

南海仲裁案裁决中有关岛礁法律地位问题的评介

马金星*

摘要：岛礁法律地位问题是南海仲裁案核心仲裁事项之一，其本质是中国与菲律宾间的领土主权及海域划界争端。仲裁庭在自裁管辖权的基础上，对中国有关外交立场进行了曲解。仲裁庭在阐释《联合国海洋法公约》第121条第3款含义时具有强烈的主观倾向，通过推定意图为缔约国创设权利和义务，偏离了有疑从轻解释和演变性解释的合理化路径，以“释法”之名行“立法”之实，悖离了条约解释的目的。在事实证明阶段，仲裁庭从历史片段中选取的有关南海岛礁的证据，缺乏合法性、真实性和关联性，无法支撑其裁决的合法性和有效性。

关键词：南海仲裁案 岛礁法律地位 条约解释 有疑从轻 历史证据

2013年1月22日，菲律宾依据《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第十五部分以及附件七的规定，就中国与菲律宾之间有关南海问题的争端，单方面发起对中国的国际仲裁（以下简称“南海仲裁案”）。2016年7月12日，仲裁庭作出最终裁决（以下简称《裁决书》），^①其中第6部分涉及岛礁法律地位问题。^②仲裁庭将满足《公约》第121条第1款标准的地物统称为“高潮地物”（high-tide features），不能维持人类居住或其本身经济生活（第121条第3款）的高潮地物为“岩礁”（rocks），反之，则为“全效岛屿”（fully entitled islands）。^③仲裁庭认为，黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁、西门礁和永暑礁是不享有专属经济区和大陆架的岩礁；美济礁、仁爱礁、渚碧礁和东门礁属于低潮高地；南熏礁（南）属于低潮高地，南熏礁（北）属于岩礁。南沙群岛无一海洋地物能够产生专属经济区和大陆架，且不能够作为一个整体主张海洋权利。^④就

* 中国社会科学院法学研究所博士后、助理研究员，最高人民法院“一带一路”司法研究基地研究人员。本文为教育部重大攻关项目“中国与邻国海洋权益争端问题的国际法理研究”（12JZD048）和中国博士后科学基金项目（2016M590174）阶段性研究成果。

① 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 as "AWARD"), Permanent Court of Arbitration, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf> (last visited December 28, 2016), pp. 472 - 474, para. 1203.

② 本文除引用仲裁庭表述外，依我国惯常表达，依然将菲律宾第3项至第7项仲裁请求及《裁决书》第6部分涉及的南海地物（Maritime features），统称为岛礁。

③ AWARD, p. 119, para. 280.

④ AWARD, pp. 471 - 474, para. 1203.

岛礁地位问题而言,上述裁决几乎完全支持了菲律宾第3项至第7项仲裁请求。^①就《裁决书》第6部分内容而言,争端构成、条约解释和证据证明三部分鼎足而立,是支撑其有关岛礁法律地位认定的支柱,只有上述三部分同时有效成立,才足以支持裁决的合法性。本文以南海仲裁案裁决的逻辑进路为主线,对《裁决书》第6部分展开专门研究,对其认定的岛礁法律地位争端构成提出质疑,分析《裁决书》中涉及岛礁法律地位的条约解释内容,指明仲裁庭所认定的证据存在的瑕疵与缺陷。

一 《裁决书》中涉及岛礁法律地位仲裁请求的内容概要

仲裁庭在《裁决书》中,首先回顾和总结了2015年《管辖权及可受理性裁决》^②对南海岛礁法律地位仲裁请求在管辖权及可受理性上的认定,^③继而从条约解释入手,区分《公约》定义的低潮高地和岛屿,^④对《公约》第121条第3款进行解释,并得出“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁”的判断标准,然后依据解释确立的标准及相关证据,逐一认定黄岩岛、赤瓜礁等地物的法律地位。

(一) 解释《公约》第13条和第121条

条约解释是《裁决书》第6部分法理论证的核心。《公约》第13条和第121条第1款在表达结构上类同,而第121条第3款关于岛屿海洋权利的规定又是涉及南海岛礁法律地位判定乃至《公约》第8部分岛屿制度的核心。仲裁庭在《裁决书》第6部分中首先借助对潮汐标准的认定,将《公约》第13条定义的低潮高地和第121条第1款定义的岛屿区分开来,然后,重点对第121条第3款做了解读,逐一解释了该款中岩礁(rocks)、不能(cannot)、维持(sustain)、人类居住(human inhabitation)、或者(or)、自身经济生活(economic life of their own)六个术语(terms)。仲裁庭认为,构成“岩礁”的自然成分不限于岩石,但是必须是自然形成的物质。^⑤“不能”表示的是一种能力,尽管人类居住和经济生活的历史证据可能与确立地物的能力有关,如果某处靠近有人类居住活动陆块的地物从未被人类居住过,或从来没有维持过经济生活,那么该处地物就是无人类居住的。相反,正面例证是,人类有史以来就居住在该地物上,或地物上一直有经济活动(economic activity),方能构成地物能力的相关证据。^⑥“维持”有基础、时间和质

① 菲律宾第6项仲裁请求为“南薰礁和西门礁(包括东门礁)”是低潮高地,《裁决书》对南薰礁作了分割处理,将西门礁认定为岩礁。See AWARD, p. 472, para. 1203.

② See in the Matter of the South China Sea Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China (PCA Case No. 2013 - 19), Award on Jurisdiction and Admissibility (hereinafter as Award on Jurisdiction and Admissibility), Permanent Court of Arbitration, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506> (last visited December 27, 2016).

③ 针对菲律宾第3项至第7项仲裁请求,仲裁庭在2015年《管辖权及可受理性裁决》第413段,先行裁决对菲律宾第3、4、6、7项诉求具有管辖权,对菲律宾第5项诉求是否具有管辖权的决定将涉及不具有完全初步性质的实体问题审查,因此保留其对第5项诉求管辖权的审查至实体问题仲裁阶段。之后,在2016年《裁决书》中明确对菲律宾第5项诉求具有管辖权。See Award on Jurisdiction and Admissibility, p. 149, para. 413; AWARD, p. 471, para. 1202.

④ 《联合国海洋法公约》第13条、第121条第1款。

⑤ AWARD, pp. 205 - 206, para. 480.

⑥ AWARD, pp. 206 - 207, paras. 483 - 484.

量三个层面的含义，基础层面是指支持或提供必需品，时间层面指不应当是一次性或一时的，质量层面指根据适当的标准，必须保持人类生存且健康地“持续渡过一个时期”（over a continue period of time）。^① 居住不仅仅是简单的存在，“人类居住”标准要求主体已经选择以定居方式存在且居住在地物上，而非短暂的存在，并且地物上存在满足人类居住的所有基本要件，能够支持、保持以及提供食物、饮水及遮蔽条件。尽管《公约》未对居住人数进行规定，仲裁庭认为单独个体（a sole individual）显然不能满足上述要求，居住的人数要求应当是一群或一个团体的人，^② 南沙诸岛上驻军及政府人员的生活补给均来源于大陆，是基于领土争端的存在而非为了定居而居住，故不属于“人类居住”。^③ 仲裁庭认为经济活动是由人实施的，人类很少居住在没有经济活动或生计来源的地方是可能的，不认为《公约》第121条第3款因为“或”字，而存在两类判断海洋地物权利的标准。因此，《公约》条款中“或”字前后的两个概念是联系在一起的。^④ 维持“自身经济生活”的资源必须是当地的，而不是依赖外来资源或纯采掘业的经济活动，那些源自潜在专属经济区或大陆架的经济活动必须被排除。^⑤

概言之，仲裁庭重申《公约》基于岛礁的自然状态对其进行的归类。仲裁庭在解释《公约》第121条第3款时，始终围绕了一个中心思想，即“防止微不足道的岛礁产生大面积的海洋权利，而侵犯有人定居的领土的权利，或者侵犯公海以及作为人类的共同继承财产保留的海床的区域”，^⑥ 岛礁可主张的海洋权利取决于其在自然状态下维持稳定人类社群活动，或者不依赖于外来资源或纯采掘业的经济活动的客观承载力。

（二）审查运用相关证据及事实

仲裁庭对菲律宾提交的相关地图、图表、潮位资料、卫星图像、照片、历史、人类学、地理以及水文信息证据，^⑦ 做了甄别和筛选。仲裁庭认为，“卫星图片无法识别较小地物或低潮高地的惯常形态，有关南海岛礁法律地位的更有力的证据为海图、调查记录和航行指南”；^⑧ “由于中国岛礁建设和政治情势对个案观察的限制，对菲律宾仲裁请求中的海洋地物进行直接观察，已无可能”。^⑨ “鉴于岩礁和凝结在礁盘上的大块珊瑚岩石具有高度的持久性，并且可以合理地预期基本保持不变，甚至超过百年，历史上的直接观测并非毫无价值”。^⑩ 作为首要情形，仲裁庭认为，更重要的是着眼于测量的时机，而非海图的出版，并将适宜作为证据的地图比例尺限定为1:250万。^⑪

倚重英国与日本对南沙群岛的军事测量资料。仲裁庭提出，第一次对南海岛礁持续性测量活动发生于1862年至1868年，由英国海军实施。之后，在20世纪20年代和30年代，英国及日本

① AWARD, pp. 207 – 208, para. 487.

② AWARD, p. 208, paras. 489 – 491.

③ AWARD, p. 252, para. 618.

④ AWARD, p. 210, paras. 495 – 496.

⑤ AWARD, pp. 211 – 212, paras. 500 – 503.

⑥ 参见2016年7月12日南海仲裁案新闻稿，<https://pcacases.com/web/view/7>，最后访问时间：2016年12月26日。

⑦ Award on Jurisdiction and Admissibility, pp. 131 – 132, para. 373.

⑧ AWARD, p. 140, para. 327.

⑨ AWARD, p. 138, para. 321.

⑩ AWARD, p. 140, para. 327.

⑪ AWARD, p. 141, para. 329.

海军对南沙群岛进行了持续的军事测量活动，尽管这些信息都是在第二次世界大战（以下简称“二战”）之后，才被公之于众的。^① 法国和美国海军在20世纪30年代同样实施了上述测量活动，但程度逊于英国及日本，南海周边国家则是在晚近时期，才开始在各自近岸海域开展测量活动。^② 相当一部分不同国家出版的南海海图，或多或少存在互相复制的情况。现有海图中被合并或直接复制（incorporated or outright copied）的信息，经常不表明其引用状况。^③ 甚至有晚近出版的海图，依然大量追踪（trace）英国、日本19世纪60年代或20世纪30年代的军事测量数据。^④ 事实上，大部分近期出版的海图，对特定的南海地物，没有或者仅更新少量信息。^⑤ 仲裁庭在评价《航行指南》与军事测量的关系时指出，英国20世纪30年代再版的南海《航行指南》，是在皇家海军“步兵号”（HMS Rifleman）测量形成的第1版《中国海指南》基础上，增补或修正形成的。除美国外，其他国家的《航行指南》似乎都援用上述英国版本的内容。而美国早先的关于南海《航行指南》的内容，似乎来自日本和中国方面的信息。因此，仲裁庭已独立地寻求来自英国和日本的测量材料，并据此得出相关结论。^⑥

援引学术文献等资料进行补充说明。仲裁庭在《裁决书》第6部分B项反复引用汉考克斯（David Hancox）和普雷斯科特（Victor Prescott）的论文和专著，证明其他国家《航行指南》大量直接援用英国、日本军事测量数据的情况，在第6部分C项引用日本人平塚均、^⑦ 藤岛范孝、^⑧ 山本运一、^⑨ 台湾学者黄增泉等人^⑩的学术论文或调查报告，日本前海军中佐小仓卯之助的文稿，^⑪ 以及1933年至1939年大阪《朝日新闻》和1945年5月4日《纽约时报》的新闻报道，^⑫ 分析了黄岩岛和南沙岛礁的植被与生物环境条件、淡水、土壤及农业潜力、以往渔民活动的记录、商业活动的记录，与前述《航行指南》和军事测量资料的记载进行对比分析。

二 对南海仲裁案中岛礁法律地位争端构成的质疑

南海仲裁案中，菲律宾所诉有关岛礁法律地位的争议本质是领土主权争端。仲裁庭对既往国际司法实践有关争端（dispute）的定义或解释的援引，具有强烈的主观色彩。菲律宾和仲裁庭对

① AWARD, p. 141, para. 329.

② AWARD, p. 141, para. 329.

③ AWARD, p. 141, para. 330.

④ AWARD, p. 141, paras. 330.

⑤ AWARD, p. 141 - 142, paras. 329 - 330.

⑥ AWARD, p. 142, para. 331.

⑦ See Hitoshi Hiratsuka, "The Extended Base for the Expansion of the Fishery Business to Southern Area: New Southern Archipelago Site Survey Report," *Taiwan Times*, May 1939; AWARD, p. 239, para. 582.

⑧ See Noritaka Fujishima, "Discussions on the names of islands in the Southern China Sea," (1994) 9 *The Hokkaido General Education Review of Komazawa University*; AWARD, p. 244, para. 595.

⑨ Yun-ichi Yamamoto, "The Brief History of the Simnan Islands," (1939) 7 *Science of Taiwan* 3; AWARD, p. 242, para. 588.

⑩ See AWARD, p. 188, paras. 428 - 430.

⑪ 参见小仓卯之助著：《暴风之岛》，小仓久仁子、桥本博编，小仓中佐遗稿刊行会1940年版，第188页、第194页。See AWARD, pp. 239, 241, paras. 583, 586.

⑫ See AWARD, pp. 241, 244, 248, 249, paras. 586, 594, 607, 609.

中国相关外交立场作了曲解,以此推理得出中国具有南海个别岛礁法律地位的主张,以断定中菲两国就岛礁法律地位存在《公约》第288条所述争端。因此,中菲两国间就岛礁法律地位仲裁事项是否存在争端,以及该仲裁事项是否因涉及海域划界而被2006年中国依据《公约》规定作出的声明(以下简称“2006年声明”)^①,排除于强制争端解决程序适用范围,是分析争端构成问题的重点。

(一) 曲解中国有关岛礁法律地位的照会立场

援引外交照会辨别中国对相关南海岛礁法律地位的立场。菲律宾和仲裁庭援引2009年《中国反对日本以冲之鸟礁主张专属经济区和大陆架的照会》、^②《建议在第19次缔约国会议议程内列入一个补充项目的照会》、^③2011年《就有关南海问题致联合国秘书长的照会》^④和2015年《中国驻马尼拉大使馆给菲律宾外交部的照会》,^⑤并参照中国国内法和2014年《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》),^⑥认为不能接受中国将南沙群岛作为一个封闭的或被直线基线环绕的群岛,^⑦中国基于南沙群岛的200海里主张与关于《公约》第121条第3款的立场相悖。^⑧菲律宾和仲裁庭将各岛礁分别描述为孤立的礁石,否定这些岛礁之间、岛礁与毗邻海域之间的整体性,是对中国立场的曲解。

第一,中国以群岛立场概括性主张南海诸岛的海洋权利早于《公约》的制定和生效。在民国时期,中国政府就以群岛立场对南海诸岛主张海洋权利;^⑨1949年至今,中国政府有关南海问题的立场和声明均将东沙、西沙、中沙和南沙群岛作为整体主张海洋权利,并且从未对南海诸岛中的某个特定岛礁,单独主张过领海、专属经济区和大陆架。即使是菲律宾、越南对南沙岛礁的

① 2006年8月25日,中国向联合国秘书长提交声明,就《公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的任何争端,不接受《公约》第15部分第2节规定的任何国际司法或仲裁管辖。该声明已经将涉及海域划界等《公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的任何争端,排除适用强制仲裁程序。

② *Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations to the Secretary-General of the United Nations*, No. CML/2/2009 (6 Feb. 2009), p. 1.

③ *Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations to the Secretary-General of the United Nations* (21 May 2009), reprinted in UN Convention on the Law of the Sea, Meeting of States Parties, Proposal for the inclusion of a supplementary item in the agenda of the nineteenth Meeting of States Parties, UN Doc. SPLOS/196, 22 May 2009.

④ *Note Verbale from the Permanent Mission of the People's Republic of China to the Secretary-General of the United Nations*, No. CML/8/2011 (14 Apr. 2011), p. 2. MP, Vol. VI, Annex 201. Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility 25th November 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility (hereinafter as Hearing on the Merits 25th November 2015), Permanent Court of Arbitration, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1548> (last visited December 28, 2016), p. 104, paras. 9-12.

⑤ *Note Verbale from the Embassy of the People's Republic of China in Manila to the Department of Foreign Affairs*, Republic of the Philippines, No. 15 (PG) -214, 28 June 2015.

⑥ 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》第3段,新华网, http://news.xinhuanet.com/mil/2014-12/07/c_127283404.htm, 最后访问时间:2016年12月26日。

⑦ AWARD, pp. 235-236, paras. 571, 573.

⑧ Hearing on the Merits 25th November 2015, pp. 104-105, para. 23; AWARD, pp. 198-199, para. 153, paras. 453-458.

⑨ 参见吴士存主编:《南海问题文献汇编》,海南出版社2001年版,第13页、第22页。

主权声索,也分别是以“卡拉延岛群”“长沙群岛”^①的立场主张的。对于中国将南沙群岛作为一个整体主张海洋权利,菲律宾曾明确予以承认,^②但仍把中国的主张解释为是对南沙群岛中的每一个岛礁均主张领海、专属经济区和大陆架,且未向仲裁庭提交任何证据。《公约》在定义相关概念时,严格区分“为本公约的目的”^③和“为本部分的目的”,^④一方面,第46条第2款是“为本公约的目的”定义“群岛”,^⑤说明该概念具有普适性,中国以“群岛”主张对南沙岛礁享有的权利具有法律基础。另一方面,《公约》区分群岛国制度与岛屿制度,大陆国家拥有洋中群岛是客观现实,并非所有洋中群岛都构成群岛国,非群岛国家是否可以适用群岛制度,在第三次联合国海洋法会议上就已提出,但并未妥善解决。^⑥仲裁庭以《公约》中未规定大陆国家洋中群岛制度及中国不是群岛国,否定中国以群岛立场概括性主张南海诸岛海洋权利,^⑦不仅是将《公约》作为国际海洋法制度的全部,更是无视《公约》序言中所述“确认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”的规定,^⑧篡改中菲两国有关岛礁争端的性质。^⑨仲裁庭的作法是力图将有关岛礁法律地位问题引入《公约》第121条框架内,为其确立条约解释的合法性铺路。

第二,中国对日本冲之鸟礁的照会不适用于南沙群岛。仲裁庭在《裁决书》中援引上述2009年、2011年照会,^⑩说明中国对待“岩礁”的态度,不仅存在以具体事例补充解释《公约》第121条第3款的企图,而且也试图在某种程度上利用“禁止反言原则”回击中国对南海仲裁案的立场。但冲之鸟礁与南沙群岛在地物形态上不具有可比性,2009年及2011年照会与中国对南沙群岛的权利主张不具有相关性。冲之鸟礁是大洋上孤立的岩礁,高潮时仅两块约16厘米和6

① 越南的立场主张存在摇摆。菲律宾在庭审答辩中指出,越南在南海争议地物的海洋权利的问题上与菲方立场一致,即南海争议岛礁均无法产生专属经济区或大陆架的权利,并列举了相应证据。越南在2015年7月23日针对南海仲裁案的声明中,明确表态:“越南认为,菲律宾在仲裁程序中所提的地物均无法享有其专属经济区或大陆架,或产生12海里以外的海洋权利,因为这些地物属于低潮高地或《公约》第121条第3款意义上的‘不能维持人类居住或其本身经济生活的岩礁’。”但是,越南1977年《领海、毗连区、专属经济区和大陆架》、1979年及1982年白皮书、1988年关于“黄沙群岛和长沙群岛与国际法”文件中,均主张“长沙群岛”(南沙群岛)拥有专属经济区和大陆架。See Written Responses of The Philippines to the Tribunal's 13 July 2015 Questions Vol. 1, Award on Jurisdiction and Admissibility (hereinafter as Written Responses of The Philippines 13 July 2015), Permanent Court of Arbitration, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1847> (last visited December 28, 2016), p. 25, para. IV. 3; Hearing on the Merits 25th November 2015, p. 104, paras. 6-22.

② See Written Responses of The Philippines 13 July 2015, pp. 1-2, paras. I. 1-I. 3.

③ 《联合国海洋法公约》中“为本公约的目的”(for the purposes of this Convention)定义的概念包括:区域、海洋环境污染等(第1条)、海湾(第10条)、军舰(第29条)、群岛及群岛国(第46条)等。

④ 《联合国海洋法公约》中“为本部分的目的”(for the purposes of this Part)定义的概念包括:地理不利国(第70条第2款)、资源、矿物(第133条)等。

⑤ 《联合国海洋法公约》第46条第2款:“群岛”是指一群岛屿,包括若干岛屿的若干部分、相连的水域和其他自然地形,彼此密切相关,以致这种岛屿、水域和其他自然地形在本质上构成一个地理、经济和政治的实体,或在历史上已被视为这种实体。

⑥ 参见傅岷成、郑凡:《群岛的整体性与航行自由—关于中国在南海适用群岛制度的思考》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期,第5—6页。

⑦ AWARD, pp. 236-237, paras. 573, 575.

⑧ 《联合国海洋法公约》序言第8段。

⑨ 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》第22段,新华网, http://news.xinhuanet.com/mil/2014-12/07/c_127283404.htm, 最后访问时间:2016年12月27日。

⑩ See AWARD, pp. 196-199, paras. 449-458.

厘米的岩石露出海面,面积不足10平方米,^①而南沙群岛是由以双子群礁、中业群礁等为主体构成的群岛。无论是从岛礁数量、面积、上面的植被,还是从经济活动、权利主张等方面对比,冲之鸟礁与南沙群岛都不是同一类型的海洋地物,菲律宾做此种援引属于混淆概念。且日本是基于大洋上的孤立岩礁主张其海洋权利,中国是以作为整体的南沙群岛主张其海洋权利,二者存在本质差别。《公约》第121条规定的是岛屿而非群岛的概念及海洋权利,中国在照会文本中已清楚表明其针对《公约》第121条第3款的规定所阐述的立场,故2009年、2011年照会与“禁止反言原则”也无真正的相关性。

(二) 中菲两国就岛礁法律地位问题不存在争端

仲裁庭主张“国际法确立了争端的概念,并将其纳入《公约》第288条,符合争端的概念是仲裁庭行使管辖权的最低要求”。^②依据仲裁庭主张及《公约》第288条,识别南海仲裁案中岛礁法律地位争端构成时,先要解决国际法确立的争端概念与《公约》第288条所述争端的关 系,之后才需要判断中菲两国就岛礁法律地位问题是否存在《公约》第288条所述争端。

第一,国际法中不存在一个被广泛认可的争端概念。仲裁庭分别援引“1924年马弗罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案”(以下简称“特许权案”)、“保加利亚、匈牙利和罗马尼亚关于和平协议的解释咨询意见”、“西南非洲案”和“《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案”中,关于“争端”的定义或解释,作为国际法确立的争端概念。^③事实上,早有国际法学者指出,这些同一时期出现的有关争端的定义或解释,不是过宽就是过窄。^④在上述案件之外,诸如“东帝汶案”^⑤“德克萨斯海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚民众国政府案”^⑥等国际司法或仲裁案件中,也存在大量关于争端的阐释。因而,国际法中是否确立了一个普遍接受的争端概念,本身就存在疑问,更遑论将争端概念纳入《公约》第288条。从《管辖权及可受理性裁决》案例援引的角度看,仲裁庭既未说明为何只选取上述四个案件关于争端的定义及解释,也未说明为何上述四个案件有关争端的界定或解释,就足以构成“国际法确立的争端概念”的合理理由。从定义阐释角度看,“特许权案”定义的争端含义最为宽泛,仲裁庭似乎有意选择一个宽泛的争端概念,并以此概念为基础,根据南海仲裁案需求,援引其他国际司法或仲裁中的争端解释,对其加以裁剪或补充,如此“塑造”出的争端概念,实难称之为“国际法确立的争端概念”。

第二,中菲之间就南海岛礁地物法律地位不存在有针对性地反对。当事方之间就同一事项持有相反的态度或观点,是证明法律争端存在的前提要件。为此,当事国在发起国际司法或仲裁程序前,“必须足够清楚地提到相关条约的主题事项,以让对方识别出就该事项存在或可能存在争端”。^⑦之

① 参见薛洪涛:《国际法专家解析日本“以礁变岛”于法无据原因》,载《法制日报》2012年5月18日,第4版。

② Award on Jurisdiction and Admissibility, p. 57, para. 148.

③ Award on Jurisdiction and Admissibility, p. 57, para. 148.

④ See G. Hafner, “the Physiognomy of Disputes and the Appropriate Means to Resolve Them”, (1995) *Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law* 559, p. 560.

⑤ See *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1995, paras. 21, 22.

⑥ See *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libyan Arab Republic*, Preliminary Award of 27 November 1975, (1979) 53 I. L. R. 389, p. 416.

⑦ See *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian)*, Preliminary objections, Judgment, I. C. J. Reports 2011, pp. 18-19, para. 30.

后,“只要一方的权利主张受到另一方的积极反对”^①即表明存在争端,当事国单方面主张不足以证明争端的存在。因而,要证明中国与菲律宾之间就第3项至第7项仲裁请求存在有关《公约》解释和适用的争端,菲律宾和仲裁庭必须基于事实证明,菲律宾在提起仲裁前曾向中国提出过上述主张,而中国就此表示过反对、否认或反驳。在《裁决书》中,仲裁庭仅通过类推方式,对中国涉及黄岩岛、太平岛法律地位的主张作了说明,援引1997年5月22日中国外交部关于黄岩岛的声明指出,“该声明提到了‘专属经济区重叠’而不是‘专属经济区和领海重叠’,而黄岩岛位于所有中国主张的高潮地物200海里范围外,故所提‘专属经济区重叠’显示中国认为黄岩岛是可以拥有专属经济区的‘岛屿’”。^②仲裁庭上述论断属于“类推”而非“解释”,充其量只是说明,此类声明并不排除中国基于黄岩岛主张200海里专属经济区的意图,并未从正面回答中国到底有无此种意图,以确定争端的存在。除此之外,仲裁庭承认中国将南沙群岛作为整体主张权利,未如上述声明般特别地对美济礁、永暑礁等岛礁法律地位逐一表明立场,^③故对于菲律宾第4项至第7项仲裁请求,也不存在“一方的主张被另一方有针对性地反对”。^④

第三,不恰当地援引国际司法判例作为确立管辖权的依据。仲裁庭在处理中菲两国领土主权争端对岛礁法律地位仲裁事项管辖权的影响时,援引了国际法院“在德黑兰的美国外交和领事人员案”中的判决,即没有理由“只因为争端存在其他方面,不论其多重要,而不考虑争端的某一方面”,^⑤国际法院在该判词后作了进一步阐释,“然而,之前从来没有这样的观点被提出,即因为提交法院的法律争端仅仅是政治争端的一个方面,法院就拒绝为当事方(国)解决其之间的法律问题”。^⑥“法院作为司法机构,只关注是否存在一个能够通过适用国际法原则和规则加以解决的法律争端。求助法院的目的是和平解决争端,法院的判决是法律宣告,它不能以政治动机来确认自身之宣告,从而导致该国在特殊时期内或特殊情形下来选择司法解决方法”。^⑦国际法院在之后的“边境及跨境武装行动案”^⑧“对尼加拉瓜进行军事和准军事行动案”^⑨“以色列隔离墙案”^⑩等案件中,对上述判决的援引,也是建立在区分政治争端与法律争端基础上的。但上述四个案件都是因为当事国一方具体的国家行为引发的争端,国际法院所指“争端的某一方面”真实含义应是“政治争端的法律方面”,具体而言是国家政治行为中的可裁决部分,并非泛泛地

① See *South West Africa (Ethiopia v. South Africa/Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 13; *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 14, para. 22.

② AWARD, pp. 130, 195, paras. 298, 446.

③ AWARD, pp. 130, 195, 196, 202, 203, paras. 298, 446, 449, 472.

④ See *the South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa/Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 13.

⑤ Award on Jurisdiction and Admissibility, p. 59, para. 152.

⑥ See *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, pp. 3, 19-20, para. 36.

⑦ See *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, pp. 20-21, para. 36.

⑧ See *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I. C. J. Reports 1988, p. 93.

⑨ See *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 293.

⑩ See *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136.

扩大到任何争端及其任何方面。^① 这里暂不去讨论在混合争端中领土主权争端和《公约》所规定事项争端之间的附带性或辅助性关系,^② 仅从援引内容与仲裁事项的对应而言, 南海仲裁案的诱因是领土主权争端而非具体的国家行为, 仲裁庭截取国际法院判决的只言片语, 刻意回避判决上下文内容, 将政治争端替换为领土主权争端, 将法律方面替换为海洋地物法律地位及其权利方面, 无疑是在断章取义, 曲解国际法院上述判决。

(三) 岛礁法律地位问题涉及海域划界不适用强制仲裁程序

2015年仲裁庭在《管辖权及可受理性裁决》中, 认为中国2006年声明是试图适用《公约》第298条强制争端解决程序的例外情况的例证。但是, 除了这些例外情况, 第309条规定“除非本公约其他条款明文规定, 否则不得作出任何保留或例外”。相应地, 《公约》缔约国不得随意选择其希望接受或拒绝的部分。”^③ 在仲裁庭的逻辑中, 中国2006年声明属于对《公约》的“保留”(Reservation), 而《公约》第309条明确规定“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”, 所以, 中国2006年声明不能排除适用强制仲裁程序。事实上, 《公约》第309条和第310条分别规定了“保留和例外”“声明和说明”,^④ 从措辞看, 《公约》严格区别“保留”和“声明”, 对“保留”采取以禁止为原则、以允许为例外的态度, 但明确允许一国在签署、批准或加入《公约》时, 作出不论如何措辞或用何种名称的声明(Declaration)或说明。中国2006年声明文本表述中明确使用的是“声明”, 而《公约》第298条允许一国就本条所列争端作出书面声明(declare in writing), 不接受第2节规定的一种或一种以上的程序。中国2006年声明清楚地指明是根据《公约》第298条作出的, 声明的内容也是关于《公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的争端。即使按照仲裁庭上述逻辑将中国2006年声明认定为“保留和例外”, 其也是在《公约》第309条“除非本公约其他条款明文规定”的基础上作出的。

仲裁庭对中国2006年声明的解释与既往国际司法实践不符。早在1923年“东卡雷里亚地位案”(Status of Eastern Carelia)判决中, 常设国际法院已明确表示, “国际法已确立国家未经其本身同意, 不能被迫将其与他国之纠纷提交调停或仲裁或其他种类之和平解决方式。”^⑤ 中国作出2006年声明既是《公约》赋予的权利, 也表明针对《公约》第298条第1款(a)、(b)和(c)项所述的争端不接受强制仲裁的态度。解释此类声明与条约解释存在差异, 对此, 国际法院在“渔业管辖权案”中认为, “一国接受国际法院强制管辖的声明是主权国家的单方行为, 其解释规则与1969年《维也纳条约法公约》确立的解释规则不同。国际法院以往的案件中已经详细论述过解释声明和保留的适当规则。依据这些规则, 国际法院将考虑接受国当时的本意, 以自然合

① See Antonio Cassese, *Legal Restraints on the Use of Force 40 Years after the U. N. Charter* (Hague: Brill Academic Pub., 1986), p. 329.

② 参见陈喜峰:《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23页。

③ See Award on Jurisdiction and Admissibility, p. 37, para. 107.

④ 参见《联合国海洋法公约》第310条:“第309条不排除一国在签署、批准或加入本公约时,作出不论如何措辞或用任何名称的声明或说明,目的在于除其他外使该国国内法律和规章同本公约规定取得协调,但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。”

⑤ See *Status of Eastern Carelia (USSR v Finland)*, Advisory Opinion, Permanent Court of International Justice 1923, Part IV, p. 27.

理的方式,对接受国际法院强制管辖的声明和保留进行解释。保留国的本意不仅可以从相关条款的内容中推断出来,同时还可以通过参考条款的上下文、考察保留国起草时的背景和所追求的目的得出。”^①在该案投赞成票法官的个别意见中,科罗马法官指出:“法院审理争端的管辖权来自于法院规约和政府声明中的授权同意,而不是来自于其可能适用的法律。”^②小田滋法官在“伊朗石油平台案”的异议意见中,认为“法院不应该解释某些条款以寻求管辖权,而应弄清由破坏石油平台而引起的争议是否在条约范围内,未拒绝伊朗的诉讼请求,可能会导致这样一个情况,即每一个国家都可以借口因任何条约的违反而将其他国家送上法庭,尽管另一个国家否认该争议属于条约管辖范围”。^③在“边境及跨境武装行动案”个别意见中,小田滋法官同样指出:“强调当事国接受法院管辖权的意图至关重要”,认为“该意图永远是法院受理案件的必要条件”。^④可见,仲裁庭在解释中国2006年声明及评估其效力时,不是没有认识到中国2006年声明的真实意图,而是有意以条约解释的方法扩大对案件的管辖权。

南海岛礁法律地位仲裁请求构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分。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,也构成海域划界不可分割的组成部分,已被中国2006年声明所排除,不得提交仲裁。^⑤仲裁庭在《裁决书》中回顾了中国《立场文件》所表达的观点,^⑥但坚持《管辖权及可受理性裁决》中的观点,认为菲律宾所提第3至7项诉求不是涉及海洋划界的争端,第298条未限制仲裁庭的管辖权。^⑦对于一个争端是否因涉及(concerning)另一个争端,而被当事国声明或保留排除的问题,同样出现在国际法院审理的“渔业管辖权案”中。对此,国际法院在解释排除其管辖的“源起或涉及”(disputes arising out of or concerning)该问题保护和管理措施以及它们的实施时,认为“保留并没有降低排除争端的‘事由’的标准”,保留中‘源自或涉及…争端’排除的不仅仅是那些直接‘实质问题’(Subject-Matter)为争端的措施及其实施的争端,还排除了‘涉及’(concerning)这些措施的争端,甚至更广的包括那些‘源起’(arising out of)这些措施的争端。也就是说,如果没有这些措施,该类争端就不会产生,这就是这一用语的含义。”^⑧在南海仲裁案中,对于岛礁法律地位的认定,必然牵涉到当事国在未划界海域可主张海洋权利的否定或肯定,仲裁庭对《公约》第298条作出窄化其适用范围、变更其实质内容的限制性解释,否定中国2006年声明的效力,与国际法院上述判决不符。

综上,在承认岛礁领土为一国所有、领土相向国家尚未划定海洋边界的情况下,径行裁决岛礁法律地位及其海洋权利,不仅有悖于国家主权原则,也是变相划定了当事国之间的海洋边界。

① See the *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, Judgment, I. C. J. Reports 1998, pp. 23 – 28, paras. 39 – 56.
② See the *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, Judgment, I. C. J. Reports 1998, Separate Opinion of Judge Koroma, p. 59, para. 4.
③ See *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 1996, Dissenting Opinion of Judge Oda, p. 101, para. 26,
④ See *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I. C. J. Reports 1988, Separate Opinion of Judge Oda, p. 60, para. 16.
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》第58—59段,新华网, http://news.xinhuanet.com/mil/2014-12/07/c_127283404.htm, 最后访问时间:2016年12月27日。
⑥ AWARD, p. 58, para. 153.
⑦ Award on Jurisdiction and Admissibility, pp. 141 – 143, paras. 400 – 404.
⑧ See *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, Judgment, I. C. J. Reports 1998, pp. 458 – 459, paras. 61 – 62.

换言之，即使有关岛礁法律地位仲裁事项，涉及《公约》解释或适用，也构成中菲两国海域划界不可分割的组成部分，^① 被中国 2006 年声明排除于强制争端解决程序适用范围。

三 南海仲裁案涉及岛礁法律地位条约解释的分析

南海仲裁案中，仲裁庭一反既往的国际司法与仲裁实践，有意避开直接解释与适用《公约》第 121 条第 3 款，从条约解释的路径出发，声称应用《维也纳条约法公约》第 31 条、第 32 条来加以解释，然后从文本解释、目的解释和缔约准备三个方面，对《公约》第 121 条第 3 款进行解释并得出结论，认为没有证据表明存在基于国家实践形成的协议对该条款的解释与仲裁庭的解释不同。^②

（一）曲解《公约》第 121 条第 3 款含义的表现

仲裁庭对《公约》第 121 条第 3 款中六个术语采取了严格解释的倾向，对《公约》第 121 条第 3 款术语的解释屡有“出人意料”之处，甚至“客观地解释”出了《公约》缔约国未曾讨论过的标准，推定出缔约国不曾形成的共同意图。

第一，《公约》第 121 条第 3 款界定的标准被引向苛责。总体上看，由此带来如下问题：

一是文本解释未能将条款的含义引向清晰化。仲裁庭在解释“岩礁”时，援引《公约》第 121 条第 1 款岛屿中“自然形成的陆地区域”的标准，一概认定自然形成的岛屿不得存在地质或地形上的塑造，^③ 然而，维持“人类居住”和“自身经济生活”本身就需要对居住地进行改造。在解释“不能”时延续了菲律宾在庭审答辩中的逻辑，^④ 缺少时间延续性，未讨论未来的情形，而这恰是第 121 条第 3 款模糊措辞难以解释适用的重要原因之一。^⑤ 对“维持”的解释缺少可执行性标准，持续渡过一个时期是一年、十年、还是一百年？适当标准的具体参数是什么？仲裁庭都没有给予回答。在解释“人类居住”标准时对主体范围进行了限缩，将驻守在南沙岛礁上的军人和政府人员排除在“人类”之外却未能给出国际法依据，^⑥ 刻意强调补给的外来输入性，而回避了环境承载力与岛上人员数量在比例上的客观联系。在解释“自身经济生活”时，仲裁庭仅从逻辑角度将“从可能的专属经济区或大陆架衍生的经济活动必然被排除在外”，^⑦ 却无视古今众多洋中岛屿居民以外海捕鱼作为维持生计的最主要活动的现实，这些居民在从事生计活动时无一不是从自身历史传统和惯常生活习惯出发，而不会考虑从离岸 12 海里取得渔获是否属于“自身经济生活”的范畴。关于“人类居住”与“自身经济生活”关系的讨论（即“或”一

① 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》第 3 段，新华网，http://news.xinhuanet.com/mil/2014-12/07/c_127283404.htm，最后访问时间：2016 年 12 月 27 日。

② AWARD, p. 232, para. 553.

③ AWARD, p. 206, para. 481.

④ Hearing on the Merits 25th November 2015, p. 70, paras. 7-26.

⑤ 参见中国法学会菲律宾南海仲裁案研究小组：《关于中菲“南海仲裁案”中岛礁法律地位仲裁事项的初步研究报告》，中国法学会网，www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=893&InfoID=19914，最后访问时间：2016 年 12 月 27 日。

⑥ AWARD, p. 252, para. 618.

⑦ AWARD, p. 212, para. 501.

词),实际上从《公约》第121条第3款起草伊始就已经在学术界存在,^① 仲裁庭在《裁决书》中的分析并无新意,只不过是借南海仲裁案确立一种观点的权威性而已。

二是仲裁庭对《公约》第121条第3款的解释涉嫌造法。包括仲裁案中菲方专家证人在内的众多国际法学者均认为,仅基于文本而建立起对《公约》第121条的确切解释,已经被贴上了“几乎不可能”的标签。^② 仲裁庭除了在“岩礁”解释中援引国际法院在尼加拉瓜诉哥伦比亚“领土和海洋争端案”的判决作为支撑外,在其他术语解释中,仲裁庭一方面用《牛津英语词典》和《简明牛津英语词典》中的语义解释厘清该条款用语的通常意义,^③ 俨然将字典作为《公约》的组成部分;^④ 另一方面在解释中不仅夹杂着仲裁员个人的观点,而且还包括对存在争议学术观点单方面截取及编纂,未给出包括习惯国际法在内的任何法律例证。

第二,目的解释不足以反映缔约国对《公约》第121条第3款的共同意图。仲裁庭将“《公约》第121条第3款和专属经济区目的之间的联系”^⑤ 作为目的解释的内容之一,回顾了专属经济区制度在《公约》中确立的过程,认为第121条第3款起草者关注的“人类居住”,指的是从专属经济区获得利益的那部分人口的“居住”。^⑥ 根据《维也纳条约法公约》第31条和第32条,条约解释的目的是确定缔约方的共同意图而非某国或某些国家团体的个别意图,^⑦ 确定专属经济区制度的目的与岛礁的权利范围,应当如解释《公约》其他条文一样涉及到确定缔约国的共同意图。况且,国际法院在“卡塔尔诉巴林案”中业已强调“无论地物有多小,岛屿应当像陆地那样形成同样的海洋权利”,^⑧ 因而,从专属经济区获得利益角度对人类居住及非居住行为划出一条边界,本身就是非常主观。尽管,仲裁庭引用了1973年秘鲁代表在海床委员会上的发言、新加坡大使在第三次海洋法会议期间的总结发言加以证实,^⑨ 然而,不得不承认的是,“目的解释方法(intention approach)太过主观,整体解释方法(integration approach)更有助于条约含义的明确。《维也纳条约法公约》第31条第2段所规定的条约解释规则就是对‘整体解释方法’的阐释”。^⑩

① See Erik Franckx, “The Regime of Islands and Rocks”, Malgosia Fitzmaurice, in Norman A. Martínez Gutiérrez (eds.), *IMLI Manual on International Maritime Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 105 – 124.

② Clive H. Schofield, “The Trouble with Islands: The Definition and Role of Islands and Rocks in Maritime Boundary Delimitation”, in S-Y Hong, J. M. Van Dyke (eds.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea* (Hague: Martinus Nijhoff, 2009), pp. 19, 27; A. G. Oude Elferink, “Clarifying Article 121 (3) of the Law of the Sea Convention: The Limits Set by the Nature of International Legal Processes”, (1998) 6 *Boundary and Security Bulletin*, pp. 58 – 59.

③ AWARD, pp. 207 – 208, 211, paras. 485 – 488, 499.

④ 也有观点认为援引词典解释条约文本通常含义无可厚非。例如,世界贸易组织(WTO)上诉机构前主席的詹姆斯·巴库斯(James Bacchus)认为,《牛津英语词典》正是发现条约用语“通常意义”的最佳处所,因为“就英语单词而言,没有比《牛津英语词典》定义得更好的了”。See James Bacchus, “The Appeals of Trade: The Making of an Old GATT Hand”, World Trade Law Net, <http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=articles/bacchusgatthand.pdf> (last visited December 26, 2016).

⑤ AWARD, p. 215, paras. 512 – 514.

⑥ AWARD, p. 218, para. 520.

⑦ *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, p. 164, para. 405.

⑧ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 61, para. 185.

⑨ AWARD, p. 216, para. 514.

⑩ See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, I. C. J. Reports 1994, Separate Opinion of Judge Ajibola, pp. 64 – 69, paras. 59 – 78.

而且,因为相关规范的谈判过程更为复杂,试图厘清这种可能存在于文本之外的缔约国意图,可能具有更大的困难。^①

第三,缔约准备对于理清《公约》第121条第3款含义作用有限。由于《公约》第121条第3款文本的模糊性,借助于缔约前的准备确定该条款的含义,其作用十分有限。^② 国际法院法官阿吉博拉在利比亚诉乍得“领土争端案”中认为,“《维也纳条约法公约》第32条对条约签订前的准备工作及缔约环境在条约解释中的作用进行了规定,将其作为使条约条款含义进一步明晰的补充资料。但在实际的条约解释中,我对准备资料的作用表示怀疑。大量的准备材料(如谈判文件、报告、会议辩论及地图等)本身就容易导致解释上的冲突”。^③ 仲裁庭在《裁决书》对缔约准备的梳理,似乎也没有得出更多有助于解释《公约》第121条第3款的肯定性结论,反而证明在该条款制定期间存在大量不同立场,以至于除了模糊条文表述以实现妥协外,无法进一步就区别岛屿和岩礁的面积、人口等具体标准形成共同的意图。事实上,仲裁庭也未找到充分的证据证明这种共同意图是真实的、客观存在的。

(二) 在推定意图与有疑从轻解释之间未实现平衡

有疑从轻(in dubio mitius)解释属于条约解释习惯规则。^④ 即如果一项规定的含义含糊,应该采纳那种使负担义务方较少负担,或对当事国的属地或属人最高权较少干涉,或对当事方较少限制的含意。^⑤ 1925年,常设国际法院在《洛桑条约》解释案咨询意见中即采纳有疑从轻解释原则,主张对限制主权予以严格解释。^⑥ 南海仲裁案中仲裁庭所作解释与上述国际司法裁决相距甚远。

第一,缔约国针对《公约》第121条第3款不存在共同意图。条约解释方法的基础是,条约文本必须假定为缔约国意图的权威表述,……将其用语的通常意义、条约的背景、其目的和宗旨、及国际法一般规则,连同缔约国的作准解释,作为解释条约的主要标准。^⑦ 推定意图是通过应用《维也纳条约法公约》第31条、第32条承认的各种解释资料所确定的当事国的意图,^⑧ 推定意图的前提是缔约国存在一个潜在的“共同意图”,并可以从公约条款用语的通常意义等方面,抽象出来。如果缔约国在缔约期间本就缺失共同意图,通过解释的方法创设缔约国“共同意图”,实则是单方面增加或减少《公约》缔约国的权利和义务。然而,推定意图并非一个单独

① 房东:《对“文本”的扬弃:WTO条约解释方法的一种修正——以服务贸易具体承诺表的解释为分析起点》,载《法律科学》2011年第3期,第147—148页。

② See David Anderson, “Islands and Rocks in the Modern Law of the Sea”, in Myron H. Nordquist, C. H. Schofield (eds.), *The Law of the Sea Convention: US Accession and Globalization* (Hague: Martinus Nijhoff, 2012), pp. 307–321.

③ See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, I. C. J. Reports 1994, Separate Opinion of Judge Ajibola, p. 72, para. 88.

④ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 4th ed., 1990), p. 631.

⑤ See Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise (Vol. 1)* (London: Longmans, Green and Co., 1905), p. 561; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 4th ed., 1990), p. 631.

⑥ See Permanent Court of International Justice, Interpretation of Article 3, Para. 2 of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion, P. C. I. J. 1925, Series B No. 12, p. 25; 张卫彬:《国际法院解释领土条约的路径、方法及拓展》,载《法学研究》2015年第2期,第193页。

⑦ See Yearbook of the International Law Commission, *Documents of the first part of the seventeenth session including the report of the Commission to the General Assembly*, 1964, vol. II, pp. 204–205, para. 15.

⑧ See Report of the International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/68/10 (2013), p. 27.

可确定的最初意愿,准备工作并非确定当事国推定意图的主要基础,而是如《维也纳条约法公约》第32条所示,仅仅是补充解释资料。^①况且,《公约》缔约准备材料已经清晰地表明,缔约国之间有关第121条第3款的含义从未形成过共同意图,更遑论其目的和宗旨,以至于这种异议延续至今,既无国际法院判决予以澄清,也无可以依赖的国家实践。^②在缺少缔约国的作准解释,无法从第121条第3款用语的通常意义、条约背景及国际法一般规则,推知缔约国共同意图的情况下,^③仲裁庭没有承认缔约国共同意图存在空白,而是迂回利用《公约》第5部分(专属经济区)缔约准备工作,推定和填补缔约国在《公约》第8部分存在的共同意图,这种方式不仅无视《公约》缔约期间的客观事实,也是在借用条约解释之名为缔约国创设权利和义务。

第二,有疑从轻解释是共同意图缺失情形下条约解释的合理化选择。适用有疑从轻解释原则的前提,是承认其属于条约解释习惯规则,而非普遍适用的一般规则。对此,有学者质疑“在解释中强调该原则将造成条约分裂,即使条约在不同情况下适用不同国家时具有不同含义”。^④但是不同岛礁的水文、生态、经济生活等情况本来就千差万别,在《公约》制定期间不同国家对第121条也是观点各异,即使在《维也纳条约法公约》第31条、第32条限制下,条约解释本身依然具有相当大的灵活性,不存在唯一标准,仲裁庭选择何种解释方法应属其自由裁量范围。然而,条约解释目的之一是使约文含义明晰化、当事国争端缓和化,面对菲律宾的仲裁请求,仲裁庭只能在“继续解释”或“拒绝解释”中二选其一。囿于“不得拒绝裁判”原则和《管辖权及可受理性裁决》,拒绝解释《公约》第121条第3款显然行不通,推定共同意图又涉嫌为缔约国创设权利和义务。故此,解释该条款的唯一路径只能是承认缔约国共同意图存在空白,适用有疑从轻解释原则。然而,仲裁庭在《裁决书》中对《公约》第121条第3款解释恰恰相反,不仅推定得出一个莫须有的共同意图,而且严格限制了该条款的适用。

(三) 对条约术语的时间演变特征未作出合理化解释

根据解释之时存有的解释资料确定当事国意图时,必须回答当事国签订条约中的“术语”(term)含义是否可随时间演变。^⑤即条约是应当根据其缔结时的情况和法律来解释,还是应当根据使用之时的情况和法律来解释。^⑥术语并不限于具体措辞(如商业、领土地位或投资),而是还可能包含更为相互关联和相互交叉的概念,如“依法”“必须”等。^⑦国际法院在解释条约术语时存在两种倾向:一种是偏向于“当时意义”解释;另一种更偏向于“演变性”解释,采用演变解释办法的国际司法和仲裁机构,均采用逐案处理的方式,通过《维也纳条约法公约》

① See Report of the International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/68/10 (2013), p. 27.

② AWARD, pp. 225 – 226, paras. 534 – 535.

③ AWARD, p. 215, para. 512.

④ 参见〔美〕约翰·H·杰克逊:《国家主权与WTO——变化中的国际法基础》,赵龙跃、左海聪、盛建明译,社科文献出版社2009年版,第215—216页。

⑤ See Report of the International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/68/10 (2013), p. 27.

⑥ See M. Fitzmaurice, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties Part I”, (2008) 21 *Hague Yearbook of International Law*, pp. 101ff.

⑦ See Report of the International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/68/10 (2013), p. 30.

第 31 条和第 32 条提到的各种条约解释资料, 确定是否应当赋予条约术语以能够跟随时间演变的含义。^① 对于以上两种解释倾向, 纪尧姆专案法官在“航行权和相关权利争端案”中总结指出, 更倾向于“当时意义”解释的法院裁决, 大多涉及相当具体的条约术语(如分水岭、主航道或河流最深线、地名、河口)。^② 而演变性解释的案件涉及更一般的术语, 如“现代世界的艰难条件”或“这些人民的福祉和发展”等。^③

应区分对待《公约》第 121 条第 3 款术语的解释。《公约》第 121 条第 3 款中的“岩礁”显然属于纪尧姆法官所指具体的条约术语, “不能”“维持”“人类居住”和“自身经济生活”会随着人类社会的发展与科学技术的进步呈现出不同的形式与内容, 属于一般术语。在《公约》长期有效的前提下, 则需要通过在个案的基础上考虑某些标准, 在使用各种解释资料中得出此种演变解释。^④ “航行权和相关权利争端案”中, 国际法院在解释 1858 年条约中“商业”(comercio)一词时, 认为“在一些情况下, 当事国缔结条约的意图是……赋予所用术语……一种能够演变的含义或内容, 而非一旦设定即永不改变的含义或内容”, 以便“为国际法的发展留出余地”。^⑤ 国际法院在认定“商业”(comercio)作为一般术语后, 指出“当事国必然意识到其含义……很可能随时间演变”, 意识到“缔结的条约要持续很长时间”, 并得出结论认为“必须推定当事国……意图使”该术语“具有演变的含义”。^⑥ 在“美国海虾海龟案”中, 世界贸易组织上诉机构认为, “第 20 条 (g) 项中‘自然资源’这一通用术语不是‘静止’的, 而‘根据定义是发展的’”。^⑦ 可见, 对于条约中的一般术语做演变性解释, 在国际司法及仲裁中存在共识, 并非不具有代表性的个案情况。反观南海仲裁案, 仲裁庭偏倚“当时意义”解释, 以 19 世纪 60 年代、20 世纪 30 至 40 年代的个别记载判断南海岛礁当前状况, 就是选择了与国际司法实践相背离的条约解释方向, 因而无法期待其得出一个合理、合法的结论。

四 南海仲裁案涉及岛礁法律地位引用证据的剖析

南海仲裁案中仲裁庭在评估证据的可靠性及证明价值基础上, 主要依据军事测量数据、航行

-
- ① See Report of the International Law Commission, *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/68/10 (2013), p. 25.
- ② See Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009, Declaration of Judge ad hoc Guillaume, pp. 294–300, paras. 9–18; Report of the International Law Commission, *Discussion on the Study on the interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties)*, in the context of general developments in international law and concerns of the international community, A/60/10 (2005), para. 479.
- ③ 参见《国际联盟盟约》第 22 条。
- ④ See Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682 and Corr.1 (2006), para. 478.
- ⑤ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 213, at p. 242, para. 64.
- ⑥ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 243, paras. 66–68.
- ⑦ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, pp. 48–49, para. 130.

指南及海图、学术文献及新闻报道,适用国际法相关规则证明南海岛礁的历史及事实状况,并结合解释《公约》第121条第3款后确立的标准,判断相关岛礁的法律地位。

(一) 秘密军事测量所得证据不具有合法性

仲裁庭在引用英国、日本军事测量数据时,虽承认这些信息是在二战后被公之于众,^①但径行越过了对证据合法性的判定。由此即会产生疑问,通过侵犯主权行为获取的信息是否可以作为仲裁证据,以及默认和禁止反言是否会支持证据的合法性。

第一,合法性是适用证据的首要前提。合法性,是指证据形式合法,且取得方式、手段及程序必须符合法律规定,证据的合法性直接影响其可采性(admissible)。国际法中并没有系统的证据合法性判定及排除规则,通常经由个案审查的方式判定证据合法性,提出证据可采性的限制条件。在“科孚海峡案”中,针对英国主张1946年11月12日和13日的扫雷行为是基于其与苏联、美国和法国的协议,以及搜集水雷是为了保存证据,^②国际法院以14票对2票判决英国上述行为侵犯了阿尔巴尼亚的主权,认为“对领土主权的互相尊重是独立国家间国际关系的主要基础”,“为确保对国际法的尊重,作为国际法的执行机关,国际法院必须宣告英国海军的行为构成对阿尔巴尼亚主权的侵犯”。^③在该案中,国际法院并未直接审查搜集水雷行为与证据合法性之间的关系,而是从国家主权角度,否定了英国取证行为的合法性,间接地否定了其证据的合法性和可采性。由此可见,侵犯他国主权获得的证据或许具有真实性和关联性,但依然需要排除其证明效力。

第二,南海岛礁相关信息是通过秘密军事测量取得的。仲裁庭认为,早期对南海进行军事测量的国家主要有英国、日本、法国和美国,其中,第一次对南海岛礁持续性军事测量活动发生于1862年至1868年,由英国海军实施。^④之后,在20世纪20至30年代,英国、日本海军对南沙群岛进行了持续测量活动,上述大部分测量信息是在二战之后才被公众知晓的,^⑤这一事实在被仲裁庭援引的《南沙群岛秘密水文测量》中也得到了证实。^⑥且不论《裁决书》和《南沙群岛秘密水文测量》认定的南海水文测量历史事实是否狭隘,^⑦仅就裁决认定的事实而言,可以得出如下结论:一是,测量是在南海岛礁附近及以上进行的。如《裁决书》认定英国海军曾于1866

① AWARD, p. 141, para. 329.

② 英国海军在阿巴尼亚水域的行为有两次:一次发生在1946年10月22日英国军舰因触碰水雷导致爆炸;另一次发生在1946年11月12日和13日在该海峡进行扫雷。See *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, Merits (including the text of the declaration of Judges Basdevant and Zoričić), I. C. J. Reports 1949, p. 6.

③ See *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, Merits (including the text of the declaration of Judges Basdevant and Zoričić), I. C. J. Reports 1949, pp. 34 - 35.

④ 1862年前,英国航海者和水文地理学者已开始对南沙岛礁进行水文测量。参见房建昌:《近代南海诸岛海图史略——以英国海军海图官局及日本、美国、法国和德国近代测绘南沙群岛为中心(1685—1949年)》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第4期,第21—24页。

⑤ AWARD, p. 141, para. 329.

⑥ See David Hancox, Victor Prescott, *Secret Hydrographic Surveys in the Spratly Islands* (Philadelphia: Coronet Books Inc., 1999), pp. 154 - 155.

⑦ 1935年4月,中华民国海军海道测量局完成实地测量后,水陆地图审查委员会会刊第2期专门绘制《中国南海各岛屿图》。参见毛剑杰:“纸上谈疆:南海断续的国界线是如何形成的?”,人民网,http://history.people.com.cn/GB/205396/15093538.html,最后访问时间:2016年12月27日。

年、1932年两次测量黄岩岛,^① 1864年至1865年、1938年两次测量华阳礁等;^② 二是,未说明测量行为是否得到中国政府许可。1840年后伴随国际法传入中国,当时的中国政府对水文测量与国家主权之间的关系已有明确认识。如1883年,德国军舰非法测量我西沙、南沙群岛,在清政府提出抗议后,德国停止了非法活动,^③ 1933年“九小岛事件”事件的肇事船舶也是法国西贡当局的军舰和测量船。^④ 而且外国军舰测量中国水道,也有事先告之中国政府并获得同意的事例。^⑤ 如1906年英国军舰测绘福建沿海,已经报明外务部同意,次年英国军舰测量广东归善亦得到粤督同意,但大量的测量活动没有告知中国政府。^⑥ 可见,仲裁庭突出英国、日本对南海岛礁军事测量的“原创性”和“持续性”,本就是对历史事实的片面截取,刻意回避了中国政府对特定国家非法测量行为的抗议。

第三,违背国际法规则取得的证据应予排除。19世纪60年代南海尚无领土争端,20世纪30、40年代中国与日本正处于交战状态,秘密军事测量行为是否违反国际法,应从三方面厘定:一是,时际法原则是判断秘密军事测量合法性的标尺。即根据不同时期的法律与历史事实,适用不同类型的法律,特别是那些当时有效的法律原则与概念,藉以解决法律因溯及既往所产生的争议。^⑦ 英国、日本有关南海岛礁军事测量发生在百年之前、公布于二战之后,当事国行为的合法性受行为当时有效的法律支配,依照这一原则,该行为的合法存续也必须与法律演进要求的情况相一致。^⑧ 英国、日本在对南海的军事测量活动是在中国领土上进行的,依照与之同时的法律来判定,测量行为受到领土主权的限制。从前述中国政府对外国军舰非法测量行为的抗议及国际法院“科孚海峡案”的判决看,即使在19世纪60年代和20世纪30年代,该测量行为也是非法的。其二,日本军事测量行为属于侵略行为。《裁决书》援引20世纪30年代日本在南海实施测量获取的数据时,除两处引文标明数据信息来源于日本帝国海军1938年测绘海图外,其他均未标注具体测量或出版时间,^⑨ 汉考克斯和普雷斯科特指出,该测量用于舰队停泊和军事用途,而且这些1938年出版的日本海图,直到二战后才对非日本军事使用者(non-Japanese military users)公开,^⑩ 由此证明,日本在南海的测量行为是其侵略行为的一部分,属于国际罪行。^⑪ 三是,默认和禁止反言不适用于判断秘密军事测量行为的合法性。英国、日本海军对南沙群岛的秘密测量信息是在二战之后才被公众知晓的,尽管当时中国在测量技术方面落后于英国、日本,但是在国际法领域从未对他国非法测量南海岛礁的行为采取默许。在20世纪70年代南海争端公开

① AWARD, p. 143, para. 333.

② AWARD, p. 144, para. 335.

③ 参见郭渊:《晚清政府的海洋主张与对南海权益的维护》,载《中国边疆史地研究》2007年第3期,第131页。

④ 参见吴士存主编:《南海问题文献汇编》,海南出版社2001年版,第8—12页。

⑤ 参见房建昌:《近代南海诸岛海图史略——以英国海军海图官局及日本、美国、法国和德国近代测绘南沙群岛为中心(1685—1949年)》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第4期,第21—24页。

⑥ 参见刘利民:《近代中国水道测量事业的民族化进程述论——以海道测量局为中心的考察》,载《晋阳学刊》2016年第3期,第33期。

⑦ See Clive Parry, John P. Grant, *Encyclopaedic Dictionary of International Law* (London: Ocean Pub., 1986), p. 190.

⑧ See Reports of International Arbitral Awards Volume II, *Island of Palmas Case* 1928, United Nations (2006), pp. 829—850.

⑨ See AWARD, p. 136, para. 315, at p. 157, para. 361.

⑩ David Hancox, Victor Prescott, “A Geographical Description of the Spratly Islands and an Account of Hydrographic Surveys Amongst Those Islands”, International Boundaries Research Unit, (1995) 1 *Maritime Briefing* 6, p. 37.

⑪ 参见朱文奇:《东京审判与追究侵略之罪责》,载《中国法学》2015年第4期,第5—6页。

化之前,包括英国、日本等国家一方面承认中国对南沙群岛的主权,另一方面采取秘密方式测量中国领土,本身就是对禁止反言的违反。毋庸讳言,时间不会“洗白”证据的非法性,强权也非公理,秘密军事测量取得的证据不仅不能支持仲裁裁决的合法性,也违反了既有的国际法判决。

(二)《航行指南》及海图资料不属于同时期证据

在尼加拉瓜诉哥伦比亚“领土和海洋争端案”中,国际法院在考察在奎塔苏埃诺礁(Quitaeño)是否存在高潮时高于水面自然形成的陆地时,没有采纳多年(某些情形下是数十年)的测量结果,不认为此类海图有对证明上述地物的情况有什么证明价值(probative value)。国际法院指出,此类海图是用以说明在奎塔苏埃诺礁航行的危险,而非区分高潮时哪些地物高于水面,哪些低于水面。与之相关的是同时期证据(contemporary evidence),到目前为止,最为重要的是史密斯博士(Robert Smith)编写的《关于奎塔苏埃诺礁的专家报告》,该报告是在对奎塔苏埃诺礁实际观测及对这些情况的科学评估基础上形成的,尽管如此,国际法院仍认为必须谨慎对待报告结论。^①南海仲裁案中仲裁庭称“已经注意到上述判明,但认为对其理解应基于该判决部分上下文”,并逆向推理《公约》第5条^②认为,“该条设想了一种状况,即能够期待通过当事国良好地测量和绘制,一国可以给出其海岸线的信息。由于远海地物很少被声索国仔细测量,故经修订的海图可以校正错误或引入新的信息,《航行指南》可以作为问题地物(features in question)直接观察的替代来源”。^③本文认为,仲裁庭该论断不成立。

第一,《公约》第5条的规定与判断南海岛礁形态无关。《公约》第5条规定的是沿岸低潮线可以作为领海基线,而非大比例尺海图所标明的信息可以作为判断沿海国地物形态的依据。即使在该条款框架下,从海图上读取沿海国岛礁的形态信息,也需受到限制:一是应当沿海国官方承认的大比例尺海图,而非任意大比例尺海图;二是读取信息的对象仅指向沿海国大陆“沿岸”;三是不属于该条“除外”规定,即第6条(礁石)、第7条(直线基线)、第9条(河口)、第10条(海湾)、第11条(港口)和第13条(低潮高地)。^④仲裁庭在《裁决书》中未说明其所选定的1:250万比例尺是否为中国承认的“大比例尺”,也未说明其所依据的他国大比例尺海图是否为中国官方承认的海图。即便承认仲裁庭逆向推理的合理性,对于“位于环礁上的岛屿或有岸礁环列的岛屿”^⑤水文及形态信息的推知,也应当援引《公约》第6条的规定。因此,无论是从法律依据,还是从水文测量与海图之间的信息反馈关系看,仲裁庭对《公约》第5条的援引无法为其进一步利用航行指南及海图资料奠定证据基础。

第二,同时期证据在判断南海岛礁形态中同样适用。国际法院在尼加拉瓜诉哥伦比亚案同时

① *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 644, paras. 35–36.

② 《联合国海洋法公约》第5条:“除本公约另有规定外,测算领海宽度的正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图所标明的沿岸低潮线。” See AWARD, p. 142, para. 331.

③ AWARD, p. 142, paras. 331–332.

④ See A. G. Oude Elferink, D. R. Rothwell (eds.), *The Law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction* (Hague: Martinus Nijhoff, 2001), pp. 34, 56–68.

⑤ 《联合国海洋法公约》第6条:“在位于环礁上的岛屿或有岸礁环列的岛屿的情形下,测算领海宽度的基线是沿海国官方承认的海图上以适当标记显示的礁石的向海低潮线。”

期证据判决部分,再次肯定“即使最小的岛屿也能够划定12海里领海”,^①并指出所述证据必须有效满足检验地物高潮时高于水面。^②国际法院一方面承认国际法没有规定岛礁的面积下限,另一方面认为《关于奎塔苏埃诺礁的专家报告》中的潮汐模型推算,对于计算奎塔苏埃诺礁这种的浅水区地物是存在争议的,不能有效证明这些微小海洋地物一直高于水面几厘米。^③南海仲裁案中,仲裁庭显然注意到了上述判决暗含的时间标准,在面对繁杂、差异甚至是相互矛盾的证据时,仲裁庭并未充分行使调查、获取补充证据的权力,或者进行有效的甄别,而是采取回避和以偏概全的态度,希望利用证据的时间跨度,弥补因缺少同时期观测导致的证据真实性质疑,却无法回避那些过时文献所提到的岛礁特征,至今已经不复存在或位置不够精确。正如弗兰克法官在“利吉丹岛和西巴坦岛案”中指出的,“撇开案件输赢不谈,法院未能广泛地阐明所涉的法律问题,而是将精力放在决定一些模糊证据的细微的事实评价问题之上,这将造成国际法律体制的迷失”。^④

第三,不同时期的南海岛礁证据内容存在差异。《裁决书》援引了英国海军1864年测量南沙群岛和1926年测量双子群礁的报告,称南沙群岛潮高是1.6米,高高潮(Higher High Water)和低低潮(Lower Low Water)之间的潮差是0.91米。1966年英国海军对双子群礁的测量结果显示其高高潮和低低潮之间的潮差是0.81米,潮高是1.4米。^⑤仲裁庭对于证据的选择是不能支持其结论的:

首先,南海岛礁的形态处于发展中。南沙岛礁为发育中的珊瑚礁,有地质资料显示,南海底部的地壳在近地质时期处于缓慢上升状态,南海诸岛平均每年升高约1厘米,所以南海中不断有新的地物出现。20世纪80年代的观测资料显示,西沙群岛的东新沙洲、西南沙洲和全富岛等就是近期露出水面的。^⑥因此,用百年之前的测量结果证南海岛礁当前的水文及形态信息,必不足取。其次,《航行指南》及海图不是判断岛礁地理及水文信息的可靠依据。海图是用以说明在岛礁附近海域航行的危险,而非区分高潮时哪些地物高于水面,哪些低于水面。^⑦由于各国求值方法有别,因此采用的深度基准面也不相同,得出的水文数据差值大小也各异。因此,海图深度基准面是一种数值表示,^⑧其意义是为航海安全提供最小的静水深,而非对岛礁周边海域作出精确的水文描述。正如依一个法庭所言:“大量的证据不会构成证明,就像一百个兔子不会变成马一样”,^⑨在错误的路径上选择了错误的证据,再多的证据也不能支持仲裁结论的合法性。最后,英国海军的测量结果不具有准确性。南沙海区以东北—西南对角线为界,西北半部为正规日潮区,最大可能潮差小于1米;东南半部为不正规日潮区,向岸潮差逐渐增大,如仙娥礁的最大可能潮差大于2.5米。^⑩

① See *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, I. C. J. Reports 2001, pp. 101 – 102, para. 205; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I. C. J. Reports 2007 (II), p. 751, para. 302.

② *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 644, para. 36.

③ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 645, para. 38.

④ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, dissenting opinion of Judge Ad Hoc Franck, p. 692, para. 3.

⑤ AWARD, p. 135, para. 314.

⑥ 广东地名委员会编:《南海诸岛地名资料汇编》,广东省地图出版社1987年版,第144页。

⑦ See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 644, para. 35.

⑧ 参见暴景阳等:《中国沿岸主要验潮站海图深度基准面的计算与分析》,载《武汉大学学报(信息科学版)》2006年第3期,第224页。

⑨ See *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, I. C. J. Reports 1994, Joint dissenting opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva and Koroma, p. 172, para. 82.

⑩ 参见南沙海域环境质量研究专题组:《南沙群岛及其邻近海域环境质量研究》,海洋出版社1996年版,第10页。

《裁决书》援引了1864年测量结果概指南沙群岛,但没有说明具体的测量位置,在逐一分析华阳礁、永暑礁等地物时鲜有提及单个岛礁周边的潮汐状况。^①双子群礁位于南沙群岛西北端最外延,菲律宾第3至7项仲裁请求没有涉及该群礁内的地物,该群礁与美济礁、仁爱礁也不属于同一潮区。仲裁庭所谓“南海潮差相对较小,选择不同的高程基准(vertical datum)在大多数情况下对认定地物地位没有差别”的说法,^②是以偏概全,与国际法院在尼加拉瓜诉哥伦比亚案中谨慎对待水文数据的判决,背道而驰。

(三) 学术文献及新闻报道的证据证明力有限

国际司法及仲裁机构对学术文献及新闻报道的证明力予以限制。国际法院在“对尼加拉瓜进行军事和准军事行动案”中,针对美国与尼加拉瓜均提出了大量书籍和新闻报道作为案件证据,认为即使这些材料满足非常高的客观标准,也不能作为确认事实的证明,但在某些情况下,它能补强事实的存在,且可以作为其他来源的证据说明性材料。^③因而,学术文献及新闻报道的证明力有限。

学术文献及新闻报道仅能对其他证据构建的证据链予以补充。仲裁庭在《裁决书》第6部分C项未给出筛选学术文献及新闻报道的证据标准,本文认为,这些证据存在如下问题:一是证据的真实性存在疑问。1940年出版的《暴风之岛》是由小仓久仁子、桥本博在小仓卯之助遗稿基础上编辑而成的,遗稿记录的是小仓卯之助1919年在太平岛的活动,^④故《暴风之岛》类型上应属于回忆录,有必要对其证据资格及内容的真实性提出质疑。二是仲裁庭对学术文献存在误用。仲裁庭引用1947年席连之《广东南沙群岛土壤纪要》时,将该文有关鸟粪部分误做土壤记录,^⑤实际上该部分为“太平岛之鸟粪,除上述长岛系埋藏剖面外,岛本部者,依形态可分两类:(一)为太平岛系……17485, AG-10, 鉴于电台东微偏北,距离约250公尺处……。”^⑥鸟粪属于矿产部分,该文对太平岛的土壤另有记载。三是对新闻报道的筛选有失客观。仲裁庭只选择了1933年至1939年大阪《朝日新闻》和1945年5月4日《纽约时报》的新闻报道,既未给出筛选标准,也未对上述报道的真实性与可靠性作出充分说明。有关南海岛礁存在大量中文报道,裁决南海岛礁问题,却撇开中文资讯而转求他国报道,仲裁庭援引证据的标准无法令人信服。

刻意挑选证据为证明而证明。仲裁庭援引1947年席连之《广东南沙群岛土壤纪要》有关太平岛土壤及植被状况的记录,认为“接受太平岛可以种植瓜果和蔬菜的事实,但认为太平岛土壤的耕作能力有限,岛上农业不能有效支持一定数量的人口”。^⑦面积狭小的洋中岛是否能够进行农业活动,并支持一定数量的人口?在席文同期刊物另一篇关于南海永兴岛的调查报告中,就可以窥见:“并非此群岛土壤,不能种植,而实为各岛面积过小,且与内地交通联系困难,况广东南部及海南岛一带,荒地甚多,若能绥靖地方,以谋开发,正未可限量,此时似不必舍近而求远”;“区内可植陆稻,每年稻作,如能供给充足肥料,且可种植三季,惟一般言之,仍以种两

① AWARD, pp. 144-174, paras. 336-384.

② AWARD, p. 134, para. 313.

③ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, I. C. J. Reports 1986, p. 40, para. 62.

④ 参见小仓卯之助著:《暴风之岛》,小仓久仁子、桥本博编,小仓中佐遗稿刊行会1940年版,第1—3页。

⑤ AWARD, p. 244, para. 595.

⑥ 席连之:《广东南沙群岛土壤纪要》,载《土壤》(季刊)1947年第3期,第79页。

⑦ AWARD, p. 245, para. 596.

季为宜，该恐地力消耗过促，易化石田”。^① 永兴岛与太平岛均属于珊瑚岛，表层土壤构成相似，岛上之所以没有持续的农业活动，并非其自然条件达不到农作要求，而是没有必要“舍近求远”到远离大陆的地方进行耕作。历史上关于南海岛礁的记载浩如烟海，依据同一期刊物的不同文献就可以得出不同结论，由此，至少说明仲裁庭利用学术文献考证岛礁信息得出的结论不具有可靠性。

五 结语

综上所述，《公约》只是国际海洋法制度的一部分而非全部。仲裁庭否定南海各类岛礁之间、岛礁与相连海域及其他自然地物之间，在地理、经济和政治上的整体性，无视南海诸群岛在历史上已被视为这种实体，曲解中国相关外交照会，对《公约》的解释以“释法”之名行“立法”之实。仲裁庭在《裁决书》中曲解了《公约》第121条第3款应有的含义，悖离条约解释是以约文含义明晰化、当事国争端缓和化为目的的初衷，无视国家实践是推动《公约》制度内容形成和发展的源动力。仲裁庭依赖于从历史片段及证据解释中所得出的间接证据，对南海岛礁的自然及地理信息进行推理证明，未兼顾到证据的合法性、真实性和关联性，并且与国际法院的判例存在诸多抵触之处。南海仲裁案中仲裁庭有关岛礁法律地位的裁决，不仅侵犯了中国依据《公约》自主选择争端解决方式的权利，破坏《公约》的整体性和权威性，更是对《公约》第十五部分确立的争端解决制度的挑战，损害了包括中国在内的《公约》缔约国的合法权益。

Review of the Award on the Legal Statue of Maritime Features in South China Sea Arbitration

Ma Jinxing

Abstract: Legal Statue of Maritime Features is one of the core issues in South China Sea Arbitration, which essence is territorial sovereignty and maritime delimitation disputes between China and the Philippines. The Tribunal did not interpret the China's diplomatic position as his wish because of the interception of some facts and evidences, and it had intensity subjective tendency on the interpretation of Art. 121 (3) UNCLOS, presumed intention to create rights and obligation for parties, deviated from *dubio mitius* and evolutive interpretation of treaties, made legislation on behalf of interpretation virtually, departed from purpose of treaty interpretation. During the factual proof, the relative evidences, which were selected from historical fragments by the tribunal, lacked of legitimacy, authenticity and relevancy, the legality and validity of the award cannot be supported.

Keywords: South China Sea Arbitration, Legal Statue of Maritime Features, Treaty Interpretation, In *Dubio Mitius*, Historical Evidence

(责任编辑: 罗欢欢)

^① 陆发熹:《广东西沙群岛之土壤及鸟粪磷矿》,载《土壤》(季刊)1947年第3期,第74页。