



《联合国海洋法公约》和“其他国际法规则”的引入：基于文本和司法判例的分析

宋可*

摘要：《联合国海洋法公约》（《公约》）的演进过程是与“其他国际法规则”互动和融合的过程。从文本角度，《公约》中的转致条款和框架性要求分别发挥着直接和间接连接《公约》文本与“其他国际法规则”的纽带作用。从效果来看，《公约》文本为司法实践引入“其他国际法规则”提供了规范基础，争端解决机构由此得以在一系列司法判例中解释和发展《公约》。一方面，《公约》争端解决机制项下的法庭或仲裁庭在司法实践中通过转致条款、可适用法、目的解释和演进解释以及“系统性并入”，引入“其他国际法规则”，推动《公约》的动态演进。另一方面，在引入“其他国际法规则”的过程中，法庭或仲裁庭亦被期许以秉持其法理的可预测性和可接受性，从而为解释和适用《公约》提供有效指引。然而，在系统研判《公约》争端解决机制项下法庭或仲裁庭司法判例的基础上，可以看出，这些法庭或仲裁庭面临着属事管辖权边界扩张和“碎片化”法理的严峻挑战。《公约》争端解决机制项下的法庭或仲裁庭在引入“其他国际法规则”的过程中，应在维护当事国同意原则与实现裁判效率之间寻求动态平衡，并致力于塑造具有充分说服力和一致性的法理，从而避免其正当性因其司法扩权和法理“碎片化”而受到质疑。

关键词：联合国海洋法公约 其他国际法规则 属事管辖权 司法造法 司法扩权 司法“碎片化”

一 引言

《联合国海洋法公约》（下文简称《公约》）在第15部分“争端的解决”中规定了强制第三方争端解决机制，这完全不同于1958年“日内瓦海洋法四公约”将争端解决机制作为附加议定书的条约实践。^①《公约》起草者将争端解决机制设计为平衡《公约》一揽子协定的“杠杆”，

* 宋可，法学博士，联合国粮食及农业组织国际法事务助理。本文为国家社科基金重大研究专项（项目号：19VHQ008）阶段性成果之一，相关研究亦受到国家留学基金委资助（资助编号：201707070032）。本文中所有网络资源最后访问时间均为2023年1月17日。本文仅代表作者个人学术观点，不代表作者所在机构意见。

① See David Anderson, “Peaceful Settlement of Disputes Under UNCLOS”, in Jill Barrett & Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (BIICL, 2016), p. 411.

使得《公约》争端解决机制成为推进《公约》演进和发展的重要机制。^①

《公约》并非唯一规制海洋事务的国际条约，《公约》之外仍存在大量的国际协定和区域协定。^② 习惯国际法和国际法原则亦对《公约》未规定的事项发挥补充作用。^③ 因此，分析《公约》的文本与实践对“其他国际法规则”（other rules of international law）的引入，对于理解《公约》的解释与适用，以及《公约》与其他国际法分支以及一般国际法的互动整合，具有重要的理论与实践意义。本文首先从文本角度论述《公约》与“其他国际法规则”关联的条款，在此基础上系统归纳《公约》争端解决机构在司法实践中引入“其他国际法规则”的方式，并提出“其他国际法规则”的引入对于海洋法发展与争端解决机制的运作带来的争议和影响。

二 《公约》中与“其他国际法规则”关联的条款

《公约》本身预设了《公约》以外存在着大量规制海洋法相关事务的“其他国际法规则”。^④ 《公约》中有两类条款与“其他国际法规则”相关联，分别是转致条款^⑤和框架性要求。

（一）转致条款

《公约》文本没有转致条款这一表述。转致条款可理解为《公约》中的“涵盖性术语”

-
- ① See Philip Allott, “Power Sharing in the Law of the Sea”, (1983) 77 *American Journal of International Law* 1, p. 11; Richard Barnes, “The Continuing Vitality of UNCLOS”, in Jill Barrett & Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (BIICL, 2016), p. 482.
- ② See Barbara Kwiatkowska, “The *Ireland v United Kingdom* (MOX Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, (2003) 18 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1.
- ③ See Pablo Ferrara, “Article 293”, in Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart Publishing, 2017), pp. 1894 – 1895. 此处的国际法原则（principles of international law）区别于《国际法院规约》第38条中规定的为文明各国所承认的“一般法律原则”（general principles of law）。不同于“一般法律原则”，国际法原则并非源于各国国内法；国际法原则更多在于反映国际法律框架中具体规则所蕴含的基本价值和宗旨。See Michael Wood, “Customary International Law and the General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, (2019) 21 *International Community Law Review* 307, p. 317. 与此同时，国际法原则与具体规则之间可以相互替代，这体现在原则在某种意义上就是更为抽象且涉及更为根本问题的规则。See *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 246, pp. 288 – 290, para. 79.
- ④ See Richard Barnes, David Freestone and David Ong, “The Law of the Sea: Progress and Prospects”, in Richard Barnes, David Freestone and David Ong (eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (Oxford University Press, 2006), p. 3.
- ⑤ 转致条款在英文表述为“rule of reference”，在法文表达为“renvoi provision”。法文可参见仲裁庭在查戈斯海洋保护区案的表达，See *Chagos MPA Arbitration*, Award, para. 503；英文表达可参见 James Harrison, *Making the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2011), pp. 165 – 179。一般认为，“rule of reference”和“renvoi provision”互通，二者都是目前所广泛认可的对于《公约》该类条款的学术表达。例如 Peter Tzeng, “Supplemental Jurisdiction under UNCLOS”, (2016) 38 *Houston Journal of International Law* 500, pp. 535 – 537. 需要说明的是，renvoi 的意思是“转发”或“退回”。“renvoi provision”通常被理解为国际私法中的“转致条款”。在《公约》中此类条款的法律技术方法和目的与国际私法中的转致条款契合，即在于确立《公约》所未予规定的事项交由《公约》以外的其他国际法规则来规制；或者《公约》作为框架性公约，通过此类条款转向更为具体的其他国际法规则，从而使得具体国际法规则在规制此类海洋法事项中发挥主导作用。因此，本文使用“转致条款”以描述《公约》此类条款，这亦与国际法学界所使用的英文和法文表达的内涵达成默契。整体来看，国际私法的一些术语是可以创造性地运用在国际公法的语境中以解释相关事项的。See Veronica Ruiz Abou-Nigm, Kasey McCall-Smith and Duncan French (eds.), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law* (Hart Publishing, 2018).

(umbrella term),^① 起到连接《公约》与“其他国际法规则”的纽带作用。依据美国弗吉尼亚大学法学院海洋法律与政策中心编纂的《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(下文简称《弗吉尼亚评注》),^② 起草者在《公约》文本中使用了“涵盖性术语”,旨在吸纳新的国际造法成果以充实和完善《公约》条款,并通过引入“其他国际法规则”达成各方利益在实践中的动态平衡。^③ 例如,很多转致条款纳入了联合国粮食及农业组织和国际海事组织制定的国际法规则,从而推动《公约》条文的动态演进。^④ 表1罗列了《公约》的转致条款以及该条款所涉事项。

表1 《公约》中的转致条款

《公约》具体条款	该条款所涉事项
第2条第3款	领海及其上空、海床和底土的法律地位
第19条第1款,第2款a项;第21条第1款和第2款	无害通过的意义;沿海国关于无害通过的法律和规章
第32条	军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的豁免权
第34条第2款	构成用于国际航行海峡的水域的法律地位
第39条第1款b项	船舶和飞机在过境通行时的义务
第58条第2款和第3款	其他国家在专属经济区内的权利和义务
第74条第1款;第83条第1款	海岸相向或相邻国家间专属经济区和大陆架界限的划定
第95条;第96条	公海上军舰的豁免权;专用于政府非商业性服务的船舶的豁免权
第207条;第213条	陆地来源的污染;关于陆地来源的污染的执行
第208条第5款	国家管辖的海底活动造成的污染
第216条第1款	关于倾倒造成污染的执行
第211条第2款和第5款;第217条第1款	来自船只的污染;船旗国的执行
第220条第1款;第228条第1款	沿海国的执行;提起司法程序的暂停和限制
第221条	避免海难引起污染的措施
第212条第1款;第222条	来自大气层或通过大气层的污染;对来自大气层或通过大气层的污染的执行
第226条第1款	调查外国船只
第237条	关于保护和保全海洋环境的其他公约所规定的义务
第297条第1款	《公约》导致有拘束力裁判的强制程序的限制
第301条	海洋的和平使用

由此可见,《公约》中的转致条款涉及多方面的海洋事项,这些条款对于“其他国际法规则”的表述不尽相同。

第一,大部分转致条款往往将“其他国际法规则”概述为“国际法”或“国际规则”。例如,《公约》第216条规制倾倒造成的污染事项,其中第1款规定:“为了防止、减少和控制倾倒

① See Lan Nguyen, “Expanding the Environmental Regulatory Scope of UNCLOS Through the Rule of Reference: Potentials and Limits”, (2022) 52 *Ocean Development & International Law* 419, p. 421.

② 《弗吉尼亚评注》是由美国弗吉尼亚大学法学院海洋法律与政策中心编纂的《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary)的简称,共7卷。

③ See Myron Nordquist, Satya Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 4 (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 200; Lan Nguyen, “Expanding the Environmental Regulatory Scope of UNCLOS Through the Rule of Reference: Potentials and Limits”, (2022) 52 *Ocean Development & International Law* 419, p. 421.

④ See James Harrison, *Making the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2011), pp. 165 – 179.

对海洋环境的污染而按照本公约制定的法律和规章，以及通过主管国际组织或外交会议制订的可适用的国际规则和标准，应依下列规定执行……”较为典型的还有第74条和第83条有关在专属经济区和大陆架进行海洋划界的规定。依据这两条规定，海洋划界应在《国际法院规约》第38条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。^①这两个条款笼统地指向了《国际法院规约》第38条有关国际法渊源的规定，而并未明示应当引入何种海洋划界中的具体规则。正如国际法院在1985年“大陆架案”中所指出，“《公约》设定了要达到的目标，但采用何种方法达到这一目标，《公约》对此保持沉默。”^②学者田中认为，有关海洋划界规则的内涵和外延正是通过法庭和仲裁庭的司法判例而不断充实和完善的。^③

第二，不同于大部分转致条款仅抽象地指向所有类型的国际法渊源，《公约》中的另一类转致条款会明确提及具体的国际法规则。例如，《公约》第95条和第96条指向有关军舰和专用于政府非商业性服务船舶豁免权的规定，第279条指向《联合国宪章》第33条有关以和平方式解决争端的规定。《公约》第12部分“海洋环境的保护和保全”的条款则指向有关海洋环境保护标准的规范性文件，该类转致条款则一般表述为“国际上议定的规则、标准和建议的办法及程序”^④或“一般接受的国际规则和标准”。^⑤从文义上分析，该类条款所指向的规则不仅包含具有拘束力的环境保护规则，同时亦涵盖不具有拘束力的环境保护标准和建议的办法及程序。^⑥

《公约》中这些转致条款之所以存在文本表述上的细微差别，是由于《公约》的不同规则是由各个起草委员会分别完成的，而每一起草委员会仅负责其责任范围内的条款制定。以《公约》第12部分“海洋环境的保护和保全”的条款为例，参与第三次联合国海洋法会议的奥克斯曼教授指出：“考虑到《公约》第12部分漫长繁冗的谈判进程，没有必要基于此类用语的细微措辞之别而作严格区分。”^⑦

考虑到国际环境法的动态特征，《公约》起草者将第12部分设定为一系列海洋环境条约、习惯国际法以及不具有拘束力的环境保护标准和建议的制度框架，^⑧以不断地应对新的环境治理需求。虽然海洋变暖及酸化、气候变化对于海洋环境的影响以及海洋生物多样性保护等问题如今已成为海洋立法进程中需要考虑的主要问题，但是这些问题在1982年《公约》通过时完全处于起草者预测范围之外。^⑨在此情形下，缔约国在其他公约体系下所达成的环境保护层面上的合意

① 参见《公约》第74条第1款，第83条第1款。

② *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I. C. J. Reports 1985, para. 28.

③ See Yoshifumi Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart Publishing, 2006), p. 3.

④ 参见《公约》第212条第1款。

⑤ 参见《公约》第207条第4款及《公约》第208条第5款。

⑥ See Catherine Redgwell, “Treaty Evolution, Adaptation and Change: Is the LOSC ‘Enough’ to Address Climate Change Impacts on the Marine Environment?”, (2019) 34 *International Journal of Marine and Coastal Law* 440, p. 448.

⑦ Bernard Oxman, “The Duty to Respect Generally Accepted International Rules and Standards”, (1991) 24 *New York University Journal of International Law and Politics* 121, p. 132.

⑧ See James Harrison, *Saving the Oceans through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment* (Oxford University Press, 2017), pp. 23–25.

⑨ See Catherine Redgwell, “Treaty Evolution, Adaptation and Change: Is the LOSC ‘enough’ to Address Climate Change Impacts on the Marine Environment?”, (2019) 34 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 440; Alan Boyle, “Litigating Climate Change under Part XII of the LOSC”, (2019) 34 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 458.

可以通过这类转致条款纳入《公约》第12部分的制度框架之中。因此，转致条款作为《公约》第12部分与其他环境保护规则和原则之间的“纽带”，^①为海洋治理中不断出现的新情况和新问题提供解决方案。

第三，《公约》的转致条款并不是都能发挥引入“其他国际法规则”的作用。转致条款与“其他国际法规则”的关系体现在两个方面：一方面，当转致条款仅仅在于释明由《公约》以外的“其他国际法规则”规制特定事项，且排除《公约》本身对该类事项的规制时，此类转致条款的作用与《公约》序言所述相一致，即“确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据”。此类转致条款的作用在于区分《公约》所规制的事项与“其他国际法规则”所规制的事项。^②另一方面，当转致条款引入“其他国际法规则”以诠释和发展《公约》具体条款含义时，则体现出《公约》条文与“其他国际法规则”之间的融合。国际海洋法并非“完全自足的法律体系”（the self-contained legal system），^③《公约》中的转致条款反映了国际法上存在并行的规则体系，体现了海洋法和“其他国际法规则”之间的区分与融合。正如下文将要展开论述的，《公约》的框架性特点反映了《公约》条文内涵的演进与“其他国际法规则”之间的密切关联。

（二）框架性要求

《公约》的框架性特点促成了“其他国际法规则”的引入。《公约》是谈判各方利益妥协的产物，起草者在制定过程中颇有用地模糊处理诸多《公约》关键条款，从而促成谈判各国就《公约》草案内容达成共识。^④这特别体现在《公约》对于沿海国在不同海域执法活动的不同要求，本文称之为“框架性要求”。这些要求在《公约》条文中的表述十分简短概括，如要求沿海国的执法活动应当“合理”^⑤、“适当”^⑥、“必需”^⑦、“正当”^⑧、“必要”^⑨及“相称”^⑩。此类文本措辞为司法机构在具体个案的审理过程中引入其他相关国际法规则提供了空间。^⑪该类框架性要求的解释和适用需适用《维也纳条约法公约》的解释规则，在个案中具体化此类条款的含义，

① See Irina Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2017), p. 190; Richard Barnes, “The Continuing Vitality of UNCLOS”, in Jill Barrett & Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (BIICL, 2016), p. 474.

② *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012, Joint Separate Opinion of Judge Wolfrum and Cot, para. 49.

③ 参见陈喜峰：《国际法的自足制度之研究》，载《政法论坛》2009年第2期，第58页。See also International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, April 13, 2006, para. 172.

④ Ivan Shearer, “Oceans Management Challenges for the Law of the Sea in the First Decade of the 21st Century”, in Alex Oude Elferink and Donald Rothwell (eds.), *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses* (Koninklijke Brill NV, 2004), p. 4.

⑤ 《公约》第60条第4款，第79条第2款，第226条第1款b项，第246条。

⑥ 《公约》第60条第3款，第73条第2款。

⑦ 《公约》第226条第1款a项。

⑧ 《公约》第78条第2款，第194条第4款。

⑨ 《公约》第22条第1款，第25条第1款，第27条第1款d项，第41条第1款，第43条a项，第73条第1款。

⑩ 《公约》第221条。

⑪ See James Harrison, “Patrolling the Boundaries of Coastal State Enforcement Powers: The Interpretation and Application of UNCLOS Safeguards relating to the Arrest of Foreign-flagged Ships”, (2018) 42 *L'Observateur des Nations Unies* 117.

以实现引入“其他国际法规则”。

表2 详细列明《公约》中此类框架性要求的文本措辞、具体条款以及所涉及事项。

表2 《公约》中的框架性要求

框架性要求的文本措辞	《公约》具体条款	该条款所涉事项
“合理”	第60条第4款	专属经济区内的人工岛屿、设施和结构
	第79条第2款	沿海国对于大陆架上的海底电缆和管道铺设的干涉权限
	第226条第1款b项	沿海国基于海洋环境保护的原因调查外国船只
	第246条	专属经济区内和大陆架上的海洋科学研究
“适当”	第60条第3款	沿海国在其专属经济区内的人工岛屿、设施或结构的建造
	第73条第2款	被逮捕船舶的迅速释放
“必需”	第226条第1款a项	沿海国基于海洋环境保护的原因调查外国船只
“正当”	第78条第2款	沿海国对于大陆架权利的行使以及其他国家的权利和自由
	第194条第4款	各国采取措施防止、减少和控制海洋环境污染
“必要”	第22条第1款	沿海国在其领海内基于航行安全考虑,指定或规定海道和分道通航制
	第25条第1款	沿海国对其领海内对非无害通过的防范
	第27条第1款d项	沿海国基于取缔违法贩运麻醉药品或精神调制物质的必要,对领海外国船舶行使刑事管辖权
	第41条第1款	在用于国际航行的海峡,沿海国基于航行安全考虑,指定海道和规定分道通航制
	第43条a项	在用于国际航行的海峡,海峡使用国和海峡沿岸国在维持航行安全方面的合作
	第73条第1款	沿海国行使其勘探、开发、养护和管理在专属经济区内生物资源的主权利
“相称”	第221条	沿海国在其领海范围内,为避免海难引起污染而采取的措施
“一般义务”“防止、减少和控制海洋环境污染的措施” ^①	第192条 第194条	海洋环境的保护和保全

三 《公约》下的争端解决机构引入“其他国际法规则”的方式

本部分系统考察《公约》下的司法实践,归纳出《公约》下的争端解决机构在解释和适用《公约》过程中,存在的4种引入“其他国际法规则”的方式,即转致条款、第293条“可适用法律”条款、目的解释和演进解释、以及“系统性并入”。法庭或仲裁庭引入“其他国际法规则”的方式并非仅有本部分所述的4种类型。考虑到条约解释规则的灵活性以及司法裁判者的创造性,《公约》争端解决机制下的法庭或仲裁庭完全可以在本文所列的四种方式以外实现“其他国际法规则”的引入。^②另外,本文所归纳的4种引入方式之间也并非相互孤立或彼此排斥。例如,法庭或仲裁庭对《公约》第12部分包含“一般接受的国际规则和标准”的转致条款的解释

① 《公约》第194条仅列明了几类海洋环境的污染来源(来自船只的污染、陆上来源、从大气层或通过大气层或由于倾倒入放出的有毒、有害或有碍健康的物质等),但并未指出哪些具体措施应该得以实施以减少污染。因此,国际性法庭或仲裁庭可在实践中引入环境法的具体规则或原则,以解读“措施”的内涵。

② See Joshua Paine, “The Judicial Dimension of Regime Interaction beyond Systemic Integration”, in S. Trevisanut, N. Giannopoulos and R. Holst (eds.), *Regime Interaction in Ocean Governance: Problems, Theories and Methods* (Brill, 2020), pp. 184 – 221.

过程中,亦可运用目的解释和演进解释,推进《公约》海洋环境保护制度的动态演进。^①因此,本部分的论证并非在于对引入方式展开穷尽式的类型化的分析,而是旨在呈现法庭或仲裁庭在司法程序的实际运作过程中引入“其他国际法规则”所面临的考验和挑战,从而对《公约》的司法实践开展批判性分析。

(一) 转致条款

考虑到《公约》的转致条款旨在处理《公约》与其他平行国际法规则之间的关系,《公约》起草者并未在转致条款与《公约》第288条属事管辖权条款之间建立联系。^②然而,国际性法庭或仲裁庭仍需界定其属事管辖权的边界。在司法程序的实际运作层面,国际性法庭或仲裁庭对于转致条款能否以及在多大程度上引入“其他国际法规则”是与属事管辖权同时判定的。

1. 《公约》第2条第3款

该款规定:“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”。2015年“查戈斯海洋保护区案”和2016年“南海仲裁案”的仲裁庭在裁判过程均涉及解读该款中“其他国际法规则”的范围。“查戈斯海洋保护区案”的仲裁庭需要判断“其他国际法规则”能否包含英国和毛里求斯两国在“兰卡斯特宫承诺”(The Lancaster House Undertakings)这一双边承诺下所规定的义务。仲裁庭通过回顾国际法委员会于1956年发布的《海洋法条款草案评注》,判定《公约》第2条第3款中的“其他国际法规则”应限定在一般国际法规则的范畴内,而非当事国之间有关领海的双边承诺义务。^③仲裁庭认为,“兰卡斯特宫承诺”不能落入《公约》第2条第3款的范围,^④该款不能作为其裁判“兰卡斯特宫承诺”下双边义务的管辖权基础。但是,2016年“南海仲裁案”的仲裁庭对该款的解读则与前者相悖。仲裁庭对于该款中“其他国际法规则”的具体范围仅作简略处理,在并未考虑“历史性捕鱼权”是否为一般国际法规则的情况下,径直认定第2条第3款中所指的“其他国际法规则”包含历史性捕鱼权问题,从而依据该款作出了裁判。^⑤

上述两个案件体现了国际性法庭或仲裁庭对于《公约》第2条第3款具体范围的冲突性理解。《公约》第2条第3款可溯源至1956年国际法委员会准备的《海洋法条款草案》的第1款,^⑥国际法委员会有关第1款的解释对于诠释《公约》第2条第3款具有重要参考意义。国际法委员会明确指出:“不欲以任何方式限制国家根据惯例或条约享有更广泛的通过权或任何其他权利。”^⑦因此,国际性法庭或仲裁庭不能以《公约》第2条第3款为依据裁判国家间有关领海

① See Alan Boyle, “Litigating Climate Change under Part XII of the LOSC”, (2019) 34 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 458.

② See Myron Nordquist, Satya Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 5 (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 46–48.

③ *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. The United Kingdom)*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2011–03, Award of 18 March 2015 (*Chagos MPA Arbitration*), para. 516.

④ *Chagos MPA Arbitration*, Award, para. 517.

⑤ *The South China Sea Arbitration*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2013–19, Award of 12 July 2016 (*South China Sea Arbitration*), para. 808.

⑥ Myron Nordquist, Satya Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 5 (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 66–74.

⑦ The International Law Commission, *Commentary to the Articles Concerning the Law of the Sea*, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, 1956, p. 265.

的惯例或条约遵守的相关事项，包括国家间的历史性捕鱼权争议。因此，仲裁庭在2016年“南海仲裁案”中，并没有妥为证明菲律宾渔民的捕鱼活动属于《公约》第2条第3款的适用范围；在此基础上所作出的属事管辖权认定在论证步骤和结论上都存在明显谬误。

2. 《公约》第32条

《公约》第32条位于“领海”一节，题为“军舰和其他用于非商业目的政府船舶的豁免权”，规定：“A分节和第三十及第三十一条所规定的情形除外，本公约规定不影响军舰和其他用于非商业目的政府船舶的豁免权。”

在2012年“自由号案”中，国际海洋法法庭需判断《公约》第32条能否作为有关军舰豁免的习惯国际法争端的管辖权基础。国际海洋法法庭在判决中采用了模糊的措辞：“基于争端双方似乎存在对于《公约》第32条的争议，因此法庭对本案具有初步管辖权。”^① 沃尔夫鲁姆法官和葛特法官发表了联合异议意见，措辞强烈地针对法庭判决中对第32条的解释提出了批判和质疑。在他们看来，第32条虽然涉及军舰豁免的习惯国际法，但是该转致条款的作用仅在于区分《公约》和有关领海军舰豁免的习惯国际法，即回应《公约》序言的内容：“确认本公约未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据”。^② 因此，第32条不应解读为涉及军舰豁免的习惯国际法，从而作为法庭裁判军舰豁免权的管辖权基础。^③

从司法实践的整体情况看，《公约》争端解决机制下的实践中仅有为数不多的案件涉及转致条款。然而，现有的司法判例表明，不同案件中的法官和仲裁员对于同一转致条款的范围及其与属事管辖权之间关系存在截然相反的理解。可以合理推断的是，《公约》争端解决机制下国际性法庭或仲裁庭将由持不同观点的法官和仲裁员构成，即便这一针对转致条款冲突性理解的观点目前仅体现在个别法官或仲裁员的异议意见中，然而这种观点的激烈碰撞完全可能为今后更为严重的司法“碎片化”和司法扩权提供“温床”。

（二）第293条“可适用法律”

《公约》中另一个明确涉及“其他国际法规则”的关键条款为第293条。作为《公约》争端解决机制下的“可适用法律”条款，第293条第1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。”该条赋予《公约》争端解决机制下的法庭和仲裁庭适用其他相关国际法规则来裁决一国行为是否违反《公约》，也为《公约》条款在解释过程中的发展和丰富提供了空间。^④

可适用法条款无法扩张国际性法庭或仲裁庭的属事管辖权是国际司法裁判的基本原则。^⑤ 《公约》争端解决机构在解释和适用第293条时应遵循这一基本原则。从《公约》第293条来看，该条并不直接处理法庭和仲裁庭的管辖权问题，这体现在第293条第1款要求法庭和仲裁庭在已

① “ARA Libertad” (*Argentina v. Ghana*), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, ITLOS Reports 2012 (“ARA Libertad”), paras. 65 – 66.

② “ARA Libertad”, Joint Separate Opinion of Judges Wolfrum and Cot, para. 41.

③ “ARA Libertad”, Joint Separate Opinion of Judges Wolfrum and Cot, paras. 38 – 50.

④ 参见贾兵兵：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究：附件七仲裁实践》，清华大学出版社2018年版，第109页。

⑤ See Eric Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law* (Cambridge University Press, 2014), p. 123; Christoph Schreuer, “Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”, (2014) 1 *McGill Journal of Dispute Resolution* 1, p. 2; Peter Tzeng, “Jurisdiction and Applicable Law under UNCLOS”, (2016) 126 *Yale Law Journal* 242, p. 260.

经确立管辖权的前提下,方可援引该款作为其解释和适用源于“其他国际法规则”的权利和义务的法律基础,以裁判与《公约》相关的争端。^①依据《弗吉尼亚评注》,作为可适用法条款的《公约》第293条不影响法庭和仲裁庭对《公约》第288条第1款项下的属事管辖权的判断。^②故此,第293条不能产生实质意义上扩张属事管辖权的效果,否则将会与《公约》第288条第1款所规定的属事管辖权限定于“有关本公约解释和适用的争端”相冲突。

然而,在实践中,《公约》争端解决机制下的法庭和仲裁庭实际上借助《公约》第293条作为管辖权基础,裁判了超出《公约》范畴的习惯国际法事项,例如1999年“赛加号案”,^③2007年“圭亚那诉苏里南案”,^④2014年“弗吉尼亚号案”,^⑤以及2020年“恩里卡·莱克西号事件案”中。^⑥

在1999年“赛加号案”中,法庭一方面认为禁止使用武力是已经形成的习惯国际法规则,《公约》本身并未对其作出明确的规定;^⑦另一方面却借助《公约》第293条对这一涉及习惯国际法的争议事项作出了裁判。^⑧在2007年“圭亚那诉苏里南案”中,仲裁庭援引“赛加号案”的法理,并依据第293条裁判了涉及《联合国宪章》和一般国际法上禁止使用武力原则的争议。^⑨在2014年“弗吉尼亚号案”中,国际海洋法法庭再次沿袭了先前“赛加号案”的法理,^⑩并依据第293条对《公约》以外的习惯国际法事项作出裁判,法庭由此认定几内亚比绍未违反使用武力相关的习惯国际法规则。^⑪在2020年“恩里卡·莱克西号事件案”中,仲裁庭需处理的关键问题是印度对于恩里卡·莱克西号上两名意大利海军行使国内刑事司法管辖权的做法是否违反海军军官所享有的豁免权。^⑫仲裁庭援引了第293条“其他与本公约不相抵触的国际法规则”,表明仲裁庭的“附带管辖权”(incidental jurisdiction)可建立在《公约》第293条的基础之上。^⑬仲裁庭最终认为,其可以建立“附带管辖权”以裁判本案两名意大利海军是否享有一般国际法上的豁免权。^⑭

上述案例体现了《公约》争端解决机制项下的法庭和仲裁庭运用《公约》第293条扩张属事管辖权的做法。与此同时,法庭和仲裁庭在另一些司法判例中则针锋相对地指出,《公约》第

① 参见贾兵兵:《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究:附件七仲裁实践》,清华大学出版社2018年版,第108页。

② See Myron Nordquist, Satya Nandan and Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. 5 (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 72-74.

③ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (St. Vincent v. Guinea)*, ITLOS, Judgement of July 1, 1999 [*The M/V "Saiga" (No. 2)*], para. 155.

④ *Guyana v. Suriname Arbitration*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2004-04, Arbitral Award of 17 September 2007 (*Guyana v. Suriname Arbitration*), para. 406.

⑤ *M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports 2014, p. 4 (*M/V "Virginia G"*), p. 4, para. 360.

⑥ *The "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India)*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2015-28, Award on 21 May 2020 (*The "Enrica Lexie" Incident*).

⑦ *The M/V "Saiga" (No. 2)*, Judgment, para. 155.

⑧ *The M/V "Saiga" (No. 2)*, Judgment, para. 183 (9).

⑨ *Guyana v. Suriname Arbitration*, Award, paras. 405-406.

⑩ *M/V "Virginia G"*, Judgment, paras. 359-360.

⑪ *M/V "Virginia G"*, Judgment, paras. 361-362.

⑫ *The "Enrica Lexie" Incident*, Award, para. 6 (b).

⑬ *The "Enrica Lexie" Incident*, Award, paras. 809-810.

⑭ *The "Enrica Lexie" Incident*, Award, paras. 873-874.

293 条不能发挥扩张属事管辖权的效果，例如 2003 年“莫克斯工厂案”，^① 2015 年“查戈斯海洋保护区案”，^② 2015 年“北极日出号案”^③ 以及 2016 年“杜兹特号案”。^④

总之，由于《公约》的框架性特征，《公约》规则并不能提供解决争端所需的所有方面的法律规范，《公约》第 293 条亦为“其他国际法规则”的引入提供了可能性。^⑤ 然而，《公约》争端解决机制下的司法实践并行存在对第 293 条的冲突性解读，而这种冲突性解读将会损害《公约》争端解决机制法理的一致性和可预测性。

（三）目的解释和演进解释

《公约》与“其他国际法规则”的交互亦体现在法庭和仲裁庭运用《维也纳条约法公约》中的条约解释规则，诠释《公约》中框架性要求的过程中。

国际性法庭或仲裁庭在依据条约解释规则解释具体条约时，由于条约解释规则的灵活性，其适用解释规则的方式亦有所不同。正如詹宁斯和瓦特指出，解释公约应该适用相对不同的条约解释规则，以适应其演进特征。^⑥ 在《维也纳条约法公约》的多种解释规则中，目的解释和演进解释可以突破《公约》文本的字面含义，引入“其他国际法规则”，充实《公约》具体条款的内涵，推动《公约》的演进和发展。^⑦ 正如门萨法官在“卡莫科号案”中所指出：“要求法庭在裁判中仅仅依赖于《公约》模糊的字面意思是不可取的做法。在具体案件中，法庭应跳出《公约》的字面意义，并在必要的时候通过把握《公约》目的和宗旨作出裁判。”^⑧ 国际性法庭或仲裁庭在解释和适用沿海国执法活动合法性标准时，为在个案中平衡沿海国执法权力以及其他利益攸关方的权益，进一步解读了“合理”“适当”“必需”“正当”“必要”及“相称”等框架性要求的内涵和外延。^⑨ 例如，在《公约》的迅速释放程序实践中，法庭解释了第 73 条第 2 款中“适当”一词，具体化了释放被逮捕船只所需缴纳的担保金份额的考量因素，从而在其审理的案件中实现沿海国在相关海域范围执法权限与船旗国航行自由权之间的动态平衡。^⑩

① *The MOX Plant Case*, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits and Request for Further Provisional Measures, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA, Order No 3 of 24 June 2003, para. 19.

② *Chagos MPA Arbitration*, paras. 204 – 206.

③ *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2014 – 02, Award on the Merits of 14 August 2015 (*Arctic Sunrise Arbitration*), para. 192.

④ *The Duzgit Integrity Arbitration*, para. 7.

⑤ See Pablo Ferrara, “Article 293”, in Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart Publishing, 2017), pp. 1894 – 1895.

⑥ Robert Jennings & Authur Watts, *Oppenheim’s International Law: Vol. 1, Peace* (Oxford University Press, 1992), p. 1268.

⑦ David Anderson, “Peaceful Settlement of Disputes Under UNCLOS”, in Jill Barrett & Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (BIICL, 2016), p. 400.

⑧ “*Camouco*” (*Panama v. France*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2000, Declaration of Judge Mensah, p. 38, para. 4.

⑨ See *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Judgment, para. 156; *Virginia G.*, Judgment, paras. 257 – 269; *Arctic Sunrise Arbitration*, Award, paras. 192 – 197; Richard Barnes, “The Continuing Vitality of UNCLOS”, in Jill Barrett & Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (BIICL, 2016), p. 484.

⑩ See *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 1997, p. 16, para. 82; “*Camouco*” (*Panama v. France*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2000, p. 10, para. 67; “*Monte Confurco*” (*Seychelles v. France*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2000, p. 86, para. 76; “*Volga*” (*Russian Federation v. Australia*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2002, p. 10, para. 63; “*Juno Trader*” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004, p. 17, para. 82.

国际性法庭或仲裁庭在解释《公约》有关沿海国海上执法活动的条款时，也会考虑科技进步对于《公约》条文涵义的影响，并推动《公约》条文的演进。^① 在2015年“北极日出号案”中，争议方对于俄罗斯船舶在开始紧追活动之前所发出的无线电信号是否属于《公约》第111条第4款的“停驶信号”产生争议。《公约》第111条第4款规定了紧追权行使的前提：“追逐只有在外国船舶视听或听觉的停驶信号后，才可开始。”该案仲裁庭在诠释该款含义时指出：“应基于对紧追权的行使的目的和宗旨进行解释，并考虑到现代科技的运用。第111条第4款有关‘停驶信号’的规定在于通过信号让被追逐船舶意识到海上紧追”。^② 可以看出，即便《公约》第111条第4款并没有明确将无线电信号列为“停驶信号”，但通过目的解释和演进解释，该案仲裁庭认为有效的无线电信号可作为“停驶信号”。^③

《公约》争端解决机构对于国际环境法领域的习惯国际法规则，以及正在形成中的习惯国际法规则的引入，也体现了海洋治理实践的新需求对于《公约》具体条款演进的推动作用。实践中，国际性法庭或仲裁庭在其临时措施程序中曾积极纳入环境保护的合作义务。在2003年“莫克斯工厂案”的临时措施阶段，爱尔兰请求法庭作出临时措施命令，以敦促英国立即中止运作莫克斯核燃料工厂或立即采取其他必要措施以防止该工厂对环境产生影响。另外，爱尔兰的诉求亦包括要求英国立即停止运输任何与莫克斯核燃料工厂运作相关的放射性物质、材料或废弃物。^④ 值得注意的是，爱尔兰的诉状中并没有包括要求与英国展开有关海洋环境保护的合作方面的诉求；《公约》第290条也并未明确规定有关海洋环境保护的合作义务。然而，国际海洋法法庭指出，作为贯穿于《公约》第12部分海洋环境保护的国际法原则，环境保护的合作义务应该并入到第290条的内涵之中。^⑤ 法庭依据第290条作出如下临时措施命令：“保护海洋环境的审慎义务要求爱尔兰和英国在莫克斯工厂运作所产生的环境风险方面开展信息交换的合作，并致力于通过合作解决环境影响问题。”^⑥ 这一司法实践体现了环境保护的合作义务与临时措施程序的融合。

《公约》争端解决机制下的国际性法庭在临时措施程序中还会纳入预防性原则这一正在形成中的习惯国际法。依据《公约》第290条第5款，临时措施命令仅在“情况紧急有此必要时”才可作出。^⑦ 在1999年“南方麦氏金枪鱼案”中，国际海洋法法庭在其临时措施程序中需要判断目前对于南方麦氏金枪鱼的养护现状是否属于临时措施所要求的“紧急有此必要”的情形。法庭认为，现在没有确定的科学证据可证明目前养护措施是否对于南方麦氏金枪鱼种群具有负面影响，但仍然认定本案情形属于“情况紧急有此必要”并作出临时措施命令。这一举措旨在敦促当事国采取适当措施并恪守谨慎义务，防止未来可能发生的南方麦氏金枪鱼种群进一步减少的

① See James Harrison, “Current Legal Developments The Arctic Sunrise Arbitration (*Netherlands v. Russia*)”, (2016) 31 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 145, p. 151.

② *Arctic Sunrise Arbitration*, Award, para. 259.

③ *Arctic Sunrise Arbitration*, Award, para. 260.

④ *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 95, para. 27 (1) (2).

⑤ *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 95, para. 82.

⑥ *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 95, para. 84.

⑦ 《公约》第290条第5款。

趋势。^① 法庭强调：“当事方应恪守谨慎义务，确保有效施行南方麦氏金枪鱼种群的养护措施”，^② 并“加大与其他参与者养护南方麦氏金枪鱼种群的力度，以达到确保养护种群并促成最大化利用种群的目的”。^③ 值得注意的是，虽然该临时措施命令并未明确提及预防性原则，然而，正如该案中诸多法官发表的异议意见中所表明的，该段命令的字里行间正体现了这一正在形成中的习惯国际法的宗旨和要义。^④

（四）“系统性并入”

“其他国际法规则”的引入亦可通过《维也纳条约法公约》第31条第3款c项所体现的“系统性并入”（systemic integration）得以实现。作为一项条约解释的习惯国际法规则，“系统性并入”旨在条约解释的过程中引入“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。^⑤ 国际法委员会在2006年《国际法不成体系》报告中指出，“系统性并入”的作用是在相关国际法规则和原则的规范背景之中考虑案件所涉具体规则的解释和适用，从而为法庭和仲裁庭广泛引入“其他国际法规则”解释条约提供了空间。^⑥ 因此，在《公约》的解释和适用过程中，“系统性并入”亦可填补《公约》条款本身的规范性空白，促成《公约》和其他国际法分支的交融。

值得注意的是，“系统性并入”中的“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”应指已经形成的习惯国际法规则或者至少在争端当事国之间具有拘束力的具体条约规则。^⑦ 然而，《公约》争端解决机构对于“系统性并入”的运用明显超出了上述范围。国际海洋法法庭海底争端分庭在其有关担保国责任的咨询意见中，分庭“系统性并入”正在形成中的预防性原则，

① *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 95, paras. 79, 80.

② *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 280, para. 77.

③ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 280, para. 78.

④ 例如意大利籍法官特里维斯（Treves）在其个别意见中明确指出判决法庭在其第77段即是在对预防性原则作出阐释。作为主审法官之一，他明确表达对这种将预防性原则纳入到《公约》临时措施条款中的做法表示赞同。See *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 280, Separate Opinion of Judge Treves, para. 8.

⑤ See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, April 13, 2006, para. 413.

⑥ See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, April 13, 2006, para. 479; Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention”, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279; Duncan French, “Treaty Interpretation and The Incorporation of Extraneous Legal Rules”, (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 281.

⑦ 关于“系统性并入”的适用范围在理论界存在争议。另一种解读认为“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”不仅是对争端当事国有拘束力，而且是对于被解释的条约的所有缔约国有拘束力的规则。See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, April 13, 2006, para. 472; Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention”, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279, p. 315; Duncan French, “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules”, (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 281, p. 300.

将“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”作为解释性材料纳入到《公约》第11部分“区域”以及国际海底管理局所制定的探矿规章的相关规则之中。^①

虽然海底争端分庭肯定预防性原则有成为习惯国际法规则的趋势,^②但亦强调预防性原则还不是已经形成的习惯国际法规则。因此,海底争端分庭的做法显然不符合“系统性并入”的传统运用路径。这一做法亦体现了海底争端分庭采用较为激进的态度促成国际环境与海洋法的交融。^③

总之,《公约》的4种引入方式展现了《公约》争端解决机制下的法庭或仲裁庭在引入“其他国际法规则”引入过程中所面临的不同层面的考验和挑战。在同一转致条款的范围以及与属事管辖权之间的关系方面,法官和仲裁员在不同案件中给出了截然相反的解读,这必然导致《公约》争端解决机制属事管辖边界的不确定。与此同时,《公约》第293条“可适用的法律”和《公约》第288条第1款属事管辖权关系方面存在大量的冲突性法理,其所体现的司法扩权将大大折损《公约》争端解决机制的正当性。^④最后,法庭和仲裁庭在灵活运用条约解释规则的过程中,一方面推进了《公约》不断演进以适应科学技术和海洋治理的新发展,另一方面较为激进地催化新的习惯国际法规则形成,这一做法明显突破了适用条约解释规则的传统运用路径,这种司法创新本身则会招致争议。

四 引入“其他国际法规则”的影响和争议

在《公约》的具体解释和适用过程中,国际性法庭或仲裁庭引入“其他国际法规则”具有一定必要性。《公约》与一般国际法、习惯国际法都存在联系。^⑤另外,争端解决的过程是一个综合运用国际法的过程。在争端解决过程中,国际性法庭或仲裁庭并不仅适用一个规则体系来解决争端,^⑥例如会经常适用一般国际法中的条约解释规则和国家责任条款。正如仲裁庭

① *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, para. 135.

② *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, para. 135.

③ Yoshifumi Tanaka, “Rethinking *Lex Ferenda* in International Adjudication”, (2008) 51 *German Yearbook of International Law* 467, p. 492.

④ See Natalie Klein, “Expansions and Restrictions in the UNCLOS Dispute Settlement Regime: Lessons from Recent Decisions”, (2016) 15 *Chinese Journal of International Law* 403; Peter Tzeng, “Jurisdiction and Applicable Law under UNCLOS”, (2016) 126 *Yale Law Journal* 242, pp. 258 – 260; Alan Boyle & James Harrison, “Judicial Settlement of International Environmental Law Disputes: Current Problems”, (2015) 4 *Journal of International Dispute Settlement* 245, p. 255; Michael Wood, “The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law”, (2007) 22 *International Journal of Marine and Coastal Law* 351, pp. 356 – 358; Alan Boyle, “UNCLOS Dispute Settlement and the Uses and Abuses of Part XV”, (2014) 47 *Revue Belge de Droit International* 182, p. 203; Shigeru Oda, “Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”, (1995) 44 *International Comparative Law Quarterly* 863; Gilbert Guillaume, “The Future of International Judicial Institutions”, (1995) 44 *International Comparative Law Quarterly* 848.

⑤ See J. Ashley Roach, “Today’s Customary International Law of the Sea”, (2014) 45 *Ocean Development & International Law* 239; James Harrison, *Making the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2011); Louis Sohn, “The Law of The Sea: Customary International Law Developments”, (1984) 34 *American University Law Review* 271.

⑥ 参见贾兵兵:《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究:附件七仲裁实践》,清华大学出版社2018年版,第113页。

在“杜兹特号案”中所指出的，“沿海国行使执法权不仅受到《公约》条款的约束，同时受到一般国际法中特定规则和原则的约束。”^①然而，在司法过程中，国际性法庭或仲裁庭引入“其他国际法规则”出现了突破传统路径的现象，从而达到运用创造性的方式推进规则演进的目的。

传统司法路径的突破和创新是否有效，需要在实践中反复验证。《公约》争端解决机构引入“其他国际法规则”的过程，是在“司法能动”（judicial activism）和“司法造法”（judicial law-making）之间寻求平衡的过程。^②一方面，司法能动是指《公约》争端解决机构在解释和适用《公约》条文过程中引入“其他国际法规则”，并在具体司法判例中实现对《公约》条款的建设性阐释和完善。国际法庭或仲裁庭在司法实践中可以运用富有创造力的论证路径引入“其他国际法规则”，并在“合理范围内对特定案件中涉及的重要事项表明立场”。^③在本文所提及的案例中，法庭或仲裁庭通过具体判例对于原本模糊的海上执法合法性标准进行具象化的司法解释，有效指引后续相同或类似案件，亦为沿海国开展执法活动提供了参考和标尺。

另一方面，《公约》争端解决机制通过系统并入的方式，引入正在形成中的习惯国际法规则，反映了国际司法机构通过判例推进新的习惯国际法规则的形成，这与富有争议司法造法的概念相关联。司法造法起源于英美法系中的“因循先例”（*stare decisis*）原则。在英美法系中，法院可通过判例确立具有普遍性的规则，通过司法造法而确立的新法律在效力上等同于议会创制的法律。^④然而，在国际法语境下，国际性法庭或仲裁庭的司法判例并不构成具有法律拘束力的先例，因循先例原则并不适用。因此，国际性法庭或仲裁庭一般会避免留下参与司法造法活动的印象。^⑤国际性法庭的法官和一部分国际法学者倾向于更为谦抑的术语表达，即“司法发展国际法”（judicial development of international law）。^⑥不同于英美法系下“创制崭新规则”（*legislate news rules de novo*）的司法造法活动，^⑦“司法发展国际法”是国际司法机构进一步诠释和发展现有规则，从而为现有规则“添砖加瓦”。^⑧

值得注意的是，国际性法庭或仲裁庭需要避免的情况是其主观上推进国际法发展的意图与国

① *Duzgit Integrity Arbitration (the Republic of Malta v. the Democratic Republic of São Tomé and Príncipe)*, Annex VII Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2014-07, Award of 5 September 2016 (*Duzgit Integrity Arbitration*), para. 209.

② 参见朱利江：《在能动与克制之间——“查戈斯群岛案”中的国际司法政策探析》，载《当代法学》2020年第2期，第140—151页。

③ Fuad Zarbiyev, “Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis”, (2013) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 247, p. 248.

④ 参见薛波主编：《元照英美法词典》，北京大学出版社2013年版，第250页。

⑤ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, p. 237, para. 18; Willem J. M. van Genugten, Daniela Heerd and Nico Schrijver, *Discover International Law: With Special Attention for the Hague, City of Peace and Justice* (Wolf Legal Publishers, 2017), p. 61.

⑥ See Vaughan Lowe & Antonios Tzanakopoulos, “The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice”, in Christian J. Tams & James Slogan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013), p. 178.

⑦ Gilbert Guillaume, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, (2011) 2 *Journal of International Dispute Settlement* 5, p. 6.

⑧ See Vaughan Lowe & Antonios Tzanakopoulos, “The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice”, in Christian J. Tams & James Slogan (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2013), p. 178.

际法实践的现状或趋势相违背。司法发展国际法的成果取决于国际造法参与者对特定法理的吸纳和接受。^① 只有当国际条约的制定者吸纳了国际法庭和仲裁庭所阐释法理，或者该法理在实践中获得广泛接纳并转换为习惯国际法或既定法理（settled jurisprudence），^② 那“司法发展国际法”的目标才算得以完成。^③ 因此，国际性法庭或仲裁庭将预防性原则这一正在形成的习惯国际法规则纳入到《公约》临时措施程序中的做法，虽然鲜明地体现了司法裁判者在实践中的力求创新以及在推进国际环境法发展方面较为激进的态度，但该法理是否能够获得国际造法参与者的广泛认同，目前仍需考证。

《公约》争端解决机构引入“其他国际法规则”亦是在维护当事国同意原则与实现裁判效率目标之间寻求动态平衡的过程为实现裁判效率，国际性法庭或仲裁庭可以通过对“其他国际法规则”的引入，实现对争议事项的高效裁判。尤其在涉及到多个层面的国际环境法规则的司法争议解决方面，法庭需要避免在同一诉讼案件所涉及的不同方面的事项被交由不同法庭进行裁决的情形。这一现象不仅会带来裁判低效和高昂诉讼成本，而且亦会在规范层面带来司法碎片化的风险。^④ 然而，所有国际司法机构的属事管辖权是建立在国际条约为基础的当事方同意之上，不可能建立在惯例或习惯国际法的基础上。^⑤ 《公约》争端解决机制亦不例外。正如仲裁庭在“南方麦氏金枪鱼案”中所指出：“《公约》远未建立起一个全面的导致有拘束力裁判的强制程序。”^⑥ 因此，在该争端解决机制下引入“其他国际法规则”需要采用审慎的论证模式，以防出现无序扩张属事管辖权的后果。例如，《公约》争端解决机构通过转致条款引入“其他国际法规则”时，需审慎地对这类条款的文义、上下文及其制定历史展开系统考察，避免误读转致条款，进而裁判了超越其属事管辖权范围的事项。^⑦ 在2012年“自由号案”，2015年“查戈斯海洋保护区案”以及2016年“南海仲裁案”中，国际性法庭或仲裁庭以转致条款为管辖权基础，径直裁判了《公约》解释和适用以外的其他国际法事项。在其论证过程中，国际性法庭或仲裁庭对转致条款的具体内涵存在一定程度的误读，裁判了原本其并无属事管辖权基础的事项。

在《公约》第293条方面，“石油平台案”中的司法实践对于反思《公约》争端解决机制突破属事管辖权限制的做法具有借鉴意义。该案中，国际法院对于美国和伊朗所签署的1955年友好协定中通商和航行自由事项具有管辖权。^⑧ 从案情来看，伊朗和美国在本案中的争端还涉及到

① See Alan Boyle & Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 263–313.

② See *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1980, p. 87, para. 33; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 428, para. 53.

③ 张华：《国际海洋争端解决中的“司法造法”问题——以“南海仲裁案”为例》，载《当代法学》2017年第5期，第143页。

④ Alan Boyle & James Harrison, “Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems”, (2013) 4 *Journal of International Dispute Settlement* 245, p. 252.

⑤ Hugh Thirlway, *International Court of Justice* (Oxford University Press, 2016), p. 37.

⑥ *Southern Bluefin Tuna Arbitration (Jurisdiction and Admissibility)*, 4 August 2000, 23 *U. N. R. I. A. A.* 1, para. 62.

⑦ See Lan Nguyen, “Expanding the Environmental Regulatory Scope of UNCLOS Through the Rule of Reference: Potentials and Limits”, (2022) 52 *Ocean Development & International Law* 419.

⑧ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161, para. 37.

美国海军使用武力破坏伊朗石油平台的合法性问题，而这是案中 1955 年友好协定中未包含的内容。^① 国际法院在该案中直接适用了有关使用武力和自卫权的一般国际法规则，而并未将其与 1955 年友好协定的具体条款相联系。^② 国际法院超越其属事管辖权限制以裁判 1955 年友好协定无关事项的做法是该案判决受批判的主要原因。^③ 不少法官在其个别意见（individual opinions）中对该主判决的这一做法都表达了异议，^④ 诸多学者亦认为该判决在论证上具有重大瑕疵。^⑤ 该案荷兰籍法官彼得·科艾曼斯（Pieter Kooijmans）在独立意见中的观点，基于其充分的说服力和论证，被国际法委员会《国际法不成体系》报告第 457 段直接引用。^⑥ 科艾曼斯指出：“毋庸置疑的是，一般国际法为国际法中特定法律的适用提供规范背景。但是，国际法院在本案的论证路径上却是本末倒置的：法庭本应当立足于 1955 年友好协定第 20 条有关国家安全具体条款，并将自卫权和使用武力的一般国际法规则纳入到该协定有关条款的解释和适用过程中。”^⑦ 这一批判性分析亦折射出《公约》下的争端解决机构在引入“其他国际法规则”过程中僭越属事管辖权边界的错误做法。在引入“其他国际法规则”与属事管辖权边界的冲突上，国际法院在 2003 年“石油平台案”的法理提供了前车之鉴。

《公约》下的争端解决机构对《公约》第 293 条的误读或可追溯至 1999 年的“赛加号案”。在该案中，国际海洋法法庭并没有将习惯国际法中的使用武力问题与《公约》具体条款的解释和适用相联系。在判决最后的段落，法庭表述：“在赛加号停驶并对其进行逮捕时，几内亚过度使用武力的行为与国际法相悖，因此侵犯了圣文森特和格林纳丁斯的权利。”^⑧ 考虑到法庭明确指出《公约》中并无直接规制在执法逮捕过程中使用武力的条款，^⑨ 此处的判决文本中的“国际法”应指《公约》以外的国际法规则。因此，法庭在此处径直适用了《公约》以外的国际法规则。

其后，《公约》下的国际性法庭或仲裁庭尚未有效匡正前案法理的谬误之处，并构思出其他的第 293 条的解读路径。在 2007 年“圭亚那诉苏里南案”中，仲裁庭指出，国际海洋法法庭在“赛加号案”中认为，《公约》第 293 条解读为赋予其不仅适用《公约》，而且适用习惯国际法规

① *Oil Platforms Case*, Judgment, pp. 20, 21.

② *Oil Platforms Case*, Judgment, para. 41.

③ Michael Bothe, “Oil Platforms Case (Iran v. United States of America)”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e188>.

④ 对于该案中独立意见（separate opinions）和反对意见（dissenting opinions）的评论，参见 Veijo Heiskanen, “Oil Platform: Lessons of Dissensus”, (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 179. 法官的个别意见一般体现为独立意见和反对意见两种；法官可以借此表达他们对于主判决司法论证的批判性意见。有关法官个别意见中独立意见和反对意见的概念辨析以及其对推进司法发展国际法进程的作用，参见 Ke Song & Xuechan Ma, “Individual Opinions as an Agent of International Legal Development?”, (2022) 1 *Journal of International Dispute Settlement* 54.

⑤ See James A. Green, “The Oil Platforms Case: An Error in Judgment?”, (2004) 9 *Journal of Conflict and Security Law* 357, p. 386; Anastasios Gourgourinis, “The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, (2011) 2 *Journal of International Dispute Settlement* 31, p. 33; Pieter Kooijmans, “The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy”, (2007) 56 *International and Comparative Law Quarterly* 741, p. 752.

⑥ See *Fragmentation of International law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, April 13, 2006, para. 457.

⑦ See *Oil Platforms Case*, Separate Opinion of Kooijmans, paras. 23, 48.

⑧ *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Judgment, para. 183.

⑨ *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Judgment, para. 155.

则的权能。在仲裁庭看来,“赛加号案”对《公约》第293条的解读是合理的。仲裁庭沿袭了这一法理,通过适用《联合国宪章》和一般国际法中禁止使用武力的规则。在2014年“弗吉尼亚号案”中,法庭亦沿袭了“赛加号案”的法理,并对《公约》以外的习惯国际法上的使用武力问题直接进行裁判。在2020年“恩里卡·莱克西号事件案”中,仲裁庭虽然并未明确沿用“赛加号案”的法理,但其以附带性管辖权为基础,针对习惯国际法中的豁免问题作出裁判,并在论证过程中将附带性管辖权与《公约》第293条进行关联。这一论证亦是将《公约》第293条作为径直裁判《公约》以外豁免问题的管辖权基础,并在实际上替代了《公约》具体条文在案件中的适用。

在2015年“北极日出号案”以及2016年“杜兹特号案”中,两案的仲裁庭在某种程度上错失机会以明确辨析以“赛加号案”为典型的一系列案件的法理存在的问题,同时亦错失机会在特定案件的法理中进一步阐释可适用法和属事管辖权之间的微妙关系。这所导致的后果则是司法实践中一直并行存在着针对第293条的冲突性解读,这也为裁判者重蹈覆辙第293条的错误法理埋下隐患。^①在2020年“恩里卡·莱克西号事件案”中,仲裁庭对于第293条与“附带管辖权”建立的关联性论证上再现了先前“赛加号案”为典型的一系列案件的法理所存在的问题。博耶和哈里森早在2013年就曾预言式地判断:“《公约》争端解决机制下的法庭和仲裁庭需迫切寻求方案解决这一富有挑战的冲突性解读。目前管辖权和可适用法的冲突仅仅加剧了争端解决机制的不一致性和不可预测性。”^②

在《公约》第293条方面,《公约》争端解决机构在引入“其他国际法规则”时,并未立足于《公约》具体条文的解释和适用,而是在事实上用“其他国际法规则”替代《公约》条文在具体案件中的适用。值得注意的是,引入“其他国际法规则”的目的应在于解释和完善《公约》中的具体条款,而非跨越《公约》第288条第1款的属事管辖权限制。如果作为解释性材料的“其他国际法规则”的引入并没有落入到《公约》具体条文的解释和适用中,法庭和仲裁庭相当于以《公约》第293条为基础径直裁判习惯国际法和其他条约事项,而并非《公约》解释和适用相关的事项。从后果上看,《公约》争端解决机制的这一做法会在根本意义上动摇以当事国同意为基础的管辖权原则。^③这是在以当事方同意为基础的国际司法裁判程序中需要极力避免的。^④故此,《公约》争端解决机构在引入“其他国际法规则”时,需要迫切解决当事国同意原则和司法效率之间的平衡。从目前来看,此类冲突性解读所带来的有关可适用法和属事管辖权的不一致的问题,已然构成《公约》争端解决机制所面临的最严峻挑战。

① Peter Tzeng, “Jurisdiction and Applicable Law under UNCLOS”, (2016) 126 *Yale Law Journal* 242, pp. 256 – 258.

② Alan Boyle & James Harrison, “Judicial Settlement of International Environmental Law Disputes: Current Problems”, (2015) 4 *Journal of International Dispute Settlement* 245, pp. 255 – 256.

③ Alan Boyle & James Harrison, “Judicial Settlement of International Environmental Law Disputes: Current Problems”, (2015) 4 *Journal of International Dispute Settlement* 245, p. 255.

④ See Jonathan I. Charney, “Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, (1987) 81 *AJIL* 855; Alexander Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, (2001) 4 *EJIL* 529; Martina Papadaki, “Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law to be ‘Used’ in the ICJ and the PCIJ”, (2004) 5 *Journal of International Dispute Settlement* 560.

五 结论

《公约》的演进过程是与“其他国际法规则”互动和融合的过程。本文认为，《公约》下的争端解决机构引入“其他国际法规则”带来了“双刃剑式”的影响。一方面，“其他国际法规则”的引入具有推进《公约》演进与发展，推进《公约》与“其他国际法规则”之间的互动和连接，以及促进《公约》条文在具体适用中适应海洋治理现实的重要意义。《公约》文本中的转致条款、框架性要求以及《公约》争端解决机制下的第 293 条旨在发挥连接《公约》文本与“其他国际法规则”之间的纽带作用，为司法实践引入“其他国际法规则”以解释和发展《公约》条款提供了规范基础。《公约》下的争端解决机构在司法实践中通过一系列条约解释路径，例如目的解释，演进解释和“系统性并入”，引入“其他国际法规则”以促进《公约》的动态演进。

另一方面，国际性法庭或仲裁庭的正当性立足于司法判例的可预测性和稳定性。^①《公约》体现了第三次联合国海洋法会议所达成的精巧平衡，是一个复杂的利益平衡体。^②《公约》起草者并不希望《公约》条文出现无法调和的冲突。正如学者所言：“如果公约缔约国还保留着单方面解释的权利，那么会议起草的复杂文本将缺乏稳定性、确定性和可预期性，这一点在谈判的初期就得到了公认。”^③因此，《公约》争端解决机制作为第三次联合国海洋法会议在漫长谈判过程中所达成的平衡点，则更应秉持其法理的可预测性和可接受性，从而为解释和适用《公约》提供有效的指引。然而，在司法实践中，法庭和仲裁庭对于特定转致条款与属事管辖权的关系以及长期以来形成的对《公约》第 293 条可适用法的冲突性解读，将加剧《公约》争端解决机制的司法“碎片化”。本文认为，《公约》强制争端解决机构在引入“其他国际法规则”的过程中，应谨慎处理“其他国际法规则”与属事管辖权之间的关系，应在维护当事国同意原则与实现裁判效率之间寻求动态平衡，从而避免《公约》争端解决机制的正当性因其司法扩权和“碎片化”的法理而不断受到质疑。

UNCLOS and the Incorporations of “Other Rules of International Law”: An Analysis on the Negotiated Texts of UNCLOS and Case Law

Song Ke

Abstract: The evolution of UNCLOS is intertwined with the process of lively interactions between UNCLOS and “other rules of international law”. From a perspective of textual analysis, rules of reference are broadly embedded within UNCLOS, fostering the direct interactions between the text of UNCLOS and

① Tom Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford University Press, 1995), p. 39.

② 参见高健军：《〈联合国海洋法公约〉争端解决机制研究》（修订版），中国政法大学出版社 2015 年版，第 9 页。

③ Louis B. Sohn, “Peaceful Settlement of Disputes in Ocean Conflicts: Does UNCLOS III Point the Way?”, (1983) 46 *Law and Contemporary Problems* 195.

“other rules of international law”. Open-textured UNCLOS provisions established informal links between UNCLOS negotiated texts and “other rules of international law”. As a matter of effect, negotiated texts of UNCLOS have provided the normative foundation for the judicial incorporations of “other rules of international law”. Thus, UNCLOS dispute settlement procedures could stimulate the incorporations of “other rules of international law” and achieve the judicial development of UNCLOS through the accumulation of case law. On the one hand, as the stimulus of the evolution and development of UNCLOS, UNCLOS dispute settlement procedures have employed a set of techniques that serve as the tunnel of incorporating “other rules of international law”, namely, rules of reference, applicable law, teleological and evolutionary interpretation, as well as systemic integration. These have stimulated the dynamic evolution of UNCLOS and made it adapt to the practical needs of ocean governance. On the other hand, UNCLOS dispute settlement procedures are expected to ensure the predictability and acceptability of jurisprudence, in order to effectively guide interpretation and application of UNCLOS. Nevertheless, a comprehensive study on the case law pertaining to the judicial incorporation of “other rules of international law” has revealed the expansion of jurisdiction *ratione materiae* and constantly fragmented jurisprudence. It signals the urgent task of conducting dynamic balance exercise between safeguarding the principle of state consent and achieving the objective of adjudicatory efficiency. Crafting cogent judicial reasoning and coherent jurisprudence would be essential to buttress the legitimacy of UNCLOS dispute settlement procedures.

Keywords: UNCLOS, Other Rules of International Law, Jurisdiction *Ratione Materiae*, Judicial Law-Making, Judicial Expansionism, Judicial Fragmentation

(责任编辑: 何田田)