

南海仲裁案中 “历史性权利主张” 的不可裁决性

张祖兴

摘 要 审理菲律宾所提南海仲裁案的仲裁庭在 2015 年 10 月 29 日发表的《仲裁书》中判定, 菲律宾《诉状》中所列第一、二项诉求反映的是南海海洋权利渊源和《联合国海洋法公约》作用的争端, 这个争端是关于《公约》的解释和适用的争端; 关于仲裁庭对菲律宾第一、二项诉求所涉争端是否有管辖权的决定, 留待实体审理阶段与实体问题一并处理。仲裁庭没有解释: 为什么有权处理中国的历史性权利主张的性质和合法性这个实体问题; 在尚未确定中国历史性权利主张的性质之前, 凭什么判定菲律宾有关诉求涉及的是《公约》的解释和适用的争端。仲裁庭的论证有重大瑕疵。仲裁庭应准确把握当事双方的立场, 客观评估争端是否存在; 即使认定争端存在, 仲裁庭仍需考察是否存在适用于争端解决的法律规则。尽管“历史性权利”和“历史性所有权”等概念的含义有不确定性, 但历史上形成的权利受到国际法尊重, 这是没有疑问的。因此, 《公约》第 298 条有关规定的适用阻止仲裁庭审理有关历史性权利的实体问题。从一般国际法来看, 涉及“历史性权利主张”的争端属于不适于交由法律解决而适合政治解决的政治争端, 审慎的国际司法机构应避免对此行使管辖权。

关键词 南海仲裁案 历史性权利主张 不可裁决性 联合国海洋法公约 南海争端

* 张祖兴, 中山大学国际关系学院副教授 (广州 510275)。

** 本课题研究受国家社会科学基金重大项目“南海断续线的法理与历史依据研究”(项目编号: 14ZDB165) 资助。本文只代表笔者个人的表述和观点。

菲律宾政府于 2013 年 1 月 22 日通知中国外交部，声称根据《联合国海洋法公约》（本文下称《公约》）第 287 条和《公约》附件七，就有关南海争端对中国提起强制仲裁案。审理该案的仲裁庭于（本文下称仲裁庭）2015 年 10 月 29 日发表了《关于管辖权和可受理性的仲裁书》（本文下称《仲裁书》），就初步问题作出了部分的裁决。在《仲裁书》第 413 段（h）项中，关于仲裁庭对菲律宾第一、二项诉求是否拥有管辖权的问题，^① 仲裁庭认为，考虑这个问题“会涉及对一些不纯具有初步性质的问题的考虑”，^② 因此，在初步审理阶段，仲裁庭并未确定对这两项诉求是否拥有管辖权，而是将该问题并入实体审理阶段处理。这就意味着，在实体审理阶段，仲裁庭可能做出对这两项诉求拥有管辖权的决定，也可能做出不拥有管辖权的决定。

之所以作出这样的裁决，《仲裁书》第 393 段解释道“仲裁庭对于判定菲律宾某些诉求实体问题的管辖权，可能取决于中国对南海的历史性权利主张的性质和合法性。此类历史性权利的性质可能决定着：当事方之间的争端是否属于 298 条所说的‘历史性海湾或所有权’的争端因而属于仲裁庭不能行使管辖权的争端；以及，在某些被指控的中国行为发生的海洋区域，是否存在海洋权利重叠的情势。而任何可能的重叠权利的存在，都会潜在地影响 297 条和 298 条中其他限制和例外的适用。在其第二项诉讼请求中，菲律宾请求仲裁庭处理任何中国历史性权利的性质和合法性问题。然而，这是一个仲裁庭在初步诉讼阶段不能做出决定的实体问题。”^③

《仲裁书》第 398 段和 399 段进一步分别就第一、二项诉求的管辖权确定问题解释道“菲律宾的第一项诉求反映的是涉及南海海洋权利渊源和《公约》角色的争端。这不是一个涉及主权或海洋划界的争端；第十五部分第一节的要求也不阻止仲裁庭考虑这个争端。然而，菲律宾的第一项诉求确

① 菲律宾的第一项诉讼请求是“中国在南海的海洋权利，如同菲律宾的海洋权利，不可超过《联合国海洋法公约》（“UNCLOS” or the “Convention”）允许的范围”；第二项诉讼请求是“中国对所谓‘九段线’内南海区域的主权权利和管辖权以及‘历史性权利’（‘historic rights’）的主张，在这些主张超过《公约》规定的中国海洋权利的地理和实质限制的范围内，是违反《公约》并且不具有法律效力的。”Cited from “Memorial of the Philippines Government (2014), Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China”, p. 271。下文简称《诉状》。这两项诉求被菲律宾概括为一类诉求，即：在所谓的“九段线”范围内的区域，中国没有权利对于《公约》规定的权利限制之外的水域、海床和底土行使“历史性权利”。参见《诉状》，第 2 页。

② “Award on Jurisdiction and Admissibility, in the Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China”, October 29, 2015, para. 413, p. 149. 下文引用该文件时简称《仲裁书》，并标明段落号和页数。

③ 《仲裁书》，第 393 段，第 139 页。

实需要仲裁庭考虑中国对南海海洋权利所主张的任何历史性权利的效力以及此类权利与《公约》条款的相互影响。这是一个涉及《公约》的解释和适用的争端。但是，仲裁庭对此问题的管辖权取决于任何此类历史性权利的性质以及此类权利是否属于298条中‘历史性海湾和所有权’因而被排除出管辖范围。中国主张的任何历史性权利的性质和合法性是一个实体确定。对于涉及支撑第一项诉求的争端的可能的管辖权抗辩因而不具有排他性的初步特征。因此，关于对菲律宾第一项诉求是否拥有管辖权，仲裁庭将此问题保留至与菲律宾的实体主张一并考虑后确定。”^①

《仲裁书》第399段除明确地指出“菲律宾的第二项诉求直接地请求仲裁庭决定中国在南海的任何历史性权利主张的合法性”，^②其他文字与第398段基本相同。

仲裁庭的裁决存在几个问题。第一，如398段和399段所说，中国主张的任何历史性权利的性质和合法性问题是一个有待实体审理阶段确认的问题。这样就产生了一个问题：在尚未确定中国可能的历史性权利主张的性质之前，仲裁庭却作出了一个初步判决：在中菲之间存在一个涉及《公约》的解释和适用的争端。既然中国主张的性质尚未确定，如何知道双方之间存在着争端，而且是涉及《公约》的解释和适用的争端？而且，仲裁庭显然认定，仲裁庭有权确定中国可能的历史性权利主张的性质。我们不禁要问，仲裁庭根据什么样的法律规则来判定这种性质？第二，从398段和399段来看，仲裁庭显然是打算在实体审理阶段判断中国可能的历史性权利主张的合法性。即使在中菲之间存在所谓“南海海洋权利渊源和《公约》角色的争端”，仲裁庭打算适用什么样的法律规则来解决这个争端？未能指出这类规则，仲裁庭却认定这个争端属于《公约》的解释和适用的争端，这是错误的。第三，仲裁庭之所以要确定中国历史性权利主张的性质和合法性，以进一步确定有关“历史性权利主张”的管辖权问题，是因为《公约》298条允许《公约》当事国将有关“历史性所有权”的争端排除出《公约》强制争端解决程序的适用范围。因此，在实体审理阶段，仲裁庭不可避免地要对《公约》298条中有关“历史性所有权”的规定进行解释。但是，无论在海洋法还是在一般国际法框架下，历史性权利或所有权等术语都没有确定的含义，解释这类规定超出仲裁庭的司法职能。

^① 《仲裁书》，第398段，第141页。

^② 同上，第399段，第141页。

本文下面三节将分别针对上述三个问题进行论述。第四节从一般国际法的角度说明，有关历史性权利主张的问题不是一个可裁决的争端，处理这类问题超出国际司法职能的限制。最后一节是结论。

一、“历史性权利主张”的性质与争端的存在与否

假如中国确实提出了“历史性权利”的主张，那么，必须先确定这种主张的性质，不先解决这个问题就无法确定争端的存在。

尽管中国多次阐述过有关南海问题的立场，但很多国家和学者仍指责中国主张的模糊性。例如，关于中国的历史性权利主张，美国国务院发表的研究报告认为，“中国尚未通过立法、公告或其他官方声明的方式澄清与断续线地图相关的中国主张的法律基础或性质”，对于中国有关主张存在着“几种可能的解释”。^①该研究报告认为，“现有证据显示，对于中国断续线的意图，至少有三种不同的解释：（1）中国对断续线内岛屿主张主权并对这些岛屿根据海洋法公约产生的海洋区域主张权利；（2）断续线是国界线；（3）断续线是某种所谓的历史性海洋主张的界限。”^②关于中国可能的历史性权利主张的合法性，该研究报告的看法是，“……除非中国明确表示：断续线主张反映的仅仅是对线内岛屿和这些岛屿根据体现在《联合国海洋法公约》中的国际海洋法产生的任何海洋区域的主张，否则，中国的断续线主张不符合国际海洋法。”^③本文不打算评论这个研究报告的观点。这个报告指出了—个事实，即对中国的有关主张可能做出不同的解释，也就是说，中国有关主张的性质是一个需要加以确定的事项。

为确定争端的存在，本案的仲裁庭对有关中国的“历史性权利主张”进行了考察。

《仲裁书》第 160 段称“中国……多次主张在南海的‘历史性权利’或‘历史上形成’的权利。但是，就仲裁庭所知而言，中国尚未澄清其主张的历史性权利的性质或范围。中国也没有澄清其对于附在 2009 年 5 月 7 日照会后的地图上所标出的九段线的含义的理解。在南沙群岛，对于具体海洋地物

^① U. S. Department of State, *China: Maritime Claims in the South China Sea, Limits in the Seas*, No. 143, December 5, 2014, p. 1.

^② *Ibid.*, p. 23.

^③ *Ibid.*, p. 24.

的地位，中国大体上也避免表明观点，而是选择一般地表示‘中国的南沙群岛拥有领海、专属经济区和大陆架’。仲裁庭对此不认为有什么不合适的地方，仲裁庭认为，中国有权按照其认为最合适的方式表明其公开立场。”^①

仲裁庭的这段论述并未确认中国“历史性权利主张”的性质。在笔者看来，中国确实多次表明，中国在南海享有“历史上形成”、得到大量历史事实支持的权利。这种说法无可厚非。无论何种权利，都不可能是突然地、在某一个瞬间形成的，今天享有的所有权利都是对过去权利的继承。这种“历史上形成”的权利的核心是对包括南沙群岛在内的几个群岛的领土主权，当然也包括各个群岛范围内水域的某种权利。中国并不否认《公约》的作用。但是，由于《公约》并未澄清非群岛国家对属于本国领土的群岛的权利的性质和范围，中国事实上很难准确地说明在南海究竟享有哪些权利。而且，在一些属于中国的南海岛礁被周边部分国家侵占的情况下，如果中国坚决地贯彻自己的主权主张，很可能无助于地区局势的稳定。故而，中国选择通过谈判、协商等方式寻求南海争端的解决。因此，不能认为中国主张的“历史上形成”的权利是一种特殊的历史性权利。

无论如何，即使认为中国有某种“历史性权利”的主张且并未澄清这种权利的性质和范围，这种“历史性权利”主张针对的也是作为单一整体的群岛，而不是针对具体的、个别的岛礁。仲裁庭公然地、未加说明地扭曲中国立场，这是完全不能接受的。当中国表明，中国的南沙群岛拥有领海、专属经济区和大陆架，这个南沙群岛是一个整体，英文的“is”清楚地表达了这个意思。仲裁书却把“is”换成了“are”。^②难道仲裁庭不知道海洋法上有“群岛”的概念？难道仲裁庭有权替中国政府修改文件、变更中国政府的立场？

仲裁庭公然扭曲中国立场的做法，令人无法理解，也是完全不能接受的。

在扭曲中国立场的基础上，仲裁庭却又强调要根据当事方的行为“客观地评估”中国的立场，以确定争端是否存在。^③

^① 《仲裁书》，第160段，第62—63页。

^② “China’s Nansha Islands [are] Fully Entitled to Territorial Sea, Exclusive Economic Zone (EEZ) and Continental Shelf”，《仲裁书》，第160段，第63页。另，《仲裁书》第166段（第65页）正确地引用了中国2011年4月14日递交联合国秘书长的照会，但169段（第66页）又把中国照会中的“is”改成“are”，而且是在明确知道中国把整个南沙群岛看成一个群组的语境下修改的。

^③ 《仲裁书》，第163段，第64页。

仲裁庭是否客观地从当事方的行为中看出争端的存在？

《仲裁书》164—166 段列举了中菲双方的几份照会，167 段给出了争端存在的结论。

164 段部分地引述了中国 2009 年 5 月 7 日递交给联合国秘书长的照会，165 段部分地引述了菲律宾 2011 年 4 月 5 日递交给联合国秘书长的照会，166 段部分地引述了中国 2011 年 4 月 14 日递交给联合国秘书长的照会。在这三段引述的基础上，167 段得出的结论是：

“在仲裁庭看来，从描述一种看来是扩张性的海洋权利主张的地图，到菲律宾有关海洋权利源于‘地质特征’（geological features）并唯一地基于《公约》的主张，到中国援引‘大量的历史和法律证据’并认为菲律宾照会的内容‘完全不可接受’而予拒绝，在这些意见交换的文字和背景中明显存在着一个争端。对于这些议题的争端的存在不因中国尚未澄清九段线的含义或尚未阐述其历史性权利主张这个事实而削弱。”^①

仲裁庭给出的这段结论是不严谨的。第一，没有确切的证据证明中国附在照会后的地图是一种海洋权利主张。而且，仲裁庭先入为主地认为中国的海洋权利主张是扩张性的。第二，仲裁庭说菲律宾主张海洋权利唯一地基于《公约》，这是对菲律宾立场的扭曲。《仲裁书》第 165 段引述的菲律宾 2011 年 4 月 5 日的照会中，菲律宾声称：中国的有关主张“没有国际法的基础，特别是《公约》”。^②因此，尽管菲律宾在仲裁案的诉讼过程中一再声称《公约》是海洋权利的唯一渊源，但在 2011 年的照会中，菲律宾挑战的是中国海洋权利主张包括《公约》在内的国际法基础。第三，从三份照会的文字和上下文来看，菲律宾一再声称其对所谓“卡拉延岛群”的主权，并以该岛群作为其海洋权利主张的陆地基础，因此，中国照会中所谓的“完全不可接受”，明显针对的是菲律宾对所谓“卡拉延”岛群的主权和以此为基础的海洋权利主张。

仲裁庭既没有分析菲律宾第一、二项诉求的主要目标，也没有确认中国可能的“历史性权利主张”的性质，基于对中、菲双方主张的扭曲的表述和分析，在未充分阐述相互对立的主张的基础上，便得出了争端存在的结论。或许，仲裁庭可以作这样的辩护：由于中国未澄清相关的主张，仲裁庭在初步审理阶段不充分掌握相关的事实，因而不能准确地表述争端。但这个辩护

^① 《仲裁书》，第 167 段，第 65 页。

^② 同上，第 165 段，第 65 页。

是不成立的。因为，仲裁庭扭曲了中国的主张；而且，如果需要到实体阶段进一步考虑中国的主张，那么，在初步阶段，就不应该得出中菲之间在“历史性权利主张”问题上存在一个涉及《公约》解释和适用的争端的结论。

二、没有可适用的法律规则确定“历史性权利主张”的合法性

即使假定争端存在，仲裁庭也有义务说明：为什么第一、二项诉求属于《公约》的解释或适用的争端？在这方面，无论是菲律宾的论述，还是仲裁庭的论述，都是失败的。

菲律宾《诉状》称，中菲之间存在的涉及中国“历史性权利主张”的争端，是一个涉及《公约》的解释和适用的争端。

“7.22 中国外交部发言人姜瑜 2011 年说，中国的观点是，《联合国海洋法公约》‘并未限制或否定一国在历史上形成并持续主张的权利’。^①（2011 年 9 月 15 日中国外交部例行记者会）更近地，在 2014 年 2 月，中国外交部发言人洪磊指出‘中国在南海的海洋权利是在历史上形成并受国际法保护的。’（洪磊，2014 年 2 月 8 日）^② 当事方之间的分歧产生一个包括 56、57、76、77 条和 121 条解释和适用的争端。”^③

菲律宾诉状中的这段文字意在说明“当事方之间的分歧产生一个包括 56、57、76、77 条和 121 条解释和适用的争端”。那么就有必要加以考虑，当事方之间的分歧是否涉及这几个条款的解释和适用问题，对这几个条款进行解释和适用能不能解决双方的分歧。从中国外交部发言人的表态中明显可以看出，双方的争端是领土主权和海洋划界问题，根本不是什么《公约》条款的解释问题。菲律宾列举的《联合国海洋法公约》的几个条款也不可能解

① 中国外交部发言人：“中国在南海的主权、权利和相关主张是在长期的历史过程中形成的，并且一直由中国政府所坚持。我们对南海诸岛的主权是建立在发现、先占和长期、持续、有效管理的基础之上。《联合国海洋法公约》未赋予任何国家把本国专属经济区和大陆架主张扩展到其他国家领土上的权利，也并未限制或否定一国在历史上形成并持续主张的权利。”参见《2011 年 9 月 15 日外交部发言人姜瑜举行例行记者会》，<http://news.hexun.com/2011-09-15/133404527.html>。

② 中国外交部发言人 2014 年 2 月 7 日主要针对领土主权争端表态说：“中菲南海争议主要是由菲律宾非法侵占中国南沙群岛的部分岛礁造成的，有关事实是清楚的。同时，中菲双方也面临海域划界争议问题。中方一贯坚决反对菲律宾对中国岛礁的侵占。”参见《2014 年 2 月 7 日外交部发言人洪磊主持例行记者会》，http://www.mfa.gov.cn/mfa_chn/fyrbt_602243/jzhsl_602247/t1126377.shtml。

③ 《诉状》第 7.22 段，第 224—225 页。

决双方的分歧。例如，第 56 条关于“沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务”，只有在海洋权利划界工作完成后才能适用；第 57 条关于“专属经济区的宽度”：“专属经济区从测算领海宽度的基线量起，不应超过二百海里。”这个条款也只有在确定了领海宽度的基线后才能适用，而要确定领海基线必须先确定包括海上地物在内的领土主权；第 76 条关于“大陆架的定义”，以及第 77 条关于“沿海国对大陆架的权利”的适用，也必然涉及陆地领土主权的确定和测算领海宽度的基线的确定。《公约》第 121 条关于“岛屿制度”的规定也是不能适用的。这个条款的含义并不清晰，且需在解决岛屿主权归属的问题之后才能解决相关岛屿所产生的权利问题。岛屿自身作为自然物，无所谓“自己的”权利，权利的主体只能是国家。因此，关于中国对“九段线”内区域的“历史性权利”主张，菲律宾诉状称“超出中国根据《公约》56 条、57 条、76 条、77 条、121 条所享有的权利，并损害菲律宾所享有的权利。中国的主张不符合《公约》的规定。”^①“当事方之间的分歧产生一个包括 56 条、57 条、76 条、77 条和 121 条解释和适用的争端。”^②这两个观点都是无法成立的。在权利界限明确之前，不存在“超出”或“损害”的问题。《公约》不涉及领土主权问题，因此，不可能仅凭《公约》的运行就能确定沿海国之间的海洋权利分界线；菲律宾诉状所指的《公约》第 56 条、57 条、76 条、77 条和 121 条等条款，都只有在相关的包括岛礁等在内的领土主权问题解决后才能适用。实际上，当菲律宾要求解释和适用这些条款来解决中菲之间的争端时，已经隐含地承认双方争端的本质是领土主权争端。

假如仲裁庭认为，不管相关岛礁的主权归属如何，仲裁庭有权确定所有南海岛礁的地位，进而在此种确定的基础上，进一步确定中菲双方是否存在重叠的海洋权利区域，那么，仲裁庭必须记住：中国主张的不是个别岛礁的主权和海洋权利，而是作为整体的群岛的主权和海洋权利。因此，除非仲裁庭准备澄清非群岛国家对群岛的海洋权利问题，否则，适用菲律宾所指出的这些条款仍不能解决所谓“历史性权利主张”的合法性问题。

菲律宾进一步声称，《公约》废除了任何历史性权利。“《公约》并未提及中国所主张的‘历史性权利’，这个事实并不意味着中国的主张不涉及《公约》的解释和适用问题。相反，如第四章所详述，中国主张的那种‘历

^① 《诉状》第 7.20. 段，第 223 页。

^② 《诉状》第 7.22. 段，第 224—225 页。

史性权利’——针对那些以前被认为是‘公海’现在被归并到 (subsumed within) 沿海国的专属经济区和大陆架的海洋区域——被《公约》的制定者明确拒绝并被《公约》废除。(…were specifically rejected by the drafters of UNCLOS and superseded by it) 因此, 中国的主张是否符合《公约》, 需要对《公约》进行解释和适用, 包括但不限于上面提及的具体条款。”^①

第一, 菲律宾《诉状》声称, 《公约》从未提及“历史性权利”, 这是不正确的。即便如菲律宾所称, 若《公约》从未提及“历史性权利”, 如何能断言这种权利被明确地拒绝或废除了? 合理的解释应该是“历史性权利”问题不在《公约》覆盖的范围内。因此, 既然《公约》并未涉及这个问题, 就不可能通过《公约》的解释和适用来处理“历史性权利”问题。第二, 本案的仲裁庭, 或任何其他国际司法机构, 如何能对菲律宾所提的“历史性权利”是否符合《公约》的问题作出回答呢? 按照菲律宾的说法, 中国所主张的“历史性权利”的空间是“那些以前被认为是‘公海’现在被归并到沿海国的专属经济区和大陆架的海洋区域”。^② 这句话中的“以前”是哪一个时点的“以前”? 是《公约》生效的时间点还是《公约》对中国产生拘束力的时间点? 根据常理, 应是《公约》对中国产生拘束力的时间点。姑且按《公约》生效的时间点即 1994 年来说。本案的仲裁庭如果要回答“历史性权利”是否被拒绝或取代的问题, 必须先确定两点: 其一, 中国南海断续线之内的区域在 1994 年之前是不是具有“公海”的地位; 其二, 这个“公海”区域现在被归并到哪一个沿海国的专属经济区或大陆架之下。很显然, 任何国际司法机构都不可能有权对这两点进行确定。按照传统国际法的说法, 领海之外即公海, 要判断公海地位的存在, 必须要确定沿海国的领海在哪里; 而要确定沿海国的领海在哪里, 就必须确定沿海国的领土在哪里, 因而不只涉及沿海国的大陆和岛礁领土归属状况, 还涉及南海相关群岛和岛、礁在传统国际法上的地位。任何国际司法机构要确定南海断续线内的区域具有“公海”的地位, 就必须否定包括中国在内的所有南海声索国对南海有关群岛和岛礁的主权以及这些群岛和岛礁的有关海洋权利。这种否定, 不是对《公约》生效之后的有关主权和权利的否定, 而是对《公约》生效之前的有关主权和权利的否定。这显然不是在对《公约》进行解释和适用, 而是要解决一个《公约》完全没有涉及而且也不可能涉及的问题。第三, 菲律宾诉状

① 《诉状》第 7.23. 段, 第 225 页。

② 同上。

似乎意识到这个困难。在“7.23 段”结尾，菲律宾声称“中国的主张是否符合《公约》，需要对《公约》进行解释和适用，包括但不限于上面提及的具体条款。”这句话中提到“包括但不限于……”。如果仅仅“限于”菲律宾所提及的有关专属经济区和大陆架的条款，这些条款显然无助于回答哪些海域是公海的问题，也无助于回答公海如何变成了专属经济区或大陆架的问题，因此，如果“限于”这些条款，任何司法机构都无法回答菲律宾所提出的问题。但是，《公约》中有什么条款能帮助本案的仲裁庭来回答菲律宾的问题呢？除非这个仲裁庭斗胆对《公约》生效之前有关国家的大陆和岛屿领土主权的确切范围、有关群岛和岛礁在公约生效之前的海洋权利以及相关水域在《公约》生效之前的国际地位统统作出判决。

综上所述，可以得出两点结论。第一，对于“历史性权利主张”的合法性的判断，不存在可适用的《公约》条款，因而，即使针对此问题中菲之间存在争端，这个争端也不是一个涉及《公约》解释和适用的争端。第二，菲律宾一方面主张《公约》并未提及“历史性权利”，另一方面又主张《公约》废除了任何“历史性权利”，这种观点是悖谬的。

与菲律宾诉状存在的问题一样，《仲裁书》也未能指出解决所谓“历史性权利”问题是否存在可适用的法律的问题。

《仲裁书》168 段断言“中国主张的权利看来是基于这样一种理解：历史性权利独立于《公约》并据称被《公约》保留，这个事实也无损一个涉及《公约》的解释和适用的争端的存在。从其外交函件和本诉讼过程中的陈述明显可以看出，菲律宾的立场是《公约》废除并消灭任何可能存在于《公约》之前的‘历史性权利’。这个争端因此不是关于具体的历史性权利的存在，而是关于《公约》框架中历史性权利的争端。一个涉及《公约》与其他法律文件或体系的相互作用的争端，包括在其他法律体系下产生的权利是否被《公约》保留的问题，毫无疑问地是一个涉及《公约》的解释和适用的争端。”^①

仲裁庭很自信地用了“毫无疑问”这个词，真实情况却是大有疑问的。如果仲裁庭明确指出《公约》中有一些含义清晰的条款可用来处理“历史性权利”被废除或保留的问题，那么，一个涉及《公约》的解释和适用的争端的存在就是毫无疑问的，仲裁庭显然没有指出。从第 168 段文字看，仲裁庭考虑的似乎是这样的问题：假如中国主张一种独立于《公约》的“历史性权

^① 《仲裁书》，第 168 段，第 66 页。

利”的存在，这种历史性权利的基础不是《公约》而是习惯国际法，那么，“历史性权利”是否可以独立于《公约》而存在？要解决这个问题，就需要处理《公约》与其他法律体系的相互关系。很显然，如果仲裁庭把这个问题——《公约》与其他法律体系的相互关系，或者，《公约》是否具有废除根据其他法律体系产生的权利的效力——看成一个毫无疑问地属于《公约》的解释和适用问题，那就是太高估自己了。根据《公约》建立起来的仲裁庭只能在《公约》体系内工作。为解释《公约》的某些条款，仲裁庭当然也可以参考其他法律文件的规定。但是，《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适用问题。仲裁庭的判断因此是不正确的。

三、《公约》298 条中“历史性所有权”的含义

根据《公约》第 298 条，对于“涉及历史性海湾或所有权的争端”，“一国在签署、批准或加入本公约时，或在其后任何时间……可以书面声明……不接受第二节规定的一种或一种以上的程序”，中国做出了这种声明。南海显然不具有海湾特征，所以，菲律宾所提争端不属于“涉及历史性海湾……的争端”，可不予讨论。仲裁庭注意到了这个条款。应该认识到，尽管“历史性所有权”和“历史性权利”等概念常常在不同的意义上被使用，但历史上形成的陆地和海洋权利得到一般国际法承认，这是没有疑问的。但在诉讼过程中，菲律宾极力证明其所提事项不属于“涉及历史性……所有权的争端”。

为履行其证明义务，菲律宾提出了两个观点。第一点，菲律宾认为，中国并未主张第 298 条提到的“历史性所有权”，即中国主张的是一种非主权的历史性权利。^① 第二点，菲律宾认为，“历史性所有权”概念仅与领海划界

^① “即使 298 (1) (a) 中的‘历史性所有权’ (historic titles) 这个术语没有覆盖非领土的历史性权利 (non-territorial historic rights)，因而，在该条款的意义上，与此类历史性权利相关的主张不在那些‘涉及历史性……所有权的争端’的范围内，但对于适用 15 条、74 条或 83 条的目的而言，在海洋区域存在争议或存在重叠的海洋主张的情况下，此类非领土的历史性权利仍有可能是相关的情况。考虑到中国与菲律宾在南海的划界地理框架或划界情势，这种情况毫无疑问是存在的。与此类权利能否确立相关的主张——或者，如果得以确立，是否构成相关的情况；以及，如果构成相关的情况，在划界工作中，此类权利应被赋予什么样的分量——都是根据 298 (1) (d) ‘关于划定海洋边界的第 15、第 74 和第 83 条在解释或适用上的争端’。因此，涉及这些主张的争端都在中国 2006 年声明排除的范围内。” Sienho Yee, “The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2014, p. 731.

相联系。

菲律宾诉状“7.129 段”声称“第 298 条提到的‘历史性所有权’不能适用，首先是因为，中国在南海不主张这种所有权。相反，如第四章所详述，中国所主张的是一些够不上主权的‘历史性权利’。因此，从中国主张来看，298 (1) (a) (i) 是不适用的。”^①

菲律宾诉状把中文里的“所有权”完全等同于“主权”，认为“所有权”一词的意思是“占有或拥有的权力——简言之，主权”。^②这完全是一个武断的解释。在中文中，“所有权”是一个私法上的概念，具有多重的含义。无论如何，是一个不同于主权的概念。在英文中，即使在特定语境下，“ownership”可被解释为具有“主权”的意思，^③但“ownership”也主要是一个私法概念。

菲律宾诉状声称“……‘历史性所有权’的概念，在第 298 条中，具有具体的和有限的含义：它仅适合于可以主张主权的近岸海域。所提到的‘历史性所有权’与同一条款中提到的历史性海湾相联系并与类似的海域相关联。它不适用于像南海这种开放海洋的广大区域。”^④

因为《公约》没有对这个术语给出明确的解释，菲律宾诉状显然是作出了一个大胆的判断。菲律宾诉状理应给出其解释的来源，如权威学者或国际司法机构审判实践的解释。但令人遗憾的是，菲律宾没有给出可信的说明，而是引用《公约》第 15 条的措辞和联合国秘书处 1962 年作出的一个研究报告（《包括历史性海湾在内的历史性水域的法律制度》）中的相关措辞，并对该词作出了极其牵强的解释。

菲律宾诉状的“7.131 段”和“7.132 段”引用上述联合国秘书处所作研究报告中的只言片语，试图证明“历史性所有权”“仅适合于可以主张主权的近岸海域”。“7.133 段”进一步从历史背景的角度分析认为，“当历史性水域制度演进时，不存在领海之外的海洋区域。相应地，只有两类海洋空间可以主张‘历史性所有权’：(a) 可以被纳入内水的海洋空间（如历史性海湾）；和 (b) 领海。”^⑤菲律宾诉状没有明确地说明：在什么时间点或时间段，“只有两类海洋空间可以主张‘历史性所有权’”，而是用了一个模糊

① 《诉状》第 7.129 段，第 259—260 页。

② 《诉状》第 7.133 段，第 261 页。

③ “Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment”, *I. C. J. Reports 2008*, para. 222, p. 80.

④ 《诉状》第 7.130 段，第 260 页。

⑤ 《诉状》第 7.133 段，第 261 页。

的表述 “当历史性水域制度演进时” (when the regime of historic waters evolved), 这里的“演进”是“发生”、“出现”的意思, 还是“演变”、“变化”的意思, 很难准确地把握。无论如何, 这是对“领海之外即公海”这个常见说法的粗糙的翻版。在航行自由方面, “领海之外即公海”这个说法也许是可以的, 但不能说在传统国际法上不存在领海之外的其他海洋权利。即使从菲律宾所倚重的联合国秘书处关于历史性水域研究报告的表述来看, “历史性所有权”也是一个具有多重含义的术语。

如该报告明确指出, 报告得出的结论是“高度尝试性的 (highly tentative) 并且更多的具有一种讨论基础的性质, 而不是对这个事项详尽调查的结果”。^① 在这个研究报告的第一部分, 为介绍此项研究的背景, 报告引述了联合国国际法委员会第十二次会议通过的请求联合国秘书处研究历史性水域相关问题决议的第八条的一段文字 “历史性权利主张不仅针对海湾, 还针对不构成海湾的海洋区域, 如群岛水域、位于一个群岛和相邻大陆之间的水域; 对于海峡、河口和其他类似水域也存在历史性权利主张。”^② 很明显, “历史性水域”是一个复杂的概念, 所指的水域包括可提出不同权利主张的各类水域。例如, 这里提到的“群岛水域”在1982年《公约》规定的“群岛水域”制度形成之前显然不是一定可以提出主权主张的水域, 但是, 对于这类水域却存在着“历史性权利”主张 “位于一个群岛和相邻大陆之间的水域”也显然不是一定可以主张主权的海洋, 但同样, 也存在针对这类水域的“历史性权利”主张。而之所以存在针对各种水域的“历史性权利”主张, 显然是由于各种历史事实的存在。由于这些特殊的、具体的历史事实, 相关国家对于相关水域根据习惯国际法拥有了某些特殊的权利。

因此, 武断地认为“历史性所有权”“仅适合于可以主张主权的近岸海域”,^③ 显然是错误的。同样, 也不能认为在某个时间点或时间段“只有两类海洋空间可以主张‘历史性所有权’”。^④ 除非菲律宾能举出具有国际法渊源地位的权威的证据, 否则, 根据常识和法律推理, “历史性所有权”这个概念的正确解释是: 与各类水域的不同性质权利主张相关的历史事实。这里, 不同性质的权利, 既包括领土主权, 也包括非领土主权性质的其他主权权利、特权和管辖权。

^① “Juridical Regime of Historic Waters including Historic Bays-Study Prepared by the Secretariat”, p. 25, para. 182, 1962, A/CN.4/143, <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

^② *Ibid.*, p. 5, para. 29.

^③ 《诉状》第7.130段, 第260页。

^④ 《诉状》第7.133段, 第261页。

即使认为菲律宾诉状对“历史性所有权”的解释是正确的（当然，如所论述，菲律宾的解释是错误的），即同意“历史性所有权”仅涉及可以主张主权的海域，也不能同意菲律宾诉状有关 1982 年《公约》废除了“历史性所有权”并进一步废除“历史性权利”的观点。菲律宾诉状把一份研究报告中提到的一种可能的情况当做法律规则，这完全是不合理的。除非 1982 年《公约》明确规定废除包括领土主权性质在内的所有历史性权利，否则，不能认为这些权利主张被《公约》禁止提出。而事实是，1982 年《公约》不仅没有废除这些权利或禁止提出这类权利主张，反而明确允许有关国家做出针对此类事项不接受有关强制程序的规定的声明，其本质是，这类事项不在《公约》调整的范围，需要有关当事国直接谈判协商解决。因此，菲律宾诉状有关 1982 年《公约》废除了所有历史性权利的观点是完全错误的。

菲律宾诉状“7.136 段”声称“在《公约》中，只是在《公约》明确保留给他们的范围内，即作为与领海划界相关的一种情况，历史性所有权被保存下来。”^① 菲律宾诉状显然是想确立这样一个观点：历史性所有权仅与领海划界相联系。

仅仅从 298（1）（a）（1）的结构看，菲律宾的解释也是不正确的。如果“涉及历史性海湾或所有权的争端”仅仅涉及领海划界问题，那么，这种争端就属于“关于划定海洋边界的第 15……条在解释或适用上的争端”，从而无需单独列出。既然被单独列出，就是由于这类争端具有一些特殊的性质。同时，既然列在同一个条款中，表明《公约》的拟订者认识到这两类争端之间确实存在着某种联系。这种联系在于：无论是“涉及历史性海湾或所有权的争端”，还是“关于划定海洋边界的第 15……条在解释或适用上的争端”，都是《公约》未能规定具体可适用的法律规则的争端，因而超出《公约》的调整范围。对于这两类争端的解决，最好的方式是让有关争端当事方自行寻找恰当的解决途径。

如《公约》序言部分所明确指出的，《公约》的目的之一是“在妥为顾及所有国家主权的情形下，为海洋建立一种法律秩序”，^② 并且，“确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则 and 原则为准据。”^③

严格地说，历史性所有权与历史性权利应该是两个不同的概念。大体上说，历史性所有权通常指历史性主权、原始主权、远古主权，指的是历史上

① 《诉状》第 7.136 段，第 262 页。

② 《联合国海洋法公约》，海洋出版社，2013 年，第 27 页。

③ 同上书，第 28 页。

某一时点存在的主权，这种主权可能得到巩固因而在争端解决时继续存在，也可能被取代因而在争端解决时不再继续存在；而历史性权利指的是一种历史上形成的非主权性质的权利，这种权利在争端解决时可能有必要予以尊重，也可能随着时间的流逝而消失了。

在实践中，这两个概念经常互用，难以给出明确的区别。例如，在“厄立特里亚诉也门，第一阶段，领土主权与争端的范围”案中，“历史性权利”大体上指的是一种不构成主权、可由当事方共享的权利。^①但是，在“克利伯顿岛”案中，墨西哥主要主张的是一种由发现而产生并被继承的历史性权利，其性质是主权。“历史性权利”（historic right）指的是历史上某个时点确立的主权。在确认墨西哥的历史性权利不能得到认定后，仲裁书说“法国在1858年11月宣布对克利伯顿主权时，该岛的法律地位是无主地因而可以加以占领。”^②显然，这里墨西哥主张的“历史性权利”是主权：如果这种权利成立的话，法国1858年宣布对该岛拥有主权就是非法的；如果这种权利不成立的话，该岛的法律地位就是无主地，任何国家都可合法占有。

因此，“历史性权利”一词，既可以用来指代历史上确立的主权，也可以用来指代历史上确立的一种非主权的特殊权利。

“历史性所有权”（historic title）一词的确切含义也难以界定。通常情况下，历史性所有权与原始主权、远古占有几个词具有同样的含义。例如，在新马“白礁案”中，马来西亚主张，“马来西亚对白礁拥有历史悠久的原始权利，白礁是——而且一直都是——马来西亚柔佛州的一部分。”^③这里的“原始权利”（original title）一词，从上下文可知，就是“原始主权”，是历史悠久的主权，从来没有放弃或丧失的主权。但是，“title”的含义并不仅限于主权。在不同的语境下，“title”这个术语具有诸如权利、主权、权利根据等不同的含义。詹宁斯认为，“title”的基本含义是“法律承认其创设权利的既成事实”，^④国际法院分庭在“边界争端”案中指出，“title”这一术语

① “在许多世纪中，南红海海洋渔业资源传统上是开放的，红海为两岸无障碍的交通提供了通道，两岸人民对这些岛屿的共同使用，这些都是创设‘历史性权利’的重要因素——这种权利作为一种尚不构成主权的‘国际地役权’通过历史巩固的进程（a process of historical consolidation）为当事双方所共享。”“Eritrea v. Yemen, First Stage, Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute”, para. 116, 114 ILR 2 (Perm. Ct. Arb. Oct. 9, 1998)。

② “Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island”, *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2, 1932, p. 393.

③ “Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment”, *I. C. J. Reports 2008*, para. 37, p. 29.

④ Robert Jennings, “The Acquisition of Territory in International Law”, in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol. 2, Kluwer Law International, 1998, p. 936.

“同时包含两方面的意思：确立权利存在的任何证据和该项权利的实际渊源”。^① 布朗利认为，“title”是指“构成一项权利的原因或基础的所有事实、行为或情势”，在国际法上，其实质是“对抗其他国家的领土主权主张的有效性”。^② 所以，“title”这个术语的主要含义用中文表达就是“权利根据”。很多英文文献也用“roots of title”^③来明确表达“权利根据”的意思。

总之，在不同的语境下，“title”这个术语包含主权、权利、事实、行为、情势等意思。

因此，“historic title”一词，在很多情况下，指的是一些在历史上有效创设某种权利（包括主权）的历史事实，这些事实的作用是证明历史上某种权利的存在，除非能证明这种历史上形成的权利被取代或废除，这种历史上形成的权利应被认为继续存在。

正是为了表达这种因历史事实而形成的历史性权利（主权或非主权、陆地或海洋）在国际法上的地位，维歇创造了“历史性权利的巩固”这个概念：

领土情势稳定的根本利益（从秩序与和平的观点来看）是历史性权利巩固（consolidation by historic titles）在国际法上占有一定地位以及该原则的适用具有灵活性的原因。在处理有关领土情势事项时，国际司法实践尤其容忍勿扰安静事态的原则。之所以如此，既是出于领土情势本身在国际关系中的重要性的考虑，也是由于领土争端的政治严重性。这种巩固不受其他领土取得模式所要求的具体条件的制约，不仅对于尚未组织在国家体制下的领土、对于诸如海湾之类的海面，也具有现实的重要性。得到证明的长期的使用——这是巩固的基础——是一个利益和关系组合的表现，其本身具有将一片领土或海洋赋予相关国家的效果。正是这些在不同情况下各不相同的利益和关系，而不是一个国际法无法确定的期限，影响着法官对于历史性原因的巩固是否存在的最终判断。这种巩固不同于严格意义上的取得时效，因为它可以适用于无法证明其原来属于其他国家的领土。由于巩固不仅适用于陆地还可适用于海洋的某些部分，它也不同于先占。最后，巩固不仅可以通过严格意义上的默认——时间因素在这种默认中不起作用——完成，还可以因足够长期的没

① “Frontier Dispute (Burkina Faso /Republic of Mali), Judgment”, *I. C. J. Reports* 1986, p. 564.

② Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2003, p. 119.

③ *Ibid.*, p. 128.

有遇到反对而更容易地完成——在陆地的情况下没有遇到对于争议地区有兴趣的国家的反对，在海上没有遇到一般国家的反对——因此，巩固不同于国际承认，从实践意义上看，这是最重要的一点。^①

可以看出，历史上形成的权利在国际法上有一席之地理由；历史性权利的巩固不仅适用于陆地，也适用于海洋权利的取得。

另一个著名的判例也表达了同样的意思：

历史性权利在国际法上是一个广为人知的概念，它不仅仅涉及“历史性海湾”——这类水域例外地不受通常的有关海湾规则的约束。历史性海湾也是依赖于一种“古老的权利”（ancient title）：这种权利由于长久以来广为人知而确立，这种共同的知识本身对于权利的确立就足够了。但是，在国际法上，历史性权利也有另外一个不同的含义，即作为一种由于时效的程序、或默认、或占有时间是如此之长而作为权利被法律接受而创设或巩固的权利。^②

因此，如果中国主张的历史性权利意在强调有大量事实支持的在历史上形成的陆地或海洋权利，那么，这种权利是得到国际法承认的。菲律宾对“历史性所有权”的片面解释是错误的。《公约》298条相关规定因而排除仲裁庭对菲律宾第一、二项诉求行使管辖权。

四、不可裁决的争端

从一般国际法来看，不是所有的争端都是适于提交法律解决的争端，尽管可以说，让更多的争端通过法律解决符合国际社会的和平利益，但是，任何争端都需要符合一些条件，才适于提交法律解决。

在国际关系中，是否存在一些适于提交司法机构适用国际法加以解决的国际争端，国际法学界自19世纪后半期对这个问题进行了探讨，形成了

^① Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, Revised Edition, Translated from French by P. E. Corbett, Princeton University Press, 1968, p. 209.

^② “Eritrea v. Yemen, First Stage, Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute”, para. 106, p. 239, 114 ILR 2 (Perm. Ct. Arb. Oct. 9, 1998).

“法律争端”、“可裁决的争端”等概念。^① 布赖尔利不赞成使用“法律争端”而赞成使用“可裁决的争端”这个术语。^② 随着国际仲裁在解决国际争端中的作用不断加强,许多学者出于更好地发挥国际仲裁作用的考虑,试图“区别出一类特别的和一般的争端,针对这类争端,各国政府可被说服接受强制性的法律解决”。^③ 很明显,如果能给出这类争端的鉴别标准,列举出这类争端,在那些有意更多地采用国际仲裁来解决国际争端的国家之间商订仲裁条约时,就很容易对这类争端作出规定,因而为确保这类争端最终得到和平解决提供保障。这类适于提交国际司法机构、适用国际法加以解决的争端被称为“法律争端”,其他一些不适于提交司法机构、不能适用国际法加以解决的争端被称为“政治争端”。

在一些国际条约中,出现过法律争端的概念,但这个概念的含义并不清晰。

1907 年《和平解决国际争端公约》第 9 条规定“凡属既不涉及荣誉,也不影响基本利益,而仅属对于事实问题意见分歧的国际性争端,各缔约国认为,由未能通过外交途径达成协议的各方在情势许可的情况下,成立一国际调查委员会,通过公正和认真的调查,以澄清事实,从而促进此项争端的解决,将是有益的和可取的。”^④ 《联合国宪章》第 33 条明确地把仲裁(原文为“公断”)和司法解决列为和平解决国际争端的方式“任何争端之当事国,于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时,应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用,或各该国自行选择之其他和平方法,求得解决。”^⑤ 《联合国宪章》第 36 条规定:“安全理事会按照本条作成建议时,同时理应注意凡具有法律性质之争端,在原则上,理应由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院。”^⑥ 至于什么

① 关于“法律争端”和“可裁决的争端”这两个术语的区别,芬威克指出“前者主要涉及问题的性质或特征,后者涉及一个外在的事实:由于某个问题具有法律性质因而适于提交仲裁或司法解决。” See Charles G. Fenwick, “The Distinction Between Legal and Political Questions”, *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 18, April 24-26, 1924, p. 45.

② J. L. Brierly, “The Judicial Settlement of International Disputes”, *Journal of the British Institute of International Affairs*, Vol. 4, No. 5, September 1925, pp. 230-231. 在本文中,这两个概念都是指争端具有适于提交法律解决的特征,因而在同一种含义上使用。

③ Sir Robert Jennings, “A New Look at the Place of the Adjudication in International Relations Today”, Paper for the Symposium Held to Celebrate the 70th Birthday of Professor Günther Jaenicke at the Max Plank Institute in Heidelberg in 1984, in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol. 2, p. 464.

④ 《国际条约集(1872—1916)》,世界知识出版社,1986年,第338页。

⑤ 《国际条约集(1945—1947)》,世界知识出版社,1959年,第43页。

⑥ 同上书,第44页。

是“具有法律性质的争端”，具有与《联合国宪章》同地位的《国际法院规约》第36条规定“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端，对于接受同样义务之任何其他国家，承认法院之管辖为当然而具有强制性，不须另订特别协定：（子）条约之解释。（丑）国际法之任何问题。（寅）任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者。（卯）因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”^①

国际公法学者对法律争端的判断标准提出了种种不同的意见，大体上说，关于法律争端的特征，存在着三种观点，分别是：（1）存在着适用于争端的法律；（2）争端所涉及的事项不涉及国家的重大利益；（3）国家愿意将争端提交法律解决。

一般认为，最早详细考察“法律争端”概念的学者是英国学者威斯特莱科。在发表于1896年的一篇论文中，威斯特莱科指出了法律争端与政治争端的区别并提出了判断法律争端的标准。关于什么是法律争端，威斯特莱科指出“国家间法律争端（legal difference）的含义是：可以通过参考公认的规则（known rules）加以解决的争端——支撑这些公认的规则的力量源于国际社会的一般同意。这种支撑力量，虽是现实的，但却是无组织的，因而其行动是不规则的——这种情况我们暂时不予考虑。作为国际仲裁而非国际政府的学者，我们同意暂不考虑裁决的执行问题，因此我们不去考虑这种力量行动的模式。为了使某个争端能被恰当地描述为法律争端，必须适用于国家间争端的规则，必须是公认的、作为国际行动的基础得到一般同意的——无论这种行动采取什么样的形式。”^②

这里，威斯特莱科强调的不仅是公认的规则的存在，更重要的是，这种规则的力量源泉不是某些国家或某些学者的认可，而是国际社会的一般同意，因而具有国际行动的基础的地位。

美国学者芬威克持类似的立场，即一个问题是法律问题还是政治问题，要看针对这个问题，是否存在确定的法律规则，根据这个规则，一个中立的第三方能够确定争端当事方各自的权利和义务。“国际法上的法律问题，指的是那些当事各方关于各自权利的争端受到很确定的法律规则规制的问题。这个规则为某个解决对立主张的第三方（如一个仲裁法庭）提供标准，争端当事方认为以此标准为基础的解决属于适用他们此前认可的原则而不是调停

^① 《国际条约集（1945—1947）》，世界知识出版社，1959年，第67页。

^② J. Westlake, “International Arbitration”, *International Journal of Ethics*, Vol. 7, No. 1, October 1896, p. 9.

人的任意的判决。”^① “与法律问题相对照，在某些争端中，没有确定的国际法规则衡量当事方的权利和义务，这些就是政治问题。在没有法律标准衡量相互冲突的主张的情况下，国家为自己保留在这些事项上独立决定的权利，一般不认为这些事项应该交付法庭裁决。”^② 是否存在规制争端所涉事项的法律规则，对于判断争端是否具有法律性质，显然是重要的。没有相应的法律规则，争端解决机构就没有判断当事方法律权利的标准。

摩根索否认存在可适用于争端的法律规则的争端就是法律争端因而可以通过法律渠道加以解决的观点。“在那些被恰当地称为‘政治性’的并引发所有大战的国际冲突中，关键的问题不在于法律是什么，而在于法律应该是什么。这里的问题不是如何解释双方都承认为合法的法律（至少就诉讼目的而言是合法的），而是现行法律在面对提出修改它本身的要求时是否合法的问题。”^③ 简言之，涉及国家重大利益、国际权力斗争和权力重新分配的争端——政治争端，是不可能通过司法渠道获得解决的。

布赖利指出，国际争端是否适于提交法律解决，与国内争端一样，取决于国家的态度。从本质上讲，无论在国际关系中还是在国内关系中，在争端中，如果当事各方根据法律要求实现自己的权利，这种争端就是可裁决的。“是什么东西使得国家内部的个人之间的争端可以通过法庭程序加以解决？我认为，这个东西不仅仅是法庭可以适用的原则和规则的存在，甚至也不是站在法律一边的压倒性力量的存在——这种力量只是法律受到一般的尊重的迹象而不是其原因。其社会关系受法律调整的社会成员对法律的习惯性的而非偶然的心态，才是使得国家内部的个人之间的争端可以通过法庭程序加以解决的东西。当一个社会要求争端当事方把依法判决作为真正结束争端的方式，并且，不论情愿与否，这种解决方式大体上被一般接受，这种争端就是可裁决的。”^④

国家对法律解决争端的态度与是否存在可适用的法律、争端是否涉及重大利益有密切的关系。假设两国之间存在着一个争端，针对该争端，不存在双方一致承认的法律，并且，对于其中一个或两个争端当事方来说，该争端涉及重大国家利益，那么，该争端就不适合提交法律解决。因为，如果没有可适用于争端的法律，将争端提交司法机构解决，实际上是授权该司法机构

① Charles G. Fenwick, “The Distinction Between Legal and Political Questions”, pp. 44-45.

② *Ibid.*, p. 46.

③ 摩根索著，肯尼思·汤普森、戴维·克林顿修订 《国家间政治：权力斗争与和平》（第七版），徐昕、郝望、李保平译，王缉思校，北京大学出版社，2006 年，第 470 页。

④ J. L. Brierly, “The Judicial Settlement of International Disputes”, p. 234.

为争端所涉及的问题制定法律。不能合理地预期国家将涉及本国重大利益事项的立法权交给某个自己并不充分信任的司法机构。

因此，那些没有可适用的法律且涉及重大国家利益的争端，只能通过政治方法加以解决。

关于法律解决与政治解决的区别，在较早的国际法学说中，仲裁被视为法律方法，而调停被视为政治方法。两者的区别是“仲裁是这样一种程序：根据当事方的协议，争端提交给一个或更多仲裁员解决。这种协议可以是具体的案件订立的，也可以是一般性的协议，规定凡是在当事方之间出现某类争端，这类争端都提交仲裁解决。要点是，仲裁员必须对争端作出裁决，即对权利问题作出判决。提出一个妥协建议，或作出他们认为的最好的行为的建议——最好的而不是最公正的——不是仲裁员的工作，而是调停者的工作。”^①因而，法律解决与政治解决的主要区别在于争端解决机构适用不同的规则：前者适用法律规则解决双方的权利之争，后者适用公正原则平衡双方的利益。

詹宁斯更详细地界定了处理争端的政治方法与法律方法的区别“法官必须在法律规定的框架内工作；必须记住，所适用的法律应具有连贯性和合理的可预测性；必须在可靠的专业界限内说话和思考——只有这样，裁决才成为解决争端的一种可接受的方式，无论是在国内还是国际的环境中。”^②“如果法院要在国际争端解决中发挥更大的作用……法院必须牢记：法律解决方法只能在现存法律合理解释的可能性范围内进行，这种方法必须被视为一种明显不同于其他方法的解决方法。”^③与之相对，解决争端的政治方法的特征是“与法律解决相对照的政治解决，针对的对象可能是具体的当事方或某个具体的情势，并不一定需要考虑或与类似的案件中过去是如何处理的或将来可能会如何处理保持一致。事实上，一个政治机构并不局限于处理争端或明确界定的争议，它可以处理一种没有或不可能被简化成涉及具体法律或事实争议的正式的诉讼请求。最重要的是，这种机构可能有权基于纯粹的政策因素做出决定，任何相关的法律因素可能被纳入也可能不被纳入考

^① J. Westlake, “International Arbitration”, p. 5.

^② Sir Robert Jennings, “The International Court of Justice and the Judicial Settlement of Disputes”, in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol. 2, p. 435.

^③ Sir Robert Jennings, “International Court and International Politics”, in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol. 2, p. 480.

虑。”^①

因此，涉及“历史性权利主张”的争端，不仅不适合交由根据《公约》相关规定成立的仲裁机构解决，也不适合交由其他司法机构解决。当然，随着国际海洋法的不断发展和中国对国际司法机构的信心进一步加强，中国将来愿意将此类争端提交法律解决，也是有可能的。

五、结 论

国际司法机构的职能是，适用国际法解决当事方同意提交的法律争端。在审理菲律宾所提仲裁案的过程中，根据《公约》附件七建立的仲裁庭有必要谨守司法职能。也就是说，仲裁案需要准确地认定争端的存在、可适用的《公约》规则的存在、当事国同意的存在。从仲裁庭 2015 年 10 月 29 日发表的《仲裁书》来看，仲裁庭的工作不能令人满意。

要确定争端的存在，有必要分析争端当事方的立场、找到相互对立的立场、把相互对立的立场合并表述为一个可以裁决的争端。就“历史性权利主张”相关问题而言，仲裁庭没有做好这些工作。相反，在尚未确定中国可能主张性质的情况下，就得出了争端存在的结论，这令人无法理解。仲裁庭对中国南海权利主张的曲解也是无法接受的。中国明明主张对作为单一整体的南沙群岛的主权，仲裁庭却把中国的主张扭曲为对个别岛礁的领土和海洋权利的主张。仲裁庭似乎自认有权修改中国政府的文件、更改中国政府的立场，这完全不是在客观地评估当事方的观点。

即使确认争端存在，仲裁庭仍有义务指出适用于这个争端的《公约》范围内的法律规则，相关的规则与争端的主题之间需要存在真实的联系。就“历史性权利”相关问题而言，菲律宾在诉讼过程中未能有效地证明这种规则的存在，仲裁庭似乎完全没有做这项工作。必须认为，涉及《公约》与其他法律体系的关系，属于条约国际法与习惯国际法或一般国际法的关系问题，超出《公约》的解释和适用范畴。因此，假如中国确实根据习惯国际法而主张一种超出《公约》规定的权利，无论这种主张能否成立，由此而产生的争端肯定不属于《公约》的解释和适用的争端。

^① Sir Robert Jennings, “The Judicial Function and the Rule of Law in International Relations”, in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol. 2, p. 488.

就《公约》条款的解释而言，审慎地解释《公约》第298条有关“历史性所有权”的规定，应该认为，“历史性所有权”指的是国际法承认的创造领土或海洋权利的历史事实。不能认为历史上创造的权利在某个时间点突然全部消失了。无论对该规定的实体问题作出怎样的解释，作为一个初步问题，该条款排除仲裁庭对“历史性权利”相关争端的管辖权。

从更深层次上看，“历史性权利主张”相关问题属于高度政治性质而非法律性质的问题，适于通过政治解决的方法加以解决。这类问题涉及国家的多个重大利益，没有明确的可适用的法律。尽管中国作为《联合国海洋法公约》的当事国，一般接受第十五部分第二节有关强制争端解决程序的条款，但这是在《公约》范围内的接受。中国不可能认为《公约》具有超出习惯国际法和一般国际法的效力。

仲裁庭对于该案的性质似乎有一些误解。虽然可以承认，任何争端都可能有多层面，其中某些层面适于经由法律途径解决，解决这些可裁决的层面在某些情况下也有助于整体争端的和平解决，但是，仲裁庭对中国与菲律宾之间存在的南海问题的复杂性显然重视不够。在中国看来，问题的本质是中国的领土主权受到侵犯，而一个侵犯别国主权的国家竟然利用法律途径试图进一步侵犯自己的利益，这是难以接受的。因此，不能简单地认为，争端必然是多面的、某些层面是可以进行法律解决的，而应看到，如果违反国家的意愿，强行推进法律解决，很可能会激化其他层面的争端。在南海问题上，不能令人信服地确定对“历史性权利”相关问题的管辖权，片面地解决所谓的岛礁地位问题，都很可能激化这个复合争端的领土主权层面。

（责任编辑：李 丹）