

# 从南海仲裁案看“南海行为准则” 争端解决条款的制定

——以《联合国海洋法公约》第281条为视角

匡增军\* 黄浩\*\*

**内容摘要:**南海仲裁案仲裁庭强调《联合国海洋法公约》第281条下的争端解决协议具有“法律拘束力”,而忽视中菲系列联合声明、《南海各方行为宣言》、《东南亚友好合作条约》、《生物多样性公约》中解决争端的合意;仲裁庭对第281条中“排除任何其他程序”采取明示标准,罔顾中菲在相关文件中依据第281条排除《联合国海洋法公约》强制仲裁程序的事实。南海仲裁案的违法管辖侵犯了中国依法享有的合法权益,对“南海行为准则”争端解决条款的磋商造成了一定影响。结合《联合国海洋法公约》第281条解释与适用的实践,“南海行为准则”争端解决条款应当重申区域内现有文件,坚持以《联合国海洋法公约》为原则,建立常态化的争端管控机制,明确排除强制程序,利用第281条真正将争端管控在区域内,有效应对司法挑战。

**关键词:**南海仲裁案 《联合国海洋法公约》第281条 争端解决  
“南海行为准则”

2016年7月12日,菲律宾单方提起的南海仲裁案公布实体裁决,中方坚持“不接受、不参与、不承认、不执行”的立场,前国务委员戴秉国在美国出席中美智库南海问题对话会时也指出,仲裁结果“不过是一张废纸”。<sup>①</sup>南海仲裁案之

---

\* 武汉大学中国边界与海洋研究院教授、博士生导师,国家领土主权与海洋权益协同创新中心研究员。

\*\* 武汉大学中国边界与海洋研究院2015级硕士研究生。

本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“世界海洋大国的海洋发展战略研究”(项目批准号:16ZD029)的阶段性成果。

① 中国网,《中国为何有自信说南海仲裁结果是“一张废纸”》, [http://news.china.com.cn/world/2016-07/12/content\\_38864688.htm](http://news.china.com.cn/world/2016-07/12/content_38864688.htm), 2017年11月27日访问。

所以不被承认与接受,一个重要原因在于该案管辖权存在谬误。《联合国海洋法公约》(下称《海洋法公约》)第281条规定:“1.作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国,如已协议用自行选择的和平方法来谋求解决争端,则只有在诉诸这种方法而仍未得到解决以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情形下,才适用本部分所规定的程序。2.争端各方如已就时限也达成协议,则只有在该时限届满时才适用第1款。”中菲之间依据第281条,通过一系列联合声明与公告、《南海各方行为宣言》(下称《宣言》)、《东南亚友好合作条约》(下称《友好条约》)达成了争端解决协议,仲裁庭却罔顾事实强行塑造管辖权,侵犯中国依《海洋法公约》第281条所享有之权利。南海仲裁案管辖权的错误否定了中国及周边国家多年来为促进南海问题得到和平、有效解决的努力与成果,弱化了南海区域现有的“法律秩序”,<sup>①</sup>最终促成了一份不具效力的实体裁决,损害了《海洋法公约》的完整性和权威性,破坏了世界海洋秩序。<sup>②</sup>

为消解仲裁案对地区稳定和国际法治的负面影响,避免此类“披着法律外衣的政治闹剧”再度发生,中方积极推进“南海行为准则”(下称“准则”)的进一步磋商。2017年11月13日,中国和东盟国家领导人正式宣布启动“准则”下一步案文磋商。<sup>③</sup>“准则”的磋商历时十余年而进展缓慢,为了“排除可能来自域内、尤其是域外的干扰”<sup>④</sup>,框架文本亦未公布。可以预见的是,“准则”为达到管控争端的目的,必然会包含争端解决条款。学界对“准则”的争端解决条款的制定并未结合“南海仲裁案”进行定向分析。本文将以南海仲裁案对《海洋法公约》第281条的解释与适用为基础,探究“准则”争端解决条款的制定方向。

## 一、南海仲裁案仲裁庭对《海洋法公约》第281条的解释

回顾《海洋法公约》争端解决机制23年的实践,依据《海洋法公约》附件七成立的强制仲裁庭受理的18个案件中仅2个案件的管辖权无争议,有8个案件的当事方援引《海洋法公约》第281条进行管辖权抗辩;<sup>⑤</sup>海洋法法庭审理的案件中有4

① United Nations Convention on the Law of The Sea, preface.

② 叶强:《为何说“南海仲裁案”破坏了世界海洋秩序》,《世界知识》2016年第15期,第20页。

③ 外交部:《2017年11月14日外交部发言人耿爽主持例行记者会》, [http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt\\_673021/jzhsl\\_673025/t1510412.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1510412.shtml), 2017年11月16日访问。

④ 《王毅:营造良好环境,排除各种干扰,稳步推进“南海行为准则”谈判》, [http://www.fmprc.gov.cn/web/wjbjz\\_673089/zyhd\\_673091/t1469556.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/wjbjz_673089/zyhd_673091/t1469556.shtml), 2017年11月16日访问。

⑤ 这8个案件是南方蓝鳍金枪鱼案、混氧燃料厂案、围海造地案、巴巴多斯诉特立尼亚和多巴哥海洋划界案、圭亚那诉苏里南海洋划界案、孟加拉国诉印度海洋划界案、查尔斯群岛案、南海仲裁案。

年案件的<sup>①</sup>当事方做此抗辩;国际法院法庭有1个案件<sup>②</sup>的当事双方对《海洋法公约》第281条下争端解决协议的形式,协议排除“任何其他程序”的认定标准各执一词;仲裁、司法机构对上述问题也有不同倾向,而南海仲裁案的解释则具有明显的倾向性,最终导致不公正的结果。结合第281条的各项要件,该案仲裁庭对第281条的解释,可分为以下几个方面:

(一)仲裁庭片面强调《海洋法公约》第281条争端解决协议形式上的拘束力

仲裁庭认为构成《海洋法公约》第281条意义上的“一个有约束力的协议,该协议必须具有在缔约国间创建权利和义务的明确意图。明确意图取决于协议具体条文的规定以及特定情形下的适用规则,缔约方履行协议的行为也有助于确立其性质”。<sup>③</sup>仲裁庭强调《海洋法公约》第281条下的争端解决协议首先应当是一个具有法律拘束力的协议,似乎也考虑到了此种意图也可能存在表意不明的情况,但并未进一步阐明这种“设定法律权利与义务的意图”<sup>④</sup>的具体内容。中方在立场文件中援引国际法院在2007年波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山一案所作的判决意图说明《宣言》第4条“承诺(undertake)”一词为当事方设定了义务,<sup>⑤</sup>但是仲裁庭否认了此种观点,因为“《宣言》第4条和《防止和惩治灭绝种族公约》第1条间存在一系列区别”,<sup>⑥</sup>仲裁庭认为首要区别就是“《消除各种形式种族歧视国际公约》以及《公民权利和政治权利国际公约》都是无可争辩的具有法律拘束力的条约”,<sup>⑦</sup>而《宣言》不具有法律拘束力。仲裁庭的逻辑在于《宣言》本身不具有法律效力,因而相同的表述(“承诺”)不能为当事方创设义务。可见仲裁庭认为涉案文件如需构成第281条下的争端解决协议,首要条件是该协议应当在通常意义上具有法律拘束力,即形式上的拘束力。其次,涉案文件必须为当事方新的

① 这4个案件是南方蓝鳍金枪鱼案(临时措施)、混氧燃料厂案(临时措施)、围海造地案、孟加拉国诉缅甸海洋划界案。

② 索马里诉肯尼亚案。

③ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 213.

④ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 241.

⑤ 参见《中华人民共和国政府关于菲律宾共和国所提南海仲裁案管辖权问题的立场文件》,2014年12月7日,第38段。

⑥ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 216.

⑦ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 216.

权利和义务,否则就是对已有义务的重申,不具有法律拘束力。

《牛津法律大辞典》将协议(agreement)解释为:两个或两个以上的人就某些共同事项所达成的合意,由彼此明白和相互了解的行为加以证明。<sup>①</sup>因此,笔者认为《海洋法公约》第281条下的争端解决协议应当解释为:当事双方基于自主意愿就争端解决达成的合意,由与之相关的条约、协定、其他文件及嗣后行为加以证明,且该协议的实质内容应当被善意履行。如此解释符合法理与立法目的,理由如下:

#### 1. 尊重当事方解决争端的合意是国家主权原则的基本要求

国家主权原则是国际法的基础,<sup>②</sup>国家各自根据主权行事,不接受任何其他权威的命令强制,也不容许外来的干涉。<sup>③</sup>依据《国际法原则宣言》之规定,各国“应根据国家主权平等之基础并依据自由选择方法之原则解决”他们之间的争端,因此,当事方自愿选择办法相对《海洋法公约》的强制争端解决程序具有优先地位。<sup>④</sup>《海洋法公约》第280条正面肯定当事方于任何时候有自行选择争端解决方法的权利,尽可能清楚地表明争端当事方完全主导其解决争端的程序,<sup>⑤</sup>第281条进一步阐明了如双方达成合意时应产生怎样的法律效力。基于国家主权原则,国际仲裁必须是自愿的,没有争端各方同意,任何仲裁都不可能得到正常有效行使,<sup>⑥</sup>此种同意是“对仲裁裁决诚心服从的一种承诺”。<sup>⑦</sup>《海洋法公约》下的争端解决协议在法理上与仲裁协议是一致的,它是争端当事方就争端解决方法达成的、具有法律效力的承诺。如果仲裁合意既可以由书面文书达成,也可以由非正式的书面形式、换文(包括电子和其他方式)、口头沟通以及行为默许等模式达成<sup>⑧</sup>,那么理论上第281条下的争端解决协议也可以存在不同的表现形式。究其根本,第281条下的争端解决协议是尊重当事方解决争端的合意,需要考虑的是该合意的法律拘束力,而非其载体的法律拘束力。

#### 2. 《海洋法公约》的立法者并未规定第281条下争端解决协议的表现形式

《海洋法公约》的立法语言中,从未明示或暗示该争端解决协议应当具备何种

① [英] 戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第37页。

② 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社2007年版,第159页。

③ 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社2007年版,第150页。

④ 参见马新民:《“南海仲裁案”裁决缘何非法无效》,《中国法学》2016年第5期,第31页。

⑤ Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, 20 (Martinus Nijhoff Publisher 1989).

⑥ 叶兴平:《和平解决国际争端》,法律出版社2008年版,第99页。

⑦ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, Art. 18.

⑧ 参见[美] 加里·B. 博恩:《国际仲裁:法律与实践》,白麟等译,商务印书馆2015年版,第69-70页。

表现形式。第三次海洋法会议期间,与会国更关注的是如何限制强制程序的适用。《海洋法公约》起草之初,部分国家关于建立强制管辖制度的提案受到多数的反对。法国代表团曾提到“在国际范围内,采纳如国内法院一样普遍的、排他的(以至于没有一个主体能够例外)管辖权是明显有违国家主权的”。<sup>①</sup>显然强制管辖制度对当事方选择的其他和平方法未予足够重视。与此同时,泰国提出“方法或程序的选择,特别是创立的这种程序将与国家产生对抗时,应当由当事国自身决定”<sup>②</sup>;中国代表认为,“缔约国有选择争端解决的和平方法的自由,如果主权国家被要求无条件接受国际司法机构的强制管辖,那相当于将此机构置于国家主权之上,这与国家主权原则相悖”。<sup>③</sup>主权是平等的,具有绝对性,也不存在凌驾于主权之上的世界政府,所以《海洋法公约》的订立“须各国交出一部分主权……在一个有限度的范围内进行”。<sup>④</sup>《海洋法公约》争端解决机制更是“各国妥协与合作的产物,是各国协调意志的体现”。<sup>⑤</sup>因此《海洋法公约》争端解决机制的提案被数次修改,才有了现行的第281条。该条的目的在于尊重当事方解决争端的合意,并限制强制程序的适用。相对而言,当事方解决争端的合意的表现形式并不重要,甚至可以说正是由于立法者尊重当事方的合意,而刻意地没有限制其表现形式。当事方就争端解决方式作出的承诺有其特殊属性,一旦明确作出,不管以什么样的文本、文件或格式作出,都应具有约束力。<sup>⑥</sup>

## (二) 仲裁庭认为《海洋法公约》第281条下的协议应明示“排除任何其他程序”

查戈斯群岛案中,英国认为“《建立印度洋金枪鱼委员会协定》自身包含争端解决程序,包括调解委员会,随后的才是诉诸《海洋法公约》或国际法院”。<sup>⑦</sup>英国主张“《海洋法公约》第282条对其他协议提供的具有拘束力的争端解决方法赋予了优先效力,故毛里求斯未能启动调解委员会的行为排除了仲裁庭的管辖权”,至

① UN, Doc.A/CONF. 62/SR.37, para. 28.

② UN, Doc.A/CONF. 62/SR.60, para. 52.

③ UN, Doc.A/CONF. 62/SR.60, para. 27. 保加利亚认为程序的选择权应当留给争端当事方;伊拉克认为争端当事方间关于争端解决的协议是非常重要的。See UN, Doc.A/CONF.62/C.2/SR.19, paras. 74, 47;肯尼亚持同样观点,UN, Doc.A/CONF.62/C.1/SR.21。

④ 劳特派特:《奥本海国际法》(第一卷第一分册),石蒂、陈健译,商务印书馆1972年版,第122页。

⑤ 杨泽伟:《国际法析论》,中国人民大学出版社2012年版,第11页。

⑥ 马新民:《“南海仲裁案”裁决缘何非法无效》,《中国法学》2016年第5期,第32页。

⑦ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 257.

少基于南方蓝鳍金枪鱼案的观点,可以援引第281条排除仲裁庭的管辖权。<sup>①</sup>相对应的,毛里求斯一方面否定了《建立印度洋金枪鱼委员会协定》包含了具有拘束力的争端解决程序,另一方面援引南方蓝鳍金枪鱼案中Keith法官的观点,“与《海洋法公约》第282条,第284条第2、4项,第288条第2项相比,第281条第1款的文本要求(当事方)选择退出具有拘束力的程序,而不是要求当事方主动选择适用有拘束力的程序”,<sup>②</sup>认为当事方应该明示排除《海洋法公约》强制程序。仲裁庭并未就此作出定论,但此番争论表明了认定“排除任何其他程序”存在两种标准:明示标准与默示标准。

南海仲裁案仲裁庭根据“起草者回忆,‘争端解决机制必须是公约不可或缺的一部分,是公约的基础要件’”,<sup>③</sup>及第三次海洋法会议大会主席“各国没有可能去选择自己喜欢的,或者摒弃自己不喜欢的”的论述,认为“在缺乏明确表述排除《海洋法公约》强制程序的意图时就可以回避适用《海洋法公约》中的这一核心部分,是难以让人接受的”。<sup>④</sup>中方在立场文件中引用了南方蓝鳍金枪鱼仲裁案裁决第57段的表述,认为“缺少一项明示排除任何程序(的规定)不是决定性的”,<sup>⑤</sup>与之相对的,菲律宾认为“当事方通过其他和平方式解决争端的协议必须清楚地规定不适用第十五章的争端解决程序”,<sup>⑥</sup>并请求仲裁庭遵守海洋法法庭在南方蓝鳍金枪鱼仲裁案及混氧燃料厂案所作临时措施命令中的观点,以及Keith法官在南方蓝鳍金枪鱼”裁案中的独立意见。仲裁庭采纳了菲方观点,将“排除”限定为“明示排除”其他程序,<sup>⑦</sup>并根据Keith法官关于第281条的论述对比了第281条与第282条,认为“第281条要求(当事方)‘选择退出’第十五章程序,而不包含主动‘选择

---

① See South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 257.

② Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 17.

③ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 225.

④ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 225.

⑤ Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 57.

⑥ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 210.

⑦ 马新民:《“南海仲裁案”裁决缘何非法无效》,《中国法学》2016年第5期,第32页。

参加’的要件”。<sup>①</sup>

事实上,仲裁庭的解释才是“难以让人接受的”。《海洋法公约》第281条一方面充分考虑多数国家自主解决争端的意愿,另一方面则是为了确保争端当事国“依据争端的特性选择他们认为最合适的和平争端解决方法或程序”。<sup>②</sup>所以乌拉圭代表在会议期间提出:“有必要通过确定各种程序应当适用的不同时间以排除重叠程序的可能性,只有当一种程序失败后才能启动下一程序”<sup>③</sup>。鉴于此,海洋法会议期间的非正式工作组在1974年草案第四项就强制程序与非强制程序提出了三项可供选择的草案,<sup>④</sup>其A项条款为:有关本公约解释与适用的争端,缔约国如将争端提交给一项不包含拘束力的争端解决程序,争端另一方可于任何时间将争端提交本公约下的争端解决程序,除非当事方另有规定。其B项条款为:缔约国涉及有关公约解释或适用的争端,而公约规定需要采取具有拘束力的争端解决程序加以解决的,即使当事方之间存在将争端付诸不具有拘束力的争端解决程序的协议,任何当事一方仍可请求将争端诉诸有拘束力的程序。其C项条款为:在争端当事方通过非强制程序解决争端的协议所规定的时限用尽时,或在没有规定时限,且当事方选择的程序在一段时间(数月或考虑相关因素的合理期限)内没有使用或无法求得争端的解决时,当事方有权诉诸本公约提供的强制程序。A项与1899年《和平解决国际争端公约》第20条<sup>⑤</sup>及1957年《欧洲和平解决国际争端公约》第19条<sup>⑥</sup>极为相似,意图建立普遍管辖的争端解决机制,但肯定了当事方可以通过另外规定排除强制程序的适用;C项草案已包含现行第281条的大部分要件,虽无“排除任何其他程序”的表述,但相比B项给予自选程序(非强制)在适用上的优先性。毋庸讳言,当事方解决争端的自主意愿在不同争端解决程序的适用上处

① South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 224.

② UN, Doc.A/CONF.62/SR.59, para. 69

③ UN, Doc.A/CONF.62/SR.62, para. 89.

④ UN, Doc.A/CONF.62/L.7, p. 87.

⑤ 该公约第20条英文原文为:“With the object of facilitating an immediate recourse to arbitration for international differences, which it has not been possible to settle by diplomacy, the Signatory Powers undertake to organize a Permanent Court of Arbitration, accessible at all times and operating, unless otherwise stipulated by the parties, in accordance with the Rules of Procedure inserted in the present Convention.”

⑥ 该公约第19条英文原文为:“The High Contracting Parties shall submit to arbitration all disputes which may arise between them other than those mentioned in Article 1 and which have not been settled by conciliation, either because the parties have agreed not to have prior recourse to it or because conciliation has failed.”

于决定性地位,因此起草者将A项和C项中有利于当事方自主解决的内容予以糅合,形成了现行第281条。仲裁庭仅仅通过起草者关于《海洋法公约》争端解决机制是“不可或缺”的描述而否定当事方默示排除强制程序的情形,是不具有说服力的。因为此种解释将导致在当事方由于立法技术粗疏而没有明示排除强制程序的情形下,双方曾达成的具有法律拘束力的合意被忽视。与此同时,正是由于争端解决机制的重要性,《海洋法公约》争端解决机制下的第281条的立法目的应当被尊重、被贯彻。因此,“排除任何其他程序”可解释为任何明示或默示的排除形式。<sup>①</sup>而海洋法法庭在南方蓝鳍金枪鱼仲裁案及混氧燃料厂案所作临时措施命令中的观点均被后续的事实所推翻:南方蓝鳍金枪鱼仲裁案的实体裁决阶段仲裁庭通过对涉案文件的分析,推测出当事方就排除争端解决程序达成了合意;混氧燃料厂案仲裁庭在实体审理阶段最终为了保证管辖权“不存在重大疑问”<sup>②</sup>而终止了对案件的实体审理。该案最终由争端双方在欧盟的争端解决体系下予以解决,可见事实上仲裁庭承认《海洋法公约》第281条对管辖权产生了影响,尽管争端双方并未明示排除《海洋法公约》第十五章之程序。

## 二、南海仲裁案对《海洋法公约》第281条的适用

### (一)仲裁庭否认《宣言》及联合声明内中菲就争端解决曾达成的合意

基于上述解释,仲裁庭适用第281条时首先考察涉案文件的法律拘束力。仲裁庭引用起草者对文件的描述以证明《宣言》没有法律拘束力;<sup>③</sup>引用《宣言》第1条、第10条证明《宣言》是“简单重申已有义务”;<sup>④</sup>对比《宣言》与《防止和惩治灭种罪公约》,认为《宣言》的法律效力值得怀疑,故其“承诺”的用语并没有为缔约方施加义务。

首先,在卡塔尔与巴林的案件中,国际法院在判定双方是否存在一项国际协议时,“并未发现考察巴林外交部长或者卡塔尔外交部长(在签署文件时)可能的意图是必要的”。<sup>⑤</sup>所以不论起草者、东盟秘书长、中方外交发言人作何表述,仲裁庭都应从实质上判断《宣言》是否包含争端解决的合意。其次,《宣言》第4条明确

① 马新民:《“南海仲裁案”裁决缘何非法无效》,《中国法学》2016年第5期,第32页。

② The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order No. 3, paras.14-15.

③ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 217.

④ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 215.

⑤ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Judgment of 1 July 1994, ICJ Reports 1994, para. 27.



规定双方应当以“友好磋商和谈判”解决争端。该条为中菲施加了仅以谈判解决争端的义务。《海洋法公约》仅第283条暗示了争端当事方的首要义务应是尽一切努力通过谈判解决争端,<sup>①</sup>但这与当事方另行承诺用谈判解决争端并不矛盾。在巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥划界案中,双方并未主张争端解决协议对抗管辖权,法院在释明关于第283条规定的交换意见义务的争点时主动考察了是否存在排除管辖权的争端解决协议的情形。仲裁庭考虑到“在仲裁开始前的三十多年里,当事方就双方分别主张的海域内的渔业资源和碳氢化合物资源的使用举行了高级别的外交会议,展开磋商”的事实,并列举了1978年《为划定海洋边界和管辖权的行动》、1990年《特立尼达共和国与巴巴多斯渔业协定》等文件,认定双方就海洋划界争端在“事实上协议(have agreed)以谈判的方式寻求争端的解决,即使这种协议不是通过正式的协议方式”。<sup>②</sup>从此种意义来说,《宣言》第4条并非单纯地重申《海洋法公约》的义务,而在于约束当事方以谈判的方式解决争端。不论缔约国对《宣言》的主观认识为何,缔约国基于真实有效的意思表示,就谈判解决争端达成合意。此合意具有国际法上的拘束力,可以构成《海洋法公约》第281条下的争端解决协议。所以,尽管《南海各方行为宣言》大部分内容具有政治属性,但并不能否定部分条款的法律拘束力。<sup>③</sup>

基于同样的理由,虽然中菲之间系列联合声明单个看来并不具有法律拘束力,但是联合声明自1995年至2011年的表述都是一致的,即以谈判磋商的方式予以解决争端。仲裁庭为否认系列文件的法律效力,<sup>④</sup>将系列文件中“同意(agree)”一词解释为“为日后解决该区域的争端而缔结行为准则的意向”。<sup>⑤</sup>然而仲裁庭却忽视中菲双方“继续通过友好磋商寻求解决分歧”的承诺,忽视“两国同意通过磋

① Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* 29 (Martinus Nijhoff Publisher 1989).

② *Case between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago)*, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para. 200(ii).

③ 参见金永明:《论南海仲裁案对海洋法的冲击》,《政治与法律》2017年第7期,第110页。

④ 在喀麦隆诉尼日利亚陆地海洋划界案中,法庭在审理是否存在默示协议时,认为“单独确定宣言的(法律)地位是不必要的”。See *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening)*, Judgment of 10 October 2002, ICJ Reports 2002, para. 262.

⑤ *South China Sea Case (Philippines v. China)*, Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 243.

商和平解决争端”<sup>①</sup>。仲裁庭将系列联合声明描述为“意向性政治声明”,<sup>②</sup>却忽视了中菲之间以谈判解决争端的意图。系列联合声明一方面相互支撑,一脉相承,证明解决争端的合意;另一方面也证明中菲就部分争端曾展开磋商。根据巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥划界案的判决理由,一系列联合声明可证明中菲间在事实上就争端的解决达成合意。综合《宣言》和系列联合声明,中菲协议以谈判解决争端的法律事实是无可争辩的。

### (二) 仲裁庭否认《友好条约》构成第281条下的争端解决协议

《友好条约》的法律效力是毋庸置疑的,第16条规定“除非征得有关争端各方的同意,否则本章的前述条款不得适用于解决争端”。仲裁庭基于第16条的规定,认为“只有在特定争端的各方之间有另外的具体协议以诉诸第13、14、15条规定的方式的条件下,那些义务才具有拘束力”,<sup>③</sup>因此《友好条约》不构成第281条下的争端解决协议。但是结合《宣言》来看,中菲双方已满足第16条的规定。《宣言》第1条已经重申了以“《东南亚友好合作条约》……作为处理国家间关系的准则”,可见,中菲签署《宣言》之时已经将《友好条约》作为一个前提文件。《宣言》的目的在于管控南海区域的争端,而中菲双方也通过《宣言》承诺以谈判和协商的方式解决争端,构成了《友好宣言》第16条中的“同意”,即双方通过《宣言》使《友好条约》成为中菲间的争端解决协议。然而仲裁庭却因为《宣言》包含政治意向而忽略了其践行《友好条约》第16条的意图。

### (三) 仲裁庭否定中菲之间已合意排除《海洋法公约》强制程序

仲裁庭在考察中菲之间是否排除《海洋法公约》强制程序时,以明示标准对涉案文件进行裁定,并对联合声明、《宣言》、《友好条约》进行文义解释,认为谈判只是解决南海争端的首选方式,<sup>④</sup>并引用南方蓝鳍金枪鱼案中Keith法官的反对意见:一方无限期地重申坚持谈判直到最终解决不能排除第十五部分第二节规定的“强制性、有拘束力的保障性程序”。<sup>⑤</sup>然而南方蓝鳍金枪鱼案是唯一一个依据《海

① South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 231.

② South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 244.

③ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 266.

④ South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 247.

⑤ Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 26 (Annex LA-56).

洋法公约》第281条而裁定没有管辖权的案件。该案经历了由海洋法法庭认定有初步管辖权到附件七仲裁庭裁定无管辖权的转折。海洋法法庭认为双方1993年《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》未“排除任何其他程序”。但仲裁庭在审理过程中对《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》第16条做了详尽分析,认为“第16条缺乏排除其他程序的表述并不是决定性的”。<sup>①</sup>法庭对第16条的3款分别进行了分析:第1款要求双方自主协商确定采取谈判、调查、斡旋、调解、仲裁、司法解决或其他和平方法解决他们的争端。第2款规定非“经每一案件中所有争端方的同意”,争端不得提交国际法院、国际海洋法法庭或仲裁,且“不免除争端当事方继续使用上述第1款规定的各种和平方法之一寻求解决争端的责任”,为当事方设置了一个循环谈判的义务。“在法庭看来,这种明示义务表明第16条意图排除《海洋法公约》第十五章第二节强制程序条款”。第3款“一旦争端被提交仲裁,仲裁庭应按照《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》的附件组成”的规定进一步强调此种意图。<sup>②</sup>该案仲裁庭采取默示标准认定“排除任何其他程序”虽受到Keith法官的反对,但是于法有据。在索马里诉肯尼亚案中,《谅解备忘录》并未明示双方选择何种程序以解决争端,更未明示双方意图排除争端。但国际法院对《谅解备忘录》的相关条文做细致解释,才裁定《谅解备忘录》第六段并未规定两国以其他方式解决海域划界争议。<sup>③</sup>国际法院审慎的态度似乎也认可“排除任何其他程序”的默示标准。

《宣言》既然表现双方解决争端的合意,就应当被遵守,“承诺”一词正是限制双方使用其他程序的表述。尽管国际法上没有用尽谈判解决争端的义务,<sup>④</sup>但是,国际法亦未禁止当事方选择谈判作为唯一的争端解决方法。《弗吉尼亚评注》认为《海洋法公约》第281条与第十五章的基本原则是一致的,当事方可以自主决定他们的争端应当如何被解决,甚至在特定情形下,也可以放任争端不被解决而拒绝提交给《海洋法公约》第十五章下的程序。<sup>⑤</sup>所以,当事方自行选择谈判作为唯一的争端解决方法并无不妥。其次,《宣言》作为《友好条约》的后续文件,已依据

① South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 57.

② Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 57.

③ Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), ICJ Judgment of 2 February 2017, para. 44.

④ Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Strait of Johor (Malaysia v. Singapore), Order of 8, para. 56.

⑤ Shabtai Rosenne & Louis B. Sohn, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary 24 (Martinus Nijhoff Publisher 1989).

《友好条约》第16条之规定在《友好条约》的规定下就解决南海争端选择了争端解决方式,且《友好条约》争端解决体系是一个封闭体系,排除了《海洋法公约》强制程序。仲裁庭认为《友好条约》第17条使其在任何情况下都不排除任何其他程序。<sup>①</sup>《友好条约》第17条前半段准确的表述是“本条约不排除《联合国宪章》第33条第1项所载的和平解决方法”,《联合国宪章》下的仲裁程序与《海洋法公约》下的强制仲裁程序是完全不同的两个程序。第17条后半段鼓励各方“首先主动通过和平谈判方式解决争端”的规定与当事方之间是否排除其他程序并无实际联系。审查《友好条约》是否排除《海洋法公约》强制程序的根本途径仍需对条文进行体系解释和目的解释。《友好条约》第16条强调争端解决程序在适用时应当是双方合意的结果,所以依据条约解释规则,《友好条约》的争端解决体系意图促使争端当事方就争端解决达成合意,未经当事方同意只能在该体系下解决争端。《友好条约》序言提到“相信国家间分歧和争端的解决将按照理性的、有效的和充分灵活的步骤”,可见该条约的不可或缺的部分就是争端解决部分。如将《友好条约》第17条解释为该条约下争端解决体系任何时候都不排除其他争端解决程序,那么《友好条约》的争端解决条文将没有任何意义。<sup>②</sup>《友好条约》下的争端解决体系,以谈判为首,以高级委员会程序托底。此外,《友好条约》第14条、第15条规定由高级委员会来受理谈判无法解决的争端,证明缔约方仅仅意图在此区域办法内解决他们之间的争端。《友好条约》下的争端解决体系与南方南鳍金枪鱼案中《养护南部蓝鳍金枪鱼公约》一样,是一个封闭的、排他的体系,而仲裁庭却刻意否定中菲双方的此种意图。

#### (四) 仲裁庭否认《生物多样性公约》构成《海洋法公约》第281条下的争端解决协议

关于菲方所提第11条及第12条b项的诉求,仲裁庭发现上述诉求也可能属于有关《生物多样性公约》<sup>③</sup>解释与适用的争端,对《生物多样性公约》能否适用第281条进行了论证。仲裁庭承认《海洋法公约》第七章的主题与《生物多样性公约》的主题有些重叠,<sup>④</sup>但是主题的(部分)重叠不足以将《生物多样性公约》归入

<sup>①</sup> See South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 268.

<sup>②</sup> See Bing Bing Jia, *The Curious Case of Article 281: A “Super” Provision within UNCLOS?*, 46(4) *Ocean Development & International Law* 273 (2015).

<sup>③</sup> 中方《立场文件》中并未就《生物多样性公约》进行抗议,原因在于所涉诉求纯属菲方虚构。本文仅以仲裁庭就《海洋法公约》第281条对《生物多样性公约》适用的逻辑进行分析。

<sup>④</sup> South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 284.

到《海洋法公约》第 281 条之下。<sup>①</sup>菲律宾就此问题发表意见时,特别提到了混氧燃料厂案及南方蓝鳍金枪鱼案,其意见得到仲裁庭的支持。因此《生物多样性公约》的目的与《海洋法公约》第 192、194 条的范围有部分重合,但也极大地超越了其范围。同样的,《海洋法公约》的范围大大超越了保护和维护海洋环境的义务。同样的事实可能导致同时违反两个公约,但是违反《海洋法公约》第 192、194 条不一定会导致对《生物多样性公约》的违反,以至于《生物多样性公约》第 27 条可以被用来解决有关“公约的解释与适用”的争端。<sup>②</sup>因此平行体系依然是平行体系。<sup>③</sup>

混氧燃料厂案中,爱尔兰与英国均为 1992 年《东北大西洋海洋环境保护公约》的缔约国,同时也是欧盟成员国。无论是《东北大西洋海洋环境保护公约》还是《欧共体条约》均提供了相应的争端解决程序,英国试图主张双方存在援引第 281 条对抗法庭的管辖权。在临时措施审理阶段,海洋法法庭首先将《东北大西洋海洋环境保护公约》和《海洋法公约》区别开来,认为“将有关条约解释的国际法规则适用于不同条约中的相同或相似条款不一定会得出相同的结果”<sup>④</sup>,并最终认定“既然附件七仲裁庭所处理的争端事关《海洋法公约》,而非其他协定的解释或适用,那么只有《海洋法公约》下的争端解决程序才与该争端有关”。<sup>⑤</sup>实体审理阶段,仲裁庭认为《东北大西洋海洋环境保护公约》的确至少与当事方争论的问题有一定关联,但是这不能改变争端是关于《海洋法公约》解释与适用的本质。此外,(英国)没有使仲裁庭相信《东北大西洋海洋环境保护公约》覆盖了本争端的大部分内容,从而需要援引《海洋法公约》第 281 条或第 282 条。<sup>⑥</sup>仲裁庭还提到,英国和爱尔兰均未试图主张欧盟成员国之间关于《海洋法公约》解释的争端完全被欧盟法院排他的管辖,如果这一观点得到支持,它将基于《海洋法公约》第 282 条的规定完全排除本法庭的管辖权<sup>⑦</sup>。通观整个案件的过程,海洋法法庭与仲裁庭对

<sup>①</sup> South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 285.

<sup>②</sup> South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 285.

<sup>③</sup> South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 285.

<sup>④</sup> The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order No.3, paras. 50-51.

<sup>⑤</sup> The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Request for Provisional Measures, Order, para. 52.

<sup>⑥</sup> The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order No. 3, para. 18.

<sup>⑦</sup> The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order No. 3, para. 22.

平行条约作了不同处理,海洋法法庭认为不同条约都有不同的语言环境,即使对同一问题进行调整但并未在当事方之间排除《海洋法公约》的义务;仲裁庭认为只要平行条约覆盖了争端的大部分内容,该条约下的争端解决条款即可能成为《海洋法公约》下的争端解决协议。南方蓝鳍金枪鱼案与混氧燃料厂案的处理是类似的,甚至是一致的。海洋法法庭在审理临时措施时采取相似观点:《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》在当事方之间适用的事实不能排除任何一方在养护和管理蓝鳍金枪鱼方面援引《海洋法公约》有关规定的权利<sup>①</sup>;《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》的专门规定是否完全覆盖了《海洋法公约》的有关义务也不清楚,在有些方面,《海洋法公约》可被视为超出《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》的范围;<sup>②</sup>而且一个有关《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》解释和适用的争端将不会完全与《海洋法公约》的解释和适用无关。然而实体审理阶段,仲裁庭又因“《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》就是用来实施《海洋法公约》所规定的一般原则的”<sup>③</sup>而认定双方的争端“事实上是一个源于两个公约的单一争端”,<sup>④</sup>并最终裁定《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》构成了双方的争端解决协议。

上述两案中,海洋法法庭的做法是一致的,仲裁庭的做法是一脉相承的。之所以得出相反的结论,可能是由于海洋法法庭审理的事项属于临时措施,而基于临时措施的紧迫性采取较为宽松的标准界定《海洋法公约》解释与适用的争端,从而裁定平行条约并未排除《海洋法公约》下的争端解决程序。但所谓南海仲裁案的仲裁庭却采取与上述海洋法法庭一致的做法,强行排除《生物多样性公约》下的争端解决条款对相关诉求的适用。基于混氧燃料厂案的观点,如果《生物多样性公约》能够覆盖争端的大部分内容,即构成了《海洋法公约》下的争端解决协议。故而,无须讨论《海洋法公约》与《生物多样性公约》的重合部分,只需要分析《生物多样性公约》是否涵盖了菲诉求中第11条与第12条b项关于海洋保全义务的争端。如仲裁庭所述,《生物多样性公约》的目标在于保护生物多样性,试问哪一项海洋保全的义务不涉及保全生物多样性的义务?正如《生物多样性公约》序言所规定:保护生物多样性的基本要求,是就地保护生态系统和自然环境。很显然,

① Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Order. 27, para. 51.

② Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 52.

③ Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 52.

④ Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIII, para. 54.

《生物多样性公约》能够覆盖关于保全海洋义务争端的大部分内容。因此,菲方起诉书中第11项与第12(b)项是一个源于《生物多样性公约》与《海洋法公约》的单一争端,那么将《生物多样性公约》归入《海洋法公约》争端解决协议也是于法有据的。其次,仲裁庭认为《生物多样性公约》第22条第1款为菲律宾与中国保留了《海洋法公约》第十五章第二节关于争端解决的权利与义务;第2款承认了两个平行公约在实质上存在大量重叠,并要求《生物多样性公约》的执行不得与《海洋法公约》相互抵触<sup>①</sup>。事实上,诸多国际条约都存在类似的规定,以防止不同条约之间的冲突。这一事实在《海洋法公约》起草之时就是存在的,而且起草者也正是考虑到其他条约有可能已提前就《海洋法公约》下的某些事项作出规定,并单独设置了一套争端解决机制,故而有了第281、282条的存在。所以将《生物多样性公约》归入《海洋法公约》下的争端解决协议,并没有抵触“各国在海洋法下的权利”,更未“破坏或威胁生物多样性”。仲裁庭的解释是不合逻辑的。最后,《生物多样性公约》第27条与《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》第16条极为相似,《生物多样性公约》第27条第1、2、4款建立以谈判为首,第三方斡旋或调停为辅,强制调解托底的争端解决体系,<sup>②</sup>它是封闭的,排除其他程序的;第3款的规定与《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》第16条第3款规定一样,强调了此种意图。综上,《生物多样性公约》构成了第281条下的争端解决协议,就部分争端明示排除了仲裁庭的管辖权。

### 三、南海仲裁案对制定“南海行为准则”争端解决条款的影响

#### (一)“南海行为准则”争端解决条款的重要性趋高,各方分歧难以化解

为维护南海地区的和平与稳定,中国通过多种形式努力构建南海秩序。2000年以来,中国与文莱发布了5项联合声明、公告;与越南发布了3项联合声明、公

---

<sup>①</sup> South China Sea Case (Philippines v. China), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 288. 《生物多样性公约》第22条规定:(1)本公约的规定不得影响任何缔约国在任何现有国际协定下的权利和义务,除非行使这些权利和义务将严重破坏或威胁生物多样性;(2)缔约国在海洋环境方面实施本公约不得抵触各国在海洋法下的权利与义务。

<sup>②</sup> 《生物多样性公约》第27条规定:(1)缔约国之间就公约的解释或适用方面发生争端时,有关的缔约国应通过谈判方式寻求解决。(2)如果有关缔约国无法以谈判方式达成协议,他们可以联合要求第三方进行斡旋或要求第三方出面调停。(3)在批准、接受、核准或加入本公约时或其后的任何时候,一个国家或区域经济一体化组织可书面向保管者声明,对按照以上第1款或第2款未能解决的争端,它接受下列一种或两种争端解决办法作为强制性办法:(a)按照附件二第1部分规定的程序进行仲裁;(b)将争端提交国际法院。(4)如果争端各方尚未按照以上第3款规定接受同一或任何程序,则这项争端应按照附件二第2部分规定提交调解,除非缔约国另有协议。

报,签订了《北部湾划界协定》《中越北部湾渔业合作协定》《北部湾协议区油气合作协定》;与马来西亚发布了5项联合声明、公报;与东盟领导人共同发布了诸多声明、公告。<sup>①</sup>南海仲裁案之前,南海诸多问题可以在《友好条约》、《宣言》、东盟—中国(10+1)等多边机制以及中国与当事国之间的双边机制下予以解决;南海仲裁案之后,通过谈判处理分歧的努力受到严重干扰,<sup>②</sup>如越南曾于2014年声援菲律宾,表示其未来也有可能将南海争端诉诸仲裁;<sup>③</sup>2015年印度尼西亚官方政治、法律和安全统筹部长就曾表示:“如果中国对南海大部分地区包括部分印尼领土的声索无法通过对话解决,印尼也有可能寻求国际司法机构进行裁决。”<sup>④</sup>如声索国不能理智对待裁决,将衍生更多事关《海洋法公约》解释与适用的争端。尽管杜特尔特上台以后有“亲华”表象,但是在与中方对话时仍希望以仲裁结果为筹码。<sup>⑤</sup>Alan E. Boyle曾说道:“实践中,重要的不是每个案件涉及什么问题,而是如何表达这些问题。”<sup>⑥</sup>这意味着除了菲律宾外,其他国家也可能将争端包装成法律争端并提交《海洋法公约》附件七强制仲裁程序。例如,《中越北部湾渔业合作协定》第18条规定“缔约双方之间对本协定的解释或适用而产生的任何争端,应通过友好协商予以解决”。《中越北部湾渔业合作协定》虽具有法律拘束力,但未明示排除其他程序。若越南就渔业分歧提交仲裁,极有可能再次被非法管辖。因此,未来的“南海行为准则”争端解决条款对于管控与应对司法挑战显得尤为重要。

早在1992年,东盟就在《1992东盟南海宣言》中提出要制定“准则”,南海仲裁案所涉中菲系列声明、公告也反映了各方致力于制定“准则”的历史进程。2012年1月,菲律宾公布了一份非正式工作草案,题为《菲律宾关于南海行为准则草案》,其第6条是关于争端的解决,意图“全面解决领土和管辖权争端”。<sup>⑦</sup>但是,在

① 数据来源于外交部网站, <http://www.fmprc.gov.cn/web>, 2017年11月25日访问。

② 参见徐步:《从今年东亚合作系列外长会看南海问题新动向》,《边界与海洋研究》2016年第3期,第7页。

③ Prashanth Parameswaran, Vietnam Launches Legal Challenge against China's South China Sea Claims, <https://thediplomat.com/2014/12/vietnam-launches-legal-challenge-against-chinas-south-china-sea-claims/>, visited on 15 January 2018.

④ 卢芳华:《南海仲裁案与中国战略选择》,《思想政治课教学》2016年第8期,第40页。

⑤ 刘琳:《南海仲裁案裁决后的中国—东盟关系》,《世界知识》2016年第18期,第33页。

⑥ Alan E. Boyle, *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction*, 46 *The International and Comparative Law Quarterly* 44-45 (1997).

⑦ Carlyle A. Thayer, ASEAN'S Code of Conduct in the South China Sea: A Litmus Test for Community-Building?, <http://apjif.org/2012/10/34/Carlyle-A.-Thayer/3813/article.html>, visited on 25 November 2017.



东盟高官主持的2012年第一季度讨论中,东盟成员对于菲律宾草案中的第3~6条产生明显的分歧,许多东盟成员依然对设立过于规范的争端解决机制持保留意见。<sup>①</sup>2012年7月,东盟外长会议一致通过的《东盟关于南海区域性行为准则的建议要素》则直接删去了该条,并在第3条第4款中要求缔约方建立一个有关“准则”解释和适用的双层争端解决机制:一是载于《东南亚友好合作条约》中的争端解决机制;二是争端方可诉诸国际法包括《海洋法公约》规定的争端解决机制。<sup>②</sup>这意味着可以把他们的争议提交国际司法机构解决,这与中方的一贯立场是相悖的。2012年9月印度尼西亚散发的《南海区域性行为准则零号草案》就争端解决问题逐字重复了《东盟关于南海区域性行为准则的建议要素》的规定。<sup>③</sup>直至2013年9月“准则”的磋商正式启动,各方并未就争端解决问题达成共识,但明确了两点:第一“确定准则”不是一个领土主权与海洋划界的争端解决机制;第二,“准则”是一个建立信任、管理和预防争端的框架。<sup>④</sup>阿基诺三世任总统的菲律宾的目标是将“准则”建成一个有法律约束力的争端解决机制,越南的立场与其基本一致;<sup>⑤</sup>而中方则倾向于非约束性,主张谈判解决争端;东盟内部过去对于南海问题缺乏共识,陷入僵局,但即使是2017年马尼拉东盟外长会议上,各方领导人也难以发出共同声明。<sup>⑥</sup>就制定争端解决条款而言,各方更难达成共识。

---

① Carlyle A. Thayer, ASEAN'S Code of Conduct in the South China Sea: A Litmus Test for Community-Building?, <http://apjjf.org/2012/10/34/Carlyle-A.-Thayer/3813/article.html>, visited on 25 November 2017.

② Carlyle A. Thayer, ASEAN'S Code of Conduct in the South China Sea: A Litmus Test for Community-Building?, <http://apjjf.org/2012/10/34/Carlyle-A.-Thayer/3813/article.html>, visited on 25 November 2017.

③ Carlyle A. Thayer, ASEAN'S Code of Conduct in the South China Sea: A Litmus Test for Community-Building?, <http://apjjf.org/2012/10/34/Carlyle-A.-Thayer/3813/article.html>, visited on 25 November 2017.

④ Hoang Thi Ha, Fast-Track Talks on the Code of Conduct in the South China Sea: An Opportunity to Move Forward, <https://www.iseas.edu.sg/medias/commentaries/item/3658-fasttrack-talks-on-the-code-of-conduct-in-the-south-china-sea-an-opportunity-to-move-forward-a-commentary-by-hoang-thi-ha>, visited on 27 November 2017.

⑤ 参见洪农:《海洋法的国家实践:对南海地区法律文化共同体的思考》,《外交评论》2017年第5期,第111页。

⑥ See Rahul Mishra, Code of Conduct in the South China Sea: More Discord than Accord, <http://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/09733159.2017.1412098?scroll=top&needAccess=true>, visited on 15 January 2018.

## （二）制定“南海行为准则”争端解决条款的法律困境

从南海仲裁案相关裁决的观点来看,如果“准则”继续秉承《宣言》及系列联合声明、公告中的思路,其争端解决条款将面临三个方面的困境:

第一,“准则”以谈判解决争端的规定难以约束缔约方。南海仲裁案仲裁庭认为《宣言》及中菲联合声明本身不具有法律效力,且二者关于以谈判解决争端的表述仅仅是重申已有义务,不具有为当事方创设权利与义务的意图,不能适用第281条。仲裁庭作此非法裁决,一方面是罔顾事实;另一方面是因为缺乏其他证据证明当事方事实上接受联合声明与《宣言》的约束,以及当事方同意依据《友好条约》的规定解决争端。对认可该裁决的缔约方而言,如“准则”简单规定以谈判解决争端将毫无意义,极有可能在应对司法挑战时堕入与《宣言》相同的境地。第二,“准则”如不明示排除《海洋法公约》强制程序将难以对抗单方仲裁申请。南海仲裁案仲裁庭认为第281条要求当事方作出排除强制程序的明确表示。中菲之间以《友好条约》为首的系列文件并无排除《海洋法公约》强制程序的明确表示,尽管从目的解释、体系解释等角度可以推测双方排除《海洋法公约》强制程序的意图,但此种解释在缺乏旁证时说服力欠佳。“准则”如不明确此种意图会使中方陷入被动。第三,即使“准则”具有法律拘束力,也可能被界定为“平行体系”。“准则”所涉事项包括但不限于《海洋法公约》的相关规定,两者的主题存在重叠。南海仲裁案仲裁庭认为违反《海洋法公约》不一定会导致对《生物多样性公约》的违反。基于相同的理由,“准则”也有可能被界定为无法适用第281条的“平行体系”。

## 四、对“南海行为准则”争端解决条款的建议

2017年8月6日,在马尼拉举行的中国—东盟外长会通过了“南海行为准则”框架文件。这是中国和东盟方面为管控南海争议、进一步降低南海紧张、防止南海问题干扰或破坏双方关系大局所采取的又一重大举措。<sup>①</sup>框架文本虽未公布,但从媒体及学者的论述中可以推测:第一,“准则”可能不会出现“法律拘束力”的表述。2009年之后由于南海局势持续升温,尽早制定具有拘束力的区域性规范文件准则的呼声渐涨,外媒更是为此推波助澜。<sup>②</sup>此外,美、日、印等国家力挺部分

<sup>①</sup> 安刚:《如何理解“南海行为准则”框架文件的达成》,《世界知识》2017年第17期,第30页。

<sup>②</sup> 黄瑶:《“南海行为准则”的制定:进展、问题与展望》,《法治社会》2016年第1期,第24页。

东盟国家把“准则”变成具有法律约束力的机制的立场和主张。<sup>①</sup>目前来看,最具争议性的是“准则”的法律约束性问题。<sup>②</sup>为最大限度地顾及各方意愿,促成“准则”的最终达成,“法律拘束力”这一表述可能不会在最终文本中出现。第二,明确“准则”是南海危机管控机制和沿岸国合作机制,而非争端解决机制。<sup>③</sup>第三,目标在于为争端解决创造有利的条件。《宣言》在序言中提到“希望为和平与永久解决有关国家间的分歧和争议创造有利条件”,“准则”作为《宣言》的最终目标,而又不提供直接解决南海争端的机制,那么必将继承《宣言》的这一条款。第四,应包含“自我限制条款”。既然“准则”的宗旨在于管控南海危机,那么必然包含不使争端扩大或复杂的条款,这也是《宣言》所明确的一项基本原则。第五,将建立监督“准则”执行的机制。菲律宾外长曾提到,东盟国家将接受一个规则导向的……海洋安全与海洋合作机制。<sup>④</sup>2016年8月召开的落实《南海各方行为宣言》第13次高官会和第18次联合工作组会,也强调“坚持通过地区规则框架管控分歧”。所以规则导向下的“准则”必将设置一套维护本规则有效运行的机制。一个监督“准则”执行的机制也将对解决争端产生积极作用。考虑到南海仲裁案的相关裁决的消极影响,为了更好地实现管控争端、最终以谈判方式解决领土与海洋划界争议的目的,“准则”也应在框架协议的前提下,以《海洋法公约》第281条为准,就争端解决制定五项基本条款:

#### (一)以用争端各方选择的任何和平方法解决争端为原则

南海仲裁案仲裁庭否定中国同东盟各国通过多种形式达成的以自选方法解决争端的协议。为消解南海仲裁案负面影响及维护现有秩序,“准则”首先应当重申中国与东盟国家解决争端的合意,对中国同周边国家达成解决争端的合意予以阐明:说明《友好条约》与《宣言》及中菲之间系列声明、公告,中越《中越北部湾渔业合作协定》、《关于指导解决中国和越南海上问题基本原则协议》以及其他有关中国同东盟国家管控和解决争端的系列文件同《友好条约》、《宣言》“准则”以及《海洋法公约》之间的关系。与此同时,以当事方自行选择的方法解决争端是和平

① 陈相秒:《“南海行为准则”磋商正在取得积极进展》,《世界知识》2017年第7期,第27页。

② 安刚:《如何理解“南海行为准则”框架文件的达成》,《世界知识》2017年第17期,第32页。

③ 安刚:《如何理解“南海行为准则”框架文件的达成》,《世界知识》2017年第17期,第31页。

④ Carlyle A. Thayer, ASEAN'S Code of Conduct in the South China Sea: A Litmus Test for Community-Building?, <http://apjif.org/2012/10/34/Carlyle-A.-Thayer/3813/article.html>, visited on 25 November 2017.

解决国际争端原则的一项重要内涵,各方必须受此强行法的规范;且以当事方自行选择的方法解决争端也是《公约》第281条的立法目的,以此为原则是对《海洋法公约》的贯彻。“准则”争端解决的第1条可作如下表述:

“有关各方承诺根据公认的国际法原则,包括1982年《联合国海洋法公约》、《东南亚友好合作条约》,以争端各方在联合声明、联合公告、《南海各方行为宣言》及以其他任何形式选择的任何和平方法解决争端。”

## (二)建立常态化谈判机制

中国擅长通过极富弹性的外交方式在谈判磋商中解决争端。《海洋法公约》司法机构认为,一般国际法中没有用尽谈判解决争端的义务是由于谈判具有较大的随意性,不可控性,谈判结果易受当事方的实力影响。实践中不乏强国通过外交手段、政治压力、经济制裁影响谈判进程与结果的现象。尽管中方一贯主张谈判解决争端,并通过系列文件规定谈判解决争端的义务,但是双方的谈判成果并没有很好地呈现出来。此外,除了中菲双方的系列公告声明,并无其他强有力的文件来辅佐证明双方解决争端的合意。而且在当前形势下,“准则”中关于“法律拘束力”的表述极有可能不会出现在最终的文本中,极有可能在仲裁中被再次界定为不具有“法律拘束力”的协议。在此背景下,只能为争端当事方设置详实的权利和义务,以求得实质上的法律拘束力。

为充分证明中方基于《宣言》已与区域内国家在法律上、事实上达成争端解决协议,而非简单重申《海洋法公约》下的义务,“准则”需要建立常态化、高级别的谈判机制来敦促各方履行谈判义务。“准则”可参照《友好条约》第14条之规定<sup>①</sup>设立南海高级委员会,委员会定期组织各方就南海争议展开谈判,并设置专门的秘书机构将谈判的进程及结果记录在案。如此设置一方面有利于各方把控争端解决的进程;另一方面,一旦争端被单方提交仲裁或其他机构,相关文件可清晰地反映当事方解决争端的合意与自愿受该合意约束的相关行为,可以在《海洋法公约》争端解决机制在意料之外适用<sup>②</sup>时援引第281条进行抗辩。第2条可作如下表述:

“为求得争端的最终解决,各方应在南海高级委员会的机制下定期就争端进行谈判,谈判的进程与成果应由该委员会下属的秘书处予以记

<sup>①</sup> 《友好条约》第14条英文原文为:“To settle disputes through regional processes, the High Contracting Parties shall constitute, as a continuing body, a High Council comprising a Representative at ministerial level from each of the High Contracting Parties to take cognizance of the existence of disputes or situations likely to disturb regional peace and harmony.”

<sup>②</sup> Natalie Klein, *The Effectiveness of the UNCLOS Dispute Settlement Regime: Reaching for the Stars?*, 108 *American Society of International Law* 361 (2014).

录存档。”

### (三)将调查作为托底程序

中国已成为南海域内综合实力最强的国家,无论中方如何强调“亲、诚、惠、荣”的周边外交理念,如何重申友好协商的态度,面临争端时,当事国的狐疑态度都难以泯灭,国际司法的挑战终究难以避免。南海仲裁案除了菲律宾的别有用心,还有菲律宾对双边解决途径的疑虑。如果其他缔约国用此种疑虑审视“准则”,将对“准则”的权威产生不利影响。从维护“准则”解释与适用的统一来看,“准则”下的监督与执行机制具有解决与管控争端的功能。对于“准则”的监督机制而言,调查程序能反映各方对“准则”的实际执行情况,是不二之选;对于争端解决而言,调查程序介于谈判与司法解决之间,兼具灵活性与强制性,更容易被接受。如调查职能由共同推选的专门委员会予以承担,将缓解当事国对中国的戒心,促使当事方在“准则”的框架下化解争议,也有利于鼓励缔约方善意遵守“准则”的相关规定。

此外,基于南海仲裁案的相关观点,在当事方的协议仅以谈判解决争端为内容时,《公约》强制程序可以随时介入。如“准则”另行设置调查程序,则只有在调查程序用尽时强制程序才有介入的可能。因此,可参照1899年《和平解决国际争端公约》第9条<sup>①</sup>,规定在谈判无法求得解决时,部分争端(如有关“准则”解释与适用的争端)由南海高级委员会通过调查程序予以解决,具体程序可通过附件另行规定。第3条可作如下表述:

“有关本准则解释与适用之争端如无法通过谈判求得解决,应当将争端提交南海高级委员会,依附件之规定展开调查程序。”

### (四)在“自我克制”条款中明确排除司法、仲裁程序

前述程序已提供了较系统的争端解决程序,但止步于此“准则”仍有可能如《友好条约》一样被解释为“未排除任何其他程序”,还需要对仲裁、司法程序予以明确排除。《宣言》第5条要求各方保持自我克制,但是表述过于简单,对此存在不同的解读。<sup>②</sup>单方将争端包装并提交仲裁就是典型的“争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动”。“准则”争端解决条款的磋商过程中,中方应委婉地表达这一

<sup>①</sup> 《和平解决国际争端公约》第9条英文原文为:“In differences of an international nature involving neither honour nor vital interests, and arising from a difference of opinion on points of fact, the Signatory Powers recommend that the parties, who have not been able to come to an agreement by means of diplomacy, should, as far as circumstances allow, institute an International Commission of Inquiry, to facilitate a solution of these differences by elucidating the facts by means of an impartial and conscientious investigation.”

<sup>②</sup> 黄瑶:《“南海行为准则”的制定:进展、问题与展望》,《法治社会》2016年第1期,第32页。

立场。毕竟提交《海洋法公约》下的仲裁程序是某些国家可以接受的争端解决方式,过于强硬可能导致强烈的反对。至于第4条,则可参照《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》第16条第2款<sup>①</sup>作如下表述:

“各方承诺在争端解决之前,不采取使争议复杂化、扩大化和影响和平与稳定的行动,包括未经当事各方同意将争端提交国际法院、仲裁、海洋法法庭。当事方不能就提交司法、仲裁达成协议时不免除当事方继续通过前述程序解决争端的义务。”

#### (五)释明“准则”与《海洋法公约》的关系

南方蓝鳍金枪鱼案与混氧燃料厂案讨论过“平行体系”的问题,南海仲裁案仲裁庭站在了完全相对的立场上。尽管“准则”可能将以《海洋法公约》为原则,但“准则”所涉事项将“剩余权利”有关,是《海洋法公约》所没有规定的事项。如果“平行体系始终是平行体系”的观点被援用,“准则”仍有可能无法构成第281条下的协议。为了避免这一情况的发生,最直接的方法就是“准则”在条文中释明其与《海洋法公约》的关系,表明“准则”的争端解决条款也适用于缔约方之间有关《海洋法公约》解释与适用的争端。因此,第5条可做如下表述:

“如前述争端同时涉及《联合国海洋法公约》解释与适用,依据该公约第280条、第281条之规定也适用本条之程序。”

## 五、结语

在第三次海洋法大会第四期会议上,萨尔瓦多大使 Galindo Pohl 曾指出:“编纂(争端解决)条文遇到问题时,可依赖现行可用的争端解决方法,这种方法建立在三个原则之上,即强制和平解决争端、当事国选择的自由、国家意愿作为国际法庭管辖权的唯一来源。”<sup>②</sup>《海洋法公约》争端解决机制也因此“同时涵盖选择与强

---

<sup>①</sup> 《养护南方蓝鳍金枪鱼公约》第16条第2款英文原文为:“Any dispute of this character not so resolved shall, with the consent in each case of all parties to the dispute, be referred for settlement to the International Court of Justice or to arbitration; but failure to reach agreement on reference to the International Court of Justice or to arbitration shall not absolve parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve it by any of the various peaceful means referred to in paragraph 1 above.”

<sup>②</sup> UN, Doc.A/CONF.62/SR.58, para. 3.

制两个要素”。<sup>①</sup>为了防止争端“自动转入”强制程序,<sup>②</sup>《海洋法公约》第281条赋予当事方之间的争端解决协议实体与程序效力。如果仲裁、司法机构过分强调争端解决程序的强制性而忽视争端当事方就争端解决达成的合意,尤其是相关仲裁庭突破第十五章的限制行使管辖权,将给争端解决机制的可信度和有效性造成极大风险。<sup>③</sup>南海仲裁案正是突破《海洋法公约》争端解决协议对第十五章强制程序的限制而行使管辖权的典型案例。该裁决否定了中国数十年为解决南海问题付出的努力,也为“准则”争端解决条款的制定带来一定的影响。但只要在制定“准则”争端解决条款时牢牢把握《海洋法公约》第281条的立法目的和相关司法实践,我们就能把“准则”打造成有效管控和预防争端的协议,有效应对“意外”的司法挑战。在我国逐渐走向世界舞台中央的新时代,我国更应充分运用并行行使《海洋法公约》赋予的权利,利用“准则”维护南海地区的和平与稳定,努力将南海建设成为和平之海、友谊之海、合作之海。

## **From South China Sea Arbitration to Code of Conduct on South China Sea: From the Perspective of Interpretation and Application of UNCLOS Art.281**

**Abstract:** The tribunal of south China sea Arbitration emphasized that the dispute settlement agreement under article 281 of the United Nations Convention on the Law of the Sea should be legal binding, while ignoring the China-Philippine's consensus of dispute settlement on series of joint declaration, the Declaration on the Conduct of Parties of the South China Sea, Treaty

---

① 余民才:《国际法专论》,中信出版社2003年版,第194页。

② A. O. Adede在评述《海洋法公约》关于强制调解的起草过程时认为相关条文确保了争端解决的强制程序不是自动的过程。See A. O. Adede, *Settlement of Disputes Arising under the Law of the Sea Convention*, 69(4) *American Journal of International Law* 803 (1975). 在评述交换意见的条文时强调第283条的目的在于防止一争端从非强制程序自动转入强制程序,参见A. O. Adede, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Drafting History and A Commentary* 93 (Martinus Nijhoff Publishers 1987)。

③ Natalie Klein, *The Effectiveness of the UNCLOS Dispute Settlement Regime: Reaching for the Stars?*, 108 *American Society of International Law* 364 (2014).

of Amity and Co-operation in Southeast Asia, Convention on Biological Diversity. Otherwise, the Tribunal judged the affairs of “Exclude of any other procedure” with expressed standard ignoring the fact that China and Philippines Agreed to exclude the binding procedure under UNCLOS. The illegal jurisdiction of the South China Sea Arbitration violated China’s right under UNCLOS and impacted on the consultation on the Code of Conduct in the South China Sea. Combined with the interpretation and application of article 281 under UNCLOS, the clause of dispute resolution under Code of Conduct on South China Sea should reiterated the existing file, adhere to the principles of the UNCLOS, establish a normalized dispute control mechanism and disturb the illegal arbitration at beginning.

**Key Words:** South China Sea Arbitration; Art. 281 of United Nations Convention on the Law of the Sea; dispute settlement; Code of Conduct

(责任编辑:张 辉)