

划界前争议水域油气开发的国家责任问题

——以加纳/科特迪瓦海域划界案为素材

张新军*

摘要：对划界前油气开发活动的国家责任的判定取决于对行为违法性的判定，这特别涉及到《联合国海洋法公约》第83条第3款的解释。在加纳和科特迪瓦间海域划界争端案中，国际海洋法法庭特别分庭对于科特迪瓦所提对方单方开发活动违反其主权权利的主张，判定只要单方开发活动是在双方可以善意主张的重叠区域内，则该主张在法律上不能成立。这宣告了所谓“吸管效应”论的破产。但是，在对上述违反主权权利和违反《公约》第83条第3款下“尽一切努力”这两个义务的责任主张的判断上，主观要素仍然具有重要意义。对于前者，分庭在义务构成中引入“知道或应当知道”这一要素；对于后者，白珍铨法官个别意见中提示的在两国关系框架下考虑包括单方开发活动的性质、实施时间及地点等相关因素的评估方法，具有重要的启示意义。

关键词：海域划界前油气开发 国家责任 主观要素 管辖权 加纳/科特迪瓦案

一 引言

2017年9月23日，国际海洋法法庭（ITLOS）的特别分庭就加纳和科特迪瓦间海域划界争端案做出了判决。^①在划界问题上，判决采用了在暂定中间线基础上结合相关情况进行三阶段调整的划界方法，这一方法在最近的划界案件中频繁被运用，在本判决中并无新意。事实上，本案重点关涉到《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）生效后在适用第74条和第83条进行海域划界时，围绕上述两条共通第3款的划界前义务、并且主要涉及第83条大陆架划界前油气开发活动所引起的问题。本案是继2007年圭亚那诉苏里南仲裁裁决后，对划界前争议水域内活动的国家责任问题作出认定的第二个案件。

《公约》第74条和第83条的相关规定如下：

* 清华大学法学院副教授。

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017.

1. 海岸相向或相邻国家间大陆架的界限，应在《国际法院规约》第38条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。

3. 在达成第1款规定的协议以前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排，并在此过渡期间内，不危害或阻碍最后协议的达成。这种安排不妨害最后界限的划定。

《公约》第74条和第83条共通第3款的“尽一切努力”义务的内容和第1款要求达到公平（平衡）划界结果的划界义务一样，在解释上留下很大的不确定性。同样的问题也存在于何为“实际性的临时安排”和“不危害或阻碍最后协议的达成”等文本的解释问题之中：一方面，正是该款所设义务的重要性和文本上的不确定性，在已有研究上对此问题有着广泛的讨论；^① 另一方面，正如划界争端的判例中对第1款义务要求平衡划界结果的解释那样，在判例法学的意义上，本案对第3款义务的解释和适用值得关注。

在现实意义上，对许多国家来说，也许达成最终划界仍然是遥遥无期的。但是对于《公约》缔约国而言，如何在划界前基于善意原则履行《公约》第74条、第83条共通第3款规定的义务是现实问题。此外，如果《公约》第298条下的针对划界相关争端的排除性声明的范围未必当然包括划界前的义务的话，围绕这一义务履行的争端发生诉讼也有可能性。

就我国周边海域而言，除了在南海方向和越南就北部湾海域划界达成了迄今为止唯一的划界协议外，在南海的其他方向以及东海、黄海，我国和海上邻国均未划界。因此，在我国和海上邻国之间在划界前有关共同开发的构想或行为规范的制定上，《公约》第74条、第83条的解释或适用问题有重要意义。此外，尽管我国已经做出了《公约》第298条下的排除性声明，菲律宾还是通过对诉求的包装，企图绕开声明对我国提起仲裁。在东海方面，也有迹象表明日本试图在第74条、第83条共通第3款规定的义务上做文章，^② 将中间线附近中国开发行动提交司法仲裁。^③

① See Rainer Lagoni, “Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements”, (1984) 2 *The American Journal of International Law* 78, pp. 345 – 368; David H. Anderson and Youri van Logchem, “Rights and Obligations in Areas of Overlapping Maritime Claims”, in S Jayakumar, T Koh and R Beckman (eds), *The South China Sea Disputes and the Law of the Sea* (Gloucester: Edward Elgar, 2014), pp. 192 – 228; Youri van Logchem, “The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas”, in C Schofield, S Lee and M-S Kwon (eds), *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2014), pp. 175 – 197; Natalie Klein, “Provisional Measures and Provisional Arrangements in Maritime Boundary Disputes”, (2006) 4 *International Journal of Marine and Coastal Law* 21, pp. 423 – 460; Enrico Milano and Irini Papanicolopulu, “State Responsibility in Disputed Areas on Land and at Sea”, (2011) 71 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 587 – 640; Yoshifumi Tanaka, “Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/Côte d’Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS”, (2015) 4 *Ocean Development & International Law* 46, pp. 315 – 330; Masahiro Miyoshi, “The Basic Concept of Joint Development of Hydrocarbon Resources on the Continental Shelf”, (1988) 3 *International Journal of Estuarine and Coastal Law* 1, pp. 1 – 18.

② 英国的 *The British Institute of International and Comparative Law* 研究机构于2016年6月发布了 Report on the Obligations of States under Articles 74 (3) and 83 (3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas, <http://www.biicl.org/undelimited-maritime-area>, 最后访问时间: 2017年3月30日。这份报告公开表明是由日本政府资助。参见报告第3页。2016年10月12日，日本外务省网站发布《中国在东海单边开发自然资源现状》，指出日本再次强烈请求中国停止单边开发活动并恢复对“2008年6月协定”履行问题的谈判。日本外务省网站发布《中国在东海单边开发自然资源现状》，http://www.mofa.go.jp/a_o/c_ml/page3e_000356.html, 最后访问时间: 2018年2月5日。

③ 据日本媒体报道，2016年3月15日日本自民党资源-能源战略调查会/外交部会等的联合会议上做出案文称日本将考虑依据《公约》，将中间线附近中国开发行动（16个油气井；中方确认、日方抗议、中方继续）提交司法仲裁。产经新闻：中国の東シナ海ガス田開発、国際仲裁裁判所へ提訴を 自民党が「態度を毅然とさせよ」と政府の背中押す <http://www.sankei.com/politics/news/160316/pl1603160002-n1.html>, 最后访问时间 2018年2月5日。

本案围绕《公约》第74条、第83条共通第3款规定的义务的管辖和实体问题所作的判断,在处理我国与未划界海洋邻国的关系问题上同样值得关注。

本文将概述案件的事实背景和诉讼经过,围绕有关划界前国家责任问题,特别是《公约》第74条、第83条共通第3款的解释,对当事国主张、判决内容以及法官的个别意见进行重点介绍。在此基础上探讨以下方面的问题:1)在缔约国依据《公约》第298条做出了排除第74条和第83条解释或适用的争端时,国际司法仲裁机构对该条款义务相关争议上的管辖权问题;2)在划界前争议水域的开发活动和主权权利的关系上,所谓“吸管效应”论在理论上是否还有意义的问题;3)何种油气开采行为在何种情形下构成违反该条款义务,以及在对活动特征的判断上,和划界判决前做出的临时措施命令有何关系的问题;4)上述单方油气开发活动构成义务违反时,其时间和空间上的维度和责任判断在价值取向上的关联问题。

二 加纳/科特迪瓦海域划界案的案件背景和程序运行

加纳和科特迪瓦是大西洋上几内亚湾的海岸相邻国家。两国虽未划定海域界限,但均在未划定海域进行了油气开发活动。2014年9月19日加纳向科特迪瓦发出仲裁通知,就两国之间海域划界争端,启动了公约附件七下的仲裁程序。2014年12月3日,两国达成特别协议,同意将上述争端提交给由两国同意的三名国际海洋法法庭时任法官和两名专案法官组成的一个国际海洋法法庭特别分庭。^①法庭在2015年1月12日的命令中,同意两国在上述合意中的请求并做出了相应的程序安排的命令。此日期也被一直认为是在特别分庭启动程序的时间。^②

科特迪瓦还依据公约第290条,向特别分庭提出了五点临时措施请求,请求分庭命令加纳:1)在争议水域停止所有正在进行的石油开发和勘探活动;2)避免授权在争议区域内任何新的石油勘探和开发许可;3)采取一切必要措施,阻止加纳在过去、现在或将来实施的、或其授权实施的勘探活动,或在争议区域内搜集信息以任何方式被利用从而导致对科特迪瓦的损害;4)采取通常的一切必要措施以保存大陆架及其上覆水域和底土;5)停止和避免任何使科特迪瓦蒙受损害之权利的单边行为,以及可能导致加剧争端的行为。^③特别分庭依照判例法理考虑了给出临时措施的条件:1)初步管辖权;2)主要保全权利的主张可能性;3)该权利和临时措施

① 两国间这一争端进入《联合国海洋法公约》的强制争端解决程序,最初是由加纳单方面在《公约》附件七下启动的。之后双方又通过特别协议,合意将争端交给国际海洋法法庭的一个特别分庭审理。See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, 2017, p. 8-9, paras. 3-4. 这样由附件七仲裁转移到国际海洋法法庭(全庭或特别分庭)的情况在过去《公约》下的争端解决实践中屡次发生。过去的案件: *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports, 1999, p. 17, para. 5; *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks (Chile/European Community)*, ITLOS Reports, 2000, p. 153, para. 6 (transferred to the ITLOS Special Chamber); *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports, 2014, p. 9, para. 6; *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports, 2012, p. 12, para. 5.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 11, para. 11.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Order 2015/3, 2015, para. 25.

的关联性；4) 紧急性；5) 不可恢复的风险。

2015年4月25日，特别分庭做出的五点临时措施命令大部分回应了科特迪瓦的请求。但对于其第一点的主要请求，特别分庭仅仅要求“加纳必须采取所有可能的步骤保证加纳自身或其控制之下（的实体）不在第60段定义的争议区域发生新的钻井活动。”^① 特别分庭自己也承认加纳在争议区域的开采活动会造成对该区域永久的物理性质的改变，^② 但仅规定加纳在上述特定争议区域不得进行新的钻探活动，并没有裁定停止所有正在进行的开采活动。分庭认为停止所有加纳在争议区域的勘探和开发活动将对已经开发的活动带来经济损失，损害加纳所主张的权利并有可能给海洋环境带来损害。^③

本案由于是通过特别协议提交，两国未就特别合意范围发生显著的分歧。特别分庭也没有单独就管辖权问题另立程序进行审理。最终在2017年9月23日，特别分庭做出了实体判决。在划界决定之外，特别分庭还对科特迪瓦请求法庭判定加纳在划界前的油气开发的国家责任进行了判决。

三 加纳划界前单方油气活动的国家责任问题

科特迪瓦在最终请求上，除了划界相关的请求（1）之外，还请求特别分庭“（2）宣告并判决加纳在科特迪瓦海域内的单方活动违反了（i）科特迪瓦在法庭（通过划界决定）确定的其大陆架上的专属主权权利；（ii）《公约》第83条第（1）项下的善意谈判义务及习惯法；（iii）《公约》第83条第（3）项下的不危害不妨碍达成协议的义务；（3）宣告并判决加纳违反了法庭的临时措施命令。”^④ 特别分庭将上述请求归类于对加纳的国家责任的请求，并分别构成了不同的责任请求基础。

（一）法庭对国家责任问题的管辖权（第545段—第560段）

构成本案管辖权基础的特别协定中，双方合意约定提交争端的事项范围限于大西洋上两国有关海域界限划分的争端（dispute concerning the delimitation of their maritime boundary in the Atlantic Ocean）。特别分庭认为，无论“有关”（concerning）这一措辞是否可以解释为包括“不是划界一部分但与其紧密相关的问题”（issues are not part of delimitation but are closely related thereto），将提交争端的范围解释为包括国家责任问题这一做法都意味着对“海域界限划分的争端”的解释走得太远了。^⑤ 特别分庭的结论是，它要管辖的最终请求第2项有关加纳的国家责任问题，并

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Order 2015/3, 2015, para. 108 (1)

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Order 2015/3, 2015, para. 89.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Order 2015/3, 2015, paras. 99 – 100.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 24, para. 63.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 152, para. 548.

不为允许提交划界争端 (*dispute concerning delimitation*) 的特别协定所包括。^①

特别分庭进一步考察加纳是否通过其在诉讼中的行为接受了管辖 (应诉管辖的法理)。特别分庭认为加纳没有反对科特迪瓦基于习惯法、《公约》规定以及追究违反临时措施的命令责任的请求。不仅如此,加纳还对上述请求予以积极的反驳。因此,特别法庭认为加纳接受了特别分庭在实体审理中对国家责任请求的管辖。^②

(二) 对主权利利的违反 (第 561 段—第 595 段)

科特迪瓦请求特别分庭宣告并判决加纳在科特迪瓦海域内的单方活动违反了科特迪瓦在分庭 (通过划界决定) 确定的其大陆架上的专属主权利利。科特迪瓦认为沿岸国对大陆架的权利是“依事实产生和自始既有” (*ipso facto; ab initia*), 具有“固有性质” (*inherent character*)。不仅如此,大陆架上的主权利利是专属权利 (*exclusive rights*), 具有排他性。因此这样的专属权利在划界线未确定前也可能遭到违反。^③ 无论如何,科特迪瓦认为划界判决并不能创设主权利利,它只不过是澄清了大陆架上主权利利的范围而已。^④ 科特迪瓦进一步指出例如地震学勘探 (*seismic exploration*) 作为大陆架开发和自然资源勘探的必要部分,也包含在上述主权利利中。如没有沿岸国同意,这样的活动也构成对沿岸国主权利利的违反。

科特迪瓦指出,在事实上,加纳单方面在争议水域进行了广泛的开发勘探活动。加纳在争议水域实施单方行为前,明确知晓争议的存在和科特迪瓦提出的反对。因此,科特迪瓦主张加纳的活动“潜在地影响了科特迪瓦的主权利利……在划界决定做出之前,加纳的不法行为也能得到确立,并和划界结果无关”。^⑤

加纳认同有关大陆架主权利利的固有属性和判决的宣示性意义。但是,加纳认为在过去的司法实践中,海域划界的判决并不就此认定了争议水域当事国的责任;判例也不对一国对某一领域的善意利用进行处罚,即使最终这块领域被判给邻国。^⑥

分庭认为,科特迪瓦在不同时期针对划界方法提出了不同的主张,其结果使得处于争议的海域范围随每次的提案不同。^⑦ 法院能够确定的是加纳 2009 年后从事钻井活动的 TEN 油田,均邻接科特迪瓦的许可区块并处于科特迪瓦所认为的争议水域。^⑧ 因此,分庭认为加纳知道或应当知

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 153, para. 550.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 153 – 154, paras. 551 – 553.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 156, para. 564.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 156, para. 565.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 157, para. 569.

⑥ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 159, para. 580.

⑦ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 161, para. 586.

⑧ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 161, para. 587.

道 TEN 油田的开发活动是落入了科特迪瓦的主张水域的。^①

在此基础上，分庭考虑一国划界前在争议水域的开发活动是否会由于该活动区域判决后划归另一国而产生国家责任的问题。分庭认为，只有划界决定才能确定争议大陆架的哪一部分归属于哪一国家，也就是说，判决决定了一国的大陆架权源（entitlement）对另一国权源的优先性。在这个意义上，分庭认为划界对大陆架的确定是构成性的而不是宣示性的。^② 因此，某一特定海域在判决中被划归一国，并不导致另一国划界前在该海域内的活动构成对他国主权权利的违反，只要活动是划界前进行的并且对上述活动的海域双方都能够基于善意进行主张。^③ 在此基础上，分庭认定科特迪瓦主张加纳在争议水域的开发活动违反科特迪瓦主权不能成立。^④

（三）《公约》第 83 条义务的违反（第 596 段—第 634 段）

1. 《公约》第 83 条第 1 款的违反

科特迪瓦首先指控加纳违反了《公约》第 83 条第 1 款和一般习惯法上基于善意谈判的义务，指出有三项事实构成上述违反：加纳在争议海域的单方活动；谈判中的不妥协立场（inflexibility）；关闭寻求司法解决的路径。^⑤ 加纳认为科特迪瓦主张中的事实缺乏具体性，而它的活动是基于双方长期以来对海上界限的共同认识，在科特迪瓦的合作下公开进行的；谈判中加纳坚持维持现状（status quo）并不是对国际法的违反。^⑥

特别分庭认为，基于善意进行谈判的义务是行为义务而非结果义务；无法实现一方预想的结果并不当然地违反义务。加纳和科特迪瓦进行了数次谈判，科特迪瓦未能信服地表明这些谈判是没有意义的，因为谈判至少达成了有关划界起始点的合意。加纳坚持谈判立场（维持现状）也不能看作违反该义务。加纳最初关闭司法解决路径也不能看作对该义务的违反，因为《公约》第 298 条明确允许缔约国在强制解决方法上排除某些争议。总之，由于科特迪瓦没有令人信服地建立起对加纳的指控，因此，分庭驳回其基于《公约》第 83 条第 1 款的国家责任请求。^⑦

2. 《公约》第 83 条第 3 款的违反

科特迪瓦主张，《公约》第 83 条第 3 款“达成临时安排”的义务和“不危害或阻碍最后协议的达成”的义务相互关联。在争议水域可以进行的只能是临时安排下的活动，而单方经济开

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 162, para. 588.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 162, para. 591.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 162, para. 592.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 163, para. 594.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 164, paras. 598 – 599.

⑥ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 165, paras. 602 – 603.

⑦ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 165 – 166, paras. 604 – 605.

发是被禁止的。^① 被禁止的活动不仅是那些造成物理性改变的开发活动 (invasive activities), 某些特定性质的开发勘探活动同样会“危害或阻碍最后协议的达成”, 因为它们制造对立情绪和既成事实。^②

就争议水域内禁止的单方行为的地理范围, 科特迪瓦认为加纳的钻井活动的地点即使最终被判决划归加纳, 也同样构成对《公约》第83条第3款义务的违反。科特迪瓦在事实上进一步指出加纳不仅在争议水域进行了开发, 而且不顾科特迪瓦的反对未停止开发; 加纳在本案审理过程中也未就其从事的开发活动向科特迪瓦或分庭提供有关矿藏的重叠结构的信息, 这更加表明加纳在开发上的不合作态度。^③

加纳主张, 《公约》第83条第3款并未对缔约国课以实际达成临时安排的义务。不仅如此, 《公约》起草者特别选择不对争议水域的开发活动实施冻结。因此, 加纳认为, 《公约》第83条第3款并不要求缔约国在争议水域特定活动上的抑制; 对该项义务违反的判断不是建立在特定活动的物理效果上, 而是要看其是否可能影响到达成最终协议的进程。^④ 在事实关系上, 加纳将它的开发活动和圭亚那诉苏里南案中的圭亚那的开发活动加以区分, 指出它的活动只不过是对数十年以来开发活动的延续, 而后者则是争端产生后的单方活动。加纳进一步指出, 它数十年以来的开发活动从未遭到反对, 它的活动是维持现状下的活动, 不能被看成是单方面的, 因此也难以说成“危害或阻碍最后协议的达成”。^⑤ 在结论上, 加纳认为它不违反达成临时安排的义务, 因为科特迪瓦从未建议过临时安排, 只是一味要求冻结开发活动; 从双方谈判的事实上看, 它也没有“危害或阻碍最后协议的达成”, 科特迪瓦的指控缺失事实依据。

法庭认为, 《公约》第83条第3款中的“尽一切努力”下“达成临时安排”和“不危害或阻碍最后协议的达成”的两个义务相互关联, 均是行为义务。

对于第一义务的“达成临时安排”, 并不要求一定达成协议, 而是要求秉持善意原则谈判; 这一义务也要求行为应当有“谅解和合作精神”。^⑥ 就本案而言, 分庭首先指出在第一义务的指控上, 科特迪瓦未向加纳提议过临时安排, 而只是要求加纳停止开发, 因此其主张在事实上并未夯实加纳的行为是未尽善意的。而只有科特迪瓦提议后, 才使得谈判成为必要 (因而有可能出现加纳是否履行善意谈判义务的事实上的评估)。此外, 考虑到加纳已经从事开发多年, 尽管科特迪瓦对上述开发的容忍不能看作是默认, 但这一情形应该在评估两国关系时加以考虑。科特迪

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 166 – 167, para. 608.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 167, para. 609.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 167, paras. 612 – 613.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 168 – 169, paras. 617 – 618.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 169, paras. 619 – 621.

⑥ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 170 – 171, paras. 626 – 627.

瓦没有提议临时安排的谈判, 使得其难以主张加纳有违反谈判达成临时安排的义务。^①

对于第二义务的“不危害或阻碍最后协议的达成”, 分庭认为应该从第3款整体上加以解读。这一解读要求“不危害或阻碍最后协议的达成”在行为上体现“谅解和合作精神”并且受制于“尽一切努力”下的行为义务。从整体上看, 《公约》第83条第3款预设了两个情形, 如果达成临时安排的话, 应按达成的“安排”规范两国的行为; 而只有划界前没有达成临时安排时, 才有“不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务出现。^②

本案中分庭基于以下两点认为加纳不构成对第二义务的违反。首先, 在法庭做出临时措施命令后加纳没有新的油气开发, 当然, 分庭也认为科特迪瓦提出要求时加纳就能暂停活动最好。其次, 加纳的开发活动都是在最后通过划界确定为加纳的海域中进行的。考虑到科特迪瓦有关国家责任的最终请求的第2点是“请求宣告并判决加纳在科特迪瓦海域内的单方活动……违反了《公约》第83条第3款下的不危害不妨碍达成协议的义务”, 由于上述加纳的活动不是在科特迪瓦海域内发生的, 分庭显然也不能做出这样的宣告。因此驳回科特迪瓦的请求(下划线为笔者所加)。^③

最后, 对于科特迪瓦要求分庭宣告加纳违反临时措施命令的请求, 分庭重申临时措施是有约束力的,^④ 但最终认定加纳没有违反临时措施命令。^⑤ 囿于篇幅和主题, 本文在此不再展开。在上述三项责任请求中, 当事国在责任的履行上也有不同的主张, 由于分庭均未判定加纳的国家责任, 它也就没有必要对责任的履行作进一步判断。

本案白法官(Paik Jin-Hyun 白珍铉)和专案法官门萨(Thomas Mensah)给出了个别意见。其中白法官的意见认为, 加纳在争议海域单方开发活动构成了对“《公约》第83条第3款下基于谅解和合作的精神, 尽一切努力不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务的违反,^⑥ 只是由于科特迪瓦的请求在形式上是“要求宣告并判决加纳在科特迪瓦海域内的单方活动的违法性”(下划线为白法官所加), 他只能驳回这一请求并投票赞同判决主文中对该项责任的判断, 因为加纳的活动并没有发生在科特迪瓦海域内, 而是在最终判决为加纳的海域。^⑦ 白法官认为本案为分庭提供了澄清“不危害或阻碍最后协议的达成”内容的一个机会, 但分庭没有对此进行周密审查。^⑧ 白法官提出了两国关系框架下考虑相关因素的评估方法, 其意见要点将结合下节对本案判决的考察一并加以论述。

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 171, para. 628.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 171 – 172, paras. 629 – 630.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, pp. 172 – 173, paras. 631 – 634.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 176, para. 647.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 179, para. 658.

⑥ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 16.

⑦ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 1.

⑧ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 3.

四 对本案围绕划界前单方活动的责任问题的若干考察

特别分庭在责任问题的审理中对管辖和实体问题所作的上述判断均值得关注。就管辖问题而言,本案推理中就“划界争端”和《公约》第83条在解释或适用上的争端的关系所做的旁论,有进一步探讨的余地。与此探讨相关联的一个一般性的管辖问题是,当一方基于《公约》第298条做出了排除性声明后,另一方缔约国能否单方面将划界前的责任问题作为一个单独的案件在《公约》的强制性争端解决程序上提交?在实体问题上,分庭在与责任相关的规则的解释或适用上的判断,也有进一步阐释的必要。

(一) 伴随划界争端的国家责任请求的管辖权

本案是由当事国通过特别协议提交两国海域界限划分的争端(dispute concerning the delimitation of their maritime boundary)。特别分庭认为,“划界前活动的责任请求”并不包括在“划界争端特别协定”所规定的事项管辖范围之内,但基于应诉管辖的法理,决定对三项不同的责任请求——违反科特迪瓦的主权权利、违反临时措施命令和违反第83条第3款义务——具有管辖权。

在违反临时措施命令的管辖权问题上,由于该请求直接产生于本案提交的划界争端,分庭无疑对划界争端有管辖权。在这样的情形下,正如国际法院在拉·格兰德(La Grand)案件中表明的那样,法院对案件实体问题有管辖权,那么它对是否违反临时措施也有管辖权。^①本案对科特迪瓦有关加纳是否违反临时措施命令的管辖权,似乎并不需要通过应诉管辖的法理加以确定。

在有关违反科特迪瓦的主权权利的责任请求上,这一请求也和划界争端紧密相关。分庭并没有完全否认,在理论上“不是划界一部分但与其紧密相关的问题”仍有可能落入“划界争端”,只是本案的责任请求难以落入。^②但就有关违反科特迪瓦的主权权利的责任请求而言,似乎这一论断过于绝对。事实上,两者的紧密联系也在实体判断上得到分庭的确认。分庭认为,划界判决具有构成性,因此否定了加纳在双方都可以善意主张权利的争议水域活动非法性和由此产生的责任。也就是说,只有通过划界才能确定“谁的”主权权利受到侵害,基于“我的”主权权利受到侵害而提出的责任请求取决于划界争端的解决,该责任请求附随于划界争端,与后者具有密切相关性(均是“谁我”争端)。在分庭明确对划界争端具有管辖权时,它同样有可能对有关违反主权权利的责任请求具有管辖权。

唯一需要和划界争端加以区别的是违反第83条第3款义务下的责任请求。从表面上看,该项义务是划界前的行为义务,围绕这一义务的争端和直接导致结果的划界(或划界过程)无关。也就是说争议水域(主张重叠的水域)的划界和划界前的行为义务是一个枝(主张重叠)上结的两个果,互不关联。对于划界的合意意味着双方同意存在着权利重叠水域,但并不意味着同意

^① See *La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 485, para. 45: “Where the Court has jurisdiction to decide a case, it also has jurisdiction to deal with submissions requesting it to determine that an order indicating measures which seeks to preserve the rights of the Parties to this dispute has not been complied with.”

^② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 152, p. 152, para. 548.

对重叠水域的所有争端的管辖。

总之，分庭在本案中对通过辨识以确定是否对相关的责任请求具有管辖权这一路径持消极立场。相反，通过应诉管辖（加纳在管辖默示上表示了同意）分庭找到了更为直接的也是没有争议的管辖基础。

一个更为一般性的问题是，在《公约》解释或适用争端的管辖权问题上，当一方基于《公约》第 298 条做出了排除性声明后，另一方缔约国能否单方面将划界前的责任问题作为一个单独的案件在《公约》的强制性争端解决程序上提交。本案由于是双方通过特别协议合意提交仲裁，这一问题也没有发生。但是，如果按照本案在管辖权判断上所认定的，责任请求并不被划界争端所包括，并且《公约》第 298 条在解释上允许排除的仅限于划界争端，那么，《公约》第 298 条下的声明可能不包含将上述责任问题的请求排除出司法仲裁程序。

然而，这一结论依赖于两个假设。第一，责任请求不被划界争端所包括；第二，《公约》第 298 条仅能将划界争端排除出司法仲裁程序。对于第一个假设，前文已经表明，至少对于违反临时措施命令的责任和违反主权权利的责任，分庭的结论并未充分说明责任请求不被划界争端包括的理由；相反，基于这两个请求和“划界争端”主题事项的紧密联系，对其管辖不一定不能成立。从以下的分析看，排除划界争端对这两个请求也具有排除效果。

对于违反临时措施命令的责任问题，由于临时措施是附随性程序，它一定依附于一个《公约》解释或适用的争端，并不能作为独立案件提交。在一方作出第 298 条项下的排除性声明后，即使认为排除的只是“实际划界”争端，司法仲裁机构对于伴随划界争端的临时措施请求，将没有初步管辖权，不可能做出临时措施命令。这样有关临时措施的责任问题将不会出现。

对于一方主张违反其主权权利的责任请求，由于是否违反（该国）主权权利的争端和划界争端的紧密联系，排除了后者就意味着排除了前者，如同对后者的管辖意味着对前者的管辖一样。在这一点上，即使南海仲裁案中仲裁庭和菲律宾一样将《公约》第 298.1 (a) (i) 项下的排除限定于存在海洋权利重叠水域的“划界”争端，对于菲律宾请求仲裁庭宣告违反其主权权利的请求（诉求 8），仲裁庭也承认需要考虑其是否被中国基于《公约》第 298 条所作的声明排除。^①

在加纳科特迪瓦案对划界前责任的管辖权上，分庭至少认为是否违反第 83 条第（3）项义务的争端和划界争端不同，前者不为后者所包括。按照这一说法，如果《公约》第 298 条下可以排除出强制司法仲裁程序的争端限定于存在海洋权利重叠水域的“划界”争端的话，那么有关违反第 83 条第（3）项义务的责任请求并不当然被《公约》第 298 条下的声明所排除。这里发生的问题有关第二假设，即排除的是否仅限于划界争端，问题的关键是《公约》第 298 条解释上涉及到的有关排除的范围。根据《公约》第 298 条第 1 款（a），缔约国可以通过声明排除：

“关于划定海洋边界的第 15 条、第 74 条和第 83 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，假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……”

在《公约》文本上，能够排除的并不是“划界争端”（dispute concerning sea boundary delimitation）而是“关于划定海洋边界的第 15 条、第 74 条和第 83 条在解释或适用上的争端”

^① See *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award on Jurisdiction and Admissibility, P. C. A. 2015, p. 144, para. 405.

(disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations)。(下划线为笔者所加)^①从文本上看,排除的对象是第15条、第74条和第83条在解释或适用上的争端,因此,围绕该条文中的一个款项(第74条/第83条第3款)的解释或适用问题,应当也被排除。^②但是,也有观点认为,排除的对象虽然是上述条款的解释或适用上的争端,但对象进一步限定于划界(relating to sea boundary delimitations)。而第74条/第83条共通第3款指的是双方在划界前的合作上的问题,它可以和划界过程不同。因此该条究竟是关于划界还是关于划界前义务必须在个案中具体问题具体分析。根据第298条排除第74条/第83条,解释为一概排除了第3款将有违《公约》和平利用海域的目的。^③有学者进一步认为,是否违反第74条和第83条第3款的争端是涉及国家行为規制上的争端,和海域划界这样的海域分配争端具有本质区别,前者是独立于后者的争端。因此第298条排除的划定海洋边界的第74条和第83条在解释或适用上的争端,应解释为不包括未划界海域上的单方活动是否违反第74条/第83条第3款的争端。^④

对这一解释问题,2016年东帝汶和澳大利亚的强制调解案(管辖权决定)间接地给出了答案。《公约》第298条第1款(a)文本上,一方面,缔约国可通过声明将“关于划定海洋边界的第15条、第74条和第83条在解释或适用上的争端”排除强制性司法仲裁程序,另一方面,“这种争端”必须接受强制调解。从文本的上下文看,排除强制性司法仲裁程序的争端的事项范围就是强制调解的管辖范围。在该案中,调解委员会认为澳大利亚基于《公约》第298条第1款(a)做出的声明,其逻辑上的归结就是它同意了强制调解,这一点澳大利亚是认可的。^⑤而东帝汶在请求强制调解的事项中,不仅有永久性划界,还要求调解委员会帮助双方达成合适的过渡性安排,使他们之间的新的永久海洋边界得以充分贯彻。澳大利亚对此反对,认为这不仅超出了东帝汶在单方启动强制调解时通告(notification)中的请求事项,也超出了《公约》第298条(排除后必然落入强制调解)的事项范围。^⑥

调解委员会认为,《公约》第298条文本上要求澳大利亚接受调解事项就是关于划定海洋边界的第15条、第74条第83条在解释或适用上的争端。^⑦因此有必要审视第74条和第83条文本。这两个文本审读的结果是,它们不单是规定了实际海域划界,也规定了划界前过渡时期的有关问题。因此东帝汶有关过渡性安排的请求并不在第74条和第83条之外,相应地也不在《公约》第

① 张新军:《关于菲律宾南海断续线仲裁请求的管辖权问题——〈联合国海洋法公约〉第298.1(a)(i)项下的排除和海洋权利之争》,载《国际法研究》2016年第2期,第6页。

② See Robert C Beckman & Leonardo Bernard, “Disputed Areas in the South China Sea; Prospects for Arbitration or Advisory Opinion”, p. 15, http://nghiencuubiendong.vn/en/database-on-south-china-sea-study/doc_download/275-robert-c-beckman-a-leonardo-bernard-disputed-areas-in-the-south-china-sea-prospects-for-arbitration (last visited February 5, 2018).

③ See Murray Hiebert, Phuong Nguyen, Gregory B. Poling (eds), “Examining the South China Sea Disputes: Papers from the Fifth Annual CSIS South China Sea Conference”, Rowman & Littlefield Publishers / Center for Strategic & International Studies (2015), p. 70, https://sis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/151110_Hiebert_ExaminingSouthChinaSea_Web.pdf (last visited February 5, 2018).

④ 中谷和弘,境界未画定海域における一方的資源開発と武力による威嚇—ガイアナ・スリナム仲裁判決を参考として、柳井俊二・村瀬信也 編 『国際法の実践—小松一郎大使追悼』信山社2015、534頁。

⑤ See *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia (Timor-Leste and The Commonwealth of Australia)*, Decision on Competence, P. C. A. 2016, p. 17, para. 68.

⑥ See *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia (Timor-Leste and The Commonwealth of Australia)*, Decision on Competence, P. C. A. 2016, Ibid., p. 26, paras. 93–94.

⑦ See *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia (Timor-Leste and The Commonwealth of Australia)*, Decision on Competence, P. C. A. 2016, p. 26, para. 95.

298 条第 1 款 (a) (i) 之外。^① 最终, 委员会认定东帝汶提出的事项没有超出第 298 条的范围。^②

该案的推理明确了《公约》第 298 条第 1 款 (a) (i) 所排除的“划定海洋边界的第 74 条和第 83 条在解释或适用上的争端”的范围。澳大利亚基于《公约》第 298 条第 1 款 (a) (i) 条作出的声明在强制性司法仲裁程序上排除了划定海洋边界的第 74 条和第 83 条在解释或适用上的争端, 它不仅将实际的海洋划界争端, 还将第 3 款上的争端, 也排除出强制司法仲裁程序之外。因此, “这种争端”——包括第 3 款上的过渡时期安排——才必然地落入了强制调解的事项管辖范围。很显然, 第 3 款的解释适用对象不仅有该款前半段的过渡时期的临时安排, 还有后半段的“不危害或阻碍最后协议达成”义务。

(二) 划界前单方活动对主权权利的违反: “吸管效应”论的终焉

分庭在这一问题上的判断有两点值得注意。首先, 分庭引入了“知道或应当知道”这一主观要素, 作为判断加纳单方活动是否违反科特迪瓦主权权利、并由此产生国家责任的基础。^③ 这里没有迹象表明分庭意图在采用客观责任的现行国家责任制度二次规则中引入主观要素。这一主观要素应该是在一次规则的意义上, 就“争议水域中善意履行不违反另一国的主权权利”这一义务而言的。“知道或应当知道”在个案情形中(对方的划界提案的不确定性等), 有可能使得那些能够成为违反主权权利的单方活动在时间和地点上受到进一步限制。就本案而言, 能够指控的违法活动限于 2009 年后从事的活动, 在地点上限于邻接科特迪瓦的许可区块的 TEN 油田的钻井活动——明显小于双方基于善意能够主张的重叠区域(争议水域)。也就是说, 即使在争议水域内, 开发活动若发生于对方可以主张却没有做出主张(或未能立即做出抗议反应)的时间或地点, 或发生时间地点上不能知道对方做出过主张, 那么就不能判定这样的活动构成对另一方主权权利的违反。

更为重要的一点是, 分庭认为划界对大陆架的确定是构成性的而不是宣示性的。因此, 一国在基于善意主张的任何重叠区域内的单方活动也不能看作是对另一国主权权利的违反, 即使之后的判决将发生活动的区域判给另一国。^④ 这一判断使得任何对于划界前这一水域的一方的活动主张“吸管效应”——无论在事实上是否存在造成“吸管效应”的“跨界”矿脉——在法律上不能成立。因为, 通过“吸管效应”声称被侵犯的主权权利, 只有在划界后才能得到确定。这也是本文作者一贯的观点。^⑤

① See *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia (Timor-Leste and The Commonwealth of Australia)*, Decision on Competence, P. C. A. 2016, p. 27, para. 97.

② See *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia (Timor-Leste and The Commonwealth of Australia)*, Decision on Competence, P. C. A. 2016, p. 28, para. 99.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 162, para. 588.

④ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 162, paras. 591–592.

⑤ 参见张新军:《权利对抗构造中的争端——东海大陆架法律问题研究》, 法律出版社 2011 年版, 第 51—53 页:“对于日方的‘吸管效应’说, 事实方面的质疑固然有其道理, 从根本上看, 日方这一说法在法律上是进行了错误类比得出的结论, 本身在法律上就是不能成立的。‘吸管效应’主张的前提是中方吸走了属于日本的东西, 也就是说必须在法律上确认了中间线以东大陆架为日方所有, 而众所周知, 中日之间在东海从未划过界, 不存在海洋界限, 更不存在‘中间线’这样的海洋界限……日方要主张‘吸管效应’, 首先得明确这部分东西被吸走的东西是它的。要想明确这一点前提是中日之间在东海已经划界清楚。而事实上中日在东海不存在海洋界限, 因此被日方单方主张的‘中间线’以东海域不可能确定是属于它的。尚未明确、未必是它的东西, 它又有什么资格来主张‘吸管效应’呢?”

(三) 对第83条义务的违反

第83条第1款的谈判划界和第83条第3款第一义务中“尽一切努力作出实际性的临时安排”均和善意谈判义务有关。特别分庭认为,基于善意进行谈判的义务是行为义务而非结果义务;无法实现一方预想结果并不当然违反义务。这两项下的善意谈判义务均要求有一定的作为,但对前者的门槛要求不高,只要求双方可以表明就划界进行了实质性的划界谈判即可。对于后者,如果第83条第3款第一义务要求作为,哪怕是门槛很低的作为,科特迪瓦和加纳显然没有在“尽一切努力作出实际性的临时安排”有任何作为,双方应该都违反了这一义务。

值得注意的是,分庭认为,科特迪瓦没有提议临时安排谈判使得其难以主张加纳违反谈判达成临时安排的义务。^① 这里分庭或许考虑了“清白原则”(clean hand)的法理,拒绝受理科特迪瓦的这一请求。^② 在圭亚那诉苏里南案中,仲裁庭拒绝了这一法理在该案的适用后,判定双方均违反了第83条第3款的第一义务。^③ 仲裁庭指出,对于在争议水域积极从事开发的圭亚那而言,在着手开发活动的尽早阶段就应该对这些活动和苏里南展开谈判,之后的谈判邀请仅仅是为了缓解紧张局势,在第一义务的履行上缺乏实质内容,这是不充分的。^④ 对于苏里南而言,拒绝谈判或不响应圭亚那的谈判倡议,反而采取武力的自助措施,也是对这一义务的违反。^⑤ 显然,第一义务内在的“尽一切努力”和“谅解和合作精神”,对于作为提出了较为具体的要求。

本案中,分庭对于第二义务的“不危害或阻碍最后协议的达成”,除了认为应当从第3款整体解读(体现“谅解和合作精神”并且受制于“尽一切努力”)之外,未能提供更多的解释上的参考。本案中,分庭基于以下两点认为加纳不构成对第二义务的违反:

首先,在法庭做出临时措施命令后,加纳没有新的油气开发。其结论一方面建立在对加纳行动时机上的评估,另一方面是因为科特迪瓦在该项责任请求的措辞上的问题,使得它不得不驳回科特迪瓦的该项请求。

其次,第二义务即使进行整体解释,一个不可避免的问题是,“危害或阻碍最后协议的达成的活动”的基本特征是什么?在圭亚那诉苏里南案中,仲裁庭首先考察这一问题,认为那些造成对海洋环境的“物理性改变”(physical change)的单边行为,可能(may)造成难以达成最终的协议,只有在双方协议的基础上才可以允许。仲裁庭进一步区别那些导致“永久性物理性改

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 171, para. 628.

② 在圭亚那诉苏里南一案中,尽管拒绝了苏里南基于“clean hand”的法理抗辩圭亚那第三、四项诉求的受理可能性,仲裁庭认为是存在这一法理的,但该案情形不适用。参见 *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, pp. 135 - 138, paras. 417 - 422; p. 152, para. 457. 其中,在419段中仲裁庭引用常设国际法院 *Diversion of Water from the Meuse* 一案中 Hudson 法官的个别意见作为“clean hand”的法理可能适用的情形(“It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party”),而这一论断似乎支持分庭在本案的结论(即科特迪瓦没有提议临时安排的谈判使得其难以主张加纳违反谈判达成临时安排的义务)。

③ See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 159, paras. 476 - 477.

④ See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 159, para. 477.

⑤ See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, pp. 157 - 159, paras. 472 - 476.

变”（permanent physical change）的活动——如油气资源开发，和不导致上述后果的活动——如地震学测量。^① 仲裁庭认为这一区别与司法实践上在临时措施上适用的法理是一致的。考虑到临时措施的给出和对于争议水域的活动的一般规制不同，前者限制于针对那些“造成不可恢复的损失的活动”，而后者关涉到的“危害或阻碍最后协议的达成”的门槛相对要低。因此，能够引发临时措施的活动或许较为容易被判断为“危害或阻碍最后协议的达成”的活动。此临时措施上采用的基准为仲裁庭分析某一活动在第 74 条和第 83 条共通第 3 款义务上的违法性提供了指南。^②

在此基础上，仲裁庭认为圭亚那在争议水域的钻井活动，由于其造成了对海洋环境的“物理性改变”（physical change），应当视为“危害或阻碍最后协议的达成”。^③ 而在争议水域的单方的地震学测量则是许可的，双方均进行了这一个活动且都没有遭到反对，不应视为“危害或阻碍最后协议的达成”。^④

值得注意的是，“物理性改变”（physical change）的单边行为，在临时措施命令中由于对需要保全权利造成损害的不可恢复性，一定会成为临时措施针对的对象，但是这样的活动，并不一定导致难以达成最终的协议。仲裁庭采用的措辞是“可能”（may），因而也不必然是“危害或阻碍最后协议的达成”的活动。仲裁庭自己也承认将第二义务和临时措施进行类比，仅仅为前者提供了解释上的指南。在加纳/科特迪瓦案中，白法官的个别意见明确提及了这一点。他指出临时措施制度和第二义务各自在法律上的功能不同，因此临时措施上的判断基准，并不当然的可以通过类比适用于对第二义务的判断。^⑤

白法官在其个别意见中指出，对第二义务的活动内容进行一般化、抽象化的定义没有意义。就活动特征而言，（造成物理性改变的）高烈度的活动可能构成对第二义务的违反，但低烈度的活动不当然不构成。高烈度活动是评估时的一个相关因素但不是判断违反第二义务的硬杠杠（hard and fast threshold）。^⑥ 白法官进一步提出，对第二义务的评估应在两国关系的框架下考虑和平衡以下的关联因素，即：活动类型、性质、发生地点、发生时间。^⑦ 就本案而言，加纳油气开发的单方活动地点接近其自己主张的习惯边界，也涉及横跨了临时中线的资源（TEN）。2009 年科特迪瓦提出以几何中线作为划界提案后，争议的存在和争议地区的范围对加纳而言是清楚的，但加纳进行了单方开发。不仅如此，它在法庭给出临时措施后仍不收手。^⑧ 因此，2009 年以来加

① See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 155, para. 467.

② See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 156, para. 469.

③ See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 161, para. 480.

④ See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, pp. 161 – 162, para. 481.

⑤ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 9.

⑥ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 7.

⑦ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 10.

⑧ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, paras. 11 – 14.

纳在接近其主张的习惯边界的油气开发活动（高烈度），构成对第二义务的违反。^①

在《公约》第74条和第83条共通第3款的文本上，并未规定义务的范围或“过渡期间”的时间，学说上有观点甚至认为该义务没有地理范围的限制。^②这样的观点显然和司法实践中划界前义务的争议仅仅出现在“争议水域”这一事实不符。“争议水域”至少意味着双方基于权源的权利主张的重叠，因此第74条和第83条共通第3款义务随着双方主张的重叠而产生。^③但这样的重叠范围内所有的高烈度油气开发活动是否均构成对第二义务的违反？假定两国海岸相距200海里，能否说第74条和第83条共通第3款义务，能够使得一方可以要求对方不得在其海岸13海里处仍有克制义务并不得进行油气开发？显然这样的结论不具合理性。白法官在对单方活动是否构成违反第二义务的判断上，对发生地点与发生时间的考虑，和分庭在考虑单方活动是否构成对主权权利的违反这两个要素的考虑上，有异曲同工之处。

五 结论

本文的主题是划界前油气开发活动的国家责任问题。这一责任的判定取决于对行为违法性的判定。本案科特迪瓦的三项责任请求中所指向的有关加纳的油气开发活动的违法性，具有一定的代表意义。对于这三项责任请求，分庭的基本判断是：1) 对临时措施的违反的判定取决于个案，加纳没有违反。2) 一方单方活动违反另一方主权权利的主张在法律上不能成立，只要单方开发活动是在双方可以善意主张的重叠区域内。对此，加纳没有违反。这一判断也同时宣告了对争议水域内的单方开发活动主张所谓的“吸管效应”在理论上的破产。3) 《公约》第83条第3款下设定的两个义务的违法性中，单方油气开发活动更多是和第二义务的“尽一切努力……危害或阻碍最后协议的达成”相关。对此，加纳也没有违反。

《公约》第83条第3款下的“尽一切努力”这一措辞，不仅是道义上的表达，也意味着法律上的义务。从另一个侧面说，这也表达了国家在“最后协议的达成”过程上的政治意愿。在考虑什么样的单方行为导致对这一义务的违反时，可能也必须考虑特定的政治外交因素，如两国关系。因此，可能不存在一个绝对的标准。^④在这一点上，提示的两国关系框架下考虑相关因素的评估方法，具有重要的启示意义。

尽管白法官认为活动的方式及性质仅仅是考虑的相关要素之一，但就本案而言，他还是将加纳的单方活动的特征（油气开发造成物理改变）作为判定违反第二义务的基础性关联要素。在第二义务上首先考虑单方开发活动的特征，这也是圭亚那诉苏里南案中仲裁庭采用的手法。而在

① See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Separate opinion of Judge Paik, ITLOS, no. 23, 2017, para. 16.

② The British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligations of States under Articles 74 (3) and 83 (3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas*, 2016, para. 106.

③ See Yoshifumi Tanaka, "Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/Côte d'Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS", (2015) 46 (4) *Ocean Development & International Law* 315, p. 316.

④ David H. Anderson and Youri van Logchem, "Rights and Obligations in Areas of Overlapping Maritime Claims", in S Jayakumar, T Koh and R Beckman (eds), *The South China Sea Disputes and the Law of the Sea* (Gloucester: Edward Elgar, 2014), p. 206.

本案中，正是由于高烈度活动的存在，白法官才会进一步考虑该活动的时间和地点，最后得出2009年以来加纳在接近其主张的习惯边界油气开发活动（高烈度），构成对第二义务的违反这一结论。

就油气开发活动和第二义务的关系而言，本案是第二个对此做出判断的案件。可以预计，在今后的司法仲裁案件中，在第二义务上对单方开发勘探活动违法性的判断，极有可能以活动的特征为中心，结合开发时间和地点在两国关系中对“最后协议的达成”这一政治意愿的影响，进行综合评估。

最后，尽管现行国家责任制度采用的是客观责任制度，在责任的判定上不需要考虑行为人在主观上的故意或过失，但是在一次规则的违法性判断上，主观要素（如相当注意义务）并不完全没有意义。在划界前义务中，无论是对主权权利的违反还是第83条第1款的“善意谈判”划界义务以及第83条第3款的“尽一切努力”义务，均无法完全不考虑行为人的主观因素。^① 在第83条第3款第二义务上，考虑行为人实施单方活动的时间和地点，也可以看作是对是否“尽一切努力”这一主观因素的一个注解。

不可否认，不同的责任制度下蕴含着对于开发活动不同的价值选项。无疑，划界前在争议水域追求经济发展也是一个正当的价值选项，因而在“尽一切努力…不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务的解释上，应反映对这一价值的平衡考虑。^② 本案中分庭认为加纳不构成对第二义务的违反中，重要的一点是加纳在分庭做出临时措施命令后没有新的油气开发。^③ 这一实体义务上的判断可以看成是分庭在临时措施命令的决定中避免对既已开发活动造成经济损失，同时保全从事开发一方的权利这一判断的延续。但是，本案分庭在临时措施上的这一判断，被认为和圭亚那诉苏里南案中仲裁庭做出临时措施的路径相背离，^④ 有学者表示担忧，认为这有可能被国家用来作为其在争议水域的单方开发活动的正当事由。^⑤

可以预见，不同的价值取向将影响今后司法仲裁中对何为违反“尽一切努力……危害或阻碍最后协议的达成”这一义务的判断。本案中在该项义务合法性判断上引入时间地点要素，为不同的司法仲裁机构在这一问题的价值选项上提供了解释的空间，但也带来解释或适用上的不确定因素。

① 对于“不危害或阻碍最后协议的达成”这一义务评价上的主观性，参见 Youri van Logchem, “The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas”, p. 186。

② See *Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, Award, P. C. A. 2007, p. 156, para. 470.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS, no. 23, 2017, p. 172, para. 632.

④ The British Institute of International and Comparative Law, Report on the Obligations of States under Articles 74 (3) and 83 (3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas, 2016, para. 89.

⑤ See Yoshifumi Tanaka, “Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/Côte d'Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS”, (2015) 4 *Ocean Development & International Law* 315, p. 327.

Unilateral Hydrocarbon Activities in the Disputed Area Pending Maritime Delimitation and State Responsibility: A Note on the *Ghana/Côte d'Ivoire* Case

Zhang Xinjun

Abstract: The ruling of the ITLOS Special Chamber on responsibility issues in the Ghana/Côte d'Ivoire case does not hold Ghana accountable for the alleged violation of sovereign rights of Côte d'Ivoire or its obligation in the disputed area pending maritime delimitation. The subjective element remains relevant in the judgment of the above-mentioned accountability of the two breaches of sovereign rights and the obligation to “make every effort” under article 83, paragraph 3, of the Convention. For the former, the Chamber introduced an element of “was or should been aware” in the constitution of obligations, but declined to declare Ghana’s hydrocarbon activities wrongful as far as they had been delivered in the area which is subjected to good faith claims of both parties; for the latter, the type, nature, location, timing and manner of the unilateral activities should be taken into consideration as relevant factors in the assessment. This method of assessment introduced by Judge Paik in his separate opinion is believed to have important implications.

Keywords: Unilateral Hydrocarbon Activities, Pending Maritime Delimitation, Subjective Elements in State Responsibility, Jurisdiction, *Ghana/Côte d'Ivoire*

(责任编辑: 罗欢欣)