

论《联合国海洋法公约》第298条“任择性例外”

——兼评南海仲裁案中的管辖权问题

刘 丹*

摘 要：在第三次海洋法会议上，第298条作为争端解决强制程序的“任择性例外”被纳入《联合国海洋法公约》。缔约国可以依据第298条，通过声明的方式将海洋划界、历史性海湾或历史性所有权等争端排除在争端解决强制程序之外。南海仲裁案管辖权问题中的核心之一就是，除了可受理性问题，菲律宾所提的15项诉求是否落入中国于2006年声明所排除的争端中，从而仲裁庭无权管辖。在重点论述第298条的缔约历史和该条款的文本内容后，本文将针对仲裁庭2015年《管辖权和可受理性裁决》和2016年的最终裁决，对其与第298条的关联问题进行分析，指出仲裁庭在管辖权问题上的不当和谬误。

关键词：《联合国海洋法公约》 任择性例外 南海仲裁 管辖权

2013年1月22日，菲律宾向中国发出“书面通知及权利主张”，企图单方面提起南海仲裁。我国随即表达“不接受菲律宾提起的仲裁”的立场并表明将不会参与仲裁。^① 尽管中国强烈反对，“南海仲裁案”仲裁庭于2015年10月29日发布《管辖权和可受理性裁决》，裁定对菲律宾的部分诉求有管辖权。^② 仲裁庭于2016年7月12日公布了最终裁决。^③

我国外交部长王毅强调，仲裁庭裁决与国际法治的精神背道而驰，也违反了《联合国海洋

* 上海交通大学凯原法学院海洋法治研究中心副研究员。本文为作者主持的国家社科基金青年项目《钓鱼岛争端视角下琉球法律地位问题研究》(13CFX123)和上海交通大学文理交叉海洋专项基金项目《以国际法为中心的南海法律战研究》(16JCHY09)的阶段性成果，本研究也受到中国海洋发展研究会重大项目《中国在推进海洋战略过程中的法制完善研究》(CAMAZDA201501)的资助。

① See “First Press Release” (27 August, 2013), Permanent Court of Arbitration, <https://pcacases.com/web/sendAttach/228> (last visited July 30, 2016).

② 仲裁庭在裁决中裁定：对菲律宾诉求的第3项、第4项、第6项、第7项、第10项、第11项、第13项有管辖权；对第1项、第2项、第5项、第8项、第9项、第12项、第14项诉求留待实体审理阶段再考虑管辖权问题；对第15项要求菲律宾缩小诉求范围并澄清内容，进而在实体阶段再考虑管辖权问题。参见：*Award on Jurisdiction and Admissibility (the Republic of the Philippines v. the People's Republic of China)*, Award of 29 October 2015, PCA Case No. 2013-19 (hereinafter referred to as “Award on Jurisdiction and Admissibility”), para.413, see Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1506> (last visited July 30, 2016)。

③ *In the matter of the south China sea arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China* (PCA Case No. 2013-19), Award (hereinafter referred to as “Award”), Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%202020160712%20-%20Award.pdf> (last visited July 30, 2016)。

法公约》(以下简称《公约》)的原则和精神,该裁决存在三个“不合法”:一是仲裁的提起不合法;二是仲裁庭的成立不合法;三是仲裁的结果不合法。^①2014年12月7日《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》(以下简称《立场文件》)更明确指出,我国根据《公约》第298条(适用导致具有约束力裁判的强制程序的“任择性例外”),在2006年发表的“排除性声明”(以下简称《2006年声明》)中,已将一些特定争端排除在包括仲裁在内的争端解决强制程序之外。^②

因此,结合仲裁裁决,聚焦《公约》第298条的立法原意来阐述其解释与适用问题,将有利于从管辖权问题上驳斥仲裁庭裁决,该裁决有悖于争端解决的原理,违背了《公约》的原则和精神。从现实层面看,对第298条进行的深入剖析,也有助于国际法学界和相关部门防微杜渐,进行后续海洋维权的国际法应对。

一 《公约》第298条及相关条款的缔约背景

2014年中国《立场文件》主要援引《公约》第298条和其依据该条款所做的《2006年声明》,作为仲裁庭无管辖权的依据,^③同时宽泛地提到了第297条管辖权的限制问题。^④中方主张:其一,菲律宾提请仲裁事项的实质是南海部分岛礁的领土主权问题,不涉及《公约》的解释或适用;其二,即使菲律宾提出的仲裁事项涉及有关《公约》解释或适用的问题,也构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分,进而落入中国《2006年声明》所排除的争端范围之内。菲方则认为自己的15项诉求是关于《公约》的解释和适用问题。^⑤可见,菲律宾是用包装过的诉求,以掩盖南海仲裁案争端的实质。本部分基于《公约》争端解决机制的缔约背景,分析第298条以及与该条密不可分的其他相关条款。

(一)《公约》争端解决机制缔约背景和第298条的条文设置

在公约的谈判过程中,各国有关争端解决机制的讨论主要围绕以下几个方面的问题:第一,争端解决机制在公约中的地位。这一争议的核心为是否应规定强制的争端解决程序。最终,公约采用将争端解决作为公约整体之一部分的做法,将争端强制解决机制纳入对公约文本整体性的一种保障。^⑥第二,争端强制解决机制的具体程序设置。公约最终文本的第十五部分第二节在确保缔约国接受第三方争端解决的前提下,规定了四种导致有约束力裁判的强制程序,缔约国可以用

① 王毅:《仲裁庭背后的政治操作必将大白于天下》,中华人民共和国外交部网站, <http://www.fmprc.gov.cn/web/zyxw/t1384715.shtml>, 最后访问时间:2016年7月26日。

② 参见《立场文件》,第57—58段。

③ 《立场文件》,第58段、第70段、第79段。

④ 《立场文件》中仅有一段涉及第297条的表述:“中国作为《公约》缔约国,接受了《公约》第十五部分第二节有关争端解决强制程序的规定。但是,中国接受该规定的适用范围不包括领土主权争端,不包括中国与其他缔约国同意以自行选择的方式加以解决的争端,也不包括《公约》第297条和中国2006年根据《公约》第298条所作声明排除的所有争端。”参见《立场文件》,第79段。

⑤ See Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 133, 140.

⑥ Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 52.

“自助餐” (smorgasbord) 的方式从中选择, 即可以在四种程序中选择一种或者一种以上的程序。^① 第三, 对争端解决强制程序予以限制。第三次海洋法会议上大多数国家“尽管赞成某种形式和某种程度的争端解决强制程序, 但多数情况下更倾向于以对具体事项进行保留的方式建立此类争端强制解决机制”,^② 原因在于一些争端所涉及事项具有高度敏感性, 如沿海国相邻或相向国家的海洋划界争端, 而该公约的实体规定又大多比较抽象, 许多国家并不愿意把这些争端提交导致有约束力裁判的解决程序。^③

《公约》第 309 条不允许缔约国对公约条款进行保留,^④ 因此对争端解决强制程序的限制最终放置在公约的第十五部分第二节和第三节; 第三节的标题即为“第二节的限制与例外”, 具体规定了哪些争端可以适用争端解决强制程序以及哪些争端被排除在争端解决强制程序 (含强制调解程序) 之外。^⑤ 菲律宾正是依据争端解决机制第二节第 287 条中的“附件七仲裁”程序启动了“南海仲裁案”。中国在《立场文件》中所援引的、作为仲裁庭没有管辖权依据的《公约》第 298 条——“适用导致具有约束力裁判的强制程序的‘任择性例外’”, 则位于争端解决机制的第三节。

作为适用争端解决强制程序的“例外”条款,《公约》第 298 条第 1 款允许各国在加入或批准该公约的时候,用声明的方式,就一些特殊类别的争端排除在争端解决强制程序之外,这些争端包括:

“(a) (1) 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,或涉及历史性海湾或所有权的争端,但如这种争端发生于本公约生效之后,经争端各方谈判仍未能在合理期间内达成协议,则作出此声明的国家,经争端任何一方请求,应同意将该事项提交附件五第二节所规定的调解;此外,任何争端如果必然涉及同时审议与大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利有关的任何尚未解决的争端,则不应提交这一程序;

(b) 关于军事活动,包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端,以及根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端;

(c) 正由联合国安全理事会执行《联合国宪章》所赋予的职务的争端,但安全理事会决定将该事项从其议程删除或要求争端各方用本公约规定的方法解决该争端者除外。”

可见,第 298 条第 1 款所列举的被排除在《公约》第十五部分第二节争端强制解决 (含“附件七仲裁”) 之外的争端包括:海洋划界、涉及历史性海湾或所有权的争端、军事活动争端、执法活动争端、由安理会赋予的执行《联合国宪章》的争端。一共明确了 3 大类 5 种争端。

(二) 第 298 条和相关条款的关联

《公约》第 287 条第 1 款规定,“一国在签署、批准或加入本公约时,或在其后任何时间,应

① Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Shoh (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 8.

② Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, p. 170.

③ 高健军:《联合国海洋法公约争端解决机制研究》,法律出版社 2014 年版,第 7 页。

④ 《公约》第 309 条规定,“除非本公约其他条款明示许可,对本公约不得作出保留或例外”。

⑤ Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, p. 170.

有自由用书面声明的方式选择下列一个或一个以上方法，以解决有关本公约的解释或适用的争端：(a) 按照附件六设立的国际海洋法法庭；(b) 国际法院；(c) 按照附件七组成的仲裁法庭；(d) 按照附件八组成的处理其中所列的一类或一类以上争端的特别仲裁法庭”。在联合国网站上，截至2016年7月底，有58个国家在批准《公约》时，不仅根据第298条（含297条）做出声明，还就其是否选择第287条争端解决强制程序的四个争端解决机构做出表态。^① 2006年中国根据第298条所做的声明中称：“中华人民共和国不接受由公约第十五部分第二节有关公约第298条第1款(a)、(b)和(c)项所有争端类别所规定的任何程序。”^② 在58个对第298条（含297条）和第287条做出声明及表态的国家中，有32个国家对第298条做出声明，其中10个国家将第298条第1款所有争端排除出争端解决强制程序之外，这些国家包括加拿大、智利、法国、葡萄牙、俄罗斯、突尼斯、中国、厄瓜多尔和泰国。除中国外，既对第298条第1款所列的一种或几种争端做出排除性声明又表态对第287条争端解决强制程序“不做选择”的有7个国家，包括：赤道几内亚（2002年2月20日）、法国（签订公约之日）、加蓬（2009年1月23日）、冰岛（签订公约之日）、帕劳（2006年4月27日）、韩国（2006年4月18日）、泰国（签订公约之日）。58个国家中有对自己的早期声明做出撤回声明的先例。例如，阿根廷1995年10月18日的声明中曾表明，公约第十五部分第二节不适用于第298条第1款所列争端，但“不包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动”，^③ 后于2012年10月26日撤回该声明。^④ 在第287条第1款所列的四种争端解决程序中做出选择，从《公约》的措辞看是缔约国的一种“自由”而非义务，一国可以选择不发表声明进行选择。南海仲裁案中管辖权的核心问题之一是，中国目前对287条争端解决程序“不做选择”的表态，是否客观上达到阻碍仲裁庭行使管辖的效果？有学者将“附件七仲裁”视为一种“默认程序”（default procedure），^⑤ 因此理论上不做积极选择并不能使一国“规避”接受导致有约束力裁判程序的义务。

第三次海洋法会议沿海国所关心的专属经济区内特殊权利问题，被并入《公约》第297条（即对争端解决强制程序的“限制”）中。^⑥ 根据第297条第1款，关于因沿海国行使公约规定的主权权利或管辖权而发生的“对公约的解释或适用的争端”，沿海国应遵守《公约》第十五部分第二节的争端解决程序。这些“对公约的解释或适用的争端”包括：（1）沿海国关于航行、飞

① See “Settlement of Dispute Mechanism”, http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm (last visited July 30, 2016).

② 中国《2006年声明》在联合国“海法办”官网的英文表述为：“The Government of the People’s Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention”. “Declarations and Statements”, [http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China after ratification](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20after%20ratification) (last visited July 30, 2016); 陈德恭：《国际海洋法》，海洋出版社2009年版，第571页。

③ See “Chapter XXI Law of the Sea, statues of treaties”, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en#13 (last visited July 30, 2016).

④ “Declarations and Statements”, [http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China after ratification](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20after%20ratification) (last visited July 30, 2016); 高建军：《联合国海洋法公约争端解决机制研究》，第388—394页。

⑤ Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (London and New York: Routledge, 7th edn, 1997), p. 298; Alan Boyle, “The International Tribunal for the Law of the Sea and the Settlement of Disputes”, In Joseph J. Norton et al. (eds.), *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds* (The Hague: Kluwer Law International, 1998), p. 113.

⑥ Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, p. 109.

越或铺设海底电缆和管道的自由和权利，或关于海洋的其他国际合法用途方面有违公约规定的行为；(2) 一国在行使上述自由、权利或用途时，有违反本公约或沿海国按照公约和其他与公约不相抵触的国际法规则制定的法律或规章的行为；(3) 沿海国违反关于保护和保全海洋环境的特定国际规则和标准的行为。^① 然而，第297条也列举了沿海国无义务提交争端解决强制程序的两类争端，主要涉及渔业争端和涉及海洋科学研究：第一，沿海国有关专属经济区内（渔业）主权权利和管辖权之行使事项的争端，具体包括：(1) 沿海国对其决定可捕量、捕捞能力、分配剩余量给其他国家的争端；(2) 沿海国养护和管理渔业资源法律规章中所制订的条款和条件的斟酌决定权的争端。^② 第二，有关沿海国专属经济区中海洋科学研究的特定类型争端，具体包括：(1) 沿海国行使海洋科学研究权利或斟酌决定权；(2) 沿海国决定命令暂停或停止一项研究计划；(3) 进行研究的国家指控沿海国对某一特定计划行使权利的方式不符合公约而引起的争端，应提交公约附件五的调解程序（而非第二节的争端解决程序）。^③

此外，《公约》第288条第1款和第286条都将争端管辖的主题事项限制为“涉及《公约》的解释和适用”，这被南海仲裁案的仲裁庭作为对案件定性和（争端）归类的主要依据。^④ 第288条第1款规定，“第287所指的法院或法庭，对于按照本部分向其提出的有关本公约的解释或适用的任何争端，应具有管辖权”，指出“属事管辖权”（jurisdiction *ratione materiae*）的范围。除了第297条第2款和第3款、第298条对特定海洋事项管辖权的限制和法定例外等原因，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。^⑤ 南海仲裁案的问题在于，一项单独的领土主权争端，或者混合争端的其中之一为领土主权而其他争端仅涉及“海洋划界或涉及历史性海湾或所有权”之外的海洋事项，能否构成对第288条第1款的“属事管辖”之限制？《公约》附件七第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。”因此仲裁庭履行基于“事实和法律”查明“对争端确有管辖权”的职责，在中国不出庭的前提下显得尤其重要。

二 第298条“任择性例外”的争端类型

第三次海洋法会议上，沿海国所关心的涉及其专属经济区权益的议题中，最突出的有海洋划界，历史性海湾或历史性所有权，军事和执法活动，以及涉及联合国安理会维护和平与安全的相关问题。这些议题贯穿在第298条的整个缔约过程中。早在1974年“争端解决非正式工作组”会议上，为这五种类型争端单列特别条款的想法就已被列为考虑范畴。^⑥ 鉴于南海仲裁案并未涉及“联合国安理会维护和平与安全”类型的争端，本部分侧重从缔约背景的角度考察第298条所明示的前4种争端，并将争议颇大的“混合争端”单独纳入考察范围。

① 《公约》第297条第1款(a) — (c)项。

② 《公约》第297条第3款(a)项。

③ 《公约》第297条第3款。

④ See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 148.

⑤ 陈喜峰：《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》，载《国际法研究》2016年第2期，第18—19页。

⑥ Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, p. 109.

（一）海洋划界争端例外

从第298条第1款(a)(1)项前半部分条文看,适用“任择性例外”的海域划界争端是“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”(disputes concerning the interpretation or application of article 15, 74 and 83 relating to sea boundary delimitations),从字面上看是有关领海、专属经济区和大陆架划界的争端。在解释和适用“relating to sea boundary delimitations”并分析这一类型的争端时,有两点值得注意:其一,从缔约历史看,第298条特别提到这3个条款的海洋划界,是因为《公约》的实体条款只明确提及了领海、专属经济区和大陆架划界,而对于其他类型的海域划界如毗连区划界并未提及;^①其二,鉴于1980年《非正式综合协商案文》(修正二)之前的各期有关争端解决的案文规定的是“与海洋划界有关的争端”(disputes concerning sea boundary delimitations),因此“此类声明的效果实际上是将所有形式和类型的海洋划界争端都排除出导致有约束力裁判的强制程序”。^②再者,从“爱琴海大陆架案”国际法院确认大陆架划界是“关于”领土主权问题的论断^③看,结合上述缔约背景,对第298条第1款的海洋划界类“争端例外”应做广义而非狭义的解释。

（二）历史性海湾或历史性所有权争端例外

第298条第1款(a)(1)项前半部分适用“任择性例外”的还有“涉及历史性海湾或所有权的争端”(those involving historic bays or titles)。在《公约》的实体条款中,明确规定历史性海湾的是第10条第6款;^④提及历史性所有权的是有关领海划界的第15条。^⑤在条文位置中,“历史性所有权”这项“争端例外”紧跟着“海洋划界例外”,但这是否意味着“历史性海湾或所有权”争端是仅限于有关海洋划界的争端呢?答案是否定的,理由有二:

第一,就排除导致具有约束力裁判争端解决机制的管辖权条款这一问题《1974年争端解决非正式工作组工作报告》(以下简称《1974工作组报告》)提供了两种备选方案,都各有四个选项。在备选方案B.1中,(b)项是关于国家间海洋划界的争端,(c)项是有关历史性海湾或领海界限的争端;^⑥在备选方案的B.2中,(c)项却把将关于历史性海湾的争端视为海洋划界争端的一种类型。^⑦再

① Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, p. 133.

② 高健军:《联合国海洋法公约争端解决机制研究》,第311页。

③ See *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, I. C. J Reports 1978, pp. 35-36, paras. 84, 86.

④ 根据《公约》第10条第6款,上述规定不适用于所谓“历史性海湾”,也不适用于采用第7条所规定的直线基线法的任何情形。

⑤ 《公约》第15条规定,“如果两国海岸彼此相向或相邻,两国中任何一国在彼此没有相反协议的情形下,均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算两国中每一国领海宽度的基线上近各点距离相等的中间线以外。但因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照与上述规定不同的方法划定两国领海的界限,则不适用上述规定”。

⑥ Alternative B. 2: (b) Disputes concerning sea boundary delimitations between States; (c) Disputes involving historic bays or limits of territorial sea. See Australia, et al., *Working Paper on the Settlement of Law of the Sea Disputes*, U. N. Doc. A/CONF. 62/L. 7 (27 Aug. 1974), p. 92. See United Nations Diplomatic Conferences, http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol_III/a_conf-62_1-7.pdf (last visited July 30, 2016).

⑦ Alternative B. 2: (c) “Disputes concerning sea boundary delimitations between adjacent and opposite States, including those involving historic bays and the delimitation of the adjacent territorial sea”. See Australia, et al., *Working Paper on the Settlement of Law of the Sea Disputes*, U. N. Doc. A/CONF. 62/L. 7 (27 Aug. 1974), p. 92. See United Nations Diplomatic Conferences, http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol_III/a_conf-62_1-7.pdf (last visited July 30, 2016).

比较《公约》最终文本，该公约采取的是备选方案 B.1 的模式，这说明“关于海洋划界的争端”与“关于历史性海湾的争端”是不同的争端。

第二，《公约》最终文本在连接“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”和“涉及历史性海湾或所有权的争端”这两类争端时，用的是“或”而非“和”。如果因为这两种争端在条文上紧紧相邻，就将后者解读为包含在海洋划界一种争端中，难免牵强附会。

（三）军事活动争端例外

第 298 条第 1 款 (b) 项规定的适用“任择性例外”有“军事活动，包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端”，即“军事活动争端”。除了第 298 条，涉及海上军事活动的条款还散见于《公约》多处：第 19 条（无害通过），规定“适用于军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的规则”的第 29 条、第 30 条、第 31 条、第 32 条，第 95 条（公海上军舰的豁免权），第 102 条、第 107 条（如何处理军舰成员发生叛变的海盗行为），第 110 条、第 111 条（军舰的登临和紧追权），第 224 条、第 226 条（军舰的执法行为、主权豁免）等。纵观这些条款，《公约》既没有对“军事活动”下定义，又没有规定对哪类海洋区域允许何种军事活动，以及如果许可又如何行动也没有可供操作的细节。不过，第 29 条倒是提供了“军舰”的定义，即“属于一国武装部队、具备辨别军舰国籍的外部标志、由该国政府正式委任并名列相应的现役名册或类似名册的军官指挥和配备有服从正规武装部队纪律的船员的船舶”。

（四）执法活动争端例外

第 298 条第 1 款 (b) 项适用“任择性例外”还有“根据第 297 条第 2 款和第 3 款不属于法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端”，即“执法活动争端”。第 298 条“任择” (optional character) 的性质^①决定了如果缔约国做出声明，这类“执法活动争端”就被排除在争端解决强制程序之外。属于“管辖权”限制、仍应提交争端解决强制程序的“执法活动”主要集中在第 297 条第 1 款所列的 3 类争端，即在沿海国享有主权权利和管辖权的海域有关航行和飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由，以及其他有关合法使用海洋权利有关的争端。^②从立法背景看，将军事活动列入“任择性例外”可追溯到 1973 年美国代表的提议，原意是将国家主权豁免适用于特定类型的船舶或飞机，这一提议被纳入 1974 年争端解决非正式工作组拟定的草案中。^③海洋军事强国的主张招致沿海国反对，沿海国担心如果军事活动发生在专属经济区的话，会出现军事活动免于争端强制程序解决，而沿海国的执法活动却不能幸免的情况。作为妥协，《公约》赋予执法活动和军事活动类似的主权豁免，并列纳入第 298 条“任择性例外”。^④

① Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, p. 134.

② 《公约》第 297 条第 1 款 (a) - (c) 项。

③ See A/CONF.62/L.7 (1974), section 11, alternative C.1 (d), III. Off. Rec. 85, 92. See United Nations Diplomatic Conferences http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol_III/a_conf-62_1-7.pdf (last visited July 30, 2016).

④ Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, pp. 136 - 137.

(五) “涉及大陆或岛屿陆地领土的主权或其他权利”的“混合争端”例外

第298条第1款(a)(1)项后半部分规定：“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（即强制调解程序）。”“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未解决的争端”这一类争端，被视为“混合争端”。^①《公约》的实体条文并没有提及“混合争端”这一术语，但“混合争端”的讨论不仅出现在公约的约文“准备工作”，也是学理研究中不容忽视的重要问题。1977年3月争端解决条款非正式磋商会议《主席报告》中发布的条约草案文本，不仅因为包含“导致具有约束力的裁判”程序的条款招致与会国的批评，更因为条款包含了领土争端在内的海域划界之“混合争端”隐患，同样遭到与会国的批评。^②为了将这类争端排除在强制程序或强制裁决之外，约文草案的第297条第1款(c)项（最终文本第298条第1款(a)(1)项）相应修改为“任何同时审议与大陆或岛屿陆地领土有关的领土或其他权利”的争端。^③然而，《公约》最终文本为“任何争端如果涉及……，则不应提交这一程序”，结合同一条款之前的表述，则表明“混合争端”在条文中被排除在“强制调解程序”之外，而《公约》对这类争端是否也被明确排除在争端解决强制程序之外则无明示。

学界对“混合争端”的争议，主要集中在争端解决强制程序是否对这类争端有管辖权的问题上。^④从《公约》上下条文看，第288条第1款规定，“第287条所指的法院或法庭（含附件七仲裁），对于按照本部分向其提出的有关本公约解释或适用的任何争端，应具有管辖权”，包括海洋划界争端，却并未明示这些法院或法庭（含仲裁庭）是否有权处理领土争端。2006年时任国际海洋法法庭庭长沃尔夫鲁姆（Rüdiger Wolfrum）（南海仲裁案五人仲裁员之一）发表演讲，认为国际海洋法法庭对包括领土争端在内的海洋划界争端享有全部的管辖权。^⑤他对“混合争端”的表态，反映了当时多由国际法院受理传统的领土争端案，而国际海洋法法庭仍需开拓海洋划界管辖权案件来源的状况，也能部分解释为何“附件七仲裁”仲裁庭逐步受理混

① See Irina Buga, “Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, (2012) 27 *International Journal of Marine and Coastal Law* 59, p. 60; Rüdiger Wolfrum, “Statement to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs”, New York, 23 Oct. 2006, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf (last visited July 30, 2016).

② See A/CONF.62/WP.9A/CONF.62/WP.9/Add.1 (1997), VIII Off. Re. 65, 70 (President), United Nations Diplomatic Conferences, http://www.dipublico.org/conferencias/mar/pdffiles/papers/A_CONF.62_WP.9_ADD.1.pdf (last visited July 30, 2016).

③ Myron H. Nordquist et al. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. V, p. 117–118.

④ 一般性讨论或专门研究“混合争端”的相关文献，参见 D. R. Rothwell, “Building on the Strengths and Addressing the Challenges: The Role of Law of the Sea Institutions”, (2004) 35 *Ocean Development and International Law* 131, pp. 131–133; Irina Buga, “Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, (2012) 27 *International Journal of Marine and Coastal Law* 59, p. 60; Qu Wensheng, “The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond”, (2016) 1 *Ocean Development and International Law* 47; 刘衡：《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁：定位、表现与问题》，载《国际法研究》2015年第5期，第16页。

⑤ Rüdiger Wolfrum, “Statement to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs”, New York, 23 Oct. 2006, available at https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf (last visited July 30, 2016).

合争端的缘由。^① 菲律宾单方提起南海仲裁案后,对依据附件七仲裁成立的临时仲裁庭扩权趋势的担忧也主要集中在“混合争端”的讨论中。我国陈喜峰教授对仲裁庭处理混合争端的方式提出质疑,他认为,对那些不属于“海洋划界或历史性海湾或所有权争端”却同时必然涉及“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”,^② 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。^③

三 南海仲裁案裁决对管辖权问题的不当处理

南海仲裁案中,菲律宾共提出15项仲裁诉求。^④ 对此中方《立场文件》指出“2006年中国

- ① 截至2016年7月底,“附件七仲裁”争端解决判例已有18个,这些案件名称及其提起时间分别为:1. “赛加号”案(圣文森特及格林纳丁斯和几内亚,1997年12月22日);2. 南方蓝鳍金枪鱼案(澳大利亚和新西兰诉日本,1997年7月15日);3. 剑鱼案(智利和欧共体,2000年);4. 莫克思核燃料厂案(爱尔兰和英国,2001年10月25日);5. 围海造地案(马来西亚和新加坡,2003年7月4日);6. 海洋划界案(巴巴多斯与特立尼达和多巴哥,2014年2月16日);7. 海洋划界案(圭亚那和苏里南,2004年2月24日);8. 海洋划界案(孟加拉国和印度,2009年10月8日);9. 海洋划界案(孟加拉国和缅甸,2009年10月8日);10. 海洋保护区案(毛里求斯和英国,2010年12月20日);11. “弗吉尼亚号”案(巴拿马和几内亚比几内亚比绍,2011年6月3日);12. “自由号”案(阿根廷和加纳,2012年10月29日);13. 南海仲裁案(菲律宾和中国,2013年1月22日);14. “鲱鱼”案(丹属法罗群岛和欧盟,2013年8月16日);15. “北极曙光号”案(荷兰和俄罗斯,2013年10月4日);16. “都兹基特正直号”案(马耳他与圣多美和普林西比,2013年10月22日);17. 海洋划界案(加纳和科特迪瓦,2014年);18. “艾丽卡·莱克茜号”案(意大利和印度,2015年6月26日)。作者根据国际海洋法法庭(<https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/>)、国际常设仲裁院(<https://pcacases.com/web/allcases/>)和解决投资争端国际中心(<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?cte=CD18>)各自的官方网站统计。
- ② 例如,在2016年11月南海仲裁案的听证中,仲裁员帕夫拉克(Stanislaw Pawlak)曾提问:“(菲律宾)陈述的历史背景很有趣。如我所理解,菲方观点是,在《开罗宣言》《波茨坦公告》和1951年《旧金山和约》后,西沙群岛及其暗礁地物成为无主地。是这样吗?”该问题尽管可以将领土主权事项作为一项客观的事实并在实体问题的听证阶段提及,但该仲裁员问的是一个标准的法律问题而不是事实问题,这并不符合国际争端解决机构案件审理的常理。See “Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility”, day 4, 30th November 2015, p. 137, Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1550> (last visited July 30, 2016).
- ③ 陈喜峰:《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》,第24页。
- ④ 菲律宾的15项诉求体现在它2014年3月30日提交的诉状中,菲律宾的诉求具体包括:(1)中国在南海区域的海域权利,如同菲国,不得超越《公约》所容许的范围;(2)中国以“九段线”作为南海主权权利、管辖权及历史性权利主张的外部界线。就其超越《公约》容许中国主张海域管辖权的法律及地理限度之部分,违反《公约》,无合法性;(3)黄岩岛不得产生专属经济区及大陆架之海域权利;(4)美济礁、仁爱礁及渚碧礁为低潮高地,不得产生领海、专属经济区及大陆架,这些海中地物,不得藉由占领或其他作为而主张领有;(5)美济礁及仁爱礁属于菲律宾专属经济区及大陆架的一部分;(6)南熏礁及西门礁(包括东门礁)属于低潮高地,不得产生领海、专属经济区及大陆架,但其低潮线可作为决定鸿麻岛与景宏岛的领海基线之用;(7)赤瓜礁、华阳礁及永暑礁不得产生专属经济区及大陆架;(8)中国干涉菲国在其专属经济区及大陆架中针对生物及非生物资源享受及行使主权权利;(9)中国未能阻止其国民及所属渔船在菲国的专属经济区内对生物资源进行开发捕捞之行为,违反国际法;(10)中国妨碍菲国渔民在黄岩岛为求生计而进行传统捕鱼行为;(11)中国未能在黄岩岛及仁爱礁克尽对海洋环境的保护及保全之《公约》义务;(12)中国在美济礁的占领及建设行为(a)违反《公约》对于建筑人工岛屿、设施与结构的规定;(b)违反中国保护及保全海洋环境的《公约》义务;(c)违反《公约》,构成违法的侵占;(13)中国执法船在黄岩岛周边海域以危险的方式航行,几乎碰撞在该海域航行的菲国船舶,违反《公约》之义务;(14)自菲国于2013年1月启动仲裁时起,中国通过下述手段恶化并扩大争端:(a)在仁爱礁上及周边水域妨碍菲国的航行权;(b)阻止菲国驻守仁爱礁人员的换防及运补;(c)危及菲国驻守仁爱礁人员的健康及福祉等;(15)中国应终止此类“非法主张及作为”。See Memorial of the Philippines (30 March, 2014), Arbitration under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China), pp. 271 – 272, Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/pcadocs/Memorial%20of%20the%20Philippines%20Volume%20I.pdf> (last visited July 30, 2016).

根据《公约》第298条向联合国秘书长提交声明……对于涉及海域划界、历史性海湾或所有权、军事和执法活动以及安理会执行《联合国宪章》所赋予的职务等争端，中国政府不接受该公约第十五部分第二节下的任何争端解决强制程序，包括仲裁”，^①以说明仲裁庭对案件并无管辖权。仲裁庭在2015年10月29日发布的《管辖权和可受理性裁决》裁定对菲方诉求中的7项有管辖权、将7项保留至实体阶段处理，还有1项要求菲方澄清内容、限缩范围。^②由于仲裁庭在程序阶段并没有裁定对菲方全部诉求具有管辖权，因此即使在实体问题审理和最终裁决中，第298条也是仲裁庭难以绕开的“管辖权障碍”。

2015年《管辖权和可受理性裁决》在程序阶段的管辖权问题上，就中国对争端解决强制程序“不做选择”之间的关联问题，仲裁庭倾向于认为，《公约》第309条规定，“除非另有规定，对本公约不可以做出保留或例外”，成员国并不能自由选择接受或是拒绝公约中的某一部分的规定。仲裁庭进而认为，中国没有对《公约》第287条所列争端解决方法中选择任何一种，根据适用第287条第3款后，^③它将这种情况视为中国应接受附件七的仲裁程序。^④2016年的最终裁决中，仲裁庭在自认“攻破”诸如案件初步事项、案件可受理性等“阀门”后，从争端的“类型化因素”着眼，着重考察第298条“管辖权例外”和第297条“管辖权限制”。^⑤与《管辖权和可受理性裁决》相比，从最终裁决对各项诉求的处理和裁决书体例看，仲裁庭将审查重点更多放在了第298条，反而对297条着墨不多。

（一）仲裁庭对298条“争端例外”的“解释与适用”

菲律宾的仲裁诉求与第298条“管辖权例外”的关系，总结起来包括以下问题：南海断续线、“历史性权利”是否属于第298条“管辖权例外”的“海洋划界和历史性权利”争端；南海岛礁的属性和法律地位与第298条“混合争端”的关系；菲所称的“岛礁建设和海洋环保类诉求”，是否落入298条“管辖权例外”尤其是“军事活动争端”或“执法活动争端”，以及是否也落入第297条“管辖权限制”中。^⑥

1. “历史性权利”（historic titles）

菲律宾称其第1项和第2项诉求涉及中国在南海的海洋权利在《公约》框架下的合法性问题。案件程序阶段，在识别和定性争端时，仲裁庭将诉求1和诉求2（中国对南海的权利主张和

① 《立场文件》，第58段。

② 仲裁庭裁定：在（《管辖权和可受理性裁决》）第400段、第401段、第403段、第404段、第407段、第408段和第410段的条件限制下，对菲律宾第3项、第4项、第6项、第7项、第10项、第11项和第13项诉求（菲方要求裁定黄岩岛和中方所控制的南沙岛礁不能产生领海、专属经济区和大陆架权利，中方非法干扰了菲方享有的海洋权利）具有管辖权；将对菲方第1项、第2项、第5项、第8项、第9项、第12项和第14项诉求（菲方要求裁定中国主张的历史性权利缺乏法律依据、南海断续线不符合《公约》、以及中国在南沙部分岛礁附近的活动违反《公约》）的管辖权问题的审议保留至实体问题阶段处理；指令菲方将第15项诉求（要求仲裁庭裁定中国应当停止违法活动）澄清内容和限缩范围，并保留对第15项诉求的管辖权问题的审议至实体问题阶段。See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 413.

③ 《公约》第287条第3款规定，“缔约国如为有效声明所未包括的争端的一方，应视为已接受附件七所规定的仲裁”。

④ Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 107 - 109.

⑤ Award, paras. 149 - 163.

⑥ 刘丹：《南海仲裁案核心程序法问题》，载《中国国际法年刊（2015）》，法律出版社2016年版，第30—31页。

断续线)的法律依据定为“历史性权利”,^①我国学界对这样的定性予以抨击:一种看法是,“菲律宾曲解了中国学术论文中提及的‘中国南海的历史性权利主张’”。过去中国的学术论文表明,中国政府对南海断续线内海域的立场并不清楚,而立场的不确定性首先就导致很难构建一个可供仲裁庭审理的争端,即菲律宾提起的第 1 项和第 2 项诉求并不构成“争端”。^②另一种看法是,仲裁庭将这两项请求定义为仅是有关中国在南海的历史性权利的争端,但即便仲裁庭按照菲律宾对中国历史性权利所作的假设,否定中国的这种“历史性权利”,中国仍然可以按照《公约》的规定主张在南海的海洋权利。^③

由于中国从未主张南海是历史性海湾,因此仲裁庭在管辖权阶段的审理重点聚焦在“historic titles”的审查,尤其是审查对菲律宾第 1 项和第 2 项诉求反映的争端是否有管辖权。鉴于菲律宾第 1 项和第 2 项诉求涉及一些不完全具有初步性质(not possess an exclusively preliminary character)的管辖权异议问题,仲裁庭在程序审理阶段并未确定对它们的管辖权,而是留到在实体审理阶段处理。^④在管辖权问题上,决定管辖权争议“具有不完全初步性质”的有两个焦点问题:其一是中国南海权利的属性;其二所诉“历史性权利”是否涵盖在中国援引的第 298 条之“historic bays or historic titles”例外中。^⑤如果答案是肯定的,由于中国《2006 年声明》对第 298 条所有事项做出管辖权排除声明,仲裁庭对中国主张的历史性权利将不具有管辖权。在 2016 年最终裁决对第 298 条“historic bays or historic titles”的裁定中,仲裁庭倾向于狭义解释这项例外,认为《公约》并无意覆盖(除了第 15 条“领海划界”)之外的“更广泛和更未列明的那些未基于主权的‘historic titles’之类别”。^⑥仲裁庭还认为中国对南海水域主张的不是“historic titles”,而是“一系列缺乏所有权基础的‘历史性权利’”(a constellation of historic rights short of title),因此不需要审查第 298 条的该项例外。^⑦

如上所述,“historical titles”管辖权例外的第一个问题是中国南海权利的属性问题,这偏重实体法和“事实判断”。菲方比较多种语言版本的《公约》、^⑧中国学者论著^⑨和中国国内法后,诡辩称,“historic bays or historic titles”仅限于主权国家对与陆地相毗邻的近岸海域权利的主张,中方在南海的权利主张即南海断续线的性质是“historic rights”而非“historic titles”,^⑩并不符合

① Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 164.

② 高圣扬:《论中菲南海仲裁案的不可受理性、仲裁裁决的无效性及仲裁庭无管辖权的问题》,载《中国海洋法评论》2015 年第 2 期,第 1—207 页。

③ 参见中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组:《与南海仲裁案之历史性权利问题有关的事实认定和法律适用报告》,http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=893&InfoID=19951,最后访问时间:2016 年 7 月 30 日。

④ See Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 397–299, para. 413.

⑤ 鉴于菲律宾在案件庭审中要文字游戏称:中文文本的“历史性权利”和“历史性所有权”是不一样的含义,因此无权引用第 298 条的“historic titles”进行管辖权例外抗辩。为了表达第 298 条“historic titles”的复数形式和其内容涵盖的“历史性权利”原貌,本文第 3.1 节在容易引起误读的地方保留《公约》相应条款或裁决书中的英文原文。

⑥ Award, para. 226.

⑦ Award, para. 229.

⑧ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, PCA Case No. 2013–19, pp. 58–60, Permanent Court of Arbitration, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1400 (last visited July 30, 2016).

⑨ Zhiguo Gao and Bingbing Jia, “The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications”, (2013) 1 *American Journal of International Law* 107, p. 124.

⑩ See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, PCA Case No. 2013–19, pp. 69–72.

第298条的“历史性所有权”例外。然而，菲律宾援引的法文、西班牙文、阿拉伯文和俄文文本存在简单化、对专家意见认识含混粗糙等大量问题。^①更重要的是，联合国1962年《包括历史性海湾在内的历史性水域法律制度》的研究报告中，“historic bays”是作为能被国家主张为领海或内水的“historic waters”的一种类型被讨论。^②对此，一种不失合理性的解释是，增加“historic titles”是作为同类型的兜底设定，“historic title”指向的权利主张性质其实受到“historic bays”的限定。^③基于此，仲裁庭对中国南海权利的定性——“不是‘historic titles’，而是‘缺乏所有权基础的一系列的历史性权利’”不仅草率，更是典型的“指鹿为马”。

就“‘historical titles’管辖权例外”的第二个问题而言，菲律宾以第298条“历史性海湾或所有权的争端”和“有关海洋划界的争端”在该条款的位置都离得较近为由，提出“历史性所有权的争端”其实就是领海划界争端的一种，^④进而排除适用的“历史性所有权争端例外”的可能。但是，如第二章所述，对比《公约》和《1974工作组报告》文本，《公约》采取的是备选条款B.1的模式，这正说明“关于海洋划界的争端”与“关于历史性海湾的争端”是不同的争端，因此仲裁庭对“historic bays or historic titles”的狭义解释并不能成立。

2. 海洋划界或混合争端

菲方第5项、第8项、第9项诉求在程序阶段被裁定为“对管辖权问题的审议保留至实体问题阶段处理”。^⑤这几项诉求中管辖权问题的核心是，仲裁庭需要识别仲裁请求是否属于第298条“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，进而落入中国所排除的争端范畴。中方认为自己排除的是属于“关于海洋划界的争端”，菲方则予以否认。然而，仲裁庭表示自己“未被中方说服”，仅在《管辖权和可受理性裁决》第155—157段做出简要说明，理由为：在海洋划界过程中确有需要考虑的涉及“相关情况”的争端，但并不意味着这样的问题本身就是海洋划界争端；海域权利争端（maritime entitlement）和海洋划界争端截然不同，有海域权利重叠才会发生海洋划界问题；菲方第5项、第8项、第9项涉及专属经济区和

① 菲律宾在分析多语言文本时，对重点论证的俄文文本采取专家意见的证据形式，即以俄国法律专家撰写关于俄文相关法律用语含义的意见。在该份意见中，菲律宾邀请的专家含混地转引俄国其他海洋法知名学者的观点，将“historic water”与“historic right”的权利性质差别扭曲为“historic title”与“historic right”的含义差别。菲方在论述法文和西班牙文文本时，只提到对“title”和“right”的区别翻译，但没有进一步论证两者的含义究竟有什么差别。对于中文文本，由于中文语境并没有准确对应“title”含义的用语，使用“所有权”只是为了强调“historic title”含义中排他性的一面，但并不暗示排他性只限于主权。参见 Dr. Alexander Zadorozhny, Expert Opinion on the Russian term “историческиеправооснования” in Article 298 (1) (a) (i) of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (8 Mar. 2015), Annex 512, Supplemental writing submission of the Philippines, 16 Mar 2015; 中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组：《与南海仲裁案之历史性权利问题有关的事实认定和法律适用报告》，http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=893&InfoID=19951，最后访问时间：2016年7月30日。

② See UN Secretariat, “Juridical Regime of Historic waters including historic bays-Study prepared by the Secretariat”, 9 March 1962, Vol. II, Document A/CN.4/143, para. 33, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_143.pdf (last visited July 30, 2016).

③ 参见中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组：《与南海仲裁案之历史性权利问题有关的事实认定和法律适用报告》，http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=893&InfoID=19951，最后访问时间：2016年7月30日。

④ Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, Day 1, 14 Nov 2016, PCA Case No. 2013-19, p. 51, Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1547> (last visited July 30, 2016).

⑤ See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 413.

大陆架相关权利的诉求中并不要求划界, 仲裁庭也不会划定任何海洋界线。^① 类似的, 基于管辖权阶段“有海域重叠才会发生海洋划界问题”的结论, 加之认定美济礁和民主礁是低潮高地且中国不能享有周边海域权利, 仲裁庭在最终裁决中得出结论: 没有海域权利重叠就不会产生适用“关于海洋边界的第 15 条、第 74 条、第 83 条”的划界问题。^② 更为吊诡的是, 仲裁庭回避对第 298 条“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”中“关于”一词的条约解释, 反而将重心放在“是否存在关于公约的解释和适用的争端”(existence of a dispute concerning interpretation and application of the Convention) 这一问题上。^③

第 298 条“海洋划界争端”前使用的是“关于”(concerning) 一词, 表明对这类争端应做宽泛理解而非狭义解释。^④ 根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条的条约解释原则, 对于待解释的条约名词, 应该依据该名词的普通意义, 而不是根据该名词的狭隘意义来进行解释。“concerning”这个词的普通意义解释有: (1) 跟……有关 (having relation to or relating to); (2) 影响…… (affecting); (3) 对……重要 (being important to)。从相关判例看, 国际海洋法法庭曾处理过“路易莎”号案的当事方——圣文森特及格林纳丁斯对“关于逮捕和扣押船舶的争端”的声明。法庭认为, “关于”一词意味着这类争端不应局限于该条款明示的争端, 而应结合为公约中任何其他涉及“关于逮捕和扣押船舶”用语的条款理解,^⑤ 从而做出广义解释。无论从本文 2.1 节已分析的缔约背景、还是第 298 条“关于”一词的条约解释看, 对“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”做狭义理解是不恰当的, 何况仲裁庭所作的是关于条约解释的简要结论。此外, 仲裁庭一方面狭义适用“海洋划界争端”, 另一方面却又承认“海洋划界过程是整体化和系统性的过程”,^⑥ 后者意味着海洋划界无法和涉案岛礁属性问题以及岛礁的领土争端议题完全割裂。^⑦ 因此, 在对待“海洋划界争端例外”时, 仲裁庭《管辖权和可受理性裁决》有严重的自相矛盾倾向; 在这样对管辖权自相矛盾的论证基础上做出的最终裁决必然有失偏颇。

菲方对南海岛礁法律地位的第 3—7 项和第 11 项诉求涉及混合争端问题, 仲裁庭在《管辖权和可受理性裁决》中裁定对第 3 项、第 4 项、第 6 项、第 7 项、第 11 项争端有管辖权,^⑧ 并在最

① See Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 155 – 157.

② Award, para. 633.

③ Award, paras. 153 – 156.

④ 菲律宾律师菲利普·桑兹 (Philippe Sands) 在庭审中对第 298 (1) (a) 条“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……”中的“关于”(concerning) 术语进行了不恰当的狭义解释, 企图将该条的适用范围刻意限缩为“第 298 条第 1 款第 (a) 项仅适用于划界争端的调解”。See Hearing on Issues of Jurisdiction and Admissibility, Day 1, July 7, pp. 94 – 95.

⑤ See *The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, ITLOS Case No. 18, Judgment of 28 March 2013, paragraph 83.

⑥ See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 155; Award, para. 155.

⑦ Chris Whomersley, “The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China—A Critique”, (2016) *Chinese Journal of International Law*, para. 30, <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/early/2016/06/06/chinesejil.jmw011.abstract> (last visited July 30, 2016).

⑧ See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 413.

终裁决中对涉案的南海岛礁属性及其所获得的海洋权利^①进行裁定。由于菲方在庭审中声称不要求仲裁庭处理领土主权问题,^②随之而来的焦点问题就是:领土主权争端能否构成对第288条第1款的“属事管辖权限制”?^③对于“有没有判例证明,海洋地貌产生的海洋权利与领土主权可以完全分割”这个问题,仲裁员帕夫拉克(Pawlak)在庭审中曾提问过菲律宾律师团。^④菲律宾主张该问题和仲裁庭管辖权无关,并列举了三个国际法院的判例和一个“附件七仲裁”判例作为依据。^⑤仲裁庭不仅在裁决中赞同国际法院在“德黑兰外交与领事人员案”中表达的观点,^⑥而且认为基于中菲关系的广泛、多面性,双方完全可能存在关于不同事项的争端,这实质上是关于不同事项的争端的议题。^⑦问题在于,仲裁庭将案件不作区分的“类推适用”造成了两类案件混同的效果:“德黑兰外交与领事人员案”是针对一项争端的不同方面问题,南海仲裁案的岛礁法律地位诉求则属于中菲领土主权和中菲海域划界争端的组成部分问题,结果就是裁决回避了中菲之间有关争端的领土主权与海域划界实质。

3. 军事活动和执法活动例外

菲律宾第11项、第12项、第13项、第14项诉求涉及第298条第1款(b)项的“军事活动和执法活动例外”。在庭审中,为避开第298条的管辖权障碍,菲方先对“军事活动争端”进行狭义解读:“海上军事活动仅由一国武装力量操作的船舶或飞机行使,若无相反证据,那就只能推导出该国船舶或飞机所为的其他行为不是军事活动。”^⑧菲方认为,是否有军事人员驻扎或涉及“执法活动例外”与自己所提交中方对美济礁的占领和建造活动没有关联,它又将中国在黄岩岛周边海域针对菲律宾渔船的行动定性为非“军事活动”的“执法活动”。^⑨但由于专属经济区沿海国对生物资源行使主权权利和管辖权的执法行动不但涉及第298条,也是第297条第3款(a)项规定的“管辖限制”事项,菲律宾主张中方在黄岩岛周边海域的海上执法行动的水域属于黄岩岛的领海。^⑩菲方还认为,中国在仁爱礁附近的活动是执法活动而非军事活动,即使是执法活动也仅落入第297条执法活动的“管辖限制”范围,鉴于仁爱礁并不处于中国可主张专属经济区的海域,第297条也不适用。^⑪

① 仲裁庭不顾中国所坚持的南海岛礁“整体论”,将菲律宾所提起诉求的海洋地物“碎片化”,割裂“海域权利”与“海域划界”两个问题,作出关于针对以下南海岛礁法律属性的裁定:(1)“黄岩岛、华阳礁、永暑礁、赤瓜礁、西门礁、南薰礁(北礁)”是“高潮时露出水面”的“礁”(rock);(2)“东门礁、南薰礁(南礁)、渚碧礁、美济礁、仁爱礁”是“低潮时露出水面而高潮时被淹没”的“低潮高地”(low-tide elevations);(2)“太平岛、中业岛、南威岛、南子岛、北子岛”因“不能维持人类经济生活的需要”,不符合《公约》第121条第1款关于“岛”的要求,属于第121条第3款的“礁”。See Award, paras. 382-383.

② See Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 153.

③ 陈喜峰:《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》,第18页。

④ See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 3, 13 July 2015, p. 62, Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1401> (last visited July 30, 2016).

⑤ 菲律宾引用的判例为:国际法院的“德黑兰外交与领事人员案”“哥伦比亚军事与准军事案”和“马其顿诉希腊‘1995临时协议’案”,以及依据“附件七仲裁”成立的仲裁庭处理的“查格斯岛海洋保护区案”。See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 3, pp. 69-73.

⑥ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Judgment, I. C. J Reports 1980, p. 3 at pp. 19-20.

⑦ Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 152.

⑧ See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, PCA Case No. 2013-19, pp. 80-81.

⑨ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, pp. 87-90.

⑩ Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 362.

⑪ Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, p. 92.

仲裁庭在《管辖权和可受理性裁决》中认为,第 11 项、第 13 项所涉及黄岩岛的相关活动发生在黄岩岛 12 海里领海以内,从而排除第 298 条第 1 款 (b) 项“执法活动例外”的适用,裁定对第 11 项、第 13 项有管辖权,将第 12 项、第 14 项诉求留到实体审理阶段处理。^① 最终裁决中,仲裁庭以中国官方声称在仁爱礁的相关活动非军用而是民用为由,裁定第 12 项诉求不能适用“军事活动争端”例外,确定了自己的管辖权。^② 对第 14 项诉求,仲裁庭表示无意对第 298 条“有关军事活动争端”(disputes concerning military activities)的外延进行考察,鉴于仁爱礁菲方坐滩军舰“换防补给事件”前后中菲双方都有海军或政府公务船活动,最后裁定对第 14 项诉求中 3 类与仁爱礁有关的请求无管辖权。^③

仲裁庭在处理第 298 条第 1 款 (b) 项的“军事活动例外”或“执法活动例外”时,仍无法回避的问题是黄岩岛和美济礁的主权问题。但仲裁庭对此的处理非常牵强,因为一旦涉及主权归属问题它就无法行使管辖权。关于“执法例外”,判断一项活动是执法活动还是军事活动时,一国从事该活动的法律根据和目的并非像菲律宾所说的那样无足轻重,区分该项“活动”本身的性质到底是军事行动还是海上执法是否重要。从《公约》缔约历史看,凡是沿海国为了维护或行使公约规定的主权、主权权利或管辖权的行为,或采取为确保其法律法规得到遵守所必要的措施,原则上都应属于执法行为,即使这些活动是由军事船只实施的。^④ 另一方面,依据第 110 条、第 111 条,军舰或军用飞机的相关活动也并非仅限于军事活动。中国执法船在黄岩岛、仁爱礁周边海域的行动具有维护国家领土主权的军事行动的性质,中国执法船在中菲尚未进行专属经济区划界的海域实施的执法行动是行使生物资源的主权权利和管辖权,这正是第三次海洋法会议上大量沿海国将“执法活动”和“军事活动”并列纳入第 298 条“任择性例外”的初衷。仲裁庭在处理有关岛礁的法律地位时把中国视为享有涉案岛礁产生海洋权利的“沿海国”,却在处理“军事活动和执法活动例外”时遵从菲方的主张,无视中国作为沿海国在涉案岛礁和周边水域从事军事活动和执法活动的“沿海国”地位,二者自相矛盾。

(二) 仲裁庭对第 297 条的解释与适用

相较第 298 条而言,第 297 条仅适用于特定主体(属人管辖)和特定争端(属事管辖),适用范围具体且狭窄。^⑤ 虽然第 297 条并不是本案管辖权问题的核心,仲裁庭仍需考察该条款的适用:第一,第 297 条第 1 款 (c) 项在菲方有关海洋环境保护和保全诉求的适用;第二,第 297 条第 3 款在菲方有关渔业的诉求的适用。^⑥ 南海仲裁案中,菲律宾的第 10 项、第 11 项诉求涉及第 297 条的适用问题,仲裁庭在《管辖权和可受理性裁决》中已先行确认其管辖权,具体原因和论证如下:(1) 第 10 项诉求涉及黄岩岛海域菲方所称的“传统捕鱼权”。仲裁庭认为因争端发生在黄岩岛的领海海域,第 297 条第 3 款 (a) 项“管辖权限制”不适用。^⑦ (2) 第 11 项诉求涉及

① See Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 410–413.

② Award, para. 1028.

③ 菲方在第 14 项诉求原有的 3 类诉求基础上,2015 年 12 月又补充 (d) 类诉求,指控中国在美济礁、永暑礁等 7 个岛礁的建设活动加剧了争端,仲裁员在最终裁决中裁定这类诉求有管辖权。Award, para. 1181.

④ 高健军:《联合国海洋法公约争端解决机制研究》,第 320 页。

⑤ 刘衡:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁:定位、表现与问题》,第 11 页。

⑥ Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 360.

⑦ Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 407.

中国在黄岩岛和仁爱礁海域海洋环境的保护及保全的义务。仲裁庭认为海洋环保义务不分具体海域,且所涉“破坏海洋环境”行为发生在“菲方的专属经济区”海域,第297条第1款(c)项赋予了仲裁庭管辖权。^①类似的,最终裁决也裁定,第297条第3款、第297条第1款都无法构成对仲裁庭管辖权的障碍。^②

结合仲裁最终裁决,仲裁庭对第297条适用的焦点问题处理不当表现在:首先,第297条第1款规定因沿海国行使主权权利或管辖权而产生对公约的解释适用问题时应遵守争端解决强制程序,但前提是沿海国违反海洋环保的国际规则,或是(非沿海国的)其他国家违反海洋环保的沿海国国内法或国际法。^③仲裁庭依据第297条第1款(c)项,认为菲方指控的中国在黄岩岛或仁爱礁海域行为“违反沿海国海洋环保义务”无法“规避”仲裁庭管辖,^④这又一次暴露仲裁庭在中国是否拥有涉案岛礁“沿海国”地位问题上的反复无常、逻辑混乱的问题。另外,仲裁庭最终仍没能成功解开这些环保指控背后所隐藏的“主权死结”,即中国保护海洋环境的义务固然不取决于对涉案岛礁的主权,但违反保护海洋环境义务责任的承担则取决于岛礁的主权及其可主张的海域范围。

其次,菲律宾把第297条第3款(a)项的适用范围解释为,该项针对争端解决强制程序的限制仅跟沿海国对自己专属经济区“以内的”(in the exclusive economic zone)有关生物资源的主权权利或权利行使有关。^⑤这样解释的结果十分荒谬。首先,该项限制在专属经济区“以内”适用,在“以外”的海域——领海、毗连区都不适用;其次,沿海国在专属经济区内的主权权利甚至大过领海的主权。《维也纳条约法公约》第32条规定,当对条约进行通常含义进行解释,“所获结果显属荒谬或不合理时”,应结合“解释之补充资料”予以解释。然而从庭审和仲裁裁决看,无论是菲律宾还是仲裁庭都没有尽到对第297条“善意解释”的义务,仲裁庭更是对菲方的结论采用“拿来主义”,做出“因争端发生在黄岩岛的领海海域,第297条第3款(a)项管辖权限制不适用”这样草率的结论。

四 结论

从最终文本看,相较第一次海洋法会议上达成的1958年海洋法“四公约”外加《关于争端强制解决任择签字议定书》的方式,《公约》的“争端解决机制”是与整个公约一体的组成部分。《公约》第十五部分第二节的争端解决机制被视为“一揽子方案不可或缺的组成部分”,^⑥起到了平衡沿海国主权权利和其他国家在沿海国专属经济区和大陆架享有的公海自由等权利的作用。^⑦

① Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 408.

② Award, para. 695, para. 930.

③ 《公约》第297条第1款(b)、(c)项。

④ Award, para. 930.

⑤ See Hearing on Jurisdiction and Admissibility, Day 2, 8th July 2015, pp. 78-79; Award, para. 682.

⑥ Alexander Yankov, “The International Tribunal for the Law of the Sea and the Comprehensive Dispute Settlement System of the Law of the Sea”, in P. Chandrasekhara Rao and Rahmatullah Khan (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practise* (The Hague: Kluwer Law International, 2001), p. 33.

⑦ Sreenivasa Rao Pemmaraju, “The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Assessment of the Award on Jurisdiction and Admissibility”, *Chinese Journal of International Law*, June 20, 2016, para. 19, <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/early/2016/06/21/chinesejil.jmw019.abstract> (last visited July 30, 2016).

《公约》中纳入荷兰教授威廉·里普哈根 (Willem Riphagen) 创造的“蒙特勒公式” (Montreux Formula),^① 允许各国在 4 种不同争端解决方法间自由选择, 这在短暂解决缔约国分歧的同时, 却又制造了争议。4 种选择中的“附件七仲裁”不仅可作为争议方的第一选择, 而且是“唯一的剩余方法”, 这确立了它在《公约》争端解决机制中的独特角色。^② 然而, “附件七仲裁”及其仲裁庭愈发活跃地实践着“默认程序”功能的同时, 却将无法回应以下国际实践中的尴尬与困惑: 第一, 国际法确定国际法庭管辖权的传统规则为, 原告有选择审理法庭的自由, 但同时不能违背被告的意愿将其控至一个其不承认管辖权的法庭。^③ 站在对第 298 条做出过声明的 32 个国家和对第 287 条争端解决机制表示“不做选择”的其他 7 个国家的角度, “南海仲裁案”这样的实践对于国际争端解决机制的发展意味着什么? 第二, 如果那些对第 298 条涉及的争端明确做出“不接受附件七仲裁”表态的 32 个缔约国被另一缔约国单方提交仲裁, 又将会产生何种法律后果? 2013 年, 附件七仲裁案例中首次出现了“不应诉”情况且同年出现两次, 分别是“南海仲裁案”中国的立场和“北极曙光号案”俄罗斯的立场。^④ 另一方面, 第 298 条“管辖权例外”和第 297 条“管辖权限制”发挥的作用却并不大。根据我国学者的统计, 实践中依据第 298 条“管辖权例外”或第 297 条“管辖权限制”成功排除附件七仲裁管辖权的情形很少。^⑤ 第三次海洋法会议条文起草时旨在制衡和约束争端解决机制的“例外与限制”条款, 实践中并没有充分发挥作用。

在上述背景下, 即使不谈实体问题, “南海仲裁案”仲裁庭在管辖权问题上先入为主和擅自扩权的趋势十分突出, 具体表现为:

第一, 仲裁庭在区分第 288 条第 1 款和第 298 条第 1 款的“争端”时, 采用“白马非马”的逻辑取得“属事管辖”, 将中方主张有关领土主权和海洋划界的争端扭曲为菲方主张的“涉及《公约》解释或适用的争端”。仲裁庭既无意探究菲律宾 15 项诉求的真实意图, 又未对每项诉求是否构成真实的争端进行考察, 而是用行动实践了“‘涉及《公约》解释或适用的争端’就是‘涉及《公约》的争端’”这样荒谬的“条文释义”。

第二, 仲裁庭在解释和适用第 298 条第 1 款 (a) (b) (c) 项“任择性例外”各项争端时, 又处处“指鹿为马”, 以排除这些“争端例外”在本案的适用, 具体表现为: 对“historic titles”的狭义解释并不符合缔约背景; 将中国南海权利定性为“缺乏所有权基础的一系列的‘历史性权利’”则更草率; 处理海洋划界争端时, 对“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”做出不符合《公约》缔约历史的狭义解释; 在处理国际司法实践争议较大的“混合争端”时, 将涉及不同特质争端的判例进行类比并得出结论; 在处理“军事活动和执法活动例外”时遵从菲方的主张, 无视中国作为沿海国在涉案岛礁和周边水域从事军事活动和执法活动的“沿海国”地位, 二者自相矛盾。

① See A. O. Adede, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Draft History and A Commentary* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp. 53 - 54.

② 刘衡:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁: 定位、表现与问题》, 第 4 页。

③ See René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. II (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 1366.

④ In the Matters of the Arctic Sunrise Arbitration, 26 November 2014, PCA Case No 2014 - 02.

⑤ 刘衡:《〈联合国海洋法公约〉附件七仲裁: 定位、表现与问题》, 第 12 页。

第三, 仲裁庭适用第 297 条导致有约束力裁判程序的“限制”时, 更是“走马观花”。管辖权问题处理后, 目的是为菲律宾的实体诉求进行“背书”。仲裁庭对第 297 条第 1 款 (c) 项的处理, 不仅没能成功解开菲方对中国环保义务指控所隐藏的“主权死结”, 更暴露仲裁庭在中国是否拥有涉案岛礁“沿海国”地位问题上的反复和逻辑混乱。仲裁庭对第 297 条第 3 款 (a) 适用而不解释, 对菲方的论证采取“拿来主义”, 更没有尽到“善意解释”的义务。

Article 298 (Optional Exceptions) of the United Nations Convention on the Law of the Sea: Evaluation on the Jurisdiction Issue of the South China Sea Arbitration

Liu Dan

Abstract: During the third conference on the law of the sea, as “optional exceptions” to the dispute settlement mechanism under the Convention, Article 298 was incorporated into the provisions of the United Nations Conventions on the Law of the Sea (UNCLOS). Pursuing to Article 298, State parties have the right to make declaration to exclude certain disputes such as maritime delimitation, historic bays or titles etc., from the compulsory jurisdiction procedures of UNCLOS. Aside from the issue of admissibility, the core issue of the jurisdiction of the South China Sea case is, whether the fifteen claims of the Philippines fall into the disputes which were excluded by the 2006 Declaration made by China, therefore preclude the possibility for the Tribunal to exercise jurisdiction. This article begins with an in-depth study on the negotiation history of Article 298 during the third conference, and then summaries major jurisdiction issues contained in the two Awards released by the South China Sea Arbitration Tribunal. Mistakes and imprudent decisions made by the Tribunal will be further analyzed and concluded in the end of this paper.

Keywords: UNCLOS, Article 298 “Optional Exceptions”, *South China Sea Arbitration*, Jurisdiction

(责任编辑: 罗欢欣)