

“南海行为准则”阻却声索国再提强制仲裁的可能性

张琪悦^{a,b}

(上海国际问题研究院 a. 全球治理研究所; b. 海洋和极地研究中心, 上海 200233)

摘要:南海声索国援引《联合国海洋法公约》第十五部分再提强制仲裁的隐忧始终存在。“南海行为准则”作为管控危机与建立信心信任的工具,能否以及如何排除这一潜在危机,是我国始终关心的重要问题。“准则”可以明示排除各国援引《公约》强制仲裁程序,也可以基于国家自行选择争端解决方式、作为导致有拘束力裁决的区域性协议、通过发表排除性声明、以国家同意与自由意志默示排除。“准则”可能援引《东南亚友好合作条约》的争端解决机制遵守国家同意与善意原则的要求。在对策方面,我国应当避免将南海仲裁案裁决结果反映在“准则”中;明示或默示排除诉诸强制仲裁,为启动强制程序制造阻碍;综合利用多重手段解决争端,为应诉提前做好法律与外交准备。

关键词:“南海行为准则”;《联合国海洋法公约》;《东南亚友好合作条约》;强制仲裁;争端解决机制

中图分类号: D993.5

文献标识码: A

文章编号: 2096-3122(2021)03-0017-12

DOI: 10.13307/j.issn.2096-3122.2021.03.03

“南海行为准则”(以下简称“准则”)是我国与东盟国家正在磋商的重要文件,预期将于近年达成。“准则”将发挥自我克制、管控危机、建立信心与信任、推动海上务实合作、缓解争端等重要作用。新冠肺炎疫情导致第二轮审读进程延迟,高官会与联合工作组会未能如期举行。域内国家的新动向与域外国家的不断干预致使“准则”磋商面临更多不确定性,表现为以下三点:

第一,南海声索国单方行为加剧争端复杂化。越南已着手准备将中越南海争端诉诸法律程序,通过撰写起诉状、确定诉及事项、包装诉求、提名《联合国海洋法公约》(以下简称“《公约》”)附件五下的四位调解员和附件七下的四位仲裁员,为我国增加法律应对风险^[1]。菲律宾力图将仲裁案裁决结果纳入“准则”文本中,确认并巩固其在南海的既得利益,甚至以此作为主张200海里外大陆架的依据^[2]。马来西亚向大陆架界限委员会提交南海外大陆架划界申请,希望利用“准则”达成前的窗口期尽可能谋取国家利益最大化^[3]。南海声索国单方行动为“准则”磋商增加了难度。

第二,域外国家对“南海行为准则”谈判进行干扰^[4],在南海活动的频率增加,强度加大。美国增派军舰在西沙、南沙、台海开展航行自由行动^[5],形成海空联动、多海域联动、多机种联动的立体化行动模式^[6]。拜登政府注重建立“基于规则的秩序”,更加注重联合盟国与伙伴国家在南海对我国施压。域外国家的直接或间接干预已成为“准则”磋商过程中的不确定因素^[7]。

第三,“准则”实质问题遭遇瓶颈。我国与东盟国家在诸多核心条款上存在分歧,包括“准则”的地理范围、危机管控机制、争端解决机制、法律定位和拘束力。规则设计的不确定性将为诉诸强制仲裁留下缺口。声索国违背我国意志提起强制仲裁,不仅不利于争端本身的解决,也不利于我国进一步主张权利,实现管控南海危机、维护区域和平稳定的目的。

本文针对声索国可能在“准则”磋商或实施阶段再提强制仲裁这一紧迫的现实问题展开探讨,以“准则”单一磋商文本草案作为文本分析的基础,综合运用法条分析法、案例分析法、比较分析法,探讨“准则”能否起到阻却声索国依据《公约》再提强制仲裁的作用,并着重对我国如何在磋商阶段排除这种现实风险提供对策建议。

收稿日期: 2021-02-19

基金项目: 国家社会科学基金项目(18VHQ012);上海国际问题研究院应用创新性课题(SHSCX202101)

作者简介: 张琪悦,女,辽宁沈阳人,助理研究员,博士,研究方向为海洋法。

一、“准则”危机管控的性质具有阻却强制仲裁的作用

我国与东盟国家在“准则”单一磋商文本草案中对“准则”的性质和预期作用达成共识,认为“准则”总体目标旨在建立一整套基于规则的框架,指导各国行为,增进互信与信心,促进南海合作,防止意外事件发生,当意外事件发生时予以管控,同时为和平解决争端创造有利环境^[8]。

“准则”重要预期目的在于危机管控(crisis management)。“危机”具有广泛的含义,并非是严格意义上的法律词汇。根据传统英文词典对“危机”一词的解释,指对政治、经济、军事、安全、社会及国际事务造成危险、困难、不稳定的状态,或导致这种情况的任何事件,并且这一事件可能成为关键转折点或引发决定性变化。这种变化往往是负面的,很多表现为没有预警的“紧急事件”^[9]。虽然“准则”并不意在将“危机”的种类加以列举,但可以明确的是,如果某一声索国违背他国意志,单方面提起强制仲裁,将为南海局势造成危险和不稳定性,也为被诉国家的应对造成现实困难,还将引发区域局势动荡、冲突危机加剧,使海上合作受阻等潜在威胁。以上危险、困难、不稳定程度已经达到“危机”的标准,属于应当由“准则”调整和管控的内容。由此,“准则”的危机管控也包括将违背一国自由意志提起强制仲裁纳入管辖范畴。

二、“准则”争端解决机制的设计成为判断的关键

争端解决机制作为“准则”草案中篇幅较多的内容,也是我国与东盟国家存在争议较大的问题^[10]³⁶。随着各国对“准则”的定位更加清晰,对“准则”争端解决机制的理解也已经发生变化,从最初期待以机制解决南海争端,到意识到“准则”并非是解决领土争端与海洋划界的工具,直至将争端解决机制的运用最终定性为各国处理围绕“准则”文本解释与适用的分歧,确保“准则”规则有效实施,避免再次出现类似于2002年《南海各方行为宣言》(以下简称“《宣言》”)因文本的模糊性与争端解决机制的缺失而导致文本缺乏约束力的情形^[11],由此中国与东盟国家对“准则”争端解决机制的含义达成共识。

“准则”与《公约》争端解决机制的设计思路存在较大差异。《公约》第十五部分^[12]¹⁹²⁰争端解决机制在经过激烈的谈判后达成,其制度设计考虑到不同国家的利益和偏好,保留了充足的灵活性,应对海洋争端的多样化,力图实现规则的强制性与灵活性间的平衡。第十五部分第二节设置了“导致有拘束力裁判的强制程序的限制与例外”,赋予各国合理利用《公约》规则排除强制仲裁的途径。这也是在第三次联合国海洋法大会上起草者对于部分国家认为特定类别的争端过于敏感,不应诉诸强制仲裁程序产生具有拘束力的结果,而最终确立的折中方式。与《公约》设计方案不同,“准则”的争端解决机制无意设置排除性、限制性、保留性条款。这就要求各国在“准则”磋商阶段针对所有条款达成一致意见。

“准则”与《公约》作为两种来源不同的规则,在南海争端中并行适用。两套规则应当相互增强、相互积累,避免相互抵消、相互削弱^[13]^{44.53}。由于“准则”与《公约》在管辖事项中存在一定重叠,在实践中时常会出现某一特定争端将适用于一种以上规则的情形。这也是国际规则管辖“平行主义”的体现。各国不能违反任何一项规则,否则可能导致违反两套规则。与《公约》争端解决机制相比,“准则”基于“特殊法优于一般法”(lex specialis derogate generali)与“后法优先于前法”(lex posterior derogate priori)的法律适用规则,在适用中更具有优先性,能够取得优先适用权。

为证明“准则”争端解决机制能起到阻却强制仲裁的作用,本文将从以下三条路径展开论证:第一,“准则”文本可能采取明示或默示方式,排除《公约》强制仲裁条款的适用;第二,“准则”争端解决机制可能援引《东南亚友好合作条约》(以下简称“《条约》”)争端解决条款,而该条款的启动需要以国家同意作为前提,避免违背国家意志选择争端解决程序;第三,适用“国家同意”这一各国普遍认可的国际法原则作为依据,保障国家的自由选择权。以上思路在国际海洋法法庭耶稣法官于马来西亚诉新加坡围海造地案(Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor)的个人意见对于《公约》第281条的解释得以印证:在解决某一特定争端时,如果诉诸谈判而非其他和平方法,可以通过条约规则,或

以其他合法有效的方法,或通过相关形式来表达国家同意^[14]。下文将遵循以上思路分别展开论证。

(一) 以“准则”文本明示或默示排除《公约》强制仲裁条款的适用

对于“准则”争端解决机制应当如何设计,各国并未完全达成一致。越南提议,“准则”应适用《公约》的争端解决机制,即“准则”解释与适用的争议由各国以和平方式解决,即首先由各国以友好协商、调查、调解、和解及合意的其他方式,解决与“准则”解释和适用有关的争端;如果当事国不能通过上述途径达成一致,可要求委员会提出建议;如果当事国不能以上述方式和平解决争端,应当适用《条约》的争端解决机制。“准则”的任何规定不妨碍缔约国协议选择《宪章》第33条第1款规定的和平解决争端的办法,即以传统政治途径,例如磋商、调查、调解、和解,也包括仲裁、司法解决、诉诸区域机构或安排,或使用各国自行选择的其他方式解决争议^[15-16]。马来西亚、菲律宾、越南主张,“准则”的任何内容都不能影响各国根据国际法享有的权利与义务,包括以和平手段解决争端的权利^[176]。

尽管我国并未在“准则”草案中明确提出关于争端解决机制的设想,但结合我国一贯的立场主张可知,未经国家同意不得将与我国相关的南海争端诉诸强制程序^[18-22]。为实现这一目的,各国可在“准则”文本中明示排除,或经过一定的论证过程,为排除强制仲裁寻找到充分的法律依据,实现默示排除的效果^[23]⁴⁰。由于强制仲裁的合法性成为我国与部分东盟国家间的主要争议,在“准则”正文中明示排除强制仲裁的可能性确实不大。由此默示排除将成为本文核心论证思路。

1. 《公约》第280条赋予各国自行选择争端解决机制的权利

《公约》第280条明确“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解释或适用争端的权利”^[24]。这也成为各国选择争端解决途径的宗旨。“准则”可视为我国与东盟国家间自行选择的和平解决南海争端的方法。“准则”的争端解决机制作为各国先行约定并选择的方法,能够优先适用。根据第280条适用的前提,首先需要确认关于“准则”规则与关于《公约》规则解释与适用的争端二者之间存在密切联系。

第一,根据《维也纳条约法公约》第31条对条约解释规则的规定^[25],对《公约》的解释不仅应当考虑规则的上下文,也应当考虑(甲)当事国嗣后所订的关于条约之解释或其规定之适用之任何协定……(丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。基于以上规则,在时间上,“准则”是继《公约》之后达成的协议;在内容上,“准则”已明确其与其他国际法文件和国际规则之间的关系,即重申应当遵守包括《公约》在内的国际法规则,并将这些规则作为处理国家间关系的规范。“准则”作为继《公约》之后在南海适用的相关协定,并且对于“准则”某一规则的解释与适用往往涉及对《公约》规则的解释与适用,二者之间存在密切关系,满足(甲)项要求。《公约》与“准则”的解释与适用均涉及各当事国和平利用海洋、和平解决争端等国际法规则的基本内涵,两项文件在国际法规则适用问题上存在较高契合度,满足(丙)项要求。因此,根据《维也纳条约法公约》对条约解释的规定,“准则”与《公约》的解释与适用存在密切联系。

第二,“准则”与《公约》在南海问题的适用上存在高度重叠。两套规则均立足于规范各国海上行为,而不涉及对领土主权与海域归属问题进行管辖。根据我国在2006年做出的排除性声明,《公约》对我国的适用范围不包括关于海洋划界的争端^[26]。即使对于同一事项的解释与适用存在争议,当事国可能面临同时被诉诸“准则”与《公约》争端解决机制的风险。然而,关于“准则”解释与适用的争端往往基于《公约》规则的解释与适用产生,“准则”解释与适用的争端也很可能导致援引《公约》的争端解决机制。

尽管国际海洋法法庭在混合氧化物燃料工厂案(The Mox Plant Case)中曾经做出不同的判决结果,但判断做出的依据在于该案涉及的《保护北大西洋海洋环境公约》《建立欧洲共同体条约》《欧洲原子能共同体条约》与《公约》权利与义务的来源不同,并且主题事项差距过大^[27-28]。但是此类情况在本文讨论的情形中并不存在。“准则”的权利义务来源于包括《公约》在内的国际法原则和规则,二者权利与义务的来源和基础相同,而非在先前案例中权利义务来源于不同规则的情形,也不会出现规则产生于不同的背景、目的、宗旨、嗣后行为、准备工作而导致不同的解释结果。因此,关于“准则”与《公约》的解释与适用能合理解释国际海洋法法庭在混合氧化物燃料工厂案中得出的相反意见。况且在“准则”磋商阶段,有声索国主张关于“准则”的解释与适用争端能被诉诸《公约》程序,也侧面印证了“准则”与《公约》解释与适用的

争端存在较高关联度。

2. “准则”作为《公约》第 281 条协议自行选择的和平解决争端的方法

《公约》第 281 条作为第 280 条的递进与补充,对各国协议用自行选择的和平方法解决争端提出要求^[29]。各国应当认识到,“准则”作为协议用自行选择的和平方法解决争端,只有在诉诸“准则”规则仍未得到解决,并且争端各国间的协议不排除任何其他程序的情形下,才能诉诸《公约》第十五部分的争端解决机制。对于协议本身的形式与性质,《公约》第 281 条并未施加任何限制。只要各国对于选取的和平方法达成一致,就能构成各国之间达成的协议^{[30]125}。

第 281 条以“和平方法”作为《公约》程序的替代途径,意在强调各国能够“自由选择”。这既是各国选择的自由,也是行使权利的自由^{[31]1959}。在自行选择解决方式与诉诸《公约》体系的方式之间的权衡中,优先适用各国自行选择的方式,意味着规则更强调并尊重各国的自由意志^{[12]1821}。这一规则背后的指导原则是确保各国能运用和平方法解决争端,至于是否采用《公约》规定的方法,并非是强调的重点或问题的关键。

这一观点已经在多个案例中获得支持。在巴巴多斯诉特立尼亚和多巴格案(Barbados v. Trinidad and Tobago)中,仲裁庭将第 281 条定性为各国对争端解决方式达成的临时协议。仅当各国达成的协定并未进一步排除任何争端解决程序,并且采取各国自行选择的方式未能取得效果,才能诉诸《公约》第十五部分的争端解决机制^[32]。

在南方蓝鳍金枪鱼案(Southern Bluefin Tuna Cases)中,仲裁庭认为,1993 年《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》第 16 条作为各国同意的以自行选择的和平手段解决争端的方式,无论是否具有法律强制拘束力,都已构成《公约》第 281 条下的协议。尽管《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》第 16 条并未明文排除任何其他程序的适用,但仲裁庭认为,即使该公约文本缺少一项明示排除其他任何程序的规定,也不能成为判断能否排除强制程序的决定性因素,况且该公约第 16 条各款在内容上层层递进,对提起仲裁和诉讼程序设定了苛刻的条件,实际上已经严格限制了仲裁和诉讼程序的适用。由此,仲裁庭最终以 4:1 多数支持日本主张的该公约第 16 条争端解决条款在程序上取代《公约》第十五部分争端解决机制,排除任何程序的进一步适用^[33]。

由此,第 281 条的“排除”不应理解为各国只有在规则中“明文排除”,才能实现排除适用的效果,原因在于该规则的表述并未对在何种程度上明确排除适用做以限定。文本是否“明文排除”其他程序并不是“决定性的”,而起到决定性作用的是各国是否有明显的意图、是否存在共识排除其他程序的适用。只有必须采取各国均能同意的程序,才能产生排除其他程序适用的法律效果^{[30]136-137}。从以上裁决结果可知,各国自行选择的协议是否具备法律拘束力,以及协议是否使用明确的措辞排除强制程序,都不属于判断的决定性因素。

南方蓝鳍金枪鱼案仲裁庭除论述个案外,还概括了一般性规律。自《公约》生效以来,各国缔结了大量与海洋有关的国际协议,在不同程度上排除适用强制判决或裁决。许多协定明确要求以各国商议的程序解决争端,包括以谈判、磋商及各国接受的其他方法实现争端的和平解决。也有部分协定不允许一国单方面将争端提交至导致有拘束力的强制程序,而明确规定争端必须以各国互相商定的程序予以解决。在《公约》达成前后均存在这样的倾向,确保《公约》成员国能通过协议根据《公约》第 281 条第 1 款将争端排除在第十五部分第二节之外。如果将《南方蓝鳍金枪鱼养护公约》的争端解决机制纳入《公约》第十五部分第二节中,将剥夺各国自由选择争端解决机制的权利^[32]。这明显与该公约的立法目的相违背。

退一步讲,即使“准则”文本并未明示排除其他程序,但基于对法律适用规则的探讨,“准则”相较于《公约》能取得优先适用顺位。加之“准则”在适用范围和对象上更具针对性,应当成为各国处理争端时先行诉诸的途径。况且,诉诸“准则”解决争端的渠道始终存在,“准则”本身的制度设计尽可能保障规则不被用尽,由此成为各国优先选择适用的方式。即使《公约》的争端解决机制并未被明确排除,在“准则”争端解决机制并未被用尽的前提下,各国不得启动《公约》的强制程序。因此,即使“准则”未明示排除进一步程序,也不能以此剥夺各国自行选择的自由和权利,更不能以此作为判断各国是否应当排除强制仲裁的

决定性依据。

3. “准则”为《公约》第282条各国通过双边协议解决争端的方法

依据第282条,“准则”可以定性为“各国已通过一般性、区域性或双边协定或以其他方式协议”中的区域性协议,替代《公约》第十五部分程序的适用。这与第281条所要求的在满足既定前提下才能适用该条款不同,第282条的“协定”将自动排除适用《公约》争端解决机制,其适用前提在于“准则”构成我国与东盟国家之间的“协议”,并应将这种争端提交导致有拘束力的决定^{[12]1825}。

《公约》第282条原文使用“决定”(decision)一词,其解决方案不仅限于诉诸判决或裁决。只要能得出有拘束力的结果,就符合第282条适用的前提条件。从学理角度分析,“准则”存在具有法律拘束力的可能性:第一,程序方面,“准则”起草主体具有适格性,场所具有合法性和权威性,经签署或批准程序后生效,符合一份有拘束力的文件的程序要求^{[34]49};第二,实体方面,“准则”有明确为各国创设国际法上的权利和义务的意图,符合在国际法上具有拘束力的国际协定的判断标准;第三,“准则”文本通过援引具有法律拘束力的国际公约与区域规则,包括《宪章》《公约》《条约》等国际法原则和规则。即使“准则”规则不明确具有法律拘束力,但“准则”作为各国之间的承诺,基于有约必守、诚实信用、禁止反言的要求,应当实质有效,并能对各国产生事实上的约束效果。由此,根据“准则”能为各国创设权利义务的意图和结果,结合起草与签署的具体情况、各国可能从事的嗣后行为进行综合判断可知,“准则”满足第282条以区域性协议将争端提交至导致有拘束力决定的程序。根据第282条,由于各国选定“准则”这一本身可能具有约束力的程序,事实上驳斥了南海仲裁案管辖权与可受理性裁决中断定的《宣言》及其他诸多联合声明都不属于第282条意义上具有法律约束力的协定、并且这些文件对仲裁庭管辖权没有实质影响的论断,符合第282条“导致有拘束力裁判的程序,应代替本部分规定的程序而适用的规则”^[35]。

4. “准则”符合《公约》第297条与第298条排除强制仲裁的条件

即使“准则”争端解决机制仍未排除援引《公约》第十五部分第二节强制程序与《宪章》第33(1)条诉诸司法途径解决争端,我国可以适用《公约》第297条的限制与第298条的例外排除适用强制程序。第297条包含了自动限制第十五部分第二节适用的事项。这也是在第三次联合国海洋法会议上《公约》为调和各国不同意愿而采取的有效方法^{[12]1908}。通过将沿海国在专属经济区内行使主权权利与管辖权过程中所引起的具有高度敏感性的问题及其引发的争端排除在强制管辖之外,意在保护被诉国家的利益^{[36]449}。第297条为自动排除强制仲裁提供了可能。我国可根据争议发生的实际情况,结合实际需要援引第297条予以排除。

根据《公约》第298条规定,如果《公约》成员国在任何时候宣布不接受对于特定争端采取一种或多种强制性程序,则争端另一方不能适用强制性程序^{[37]145}。我国于2006年8月25日根据《公约》第298条向联合国秘书长递交排除性声明,将第298条允许排除的所有争端排除适用《公约》第十五部分第二节规定的强制程序,包括第1款(a)项规定的关于划定海洋边界的第15条、第74条、第83条解释与适用中的争端^[38]、涉及历史性海湾或所有权的争端、关于军事活动以及根据第297条第2和第3款不属法院或法庭管辖的关于行使主权权利或管辖权的法律执行活动的争端、由联合国安理会执行《宪章》所赋予职务等事项排除诉诸强制仲裁^[39]。

在南海仲裁案管辖权与可受理性裁决中,仲裁庭认为,中国仅将海洋划界排除适用强制程序^[26]。这种观点存在的谬误在于,在争议焦点即海洋划界争端问题上,我国的任择性声明实际上将所有形式和类型的海洋划界争端都排除在导致有拘束力裁判的强制程序下,包括排除适用附件七强制仲裁^{[13]311}。由此,我国将成为南海争端国家中唯一排除海洋划界司法管辖权的国家^[40]。我国的排除性声明意味着但凡属于海洋划界在这一工程的合理范畴内、与海域划界密不可分的重要问题,均应对我国排除适用。这是对该条款的文义解释,而非做扩大解释^{[30]77}。这一排除性声明一经做出即自动生效。我国的声明应当得到其他国家的尊重与遵守。任何通过包装和肢解诉求,试图绕过排除性声明的做法都将构成程序滥用^[18]。这与规则制定的核心思想相违背。

判断当事国主张排除的问题是否与海洋划界争端有关,应当对“关于划定海洋边界的争端”这一表述

的含义做出合理解释。第298条英文表述使用了“关于”(concerning)、“有关”(relating to)、“涉及”(involving)这类宽泛的表述,不仅指海洋划界行为本身的争端,也包括与划界这一整体、系统的工程相关的事项,并且必须考虑所有相关因素。这些因素通常包括确认各国的海洋权利主张,明确海洋权利重叠的范围,以及研究岛礁性质、海上活动等以往海域划界案中审理的主要问题。这也是此处因国家间海域划界实践中需要处理的问题。因此,不应将“关于划定海洋边界的争端”错误地解释为“划定海洋边界争端”这一单一行为本身^{[30]83}。按照对条文表述的一般性解释,任何涉及与我国海洋划界有关的争端都应排除适用强制程序。这也是保护我国的国家意志与国家权利的体现。

5. 启动强制仲裁难以实现缓解南海争端的预期目的

最后,结合缓解争端的预期目的,对我国启动强制仲裁难以有效解决争议,包括多方面原因。

第一,在规则适用范围上,《公约》争端解决机制难以触及南海争端的本质,即国家领土主权争端。主权争端应当运用国际法规则解决,包括领土取得规则、时际法规则、禁止反言规则、历史性权利规则、条约法规则等,而不能将诉诸《公约》作为解决南海争端主要途径。在“准则”性质的问题上,各国将其定性为不解决领土主权与海洋划界争议,仅起到危机管控的作用,由此导致“准则”与《公约》的适用范围相同。这也规避了南海仲裁案管辖权裁决中关于菲律宾提起的诉求是否涉及领土与划界问题而引发的争论。

第二,尽管《公约》作为对海洋法领域规则的全面编纂,无法也不能预期调整海洋领域所有的法律关系,更不能以此解决所有海洋法律问题。况且《公约》在序言中明确,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作为解决的依据,由此为《公约》未尽事宜的解决提供了其他可以诉诸解决的途径,而《公约》规则本身及其争端解决机制仅起到辅助作用。

第三,对于南海争端解决机制,通过国际司法机构裁判的方法固然能发挥一定的作用,但考虑到历史与现实环境,诉诸司法途径不一定是最好的解决方式。因此也有学者总结称,由判定领土主权、划定海洋边界所引发的政治后果显然是仅由若干法官以多数做出的裁决所不能承受之重^{[41]114}。

第四,如果国际司法途径非但不能解决争端,反而将加剧了声索国之间的矛盾冲突,为地区制造新的危机,为危害和平造成更多不稳定因素。因此,各国更应当慎重地考虑是否还存在选择这种争端解决机制的必要。

综上,结合南海仲裁案管辖权和可受理性裁决对第286条的论断,为使第281条构成仲裁庭管辖权的障碍,就必须明确排除第十五部分程序的适用不具有合理性^[35]。其原因在于,根据当事国自行与协议原则争端解决机制的方法,以及加入《公约》时的排除性声明,再结合对预期目的的实现,默示排除也能起到排除强制仲裁的效果。

(二) “准则”可能援引适用东盟内部争端解决机制排除强制仲裁

部分缔约国主张在“准则”规则中援引东盟内部争端解决机制,其理论依据在于“准则”并不意在改变各国依据先前签署的条约所确立的权利和义务,因此提议在各国同意的前提下,可根据实际情况将争端诉诸《条约》高级理事会(High Council)。理事会由东盟成员国提名的代表组成,听取并解决在南海发生的任何冲突;经各国同意,将任何未解决的争端诉诸适当的争端解决机制^{[8]115}。高级理事会的决定不具有法律拘束力,也不一定具有执行性,但具有相当大的影响力,能对当事国起到重要的约束作用。《条约》规则对我国同样适用,原因在于根据《条约》1987年《第一修改议定书》与1998年《第二修改议定书》,非东南亚地区国家也可以加入《条约》^[42]。我国于2003年10月加入《条约》,表示同意受到条款的约束。如果我国决定参与这一机制,高级理事会应当将我国代表纳入其中。在处理南海争端时,更应充分考虑我国代表的意见,保障争议解决的结果能为各国所接受,并对各国切实有效^[11]。因此,东盟内部争端解决机制成为我国可以诉诸解决争端的途径。

《条约》第四章“和平解决争端”第13条至第17条的立法逻辑在于:第一,以和平解决争端作为前提条件;第二,设置区域性争端解决机制,各国设立由部长级代表组成的高级理事会作为常设机构,关注并处理可能破坏地区和平的争端和局势;第三,在各国无法通过直接谈判自行解决区域争端的情况下,由高级理事会介入处理争端和局势,提供建议或参与斡旋、调解、调查、调停;第四,不排除诉诸《宪章》第33条第

1款的和平解决争端方式^[42-47]。以上规则鼓励各国在适用法定程序前,主动通过和平谈判方式解决争端。其中,《条约》第16条特别强调以国家同意为前提,除非征得有关各国同意,否则不能将《条约》第四章第15条适用于争端解决。这一条为我国避免违背国家意志强提仲裁提供重要的法律依据。

如果在“准则”规则中援引《条约》的争端解决机制,存在如下优势:第一,《条约》的争端解决机制强调以国家同意作为前提,更能体现出尊重国家的自由意志;第二,我国已事先加入《条约》,可视为认同《条约》的争端解决机制,由此扩大了我国与东盟国家达成合意的基础;第三,“准则”通过援引《条约》规则,减少了立法成本,降低了规则制定的难度。然而,这一方式也存在如下劣势:第一,由部长级代表组成的高级理事会的人员大多由东盟成员国组成,在人数上占据优势,可能导致我国在利用机制集体决策中面临不利境况;第二,《条约》的争端解决机制由东盟国家制定。东盟国家在规则适用中具有先手优势,可能难以将保障我国利益置于优先考量地位。为此,我国可以考虑将东盟争端解决机制纳入“准则”中,在实践中尽可能寻求共同利益,确保我国的国家利益得到尊重。

三、国家同意原则作为排除强制仲裁的国际法原则依据

通过对《公约》与《条约》争端解决机制的分析,不难发现这两条路径最后都以“国家同意”(state consent)这一原则作为争端解决机制选择的立足点。国家同意与自由意志是为各国创设法律义务的前提^[48],是国际社会运作与国际决策开展的基础^[49]⁶²。作为国际争端解决机制行使管辖权的前提和合法性来源^[50]¹⁷⁵,国家同意成为各国将争端诉诸国际司法及仲裁机构的基础条件。国家受到规则的约束必须基于自由意志。

国家同意作为国际法上的一项基本原则,在对各国法律义务的形成中起到重要作用。这一原则背后的法律逻辑的基础在于国家主权平等原则。主权国家是否接受、以及在多大程度上接受国际司法机构的管辖权,完全属于国家自由裁量权的范畴。基于这一原则,任何国际司法机构对争端确立和行使管辖权必须以当事国同意为基础。这一原则先后在《和平解决国际争端公约》《常设国际法院规约》《国际法院规约》及有关案例中得以确认^[30]²⁷。

《公约》第十五部分争端解决机制的设计也同样以国家同意原则作为基础^[51]⁹。《公约》第十五部分作为有机整体,兼具自主性与强制性的双重属性。缔约国自行选择和平方法解决争端既是国家主权原则的体现,也能在海洋争端解决中处于优先选择的地位。在国家能自行选择争端解决途径的前提下,附件七强制仲裁程序仅在一定条件下发挥补充作用^[52]⁶²。

国家同意作为抽象的概念,尽管缺乏明确的判断标准,但可以根据国家行为与国家声明予以推定。例如《公约》缔约国的签署与批准表现出国家同意受到规则约束。但《公约》第287条并不意味着缔约国的签署行为已经默示同意授权附件七对相关案件行使管辖权,原因在于中国作为缔约国对《公约》第十五部分关于争端解决规定的接受范围存在局限。我国能同意的范畴不包括因特定事项被诉诸强制仲裁,这就意味着我国在加入《公约》时不能默示同意启动附件七的强制仲裁程序。

由于我国对于适用第三方争端解决机制解决领土与海洋争端的接受度较低,对强制争端解决程序持保留态度,更希望有权利自由选择解决争端机制。因此,我国坚持国际争端解决机制应当建立在尊重国家主权与国家同意的基础上,尊重国家自行选择争端解决方式的意愿;同时要求仲裁庭在行使这一权力时,应谨记并充分尊重《公约》对管辖权的限制,谨慎对待当事国援引排除性声明的意图^[30]²⁹⁻³⁰。

我国通过排除性声明表明,我国愿意接受《公约》约束的范围并不及于被诉诸强制程序,事实上明确了国家同意不涉及被诉诸强制仲裁。根据《联合国海洋法公约评述》对这一规则的立法目的与意图做出解释,强制仲裁程序意在应对各国在妥协中面临的困难,或面对规则适用中存在的含义的模糊性,需要通过强制性途径,由法官或仲裁员基于自身方式做出裁决,使争端国受到实质性规则的约束^[12]¹⁸⁴⁶。同时,第三方争端解决程序以其强制性和拘束力促使各国在采取行动时保持更大的自制和谨慎,能在一定程度上减少争端的发生^[13]⁹。

国家同意原则是声索国在处理南海争端时必须遵循的原则。2019 年中国国际法学会会长黄进教授在关于对越南国际法学会会长公开信的回复中强调,国家同意原则是主权原则在争端解决领域的直接体现^[53]。任何国际司法或仲裁机构针对国家间的争端行使管辖权必须以当事国同意为基础。《公约》规定的争端解决程序,包括依据附件七提起仲裁,也受制于国家同意原则。如果国际司法或仲裁机构超越国家同意的范围,甚至不顾当事方反对,强行管辖国家未予同意的事项,实则违背了主权原则,其结果无助于解决争端,只会适得其反。知名国际法学者易显河教授^[54]在 2020 年 9 月 2 日在外交部和南海研究院共同举办的“合作视角下的南海”1.5 轨视频国际研讨会上发言与讨论环节也强调,国家有权自主选择争端解决方式。司法机构越严格地考察国家同意,才最有可能使争端得到解决。直接当事国谈判协商才能成为解决争议的最佳途径。

在“准则”中,各国在序言中承诺并重申尊重和平共处五项原则和其他公认的国际法原则。这些原则应当作为处理国家间关系的重要原则。违背一方意愿提起强制仲裁,明显有违以上国际法原则中包含的国家同意原则。东盟国家也在“准则”草案中提议,经各国同意,任何未解决的争端可以提交适当的国际争端解决机制。这一表达将以国家同意作为选择争端解决机制的前提。此外,提起强制仲裁也有违和平共处五项原则中的“平等互利”与“和平共处”。如果案件的有关问题涉及南海争端的实质,就明显有违“互相尊重主权和领土完整”的要求。

综上,国家同意原则成为诉诸强制仲裁的基础。各国不能越权审理有关国家领土主权与海洋划界争议,否则将构成违背国家主权平等的国际法基本原则。国家主权平等原则在国际司法途径上的体现有二:第一,非经一国明示同意或事先同意,不能将与该国有关系的争端诉诸国际司法机构;第二,在国际社会中,各国家地位平等,国际社会不存在垂直向下的司法机构。除联合国安理会针对特定事项外,不存在国际组织对于主权国家的事务存在强制管辖权。如果一国无视我国在《公约》中做出的排除性声明,将争端诉诸强制仲裁,将违背国家同意、主权平等、善意履行国际义务等国际法原则。

四、中国的对策与建议

近年来,我国正积极推进“准则”磋商,致力于形成一份实质有效的规则,为南海和平稳定提供更有力的支撑^[55]。为实现“准则”的预期作用,满足“准则”发挥阻却强制仲裁的作用,我国可以从以下三方面努力,努力构筑以“准则”阻却强制仲裁程序的防线。

第一,避免以菲律宾为首的东盟国家将 2016 年南海仲裁案的裁决结果纳入“准则”中。菲律宾外交部长泰迪·洛钦(Teddy Loacin)曾公开表示,希望将南海仲裁案裁决结果纳入“准则”中^[56]。这种呼声始终存在。裁决结果对越南、菲律宾等国家具有积极意义,成为这些国家确权与进一步主张权利的基础,例如要求保障各国在其专属经济区内开展活动,特别是勘探开发自然资源的权利,主张 200 海里外大陆架权利等^[57]。基于南海仲裁案在程序与实体方面存在法律适用错误,本质上危及《公约》全体缔约国乃至国际社会所有国家的共同利益^[58]⁵⁰,构成对国际法治的践踏,更无益于南海争端的解决,因此如果各国最终避免将裁决结果纳入“准则”文本,不仅能够维护我国国家主权和领土完整,成为确保主权利益和海洋权益的有力举措,也将成为维系我国与东盟国家关系、共同维护南海地区和平、稳定、繁荣、发展的纽带,推动各国尊重和践行国际法治,最终以和平方式解决争端。

第二,在“准则”文本中以明示或默示方式排除强制仲裁的适用,并强调自行选择争端解决方案与尊重国家同意原则的重要性。我国宜首先在“准则”的争端解决机制中明确排除强制仲裁的适用,在有条件的情况下,可以将排除强制仲裁的表述更详细、更清晰、更明确地纳入“准则”条文中。即使未能明确使用类似表述,我国也可以默示排除强制仲裁条款的适用,重点从如下三方面着手。

首先,应当参考《南方蓝鳍金枪鱼公约》^[59]第 16 条立法模式的特点,为启动强制仲裁程序增加严格的门槛:只有在文本所列举的各种途径均不能实现争端解决的前提下,各国才有机会向国际司法机构提起仲裁或诉讼,并且提起司法程序必须征得其他争端国同意;如未能就争端解决方式达成一致,各国仍有义务将争端诉诸谈判、磋商等政治途径。通过“准则”争端解决机制的设计,能将解决方案严格限制在“准则”框架中。

其次,各国应当考虑在文本中增加“经国家同意”“经协商达成合意”“基于自愿”等表述,作为在启动强制司法或仲裁途径的前提条件,充分尊重国家自主选择争端解决方式的权利,使各国家自由意志得到充分保障,增加启动强制仲裁的成本。最后,“准则”应当要求各国善意使用争端解决方式和机制,不得滥用这些规则,以免损害规则制定的宗旨和意图^{[60]68}。

再次,在“准则”磋商中,我国与东盟国家应当尽可能解决核心条款争议,推动“准则”尽早达成,发挥预期作用。外交途径上,我国与东盟国家利用高官会、联合工作组会等主要渠道,整合共识与分歧,在坚持维护地区和平稳定的共同初衷的基础上,努力达成各国满意的结果。法律途径上,国际法为谈判磋商过程提供确定的规则,也为我国论证权利主张提供合法性依据。我国应当增强对《公约》及其他国际法规则解释与适用的话语权,避免司法机构执意扩大自身管辖权的倾向,为其他声索国的滥诉提供便利;综合运用法律与政策手段,将开展法律研究与制定国家政策相结合,构建并完善于己有利的法律话语体系。

此外,我国仍应对“准则”达成之前被诉诸强制仲裁的可能性加以应对。我国应当首先总结2016年南海仲裁案的经验教训,先行探讨是否应当在程序阶段参加管辖权与可受理性裁决中,避免仲裁机构扩权、越权审理争端;在实体层面研究其他声索国可能提出的诉求及其法律依据,以国际法与国际实践为理论依据,结合国家政策做出有利反驳;在必要情况下,可考虑任命本国的仲裁员及调解员,提前做好人员组织方面的准备,以应对未来风险。

结 语

南海声索国针对与我国存在的南海争端再提强制仲裁的可能性始终存在。一方面,我国应当提前做好准备,应对未来可能发生的风险;另一方面,我国应当通过“准则”争端解决机制的磋商,起到阻却声索国再提强制仲裁的作用。

从“准则”预期目角度出发,“准则”意在管控南海危机,而危机的范畴也包括声索国单方面诉诸强制程序而引发国际关系危机与区域局势动荡的可能性。因此,“准则”的预期作用能起到阻却强制仲裁的作用。

“准则”争端解决机制的设置对于明示或默示排除强制仲裁起到决定作用。“准则”与《公约》作为各国均应遵守的规则,在南海地区能并行适用。“准则”作为“特殊法”与“后法”,对南海争端有更强的适用性。由于“准则”与《公约》主题事项存在密切联系,根据《维也纳条约法公约》对条约的解释规则,两套规则的解释与适用存在密切联系。“准则”满足《公约》第280条规定的各国自主选择的和平解决争端的方法,能优先适用。“准则”作为第281条各国自行选择的争端解决方法,满足第282条导致有拘束力的结果的区域性规则,符合《公约》第297条与第298条作为自动与主动排除强制程序的限制与例外的要求。

如果在“准则”中援引东盟争端解决机制,我国作为《条约》缔约国,在机制运作中,应当保障我国代表能参与到高级理事会的工作中,确保我国的立场主张得到尊重,我国的意见能得到听取,并纳入决策的考量范畴。此外,“准则”可能适用《条约》争端解决机制,以第16条国家同意为前提,作为《条约》机制适用的前提条件。

以上路径均立足于适用国家同意原则作为和平解决国际争端的国际法基础。我国于2006年提交的排除性声明表明我国愿意接受《公约》管辖的范围不包括因特定事项被诉诸强制仲裁,这就意味着我国在加入《公约》时不包括默示同意附件七的强制仲裁程序。违背国家同意原则启动强制程序不仅无益于争端解决,也违背国家主权平等的原则,构成对国际法治的严重践踏。

因此,我国应当在“准则”磋商阶段避免将南海仲裁案裁决结果及可能再提强制仲裁的表述纳入“准则”文本中,尽可能明示排除强制仲裁,或至少以国家同意为前提,强调自行选择争端解决方式的重要性,并为通过“准则”争端解决机制的设计,为排除《公约》强制仲裁程序的适用设立更高门槛。我国与东盟国家应当充分发挥“准则”在危机管控与维护区域秩序稳定中的作用,综合运用法律、外交、经济、军事等多重手段,解决核心条款争议,创新南海争端解决思路,促进域内国家排除外界干预,在自主解决争端的过程中增进理解与互信,为和平解决争端营造良好环境。我国还应随时做好还应对强制仲裁的法理和外交准备,更有效地维护国家权利,保障南海地区的和平稳定,实现维权与维稳间的平衡。

参考文献:

- [1] Vietnam: nomination of arbitrators and conciliators under annexes V and VII of the convention [EB/OL]. (2020-05-15) [2021-05-23]. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.168.2020-Eng.pdf>.
- [2] ISMAEL J. PH to ASEAN: sea code of conduct imperative [EB/OL]. (2021-04-11) [2021-05-23]. <https://www.manilatimes.net/2021/04/11/news/national/ph-to-asean-sea-code-of-conduct-imperative/862519/>.
- [3] Commission on the limits of the continental shelf outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines: submission to the commission: partial submission by Malaysia in the South China Sea [EB/OL]. (2021-01-29) [2021-05-23]. https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_mys_12_12_2019.html.
- [4] 贾宝磊, 马建英. 中国在南海“灰色地带”的应对策略: 基于美国对南海“灰色地带”的认知和行动[J]. 海南热带海洋学院学报, 2020(6): 20.
- [5] LAGRONE S. Destroyer USS Mustin transits Taiwan strait following operations with Japanese warship [EB/OL]. (2020-08-18) [2021-01-15]. <https://news.usni.org/2020/08/18/destroyer-uss-mustin-transits-taiwan-strait-following-operations-with-japanese-warship>.
- [6] 美国防务公司侦察机赴中国周边地区抵近侦察的基本情况示意图 [EB/OL]. (2020-11-11) [2021-01-15]. <http://www.scspi.org/zh/dtfx/1605096000>.
- [7] 唐培. 其他域外大国加大干预南海事务力度 [EB/OL]. (2019-04-08) [2021-01-16]. <http://www.scspi.org/zh/dtfx/1554656400>.
- [8] Single draft Code of Conduct in the South China Sea(COC) [A/OL]. (2018-06-25) [2021-01-18]. <https://colp.dev.uvaits.virginia.edu/single-draft-code-conduct-south-china-sea-coc>.
- [9] Crisis [EB/OL]. (2020-12-12) [2021-01-18]. <https://dict.eudic.net/dicts/en/crisis>.
- [10] HOANG T H. From declaration to code: continuity and change in China's engagement with ASEAN on the South China Sea [J]. Trends in Southeast Asia, 2019(5): 36.
- [11] POLING G. South China Sea Code of Conduct still a speck on the horizon [EB/OL]. (2018-09-06) [2021-01-30]. <https://anti.csis.org/south-china-sea-code-conduct-still-speck-horizon/>.
- [12] PROELESS A, MAGGIO A R, BLITZA E. United Nations convention on the law of the sea, a commentary [M]. München: C H Beck, 2017: 1920.
- [13] 高建军. 联合国海洋法公约争端解决机制研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 44.
- [14] JESUS J L. Land reclamation in and around the straits of Johor (Malaysia v. Singapore), provisional measures, separate opinion of Judge Jesus [A/OL]. (2003-10-08) [2021-01-20]. <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-12/>.
- [15] THAYER C. A closer look at the ASEAN-China single draft South China Sea Code of Conduct [EB/OL]. (2018-08-03) [2021-01-20]. <https://thediplomat.com/2018/08/a-closer-look-at-the-asean-china-single-draft-south-china-sea-code-of-conduct/>.
- [16] Charter of the United Nations [A/OL]. (1945-06-25) [2021-01-25]. <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>.
- [17] HOANG T H. Pitfalls for ASEAN in negotiating a Code of Conduct in the South China Sea [J]. ISEAS Perspective, 2019(57): 4.
- [18] 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主张 [A/OL]. (2014-12-07) [2021-01-30]. https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/t1217143.shtml.
- [19] 中华人民共和国外交部关于坚持通过双边谈判解决中国和菲律宾在南海有关争议的声明 [A/OL]. (2016-06-08) [2021-02-05]. http://www.gov.cn/xinwen/2016-06/08/content_5080440.htm.
- [20] 中华人民共和国外交部关于应菲律宾共和国请求建立的南海仲裁案仲裁庭所作裁决的声明 [A/OL]. (2016-07-12) [2021-02-05]. <https://www.fmprc.gov.cn/web/zyxw/t1379490.shtml>.
- [21] 中华人民共和国政府关于在南海的领土主权和海洋权益的声明 [A/OL]. (2016-07-12) [2021-02-05]. http://www.gov.cn/xinwen/2016-07/12/content_5090631.htm.
- [22] 中国坚持通过谈判解决中国与菲律宾在南海的有关争议 [A/OL]. (2016-07-13) [2021-02-05]. http://www.gov.cn/zhengce/2016-07/13/content_5090812.htm.
- [23] 刘楠来. 第三次联合国海洋法会议与中国对海洋权益的维护 [J]. 边界与海洋研究, 2019(5): 40.
- [24] United Nations convention on the law of the sea [A/OL]. (1982-12-10) [2021-02-10]. https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.
- [25] Vienna convention on the law of treaties [A/OL]. (1969-05-23) [2021-05-23]. <https://legal.un.org/ilc/texts/instru>

- ments/english/conventions/1_1_1969.pdf.
- [26] 中国依《联合国海洋法公约》第298条规定提交排除性声明 [EB/OL]. (2006-08-25) [2021-05-23]. http://www.thesouthchinasea.org.cn/2016-07/07/c_52845.htm.
- [27] BANASZEWSKA D M. Lex specialis [EB/OL]. (2015-11-30) [2021-05-24]. <https://webvpn.whu.edu.cn/https/77726476706e69737468656265737421ffe74890693f7d4072099ee29b5a2e/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2171?print=pdf>.
- [28] The Mox Plant case(Ireland v. United Kingdom), provisional measures [A/OL]. (2001-12-03) [2021-01-20]. <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-10/>.
- [29] United Nations convention on the law of the sea [A/OL]. (1982-12-10) [2021-02-10]. https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.
- [30] 中国国际法学会. 南海仲裁案裁决之批判 [M]. 北京: 中国国际出版集团, 2018: 125.
- [31] GARNER B A. Black's law dictionary [M]. New York: Thomson Reuters, 2004: 1959.
- [32] In the matter of an arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago(Barbados v. Trinidad and Tobago), award [A/OL]. (2006-04-11) [2021-01-20]. <https://pca-cpa.org/en/cases/104/>.
- [33] Southern bluefin tuna(New Zealand v. Japan, Australia v. Japan), provisional measures, order [A/OL]. (1999-08-27) [2021-01-20]. <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-3-4/>.
- [34] 余敏友, 张琪悦. “南海行为准则”的法律约束力辨析 [J]. 太平洋学报, 2020(4): 49.
- [35] 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(The Republic of Philippines v. People's Republic of China), award [A/OL]. (2016-07-12) [2021-01-20]. <https://pca-cpa.org/en/cases/7/>.
- [36] ZIMMERMANN A, BAUMLER J, Navigating through narrow jurisdictional straits: The Philippines - PRC South China Sea dispute and UNCLOS [J]. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2013(3): 449.
- [37] NGUYEN D M. Settlement of disputes under the 1982 United Nations convention on the law of the sea: the case of the South China Sea dispute [J]. The University of Queensland Law Journal, 2006(1): 145.
- [38] China: declaration under article 298 of the United Nations convention on the law of the sea [A/OL]. (2006-08-25) [2021-02-10]. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2006/CN.666.2006-Eng.pdf>.
- [39] United Nations convention on the law of the sea [A/OL]. (1982-12-10) [2021-02-10]. https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.
- [40] VU T M, PHAM T. The post-hearing reality in the South China Sea arbitration case revisited [EB/OL]. (2015-09-17) [2021-02-15]. <https://vietnamlawmagazine.vn/the-post-hearing-reality-in-the-south-china-sea-arbitration-case-revisited-4996.html>.
- [41] 毛俊响. 菲律宾将南海争端提交国际仲裁的政治与法律分析 [J]. 法学评论, 2014(2): 114.
- [42] 2010 third protocol amending the treaty of amity and cooperation in Southeast Asia, article 1 [A/OL]. (2019-02-01) [2021-02-15]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/2010-Third-Protocol-Amending-the-Treaty-of-Amity-and-Cooperation-in-Southeast-Asia-1.pdf>.
- [43] Treaty of amity and cooperation in Southeast Asia [A/OL]. (1976-02-24) [2021-02-15]. <https://asean.org/treaty-amity-cooperation-southeast-asia-indonesia-24-february-1976/>.
- [44] 1987 protocol amending the treaty of amity and cooperation in Southeast Asia [A/OL]. (1987-12-15) [2021-02-15]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2020/08/1987-TAC-Protocol-1.pdf>.
- [45] 1998 second protocol amending the treaty of amity and cooperation in Southeast Asia [A/OL]. (1998-06-25) [2021-02-15]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1998-Second-Protocol-Amending-the-Treaty-of-Amity-and-Cooperation-in-Southeast-Asia-1.pdf>.
- [46] 2010 third protocol amending the treaty of amity and cooperation in Southeast Asia [A/OL]. (2010-07-23) [2021-02-15]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/2010-Third-Protocol-Amending-the-Treaty-of-Amity-and-Cooperation-in-Southeast-Asia-1.pdf>.
- [47] 2001 rules of procedure of the high council of the treaty of amity and cooperation in Southeast Asia [A/OL]. (2001-07-23) [2021-02-15]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/2001-Rules-of-Procedure-of-the-High-Council-of-the-Treaty-of-Amity-and-Cooperation-in-Southeast-Asia-1.pdf>.
- [48] BRUNNEE J. Consent. Max Planck encyclopedias of international law [EB/OL]. (2020-10-30) [2021-04-20]. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1388?rskey=G4ut2G&result=1&prd>

MPIL.

- [49] 罗国强. 评菲律宾就南海争端提起国际仲裁的法律运作 [J]. 华东师范大学学报(哲学社会科学版), 2014(1): 62.
- [50] 廖诗评. 国内法域外适用及其应对: 以美国法域外适用措施为例 [J]. 环球法律评论, 2019(3): 175.
- [51] 洪农. 国际海洋法治发展的国家实践: 中国角色 [J]. 亚太安全与海洋研究, 2020(1): 9.
- [52] 密晨曦. 《联合国海洋法公约》附件七仲裁评述: 结合南海仲裁案的管辖权问题 [J]. 国际法研究, 2016(3): 62.
- [53] 黄进. 关于对越南国际法学会会长公开信的回复 [EB/OL]. (2019-09-19) [2021-02-18]. <http://www.csil.cn/News/Detail.aspx?Aid=283>.
- [54] 增进互信 聚焦合作 携手前行: 外交部与我院共同主办的“合作视角下的南海”国际视频研讨会顺利举行 [EB/OL]. (2020-09-02) [2021-05-23]. <http://www.nanhai.org.cn/dynamic-detail/35/9845.html>.
- [55] 王毅就南海问题陈述三个基本事实 [EB/OL]. (2020-09-09) [2021-02-18]. <https://www.fmprc.gov.cn/web/wjbzhd/t1813536.shtml>.
- [56] SANTOS E. ASEAN, Beijing resumed meeting on South China Sea Code of Conduct-Chinese Embassy [EB/OL]. (2020-09-17) [2021-05-23]. <https://www.cnnphilippines.com/news/2020/9/17/ASEAN-China-Code-of-Conduct-South-China-Sea.html>.
- [57] Convergence on the arbitration award? Untangling recent developments in the South China Sea [EB/OL]. (2021-01-20) [2021-04-20]. <https://www.philippineconsulatela.org/convergence-on-the-arbitration-award-untangling-recent-developments-in-the-south-china-sea>.
- [58] 马新民, 刘洋. 南海仲裁案裁决之批判评述. 亚太安全与海洋研究 [J]. 2019(1): 50.
- [59] Convention for the conservation of southern bluefin tuna [EB/OL]. (1994-05-20) [2021-05-23]. https://www.ccsbt.org/sites/ccsbt.org/files/userfiles/file/docs_english/basic_documents/convention.pdf.
- [60] 赵青海. 周边海上维权五年: 实践创新与经验 [J]. 中国周边外交学刊, 2017(2): 68.

(责任编辑: 王旭东)

Possibility of “Code of Conduct in the South China Sea” to Prevent Compulsory Arbitration Initiated by Claimant States

ZHANG Qiyue

(a. Institute of Global Governance; b. Institute of Ocean and Polar Studies, Shanghai Institutes for International Studies, Shanghai 200233, China)

Abstract: A hidden risk that the claimant states of the South China Sea submit compulsory arbitration procedure provided in Part XV of UNCLOS has always existed. Whether and how “Code of Conduct in the South China Sea”, an instrument of crisis management and confidence building, eliminates potential crisis, is the core issue our country always cares about. “Code” could explicitly exclude claimant states’ compulsory processes by invoking the convention, or could also use the implied exclusion by state’s consent and free will based on its own choice of settling dispute and exclusive statement made by the regional agreement with restriction adjudication. “Code” may quote dispute settlement mechanism of *Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*, which requires abiding by the principle of nation’s consent and good faith. For suggestions, China should avoid invoking findings of the South China Sea arbitration in “code”, exclude compulsory arbitration explicitly or implicitly to create obstacles to start compulsory procedure, and apply comprehensive approaches to settle disputes to make legal and diplomatic preparations in advance for responding to litigation

Keywords “Code of Conduct in the South China Sea”; *United Nations Convention on the Law of the Sea*; *Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*; compulsory arbitration; dispute settlement mechanism