

DOI: 10.14015/j.cnki.1004-8049.2017.1.002

黄靖文、黄瑶：“南海仲裁案历史性权利诉求管辖权问题评析”，《太平洋学报》，2017年第1期，第16-27页。

HUANG Jingwen, HUANG Yao, “A Commentary on Issues of Jurisdiction over the Historic Rights Submissions in the South China Sea Arbitration”, *Pacific Journal*, Vol.25, No.1, 2017, pp.16-27.

南海仲裁案历史性权利诉求管辖权 问题评析

黄靖文¹ 黄瑶¹

(1.中山大学,广东 广州 510275)

摘要:南海仲裁案仲裁庭在2016年7月最终裁决中认定对菲律宾所提的与中国南海历史性权利相关的诉求拥有管辖权,并裁定中国的历史性权利违反包括《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)在内的国际法规则。本文结合2015年和2016年两个阶段的裁决书,从三个角度评析和质疑仲裁庭对历史性权利相关诉求的管辖权,认为:两阶段裁决所援引的证据不足以证明中菲两国之间存在关于历史性权利的真实争端;即使争端存在,该争端在性质上也并不属于关于《公约》解释和适用的争端;从《公约》第298条看,相关诉求所反映的争端在性质上构成关于海洋划界争端的一部分,属于《公约》允许中国声明排除强制争端解决程序管辖的一类争端。

关键词:南海仲裁案;历史性权利;管辖权;争端性质;《联合国海洋法公约》

中图分类号:D993.5

文献标识码:A

文章编号:1004-8049(2017)01-0016-12

2016年7月12日,由菲律宾单方面依据《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)附件七提起的“南海仲裁案”(以下简称本案)最终裁决公布,仲裁庭认定对菲律宾所提的与中国南海历史性权利相关的诉求拥有管辖权,并在实体阶段裁决中国的历史性权利违反包括《公约》在内的国际法规则。^①

菲律宾在第1、2项诉求中请求仲裁庭裁决:中国在南海的海洋权利不得超越《公约》所明确允许的范围,且中国在南海“九段线”(即南海断续线,或简称断续线)内历史性权利因违反《公约》而不具有法律效力。^②仲裁庭经历了管辖权和可受理性问题阶段和针对剩余管辖权和实体问题阶段的两个阶段审理和裁决,最终认

收稿日期:2016-09-18;修订日期:2016-11-08。

基金项目:本文系国家自然科学基金重大项目“南海断续线的法理与历史依据研究”(14ZDB165)的阶段性研究成果。

作者简介:黄靖文(1990—),女,广东深圳人,中山大学法学院博士研究生,中国南海研究协同创新中心法律研究平台博士生,主要研究方向:国际海洋法;黄瑶(1964—),女,海南文昌人,中山大学法学院教授、博士生导师,中国南海研究协同创新中心研究员,主要研究方向:国际法基本理论、海洋法、国际组织法、立法学等。

① *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.471, 473, para. 1203.

② *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility, (29 October 2015), p.34, para. 101.

定对本案历史性权利诉求拥有管辖权。在2015年10月29日公布的管辖权阶段裁决中,仲裁庭认定第1、2项诉求涉及一个真实存在的争端,且该争端在性质上是“南海海洋权利来源和《公约》地位的争端”,是关于《公约》解释和适用的争端,并驳回了中国认为有关争端在实质上构成领土主权和海洋划界争端的一部分的立场。^①考虑到仲裁庭是否拥有管辖权的问题,还取决于中国的历史性权利主张在性质上是否属于《公约》第298条所指的“历史性海湾或所有权”,从而被排除在管辖事项范围之外这一因素,故仲裁庭在2016年公布的最终裁决中首先就中国历史性权利主张的性质作出认定,并最终裁定中国不能依据第298条排除仲裁庭对第1、2项诉求的管辖权。^②

本文将结合国际法规则和国际司法实践,在系统研读仲裁庭的2015年管辖权裁决和2016年最终裁决基础上,从三个视角分析本案历史性权利诉求的管辖权问题。先从证据视角解读仲裁庭关于中菲之间存在历史性权利争端的结论是否拥有客观事实上的依据。接着,退一步来说,假设此争端存在,那么基于《公约》第288条和第298条的条文规定和精神,分析所谓的历史性权利争端的性质,据此质疑仲裁庭能否合法地对菲律宾所提的第1、2项诉求确立管辖权。

一、从证据角度看历史性权利争端 是否真实存在

为确立本案仲裁庭对菲律宾第1、2项诉求的管辖权,仲裁庭应首先说明中菲之间存在一个真实的历史性权利争端。然而,纵观2015年和2016年裁决所援引的证据,仲裁庭的论证缺乏充分的客观事实依据。在展开具体论述之前,先简要阐述判断历史性权利争端存在与否的界定标准。

1.1 历史性权利争端存在与否的界定标准

国际法理论和实践对争端存在与否的界定

标准提出较高的要求。^③英国学者梅里尔斯(J. G. Merrills)教授指出,争端是关于事实、法律或政策上的具体分歧,存在一方的主张或论断以及另一方的拒绝、反主张或否认。^④换言之,一方面,争端的内容需具体化,即存在一个或几个得到合理、充分界定的主题事项。^⑤另一方面,争端需具有明显的对抗性,一方对另一方的观点或主张提出了积极的反对。本案仲裁庭在证明存在有关历史性权利的争端时,需从客观事实中寻求支持,而不能仅从菲律宾一方的观点得出推论。国际法院在1998年“渔业管辖权案”中指出,法院将基于当事方的申请和最终诉求、外交上的意见交换、公开声明和其他相关证据来决定是否存在一项真实的争端。^⑥可见,为满足客观性的要求,本案仲裁庭所依赖的证据还需尽可能充分而全面。

此外,一项关于历史性权利的争端是否真实存在,还应结合历史性权利的特殊性加以考虑。历史性权利是一项在历史中形成的权利,源于沿海国在历史演进过程中对海洋的开发与

① *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), pp.140-141, para. 398.

② 《公约》第298条第1款第(a)(i)项允许缔约国作出书面声明,将“关于划定海洋边界的第十五、第七十四、第八十三条在解释或适用上的争端”“涉及历史性海湾或所有权的争端”等一类或一类以上的争端排除强制争端解决程序的管辖。中国于2006年8月25日作出了此类声明,对关于海洋划界、涉及历史性海湾或所有权等几类争端不接受强制程序的管辖。

③ 仲裁庭总结了争端是否存在的几个界定标准,这些观点来自于国际法院及其前身常设国际法院在多个判决和咨询意见案中的观点。*The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), pp.57-58, 63-64, para. 149, 161-163.

④ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5th Edition, Cambridge University Press, 2011, p.1.

⑤ Richard B. Bilder, “Overview of International Dispute Settlement”, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, Vol. 1, No.1, 1986, p.4; [英]马尔科姆·N·肖著,白桂梅等译:《国际法》(第六版),北京大学出版社,2011年版,第844页。

⑥ *Fisheries Jurisdiction (Spain vs. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, *I. C. J. Reports* 1998, p.449, para. 31.

利用,是习惯国际法规则所承认的一类海洋权益。^①因而,为证明一项历史性权利主张的存在,仲裁庭有必要回顾中国历史上在南海是否存在行使某一类海洋权利的行为,或中国是否存在一些声明、立法和行动中将开发、利用海洋的漫长历史作为海洋权利主张的法理依据。

值得注意的是,历史性权利作为受到习惯国际法所规范的一类权利,可能与《公约》规定的海洋权利在内容上发生重叠。例如,历史性捕鱼权和专属经济区都可能为国家主张渔业资源权提供国际法上的依据。故而,国家行使权利的一些行为,既可以被解读为行使历史性权利的行为,也可以被视为行使《公约》所规定的海洋区域权利的行为。此时,必须根据相关语境对有关行为予以合理的解释,谨慎地将行使历史性权利的证据和行使《公约》下权利的证据区分开来,不可混为一谈。

综合国际争端存在与否的一般标准和历史性权利争端的特殊性,本案仲裁庭在认定中菲之间是否真实地存在历史性权利争端时,应充分地援引证据证明:第一,中国通过历史实践或公开声明在南海提出了历史性权利主张;第二,菲律宾明确反对中国的历史性权利主张;第三,有关证据只能被合理地解释为中国主张和行使历史性权利的证据,而非中国依据《公约》主张和行使专属经济区和大陆架海域权利的证据。

1.2 本案证据不足以证明历史性权利争端的存在

(1)2009年和2011年中菲两国的外交照会不足以证明争端存在

在2015年的管辖权阶段裁决中,仲裁庭已认定菲律宾所提的第1、2项诉求反映了一项存在于中菲之间的关于“南海海洋权利来源以及中国所主张的‘历史性权利’与《公约》条款之间的关系”的争端。^②仲裁庭所依据的事实仅来自菲律宾提交的三份照会。

2009年,越南、马来西亚向联合国大陆架界限委员会提交南海南部200海里以外大陆架划界案申请。对此,中菲在随后分别向联合国秘

书长呈交了两封照会。^③2009年5月7日的中国照会重申:“中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权”。2009年8月4日,菲律宾提交照会表示:“包含北婆罗洲在内地区的一些岛屿的领土主张存在争议”。2011年4月5日,菲律宾在另一封照会中针对中国2009年5月7日的照会提出了相反的主张,声明道:“卡拉延群岛构成菲律宾不可或缺的一部分。”2011年4月14日,中国再发照会回应菲律宾,指出:“菲律宾所称的‘卡拉延群岛’完全是中国南沙群岛的一部分。”

从这些照会的内容可以看出,这三份照会所涉主题并非中菲之间的历史性权利争端,而是两国在南海的领土主权争端。事实上,维护岛礁的领土主权是中菲两国递交照会的主要动因。越南和马来西亚提交的外大陆架划界案将南沙群岛置于马来西亚和越南的管辖海域范围内,而依据《大陆架界限委员会会议事规则》附件一第5条,如果存在陆地或海洋争端,除非争端所有当事国事前表示同意,委员会不应当审议有关的划界案。据此,菲律宾和中国须及时提交反对意见,声明反对委员会审议相关外大陆架划界案。

① 通过考察国际司法、仲裁实践,从有关国家、法庭和仲裁庭的表述中可以看出,历史性权利在内涵上应作广义和狭义的区别。广义的历史性权利,英语通常表述为“historic rights”,一般是指国家基于长期、持续的历史实践,在得到国际社会承认、默认或容忍的情况下,取得对特定陆地、水域、水域中的资源或从事相关活动的权利,这种权利既可以是主权,例如历史性海湾,也可以是尚未达到主权高度的勘探、开发资源的权利或管辖权等权利。狭义的历史性权利,英文的表述也是“historic rights”,仅指那些尚未达到主权高度的历史性权利,例如历史性捕鱼权(又被称为“传统捕鱼权”)。对于非主权性质的历史性权利,依据沿海国是否反对或禁止其他国家行使同样的权利,可以在性质上进一步区分为排他性和非排他性的历史性权利。与历史性权利相关的概念包括历史性所有权(historic titles)、历史性水域(historic waters)、历史性海湾(historic bays)、历史性捕鱼权(historic fishing rights)、传统捕鱼权(traditional fishing rights)等。

② *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), p. 64, para. 164.

③ 这四封照会分别是:“Communication dated 7 May 2009 by China”“Communication dated 14 April 2011 by China”“Communication dated 4 August 2009 by Philippines”“Communication dated 5 April 2011 by Philippines”,联合国网站,http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_vnm_37_2009.htm。

不可否认的是,中菲在上述照会中也分别提出了部分重叠的海洋主权权利和管辖权主张,形成海洋划界争端,但并非如仲裁庭所言,是一个关于南海海洋权利来源和历史性权利与《公约》之间关系的争端。中国在2009年5月7日照会中附上了南海断续线地图,并声明中国“对相关海域及其海床和底土享有主权权利和管辖权”。中国在2011年4月14日的照会中更具体地指出:“中国南沙群岛拥有领海、专属经济区和大陆架。”^①由此可见,中菲在南海存在重叠的海洋权利主张,且主张的权利内容都被表述为“主权”“主权权利”和“管辖权”。

需指出的是,“主权权利”一般专指沿海国在大陆架和专属经济区享有的权利,是现代国际海洋法发展过程中形成的概念。美国国务院在2014年12月发布的研究报告也指出,中国照会中的“主权权利和管辖权”可以被理解为对专属经济区和大陆架的权利。^②中菲的上述照会均以《公约》作为本国海洋权利主张的法律依据,从未明确地将“主权权利和管辖权”与历史性权利相联系。

然而,仲裁庭从上述照会中得出了不同推论。仲裁庭认为中国在2009年照会中所附的断续线地图“描述了一项似乎具有扩张性的海洋权利主张”。^③然而,中国事实上并未声明该“扩张性”的权利主张是一项历史性权利主张,抑或是《公约》框架下的专属经济区和大陆架权利主张。仲裁庭在2016年裁决中也指出:“大量‘九段线’所包围的区域也落入了根据南沙群岛几处海洋地物所提出的专属经济区或大陆架权利主张范围内。”^④在本案中,断续线地图与历史性权利主张之间的联系亦缺乏其他证据的支持。此外,仲裁庭还注意到,中国在前述2011年的照会中提到“充分的历史和法律根据”。^⑤实际上,照会中这句话的完整表述是“中国在南海的主权和及相关权利和管辖权有着充分的历史和法律根据”。“历史根据”可能仅指支持岛

礁主权的证据,而与历史性权利无关。

当对同一证据的解释存在不同结论时,仲裁庭应选择其中更为客观、审慎的结论。显然,在缺乏其他补充证据的情况下,前述照会既不能证明中国提出了历史性权利主张,也不能证明菲律宾在本仲裁案程序启动前对中国的历史性权利主张表示过积极的反对。因此,在缺乏具体性和对抗性的情况下,没有充分的证据显示中菲之间存在关于南海历史性权利合法性问题的争端。

(2)2016年裁决的“新”证据亦不足以证明争端存在

既然仲裁庭认为“争端是否存在”的问题已通过2015年裁决尘埃落定,2016年最终裁决涉及管辖权的部分就不应对该问题作补充论证,否则只会削弱2015年管辖权裁决的合法性。然而,为界定中菲之间的历史性权利争端在性质上是否属于《公约》第298条所规定的“涉及历史性海湾或所有权的争端”,仲裁庭依据三项证据对中美历史性权利争端的性质作出裁决。这三项证据分别是:第一,中国海洋石油总公司在2012年公布南海地区9个开放招标区块,其中至少有一个区块(“毕生16”)距离中国在南海主张的任何海洋地物均超出了200海里;第二,2011年6月30日,为抗议菲律宾在断续线内公布石油勘探和开发区块,中国驻马尼拉代办照会菲律宾外交部,称第3、4号区块位于中

^① 菲律宾在2011年4月5日的照会中声明:“关于这些区域,其水域、海床和底土的主权和管辖权或主权权利属于作为沿海国或群岛国的菲律宾,这些水域、海床和底土在性质上是由《公约》第3、4、55、57、76条所规定的领海、200海里专属经济区或大陆架。”

^② U.S. Department of State, “Limits of the Seas No.143, China: Maritime Claims in the South China Sea”, pp.11-12, December 5, 2014, <http://www.state.gov/documents/organization/234936.pdf>.

^③ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), p. 65, para. 167.

^④ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.86-87, para. 207.

^⑤ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), p.65, para.167.

国拥有“historic titles”的水域内;第三,2012年5月,中国政府发布《农业部南海区渔政局关于2012年南海海域伏季休渔的公告》,规定“在北纬12度至‘闽粤海域交界线’的中华人民共和国管辖的南海海域(含北部湾)”实施休渔。^①

在法理上,一项可以证明历史性权利主张性质的证据,必然首先是一项可以证明历史性权利主张存在的证据。上述三项证据最早由菲律宾在2014年的诉状中提出,但仲裁庭在2015年管辖权裁决中并未加以援引,在该意义上,这三项证据可以称之为“新证据”。^②

对于以上第一份“新”证据,仲裁庭基于“毕生16”区块与永暑礁之间的距离大于200海里的的事实,认定中国主张《公约》之外的海洋权利。^③但仲裁庭并未解释如下问题:为何选取永暑礁作为参照点?除永暑礁外,是否存在距离“毕生16”区块更近的南海岛礁?此外,不排除一些距离“毕生16”更近的低潮高地也可能成为测距的参照点,毕竟低潮高地在一定条件下可以成为直线基线的基点,其低潮线也可能构成附近岛礁正常基线的一部分。^④

至于上述第二、三份证据,仲裁庭认为受到中国抗议的第3、4号区块,以及中国伏季休渔的执行海域均基本位于《公约》允许中国主张的专属经济区和大陆架最大范围内,但中国2011年6月30日外交照会的措辞强烈地表明中国以历史性权利为根据来主张断续线内的油气资源。^⑤

可以认为,在两阶段的裁决书中,中国2011年6月30日外交照会是唯一一份可能明确在南海海域主张历史性权利的证据。即便如此,仅凭这封外交照会也无法充分证明中菲在本案仲裁程序启动之前存在历史性权利争端,理由是:菲律宾公布石油探勘和开发区块是以行使其专属经济区和大陆架权利为目的,而不是表达对中国历史性权利主张的反对,而在中国2011年6月30日外交照会之后,也没有其他证据表明菲律宾曾向中国的历史性权利主张提出抗议。因而,即便2016年裁决就历史性权利争端是否存在的问题补充了“新”证据,这些证据也无法

表明在菲律宾提起仲裁程序前,中菲之间存在一个关于历史性权利合法性问题的争端。

二、从《公约》第288条看历史性权利相关诉求所涉争端的性质

《公约》第288条第1款规定《公约》的争端解决机制所解决的是“有关本公约的解释或适用的任何争端”。据此,本案仲裁庭不仅必须客观认定争端真实存在,还必须就争端在性质上是否为关于《公约》解释和适用的争端予以合法判断。在2015年的管辖权裁决中,仲裁庭不加解释地认为,菲律宾第1、2项诉求所涉事项存在“关于《公约》解释和适用的争端”,^⑥这让人不禁要问:假设中菲之间存在一个关于历史性权利的争端,该争端涉及《公约》哪些条款的解释与适用?《公约》能否为解决该争端提供国际法上的依据?

① *The Republic of the Philippines v. the People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.86-91, paras. 207-211.

② 实际上,仲裁庭似乎意识到上一阶段裁决存在证据不足的问题,在最终裁决中,特别指出这三项证据表明中国在《公约》允许的海洋权利最大的范围之外主张了超越《公约》的权利,亦即这三项“新”证据可以补充证明中国在南海存在历史性权利主张。*The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.86-87, para. 207.

③ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), p. 87, para. 208;“中海油公布南海地区9个开放招标区块地理坐标”,中国新闻网,2012年6月27日,http://finance.chinanews.com/ny/2012/06-27/3989795.shtml.

④ 《公约》第7条:“除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,或以这种高地作为划定基线的起讫点已获得国际一般承认者外,直线基线的划定不应以低潮高地为起讫点。”《公约》第13条第1款:“低潮高地是在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地。如果低潮高地全部或一部与大陆或岛屿的距离不超过领海的宽度,该高地的低潮线可作测算领海宽度的基线。”

⑤ 2011年6月30日中国照会的相关英文表述是:“Among the aforesaid blocks, AREA 3 and AREA 4 are situated in the waters of which China has historic titles including sovereign rights and jurisdiction.”仲裁庭认为中国采用“historic titles”而非“historic rights”,有可能是翻译错误,不代表中国在南海主张对南海的历史性所有权。*The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.87-88, 96-97. paras. 209, 227.

⑥ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), p.66, para. 168.

2.1 “有关本公约的解释或适用的争端”之界定标准

围绕《公约》第288条第1款所指争端的范围,学界存在两种观点。一种观点认为第288条第1款规定《公约》的争端解决机制适用于几乎所有海洋法争端。由迪皮伊(René Jean Dupuy)和维格尼(Daniel Vignes)主编的《新海洋法公约手册》指出:“第293条不排除适用那些与《公约》不相抵触的国际法规则,这意味着关于解释和适用条约的概念必须从最广义的角度加以理解,包括了任何与海洋法相关的争端。”^①国际海事法学院参与编撰的《国际海事法律指南第一卷:海洋法》也支持该观点,并以1999年国际海洋法法庭“赛加号案”判决为佐证,该案在实体阶段适用了国际人道主义法规则作为判案依据。^②

另一种观点则认为,《公约》的争端解决机制不能用来解决有关其他条约或一般国际法的争端。高健军教授认为:“虽然公约所涉内容十分广泛,但不能由此认为‘有关本公约的解释或适用的任何争端’这一用语包括了任何与海洋法有关的争端。”^③

《公约》序言指出:“本公约未予规定的事项,应继续以一般国际法的规则和原则为准据。”可见《公约》尽管体系繁杂,但也未能对所有海洋法问题进行规范。在此背景下理解第288条第1款,“有关本公约的解释或适用的争端”不应涵盖那些《公约》规则所无法解决的争端。第293条虽然允许仲裁庭适用与《公约》不相抵触的其他国际法规则解决有关争端,但“适用的法律”只是确立管辖权后的另一个程序性问题,不应构成影响争端定性的一项因素。因此,用“赛加号案”的判决说明第293条可以影响对第288条第1款的解释并不合理,因为在该案中,双方在管辖权问题上不存在争议。^④

事实上,国际司法实践更倾向于对第288条第1款作严格解释,并形成了一套较为稳定的界定争端性质的标准。例如,在1996年国际法院的“石油平台案”初步反对阶段判决中,关

于美伊之间是否存在一个关于1955年《友好、经济关系和领事权利条约》解释和适用的争端,国际法院指出:“必须查明,伊朗所主张的对1955年条约的违反行为是否落入条约规定的范围之内。”^⑤伊朗控诉美国的行为违反了1955年条约第1条、第4条第1款和第10条第1款。对此,法院采取逐条审查的方式得出结论,认为只有第10条第1款可适用于本案,美伊之间存在一个关于该条款解释和适用的争端,法院因此对本案拥有管辖权。^⑥

又如,2013年的“路易莎号案”中,原告指控被告违反了《公约》第73条等8条具体规定,国际海洋法法庭也采取逐条审查的方式,认为当事方之间不存在一个有关《公约》解释和适用的争端。^⑦国际海洋法法庭在该案援引了“石油平台案”的判决,并指出:为决定仲裁庭是否具有管辖权,必须在原告所提事实和原告所援引的《公约》规定之间建立联系,并证明这些规定可以支持原告的主张。^⑧

“石油平台案”和“路易莎号案”均表明一个关于条约解释和适用的争端应是一个关于条约具体条款解释和适用的争端,且有关条款可以在一定程度上支持当事方的诉求。至于如何

① René Jean Dupuy, Daniel Vignes eds., *A Handbook of the New Law of the Sea Convention: Vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 1341; 《公约》第293条第1款:“根据本节具有管辖权的法院或法庭应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则。”

② See David Attard ed., *The IMLI Manual on International Maritime Law Volume I: The Law of the Sea*, Oxford University Press, 2014, p. 547.

③ 高健军著:《〈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年版,第16页。

④ ITLOS, *The M/V “Saiga” (No. 2) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea)*, Judgment (1 July 1999), para. 40.

⑤ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment (12 December 1996), I. C. J. Reports 1996, pp. 809-810, para. 16.

⑥ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment (12 December 1996), I. C. J. Reports 1996, pp. 812, 815, 816, 820, paras. 22, 31, 36, 51-52, 53.

⑦ ITLOS, *The M/V “Louisa” (No. 18) Case (Saint Vincent and The Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment (28 May 2013), p. 44, para. 151.

⑧ 同⑦, p. 32, para. 99.

进一步界定争端内容与具体条款之间存在关联,在2000年“麦氏金枪鱼案”中,该案仲裁庭作出了更具体的说明。仲裁庭指出:“为支持其管辖权,主张必须合理地与条约的法律标准相关联,或能够在联系条约法律标准的基础上对主张进行评价……在本案中,仲裁庭应决定当事方之间的‘真实争端’是否与其主张被违反的条约所规定的义务之间存在合理的联系(而不只是间接的联系)。”^①

从这些稳定发展的国际司法实践可见,第293条并不会扩大《公约》争端解决机制的管辖事项范围,相反,国际法庭或仲裁庭倾向于通过逐条审查的方式严格解释第288条第1款。概言之,为确立管辖权,应证明存在为有关争端规定法律权利或义务的《公约》具体条款,且这些条款应与争端存在直接和紧密的联系,可用于解决该争端。

2.2 本案不存在关于《公约》具体规定的解释和适用之争端

在本案中,菲律宾作为申请方,应就中国的历史性权利主张是否违背《公约》,援引《公约》具体规定作为法律依据,并证明有关条款与争端存在直接和紧密的联系。菲律宾在诉状中试图依据《公约》的第56条、第57条、第76条和第77条来论证《公约》仅规定了沿海国可以在领海外主张专属经济区和大陆架,而不能主张任何其他海洋权利。^②第56条规定沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务,第57条规定了专属经济区的宽度,第76条对大陆架作出定义,第77条规定了沿海国对大陆架的权利。同时,这些条款也为其他国家设立了义务,即其他国家应当尊重沿海国合法主张的专属经济区和大陆架权利。但是,在海洋划界争端尚未解决的情况下,在重叠主张的海域范围内,中国并无义务承认菲律宾可以合法地拥有200海里宽度的专属经济区和大陆架权利。在达成划界协议前,《公约》第74条第3款和第83条第3款只是对争端当事方设立了如下义务:沿海国应“基于谅解和合作精神,尽一切努力作出实际性

的临时安排”。

仔细分析《公约》有关条款的文本,可以发现,不仅没有一条规定直接或间接地否定历史性权利的合法性,也没有任何一条具体规定表明《公约》的缔约国只能主张《公约》规定的海洋权利。《公约》的一些具体条款更是部分地承认和转化了习惯国际法中的历史性权利。例如,《公约》在第10条、第15条对历史性海湾和历史性所有权予以承认。又如,《公约》一些条款体现了对历史性捕鱼权的承认和保护。《公约》第51条第1款规定群岛国有义务承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利。^③《公约》第62条第3款规定,沿海国在完成可捕捞量的情况下,应允许其国民惯常在专属经济区内捕鱼的国家分享剩余可捕捞量。^④这里的“惯常”捕鱼行为应理解为行使历史性捕鱼权的行为。

显然,菲律宾所援引的支持其第1、2项诉求的《公约》具体条款,只能为菲律宾的专属经济区和大陆架主张提供依据,而不能为中国能否主张《公约》之外的历史性权利提供法律依据。

实际上,仲裁庭清楚菲律宾不能证明《公约》的哪一条具体规定禁止缔约国主张《公约》规定范围外的其他海洋权利。沃尔夫鲁姆法官(Judge Rüdiger Wolfrum)在2015年11月24日

^① *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan)*, Award (4 August 2000), pp.38-39, para. 48.

^② *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Memorial of the Philippines, p.69, paras. 4. 2.

^③ 《公约》第51条第1款:“在不妨害第四十九条的情形下,群岛国应尊重与其他国家间的现有协定,并应承认直接相邻国家在群岛水域范围内的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动。行使这种权利和进行这种活动的条款和条件,包括这种权利和活动的性质、范围和适用的区域,经任何有关国家要求,应由有关国家之间的双边协定予以规定。这种权利不应转让给第三国或其国民,或与第三国或其国民分享。”

^④ 《公约》第62条第3款:“沿海国在根据本条准许其他国家进入其专属经济区时,应考虑到所有有关因素,除其他外,包括:该区域的生物资源对有关沿海国的经济和其他国家利益的重要性,第六十九和第七十条的规定,该分区域或区域内的发展中国家捕捞一部分剩余量的要求,以及尽量减轻其国民惯常在专属经济区捕鱼或曾对研究和测定种群做过大量工作的国家经济失调现象的需要。”

听证会上就中国历史性权利主张的合法性问题向菲律宾代理律师奥斯曼教授(Bernard H. Oxman)提问,他询问菲律宾能否找出一条禁止缔约国主张《公约》之外海洋权利的具体规则,并表示自己找不到这类规则。^①令人遗憾的是,在南海仲裁案中,仲裁庭并未遵循上文所总结的国际司法实践的一般思路,认为本案第1、2项诉求反映了一项“关于《公约》与其他法律文本或法律体系相互关系的争端,包括由其他法律体系所产生的那些权利是否得到《公约》保护的问题”,并不加解释地认为“这毫无疑问是一项有关《公约》解释和适用的争端”。^②

2.3 中国历史性权利是否成立问题超出仲裁庭的管辖权

仲裁庭在2016年最终裁决的实体部分对菲律宾第1、2项诉求作出裁决,不仅在《公约》规则层面裁决中国在断续线内的历史性权利与《公约》专属经济区和大陆架制度不符,更进一步对中国在《公约》生效之前的历史性权利是否合法成立问题作出裁决,而这显然不是一项关于《公约》解释和适用的争端。

历史性权利的国际法渊源是习惯国际法,而非《公约》本身,属于《公约》序言所称“公约未予规定的事项”。^③判断中国的历史性权利在《公约》生效前是否成立,要求仲裁庭适用《公约》之外的习惯国际法规则。1962年联合国秘书处发布《包括历史性海湾在内的历史性水域法律制度》的报告对国际法理论和实践进行归纳,总结出了历史性水域的三项要素:国家对主张的水域实际有效地行使权力(authority);权力的行使具有持续性;其他国家的承认或默认。^④可以认为,这些要素得到了国家实践的支持,并在一定程度上反映了习惯国际法规则,^⑤其适用的领域主要限于对历史性水域主张是否成立的判断,但对非主权性历史性权利也具有重要的参考价值。

在本案的实体阶段裁决中,仲裁庭承认了上述各项历史性水域要素是对国际法规则的总结,可适用于本案。^⑥实际上,该规则并未在《公

约》中得到任何体现,属于习惯国际法的范畴。仲裁庭依据该习惯国际法规则指出,历史性权利的范围由历史上行使该权利的行为所决定,并以中菲关于历史性权利的证据只涉及岛屿主权,而与中国的海洋历史性权利无关为由排除了有关证据的可采性。^⑦不仅如此,仲裁庭还从公海自由的角度论证中国历史上在南海的活动是行使公海自由的体现,无需其他国家的默认便可享有在公海开发资源的权利,故不构成一项历史性权利。^⑧仲裁庭作出该部分裁决的依据完全来自于《公约》之外的习惯国际法规则,这已经超越了其管辖权。

仲裁庭在2016年实体裁决中否认中国在《公约》前存在南海断续线内的历史性权利,这么做看似完整而全面地回应了菲律宾的诉求,实则起到了“画蛇添足”的效果。即便如仲裁庭在实体阶段的论述所言,《公约》通过确立专属经济区和大陆架制度排斥了所有在专属经济区和大陆架内的历史性权利,但历史上已经形成的各种权利依然可能成为沿海国划界谈判过程中影响海洋划界的因素,或成为两国划界后进行特殊渔业安排的依据,这完全取决于国家间的意愿。例如,印度和斯里兰卡在1974年签订

① *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility (24 November 2015), pp.75-76.

② *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), p. 66, para. 168;中山大学的张祖兴教授认为:“《公约》与其他法律体系的关系问题,显然不是《公约》的解释和适用问题,而是一般国际法的解释和使用问题。”张祖兴:“南海仲裁案中‘历史性权利主张’的不可裁决性”,《外交评论》,2016年第2期,第47页。

③ 这一结论也得到西方学者的认同。Clive R. Symmons, “Rights and Jurisdiction over Resources and Obligations of the Coastal States: Validity of Historic Rights Claims”, in Tran Truong Thuy and Le Thuy Trang eds. *Power, Law and Maritime Order in the South China Sea*, Lexington Books, 2015, p.145.

④ The UN Secretariat, “Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays”, Doc.A/CN.4/143, *Yearbook of International Law Commission*, Vol.2, 1962, pp.13-19, paras. 80-133.

⑤ Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-Appraisal*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.111.

⑥ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), p.113, para. 265.

⑦ 同⑥, p.113, para. 266.

⑧ 同⑥, p.113, para. 268.

了《印度与斯里兰卡历史性水域边界与相关事项协议》,就两国之间的保克湾水域进行划界,保留了两国渔民在边界两侧的传统捕鱼权。^①

仲裁庭超越管辖权而否定中国的历史性权利,不仅直接影响中菲两国未来的海洋区域划界谈判,而且还可能阻碍两国根据历史事实在互利共赢的基础上达成渔业共同开发与合作安排,这与仲裁庭通过仲裁促进南海秩序稳定的初衷背道而驰。

三、从《公约》第298条看历史性权利相关诉求所涉争端的性质

仲裁庭在2015年管辖权裁决中并未确立对菲律宾第1、2项诉求所涉争端的管辖权,但已经在相当程度上驳回了中国政府在2014年12月发表的《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》)中提出的管辖权异议。仲裁庭未经充分的论证便认为菲律宾所提诉求均不涉及中菲的领土主权争端,在性质上也不是海洋划界争端。^②故而,菲律宾仅需证明中国的历史性权利主张在性质上不是《公约》第298条所指的“历史性海湾或所有权”,仲裁庭便可排除所有法律障碍,确认对南海历史性权利有关争端的管辖权。然而,本文认为,假设中菲之间存在一个关于历史性权利的争端,该争端在性质上是一个关于海洋划界的争端,仍然应依据第298条以及中国2006年依据该条款所作声明排除本案仲裁庭的管辖。

3.1 “历史性海湾或所有权”争端作为排除管辖事项的启示

在2016年最终裁决中,仲裁庭认为菲律宾单方提交的证据足以证明中国在南海主张的历史性权利在性质上不是《公约》第298条所指的“历史性海湾或所有权”主张,而只是对断续线内生物和非生物资源的非主权性历史性权利主张,并据此确立对第1、2项诉求所涉争端的管辖权。^③退一步说,即使仲裁庭对中国历史性权

利主张的性质认定与客观事实相符,仲裁庭对《公约》第298条的理解也违背了该条款的基本精神。

《公约》在第10条第6款中对历史性海湾予以承认,规定“历史性海湾”在定义和封口线划定问题上不适用第10条关于“海湾”的其他规定。^④此外,《公约》在第15条“海岸相向或相邻国家间领海界限的划定”规则中规定,历史性所有权可以对领海海洋划界产生影响。^⑤然而,《公约》并未对历史性海湾和历史性所有权的定义和其他具体问题作出规定,这使得缔约国和争端解决机构无法通过解释和适用《公约》来解决各类“涉及历史性海湾或所有权的争端”。可以合理地认为,有关具体规则的缺失在相当程度上解释了为何《公约》在第298条将“涉及历史性海湾或所有权的争端”列入缔约国可以声明不接受争端解决程序管辖的事项范围。“历史性海湾或所有权”争端的管辖权尚且可以被排除,相比之下,除去历史性海湾、历史性所有权,《公约》对其他类型的历史性权利更是缺乏明确的规定。由于这些历史性权利既未被《公约》所否定,也未在《公约》中得到具体的规范,《公约》的争端解决机制就自然无法用于解决与这类历史性权利主张有关的争端,中菲之间所谓的历史性权利争端便在此之列。

① U.S. Department of State, “Limits in the Sea No.66: Historic Waters Boundary: India-Sri Lanka”, p.5, December 12, 1975, <http://www.state.gov/documents/organization/61460.pdf>.

② *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), pp.59-61, paras. 152, 153, 155.

③ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China*, Award (12 July 2016), pp.91-92, para. 214.

④ 《公约》第10条:“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:“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最近各点距离相等的中间线以外。但如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。”

3.2 本案历史性权利争端是关于海洋划界的争端

《公约》第298条允许缔约国作出声明,排除将“关于划定海洋边界的第15条、第74条和第83条在解释或适用上的争端”提交《公约》争端解决程序。即使中菲之间存在关于中国南海历史性权利合法性的争端,这一争端也并非如仲裁庭所认定的是一类可以独立于海洋划界的争端。

中国在《立场文件》中主张:“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”;“仲裁庭对菲律宾提出的任何仲裁请求作出判定……都将不可避免地产生实际上海域划界的效果。”^①

仲裁庭首先认同中国关于“海洋划界是一项整体、系统工程”的观点,为实现公平划界的结果,划界过程中会广泛地考虑一系列因素。^②但仲裁庭在2016年最终裁决中指出:“不能仅仅因为存在相互重叠的海洋权利是划界的必要条件就认为有关海洋权利的来源和存在与否的争端就是‘关于’海洋划界的争端。尽管所有的海洋划界都涉及权利,但不是所有的海洋权利争端都涉及划界。正如在本案中,一方当事国否定了海洋权利的存在,那么可能的结果便是不存在任何海域重叠或海洋划界。第298条第1款第(a)(i)项适用的范围并不是如此之广泛以至于涵盖那些可能或不可能最终需要划界的海洋权利争端。”^③

换言之,仲裁庭认为,海洋划界争端是否存在取决于当事方海洋权利主张的有效性,只要一方的海洋权利主张被另一方质疑或否定,那么海洋划界争端就有不存在的可能。这是仲裁庭对争端存在与否的标准进行了曲解,可取的观点应该是:只要双方立场发生客观对立,争端即真实存在。正如仲裁庭在管辖权和可受理性问题裁决中援引国际法院1950年“保加利亚、匈牙利和罗马尼亚和约解释案”咨询意见和1962年“西南非洲案”初步反对阶段判决所指

出的:争端的界定应依据客观事实,不取决于当事方的主观认识,必须看到一方的主张得到另一方积极的反对,当事方单纯地承认或否认争端的存在并无意义。^④在本案中,菲律宾认为所谓“西菲律宾海”没有中国可以合法主张的海洋权利,中菲不存在划界问题;而中国认为在该海域双方有着重叠的海洋权利主张,存在海洋划界争端。双方立场的对抗明显表现为一个关于是否需要进行海洋划界的争议。实际上,在解决海洋划界问题前,一方往往否定另一方的海洋权利主张的有效性。如果依照仲裁庭的逻辑,那么很多公认的海洋划界争端就不存在了,这显然与国家实践和国际司法实践不符。

那么,存在海洋划界争端,是否必然意味着本案的历史性权利争端在性质上是第298条第1款第(a)(i)项所指的“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”?既有的国际司法实践或许可以给本案提供有益的参照。1982年“突尼斯/利比亚大陆架案”、1984年“缅因湾海域划界案”、1993年“扬马延岛海域划界案”、1999年“厄立特里亚/也门仲裁案”、2001年“卡塔尔诉巴林案”和2006年“巴巴多斯/特立尼达和多巴哥仲裁案”等案均涉及历史性捕鱼权问题。在这些案件中,国际法院或仲裁庭在处理海洋划界争端过程中考虑了历史性捕鱼权,并就历史性捕鱼权是否构成影响海域划界的一项因素作出裁判。可见,关于历史性权利是否有效的争端往往是争议双方在解决海洋划界争端的过程中被提出来的,因为历史性权利有可能构成《公约》第74条、第

^① 《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3段、第29段。

^② 《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67段; *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility* (29 October 2015), pp.60-61, para. 155.

^③ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China, Award* (12 July 2016), p. 85, para. 204.

^④ *The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility* (29 October 2015), pp.57-58, para. 149.

83 条有关专属经济区和大陆架公平划界所要考虑的一项因素。

在本案中,若中国的历史性权利主张在性质上如菲律宾所言,是对断续线内海域的生物和非生物资源的排他性权利,且妨碍菲律宾在有关海域行使其专属经济区和大陆架制度下对渔业和油气资源的专属权利,则该历史性权利主张的有效与否有可能对中菲海洋划界争端产生影响。仲裁庭在处理菲律宾所提诉求在性质上是否为涉及(relate to)或关于(concern)领土主权的争端时认为,只要本案诉求的实际目的是提升当事方在领土主权争端中的地位,则可以认定相关诉求涉及领土主权争端。^① 沿着这一思路,为了实现逻辑的自洽,仲裁庭也似乎认同,只要第 1、2 项诉求的实际目的是提升菲律宾在海洋划界争端中的地位,就可以认定所谓的历史性权利争端在性质上就是关于海洋划界的争端。倘若菲律宾的第 1、2 项诉求获得仲裁庭的认可,势必导致菲律宾在与中国处理海洋划界争端时获得一定的优势,这难道不是菲律宾提起有关诉求的真实目的吗?

总之,即便仲裁庭有关中菲之间存在历史性权利争端的裁决结论成立,仲裁庭也不能合理地否定本案历史性权利争端在性质上是一项关于海洋划界的争端,因此,中国可以依据《公约》第 298 条及有关声明拒绝仲裁庭对第 1、2 项诉求的管辖。

四、结 语

概而言之,仲裁庭在 2015 年和 2016 年的两份裁决书中所援引的证据资料,无法客观地证明中菲之间存在一个有关历史性权利的争端。

假使菲律宾所提的第 1、2 项诉求反映了一项真实存在的历史性权利争端,该争端的性质也不能被合理地解读为《公约》第 288 条所规定的“关于本公约解释和适用的争端”。既有的国际司法实践表明,受《公约》争端解决程序管辖的主题事项范围仅限于关于《公约》具体规则的解释和适用的争端。鉴于菲律宾所援引的《公

约》具体规则与所谓的“南海海洋权利来源以及中国所主张的‘历史性权利’与《公约》条款之间的关系”的争端的争端”之间不存在紧密而直接的联系,本案的历史性权利争端超越了仲裁庭的管辖范围。此外,中国在《公约》生效之前的历史性权利是否合法成立,这显然不是一项关于《公约》解释和适用的争端,仲裁庭无权管辖。

最后,《公约》第 298 条表明,涉及只是在《公约》中被提及及相关概念但缺乏具体规则的历史性所有权和历史性海湾的争端,尚且可以被缔约国声明排除强制管辖,那么涉及其他《公约》未加以规范的历史性权利的争端就更不能成为《公约》争端解决机制可以强制管辖的事项。同时,仲裁庭认为历史性权利争端不是关于海洋划界的争端在逻辑上也无法自圆其说,缺乏已有的国际司法实践的支持。

总之,不论是 2015 年的管辖权阶段裁决,还是 2016 年的最终裁决,仲裁庭认定对菲律宾第 1、2 项诉求拥有管辖权的裁决结果,存在较为明显的事实缺陷和法律适用错误,南海仲裁案所涉历史性权利诉求的管辖权无法确立,仲裁庭就有关历史性权利的实体问题作出的裁决亦可能因缺乏管辖权而无效。

编辑 邓文科

^① 在该段裁决意见中,仲裁庭并不区分“涉及”(relate to)和“关于”(concern)在语义上的区别;*The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility* (29 October 2015), pp.59-60, para. 153.

A Commentary on Issues of Jurisdiction over the Historic Rights Submissions in the South China Sea Arbitration

HUANG Jingwen¹ HUANG Yao¹

(1. *Sun Yat-sen University, Guangzhou 510275, China*)

Abstract: The tribunal which handled the South China Sea Arbitration has decided that it has jurisdiction over submissions on historic rights and that China's historic rights claim goes against international laws including the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). By examining the 2015 and 2016 awards, this essay questions and comments on the jurisdiction of the tribunal from three perspectives, and concludes that: the evidence referred to in the two awards are insufficient to attest a genuine dispute over historic rights between China and the Philippines; even if there is such a dispute, it should not be characterized as one concerning the interpretation and application of UNCLOS; furthermore, such a dispute concerning maritime delimitation is legally excluded from the scope of jurisdiction by China's written statement in 2006 under article 298 of UNCLOS.

Key words: South China Sea Arbitration; historic rights; jurisdiction; characterization of disputes; UNCLOS