

分类号 _____

U D C _____

密 级 _____

单位代码 10151

大 连 海 事 大 学

硕士学位论文

国际海洋法法庭的临时措施研究

指 导 教 师 曲波 职 称 教授

学位授予单位 大连海事大学

申请学位类别 法学硕士 学科（专业） 法学(国际法)

论文完成日期 2016.2 答辩日期 2016.6

答辩委员会主席

于沛霖

**Research of the Provisional Measures Prescribed by the
ITLOS**

A thesis Submitted to

Dalian Maritime University

In partial fulfillment of the requirements for the degree of

Master of Law

by

Wu Wenping

(International Law)

Thesis Supervisor: Qu Bo

June 2016



Y3150859

大连海事大学学位论文原创性声明和使用授权说明

原创性声明

本人郑重声明：本论文是在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果，撰写成博/硕士学位论文“国际海洋法法庭的临时措施研究”。除论文中已经注明引用的内容外，对论文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本论文中不包含任何未加明确注明的其他个人或集体已经公开发表或未公开发表的成果。本声明的法律责任由本人承担。

学位论文作者签名：吴文祥

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者及指导教师完全了解大连海事大学有关保留、使用研究生学位论文的规定，即：大连海事大学有权保留并向国家有关部门或机构送交学位论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅。本人授权大连海事大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，也可采用影印、缩印或扫描等复制手段保存和汇编学位论文。同意将本学位论文收录到《中国优秀博硕士学位论文全文数据库》（中国学术期刊（光盘版）电子杂志社）、《中国学位论文全文数据库》（中国科学技术信息研究所）等数据库中，并以电子出版物形式出版发行和提供信息服务。保密的论文在解密后遵守此规定。

本学位论文属于： 保 密 ☐ 在 年解密后适用本授权书。

不保密 ☒ （请在以上方框内打“√”）

论文作者签名：吴文祥

导师签名：曲波

日期：2016 年

摘要

国际海洋法法庭的临时措施是《联合国海洋法公约》争端解决机制的一部分，《联合国海洋法公约》将采取临时措施的权力更多地分配给了国际海洋法法庭。由于《联合国海洋法公约》、《国际海洋法法庭规则》、《国际海洋法法庭规约》中对于国际海洋法法庭临时措施的规定并不详尽，因此本文希望通过国际海洋法法庭临时措施案件及相关资料来研究和厘清其与《联合国海洋法公约》争端解决机制的关系、国际海洋法法庭规定临时措施的条件及临时措施的内容等问题，并尝试提出利用临时措施维护我国海洋权益的建议。

第一章研究国际海洋法法庭临时措施与《联合国海洋法公约》争端解决机制的关系。一方面，《联合国海洋法公约》争端解决机制中的实体问题解决机构影响临时措施的规定机构，《联合国海洋法公约》规定的强制程序的启动条件是国际海洋法法庭临时措施案件应满足的初步管辖权条件。另一方面，国际海洋法法庭临时措施对于保障争端的顺利解决和维护《联合国海洋法公约》所建立的海洋法秩序有积极的作用。

第二章研究国际海洋法法庭规定临时措施的条件。国际海洋法法庭规定临时措施应该具备以下三个条件：争端一方提出请求、国际海洋法法庭对案件有初步管辖权、情况紧急。关于初步管辖权的条件，由于《联合国海洋法公约》没有详细规定，当原被告之间有分歧时，国际海洋法法庭对《联合国海洋法公约》的解释倾向于支持原告的主张。紧急情况发生的时间不同，采取临时措施的机构也不同。是否需要保全争端各方的权利、是否需要防止海洋环境遭受严重损害是衡量情况紧急的两个标准，被告的保证及行为能够对国际海洋法法庭衡量情况紧急性产生影响。

第三章研究国际海洋法法庭临时措施的内容及效力。在涉及海洋环境的案件中，国际海洋法法庭强调《联合国海洋法公约》所规定的合作义务，规定该义务使国际海洋法法庭能更好的避免与将来依据《联合国海洋法公约》附件七建立的仲裁法庭的权力相冲突。为了更好的实现临时措施的目的，即防止海洋环境遭受严重损害及保全争端各方的各自权利，在临时措施的内容上，国际海洋法法庭会

超越原被告的请求规定临时措施，但这种自由裁量权必须被谨慎的行使。国际海洋法法庭临时措施在效力上是有法律约束力的。

第四章研究我国面临的海洋争端及临时措施对我国的启示。我国在黄海、东海和南海与周边国家存在海洋争端。通过研究临时措施对我国的意义，认为临时措施能为我国解决海洋争端提供一种新的思路。除却那些我国已经声明不接受《联合国海洋法公约》强制程序的争端，我国渔船、渔民在他国专属经济区被捕事件，可以尝试将争端提交给附件七仲裁法庭，之后向国际海洋法法庭或附件七仲裁法庭请求规定临时措施。为了防止他国对我国提起临时措施，我国在专属经济区行使主权权利和管辖权时，应注意权利的行使力度；对于我国不愿提交《联合国海洋法公约》强制程序的案件，可事先与争端另一方达成协议或约定将《联合国海洋法公约》的强制程序替代或排除。

关键词：《联合国海洋法公约》；国际海洋法法庭；临时措施；争端解决

ABSTRACT

The provisional measures taken by the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) is part of the dispute settlement mechanism of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). According to the UNCLOS, the ITLOS is more powerful in taken provisional measures than the International Court of Justice. Because of the imperfection of the provisions about provisional measures in the UNCLOS, the Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea and the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, it is necessary to research the relationship between the provisional measures of the ITLOS and the dispute settlement mechanism of the UNCLOS and the requirements for taking provisional measures by the ITLOS. Also, there are some advice for the maintenance of China's maritime rights and interests.

Chapter one discusses the relationship between the provisional measures taken by the ITLOS and the dispute settlement mechanism of the UNCLOS. On the one hand, the choice of the merit-solving institutions affects the institutions which indicate provisional measures, the conditions of the dispute settlement mechanism of the UNCLOS are also the conditions of *prima facie* jurisdiction of the ITLOS in taking provisional measures. On the other hand, the provisional measures guarantee the order established by the UNCLOS.

Chapter two discusses the conditions of taking provisional measures. The conditions include the request made by the parties, the *prima facie* jurisdiction of the ITLOS and urgency of the situation. While examining the conditions of the *prima facie* jurisdiction, the ITLOS is inclined to support the opinion of the plaintiff. The time of occurrence of the urgency of the situation affects the institutions that taking provisional measures. The two standards of examining the urgency of the situation are whether it's necessary to protect the rights of the parties or prevent serious harm to the marine environment. The behavior of the defendant affects extend of urgency.

Chapter three discusses the context and effect of the provisional measures taken by the ITLOS. In the cases concerning the protection of maritime environment, the ITLOS emphasizes the duty of cooperation to avoid power conflicts with arbitral tribunal constituted under Annex VII of the UNCLOS. In order to fulfil the purpose of the

provisional measures, which is to protect the rights of the parties or prevent serious harm to the marine environment, the ITLOS may take provisional measures beyond the request of the parties. Meanwhile, the discretion must be exercised with prudence. The provisional measures are legally binding and the is guaranteed by the UNCLOS and the Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea. In fact, the provisional measures taken by the ITLOS have a positive effect in solving maritime disputes.

Chapter four discusses the maritime disputes of our state and the meaning of the provisional measures. There are maritime disputes in the Yellow Sea, the East China Sea and the South China Sea. The provisional measures taken by the ITLOS may provide us with a new kind of solution for solving maritime disputes between China and the neighboring countries. Except for these disputes which we have already refused to resort to the compulsory dispute settlement process under the UNCLOS, we may submit the disputes about detention of the fisherman and fishing vessels happened in other states' Exclusive Economic Zone to the arbitral tribunal constituted under Annex VII of the UNCLOS, then we could request the arbitral tribunal or the ITLOS to take provisional measures. To prevent provisional measures against us, we should exercise the sovereign rights and jurisdiction in our Exclusive Economic Zone with prudence. We can also make an agreement with the other party to exclude or replace the compulsory dispute settlement process under the UNCLOS.

Key Words: UNCLOS; ITLOS; Provisional Measures; Disputes Settlement

目 录

引言	1
第 1 章 海洋法法庭临时措施与《公约》争端解决机制的关系	5
1.1 海洋法法庭临时措施的含义及适用情况	5
1.1.1 海洋法法庭临时措施的定义及特点	5
1.1.2 海洋法法庭临时措施与国际法院临时措施的相异之处	6
1.1.3 海洋法法庭临时措施的适用情况	8
1.2 《公约》争端解决机制的概况及特点	11
1.2.1 《公约》争端解决机制的概况	11
1.2.2 《公约》争端解决机制的特点	14
1.3 海洋法法庭临时措施与《公约》争端解决机制相互影响	14
1.4 小结	16
第 2 章 海洋法法庭规定临时措施的条件	18
2.1 争端一方提出临时措施请求	18
2.2 初步管辖权的存在	18
2.2.1 争端属于实体问题解决机构的管辖权范围	19
2.2.2 《公约》的强制程序未被排除	22
2.2.3 《公约》的强制程序未被替代	25
2.2.4 完成交换意见的义务	27
2.3 情况紧急	29
2.3.1 情况紧急的时间要素	29
2.3.2 情况紧急的衡量标准	31
2.3.3 情况紧急性的影响因素	33
2.4 小结	34
第 3 章 海洋法法庭临时措施的内容及效力	36
3.1 海洋法法庭临时措施的内容	36
3.1.1 常见的临时措施内容	36
3.1.2 海洋法法庭是否可以超越请求规定临时措施	38
3.2 海洋法法庭临时措施的效力	40

3.3 小结	41
第4章 我国面临的海洋争端及临时措施对我国的启示	43
4.1 我国面临的海洋争端	43
4.1.1 黄海海域的海洋争端	43
4.1.2 东海海域的海洋争端	43
4.1.3 南海海域的海洋争端	43
4.2 临时措施对我国的启示	44
4.2.1 临时措施对我国的意义	44
4.2.2 我国对临时措施的运用	46
4.3 小结	49
结论	50
参考文献	51
致谢	57
作者简介	58

引言

临时措施是《联合国海洋法公约》（以下简称《公约》）第十五部分争端解决机制的组成部分。争端一方正式将争端提交实体问题解决机构之后，为了保护海洋环境或防止其权利遭受损失，可请求相关机构规定临时措施。该制度虽然不具有独立性，但在解决海洋争端中具有重要意义，是争端方保护自己权利的重要手段。《公约》第 287 条所规定的争端解决机构中，有四个机构可以采取临时措施，即国际海洋法法庭（以下简称海洋法法庭）、国际法院、依据《公约》附件七组成的仲裁法庭、依据《公约》附件八组成的特别仲裁法庭。但海洋法法庭在临时措施这一制度中具有特殊的地位，其不仅可以像其他三个机构一样，在对争端的实体问题有做出判决权利的情况下规定临时措施，也可以在争端实体问题交由其他机构处理的情况下，仅处理临时措施问题。在海洋法法庭自建立至今所受理的 24 个案件中，有 8 个案件都是关于临时措施的案件，海洋法法庭在临时措施案件的处理方面已经积累了一定的经验，由此可见，研究海洋法法庭临时措施能够比较全面地了解《公约》争端解决机制中的临时措施制度。现有的关于海洋法法庭临时措施的法律依据主要是《公约》第 290 条第 1 款和第 5 款，《国际海洋法法庭规约》（以下简称《法庭规约》）第 25 条和《国际海洋法法庭规则》（以下简称《法庭规则》）第 89-95 条，由于对该制度规定过于笼统和简单，没有实际的操作标准，因此往往导致在运用临时措施的过程中，请求方和被请求方就同样的规定产生巨大的分歧。在这种情况下，海洋法法庭对临时措施案件中相关问题的分析和态度就成为研究临时措施的重要依据，因为海洋法法庭在先前的案件中对相关问题的说理会对以后相同情况的处理有借鉴意义。这一状况使得研究法庭的临时措施具有理论意义。

此外，研究海洋法法庭临时措施对于海洋争端的处理具有现实意义，像我国这样面临海洋争端的国家有很多，而《公约》在解决海洋争端中又具有重要地位，一旦争端一方将争端提交到《公约》的相关机构来解决，就可以向海洋法法庭请求规定临时措施，另一方就有受到临时措施影响的可能。如何主动运用临时措施、如何应对他国提出的临时措施，对于每一个存在海洋争端的国家来说，都是应该考虑的问题，因为每一个有海洋争端的国家都是潜在的临时措施请求方或被请求

方。因此，本文通过梳理海洋法法庭临时措施的理论 and 案例，总结海洋法法庭临时措施在《公约》争端解决机制中的地位以及海洋法法庭在临时措施的规定条件、内容、效力、目的等方面的规律，对国家主动运用及被动应对临时措施提出建议，尝试对我国面临的海洋争端的解决提供一种新的途径。

国内外关于海洋法法庭临时措施的研究，主要集中在以下几个方面：一是在研究《公约》的争端解决机制过程中，研究分析临时措施。这方面的研究有《〈海洋法公约〉争端解决机制的强制性及其对中国海洋争端解决的意义》（孙立文，2014年7月）、《法律方法解决国际海洋争端的实践分析》（吴慧，2003年9月）、《〈海洋法公约〉中的强制性争端解决机制与中国应对》（马金星，2015年2月）、*The Role of Arbitration in Recent International Multilateral Treaties* (Louis B. Sohn, Winter 1983) *Current Legal Developments 1982 Law of the Sea Convention* (Hanjiangyuan, March 2005) 等。这种从《公约》争端解决机制整体入手研究海洋法法庭临时措施的文献，有利于我们系统、全面地了解争端解决机制的整体框架及其历史背景，从中我们可以了解到临时措施在争端解决机制中的地位。但由于临时措施的非独立性，因而其并不是论述的重点，论述内容仅局限于现有的法律规定。二是从海洋法法庭受理的临时措施个别案件入手，研究具体案件中的争议并提出自己的观点。这方面的研究资料有《试从麦氏金枪鱼案论国际海洋法中的临时措施》（张海玲，2008年6月）、*The Ireland v United Kingdom (MOX Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism* (Barbara Kwiatkowska, March 2003)、*The Australia and New Zealand v. Japan Southern Bluefin Tuna (Jurisdiction and Admissibility) Award of the First Law of the Sea Convention Annex VII Arbitral Tribunal* (Barbara Kwiatkowska, June 2001)、*ITLOS and the Saga of the Saiga: Peaceful Settlement of a Law of the Sea Dispute* (Louise De La Fayette, August 2000) 等。这种研究往往大量直接引用双方的口头程序、书面程序、法庭的命令及说理，有助于我们更详尽的了解争端各方之间的利益冲突及法庭对相关问题的态度。此类研究侧重于对个别案件的评析，具有更强的针对性，但正因为其针对性强，所以不能总结海洋法法庭对待此类问题的一般态度，难以发现法庭对待相关问题的普遍规律。三是直接研究海洋法法庭临时措施。有的研究临时措施的整个制度，即其规定条件、内容、效力、目的等，有的只研究其中某一方面或某几方面。这方面的研究资料有《国际海洋法法

庭临时措施管辖权的影响因素》(张丽娜, 2014年5月)、《国际海洋法法庭在临时措施案件中所遇到的主要问题》(马伟阳, 2010年3月)、《论国际海洋法法庭临时措施——以〈联合国海洋法公约〉第290条适用为中心》(何田田, 2014年7月)、《论国际海洋法法庭的临时措施管辖权》(关晶, 2007年11月)等。

虽然学者们从不同角度对临时措施进行了研究,但有以下问题仍需要进一步思考。首先,海洋法法庭临时措施在《公约》争端解决机制中的地位以及海洋法法庭规定临时措施的条件有待进一步明确。其次,规定临时措施的条件之一是“情况紧急”,“情况紧急”的两个衡量标准是是否需要防止海洋环境严重损害以及是否需要保全争端各方的权利,而“不可挽回的损失”与上述两个标准是什么关系?第三,现有的研究资料缺少对海洋法法庭临时措施内容方面的共性研究。即便各个案件的情况不同,通过研究临时措施的内容可以发现某些共性的内容,海洋法法庭规定这些内容的依据值得探讨的。第四,海洋法法庭能否超越请求规定临时措施?第五,海洋法法庭临时措施对于有海洋争端的国家来说,既是挑战又是机遇。如何主动运用临时措施,如何被动应对临时措施对我国有重大意义。本文主要通过理论与实证分析相结合、比较研究等方法对上述问题进行研究。

本文的创新点体现在以下几个方面:首先,在海洋法法庭与《公约》争端解决机制的关系上,认为《公约》的争端解决机构影响临时措施的采取机构,另一方面,海洋法法庭所规定的临时措施对于海洋法秩序的维护有积极作用。第二,在“争端是关于《公约》的解释或适用”这一问题上,争端中的法律问题或事实问题是海洋法法庭确立初步管辖权的基础。“关于《公约》的解释或适用”这一条件要求争端中所涉及的权利和义务能够通过《公约》中的法律标准来衡量,同时争端各方应善意解释争端的性质,如果争端当事方按照《公约》的相关条款发表排除声明,则当事方并无义务适用《公约》的强制程序。排除《公约》强制程序的协议应在争端提交《公约》强制程序之前达成,该协议在争端解决方法的选择上应具有明确性。争端各方应善意地通过所选择的方法解决争端。一般性、区域性、双边性协定或其他形式协定中包含导致有拘束力裁判的强制程序且该协定中的争端解决机制能够用来解决与《公约》解释或适用有关的争端时,才能替代《公约》的强制程序。交换意见的义务要求争端各方寻求争端解决办法而非解决争端。是否需要保全争端各方的权利是衡量情况是否紧急的标准之一,海洋法法庭在临时措施阶段并不需要确信

该“权利”真实存在，只要该权利似乎是可信的即可。权利需要保护并不要求损失已经发生，只要有遭受损失的危险即可。第三，海洋法法庭所规定的临时措施对争端各方意味着承担义务，因此海洋法法庭虽然可以超越请求规定临时措施，但是必须谨慎行使该权利，第四，临时措施对我国解决海洋争端具有重要意义，因此我国应从主动和被动两方面来运用临时措施。

第1章 海洋法法庭临时措施与《公约》争端解决机制的关系

海洋法法庭临时措施是《公约》第十五部分争端解决机制的一部分,《公约》、《法庭规约》、《法庭规则》都对其进行了规定。临时措施程序附属于某一实体程序,不具有自主的程序生命,因此除非根据某一特定的主诉讼,否则不能启动这一程序,而一旦主诉讼终止,则临时措施也就随之失效。^[1]由于临时措施程序依附于公约的实体问题解决程序,且与《公约》第十五部分关系紧密,因此研究海洋法法庭临时措施必须研究《公约》争端解决机制。

1.1 海洋法法庭临时措施的含义及适用情况

1.1.1 海洋法法庭临时措施的定义及特点

争端当事方已正式把争端提交法院或法庭,如感到其权利处于直接威胁之中,可随时请求法院或法庭规定临时措施保全其权利。^[2]有学者以此作为临时措施的定义。该观点指出临时措施是一种保全争端方权利的手段,然而临时措施的目的不仅是保全权利,也是为了防止海洋环境遭受严重损害。同时临时措施是有法律效力的强制程序,因此本文在该观点的基础上认为海洋法法庭临时措施是指在争端正式提交实体问题解决机构之后,海洋法法庭应争端方的请求为保障最终判决的顺利执行,而针对特定财产或争端另一方的某种特定行为规定的一种临时性强制措施。

海洋法法庭规定临时措施有利于法院或法庭最终顺利地解决争端,其具有以下特点:

(1)在性质方面,临时措施具有非独立,临时措施程序依附于某一实体程序,不能独立地被启动。因而,当主程序终止时,临时措施也就随之失效。

(2)在程序简洁性方面,临时措施的程序比实体问题的处理程序简单,因为临时措施处理的事项具有很强的紧迫性,因此要求海洋法法庭在较短的时间内做出是否规定临时措施的决定,所以临时措施的程序较为简洁。

(3)在作用方面,临时措施的作用是为了确保案件最终裁判前争端各方不再采取行动激化争端,而不是处理案件的实体问题,实体问题由法院或法庭来处理。

^[1] 高健军.《联合国海洋法公约》争端解决机制研究.北京:中国政法大学出版社,2014(2):212.

^[2] 吴慧.国际海洋法法庭研究.北京:海洋出版社,2002:148.

(4) 在目的方面,临时措施的目的是保全争端各方的权利或防止海洋环境的严重损害,这也是海洋法法庭衡量有无必要规定临时措施两个标准。这两个标准在同一个案件中至少具备一个。

(5) 在效力方面,临时措施具有法律约束力,是《公约》第十五部分第二节所规定的强制程序。但其效力只能持续一段时间,最长持续到实体问题解决机构做出最终判决后。

1.1.2 海洋法法庭临时措施与国际法院临时措施的相异之处

国际法院是联合国建立的对国际争端唯一具有一般管辖权的法院,而海洋法法庭则是专门处理海洋法争端的常设性国际司法机构。国际法院与海洋法法庭是一般法院和专门法院的关系。按照《公约》的规定,二者都有权采取临时措施,因此不可避免存在一定的相同之处,例如采取临时措施的条件都应具备初步管辖权且满足情况紧急的要求;不可挽回的损失是衡量情况紧急性的因素之一,但国际法院与海洋法法庭并非在全部的临时措施案件中都会考虑该因素;^[3]二者的职责都是为防止争端激化。但是,海洋法法庭的临时措施与国际法院的临时措施也存在差异。

(1) 《公约》对临时措施权力的分配方面不同。按照《公约》第290条的规定,将争端提交仲裁的情况下,在仲裁法庭组成之前,如果争端方认为有必要采取临时措施,可协议交由国际法院、海洋法法庭、附件七仲裁法庭、附件八仲裁法庭来处理,但如果在两周之内不能达成这种协议,则由海洋法法庭而非国际法院来行使采取临时措施的权力。这一规定说明《公约》将在临时措施的规定方面的权力更多的分配给了海洋法法庭。

(2) 初步管辖权行使的标准方面不同。初步管辖权是海洋法法庭和国际法院采取临时措施的前提条件,是国际法院在其判例中发展出来的,虽然《国际法院规约》和《国际法院规则》中并未规定“初步管辖权”的内容,但国际法院在英国诉冰岛的“渔业管辖权案”中指出:“针对临时措施的请求,法院在指示他们之

^[3] Natalie Klein. Provisional Measures and Provisional Arrangements in Maritime Boundary Disputes. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2006(21):448. 国际法院在涉及海洋划界的案件中,在大陆架的勘探问题上很少使用这个标准,因为在大陆架上的勘探是可以赔偿的。而在渔业资源的开发案件中,如果渔业资源储量被严重或者不可挽回的消耗时,国际法院就会使用这个标准。法庭在保全争端各方权利的案件中会考虑争端各方的权利是否会遭受不可挽回的损失,而在关于海洋环境保护的案件中则会考虑海洋环境是否会遭受严重损害。

前,不需要最终确信对案件的实体问题具有管辖权,”^[4]“根据初步证明,源于当事双方的一个文件中的规定似乎提供了一个确立法院管辖权的可能性,然而,如果很明显对案件实体问题缺乏管辖权,那它就不应……采取行动。”^[5]

海洋法法庭关于“初步管辖权”沿袭了国际法院的这一标准,且有法律规定,^[6]如果争端一方在海洋争端解决之前请求海洋法法庭规定临时措施,则海洋法法庭必须确认争端的实体问题解决机构,即相关的法院或法庭对案件有初步管辖权。与国际法院一样,海洋法法庭对初步管辖权的确立要建立在实体问题管辖权的考量之上,只要认为对实体问题管辖权的确立是有可能的便可据此认为有初步管辖权存在,后者的确立门槛比前者低。但是如果实体问题管辖权很明显是不能确立的,则初步管辖权也不能确立。同时,海洋法法庭在考虑初步管辖权时,如果对案件的实体问题管辖权存在争议,海洋法法庭倾向于支持原告而非被告的主张。海洋法法庭在实践中确立初步管辖权需要考虑以下因素:争端是否属于实体问题解决机构的管辖范围,《公约》的强制程序是否被排除,《公约》的强制程序是否被替代,交换意见的义务是否完成。可见,虽然海洋法法庭在“初步管辖权”上也会考虑国际法院的实践,但是海洋法法庭自身对该问题有独立的标准。

(3) 在采取临时措施的主动性方面不同。《国际法院规则》75条第1款规定“国际法院可于任何时候视情况主动采取临时措施……”,可见即使争端各方没有提出临时措施请求,国际法院如果认为情况需要可以主动指示临时措施。

与国际法院不同,海洋法法庭不能主动采取临时措施。《公约》第290条第3款规定“临时措施仅在争端一方提出请求并使争端各方有陈述意见的机会之后,才可根根据本条予以规定、修改或撤销。”因此,海洋法法庭只有在争端方提出请求并使争端各方有陈述意见的机会后才能规定临时措施,法庭不能主动行使这一权利。

(4) 在临时措施的约束力方面不同。根据《国际法院规则》第41条的规定,

^[4] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), PCIJ, Interim Measures. Order of 12 July 1973, para.15.

^[5] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), PCIJ, Interim Measures. Order of 12 July 1973, para.17.

^[6] 《公约》第290条第1款规定:“如果争端已经正式提交法院或法庭,而该法院或法庭依据初步证明认为其根据本部分或第XI部分第五节具有管辖权,该法院或法庭可在最后裁判前,规定其根据情况认为适当的任何临时措施,以保全争端各方的各自权利或防止对海洋环境的严重损害。”第290条第5款规定:“在争端根据本节正向其提交的仲裁法庭组成以前,经争端各方协议的任何法院或法庭,如在请求规定临时措施之日起两周内不能达成这种协议,则为国际海洋法法庭,或在关于‘区域’内活动时的海底争端分庭,如果根据初步证明认为将予组成的法庭具有管辖权,而且认为情况紧急有此必要,可按照本条规定、修改或撤销临时措施。受理争端的法庭一旦组成,即可依照第1至第4款行事,对这种临时措施予以修改、撤销或确认。”

临时措施是“应行遵守”(ought to be taken),而不是应(shall)或必须遵守的。国际法院临时措施的效力曾经一度处于争议状态,直到2001年德国诉美国的“拉格朗案”,才最终确定国际法院临时措施是具有约束力的。在该案中,国际法院表明“第41条项下的临时措施的命令具有拘束力。……1999年3月3日的……命令……不仅是建议。该命令是根据《国际法院规约》第41条制定的。该命令具有拘束力,并对美国产生了法律义务。”^[7]在对临时措施命令执行情况的监督问题上,《国际法院规则》第78条规定“法院得要求当事国提供关于执行临时措施的任何情报。”可见,国际法院并不必在每个案件中都要求争端各方提供执行临时措施方面的情报。

海洋法法庭临时措施的效力有明确的法律规定。《公约》第290条第6款规定“争端各方应(shall)迅速遵从根据本条所规定的任何临时措施。”《公约》中的条文直接表明了海洋法法庭临时措施是具有法律拘束力的。在对临时措施命令执行情况的监督问题上,《法庭规则》第95条第1款要求争端各方就临时措施的履行情况向海洋法法庭提交报告。可见,与国际法院相比,海洋法法庭不仅对每一个案件都要求提供情况,还设定了报告的义务,促使当事方遵守临时措施。

虽然海洋法法庭与国际法院都可以采取临时措施,但是在实践中,大多数国家愿意将在海域划界或领土争端方面的案件交给国际法院审理或仲裁。而将船只和船员的迅速释放以及规定临时措施案件交给海洋法法庭。^[8]

1.1.3 海洋法法庭临时措施的适用情况

迄今为止,海洋法法庭受理了8个临时措施案件,分别是圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚的“塞加号案”(NO.2),澳大利亚诉日本(NO.3)和新西兰诉日本(NO.4)(两个临时措施案件合并审理)、“爱尔兰诉英国的“莫克斯工厂案”(NO.10)、马来西亚诉新加坡的“围海造田案”(NO.12)、圣文森特和格林纳丁斯诉西班牙的“路易莎号案”(NO.18)、阿根廷诉加纳的“自由号案”(NO.20)、荷兰诉俄罗斯的“北极日出号案”(NO.22)、意大利诉印度的“恩丽卡·莱克茜号案”(NO.24)。

海洋法法庭受理的临时措施案件具有以下特点:

(1) 在临时措施的申请方面,涉及到的国家十分广泛。海洋法法庭的临时

^[7] LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2001, p.466, paras.109-110.

^[8] 赵海峰, 国际司法制度初论, 北京: 北京大学出版社, 2006: 36-37.

措施在实践中得到了越来越多国家的支持,从经济发展水平上来说,既有新西兰、澳大利亚、爱尔兰、这样的发达国家,也有马来西亚、圣文森特和格林那丁斯等发展中国家。既有澳大利亚、意大利等对《公约》第 287 条作出声明,选择海洋法法庭作为海洋法争端解决机构的国家,也有像荷兰这样未选择海洋法法庭作为争端解决机构的国家。

(2) 在案情方面,临时措施案件可以分成两类,一类涉及海洋环境的保护问题,另一类涉及原告的船舶或船员被扣押问题。涉及海洋环境保护问题的案件有“南方金枪鱼案”、“莫克斯工厂案”、“围海造田案”。在“南方金枪鱼案”中,争端三方原本通过 1993 年的《保护南方金枪鱼公约》限制各自对金枪鱼的捕捞量,后日本单方面实施实验性捕鱼计划,原告两国认为被告日本的行为会导致海洋环境严重损害而请求海洋法法庭规定临时措施。在“莫克斯工厂案”中,原告爱尔兰认为英国位于爱尔兰海附近的莫克斯工厂的运行会对海洋环境产生严重影响,请求海洋法法庭规定临时措施。在“围海造田案”中,原告马来西亚认为新加坡的围海造田工程会对本国享有主权权利的海域产生影响。“路易莎号”是一艘悬挂圣文森特和格林纳丁斯旗帜的船只。^[9]经西班牙政府许可,“路易莎号”可以在西班牙进行海床调查以确定海底油田和气田的位置。后由于西班牙在该船上发现了水下文物和枪支,于是将该船及其船员扣留并进入了刑事诉讼程序。^[10]在“自由号案”中,阿根廷的“ARA 利伯塔德号”护卫舰停靠在加纳阿克拉市附近的特马港,加纳地方法院应美国 NML 资本公司的债务诉求扣押了这艘护卫舰,并要求阿根廷支付 2000 万美元的保证金。在“北极日出号案”中,绿色和平组织的 30 名成员乘坐“北极日出号”在俄罗斯天然气工业石油大陆架公司所属的普里拉兹洛姆纳亚钻井平台抗议俄罗斯在北冰洋开采石油。俄罗斯海岸警卫队扣押了船只并逮捕了船员。之后俄罗斯起诉被扣押人员,指控他们从事海盗活动。在“恩丽卡·莱克茜号案”中,意大利的两名中卫在印度附近海域执行公务时误杀了两名印度渔民,印度坚持通过国内司法程序追究两名中士的刑事责任,意大利请求海洋法法庭规定临时措施保护二人的权利。

^[9] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.44.

^[10] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.48.

(3) 在实体问题解决机构方面, 争端各方之间通过达成协议选择实体问题解决机构的情况很少, 大部分情况下是依据争端当事方对《公约》第 287 条的声明状况产生的。在“塞加号案”中, 争端各方一致同意将争端提交海洋法法庭解决, 这也是争端各方在第 287 条的机构的选择上达成一致的唯一一个案件。在“路易莎号案”和“北极日出号案”中, 争端双方就《公约》第 287 条所规定的争端解决机构做出了一致的声明, 即都表明由海洋法法庭来处理案件的实体问题。其余案件的实体问题解决机构都是因为争端各方未接受同一机构又没有就争端解决机构的选择达成一致而根据第 287 条第 5 款的规定由附件七仲裁法庭处理。所以除了“塞加号案”、“路易莎号案”和“北极日出号案”, 其他案件都是原告单方面提交仲裁。

(4) 在采取临时措施的法律依据方面, 当海洋法法庭是实体问题解决机构时, 其规定临时措施的法律依据是《公约》第 290 条第 1 款。当实体问题解决机构是附件七仲裁法庭或者附件八仲裁法庭, 而该机构还未组成时, 海洋法法庭可依据《公约》第 290 条第 5 款规定临时措施。由于“塞加号案”、“路易莎号案”和“北极日出号案”中的实体问题由海洋法法庭来解决, 所以, 在这三个案件中, 海洋法法庭是根据《公约》第 290 条第 1 款规定临时措施, 这三个案件中的实体问题解决机构和临时措施的规定机构是相同的。其余案件都是因为争端实体问题提交附件七仲裁法庭后, 在附件七仲裁法庭组成之前, 争端各方不能就临时措施的规定机构达成一致而由海洋法法庭依据《公约》290 条第 5 款行使这一权力的。在这些案件中, 实体问题解决机构和临时措施的规定机构是不一致的, 这在国际司法领域是很少见的。“南方金枪鱼案”中, 随着争端各方的沟通, 一致同意由海洋法法庭处理临时措施问题。这也是全部的临时措施案件中, 唯一的一起争端各方就临时措施的规定机构达成一致的案件。

(5) 在衡量情况紧急性的标准方面, 在涉及海洋环境保护的案件中, 海洋法法庭考虑情况是否紧急主要以是否需要防止海洋环境遭受严重损害为标准, 在涉及船舶、船员扣押的案件中, 则主要以是否需要保全争端各方的权利为标准。关于情况的紧急性的衡量标准将会在第二章详述。

(6) 在临时措施的内容方面, 在涉及海洋环境保护的案件中, 海洋法法庭通常会在临时措施中规定要求争端各方努力通过协议解决争端或进行合作的内容。

另外,被告所作的保证可被海洋法法庭规定为临时措施。关于海洋法法庭临时措施的内容将在第三章进行详述。

1.2 《公约》争端解决机制的概况及特点

1.2.1 《公约》争端解决机制的概况

《公约》第十五部分、第十一部分第五节以及附件五、附件六、附件七和附件八共同形成了一套极其复杂而又比较完整的争端解决机制。该机制是《公约》对国际法的最突出贡献之一,被认为是“在海洋领域中新的世界秩序的支柱之一”。^[11]第十一部分第五节是海底争端分庭关于在“区域”内活动的争端的解决机制。附件五是对第十五部分第一节所规定的调解程序的详细规定,附件六是《法庭规约》,对海洋法法庭的组织、权限、程序等内容进行了规定。附件七与附件八分别是关于仲裁与特别仲裁的规定。在所有关于《公约》争端解决机制的内容中,第十五部分是核心。

《公约》第286条规定:“在第三节限制下,有关本公约的解释或适用的任何争端,如已诉诸第一节而仍未得到解决,经争端任何一方请求,应提交根据本节具有管辖权的法院或法庭。”因此除了第三节中规定的可以排除《公约》第二节导致有拘束力裁判的强制程序适用的争端类型外,其他类型的争端在不能通过第一节的方法解决后必须提交第二节的强制程序。另外,还需要明确,此处的争端都是关于《公约》解释或适用的争端,如果不是关于《公约》解释或适用的争端,则没有必要遵循第286条所规定的程序。

《公约》第十五部分第一节规定,在将争端提交《公约》的强制程序之前,必须履行和平方法解决争端的义务、交换意见的义务,且《公约》强制程序未被排除或替代。

(1) 用和平方法解决争端的义务

《公约》第十五部分第一节首先规定了和平方法解决争端的义务,用和平方法解决争端是贯穿争端解决全过程的指导思想。这些和平方法包括《联合国宪章》第33条第1款所规定的“谈判、调查、调解、和解、公断、司法解决……”等。同时,《公约》第280条还规定《公约》中的任何规定都不损害任何缔约国在任

^[11] J.G. Merrills. *International Dispute Settlement*. London: Sweet and Maxwell, 1984:138.

什么时候协议用自己选择的任何和平方法来解决他们有关本公约解释或适用的争端的权利。这说明,争端当事方所选择的和平方法不必局限于《联合国宪章》第33条第1款中的内容,而且对和平方法的选择可以在任何时候进行,不仅在争端发生后,在争端已经提交给第二节的强制程序后,争端各方也可以继续用和平方法解决争端。而这些和平方法包含了《公约》第281条争端方之间就争端方法所达成的协议以及第282条的一般性、区域性、双边协定或其他形式协定。

(2) 《公约》强制程序的适用被排除或替代

只有《公约》的强制程序未被排除或替代的情况下,争端才能被提交到第二节的实体问题解决机构。而排除和替代效果的不同体现在,第282条^[12]中的协定将自动排除《公约》的强制程序,而第281条^[13]中的协议只有在当事方意图排除任何其他程序的情况下才有这样的结果。^[14]第282条中的一般性、区域性、双边协定或其他方式协议是含有导致有拘束力裁判的强制程序的,而在第281条所规定的协议中,并不包含导致有拘束力裁判的强制程序,即便争端提交第281条所规定的协议,争端也可能不会得到解决,因而《公约》的强制程序仍有适用的余地,需要争端方在协议中约定“排除任何其他程序”,才能使《公约》的强制程序不再适用。

(3) 交换意见的义务

根据第283条,^[15]在三种情况下争端各国需要履行交换意见的义务,一是各缔约国之间产生了有关本《公约》的解释或适用的争端后,争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端交换意见。第二种情况是争端各方之间已经进行了解决争端的程序,但是这种程序仍未解决争端,此时需要交换意见。第三种情况是已经进行了争端解决程序,而且达成了解决办法,如果情况要求就解决办法的实施进行协商,争端各方应履行交换意见的义务。

^[12] 《公约》第282条规定:“作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国如已通过一般性、区域性或双边协定或以其他方式协议,经争端任何一方请求,应将这种争端提交导致有拘束力裁判的程序,该程序应代替本部分规定的程序而适用,除非争端各方另有协议。”

^[13] 《公约》第281条规定:“1. 作为有关本公约的解释或适用的争端各方的缔约各国,如已协议用自行选择的和平方法来谋求解决争端,则只有在诉诸这种方法而仍未得到解决以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情形下,才适用本部分所规定的程序。2. 争端各方如已就时限也达成协议,则只在该时限届满时才适用第1款。”

^[14] 高健军,《联合国海洋法公约》争端解决机制研究,北京:中国政法大学出版社,2014(2):63.

^[15] 《公约》第283条规定:“1. 如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端,争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见。2. 如果解决这种争端的程序已经终止,而争端仍未得到解决,或如已达成解决办法,而情况要求就解决办法的实施方式进行协商时,争端各方也应迅速着手交换意见。”

通过十五部分第一节的程序仍不能解决争端,争端即进入第二节的强制程序。第二节为争端各方提供了四种可供选择的机构以及临时措施,船只、船员的迅速释放,初步程序这些附带程序。

(1) 程序的选择

根据第 287 条规定,缔约国在签署、批准或加入《公约》时,或在其后任何时间,可用书面声明的方式选择以下一个或一个以上方法来解决与《公约》解释或适用有关的争端:按照附件六设立的海洋法法庭、国际法院、按照《公约》附件七组成的仲裁法庭、按照《公约》附件八组成的仲裁法庭。如果缔约国未在上述机构中进行选择或选择不一致,则按照 287 条第 5 款视为接受附件七所规定的仲裁。该规定使得《公约》的缔约国至少接受了一种机构,即附件七仲裁法庭的管辖,为争端方单方面提交仲裁提供了法律依据。

(2) 附带程序

第二节除了规定解决争端实体问题的程序之外,还规定了临时措施、初步程序这两种附带程序。因为临时措施是本文探讨的内容,此处不再详述。初步程序规定在《公约》第 294 条中,仅适用于就第 297 条所指争端向其提出的申请,这也是《公约》中规定的防止争端方滥用法律程序的唯一一处规定。^[16]

(3) 用尽当地补救办法

根据国际法,用尽当地救济仅仅是进行外交保护的条件,并不适用于“求偿国因另一国的不法行为而受到直接损害的情况。”^[17]因此本文不再详述。

第十五部分第三节中规定了适用《公约》强制程序的限制和例外。^[18]缔约国在其专属经济区和大陆架区域内与科学研究和渔业相关的主权权利行使的争端,沿海国并无义务将这种争端提交《公约》的强制程序。同时,缔约国可以书面声明的形式在任何时间对以下三类争端排除适用强制程序:第一类,海洋边界争端,即海洋相邻或相向国家间领海、专属经济区和大陆架界限划定的争端或涉及历史性海湾或所有权的争端;第二类是军事活动争端,包括从事非商业性服务的政府

^[16] 相关的研究资料有:李文杰,张丽娜,“初步反对的权利”研究及在我国海洋纠纷中的运用,《社会科学》,2014(4)。李文杰,被告方“初步反对的权利”在中菲南海争端案中的运用,《河南财经政法大学学报》,2014(4)。

^[17] The M/V “Virginia G” Case (Panama v. Guinea-Bissau), ITLOS, Judgment of 14 April 2014, para.153.

^[18] 相关的研究资料有:古俊峰, ZHANG Zhiyun. 中国根据《联合国海洋法公约》第 298 条发表排除性声明的法律效果分析,《中国海洋法学评论》,2007(2):15-26。杨曙东,孟于群,非推国际仲裁的海洋法机制应对,《重庆大学学报》,2015(4):131。

船只和飞机的军事活动引发的争端；第三类是联合国安理会履行《联合国宪章》赋予的职务，正在解决的争端。^[19]

1.2.2 《公约》争端解决机制的特点

《公约》争端解决机制将自愿解决机制与强制解决机制有机结合起来，既体现了强制性又尊重了争端各方的意愿。

(1) 整体上的强制性。1982年《公约》将争端解决机制作为《公约》的组成部分，第309条规定“除非本公约其他条款明示许可，对本公约不得做出保留或例外。”因此国家在加入《公约》时，也就接受了《公约》争端解决机制。而在1958年第一次联合国海洋法会议上，强制争端解决机制被规定在任择性议定书中，各国可视情况选择参加或不参加。《公约》多个条款体现了其强制性，根据《公约》第281条，如果争端国无法通过自愿机制解决关于《公约》解释或适用的争端且争端各方之间的协议不排除其他程序，就推定它们接受了《公约》的强制程序。根据《公约》第287条，如果争端各方在加入《公约》时，没有就第287条所规定的四个争端解决机构做出选择或选择不一致，又无法通过第一节的自愿选择的方法解决争端，则附件七的仲裁程序就强制适用。

(2) 尊重争端各方意愿。首先，如果争端各方通过第十五部分第一节能够解决争端，就不必适用第二节的强制程序。第一节为争端各方提供了用和平方法解决争端的机会。如果这些方法不能解决争端，才适用《公约》的第二节的强制程序。其次，在第二节的强制程序中，也体现了对争端方意愿的尊重。《公约》第287条第1款就规定了四种争端解决机构供成员国进行选择，成员国可选择一种或一种以上的机构。第三，第十五部分第三节在适用《公约》争端解决机制的争端类型中，规定了一些例外和限制，如关于专属经济区内的海洋科学研究及生物资源主权权利问题的争端，沿海国并无义务提交第二节的强制程序，《公约》也尊重争端各方在加入《公约》时针对第298条内容所做出的保留。

1.3 海洋法法庭临时措施与《公约》争端解决机制相互影响

海洋法法庭临时措施是《公约》争端解决机制的一部分，一方面，《公约》争端解决机制对海洋法法庭临时措施有影响。另一方面，海洋法法庭临时措施在《公

^[19] 潘晓琳.《联合国海洋法公约》体系下的国际海洋争端解决机制. 兰州大学学报(社会科学版), 2014(6):91.

约》争端解决机制中发挥着积极作用。

《公约》争端解决机制对海洋法法庭临时措施的影响主要表现在以下两个方面：

(1)《公约》所规定的强制程序中的实体问题解决机构影响临时措施的采取机构。如果争端是由国际法院或海洋法法庭来处理，那临时措施也相应地由国际法院或海洋法法庭来规定，而如果争端是由附件七仲裁法庭或附件八仲裁法庭处理，则在仲裁法庭组成前，争端各方不能就临时措施的规定机构达成一致，临时措施请求只能向海洋法法庭提出。海洋法法庭受理的临时措施案件大部分都是后一种情况。

(2)《公约》规定的强制程序的启动条件是海洋法法庭临时措施案件应满足的初步管辖权条件

第一，实体问题解决机构的管辖权范围决定了海洋法法庭临时措施阶段的受案范围。海洋法法庭只能处理实体问题解决机构有管辖权的案件。实体问题解决机构的管辖权包括对事管辖权和对人管辖权，对事管辖权包括有关《公约》的解释或适用的争端和有关与《公约》相关的国际协定的解释或适用的争端。对人管辖权包括对缔约国和缔约国以外的实体的管辖。只有管辖权范围内的争端才能提交法院或法庭解决。所以，只有上述争端的当事方在将争端提交给法院或法庭后，才能请求临时措施。海洋法法庭对于自身所受理的临时措施案件，必须先审查争端是否符合上述的对人管辖权或对事管辖权。如果超出上述管辖权的范围，则海洋法法庭应该驳回临时措施请求。因此，案件属于实体问题解决机构的管辖权范围是海洋法法庭临时措施案件应满足的初步管辖权条件之一。

第二，由于海洋法法庭的临时措施是《公约》强制程序的内容之一，且其作为附带程序只能依附于实体问题解决程序，因此海洋法法庭在临时措施案件中必须审查争端当事方之间是否通过第 281 条的协定排除或者通过第 282 条的一般性、区域性、双边协定或其他方式协议替代了《公约》的强制程序，如果《公约》的强制程序被排除或替代，作为附带程序的临时措施也不能被独立存在。因此《公约》的强制程序未被排除、替代也是海洋法法庭临时措施案件应满足的初步管辖权条件。

第三，争端提交《公约》强制程序之前必须满足交换意见的义务，交换意见

具有很高的程序性价值,“答辩方可以援引该条款来阻碍法庭继续审理案件的实体问题”,^[20]虽然海洋法法庭仅处理临时措施问题时并不是案件的实体问题解决机构,但海洋法法庭初步管辖权的确立依赖于案件实体问题管辖权,如果交换意见的义务没有完成,实体问题解决机构无法审理案件,则海洋法法庭也不能规定临时措施。在实践中,所有案件中的被告都主张交换意见的义务没有完成来抗辩原告的临时措施请求。

在《公约》争端解决机制中,海洋法法庭临时措施发挥了如下作用:

第一,不影响法院或法庭对实体问题的处理。由于临时措施不涉及实体问题的是非曲直,不具有预判的效果,因此不会对争端实体问题的处理产生影响。在临时措施阶段,海洋法法庭认定初步管辖权存在及其所规定的临时措施命令并不会影响到法院或法庭对案件实体问题的判断。^[21]处理实体问题的机构如日后认为海洋法法庭临时措施不合理或缺乏根据可以撤销临时措施。如在“南方金枪鱼案”中,附件七仲裁法庭组成后认为其对案件实体问题没有管辖权而撤销了海洋法法庭先前规定的临时措施。

第二,海洋法法庭临时措施保障最终判决的顺利执行。如果情况紧急,海洋法法庭可规定临时措施,以防止在最终裁判作出后却无可执行的内容。

第三,海洋法法庭临时措施是保障《公约》争端解决机制所维护的海洋法秩序的重要手段。临时措施能够防止争端各方采取行动激化争端,其目的是保全争端各方的权利,防止海洋环境遭受严重损害。同时,临时措施能够促进争端的解决。海洋法法庭临时措施中常出现要求争端方合作或者通过协议解决争端的内容(该部分将在第三章中详述),这就把争端各方又拉回了谈判桌前,促使各方做出让步以便更好的解决争端。

1.4 小结

海洋法法庭临时措施在特点上,是依附于实体问题处理程序的;需要在更短的时间内完成;其职责是为了确保案件最终裁判前争端各方的行为不激化争端,而不是处理实体问题;临时措施的目的是为了保全争端各方的权利或防止海洋环

^[20] 杨承甫. 论提交强制裁判程序前的“交换意见”义务. 研究生法学, 2014(6):120.

^[21] Bernard H. Oxman. Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction. The American Journal of International Law, 2001, 95(2):282.

境的严重损害。与国际法院相比,《公约》将在采取临时措施方面的权力更多的分配给了海洋法法庭,虽然海洋法法庭临时措施是在国际法院的基础上发展起来的,但是海洋法法庭在初步管辖权、规定临时措施的主动性及临时措施的约束力上均具有不同于国际法院的特点。海洋法法庭临时措施在不同的案件中呈现出了一定的差异性,主要体现在临时措施案件的申请方、实体问题解决机构、规定临时措施的法律依据等方面。通过解析《公约》争端解决机制,可以发现,《公约》争端解决机制中的实体问题解决机构影响规定临时措施的机构,《公约》规定的强制程序的启动条件是海洋法法庭临时措施案件应满足的初步管辖权条件。而海洋法法庭临时措施对于保障争端的顺利解决和维护《公约》所建立的海洋法秩序有积极的作用。

第2章 海洋法法庭规定临时措施的条件

海洋法法庭必须在满足以下条件的情况下才能规定临时措施：首先，由争端一方向海洋法法庭提出临时措施请求；其次，海洋法法庭对临时措施案件有初步管辖权；第三，案件的情况紧急。

2.1 争端一方提出临时措施请求

争端一方向海洋法法庭提出临时措施请求是海洋法法庭规定临时措施不可缺少的条件。《公约》第290条第3款规定：“临时措施仅在争端一方提出请求并使争端各方有陈述意见的机会后，才可以根据本条予以规定、修改或撤销。”由此可见，海洋法法庭规定、修改、撤销临时措施都必须根据争端方的请求而不能主动行事。在海洋法法庭所受理的临时措施案件中，无一不是争端一方主动向海洋法法庭提出临时措施请求的。当海洋法法庭作为临时措施问题的解决机构而非实体问题解决机构时，争端方的临时措施请求必须以书面形式提出，该请求书中不仅要写明所请求的临时措施、理由以及请求不获准时的后果，^[22]还要写明即将组成的仲裁法庭具有管辖权且认为情况紧急的法律理由。^[23]当海洋法法庭作为实体问题解决机构时，《法庭规则》虽然没有进行上述要求，但实践中，临时措施请求方也会遵守上述要求。例如在“塞加号案”和“围海造田案”中，原告分别依据《公约》第290条第1款和第290条第5款来请求海洋法法庭采取临时措施，但在原告的书面请求中都体现了上述内容。

2.2 初步管辖权的存在

根据前文所述，初步管辖权应满足下列条件：首先，提交到海洋法法庭请求临时措施的案件属于实体问题解决机构的管辖权范围；其次，《公约》的强制程序未被排除；第三，《公约》的强制程序未被替代；第四，争端各方之间已经完成了交换意见的义务。

^[22]《法庭规则》第89条第3款规定：“这项请求应是书面形式并写明请求采取的措施、理由以及请求不获准时的可能后果，以保护当事各方的各自权利和防止海洋环境遭受严重损害。”

^[23]《法庭规则》第89条第4款规定：“依照公约第290条第5款规定临时措施请求应写明即将组成的仲裁法庭具有管辖权且认为情况紧急的法律理由。该请求应附有经核证的通知副本和任何其他在仲裁法庭提起诉讼的经核证的文件副本。”

2.2.1 争端属于实体问题解决机构的管辖权范围

第287条所规定的四个实体问题解决机构的管辖权范围包括有关《公约》解释或适用的争端，有关与《公约》目的相关的国际协定的解释或适用的争端。前者需满足《公约》强制程序适用的四个条件，而后者适用《公约》强制程序是争端各方一致同意的，不需要满足《公约》强制程序适用的四个条件，海洋法法庭需要考虑国际协定是否与《公约》的目的相关。

“存在关于《公约》解释或适用的争端”这一要求包含两个条件，一是要求当事方之间存在“争端”；二是争端是关于《公约》的解释或适用。

(1) 当事方之间存在“争端”

争端当事方之间存在争端是海洋法法庭审理案件的基础，如果争端超出了海洋法法庭的审理范围，如案件涉及科学问题，则不在海洋法法庭的管辖范围之内。如何界定“争端”？“争端”不仅要求争端方之间对同一问题存在不同的观点，“它必须显示出一方断然的反对另一方的主张”，^[24]而且按照国际法院的观点，这种分歧必须是“有关法律或事实点的争执，法律观点或利益的冲突”。^[25]同时，在关于海洋环境问题的案件中，争端方之间的分歧往往还同时涉及科学问题，而科学问题的存在并不妨碍海洋法法庭对该案中存在的其他法律争端或事实争端确立初步管辖权。在“南方金枪鱼案”中，日本主张争端是关于科学问题的而不是关于法律问题的。^[26]澳大利亚和新西兰主张日本单方面实验性捕捞计划违反了《公约》第64条，第116-119条，也违反了《保护南方金枪鱼公约》和国际习惯法。^[27]日本主张，该案仅仅涉及争端各方在以下科学问题上的分歧：评估南方金枪鱼储量的适当方法；单方面实验性捕捞计划的实施是否能够有助于获取评估金枪鱼储量的科学数据。而这些分歧是基于《保护南方金枪鱼公约》产生的，而且已经超出了该公约争端解决程序的调整范围，该案件与《公约》无关。^[28]海洋法法庭引用了前述

^[24] South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962, p.319, para.328.

^[25] Mavrommatis Palestine Concessions, (Greece v. Britain). Objections to the Judgment of the Court. Judgment, PCIJ Series A, p.1, para.11.

^[26] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.41.

^[27] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.45.

^[28] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Response of the Government of Japan to Request For Provisional Measures, para.44.

国际法院关于争端的解释，认为该案是关于《公约》解释或适用的法律争端。同时应注意，在该案中，海洋法法庭并没有否认科学问题的存在。即便科学问题已经超出了《公约》管辖权的范围，海洋法法庭还是可以仅就该案中的法律争端确立管辖权。

（2）争端是关于《公约》的解释或适用的

在临时措施案件中，争端是关于《公约》的解释或适用这一问题有以下方面需要注意：

首先要求该争端中所涉及的权利和义务能够通过《公约》中的法律标准来衡量。海洋法法庭必须考察原告的主张及其依据是否满足了这个条件。实践中，原告为了使海洋法法庭获得初步管辖权会主张争端是关于《公约》的解释或适用，而被告为了否认海洋法法庭的初步管辖权则会持相反观点，但原告主张而被告反对的这个事实本身并不说明争端就是关于《公约》的解释或适用的，否则任何当事方之间关于《公约》解释或适用的争端存在与否的争议都能为海洋法法庭确立初步管辖权提供依据。这在“南方金枪鱼案”中得到了体现。在该案中，海洋法法庭强调，原告主张而被告否认，以及该争端涉及《公约》的解释和适用本身并不构成一个海洋法法庭有管辖权的有关《公约》的解释的争端。在援引某个条约中的争端解决条款的案件中，按照其管辖权受到争议的法院或法庭的判断，为支持管辖权所作的主张必须合理地与有关条约的法律标准相关，或可以结合有关条约的法律标准加以评估。^[29]因此只有在原告所提供的证据表明争端所涉及的权利义务能够用《公约》中的条款或法律标准来衡量时，海洋法法庭才会认可这种争端是关于《公约》的解释或适用。最终海洋法法庭支持了原告的主张，认为根据《公约》第64条和第116-119条，公约缔约国有义务通过直接或间接的国际组织进行合作以保护高度巡游鱼类，促进对该种鱼类的最适度利用。因此无论是否是《保护南方金枪鱼公约》的当事国，其活动都可与《公约》项下的该义务有关。^[30]因此，海洋法法庭认为《公约》第64条和第116-119条为临时措施的初步管辖权提供了依据。

^[29] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, para.48.

^[30] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, paras.48-52.

其次，并不是所有关于与《公约》有关的争端，都是海洋法法庭可以确立初步管辖权的争端。有些争端涉及《公约》第十五部分第三节中的沿海国在专属经济区的行使海洋科学研究和渔业相关的主权权利和管辖权，有些则是《公约》缔约国针对第 298 条第 1 款发表声明排除《公约》强制程序的争端类型。这些争端虽然是关于《公约》解释或适用，但沿海国却并无义务将这种争端提交《公约》的强制程序。然而另一方面，海洋法法庭在临时措施阶段并不需要确信对争端的实体问题一定具有管辖权，毕竟实体问题是留给仲裁法庭判断的，而海洋法法庭的初步管辖权的门槛很低，因而当《公约》缺乏明确规定，原被告之间关于《公约》的法律标准有不同的理解需要对《公约》进行解释时，海洋法法庭倾向于支持原告的主张。这在海洋法法庭受理的第一个临时措施案件中就得到了体现。在“塞加号案”中，原告圣文森特和格林那丁斯认为争端是关于在专属经济区内的航行自由的争端。而根据《公约》第 297 条第 1 款（a）的规定，这种性质的争端应该提交给《公约》第二节的强制程序。几内亚认为争端是在其专属经济区内的渔业争端，而按照《公约》第 297 条第 3 款（a）的规定，沿海国并无义务将这种争端提交《公约》强制程序。^[31]海洋法法庭认为，在规定临时措施前，海洋法法庭不需要最终满足对案件实质问题享有管辖权这个条件，然而，除非申请方所引用的规定似乎能够表明海洋法法庭能确立初步管辖权，否则海洋法法庭就不应该规定此类临时措施。^[32]因此海洋法法庭最终认为在该案件中，申请临时措施一方所援引的《公约》第 297 条第 1 款似乎为海洋法法庭确立初步管辖权提供了依据。

[33]

第三，争端各方应善意解释争端的性质，除非《公约》中有条款明示许可，否则不得作出保留或例外。如果争端一方试图通过曲解争端的性质，即通过将争端解释为《公约》第 297 条、第 298 条适用《公约》强制程序的限制和例外的方式逃避海洋法法庭的初步管辖权，则违反了《公约》第 300 条^[34]和第 309 条的规

[31] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.22.

[32] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.29.

[33] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.30.

[34] 《公约》第 300 条规定：“缔约国应诚意履行根据本公约承担的义务并应以不致构成滥用权利的方式，行使本公约所承认的权利、管辖权和自由。”

定。在“北极日出号案”中，被告俄罗斯认为其对“北极日出号”船舶及其船员所采取的措施是俄罗斯作为沿海国在行使其管辖权，即刑事管辖权。对这种性质的争端，俄罗斯在批准《公约》时作出了排除声明，即“关于行使主权权利或管辖权有关的法律执行行动方面的争端，俄罗斯不接受《公约》第十五部分第二节导致有约束力判决的程序。”^[35]海洋法法庭认为，根据《公约》第298条第1款（b）的规定，有关军事活动仅适用于根据第297条第2款或第3款排除法院或法庭管辖的海洋科学研究和渔业争端。而本案的争端并不涉及这两项内容，俄罗斯的做法这将违反《公约》第309条的规定。^[36]

通过对上述的案例进行分析发现，当原被告就争端是否是关于《公约》的解释或适用问题产生分歧时，海洋法法庭倾向于支持原告的主张。因此除非是那些不需要进行解释，完全属于《公约》强制程序适用的限制和例外的争端，否则被告很难以争端属于《公约》第297条、第298条所规定的限制和例外的理由来反对海洋法法庭的初步管辖权。

2.2.2 《公约》的强制程序未被排除

《公约》强制程序被适用应具备以下三个条件：首先，争端各方之间就解决办法达成了协议；第二，这种办法未能解决争端；第三，争端各方之间的协议不排除任何其他程序。

（1）争端各方之间就解决办法达成了协议

争端各方之间的所选择的解决争端的办法既可以是《公约》第279条所规定的，即《联合国宪章》第33条第1款的和平方法，也可以是任何自行选择的其他方法。另外，关于这种协议有以下两点需要注意，一是该协议中所规定的方法应具有明确性，二是该协议的达成时间应该在争端提交《公约》强制程序之前。

第一，争端各方之间所选择的方法应具有明确性，在争端发生后就能适用该方法。如果争端各方之间协议选择了多种方法，应该就多种方法的优先适用进行规定。因此在争端发生后，各方就能够明确地适用该方法尽快解决争端。如果争端方只是在协议中罗列了多种方法，而没有规定适用的优先顺序，则在争端发生

^[35] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Note Verbale of the Embassy of the Russian Federation in Berlin, 22 October 2013.

^[36] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013, para.44.

后还是要进行选择、协商以便在这多种方法中做出选择，因而不能充分体现这种协议的价值。在“南方金枪鱼案”中，海洋法法庭未加解释认为《保护南方金枪鱼公约》第16条不属于第281条所指的协议，其实海洋法法庭的做法是可以理解的。首先，《保护南方金枪鱼公约》第16条第1款的规定中包含多种解决办法，该条规定“如果两个或更多缔约国之间就本公约的解释或适用发生任何争端，这些当事国应相互协商以求通过谈判、调查、调解、和解、仲裁、司法解决或其他它们自行选择的和平方法解决该争端。”虽然该条规定了多种解决争端的方法，却没有规定在谈判、调查、调解、和解、仲裁等方法适用上的先后顺序，在争端发生后还是要在上述方法上达成一致进行选择才能应用其解决争端，因而，该条仅是解决方法的选择菜单，并非和平解决争端的程序。^[37]

二是关于这种协议的达成时间，在争端提交《公约》的强制程序之前是可以的，而对于争端提交到附件七仲裁法庭后达成的协议能否起到排除作用呢？《公约》对此没有规定，在“围海造田案”中，争端提交到附件七仲裁法庭后，新加坡与马来西亚一致同意举行会议来解决争端，但之后，马来西亚以第281条为依据，要求新加坡暂停围海造田作业，否则不会继续会议。^[38]新加坡认为双方达成协议是在争端提交实体问题解决机构之后，《公约》第281条的规定不适用。^[39]海洋法法庭支持了被告的主张，认为争端双方就解决办法达成一致时，马来西亚已经将争端提交到附件七仲裁法庭，第281条在本案中不适用。^[40]可见，虽然《公约》鼓励争端各方于任何时候协议用自行选择的任何和平方法来解决争端，但是在争端提交到《公约》强制程序之后达成的协议不具有排除《公约》强制程序适用的作用，也不具有排除海洋法法庭初步管辖权的作用。因此，如果争端一方希望通过第281条所规定的协议来否定海洋法法庭在临时措施程序上的初步管辖权，这种协议应该在争端提交到《公约》的强制程序之前达成。

（2）争端各方自行选择的办法未能解决争端

^[37] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, para.41.

^[38] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, paras.41-42.

^[39] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, para.53.

^[40] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, paras.55-57.

只要争端一方认为自行选择的和平方法未能解决争端,即可认为该条件满足,该条件看似是一个主观性的标准,但其至少应该包含两个层次,首先是在过程上,要求争端各方善意地通过该方法解决争端;其次是结果上,和平方法不能解决争端。以“南方金枪鱼案”为例,该案中,日本认为,其根据《保护南方金枪鱼公约》第16条提议调解和仲裁,而原告没有接受,因此不能认为《保护南方金枪鱼公约》第16条没有解决争端。^[41]而澳大利亚和新西兰主张,除非日本停止单方面停止实验性捕捞计划,否则不会与日本进行调解和仲裁,同时,《保护南方金枪鱼公约》第16条所规定的解决程序是循环的,^[42]无法解决争端。对于这个问题,海洋法法庭依然没有解释。关于这个问题,之后成立的附件七庭与海洋法法庭持有同样的观点,或许可以从附件七仲裁法庭的主张中得到答案。附件七仲裁法庭认为即便该争端中《保护南方金枪鱼公约》第16条所规定的多种并列的方法能够成为《公约》第281条所指的协议,但争端各方已经根据《保护南方金枪鱼公约》第16条,进行了长时间、激烈、严肃的协商,虽然双方并没有就第16条项下的每一种争端解决方法进行尝试,但是该条并不要求争端各方无限地进行谈判协商。^[43]该案中,争端各方之间进行了“长时间、激烈、严肃的协商”表明争端解决的过程中,争端各方付出了努力,善意地试图通过该方法解决争端。在结果上,争端各方互不让步,谈判陷入了僵局,无法解决争端,因而这两个条件满足之后,海洋法法庭认为“争端各方自行选择的办法未能解决争端”这一条件已经满足。

(3) 争端各方之间的协议不排除任何其他程序

争端各方之间的和平方法解决争端的协议中排除《公约》强制程序适用的意图是否需要明确表示?由于海洋法法庭目前为止所受理的临时措施案件中,只有“南方金枪鱼案”涉及《公约》第281条所规定的协议。该案中的海洋法法庭否认《保护南方金枪鱼公约》第16条属于《公约》第281条的协议,却没有给出理由。因此,争端方如果希望通过第281条的协议排除其他程序适用,应将这种意图明确地在该协议中加以表示。

^[41] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, para.39.

^[42] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, para.41.

^[43] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000, para.55.

关于海洋法法庭对待排除《公约》强制程序的协议的态度,可以考虑以下两种原因:首先,在“南方金枪鱼案”中,关于南方金枪鱼的保护并不仅仅涉及该案的当事方,即日本、澳大利亚、新西兰,也涉及很多非《保护南方金枪鱼》缔约国,由于新西兰和澳大利亚是《保护南方金枪鱼公约》的缔约国而不能寻求《公约》强制程序来解决争端,而那些对保护南方金枪鱼同样负有责任的非《保护南方金枪鱼公约》缔约国却可以通过《公约》的强制程序来解决争端,这对新西兰和澳大利亚来说是不公平的。其次,如果海洋法法庭承认了《保护南方金枪鱼公约》第16条的属于《公约》第281条的协议,则任何《公约》的缔约国都可以通过双方达成的排除《公约》强制程序适用的协议来逃避《公约》所规定的义务,因此对这种协议必须持严格态度,不能轻易通过这种协议排除《公约》强制程序的适用。

2.2.3 《公约》的强制程序未被替代

《公约》强制程序被替代应满足以下三个条件:首先,争端各方之间存在一般性、区域性、双边协定或其他方式协定;其次,上述协定能产生导致有拘束力的裁判。而如果上述两个条件未同时具备,则《公约》的强制程序适用。

(1) 一般性、区域性或其他方式协定

协定的范围很广,可能是规定有各种争端解决方法的多边协定、区域性组织解决其成员国之间争端的特定安排、争端各方先前缔结的一个解决争端的一般性双边协定,以及争端各方决定将某一特定争端或一批争端提交给一个特定法庭的特别协定等。而《公约》第282条所规定的“其他方式协定”的规定包括根据《国际法院规约》第36条第2款接受国际法院强制管辖的情况。^[44]因此,当争端各方都接受了国际法院的强制管辖时,争端一方将争端提交到《公约》的强制程序,第287条项下的法院或法庭可以宣布其对该案件没有管辖权。

(2) 导致有拘束力裁判的强制程序

首先,能够替代《公约》强制程序适用的一般性、区域性、双边协定或其他方式协定必须含有导致有拘束力裁判的强制程序,因此在南方金枪鱼案中,《保

^[44] Shabtai Rosenne, Louis B. Sohn. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Hague: Martinus Nijhoff Pub, 1989:26. 转引自高健军.《联合国海洋法公约》争端解决机制研究.北京:中国政法大学出版社,2014(2):47.

护南方金枪鱼公约》不能替代《公约》的强制程序，因为《保护南方金枪鱼公约》第16条不是能导致有拘束力裁判的强制程序。

其次，同一个争端既涉及区域性公约，又涉及到《公约》，而前者的争端解决机制能够替代后者的争端解决机制必须要求区域性公约中导致有拘束力裁判的强制程序能够用来解决与《公约》有关的解释或适用的争端，而不仅仅是与区域性公约有关的解释或适用的争端。因此，在“莫克斯工厂案”中，《公约》的强制程序不能被替代。在该案中，英国认为《公约》的争端解决程序被区域性的公约所替代。由于其与爱尔兰同为《东北大西洋海洋环境保护公约》、《建立欧洲原子能共同体条约》、《建立欧共体条约》的缔约国，这些公约中都规定了争端的解决方法，且有拘束力。因此按照《公约》第282条，他们之间关于“莫克斯工厂案”的争端应提交区域性公约来解决。^[45]海洋法法庭认为，即使这些区域性公约所包括的权利义务与《公约》规定的权利义务相似甚至相同，《公约》下的权利义务也可独立存在。^[46]《欧共体条约》第22条授予欧共体法院“确保有关该条约的解释和适用”的权力，这个条款应该与《欧共体条约》的第292条一起解读，“缔约国不应将关于该条约的解释和适用的争端提交到该条约规定以外的其他解决方法。”这意味着欧共体法院不能解决与《公约》有关的解释或适用的争端，^[47]只能用来解决关于这些公约的解释或适用的争端。因此，海洋法法庭认为其对“莫克斯工厂案”拥有管辖权，该争端适用《公约》规定的争端解决程序。

从上述海洋法法庭的实践看，不是所有包含导致有拘束力裁判的强制程序的协定都能够替代《公约》的强制程序，必须要看这些协定是否是用来解决与《公约》有关的解释或适用的争端，如果答案是否定的，则这些协定不能替代《公约》强制程序的适用。因此有法官认为除非当事方在该协定中明确约定，关于《公约》的解释或适用的争端提交另外的争端解决程序，且该程序能够导致有约束力的判决，^[48]否则不能替代《公约》的强制程序。

^[45] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para.41.

^[46] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, paras.48-49.

^[47] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Wolfrum, p.1.

^[48] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Wolfrum, p.2.

2.2.4 完成交换意见的义务

在1.2.1中提到,根据《公约》第283条,交换意见会在三种情况下发生,当第三种情况涉及到争端方法的具体实施,比较有争议的是第一种情况和第二种情况。海洋法法庭在衡量交换意见是否完成时,主要考察争端各方是否有可能就解决办法达成一致以及交换意见是否被善意履行这两个条件是否满足。

(1) 是否有可能就解决办法达成一致

交换意见的目的是寻求争端解决方法而不是最终解决争端。《公约》第283条“没有要求任何国家有义务使争端必须通过谈判的方式加以解决”,^[49]该条强调的是在争端发生后,当事各方就争端方法进行沟通交流的过程。而只要争端方就解决办法的谈判陷入僵局,争端一方即可认为就争端解决的办法达成一致的可能性丧失,就没有义务继续交换意见。在“莫克斯工厂案”中,英国认为《公约》第283条的交换意见的义务没有完成,因为英国曾主张根据《公约》第283条与爱尔兰交换意见,但是爱尔兰并没有接受。^[50]而爱尔兰认为在将争端提交附件七仲裁法庭之前双方一直在协商解决办法。其最终不再与英国继续交换意见而将争端提交附件七仲裁法庭是因为英国不暂停莫克斯工厂的运行。^[51]该案中,双方互不让步,无法在解决办法上取得进展,应该认为交换意见的义务已经完成。海洋法法庭也认为就争端解决办法达成一致的可能性已经不存在时,争端方没有义务继续交换意见。^[52]海洋法法庭的这种观点在之后的“路易莎号案”、“自由号案”、“恩利卡·莱克西号案”案中都得到了体现。

(2) 交换意见是否被善意履行

交换意见不要求就争端各方必须就争端的解决办法达成一致并不意味着该义务沦为形式,为了防止争端各方动辄以交换意见无法就解决办法达成一致而请求《公约》的强制程序,交换意见的义务必须被善意履行。国际法院在多个案件中强调:虽然交换意见并不要求达成一定的结果,但是必须本着诚实善良的原则进

^[49] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate opinion of Judge Jesus, p.53.

^[50] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para.57.

^[51] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, paras.58-59.

^[52] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para.60.

行。如在“北海大陆架案”中，国际法院提到“当事方处于一种义务之下，该义务要求他们必须使谈判有意义”。^[53]在法国诉西班牙的“拉努胡仲裁案”中，国际法院认为“不正当的终止讨论、非正式的拖延、无视事先同意的程序、有系统的拒绝考虑有利的提议，从更笼统的角度讲，对于诚实信用原则的违反”都是争端方非善意履行交换意见的情形。^[54]与国际法院相同，海洋法法庭也有义务审查交换意见的义务是否被善意地履行。在“围海造田案”中，海洋法法庭强调交换意见的义务必须被善意地履行，认为在考察交换意见的义务是否完成时，不要求就争端的解决方法达成一致这种结论的唯一性，而应该考虑无法就争端解决方法达成一致这种结论的得出是不是建立在对不相关因素的考量上或者这种结论是否是不善意得出的。^[55]在该案件中，海洋法法庭认为马来西亚多次要求与新加坡举行会议，但均遭新加坡均拒绝，这说明马来西亚所得出的交换意见的义务已经完成的结论是善意且合理的。^[56]

如果就解决办法达成一致，但是这种解决办法没有解决争端，是否有必要继续进行交换意见？即进行第二种情况下的交换意见的义务？到目前为止，海洋法法庭受理的临时措施案件中没有遇到这种情况，附件七仲裁法庭的相关做法或许对海洋法法庭的实践有借鉴意义。虽然按照《公约》第283条第2款中的规定应该进行交换意见，但是，在“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥案”中，附件七仲裁法庭却并没有严格按照《公约》的规定行事。在该案中，特立尼达和多巴哥认为，即使双方已通过谈判解决争端，而此种争端解决方式已无法解决实际争端，那争端双方仍有义务根据《公约》第283条第2款继续交换意见。^[57]而巴巴多斯认为该观点会使争端另一方“无法援引相应的仲裁条款”，^[58]最终仲裁法庭支持了原告的观点，认为当争端各方都认为争端无法得到解决时，不必继续进行谈判义务。^[59]由此可见，按照《公约》第283条第1款的规定无法解决争端，还要求争端各方继

^[53] North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ Reports 1969, p.3, para.85.

^[54] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para.292.

^[55] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao, para.13.

^[56] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Declaration of Judge Anderson, paras.39-40.

^[57] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para.203.

^[58] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para.71.

^[59] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para.199.

续就解决办法进行交换意见并不现实。^[60]因为如果一方在一种争端解决方式用尽的时候,必须继续与另一方交换意见选择其他的争端解决方式,那么将使第283条第2款形成一种无限的循环,从而使交换意见上升为一种达成有拘束力结果的争端解决方式。^[61]

2.3 情况紧急

《公约》第290条第1款并没有明确提及“情况紧急”,在第290条第5款中明确提到了“情况紧急有此必要”。“情况紧急”要求应是临时措施制度的固有的组成部分。关于“情况紧急”,国际法院在芬兰诉丹麦的“大贝尔海峡通信案”中指出,在作出终局判决前有可能发生损害一方权利的行为时,指示临时措施才是有理由的。^[62]关于情况紧急应该注意情况紧急的时间段、情况紧急的衡量标准及影响因素这三个问题。

2.3.1 情况紧急的时间要素

根据《公约》第290条第1款、第5款的规定,海洋法法庭对于发生在终局判决前、仲裁法庭组成前的紧急情况,有权规定临时措施。另外,《公约》和《法庭规则》虽然没有明确规定,而根据海洋法法庭的实践,在仲裁法庭组成后但仍不能履行自己职责的时间段内发生的紧急情况,也有权力规定临时措施。

(1) 终局判决前

国际法院在芬兰诉丹麦的“大贝尔海峡通信案”中指出了衡量紧急情况的时间标准,即有关临时措施的请求中是否含有如此紧急情况,以至于该决定不能等到法院就案件实体问题作出“终局判决”。^[63]所以,与紧急情况这一要求相关的时间段是“终局判决前”。《公约》第290条第1款要求法院或法庭在最后裁判前,规定其根据情况认为适当的任何临时措施,可见《公约》第290条第1款的紧急情况必须是在“终局判决”前发生的且临时措施决定应该在“终局判决”前作出。海洋法法庭在这种情况下对于紧急情况的判断标准与国际法院是一致的。

^[60] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006, para.205.

^[61] 葛冠群. 论《联合国海洋法公约》中的“谈判”与“交换意见”义务. 研究生法学, 2011(5):95.

^[62] Passage Though the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ Report 1991, para.23.

^[63] Passage Though the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ Report 1991, para.23.

（2）仲裁法庭组成前

首先，根据该条的规定，海洋法法庭之所以规定临时措施是因为“争端根据本节正向其提交的仲裁法庭”还未组成，所以发生在仲裁法庭组成之前的紧急情况，海洋法法庭才可针对其规定临时措施，而且要求海洋法法庭应该在仲裁法庭组成之前做出命令。因为如果仍然按照第290条第1款的标准，即要求海洋法法庭在“终局判决前”做出规定临时措施的决定可能需要等待很长时间，而且那时仲裁法庭已组成并能履行其职责，临时措施请求就不必向海洋法法庭提交而可以向仲裁法庭提交了。所以，在仲裁法庭组成之前发生紧急情况，海洋法法庭可以针对其规定临时措施，是否规定临时措施的决定应该也应在“仲裁法庭组成之前”做出。

（2）仲裁法庭组成后

在仲裁法庭组成后但仍不能履行职责的期间，情况紧急时，临时措施由谁采取？《公约》第290条第1款和第5款都没有规定，但在“路易莎号案”中，海洋法法庭认为“在附件七仲裁法庭有能力规定、撤销、确认临时措施之前，海洋法法庭认为有可能发生对争端各方的权利造成不可挽回的损失之迫切危险时，海洋法法庭就可以规定其认为适当的任何临时措施。”^[64]这说明，海洋法法庭仅处理临时措施问题时，不仅在仲裁法庭组成前有权规定临时措施，在仲裁法庭组成后，但仍不能履行其职责的时间段内，海洋法法庭仍然有权规定临时措施。这种观点在“围海造田案”和“北极日出号案”中都得到了体现。在“围海造田案”中，马来西亚主张新加坡在大士段的围海造田工程侵犯了马来西亚的权利，因此新加坡应暂停该工程。^[65]但是新加坡主张附件七的仲裁法庭将不迟于2003年10月9日组成，距离仲裁法庭成立仅有几日而已，海洋法法庭没必要规定临时措施。^[66]对此，海洋法法庭认为，“根据《公约》第290条第5款，海洋法法庭有权在附件七仲裁法庭组成前规定临时措施，但《公约》第290条没有任何内容表明海洋法法庭所规

^[64] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para.72.

^[65] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, para.23.

^[66] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, para.66.

定的临时措施必须限于该时间段。”^[67]因此,“附件七仲裁法庭组成前的时间段对于评估情况的紧急性并不是决定性的。”^[68]在“北极日出号案”中,海洋法法庭重申了其在“围海造田案”中的观点,即海洋法法庭在评估紧急性的时间时,必须考虑“附件七仲裁法庭组成后仍然无法修改、撤销或确认临时措施的时间段。”

[69]

2.3.2 情况紧急的衡量标准

是否需要防止对海洋环境造成严重损害以及保全争端各方的权利是衡量情况是否紧急的两个标准,在同一个案件中,至少满足其中一个标准。

(1) 是否需防止对海洋环境造成严重损害

在涉及海洋环境的案件中,关于是否会对海洋环境造成严重损害往往存在科学上的不确定性,虽然海洋法法庭并不能对科学上的问题进行判断,但是如果争端各方在某一科学问题上观点一致,则海洋法法庭可以以此为依据来判断是否需要防止海洋环境遭受严重损害。而如果不能在这一科学问题上达成一致,原告又不能提供充足的证据,则海洋法法庭不能以其作为认定事实的基础。在“南方金枪鱼案”中,海洋法法庭首先认为,保护海洋生物资源是保护海洋环境的一方面。^[70]而金枪鱼储量处于历史最低水平是争端各方都一致同意的,^[71]这一点成为海洋法法庭判断海洋环境是否有严重损害的基础。最终海洋法法庭认为其虽不能就争端各方所提交的科学证据进行评估,但是由于情况紧急需要保护金枪鱼储量遭受进一步的衰退因而有必要规定临时措施。^[72]科学不确定性问题同样出现在“莫克斯工厂案”中,爱尔兰认为莫克斯工厂的运作,会对爱尔兰海的海洋环境造成严重损害。^[73]而海洋法法庭认为其并没有科学证据来证明这一点。同时由于英国保

^[67] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para.67.

^[68] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para.68.

^[69] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013, para.85.

^[70] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.83.

^[71] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.71.

^[72] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.83.

^[73] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para.68.

证在2002年夏季之前不进行放射性物质的海上运输,附件七仲裁法庭预计在2002年春季之前就可组成。^[74]而工厂试车和向系统内注入钷元素并非不可逆转的。^[75]因此,海洋法法庭裁定不存在紧急情况,拒绝规定爱尔兰所请求的临时措施。

(2) 是否需要保全争端各方的权利

在关于船舶、船员扣押的案件中主要涉及是否需要保全争端各方的权利这个标准。争端方的权利是否会遭受不可挽回的损失是海洋法法庭在衡量这一标准时会考虑的因素。关于这一因素,有以下三点需要注意:

首先,不可挽回的损失主要适用于保全争端各方的权利的案件中,并不是在所有类型的案件中都适用。“南方金枪鱼案”的Liang法官认为海洋法法庭做决定时并不以“不可挽回的损失”为基础,虽然该标准对于其他机构来说很重要,但是如果海洋法法庭确定这样的标准,对原告来说就过于苛刻了。^[76]然而应该看到,“不可挽回的损失”指的是对权利产生的损失而不是对海洋环境造成的损失,因此在“南方金枪鱼案”这样主要涉及海洋环境保护的案件中,海洋法法庭没有考虑权利是否会遭受不可挽回的损失。“不可挽回的损失”不是与保全争端各方的权利及防止对海洋环境的严重损害并列的标准,而仅是衡量是否需要保全争端各方的权利时需要考虑的因素。

其次,海洋法法庭在临时措施阶段并不需要确信该“权利”真实存在,只要该权利似乎是可信的就可以。因为该权利是否真正存在、是否真如原告所主张的那样被侵犯是实体问题阶段应该处理的问题。在“恩利卡·莱克西号案”中,被告印度主张,如果海洋法法庭规定了意大利所请求的第一、二项临时措施,则会对附件七仲裁法庭的实体问题处理产生预判的作用或者导致附件七仲裁法庭的裁判无法执行。^[77]而海洋法法庭主张在临时措施阶段,其功能不是解决争端各方所主张的权利义务问题,也并不需要最终确信原被告所寻求保护的權利最终存在。因此,在临时措施阶段,海洋法法庭不需要关注原被告之间的权利主张的冲突,

^[74] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, paras. 78-79.

^[75] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para. 74.

^[76] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Liang, para. 3.

^[77] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015, paras. 81-82.

只要意大利和印度所主张并寻求保护的權利似乎是有道理的就可以。^[78]

第三,这种“损失”并不要求已经发生,只要有遭受损失的危險即可,同时,这种危險应该是迫在眉睫的,如果所造成的损失不是迫在眉睫,那就没有必要规定临时措施。^[79]在“围海造田案”中,海洋法法庭认为原告所提供的证据并没有证明在附件七仲裁法庭组成前,其領海有遭受不可挽回的损失的危险。因此并没有规定原告所请求在在大士部分的临时措施。^[80]在“路易莎号案”中,海洋法法庭综合考虑了各种因素之后,认为该案件中争端当事方的权利遭受不可挽回的损失的危险并不是真实的和迫在眉睫的,因而也没有规定圣文森特和格林那定斯所请求的临时措施。^[81]

2.3.3 情况紧急性的影响因素

一方面,被告继续从事原告反对的行为会激化争端,海洋法法庭可能因此认为情况紧急有必要规定临时措施。在“恩利卡·莱克西号案”中,被告印度虽然并没有对两名船员的行动进行限制却坚持通过国内程序对两名意大利船员提起刑事诉讼。^[82]最终海洋法法庭认为任何一方提起的国内诉讼都会对另一方的权利产生不可挽回的损失,^[83]暗示印度的国内诉讼程序对原告方权利将造成不可挽回的损失,因而决定规定临时措施,要求印度限制国内的诉讼程序。显然,印度将来启动的国内刑事诉讼加剧了情况的紧急性,海洋法法庭因此有必要保全原告方两名船员的权利。在“自由号案”中,被告将来的行为也对海洋法法庭考虑情况紧急性起到了重要影响。海洋法法庭认为被告加纳仍有可能在未经阿根廷同意的情况下继续登临“自由号”并移动“自由号”至另一锚位,这些行为都会对阿根廷基于国际法所享有的豁免权产生不可挽回的影响,^[84]这些情况表明在附件七仲裁

^[78] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015, paras.83-84.

^[79] Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Interim Protection, Order of 11 September 1976, ICJ Reports 1976, p.3, para.33.

^[80] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, paras.72-73.

^[81] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para.72

^[82] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015, para.98.

^[83] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015, para.106.

^[84] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013, para.97.

法庭组成前紧急情况是存在的。

另一方面，被告主动对自身行为进行限制并进行保证，会缓解情况的紧急性。就被告已经保证过的内容，海洋法法庭可能认为情况紧急性不存在，不需要规定临时措施，如“路易莎号案”；或者对保证过的内容不另行规定临时措施，而就其他方面的问题规定临时措施，如“莫克斯工厂案”；或者将被告保证过的内容确认为临时措施，如“围海造田案”。在“路易莎号案”中，该案中被告西班牙保证其港口当局在持续监管形势，并且对该船所造成的任何环境问题，其都保证拥有现代化的方案来应对。^[85]最终海洋法法庭只是将被告保证过的内容记录在案，没有另行规定任何临时措施。在“莫克斯工厂案”中，针对爱尔兰要求英国停止与该工厂相关的海上运输问题，英国保证在2002年夏季之前不进行放射性物质的海上运输。最终，海洋法法庭所规定的临时措施中并不包含原告已经保证过的内容，^[86]只是将保证过的内容记录在案而已。在“围海造田案”中，被告新加坡就马来西亚的最后三项请求做出了保证。最终海洋法法庭所规定的临时措施中，不仅包括被告保证过的内容，还规定了其他内容。^[87]

2.4 小结

海洋法法庭规定临时措施应该具备以下三个条件，争端一方提出请求，海洋法法庭对案件有初步管辖权，情况紧急。海洋法法庭对案件确立初步管辖权的条件也是有关《公约》解释或适用的争端适用《公约》强制程序的条件。因此，只有当争端属于实体问题解决机构的管辖权范围、《公约》的强制程序未被排除、《公约》的强制程序未被替代、完成交换意见的义务后，海洋法法庭才能行使初步管辖权。海洋法法庭在临时措施阶段不是为了解决案件的实体问题而是为了保全争端各方权利、防止对海洋环境严重损害，因此在处理原被告关于初步管辖权条件的分歧时，海洋法法庭倾向于支持原告的主张。关于情况紧急，根据《公约》第290条第1款的规定，海洋法法庭对发生在终局判决前的紧急情况有规定临时措施

^[85] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, paras.74-75.

^[86] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001, para.89.

^[87] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, para.106.

的权利，根据《公约》第 290 条第 5 款及海洋法法庭在实践中的做法，海洋法法庭对仲裁法庭组成前或仲裁法庭组成后却仍不能履行自己职责期间所发生的紧急情况也有权规定临时措施。海洋法法庭衡量情况是否紧急的标准为是否需要防止对海洋环境造成严重损害以及是否需要保全争端各方的权利。不可挽回的损失是海洋法法庭考虑是否需要保全各方权利时需要考虑的因素。被告是否继续从事原告所反对的行为以及是否进行保证会对情况的紧急性产生影响。

第3章 海洋法法庭临时措施的内容及效力

3.1 海洋法法庭临时措施的内容

3.1.1 常见的临时措施内容

每个案件的临时措施命令尽管各不相同,但除却那些针对性很强的临时措施之外,以下三方面的临时措施内容在很多案件中都有所体现:

(1)规定双方在最终裁判前努力就争端的解决达成协议或规定进行合作的义务,这样的临时措施在“南方金枪鱼案”、“莫克斯工厂案”和“围海造田案”中都有体现。关于海洋法法庭所规定的合作义务、协商义务,有的学者提出批评,认为海洋法法庭此种做法使之看上去像是个外交机构而非司法机关。^[88]事实上,海洋法法庭规定履行合作义务的临时措施,也是一种无奈但又最佳的选择。^[89]

首先,涉及合作义务、要求争端各方之间努力达成协议的案件都涉及了保护海洋环境问题,由于海洋环境的保护涉及科学不确定性问题,这部分问题超出了海洋法法庭的知识范围,加之临时措施在本质上不应涉及案件的实质问题,实体争议都将要根据《公约》附件七要提交仲裁法庭解决,所以海洋法法庭规定临时措施时更多的强调合作义务可更好的避免与将来建立的附件七仲裁法庭的权力冲突。

其次,《公约》为合作义务提供了法律基础。关于“南方金枪鱼案”,主要涉及《公约》第七部分第二节公海生物资源的养护和管理,第117条规定所有国家均有义务为各该国国民采取,或与其他国家合作采取养护公海生物资源的必要措施;第118条规定各国在养护和管理生物资源方面的合作,各国应互相合作以养护和管理公海区域内的生物资源,这些国家应在适当情形下进行合作,以设立分区域或区域渔业组织。而在“莫克斯工厂案”和“围海造田案”中,争端主要涉及《公约》第九部分在闭海或半闭海沿海国的合作及第十二部分海洋环境的保护和保全问题,而《公约》第123条中的规定表明,在海洋环境保护领域,国际合作原则并不是一个空洞的形式,而是包含了信息交流、联合科研以及协调行动等丰富的内

^[88] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Shearer, p.4.

^[89] 欧斌,毛晓磊.论国际海洋法庭临时措施.外交评论,2006(1):99.

容。^[90]

再次,根据一般国际法及公约的规定,各国为防止海洋环境污染而进行合作是一项基本原则。海洋法法庭对国际合作原则的强调显示了该原则在国际环境保护事业中的重要地位。由于国际环境保护问题往往是涉及多个国家的复杂问题,只有各个国家进行合作才能够更好地解决该问题,因此,在国际环境保护领域进行广泛的合作也具有必要性。如1985年《保护臭氧层维也纳公约》规定了缔约国在情报交流方面进行合作的内容,1994年《防止沙漠化公约》则规定了缔约国在科学研究与技术转让、信息收集与传播等方面进行合作的内容。^[91]

(2) 要求争端各方限制各自的行为,该内容是体现海洋法法庭职责的典型内容,因为能够激化争端的不仅有被告的行为还有原告的行为。在“恩利卡·莱克西号案”中,海洋法法庭要求意大利和印度都应该暂停所有海洋法法庭审理活动并且不再另行提起诉讼,因为争端方的这些行为会激化或加剧提交给附件七仲裁法庭的争端或者危害或损害其判决的执行。^[92]在“塞加号案”中,海洋法法庭规定,几内亚应该限制其对“塞加号”、“塞加号”船长及其他船员、“塞加号”的拥有者或经营者采取或执行任何司法或行政措施。^[93]在“南方金枪鱼案”中,海洋法法庭规定,澳大利亚、日本和新西兰各保证不采取可能使提交仲裁法庭的争端恶化或扩大的行动。^[94]

(3) 要求争端各方提交关于临时措施履行情况的报告。为了强调海洋法法庭临时措施的约束力并监督争端各方对临时措施的履行情况,海洋法法庭会规定该内容。除了“路易莎号案”没有规定临时措施外,海洋法法庭在其他临时措施的案件中都有规定。除了要求提交报告之外,海洋法法庭还可要求争端各方在提交报告之后的其认为适当的时间内向海洋法法庭提交临时措施履行情况的信息或报告。例如“自由号案”中,海洋法法庭要求阿根廷和加纳在2012年12月22日前向海洋法法庭提交关于临时措施履行情况的初步报告,并授权海洋法法庭庭长可

^[90] 谭宇生. 新马填海争端的国际法思考. 国际论坛, 2008(2):18.

^[91] 谭宇生. 新马填海争端的国际法思考. 国际论坛, 2008(2):18.

^[92] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015, para.141.

^[93] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para.52.

^[94] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.90.

在2012年12月22日后其认为适当的时间内向海洋法法庭提交临时措施履行情况的信息。^[95]

3.1.2 海洋法法庭是否可以超越请求规定临时措施

关于海洋法法庭是否可以超越请求规定临时措施有不同的观点。

反对海洋法法庭超越请求规定临时措施的学者认为《公约》第290条第1款的规定仅表明“海洋法法庭除了可以在完全同意或完全否定临时措施的请求之外，仅能规定代表部分同意所请求的临时措施或对其加以修改的临时措施，”而绝对不能在被请求的范围之外行事，否则就是无效的越权行为。^[96] 尽管海洋法法庭可以规定一系列与当事方的请求不一致的临时措施，但是这些措施都必须与所请求的临时措施密切相关或是由这些请求而产生的。^[97] 反对超越请求规定临时措施的理由是：首先，临时措施程序的启动是被动的，必须由争端一方向海洋法法庭提出请求，而那些超越当事方请求的临时措施并没有被提出过，因此海洋法法庭无权规定超越请求的临时措施。第二，《法庭规则》是在参照《国际法院规则》的基础上制定的，《法庭规则》第89条第5款与《国际法院规则》第75条第1款规定的不同之处就在于后者可以随时决定主动审查该案情况是否需要指示临时措施，而前者没有如此规定就表明海洋法法庭没有启动临时措施的主动权，也没有权利超越当事方的请求规定临时措施。第三，《公约》第290条第3款规定“临时措施仅在争端一方提出请求并使得争端各方有陈述意见的机会后，才可根据本条予以规定、修改、撤销。”而那些海洋法法庭超越请求规定的临时措施根本就没有给予争端方陈述意见的机会，应该是无效的。

支持海洋法法庭超越请求规定临时措施的学者则认为，依职权主动规定临时措施是程序问题，而超越请求规定临时措施是实体问题。二者不应混为一谈。^[98] 在程序上，海洋法法庭没有主动规定临时措施的权力，而在争端方请求临时措施之后，海洋法法庭在临时措施的内容上可行使自由裁量权规定任何适当的临时措

^[95] The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 15 December 2012, para.108.

^[96] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Shearer, p.7.

^[97] Francisco Orrego Vicuna. International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007, 22(3):455.

^[98] 高健军.《联合国海洋法公约》争端解决机制研究.北京:中国政法大学出版社,2014(2):235.

施, 该自由裁量权不应受到争端方请求的限制。

本文认为, 海洋法法庭有超越请求规定临时措施的自由裁量权, 但是对这种自由裁量权的行使必须十分谨慎。海洋法法庭超越请求规定临时措施有以下依据:

首先, 《法庭规则》、《公约》没有禁止海洋法法庭超越争端方的请求规定临时措施。《法庭规则》第 89 条第 5 款规定海洋法法庭可以规定与争端方所请求之内容部分或全部不同的临时措施。并没有限定临时措施的内容必须与所请求之内容密切相关或有这些请求而产生。而《公约》第 290 条第 1 款更明确地表明海洋法法庭可以规定其根据情况认为“适当的任何临时措施”, 上述法律规定为海洋法法庭超越请求规定临时措施提供了法律依据。

其次, 海洋法法庭超越争端方请求规定临时措施在其受理的案件中得到了实践。在海洋法法庭临时措施第一案“塞加号案”中, 海洋法法庭仅仅规定了原告圣文森特和格林那丁斯所请求的一项临时措施, 此外, 还规定了涉及船东或经营者的临时措施。^[99]在“南方金枪鱼案”中, 海洋法法庭支持了原告的大部分请求, 同时反映了日本反请求的临时措施, 在原被告请求之外, 还规定了各争端方应该努力与其他国家就南方金枪鱼的捕捞达成协议来确保最大化利用该资源的内容。^[100]在“围海造田案”中, 海洋法法庭除了规定原告所请求的临时措施, 还规定新加坡和马来西亚交换信息, 评估围海造田工程的危险并在有关地区找出相关的解决办法。^[101]在自由号案中, 海洋法法庭基本支持了原告请求的临时措施。在“北极日出号案”中, 海洋法法庭按照原告荷兰的要求, 命令俄罗斯立即释放“北极日出号”和其船员, 除此之外还规定荷兰应向俄罗斯提供相应的担保。^[102]

第三, 海洋法法庭超越请求规定临时措施是其履行职责, 实现目的的必然要求, 同时也与原告请求相关。由于在临时措施案件中, 主要都是原告提出临时措施(只有在“南方金枪鱼案”中, 被告日本提出反请求)。而原告的临时措施请求都具有极强的针对性, 反映本国的利益, 并没有过多的考虑被告方的利益。而海

^[99] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998, para.52.

^[100] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.90.

^[101] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003, para.106.

^[102] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013, para.105.

海洋法法庭临时措施的目的是保全争端各方的权利，即不仅应该保护原告的利益，也应该保护被告的利益。因而海洋法法庭在考虑是否应该规定临时措施时，不仅会考虑原被告的主张及理由，还会综合考虑原被告没有向海洋法法庭提交但仍值得考虑的其他情况。如果海洋法法庭不能超越请求规定临时措施，当海洋法法庭认为原告请求的理由不足以规定临时措施，但基于其他情况的紧急性仍有必要规定其他临时措施来防止争端激化时，海洋法法庭便不能充分发挥其作用，实现保全争端各方的权利、防止海洋环境的严重损害的目的。另外，海洋法法庭在临时措施阶段不能处理案件的实体问题，临时措施不应具有预判性，海洋法法庭临时措施不应偏向任何一方而应关注能否实现临时措施目的，因而，海洋法法庭所规定的内容必然会超越争端方的请求。另一方面，海洋法法庭对超越请求规定临时措施的自由裁量权的行使必须十分谨慎。虽然海洋法法庭的自由裁量权从《公约》第290条和《国际法院规则》中获得了其存在的法律基础，但这种权利并不能仅仅因为它存在就该被使用。它不该因一时兴起而使用，而应在有事实支撑的强势理由时，即只有当为实现海洋法法庭目的所必须时，才可被使用。^[103]由于临时措施的影响力可超越其生效的时间，即便海洋法法庭规定的临时措施不恰当，被日后组成的仲裁法庭撤销，但由于海洋法法庭临时措施在仲裁法庭组成前或仲裁法庭组成后但无法履行自己职责的时间段内会一直有效，临时措施对当事方施加了履行临时措施并向海洋法法庭提交其履行情况的报告义务。因此海洋法法庭对临时措施的自由裁量权要谨慎行使。

3.2 海洋法法庭临时措施的效力

海洋法法庭临时措施具有法律约束力。正如前著名的法庭庭长 R. Wolfrum 法官指出，“《公约》的起草者希望通过第290条增进海洋法法庭对海洋争端的管辖权，从而使临时措施对争端各方都有法律约束力”。^[104]因而临时措施的效力如果不能得到实现，则其保障判决的顺利执行的职责就难以发挥。关于海洋法法庭临时措施的效力有以下问题需要注意：

首先，海洋法法庭临时措施的约束力有法律保障，《公约》、《法庭规则》和《法

^[103] Barbara Kwiatkowska. Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea M/V Saiga Cases. *Ocean Development and International Law*, 1999, 33(1): 62.

^[104] Francisco Orrego Vicuna. International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007, 22(3):454.

庭规约》中的规定，确保了海洋法法庭临时措施约束力的实现。《公约》第 290 条第 6 款规定“争端各方应迅速遵从根据本条所规定的任何临时措施。”《法庭规则》第 95 条第 1 款规定“每一当事方都应尽可能快地通知法庭关于其遵守法庭规定的临时措施的情况。特殊情况下，每一当事方都应就为了确保立即遵守规定的临时措施已采取或建议采取的步骤提交一份初步的报告。”因此，在海洋法法庭临时措施命令中，海洋法法庭会设定报告义务，促使各争端当事方遵守临时措施的命令。而与之相比，国际法院临时措施的执行并不要求争端各方向其提供相关信息，国际法院的临时措施“从一开始，各争端当事方对其遵守的情况就比较少。”^[105]

其次，临时措施的效力只能持续一段时间，由于临时措施的保全特性，其不具有终局性和既判力。因此临时措施的效力最长持续到实体问题解决机构就案件做出终局判决时，如“塞加号”案。如果仲裁法庭组成后认为对争端实体问题没有管辖权，如“南方金枪鱼案”，临时措施因此而被撤销。如果仲裁法庭认为对争端实体问题有管辖权，则会决定是否继续、修改或确认部分或全部临时措施。而根据《公约》第 290 条第 2 款的规定，仲裁法庭成立后修改或撤销临时措施只能在规定临时措施所依赖的情况改变或不复存在的情况下。

但即便临时措施无效或被撤销，临时措施命令的影响力仍可能延续超过临时措施的生效时间。在“南方金枪鱼案”中，附件七仲裁法庭组成后于 2000 年 8 月 4 日裁定其对该案没有管辖权并撤销了海洋法法庭规定的临时措施。但是，附件七仲裁法庭认为：“撤销临时措施并不意味着争端各方可以对法庭所规定的临时措施或者各方为遵守临时措施所做决定置之不顾。争端的解决依赖于争端各方放弃采取单方面的可能激化争端的行为。”^[106]各方为履行临时措施而做出的承诺，具有“禁反言”的效果，应该被善意地遵守。

3.3 小结

海洋法法庭临时措施在内容上具有以下几个共同特点：首先，在有关海洋环境保护的案件中强调通过协商解决争端或强调合作义务。该义务能是海洋法法庭避免与将来建立的附件七仲裁法庭的权力冲突，在相关的环境保护案件中具有法

^[105] Cesare Romano. The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come. . . Like It or Not. *Ocean Development and International Law*, 2001, 32(4):320.

^[106] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999, para.67.

律基础，体现进行合作的国际法基本原则。其次，要求争端各方应保证不采取行动激化争端。规定该内容体现了海洋法法庭的职责。第三，为监督临时措施的实施情况而要求争端各方提交其履行临时措施的报告，该内容体现了海洋法法庭临时措施的约束力。海洋法法庭为了更好的实现其目的，在临时措施的内容上，会超越原被告的请求规定临时措施，但由于海洋法法庭临时措施意味着争端各方的义务，因此这种自由裁量权必须被谨慎的行使。海洋法法庭临时措施从一开始就具有法律约束力，且在《公约》和《法庭规则》中得到了保障。

第4章 我国面临的海洋争端及临时措施对我国的启示

4.1 我国面临的海洋争端

我国海岸线漫长,管辖海域广阔,但在黄海、东海及南海涉及到与周边国家的海洋争端。

4.1.1 黄海海域的海洋争端

黄海争端主要涉及中国、朝鲜、韩国三国。中国与朝鲜在黄海大陆架是相邻共架国,中国主张按中间线划界,朝鲜则主张以纬度等分线划界。^[107]中韩两国在黄海的海域划界问题上也未达成一致,中国主张按自然延伸原则进行划界,韩国则坚持以“中间线”为界。2014年7月3日,中韩两国领导人就2015年海域划界谈判达成共识。为落实该共识,两国于2015年12月22日在韩国首尔举行了中韩海域划界首轮会谈。双方表示,为公平解决中韩海域划界问题,将根据包括1982年《联合国海洋法公约》在内的国际法,本着合作共赢和坦诚互信的精神,就两国专属经济区和大陆架主张重叠海域划界事宜进行协商。^[108]

4.1.2 东海海域的海洋争端

东海海域的海洋争端主要涉及中日两国。中日两国在海域划界以及海洋资源的开发利用等方面存在争议。在海洋划界上,中方始终坚持东海大陆架自然延伸原则和公平原则,而日本坚持以中间线为界。在海洋资源方面,中日之间也存在分歧,中国所主张的“搁置争议,共同开发”的解决方案遭到日本的拒绝。

4.1.3 南海海域的海洋争端

中国与东南亚多个国家之间存在海域划界争端。我国在南海的主权权利以及相关主张是在长期的历史过程中形成和发展起来的。而南海周边诸国则通过《公约》所规定的“专属经济区原则”、“大陆架原则”抢占南海海域并企图通过对诸岛屿进行实际控制从而控制相应地区的海洋资源。南海自然海区面积约350万平

^[107] 李靖宇,刘琨.关于环黄海区域的国家安全问题探讨.东北亚学刊,2012(1):49.

^[108] 中韩海域划界首轮会谈成功举行.

http://www.fmprc.gov.cn/web/wjtb_673085/zygy_673101/liuzhenmin_673143/xgxw_673145/t1326878.shtml,2015-12-22/2016-4-6.

方公里,无争议海域仅44万平方公里。^[109]2013年1月22日,菲律宾单方面就中菲有关南海问题提起强制仲裁。对此,中国外交部于2014年12月7日发表《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文件》,表示中国不接受、不参与该仲裁的严正立场,并从法律角度全面阐述中国关于仲裁法庭没有管辖权的立场和理据。而附件七仲裁法庭与2015年10月29日作出管辖权和可受理性的裁决,表明其对菲律宾所提的七项诉求下的事项具有管辖权。同时得出结论,其对菲律宾其他七项诉求的管辖权需要与实体性问题一并审议。仲裁法庭同时要求菲律宾就其一项主张进行澄清并限缩其范围。^[110]2015年11月24日-26日及11月30日,仲裁法庭就实体问题及管辖权和可受理性的余留问题进行审理。

4.2 临时措施对我国的启示

4.2.1 临时措施对我国的意义

在第三次联合国海洋法会议上,中国代表团团长指出:中国政府一贯主张,国家之间的任何争端,应当由各当事国在互相尊重主权和领土完整以及平等的基础上通过谈判协商解决。^[111]这也是我国自1996年加入《公约》以来解决海洋争端的一贯立场。虽然我国并不热衷于通过《公约》的强制程序解决,但是作为强制程序之一的临时措施,具有以下优点,应该引起我国的重视。

(1) 海洋法法庭临时措施与国际法院的临时措施相比,遵守情况更为理想。尽管国际法院确认了国际法院指示的临时措施具有法律约束力,然而有关当事方遵守国际法院指示的临时措施的情况并不理想。要遵守国际法院的临时措施,有关当事国不仅将面临国际法律问题,还要面对国内的诸多利益矛盾和法律问题,而内在动力和外在压力的缺失使得很对国家不愿解决上述问题并消极对待临时措施的遵守。^[112]《国际法院规则》中没有相应的督促争端各方履行临时措施的程序。与国际法院的临时措施相比,海洋法法庭临时措施的遵守情况更加理想,海洋法法庭临时措施不关注实体问题是非曲直,而更加关注权利和海洋环境问题。

^[109] 贾宇. 南海问题的国际法理. 中国法学, 2012(6):26.

^[110] The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China, PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015, para.413.

^[111] 陈德恭. 现代国际海洋法. 北京: 中国社会科学出版, 1988:476.

^[112] 邵沙平, 冯雅因. 国际法院指示临时措施法律问题研究. 外交评论, 2012(2):147.

(2) 运用海洋法法庭临时措施程序不要求我国必须选择海洋法法庭作为实体问题解决机构。除非争端方之间另有约定,海洋法法庭对第 292 条所规定的船只和船员的迅速释放程序以及第 290 条第 5 款仲裁法庭组成前的临时措施程序的管辖权是强制的。^[113]在我国在没有做出选择的情况下,相当于接受了附件七仲裁法庭的强制仲裁。因此当实体问题提交到附件七仲裁法庭之后,在附件七仲裁法庭组成前,我国可以向海洋法法庭请求规定临时措施。

(3) 临时措施程序的处理结果不会影响到实体问题解决机构对争端的管辖权或处理。即便海洋法法庭就争端规定了一系列临时措施,也不能够代表《公约》第 287 条的法院或法庭对争端的管辖权或处理结果的态度,因为海洋法法庭临时措施不具有预判的效果,仲裁法庭成立后判断对争端有无管辖权不会依赖海洋法法庭临时措施的初步管辖权,而是独立地进行判断。另外,仲裁法庭还会对临时措施进行审查,如果认为规定临时措施所依据的情况已经不存在或改变,可以改变或撤销临时措施。因此,参与海洋法法庭临时措施并不会对仲裁法庭的实体问题处理产生不利影响。

(4) 海洋法法庭临时措施程序有利于争端的解决,这一方面是由于临时措施得到了较好的遵守。例如,在“塞加号案”中,海洋法法庭规定了临时措施之后,几内亚遵照 1997 年 12 月 4 日的海洋法法庭判决,释放了油轮“塞加号”及其船长和船员,该油轮及其船员离开克纳克里并最终到达塞内加尔的达喀尔港。^[114]在“莫克斯工厂案”中,海洋法法庭规定临时措施后,爱尔兰和英国向海洋法法庭提交了履行临时措施命令的初步报告,但双方一致表明该报告不对外公布。法庭庭长 P. Chandrasekhara Rao 并没有要求争端双方提交履行临时措施的进一步情况,以此推测,争端各方在临时措施方面的合作是令人满意的。^[115]在“自由号案”中,加纳遵守了海洋法法庭规定的“立即无条件释放”的临时措施。2012 年 12 月 19 日被扣留的阿根廷“自由号”护卫舰驶离加纳特马港。

另一方面,海洋法法庭倾向于规定那些要求争端各方达成协议或进行合作的内容,这些内容即便不能完全解决争端,也为争端各方再次进行谈判、协商提供了

^[113] International Tribunal for the Law of the Sea, The Tribunal. <https://www.itlos.org/the-tribunal/>, 2016-4-5.

^[114] 赵理海. 国际海洋法法庭油轮“塞加号”案评介. 中外法学, 1998(5): 124.

^[115] Barbara Kwiatkowska. The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2003, 18(1): 46.

机会。“法院或法庭规定的适当的临时措施是争端当事方重新谈判以便达成临时性协议的基础,而临时协议的存在有可能成为临时措施被撤销的原因。”^[116]适当的临时措施能够促进争端的解决,而一旦争端的解决进入到了新的阶段,如达成了临时协议,又会导致规定临时措施的情况不复存在而使临时措施被撤销。例如,在“南方金枪鱼案”中,海洋法法庭所规定的临时措施虽然并没有完全解决争端,却帮助各争端方打破自20世纪90年代中期以来的外交僵局。^[117]海洋法法庭规定临时措施之后,新西兰和澳大利亚与日本在渔业的养护和管理方面进行了沟通和协调,最终该争端得到了解决,临时措施被附件七仲裁法庭撤销。在“围海造田案”中,在海洋法法庭规定了临时措施后,新加坡和马来西亚组建了专家小组对该案件进行调查。专家组向两国政府提交报告之后,争端各方签署了《新加坡、马来西亚签订解决填海争议协议》,新加坡对马来西亚渔民因围海造田工程所遭受的损失进行赔偿,马来西亚将从海洋法法庭撤回案件。^[118]在“北极日出号案”中,海洋法法庭要求俄罗斯在荷兰提交360万欧元的担保金后立即释放“北极日出号”及其船员,并且确保该船和船员顺利离开俄罗斯领土和海域。^[119]虽然被告俄罗斯未出席海洋法法庭临时措施程序,但海洋法法庭临时措施为争端的解决提供了契机,2013年12月18日,俄罗斯利用国内“全面大赦”之机,撤销了对30名船员的指控并将其释放。

4.2.2 我国对临时措施的运用

为了更加有效地利用临时措施,我国应该加大对《公约》争端解决机制的研究,做好相应的法律准备工作。在临时措施的运用上应做好主动应用和被动应对两方面的准备。

(1) 主动应用

首先应慎重选择提交《公约》强制程序的争端。2006年8月25日,我国依据《公约》第298条第1款的规定声明我国对该条款a, b, c三项中所涉及的争

^[116] Natalie Klein. Provisional Measures and Provisional Arrangements in Maritime Boundary Disputes .The International Journal of Marine and Coastal Law, 2006(21):449.

^[117] Cesare Romano. The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come ... Like It or Not. Ocean Development and International Law, 2001, 32(4):334.

^[118] 何田田. 论国际海洋法法庭临时措施—以《联合国海洋法公约》第290条适用为中心. 武大国际法评论, 2014(1):112.

^[119] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013, para.85.

端不适用公约第十五部分第二节的强制性争端解决机制。^[120]因而排除了所有涉及领土主权,海洋划界,历史性权利,军事行动和专属经济区内部分的执法行动,以及安理会履行职能的争端。但是应该看到近年来,发生在我国周边海域的涉外渔业争端日益严峻,我国受害渔民的数量增加,对渔民的抓捕行为更加恶劣,有的周边国家甚至采取“海盗式执法”。抓扣渔民的“理由”主要集中于非法捕鱼、非法入境、越界捕鱼非法捕杀珍稀海洋生物四个方面。^[121]因此,为了保护我国渔民的合法权益,在他国沿海发生的我国渔船渔民被扣事件,我国可以将争端提交到《公约》的强制程序,请求海洋法法庭规定临时措施以保护我国渔民的权利。

其次,满足海洋法法庭规定临时措施的条件。当我国作为临时措施的被请求方时我国可以提出临时措施的反请求,以下三个条件同样适用于反请求:争端一方向海洋法法庭提出临时措施请求,海洋法法庭对争端有初步管辖权,情况紧急。在将争端提交附件七仲裁法庭之后,我国就可以向海洋法法庭请求规定临时措施。关于初步管辖权,总体上来说,海洋法法庭倾向于支持原告的主张。初步管辖权应具备三个条件,第一,争端是实体问题解决机构的管辖权范围。我国与日本、韩国之间的渔业争端属于《公约》有管辖权的范围。但争端另一方可能以该事项涉及《公约》第297条第3款的渔业争端而认为其作为沿海国没有义务提交《公约》的强制程序。因此要求我国从《公约》中寻找其他适当的法律标准作为确立海洋法法庭有管辖权的依据。只要申请方所引用的规定似乎能够表明海洋法法庭有初步管辖权,海洋法法庭就会认定该条件满足。第二,不存在排除、替代《公约》强制程序的协定或一般性、区域性、双边协定或其他形式协定。我国与韩国之间就2016年实施《中韩渔业协定》达成一致,其中虽然规定了争端的解决方式,但是并没有规定排除《公约》强制程序的适用,也不包含导致有拘束力裁判的强制程序,因此不能排除、替代《公约》的强化程序。第三,积极履行交换意见义务。应该注意,交换意见是为了寻求争端的解决办法而不是最终解决争端,在善意履行了交换意见的义务后仍无法就解决办法达成一致时,交换意见的义务就完成了。第四,满足情况紧急的要求。应主要考虑争端另一方的行为是否会对我国渔船渔民的权利造成不可挽回的损失。尤其是在我国渔船渔民遭到暴力执法的情况

^[120] 中国依《公约》第298条规定提交排除性声

明. <http://wcm.fimprc.gov.cn/pub/chn/gxh/zlb/tyfg/t270754.htm>, 2016-4-5.

^[121] 王秀卫.我国海洋争端解决的法律思考:《联合国海洋法公约》座谈会观点综述.中国法学, 2012(6):80.

下,保全我国渔民的人身权、健康权就显得尤为紧急。

(2) 被动应对

如果我国想防止他国对我国提起临时措施,应注意以下两个方面:

首先应注意不要激化争端。扣留船只及其船员并采取国内法对其进行制裁会导致争端激化,满足临时措施初步管辖权条件之一的情况紧急。争端另一方可能因此请求海洋法法庭启动“迅速释放”程序和“临时措施”程序,而不问另一当事方的意愿和争端本身的是非曲直。^[122]

其次,可从海洋法法庭初步管辖权的条件入手,将《公约》的强制程序替代或排除。涉及领土主权、海洋划界、历史性权利、军事行动和专属经济区内部分执法行动的争端,是我国不愿通过《公约》强制程序解决的争端,为了防止争端另一方单方面将争端提交附件七仲裁法庭,我国应事先做好准备,尽量与争端另一方达成通过和平方法解决争端的协议,在协议中排除《公约》强制程序的适用。或者在含有导致有拘束力裁判的强制程序的一般性、区域性或双边协定或其他方式协定中明确规定,关于《公约》的解释或适用的争端,该协定的争端解决机制将替代《公约》第二节的强制程序。

如果争端另一方已经将争端提交仲裁法庭,我国应注意以下三个方面:

首先,我国不应该放弃使用和平方法解决争端。《公约》第280条所规定的和平方法解决争端的义务贯穿争端解决的始终。虽然在争端提交到《公约》的强制程序之后所达成的协议不具有排除《公约》强制程序的作用,但是却有利于争端的解决,也符合我国通过谈判、协商等和平方法解决争端的一贯主张。

其次,我国可在临时措施程序中提出反请求。临时措施的目的是保全争端各方的权利或防止海洋环境的严重损害,就保全权利来说,海洋法法庭不仅仅考虑原告的权利,也会考虑是否有利于被告权利的保全。在“南方金枪鱼案”中,日本作为临时措施程序中的被告,在辩诉状中提出了反请求,要求海洋法法庭对原告新西兰和澳大利亚也采取一定的临时措施,而最终这个请求得到了支持。当我国作为临时措施的被请求方时,可以在临时措施程序中,提出有利于我国权利保全的反请求。

第三,主动进行保证,缓解情况的紧急性。应该看到,在“莫克斯工厂案”、

^[122] 吴慧. 法律方法解决国际海洋争端的实践分析. 厦门大学法学评论, 2003(2): 269.

“围海造田案”中，被告的保证对海洋法法庭判断情况是否紧急起到了一定作用，并在海洋法法庭最后的临时措施内容中得到了体现。同时还需注意，争端方在临时措施案件中进行的保证有时具有比临时措施更加持久的效果。临时措施可能被实体问题解决机构撤销，但争端各方为履行临时措施所作出的承诺或保证具有“禁反言”的效果，争端各方应该遵守。

4.3 小结

我国坚持通过非法律方法解决海洋争端的一贯立场在如今复杂的海洋形势面临着挑战。在《公约》的争端解决机制中，应该看到海洋法法庭临时措施能够促进海洋争端的解决，不要求我国选择海洋法法庭作为实体问题解决机构且与国际法院相比，海洋法法庭临时措施的遵守效果更好。我国应该注重对临时措施的研究应用。对于我国已经按照《公约》第298条第1款声明不接受《公约》强制程序的争端，涉及我国重大国家利益，我国应坚持通过政治方法解决，而对于该类争端以外的争端，尤其对于近年来经常发生的我国渔船、渔民在他国专属经济区被捕事件，可以尝试提交给附件七仲裁法庭，然后向海洋法法庭或附件七仲裁法庭请求临时措施并积极提供证据证明法庭具备采取临时措施的条件。为了防止他国对我国提起临时措施，我国在专属经济区行使主权权利和管辖权时，应注意权利的行使力度，防止他国对我国提起临时措施程序。对于我国不愿提交《公约》强制程序的案件，可事先与争端另一方达成协议或协定将《公约》的强制程序替代或排除。当我国作为临时措施的被请求方时，可在临时措施程序中提出反请求或主动进行保证并且应努力争取使用和平方法解决争端。

结 论

海洋法法庭临时措施是《公约》争端解决机制的一部分，因此海洋法法庭规定临时措施的条件受到《公约》第十五部分争端解决机制的影响。另一方面，海洋法法庭临时措施也促进了《公约》所维系的海洋法秩序的稳定。由于海洋法法庭在临时措施阶段更关注争端各方的权利保全或防止海洋环境的严重损害而非案件实体问题，所以在临时措施的规定条件是否满足的问题上，海洋法法庭倾向于支持原告的观点。在临时措施的内容上，海洋法法庭为了实现其目的有时需要超越请求规定临时措施，但由于临时措施会对争端各方施加义务，因此这种权利的行使必须十分谨慎。对于近年来常发生的我国渔船、渔民在他国专属经济区被扣留的事件，我国可以考虑主动运用临时措施来维护我国渔民的权益。另一方面，当我国作为临时措施的被请求方时，我国可以通过提出反请求、主动进行保证等方式维护我国的合法权益。

参 考 文 献

一、著作类

中文著作及译著类

- [1] 白桂梅. 国际法. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [2] 陈德恭. 现代国际海洋法. 北京: 中国社会科学出版, 1988.
- [3] 傅昆成. 海洋法相关公约及中引文索引. 厦门: 厦门大学出版社, 2005.
- [4] 高健军. 《联合国海洋法公约》争端解决机制研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [5] 高之国, 张海文, 贾宇. 国际海洋法发展趋势研究. 北京: 海洋出版社, 2007.
- [6] 金永明. 海洋问题专论 第1卷. 北京: 海洋出版社, 2011.
- [7] 金永明. 中国海洋法理论研究. 上海: 上海社会科学院出版社, 2014.
- [8] 金永明. 东海问题解决路径研究. 北京: 法律出版社, 2008.
- [9] 吴慧. 国际海洋法法庭研究. 北京: 海洋出版社, 2002.
- [10] 薛桂芳, 胡增祥. 海洋法理论与实践. 北京: 海洋出版社, 2009.
- [11] 薛桂芳. 联合国海洋法公约与国家实践. 北京: 海洋出版社, 2011.
- [12] 张海文. 《联合国海洋法公约》与中国. 北京: 五洲传播出版社, 2014.
- [13] 赵海峰. 国际司法制度初论. 北京: 北京大学出版社, 2006.
- [14] E. M. 鲍基斯著. 孙清等译. 海洋管理与联合国. 北京: 海洋出版社, 1996.
- [15] 张海文著. 魏怡译. 《联合国海洋法公约》与中国(英). 北京: 五洲传播出版社, 2014.

英文著作

- [16] Jerzy Sztucki. *Interim Measures in the Hague Court: An Attempt at a Scrutiny*. Kluwer Law and Taxation Pub, 1983.
- [17] J.G. Merrills. *International Dispute Settlement*. London Sweet and Maxwell, 1984.
- [18] Natalie Klein. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge University Press, 2009.
- [19] Natalie Klein. *Maritime Security and the Law of the Sea*. Oxford University Press, 2011.
- [20] Myres McDougal. *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*. Springer, 1987.
- [21] Majorie B. Paulsen. *Law of the Sea*. Nova Science Publishers Inc, 2007.
- [22] P. Chandrasekhara Rao, Rahmatullah Khan. *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*. Brill, 2001.
- [23] P. Chandrasekhara Rao, Philippe Gautier. *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary*. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

[24] Shabtai Rosenne, Louis B. Sohn. United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary. Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

[25] Shabtai Rosenne. Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. Oxford University Press, 2004.

二、期刊类

中文期刊

[26] 陈万平. 我国海洋权益的现状与维护海洋权益的策略. 太平洋学报, 2009(5).

[27] 葛冠群. 论《联合国海洋法公约》中的“谈判”与“交换意见”义务. 研究生法学, 2011(26).

[28] 管建强. 论中日东海划界、领土争端解决的法律方法. 学术界, 2010(3).

[29] 古俊峰, ZHANG Zhiyun. 中国根据《联合国海洋法公约》第 298 条发表排除性声明的法律效果分析. 中国海洋法学评论, 2007(2).

[30] 关晶. 论国际海洋法法庭的临时措施管辖权. 中国海洋法学评论, 2007(1).

[31] 何田田. 论国际海洋法法庭临时措施—以《联合国海洋法公约》第 290 条适用为中心. 武大国际法评论, 2014(1).

[32] 何田田. 菲律宾提交“南海问题国际仲裁”的国际法分析. 太平洋学报, 2013(12).

[33] 贾宇. 南海问题的国际法理. 中国法学, 2012(6).

[34] 李文杰. 被告方“初步反对的权利”在中菲南海争端案中的运用. 河南财经政法大学学报, 2014(4).

[35] 李文杰, 张丽娜. “初步反对的权利”研究及在我国海洋纠纷中的运用. 社会科学, 2014(4).

[36] 李洁宇. 论中国如何利用《联合国海洋法公约》有拘束力争端解决制度. 行政与法, 2014(6).

[37] 李靖宇, 刘琨. 关于环黄海区域的国家安全问题探讨. 东北亚学刊, 2012(1).

[38] 刘延华. 中韩启动海域划界谈判有利东亚和平稳定. 世界知识, 2016(2).

[39] 欧斌, 毛晓磊. 论国际海洋法庭临时措施. 外交评论, 2006(87).

[40] 潘晓琳. 《联合国海洋法公约》体系下的国际海洋争端解决机制. 兰州大学学报(社会科学版), 2014(6).

[41] 潘俊武. 剖析 1982 年《联合国海洋法公约》中的强制争端解决机制. 法律科学, 2014(4).

[42] 邱昌情. 中国与周边国家的渔业纠纷及其对中国周边外交的影响. 社会主义研究, 2013(6).

[43] 孙立文. 《海洋法公约》争端解决机制的强制性及其对中国海洋争端解决的意义. 外交评论, 2014(4).

[44] 孙立文. 海洋法争端解决机制与中国海洋争端解决政策的选择. 太平洋学报, 2011(9).

- [45] 斯琴. 论国际海洋法法庭的地位和作用. 内蒙古电大学刊, 2003 (6).
- [46] 邵沙平, 冯雅因. 国际法院指示临时措施法律问题研究. 外交评论, 2012 (2).
- [47] 宋杰. 法律视角下的“南海争端”一含义与解决的技术性建议. 当代法学, 2012 (4).
- [48] 谭宇生. 新马填海争端的国际法思考. 国际论坛, 2008 (2).
- [49] 王秀卫. 我国海洋争端解决的法律思考:《联合国海洋法公约》座谈会观点综述. 中国法学, 2012 (6).
- [50] 杨曙东, 孟子群. 菲推国际仲裁的海洋法机制应对. 重庆大学学报, 2015 (4).
- [51] 杨承甫. 论提交强制裁判程序前的“交换意见”义务. 研究生法学, 2014 (6).
- [52] 易显河. 《联合国海洋法公约》下的自愿与强制调解. 法治研究, 2013 (4).
- [53] 姚莹. 解决中日东海争端的司法路径探析. 当代法学, 2011 (3).
- [54] 余民才. 海洋争端强制仲裁程序及我国的应对策略—以中菲南海争端强制仲裁事件为例. 法商研究, 2013 (3).
- [55] 张丽华, 姜鹏. 制衡冲突: 解决中日东海权益争端之战略与对策. 东北亚论坛, 2014 (6).
- [56] 张丽娜. 国际海洋法法庭临时措施管辖权的影响因素. 社会科学辑刊, 2014 (5).
- 外文期刊
- [57] A.O. Adede. Settlement of Disputes Arising under the Law of the Sea Convention .The American Journal of International Law, 1975, 69(4).
- [58] Bernard H. Oxman. Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction .The American Journal of International Law, 2001, 95(2).
- [59] Barbara Kwiatkowska. Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea M/V Saiga Case. Ocean Development and International Law, 1999, 33(1).
- [60] Barbara Kwiatkowska. The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism .The International Journal of Marine and Coastal Law, 2003, 18(1).
- [61] Cesare Romano. The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come ...Like It or Not .Ocean Development and International Law, 2001, 32(4).
- [62] Churchill, R. R. International Tribunal for the Law of the Sea the Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan): Order for Provisional Measures of 27 August 1999. International and Comparative Law Quarterly, 2000, 49(4).
- [63] Francisco Orrego Vicuna. International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems. The International Journal of Marine and Coastal Law, 2007, 22(3).
- [64] Louis B. Sohn. Peaceful Settlement of Disputes in Ocean Conflicts: Does UNCLOS III Point the Way? Law and Contemporary Problems, 1983, 46(2).
- [65] Natalie Klein. Provisional Measures and Provisional Arrangements in Maritime Boundary

Disputes .The International Journal of Marine and Coastal Law, 2006, 21(4).

[66] Moritaka Hayashi. The Southern Bluefin Tuna Cases: Prescription of Provisional Measures by the International Tribunal for the Law of the Sea. Tulane Environmental Law Journal, 2000, 13(2).

[67] Shabtai Rosenne. International Tribunal for the Law of the Sea: 1998 Survey. International Journal of Marine and Coastal Law, 1999, 14(4).

[68] Yang, Haijiang. Current Legal Developments 1982 Law of the Sea Convention. International Journal of Marine and Coastal Law, 2005, 20(1).

三、案例

[69] Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), Interim Protection, Order of 11 September 1976, ICJ Reports 1976.

[70] Barbados v. Trinidad and Tobago, PCA Case, Award of the Arbitral Tribunal, 11 April 2006.

[71] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate opinion of Judge Jesus.

[72] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Declaration of Judge Anderson.

[73] Case Concerning Land Reclamation (Malaysia v. Singapore), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 8 October 2003.

[74] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), PCIJ, Interim Measures, Order of 12 July 1973.

[75] LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2001.

[76] Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain), Objections to the Judgment of the Court, Judgment, PCIJ Series A.

[77] North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ Reports 1969.

[78] Passage Through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ Report 1991.

[79] South West Africa Case (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962.

[80] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Note Verbale of the Embassy of the Russian Federation in Berlin, 22 October 2013.

[81] The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 22 November 2013.

[82] The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 15 December 2012.

[83] The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 24 August 2015.

[84] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 3 December 2001.

[85] The “Mox Plant” Case (Ireland v. United Kingdom), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Wolfrum.

[86] The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 11 March 1998.

[87] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao.

[88] The M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 23 December 2010.

[89] The M/V “Virginia G” Case (Panama v. Guinea-Bissau), ITLOS, Judgment of 14 April 2014, 153.

[90] The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China, PCA Case, Final Transcript Day 1, Hearing on the Merits and Remaining Issues of Jurisdiction and Admissibility, 24 November 2015.

[91] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), PCA Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000.

[92] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Order of 27 August 1999.

[93] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Response of the Government of Japan to Request for Provisional Measures.

[94] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Liang.

[95] The “Southern Bluefin Tuna” Case (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS, Request for Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Shearer.

四、网络资源

[96] International Tribunal for the Law of the Sea, The Tribunal.

<https://www.itlos.org/the-tribunal/>, 2016-4-5.

[97] 中韩海域划界首轮会谈成功举

行. http://www.fmprc.gov.cn/web/wjtb_673085/zygy_673101/liuzhenmin_673143/xgxw_673145/t1326878.shtml, 2015-12-22/2016-4-6.

[98] 中国依《联合国海洋法公约》第 298 条规定提交排除性声

明.<http://wcm.fimprc.gov.cn/pub/chn/gxh/zlb/tyfg/t270754.htm>,2016-4-5.

致 谢

时光飞逝，两年的研究生生活转眼间已将要结束。回想往事，历历在目，心中不禁感慨万千，需要感谢的人太多，需要珍藏的回忆太多。

首先，感谢我的家人，感谢你们对我学习和生活上的支持与奉献，让我安心踏实地度过了充实幸福的两年。

其次，感谢教授我们专业课的各位老师。在这里要特别感谢我的导师曲波老师，她关心我们的生活，也以身作则的教导我们做学问必须严谨细致。

感谢我的母校大连海事大学，在这两年里为我们提供了良好的学习场所和丰富的资源，让我们不断发展自己和充实自己。

接着感谢我的同门及室友严领萍、邬倩倩、吴頔对我论文写作的启发、帮助以及生活上的关怀。

是你们让我变成一个更好的自己，衷心对你们表示感谢！

作者简介

姓 名：吴文平

性 别：女

出生年月：1991.1

民 族：汉族

籍 贯：山东烟台

研究方向：国际法学

学习经历：2010.9-2014.7，本科就读于山东财经大学，专业，法学；
2014.9-2016.7，研究生就读于大连海事大学，专业，法学。