

论领土主权的定局性*

——中国钓鱼岛群岛主权之国际法再思辨

孙传香

(武汉大学中国边界研究院 武汉 430072)

摘 要:领土主权,在满足国际法的程序与实体要件的前提下形成。领土主权分为原始主权和继受主权,没有原始主权的终结即无从产生继受主权。早期国际法承认“发现”即产生完整的领土主权,而现代国际法则要求新领土主权的产生必须满足“发现—占领”原则。中国依据上述原则取得钓鱼岛群岛的领土主权且具有定局性。通过对中国钓鱼岛群岛领土主权的定局性进行探讨,有利于理解与维护中国相关争议区域的领土主权,并对维护中国的领土主权和国家利益具有极其重要的现实意义。

关键词:领土主权;定局性;钓鱼岛群岛

钓鱼岛群岛自古以来是中国的固有领土,但目前被日本非法控制。从国际司法判例及仲裁裁决来看,判决给予实际控制者更多的权利砝码,钓鱼岛群岛目前的形势对我国来说是严峻的。钓鱼岛群岛主权的归属不仅关涉其本身去向,而且影响中日两国在东海大陆架的划界。有关钓鱼岛群岛的主权归属方面的研究可谓“前人之述备矣”,笔者拟从一个新的角度,即领土主权的定局性对该群岛的主权归属做一尝试性的分析。从领土主权的定局性这一新的视角,以国际法对领土主权的确认与变更为切入点,对钓鱼岛群岛主权的中国属性做一较深入的研究,以期对领土主权的理论研究向纵深发展起一抛砖引玉之作用,同时也对中国外交等实务部门提供有力的理论支撑。

1 领土主权之定局性:概念与解析

“领土主权(territorial sovereignty)是指国家对其领土范围内的人和物所行使的最高的和排他的权力^{[1]84}”。从语义学角度分析,领土主权可以理解为一国对其管辖范围内的领土所有权以及对其领土范围内人和物的控制权。虽然有学者反对将领土主权与罗马法的所有权作太多的类比,谓,在领土的取得与丧失方面求助于罗马

法和国内法有诸多危险^{[2]144}。但奥地利国际法学家菲德罗斯等的著作表明,领土主权是同罗马法的所有权相关联而形成的^{[3]321}。梁西教授更是认为,国家的领土主权包括领土所有权、领土管辖权和领土主权不容侵犯等内容^{[4]151-153}。可见,领土所有权正是领土主权的应有之义。

领土所有权在一国取得后,如果该取得行为符合行为发生时的国际法,无疑会产生所涉土地的领土主权。在罗马法里,法律对行为人对物之占有并无实际占有或登记生效之要求,占有一经完成即可产生领土主权,且这种主权是定局性的。意即,在主权拥有者平稳占有之时或未明确表示放弃之前,非依国际法之规定,他国不得对相关土地进行第二次占有和取得。领土主权的定局性涵摄领土主权的绝对性与相对性两个方面,绝对性表明领土主权的排他性;而相对性则表明领土主权在符合国际法条件时的可变更性,由于当代国际法摒弃武力或武力威胁作为主权变更之手段,领土主权的相对性已逐步让位于绝对性。也就是说,在没有满足国际法创设的要件的前提下,一国的领土主权是定局性的,其地位是不容改变的。格劳秀斯在其巨著《战争与和平法》中引用艾索克里提斯(Isocrates)的话说,斯巴达人定下了一条为所有

* 基金项目:教育部新世纪人才支持计划项目“国际法上的领土争端解决机制研究”(项目编号:NCET-08-0426)阶段性成果。

国家承认的规则,那就是,通过时间的久远取得对私人财产及土地的权利是如此牢固,以致无法推翻。^{[5]152}艾索克里提斯的话一语道破了领土主权定局性的真正内涵。

2 中国钓鱼岛群岛主权定局性分析

2.1 领土主权的定局性同先占与时效的关系

领土主权的形成同先占与时效有密切关系,虽然,“在某些个案中,很难确定取得时效与有效占领之间的差异”^{[6]147}。但是,由于现代国际法已摒弃时效作为取得领土的方式,在先占与时效之间作出区分就显得异常重要。《奥本海国际法》把先占定义为占领,是一个国家的占取行为,通过这种行为该国有意识地取得当时不在其他国家主权之下的土地的主权。因此,占领是一种原始取得方式,因为主权不是来自另一国的^{[7]74}。可见,先占是在发现的基础上加以占领而产生领土主权的。诚如学者所言,那些越来越倾向用简单的表达方式“占领”代替“发现—占领”的作者不应该忽略这样一个事实,即在先占这个原则中,占领是以发现为先决条件的^{[8]224}。

而于时效,在国际法上是指“在足够长的一个时期内对一块土地连续地和不受干扰地行使主权,以致在历史发展的影响下造成一种一般信念,认为事物现状是符合国际秩序的,因而取得该土地的主权”^{[7]388}。显然,时效取得是一种构成对原主权者的主权竞争行为,它并不导致继受主权的产生。虽然时效制度在弱肉强食的年代也曾占有一席之地,但其合法性一直受到质疑,简言之,现代国际法认为“时效涉及的是非法占有别国的领土”^{[9]103}。“自从有国际法以来,一直有人反对以时效作为一种取得领土的方式”^{[7]387},19世纪的 Heffter、F. de Martens 和 Rivier 等明确否认时效取得是国际法上的一项制度,布朗利更是将时效制度喻为一篇“墓志铭”,认为国际法是否存在时效制度是值得怀疑的^{[6]150}。

综上所述,在发现的基础上先占行为是形成领土主权的最重要方式之一,而时效则不能导致领土主权的产生。中国最迟在14世纪时即发现了钓鱼岛群岛,此后继续加以有效占领和平和管理,完全符合近代国际法“发现—占有”的领土取

得原则,中国当然取得钓鱼岛群岛的主权。

2.2 领土主权定局性的基本内涵

我们可以从领土主权的客体、主体和主权者的意思表示三方面对领土主权的定局性进行分析。

2.2.1 客体

从理论上分析,领土主权可以有原始主权和继受主权之分。原始主权起源于先占,而继受主权唯以原始主权的化解为前提和基础。产生领土主权所需的客体要素最为学术界所关注,《奥本海国际法》对先占的定义表明,先占的客体是“不在其他国家主权之下的土地”,菲德罗斯等则表示先占的客体还包括前述领土相应的附属领海^{[3]340}。显然,无论土地抑或其附属领海,成为先占客体的基本前提应该是:该土地不在其他国家主权之下,即“无主地”。这种无主地可以是自始无主,也可以是原主权者明确放弃之地。正如菲德罗斯等明确指出的那样,(先占取得的)领土必须总是没有国家的(无主土地)或者又成为没有国家的^{[3]340-341}。

《奥本海国际法》在对“无主地”作分析时认为,占领的客体只限于不属于任何国家的土地,这种土地或者完全没有人居住,或者虽然有土著居民,但该土著社会不被认为是一个国家。《奥本海国际法》从领土归属的角度将占领的客体限于不属于任何国家的土地的观点无疑是正确的,但其后在说明不属于任何国家的土地的性质时所持的观点却值得商榷。从其定义可以看出,《奥本海国际法》把不属于任何国家的土地分成2类:一类是完全没有有人居住;另一类是虽然有人居住但未形成国家。对于后者,在西欧殖民时期,未形成国家的土地往往成为殖民国家的先占客体,这已为传统国际法所认可。而于前者,如果简单地将“完全没有有人居住的土地”视为“无主地”则无疑是站不住脚的。因为即使是在科技高度发达、人类生存能力显著增强的现代社会,地球的陆地表面某些区域至今仍然人迹罕至,更何况还有沿海国的领海呢?1928年帕尔玛斯仲裁案、1931年克利柏顿仲裁案无一例外地肯定:任何国家权力都不是每时每刻及于它的每一部分土地的^{[10]55}。可见,将“完全没有有人居住的土地”

与“无主地”相等同的观点无疑是不科学的。至此,我们可以得出一个基本结论,无主地是指没有形成国家或不属于任何国家的土地,而绝不是没有人居住的土地。领土主权只可能形成于无主地,有主地或者是主权者暂时离开的无人地都无法产生领土主权。

中国最迟在14世纪发现钓鱼岛群岛,其后的几百年内没有任何国家或组织提出主权抗辩的事实足以证明,钓鱼岛群岛在中国发现时为无主地,中国按照发现时的时际国际法通过“发现”原则取得主权。而日本在19世纪80年代欲将其编入日本时,所涉领土已经由中国统治了数百年之久。

2.2.2 主体

先占作为一个国家行为,并不是任何主体都可以通过对无主地的发现或占领而取得其主权的。能完成先占行为的主体只能是国家以及代表国家或政府行事的组织和官员,而不代表政府行事的个人行为不具有先占的能力和效果。我国从明朝洪武5年(1372年)开始至清朝光绪5年(1879年),共向琉球派出册封使24次。这些册封使均由官方派出,随身携带由代表最高国家权力机关的皇帝颁发以诏示其全权代表的身份的敕诏,体现他们代表国家和政府行事的特殊身份。这些册封使在其述职报告反复记录钓鱼岛群岛的有关情况正是官方行为,具有国家性质,是建立和宣示国家领土主权的法律行为。

2.2.3 占领的意思表示

与先占的客体作为一种客观存在不同的是,要求主体在占领过程中体现出的“占领”意思表示并没有得到大多数国际法学家的公认。布朗利直言不讳地说,占领意向的概念由于可能产生比其能解决的问题更多的问题而声名狼藉……要在许多只具有些许关联的独立活动中寻求一种特殊的、连贯的意图是不现实的^{[6]134}。尽管如此,中国对钓鱼岛群岛主权宣示的意思表示仍然是明显而充分的。我国历次派往琉球的册封使录,不仅对有关钓鱼岛群岛的情况进行了详尽的记录,而且在“与此同时或稍后,还将册封使录镂版印刷,向国内外公开发布”^{[11]42},这些公开发行的官方文件还得到“有关国家的认可或征引”。

2.3 领土主权的定局性和领土的后续占领与管理

现代国际法主流思想认为,仅仅发现一个领土再加以兼并的宣告(而并不继以占领)决不能作为取得领土主权的基础^{[3]342}。然而远在15世纪、16世纪,单纯的发现即能赋予完整的主权^{[12]126}。如,在欧洲,当时航海业非常发达的西班牙和葡萄牙,就是以罗马教皇发布敕令的方式获得了新发现的地区之主权。而在比这更早的中国明洪武5年(1372年),明太祖即派遣杨载以建元诏告琉球时即登上钓鱼岛并在岛上设立了明界大碑,开始对钓鱼岛群岛的有效管辖,这不仅有发现的效果,更是表示占领的意思。如前所述,杨载是明朝官方派出的全权代表,持有全权证书,其作出的行为无疑归属于明朝政府。由此可见,在无主地的取得方式上,中国早在国际法的萌芽阶段就与现代国际法的要求基本接轨,其行为无疑产生了完整的领土主权。

发现后的实际占有、使用与管理能够使得领土主权的定局性得以加强。国际法上的“占领”渊源于罗马法的Occupatio,在罗马法里,对某事物的控制并不必然要求对该物的实际定居和通过具有外部表征意义的动作持有^{[6]133}。在土地被发现后,国家在通常情况下应该移民该地。“至少是在大面积的可居住的地区,必须在该土地上移民定居,……但它不适用于,例如,近海的小岛”^{[7]144}。胡伯在帕尔马斯案中指出,占领甚至可以间接地通过一个土著的封臣来实施支配。菲德罗斯说,“关于实行必要的支配程度,视人口的密度和其他情况而定,这是没有争论的,在无人居住岛屿的情况下,象征性的占领就已足够,例如升起一面旗”^{[3]341-342}。布朗利则更是确认,对无主地加以占领所必需的国家行为的强度,要显著地小于那种同时存在某一对该土地感兴趣的竞争者的土地^{[6]134}。中国钓鱼岛群岛远离中国大陆,面积异常狭小,环境不宜居住,且在长达500多年的时间里没有任何其他国家提出主权抗辩,其自然与人文特征完全满足上述国际法学者提出的所有标准。

然而,尽管钓鱼岛群岛的自然环境如此恶劣,中国先人在钓鱼岛群岛及其附近海域实施占

领与管理的翔实记录仍不鲜见。在杨载设立明朝界碑以后,中国各朝根据钓鱼岛群岛的特点对其实施了有效管辖。主要体现在:① 控制:中国从明初起历朝政府将钓鱼岛群岛列入中国版图并对世宣告;将钓鱼岛群岛列入海防;先后 24 次派遣册封使巡行,反复设立标桩以昭示主权。② 使用:将钓鱼岛群岛作为航标;将钓鱼岛群岛附近的海域开辟为中国的主要渔场之一,中国台湾渔民世代在钓鱼岛群岛海域捕鱼作业且一直得到周边国家的尊重。因此,无论是官方还是民间,不论政治抑或经济,即便是从现代国际法理要求来看,中国也已经最低限度地实现了占有,而对于当时的历史条件来说无疑已经最大限度地实现了有效占有。中国在东海包括钓鱼岛群岛的主权历经 500 多年一直没有受到任何威胁与挑战,这也从反面论证了我国对上述领域实施管辖的有效性。中国的有效管辖与使用,进一步加强与巩固了中国对钓鱼岛群岛具有定局性的领土主权。

3 日本对钓鱼岛群岛的主权挑战:影响与效果

3.1 对领土主权的挑战

领土主权的终结是指主权挑战者在原主权者取得领土主权后对其领土主权的变更或终止。日本对中国钓鱼岛群岛的主权挑战行为能否导致中国原有领土主权走向终结?我们将从以下几个方面展开分析。

3.1.1 主权竞争者的主观意志

我们在论述先占的客体时强调其“无主性”,即要求所涉土地没有在先主权者的统治。对于既无人现时居住,又无人居住或活动的痕迹的土地,现代国际法的基本原则之善意履行国际义务要求竞争者对此作出没有国家管理的谨慎确认,以避免构成对他国领土的非法侵占。对于那些有明显人类活动痕迹,有确切国界标桩的土地,当然应该确认为该土地为“有主地”,如果对这种领土加以占领即与人类良知和正义相背驰,西塞罗在《论义务》一书中质问道:“剥夺一个物主的土地,而该土地很早以来就一直被他安稳地占有,怎么可能会是正义的呢”^{[5]153}? 日本政府于

1885 年在两度接到冲绳地方官欲请求批准调查钓鱼岛群岛的申请后认为,对钓鱼岛群岛的开发及设置国标仍需等待其他时机,并且特别强调千万不能将有关钓鱼岛群岛港口的调查记录公布在官方文件和报纸上^{[8]249}。其主观意识可谓隐蔽而且卑劣,这种非法行为当然不产生任何权利。

3.1.2 主权竞争者导致的临界期问题

临界期(critical date)通常被学界译为关键日期,其准确与否笔者暂且不论,但这种翻译确实令人颇为费解。费解之因有二:一是临界期并不一定是时间点,有时可能涉及一个时间段,如在 1988 年“塔巴仲裁案”中,仲裁庭要寻求的是一个“关键时期”,而非“关键日期”,日本侵占中国钓鱼岛群岛采取的是秘密窃取的渐进方式,而不是在短时间内迅速控制相关区域的;二是关键日期不如临界期那样能鲜明地反映所涉领土主权的变化过程,因为一旦确定了临界期,那么其前后的主权行使状况会出现明显的断层。而于关键日期,主权竞争双方会主张对自己有利的互不相同的关键时刻,从而使有关领土主权的争端更趋复杂。例如,在 1953 年的“明基埃群岛和埃克里荷群岛案”中,法国声称要求法院将这些岩礁小岛在历史上的某一时期作为关键日期,而英国却抗辩说此日期后的一个时期才是关键的。双方见仁见智,法院莫衷一是。而在临界期得以确认之后,我们即可将某一领土争端划分为 2 个不同的时期:主权独立行使时期和主权遭遇挑战时期。对临界期作出界定的意义,正如菲茨莫里斯在“明基埃群岛和埃克里荷群岛案”中所说的那样:在该日期(即临界期),时间被认为是停止了,其后发生的任何事情都不能改变那里存在的情况。他还进一步阐述道,如果它们中的一方过去有了主权,它现在就仍然有^{[7]92}。菲茨莫里斯一席话正是对领土主权定局性的形象描述。中国钓鱼岛群岛,自日本于 1875 年对该群岛开展秘密调查至 1895 年借甲午战争中国战败之机吞并,钓鱼岛群岛的主权问题进入了一个临界期并且延续至今,按着菲茨莫里斯的观点,日本在 1894 年以后在钓鱼岛群岛的所有行为以及后来美国的相关活动都不能改变中国对钓鱼岛群岛具有定局性的主权地位。

3.2 对领土主权的冲击与影响

自罗马法以来,很多国家的民法都把错误、诈欺、强迫和重大损害认为是一种原始的瑕疵(vitia originis)。这些原始的瑕疵排除契约当事人的自由意思,从而否定意思表示的实际一致^{[13]208}。虽然国际法将“同意”作为国家责任的免责情况之一,但要求这种“同意”的意思表示必须是在自由而非强迫的条件下作出的。在意思表示自由的前提下,一国可以通过明示放弃或默示接受使其丧失原有的领土主权。明示放弃必须是明确无误地用语言或文字表达放弃原有领土主权,至于默示方式,国际法向来反对以推断方式得出对方默示的意思表示。格劳秀斯说,如果沉默要被看做是一个放弃财产的有效推定,必须满足2个要件:一是沉默是在知道事实真相的情况下保持的;二是相关人员在保持沉默时是有充分的意志自由的。在对事实真相不了解的情况下所保持的沉默是没有任何意义的,并且,一旦存在任何其他理由,存在自由同意的推定就无法成立^{[5]156}。

中国在19世纪末至20世纪中期,先后经历了甲午中日战争、1900年八国联军入侵、第一次世界大战、1931年日本侵华战争、1937年开始并持续八年的抗日战争(第二次世界大战)以及国内战争等多场战争浩劫,备受以日本等列强的残暴蹂躏而致内外交困,在自然地理环境及社会客观环境的双重制约下,中国完全被剥夺了自由表达意思的能力,在钓鱼岛群岛及附属海域的行政管理方式和力度也作了适度调整。然而,这些因情势变更而作出的变化仍然满足现代国际法的要求。胡伯曾指出,领土主权的行使,的的确确可以根据时间和空间的不同情况而采取不同的方式。……我们不可能要求一国的主权在其领域内每时每刻而无处不在。一般来说,对于那些不适宜人居住的偏僻之地,少量活动也就足够了。布朗利也引用菲茨莫里斯的话说,尽管维持一个适当的行政管理行为是显示主权的有力证据,但将这种行政管理作为主权存在的绝对条件而强加给主权者的做法则是令人质疑的^{[6]137}。尤其是,日本对钓鱼岛群岛的侵占采取了秘密的渐进手段,战后美日关系的非正常迅速转变,也使

中国丧失了诸多独立表达意思的机会。因此,上述时期决不能视为中国默然不语的阶段,借此作出中国默示同意的结论则更属荒谬。

当然,明示放弃也是终结领土主权的一个重要原因。明示放弃的构成要件与占领是一致的,《奥本海国际法》将放弃的构成要件分为物素和心素两个方面:第一,领土的实际舍弃;第二,抛弃该领土主权的意思。只要领土所有者应该被推定还有重新占有该领土的意志和能力,单单实际上的舍弃就不构成放弃^{[7]397}。菲德罗斯等也认为,在占领完成时,占领者对其所占领的领土取得领土所有权。当暂时离去这个领土时,只要还没有抛弃行为,领土主权仍然继续存在^{[3]341}。中国对钓鱼岛群岛的主权统治持续了几百年,从未以任何方式放弃其主权(《马关条约》的割让条款被《开罗宣言》以及《波茨坦公告》所颠覆)。

3.3 领土原主权者的抗辩

那么,哪些行为可以打断一主权竞争者和平地并不受干扰的占有呢?布朗利认为,原则上,这个答案是明确的,即任何缺乏默认的行为,也就是说,抗议就完全足够^{[6]148}。在美国与墨西哥的“卡米日尔仲裁案”(Chamizal arbitration)中,美国声称其基于时效原则对里奥格兰德的一片土地拥有领土主权。但美国的要求未获仲裁庭的支持,因为它对该幅土地的占领并不是没有受到任何挑战。该仲裁案的委员意见表明,墨西哥提出的外交抗议阻止了美国领土主权的产生。

当一国部分领土遭受主权竞争者行为时,国际法不存在要求原领土主权的拥有者在规定时间内将相关争端提交政治或法律解决的强行法规定,也就是说,国际社会不存在类似国内法中的诉讼时效制度,不将争端提交司法解决并不影响其领土主权者的地位。有学者认为,即便没有原主权者的默许,只要有时间的流逝以及未被强行方式的自助行为打断,时效依然能产生主权;或在某种情况下的推定默许也能得出上述类似效果。布朗利对此观点的意见是,对于非法行为所造成的情势,法律不赋予其能产生权力的时效。由于其不是出于善意,因此也不能因其貌似可靠而视为国际法基本原则^{[12]143-144}。

竞争一方所作出的有利对方而于己不利的行为时,视为对方当然的有利证据。在中日钓鱼岛群岛争端中,日本政府有诸多行为构成其所谓主权主张的相反行为:日本最早有关钓鱼岛的文字记载,是1785年日本学者林子平所著《三国通览图说》,该图采用中国的“钓鱼岛”为岛名,并将钓鱼岛群岛和中国的福建、浙江用同样的淡红颜色标出,而古米岛则同琉球一样为黄褐色,清楚显示它们是2个国别区域,并且林子平在古米岛下加注说“琉球西南方界上镇山”。1875年,日本出版的《府县改正大日本全图》也将“黑水沟”(即冲绳海槽)作为中国与琉球的分界线,琉球不包括钓鱼岛群岛。1879年,中国清朝北洋大臣李鸿章与日本就琉球归属谈判时,中日双方仍确认,琉球是由36岛组成的,其中根本不包括钓鱼岛群岛。1939年日本出版的《大日本府县别地图地名大览》中标记的“钓鱼岛”而不是“尖阁列岛”。

4 结束语

通过对领土主权的形成要素与终结的分析研究,我们可以得出这样一个结论:中国对钓鱼岛群岛的主权具有定局性。日本对钓鱼岛群岛的领土主权主张违背了国际法“发现—占领”原则,无法通过早已被国际法废弃的时效制度来获取钓鱼岛群岛的主权。在中国不放弃,始终抗议,适时宣示主权的前提下,任何第三方所作出的行为甚或事实上的占有都不能改变钓鱼岛群岛主权归属中国的法律属性。

参考文献

- [1] 杨泽伟. 主权论:国际法上的主权问题及其发展趋势研究[M]. 北京:北京大学出版社,2006.
- [2] I. A. SHEARER, *Starke's International Law*. 11th edn., Butterworths, 1994.
- [3] 阿尔弗雷德·菲德罗斯,斯特凡·菲罗斯塔,卡尔·策马内克. 国际法(上册)[M]. 李浩培,译. 北京:商务印书馆,1981.
- [4] 梁西. 国际法[M]. 武汉:武汉大学出版社,2001.
- [5] 格劳秀斯. 战争与和平法[M]. [美]A. C. 坎贝尔,英译. 何勤华,李春林,张美成,等译. 上海:上海人民出版社,2005.
- [6] IAN B. *Principles of Public International Law*. 6th edn, Oxford University Press, 2003.
- [7] 詹宁斯,瓦茨. 奥本海国际法(第一卷第二分册)[M]. 王铁崖,李适时,汤宗舜,等. 北京:中国大百科全书出版社,1998.
- [8] TAO CHENG. *The Sino-Japanese Dispute Over the Tiao-yu-tai (Senkaku) Islands and the Law of Territorial Acquisition*. *Virginia Journal of International Law*, 1974, 14(2).
- [9] 邵津. 国际法[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000.
- [10] 梁淑英. 国际法教学案例[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [11] 吴天颖. 甲午战前钓鱼列屿归属考:兼质日本奥原敏雄诸教授[M]. 北京:社会科学文献出版社,1998.
- [12] HALL. *International Law*, 8th edn. 1924.
- [13] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京:法律出版社,2003.