

## 从时际法的视角论南海诸岛的主权归属

黄明明

(中山大学法学院, 广东 广州 510275)

**摘要：**时际法是一项重要的国际法原则，它强调权利的创设应以与之同时的法律进行判断，权利的存续则应遵循法律发展演变所要求的条件。根据时际法，古代中国对作为无主地的南海诸岛实施了先占，完成了早期国际法对确立领土主权的要求，从而确立了对南海诸岛的完整主权。近现代中国从不同层面持续采取了多项维护主权的措施，且不存在放弃或转移岛屿主权的任何情形。南海诸岛的其他争端国因缺乏对南海诸岛实施先占或有效占领的前提条件，且在多个方面受到国际法相关原则的限制，因而其主权要求是没有任何国际法依据的。

**关键词：**时际法；发现；命名；先占；有效控制

**中图分类号：**D993 **文献标识码：**A

### 一、时际法

在1928年的帕尔玛斯岛仲裁案中，时际法首次被仲裁员胡伯引入国际法领域并适用于对帕尔玛斯岛主权归属的判定。胡伯明确地阐述：“在连续的时间内存在不同的法律体系，究竟哪一个法律应适用于具体的案件，在这一问题上(所谓的时际法)，必须注意区分权利的创设和权利的存续。同理，创设权利的行为应受当时有效的法律所支配，而权利的存续，换句话说权利的持续展示，应当遵循法律演变所要求的条件。”<sup>1</sup>而后，时际法在其他案件中多次被国际司法机构所适用。

简而言之，时际法包含两个构成要素：一是权利的创设应依当时有效的法律来判断；二是权利的存续需满足发展变化了的法律所要求的条件。第一个构成要素的精髓是法不溯及既往，它获得了国际法学的普遍赞同，并且被广泛适用于国际法的其他领域，同时也被1969年的条约法公约所吸收。<sup>2</sup>正如埃利亚斯(Elias)所言，“这一学说可认为已在国际习惯法的不同领域内普遍适用，虽然在某一阶段，它有时被不正确地看作局限于领土取得的问题上，特别是关于领土主权的建立上。”<sup>3</sup>但胡伯所提出的第二个构成要素则广受争议，美国著名国际法学家杰赛普(Jessup)就旗帜鲜明地提出了反对。他断言，第二要素的存在将置任何权利于不确定的危险之中，因为“这样一来每一个国家将不得不时刻检查它的领土的每一部分的权利，以便决定法律的某种变化是否已使得一项相当于重新获得的行为成为必要……其结果将造成混乱。”<sup>4</sup>

<sup>1</sup> The Island of Palmas Case (or Miangas) (United States of America V. The Netherlands), Award of the Tribunal, PCA, 1928, p.14.

<sup>2</sup> 条约法公约第28条规定：“除该条约显示或另经确定有不同的意思外，关于该条约对一个当事国生效日以前所发生的任何行为或事实或已停止存在的任何局面，该条约的规定对该当事国无拘束力。”该条的标题没有使用“时际法”的概念，而是“条约不溯及既往”，李浩培先生认为这是以消极的方式规定了时际法。

<sup>3</sup> T. O. Elias: The Doctrine of Intertemporal Law, The American Journal of International Law, Vol.74, 1980, p.285.

<sup>4</sup> Philip C. Jessup, The Palmas Island Arbitration, The American Journal of International Law, Vol.22, No.4, 1928, p.740.

此种担忧获得了部分国家法学者的认同，例如詹宁斯法官就指出，

“假如时际法的第二要素真的被允许包含比这更多的意思，其结果将不仅仅是使权利失去自身的意义，而且也意味着实际上已经取消了该原则第一要素的效力。可以说，它意味着权利必须在任何时刻重新获得，在这样的情况下，任何权利都将是不确定的，而法律据认为应该达到的目标——稳定性——将会彻底失败。”<sup>5</sup>

劳特派特也认为胡伯的裁决所确立的权的产生和存续之间的区别，明显地背离了一些国际法学家就这一问题所表达的观点。<sup>6</sup>但他没有进一步说明这种传统观点究竟是什么。布朗利教授认为时际法学说内涵的扩张在逻辑上也许不可避免，但人们对它的批评是正确的，必须强调应该非常谨慎地适用这一规则。<sup>7</sup>还有学者指出，胡伯在表述时际法时“所引用的广泛措辞实际上否认了领土取得的有效性依所声称取得当时有效的法律来决定这一规则。”<sup>8</sup>更有甚者，对整个时际法的概念进行了质疑。在2002年喀麦隆诉尼日利亚案的判决中，哈苏奈法官在他的个别意见部分指出，时际法还不是一项得到了准确界定、可以自动适用的国际法规则，它在1969年条约法公约中并无容身之处，在很多司法实践中也遭到了否定。<sup>9</sup>

然而不可否认，国际法是一个动态发展的法律体系，若失去了变革性，就无法获得进步。有学者指出，“现代法律的功能更主要是对既有秩序的革新。……更主要是以一种积极的姿态发挥作用。”<sup>10</sup>时际法第二要素所强调的变革性正好与现代法律之“动态社会秩序，具有未来面向”的特点相契合。而且，在有关领土争端案件中，第二要素作为第一要素的一种特殊运用方式，折射出了仲裁员、法官对于各种社会价值及国际法功能目的的综合考量。<sup>11</sup>

时际法旨在解决不同时期的不同法律制度在某个具体案件上的适用问题，它在国际法领域产生并发展，具有必然性。尽管“单纯运用该原则并不能解决一切问题，富含张力的‘胡伯公式’及其背后的价值权衡始终影响着法院的判断”，<sup>12</sup>但实际情况是国际法上关于领土取得的规则在过去的数个世纪中发生了很大的变化。有鉴于此，领土主权归属的判定必须在时际法之下，具体适用特定期内有效的领土法规则，才可能得出正确的结论。

## 二、时际法第一要素与南海诸岛主权的创设

领土取得的国际法规则在漫长历史中发生了变化，但在国际法发展的最初阶段，先占无疑是国家取得领土的一个有效规则。而时际法第一要素要求权利的创设应依当时有效的法律进行判断。因此，考察中国是否创设了南海诸岛的主权，根据就在于早期中国所实施的行为是否符合先占规则的要求。

### （一）中国具备先占南海诸岛的合法性基础

无主地是先占的对象，构成了先占的合法性基础。若某一土地并非无主地，则不能适用先占规则。而发现和命名岛屿往往能够说明主张国实施先占时该领土的实际状况，是该国先

<sup>5</sup> Robert Yewdall Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1963, pp.30-31.

<sup>6</sup> Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 284. 转引自 T. O. Elias: *The Doctrine of Intertemporal Law*, *The American Journal of International Law*, Vol.74, 1980, p.306.

<sup>7</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7<sup>th</sup> edition), Oxford: Oxford University Press, 2008, p.125.

<sup>8</sup> 周忠海:《中国对南沙群岛的领土主权无可争辩》，载于《海洋与海岸带开发》1990年第2期，第46页。

<sup>9</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, pp.502-503, para.13-17.

<sup>10</sup> 熊赖虎:《时间观与法律》，载于《中外法学》2011年第4期，第692页。

<sup>11</sup> 参见禾木:《国际实践中的时际法问题》，载于《新疆社会科学》2013年第6期，第103页。

<sup>12</sup> 同上，第98页。

占主张成立的有力证据。

在发现是否足以创设领土主权的问题上,国际法无明确规则,而在涉及领土争端的案件中,仲裁庭或国际法院也没有下定论。在帕尔玛斯岛案中,胡伯指出,尽管在遥远的过去,发现或许可以被视为一项实在法规则,但其具体含义是不确定的。一方面它可以是指在没有实施任何占领、甚至是象征性占领的情况下,仅仅发现一块土地就能够产生领土主权而不只是初步权利,即不需要在随后一段合理时间内通过实际和持续占有才能形成完整权利。另一方面,也可以认为没有任何外部行为表现的发现只能创设一种初步权利。<sup>13</sup>他本人认为主流的观点可能是后者,即自19世纪以来,发现所产生的初步权利必须在随后的一段合理时间内通过对该地区的有效占领才能发展为完整的权利。<sup>14</sup>

但也有许多著名的国际法学家认为,在国际法发展的早期阶段中发现具有创设领土主权的作用。例如,马尔科姆说,“在18世纪前,先占、发现可以产生领土主权,18世纪后到19世纪,征服、兼并是领土主权产生的主要途径。20世纪开始,时效则成为一种领土取得方式。”<sup>15</sup>埃利亚斯也认为,“在16世纪,国际习惯法承认,仅仅发现领土便可作为取得权利的原由之一,授予发现人以主权。”<sup>16</sup>韩国学者李锡宇(Seokwoo Lee)则说,“根据18世纪以前的国际法,发现本身就足以为国家在特定领土上建立主权。”<sup>17</sup>

国际法在岛屿的命名问题上同样缺乏确定的规则。有学者指出,命名行为虽不是岛屿主权归属的决定性因素,但该行为能够作为主张岛屿无主地状态的有力证据。<sup>18</sup>

可见,虽然发现和命名在国际法上的效果尚有争论,但它们都能为行为国提供关于所占领土为无主地的证明。从大量详实确凿的历史证据来看,中国无疑是最早发现并命名南海诸岛的国家。这已获得不少国际法专家的承认。<sup>19</sup>例如,三国时代的有关著作里已经有关于西沙和南沙群岛的地形地貌特征描述,而后历代王朝均有相关史料记载中国人民在南海及诸岛进行开发经营的情况和有关岛礁的分布状况,并对这些岛礁进行了命名。<sup>20</sup>这些行为证明了中国对南海诸岛的先占具备合法性基础。

## (二) 中国通过先占确立了对南海诸岛的完整主权

中国对作为无主地的南海诸岛实施了先占,从而确立完整主权。在这一先占过程中,存在一定的特殊性,这在一定程度上解释了为何中国在不同历史阶段会采取特定的主权创设行为。然而,这种特殊性又是合理地存在于国际法的框架中,它并没有导致国际法在处理南海诸岛主权问题上“失效”。

### 1. 东亚国家治理领土的特殊背景

<sup>13</sup> The Island of Palmas Case (or Miangas) (United States of America V. The Netherlands), Award of the Tribunal, PCA, 1928, p.14-15.

<sup>14</sup> Ibid, p.15.

<sup>15</sup> 【英】马尔科姆.N.肖著,白桂梅、高健军、李永胜、梁晓晖译:《国际法》(第六版)(上),北京:北京大学出版社2011年版,第420页。

<sup>16</sup> T. O. Elias, The Doctrine of Intertemporal Law, The American Journal of International Law, Vol.74, 1980, p.287.

<sup>17</sup> Seokwoo Lee, Intertemporal Law, Recent Judgments and Territorial Disputes in Asia, in Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea, edited by Seoung-Yong Hong and Jon M. Van Dyke, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p.125.

<sup>18</sup> Erik Franckx, Marco Benatar, Nkeiru Joe and Koen Van den Bossche, The Naming of Maritime Features Viewed from an International Law Perspective, China Oceans Law Review, No.1, 2010, p.11.

<sup>19</sup> 参见李金明:《南海争端与国际海洋法》,北京:海洋出版社2003年版,第36-37页。

<sup>20</sup> 《中国对西沙群岛和南沙群岛的主权无可争辩》,中国外交部文件(1980年1月30日),第4-5页。相关论证还可参见韩振华:《南海诸岛史地研究》,北京:社会科学文献出版社,1996年版,第76-77页;邢广梅:《中国拥有南海诸岛主权考》,载于《比较法研究》2013年第6期,第2-3页。

## (1) 国土观念的发展演变

国家对国土的认知是一个逐步发展的过程,对近代以前的国家而言,领土主权是一个非常模糊的概念。

“‘在我们通常称为现代史的大部分时期中,没有接受过所谓领土主权这类概念。在过去,主权并不是和地球上的一部分或再小部分的土地的控制联系在一起的’。‘领土主权——这种把主权与地球表面上一块土地的占有联系起来的见解——明显地是封建制度的一个支流。’”<sup>21</sup>

劳特派特在《奥本海国际法》一书中也指出,“当格劳休斯创立近代国际法的基础时,国家领土仍然像中世纪一样,或多或少地被视为国家君主的私有财产。格劳休斯和他的追随者因此将罗马法中关于取得私有财产的规则适用于国家领土的取得。”<sup>22</sup>

“‘普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣’。私人及其所有的土地和财产都不过是统治他们的君主的财产;又诚如法王路易十五所言‘朕即国家’,属于君主者必属于国家。于是,君主或国家对领土的统治权,与君主或国家的所有权就合二为一了。在格劳秀斯所创立近代国际法的基础时,这种情形仍无变化。因此,格氏找到了将罗马法推广到国家间关系的入口,直接把有关所有权的规则适用于国家领土主权。……这样说是毫不夸张的:领土取得或丧失的国际法制度几乎完全因袭了所有权取得或丧失的罗马法制度。”<sup>23</sup>

台湾陈隆志教授认为,“历史上,国家对领域的控制与私人对土地的所有权有相似之处。早期的国际法相当依赖罗马法的财产法来发展领域取得的规范原则。规范领域取得的国际习惯法形成于欧洲强权是世界舞台之主要参与成员的时代。”<sup>24</sup>更有学者指出,“对土地或海洋的主权这一整个观念完全是一个过时的西方概念,这一概念在当时中国与周边国家之间并不具有任何意义。”<sup>25</sup>

由此观之,在近代以前,世界各国对领土的认知都是比较模糊的,只是中国疆域观的特殊性显得更强。国土更近似于皇帝个人的财产,因而国土的内涵与近代领土主权概念所强调的对于领土“积极管辖”及“消极防御”的内涵有较大区别。这就是为什么古代中国对国家领土的控制并不十分强调占有和国家主权行为的展示。<sup>26</sup>然而,即使领土观上存在一定差异,近代以前的中国仍采取了相应的管理行为,例如将南海诸岛纳入国家版图、派遣海军巡航、加强海防、严厉打击倭寇以确保海航安全通畅等。

## (2) 以中国为中心的传统朝贡制度的影响

在过去,各区域国家间的关系是有差异的。传统的欧洲国际法衍生于近代意义上的主权国家之间的平等交往,但东亚国家关系并非如此,其实质是一种以中国为中心的朝贡体系。中国在东亚地区占主导地位,在南海地区更是呈现出“一元化”的局面,即由中国发现南海

<sup>21</sup> 梅因:《古代法》译本,商务印书馆1959年版,第59、61页。转引自张文彬:《国家领土主权中的罗马法所有权观念》,载于《比较法研究》1990年第4期,第50页。

<sup>22</sup> 【英】劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》(上卷第二分册),北京:商务印书馆1972年版,第68页。

<sup>23</sup> 张文彬:《国家领土主权中的罗马法所有权观念》,载于《比较法研究》1990年第4期,第50-51页。

<sup>24</sup> 陈隆志:《国际法引论》,台北:元照出版公司1999年版,第159页。

<sup>25</sup> Geoffrey Till, *The South China Sea dispute: An international history*, in *Security and International Politics in the South China Sea: Towards a cooperative management regime*, edited by Sam Bateman and Ralf Emmers. London: Routledge Press, 2009, p.27.

<sup>26</sup> 中国对国土概念的认知经历了由疆域到版图再到领土的过程。有关这一历史演变的具体论证参见韩永利、谭卫元:《时际法与南海诸岛主权的历史演变》,载于《武汉大学学报》2013年第2期,第111-113页。

诸岛、主宰南海的局势。<sup>27</sup>因此, 欧洲国际法与这种独特的朝贡体系之间很可能会发生冲突和矛盾。<sup>28</sup>例如, 有韩国学者就提出这样的疑问: 对于亚洲国家而言, 后传入的国际法是否可以直接用来评价在它到来之前已经沿袭了很长时间的东亚国家关系?<sup>29</sup>澳大利亚学者米歇尔·博格斯 (Michelle Leanne Burgis) 也表明了此种担忧, 她对非欧洲国家间的领土主权争端直接适用欧洲国际法的合理性以及国际法院在面对这种情况时的处理能力产生了怀疑。<sup>30</sup>武汉大学的韩永利教授也提出, 16 世纪以前的世界尚未一体化, 不同地区存在不同的区域性国际秩序和法律, 以西方国际法为准判断中国古代对南海诸岛的各种行为能否足以说明问题?<sup>31</sup>其实, 东亚的朝贡体系虽然独特, 也并没有完全脱离传统的国家关系以至于要排斥传统国际法的适用。但是这种独特性强调了在西方主权国家体系传入亚洲之前, 国家边界的准确性在亚洲并不具有决定性的意义。<sup>32</sup>对于东亚国家而言, 它们主张某一岛屿的主权, 并不必然要将对岛屿的实际占领置于优先的地位。<sup>33</sup>

劳特派特曾说, “住在远处的部落的纳贡、流动军警部队与必要时巡察边远地方的事实, 有关该领土的条约的缔结, 以及许多其他事实, 都可以表明占有者在定居地的周围真正能实行他所确立的权威到多远。”<sup>34</sup>因此, 这种以中国为中心的东亚朝贡体系也可构成近代国际法中国国家权威的展示。

可见, 时际法的适用将使东亚领土治理的特殊背景获得国际司法或仲裁机构的公平考虑, 从而“确保它们所做的关于领土权原的裁决是公平合法的, 而不是受到过去或现在强大国家的影响。”<sup>35</sup>

## 2. 中国先占南海诸岛的特殊性

早期国际法对先占的要求程度较低, 一般而言, 象征性的占领行为即足以确立领土主权。象征性占领有各种不同的行为方式, 包括但不限于发表声明、升国旗、树立国碑等。

劳特派特在《奥本海国际法》一书中如此分析国际法上领土取得规则的发展变化:

*在从前, 占有和行政管理并不被认为是用占领方法取得领土所必要的条件。虽然在大发现时代, 各国也并不主张发现一块过去无人知悉的土地就等于发现者从事探险时所服务的国家已经用占领方法取得了该土地, 但是占有常常只具有象征行为的性质。后来, 真正的实行*

<sup>27</sup> 参见郭渊:《南海地缘政治研究》, 哈尔滨: 黑龙江大学出版社, 2007 年版, 第 59 页。

<sup>28</sup> 例如卡蒂教授 (Anthony Carty) 等人就直言, 以中国为中心的东亚传统秩序与西方国际法体系之间的混合、碰撞引发了南海地区的混乱和不安, 并威胁这一地区的国际法律秩序。Anthony Carty and Fozia Nazir Lone, Some New Haven International Law Reflections on China, India and Their Various Territorial Disputes, Asia Pacific Law Review, Vol. 19, No. 1, 2011, pp. 103-105.

<sup>29</sup> Seokwoo Lee, Intertemporal Law, Recent Judgments and Territorial Disputes in Asia, in Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea, edited by Seoung-Yong Hong and Jon M. Van Dyke, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p.124, 126.

<sup>30</sup> Michelle Leanne Burgis, (De)Limiting the Past for Future Gain: The Relationship between Sovereignty, Colonialism and Oil in the Qatar V Bahrain Territorial Dispute, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, Vol.12, 2005-2006, p.585-586.

<sup>31</sup> 参见韩永利、谭卫元:《时际法与南海诸岛主权的历史演变》, 载于《武汉大学学报》2013 年第 2 期, 第 111 页。

<sup>32</sup> Adam Nieves Johnson, A Bilateral Analysis of the South China Sea Dispute: China, the Philippines, and the Scarborough Shoal, FIU Electronic Theses and Dissertations, Paper 661, 2012, p.16.

<sup>33</sup> Sarah Raine and Christian Le Miere, Chapter one: Mapping the history, Adelphi Series, Vol. 53, 2013, pp. 35-36.

<sup>34</sup> 【英】劳特派特修订, 王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》(上卷第二分册), 北京: 商务印书馆 1972 年版, 第 79 页。

<sup>35</sup> Hitoshi NASU and Donald R. ROTHWELL, Re-Evaluating the Role of International Law in Territorial and Maritime Disputes in East Asia, Asian Journal of International Law, Vol.4, 2014, p.70.

占有被认为是必要的。但是，一直到了十八世纪，国际法作者才要求有效占领，而且直到了十九世纪，各国实践才与这种规定相符合。现在，虽然发现并不构成通过占领而取得领土，但它却不是没有重要性的。……国际法并没有任何规则使向其他国家发出占领的通知成为占领的效力的必要条件。<sup>36</sup>

岛屿是陆地的一种，其主权的取得规则与一般领土相比并无太大区别。但岛屿又具有一定的特殊性，尤其是当一个国家宣称对偏远的、无人居住的、尚未开发的小岛拥有主权时，其所应达到的占领标准要比一般领土的标准低，象征性的占领行为亦可被视为已经完成了对该岛屿占有从而有效建立了主权。<sup>37</sup>这在有关国际司法或仲裁实践中已经多次获得了肯定。

在东格陵兰案中，仲裁庭指出，对于偏远的、荒凉的、人口稀少的土地的占领可能会受到相对较少的国家行为的影响，这一规则非常重要。在这一问题上，仲裁庭的裁决使得严格的国际法发生变化并被允许采用更为灵活的判定标准，而评判的具体标准则取决于该特定土地的实际情况。该领土越偏远、人口越稀少，对于有效占领的要求就越不那么严格。<sup>38</sup>

克利普顿岛案的裁决也指出，如果一块领土，由于其完全不适宜居住的事实，从占领国在该领土上的第一次出现开始，该领土就处于该国绝对和无可争辩的处置之下，也是从那一刻起占领视为已经实现，因此完成了先占。对于小的、不适宜居住的岛屿的占领之法律要求，必须不同于那些适用于广袤的、适于开发的土地上的法律要求。<sup>39</sup>实际上，这样的法律精神在古代罗马法早已有所体现，并非国际领土法的新创。罗马法学家认为，“我们所说的‘我们取得占有须有占有之事实及占有之意思’，当然不能被理解为谁想占有某块土地谁就应走遍那块土地的每一部分，而是说只要他进入那块土地的任何一部分即可，因为他有占有之意思，且具有占有那块土地直至其地界之意思。”<sup>40</sup>

一方面，古代中国的航海技术、地理认知水平都较低。另一方面，南海诸岛位于广袤的南海海域，远离中国大陆，再加上岛上的自然条件大多十分恶劣，不适宜居住。因而中国在先占南海诸岛的过程中采取的是较低程度的占领行为，主要是通过纳入国家版图的方式。但正如学者郭渊所指出的那样，“在国际法上，对领土主权管辖具有决定意义的步骤是划入版图，这在国际法上被视为维护领土主权不可侵犯的、必不可少的步骤。”<sup>41</sup>而且，除了纳入版图以外，中国还对南海诸岛进行了开发利用、派海军或官员进行海上巡航等。这些行为满足了早期国际法中象征性占领的要求。因此，根据时际法第一要素，中国确立了对南海诸岛的完整主权，而不仅仅是初步权利。

### 三、时际法第二要素与南海诸岛主权的存续

中国通过先占创设了对南海岛屿的完整主权，但这一主权的存续还需符合时际法第二要素的要求，即权利的存续需满足后续发展的法律所要求的条件。

#### （一）中国对南海诸岛的主权始终存续

<sup>36</sup> 【英】劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》（上卷第二分册），北京：商务印书馆 1972 年版，第 77-78 页。

<sup>37</sup> 参见张海文：《关于岛屿拥有海域的权利问题的研究》，载于《海洋开发与管理》1999 年第 2 期，第 43 页。

<sup>38</sup> JANICE CAVELL, Historical Evidence and the Eastern Greenland Case, ARCTIC, Vol. 61, No. 4, 2008, pp.433-434.

<sup>39</sup> Tobias Pierlings, Clipperton Island Arbitration, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e113?rskey=eTDSi1&result=1&prd=EPIL>.

<sup>40</sup> 【意】桑德罗·斯奇巴尼选编，范怀俊、费安玲译：《物与物权》（第二版），北京：中国政法大学出版社，1996 年版，第 357 页。

<sup>41</sup> 郭渊：《南海地缘政治研究》，哈尔滨：黑龙江大学出版社，2007 年版，第 62 页。

在领土权利的存续问题上,国际法并无确定规则,詹宁斯曾经敏锐地注意到这个问题并做了相应阐释:“要求权利存续的法律规则不应被解释为如果权利所有国未能维持至少与其竞争对手相同的一定程度的活动,就会必然丧失它自己的权利。权利所有国只被要求表明它从来不曾沉默地放弃自己的权利或默认竞争性主张。”<sup>42</sup>菲茨莫里斯在分析领土权利的移转时也曾明确说到,“如果缺乏原始主权者的消极应对与不作为,主张时效的国家的任何行动都不会有所助益。正是这些最终实现的默示放弃、屈从及默认,才构成了通过时效取得权利的有效因素。”<sup>43</sup>因此,判断中国对南海岛屿的主权的存续状态,需从几个方面进行考察。

### 1. 中国是否有放弃领土主权的行为?

国家放弃某块领土作为一种丧失领土的方式,对国家主权的影响至关重要。放弃有主动放弃和容忍它国对本国领土的占领《奥本海国际法》为判定国家放弃领土树立了一个严格的标准:

*“如果所有国完全以永久退出领土的意思舍弃领土,从而抛弃对该领土的主权,这就发生放弃的情形。正如占领需要:第一,领土的实际占有(物素);第二,取得该领土的主权的意思(心素)一样,放弃也需要:第一,领土的实际舍弃,第二,抛弃该领土的主权的意思。只要领土所有者应该被推定为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。”<sup>44</sup>*

台湾学者邱宏达也强调放弃必须满足两个要件的要求,“即真正放弃领土与有意图放弃领土。……只有一片领土被真正放弃后,他国才能以先占方式取得这领土。”<sup>45</sup>这种理论上的认识在国际司法实践中获得了认可。在克利普顿岛案中,仲裁庭是这样阐释法国的权利状态的:

*有效占领所产生的权原,使得法国可以在后续期间维持其对克利普顿岛的主权。这一主权并没有丧失,因为法国并没有放弃(它从未有过放弃该岛主权的意图),而且法国没有积极行使其主权的事实并不意味着这种已经得到完全确立的主权会丧失。”<sup>46</sup>*

该案的裁决对如何判定放弃具有重大意义。首先,不能推测一国有放弃领土的行为,必须严格满足放弃意图和放弃行为两个要件。其次,在偏远、无人居住的荒芜小岛或地区,即使原主权者缺乏全面有效管辖,也不构成放弃。再次,主张放弃的国家应就此承担举证责任。

基于该案裁决所确立的标准来审视南海诸岛争端,显然中国未曾有过任何明示或默示放弃南海岛屿主权的意图与行为。恰恰相反,中国既实施了积极管辖,也没有容忍外国势力的非法占领。积极管辖有多种行为表现方式,例如中国官方出版的地图将南海诸岛纳入国家领土的一部分,这不仅表明中国对诸岛享有主权的意图,同时也是中国实施管辖的外在表现。<sup>47</sup>此外,中国的管辖也具有延续性。布鲁斯·埃勒曼(Bruce A. Elleman)认为,中国对南海岛屿的主权主张是长期的、对南海的开发利用有历史连贯性。中国自汉代开始就通过南海

<sup>42</sup> Robert Yewdall Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1963, p.30.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.30.

<sup>44</sup> 【英】劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》(上卷第二分册),北京:商务印书馆1972年版,第94页。

<sup>45</sup> 邱宏达:《现代国际法》,台北:三民书局1995年版,第503页。

<sup>46</sup> Tobias Pierlings, *Clipperton Island Arbitration*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e113?rskey=1RoCqu&result=1&prd=EPII>, 2013-11-10.

<sup>47</sup> 高健军教授在黄岩岛问题上进行了类似的分析。参见 GAO Jianjun, *The Standoff between Beijing and Manila around the Huangyan Island: Who owns the Shoal?* [People's Daily Online](http://english.people.com.cn/90883/7814827.html) (May 11, 2012): <http://english.people.com.cn/90883/7814827.html>.

与其他国家开展广泛的海上贸易，这个过程一直延续到明、清时期。19世纪后，外国势力开始趁中国国力衰微，占领了西沙和南沙群岛。<sup>48</sup>

自近代起，中国就积极在南海展示国家权威，采取各种措施以维护自身的主权。“按照国际法中时际法的要求，在近代国家形态转型过程中，中国对南海诸岛的权利存续，随着国际法输入与影响而做出了卓有成效的一系列符合近代国际法意义的主权宣示、行使和维护工作。”<sup>49</sup>但中国历朝历代针对南海岛屿实施的管理与统治行为不是本文研究的重点，且已多有学者对此进行了全面详细的论证，<sup>50</sup>限于篇幅的原因，本文不再展开。

除积极管辖以外，中国对外国的非法占岛行为也都提出了外交抗议。<sup>51</sup>当然，有西方学者认为，仅仅是外交抗议可能还无法有效阻止后来者获得权利。但英国学者蒂莫西·希利尔强调，尽管有效抗议的准确要件仍有待进一步的讨论，毫无疑问“随着使用武力逐渐受到国际法的限制，外交抗议成为有效的抗议方式。”<sup>52</sup>

在过去的历史中，中国对南海岛屿的管辖和控制的确有过时强时弱的不同阶段。尤其是西方殖民势力入侵后，中国国势急速衰微，国防能力极其有限，在内忧外患的情况下，中国政府难以派遣军舰前往南海巡航和维护，当然也根本无法发动收复失地的战争。诚如日本学者 Leszek Buszynski 所观察到的那样，由于受到外界因素的阻碍，中国在一段时间内，尤其是二战后初期，无法对南海岛屿实施有效的全面管理。<sup>53</sup>这种状态并非中国主观上不愿意，而是客观上不能，是受制于当时美苏两个大国的牵制和阻遏。<sup>54</sup>因“国际判例法承认，主权可以在一定时期内暂停行使但却不导致无主地的状态”，<sup>55</sup>中国在对南海岛屿实施国家权威的过程中，即便出现了管理上的短暂中断或停止，亦不构成对领土的放弃。

## 2. 中国是否有转移领土主权的行为？

关于领土主权转移问题，国际法院在2008年白礁岛案的判决中指出，

<sup>48</sup> Bruce A. Elleman, *Maritime territorial disputes and their impact on maritime strategic: A historical perspective*, in *Security and International Politics in the South China Sea: Towards a cooperative management regime*, edited by Sam Bateman and Ralf Emmers. London: Routledge Press, 2009, p. 43.

<sup>49</sup> 韩永利、谭卫元：《时际法与南海诸岛主权的历史演变》，载于《武汉大学学报》2013年第2期，第114页。

<sup>50</sup> 这方面的具体论证很多，参见陈鸿瑜：《南海诸岛主权与国际冲突》，台北：幼狮文化事业公司1987年版，第33-53页；赵理海：“从国际法看我国对南海诸岛无可争辩的主权”，载于《北京大学学报》1992年第3期，第35-36页；周忠海：《中国对南沙群岛的领土主权无可争辩》，载于《海洋与海岸带开发》1990年第2期，第48-50页；曲波：《南海周边有关国家在南沙群岛的策略及我国对策建议》，载于《中国法学》2012年第6期，第60页；邢广梅：《中国拥有南海诸岛主权考》，载于《比较法研究》2013年第6期，第4-7页。

<sup>51</sup> 中国对外国侵占行为的具体反应可参见陈鸿瑜：《南海诸岛主权与国际冲突》，台北：幼狮文化事业公司1987年版，第53-64页；Bruce A. Elleman, *Maritime territorial disputes and their impact on maritime strategic: A historical perspective*, in *Security and International Politics in the South China Sea: Towards a cooperative management regime*, edited by Sam Bateman and Ralf Emmers. London: Routledge Press, 2009, p. 44.

<sup>52</sup> 【英】蒂莫西·希利尔（Timothy Hillier）著，曲波译：《国际公法原理》（第二版），北京：中国人民大学出版社2006年版，第108页。

<sup>53</sup> Leszek Buszynski, *The South China Sea: Avenues towards a Resolution of the Issue*, Proceedings of the International Workshop on “The South China Sea: Cooperation for Regional Security and Development”, Edited by Tran Truong Thuy, 26-27 November 2009, Hanoi, Vietnam, p.176.

<sup>54</sup> Buszynski, Leszek, Sazlan, Iskandar, *Maritime Claims and Energy Cooperation in the South China Sea*, *Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs*, Vol.29, No.1, 2007, p.145.

<sup>55</sup> 【英】马尔科姆·N·肖著，白桂梅、高健军、李永胜、梁晓晖译：《国际法》（第六版）（上），北京：北京大学出版社2011年版，第397页。

“主权转移可能通过两个当事国之间达成协议的方式完成，如采取条约形式，也可能是达成的默契，因当事方的行为而产生。在这个问题上，国际法没有强制规定任何特定的形式，而是将重点放在当事方的意图上。……领土主权可能在某些情况下由于以下原因转移给其他国家，即拥有领土主权的国家未能回应其他国家的主权归属行为，或未能回应其他国家行使领土主权的具体表现。”<sup>56</sup>

纵观中国近现代历史，显然不存在任何割让、买卖或赠与等转移南海诸岛主权的行為。

### 3. 南海 U 形线对南海诸岛主权归属的影响

南海 U 形线自 1948 年正式公布至今，中国政府从未明确阐释其法律性质，学界对此亦纷争不断。尽管如此，目前似乎已经达成一个相对被接受的共识，即 U 形线至少包含了当时中国政府明确保护南海岛屿主权的意图。

台湾学者俞剑鸿 (Peter Kien-Hong Yu) 认为 U 形线是中国在南海主张中的一个巨大优势，尽管该线的具体内涵不明，但在制定当时及之后的很长一段时间内，并没有任何一个国家或政治实体，包括西方势力，对此提出任何抗议。从这点来看，U 形线已不仅仅是中国的一种单方面主张，而是一定程度上获得了国际社会的默认。<sup>57</sup> 罗伯特·史密斯 (Robert W. Smith) 在分析了 U 形线的历史之后，下了这样的结论：U 形线出现在中国地图上超过了 60 年时间，它表明中国长期以来对该线内所有海洋地物的主权主张，但不影响划界问题。<sup>58</sup> 克莱夫·斯科菲尔德 (Clive Schofield) 和尹恩·斯托雷 (Ian Storey) 也认为尽管 U 形线在历史上发生了一些变化，但始终大体上将现有的南海争议岛屿包括在内，因此对比较合理的解释是该线仅仅表明线内的所有领土属于中国。<sup>59</sup> 新加坡学者许通美 (Tommy Koh) 认为，中国的 U 形线主张若是仅针对线内的海洋地物所提出，就不违反海洋法公约。<sup>60</sup> 比利时学者埃里克·弗朗科斯 (Erik FRANNCKX) 和马可·贝纳塔尔 (Marco BENATAR) 认为，尽管 U 形线的主张不明，但其基本意图是对属于中国主权范围内的南海岛屿进行调查、命名并予以保护。当然，他们同时也指出，从国际法院对地图的效力的判定来看，U 形线地图不能构成中国对南海岛屿主张主权的一个有效权原。<sup>61</sup>

本文无意探讨南海 U 形线的具体内涵，但 U 形线无疑是中国在历史上维护南海岛屿主权的一份有力证据。

总言之，近现代以后，欧洲国际法随着殖民者脚步的到来被引入亚洲。无论该地区的国

<sup>56</sup> Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, pp.50-51, para.120-121.

<sup>57</sup> Peter Kien-Hong Yu, The Chinese (Broken) U-shaped Line in the South China Sea: Points, Lines and Zones, Contemporary Southeast Asia, Vol. 25, No. 3, 2003, pp.407-408; Peter Kien-Hong Yu, Setting Up International (Adversary) Regimes in the South China Sea: Analyzing the Obstacles from a Chinese Perspective, Ocean Development & International Law, Vol.38, 2007, p.151.

<sup>58</sup> Robert W. Smith, Maritime Delimitation in the South China Sea: Potentiality and Challenges, Ocean Development and International Law, Vol.41, 2010, p.224.

<sup>59</sup> Clive Schofield and Ian Storey, The South China Sea Dispute: Increasing Stakes and Rising Tensions, The Jamestown Foundation, 2009, p.21,

[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/29687790/South\\_China\\_Sea\\_Jamestown\\_Occasional\\_Paper.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1385091342&Signature=EZYyHqkqY2GUGbxuSghcOyr5sJc%3D&response-content-disposition=inline](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/29687790/South_China_Sea_Jamestown_Occasional_Paper.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1385091342&Signature=EZYyHqkqY2GUGbxuSghcOyr5sJc%3D&response-content-disposition=inline).

<sup>60</sup> Tommy Koh, Mapping out rival claims to the South China Sea, The Straits Times, September 13, 2011, p.2,

<http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2010/12/ProfKoh-ST13Sep2011-Mapping-out-rival-claims-to-the-South-China-Sea.pdf>.

<sup>61</sup> Erik FRANNCKX and Marco BENATAR, Dots and Lines in the South China Sea: Insights from the Law of Map Evidence, Asian Journal of International Law, 2012, p.90, 99.

家是否乐于接受这样的改变,它都是一种无法抵抗的趋势。这对中国这样的亚洲大国而言更是如此,欧洲国际法的到来引发了截然不同的世界秩序观之间的冲突,在这样的背景下,中国不得不学习如何利用国际法维护自身的权利,<sup>62</sup>并进而向真正意义上的民族独立主权国家转变。在此阶段之后,中国针对本国领土所做的各种调整也符合了近现代国际法关于领土主权存续的要求。在南海诸岛主权问题上,中国既无明确的自愿放弃的意图和行为,也无割让或默认他国的占领等行为。这一时期,中国针对南海岛屿所实施的各种国家行为并非一种初始的主权创设,而是对权利存续的一种维护。这种权利的存续“受新法调整,并不意味着新法追溯地使其自始无效或重新取得,否则,就违背了‘法律事实必须按照与之同时的法律判断’的时际法规则。”<sup>63</sup>根据时际法第二要素,中国满足了权利存续的法律要求,通过积极行使国家权威、反对并抗议他国的非法占领,从而继续享有对南海诸岛的主权。

## (二) 其他争端国的主张缺乏国际法依据

中国对南海诸岛的主权处于有效存续状态,南海周边其他国家南海岛屿提出主权主张缺乏国际法依据,最根本的是缺乏取得岛屿主权的基础或前提,并且在多个方面违反了有关国际法规则。

### 1. 不具备实施先占的合法性基础

越南主张其通过先占确立了对西沙群岛的主权,但越南实施先占的根据并不存在。越南的先占如果要成立,在其实施占领行为之时,西沙群岛必须为无主地状态。但根据史料记载,中国是最早发现南海岛屿的,且早就将西沙群岛纳入国家版图。对于南沙群岛,越南则主张从法国那里继承了权利,而法国是根据先占获得南沙群岛的主权的。同西沙群岛一样,当时的南沙群岛并非无主地,法国在的占岛行为也属于非法行为,因而不能产生领土主权。此外,越南与法国之间也不存在任何转移南沙群岛领土权利的有效条约。

1951年的《旧金山条约》中涉及南海岛屿问题的条款具体规定为:“日本放弃对南沙群岛及西沙群岛之一切权利、权利根据与要求。”<sup>64</sup>有学者指出,正是这一条款为南海岛屿主权争端埋下了重大隐患。<sup>65</sup>菲律宾和越南都利用该条约所留下的“漏洞”作为各自主张南海岛屿主权的所谓法理依据,但它们的逻辑有所不同。

菲律宾方面主张,旧金山条约只是规定日本放弃权利,但未规定岛屿主权归属,因此在1951年之后,南海岛屿变成了无主地,任何国家都可以实施先占。菲律宾商人探险家克洛玛于1956年最先发现并占领了这些岛屿,1971年之后则将这些岛屿转移给菲律宾政府,因此菲律宾享有对这些岛屿的主权。但菲律宾以无主地为由的先占根本站不住脚。首先,《旧金山条约》涉南海岛屿条款并没有使用主权一词,而是表述为“权利、权利根据与要求”。显然各缔约国在当时都不认为日本对南海岛屿拥有主权。日本在二战期间对南海岛屿的侵占是非法行为,根据不法行为不产生权利的国际法规则,日本不曾取得南海岛屿的主权,其放弃权利也不会导致南海岛屿成为无主地。<sup>66</sup>其次,菲律宾国民克洛玛声称他发现并占领了这些岛屿。但实际上,克洛玛声称他所发现和占领的“‘自由地’并不‘自由’,而是早有归属。”

<sup>62</sup> Wim Muller, *China's sovereignty in international law: from historical grievance to pragmatic tool*, *China EU Law Journal*, Vol. 1, 2013, pp.42-43. 类似观点亦可参见韩永利、谭卫元:《时际法与南海诸岛主权的演变》,载于《武汉大学学报》2013年第2期,第113页。

<sup>63</sup> 王军敏:《国际法中的关键日期》,载于《政法论坛》2012年第4期,第165页。

<sup>64</sup> 旧金山条约第2条第6款。

<sup>65</sup> LISELOTTE ODGAARD, *Deterrence and Cooperation in the South China Sea*, *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 23, No. 2, 2001, pp. 293-294.

<sup>66</sup> Anthony Carty and Fozia Nazir Lone, *Some New Haven International Law Reflections on China, India and Their Various Territorial Disputes*, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 19, No. 1, 2011, p. 98.

<sup>67</sup>日本曾经在这些岛屿上建立军事基地，并把它们纳入台湾的领土范围，克洛玛声称的发现卡拉延群岛与事实严重不符。而且早在其“发现”南海岛屿之前，中越之间就已经对这些岛屿提出主权要求了。中国在1900年至1945年间对南海岛屿实施的大量国家行为的证据已经获得了普遍接受。<sup>68</sup>

在2008年的白礁岛、中岩礁和南礁案(马来西亚诉新加坡)中，新加坡曾主张白礁岛一直是无主地，或因柔佛苏丹分裂而成为无主地，但国际法院在判决中明确否定了这样的主张。法院的结论是：

*“在这一地区争夺霸权很多年的两个殖民国家签订了《英荷条约》，将柔佛苏丹国的领土分割成属于各自势力范围的两个部分，该条约是这一政治解决方案的法律体现。因此，在这一方案的约束下，在这两个势力范围之间是不可能留下自行合法占有某一岛屿的任何法律真空。”*<sup>69</sup>

同理，旧金山和约规定日本应放弃其因侵略而享有的任何权利，这是对日本发动侵略战争的政治处置的法律体现。即使该条约没有明确具体的指明领土应归还中国，但该制度下，南海诸岛绝无可能因此成为无主地。

越南同样依据旧金山条约主张南海岛屿主权，声称日本放弃权利后，南海岛屿主权归还越南。但事实是，法国和越南均参加了1951年旧金山会议，并且都是旧金山条约的签字国。试问，假如南海岛屿是法国的领土构成部分，为何法国会在旧金山条约就南海岛屿主权归还于法国这一问题上保持缄默？须知领土主权涉及国家核心利益，寸步不能让，法国作为战胜国一方又怎会容忍这样的漏洞存在？倒是越南在旧金山会议上提出了对南海岛屿的主权主张，但它显然没有获得与会国的支持，最终条约对所谓的越南拥有主权只字未提。<sup>70</sup>国际社会对南海岛屿主权属于越南的否定已不言自明。

实际上，旧金山条约没有规定南海岛屿主权归还中国，主要基于两大原因：第一，由于没有获得西方国家的承认，当时的新中国无力参与国际规则的制定。<sup>71</sup> 中共中央政府被排斥在旧金山会议之外，中国对南海诸岛的主权意愿和诉求丧失了在会上表达与争取的机会。第二，当时的特殊背景下，国共两党对立，国际社会对哪一个政府有权代表中国接收南海岛屿主权无法定夺。

## 2. 不能适用有效控制

有效控制近年来因被国际法院频繁适用而日趋成熟并获得了新的发展，但它仍不是国际法上的领土取得方式。<sup>72</sup>

首先，有效控制不是一项可单独适用的国际法规则，只是“有效占有”的一个行为要素，

<sup>67</sup> 方可成、俞晴：“‘南海’是怎样成为一个问题的”，南方周末网：<http://www.infzm.com/content/85701>，2013-01-25。

<sup>68</sup> Anthony Carty, *Issues of Legal and Historical Method and the South China Seas Islands Disputes*, in *Cooperation and Development in the South China Sea*, edited by Zhiguo Gao, Yu Jia, Haiwen Zhang and Jilu Wu, Beijing: China Democracy and Legal System Publishing House, 2013, p.29.

<sup>69</sup> *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p.44, para.98.

<sup>70</sup> Jianming SHEN, *International Law Rules and Historical Evidence Supporting China's Title to the South China Sea Islands*, *Hastings International and comparative Law Review*, Vol. 21, No. 1, 1997-1998, pp.58-59.

<sup>71</sup> Adam Nieves Johnson, *A Bilateral Analysis of the South China Sea Dispute: China, the Philippines, and the Scarborough Shoal*, *FIU Electronic Theses and Dissertations*, Paper 661, 2012, p.18.

<sup>72</sup> 参见黄瑶、凌嘉铭：《从国际司法裁决看有效控制规则的适用——兼论南沙群岛主权归属》，载于《中山大学学报》2011年第4期，第169-171页。

它必须结合其他相关的国际法概念、规则才能发挥作用,例如关键日期、默认等。而且,主张国还需要在有效控制之外寻求行为的正当性,否则将会丧失实施占领的基础。在2008年的白礁岛案中,针对新加坡提出的自1850年以来修建、管理、维护白礁岛上的灯塔并通过国内立法予以规范等“国家主权归属行为”的主张,国际法院并没有采纳。在查明柔佛代州秘书1953年信件的内容以后,法院确信柔佛自身无意诉求对白礁岛的所有权,才裁定新加坡在该日期以后的管理行为构成有效控制从而确立主权。<sup>73</sup>实际上,柔佛自身的放弃或默认行为为新加坡实施有效控制提供了正当性根据。在2002年的喀麦隆诉尼日利亚案中,法院审查双方提交的有关证据后得出结论:由于喀麦隆没有默认将它的权利转移给尼日利亚,后者在该争议领土上所实施的有效控制是非法的。<sup>74</sup>

其次,如果在有效控制之前存在一个合法的原始权原,那么该原始权原优先。国际法院在1986年布基纳法索诉马里案中对有效控制与原始权原之间的法律关系进行了阐释,它认为必须区分几种可能性:

*“如果实施行为与法律相符,那么有效管理行为从属于保持占有原则,有效控制的作用仅在于确认从一项法定权原中衍生出来的合法权利的行使。而如果实施行为与法律不符,也就是有争议的领土是由一个不持有法定权原的国家进行有效管理的情况下,则应该是权原所有者优先。”<sup>75</sup>*

这意味着有效控制的作用是有限的,它只能起到补充和确认的作用。并且其适用要遵循一定的程序规则,即先审查争议领土的原始权利状态并判定是否有明确的合法所有者。这在国际法院的若干判决中多次体现。<sup>76</sup>

最后,还有学者指出,有效控制是近年来在国际法院审理有关案件的过程中发展起来的,它尚未构成一项习惯法规则,其适用范围仅限于接受国际法院管辖权的国家之间的领土争端,对于不接受法院管辖权的争端国自然不适用。<sup>77</sup>

### 3. 其他国际法原则、规则的限制

在南海岛屿主权问题上,还存在其他相关的国际法规则,它们进一步否定了其他争端国所提出的主权要求。

#### (1) 禁止反言原则

1956年6月15日,北越外交部副部长雍文谦(Ung Van Khiem)在接见中国驻越南大使馆临时代办李志民时说:“根据越南方面的资料,从历史上看,西沙群岛和南沙群岛应当

<sup>73</sup> Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p.80, para.223.

<sup>74</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, pp.354-355, para.70.

<sup>75</sup> Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp.586-587, para.63.

<sup>76</sup> Land, Island and Maritime Frontier Dispute (EL Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, I.C.J. Reports 1992; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002; Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment, I.C.J. Reports 2005; Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008.

<sup>77</sup> 参见王秀梅:《领土争端中有效控制原则的适用及其限制》,载于《河南财经政法大学学报》2012年第4期,第135页。

属于中国领土。”<sup>78</sup>1958年，北越总理范文同(Pham Van Dong)也公开承认了中国对西沙和南沙群岛的主权的声明。但统一后的越南政府却声称，1958年的声明只是承认了中国对12海里领海宽度的主张，并不意味着该声明是对中国拥有南海岛屿主权的承认。<sup>79</sup>可见，越南并不否认该声明的有效性及其对越南政府的约束力，而是强调该声明的意图并非承认中国对岛屿的主权。但是，1958年的《中华人民共和国政府关于领海的声明》明确规定，12海里宽度领海与直线基线原则“同样适用于台湾及其周围各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、南沙群岛以及其他属于中国的岛屿。”<sup>80</sup>若越南不承认南海诸岛为中国领土，又为何会承认中国的领海基线适用于这些“非中国领土”？此种辩解实难自圆其说。

无论越南方面如何否认，其曾经承认南海岛屿主权属于中国的事实不容抹杀。恰如新加坡学者钟健平(Chien-peng Chung)所言，越南曾经做出的支持中国对南海岛屿主张主权并予以认可的行为削弱了它自己提出的主张。<sup>81</sup>

## (2) 不法行为不产生权利

劳特派特在《奥本海国际法》一书中指出，“占有和行政管理是构成有效占领的两个基本事实。”的确，这样的观点符合现代领土法规则的要求。但不可忘了，假若仅有占领或实施管理的事实，而不具备无主地这个基本前提，此种占领就是一种非法侵占他国领土的行为，不仅不能产生权利，还应负相应的国际法责任。在非无主地的情况下，一国可能会依据时效理论主张因其对某块土地加以占有并实施管辖而获得了主权。但时效在国际法上的地位一直都是有所争议的，<sup>82</sup>且从时效所要求的“长期的、和平的持续的占有”这一要件来看，现当代没有哪一个国家会对后来竞争者的非法占领行为予以默认并自愿放弃自己的主权。

1930年代初法国的侵占、二战期间日本的侵略以及1970年代以后越南、菲律宾和马来西亚对南海岛礁的实际占领均构成国际法上的不法行为，因为它们所声称或实际占领的这些岛屿，在占领当时并不构成无主地，缺乏占领的正当性前提。根据国际法上的“不法行为不产生权利”原则，违法者不得从其不法行为中获益。<sup>83</sup>因此，无论是法国、日本还是越南、菲律宾与马来西亚，均无法从其前任手中或自己的行为中获得对南海岛屿的主权。

<sup>78</sup> 方可成、俞晴：“‘南海’是怎样成为一个问题的”，南方周末网：<http://www.infzm.com/content/85701>，2013-01-25。

<sup>79</sup> “Vietnam’s sovereignty over the Paracels and Spratlys during the period 1975 to 1991”，<http://www.dnrtv.org.vn/news/vn-china/6336/vietnams-sovereignty-over-the-paracels-and-spratlys-during-the-period-1975-to-1991>。

<sup>80</sup> 《中华人民共和国政府关于领海的声明（1958年）》，北大法律信息网：<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=chl&qid=213>。

<sup>81</sup> Chien-peng Chung, *Domestic Politics, International Bargaining and China’s Territorial Disputes*, Routledge Curzon: London 2004, p. 128.

<sup>82</sup> 对于时效是否构成一项有效的领土取得规则，学者们有不同意见。《奥本海国际法》认为时效理论与国家实践是一致的，但它也坦承一直都有人反对将时效作为一种取得领土的方式。见【英】劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》（上卷第二分册），北京：商务印书馆1972年版，第90-91页。其他学者对此则持怀疑态度。例如，台湾学者邱宏达认为，“国际法学家对时效是否应被认为是领土取得方式之一仍是有所争议的，因为到目前为止，尚未有一个判决或仲裁裁决是主要以时效为理由，来确认领土主权的，虽然有时裁决或判决是部分根据时效的理由”。见邱宏达：《现代国际法》，台北：三民书局1995年版，第501页。傅崐成教授更是明确反对时效在领土取得领域的作用，他指出，“提出时效一词者，仍只是美国此一联邦国家之最高法院；且其适用时效原则之结果，仍然只涉及美国国内州际领土管辖权之归属，并不涉及国际间领土主权之归属问题……严格定义的‘时效原则’，其实并不存在于国际社会有关领域主权取得的规范中。甚至，它也‘不应该’被适用于国家领域主权的取得过程中，否则将助长国际社会种种处心积虑的长期占有行为，滋生更多‘以强凌弱’的不公正的冲突。”见傅崐成《论领土的时效取得与先占取得》，载《海洋法专题研究》，厦门：厦门大学出版社2003年版，第311页。

<sup>83</sup> 有关不法行为不产生权利的论述详见王可菊：《不法行为不产生权利》，载于2013年国际法年会论文集；周忠海：《中国对南沙群岛的领土主权无可争辩》，载于《海洋与海岸带开发》1990年第2期，第51页。

### (3) 地理邻近不是取得领土的国际法依据

地理邻近在国际法上并非完全没有法律意义, 诸多国际法学者认为地理邻近对领土取得会产生一定的影响, 是一个影响因素, 但仅此而已。著名国际法学家马尔科姆这样说到, “无论地理的统一性或毗连性都不是有关区域所包括的部分的权利来源, 而岛屿与大陆的靠近对于法律权利问题也不是决定性的。”<sup>84</sup>周忠海教授也认为, “邻接性视为领土主权的基础没有国际法基础, 也是不符合当时的国际法的。”<sup>85</sup>

“很明显, 现代国际法的理论和实践都认为, ‘邻近原则’在领土划分时可以是一个参考因素, 并不是主张领土拥有的必要法律依据。众所周知, 在菲律宾群岛与南沙群岛之间有一个世界上最深的马尼拉海沟, 从地质结构上将两者完全隔断, 所以, 从地理‘自然延伸’这个角度上讲, 菲律宾是没有任何主权法理基础的。”<sup>86</sup>

在2007年的尼加拉瓜诉洪都拉斯案中, 尼加拉瓜曾特别提出, 鉴于争议岛屿与尼加拉瓜海岸的地理邻近, 它基于邻近性原则享有对这些岛屿的原始权原。<sup>87</sup>但这一理由并没有被法院采纳, 法院认为地理邻近不一定能决定领土权原。<sup>88</sup>

### (4) 保持占有原则的限制

领土法领域中的保持占有原则<sup>89</sup>(The principle of uti possidetis juris)指的是被殖民地国家在摆脱殖民统治、获得国家独立时通过继承以前殖民地行政边界的方式来确定国家边界。该原则在非殖民化浪潮中迅速发展起来, 并在多个有关领土争端案件中获得了适用, 目前已成为一项具有普遍适用性的国际法原则。其基本目的是确保尊重独立时的领土边界, 维护新独立国家边界的稳定性。<sup>90</sup>

菲律宾独立时, 其领土范围由三大条约<sup>91</sup>所明确限定。可以说, 保持占有原则的存在使菲律宾享受了国家边界稳定带来的利益, 并获得了其他国家的认同和尊重。但如今, 菲律宾却又企图突破这一国际法原则的限制, 扩大已定的国家边界以获取更多非法利益, 实际上是视国际法为儿戏。

针对菲律宾尝试扩大本国领土范围突破国际条约界限范围的种种行为, 美国学者斯科特·斯奈德(Scott Snyder)在1996年所作的一份特殊报告中指出, 菲律宾主张发现了卡拉延群岛并试图将其纳入国家领土范围内, 这一扩张行为受到了质疑, 因为从美国的立场来看, 美菲安保条约明确将卡拉延群岛排除在外。<sup>92</sup>

## 四、结语

时际法是解决基于历史原因而遗留下来的领土争端的一个法律利器, 它提供了一种正确

<sup>84</sup> 【英】马尔科姆.N.肖著, 白桂梅、高健军、李永胜、梁晓晖译, 《国际法》(第六版)(上), 北京大学出版社2011年版, 第405页。

<sup>85</sup> 周忠海:《中国对南沙群岛的领土主权无可争辩》, 载于《海洋与海岸带开发》1990年第2期, 第46页。

<sup>86</sup> 程爱勤:《解析菲律宾在南沙群岛主权归属上的“邻近原则”——评菲律宾对南沙群岛的主权主张》, 载于《中国边疆史地研究》2002年第4期, 第90页。

<sup>87</sup> Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.687, para.75.

<sup>88</sup> Ibid, p.708, para.161.

<sup>89</sup> 该项原则有不同的中文译法, 例如保有合法占有物原则或保有已占有物原则。见联合国:《国际法院判决、咨询意见和命令摘要》(1948-1991)与(1992-1996)之中文译本。

<sup>90</sup> Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.565, para.20.

<sup>91</sup> 这三大条约分别是1898年《美西巴黎条约》、1900年《美西华盛顿条约》、1930年《英美条约》。

<sup>92</sup> Scott Snyder, The South China Sea Dispute: Prospects for Preventive Diplomacy, Special Report, No.18, 1996, p.5.

看待与剖析法律的发展演变的方法或角度。而在东亚国家独特的历史背景下,时际法将发挥更大的作用。一方面,与历史权原相关的占领规则需要重新评估,并将东亚在统治领土方面独特的国家实践考虑在内,时际法的第一要素恰恰为此提供了充足的空间。其次,时际法第二要素的谨慎适用又避免了对原始权原的侵蚀,只有在明显缺乏有效抗议或缺乏充分的历史证据以证明存在原始权原的情况下,才会拒绝考虑有关的历史性主张。<sup>93</sup>

根据时际法,中国在近代以前最早发现并命名南海诸岛,并在此基础上实施了先占,从而创设了对南海岛屿的完整主权。进入近现代以后,中国从未有过任何放弃或转移主权的行,在遭受外来势力非法侵占的时候,积极采取了一系列维护主权的行并及时提出了外交抗议,有效维护了对南海诸岛的主权。尽管近年来,有效控制逐渐成为国际法院衡量领土争端中哪一方具有更好法律主张的重要标杆,但它并非一项可独立适用的领土法规则。若一国缺乏实施有效占领的正当性基础,仍不足以取得领土主权。因此,南海岛屿主权问题上不能适用有效控制。其他争端国所谓的先占并不具备无主地这一前提条件,其他相关国际法规则的存在也否定了它们的主权主张。

## Sovereignty over islands in the South China Sea: From a perspective of intertemporal law

Huang Ming-ming

(School of Law in Sun Yat-sen University, Guangdong Guangzhou 510275)

**Abstract:** Intertemporal law is an important principle of international law. It emphasizes that the act creative of a right is subjected to the law in force at the time the right arises, and the existence of the right shall follow the conditions required by the evolution of law. According to intertemporal law, islands in the South China Sea, as terra nullius, were possessed by ancient China in the manner of occupation. China had established a complete sovereignty over these islands by meeting the requirements of the early-stage international law. Modern China took different measures to safeguard its sovereignty in the past, and there is no any act of giving up of transferring its sovereignty. Thus, due to lack of the premise or foundation of effective control and the limitation of relevant international law, other claiming states around the South China Sea have no right to claim sovereignty over these islands.

**Key words:** intertemporal law; discovery; act of naming; occupation; effective control

**收稿时间:** 2014-10-23

**发表日期:** 2014-12-20

**基金项目:** 司法部“国家法治和法学理论研究”项目 (13SFB2043)

<sup>93</sup> Hitoshi NASU and Donald R. ROTHWELL, Re-Evaluating the Role of International Law in Territorial and Maritime Disputes in East Asia, *Asian Journal of International Law*, Vol.4, 2014, p.70.

**作者简介：**黄明明，中山大学法学院 2012 级国际法专业博士生，2014-2015 年中美富布赖特联合培养博士生及杜兰大学访问学者，研究方向：国际海洋法、领土法。