

南海仲裁案对“岛礁建设”的裁决评析及后续法律问题研究*

马 博**

摘 要：南海大规模岛礁建设引发的争议正在逐步成为南海争端中的重要问题。从国际法视角对其进行全面的审视，不仅是对南海仲裁案裁决进行批驳的需要，更关乎未来中国在南海地区维护国家利益的合法性基础。通过对仲裁案中涉及“岛礁建设”相关裁决的评析，可以发现仲裁庭在该议题裁决中的缺陷和漏洞。与此同时，《联合国海洋法公约》在“岛礁建设”领域的法律滞后性已经不能适应当前各国在海洋开发领域的实践需要和可持续发展的要求。学界需要重新审视《公约》在未来国际海洋法中的作用，并在“岛礁建设”立法领域有所创新。未来，在“岛礁建设”后期对国内立法的完善，及在海洋环境、渔业资源保护领域的法律研究将成为仲裁案后学界研究的重点。

关键词：南海仲裁案；岛礁建设；《联合国海洋法公约》；南海争端

2016年7月公布的南海仲裁案(简称“仲裁案”)裁决损害了中国在南海地区一系列的历史和现实权益。作为回应，中国政府多次阐明了对待仲裁案“不接受、不参与、不承认”的态度，得到了国际社会的理解；此外，随着菲律宾新总统杜特尔特执政后中菲关系的改善，外交上应对仲裁案后续问题的压力暂时得到了缓解。但是，仲裁案裁决所涉及的法律方面的争端远未结束，其影响超越了中菲两国双边关系，上升到中国作为《联合国海洋法公约》(简称《公约》)的缔约国，是否遵守包括《公约》在内的国际海洋法和国际准则的问题。从该角度看，未来南海问题中的法律博弈将会随着仲裁庭裁决对菲律宾方面15项诉求中的14项“一边倒”的支持而更加严峻。针对此，中国法学界已经开始就仲裁裁决

* 本文系国家社科基金重大项目“南海断续线的法理与历史依据研究”(编号：14ZDB165)的阶段性成果。

** 马博，纽约城市大学政治学博士，南京大学中国南海研究协同创新中心助理研究员、海洋法与南海研究项目主任；江苏南京 210093。

进行多方位和多角度的分析和批驳。^① 未来，相信还会有更多涉及仲裁裁决具体议题评析的学术文章出炉。随着美国、日本等域外大国对南海问题的持续关注和深度介入，国际海洋法领域的博弈也将长期存在。

由于南海仲裁庭系统地否定了中国在南海问题上几乎所有的主张和权益，法律维权任重道远。首先，仲裁庭否定了中国在南海主张的包括“断续线”在内的多项“历史性权利”，将中国的主张全部划归为《公约》已有的解释范围之内。其次，仲裁庭精心利用了《公约》相关条款的时代滞后性并对部分条款采取片面的解释，将南沙群岛上所有的陆地认定为不具有专属经济区和大陆架的岛屿（包括黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁和西门礁）以及不能主张 12 海里领海，且不能通过任何方式取得领土的“低潮高地”（包括美济礁、仁爱礁、渚碧礁和东门礁）；以此出发，继而否定中国主张南沙群岛为整体的“专属经济区”以及“岛礁建设”的合法性。最后，仲裁庭据此认定，中国政府在南海的行为“侵犯”了菲律宾在其“专属经济区”的主权权益。可以看出，仲裁庭对每一个议题的裁决都有“缜密”的逻辑联系，裁决环环相扣，步步精心设计，试图达成全面否定中国在南海的各项主张和权益的目的。因此，国际法学界对仲裁裁决的分析和批驳必须从各个相关议题入手，以点带面，逐条分析，最终达到维护中国在南海地区国家权益的目标。

本文仅从仲裁案裁决中涉及“岛礁建设”的议题为切入点进行分析，抛砖引玉，对学界关于仲裁案的研究提供相关参考。文章第一部分对仲裁案裁决中涉及“岛礁建设”的部分进行逐条评析，分析仲裁庭裁决该议题遵照的法律逻辑以及裁决本身存在的局限和漏洞；第二部分分析仲裁庭依照的《公约》在“岛礁建设”议题上的功能性缺失以及该议题在未来海洋开发利用领域立法中的重要性和必要性；最后一部分从中国学界的应对出发，提出应对“岛礁建设”相关法律问题的后续研究和立法工作的建议。

一、仲裁庭对“岛礁建设”议题裁决的逻辑漏洞和局限

仲裁庭在就菲律宾提出有关中方“岛礁建设”引发的法律争端议题的裁决上，采取了支持菲律宾全部诉求的做法。此外，在认定南沙群岛各个岛礁属性时，仲裁庭还以中方进行的岛礁建设“严重改变岛礁的自然状态”为由，从而依据自己认定的所谓历史资料对岛礁的属性进行重新评估。菲律宾方面提起的仲裁案诉求中，分别在第 12 条和第 14 条(d)项中提出中国的“岛礁建设”违反了《公约》相关规定。^② 仲裁庭针对以上诉求从中方岛礁

^① 目前比较有代表性的文章有薛力：《南海仲裁案裁决的法律缺陷》，《东南亚研究》2016 年第 6 期；黄靖文、黄瑶：《南海仲裁案历史性权利诉求管辖权问题评析》，《太平洋学报》2017 年第 1 期；高圣惕：《论南海仲裁案裁决在管辖权及可受理性问题上的事实与法律谬误》，《边界与海洋研究》2017 年第 1 期；管建强：《南海仲裁案后续法律应对的关键问题研究》，《中国法学》2016 年第 5 期。

^② 第 12 条为“中国对美济礁的占领和建造活动：(a) 违反了《公约》关于人工岛屿、设施和结构的规定；(b) 违反了中国在《公约》下保护和保全海洋环境的义务；以及(c) 构成违反《公约》规定的试图据为己有的违法行为”；第 14 条(d)为“自从 2013 年 1 月仲裁开始，中国非法地加剧并扩大了争端，包括：(d) 在美济礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁、赤瓜礁、东门礁和渚碧礁从事挖沙填海和人工岛屿的建造和建设活动”。

建设对“菲律宾主权权利”、“海洋环境破坏”以及“争端的加剧”三个方面进行了裁决,认为中方违反了《公约》的相关条款。以下部分结合仲裁庭的裁决,详细分析各项裁决存在的漏洞和局限性。

(一) 仲裁庭在认定南沙群岛岛礁属性时,以中方进行的岛礁建设破坏了岛礁自然属性为名,转而通过“历史文献资料”进行了属性的认定

仲裁庭认为,人类无论采取何种添附的形式将海床改造成为低潮高地,或者将低潮高地改造成为岛屿的做法,都无法改变该地物原有的自然属性。^①在本案中,随着大规模的岛礁建设活动,还原并观察岛礁原有的自然属性已经不再可能,因此,仲裁庭认为,根据《公约》对岛礁属性的判断,应该回到其“早先的、自然的、在大规模人类建设之前”的形态,仲裁庭因此决定根据“能找到最好的”(the best available evidence)大规模岛礁建设之前的证据来对岛礁自然属性作出判断。^②据此,仲裁庭用1938年“大日本帝国海军”图表,以及同时代的英国海军、美国海军的航海图认定黄岩岛、赤瓜礁、华阳礁、永暑礁、南薰礁(北)和西门礁为仅有12海里领海、无200海里专属经济区的岛屿,而南薰礁(南)、美济礁、仁爱礁、渚碧礁和东门礁为不具有主张12海里领海、不能拥有主权的“低潮高地”。^③然而,仲裁庭的裁决以及给出的证据存在缺陷。

第一,仲裁庭对“岛屿”、“岩礁”和“低潮高地”概念的解释和适用具有较大的主观性,无法建立“岛礁建设”后的岛屿是否能够主张领海以及专属经济区的必然联系。《公约》第121条涉及“岛屿制度”的条款第(1)和(3)分别为“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”和“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”。一方面,仲裁庭承认,中国政府认为南沙群岛的海洋权益应该被整体考虑,而并未就其在南沙群岛的单个岛礁是否能够主张专属经济区明确表态;^④中国政府并未因为在南沙群岛的岛礁建设而主张新的海洋权益,而是多次阐明将依此向国际社会提供更多的公共服务。^⑤另一方面,仲裁庭明确表示:

正像低潮高地或者海床不能被合法地通过人为的方式改造成为一个岛屿那样,仲裁庭认为,岩礁不能通过岛礁建设的形式改造成为一座拥有完整属性的岛屿,该地物的属性必须遵照其自然的属性来决定……如果国家可以被允许将不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁通过科技和添附的材料改造为具有完整属性的岛屿,那么

① PCA Case, The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), Award of 12 July 2016, p. 131, para. 305. (hereinafter "Award")

② Award, p. 131, para. 306.

③ Award, pp. 135-174, paras. 314-384.

④ Award, pp. 195-196, paras. 448-449.

⑤ 《外交部边海司司长详解中国南沙岛礁建设》,中国日报网,2015年05月27日,http://www.chinanews.com/gn/2015/05-27/7303285.shtml,登录时间:2017年3月1日。

《公约》第 121 条第(3)款作为限制国家大量拓展其海洋空间的作用就将被削弱。^①

因此，仲裁庭提出的“中方进行岛礁建设是为了主张更多的海洋权益”的论点是不存在的，更加不能以不存在的论点进行裁决。而且，根据《公约》第 121 条根本无法认定在岛礁主权归属不明确的前提下，中国的岛礁建设违反了《公约》条款。众所周知，《公约》的初衷不是解决海洋领土纠纷，而是解决海域争端和海洋开发、利用以及合作的问题。正如《公约》序言部分提到的，“在妥为顾及所有国家主权的情形下，为海洋建立一种法律秩序”，《公约》所产生的任何法律效力都不能剥夺缔约国对于海洋上陆地的主权，所以，仲裁庭根据《公约》的条款和精神，充其量能够去定义一个岛礁的属性，而不能根据其定义后的岛礁属性来决定其是否影响到另一国的主权归属，更不能以此为据来为外国获得海洋权益。很明显，仲裁庭希望用“依靠人工建设而扩大的岛礁不具有自然岛礁的权益”来否定中方对南薰礁(南)、美济礁、仁爱礁、渚碧礁和东门礁的主权诉求，将其置于菲律宾专属经济区或大陆架的范围内，这本身就是一种违背《公约》的行为，甚至可以归结为某种程度上的“滥用职权”。

第二，仲裁庭在证据采用的问题上存在缺陷，削弱了仲裁结果的公信力。仲裁庭将认定南沙岛礁原本自然属性的证据采用原则设定为“能找到最好的证据”(the best available evidence)。根据《公约》附件七强制仲裁的原则，作为本案的当事方，中国政府尽管没有提供任何相关的历史性证据，但是并不妨碍仲裁庭本着“谨慎和公正”的原则收集中国方面的相关历史证据。特别是作为仲裁案的当事方菲律宾和中国两国使用不同的语言，英文资料和中文资料必须都要兼顾。但是在整个仲裁案中，仲裁庭没有收集和引用任何中文资料，而是将英文资料(包括有限的中国官方发布的英文声明)作为本案唯一使用的证据来源语言。中文是联合国六大官方语言之一，而根据《公约》附件七组建的仲裁庭在涉及中国方面重大海洋权益的案件时，完全忽视中文历史资料的效力，且没有做出任何寻找中文资料、证据的尝试，违背了其宣称的“能找到最好的证据”的原则。仲裁庭将历史证据的收集、采用定在了“能找到的英文证据”的范围内，从某种程度上说就是“渎职”。

这种做法不仅对仲裁庭的公信力造成了损害，也对仲裁结果造成潜在挑战。例如，近期马来西亚政府获得了和新加坡就白礁(Pedra Branca)领土争端有关的新的历史证据，并认为以此可以证明马来西亚政府对白礁的主权主张要优于新加坡方面。尽管 2008 年国际法院(ICJ)经过审理将白礁判给了新加坡，但是根据《国际法院规约》第 61 条，在发现具有决定性事实证据的情况下，可以提请国际法院进行复审。^② 目前，媒体分析马新两国就白礁产生的领土争议将再起波澜。^③ 可见，即便是双方此前已经同意、有了定论的领土争

① Award, p. 214, paras. 508-509.

② ICJ Case, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore)*, Judgment of 23 May 2008.

③ “Malaysia Reopens Pedra Branca Island Row with Singapore after A Decade”, *South China Morning Post*, Feb. 4, 2017.

端案件, 当有新证据出现时, 其中任何一方都有权选择提请法庭进行复核, 更不要说南海仲裁庭完全忽视中文历史证据的行为, 注定无法使整个国际法学界信服, 因而埋下就此提起新的诉讼的伏笔。

(二) 仲裁庭认为, 中方在菲律宾专属经济区进行“人工岛屿”建设, 违反了菲方的主权权利

在菲律宾提起的第 12 项诉求中认为中方对美济礁的占领和建设行为, “(a) 违反了《公约》对于建筑人工岛屿、设施与结构的规定”和“(c) 构成了《公约》中反对的非法侵占行为”。^① 菲方认为, 美济礁是位于菲律宾专属经济区内的“低潮高地”, 根据《公约》第 60 条和第 80 条, 菲律宾有专属权利去建设人工岛礁, 而中方的行为违反了菲方的上述权利。^② 中国方面对此曾表示, 中国对南沙群岛拥有主权, 岛礁建设以及相关活动是在主权范围内的事务, 他国和第三方无权干涉。对于仲裁庭而言, 认为中方行为违反《公约》需要同时满足两个条件: 一是需要认定美济礁为不具有单独主张主权领土及领海的“低潮高地”; 二是要认定中方的岛礁建设及相关行为不与《公约》第 298 条(1)(b)相抵触, 即《公约》规定强制仲裁不能适用于“军事活动”的范畴。^③ 对于第一点, 仲裁庭此前已经根据有缺陷的证据认定美济礁为“低潮高地”, 称中方的行为违反菲律宾方面在专属经济区的排他权。^④ 对于第二点, 仲裁庭认定, 虽然中国政府对外公布的岛礁建设的目的是“民用”, 同时伴有国防的职能, 但岛礁建设的“首要用途”(primary motivation)仍然是民用, 而对其伴有的军事用途则未加评述。就此, 仲裁庭认为, 对中国在美济礁的岛礁建设引发的法律问题拥有管辖权。^⑤

关于美济礁的岛礁属性问题, 仲裁庭存在着证据本身和证据使用的缺陷, 上文对此已经有所分析, 而对于《公约》第 298 条(1)(b)的适用性问题, 仲裁庭的解读存在严重错误。首先, 仲裁庭对中方观点的援引和解释存在明显偏差, 混淆了“军事活动”和“军事化”的区别。《公约》第 298 条(1)(b)的排除性特指“军事活动”(military activities), 而仲裁庭引用的中方材料中特别引用了国家主席习近平在演讲中提到的“中国不在南海搞‘军事化’”(militarization), 甚至仲裁裁决中出现的也是“军事化”(militarization)。显然, 中国不在南沙群岛进行“军事化”行为, 并不意味着没有“军事活动”, 军队在岛礁上部署防御武器、进行军事训练, 以及在附近海域打击海盗、进行海上军事演习等一系列活动都可以被看作军事活动, 但不一定属于军事化行为。中国外交部早在 2016 年 2 月就对外公开

① Award, p. 399, para. 994.

② Note Verbale from the Department of Foreign Affairs, Republic of the Philippines, to the Embassy of the People's Republic of China in Manila, No. 15-0359 (Feb. 3, 2015).

③ 《公约》第 298 条(1)(b)为: “关于军事活动, 包括从事非商业服务的政府船只和飞机的军事活动的争端, 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”。

④ Award, p. 411, para. 1025.

⑤ Award, pp. 412-413, paras. 1026-1028.

宣布，中方将在南海岛礁部署必要国防设施。^① 美国智库公布的美济礁的最新卫星图片中也显示岛上部署有防空武器，并称美济礁已经成为中国的“军事基地”。^② 此外，菲律宾要求仲裁庭认定“中国 1995 年从菲律宾手中非法占领美济礁”的诉求也间接地承认了中菲双方各自在美济礁曾经有过军事活动。很明显，事实证据表明美济礁以及附近海域存在着《公约》第 298 条(1)(b)定义的“军事活动”，仲裁庭因此对该项诉求不能拥有管辖权。

其次，仲裁庭在“军事化”与否的证据采信上过于随意化。仲裁庭认为，如果中国政府认为没有对美济礁实行“军事化”，那仲裁庭就应该相信并采纳中国政府的官方表态，以此来认定事实。^③ 这种仅以官方声明来决定证据认定的做法，与仲裁庭在本案的态度形成鲜明的不一致：中国政府多次声明南海“断续线”属于中国的历史性权利，应该受到保护，但仲裁庭并未接受这样的说法，并在裁决中否定了中方的主张；另一方面，仲裁庭在岛礁“军事化”问题上则采用“相信中国政府声明”的做法，不对事实进行分析。这种对案件的审理不仅标准前后不一致，而且极为草率。不仅美国政府多次表示中国正在南海进行“军事化”，而且连诉讼国菲律宾的外交部长都表示中国在“军事化”南沙群岛。^④ 面对诉讼双方相左的证据，仲裁庭不去比较证据就盲目地作出裁决，从程序上出现了不公正。

(三) 仲裁庭认为，中方在控制的南沙群岛七个岛礁上大规模填海和人工岛屿建设对海洋环境造成了严重损害

菲律宾政府在提交给仲裁庭的诉求中提到：“中国在美济礁等 7 个岛屿上的建设行为违反了《公约》中关于保护和保存海洋环境、生态的条款。”^⑤ 其中，涉及“岛礁建设”的指控为：中方“陆域吹填”的行为破坏了岛屿周边的生态环境，对生物多样性造成了不可逆转的伤害。^⑥ 菲律宾方面还特别指出，无论中方是否对这些岛礁享有主权或实际控制权，其行为“威胁”(threaten)到了岛礁周围和南海海域的海洋环境。^⑦ 菲方还认为“岛礁建设”的行为不能以《公约》第 298 条(1)(b)中的“军事活动”予以排除。^⑧ 对此，仲裁庭认为，因为不涉及主权归属问题，该庭对此项诉求拥有管辖权。^⑨ 最终，仲裁庭结合菲律宾方面

① 《外交部：中方将在南海岛礁部署必要国防设施》，《环球时报》2016 年 2 月 17 日。

② “Photos: How a ‘Fishermen’s Shelter’ on Stilts Became a Chinese Military Base in the South China Sea,” *Quartz*, December 15, 2016, <https://qz.com/863811/mischief-reef-how-a-fishermens-shelter-on-stilts-became-a-chinese-military-base-in-the-south-china-sea/>, visited on 1 Mar. 2017.

③ Award, p. 413, para. 1028.

④ “Philippines and China in Diplomatic Stalemate over SCS”, *Deutsche Welle (DW)*, February 27, 2017, <http://www.dw.com/en/philippines-and-china-in-diplomatic-stalemate-over-scs/a-37732808>, visited on 1 Mar. 2017.

⑤ Permanent Court of Arbitration in The Hague, Ninth Press Release: Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, November 30, 2015. <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1524>, visited on 1 Mar. 2017.

⑥ Award, p. 355, para. 891.

⑦ Award, p. 356, para. 892. 菲律宾方面认为中国违反的《公约》关于环境保护部分的具体内容见 Award, pp. 360-363, paras. 906-911.

⑧ Award, p. 356, para. 893.

⑨ Award, p. 370, para. 927.

提供的证据和第三方专家报告,认定中国近期在南沙群岛七个岛礁上的大规模填海和人工岛屿建设对海洋环境的负面影响,包括对珊瑚礁生长环境造成了严重损害,违反了其保全和保护脆弱的生态系统以及受威胁或有灭绝危险的物种的生存环境的义务。^① 仲裁庭作出以上判断的前提,需要认定中方公布的有关岛礁建设的环境评估报告不可信,以及不符合《公约》第 298 条(1)(b)的排除性。^② 对于证据采信过程中的证据比对和语言选择的偏见,以及混淆“军事化”和“军事活动”两个概念,上文已经有所批驳。

在此提出,仲裁庭对涉及中方“岛礁建设”危害南海海洋环境的诉求是否有“管辖权”,其实是值得商榷的问题。因为涉及主权权利,仲裁庭必须确立中菲双方在“岛礁建设”问题上构成争端方(disputant),才能认定自己拥有管辖权。如果中菲两国在该问题上不是争端方,即便一方违反了《公约》规定,程序上仲裁庭对另一方提起的诉求不能拥有管辖权。中菲双方在相关岛屿构成争端方,有三种可能:一是涉及本案的 7 个岛屿主权属于中国,菲方认为中方岛礁建设的行为违反了《公约》中对海洋环境的条款,因此要求仲裁庭进行裁决;第二种可能是菲律宾认为自己拥有对 7 个岛屿的主权,认为中方“非法占领”,但不要求仲裁庭澄清主权归属,仅要求仲裁庭认定中方的行为违反《公约》中对海洋环境保护的条款;第三种可能是菲律宾认为 7 个岛礁的领土存在争议,同时认为中方行为违反《公约》中对海洋环境保护的条款。

无论是以上哪种情况,不能回避的问题是菲律宾方面必须对 7 个岛礁的主权归属问题有所交代,仲裁庭才能针对菲律宾方面的诉求进行下一步的审理。众所周知,《公约》对海洋领土纠纷没有管辖权,因此,菲律宾方面采用的是模糊领土主权归属的方式,试图绕开该问题使仲裁庭获得管辖权。菲律宾方面甚至提出:“无论中方是否对这些岛礁享有主权或实际控制权,其行为都‘威胁’(threaten)到了岛礁周围和南海海域的海洋环境。”^③可见,菲律宾方面的希望是让仲裁庭裁决中方“岛礁建设”的本身是否对海洋环境构成破坏,而不愿意在此就主权归属问题发表任何意见。而仲裁庭的做法恰恰依照了菲律宾方面诉求,在没有对主权归属问题加以澄清的前提下,就直接对中方的行为进行了审理和裁决。

因此,可以认定,仲裁庭并未否定(事实上也无权否定)中国对 7 个南沙岛礁的主权以及控制权。仲裁庭就此议题管辖权方面的悖论是,如果 7 个岛礁属于中国领土主权范围,即便在中方“岛礁建设”的过程中出现了海洋环境问题,菲律宾是否满足作为“争端方”进行诉讼的条件;而如果中菲双方在 7 个岛礁的领土主权归属上存有争议,且菲律宾承认此点,则按照《公约》规定,仲裁庭对涉及主权争议的海洋争端没有管辖权。

从国际法院(ICJ)2016 年对“马绍尔群岛诉英国”的案例判决可以看出,菲律宾作为

① Award, p. 394, para. 983. 具体来看,仲裁庭认为中方违反了《公约》第 192、194(1)、194(5)、197、123 条和第 206 条的相关条款。

② Award, pp. 363-369, paras. 912-924.

③ Award, p. 356, para. 892. 菲律宾方面认为中国违反《公约》关于环境保护部分的具体内容见 Award, pp. 360-363, paras. 906-911。

“争端方”对中国政府在7个岛礁上的建设行为提起诉讼的合法性值得推敲，即菲方必须首先建立“中方行为损害了菲律宾海洋权利”的先决条件，方能构成本案的“争端方”。“马绍尔群岛诉英国案”中，南太平洋岛国马绍尔群岛于2014年将包括英国在内的9个拥有核武器的国家告上国际法院，要求国际法院裁定这些国家并未履行于1968年签署的《核不扩散条约》以及习惯国际法的相关弃核规定，英国等三个国家对此作出了回应。2016年10月5日，国际法院对此案作出了“先决反对”(preliminary objection)的判决，认为国际法院尽管对此案有管辖权，但是由于马绍尔群岛和英国之间不存在明显的争端以及会影响到第三方的利益，因此决定撤销该案件，不再继续审理。^① 国际法院认为，根据已有的证据无法证明马绍尔群岛和英国之间存在着“相反的意见”，因此，不能建立两国之间存在着“争端”。^② 此案对“争端存在”的含义给出了清晰的界定：各方必须持有“清晰、相反的意见”，而争端是否存在的认定不在于采用何种方式进行抗议，而是在于双方是否有着截然相反的具体做法和意见；而从时间点上，应该以递交起诉的时间为限来看双方此前是否存在争端。^③

以此标准来看待南海仲裁案中关于“岛礁建设”的裁决，仲裁庭存在诸多问题。首先，菲律宾在2013年提交仲裁请求之前，菲方并未提供明确认为中方“岛礁建设”行为破坏了南海的海洋生态环境而引发菲律宾抗议的证据。在仲裁诉求中，菲律宾方面仅提供了所谓的中国的“岛礁建设”破坏海洋环境的证据，但并未就本国对此是否提出反对意见提供证据。其次，菲律宾方面公开承认，在2013年之前，中国、越南、菲律宾都在南沙岛礁上进行了不同程度的岛礁建设活动，而菲律宾并未在当时对中方进行的“岛礁建设”及其引起的相关问题表示抗议或反对。^④ 可见，在“岛礁建设”的实践上，中菲两国并无不同，无法证明两国在此问题上有着“截然相反”的实践或认识。第三，菲律宾方面公开承认，中国大规模的“岛礁建设”始于2013年年底，是在其提起仲裁案之后发生的事件，因此这无法作为两国此前存在争议的证据。菲律宾于2013年1月向仲裁庭提起南海仲裁案，后应仲裁庭要求对部分诉求进行了澄清和补充；而中方在2013年年底才开始“岛礁建设”，从时间点和逻辑上看都不能证明两国在菲律宾首次提出仲裁的2013年年初就存在着“争议”。最后，中国方面并未公开回应菲律宾提出的仲裁案，也没有就中菲两国是否在“岛礁建设”引发的海洋环境问题上有过商讨，无法建立两国在具体海洋生态问题上有着“清晰的、相反的”意见的法律事实。综合来看，无论中国的岛礁建设是否违反《公约》对海洋环境保护的条款，菲律宾对于中国“岛礁建设”引发的海洋环境问题的诉求缺乏可诉性(inadmissibility)，不能作为有效的“争端方”，因而仲裁庭对该议题不应有管辖权。

^① ICJ Case, Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, (Marshall Islands v. United Kingdom), Judgment of 5 October 2016.

^② Ibid., para. 57.

^③ Ibid.

^④ Award, p. 330, para. 853.

(四) 仲裁庭认为, 中方在菲律宾提起仲裁案后开始大规模的岛礁建设行为违反了《公约》缔约国在争端解决程序中的义务, 加剧了两国的海洋争端

菲律宾方面在诉求第 14 条(d)中提出, 在 2013 年 1 月菲方提起仲裁案后, 中国在南沙群岛的 7 个岛礁“挖沙、修筑人工岛屿和建设岛礁”, 非法地加剧并扩大了争端。菲方认为, 中方的行为与《公约》第 279 条“用和平方法解决争端的义务”以及第 300 条“诚意和滥用权利”不相符(即中方有意扩大争端)。^① 此外, 菲律宾方面还认为, 不加剧争端是国际法中“公认接受的原则”(universally accepted principle)。^② 仲裁庭先认定对菲律宾提出的第 14 条(d)有管辖权, 随即认为中方进行的“岛礁建设”使其“无法恢复原来的状态”、“对海洋环境的破坏”以及“刻意对岛礁自然面貌的破坏”构成了“加剧并扩大”争端的行爲。^③ 最后, 仲裁庭甚至提出, 中国不参与仲裁的决定尽管符合《公约》附件七的规定, 但是“如何最好地代表中国是中国自己的问题, 不是仲裁庭的问题”, 间接地表明中方对该仲裁“不参与、不接受和不承认”的政策本身构成了“加剧和扩大”海洋争端。^④

仲裁庭如此裁决, 充满了偏见和漏洞, 无法取信于国际社会。首先, 菲律宾方面将己方对中国方面“岛礁建设”的指控和《公约》第 278 条和第 300 条相联系, 是一种偷换概念的做法, 仲裁庭对此进行裁决涉嫌越权。《公约》第 278 条和第 300 条的核心是各方以“和平”的方法和“诚意”的态度去解决争端, 而与菲律宾提出的中国方面的“岛礁建设”是“非法、加剧并扩大了”争端的指控并无直接关联。中方的“岛礁建设”并未导致中菲两国采取“非和平”的方式来处理该问题, 中国对待菲律宾南海仲裁案的“三不”政策, 最多可以被认定为以“不合作”的方式来应对, 而与《公约》第 278 条所禁止的“非和平”的方式相差甚远。此外, 根据《公约》第 60 条和第 80 条, 修建“人工岛礁”符合《公约》的规定, 即合法的行为。菲方所认为的“加剧、扩大”争端是一种主观的想法, 很难用中国“岛礁建设”的事实加以佐证。而中方一再宣称要将岛礁建设后的设施作为地区“公共产品”的行为, 也无法与《公约》第 300 条反对的“不诚意、滥用权利”联系起来。最为关键的是《公约》中根本就不曾出现菲律宾方面提出的“加剧和扩大”(aggravate and extend)争端的这两个词汇, 因此, 对是否“加剧并扩大”争端不该在《公约》的裁定范围内。

其次, 如果菲律宾方面认为“加剧并扩大”争端的事项在《公约》的管辖范围之内, 其自身的做法同样违反了《公约》, 仲裁庭对此不仅“选择性失明”, 甚至涉及“包庇”。菲律宾一方面在仲裁案中多次强调, 有权通过和平的方式解决中菲双方的争端, 中方的行为旨在自 2013 年 1 月菲律宾提起仲裁请求后加剧和扩大原有的争端。^⑤ 但是据笔者统计, 菲律宾方面在 2013 年 1 月向国际仲裁法庭提交仲裁案后, 其本身的行为同样涉嫌违反了“加剧并扩大”争端一项。从 2013 年到 2016 年 4 月期间, 根据公开的信息整理, 菲律宾在南

① Award, p. 447, para. 1135.

② Award, p. 448, para. 1136.

③ Award, p. 464, paras. 1177-1181.

④ Award, p. 463, para. 1180.

⑤ Award, p. 447, para. 1134.

海上单边及多边的军事演习次数达到 14 次之多；2014 年在美军撤离菲律宾 22 年后，菲律宾与美国签署《加强防御合作协定》，允许美军使用菲律宾 5 座军事基地，同时在苏比克湾基地进行“半永久性”驻扎，而其中一座空军基地就位于有争议的南沙群岛的巴拉望岛上。^①此外，菲律宾方面还曾表示，不排除未来允许美国将菲律宾在南沙群岛占有的岛礁用作军事用途。^②由此可见，菲律宾方面一方面指责中方在仲裁庭审理期间“加剧并扩大”争端，另一方面不遗余力地破坏南海地区的和平与稳定。仲裁庭不经调查，没有分析事件的前因后果，单方面认定中方对南海争端的“加剧和扩大”负全部责任，存在明显的不公平。

二、《公约》的局限性与“岛礁建设”立法的必要性

仲裁庭对中国在南沙群岛的“岛礁建设”行为违反《公约》多项条款的裁决，既有仲裁庭本身的认知因素，也与《公约》在此议题上的法律滞后和缺失有着密切联系。《公约》对海洋中的“陆地”(land)的规定分为三种，分别是“低潮高地”(low-tide elevation)、岛屿(islands)和人工岛屿(artificial islands)。从定义上看，这三种海洋地物均存在着相当的模糊性。《公约》第 13 条对“低潮高地”的定义是：“低潮高地是在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地……如果低潮高地全部与大陆或岛屿的距离超过领海的宽度，则该高地没有自己的领海”。从中可以看出，“低潮高地”不是“岛屿”，而且必须是“自然形成的”。《公约》在第八部分(即第 121 条)规定了“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”。而《公约》文本中尽管 21 次提到“人工岛屿”，却未对其进行任何的定义。从《公约》第 60 条、第 80 条和第 87 条可以总结出如下特点：沿岸国有在专属经济区和大陆架内建造、管理、操作和使用人工岛屿的权利，并可以设置 500 米的安全距离；人工岛屿不具有岛屿的地位；国家有在公海建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由。

可见，《公约》对海洋中“陆地区域”的划分是以大小和构成属性来区分的，并分别给予了相关的权利与义务。然而，对于海洋中既有“自然形成”的陆地区域，又有“人工添附”的陆地区域的“混合岛礁”的权益，《公约》没有作出明确规定。^③而从南海仲裁案中看，仲裁庭应菲律宾方面诉求，将一切中方基于原有南沙岛礁“陆地区域”建设的新的岛礁称为“人工岛屿”并根据《公约》对于“人工岛屿”的相关规定进行仲裁，也的确反映了《公约》在这种“混合岛礁”立法上的缺失。

在南海仲裁案中，菲律宾方面和仲裁庭都将中国在南沙的“岛礁建设”行为与修建“人工岛屿”划上了等号，并据此作出各项中国违反《公约》的裁决。而现实情况是，中方在拥

^① 马博：《裁决南海仲裁案有违〈联合国海洋法公约〉缔约精神》，《中国评论月刊》2016 年 7 月号(总第 223 期)。

^② Trefor Moss and Jeremy Page, “U. S. Stationing Warplanes in Philippines Amid South China Sea Tensions”, Wall Street Journal, Apr. 15, 2016.

^③ 关于“人工岛屿”与《公约》的关系，参见邹克渊：《岛礁建设对南海领土争端的影响：国际法上的挑战》，《亚太安全与海洋研究》2015 年第 3 期。

有岛礁主权的基础上进行的大规模岛礁建设是否违反《公约》本身的相关规定,在现有《公约》文本中无法得到体现。国际法学者邹克渊认为,对于建在永久岩石和珊瑚礁上的人工岛屿,不仅在《公约》中,而且在整个国际法的框架下都很难定义它的法律地位。^①笔者认为,人工岛屿和天然岛屿并不是相互对立的概念,而是相互补充,分别享有各自在《公约》中的权利和责任。^②最为关键的是,“混合岛屿”已经不再只是一个停留在学术讨论领域的概念,通过中国在南沙群岛的大规模岛礁建设实践,已经使其成为了一个国际热点议题。目前,已有部分国家对中国的岛礁建设技术产生了兴趣,希望中国协助其修建岛屿或进行技术转移。例如,以色列第一副总理以色列·卡茨(Yisrael Katz)建议,在加沙地带附近海域修建一座长约4.5公里的人工岛屿,其中包括机场、港口和海水淡化工厂等设施,并提出将考虑邀请中国方面参与该计划的投资和兴建。^③21世纪的今天,保证人类的可持续性发展,“海洋城市”(Ocean City)从科技角度看已经不再是一个概念,而是呼之欲出的现实。但与此同时,有着海洋“基本法”之称的《联合国海洋法公约》代表的意识形态和人类科技水平仍然停留在条约制定的20世纪80年代。

南海仲裁庭的裁决,很大程度上是从是否“合法”的角度来看“岛礁建设”的问题,并未从“合理”的角度出发来研究这一重要海洋领域的新的实践。《公约》中的岛屿制度,特别是“岛礁建设”相关法律的缺失,是制约《公约》未来规范各国海洋事务行为的一大弊端。但归根结底,《公约》是为了保护及促进各国和平、合理和可持续地利用海洋资源设立的,而不应仅以签署《公约》国家数量的多少以及是否符合教条来作为最终的目标。因此,顺应时代和科技发展的步伐,创造性地利用海洋资源,保障人类可持续发展才是维护《公约》权威的第一要务。一切符合和平、安全、人权、正义和可持续发展的法理及实践创新都应该得到国际社会和各国的鼓励。笔者认为在《公约》相关条款缺失的现状下,国际社会未来在应对涉及岛礁建设的法律问题上,可以依照三个法律维度来思考其“合理、合法性”,即从《联合国宪章》维护安全、保护人权以及促进可持续发展的原则、从“区域主义”的法律、制度原则,以及从各国国内的立法实践三个维度出发,统一衡量“岛礁建设”未来的立法和与《公约》相关的法律问题。^④

三、“岛礁建设”的后续法律问题研究

如前文所述,南海仲裁案本身的尘埃落定仅仅是围绕着南海问题的法律战的开始,学界对有关“岛礁建设”议题的后续法律问题研究及成果,将直接影响到未来中国在南海上维权的方式和效果。

首先,对于仲裁庭涉及“岛礁建设”相关问题的裁决,中国方面在“不接受”的前提下

① 邹克渊:《岛礁建设对南海领土争端的影响:国际法上的挑战》,《亚太安全与海洋研究》2015年第3期,第6—7页。

② 马博:《审视南海岛礁建设法理性问题中的三个国际法维度》,《法学评论》2015年第6期,第156页。

③ “China to Assist Israel in Construction of Island in Mediterranean Sea”, Sputnik, July 2, 2016, <https://sputniknews.com/asia/201607021042343824-china-construction-israel>, visited on 1 Mar. 2017.

④ 马博:《审视南海岛礁建设法理性问题中的三个国际法维度》,《法学评论》2015年第6期。

必须要在法律领域有所回应。仲裁庭提到中国宣称并未在南沙群岛进行“军事化”，并因此认为“军事活动”与“军事化”的概念类似。然而，美国等国一再强调中国正在南海进行“军事化”的举措，并且为了维护“自由航行”的原则，将不惜通过动用军舰、军机进行“巡航”来维护地区各国的利益。这种看似截然相反的认识反映了国际法中对“军事化”概念和实践研究的缺失及与“军事活动”之间比较研究的不足。未来，对“军事化”的概念和实践进行研究，不仅可以填补国际法相关领域的空白，也有助于中国政府向世界澄清其“岛礁建设”行为的合法性。仲裁案中所涉及的诸如此类的对中方不公正、有损中国南海权益的裁决内容和相关法理解释，都可以作为下一个阶段国内研究国际法学者的研究重点。未来，有关部门可以考虑出版白皮书，将仲裁案中带有明显政治性的裁决部分汇编成册来进行批驳，以此彰显仲裁庭和部分国家试图政治化、加剧南海争端的行为。

第二，面对大规模的岛礁建设先期工作已经完成及《公约》相关规定缺失的现状，对中国现有的涉及“岛礁建设”的法律进行再思考和完善，不仅必要而且紧迫。当前，中国对于岛礁建设的国内立法和规范工作还在起步阶段，其立法规模和速度已经落后于在南海上正在发生的实践。目前，国内法律中与南沙群岛岛礁建设相关立法联系最为紧密的是1999年颁布的《中华人民共和国海洋环境保护法》、^①2009年制定的《中华人民共和国海岛保护法》^②和1990年颁布的《中华人民共和国军事设施保护法》。^③可结合南海问题发展的新形势对这些法律进行研究和再思考，为进一步提升“岛礁建设”的国内合法性作出学界的贡献。

第三，对于南海的岛礁建设所引发的诸如环境保护、提供地区公共产品的承诺等相关议题进行法律方面的研究有着现实意义。南海仲裁庭认定中方在“岛礁建设”的过程中违反了《公约》关于海洋环境保护的条款。国际社会也要求中国政府提供更多相关信息以及关于环境评估的报告，甚至要求中方和菲律宾成立相关的独立评估委员会对岛礁建设之于海洋环境的影响作出进一步评估。^④这在2003年国际海洋法法庭审理的马来西亚针对新加坡进行岛礁建设提起的诉讼中有所体现，法庭要求双方建立一个专家团队对岛礁建设后期的环境影响进行评估。^⑤此外，中国政府表示，岛礁建设将有利于中国的渔业捕捞和服

① 最近一次的修改在2016年11月7日，见《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉的决定》，新华社，2016年11月7日，http://news.xinhuanet.com/politics/2016-11/07/c_1119867477.htm，登录时间：2017年3月1日。

② 关于《海岛保护法》对“岛礁建设”的影响见马博：《审视南海岛礁建设法理性问题中的三个国际法维度》，《法学评论》2015年第6期，第160页。

③ 最近一次的修改在2014年6月27日，见《中华人民共和国军事设施保护法》，中国人大网，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2014-08/22/content_1879722.htm，登录时间：2017年3月1日。

④ Robert Williams, “A Secret Weapon to Stop China’s Island Building: The Environment?”, National Interest, April 20, 2015, <http://nationalinterest.org/feature/secret-weapon-stop-chinas-island-building-the-environment-12672>, visited on 1 Mar. 2017.

⑤ International Tribunal for the Law of the Sea, Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore) (Provisional Order), October 8, 2003. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_12/12_order_081003_en.pdf, visited on 1 Mar. 2017.

务, 以及为渔船提供更加有利的工作条件和补给, 增加了外界对于南海渔业资源可持续发展的担忧。基于南海地区的渔业资源已经遭到了过度捕捞, 而岛礁建设后为中国的远洋捕捞产业提供了更加有利的支撑, 外界对南海渔业资源会进一步枯竭产生担忧。^①因此, 渔业保护的立法工作同样迫在眉睫。

环境保护问题并不涉及领土争端等敏感问题, 未来在缓和与菲律宾关系和树立中国遵守国际法的形象方面, 中国政府都要尽早开始准备相关领域的立法工作。目前, 针对岛礁建设引发的环境破坏问题, 中国外交部边海司司长欧阳玉靖就中国南沙岛礁建设接受媒体采访时表示岛礁的建设工程“经过科学评估和论证, 充分考虑到了生态环境和渔业保护等问题, 在施工过程中有严格的环保标准和要求, 并采取了许多有力措施保护生态环境”, 并且指出“中国作为《生物多样性公约》和《濒危野生动植物种国际贸易公约》等保护海洋环境公约的缔约国, 会严格遵守公约规定, 认真履行公约义务”。此外, 中方还承诺“加强相关海域和岛礁的生态环境监测和保护工作”。^②未来, 中国在对岛礁建设引发环境问题的立法过程中, 可以参考《公约》中的相关条款, 结合自身实际情况妥善立法。

四、结 语

本文认为, 仲裁庭对于仲裁案涉及“岛礁建设”议题的裁决教条地依照《公约》中并不完善的相关条款, 进行了带有偏见和狭隘的解释。进一步思考, 仲裁庭的裁决将“合法”放在了“合理”之上, 用一成不变的思维来看待发展中的事物, 制约了“岛礁建设”成为各国未来利用海洋资源、造福人类的诉求, 限制了将科学技术转化为人类社会发展的动力, 裁决事实上变成了一辆“历史的倒车”。另一方面, 裁决结果客观上扩大了相关国家的海洋争端, 削弱了《公约》在国际上的公信力, 因此违背了《公约》推动“符合正义和权利平等原则的和平、安全、合作和友好关系”的缔约精神。同时, 在海洋领土争议问题上利用法律漏洞强制进行仲裁, 鼓励了在领土主权问题上的“滥诉”行为, 对《公约》的立法精神构成伤害。对领土归属问题进行强制仲裁, 容易出现法律意义上非赢即输的“零和博弈”现象, 《公约》是一个得到签署国就海洋事务达成共识后缔结的国际条约, 其初衷是为了更好地促进人类社会开发及利用海洋资源的能力, 促进人类社会的可持续发展, 并非为解决各国间涉及海洋领土本身争议而制定。因此, 《公约》不应成为解决各国之间海洋领土争议的准则以及判定标准, 这点在海洋法学者中得到了共识, 且多数学者认为在解决领土争议问题上, 应该依靠国际习惯法和双边谈判, 《公约》可以在领土归属问题解决之后对海

^① Oliver Holmes, “South China Sea Images Reveal Impact on Coral of Beijing’s Military Bases”, Guardian, September 17, 2015, <http://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2015/sep/17/south-china-sea-images-reveal-impact-on-coral-of-beijings-militarybases>; Greg Torode, “‘Paving Paradise’: Scientists Alarmed over China Island Building in Disputed Sea”, Reuters, June 25, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-southchinesea-china-environment-insig-idUSKBNOP50UB20150625>, visited on 1 Mar. 2017.

^② 《外交部边海司司长欧阳玉靖就中国南沙岛礁建设接受媒体采访》, 新华网, 2015年05月27日, http://news.xinhuanet.com/politics/2015-05/27/c_127844699.htm, 登录时间: 2017年3月1日。

洋划界起到指导作用。仲裁事项看似没有直接涉及岛屿的领土主权归属，但是在岛屿主权不明晰的前提下无法实现《公约》宣称建立“符合正义和权利平等原则的和平、安全、合作和友好关系”，更不可能做到“意识到各海洋区域的种种问题都是彼此密切相关的，有必要作为一个整体来加以考虑”的原则。^① 中国作为在“岛礁建设”技术和实践方面的全球领先者，自身和平开发、利用海洋资源的决心不应受制于所谓的仲裁结果。一方面，中方可仔细阅读仲裁结果，组织批驳其谬误，为中国的“岛礁建设”正名；另一方面，应该创造性的对其中涉及“岛礁建设”的法律问题进行全面的研究和创新，使之符合中国的国家利益，并为地区的和平与稳定提供坚实的法律基础。

An Analysis of the SCS Arbitration Case's Award on the “Land Reclamation” Issue and Its Impact on Future Legal Research

MA Bo (Nanjing University)

Abstract: China's large-scale land reclamations in the SCS have caused increasingly scrutiny, and the issue has become a focal point in the SCS disputes. An overall observation from the international law perspective on the issue, not only matters on the rebuke of the Award, but also concerns the Chinese claims' legal foundation and the national interests. Through analyzing the land reclamation issue in the Award, this paper lays out the flaws in this specific issue, and provides references to the rebuke toward the Award. Meanwhile, Articles concerning the land reclamation in the UNCLOS lags behind the current needs of countries in maritime development and sustainable development. The academic community needs to re-evaluate the role of the UNCLOS in the future maritime law, and legal innovation is necessary in law making in the area of land reclamation. In the future, the completion of domestic law and the legal research of marine environment and fishery resources protection will be the focus in the post-arbitration period on the research of land reclamation.

Key words: South China Sea Arbitration; Land Reclamation; the UNCLOS; South China Sea Dispute

●责任编辑：屠 苏 章 成

◆

① 马博：《裁决南海仲裁案有违〈联合国海洋法公约〉缔约精神》，《中国评论月刊》2016年7月号（总第223期）。