

徐攀亚.《联合国海洋法公约》中“区域性反致条款”的适用研究[J].中国海商法研究,2022,33(4):27-38

## 《联合国海洋法公约》中“区域性反致条款”的适用研究

徐攀亚

(江南大学 法学院,江苏 无锡 214122)

**摘要:**在国际法反碎片化认识论以及“系统整合”方法论的指导下,《联合国海洋法公约》中的“区域性反致条款”通过允许当事方援用“其他国际法规则”的方式,填补了公约在规范缔约国权利义务上的制度缺陷,并为法庭在争端中适用公约外的其他国际法规则打开了大门。“查戈斯海洋保护区仲裁案”中第2条第3款的解释适用便是“区域性反致条款”适用的典型实践。但本案仲裁庭不仅错误地认定了缔约国的权源基础,也未能明确公约之外其他国际法规则的边界范围,甚至有加重缔约国既有义务的嫌疑。作为重要的国际争端解决组织,仲裁庭肆意扩大争端解决职权的行为将严重扭曲国际司法秩序。“区域性反致条款”的适用要求法庭保持司法克制与司法能动的均衡,并在明确“其他国际法规则”范围的前提下,以与国家同意原则不相违背的方式对其予以解释,从而避免对争端当事国不公平局面的出现。

**关键词:**《联合国海洋法公约》;“区域性反致条款”;“查戈斯海洋保护区仲裁案”

**中图分类号:**D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)04-0027-12

### Study on the application of “Zonal Renvoi Provisions” in UNCLOS

XU Pan-ya

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

**Abstract:** Under the guidance of anti-fragmentation epistemology of international law and the methodology of “systematic integration”, “Zonal Renvoi Provisions” in UNCLOS have filled the legal gap of UNCLOS in regulating the rights and obligations of states parties by permitting them to invoke “other rules of international law”, and have opened the gate for tribunals to apply other international law rules other than UNCLOS provisions in the dispute. The interpretation and application of Article 2(3) in the *Chagos Marine Protected Area Arbitration* was the typical practice of how “Zonal Renvoi Provisions” are used. However, the arbitral tribunal of the case not only wrongly acknowledged the legal source of the state parties, but also failed to identify the outer limits of other international rules beyond UNCLOS. Even worse, the findings of the tribunal may increase the legal burdens of the state parties under UNCLOS. Being an important international dispute settlement institution, the random expansion of the arbitral tribunal’s inherent power will severely damage international judicial order. The application of “Zonal Renvoi Provisions” shall require the court to keep the balance between judicial activism and judicial restraint, and interpret “other rules of international law” in a way that is not incompatible with the principle of state consent, provided that the scope of the rules has been defined, in order to avoid the occurrence of an unfair situation towards state parties to a dispute.

**Key words:** UNCLOS; “Zonal Renvoi Provisions”; *Chagos Marine Protected Area Arbitration*

《联合国海洋法公约》(简称《公约》)自生效起便被视为一项统领海洋权益的基础性规范,在均衡国家海洋权益、化解国家海洋争端以及规范国家海洋事务上发挥着重要作用。然而,海洋领域外延的

收稿日期:2022-09-24

基金项目:2021年度教育部人文社会科学研究青年项目“适用《联合国海洋法公约》之外国际法规则解决海洋争端研究”(21YJC820042),2021年度中央高校基本科研业务费专项资金项目“英国海外领土争端的国际法问题研究”(JUSRP121090)

作者简介:徐攀亚,男,法学博士,江南大学法学院讲师。

快速拓展及法律本身的滞后性,注定了《公约》在面对多元海洋争端时,仅能在既有制度框架内发挥有限功效。<sup>[1]</sup>为此,《公约》在序言中规定,“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”,试图通过与国际法体系挂钩的方式,弥补《公约》本身的制度缺陷。而这一指导思想也在规制不同海洋区块的《公约》“区域性反致条款”上得到体现。

通过允许缔约国援用《公约》外的国际法规范论证其享有的海洋性权利,“区域性反致条款”在形式上突破了《公约》的既有“藩篱”,实现了《公约》与国际法整体制度的对接,并在一定程度上缓解了国际法“碎片化”在海洋法领域的负面效应。但是,看似能发挥重要作用的“区域性反致条款”实则存在重大的适用缺陷。条款内容的模糊性放大了《公约》法庭的自由裁量权限,而缺乏一致性的条约解释和司法实践则将导致未来裁判稳定性的缺失。

因此,笔者将从“区域性反致条款”的概念界定及价值内涵出发,以“查戈斯海洋保护区仲裁案”中涉及“区域性反致条款”(即《公约》第2条第3款)<sup>①</sup>的裁判为切入点,剖析仲裁庭对该条款解释适用时面临的困境,并为《公约》法庭未来审理涉及其他“区域性反致条款”的案件提供因应之策。

## 一、“区域性反致条款”概述

### (一)“区域性反致条款”的概念剖析

“区域性反致条款”用以指称那些将《公约》之外的国际法规则适用于不同海洋区块的《公约》条款。<sup>[2]</sup><sup>535</sup> 与国际私法中的反致制度相似,此类条款的核心功能在于对特定区域范围内法律规范的反致,即通过条款的规定对非《公约》的外部国际法规则予以援用。更为重要的是,此类条款若构成缔约国的争端诉求,并在《公约》项下法庭的争端审理中得到证成,便能使法庭在事实上享有“法外选法”的职能权限。

根据统计,《公约》中共有7条“区域性反致条款”<sup>②</sup>。除此之外,《公约》还包含50多条非区域性的“反致条款”。非区域性的“反致条款”以规制《公约》中其他海洋性事务为主,其在形式与功能上与“区域性反致条款”略有差异,但追求的法律效果及目的却与“区域性反致条款”保持一致,均允许《公约》外的国际法规范介入以《公约》为主导的海洋

事务。

“区域性反致条款”具有三个特点:第一,缔约国应拥有《公约》项下某一海洋区域(比如领海、专属经济区等)的合法权利,并据此采取某种行为;第二,缔约国的海洋性权利应被施加一定程度的限制;第三,权利被限制的程度及范围由《公约》外的其他国际法规则确定。此外,由于“区域性反致条款”并未提及《公约》外的国际法规则的适用边界,因此任何规则均有可能落入此类条款所涵盖的范围。这不仅可以包括国际法基本原则、习惯国际法规则、国际条约及协定,还可以包括不具有约束力的“软法”性质的国际规范。

### (二)“区域性反致条款”的价值内涵

#### 1. 彰显海洋法体系的反“碎片化”认识论

在国际法体系日渐触及制度瓶颈的今天,部门法的“碎片化”主要包含两层含义:其一,部门内法律规范高度专业化造成的硬性壁垒;其二,不同部门法律制度之间交互适用不兼容造成的软性壁垒。作为国际法体系的核心部门法,海洋法在实体规范上极具专业性,但分区主义的立法思路和功能主义的管理路径,<sup>[3]</sup>使其依旧呈现出“碎片化”所固有的板块性、固着性等特点。从宏观角度来看,《公约》的制度缺陷体现在“海洋法制度”和“非海洋法制度”间的硬性碰撞,并落脚于《公约》制度能否与其他国际法制度和谐共存上;从微观层面来看,此种缺陷则表现为海洋争端中管辖权和法律适用的论证困境,并最终聚焦于法律适用的软性阻隔可否经由裁量权的有效行使得以消解上。较之宏观层面,微观层面关于法律适用的问题更加直观也更加尖锐,且已在国际社会产生了极为严重的后果:在“南海仲裁案”中,仲裁庭无视“历史性权利”的习惯国际法地位,作出违背国际法规则的裁判便是海洋法“碎片化”负面效应的个案体现。因此,无论是出于维护国际海洋秩序、推动国际海洋法向前发展的宏观目标,还是基于弥补《公约》自身缺陷、满足争端解决现实需要的微观目的,都不应无视包括习惯国际法在内的“其他国际法规则”在调整和规范《公约》未尽权利义务事项上的价值和作用。<sup>[4]</sup>这也构成了海洋法反“碎片化”的核心诉求。

在国际法“碎片化”的冲击下,海洋争端中的法

<sup>①</sup> 《公约》第2条第3款规定:“对于领海的主权的行使受本公约和其他国际法规则的限制。”

<sup>②</sup> 分别是规制领海的第2条第3款,规制国际航行海峡的第34条第2款,规制专属经济区的第56条第2款、第58条第2款和第3款,规制公海的第87条第1款以及规制海底区域的第138条。值得注意的是,《公约》并未设定规范大陆架的“区域性反致条款”。

律适用整体上呈现出割裂的局面,而“区域性反致条款”则可以在其中发挥重要的“粘合剂”作用。通过制度上的衔接,《公约》能够采取一种容纳吸收式的融贯性制度构建进路,将“其他国际法规则”与海洋法实体规范相结合,有效避免其他国际法体系与海洋法规范交融碰撞产生“碎片化”现象。这实际上也体现了《公约》冲破“制度茧房”,主动融入国际法制度体系的努力。正如图里奥·崔维斯(Tullio Treves)所说,任何“自足的”体制依旧会或多或少地与一般国际法保持着联系。<sup>[5]</sup>更何况海洋法并非闭塞的法律制度,它本身具有应对不同情况的灵活性极强的内生机制,可以通过“软法”和具有法律约束力的协定的适用实现“进化”。<sup>[6]</sup>为了进一步推动《公约》的自我完善,同时也为了最大程度地缓和国际法“碎片化”在海洋法中的负面影响,应更加强化争端、“区域性反致条款”和非《公约》国际法规范的内在联系,在既有制度空间内实现三者的和谐共存和有效对接。

## 2. 契合条约解释“系统整合”方法论

达成于1969年的《维也纳条约法公约》(简称《条约法公约》)从国际条约解释的角度,对国际法以及国际争端解决中的法律适用“碎片化”现状及整合需求作出了积极回应。其中,第31条第3款(c)项规定,“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”可被纳入条约解释的一般性程序,从而确立了以系统整合原则为实质内涵的解释方法。“区域性反致条款”的重要地位不仅体现在争端解决中协助条约解释的功能性价值上,还在于通过将《公约》范围外的其他国际法规则纳入《公约》条款解释的考量因素中,进而拓展或限制属于缔约国的海洋权利或应当履行的义务的规范性价值上。二者在法律性质及适用目的上存在差异,但在强调体系化思维及重视制度融合的理念上是保持一致的。实际上,正是因为“系统整合”条约解释方法的存在,才使得“区域性反致条款”允许《公约》外的国际法规则适用的规范表述更加具备正当性和合法性。

“系统整合”的条约解释方法早已出现在其他国际争端解决程序中:WTO早期的“海龟/海虾案”专家组就GATT第20条(g)款中涉及的“自然资源”和“可用竭”等词语的解释,参考了《公约》第56条中自然资源可包括生物和非生物资源的规定;国际

法院则在著名的“伊朗诉美国石油平台案”中认定,双方1955年达成的《友好、经济关系和领事权利条约》不能独立于相关涉及使用武力的国际法孤立运行;欧洲人权法院也早已习惯将一般国际法适用于争端解决中<sup>①</sup>。

“系统整合”的条约解释方法在克服部门法律渊源方面的局限性以及维护国际法的体系性与一致性上具有积极意义。将国际条约解释的“系统整合”方法适用于海洋争端解决,意味着即便《公约》条款本身并未表明需要援用“其他国际法规则”来解决海洋争端,也可能需要根据“系统整合”的实质内涵,充分考虑任何与争端当事国相关的国际法规则。《公约》的统筹地位决定了其必须兼顾“其他国际法规则”的运用,在特定情况下,法庭在案件中为正确解释和适用那些表述宽泛的《公约》条款,必须依据国际法基本规则对争端事项予以解释。

“系统整合”的条约解释方法是应对国际法“碎片化”的一种技术性补充,它在国际社会中的高接受度也充分表明:一方面,整个国际法体系不应被割裂、孤立甚至故意曲解;另一方面,对不同国际法规则的适用,能使国际条约随着整个国际法体系的变化而发展,这将极大缓解国际法规则间相互对抗的现象,提升国际法的有序化程度。当然,以“系统整合”方法论为工具解决海洋争端也存在一些现实困境,它更多强调的是外在的条约解释技术手段,有时忽视了被整合条款之间的内在联系。因此,《公约》法庭或仲裁庭在海洋争端中整合“其他国际法规则”时需秉持积极、灵活以及谨慎的态度,在对《公约》外的国际法规则进行基本解释和初步列举的同时,需阐明它们之间的相互关系。

## 二、“查戈斯海洋保护区仲裁案”适用“区域性反致条款”的实践剖析

### (一)“查戈斯海洋保护区仲裁案”的裁判经过

2010年4月1日,英属印度洋海外领土行政长官颁布公告,正式宣布英国在查戈斯群岛周围建立海洋保护区,以查戈斯群岛领海基线为测算起点向公海延伸200海里,覆盖约64万平方公里海域<sup>②</sup>。英国设立此海洋保护区的行为成为“查戈斯海洋保护区仲裁案”爆发的直接导火索。2010年12月10日,毛里求斯依据《公约》第287条和附件7的相关

<sup>①</sup> 参见UNGA: *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, paras. 433-460.

<sup>②</sup> 参见 *British Indian Ocean Territory Proclamation No. 1 of 2010*.

规定对英国提起仲裁,认为英国的这一行为违反《公约》规定,并提出了4项诉求,请求仲裁庭裁定英国无权在查戈斯群岛设立海洋保护区<sup>①</sup>。

经过审理,仲裁庭基于领土争议的非诉性、实体争议不存在等理由<sup>②</sup>,认定其仅对毛里求斯的第4项诉求具有管辖权。该项诉求的核心不仅在于确定海洋保护区建设是否具有合法性,更在于确定毛里求斯是否拥有相应的海洋权益。2015年3月18日,仲裁庭作出英国在查戈斯群岛周边海域划设海洋保护区的行为违反了国际法上善意原则、“适当顾及”义务以及《公约》第2条第3款、第56条第2款和第194条第4款的裁定<sup>③</sup>。

## (二)《公约》第2条第3款的适用逻辑解析

### 1. 确立争端当事方依据第2条第3款享有的海洋权利

审理过程中,仲裁庭并未直接对《公约》第2条第3款的核心内容进行解释与适用,而是优先确定毛里求斯在领海、专属经济区以及大陆架上的权利,并将推理重心置于1965年“兰开斯特宫承诺”的法律性质及赋权范围上,探究该承诺是否赋予毛里求斯相关的海洋性权利。

在对“兰开斯特宫承诺”法律性质及约束性效力的双方立场予以考察后,仲裁庭指出,之所以优先对该承诺的法律效果予以确认,是因为毛里求斯根据《公约》第2条第3款提出的诉求与“兰开斯特宫承诺”是相关联的<sup>④</sup>,仲裁庭在确立对毛里求斯第4项诉求的争端管辖权后,应当对1965年分离查戈斯群岛的协议进行审查,并依据协议中“兰开斯特宫承诺”的性质和范围确定双方所享有的权利和义务<sup>⑤</sup>。随后,仲裁庭从四个方面对该承诺的法律性质予以

证成,并表示证据已足以证明毛里求斯在1968年独立后信守“兰开斯特宫承诺”,以期在未来实现查戈斯群岛的归还、保留在查戈斯群岛周边海域进行矿产资源开采及捕鱼的权利。因此,双方基于承诺确立的权利与义务应当得到尊重和履行<sup>⑥</sup>。

### 2. 明确第2条第3款的法律性质及适用范围

从内容上看,第2条第3款主要包括三个部分:第一,当事方的行为应当是依据“主权权利”而作出的行为;第二,基于权利作出的行为应“受制于”特定的制度规范;第三,这些制度规范的范围及程度来源于《公约》的规定及“其他国际法规则”。在明确毛里求斯依据“兰开斯特宫承诺”可以享有的海洋权利后,仲裁庭着手对第2条第3款进行剖析。

对于第一项内容,仲裁庭并未在上文所述的审理程序中明确指出此项权利为“主权权利”,而是以一种默认的方式裁定毛里求斯在相关海域拥有矿产资源开采及捕鱼等权利;对于第二项内容,仲裁庭在综合考量双方观点后,认为第2条第3款应当被解释为向缔约国施加了一种义务<sup>⑦</sup>;对于第三项内容,仲裁庭根据该条款形成的历史背景及发展历程,认为第2条第3款中规定的“其他国际法规则”不应当包含双方达成的“兰开斯特宫承诺”,而应当被理解为“一般国际法规则”。在本案中,由于英国未能严格遵循“兰开斯特宫承诺”,因此应被认为违反了善意原则<sup>⑧</sup>。

## 三、“查戈斯海洋保护区仲裁案”中“区域性反致条款”的适用困境

仲裁庭对第2条第3款的论证审理过程充分彰显了其履行法定职能的能动优势,极大地充实了毛里求斯在《公约》项下的海洋权利,但仲裁庭对条款

① 这4项诉求包括:第一,英国无权宣布设立海洋保护区或其他海洋区域,因为英国不是《公约》第2条、第55条、第56条和第76条等条款意义上的“沿海国”;第二,英国无权单方面宣布设立海洋保护区或其他海洋区域,因为毛里求斯拥有《公约》第56条第1款(b)项(iii)目和第76条第8款等条款意义上的“沿海国”的权利;第三,对于毛里求斯根据《公约》第76条可能向大陆架界限委员会提交的查戈斯群岛的完整划界案,英国不应采取任何措施阻碍大陆架界限委员会作出建议;第四,英国划设海洋保护区的行为违反了《公约》以下条款中规定的实体和程序义务,包括但不限于第2条、第55条、第56条、第63条、第64条、第194条和第300条,以及《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》第7条。

② 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 390-416.

③ 参见 UK Parliament: *Update on the British Indian Ocean Territory; Statement UIN HCWS260*, 访问网址: <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Commons/2016-11-16/HCWS260>。

④ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 417.

⑤ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 419.

⑥ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 423-448。这四个方包括:第一,双方在1965年签订“兰开斯特宫承诺”时的意图。仲裁庭指出双方谈判历史表明英国在该承诺的履行上并非自愿,而是有强制约束力的。第二,该承诺在国际法上的地位。仲裁庭认为1968年毛里求斯独立后,“兰开斯特宫承诺”便从政治承诺转变为一份国际法文件,对英国与毛里求斯均产生约束力。第三,1965年承诺达成后英国的国家实践。仲裁庭指出,英国在多个场合重申“兰开斯特宫承诺”,包括返还岛屿、准许矿产资源开采以及渔业捕捞等承诺。第四,英国的行为满足使用禁止反言原则的条件。仲裁庭认为毛里求斯满足援引禁止反言原则对抗英国行为的所有条件。

⑦ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 502.

⑧ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 514-517.

中诸如“主权权利”“其他国际法规则”等核心内容的解读存在偏差。虽然争端裁决对当事方以外的第三方不产生约束效力,但从判例法的角度来看,由于《公约》条款的解释适用构成海洋争端审理中的实质内容,法庭在不同案例中对同一条款采用不同的解释理念和模式,将在一定程度上破坏《公约》的稳定性与完整性。<sup>[7]</sup>这不仅不利于未来争端的审理法庭参考借鉴,也将对其他“区域性反致条款”适用的正当性、法庭争端管辖权的合法性以及海洋争端裁判的权威性产生极为严重的负面影响。

### (一) 仲裁庭对争端当事方权源的认定存在偏差

在本案中,仲裁庭认为毛里求斯的海洋权利来源于双方1965年达成的“兰开斯特宫承诺”<sup>①</sup>。为厘定该权利范围,仲裁庭剖析了该承诺的法律性质<sup>②</sup>,确认了承诺对双方具有法律约束力,并指出毛里求斯基于《公约》享有海洋性权利及该权利遭到了英国的侵犯。但仲裁庭上述推理的逻辑困境在于,能否由《公约》仲裁庭判定“兰开斯特宫承诺”为一项具有约束力的国际协定?仲裁庭对《公约》外的国际公约或协定(如“兰开斯特宫承诺”)予以管辖乃至审理的法理基础何在?

显然,在未能将承诺的适用与《公约》的管辖权规定相对接的前提下,仲裁庭擅自认定“兰开斯特宫承诺”的法律性质及法律后果,并将其作为第2条第3款适用的前提条件和裁判基准的行为是不具有法律依据的。根据《公约》第288条第2款的管辖权规定<sup>③</sup>,与《公约》目的相关的其他国际协定的解释或适用的任何争端,可经由缔约国提交至《公约》法庭,但此类争端的提交必须根据该国际协定的规定。因此,在“兰开斯特宫承诺”构成国际协定的假定前提下<sup>④</sup>,仲裁庭依旧需要指明毛里求斯的诉求是根据承诺规定提交至《公约》争端解决机构的。但自

“兰开斯特宫承诺”生效至毛里求斯提交仲裁的期间内,两国既未对1965年“兰开斯特宫承诺”予以补充规定,也未约定将围绕承诺的争议提交至《公约》法庭,该承诺也未以任何方式表现出与《公约》间的任何关联。实际上,本案中以“政治安排”形式存在的“兰开斯特宫承诺”仅仅在内容上与《公约》恰巧吻合,《公约》此时只是因为与承诺内容一致而被毛里求斯援用,它们在内容构成及缔结目的上具有完全不同的指向<sup>⑤</sup>。究其根本,仲裁庭认定英国违反了《公约》第2条第3款的理由并不是英国阻碍了毛里求斯基于《公约》享有的捕鱼及其他海洋性权利,而是因为英国违反了承诺中的义务。<sup>[8]</sup>毛里求斯诉求的实质应当为英国设立海洋保护区的行为违反了双方于1965年达成的“兰开斯特宫承诺”,以及判断该承诺是否构成具有法律约束力的国际条约<sup>⑥</sup>。承诺赋予毛里求斯的权利与毛里求斯援用的《公约》条款间仅具备偶然联系,因此承诺也不应由《公约》法庭进行审理。<sup>[9]44</sup>

由于“区域性反致条款”均需要对缔约国的“主权”“国家的权利与义务”“国家的一般行为”等涉及国家行使权利的基础性概念予以界定。因此,一旦开启任意追溯当事方权源的裁判先河,将极大拓展《公约》法庭对缔约国权利认定的职权范围,并使缔约国在一定程度上丧失对《公约》项下海洋权利的解释权。

此外,扩大对“其他国际法规则”等非《公约》的国际法规范的解释适用,极有可能导致仲裁庭对争端作出具备“偶然性管辖”的错误裁定。<sup>[10]</sup>出现这种情况的根本原因在于《公约》法庭对争端法律适用的解释打破了争端管辖权的既定范围,出现了越权适用法律规则并导致争端管辖权扩展的尴尬局面<sup>⑦</sup>。根据2006年国际法委员会关于国际法碎片化

① 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 293-294。

② 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 419。

③ 《公约》第288条第2款规定:“第287条所指的法院或法庭,对于按照与本公约的目的有关的国际协定向其提出的有关该协定的解释或适用的任何争端,也应具有管辖权。”

④ 本案中,双方对于该承诺是否构成一项国际协定存在争议。在之后关于该案争端的“1965年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果咨询意见案”中,国际法院也并未就该承诺是否构成一项国际协定给出明确的结论。笔者认为该承诺仅构成一种“政治安排”,而非完全意义上的国际协定。

⑤ 可以大胆假设,若双方早期未能达成承诺,那么毛里求斯可能就无法借助该承诺认定英国设立海洋保护区的行为违反了《公约》的条款。

⑥ 或者说,仲裁庭不应通过审理“兰开斯特宫承诺”来决定毛里求斯海洋性权益的权源,而应当判断毛里求斯的权利是否来自《公约》条款的规定,或者因涉及领土主权归属而拒绝对此进行审理。

⑦ 在国际投资领域,有观点认为:“法律规范中的管辖权和适用法律条款——以及它们之间的相互作用——决定了各法庭在根据案情适用法律方面的权力范围:一方面,狭义的属事管辖权条款将仲裁事项仅限于涉嫌违反基本的法律规范的行为,并直接指示法庭适用初级规则;另一方面,广义管辖权条款则通常允许法庭裁决与这些文书有关的‘所有’或‘任何’争端。”参见 Jonathan Brosseau: *Applicable Law*, 访问网址: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-applicable-law>。

的报告,对争端管辖权的限定并不意味着解释适用条约时应受到法律适用范围的限制<sup>①</sup>。由于管辖权的确立实际上也构成一种特定形态的“法律适用”<sup>②</sup>,因此,“其他国际法规则”的解释适用实际上不仅可以作为实体性的确权规范被适用于争端,还能够成为确立争端管辖权的法律解释依据,这将在法庭判定其是否具有争端管辖权时赋予其极大的自由裁量空间。而此举也将连带导致法庭对其他非区域性的“反致条款”采取同样激进的解释逻辑和方法,从而进一步扩张法庭的管辖权。

更为重要的是,如果认定1965年“兰开斯特宫承诺”构成一项具有约束力的国际协定,将减损毛里求斯陆地主权权利以及由陆地主权衍生出的海洋性权利。纵观全球海洋争端实践,以海洋权益划分为主体内容的国际协定多由海岸相邻或相向的国家达成。而根据陆地决定海洋原则,国家海岸的领土地位和法律制度将对邻近海域,乃至特定条件下海底海床和底土的法律地位和制度产生支配效应,<sup>[11]</sup>因此,只有当陆地投射至海洋上的权利存在重叠时,才需要国家对利益进行分配。按此逻辑,若仲裁庭承认了该承诺产生的国际法权利,便可逆向推断英国在查戈斯群岛周边存在以陆地为基础产生的海洋性权利<sup>③</sup>。

## (二) 仲裁庭对条款性质的认定存在偏差

在“查戈斯海洋保护区仲裁案”中,双方就第2条第3款是否对缔约国施加义务,即条款法律性质应当为“执行性”的还是“描述性”的,产生了严重分歧。对第2条第3款的法律性质进行区分的原因在于:若条款仅仅是“描述性”的,则不涉及规定是否遭到违反的问题,因而为此提出起诉的当事方在法庭中可能会因为不具有实质诉求而被驳回;若为赋予实体权利或要求履行义务的“执行性”条款,当事方则可以要求法庭根据国际法的规定加以判定。

在本案中,毛里求斯认为第2条第3款属于“执行性”条款,并要求英国在行使主权时遵循《公约》

以及“其他国际法规则”中的相关法律义务<sup>④</sup>,并认为即便条款中“行使”的英文表述是“is exercised”而非“shall exercise”,也不会影响条款的实体义务性规定<sup>⑤</sup>;英国则认为“is exercised”的表述表明第2条第3款为“描述性而非执行性的条款”,其并未建立任何义务性的规定<sup>⑥</sup>。仲裁庭在考察了第2条第3款在不同语言背景中的表述后,支持了毛里求斯的观点,认为该条款为缔约国施加了一项必须遵循的义务。

笔者认为,仲裁庭认定第2条第3款为“执行性”条款的结论存在以下两方面纰漏:第一,仲裁庭未考虑第2条第3款在《公约》中的制度地位。若将第2条第3款视为向缔约国施加义务的条款,则不仅将与《公约》第2条的标题(领海及其上空、海床和底土的法律地位)产生结构性冲突,还将与《公约》第二部分中关于沿海国在领海受有义务的第24条约文内容产生重叠。第二,仲裁庭并未考虑第2条第3款的性质认定对其他“区域性反致条款”可能产生的影响。在《公约》确立的7项“区域性反致条款”中,第56条第2款、第58条第3款以及第138条包含“应当”(shall)的义务性规定,第87条第1款和第34条第2款则同第2条第3款保持一致,采用“is”来修饰“行为”(exercise)。出现此种表述的原因在于第56条和第58条的立法目的在于阐述缔约国在特定区域中应履行的义务,其标题也因此分别设定为“沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务”“其他国家在专属经济区内的权利和义务”。而第138条则属于《公约》第十一部分第二节“支配区域的原则”的下设条款,采用“应当”(shall)的表述来规制缔约国的行为是出于“区域”的特殊性要求。正如《公约》第311条第6款所规定的,“关于人类共同继承财产的基本原则不应有任何修正”,因此对于有关“区域”的事项不仅不容许缔约国采取其他方式予以减损,对于已经规定的事项也要求缔约国必

<sup>①</sup> 参见 UNGA: *Fragmentation of International Law; Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, para. 45.

<sup>②</sup> 因为需要对管辖权条款进行解释,而在解释过程中可能需要援引其他相关的国际法规范。比如《条约法公约》本身就可以被视为一项“其他国际法规则”而适用于解释《公约》中的管辖权条款。

<sup>③</sup> 此外,基于案件的后续发展,笔者认为仲裁庭在裁定“兰开斯特宫承诺”构成具有约束力的国际协定上存在判断错误。仲裁庭认为“兰开斯特宫承诺”作为1965年查戈斯群岛分离协定的一部分存在,对双方产生法律约束力,但2019年国际法院根据联合国大会请求作出的“1965年分离查戈斯群岛法律后果咨询意见”则指出,“如果国际协定的当事方,即将领土割让给联合王国的毛里求斯,处于英国的管辖之下,就不可能谈拢一项国际协定”;“在回顾了毛里求斯殖民地部长会议基于双方分离协议同意分离查戈斯群岛的历史背景后,法院认为该协议并非基于人民自由和真正的意志表达”。如果采纳国际法院的观点,既然协议整体都难以被置于国际协议框架中,作为协议一部分的“兰开斯特宫承诺”又该从何处取得国际法效力权源呢?

<sup>④</sup> 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 460.

<sup>⑤</sup> 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 461.

<sup>⑥</sup> 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 466.

须履行。

基于以上事实,若认为第2条第3款属于赋予义务性质的条款,那么“is”和“shall”的不同表述将产生同样的法律后果,这显然是不符合一般的法律解释逻辑的。此外,在允许缔约国援用“其他国际法规则”的前提下,如果认定第87条第1款、第34条第2款因与第2条第3款表述一致而属于要求缔约国履行相应义务的条款,则将为缔约国施加过重的负担。其后果就如英国在“查戈斯海洋保护区仲裁案”的辩护词中所说的那样,“第2条第3款试图确立一个遵守国际法所有规则的独立的且无限制的义务,使得任何国家都有可能开启《公约》争端解决程序”<sup>①</sup>。这也将置所有《公约》缔约国于不安之中。

### (三) 仲裁庭尚需厘清“其他国际法规则”的适用逻辑

首先,仲裁庭在解释“其他国际法规则”时忽视了必要的程序性步骤。第293条第1款作为海洋争端解决中法律适用的程序性条款,在解释与适用顺序上应优先于《公约》中确定缔约国实体权利的条款而适用。该条款规定:“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。”虽然两项条款在适用“其他国际法规则”的语义表述上存在相似性,但二者在反致目的上存在本质差别。第293条第1款援用其他规范的目的在于协助解释《公约》的相关条款,它们本身并不对《公约》缔约国产生额外的约束性义务,<sup>[12]</sup>而“区域性反致条款”中的“其他国际法规则”在法律性质上更加趋向于规制缔约国行为的实体性规范。虽然仲裁庭最终认为第2条第3款属于赋予缔约国义务的“执行性”条款,当事国需要遵守“其他国际法规则”的约束,但在进入争端解决程序后,对条款的解释与适用依旧需要事先经过法定的法律适用程序性规范的确认。

其次,《公约》仲裁庭未能明确“其他国际法规则”的择取范围。在本案中,英国认为“其他国际法规则”应当“被纳入一般国际法规范”<sup>②</sup>,毛里求斯则认为“它们都是宽泛而开放的词语,没有明确的限定”,试图将“兰开斯特宫承诺”纳入“其他国际法规

则”的范畴,赋予仲裁庭对承诺的解释适用权<sup>③</sup>。但仲裁庭最终裁决“双方达成的承诺不构成其他国际法规则”,“第2条第3款中行使主权的行应当受制于一般国际法规则”以及“英国应根据一般国际法规则中的善意原则对待毛里求斯,包括双方达成的承诺”<sup>④</sup>。但对于什么是一般国际法规则,以及此类规则是否应适用于特定的海洋区域,仲裁庭并未给出明确答复。笔者之所以认为需要明确规则适用的海洋区域,是因为《公约》中不同“区域性反致条款”在辨识并适用“其他国际法规则”时是存在差异的。比如,根据《1982年〈联合国海洋法公约〉评注(第三卷)》中的解释,第87条第1款关于公海自由规定中的“其他国际法规则”,应优先解释为禁止核武器测试的法律规范。<sup>[13]</sup>如此可以推断,适用于领海的国际法规范也应当存在相应的范围或层级。此种忽视“其他国际法规则”多元化内涵的做法,不仅可能诱使争端当事方基于适用的法律“挑选法院”,还有可能引发争端当事方滥诉的行为。争端当事方在提出诉讼请求时往往会利用多元化本身的模糊状态,刻意将不涉及《公约》条款解释的非《公约》诉求与《公约》诉求相混合,有目的地选择符合自身需求的“其他国际法规则”作为论据支撑。这将严重打击《公约》法庭的公信力。

最后,仲裁庭忽视了第2条第3款中“其他国际法规则”与被适用国际法规范间的语义差异。在裁决中,仲裁庭认为英国违反了善意原则,但是第2条第3款的确切表述为“其他国际法规则”。虽然国际法院在“缅因湾案”中认为“原则”和“规则”在国际法中基本上是相同的<sup>⑤</sup>,但笔者依旧认为二者是法律含义不同的概念。就法律性质而言,“原则”与“规则”虽均为特定情况下关于法律义务的具体决定,但二者在对国家行为方向的指引上有所不同。<sup>[14]</sup>“原则”与“规则”是抽象程度一高一低的两种规范之间的典型关系,一条“规则”有时可以被看作是一条“原则”的具体运用,是取代该原则而适用的一项“特别法”或“后法”。<sup>[15]</sup>实际上,《公约》序言中的表述同样采用的是区分式的“一般国际法的规

① 参见 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Counter Memorial submitted by the UK, para. 8.5(c)。

② 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 467。

③ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, para. 462。毛里求斯认为,“其他国际法规则”应当包含四项内容:第一,要求沿海国家尊重传统捕鱼权的国际法规则,正如英国在承诺中确认的那样;第二,国际法规则要求一个国家更普遍地尊重其承诺,包括保护渔业和矿产权利的承诺;第三,国际法规则要求一个国家遵守其通过其政府首脑向另一国家政府首脑作出的承诺;第四,要求沿海国就可能影响另一国国家权利的事项进行磋商的国际法规则。这四项诉求实际上与毛里求斯所主张的承诺中的权利是一致的。

④ 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 516-517。

⑤ 参见 *Gulf of Maine Case*, ICJ Reports, 1984, p. 246, paras. 288-290。

则和原则”,而非单纯使用“一般国际法规则”或“一般国际法原则”,这也足以彰显二者在语义以及内涵上的差异。在本案语境下,第2条第3款要求适用《公约》外的国际法“规则”的规定显然需要法庭在海洋争端中适用更加具体一些的国际法律规范,而非以宽泛的“原则”代之。

#### 四、海洋争端中“区域性反致条款”适用的因应之策

“区域性反致条款”在《公约》项下海洋争端中起着制度桥梁作用,并为《公约》法庭争端解决的法律适用提供了宽泛的选择空间。但仲裁庭在案件审理中,不仅未能将条款的法律性质予以澄清,也缺乏对“其他国际法规则”适用的深入剖析,甚至有刻意扩张争端管辖权的嫌疑。这种过分强调法庭司法职权以及缺乏充分条款释义的行为将导致争端裁判正当性与合法性的缺失。《公约》法庭在裁决争端时不仅应发挥司法解释的创造力,同时也应当保持必要的克制,以尽力阐释模糊条款。此外,中国作为《公约》缔约国之一,在充分履行《公约》所确立的义务的同时,也有必要以“国家同意”原则为争端解决的根基,对于超越《公约》规定而提起的争端,应秉持“非经许可则禁止”的态度。

##### (一) 对缔约国权源的认定遵循国家同意原则

遵循国家同意原则解决国家间争端,强调的是当事国同意前提下的法庭争端管辖权的行使。同样,争端解决过程中的法律适用也应当基于“国家同意”原则,尤其当涉及《公约》外的国际法规则的适用时更是如此。在“区域性反致条款”视角下,争端解决法律适用阶段的“国家同意”应当包括两层含义:第一,被适用规范的法律性质和地位应当得到国家的认可;第二,被择取的规范只有得到国家的同意才能得到法庭的适用<sup>①</sup>。在本案中,仲裁庭不仅对“兰开斯特宫承诺”的法律地位予以认定,还基于该承诺的法律地位对英国是否违反《公约》第2条第3款作出裁决。但是,该承诺的法律地位不仅无法在当事方间达成一致,甚至在之后关于“查戈斯群岛分离毛里求斯的国际法院咨询意见案”中,国际法庭同样对该承诺的性质作出了与仲裁庭不同的解答。即

便仲裁庭试图通过承诺对第2条第3款中规定的主权权利予以解释,但认定毛里求斯“主权权利”的来源不应基于一项存在立场分歧的“兰开斯特宫承诺”,而应基于其他无可争议的事实或者法律规定。加上仲裁庭在职能行使上也是无法涉足主权的国家间争端的,因此不管是从管辖权的角度还是从法律适用的角度,仲裁庭对承诺的解释与适用均难以得到证成。实际上,对“兰开斯特宫承诺”的认定仅仅是一种先权利认定,属于争端解决中的“逻辑必要性”,<sup>[16]</sup>本身无法构成对争端实质性内容的审查。

源自国家主权的国家同意原则不仅是无政府国际法国际社会存在的基础和国际法规则的来源,也是第三方争端解决机构享有管辖权的前提。国家可以各自根据主权行事,不受任何其他权威的强制命令,也不容许外来的干涉。<sup>[17]</sup>该原则在国际法理论与实践均有充分体现:《公约》第十五部分第280条规定,“本公约的任何规定均不损害任何缔约国于任何时候协议用自行选择的任何和平方法解决它们之间有关本公约的解释或适用的争端的权利”;国际法院在“货币黄金案”中也指出,在没有得到阿尔巴尼亚同意的情况下去裁断它的责任,违背了在《国际法院规约》中体现的已被公认的国际法原则,即只有在国家同意的情况下,国际法院才能对该国行使管辖权。之后逐步发展出来的货币黄金原则,便是以国家同意原则为基石而存在的。<sup>[18]</sup>

然而,作为一项用于处理国家间关系的基本国际法规范,国家同意原则面临着时刻被突破的风险。在以本案为延续的“1965年分离查戈斯群岛的国际法影响咨询意见案”中,作为涉案当事方的英国指出咨询事项为双边争端,因而“给出咨询意见并不符合法院的司法特性”<sup>②</sup>,但国际法院依旧认为咨询意见是“基于非殖民问题作出”<sup>③</sup>,并不涉及双边争端。多诺霍(Donoghue)法官在提交的反对意见中指出,“在缺乏英国同意的情况下,通过司法手段解决英国与毛里求斯间的主权争端将有损国际法院的司法职能的完整性”<sup>④</sup>。中国在该案之后也作出了官方声明,希望法院的意见不会产生规避国家同意的效果<sup>⑤</sup>。究其内里,打破国家同意原则的往往是法庭

<sup>①</sup> 比如,若某项法律规范具有习惯国际法的性质,但争端当事国对于该项习惯国际法持一贯反对的态度,显然该项习惯国际法也难以适用于该争端。

<sup>②</sup> 参见 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Written Comments of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, para. 3. 27.

<sup>③</sup> 参见 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, para. 88.

<sup>④</sup> 参见 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Dissenting Opinion of Judge Donoghue*, para. 1.

<sup>⑤</sup> 参见 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, para. 18.

对国际法规则的解释和适用及其主观意愿。当争端经由常设或者是临时设立的第三方争端解决机构处理时,国家的真实意愿在法官及裁判员的主观感受及逻辑推理下往往难以得到充分表达,甚至会被刻意扭曲,从而直接损害争端当事国的国家核心利益。除此之外,国际条约约文含义的不断变化,同样也将动摇以国家同意原则为基础的国际争端解决秩序,正如刘雪红所述:“条约的演化解释会引起条约语义变化,导致条约权利和义务的变动,对传统的国家同意原则造成冲击。”<sup>[19]</sup>

在争端解决过程中,“国家同意”如同一个筛子将解决手段进行过滤,并最终由当事国确定争端解决方式。而以“国家同意”为核心的争端解决理念,也体现在新近的海洋争端解决机构的设立问题上:在当前国家管辖范围外区域海洋生物多样性谈判中,避免协定在争端解决部分超越“国家同意”对争端予以管辖的唯一路径,就是在协定的争端解决条款中更详细、清晰地体现“国家同意”原则,通过明确规定的“二次同意”方才允许适用强制争端解决机制。<sup>[20]</sup>

在平权型国际社会,国际争端妥善解决的前提是国家认同此种争端解决方式及该方式产生的结果。但现有的争端解决机制似乎难以满足上述要求。实际上,遵循国家同意原则解决争端的最佳方式就是谈判:争端一方同意并接受另一方提出的全部或大部分请求,双方经过往来博弈,最终以国家间协议的形式达成一致。得到双方认可的协议体现了国家意志,而国家意志也保证了协议能够得以顺利履行。

## (二)对条款法律性质的认定保证能动与克制的均衡

在第2条第3款的法律属性认定上,尽管英国与毛里求斯均援用了同样的论据支持各自观点<sup>①</sup>,但仲裁庭最终还是作出了支持毛里求斯诉求的判决,认为条款赋予了缔约国应履行的义务。这是仲裁庭发挥主观能动意识的裁判行为,是司法能动主义的体现。但是,纵观整个审理过程,仲裁庭并未考虑与第2条第3款存在相同规范内容的其他“区域性反致条款”的未来可能适用情形,对于第2条第3款法律地位的认定实际上超出了能动裁判所能达至的合理范围。可以预见的是,仲裁庭能动之举的影响范围不会仅限于本案对第2条第3款的裁判,

而将对未来涉及“区域性反致条款”的案件的审理产生连带影响。这就要求《公约》法庭在审理案件中保持适当的克制,以与能动实现均衡。

司法能动与司法克制是相伴而生的司法姿态。其中,司法克制主要是指法官遵照成文法或者前例作出司法决定,<sup>[21]</sup>它可以追溯至对以实证主义法学为核心的对法律确定性的要求,凸显了对既有文本的侧重。与之对应,司法能动则强调法官应该运用手中的权力为各种社会不公提供司法救济,尤其是运用将抽象概括的法律保障加以具体化的权力去实现社会正义。<sup>[22]</sup>在涉及主权问题的海洋争端中,对司法克制的需求应高于对司法能动的追求。此时,国家主权作为争端要素在一定程度上将限制法庭的能动司法行为。法庭(包括法官)应在寻求立法原意的基础上,尊重成文法和先例,在解释的过程中尽量减少自己信仰和偏好的注入,并通过各种方式对法官的自由裁量权进行必要的限制。<sup>[23]</sup>

司法能动与司法克制在争端解决过程中应保持动态均衡,过度的司法能动必然导致司法裁判中的造法现象,并以重要裁判先例的形式影响后续争端走向。事实上,司法造法已经构成法律塑造和变迁的一种重要力量。<sup>[24]</sup>司法造法的核心特质在于司法活动中的人本因素超越客观因素,即争端解决裁判员基于主观“造法”意志,超越既有法律文本,对争端所涉条约进行解释和适用。在以国家为法律适用对象的国际社会,法官在法律规则的识别、解释和适用上的司法能动也将产生司法造法效应。从国际司法实践来看,由于争端解决必然涉及国际条约的解释,因此享有强制管辖权的司法机构的确享有更多从事造法活动的机会,且更有可能促使造法成果向普遍国际法转化。虽说笔者所探讨的案件不涉及创设法律的实在造法行为,但仲裁庭对第2条第3款法律属性的过度解释已然产生了相应的造法效果,这将对后续涉及第2条第3款的海洋争端解决产生不利影响。

此外,司法能动与司法克制的均衡反映了对争端解决司法确定性的追求。司法确定性是法律确定性在争端解决领域的缩影,它为争端当事方提供了合理的心理预期,并为形成有章可循的国际司法秩序奠定了基础。狭义来看,司法就是条约(或协定)的解释。因此,司法确定性意味着法庭对任何国家条约解释的一致性,这对于国际条约的统一适用和

<sup>①</sup> 参见 *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, 18 March 2015, paras. 461 & 466.

目标实现也是至关重要的。<sup>[25]</sup>尤其在“区域性反致条款”具有内在缺陷的情况下,《公约》法庭更应对《公约》条款进行自洽性解释,从而保证争端与适用法律间逻辑关联及关联论证的一致性与稳定性。正如罗斯科·庞德所说,“法律必须是稳定的”,一个完全不具有稳定性的法律制度,只是一项为了应付一时性变故而制订的特定措施,它会缺乏逻辑上的自洽性和连续性。<sup>[26]</sup>在常规状态下,司法确定性和不确定性处于相对均衡状态,当特定案件中法官秉持能动主义司法哲学时,这一均衡将被打破,司法不确定性问题将骤然凸显。在争端解决过程中,条款解释并没有明确的外部限制,只有法庭和法官内在的自我约束。法庭若采取过于宽泛或过于严苛的解释方法,则极易导致过度司法能动主义或缺乏灵活性及独立性的固化司法程序的出现,而如何在两种极端中寻求一丝对司法确定性的慰藉,是所有《公约》法庭在案件审理中需要关注的。因此,法庭如何维持司法能动主义与司法克制主义的均衡将成为国际争端解决的首要任务。

法官在案件裁判中进行过度条约解释的司法造法行为是司法能动主义的超额体现,这不仅将造成整体法律框架的不稳定,也将导致争端解决机构权威性以及正当性的缺失。谨慎的、正面的司法能动才是国际社会真正需要的:国际法院在 2019 年“查戈斯分离出毛里求斯的咨询意见案”中对同意原则、习惯国际法的查明,对自决权与殖民地领土完整间关系的分析,就表明了当今国际法院较强的司法勇气、责任担当及较为明显的反殖民主义倾向,<sup>[27]</sup>其中中国籍法官薛捍勤对案件中的关键国际法问题也作出了清晰且精彩的解释。法官作为国际法规范的解释者,应当在国际法规范的形成与发展中起到正向作用。中国也应当更加重视中国籍法官在争端解决机构中的地位,通过他们对具体国际法规则的阐述,使中国的国际法权益得以明晰与声张。

### (三) 明确“其他国际法规则”适用的内在机理

“区域性反致条款”的特点之一就在于允许缔约国对《公约》之外的“其他国际法规则”予以“反致”,从而明确其在《公约》下享有的海洋权益。但“其他国际法规则”的适用须满足相应的程序性及实体性要件,《公约》法庭在审理此类条款时也应按“其他国际法规则”适用的内在机理依次论述。

在“查戈斯海洋保护区仲裁案”中,仲裁庭不仅

未能厘清第 2 条第 3 款中“其他国际法规则”适用的程序性事项,也未对“其他国际法规则”的具体范围及种类予以界定,仅“潦草地”认定了善意原则为本案所需要的国际法规则。由于《公约》中还存在许多非区域性“反致条款”,若不加限制地允许非《公约》国际法规范介入《公约》争端,则将必然导致争端法律适用范围的极度扩张和混乱。

实际上,不管是第 293 条第 1 款关于“其他国际法规则”适用的程序性要件,还是“反致条款”中关于“其他国际法规则”适用边界的认定,其核心均在于“其他国际法规则”的规范构成及适用逻辑。在《公约》生效初期,有观点认为“其他国际法规则”主要指与武装冲突有关的法律规范。<sup>[28]</sup>但在后续案件中,法庭及争端当事方在案件中对“其他国际法规则”的内涵进行了不同的认定:“北极日出号案”仲裁庭认为第 293 条第 1 款中的“其他国际法规则”包括了习惯国际法;“圭亚那诉苏里南案”仲裁庭认为《联合国宪章》以及一般国际法属于“其他国际法规则”;在“混合氧化物燃料工厂案”中,爱尔兰认为“其他国际法规则”应当包括其他国际公约中的国际法规则,习惯国际法规则,国际公认的标准、实践及程序等。有学者在对现有案例进行归纳后,认为当前《公约》法庭倾向于将“其他国际法规则”归为以下四种类型:第一类是允许《公约》法庭根据第 288 条第 2 款享有争端管辖权的国际协定;第二类是《公约》条款中明确表示可以通过“反致”引用的国际协定;第三类是一般国际法中的次级规则,如条约法、国家责任规范、外交保护规则等;第四类是按照《条约法公约》第 31 条第 3 款(c)项协助解释《公约》的国际法规则。<sup>[2]532</sup>可见,“其他国际法规则”本身就对应着多种国际法规范,它只能根据争端的性质而得到澄清,并进而构建起其与《公约》条款以及争端之间的逻辑关联。而做到这一步需要借助“系统整合”方法论确立的体系化思维,并在明晰争端与法律适用的内在关联时遵循真实联系原则。

《条约法公约》确立的“系统整合”方法论强调“其他国际法规则”作为被解释条款“上下文”的重要作用,<sup>[29]</sup>并担负着整合国际法律体系的重任,而其蕴含的系统性思辨模式与海洋争端的多元性场景维度也是不谋而合的。联合国大会曾强调过《公约》的完整性<sup>①</sup>,这就是要求《公约》法庭将海洋争端置于国际争端解决体系的大背景下,统筹考虑国际

① 参见 Resolution 60/30, *Oceans and Law of the Sea*, adopted on 29 November 2005, para. 4.

争端实践,借鉴其他机构对相关条约内容的解释适用规范。“系统整合”方法论为合理适用“其他国际法规则”提供了一定的理论基础,但对于如何适用“其他国际法规则”尚需借助真实联系原则,从而明晰争端与法律适用之间的逻辑关联<sup>①</sup>。真实联系原则来源于国际法院的争端解决实践<sup>②</sup>,该原则最终形成于“《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案”中科罗马法官(Judge Koroma)提出的单独意见中,“当国家据称违反了某一条约规定的法律义务时,争端事实与被援引的约文之间必须存在联系。这一限制是至关重要的,没有它,各国就可以将争端解决条款作为一种工具,迫使法院处理与另一国无关的争端”<sup>③</sup>。该原则在海洋争端解决领域的适用目的在于明确争端、《公约》条款及“其他国际法规则”之间的内在关联,避免《公约》法庭的司法不一致与不连贯,防止《公约》争端解决程序遭到破坏。在“路易莎案”中,海洋法法庭便认为争端事实和《公约》条款间应当存在真实逻辑关联<sup>④</sup>,而在“查戈斯海洋保护区仲裁案”中,虽然仲裁庭认定“兰开斯特宫承诺”并不构成一项“其他国际法规则”,但仲裁庭在对《公约》条款进行解释时是充分借助并依赖于该承诺中的规定的。因此,仲裁庭在未认定“兰开斯特宫承诺”性质前便将其适用于《公约》条款解释的行为,被认为是没有遵循真实联系原则而令人遗憾的举措。<sup>[9]43</sup>目前,对“联系的需求”已被纳入争端解决判理稳定性的需求中,<sup>[30]</sup>这也足以体现该原则的重要性。

## 五、结语

在海洋法内涵及外延不断拓展的背景下,作为《公约》补充性规范的涉海单行性和综合性国际立法将不断涌现,推动涉海争端类型的细分化和多元化。单纯由《公约》一揽子规制海洋事务的时代已

经一去不复返。实际上,《公约》在编纂之时便已预料到未来国际海洋法的发展趋势,因而才在序言中规定,公约未予规定事项继续以一般国际法的规则和原则为据。而其核心思想便反映在“区域性反致条款”以及“非区域性反致条款”对《公约》外的“其他国际法规则”的援引上。

“区域性反致条款”之所以得到争端当事方以及《公约》法庭的重视,不仅在于其限制了缔约国的特定权力,更在于其通过“反致”,以一种与《公约》体系和谐共存的方式,将《公约》之外的国际法规范纳入《公约》体系,形成了一整套体现反“碎片化”认识论的逻辑模式,并将其内化至《公约》争端解决条款中。在制度层面,“区域性反致条款”的创设虽然在一定程度上缓解了“碎片化”态势,缝合了《公约》与国际法体系间的割裂状态,但在实践中,尤其在争端解决程序中,依旧应当辩证地看待“区域性反致条款”的法律效用。若《公约》法庭能合理利用此类条款,则自然能够通过援用“其他国际法规则”协助《公约》融入不断更新的国际法体系。但是,如果《公约》法庭试图利用“区域性反致条款”的内在缺陷任意进行解释,不仅将无限制地扩张《公约》法庭的争端管辖权,甚至可能导致更加严峻的后果,即违反其他国际协定而导致的海洋性争端,有时甚至将通过《公约》“区域性反致条款”的适用跳出《公约》的管辖范畴。

因此,当“区域性反致条款”经由缔约国递交至《公约》项下的争端解决程序时,法庭有必要保持审理案件中司法克制与司法能动间的均衡。在条款本身存在较大解释空间的情况下,既要发挥法官创造性的解释技巧,同时也要保持《公约》条款本身的制度刚性,并以国家同意原则为依据,限制争端法庭任意进行法律解释与适用的职权。

## 参考文献:

- [1] BOYLE A, HARRISON J. Judicial settlement of international environmental disputes: current problems[J]. Journal of International Dispute Settlement, 2013, 4(2): 248.
- [2] TZENG P. Supplemental jurisdiction under UNCLOS[J]. Houston Journal of International Law, 2016, 38(2).

① “真实联系”的表述出自《公约》第91条有关船舶国籍的规定。笔者试图通过类比的方式将其运用到争端解决法律适用过程中,目的在于强调海洋争端解决中不同法律制度间应当具有的内在联系。

② 在美国与伊朗间爆发的“石油平台案”中,国际法院在仅能适用1995年双方缔结的《友好、经济关系和领事权利条约》的前提下,直接援用关于使用武力和自卫的一般规则作出判决,且未充分论证上述规则间的关联。该举措不仅遭到同案法官的反对,认为法庭“更像是援引条约解释的概念来取代适用的法律”,在学术界同样引起了对法庭裁判公正性的质疑,有学者甚至认为该裁判是“有缺陷且极度危险的”。其他相关案例包括“《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案”和“《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案”。

③ 参见 *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Separate Opinion of Koroma J., paras. 1-7.

④ 参见 *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 99.

- [3] 郑志华, 宋小艺. 全球海洋治理碎片化的挑战与因应之道[J]. 国际社会科学杂志(中文版), 2020, 37(1): 175.
- [4] 丁铎. 南海仲裁案仲裁庭处理《联合国海洋法公约》与一般国际法关系问题探析[J]. 南海法学, 2017, 1(4): 100.
- [5] TREVES T. Human rights and the law of the sea[J]. Berkeley Journal of International Law, 2010, 28(1): 1.
- [6] BOYLE A. Further development of the law of the sea convention: mechanisms for change[J]. The International and Comparative Law Quarterly, 2005, 54(3): 584.
- [7] HARRISON J. Judicial law-making and the developing order of the oceans[J]. International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(2): 296-302.
- [8] TALMON S. The *Chagos Marine Protected Area Arbitration*: expansion of the jurisdiction of UNCLOS Part XV courts and tribunals[J]. International & Comparative Law Quarterly, 2016, 65(4): 940.
- [9] QU Wen-sheng. The issue of jurisdiction over mixed disputes in the *Chagos Marine Protection Area Arbitration* and beyond[J]. Ocean Development & International Law, 2016, 47(1).
- [10] HARRIS C. Incidental determinations in proceedings under compromissory clauses[J]. International and Comparative Law Quarterly, 2021, 70(2): 425.
- [11] JIA Bing-bing. The principle of the domination of the land over the sea; a historical perspective on the adaptability of the law of the sea to new challenges[J]. German Yearbook of International Law, 2014, 57: 4.
- [12] NGUYEN L N. Expanding the environmental regulatory scope of UNCLOS through the rule of reference: potentials and limits[J]. Ocean Development and International Law, 2021, 52(4): 419-444.
- [13] NORDQUIST M. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a commentary* (Vol III) [M]. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989: 85.
- [14] DWORKIN R. *Taking rights seriously* [M]. London: Bloomsbury Publishing, 2013: 40-42.
- [15] WOLFRUM R. General international law (principles, rules, and standards) [EB/OL]. [2022-08-21]. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1408>.
- [16] 赵鹏. 《联合国海洋法公约》附件七仲裁庭管辖权的“必要性”分析——由意大利诉印度“艾瑞克·莱谢号”案裁决引发的思考[J]. 边界与海洋研究, 2021, 6(5): 99.
- [17] 周鲠生. 国际法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007: 150.
- [18] 曲波. 国际争端解决中货币黄金原则的适用[J]. 当代法学, 2020, 34(4): 154.
- [19] 刘雪红. 论条约演化解释对国家同意原则的冲击[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(3): 58.
- [20] 施余兵. BBNJ 国际协定下的争端解决机制问题探析[J]. 太平洋学报, 2020, 28(6): 17.
- [21] 宋远升. 司法能动主义与克制主义的边界与抉择[J]. 东岳论丛, 2017, 38(12): 147.
- [22] 张榕. 司法克制下的司法能动[J]. 现代法学, 2008(2): 179.
- [23] 李辉. 司法能动主义与司法克制主义的比较分析 [M] // 陈金钊, 谢晖. 法律方法(第八卷). 济南: 山东人民出版社, 2009: 405.
- [24] 张华. 反思国际法上的“司法造法”问题[J]. 当代法学, 2019, 33(2): 138.
- [25] 杜焕芳. 国际私法条约解释的路径依赖与方法展开[J]. 中国法学, 2014(2): 243.
- [26] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 340.
- [27] 朱利江. 在能动与克制之间——“查戈斯群岛案”中的国际司法政策探析[J]. 当代法学, 2020, 34(2): 140.
- [28] WALKER G K, NOYES J E. “Words, words, words”: definitions for the *1982 Law of the Sea Convention* [J]. California Western International Law Journal, 2002, 32(2): 361.
- [29] 张乃根. 条约解释的国际法(上册) [M]. 上海: 上海人民出版社, 2019: 77.
- [30] SONG Ke. Liberal or constrained? Judicial incorporations of other rules of international law in the UNCLOS and the application of the “genuine link test” [J]. Journal of East Asia and International Law, 2020, 13(1): 172.