1款、第138条以及附件三第21条; 有1处提及“一般国际法”: 《公约》序言第八段。《公约》有5处提及“历史”或“历史性” (除意义无关外): 第10条第6款、第15条、第46条(b)项、第149条、第298条第1款等; 有11处提及“习惯”、“传统”、“惯例”或“惯常”: 第22条、第221条、第47条第6款、第51条第1款、第7条第5款、第39条第2款、第94条第5款、第303条第3款、第62条第3款、第69条第4款、第70条第5款等。此外, 《公约》多处提及“国际规则”、“国际协定”或“全球性规则”, 不过这些条款与“南海仲裁案”关系不大。

问题在于: 这些法源或规则毕竟是《公约》本身所提及, 其是否“并入”了《公约》, 从而属于《公约》本身的一部分? 如果答案是肯定的, 则仲裁庭对所涉这类规则的管辖权无疑已经符合《公约》第288条第1款的规定。

在本案管辖权听证中, 仲裁庭曾提问: 如何解释《公约》序言第八段: “本《公约》未予规

① Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), paras. 104 – 117.

② See “*M/V Louisa*” Case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain*), Judgment of 28 May 2013, p. 4.

③ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 – 19, Day 2, 8 July 2015, p. 40.

④ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013 – 19, Day 2, 8 July 2015, p. 133.

⑤ The ‘*ARA Libertad*’ Case (*Argentina v Ghana*), Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, para. 16.

定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据？”菲律宾答复，“海洋权利资格包括主权权利和管辖权以及获得生物和非生物资源的权利，都属于《公约》当然规定的事项。也都被《公约》及其特定条款所规定和限定。”<sup>①</sup>换言之，所有的海洋事项都已经被《公约》所规定，不存在以一般国际法为准据的情况。

菲律宾另一论点是《公约》第2条第3款和第55条的比较。《公约》第2条第3款明确规定：“领海主权的行使受本《公约》和其他国际法规则的限制。”而《公约》第55条规定：“专属经济区……，受本部分规定的特定法律制度的限制，在这个制度下，沿海国的权利和管辖权以及其他国家的权利和自由均受本《公约》有关规定的支配。”菲律宾提出，两个条款比较，可以看出专属经济区是一种完整的制度，没有一般国际法规则适用的空间。<sup>②</sup>

菲律宾在诉状中还提出，联合国1962年《包括历史性海湾在内的历史性水域的法律制度》研究报告区分了三种情况：“第一，历史性所有权涉及1958年公约（1958年《领海及毗连区公约》和《大陆架公约》）未处理的海域，1958年公约因此对历史性所有权没有影响。第二，历史性所有权涉及1958年公约处理的海域但1958年公约明确予以保留，1958年公约因此也对历史性所有权无影响。第三，历史性所有权与1958年公约相冲突并且1958年公约未明确予以保留。此种情况历史性所有权已经被1958年公约当事国之间替代。”菲律宾认为此种区分可以适用于1982年《公约》和所有历史性权利规则之间的关系。<sup>③</sup>

而且，该联合国报告第75段还指出：“如果（指1958年《领海及毗连区公约》和《大陆架公约》）一个条款与某海域的历史性所有权相冲突，而该条款本身并未包含历史性所有权的内容，则《公约》条款应优先。与之相对是反向规定：1958年《公约》第7条和第12条具有保全历史性权利的明确条款，那些没有包含的条款应认为不允许此种例外”。<sup>④</sup>1958年《大陆架公约》第7条和第12条后为1982年《联合国海洋法公约》第10条和第15条。菲律宾认为，没有此类明确措词的条款中，不允许此种相当于保留的条款，也就没有继续产生这种影响的空间。

在实体听证阶段，沃尔夫鲁姆就菲律宾的上述论点继续提问，是否《公约》排除了所有《公约》不允许的关于控制海洋的主张（all claims to control the sea）？<sup>⑤</sup>沃尔夫鲁姆此问，以及菲律宾的上下文比较方法，令人再次想起他和科特法官在丽波尔达号案中联合提出的异议意见。该案裁决，《公约》第32条规定的军舰豁免权适用于内水。<sup>⑥</sup>然而沃尔夫鲁姆和科特法官认为，“第32条的措词表明，该条款并未确立军舰的豁免权。相反，军舰的豁免权是当然的。从其用语、上下文、目的和宗旨来看，第32条只构成了一种提及（reference）本身而不是准据（regulation）。在此方面，《公约》第32条的性质与《公约》序言第八段是相似的。”<sup>⑦</sup>沃尔夫鲁

① Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 1, 7 July 2015, pp. 53-54.

② *Philippines v. China*, Philippines' Memorial, 30 March 2014, para. 4. 51.

③ *Philippines v. China*, Philippines' Memorial, 30 March 2014, paras. 7. 20-21.

④ United Nations, *Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays*, U. N. Doc. A/CN. 4/143 (1962), Study prepared by the Secretariat, pp. 1-26.

⑤ Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, In the matter of an arbitration under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, PCA Case No. 2013-19, Day 4, 30th November 2015, p. 90.

⑥ 《公约》第32条规定：“A分节和第三十及第三十一条所规定的情形除外，本《公约》规定不影响军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的豁免权。”

⑦ *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, paras. 38-44.

姆和科特法官比较了《公约》第32条和第95条：<sup>①</sup>“通过两个条款的比较，可以看出第95条包含了一项准据，而第32条没有。任何其他解释都会使其中一条归于废弃。这并不能误解为军舰在内水就没有豁免权；相反，这意味着此种豁免权的法律基础在于习惯国际法而不是《公约》。”<sup>②</sup>再比较《公约》第58条第2款的规定，“第88条至第115条以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区”，这种直接提及和援引使第95条也可以适用于专属经济区。<sup>③</sup>

上述比较所包含的理路为：一套规则并入（incorporate）另一套规则经常发生。然而需要确定，该规则并入的方式是否通过提及的方式并入了该项规则，抑或只是提及该项规则而并未并入该规则，并因此将该问题留待该项规则处理。<sup>④</sup>以此，《公约》第32条仅为提及本身，并未包含准据；《公约》第95条并入了军舰豁免权规则，包含了准据；《公约》第58条则提及和并入了《公约》第95条。

笔者认为，沃尔夫鲁姆和科特法官的异议意见有可取之处，也有可以补充的缺失。以此为基础，可以考察《公约》特定条款在不同程度上涉及历史性权利的情况：

第一，沃尔夫鲁姆和科特法官的上述理路误解了国际法中法源和规则的关系，同一种法源当然可以表现不同的规则，而同一项规则也当然可以有不同的法源。一项规则无论如何提及或并入另一种法源的规则，都不必然使这项规则所具有的另一种法源消失，而只是在该规则项下使其得到确认、限制或者禁止。“一项规则是否被视为另一项规则的“适用”、“修订”或“例外”，取决于如何在实际应用情况下看待这些规则，包括对其目标和宗旨的理解。”<sup>⑤</sup>

在此基础上，所谓提及和并入这两者在性质上是无法区别的，区别的只是适用的次序和范围。当一项初级规则越具体详尽并且对与其他规则的关系作出明确的禁止或限制时，其他规则在该规则项下的可适用性就会越小。反之，当一项规则明确确认其他规则并且没有其他限制时，则其他规则在该规则项下的可适用性越大。

例如，《公约》第32条和第95条都分别确认了在领海和公海的军舰豁免权，只不过是前者要受到《公约》第30条、第31条非常有限的限制而已。就规则是否具体详尽而言，两者并无二致；就是否规定与其他规则的关系而言，《公约》第32条甚至更甚一筹。亦即，军舰豁免权的习惯国际法规则，两者都可以认为属于提及或属于并入。至于该案中《公约》第32条是否可以适用于内水？这个问题的本质是在《公约》领海章节项下的规定能否适用于内水，与军舰豁免权的习惯国际法规则是否并入到《公约》第32条并无关系。

第二，如同其他条约，《公约》还存在隐含提及的情况，如上述提及“习惯”、“传统”、“惯例”或“惯常”的11个条款。这些条款本身不能说确立了和历史性权利规则在适用法上的必然

① 《公约》第95条规定：“军舰在公海上有不受船旗国以外任何其他国家管辖的完全豁免权。”

② *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, para. 43.

③ *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, para. 45.

④ *The 'ARA Libertad' Case (Argentina v Ghana)*, Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 15 December 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, ITLOS Case No 20, para. 49.

⑤ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p. 35.

联系，却加强了历史性权利规则可以根据《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项，在这些条款的解释中起到作用。

第三，“南海仲裁案”中，以历史性捕鱼权或传统捕鱼权为例，先后涉及仲裁庭及菲律宾如下的互动问题：《公约》第2条第3款和第55条的比较（如前述）；《公约》第2条第3款和第51条第1款的比较；《公约》第2条第3款和第62条第3款的比较以及《公约》第56条第2款。

在实体听证中，仲裁庭提出的第7个问题是，“第51条第1款提及传统捕鱼权，<sup>①</sup>如何比较《公约》第2条第3款和第51条第1款的关系？”<sup>②</sup>菲律宾答复：“第2条第3款使沿海国在领海行使主权时，有义务尊重一般国际法的规则；而一般国际法确认了尊重传统捕鱼权的责任。但第51条第1款只与群岛国的群岛水域有关，不能直接将第2条第3款的规定类推至第51条第1款。而在专属经济区的情况下，例如第62条第3款对优先捕鱼权规定了更加严格的限制。因而，除非《公约》明确允许的这些情况，先前的捕鱼权已经被《公约》所规定的沿海国权利所替代。”<sup>③</sup>

如前述，菲律宾在第10项诉求中认为：“《公约》第2条第3款要求沿海国主权的行使应受其他国际法规则的约束，中国应尊重菲律宾在黄岩岛领海的传统捕鱼权。《公约》第62条第3款涉及传统捕鱼权在专属经济区的最终谈判结果，但第62条第3款并未确认传统捕鱼权，反而构成了对其的替代。”<sup>④</sup>

在实体听证中，仲裁庭提出的第17个问题是，“《公约》第56条第2款是否要求菲律宾尊重中国的历史性权利，<sup>⑤</sup>假定此种权利存在并且假定存在于《公约》之前。”<sup>⑥</sup>菲律宾答复：“第一，此种假定没有事实和法律支持，中国在菲律宾的专属经济区没有历史性权利。第二，即使假定中国的确具有《公约》之前就存在的历史性权利，此种权利也不能替代《公约》的规定。因为专属经济区的权利范围完全由《公约》第五部分所规定。”<sup>⑦</sup>

菲律宾的上述答复和解释的结果是，其他国家的历史性捕鱼权只能存在沿海国的领海或群岛国的群岛水域（包括领海），而不能存在于沿海国或群岛国的专属经济区。从地理范围上看，亦即，历史性捕鱼权的主张国在需要容忍的被主张国较近的海域可以具有此种权利，在较远的海域反而没有；在沿海国具有主权的海洋可以具有，在仅具有主权权利和管辖权的海洋反而没有。这种解释的结果显然是荒谬和不合理的。

如上述，即使按照沃尔夫鲁姆和科特法官的理论，《公约》第2条第3款只是提及了“其他

① 《公约》第51条第1款规定：“1. 在不妨害第四十九条的情形下，群岛国应尊重与其他国家间的现有协定，并应承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动。行使这种权利和进行这种活动的条款和条件，包括这种权利和活动的性质、范围和适用的区域，经任何有关国家要求，应由有关国家之间的双边协定予以规定。这种权利不应转让给第三国或其国民，或与第三国或其国民分享。”

② Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 2, 28 November 2015, p. 188.

③ Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 4, 30 November 2015, pp. 107-110.

④ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 2, 8 July 2015, pp. 140-141.

⑤ 《公约》第56条第2款规定：“沿海国在专属经济区内根据本《公约》行使其权利和履行其义务时，应适当顾及其他国家的权利和义务，并应以符合本《公约》规定的方式行事。”

⑥ Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 4, 30 November 2015, p. 78.

⑦ Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2013-19, Day 4, 30 November 2015, pp. 78-82.



国际法规则”，并未包含一项准据。这表明在领海，历史性捕鱼权留待习惯国际法予以处理，不属于《公约》所规定事项的范围。而群岛水域第51条第1款、涉及专属经济区的第62条第3款通过明示或默示的方式对历史性捕鱼权进行了规定，确立了一项准据，表明在群岛水域和专属经济区，《公约》本身已经确立了涉及历史性捕鱼权的规则——这样恰恰与菲律宾的答复完全相反。

笔者认为，任何“没有规定”，都可能沿着不同的方向解释为没有禁止或者没有允许，而任何“明确规定”，都可能解释为已经确认或已经被替代。这是法律解释固有的灵活性，需要合理的解释方法论。沃尔夫鲁姆、科特法官和菲律宾几乎运用完全相同的“文本字面分析+机械逻辑推定”的解释方法，却得出完全相反的结论。这说明，仅依赖于这种形式主义的解释方法，忽视对其他解释要素的作用，在解释方法论上缺乏合理性，使解释结果毫无确定性可言。

第四，世界贸易组织（WTO）争端解决机制对于条款和条款之间、协定和协定之间的关系曾经作出深入的诉辩、裁决，提供了丰富的案例法。在WTO涉及中国的出版物案、原材料案、稀土案中，都涉及《中国加入议定书》特定条款和《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》所附的多边贸易协定条款间的关系问题，特别是多边贸易协定的例外规定是否可以适用于对《中国加入议定书》的违反。三案中，专家小组使用的都是与上述沃尔夫鲁姆、科特法官和菲律宾非常相似的解释方法，认为《中国加入议定书》只有明确文本提及（express textual reference）1994年《关税与贸易总协定》（以下简称GATT 1994）时，才能适用GATT 1994第20条一般例外条款。亦即，要求《中国加入议定书》和GATT 1994具有明确的文本联系（text link）。<sup>①</sup>

而三个案件的上诉审查中，WTO上诉机构都确认，《中国加入议定书》和WTO协定相关条款的特定关系必须在个案的基础上（case-by-case basis）予以回答。<sup>②</sup>最新的WTO稀土案上诉机构报告指出，《中国加入议定书》某条款的文字是否明确提及某多边贸易协定，对确定两者之间的关系没有决定性作用。<sup>③</sup>对这一问题进行分析需要综合考虑该段落的文本、上下文（包括该段落的直接上下文、《中国加入工作组报告》、其他适用协定）、WTO协定的目的和宗旨，以及WTO协定的体系框架和任何有关案例。这一分析必须同时考虑到WTO体系“一揽子协定”的总体结构，并且必须考虑每一争端的具体情况，包括涉案措施和被诉违反的性质。总之，应采用一种整体解释方法（a holistic interpretation）。

笔者同意WTO上诉机构的上述解释方法论。根据《维也纳条约法公约》第31条、第32条所确立的解释规则，“南海仲裁案”中，必须考虑历史性权利或《公约》某项条款所包含义务的性质，作为上下文的其他条款对该项条款作出的限定或例外以及这类条款的目的和宗旨，以及南海争端的历史和现实情况。在所获结果显属荒谬或不合理时，还应诉诸解释之补充资料，包

① *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R, adopted on 12 August 2009. *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted on 5 July 2011. *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, adopted on 26 March 2014.

② *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted on 19 January 2010. *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adopted on 22 February 2012. *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, adopted on 29 August 2014.

③ Appellate Body Report, *China - Rare Earths*, WT/DS/431/AB/R WT/DS/432/AB/R WT/DS/433/AB/R, paras. 5. 61 - 5. 74.

括条约之准备工作及缔约之情况在内。

例如，就专属经济区的规定和其他国际法规则的关系而言，与领海第2条第3款比较的应是共同作为上下文的第55条、第56条第2款、第58条第2款。即使专属经济区的权利范围完全由《公约》第五部分所规定，依据第56条第2款、第58条第2款本身，也可以看出其他国际法规则在专属经济区的可适用性。《公约》第56条第2款规定：“沿海国在专属经济区内根据本《公约》行使其权利和履行其义务时，应适当顾及（due regard）其他国家的权利和义务，并应以符合本《公约》规定的方式行事。”<sup>①</sup>对于其他国家的权利和义务，《公约》第58条第2款规定：“第88条至第115条以及其他国际法有关规则，只要与本部分不相抵触，均适用于专属经济区。”都说明沿海国在行使其专属经济区的权利时应考虑其他国家的利益或相关的其他国际法规则，而这显然应考虑其他国家包括历史性捕鱼权在内的历史性权利以及相应的历史性权利规则。

因此，仅仅通过文本分析，也不能得出所谓《公约》完全替代了历史性权利规则的结论。“南海仲裁案”中只是需要确定：历史性权利规则和相重叠的《公约》特定条款，是否构成一种义务的冲突。根据上述，笔者以“明确提及并且并入”、“明确提及”以及“隐含提及”为标准，以及前述争端的构成和本质，对《公约》可能涉及历史性权利规则的条款及其管辖权问题进行了一般性归纳，并附录于本文后。实际上，不考虑任何其他管辖权限制，附录内容相当于本文讨论的“《公约》解释和适用的争端”所涉条款的最大范围。其他解释方法的运用及其他问题，笔者将在对第2项诉求及其管辖权的评析中另行阐述。

## 六 结论

本案中，仲裁庭已经认定菲律宾所提的两项诉求构成《公约》解释和适用的争端，只遗留是否构成第298条第1款条的历史性海湾或所有权排除管辖权的规定，从而将历史性权利所涉诉求的定性问题限制在此范围内。这种定性，明显忽视了争端的构成标准和《公约》第288条第1款规定的属事管辖权限制。

在管辖权裁决中，仲裁庭只是结合2014年中国的立场文件，一般性地对菲律宾的所有诉求是否构成“争端”以及“《公约》解释和适用的争端”进行了叙述，并未对每项诉求（至少可以分成几组）进行分别论证。而菲律宾的第1项和第2项诉求直接涉及《公约》外的法源和规则，明显与其他诉求不同；两项诉求的争端本质和管辖权问题的结构，也有区别；可以区分的几组诉求中，各自具有不同的争端构成，不仅争端的识别和定性应当分开处理，还要谨慎注意各诉求管辖权抗辩理由之间的相互关系。因而，菲律宾的第1项和第2项诉求是否构成“争端”以及“《公约》解释和适用的争端”，仲裁庭并未真正澄清。此外，如同其他几项保留处理管辖权问题的诉求一样，由于本案已经极为明显地受到各种前提和假定的掣肘，在实体阶段仲裁庭将直面其处理，其本身是否会产生新的管辖权和可受理性问题？

保留至实体阶段一并处理是解决疑难管辖权问题的方法，不是规避管辖权阻碍的工具。从

<sup>①</sup> 《公约》中合计有19处出现了“适当顾及”的表述。“适当顾及”多次出现在《公约》里，涉及到公海、领海、专属经济区、毗连区、大陆架多个海洋区域，贯穿了《公约》的始终。参见张国斌：《〈联合国海洋法公约〉“适当顾及”研究》，载《中国海洋法评论》2014年卷第2期，第53—69页。

《公约》1996年生效至今,《公约》第十五部分所确立的争端解决机制特别是国际海洋法庭和附件7仲裁程序,已经运行了20年。从过往20年来看,不少案例通过“自裁合法性”对管辖权作出了扩大解释,可以说《公约》争端解决机制的管辖权范围处于一种扩张的态势中。就一个新兴的国际争端解决机制而言,并非难以理解。笔者的另一项对国际司法机构权力合法性的比较研究发现,1801年—1835年的美国马歇尔法院时代,1949年—1962年的国际法院,1955年—1979年的关税与贸易总协定(GATT)和1995年—2005年的WTO争端解决机制,1963年—1970年代的欧洲法院,莫不如此。然而,这些国内或国际的司法机构,虽有间或反复,此后都进入了一个调整和自律的平稳状态。菲律宾在本案中声称,本案所涉争议,不仅对于菲律宾,对于南海所有沿海国甚至《公约》当事国来说都是最重要的问题。笔者认为,本案对于《公约》第十五部分争端解决机制来说尤其如此,谨慎的反思和自谦或可使其建立与当事国的互信和支持,反之只能使其进退失据。如同国际法院所示:“国际司法机构的未来,取决于各国的意愿和求助于她的程度。”<sup>①</sup>

附录:

### “历史性权利规则和《公约》的特定条款相重叠和冲突”争议问题的最大管辖权范围

	例证	管辖权和可受理性	适用法	解释要素	是否存在冲突
明确提及并且并入	第10条第6款、第15条和第298条第1款	是	是	是	不构成
	第51条第1款(群岛水域的传统捕鱼权)	是	是	是	不构成
明确提及 (仅指明相关主题事项应适用何种法律)	《公约》序言第八段	部分	可以	可以	不构成 (相当于冲突规则本身)
	第2条第3款 <sup>②</sup>	部分	可以	可以	不构成 (相当于冲突规则本身)
	第19条第1款、第21条第1款、第21条第4款、第31条	部分	可以	可以	具体个案
	第34条第2款	部分	可以	可以	具体个案
	第56条第2款和第58条第2款(其他国家)、第58条第3款(沿海国)	部分	可以	可以	具体个案
	其他条款(略)				
隐含提及	第7条第5款 <sup>③</sup>	具体个案	否	有限	具体个案
	第46条(b)项、第47条第6款 <sup>④</sup>	具体个案	否	有限	具体个案
	第62条第3款、第69条第4款、第70条第5款(专属经济区的惯常捕鱼国家)	具体个案	否	有限	具体个案

① <http://www.un.org/chinese/law/icj/ch7.htm#five>, 最后访问时间:2016年2月28日。

② 《公约》第2条第3款规定:“对于领海的主权的行使受本《公约》和其他国际法规则的限制。”

③ 《公约》第7条第5款规定:“在依据第1款可以采用直线基线法之处,确定特定基线时,对于有关地区所特有的并经长期惯例清楚地证明其为实在而重要的经济利益,可予以考虑。”

④ 《公约》第47条第6款规定:“如果群岛国的群岛水域的一部分位于一个直接相邻国家的两个部分之间,该邻国传统上在该水域内行使的现有权利和一切其他合法利益以及两国间协定所规定的一切权利,均应继续,并予以尊重。”

续表

	例证	管辖权和可受理性	适用法	解释要素	是否存在冲突
隐含提及	第149条	具体个案	否	有限	具体个案
	其他条款例如第8条第2款等(略)				

备注：管辖权和可受理性仅指“历史性权利规则和《公约》的特定条款相重叠和冲突”是否符合《公约》第288条第1款意义的管辖权，不考虑任何其他限制；适用法仅指《公约》第293条意义上仲裁庭可适用的法律；解释要素仅指1969年《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项意义上“可适用的有关国际法规则”，不考虑是否符合该条款；冲突仅指当事国不可能同时履行两种义务。

## The Formulation and Essence of Dispute: Critical Reviews on the First Claim in the South China Sea Arbitration and the Award on Jurisdiction

Chen Xifeng

**Abstract:** With respect to the disputes of interpretation and application of the United Nations Convention on the Law of the Sea, the three constitutive criteria should be real dispute, positive opposability and the relevance with the Convention. The formulation, essence and applicable law of disputes can't depend on the Parties' arguments, rather on the objective determination of the Tribunal under the Annex VII. The circumvention of the limits of jurisdiction can't be justified by the consistency of concerned results. It is the inherent limitation to the Tribunal according to the jurisdiction *ratione materiae* under the Article 288.1 of the Convention. With respect to any territorial sovereignty dispute, even if the latter is only incidental or ancillary, its certainty should not be governed by the Tribunal. In this case, the so-called qualification by the Tribunal obviously ignored the constitutive criteria of dispute and the limitation to the jurisdiction under the Article 288.1. The Tribunal can only hear the laws and official documents of China *per se* provided by the Philippines, rather than the China's full claims in the South China Sea. The maritime entitlements aren't exclusively defined and limited by the Convention. With respect to the source of maritime entitlements in the South China Sea, its form and effect will be determined by general international law and not be the matter concerned the interpretation and application of the Convention. The Tribunal can't make rulings on the rules of historic rights in general international law *per se* and the compatibility of the China's claims with these rules. Rather, it is deemed to be a matter of facts as a provisional conclusion. Only under this precondition the Tribunal can hear the overlap and conflict relationships between the historic rights rules and the specific provisions of the Convention. The deliberation and modest of the Tribunal can be helpful in the mutual trust and support with the Parties states, otherwise, the Tribunal will find itself in a dilemma.

**Keywords:** the South China Sea Arbitration, The Formulation of Dispute, The United Nations Convention on the Law of the Sea, Jurisdiction *ratione materiae*, Historic Rights

(责任编辑: 郝鲁怡)