

DOI: 10.14015/j.cnki.1004-8049.2018.12.003

高圣惕:“论南海仲裁裁决对《联合国海洋法公约》第121(3)条的错误解释”,《太平洋学报》,2018年第12期,第24-34页。

GAU Shengti, “On the Questionable Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the Award of the South China Sea Arbitration”, *Pacific Journal*, Vol.26, No.12, 2018, pp.24-34.

论南海仲裁裁决对《联合国海洋法公约》第121(3)条的错误解释

高圣惕¹

(1.海南大学,海南 海口 570228)

摘要:《联合国海洋法公约》第121(3)条的文字有意模糊,中菲南海仲裁案《7月12日裁决》竟给出解释。几位负有盛名的国际法学者研究发现这些解释背离国家实践。本文使用《维也纳条约法公约》第31条关于条约解释原则进行评价。笔者认为,就用语的通常意义而言,仲裁庭忽略待解释条款第一个字(rocks,即复数“岩礁”)及第二个字(which)的含义。就上下文而言,仲裁庭对于第121(2)条前七个字视而不见。就条约解释学而言,仲裁庭使用无足轻重的材料来寻求“目的及宗旨”;就“立法准备文件”而言,仲裁庭也选取无关紧要的材料。藉此,《联合国海洋法公约》谈判时未被采纳的特定提案遂能复活为被解释后的条文内涵。显然,仲裁庭对于第121(3)条的解释明显违反诸项条约解释原则,未来难以被公约缔约国遵循。

关键词:中菲南海仲裁案;《联合国海洋法公约》;《维也纳条约法公约》;条约解释;岛礁定义

中图分类号:DF9

文献标识码:A

文章编号:1004-8049(2018)12-0024-11

一、引言

2013年1月22日,菲律宾援引《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)第287条和附件七的规定,单方面将中菲在南海有关领土和海洋划界的争议拆解包装为若干《公约》解释或适用问题提起仲裁(以下简称中菲南海仲裁案)。2013年2月19日,中国政府明确拒绝菲律宾的仲裁请求。应菲律宾单方面请求建立的仲裁庭

不顾对中菲有关争议明显没有管辖权的事实,不顾中国强烈反对,执意推进仲裁,于2015年10月29日就管辖权和可受理性问题作出裁决(Award on Jurisdiction and Admissibility,以下简称《管辖权裁决》),并于2016年7月12日就实体问题以及剩余管辖权和可受理性问题作出裁决(Award on The Merits and The Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility,以下简称《7月12日裁决》)。^①

收稿日期:2018-06-01;修订日期:2018-08-01。

基金项目:本文为国家社科基金重大项目“我国南海岛礁所涉重大现实问题及其对策研究”(16ZDA073)的阶段性研究成果。

作者简介:高圣惕(1963—),男,福建长乐人,海南大学法学院教授,博导,海南大学国际司法与仲裁研究中心主任,国际法博士,主要研究方向:南海问题,国际争端解决。

① 中国国际法学会著:《南海仲裁案裁决之批判》,外文出版社,2018年版,第1页。

中菲南海仲裁案《7月12日裁决》^①,对《公约》^②第121(3)条的文字有意模糊,其解释极具争议。就此条文,^③先前国际司法判决均避免解释。^④中国拒绝承认本仲裁案及裁决的合法性。^⑤短短两年之内,来自日本、^⑥德国、^⑦奥地利、^⑧新西兰^⑨及海峡两岸^⑩的知名国际法学者纷纷指出这个裁决偏离国家实践的问题。

“《公约》第121(3)条的适用,牵涉到国际海底区域的范围,即人类共同继承的财产的范围,牵涉到国际社会的整体利益,是具备普遍性质的重要议题。”^⑪着眼国际社会的整体利益,仲裁庭对此条文的解释有深远影响,值得深究。作为仲裁庭解释本条文的规范,1969年《维也纳条约法公约》第31条,^⑫也是本文探讨裁决正确与否的标准。本文使用四位英国籍条约法权威学者的著作以了解条约解释原则,批判《7月12日裁决》对条约解释原则的违反。^⑬

本文聚焦《7月12日裁决》第六章对第121(3)条的“解释”,^⑭不涉及条文的“适用”,^⑮不讨论仲裁庭对于《公约》第13条(关于低潮高地)的解释及适用。^⑯

二、仲裁庭对于《公约》第121(3)条的“解释”

《公约》第121条的条文如下:

“岛屿制度:

1. 岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。
2. 除第3款另有规定外,岛屿的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定。
3. 不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。”

关于第121(3)条的含义,《7月12日裁决》第六章如此“解释”：“就《公约》的用语而言,在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的地形(feature),称为‘低潮高地’。在高潮时高于水面的地形,统称‘岛屿(islands)’。然而,岛屿能产生海域的权利则依赖《公约》第121

① 中菲南海仲裁案的《管辖权裁决》与《7月12日裁决》、菲国提供的起诉状及其他书面论点、庭审会的逐字稿,均可在常设仲裁法院(Permanent Court of Arbitration, PCA)的官网下载,案号为2013-19。详情请参考 <https://pca-cpa.org/en/cases/7/>。

② 《7月12日裁决》,第478-553段。

③ 《公约》的英文文本,参见:United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/UNCLOS-TOC.htm, Access Time: 2018-05-25。

④ 《7月12日裁决》,第474段。

⑤ 在《7月12日裁决》公布当天,中国外交部即发布了声明。参见:Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, “Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines”, July 12, 2016, https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1379492.shtml。

⑥ 日本学者田中(Tanaka)主张,仲裁庭的解释没有国家实践的支持。法国、澳大利亚、墨西哥、委内瑞拉、荷兰、日本的实践都跟仲裁庭的解释不同。参见 Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *Ocean Development and International Law*, Vol.48, No.3-4, 2017, pp.373-374。

⑦ Stefan Talmon, “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 12 July 2016”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper No.14, 2018, pp. 81-87, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3180037。

⑧ Gerhard Hafner, “Some Remarks on the South China Sea Award: Itu Aba versus Clipperton”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, No.34, 2016, pp.10-13。

⑨ Joanna Mossop, “The South China Sea Arbitration and New Zealand's Maritime Claims”, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, Vol.8, No.2, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123313, pp.265-291。

⑩ Yann-Huei Song (宋燕辉), “The July 2016 Arbitral Award, Interpretation of Article 121(3) of the UNCLOS, and Selecting Examples of Inconsistent State Practices”, *Ocean Development and International Law*, Vol.49, No.3, 2018, pp.251-255。中国国际法学会也召集数十位国际法学者共同撰写出一本批驳南海仲裁裁决的论文,质疑仲裁裁决对于第121(3)条的解释偏离国家实践,见 Chinese Society of International Law, “The South China Sea Arbitration Awards: A Critical Study”, *Chinese Journal of International Law*, Vol.17, No.2, 2018, pp.537-542。

⑪ 《7月12日裁决》,第457段。

⑫ 《维也纳条约法公约》,议定于1969年5月23日,生效于1980年1月27日。见 United Nations, *Treaty Series*, Vol.1155, p. 331, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf。

⑬ 著作分别是:1) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000; 2) Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984; 3) Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008; 4) Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961。

⑭ 《7月12日裁决》,第119-120、130-131、175-186、195-232段。

⑮ 《7月12日裁决》,第397-407、554-648段。

⑯ 《7月12日裁决》,第6章第B节,第281-384段。

条的适用,以及岛屿^①是否有能力“维持人类居住或其本身的经济生活”而定。在本章中,仲裁庭将满足第121(1)条定义的岛屿,统称为‘高潮高地(high-tide feature)’。^② 仲裁庭用‘岩礁(rocks)’代表^③“不能维持人类居住或其本身的经济生活的”高潮高地。依据第121(3)条,这类高潮高地不具备产生专属经济区及大陆架的资格。“不是岩礁且根据第121(2)条与其他陆地领土享有《公约》规定的同样权利的高潮地形,仲裁庭采用‘完全资格岛屿’(fully entitled islands)这一词。因此‘岩礁’和‘完全资格岛屿’是较广泛一类‘高潮地形’的分类。最后,仲裁庭将甚至在低潮时也完全没入水中的地形称为‘水下地形’(submerged features)。”^④

这个论述有三大重点:(1)仲裁庭使用“高潮高地”统称满足第121(1)条“岛屿”定义的地形,“高潮高地”等于“岛屿”。每个高潮高地须经第121(3)条的测试,才知该地形是否享有专属经济区及大陆架。高潮高地分两类:“岩礁”和“完全资格岛屿”。(2)“岩礁”即依第121(3)条“不能维持人类居住或其本身的经济生活的”高潮高地(或岛屿)。“岩礁”遂无专属经济区及大陆架。《7月12日裁决》第483段说:“相关地形在其自然形态下是否有能力维持人类居住或经济生活?如果不能,它就是岩礁。”(3)“完全资格岛屿”指非属“岩礁”的“高潮高地”,且无专属经济区及大陆架。一个高潮高地要成为“完全资格岛屿”,不能满足第121(3)条的任何一条件。

三、仲裁庭如何“解释”《公约》 第121(3)条?

仲裁庭“解释”《公约》第121(3)条的过程共五大步骤:(1)条文“用语”(the text);(2)“上下文”与《公约》的“目的与宗旨”;(3)该条文的谈判准备工作文件(*travaux préparatoires*);(4)对于本条文解释的结论;(5)履行本条文国家实践的相关性。^⑤

3.1 第121(2)条:消失的“上下文”

在整个“解释”过程中,仲裁庭轻忽第121(2)条。当仲裁庭进行步骤二时,也就是“上下文及目的与宗旨”时,对第121(2)条的前七个字毫无理由地视而不见。在第二个步骤共14段的篇幅中,只有5段讨论“上下文”。其中2段讨论第13条,1段讨论第121(1)条当中的“自然形成”的意义。在仲裁庭使用75段处理五大步骤的情况下,^⑥只用5段讨论“上下文”,显然失衡。^⑦

从《公约》(英文版)第121条的结构来看,作为原则的第121(2)条的前七个字(except as provided for in paragraph 3,即“除第3款另有规定外”)将第121(3)条定性为例外,显见这七个字的重要性。作为第121(3)条的“上下文”,这七个字岂容忽略?换言之,忽略这七个字,即能便利仲裁庭将第121(3)条的主词(复数“岩礁”,“rocks”)与第121(1)—(2)条的主词(单数“岛屿”,“an island”)等而视之。^⑧

3.2 使用第三次联合国海洋法会议以前的谈判立场来界定目的与宗旨

就条约解释学而言,“目的与宗旨”在于“确

① 但是,第121(3)条第一个字是复数岩礁(rocks),而非“岛屿”。——笔者注。

② 但是,《公约》中并没有“高潮高地”这个词。——笔者注。

③ 但是,第121(3)条的反面解释,是“能维持人类居住或其本身的经济生活的(复数)岩礁,有专属经济区或大陆架”。——笔者注。

④ 《7月12日裁决》,第280段。

⑤ 《7月12日裁决》,第473—553段。本文限于篇幅,不讨论第5部分(履行本条文的国家实践之相关性)。

⑥ 依次参见《7月12日裁决》,第507—520段;第507—511段;第508—509段;第510段;第478—553段。

⑦ 《7月12日裁决》,第507—511段。奥地利国际法学者哈夫纳(Hafner)指出,《公约》还有其他很多条文提到“岛屿”,这些条文应该被仲裁庭当成上下文来检视,因为同一个字在同一个条约当中的不同条文出现,应该具备相同的意义。Gerhard Hafner, “Some Remarks on the South China Sea Award: Itu Aba versus Clipperton”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.34, 2016, p. 8.

⑧ 见本论文三之3.4(2)节。

认”条文的“用语”放在“上下文”当中得到的解释。^①仲裁庭使用9段来探寻专属经济区的目的与宗旨,作为解释第121(3)条时应考量的目的与宗旨。于是,第121(3)条当中的“人类居住”^②及“本身的经济生活”^③两个词便被专属经济区的目的及宗旨所限制。这里产生几个问题:

(1)除了“人类居住”及“本身的经济生活”之外,第121(3)条还有其他很多重要的用语有待解释,亦需透过探寻“目的及宗旨”加以确认。例如第121(3)条第一个字——复数的“岩礁”(rocks)与第121(1)—(2)条当中单数“岛屿”(an island)不同,仲裁庭却把两者等而视之,用“高潮高地”统称。如此关键判断,却不寻求“目的及宗旨”确认,令人遗憾。^④

(2)仲裁庭使用下列五类材料定义专属经济区的目的及宗旨:①《公约》的历史;②在第三次联合国海洋法会议之前不同区域国家对于扩张沿岸国海域管辖权的声明及宣言;③开发中国家的沿岸国在海底委员会(the Seabed Committee)及第三次联合国海洋法会议的发言记录,以及特别依赖渔业的特定已开发国家的立场;④《公约》的前言;⑤个别国家在《公约》谈判时的声明。^⑤

其实,就这五类材料而言,条约解释学大师仅重视第四类资料,即《公约》的前言。^⑥专属经济区制度固然有助界定第121(3)条之目的及宗旨,但要发掘专属经济区制度的真正含义,仍须先在《公约》锁定特定条文,研究其用语的通常意义、上下文及其目的与宗旨。

即便前述五类材料系为界定专属经济区制度,便于确定第121(3)条解释的目的及宗旨,这些资料还有问题。这些资料并非《公约》专属经济区制度的任何条文,亦非专属经济区制度的上下文,更算不上专属经济区制度的目的及宗旨。最关键的是,除了《公约》前言外,其他四类材料均非《公约》的条文。上述材料系用以限缩或阐述“人类居住”一词的含义,仲裁庭认为,“为制衡专属经济区制度带来的管辖权扩张,第121(3)条可避免这种扩张走向过度。这个条文

能避免很小的地形很不公平、很不公平地产生巨大的海域权利与海域面积,这种海域权利并非为了造福该地形上居住的人们,而是为了让(可能地处遥远的)国家获得一笔横财,只要那个国家对这个很小的地形主张领土主权。在这个背景下,第121(3)条的意义,应该是强化,而非削弱专属经济区制度与第121(3)条个别的目的。”^⑦

就仲裁庭而言,欲达此目的,最好的做法是承认“人类居住”的标准跟沿岸国的人民彼此的关联,专属经济区所蕴含的天然资源其实就是为了这些人民的利益才维护的。……其实,海上地形若是没有人类居住(或一个经济生活),这个存在于海上地形跟沿岸国人民之间的联系就变得淡薄了。^⑧

笔者认为,解释“人类居住”时,考量其目的与宗旨没错,但不该忽视其“上下文”(即“不能维持”)。“不能维持人类居住”的含义,是无能力维持人居,而非该地形无人居住。仲裁庭引进上述材料与秘鲁、新加坡、哥伦比亚^⑨代表的声明,朝“有无人类居住”的标准拉进,却与待解释的条文文字(“不能维持”)渐行渐远。然而,仲裁庭是个司法机构,而非立法机构,岂能修改《公约》?仲裁庭在本案打着解释的招牌,提升立法会议中不被采纳的提议至“目的及宗旨”之位阶,让这些建议复活,并且融入第121(3)条成

① See Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 188; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, pp. 130-131.

② 《7月12日裁决》,第512、517、520段。

③ 《7月12日裁决》,第512段。

④ 参见 Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, p. 130.

⑤ 依次参见《7月12日裁决》,第513段;第514段;第515段,注脚543;第515段;第518-519段。

⑥ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 194-197; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, pp. 118, 134.

⑦ 《7月12日裁决》,第516段。

⑧ 《7月12日裁决》,第517段。

⑨ 《7月12日裁决》,第518-519段。

其内涵,再透过忽略上下文^①及关键条文用语,^②第121(3)条便在众目睽睽之下遭到修改。^③

此处的问题何在?就条约解释学来说,这是使用“目的及宗旨”凌驾于待解释的条文文字之上。^④即便是合格的“目的及宗旨”,都不能超越待解释的条文文字(“不能维持”)。更何况被仲裁庭发掘的所谓“目的及宗旨”根本不合格,却能取代待解释的文字,这是大胆违法。

3.3 无用的谈判“准备工作文件”(Travaux Préparatoires)

《7月12日裁决》用10页讨论第121(3)条当初立法准备文件(travaux préparatoires),用来探寻这个条款的制定目的。仲裁庭回顾12项材料:①1923年大英帝国成员召开协调海洋政策的帝国会议记录;②1930年英国在国际联盟的国际法法典化会议的提案,以及其他国家在会中的提案;③1956年联合国国际法委员会(ILC)对于海洋法的决议以及1954年英国在该委员会的提案;④一个联合国国际法委员会指定的条约草案修正版,后来成为1958年日内瓦《领海及毗连区公约》第10条;⑤在第三次联合国海洋法会议召开前,马尔他大使帕尔多(Arvid Pardo)在1971联合国海底委员会开会的声明;⑥1972—1973年海底委员会开会时某些国家的立场;⑦1974年罗马尼亚代表在第三次联合国海洋法会议中的立场;⑧1974年新加坡代表在第三次联合国海洋法会议的立场;⑨1974年英国与墨西哥在第三次联合国海洋法会议第二委员会中的立场;⑩1975年非正式单一协商文件(Informal Single Negotiating Text),但是没有谈判记录;⑪日本、希腊、英国意图删除非正式单一协商文件中关于岩礁的例外条款,以及反对这种做法的国家的立场;⑫在第三次联合国海洋法会议最后会议中丹麦及哥伦比亚等国推动删除后来成为第121(3)条的例外规定但功败垂成的记录。^⑤

基于下述理由,前述12项材料就条约解释学而言,不构成“准备工作文件”。事实上,第121(3)条根本不存在“准备工作文件”。不仅英

国权威专家奥斯特(Anthony Aust)如是说^⑥,仲裁庭也承认。^⑦然而,哪种材料才算“准备工作文件”?

奥斯特主张:联合国国际法委员会并未定义“准备工作文件”。但是,一般了解的“准备工作文件”包含书面文件,如条约的诸项草案、会议记录、专家顾问在法典化会议中的解释性声明、条约起草会议主席对于草案的解释性声明且未受质疑者、联合国国际法委员会提出的条文草案的逐条释义……由独立且具专业的秘书为了会议准备的记录摘要,如联合国的秘书处的记录。这类材料比未经认可而发表的会议主办国或参与国提出的会议记录更有分量。^⑧

条约解释的权威学者加德纳(Richard Gardiner)对于“准备工作文件”的滥用也提出警告:很明显的,……当条约解释成为问题时,一成不变的做法是检视“准备工作文件”。然而,对于这种文件做出判断之前,做法必须更为克制,否则条约缔约国的同意会被出现在条约文字议定前的不完整的提案交换及辩论主张的内容所取代。^⑨

在《维也纳条约法公约》起草时,联合国国际法委员会的报告人也提出警告,这个警告被加德纳引述:今天,被大家普遍承认的是:使用“准备工作文件”作为条约解释的方法时需要小心。条约、条约的附件或是跟条约议定有关的

① 见本论文三之3.1节。

② 见本论文三之3.4之(1)-(2)节。

③ 中国国际法学会召集的国际法专家也有相同的结论。见 Chinese Society of International Law, “The South China Sea Arbitration Awards: A Critical Study”, *Chinese Journal of International Law*, Vol.17, No.2, 2018, pp.532-533.

④ 加德纳(Gardiner)检视过司法判决后,得出结论:“目的及宗旨”不能凌驾于待解释的条约文字之上。参见 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 197-198.

⑤ 依次参见《7月12日裁决》,第218-227页;第522段;第523段;第524段;第525段;第526段;第527段;第528段;第529段;第530段;第531段;第532段;第533段。

⑥ 参见 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 198.

⑦ 《7月12日裁决》,第531段。

⑧ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, pp. 197-198.

⑨ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, p. 307.

文件之外的材料并非准确的解释方法。它们只是证据,这类证据必须跟其他证明缔约国意思的相关证据衡量其轻重,其说服力有赖于在何种程度之下它们可以提供证据,以证明缔约国对于条约用语意义的普遍了解。在缺乏证据证明个别缔约国在谈判时提出的声明受到其他国家认同时,这种个别声明的价值很低。^①

用这样的标准来看,仲裁庭提出的材料难以满足“准备工作文件”的条件。即便满足,也不具备太高的价值。就1923年到1958年的材料而言,顶多可以协助解释1958年日内瓦领海及毗连区公约,可惜该公约没有本案待解释的第121(3)条。1971年至1974年的材料,是个别国家在第三次联合国海洋法会议之前或是开会时提出的立场。1975年非正式单一协商文件没有谈判记录。剩余的材料,都是最后未被非正式单一协商文件采纳的个别立场。

仲裁庭承认第121(3)条的“准备工作文件”不是很好的指引。^② 仲裁庭基于不完美的“准备工作文件”,却能作出下列结论:第121(3)条是个限制条款。它创造两个条件,使得高潮高地无法产生巨大的海域权利。这两个条件的目的与宗旨,是避免侵犯保留给人类共同继承的财产的国际海底区域,也避免造成沿岸国海域空间的不平衡分配。这种对于第121(3)条的目的及宗旨的了解,符合《7月12日裁决》第409-422段菲国的立场,也符合第451-458段中国的立场。^③

问题出现了:①第121(3)条是例外,第121(2)条是原则。因此,第121(3)条当中的条件,旨在限制例外规定而非原则规定。②第121(3)条的两个条件,要限制的是“复数岩礁(rocks)”,而非不存在于《公约》之中的“高潮高地”。③中国根本没有同意上述结论。④“准备工作文件”不该凌驾于条文文字之上,遑论穿凿附会、不够分量的“准备工作文件”。^④

3.4 第121(3)条的“用语”(the text)

仲裁庭如何处理第121(3)条的“用语”?《维也纳条约法公约》第31(1)条规定:条约应

依其用语按其上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义,善意解释。^⑤换言之,解释条约时,待解释的条款字字皆重要。但在本案并非如此。

(1) 被仲裁庭忽略的“用语”

第121(3)条的英文文本是:“Rocks *which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf.*”中文文本是:“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架。”仲裁庭遂解释以下用语:一、复数“岩礁”(rocks);二、“不能”(cannot);三、“维持”(sustain);四、“人类居住”(human habitation);五、“或”(or);六、“其本身的经济生活”(economic life of their own)。^⑥ 但是,英文文本第二个字“which”,也就是中文文本第二个“的”字,仲裁庭竟视而不见。这个字很关键,因为它率领着两个足以让复数岛礁失去产生专属经济区及大陆架资格的条件。若是做反面解释,^⑦不满足这两个条件的复数岩礁,则有权产生专属经济区及大陆架。也就是说,某些复数岩礁可以产生专属经济区及大陆架。^⑧

在本案,仲裁庭却说:“岩礁”代表不能维持人

① Waldock, “Third Report on the Law of Treaties”, *Yearbook of the ILC*, Vol II, 1964, p. 58, para 21. 转引自 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2008, p. 307. See Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, p. 142; McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961, p.423.

② 《7月12日裁决》,第534段。

③ 《7月12日裁决》,第223,535段。

④ 参见 McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961, p.414.

⑤ 《维也纳条约法公约》第31(1)条。“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

⑥ 依次参见《7月12日裁决》,第479-482段;第483-484段;第485-487段;第488-492段;第493-497段;第498-503段。

⑦ 参见 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 200.

⑧ 参见 Stefan Talmon, *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2017, Article 121, para. 32-33.

类居住或其本身经济生活的高潮高地或岛屿。^①这表示,任何“岩礁”都不可能产生专属经济区及大陆架。仲裁庭有曰:“相关地形在其自然形态下是否有能力维持人类居住或经济生活?如果不能,它就是岩礁。”^②易言之,第121(3)条被仲裁庭解释成“不能维持人类居住或其本身的经济生活的一个高潮高地,称岩礁,不应有专属经济区或大陆架。”^③可见“的(which)”这个字存在与否,涉及条文结构的变更,岂能不慎?

(2) 复数“岩礁(rocks)”

菲国认定第121(3)条第一个字(复数“岩礁”—rocks)跟第121(1)—(2)条里的单数“岛屿”(an island)意义相同。^④仲裁庭的做法更为高超,是使用“高潮高地”统称满足第121(1)条条件的海上地形(岛屿),再拿“高潮高地”替代第121(3)条第一个字(复数岩礁,rocks)。^⑤“复数岩礁”跟“单数岛屿”之差别遂消弭于无形。即便如此,仲裁庭还是辩称:“在第121条里,岩礁是岛屿的子项目”。^⑥

为了自圆其说,仲裁庭将“复数岩礁”的范围扩大到跟“岛屿”几乎相同。^⑦仲裁庭先问是否第121(3)条的用语“复数岩礁”必须满足地质或地形地形的标准?^⑧仲裁庭的答案是否定的,因为“岩礁(rock)”的通常意义并未严格限制于此。^⑨

接着,仲裁庭顺着菲国的思路:任何相反的解释,而将地质的标准强加在第121(3)条中,将产生荒谬的结果。在第121条中,岩礁是岛屿的子项目。岛屿被定义为“自然形成的陆地区域”,没有任何地质或地形地貌的条件。将地质的条件引进第121(3)条,代表着任何由海砂、泥巴、碎石或珊瑚构成的高潮高地,不管其他的特征为何,皆可产生延伸的海域权利,即便它们不能支持人类居住或自身的经济生活。^⑩

去除第121(3)条的复数“岩礁”(rocks)的地质或地形限制条件后,“岩礁”跟第121(1)—(2)条中的单数“岛屿”的范围趋近一致。若是论证的过程合理,结论或许合理。然而,仲裁庭所举例子(海砂、泥巴、碎石构成的高潮高地)却难以置放在海洋环境中想象。试问:海砂、泥巴、碎石

构成的高潮高地可能在海浪侵袭下持续突出水面吗?能持续几天?这种“高潮高地”可以满足第121(1)条的条件(“在高潮时高于水面”)吗?若是海砂、泥巴、碎石构成的高潮高地不能满足“岛屿”的条件,它们就丧失产生海域的资格,根本不算第121(1)条中的“岛屿”,岂能将其放在“岛屿”的子项目“岩礁”里讨论?^⑪

真正该问的是:复数“岩礁”的通常意义,放在上下文中来看是什么?根据牛津英语字典,“岩礁”的定义是“地壳坚硬的石头部分(solid stony part of the earth's crust)”或“由地球表面或由海洋突出的一群岩石(mass of rock standing out from the earth's surface or from the sea)”。^⑫因此,第121(3)条的复数“岩礁”应该解释成为一群地壳坚硬的石头部分,高潮的时候突出海面。考量到第121(2)条的前七个字,作为上下

① 《7月12日裁决》,第280段。

② 《7月12日裁决》,第483段。

③ 英国的条约法权威学者辛克莱(Sinclair)对枉顾文义的解释曾提出警告。参见 Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, p. 115。奥地利学者哈夫纳不认同仲裁庭的解释,理由是来自于俄文版的条款文本。Gerhard Hafner, “Some Remarks on the South China Sea Award: Itu Aba versus Clipperton”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.34, 2016, p. 6.

④ 参见菲律宾在2014年3月30日提交的诉状(Memorial),请仔细比对菲国使用的字眼,见第5.26、5.28、5.29、5.36、5.37、5.39、5.44、5.46、5.48、5.50—5.52、5.56段。

⑤ 参见本论文第二节。

⑥ 《7月12日裁决》,第481段。另参见 Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *Ocean Development and International Law*, Vol.48, No.3-4, 2017, p.367.

⑦ 《7月12日裁决》,第479—482段。

⑧ 《7月12日裁决》,第479段。

⑨ 《7月12日裁决》,第480、540段。

⑩ 《7月12日裁决》,第481、540段。特别注意第540段,仲裁庭使用单数的岩礁,这是不符合第121(3)条的文字的。学者贾耶华顿(Jayewardene)认为地质因素构成区别海上地形的基础。参见 Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p.6.

⑪ 参见 Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed, 1984, pp. 119—120。仲裁庭的解释,违反常识,不合逻辑。睁眼说瞎话的解释,还可能违反诚信原则。

⑫ A.S. Hornby (as General Editor), *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, Oxford University press, Third edition, 1980.

文,复数的“岩礁”应被了解为岛屿的一种(而非全部),四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域,为一群地壳坚硬的石头部分。简而言之,作为例外条款第121(3)条的第一个字,复数“岩礁”应被解释为“岛屿的一类”,范围只可能小于(而不可能等于)“岛屿”。

(3)“不能(cannot)”

仲裁庭指出,第121(3)条的“不能”,指能力(capacity)。“相关地形在其自然形态下是否有能力维持人类居住或经济生活?如果不能,它就是岩礁。”^①仲裁庭还提到一个地形的法律地位,取决于其“自然的能力”。为增加维持人类居住或本身的经济生活的能力而由外来的增添或改善作为,不予考虑。^②

笔者不同意这样的看法。其一,“不得存在外来的增添或改善作为”,这个条件不存在于第121(3)条的文字。其二,这个条件系于1923年的帝国会议提出,^③当时并未被广泛接受,因而未能成为条约的一部分。

仲裁庭又说:人类居住的历史证据以及过去的经济生活,与对一个地形的能力的判断有关。倘若一个海上地形临近于人居的大陆,却从未有人居住,或从未维持自身的经济生活,这可解释成该地形不能维持人居。^④可见,仲裁庭接受菲国的论点。^⑤

笔者认为,要判断一个海上地形是否有能力维持人类居住或是维持本身的经济生活,最好的办法是实地调研。历史证据很难彻底发掘出来,在一方缺席的审判当中,提交的历史证据更不可能两面俱陈。再者,主权国家有权禁止其人民前往辖下海岛岩礁居住,不论物产如何富饶,这是众所周知的事实。^⑥因此,缺乏人类居住的片面历史证据,难以证明一群岩礁就集体而论,不具备维持人类居住或本身经济生活的能力。

(4)“维持(sustain)”

仲裁庭认为“维持”有三层意涵:①提供生活必需品的概念。②时间的概念,须能长期持续提供必需品。③品质的概念,提供的生活必需品,需满足最起码的适当水准。就经济生活而言,“维持”指长时间提供一种不赔本、可持续

的经济活动。^⑦

笔者认为,前述第三个含义显然违反《公约》的前言,即“适当尊重所有国家的主权(dueregard for the sovereignty of all States)”。^⑧这段话,可视为《公约》的目的及宗旨。值得注意的是,“维持”的客体是“人类居住”。地球上的人类,分为不同民族在天差地别的自然环境下生存。大英帝国殖民时期,派遣许多平民移民印度,许多妇女孩童因为水土不服而夭亡。^⑨但这样的环境无碍当地印度人的健康存活。这说明“满足最起码的适当水准”的条件,背离现实、窒碍难行、有种族歧视之嫌且违反《公约》的目的及宗旨。

(5)“人类居住(human habitation)”

《7月12日裁决》指出,“人类居住”一词的通常意义是,“在一个地方居住的行为;居民的占领行为”或是“定居”。“居住”的意思是“停留、居留、把一个地方当成住所而占据、在一个地区永久居住或习惯性居住等”。一小群人停留在一个海上地形,该地形不构成永久的或习惯性的住所,因此不符合“居住”的定义。“居住”的意思是:人民非过渡性、非过境性的停留,这些人民是自愿选择在该地形上永久居住。“居住”的另一个意思,是在一个地形上存在一群人作为共同体而存在。^⑩虽然第121(3)条里没有规定人数的下限。

① 《7月12日裁决》,第483段。

② 《7月12日裁决》,第541段。日本学者田中不以为然。参见Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121 (3) in the South China Sea Arbitration (Merits),” *Ocean Development and International Law*, Vol.48, No.3-4, 2017, pp.368-369.

③ 《7月12日裁决》,第522段。

④ 《7月12日裁决》,第484、549段。

⑤ 《7月12日裁决》,第413段。

⑥ 这种国家主权行为,依据《公约》前言,应予尊重。

⑦ 《7月12日裁决》,第487段。

⑧ 参见《公约》前言。

⑨ Jeremy Paxman, *BBC Empire Episode 2 - Making Ourselves at Home Documentary*, <https://www.youtube.com/watch?v=Jjg8MX5QStc>, watch the program at 19:20-21:30, Access Time: 2018-05-25.

⑩ 依次参见《7月12日裁决》,第488段;第489段;第491段;第542、544段。

这种解释严重偏离法律和现实。首先,海域权利的产生,不是因为存在一个满足第121(1)条条件的海上地形,而是因为国家对该地形的领土主权主张。^①除非仲裁庭造法,否则就法而言,平民百姓的意愿与该地形是否有权产生海域权利无关。其次,主权国家有权派遣或禁止平民百姓前往辖下的海上地形居住。平民百姓因为战乱去特定岛屿避难甚至久居,也未必心甘情愿。^②换言之,将平民百姓所谓定居久居一地的“意愿”与海上地形产生海域权利的资格连接,难以客观圆满地判断。再次,第121(3)条文字的反面解释:复数的(一群的)岩礁能集体地维持人类居住(或能维持自身的经济生活)者,就能产生专属经济区及大陆架。^③条文不问人民“为何”来到这组岩礁定居,显见仲裁庭造法的企图。最后,第121(3)条没有提供数字的下限,作为满足“最少人类居住”的条件。仲裁庭还创造“一个人类共同体”的门槛概念,这些条件恣意模糊,难以适用,将制造更多问题。

(6)“或(or)”

仲裁庭认为,第121(3)条的“或”字表示:一个地形若是可以维持人类居住,或是可以维持本身的经济生活,都有权产生专属经济区及大陆架。这里的问题是,仲裁庭再度忽视第121(3)条第一个字,是“复数”岩礁(rocks)。^④

(7)“其本身的经济生活(economic life of their own)”

仲裁庭认为,“经济”这个字的通常意义是“关于一个人类社群的物质资源的发展与规范”,可能涉及一种货品或服务的生产、销售、购买、或交换的程序。“生活”这个字意味着单纯存在资源是不够的,必须有某些程度的当地人类活动来开采、发展、分配这些资源。“经济生活”必须跟“维持”这个字一起解释。因此,一次性的交易或是短期的经济冒险都不构成经济生活。“其本身的”指一个地形(或是一组相关的地形)必须具备支持独立经济生活的能力,不需要依赖大幅度外来资源的挹注,不能仅是支持采掘性的活动,也不能没有当地人民的参与。纯属采掘性的经济活动,利益不归属该地形,或

利益不归属该地形上的居民,就不能构成地形自身的经济生活。^⑤

笔者认为,前述的条件,所谓“不能依赖外来资源的挹注”以及所谓“纯属采掘性的经济活动,利益不归属与该地形或当地的人民”等消极条件,偏离现实,小看人类的智慧。这样的附加条件在第121(3)条的文字上找不到支持,也难以适用。经济生活涉及交换或买卖货品、资源或劳务。人们总是拿他们所处环境现有的东西,去换取周围不存在的物资或服务。鸟粪(磷矿)当然会被采掘,可用来交换资金。资金可用来购买精密机器设备,或是聘请高科技人才提供服务。外来人才可使用高科技的机器设备发现当地人们探寻不到的、比鸟粪更可持续的天然资源,比如说石油、天然气、风力资源、海流资源、太阳能资源等等。

四、结论

本文检视仲裁庭解释《公约》第121(3)条的过程,不断发现违背条约解释原则的作为。关于第121条的结构,仲裁庭的认知是任何岩礁(rock)都没有能力支持人类居住或本身的经济生活,都不能产生专属经济区及大陆架。^⑥然而,根据第121(3)条的反面解释,复数岩礁,有能力支持人类居住或本身的经济生活者,有权产生专属经济区及大陆架。也就是说,某些岩礁有权产生专属经济区及大陆架。

仲裁庭如何做出违反第121(3)条文意的解释?首先,第121(3)条,英文文本的第二个字(which)被仲裁庭完全忽略。这个字扮演关键角色,联结了第121(3)条的两个条件与本条款的主词(复数岩礁)。它避免满足那两个条件任何之一

① 这就是所谓的“陆地决定海洋”原则,参见《7月12日裁决》,第184段。

② 例如,台湾岛在历史上常是中国内乱、难民涌至之处。1949年国共内战,跟随或被迫随同蒋介石败逃台湾的军人文官及平民百姓,妻离子散,鲜少有意愿在台湾久居。许多人后来因为难以回家不得不在台湾定居,终老一生。

③ 仲裁庭认同这种可能性,见《7月12日裁决》,第544、547段。

④ 《7月12日裁决》,第493-497、504(d)段。

⑤ 《7月12日裁决》,第499、500段。

⑥ 《7月12日裁决》,第483段。

的复数岩礁产生专属经济区及大陆架。反过来说,复数岩礁不满足那两个条件者,可以产生专属经济区及大陆架。藉由忽略第121(3)条第二个字,仲裁庭移除了作出前述结论的障碍之一。其次,仲裁庭忽略第121(2)条的前七个字(Except as provided for in paragraph 3,即“除第3款另有规定外”)。这七个字决定了第121(3)条在第121条中属于“例外”规定,原则规定则安置于第121(2)条(岛屿的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定)。由于这七个字,满足第121(3)条两个条件(不能维持人类居住或不能维持本身的经济生活)中任一条件的复数岩礁,成为第121(1)—(2)条里头的“岛屿”的一个子项目,^①不能产生专属经济区及大陆架,但可以产生领海及毗连区。忽略掉那七个字,第121(3)条当中的两个条件,就从例外规定的条件转变成原则规定的条件。消除掉原则规定与例外规定之间的界限,原则规定中的主词(单数岛屿)就要受制于例外规定的条件。例外规定的考验,原本仅由复数岩礁(例外规定的主词)经历。现在原则规定的主词(单数岛屿)亦须经历,才能知道(单数岛屿)能否产生专属经济区及大陆架。最后,仲裁庭的结论,还需透过废除第121(3)条当中的复数岩礁(rocks)与第121(1)—(2)条当中的单数岛屿(an island)之间的区别才能达成。仲裁庭认定岩礁是岛屿的子项目。但是,仲裁庭创造出“高潮高地”一词,在解释第121(3)条的过程中,用“高潮高地”来代替第121(3)条的“复数岩礁”以及第121(1)—(2)条的“单数岛屿”,消弭岩礁跟岛屿之差别于无形。于是,仲裁庭认为,即便是单数岛屿也必须经历第121(3)条的两个条件的试验,才能认定该岛屿是否能产生专属经济区及大陆架。^②

前述三项“忽略”明显不符合条约解释原则,^③使得仲裁庭的总结论难以符合条约解释的原则。仲裁庭忽略掉(which)违反“条约应依其用语……所具有之通常意义,善意解释之”。^④仲裁庭第二项忽略(第121(2)条的前七个字)以及第三项忽略(单数岛屿跟复数岩礁的区

别),是罔顾“上下文”(包含条约本身的用语),违反了《维也纳条约法公约》第31(1)—(2)条。^⑤尽管仲裁庭承认第121(3)条是经历辛苦谈判后的妥协,来之不易,但依然选择性忽略这些关键字眼而未提供有说服力的理由。

仲裁庭对于第121(3)条的结构性的结论符合该条款的目的与宗旨?或是符合“准备工作文件”?正如本文前述,若要以这两个条约解释的步骤来合理化仲裁庭的结论,恐难服众。原因在于:第一、仲裁庭寻得的“目的与宗旨”与第121条的“结构”无关。^⑥第二、“目的及宗旨”,即便是真实的,在条约解释程序中也不能凌驾于条约文字之上。^⑦不该发生的事竟然发生了,仲裁庭寻得的“目的及宗旨”偏离第121(3)条的文字。第三、仲裁庭寻得的“目的及宗旨”,系基于本条款立法史中不被接受的个别提案。^⑧第四、仲裁庭为了搜寻“准备工作文件”,看遍12类文件。然而,就条约解释学的标准而言,这些文件根本没分量、也不具可信度。^⑨第五、第121(3)条根本不存在“准备工作文件”。

基于这些理由,被仲裁庭解释的第121(3)条,经历结构性的调整,违反《维也纳条约法公约》的条约解释原则,最后变成:

1. 高潮高地是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。

① 换言之,岩礁是岛屿,但岛屿不见得是岩礁。因为岩礁只是一种岛屿,而非所有的岛屿。满足第121(3)条的条件的岩礁,只有领海及毗连区,没有专属经济区及大陆架。其他的岛屿,可产生领海、毗连区、专属经济区及大陆架。

② 此点不符合国家实践,见 Stefan Talmon, *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2017, Article 121, para. 34.

③ 参见维也纳条约法公约第31(1)条。

④ 学者哈夫纳强调:依据《维也纳条约法公约》,条约解释的重点在于探寻待解释条款的用语及其通常意义。参见 Gerhard Hafner, “Some Remarks on the South China Sea Award: Itu Aba versus Clipperton”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Vol.34, 2016, p. 4.

⑤ 参见《维也纳条约法公约》第31(2)条。

⑥ 见本本论文3.2节。

⑦ 参见 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 197-198.

⑧ 参见本本论文3.2节。

⑨ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, pp. 197-198.

2. 高潮高地的领海、毗连区、专属经济区和大陆架应按照本公约适用于其他陆地领土的规定加以确定。

3. 不能维持人类居住或其本身的经济生活的一个高潮高地,称岩礁,不应有专属经济区或大陆架。

值得注意的是,作为第121(3)条的主语,复数岩礁(rocks)意味深远。一群岩礁,若能集体地维持人类居住,或是集体地维持这些岩礁的经济生活,就可产生专属经济区及大陆架,这是第121(3)条的反面解释,且获仲裁庭的明文支持。^① 中国在南海就是使用南沙群岛、西沙群

岛、中沙群岛等组群来主张海域。这种海域主张恰可适用这个反面解释来检验其合法性。为何仲裁庭不愿面对中国的真实海域主张?进而检视南沙群岛每个岛礁地形彼此的关系?仲裁庭却选择跟随菲国主张起舞,检视少数几个南沙岛礁的个别状况,如此行为不但偏离第121(3)条的真实条文,也枉顾中国的真实海域主张,岂能解决争端?以上林林总总、光怪陆离的“解释”,不被中国接受,也不被国际间许多国家采纳,遂理所当然。^②

编辑 邓文科

On the Questionable Interpretation of Article 121 (3) of UNCLOS in the Award of the South China Sea Arbitration

GAU Shengti¹

(1.Hainan University, Haikou 570288, China)

Abstract: The interpretation of Article 121 (3) of the 1982 *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) was finally done by the tribunal for the Sino-Philippine arbitration on the South China Sea issue in July 2016. Examinations by renowned scholars demonstrated that the tribunal's interpretation deviated from international practice. The paper employs the principles of treaty interpretation codified by Article 31 of the 1969 *Vienna Convention on the Law of Treaties* to evaluate such an interpretation process. The paper proposes that the tribunal paid scant attention to the key words such as “rocks” in plural form as the first word and “which” as the second word of Article 121 (3). The tribunal also turned a blind eye to the first seven words in Article 121 (2), which makes up the immediate context for an impartial interpretation of Article 121 (3). Furthermore, insignificant materials were adopted by the tribunal to define the object and purpose, which also goes to *travaux préparatoires*. In such a way of “interpretation”, the tribunal revived unaccepted proposals submitted during the treaty negotiation. Given the fact that lots of general principles of treaty interpretation were violated, the non-conformity with such an interpretation by UNCLOS contracting parties shall be expected and justified.

Key words: the South China Sea arbitration; *the United Nations Convention on the Law of the Sea*; *the Vienna Convention on the Law of Treaties*; treaty interpretation; regime of islands

① 《7月12日裁决》,第544,547段。

② Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121 (3) in the South China Sea Arbitration (Merits),” *Ocean Development and International Law*, Vol.48, No.3-4, 2017, p.378.