

从时际法原则解析先占取得 岛屿行为的效力

李志文 马金星

(大连海事大学法学院 辽宁大连 116026)

内容提要:在中日钓鱼岛论争中,双方皆主张是通过“先占”取得钓鱼岛主权,中日其他主张均以先占取得为存在基础。中国是钓鱼岛唯一合法的所有者,日方所谓无主地先占取得钓鱼岛主权的的主张具有欺骗性,中方基于“先占”和“有效控制”取得钓鱼岛主权具有合理性与合法性。中日钓鱼岛争端中存在“关键日期”,日本和美国在“关键日期”之后对钓鱼岛的侵害行为不发生国际法上的领土取得效力,二战后钓鱼岛主权依法回归中国,不存在所谓中国对日本“拥有”钓鱼岛的默认。

关键词:钓鱼岛 时际法原则 先占

2012年,中国国务院新闻办公室发表《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书,围绕中方立场和观点,从历史和国际法依据对钓鱼岛问题做了全面阐述。日本外务省也在其官方网站开辟“日中关系:尖阁诸岛现状”(Japan - China Relations: Current Situation of Senkaku Islands)专栏,^①对钓鱼岛是所谓“日本固有领土”作了具体阐述。中日上述主张囊括了两国在钓鱼岛争端问题上对己方最为有利的历史和法理依据,其中很重要的一条逻辑主线就是,中日均以国际法中的无主地先占取得制度

作为论证钓鱼岛归己所有的逻辑起点,继而皆主张对钓鱼岛进行了持续有效的管辖。诸多学者在以现代国际法的理念与制度去厘定、选择和解释与钓鱼岛主权相关的史实和事件过程中,很少注意时代背景与现代国际法关于领土取得标准之间的不契合。本文旨在结合国际法的演变和历史事实,以时际法原则为指引,判定钓鱼岛领土先占取得行为及相关条约的效力,从根源上揭露日本所谓拥有钓鱼岛“主权”论证的荒谬性和日本政客、学者预设的法律陷阱。

作者简介:李志文(1963-),女,汉族,辽宁朝阳人,大连海事大学法学院副院长、教授、博士生导师。

马金星(1986-),男,汉族,天津市人,大连海事大学法学院2012级博士研究生。

本文系教育部重大攻关项目“中国与邻国海洋权益争端问题的国际法理研究”(12JZD048)的研究成果之一。

^① See Ministry of Foreign Affairs of Japan Japan - China Relations , Current Situation of Senkaku Islands , <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/2013-04-07>.

一、国际法中的无主地先占取得与时际法原则在岛屿争端中的运用

(一) 国际法中的无主地先占取得

无主地先占取得是近现代国际法认可的领土取得方式。通常认为,近代国际法的诞生标志是1648年签订的《威斯特伐利亚和约》,1945年《联合国宪章》确立“禁止使用武力或武力威胁”等基本原则后,近代国际法随之转变为现代国际法。^②近现代国际法认为,先占必须真实有效(effective),才发生领土取得效力。《奥本海国际法》认为“有效先占”必须具备两项基本事实:第一,占领,即先占国必须真正地占领该无主地,并宣告此领土已置于其占领之下,且意图将此领土置于其主权之下。此种行为通常包含公告或当地升旗。^③第二,行政管理,即指国家须在占有行为后,在该土地上建立某种行政或统治行为,展现具有国家行为性质的相关措施。相反地,若在占有行为发生后的相当期间内,占有国未设立某种行政机构或实施统治行为,则该先占就不是国际法意义上的有效占有,也就不能发生领土取得效力。

“无主地先占”制度在国际法中存在演进的过程。在近代以前,一般认为,发现一块领土即可以取得其主权,有效占有并不被认为是取得领土的必要条件。18世纪后,国际法才开始要求实行有效占有,直到19世纪,西方各国的

领土实践才与国际法规定相符合。^④1931年Clipperton Island Arbitration案与1933年Legal Status of Eastern Greenland案后,国际法司法实践认为,国家可以取得无人居住或不适宜人居之地,重点是取得领土的过程必须对外公告或公开。对于那些不适宜人居且地处偏远的地区,决定主权的首要条件是国家具体展现占有该领土的意向,而非要求国家在此领土上设置机构或必须有其国民常住于该地。^⑤现代国际法和国际社会认可的宣示领土主权的方式包括公开声明、国际承认、完成法律程序、有效实际统治等。

(二) 国际法中的时际法原则

时际法原则是用以解决国际法在不同时期如何适用法律的原则。时际法(Intertemporal law)^⑥是指“法律事实必须考量当时所适用的法律原则,而非关于争端发生时所具有效力的法律”,^⑦即根据不同时期的法律与历史事实,适用不同类型的法律,特别是那些当时有效的法律原则与概念,藉以解决法律因溯及既往所产生的争议。时际法原则在1928年帕尔马斯岛仲裁裁决中被首次引入国际法领域,并成为一项公认的国际法规则。^⑧应用时际法原则解决权利与法律变化的关系时,应分为“权利的创设”与“权利的存续”两个判断步骤。^⑨第一步,权利

^② 杨光坤《近代国际法与现代国际法的本质区别》,http://www.qstheory.cn/lg/xszzh/201207/t20120716_170395.htm,访问日期:2013年10月12日。

^③ 参见[英]奥本海《奥本海国际法·上卷》(第二分册),詹宁斯等修订,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年4月版,第371-372页。

^④ C. H. Waldock, Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies, British Yearbook of International Law Vol. 24, 1948, pp. 315-316.

^⑤ C. H. Waldock, Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies, British Yearbook of International Law Vol. 24, 1948, pp. 315-316.

^⑥ 时际法概念也适用于条约的解释。1969年《维也纳条约法公约》第31条第3款丙项的规定“适用于当事国间关系的任何有关国际法规则”。

^⑦ Clive Parry and John P. Grant, Encyclopaedic Dictionary of International Law, London: Ocean Publications 1986, p. 190.

^⑧ See Nuno Sérgio Marques Antunes, The Eritrea - Yemen Arbitration: First Stage—The Law of Title to Territory Re - Assessed, International and Comparative Law Quarterly, January, 1999, 48(02), pp. 363-370.

^⑨ 参见王可菊《时际法与领土的取得——基于解决领土争端中的理论与实践》,载《太平洋学报》2012年第5期,第23-24页。

的创设必须依照与之同时的法律来判定,该判定标准的法理依据是“法不溯及既往”。第二步,权利的存续必须依照涉及该权利存在的“关键日期”(Critical date)的法律予以确定。“关键日期”是当事国双方在确立自己对某一领土的主权时相互开始产生矛盾的那一天。在关键日期问题上,帕尔马斯岛仲裁裁决指出:“如果对领土一部分的主权发生争端,习惯的办法是审查哪一个提出主权主张的国家拥有所有权优于其他国家所可能提出的主张。但是,如果这种争讼是以另一方已经实际地表现了主权的事实为依据的,它不足以确定使领土主权在某一时间有效取得所依据的所有权,还必须表明领土主权是继续存在,并对争端的裁决必须认为关键之时是存在的。”^⑩需要注意的是,在第一步取得权利后,如果没有按照法律的演进对先占取得的权利给予相应的维护,仍有可能基于默认、时效等原因丧失先前取得的权利。

(三) 依据时际法原则检视岛屿先占取得行为的有效性

第一,判断岛屿先占取得行为的有效性应依据当时的法律。判定行为的法律效力,应依据从事该行为当时的法律以决定其合法性,这是法律的基本原则。尽管近现代国际法认为“有效先占”必须具备“占领”和“行政管理”两个基本事实才发生领土取得效力,但是《奥本海国际法》在探讨时际法与领土取得之间相关性时表示,在过去地理大发现时代,^⑪虽然仅是

发现岛屿并不因此被视为取得领土主权,但是,要求国家对发现领土保持持续占有的行为,这种要求并不具有法律的基础。要求占有行为必须有效这种标准在十九世纪之前并不存在。^⑫因此,在近现代国际法产生或确立的领土秩序传入并为一国承认之前,该国的领土“先占”行为自然也不可能按照近现代国际法要求的标准进行。

第二,权利的产生和存续应分别适用当时有效的国际法规则来判断。在具体案件中,在先后不同时期所实行的几个法律体系中应当适用哪一个(所谓时际法)的问题,应该对权利的创设和权利的存续区分讨论。创设一项权利的行为受该权利创设时有效的法律支配,依照这一原则,该权利的继续存在也必须与法律的演进要求的情况相一致。^⑬而“关键日期”影响岛屿争端中权利存续行为的有效性。关键日期的确定应以双方就某一具体问题出现法律或事实上对立分明的时间为准。^⑭在涉及领土争端中的关键日期时,国际法院的司法实践确认了两项标准:一是法律争端明确出现之时;二是在法律争端不明的情况下,以事实争端公开化的时间为准。^⑮关键日期一般决定着证据的可采性。1953年明基埃和埃克荷斯群岛案中,国际法院强调“确立关键日期的目的之一在于,当主权争议问题明确化以后,阻却任何一方单方面所采取的一些措施以巩固其主张”,^⑯即在关键日期之后的当事方提供的利己证据,同样不具有

^⑩ See R. Y. Jennings. *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester University Press, 1963, p. 31.

^⑪ 地理大发现时代,指从15世纪到17世纪欧洲船队在世界各处寻找着新的贸易路线和贸易伙伴的航海探险时代。

^⑫ See Robert Jennings, Arthur Watts eds. *Oppenheim's International Law*. 9th ed., Vol. 2, London: Longman 1992, pp. 688-689.

^⑬ See *Island of Palmas case 1928*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards Volume II*, 2006, pp. 829-850.

^⑭ [英]奥本海《奥本海国际法·上卷》(第二分册),詹宁斯等修订,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年4月版,第96页。

^⑮ 张卫彬《国际法院解决领土争端中的关键日期问题——中日钓鱼岛列屿争端关键日期确定的考察》,载《现代法学》2012年第3期,第131页。

^⑯ [英]奥本海《奥本海国际法·上卷》(第二分册),詹宁斯等修订,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年4月版,第92页。

可采性。

因此,以国际法分析和解决钓鱼岛争端时,必须以时际法原则援引有效的准据法,而不能仅以当下的法律概念分析之前所发生的史实,如此一来不仅会对历史事实产生一定程度的误解与扭曲,也不容易得到法律上的正确见解,从而会产生不正确的结论。

二、先占取得在中国和日本各自主张拥有钓鱼岛主权中的运用及分析

(一) 中、日各自主张先占取得钓鱼岛主权的依据

《钓鱼岛是中国的固有领土》白皮书从历史、法律和事实三个角度阐述了钓鱼岛的唯一合法所有者,具体理由包括:第一,钓鱼岛最早由中国发现。从最早记载钓鱼岛、赤尾屿等地名的《顺风相送》(1405年)起,有大量中外史籍对钓鱼岛名称和归属进行记载。第二,钓鱼岛属于台湾附属岛屿,并为中方持续管控。现今所见的历史文献中,从未有钓鱼岛属于琉球之类的记载,中方对钓鱼岛的管辖从明清两代开始,一以贯之,中方始终在钓鱼岛海域保持经常性的存在并进行管辖。第三,1894年后日美对钓鱼岛间续性侵占行为不发生国际法上的领土取得效力。钓鱼岛属于《马关条约》第2条规定的由清政府割让给日本的“台湾岛附属岛屿”,二战后依照《开罗宣言》和《波茨坦公告》回归中国,1951年《旧金山和约》、1953年美国琉球民政府发布的《琉球列岛的地理的境界》(第27号布告)和1971日美《归还冲绳协定》擅自处分他国领土,是无效的。

日本外务省在“日中关系:尖阁诸岛现状”(Japan - China Relations: Current Situation of Senkaku Islands)专栏中阐述钓鱼岛是“日本固有领土”的理由包括:^①第一,钓鱼岛是无主地,经1895年1月14日内阁会议决定(以下简称“阁议”)编入日本版图。第二,《旧金山和约》

及《冲绳归还协定》确认日本拥有钓鱼岛主权。钓鱼岛并不属于日本根据《旧金山和约》第2条宣布放弃的领土,而属于该和约第3条规定的南西诸岛的一部分,并置于美国施政管辖之下。1971年《归还冲绳协定》将1953年《琉球列岛的地理的境界》划定经纬度线内的岛屿^②“归还”给日本,其中就包含钓鱼岛。第三,日本对钓鱼岛实施了长期有效的控制,中方对此存在默认。钓鱼岛一直被视为日本冲绳县的一部分,1970年之前,中方未对日本拥有钓鱼岛提出过抗议,故依国际法中的禁反言原则,中方已默认日本拥有钓鱼岛主权。

(二) 中、日运用先占取得的对比分析

第一,中日以先占取得论证钓鱼岛主权归属的逻辑序位具有差异性。在论证钓鱼岛主权归属过程中,日方以“无主地先占取得”为逻辑起点,声称钓鱼岛主权的取得与甲午战争和二战无关,进而不适用《开罗宣言》和《波茨坦公告》,二战后签订的《旧金山和约》等进一步确认了钓鱼岛属于日本,上世纪70年代以前中方对日本享有钓鱼岛主权存在默认。而中方论证拥有钓鱼岛主权的逻辑序位以“最先发现”和“有效管辖”为起点,该“有效管辖”在甲午战争之后至二战结束日本投降前被日本的侵略行为非法剥夺,《开罗宣言》和《波茨坦公告》签订后,钓鱼岛主权回归中国,日美签订条约处分钓鱼岛主权的行是非法的,不发生领土变更效力。

第二,“无主地先占”与“条约效力”是中日论争的交集点。中日关于取得钓鱼岛主权是基于“无主地先占”的主张存在重叠,其中差异之处为:中方主张最先发现、最先利用和持续管控钓鱼岛,是从史实证据角度论证说理;日方主张钓鱼岛是无主地且其上不存在他国行政统治的痕迹,是根据现代国际法中对“无主地先占”的

^① See Basic View on the Senkaku Islands, Ministry of Foreign Affairs of Japan, Japan - China Relations: Current Situation of Senkaku Islands, <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/> 2013-05-01.

^② 郑海麟《从历史与国际法看钓鱼台主权归属》,台北海峡学术出版社2003年3月版,第22-23页。

要求取得钓鱼岛主权。至于“条约效力”问题,中日主张则针锋相对,即中方主张《旧金山和约》及《冲绳归还协定》无效,而日方主张上述条约有效,《旧金山和约》及《冲绳归还协定》对于钓鱼岛主权而言,非是创设权利,而是对日本先占取得钓鱼岛主权的再确认。^①

第三,“先占”的有效性是决定中日论争中其他依据是否合法的基础。若将中日各自主张拥有钓鱼岛的依据以时间轴的方式排序,其交集始自1895年。日方认为“无主地先占”是取得钓鱼岛主权的“原始行为”,1895年“阁议”之后,钓鱼岛的法律地位被定位为南西诸岛(包括琉球诸岛及大东诸岛)一部分,因钓鱼岛主权取得行为发生在《马关条约》签订前,故既不属于《马关条约》第2条规定的由清政府割让给日本的“台湾岛附属岛屿”,^②也不适用《开罗宣言》和《波茨坦公告》。中方的主张恰恰与此相反,认为钓鱼岛在1895年之前不是无主地,而是已经被中国发现并控制,法律地位上附属于台湾岛,而非琉球群岛及大东诸岛,1895年经《马关条约》被割让给日本后,直至二战结束,根据《开罗宣言》和《波茨坦公告》相关条款的规定回归中国,《旧金山和约》等约定非法处分他国领土当然无效。可见,“先占”问题是中日钓鱼岛主权论争的国际法逻辑起点,“先占”行为有效与否,直接关系到中日双方其他主张的合法性与合理性。

三、时际法原则指引下对钓鱼岛占有行为效力的判定

(一) 中国因先占取得钓鱼岛领土主权

第一,中国依“无主地先占”取得钓鱼岛领土主权。1895年日本强占之前中国对钓鱼群岛的主权是否存续,应适用当时的国际法来确认。中国至迟在1405年已经发现、记载和利用钓鱼岛,这不仅早于1648年《威斯特伐利亚和约》,而且更早于西方地理大发现时代,这已是中日两国官方和学界一致公认的史实。《中山传信录》记载了古米山为琉球西南方界上镇山,因此位于古米山以外的钓鱼岛当然属于中国。^③另外《琉球国志略》记载的“琉球海正西距黑水沟,与闽海界”,^④明确指出中琉间以冲绳海槽(黑水沟)为界,以东为琉球境地,以西为中国疆域。可见,在被中国发现之前,钓鱼岛既是无人岛也是无主地。明代胡宗宪编纂的《筹海图编·御海洋》记载钓鱼岛已经被明代政府划归在水军海上内(近洋)防区,并得到周边国家的默认。清代的《坤舆全图》也明确将钓鱼岛划入中国版图。^⑤可见,在1895年《马关条约》签订以前,中国已持续和平地对钓鱼群岛行使主权至少达400年之久,期间中国对钓鱼群岛的主权一直有效存续,是其惟一合法的所有者。

第二,日本“先占”取得钓鱼岛主权的主张与时际法原则不符。其一,现代国际法中的“先占”原理不适用于解决钓鱼岛的归属问题。钓鱼岛在日本“先占”之前已归入中国版图数百年,并非“无主地”,钓鱼岛位于中琉分界线中国一侧,是不争的史实。日本反驳中国拥有钓鱼岛主权时主张,“国际法上如果只是发现岛屿或具有地理上接近性等,则构不成主张所

^① See Q&A on the Senkaku Islands, Ministry of Foreign Affairs of Japan, http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/pdfs/qa_1102_cn.pdf, 2013-06-13.

^② See Basic View on the Senkaku Islands, Ministry of Foreign Affairs of Japan, Japan-China Relations: Current Situation of Senkaku Islands, <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/> 2013-05-01.

^③ 国纪平《钓鱼岛是中国领土铁证如山》, http://www.gov.cn/jrzq/2012-10/12/content_2242098.htm, 访问日期:2013年5月13日。

^④ 国务院新闻办公室《钓鱼岛是中国的固有领土》,人民出版社2012年9月版,第5页。

^⑤ 参见安京《试论中国古代海界问题》,载《中国边疆史地研究》2000年第2期,第17页。

有权的证明”^④,是以现代国际法标准去裁判百年前的领土取得行为,以“无人岛”偷换“无主地”的概念。其二,1895年日本处分钓鱼岛的阁议与当时的国际法要求不符。近代国际法认为,先占应当是正式占有,即国家通过发表公开声明、宣言或者通告的方式,表示把该地域置于本国主权之下。所谓1895年将钓鱼岛编入日本版图的阁议尘封半个多世纪,直到1952年3月日本外务省编辑出版《日本外交文书》第23卷时才首次公布^⑤,笔者认为,该阁议不仅不具备国际法效力,而且其真实性也应当受到质疑。因此,日方处分钓鱼岛的阁议在国际法上无法满足“有效先占”的条件。其三,国内立法不是国际法承认的领土取得方式。国际法承认的领土取得方式只有先占、添附、自愿割让和民族自决等,并不包括立法。立法只是在一国基于国际法承认的领土取得方式取得领土主权后对这一主权进行确认和宣示的一种方式,没有合法领土主权作基础的法律宣告是根本站不住脚的。因此,1895年日本处分钓鱼岛的阁议不具有国际法上的领土编入效力。

第三,中日钓鱼岛争端中存在“关键日期”。中日钓鱼岛主权事实争端的公开化在上世纪70年代才浮出水面。1970年8月31日,在美国琉球民政府监督下起草的《关于申请尖阁列岛领土防卫的决定》是日本方面首次公开主张对钓鱼岛拥有主权^⑥,而中日关于钓鱼岛法律地位之争则可以上溯到1895年。因此,在确定钓鱼岛争端中的“关键日期”时应采取法律争端标准。进一步而言,关键日期是“1895年1月14日”日本阁议作出之日,还是“1895年4月17日”《马关条约》签署之时?笔者认为,“1895年4月17日”应为中日钓鱼岛争端中的

“关键日期”,原因在于中日关于钓鱼岛法律地位之争始自对《马关条约》第2条的解释,而日方声称的以1895年1月14日“阁议”的形式将钓鱼岛编入版图的做法,事先既没作占领宣告,事后也没在国内或者国际上公开宣布,是以“先占”之名掩“窃占”之实。因此,在1895年4月17日之后,日本为了巩固对我国钓鱼岛主权要求而采取的利己措施或试图取得有效统治的证据不具有可采性。

(二) 二战后钓鱼岛主权依法回归中国

首先,二战后钓鱼岛依《开罗宣言》及《波茨坦公告》由日本归还中国。其一,尽管《马关条约》第2条中未提及钓鱼岛等岛屿,但并不能得出钓鱼岛等岛屿为南西诸岛的一部分的结论。由于台湾渔民经常出没作业的关系,习惯上将钓鱼岛等岛屿视为台湾附属岛屿,这是一种历史的自然形成。对于这种地理概念的历史形成,中日的文献资料均有反映。而且接近台湾本岛的兰屿、琉球屿、花瓶屿、彭佳屿等台湾附属岛屿也没有在《马关条约》第2条中被提及^⑦。日方利用《马关条约》割让走台湾、澎湖列岛时没有明确提及钓鱼岛等台湾岛屿,反推钓鱼岛属于日本南西诸岛是罔顾历史与事实。其二,1895年中日《马关条约》签订至1945年日本战败接受《开罗宣言》及《波茨坦公告》这一时期(以下简称“日据时期”),日本国内地图与司法判决均承认钓鱼岛为台湾附属岛屿。如1939年日本地理学会出版的《大日本府县别地图并地名大鉴》中标记的是“钓鱼岛”而不是“尖阁列岛”,1941年在日本统治下的冲绳与台湾曾因渔业问题就钓鱼岛发生争执后,东京法院将钓鱼岛判给“台北州”管辖^⑧。其三,归还

^④ See Japan - China Relations: Current Situation of Senkaku Islands, Ministry of Foreign Affairs of Japan, http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/senkaku/pdfs/qa_1102_cn.pdf 2013-04-27.

^⑤ [日]井上清《钓鱼岛的历史与主权》,贾俊琪、于伟译,新星出版社2013年2月版,第168页。

^⑥ [日]井上清《钓鱼岛的历史与主权》,贾俊琪、于伟译,新星出版社2013年2月版,第17页。

^⑦ 参见金永明《再驳日本关于钓鱼岛等岛屿领有权的基本见解的错误性》,载《东方法学》2012年第5期,第57页。

^⑧ 钟严:《论钓鱼岛主权的归属》,载《人民日报》1996年10月18日第8版。

钓鱼岛是日本战后必须履行的国际法义务。1943年《开罗宣言》中明确规定,“使日本所窃取于中国之领土,例如满洲、台湾、澎湖群岛等,归还中华民国;日本亦将被逐出于其以武力或贪欲所攫取之所有土地”。1945年《波茨坦公告》强调,“《开罗宣言》之条件必将实施,而日本之主权必将限于本州、北海道、九州、四国及吾人所决定其他小岛之内”。日本无条件接受了《波茨坦公告》,就意味着放弃其所攫取的所有中国领土,其中当然包括作为台湾附属岛屿的钓鱼岛。

其次,日美对钓鱼岛的处分不发生国际法效力。按照国际习惯法,条约只适用于缔约各国之间,《维也纳条约法公约》第34条规定:“条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利。”根据国际法及有关国家间边界划分的惯例,涉及国家间边界问题时,应尊重历史上形成的自然疆界。如有争议,则必须与有关国家进行协商,单方面的意见是无法律效力的。^{②9}1971年日美签订《归还冲绳协定》,通过签订条约的方式为中国创设义务,是彻底违反国际法原则的。此外,《归还冲绳协定》还混淆了钓鱼岛与琉球群岛之间的以“冲绳海槽”为分界标志的历史性关系,违反了《开罗宣言》及《波茨坦公告》第2条的规定。

(三) 不存在所谓中国对日本享有钓鱼岛主权的默认

日据时期,中国对包括钓鱼岛在内的台湾及其它附属岛屿的主权因日本的侵略行为而被非法褫夺。日本以战争为手段强制性割让中国领土,已为同时代的国际法所否定,自不存在中

国对日本享有钓鱼岛主权的默认。

首先,二战结束后不存在日方对钓鱼岛连续、平稳的统治。1950年12月4日,在《旧金山和约》签订前,周恩来代表中国政府发表声明指出“关于琉球群岛和小笠原群岛,不论《开罗宣言》或《波茨坦公告》,均未有托管的决定,当然更说不上要指定美国为管理当局的事情了。美国政府此种野心,纯为假借联合国名义,实行对琉球群岛与小笠原群岛的长期占领。”《旧金山和约》签订后,1951年9月18日中国政府再次发表声明指出“美国政府在旧金山会议中强制签订的没有中华人民共和国参加的对日单独和约,……是非法的,无效的,因而是绝对不能承认的”。^{③0}声明清楚表明中国从未承认《旧金山和约》对包括钓鱼岛在内的中国领土的任何规定,这一立场也同样适用于美、日等国此后依据《旧金山和约》对钓鱼岛的非法托管、私相授受等行为。^{③1}因此,并不存在所谓日本对钓鱼岛“和平且无间断”的占有。

其次,日本明确对外主张享有钓鱼岛主权后,中国政府明确提出了抗议并采取了有效措施。有日本学者指出,“无论是中国大陆和台湾地区的地图把钓鱼岛、黄尾岛、赤尾岛明确地标在中国的领土内,还是日本文部省审定的地理教科书中用“尖阁列岛”的名称表示这些岛屿,都是1972年领土问题发生以后的事”。^{③2}在此之前,针对日本染指钓鱼岛的企图,1970年5月18日《人民日报》即刊文《佐藤反动政府玩弄妄图吞并我钓鱼岛等岛屿新花招》指出,“钓鱼岛等岛屿和台湾一样,自古以来就是中国的领土”,公开表明了中国政府在钓鱼岛问题上

^{②9} 金永明《再驳日本关于钓鱼岛等岛屿领有权的基本见解的错误性》载《东方法学》2012年第5期,第56-57页。

^{③0} 《中国人民志愿军抗美援朝战争大事记》(1951年9月),<http://www.southcn.com/news/china/china04/kwar50y/incident/200307281109.htm>,访问日期:2013年5月10日。

^{③1} 国纪平《钓鱼岛是中国领土铁证如山》,http://www.gov.cn/jrzq/2012-10/12/content_2242098.htm,访问日期:2013年5月10日。

^{③2} 林治波《日本学者村田忠禧认为钓鱼岛属于中国》,<http://www.people.com.cn/GB/guandian/40604/3057497.html>,访问日期:2013年5月11日。

的立场。^③ 1970年《关于申请尖阁列岛领土防卫的决定》颁布后,1971年12月30日,中国外交部发表声明指出,“这是对中国领土主权明目张胆的侵犯,中国人民绝对不能容忍。美日两国在《归还冲绳协定》中把我国钓鱼岛等岛屿列入‘归还区域’,完全是非法的,这丝毫不能改变中华人民共和国对钓鱼岛等岛屿的领土主权”。^④ 日方在国际法层面以中方默认为由,对钓鱼岛主权进行声索,完全是掩耳盗铃,罔顾现代国际法的一般规则和常识。

综上,中国基于“先占”取得钓鱼岛主权符合国际法中的时际法原则。从15世纪到1895年的近500年间,没有任何国家挑战中国对钓

鱼岛的主权,这是不争的历史事实。1895年日本窃取钓鱼岛之时,钓鱼岛已非无主地,故日本所谓先占取得钓鱼岛主权的主张不具有合法性与合理性。1895年4月17日“关键日期”之后,日本主张的对钓鱼岛存在所谓有效统治的证据不具有可采性。二战结束后,日本未按《开罗宣言》和《波茨坦公告》有关规定完全履行作为战败国应尽的国际义务,未将钓鱼岛归还中国,日美私相处分钓鱼岛的行为及日本迄今对钓鱼岛采取的一切行动,是在对中国领土非法窃取和侵占基础上进行的,违背《维也纳条约法公约》等现代国际法的规定,因而不发生领土取得效力。

Study on the Effect of Island Occupation in View of International Law Principle

Li Zhiwen Ma Jinxing

Abstract: Occupation is the common viewpoint in the dispute over Diaoyu Islands between China and Japan, other viewpoints of China and Japan over Diaoyu Islands base on the Occupation. This Article will combine with historical facts and international law, put forward that China is the sole legal owner of the Diaoyu Islands and Japanese claims on territorial sovereignty over the Diaoyu Islands basing on Occupation is illusive. Chinese claims over the Diaoyu Islands, basing on Occupation and efficiency control, are reasonable and lawful. The Critical date exists in the dispute between China and Japan, Japanese and America infringe behaviors after Critical date cannot obtain the territorial sovereignty over the Diaoyu Islands in meaning of international law. Territorial sovereignty over the Diaoyu Islands was returned back to China after World War Two, China gives no tacit consent to Japanese Claims.

Keywords: Diaoyu Islands intertemporal law principle occupation

(责任编辑:李辉)

^③ 褚静涛《竺可桢为钓鱼岛建言》载《环球时报》2012年9月27日。

^④ 《外交部发言人洪磊就日本领导人涉钓鱼岛言论答记者问》, http://www.gov.cn/gzdt/2012-08/25/content_2210423.htm, 访问日期:2013年3月19日。