

论强制仲裁在国际争端解决中的历史演进

刘 衡*

摘 要：强制仲裁是（自愿）仲裁发展到被广泛接受阶段的产物，它的产生与发展历经先规则后实践的路径。强制仲裁包括义务型和权利型两种类型。义务型强制仲裁使仲裁从各方达成合意的权利变成了事先承担的的义务，极大地迎合了当时国际社会防止战争的需求，但各国尚未做好实际承担该项义务的准备。第二次世界大战后，权利型强制仲裁在与国际司法竞争的背景下兴起，明确授予争端一方提起和推进仲裁程序的单方权利，有“唯一的强制程序”和“唯一的剩余方法”两种规则模式。后一规则模式可能背离国家同意原则，是近30年来海洋争端强制仲裁案件不断出现的主要原因之一，因此实践中经常伴随着争端对方通过各种方式尝试中止和终止仲裁程序的努力。

关键词：国际争端解决 国际仲裁 义务型强制仲裁 权利型强制仲裁 国家同意原则

在国际争端^①解决中，强制管辖权“是在国际司法程序的演变进程中出现的，是克服通过特别协议将争端提交法庭审理所具困难的一种手段”。^②它是一种预先设立的管辖权，可以让争端一方在争端各方没有特别协议的情况下针对对方启动程序。^③强制仲裁因而可界定为：在不存在特别协议的情形下，争端一方即可单方面将争端提交仲裁，争端对方无法阻止仲裁程序的启动和推进，仲裁庭可以不顾对方的反对确立和行使管辖权并作出裁决的争端解决方式。

作为最先产生的解决国际争端的强制程序，仲裁本是“一种基于法律、以有拘束力裁决解决国家间争端的程序，是自愿接受承诺的结果”。^④自愿是仲裁的基本特征，按理说与强制是内在冲突的。“除非一国通过某种条约或公约对自己施加义务，否则不存在仲裁的义务。没有任何国际法规则要求一国诉诸仲裁。”^⑤自1794年现代仲裁产生以来，绝大多数仲裁案件都是基于争端当事方的合意，通过达成特别协议的方式提起的。不过在晚近30年内，特别是1982年《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）生效以后，强制仲裁案件的不断出现成为国际争端

* 中国社会科学院欧洲研究所助理研究员，法学博士，武汉大学国家领土主权与海洋权益协同创新中心研究人员。本文是国家社会科学基金青年项目“海洋争端国际仲裁的新发展与中国对策研究”（项目批准号：13CFX113）阶段性成果。

① 本文所讨论国际争端限于国家间争端，包括作为《联合国海洋法公约》缔约方的欧盟与该公约其他缔约国之间产生的该公约项下争端；所讨论仲裁相应限于国家间仲裁。

② R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* (London: Asia Publishing House, 1961), p. 30.

③ 参见〔英〕阿瑟·努斯鲍姆：《简明国际法史》，张小平译，法律出版社2011年版，第206页。

④ International Law Commission, *Yearbook of International Law Commission*, vol. 2, 1953, p. 202.

⑤ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes* (New York: Columbia University Press, 1932), pp. x - xi.

解决中引人关注的突出现象。^①一贯坚持并践行通过谈判协商解决相关争端的中国也被迫卷入了一起强制仲裁案件——“南海仲裁案”（*The South China Sea Arbitration*）。在该案中，尽管中国始终坚持不接受、不参与仲裁的立场，仲裁庭仍然执意推进仲裁程序，并先后作出了两份被中国指称无效的裁决。^②

“南海仲裁案”的出现提出了诸多亟待解决的理论和实践问题。例如，既然名为仲裁，为什么在缺乏双方合意的情况下争端一方可以单方面提起并推进仲裁程序？为什么在争端对方强烈反对的情况下仲裁庭仍然可以组成并确立和行使管辖权？在这种情形下，仲裁程序的提起和运行是否违反作为国际争端解决强制程序基石的国家同意原则呢？准确回答这些问题需要探究一个具有本源性质的根本问题，即，强制仲裁这一具有内在悖论的国际争端解决强制程序是如何产生和发展的？^③

本文的历史梳理表明，在规则方面，强制仲裁的产生和发展历经了义务型强制仲裁和权利型强制仲裁两个阶段；实践方面，在晚近30年来强制仲裁案件不断出现以前，鲜有强制仲裁案件提起，而晚近的这些案件都属于权利型强制仲裁；在规则和实践两个方面，始终存在着围绕国家同意原则所展开的强制仲裁和“反”强制仲裁的博弈。

一 义务型强制仲裁：强制仲裁的早期兴衰

（一）强制仲裁规则的出现和快速发展

仲裁的历史可追溯至远古时代，^④强制仲裁却是现代仲裁出现以后伴随仲裁的广泛接受所产生的。在19世纪以前不存在任何形式的强制仲裁。^⑤自19世纪初开始，以英美“杰伊委员会”的裁判为契机，仲裁在欧美以及拉丁美洲各国广泛普及起来。在这种仲裁繁荣的背景下，部分国家之间出现了这样一种做法，即“在缔结条约时，恒将一种所谓仲裁条款插入条约之中，于此两国同意如嗣后发生关于条约解释之争议，或发生凡在条约中所列举的其他特定争议时，必须即交付仲裁解决”。^⑥双边条约中仲裁条款的出现，使通过仲裁解决争端在某些情形下成为了一种义务，而不再只是纯粹的达成合意的任意权利，标志着强制仲裁规则的出现。

19世纪后期的“阿拉巴马号仲裁案”（*The Alabama Claims Arbitration*, 1872）、“白令海仲裁案”（*The Bering Sea Arbitration*, 1893）和“英委划界仲裁案”（*The British Guiana-Venezuela Boundary Arbitration*, 1897）等著名案件，虽说都属于自愿仲裁，但明显激励了强制仲裁规则的进一步快速发展。这表现在两个方面：一是开始出现双边或区域性仲裁条约。“仲裁条约一经缔结，仲裁即成为缔约各国间的一种强制性质的义务”。^⑦二是仲裁条款载入国际公约之中。1878

① 以1982年《海洋法公约》附件七仲裁案件为主。

② 中国指称“南海仲裁案”裁决无效的系统研究参见中国国际法学会：《南海仲裁案裁决之批判》，外文出版社2018年版。

③ 强制仲裁和强制程序中“强制”具有不同的含义，前者是针对程序的提起和运行而言，后者是针对裁判结果而言。参见刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，载《国际法研究》2015年第5期，第6—7页。

④ I. C. J., *The International Court of Justice: Handbook*, 2014, p. 9.

⑤ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 3.

⑥ 陶璪：《现代国际法史论》，曾尔恕勘校，北京大学出版社2012年版，第64页。

⑦ 陶璪：《现代国际法史论》，第85页。

年万国邮政联盟的成立公约规定了通过仲裁解决联盟成员之间争端的常设机制，这是第一个载入强制仲裁条文的国际公约。^①

通过仲裁解决争端从争端各方达成合意的任意权利演变成“各国事先承担了通过仲裁解决彼此间争端的义务”。^② 义务型强制仲裁规则的出现和快速发展得益于两个因素的交互影响。

首先，仲裁得到广泛接受。在这种情形下，至少在规则上，通过仲裁解决争端是诸多争端当事方的普遍选择，权利还是义务只是法律上的区别，在实践中并不会带来实质不同的结果。具体案件在提交仲裁前需订立特别协议的做法反而成了累赘。因此，“在 19 世纪末，各方已建议以强制仲裁代替任意仲裁，许多双边条约就为这个目的而缔结的”。^③ 仲裁在 18 世纪末复兴后的繁荣带来了它在法律上由权利向义务的自然演进。

其次，义务型强制仲裁极大地迎合了当时防止战争的社会需求。19 世纪是“战争与和平并驾齐驱的时期”，而科技的发展极大地释放了战争的破坏力。^④ 19 世纪后期的三个著名仲裁案显示了仲裁所具有的避免迫在眉睫的战争的客观功效。^⑤ 同时，仲裁程序启动前为促使争端当事方同意通过仲裁解决争端的种种努力的艰难，迫使人们思考如何让仲裁这一和平方法而非战争成为争端解决的当然选择。^⑥ 让仲裁成为争端当事方的义务而不仅仅是权利自然成为了国际社会努力的一个方向。^⑦ 通过仲裁解决争端的事先承诺“涉及到各国同意放弃诉诸战争的无限权利”。^⑧ 在当时风起云涌的和平运动看来，强制仲裁面对的不是国际争端，而是战争与和平。^⑨ 激进的观点甚至认为，仲裁不仅“可以”用来避免战争，而且“必须”用来避免战争。^⑩ 基于上述背景，强制仲裁成为了两次海牙和会的重要议题。^⑪ 但是，也因为上述原因，强国与强国之间很少订立强制仲裁条款或条约，一方面，它们试图保留发动战争的权利；另一方面，它们也“不相信仲裁可以作为终结战争的一种手段”，^⑫ 认为仲裁“只会让对手有时间做好（战争的）准备”^⑬。

依据强制仲裁规则，理论上争端一方援引仲裁条款或仲裁条约即可诉诸仲裁，无须各方另行

① H-J. Schlochauer, "Arbitration", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I, Settlement of Disputes (Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1981), pp. 16-17. 强制仲裁因此也被称为“制度化仲裁”。Christine Gray and Benedict Kingsbury, "Development in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", (1992) 63 *British YearBook of International Law* 97, p. 106.

② H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. ix.

③ 陶榭：《现代国际法史论》，第 69 页。

④ Henry S. Fraser, "Sketch of the History of International Arbitration", (1926) 11 *Cornell Law Review* 179, p. 199.

⑤ Henry S. Fraser, "Sketch of the History of International Arbitration", pp. 200-201.

⑥ 认为仲裁可以防止战争的观念可追溯至格老秀斯 1625 年的《战争与和平法》。Cesare Pr Romano, Karen Alter and Yuval Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (New York: Oxford University Press, 2015), pp. 42-43.

⑦ 最终目的是设立一个拥有强制管辖权的常设的国际仲裁法院。David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", (2000) 94 *American Journal of International Law* 4, p. 24.

⑧ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. xii.

⑨ Cesare Pr Romano, Karen Alter and Yuval Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, pp. 44-47; David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", pp. 5-13.

⑩ David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", p. 12.

⑪ John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures* (New York: Oxford University Press, 2009), pp. 32-33; Charles H. Brower II, "Arbitration", in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>), (Oxford University Press, 2015), paras. 25-26.

⑫ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 41.

⑬ David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", p. 16.

达成提交仲裁的特别协议。^① 既然订立仲裁条款或条约时表达了接受,那么自愿或同意依然存在,只是这种自愿与特别协议中的自愿在明确程度上有显著差别。与特别协议针对已产生的特定争端的具体同意不同,争端当事方在仲裁条款或条约中作出的是针对未来可能发生的争端的概括同意,而且往往只约定争端的类别,难以特定化为具体的争端。相比特别协议中针对特定争端的具体同意,这种概括同意与嗣后产生的具体争端的联系要弱得多——当事方很容易对事先同意的内容和范围存在不同理解,嗣后产生的具体争端是否在该概括同意的范围之内?这往往又成为各方无休止的解释或争论的主题。^②

(二) 两次海牙和会对强制仲裁的激烈辩论

一旦强制仲裁被国际社会视为防止战争的有效手段,自然就产生了缔结一般性仲裁条约将强制仲裁制度化的设想,以便让各国(特别是强国)承担在争端产生以后只能诉诸仲裁的一般义务。“仲裁条约不但可由两国缔结,且亦可由数国共同缔结,构成以普遍的仲裁条约。其裨益国际和平之功绩,自然更在双边仲裁条约之上”。^③ 订立一般性强制仲裁条约相关事宜因而成为两次海牙和会激烈辩论的议题。

在1899年第一次海牙和会上,俄国代表提出“纳入性强制仲裁”(inclusive obligatory arbitration)方案,提议若干特定的争议适用强制仲裁,相当于列出一个适用强制仲裁的争端“正面清单”,但因德国代表的反对而未能通过。^④ 最终通过的1899年《和平解决国际争端公约》(以下简称“1899年《海牙公约》”)确认了仲裁在国际争端解决中的地位,但只是以准许各国订约规定强制仲裁的方式表达了鼓励各国适用强制仲裁的意愿。^⑤ 不过,“第一次海牙和会在强制仲裁方面的努力并非完全徒劳无功”,常设仲裁法院“是朝强制仲裁或者至少是‘强迫自愿’仲裁(‘forced voluntary’ arbitration)方向上迈出的一步”。^⑥ 而且,本次会议“对强制仲裁的未来产生了重大影响”。^⑦ 在两次海牙和会期间,共缔结了大约70份仲裁条约,其中大多数都受到第一次海牙和会的影响。^⑧

① 理论上任何一方可以不管对方是否同意,甚至在对方强烈反对的情形下,仍然依据仲裁条款或仲裁条约提起仲裁。从这个角度看,强制仲裁更接近司法而非传统意义上的仲裁,或可称为“司法化仲裁”或“司法性仲裁”。

② H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. xi.

③ 陶榭:《现代国际法史论》,第65页。

④ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, pp. 41 - 50; David D. Caron, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, pp. 15 - 18; Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, (1908) 2 *American Journal of International Law* 731. pp. 731 - 734.

⑤ 该公约第16条指出,“凡属法律性质的问题,特别是有关解释或适用国际公约的问题,各缔约国承认仲裁是解决通过外交途径所未能解决的纠纷的最有效也是最公正的方法”;第19条规定:“不论一般条约或专门条约已明文规定各缔约国有诉诸仲裁的义务,各缔约国仍保留缔结新的一般的或专门的协定的权利,以便把强制仲裁扩大适用于各缔约国可能认为提交仲裁的一切案件”。

⑥ Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, p. 734. 有分析认为第一次海牙和会放弃“纳入性强制仲裁”是换取德国同意设立常设仲裁法院, David D. Caron, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, p. 17. 只是实际成立的常设仲裁法院既非“常设”又非“法院”,只设立了一个固定的国际事务局和保持一份可供选择的仲裁员名单, H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 48.

⑦ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 49.

⑧ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 49; see also Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, p. 734.

在1907年第二次海牙和会上，各国代表“原则上不再反对强制仲裁，似乎都支持这一理想”。^① 有关强制仲裁的问题“不（再）是是否需要接受强制仲裁，而是应接受何种强制仲裁”，^② 会议的目标包括“缔结一份强制仲裁协定”。^③ 相关讨论先后提出了三种方案，但均告失败。^④ 首先是多米尼加和丹麦代表提出的“普遍性强制仲裁”（universal obligatory arbitration）方案，建议将强制仲裁毫无例外或限制地适用于一切争议。^⑤ 其后葡萄牙代表又提出“纳入性强制仲裁”方案，提议择定若干种特定争议必须交付仲裁。^⑥ 最后是巴西和美国代表提出的“排除性强制仲裁”（exclusive obligatory arbitration）方案。该方案提议列出一个争端“负面清单”，规定不能通过外交方法解决的一切争议，特别是属于法律性质及关于条约解释等方面的争议，除影响各国独立、领土完整、紧要利益及荣誉外，都应提交仲裁解决。^⑦ 最终，本次会议只是在最后议决书中表达了一种愿望，申述该会一致同意下列两点：第一，承认强制仲裁的原则；第二，声明各国关于国际协定之解释及适用方面有所争议时，得交付强制仲裁，毫无限制。^⑧ 会议尝试通过这种方式“昭告世界，第二次和会推进的强制仲裁事业取得了胜利，而非走向消亡”。^⑨

技术上，虽然成立一个真正的仲裁法院（a court of arbitral justice）的努力也再次失败，但经第二次海牙和会修订的《和平解决国际争端公约》（以下简称1907年《海牙公约》）在强制仲裁方面还是取得了一定的突破，即，在第53条增加了常设仲裁法院受理强制仲裁案件的规定。^⑩ 另一

① H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 69.

② H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 69. 第二次海牙和会讨论强制仲裁的更多情况，参见 Heinrich Lammasch, “Compulsory Arbitration at the Second Hague Conference”, (1910) 4 *American Journal of International Law* 83. pp. 83-94。

③ David D. Caron, “War and International Adjudication; Reflections on the 1899 Peace Conference”, p. 19.

④ 参见陶榭：《现代国际法史论》，第69—70页；see also H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, pp. 69-75；David D. Caron, “War and International Adjudication; Reflections on the 1899 Peace Conference”, pp. 20-21。

⑤ Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, p. 731.

⑥ Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, pp. 734-736.

⑦ Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, pp. 736-738.

⑧ 原文为：In admitting the principle of compulsory arbitration; In declaring that certain disputes, in particular those relating to the interpretation and application of international agreements, may be submitted to compulsory arbitration without any restriction. 该两点亦是讨论常设国际法院和国际法院强制管辖权的起点。

⑨ Wm. I. Hull, “Obligatory Arbitration and the Hague Conference”, p. 741.

⑩ 1907年《海牙公约》第40条完整保留了1899年《海牙公约》中鼓励或有意使国际仲裁朝强制仲裁方向发展的第19条，但强制仲裁的英文表述从1899年《海牙公约》的“obligatory arbitration”调整成1907年《海牙公约》的“compulsory arbitration”。某种程度上，为落实上述两条有关鼓励强制仲裁的规定，1907年《海牙公约》第53条增加了常设仲裁法院受理强制仲裁的规定：

如通过外交途径的一切努力均未能达成协议，则即使只有当事国一方提出申请，法院也有权就下列争端作出裁决：

一、本公约生效后缔结或续订的一般的仲裁条约所规定的争端。该条约对所有争端须订立一项仲裁协定，既未明示，也未默示排除常设法院解决仲裁争端的权力。但如另一当事国声明，它认为争端不属于应归强制仲裁的范畴，则不能提交常设仲裁法院，除非仲裁条约赋予仲裁法庭对这一先决问题作出决定之权。

二、一个国家由于另一国拖欠其国民的契约性债务，而向该国索偿所引起的争端，而为了解决争端，已接受仲裁。如接受仲裁必须服从应以其他方式解决仲裁争端这一条件，则此项规定不能适用。

依照该条规定，常设仲裁法院可以受理的适用强制仲裁的争端包括一项概括争端和一项具体争端。首先，概括争端是“本公约生效后缔结或续订的一般的仲裁条约所规定的争端”，意即只要各方对某项或某些或某类争端有仲裁的条约义务，常设仲裁法院是当然选择。不过有两个条件，即该条约就争端订立的仲裁协定中未排除（无论是明文还是默示）通过常设法院解决仲裁争端，以及当事国未声明争端不属于强制仲裁范畴。其次，具体争端是两国间就一国与另一国国民间的契约性债务产生的索偿争端。同样有两个条件，即双方接受仲裁，且接受仲裁不能以通过其他方式解决争端为条件。

方面,该条同时为常设仲裁法院的受理设置了多项前提条件,特别是需要有争端当事方不排除强制仲裁或接受仲裁的意思表示。这与其说是强制仲裁,不如说是自愿仲裁。无论如何,至少在国际公约的条文中出现了有关提交强制仲裁的明文表述。

国际社会缔结一般性仲裁条约以规定强制仲裁一般义务的努力没有成功,从各种方案的投票情况看,失败的原因主要是德国的坚决反对,强制仲裁义务本身反而得到了相当程度的接受,很多人相信在拟于数年后召开的第三次海牙和会上可能缔结该条约。^①受此激励,在双边层面,强制仲裁的发展进入了“黄金时期”。^②

(三) 两次世界大战与强制仲裁的低潮

第一次世界大战打破了通过第三次海牙和会缔结一般性仲裁条约的美好愿望或幻想,国际社会谋求通过强制仲裁防止战争的努力初步破产。新产生的国际司法,^③特别是新设立的常设国际法院在和平解决国际争端方面被寄予厚望,“大多数国家都愿意授予常设国际法院以某些类型争端的强制管辖权”。^④在《国际联盟盟约》起草过程中,强制仲裁似乎并未被加以考虑。最后通过的盟约规定的仲裁仍然是传统的自愿仲裁,“并未课各国以必须将此类争议提交仲裁的强制义务,仲裁与否,还是悉听相争各造自由取舍”。^⑤同时,国际司法在盟约中也与仲裁首次并列作为解决国际争端的两种法律方法。^⑥强制仲裁在《国际联盟盟约》中未予提及令它的信奉者们很不满意,认为盟约“不但没有充实和加强两份《海牙公约》规定的仲裁制度,反而将《海牙公约》扔进废纸堆……将过去200份仲裁条约规定世界各国彼此必须将关于国际法或条约解释的一切问题提交仲裁的约束(义务)一笔勾销”。^⑦

另一方面,一战也进一步强化了信奉强制仲裁的少数声音。例如“少数欧洲国家出于对其更强大邻国的恐惧,或出于防止出现类似上次那样的另一场战争的决心,已经达到了愿意承诺将所有争端提交仲裁的地步。”^⑧又如,有学者坚持,

承诺通过仲裁解决争端的国家,即使它(只)是一个小国家,也比(那些)真诚地打算在争端发生时(再)进行仲裁但避免缔结强制仲裁条约的国家更有助于和平解决争端的

① David D. Caron, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, p. 21.

② 从缔约国所在区域看,约定仲裁条款或缔结仲裁条约的国家全部集中在欧洲和美洲。如欧洲的英国、法国、意大利、西班牙、葡萄牙,美洲的美国、巴西、阿根廷、秘鲁、萨尔瓦多等。至少在一战结束前,在亚洲和非洲还没有出现强制仲裁方面的努力。

③ 国际司法的产生依循自愿仲裁、强制仲裁至国际司法的路径,因此它产生并脱胎于国际仲裁,特别是强制仲裁。从这个意义上说,强制仲裁是国际(自愿)仲裁和国际司法之间的过渡形态。

④ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. xiii.

⑤ 参见陶榭:《现代国际法史论》,第87—88页。

⑥ 盟约第12条第1款规定:“国联会员国约定倘会员国间发生争议势将决裂之,当将此事提交仲裁或司法解决”;第13条第1款规定:“国联会员国约定无论何时,凡会员国间发生争议,认为适于提交仲裁或司法解决,而不能用外交方法圆满解决之,当将整个问题提交仲裁或司法解决”。第13条第2款列举了若干种类的争议,“概应认为在适于提交仲裁或司法解决之列”,这些争议包括“关于条约的解释;或国际法上的任何问题;或因某项事实之存在,如听其成立,足以破坏任何国际义务者;或由此种破坏所常补偿之范围及性质者”。

⑦ Elihu Root, “Letter of Honorable Elihu Root to Honorable Will H. Hays regarding the Covenant of the League of Nations”, (1919) 13 *American Journal of International Law* 570, p. 587.

⑧ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. xiii.

事业。一个国家可以通过自愿仲裁和强制仲裁同样有效地解决其争端，但只有通过强制仲裁才能消除其意图的不确定性，而这种不确定性是国际安全乃至世界和平的最大障碍之一。^①

因此，一战后签署双边仲裁条约的情形仍然非常多，在双边条约中写入仲裁条款的情形也不少。但第二次世界大战的爆发表明现实或许从来没有理会将强制仲裁与和平联系起来的任何美好逻辑。实际上自《国际联盟盟约》的起草开始，后又至《联合国宪章》的通过以及其后数十年间，有关强制仲裁的国际讨论基本销声匿迹。二战后各国几乎没有签订过仲裁条约，仲裁条款在一段时间内多付诸联合国及其专门机构缔结的总部协定。^②

（四）强制仲裁的早期实践

强制仲裁被视为防止战争的手段是它快速发展的主要驱动力之一，两次世界大战表明这只是一个误会，“通过……仲裁来防止战争是不可能的”。^③ 原因很简单，“与世纪之交的期望相反，仲裁不是防止战争的方式，而是和平的产物”。^④ 与强制仲裁规则的一度兴盛完全不同，实践中，几乎所有的仲裁案件都是基于特别协议提起，依据仲裁条款或仲裁条约提起强制仲裁案件的情况十分少见。^⑤ 以第一次海牙和会到第一次世界大战前强制仲裁规则发展的“黄金时期”为例，这一期间大约成立了 80 个临时仲裁庭处理相关争端，其中约有 20 起案件的当事方之间订有仲裁条款或仲裁条约，但没有任何一起案件是由争端一方依据仲裁条款或仲裁条约单方面提起，有 7 起案件在特别协议中指出订有仲裁条约是当事方同意将争端提交仲裁的原因，仅此而已。^⑥ 又如，在一战结束后到 1932 年间，有 2 起案件是依据仲裁条款达成的特别协议而提起，但仍然没有出现由争端一方依据仲裁条款或仲裁条约单方面提起的强制仲裁案件。^⑦

由此可见，第一，即使订立了仲裁条款或仲裁条约，缔约国仍然合意选择了自愿仲裁，提交仲裁的强制义务几乎完全被忽视；第二，在少数情形中，缔约国谈及达成仲裁特别协议的原因是订立了仲裁条款或仲裁条约，提交仲裁的强制义务至多只是表现为“同意就通过仲裁解决争端进行谈判的义务”，很难说这超出了自愿仲裁的范围。^⑧ 事实上，“在相关文书中包含诸如一战以前流行的（国家）荣誉和利益条款这样的自我判定条款时，（真正的仲裁）义务并不存在”。^⑨ 这也表明，就国家同意而言，尽管这些订立仲裁条款或仲裁条约的国家可以接受法律上的强制仲

① H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 216.

② Norbert Wühler, “Arbitration Clause in Treaties”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 1, Settlement of Disputes (Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1981), p. 35.

③ Nicholas Butler, “Arbitration and Conciliation Treaties”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>), (Oxford University Press, 2015), para. 8.

④ S. M. Schwebel, “The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes”, in A. H. A. Soons (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects* (Bordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), p. 108.

⑤ See Christine Gray and Benedict Kingsbury, “Development in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945”, (1992) 63 *British YearBook of International Law* 97, pp. 102 – 103. 与大量的仲裁条约和条约中的仲裁条款相比，实际提起的仲裁案件似乎很少。

⑥ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, pp. 99 – 100.

⑦ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 193.

⑧ H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, p. 110.

⑨ Nicholas Butler, “Arbitration and Conciliation Treaties”, para. 16.

裁义务,但尚未做好实际承担该项义务的准备。^①

另一方面,载入专门性国际公约中的强制仲裁规则则得到了一定程度的利用,例如,前面提及的万国邮政联盟组织章程中的强制仲裁规定。有记录表明,“在19世纪,这个机制被使用过数次,此后则更为频繁”。^②

双边层面规则繁荣而实践萧条的矛盾产生了对义务型强制仲裁规则进行调整的需求,多边层面少见但成功的实践或许为强制仲裁的再次兴起埋下了伏笔。

二 权利型强制仲裁:强制仲裁的再度兴起

(一) 强制仲裁再度兴起的原因与特点

两次世界大战破除了有关强制仲裁的幻想,更重要的是带来了一种新的解决国际争端的强制程序——国际司法的诞生。国际社会开始有了仲裁之外的另一种选择。由于常设国际法院及其后的国际法院都属于常设机构,它们很快便成为强制管辖权的讨论中心,这使得强制仲裁在两次大战以后的一段时间内很少被提及。1945年以后,在规则上,从战争与和平中解脱出来的仲裁回归本源,作为与国际司法并列的解决国际争端的强制程序出现是常态。典型规则如1949年《日内瓦和平解决国际争端总议定书》第二章和第三章有关“司法解决”和“仲裁”的规定,附于1958年日内瓦海洋法四公约^③之后的《关于强制解决争端的任择议定书》第1条和第3条之规定等。这其中提到的仲裁都是传统的自愿仲裁。

20世纪50年代,国际法委员会曾拟出台“仲裁程序草案”,因其条款试图给国家施加仲裁的义务而难以得到国际社会的接受,最后不得不降次为“仲裁示范规则”,且“有意不(再)考虑强制仲裁的问题”。^④可见这时的国际社会对强制仲裁并不友好。很多国际公约也都规定争端当事方可以选择将争端提交仲裁,前提多是“当事各方……协议”,^⑤或“争端当事国共同同意”,^⑥或“订立共同协议”,^⑦或“所有争端当事方同意”,^⑧或“争端各方应达成协议”,^⑨或“争端各方已同意”^⑩将争端提交仲裁,仍然需要争端各方之间达成提交仲裁的特别协议。但自20世纪50年代末60年代初开始,强制仲裁规则再次悄然出现在国际公约和双边条约中,以涉海领域尤为明显,下文将进一步分析。在新的国际背景下,强制仲裁规则的再度兴起有其必然,且呈现出明显的特点。

① 国家同意在法律和实践层面的分离是不到案规则进入强制仲裁规则的一个重要原因。

② [英]阿瑟·努斯鲍姆:《简明国际法史》,第168页。

③ 即1958年4月29日通过的《领海及毗连区公约》《公海公约》《捕鱼与养护公海生物资源公约》和《大陆架公约》。

④ H-J. Schlochauer, “Arbitration”, pp. 25-26.

⑤ 1961年《维也纳外交关系公约关于强制解决争端之任择议定书》第2条和1963年《维也纳领事关系公约关于强制解决争端之任择议定书》第2条。

⑥ 1969年《维也纳条约法公约》第66条第(甲)项。

⑦ 1976年《保护地中海免受污染公约》第22条第2款。

⑧ 1980年《南极海洋生物资源保护公约》第25条第2款;1993年《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》第16条第2款。

⑨ 1983年《大加勒比地区海洋保护和开发公约》第23条第2款。

⑩ 1986年《南太平洋地区自然资源和环境保护公约》第26条第2款、附件“仲裁”第2条。

首先,在强制程序方面,仲裁和司法的并列使得争端当事方经常需要在二者间作出非此即彼的选择,客观上在二者之间形成了一种竞争关系。^①很多情形下,争端当事方可能更倾向于仲裁。毕竟相对于司法,仲裁当事方“可以在很大程度上控制它们之间争端的处理”;^②在专业性、私密性和特殊需要等方面,仲裁也比司法更具优势。^③因此,自20世纪50年代末60年代初开始,特别是在专业性比较强的事项上,约定争端发生后选择仲裁而非司法作为唯一的争端解决强制程序的规则就自然出现了。后来,在联合国第三次海洋法会议期间,不同国家对通过何种强制程序来解决相关争端出现了分歧,产生了将仲裁作为争端当事方选择不同或没有选择时唯一的剩余方法的规则,这两种规则模式被其后多个专门领域的全球性或区域性公约所效仿。^④

其次,社会发展使得国际争端的技术性和专业性越来越强。在这方面,以法律见长的国际司法似乎还未获得国际社会的足够信任,寻求更好解决相关争端的探索始终存在。例如,1958年《捕鱼和养护公海生物资源公约》规定了当事方可单方面提起的特别委员会程序,该委员会作出的决定对当事方具有拘束力。^⑤该程序没有使用“仲裁”字眼,但是“几乎就可以被视为1982年公约附件八的特别仲裁的前身”。^⑥强制仲裁规则以不同的形式呈现出来。

总体上,20世纪60年代以来,以涉海国际条约为例,在有关争端解决强制程序的规定中,既有规定国际法院的,也有规定仲裁的,但仲裁居多,而且呈上升趋势;在有关仲裁的规定中,既有规定自愿仲裁的,也有规定强制仲裁的,但强制仲裁居多,而且呈上升趋势,尤以1982年《海洋法公约》通过以后为甚。^⑦

如果说强制仲裁的早期兴盛很大程度上得益于防止战争的社会需求,而它的再度兴起则很大程度上源于避免司法程序的当事方选择。与早期强调为当事方设定诉诸仲裁的义务、将当事方享有的共同权利改变为共同义务的强制仲裁不同,再次出现的强制仲裁规则多没有明确设定诉诸仲裁的义务,而是明文授予当事任何一方单方面提起和推进仲裁程序的权利。^⑧“仲裁制度并非是

① 例如,1949年《日内瓦和平解决国际争端总议定书》第17条规定:“争端当事国间一切关于它们的权利的争端,除依第三十九条规定作出保留者外,均应提交国际法院裁判,但依后列规定提交仲裁法庭者不在此项”。这种竞争关系在1958年《关于强制解决争端的任择议定书》中体现得更加明显。该议定书第1条规定:“解释或适用海洋法任一公约所引起的争端应属国际法院的强制管辖范围之内,因此,为本议定书签字国的任何争端当事国得提出申请,将争端提交国际法院。”第3条又规定:“各当事国在一方将存在争端的意见通知另一方后二个月内,得同意不将争端提交国际法院而提交一仲裁法庭。在此时期届满后,任何一方均得申请将争端提交国际法院。”

② J. G. Merrills, *International Dispute Settlement* (Cambridge: Cambridge University Press, 5th edition, 2013), p. 90.

③ 参见〔英〕安德鲁·克拉彭:《布赖利万国公法》,朱利江译,中国政法大学出版社2018年版,第242页。

④ 如:1969年《国际干预公海油污事故公约》第8条及附件第2章,1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(1978年修订)第11条及1978年议定书附件、1996年议定书第16条及1996年仲裁程序议定书附件三,1973年《国际防止船舶造成污染公约》第11条及有关仲裁的第二议定书,1976年《保护地中海免受污染公约》第22条及附件、1979年《欧洲野生动物和自然生境保护公约》第18条和1980年《南极海洋生物资源保护公约》第25条及附件,1988年《南极矿物资源活动管理公约》,1991年《关于环境保护的南极条约议定书》,以及1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》等。

⑤ 参见1958年《捕鱼和养护公海生物资源公约》第9条至第12条。

⑥ 高健军:《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》,中国政法大学出版社2014年修订版,第3页。

⑦ 这些对强制仲裁作出了规定的条约,无论是采用“唯一的强制程序”模式,还是采用“唯一的剩余方法”模式,都对仲裁程序作出了具体规定。其中,除1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》是在正文中对仲裁程序加以规定外,其余条约都同《海洋法公约》一样以附件形式加以规定。

⑧ 这并不意味着在权利型强制仲裁阶段完全不存在义务型强制仲裁,事实上也存在。例如,1947年《保加利亚、匈牙利和罗马尼亚和平条约》和美国与联合国同年签署的《联合国总部协定》都订有仲裁条款,从条款用语看,它们仍然属于义务型强制仲裁。

完全强制性的，除非在条约中明文规定一当事方可以凭其单方面申请诉诸仲裁庭”。^① 权利型强制仲裁实现了这一点。

在义务型强制仲裁中，争端各方都承担了通过仲裁解决争端的义务，一旦实际提起和推进仲裁程序，争端各方便有接受、参与仲裁程序的义务；在权利型强制仲裁中，争端一方享有单方面提起和推进仲裁程序的权利，但争端对方并不当然承担接受、参与仲裁程序的义务。

义务型强制仲裁因其对争端各方义务的过度强调，让一些国家感受到主权被侵蚀的风险，终未能得到国际社会的一致认可。权利型强制仲裁可视为对前者过度强制向自愿仲裁方向某种程度的回调，权利型强制仲裁的某些方面也可以视为是仲裁向司法方向某种程度的调整，表现出“司法化仲裁”或“司法性仲裁”倾向。^② 它“试图在过于灵活的约定性和过于呆板的法定性之间寻找一个平衡点，以扬二者之长而避二者之短，在消除一些缔约国对第三方机制疑虑的同时，减少另一些缔约国对当事方直接协议的担心”。^③ 但是，这都不意味着权利型强制仲裁就不存在侵蚀国家主权的风险。

与早期相比，再度兴起的强制仲裁规则的表现形式也有所不同。早期强制仲裁规则以双边条约中的仲裁条款或双边仲裁条约为主，少数多边条约中规定有仲裁条款；这一阶段则以多边条约中的仲裁条款为主，辅之以双边条约中的仲裁条款。

（二）“唯一的强制程序”规则模式

这种强制仲裁规则模式授予争端任何一方单方面选择仲裁作为唯一的争端解决强制程序的权利。它有两个基本特征：首先，仲裁程序提起的单边性，即争端任何一方有权单方面提起仲裁；其次，仲裁程序推进的单边性，即争端任何一方的缺席甚至强烈反对不妨碍仲裁程序的进行和仲裁庭作出裁决。

该规则模式主要有四种表述方式。第一种是直接规定争端一方有权且只能选择仲裁作为争端解决强制程序。典型的如1969年《国际干预公海油污事故公约》、^④ 1973年《国际防止船舶造成污染公约》^⑤ 和1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》（以下简称“OSPAR公约”）^⑥ 的相关规定。

上述三公约都规定，在争端产生以后，如各方不能通过谈判协商解决争端，也不能就通过其他方法解决争端达成一致，则仲裁是唯一适用的强制程序，各方不需要再另行达成将争端提交仲

① Norbert Wühler, “Arbitration Clause in Treaties”, p. 36.

② M. C. W. Pinto, “Structure, Process, Outcome: Thoughts on the ‘Essence’ of International Arbitration”, (1993) 6 *Leiden Journal of International Law* 241, pp. 249–254.

③ 刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，第8页。

④ 该公约第8条规定，如相关争端不能通过谈判解决，各方也无法就通过其他方法解决争端达成协议，“则应按照本公约附件的规定，在任何一方要求之下提请调解，倘调解不成，则提请仲裁。”公约附件“调解和仲裁程序”第18条第3款规定：“一方缺席或不履行义务，不得妨碍仲裁的进行。”

⑤ 该公约第10条规定，相关争端“如不能通过这些国家间的协商解决，同时如这些国家又不能以其他方式取得一致意见时，经其中任一缔约国的请求，应按本公约议定书二中的规定提交仲裁”。该公约有关仲裁的第二议定书第2条第1款规定，“如公约缔约国向另一缔约国提出请求，则应当设立仲裁庭”，第9条第3款规定“一缔约方缺席或不履行义务，不妨碍仲裁程序的进行”。

⑥ 该公约第32条“争端解决”第1款规定，相关争端“如不能以相关缔约国通过在委员会进行调查或调解等其他方法解决，则应当应任何相关缔约国的请求，依照本条规定的条件提交仲裁”；第3款（a）项规定“一缔约国依本条第一款向另一缔约国提交请求后，即应当建立仲裁庭”；第7款（e）项规定“争端当事一方缺席，不妨碍仲裁程序的进行”等。

裁的特别协议。而且很显然，三公约都考虑到此种强制提交仲裁的做法在实践中很可能会遭遇争端对方的反对或抵制，因此明文规定仲裁程序的进行不受当事方“缺席或不履行义务”的影响。

不过，三公约对强制仲裁的定位存在明显差别。1969年《国际干预公海油污事故公约》将（强制）调解规定为提交强制仲裁的前置程序，只有调解不成的争端才能提交仲裁。这种程序虽然影响不了仲裁的强制性质，但为争端各方合意解决争端再次提供了机会，理论上可以避免争端不得不提交仲裁情形的出现，体现了该公约对强制仲裁的谨慎态度以及强制仲裁作为最后救济手段的补充性质。不同的是，后面两公约对强制仲裁的提起不仅没有设计任何前置程序，而且明确“经任一缔约国请求”即可提起仲裁、即可设立仲裁庭，政策取向是鼓励和支持当事方将争端提交强制仲裁。^①

第二种是规定争端当事方仍然可以在司法和仲裁中进行选择，但选择司法需要双方合意，而选择仲裁则是任何一方的单方面权利。典型的如1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的相关规定。该公约在1972年通过时并没有争端解决程序的内容，相关规定在1978年修订后才出现。其修订第11条规定，相关争端“如果不能通过谈判或其他方式解决，则应当由争端各方协议提交国际法院或由其中一方提请仲裁”。

首先，形式上仲裁在该公约中不是唯一的强制程序，而是一种与国际法院并列的任择性方法，供争端当事方选择适用。其次，争端当事方选择国际法院和选择仲裁的条件有着明显区别：选择国际法院需要“争端各方协议”，而选择仲裁则只需要“其中一方提请”。仅就仲裁而言，这仍然是一种强制仲裁。该公约1978年议定书附件则规定：“依据公约第11条，如公约缔约国向另一缔约国提出请求，则应当设立仲裁庭”；^②争端一方不为仲裁庭的工作提供便利，“不妨碍仲裁庭作出决议并裁决”。^③综合上述规定，若将第11条换个表述方式的话，则是：相关争端“如不能通过谈判或其他方式解决，则应当由其中一方提请仲裁，除非争端各方协议提交国际法院”。这表明该公约的重心在于强制仲裁而非国际法院。

第三种方式规定争端当事方仍然可以在司法和仲裁中进行选择，且两种选择都需要各方以事先书面声明的方式作出相同的选择，而各方都选择了仲裁作为争端解决强制程序。典型的规则如1982年《海洋法公约》有关附件八特别仲裁的规定和有关附件七仲裁的部分规定。^④

第四种是基于对等原则，争端当事方可以通过事先作出书面声明的方式将自愿仲裁接受为强制仲裁。^⑤典型的如1986年《南太平洋地区自然资源和环境公约》的相关规定。该公约第26条第2款规定，如“争端各方已同意”则可将争端提交仲裁解决。^⑥第26条第3款又规定：“各缔约国可以随时声明，其对任何接受同样义务的缔约国，不需特别规定而当然负有适用附件规定的仲裁程序的义务，声明应以书面形式通知公约保存机关，并由其转告其他缔约国”。这种作出的书面声明类似于《国际法院规约》缔约国依据规约第36条第2项“任择性条款”作出的

① OSPAR 公约也提及了调解，但并没有将调解规定为提起仲裁的前置程序。

② 1978 年议定书附件第 1 条第 1 款。

③ 1978 年议定书附件第 8 条第 3 款。

④ 参见 1982 年《海洋法公约》第 287 条第 3 款和第 5 款、附件七“仲裁”。

⑤ 也有规定可以将非强制的和解程序接受为强制仲裁的。

⑥ 1986 年《南太平洋地区自然资源和环境公约》第 26 条第 2 款、附件“仲裁”第 2 条。

接受国际法院强制管辖的声明，以“数个或特定之国家间彼此约束为条件”。^①

在“唯一的强制程序”规则模式四种表述方式中，第一，直接规定仲裁是唯一的强制程序；第二，规定选择仲裁是任何一方的单方面权利而选择国际法院则需要双方合意；第三，当事方各自通过事先书面声明都选择仲裁；第四，基于对等原则通过事先书面声明将自愿仲裁接受为强制仲裁，各相关缔约国都通过不同的形式明示了接受这些强制仲裁规则的意思，符合国家同意原则。

（三）“唯一的剩余方法”规则模式

1. “唯一的剩余方法”规则模式的基本特征

在这种规则模式中，当事方仍然可以在司法和仲裁两种强制程序中自由选择。但是，如果争端各方没有作出明示选择——通常是要求当事方提前作出选择的声明，或者各方都作出了明示选择，但是同时作出了两种或两种以上选择或者作出了不同的选择，则仲裁是当然应采用的强制程序。

该规则模式是《海洋法公约》附件七仲裁采用的模式，也是附件七仲裁首创的模式，可以称为《海洋法公约》“附件七仲裁模式”。^② 它有三个基本特征：首先，争端各方没有选择或者选择不一致，则应通过仲裁解决；其次，仲裁程序提起的单边性；最后，仲裁程序推进的单边性。

采用这种规则模式的其他国际条约自然都是《海洋法公约》1982年通过之后缔结的。如1988年《南极矿物资源活动管理公约》和1991年《关于环境保护的南极条约议定书》都直接沿袭了《海洋法公约》附件七仲裁模式；^③ 1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》1996年议定书也在此前1978年修订的基础上，作出了向《海洋法公约》第287条靠拢的调整。^④

2. “唯一的剩余方法”是“任择性方法”和“唯一的强制程序”的结合

《海洋法公约》创设了附件七仲裁和附件八特别仲裁两种强制仲裁，并将附件七仲裁设计为“唯一的剩余方法”。^⑤ 这是强制仲裁规则发展的高峰。有学者指出，“除了新成立的国际海洋法法庭，1982年公约中的主要争端解决程序在1958年就都已经基本存在了”。^⑥ 附件七仲裁“唯一的剩余方法”之设计相当程度上吸收了此前的强制仲裁规则并参考借鉴了司法程序，^⑦ 是在继承基础上的创新。这一设计是“任择性方法”和将仲裁作为唯一强制程序两种方法的结合。第一，仲裁并不是唯一可选择的强制争端解决程序，当事方仍然可以在司法（国际法院或国际海洋法法庭等）和仲裁（附件七仲裁或附件八特别仲裁）两种强制程序中自由选择，这是“任择性方法”要素。第二，如果争端各方没有作出选择或作出了不一样的选择，则仲裁（附件七仲裁）是当然应采用的强制程序，这是“唯一的强制程序”要素。这两种要素的结合形成了附件七仲

① 《国际法院规约》第36条第3项规定：“上述声明，得无条件为之，或以数个或特定之国家间彼此约束为条件，或以一定之期间为条件。”在实践中，多数接受国际法院强制管辖的声明中都存在保留。这些保留五花八门，其中包括对涉及海洋法某些问题的争端提出的保留。

② 参见1982年《海洋法公约》第287条第1款和第4款、附件八“特别仲裁”、附件七“仲裁”。

③ 参见1988年《南极矿物资源活动管理公约》第56条及附件、1991年《关于环境保护的南极条约议定书》第19条及附件。

④ 参见该公约1996年议定书第16条第2款。

⑤ 参见刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，第5—6页。

⑥ 高健军：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》（修订版），第3页。

⑦ 参见谢琼：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁条款研究》，武汉大学博士学位论文，2016年，第14页。

裁的特色，是附件七仲裁得以在海洋争端解决实践中产生重要影响的原因所在。^①这一特色既确认了强制仲裁规则既有发展的合理性，也包含着进一步发展面临的不合理性风险。

3. “唯一的剩余方法”可能背离国家同意原则

国际争端解决制度是一个基于国家同意的体系，“除非国家明示接受，国际性法院和法庭没有强制管辖权”。^②《海洋法公约》第287条规定，一国在签署、批准或加入本公约时，或在其后任何时间，“应有自由”用书面声明的方式选择该条规定的司法或仲裁方法以解决相关争端。但是，当附件七仲裁依据该条第3款或第5款因争端当事方没有选择或选择不一致自动适用时，就使附件七仲裁具有了明显的“单方意志性”，实质排除了该当事方依据该条选择或者不选择的自由，^③显然难以说它获得了国家的明示接受。

首先，在争端当事方没有作出选择而适用附件七仲裁时，它在两个层面背离了该当事方的意志：第一，在当事方尚没有决定是否或者何时适用强制程序解决相关争端时，“唯一的剩余方法”自作主张地为当事方选择了强制程序，而且是即刻适用；第二，即使被迫卷入强制程序，在当事方尚没有决定选择何种强制方法时，“唯一的剩余方法”自作主张地为当事方选择了仲裁。换句话说，如果争端当事方享受没有依据《海洋法公约》第287条对强制程序作出选择的“自由”时，它就承担了（1）适用强制程序解决相关争端的义务；（2）适用仲裁解决相关争端的义务。很难想象这是第287条所规定的“自由”，也很难想象一国会对此明确表示同意。

有观点认为，缔约国批准或加入《海洋法公约》，就是对包括争端解决强制程序规定在内的公约所有内容的“国家同意”。概括而言，这没有错。只是，这种“国家同意”是在不允许对公约提出任何保留而对公约内容的整体接受，这一逻辑在适用于具体情况时可能还需要具体分析，不一定能简单地套用。第287条第3款已明文规定，在没有作出选择情形下，“应视为已接受附件七规定的仲裁”。“应视为已接受”是一种推定的接受，至多可以说是默示接受。在已获得“国家同意”时，还需要推定或默示接受？显然有问题。因此，自动适用附件七仲裁不能简单地说因当事方批准或加入公约而获得了它的明示同意。

其次，在争端当事方作出了选择而因对方没有选择或选择不一致适用附件七仲裁时，除非它选择的是附件七仲裁，否则就直接违背了该当事方作出的明示同意。换句话说，如果当事方欲适用非附件七仲裁来解决相关争端，它必须与争端对方达成合意，而适用附件七仲裁不需要合意。再进一步，只要争端一方想通过附件七仲裁来解决争端，它的“单方意志”就绝对优于对方作出的明示选择。即使争端双方曾经作出了相同的非附件七仲裁选择，一方也可以依据第287条第6款撤销曾作出的书面声明而不再作出声明或者作出不同选择的声明。

同样，虽然第287条第5款亦有明文规定，但是自动适用附件七仲裁不能简单地说因当事方批准或加入公约而获得了它的明示同意。对公约的整体接受无论如何不能优于缔约国依据第287条所作书面声明作出的明示选择。遗憾的是，现实恰好相反。

① 同为《海洋法公约》规定的强制仲裁，附件八特别仲裁与附件七仲裁在地位方面有着重要差别。它们虽然都是《海洋法公约》第287条规定的缔约国可自由选择的争端解决强制程序，但是附件七仲裁是“唯一的剩余方法”，这是附件八特别仲裁所不能比拟的。

② Yoshifumi Tanaka, *The Peaceful Settlement of International Disputes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 24.

③ 参见刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，第8—9页。

上述两种情形加上《海洋法公约》附件七第9条“不到案”的规定,^①使得争端当事方表面上并没有承担接受和参与附件七仲裁的义务,但仲裁一经提起,客观上使争端对方被迫成为强制程序或者其所未选择的强制程序的当事方,相当于为该争端当事方施加了通过强制程序或者通过某种强制程序解决争端的特定义务——这或者没有获得国家同意,或者不符合国家作出的同意。因此,第287条所称的“应有自由”或许宜理解为“应无自由”,或者为“应有很少一点自由”。就这点而言,“唯一的剩余方法”模式强制仲裁与义务型强制仲裁不同,也与“唯一的强制程序”模式的权利型强制仲裁不同。“国际争端解决机制的有效性有赖于自愿程序和强制程序之间的良好平衡”。^②作为一种和平解决国际争端的强制程序,附件七仲裁在背离国家同意原则的方向上或许走得太快太远了,以至于破坏了这一平衡。正是在这种语境下,中国被迫卷入了“南海仲裁案”。

前面谈到,义务型强制仲裁因其对争端各方义务的过度强调,让一些国家感受到主权被侵蚀的风险,终未能得到国际社会的一致认可,权利型强制仲裁可视为对前者过度强制向自愿仲裁方向某种程度的回调。然而,从实际效果看,“唯一的剩余方法”模式权利型强制仲裁的强制性反而要比义务型强制仲裁的强制性体现得更加明显——它不仅无须获得国家的明示接受,而且可以违背国家作出的明示选择。

为什么会这样出现这样一种局面呢?^③这与附件七仲裁作为一种权利型强制仲裁具有的表面迷惑性有关系。形式上,附件七仲裁并没有给各缔约国施加通过仲裁解决相关争端的义务,反而授予有意通过强制程序解决争端的任一缔约国以单方面提起和推进仲裁程序的权利。在公约起草过程中,这可以让每一位谈判代表都觉得本国享有了更多的权利,而不是像义务型强制仲裁那样让本国承担不愿意承担的义务。可能少有人想到,该单方权利的对价是争端对方变相地承担了被迫通过附件七仲裁这一强制程序或者并非本国所选择的这一强制程序来解决争端的义务,而这个争端对方同样可能是任何一个缔约国。单方权利写在面上,被迫变相承担义务的对价则隐藏在条文背后。

《海洋法公约》适用于几乎所有的海域,调整绝大多数海洋活动,其适用范围之广、调整事项之多是此前任何一项国际条约都无法比拟的,而附件七仲裁适用于所有有关公约解释或适用的争端。强制仲裁存在的任何缺陷,都可能因附件七仲裁的适用而放大。尽管公约第十五部分第三节设计了第297条的限制条款和第298条的例外条款,也无法抑制附件七仲裁具有的负面性。^④相比之下,采用“唯一的剩余方法”规则模式的其他条约因其调整事项和适用范围有限,因可能背离国家同意原则带来的负面影响要比《海洋法公约》附件七仲裁小得多。

(四) 双边条约中的仲裁条款

在双边层面,虽然昔日强制仲裁规则繁荣的场景不再,但仲裁条款悄然出现在多边条约的几

① 《海洋法公约》附件七第9条规定:“如争端一方不出庭或对案件不进行辩护,他方可请求仲裁法庭继续进行程序并作出裁决。争端一方缺席或不对案件进行辩护,应不妨碍程序的进行。”

② Yoshifumi Tanaka, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, p. 230.

③ 至于在第三次联合国海洋法会议上各国为什么会通过这样的规则问题,限于主题和篇幅,本文不详细展开讨论。

④ 参见刘衡:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁:定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》,第11—12页。

乎同时也再次悄然出现在双边条约中，海上共同开发领域尤为突出。20世纪60年代开始各国签署的海上共同开发协定通常都对争端解决作出了规定，而且多数都涉及强制争端解决方法。^① 仲裁不仅再次出现，而且力压国际法院成为强制程序的主流；而其中强制仲裁又占了主流。以23个海上共同开发案例中较为重要的法律文本为例，多数协定对争端解决强制程序作出了约定，其中多数写入了仲裁条款，所约定的仲裁绝大多数属于强制仲裁，即，相关争端产生以后应直接提交仲裁解决，任一当事方均可启动仲裁程序，无须当事方另行达成特别协议。^②

从规则模式看，这些共同开发协定中的强制仲裁多采用“唯一的强制程序”规则模式，但也有间接采用《海洋法公约》附件七仲裁模式的。例如，2003年签署的圭亚那和巴巴多斯之间的共同开发协定就规定：“任何一方可诉诸《联合国海洋法公约》规定的争端解决条款。”^③ 它并没有提及《海洋法公约》附件七仲裁。但前面的分析已经表明，如果依据《海洋法公约》第287条适用强制程序，基本上就指向了附件七仲裁。有意思的是，就在该协定签署一年后的2004年，圭亚那和巴巴多斯分别针对邻国苏里南、特立尼达和多巴哥就相互间的海洋划界问题提起了附件七仲裁程序。^④

从具体内容看，对仲裁约定最为详细的是东帝汶与澳大利亚之间的《帝汶海条约》和《巨日升油田统一开发协定》。二者都以附件形式对仲裁程序的启动、仲裁庭的组成、仲裁员的选任、仲裁规则的确定、可适用的法律、仲裁的时间和地点、仲裁费用、不到案、仲裁裁决的形式和效力等作出了具体约定。^⑤ 同样有意思的是，目前仅有的两起依据双边条约的强制仲裁案件正是依据《帝汶海条约》第23条及其附件B所提起的。

从各国所在区域看，约定仲裁条款的情况散布各大洲，但以欧洲国家和非洲国家为主，亚洲国家和美洲国家多选择不通过强制程序而通过谈判协商谋求解决争端。这与一战前约定仲裁条款或缔结仲裁条约的国家集中在欧洲和美洲的情形相比已发生了显著变化。

三 仲裁与反仲裁：强制仲裁实践的晚近发展

（一）强制仲裁实践晚近发展的表现及原因

前面谈到，与规则的发展轨迹不同，强制仲裁出现以后，一直鲜见强制仲裁案件。即使在强制仲裁受到特别推崇的时期，很多国家订立了数量相当可观的仲裁条款或仲裁条约，也提起了很多仲裁案件，但没有一起依据这些仲裁条款或仲裁条约提起的强制仲裁案件，倒是少数多边公约中的仲裁条款有过被适用的记录。二战以后，一方面，仲裁案件呈下降趋势。据统计，以提起仲

① 海上共同开发协定产生于20世纪50年代后期，自1958年以来的60年时间内各国签署了数十份海上共同开发协定，是二战后签署最多的涉海双边条约。

② 相关中英文法律文本参见杨泽伟主编：《海上共同开发协定汇编》（上、下），社会科学文献出版社2016年版；《海上共同开发协定续编》，武汉大学出版社2018年版。英国国际法与比较法研究所1990年推出的“海上共同开发协定修订示范文本”就缔约国间争端的解决也约定的是强制仲裁。

③ 《圭亚那共和国—巴巴多斯关于在其他国家专属经济区外部界限以外两国专属经济区外部界限以内的双方重叠区域中的专属经济区行使管辖权的专属经济区合作条约》（2003年12月2日订于伦敦）第10条第2款。

④ 这也是通过《海洋法公约》附件七仲裁处理的第一例和第二例海洋划界争端案件。

⑤ 参见杨泽伟主编：《海上共同开发协定汇编》（下），第511—512页，第547—548页。

裁的时间为起算点,1900—1945年间,共出现了约180起仲裁案件,1945—1989年间的数字降为40起。^①另一方面,直到1990年左右,几乎所有的仲裁案件都是依据争端各方的特别协议所提起。^②1990年以后,很大程度上得益于强制仲裁案件的不断出现,仲裁案件数量有所回升。以海洋争端解决为例,迄今共提起27起仲裁案件,其中25起为强制仲裁案件。^③这些强制仲裁案件包括《海洋法公约》附件七仲裁案件、依其他国际公约中仲裁条款提起的强制仲裁案件以及依双边条约中的仲裁条款提起的仲裁案件。再度兴起的强制仲裁不仅有规则上的新发展,还实现了实践上的突破——强制仲裁成为国际海洋争端仲裁解决的主要方法。^④

强制仲裁案件在国际海洋争端解决领域出现并不断增多,有一般性原因也有特殊原因。例如,国际海洋争端大量产生,^⑤而相关涉海条约都对争端的解决,特别是争端的强制仲裁解决作出了相应规定,大量争端必须依据规定诉诸仲裁,明显扩大了强制仲裁的适用范围等。^⑥在这些原因中,有两个决定性因素:

第一,权利型强制仲裁明文授予争端任何一方单方面提起和推进仲裁程序的权利。这一单方权利的行使远比义务型强制仲裁中要求对方履行仲裁义务简单、直接且可操作。在义务型强制仲裁中,“单方面申请极少足以让仲裁程序得以进行”。^⑦国际法院受理的有关是否存在仲裁义务的案件显示,由于义务型强制仲裁并未明确任何一方单方面提起仲裁的权利,当事方通常因就所涉争端是否存在提交仲裁的强制义务陷入无休止的争吵而无法启动仲裁程序,甚至不得不请求国际法院作出裁判或提供咨询意见。^⑧往往在确定存在这一强制义务后才有可能提起仲裁,实际能否提起程序仍不一定。^⑨在权利型强制仲裁中,无论是否存在这样的争吵,都不会影响任何一方随时单方面启动仲裁程序,它从根本上疏通了强制仲裁从规则到实践的程序通道。这一点正是义务型强制仲裁所需要解决但一直未能解决的。相应地,诸如《海洋法公约》附件七条文规定这种保障单方面权利行使的、类似于诉讼程序的复杂程序也建立起来。^⑩

第二,《海洋法公约》附件七仲裁“唯一的剩余方法”之设计。如前所述,在“唯一的剩余方法”规则模式中,争端一方没有选择争端解决强制程序或者选择了非附件七仲裁作为争端解

① A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations 1794 - 1989* (Bordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), pp. 237 - 425, pp. 426 - 467.

② Christine Gray and Benedict Kingsbury, “Development in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945”, p. 133.

③ 参见谢琼:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁条款研究》,第9页。在该论文统计数据日期之后,又提起了6起海洋争端仲裁案件,全部是《海洋法公约》附件七仲裁案件。

④ 参见谢琼:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁条款研究》,第9页。

⑤ 《海洋法公约》通过与生效后,很多海洋权利义务关系亟待依据公约界定和厘清,海洋争端(尤其是海洋权利争端)明显增加;一些以前就已存在的涉海争端也因公约的通过与生效而凸显和激化。其他全球性或区域性涉海公约的通过与生效,以及涉海双边条约或协定的签署,也带来了一些新的海洋争端的产生。

⑥ 参见谢琼:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁条款研究》,第8页。

⑦ Christine Gray and Benedict Kingsbury, “Development in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945”, p. 107.

⑧ International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania Advisory Opinion Case*, 1950 (<https://www.icj-cij.org/en/case/8>); *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, 1953 (<https://www.icj-cij.org/en/case/15>); *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 Advisory Opinion Case*, 1988 (<https://www.icj-cij.org/en/case/77>). 其中两个咨询意见案涉及的都是二战后(1947年)订立的义务型强制仲裁条款。

⑨ Shabtai Rosenne, “The International Court of Justice and International Arbitration”, (1993) 6 *Leiden Journal of International Law* 297, p. 300. 前述国际法院两个咨询案件所涉仲裁程序最终都未能启动。

⑩ M. C. W. Pinto, “Structure, Process, Outcome: Thoughts on the ‘Essence’ of International Arbitration”, pp. 249 - 254.

决强制程序但对方没有作出相同选择时，附件七仲裁都予以当然适用。一旦争端产生，只要一方有意，无论对方是否依据《海洋法公约》第287条作出了选择，也无论对方是否选择了附件七仲裁，都可随时提起附件七仲裁程序。^①提起附件七仲裁案件不仅可以无须获得国家的明示接受，而且可以违背国家作出的明示选择，何其简单也！这带来了附件七仲裁案件近乎“井喷式”的发展。可以说，很多强制仲裁案件是“唯一的剩余方法”背离国家同意原则的产物，或者说是以背离国家同意原则为代价的。

20世纪90年代以后在海洋争端解决领域共提起25起强制仲裁案件，其中《海洋法公约》附件七仲裁案件为22起。所有这些附件七仲裁案件都属于“唯一的剩余方法”规则模式下的案件，迄今“没有一起仲裁争端双方存在仲裁合意，争端一方被动仲裁率高达100%”。^②也就是说，如果前面分析正确的话，这22起附件七仲裁案件都以背离国家同意原则为代价。

另一方面，一旦案件提起，隐藏在条文背后的变相义务及相应的风险就会凸显出来，至少在感官上对争端对方是一个强烈的冲击——2013年1月中国突然被菲律宾通知提起《海洋法公约》附件七仲裁就是如此。可是怎么办呢？除非申请方放弃它的权利，规则上无法阻止仲裁程序的推进、仲裁庭自行确立和行使管辖权并作出裁决。实践中，在一时无法改变存在缺陷的既有规则情形下，被迫卷入《海洋法公约》附件七仲裁案件的当事方不得不想尽多种方式方法来尽量规避或降低强制仲裁带来的风险。争端一方行使单方面权利，促成强制仲裁（特别是《海洋法公约》附件七仲裁）成为海洋争端解决主要法律方法的过程，经常伴随着争端对方尝试中止和终止仲裁程序的努力。

（二）争端当事方反仲裁的努力

迄今为止，争端当事方尝试中止和终止仲裁程序的实践主要有三种：第一，通过非裁决方式终止仲裁程序；第二，通过平行程序阻止仲裁程序运行；第三，不接受、不参与仲裁程序。其中前两种实践都取得了成功，第三种则效果不佳。

1. 通过非裁决方式终止仲裁程序

在以往的仲裁案件中，出现过不承认仲裁裁决的效力而提起诉讼或者通过调停等形式最终解决争端的情形，但仲裁几乎全是以仲裁庭作出裁决的方式结案。在被迫卷入《海洋法公约》附件七仲裁的语境下，出现了避免由仲裁庭对案件作出裁决的努力。

在迄今已结案的18起附件七仲裁案中，终止仲裁程序的方式有三种：（1）仲裁庭裁决结案（正常终止），一共9起；（2）争端双方协议终止仲裁程序，一共4起；（3）争端双方协议将争端移送给国际海洋法法庭处理，一共5起（见表1）。通过非仲裁庭裁决方式终止程序的比例达到50%。通过非裁决方式终止仲裁程序的做法并非一个新发明，但这样高的比例是以前所不可想象的。其中，移送国际海洋法法庭的5起案件根本就没有设立仲裁庭，而在设立并组成仲裁庭的13起案件中，有两个仲裁庭（“MOX核燃料厂仲裁案”和“鲱鱼仲裁案”）没有机会触及案件的实质问题。

① 参见刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，第21页。

② 刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》，第17页。

表1 《海洋法公约》附件七仲裁程序终止方式一览表(1997.11—2019.6)

序号	案件	当事方	裁决结案	协议终止	移送 ITLOS	审理中
1	“塞加号”仲裁案 (<i>The M/V “Saiga” Arbitration</i>)	圣文森特和格林 纳丁斯诉几内亚			√	
2	南方蓝鳍金枪鱼仲裁案 (<i>The Southern Bluefin Tuna Arbitration</i>)	新西兰诉日本	√			
3	南方蓝鳍金枪鱼仲裁案 (<i>The Southern Bluefin Tuna Arbitration</i>)	澳大利亚诉日本	√			
4	剑鱼仲裁案 (<i>The Swordfish Arbitration</i>)	智利诉欧共体			√	
5	MOX 核燃料厂仲裁案 (<i>MOX Plant Arbitration</i>)	爱尔兰诉英国		√		
6	围海造地仲裁案 (<i>Land Reclamation Arbitration</i>)	马来西亚诉新加坡		√		
7	海洋划界仲裁案 (<i>Maritime Delimitation Arbitration</i>)	巴巴多斯诉特立 尼达和多巴哥	√			
8	海洋划界仲裁案 (<i>Maritime Delimitation Arbitration</i>)	圭亚那诉苏里南	√			
9	海洋划界仲裁案 (<i>Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration</i>)	孟加拉国诉印度	√			
10	海洋划界仲裁案 (<i>Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration</i>)	孟加拉国诉缅甸			√	
11	海洋保护区仲裁案 (<i>Chagos Marine Protected Area Arbitration</i>)	毛里求斯诉英国	√			
12	“弗吉尼亚 G 号”仲裁案 (<i>The M/V “Virginia G” Arbitration</i>)	巴拿马诉几内亚比绍			√	
13	“自由号”仲裁案 (<i>The ARA Libertad Arbitration</i>)	阿根廷诉加纳		√		
14	南海仲裁案 (<i>The South China Sea Arbitration</i>)	菲律宾诉中国	√			
15	鲱鱼仲裁案 (<i>The Atlanto-Scandian Herring Arbitration</i>)	法罗群岛(丹麦)诉欧盟		√		
16	“极地曙光号”仲裁案 (<i>The Arctic Sunrise Arbitration</i>)	荷兰诉俄罗斯	√			
17	“都兹基特·正直号”仲裁案 (<i>The Duzgit Integrity Arbitration</i>)	马耳他诉 圣多美和普林西比	√			
18	海洋划界仲裁案 (<i>Maritime Delimitation Arbitration</i>)	加纳诉科特迪瓦			√	
19	“恩里克号”事故仲裁案 (<i>The “Enric Lexie” Incident Arbitration</i>)	意大利诉印度				√
20	沿海国权利仲裁案 (<i>Coastal State Rights Arbitration</i>)	乌克兰诉俄罗斯				√
21	扣押军舰和军人仲裁案 (<i>Detention of Naval Vessels Arbitration</i>)	乌克兰诉俄罗斯				√
22	“圣帕德里皮奥号”仲裁案 (<i>The M/T “San Padre Pio” Arbitration</i>)	瑞士诉尼日利亚				√

统计截止时间: 2019年6月30日。

依据《海洋法公约》第280条规定,在附件七仲裁程序的任何阶段,当事方都可以协议通过该程序以外的其他和平方法解决它们之间正在由仲裁庭处理的相关争端,从而终止正在进行的仲裁程序。这是当事方依《海洋法公约》明文规定享有的自行选择和平方法解决争端的权利。当

事方协议将争端移送国际海洋法法庭处理的行为,可以同时理解为争端各方依据《海洋法公约》第287条一致选择国际海洋法法庭作为争端解决方法,从而调整了此前没有选择或选择不一致的做法,依照第287条第4款之规定由国际海洋法法庭处理。这至少可以说明两点:第一,“一旦争端双方对如何解决争端达成合意,此合意肯定不是《海洋法公约》附件七仲裁,从而从另一个角度证明了附件七仲裁的非约定性和很多争端方卷入附件七仲裁的被动性”;^①第二,作为剩余方法的附件七仲裁只是次优选择,不能随意加以适用。

2. 通过平行程序阻止仲裁程序运行

与强制仲裁程序终止方式多样化相伴的现象是,在强制仲裁程序启动以后,当事方谋求通过平行程序来阻止仲裁程序。迄今这种情况已经出现了4次,其中3次涉及《海洋法公约》附件七仲裁。

在“剑鱼仲裁案”(Chile/European Union)中,先是欧盟于2000年4月将智利对剑鱼的过境和进口采取的相关措施诉诸世界贸易组织争端解决机制,^②智利于同年底将双方有关剑鱼的争端提起《海洋法公约》附件七仲裁,^③开启了平行争端解决程序的先例。后来双方又协议将案件移送国际海洋法法庭特别分庭处理,终止了附件七仲裁程序。^④

随后,在爱尔兰和英国之间的“MOX核燃料厂仲裁案”(Ireland v. United Kingdom)中也出现了这种情况。就两国之间因英国在爱尔兰海沿海建设和运行MOX核燃料厂所产生的争端,爱尔兰先于2001年6月依据OSPAR公约针对英国启动了该公约项下的仲裁程序;^⑤后又于2001年10月启动了《海洋法公约》附件七仲裁程序。^⑥英国认为爱尔兰对其提起附件七仲裁的行为违反了欧盟基础条约相关规定,由欧盟委员会在欧洲法院针对爱尔兰对英国提起《海洋法公约》附件七仲裁的行为提起诉讼,中止了附件七仲裁程序。^⑦在附件七仲裁程序的中止一再延长之后,爱尔兰最终被迫于2007年2月通知仲裁庭撤回它针对英国提出的仲裁请求。^⑧

2013年8月,法罗群岛(丹麦)(以下简称“法罗群岛”)将其与欧盟之间因大西洋—斯堪的纳维亚鲱鱼(以下简称“鲱鱼”)捕捞配额的分配问题所产生的争端提起《海洋法公约》附件七仲裁,称为“鲱鱼仲裁案”(The Atlanto-Scandian Herring Arbitration)。^⑨时隔不到三个月,法罗群岛又于2013年11月就同一争端事项将欧盟诉诸世界贸易组织争端解决机制。^⑩双方的主要精力随后放在了谈判协商方面,最终双方达成协议,先后终止了《海洋法公约》附件七仲裁程序

① 刘衡:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁:定位、表现与问题——兼谈对“南海仲裁案”的启示》,第17页。

② WTO, *Chile-Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds193_e.htm (last visited May 28, 2019).

③ ITLOS, *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union)*, <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-7/> (last visited May 28, 2019).

④ 但在特别分庭组成以后,双方一再申请程序中止,国际海洋法法庭特别分庭在数年时间内都没有机会处理案件的实质问题,案件最后以双方协议终止程序结案。

⑤ PCA, *Ireland v. United Kingdom (OSPAR Arbitration)*, <https://pca-cpa.org/en/cases/34/> (last visited May 28, 2019).

⑥ PCA, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, <https://pca-cpa.org/en/cases/100/> (last visited May 28, 2019).

⑦ ECJ, *Commission v Ireland*, Case C-459/03, *Judgment of the Court (Great Chamber)*, 30 May 2006.

⑧ Arbitral Tribunal, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, *Termination of Proceedings, Order No. 6*, 4 November 2003, p. 2, para. 1.

⑨ PCA, *The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*, <https://pca-cpa.org/en/cases/25/> (last visited May 28, 2019).

⑩ WTO, *European Union-Measures on Atlanto-Scandian Herring*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds469_e.htm (last visited May 28, 2019).

与世界贸易组织争端解决程序。

此外,2013年4月,东帝汶为解决其与澳大利亚之间的专属经济区和大陆架划界争端,依据双方签署的《帝汶海条约》提请仲裁;^①2015年9月,东帝汶提起第二起《帝汶海条约》项下仲裁。^②此后,东帝汶又于2016年4月提起了裁判结果没有拘束力的《海洋法公约》附件五强制调解。^③在强制调解过程中,双方协议于2017年3月同时终止了两起仲裁案。^④

无心也罢,有意也罢,以上几起案件表明:第一,不仅可以通过《海洋法公约》规定的程序阻止附件七仲裁程序的运行,而且可以通过《海洋法公约》以外的其他程序来阻止附件七仲裁程序的运行。特别是在“MOX核燃料厂案”中,欧洲法院诉讼程序的唯一目的就是阻止附件七仲裁程序的运行。在仲裁程序经过数年的中止之后,爱尔兰最终撤回了仲裁申请。第二,不仅可以通过《海洋法公约》规定的强制程序阻止强制仲裁程序的运行,而且可以通过《海洋法公约》规定的非强制程序阻止强制仲裁程序的运行。两起《帝汶海条约》仲裁程序的终止与《海洋法公约》附件五强制调解有直接关系。第三,强制仲裁可以是解决相关争端的手段,也可以是促进相关争端谈判协商解决的手段。^⑤这在“鲑鱼仲裁案”中体现最为明显,法罗群岛先后提起两个强制程序都是迫使欧盟回到谈判桌上的一种策略。“剑鱼仲裁案”也大致是这种情况。

无论如何,各争端当事方通过非裁决方式终止仲裁程序也罢,通过平行程序阻止仲裁程序运行也罢,都在提醒国际社会,强制仲裁以及更广义上的争端解决强制程序都只是争端解决的手段,绝不是争端解决的目的,不能为了强制仲裁而强制仲裁——不排除在某些《海洋法公约》附件七仲裁案件中存在这种嫌疑。

3. 不接受、不参与仲裁程序

不接受、不参与程序的不到案现象在国际法律程序中并非新鲜事物。“一国有权视情况采取任何适当的诉讼战略,包括不出庭或不进行辩护。这种决定不是异想天开,也不是轻率作出的,通常用来表达未公开阐明的政治考虑”。^⑥据不完全统计,常设国际法院历史上共出现了4起不到案案件,国际法院审理的案件中出现过13起不到案案件。^⑦特别是在1972—1981年间,国际法院历史上出现了一个不到案的高潮。但此后不到案的情况没再发生。在这种背景下,如果出现了不到案的情况,这必定是一个不同寻常的决定,必定是依情势有必要作出如此不同寻常的决定。

2013年1月,菲律宾针对中国提起“南海仲裁案”,中国随后宣布不接受、不参与该案,这

① PCA, *Arbitration under the Timor Sea Treaty (Timor-Leste v. Australia)*, 2013 - 16, <https://pca-cpa.org/en/cases/37/> (last visited May 28, 2019).

② PCA, *Arbitration under the Timor Sea Treaty (Timor-Leste v. Australia)*, 2015 - 42, <https://pca-cpa.org/en/cases/141/> (last visited May 28, 2019).

③ PCA, *Conciliation between The Democratic Republic of Timor-Leste and The Commonwealth of Australia*, <https://pca-cpa.org/en/cases/132/> (last visited May 28, 2019).

④ Conciliation Commission, *Report and Recommendations of the Compulsory Conciliation Commission between Timor-Leste and Australia on the Timor Sea*, 9 May 2018, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2327> (last visited May 28, 2019).

⑤ 参见刘衡:《欧盟与国际海洋争端解决》,载《欧洲研究》2018年第6期,第124页。

⑥ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920 - 2005* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 4th edition, 2006), p. 1360.

⑦ 有些是完全不到案,即自始至终不接受、不参与;有些是部分不到案,即开始接受并参与相关程序,后来退出,或者开始不接受、不参与相关程序,后来改变立场,接受并参与该程序。参见谢琼:《析“极地曙光号”案对“南海仲裁案”的可能影响》,载《中国海商法研究》2015年第4期,第68页。

是《海洋法公约》附件七仲裁中第一次出现不到案的情况，也是《海洋法公约》第十五部分第二节强制程序中的第一例不到案案件。中国在解释其上述立场的文件中指出，“根据国际法，各国享有自主选择争端解决方式的权利。任何国际司法或仲裁机构针对国家间争端（确立和）行使管辖权必须以当事国的同意为基础，即‘国家同意原则’，”“对于菲律宾所提仲裁事项，中国从未接受《公约》第十五部分第二节规定的任何强制争端解决程序，”“相关司法或仲裁机构在行使其权力时不应损害缔约国自行选择争端解决方式的权利，不应损害国际司法或仲裁必须遵循的国家同意原则”。^①可见，中国认为该案不符合国家同意原则是根本原因。

同年10月，俄罗斯先后宣布不接受、不参与荷兰针对其提起的“极地曙光号”仲裁案以及荷兰向国际海洋法法庭请求规定临时措施的附带案件，《海洋法公约》附件七仲裁第二次出现不到案的情况。俄罗斯的理由是其作出的第298条声明已将该案排除在《公约》第十五部分第二节强制程序之外。^②言下之意，除非获得俄罗斯的同意，荷兰不能也不应将该争端提交《海洋法公约》附件七仲裁，与中国不到案的根本原因一致。

中国和俄罗斯通过自身不接受、不参与仲裁程序的立场和行为，对强制仲裁中这种争端一方不顾另一方的反对单方面甚至恶意提起和推进仲裁程序的做法，表达了谨慎、担忧、拒绝甚至抗议，这也是对《海洋法公约》附件七仲裁某些方面背离国家同意原则给国际社会的善意提醒。

四 结论

目前，在国际争端解决中，至少在国际海洋争端解决领域，强制仲裁是一个绕不开的话题，也是需要直面的现实。强制仲裁产生于（自愿）仲裁被广泛接受后的社会需要。与（自愿）仲裁的出现与发展从实践到规则的逻辑不同，强制仲裁的出现与发展历经先规则后实践的路径。

在规则层面，强制仲裁可分为义务型和权利型两种类型，首先出现的是义务性强制仲裁。双边条约中的仲裁条款和双边仲裁条约使仲裁从各方达成合意的任意权利，变成了各国事先承担的义务。受益于仲裁得到广泛接受以及强制仲裁极大地迎合了19世纪后期和20世纪初期国际社会防止战争的实际需求，强制仲裁早期发展很快。两次海牙和会曾就缔结一份一般性仲裁条约展开激烈辩论，这也是义务型强制仲裁发展的高潮。两次世界大战宣告了通过强制仲裁防止战争这一幻想的破产，国际社会对强制仲裁的讨论进入低潮。与规则发展的一度兴盛不同，实践中提交仲裁的强制义务几乎完全被忽视，在少数情形中该义务表现为“同意就通过仲裁解决争端进行谈判的义务”。这表明订立仲裁条款或仲裁条约的国家可以接受法律上的强制仲裁义务，但尚未做好实际承担该项义务的准备。

二战后，在与国际司法的竞争中，仲裁因其灵活性和在处理技术性、专业性争端方面的优势等原因自20世纪60年代开始再度悄然兴起，以多边条约中的仲裁条款为主。再次出现的强制仲裁规则明文授予争端任何一方单方面提起和推进仲裁程序的权利，有“唯一的强制程序”和“唯一的剩余方法”两种规则模式。在前一规则模式中，缔约国通过不同形式明示了接受这些强

① 中华人民共和国外交部：《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》，2014年12月7日，第76段、第79段和第83段。

② *Arbitral Tribunal, The Arctic Sunrise Arbitration, Award on Merits*, 14 August 2015, para. 23.

制仲裁规则的意思，符合国家同意原则。双边条约中的仲裁条款多采用这一模式。后一规则模式是《海洋法公约》附件七仲裁采用的模式。在该模式中，一旦提起仲裁，相当于为争端对方施加了通过强制程序或者通过某种强制程序（仲裁）解决争端的特定义务——或者没有获得国家同意，或者不符合国家作出的同意，因而隐藏着极大的风险。

晚近强制仲裁案件的大量出现，主要取决于权利型强制仲裁相对于义务型强制仲裁的两项调整或创新，即明文规定任何一方单方面提起和推进仲裁程序的权利，以及将仲裁设计为争端各方没有选择或者选择不一致时的“唯一的剩余方法”。它从根本上“疏通”了强制仲裁从规则到实践的程序通道。然而“唯一的剩余方法”之设计对国家同意原则的背离也通过具体案件得以凸显和放大。争端一方单方面提起和推进仲裁程序的过程经常伴随着争端对方通过各种方式尝试中止和终止仲裁程序的努力。这些努力只是在不得不遵守存在缺陷的既有规则情形下，尝试事后弥补或减少负面影响的权宜之策，也是无奈之举。它们的有效性取决于各种因素，特别是争端各方的善意，而这有时是非常困难的。修正强制仲裁对国家同意原则的背离才是长远之计、根本之计。在达到这一理想目标之前，争端各方或许可以尝试先初步达成谨慎或克制行使提起和推进仲裁程序这一单方权利的政治共识。

The Evolution of Compulsory Arbitration in the Settlement of International Disputes

Liu Heng

Abstract: Compulsory arbitration emerged in the nineteenth century when (voluntary) arbitration was widely accepted, the rules of which appeared first, and then the practices. There are two types of compulsory arbitration: obligation-centered and right-centered compulsory arbitration. The former, which greatly catered to the needs of the international society to prevent war at that time, transformed the right of states to reach an agreement into the obligation undertaken in advance by them to recourse to arbitration for the settlement of their disputes. States, however, were not ready to actually assume the obligation. After the Second World War, the right-centered compulsory arbitration, which expressly provided that one party to a dispute has the unilateral right to initiate and advance arbitration proceedings, sprang up in the context of competition with international justice. The right-centered compulsory arbitration includes two rule models, “the only compulsory procedure” and “the only residual means”. The rules of the latter model probably deviate from the principle of consent, which is one of the main reasons for the continuous emergence of compulsory arbitration cases over maritime disputes during the past 30 years. In practice, it is often accompanied by the efforts of the defendant to suspend and terminate the arbitration proceedings in various ways.

Keywords: International Dispute Settlement, International Arbitration, Obligation-centered Compulsory Arbitration, Right-centered Compulsory Arbitration, Principle of Consent

(责任编辑: 郝鲁怡)