

国际法上的领土权利来源:理论内涵与基本类型

罗欢欣

内容提要:随着国际实践的发展,国际法上传统的“领土取得模式”说已经远远不能满足相关理论分析的需要。领土的权利来源或依据问题是国际司法理论与实务中讨论的重点,但国内学界对此却少有系统分析。在领土争端中,一个国家需证明其在特定领土上建立主权的^{行为、事实依据、来源、证据或证明},这就是国际法上的领土权利来源问题。先占等五种领土取得模式尽管绝大部分已经过时,但仍属传统的领土权利来源范畴。新发展的一些可以独立构成领土权利来源的主要有条约、新国家的建立、有权机构或国际组织的处置、一国放弃/默认的国家单方行为等。值得注意的是,“有效控制”本身并不能达到建立领土主权的效果,但当其同领土放弃/默认等国家单方行为结合在一起时,可以发挥关键作用,并导致领土主权的^{变化}。

关键词:领土主权 国家 权利来源 有效控制 领土放弃/默认

罗欢欣,中国社会科学院国际法研究所助理研究员。

一 问题的提出与概念界定

近年来,我国周边岛屿与海洋争端局势升级。但是,国内学界在国际法理论上对领土主权问题的探讨,大多仍然停留在对传统的领土取得模式的关注,而缺乏对领土主权之权利来源问题的整体把握与专门研究。^[1]事实上,面对争端中错综复杂的政治和法律情势,领土主权的“模式分析法”越来越显示出解释上的无力。一定程度上,这种状况也导致我国在钓鱼岛问题和南海问题等领土争端中的国际法回应显得薄弱。

例如,在钓鱼岛问题的研究中,自20世纪90年代以来,随着中国历史考证成果的丰富,中国最早发现和命名钓鱼岛列屿的证据多不胜数,使日本的“无主地”理论越来越难

[1] 以国内通用教材为例,笔者发现常见的国际法通用教材中,仅贾兵兵所著《国际公法:理论与实践》一书中提到领土的权利来源问题。参见贾兵兵著:《国际公法:理论与实践》,清华大学出版社2009年版,第172页。

以成立。相应地,日本以及西方一些学者也指出“1895年前可能钓鱼岛确实不是无主地”,从而将其反驳中国立场的重点转向了战后,强调中国在战后对美国“施政”的“默认”、“不反对”或“消极”,从而使“中国放弃/默认论”、“日本有效控制论”等甚嚣尘上。^[2]然而,对于领土的放弃/默认、“有效控制”等问题,我国学界均无系统化分析的成果出台,一定程度上造成了理论对话层面的被动。

此外,在有关南海问题的研究中,我国南海地图上“断续线”的性质与效力一直是各界关注的焦点,特别是其中有关“历史性权利”的解释问题争议颇多。但是,究竟如何理解“historic title”,我国既有研究也较为混乱,出现了“历史性所有权”、“历史性权利”、“历史性主权”乃至“历史性财产权”等多种版本的翻译和争论。

事实上,国际司法实践中,国家领土的权利来源或依据(title to territory)问题是领土、边界争端案件中探讨的重点。在领土争端中,争议各国需要证明其主权领土的权利来源,提供权利依据、证据或证明。就像国内诉讼中的举证责任一样,当某项权益争端发生之后,原被告各自诉求的证明问题成为关键。有鉴于此,本文拟从概念、基本理论与典型案例出发,将领土主权的权利来源问题作为一个专门问题加以集中探讨。

(一)传统领土取得模式的局限性

“领土取得”一词用以表示国家在某块特定的领土上建立主权的意思。传统上,我国各类国际法学著作几乎一致将领土主权的建立区分为先占、割让、添附、征服与时效五种模式。但是随着国际社会的发展和国际法的进化,这些取得模式已经基本不再适用。

先占也叫无主地先占,指是一个国家有意识地对“无主地”(terra nullius)进行占领从而取得主权的行。随着人类科技对地球的高度开发与控制,“无主地”已经基本消亡,先占模式难以再适用。征服(subjugation or conquest)是指当两国间发生战争时,战胜国可以借此取得战败国领土主权。然而,《联合国宪章》确立了禁止使用武力原则,更废弃以战争作为解决国际争端的手段,故通过征服方式取得领土在当今社会亦已不再适用。添附(accretion)指由于天然或人为的原因使陆地增长而引起的国家领土的扩大,如河岸涨滩、出现新生岛屿等。但是,专属经济区、大陆架或公海上建立的人工设施与岛屿等不构成国家领土的添附,不能形成领海或改变领海基线。因此,添附模式因受制于自然地理条件而罕有发生。

时效取得(acquisitive prescription)是在非无主地领土上确立主权的方式。当某块土地的主权不明或占领国没有合法主权依据的情况下,一国因在相当长时期内不受干扰地占有,而可能基于时效取得该土地的领土主权。然而,按照“非法行为不能产生合法权利”的一般法理,时效作为一种领土取得方式在早期就存在争议。并且,在国际法上并没有任何确切标准认为经过某段时间跨度后即能据此获得主权。^[3]因此,时效因其高度争议性而不被普遍接受,现实案例中也几乎没有单独适用过。割让(cession)是指在战争结束以

[2] 参见罗欢欣:《海内外钓鱼岛研究四十年:比较与评述》,《日本学刊》2014年第4期,第81页。

[3] 例如,在美国与墨西哥之间的查米尔(Chamizal)边界争端案中,裁决强调在这个方面不存在一个固定期限。参见 Mexican Boundary Disputes and Cooperation, in 6 *Encyclopedia of Public International Law* 5, Amsterdam Elsevier Science Publishers, 1983, p. 328.

后,交战各方通过签订条约将一国领土转移给他国。由于《联合国宪章》明确禁止使用武力,不平等条约的割让模式已被禁止和废弃。例如,1895 年中国签订《马关条约》将台湾割让给日本就是一种不平等条约的割让。但平等的割让至今有效。例如,1803 年法国出价 6000 万法郎将路易斯安那卖给美国,1867 年俄国以 720 万美元将阿拉斯加卖给美国,1890 年英国以获得东非洲桑给巴尔(Zanzibar)保护地为条件将赫尔戈兰岛让给德国,均属此种情形。不过,由于“平等割让”的内容与性质都可以被现代意义上的条约所取代,因此割让概念也已基本失去适用的意义。

综上所述,传统的五种领土模式已经基本成为“一个过时的反映第一次世界大战以前学术倾向的术语”,^[4]对第二次世界大战以后的新的国家实践缺乏解释力。

(二)领土权利来源及相关概念

鉴于传统领土取得模式的缺陷,对领土权利来源或依据的探讨应运而生。对此,西方学界以及司法实践中往往选择“title to territory”或“territorial title”这一概念来分析。例如,哈斯伯瑞的《英国法大全》在其“领土”一章中明确提出:“国家必须要能展现其自身领土的权利来源(must be able to demonstrate title to its territory),这意味着它比其他任何国家拥有更强的权利主张。当国家对领土建立起权利后,国家就有权按照领土完整原则获得保护,并且有权按照不干涉原则,在自己的领土之内按照本国的意愿与决定行事。”^[5]《马普国际法大百科全书》中对“title to territory”的解释为:“构成法律基础的行为或事实,以在领土上形成权利”,或者通常说就是“权利的来源或证明”。^[6]

1. 关于什么是“title”

关于如何理解和翻译“title”一词,我国既有研究可谓众说纷纭。对此,笔者梳理出以下几种情形。

其一,将“title”翻译为“权利根据”。例如,1951 年《旧金山和约》第二条的条约为“日本放弃对台湾及澎湖列岛的一切权利、权利根据与要求”(Japan renounces all right, title and claim to Formosa and the Pescadores),其中的“title”被翻译为“权利根据”。实际上,权利根据、权利依据与权利来源的意思基本一致。

其二,将“title”理解为“所有权”或者就是“权利”本身。但是,对于同样的英文文本,却也有的翻译不一致。譬如,《海洋法公约》第 15 条和第 298 条第 1 款(a)项均提及“historic title”,有的文献将之译为“历史性所有权”,^[7]有的则译为“历史性权利”。^[8]著名国际法学者丘宏达在其 1971 年发表的有关中日钓鱼岛争端的论据分析一文中,将“inchoate

[4] 布朗利在其著作中指出,“许多教科书都会列举包括先占、添附、割让、征服和时效在内的取得模式,这个列举不仅不精确,而且并不能充分地反映出国际法庭的工作方式”,“取得模式是一个过时的反映一战以前学术倾向的术语……整个取得模式的概念在原理上是不正确的,并且会加重理解真实状况的困难”。参见 Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague: MartinusNijhoff Publishers, 1998, p. 153, pp. 126 - 127.

[5] “Territory, Nature and Extent of Title of Territory”, *Halsbury's Law of England*, at 7. 111.

[6] Marcelo G Kohen and Mamadou Hébié, Territory Acquisition, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011.

[7] 参见刘振民主编:《海洋法基本文件集》,海洋出版社 2002 年版,第 8 页。这一译法在贾宇的《试论历史性权利的构成要件》一文中被借鉴。参见贾宇:《试论历史性权利的构成要件》,《国际法研究》2014 年第 2 期,第 36 页。

[8] 参见张海文主编:《〈联合国海洋法公约〉释义集》,海洋出版社 2006 年版,第 30 页。

title”翻译为“原始的权利”,即是将“title”翻译为“权利”。〔9〕

其三,关于“权源”、“权原”、“权利渊源”、“主权”、“所有权”和“财产权”等译法的争论。有学者将“title”翻译为“权源”,认为它是指作为法律权利的起因或基础的任何行为、事实或情势。〔10〕也有学者借鉴日本学界的术语,建议将“title”译为“权原”,指法律上取得某处权利的原因,并认为“historic title”的中文表述应以“历史性的权利渊源”为宜。〔11〕还有学者指出,“所有权”是私法上的概念,而在国际法上一般使用“主权”这一概念,因此“historic title”所代表的“历史性所有权”实际就是指“历史性主权”。〔12〕甚至还有学者认为,将“historic title”译为“历史性所有权”是没有考虑到所有权在英美法与大陆法中的差异性,更合适的译法应当是“历史性财产权”。〔13〕实际上,这些问题也是西方学者批判我国南海立场暧昧不明的原因之一。他们指出,我国在阐述南海“历史性主张”(historic claim)时,对“historic rights”、“historic waters”和“historic title”等词汇交错使用,不知其具体含义、界限或相互关系如何,因而主张混乱,缺乏基本的确切性。〔14〕

笔者认为,之所以出现上述的分歧与争论,是因为学界现有的研究多纠结在“title”这个词语本身的翻译上,而对其在领土争端的应用中所隐含的理论缺乏基本的共识。如果将“title”放在“领土的权利来源”这个大背景下加以理解,或者说对“title to territory”理论的内涵与逻辑有一个较为系统的把握,那么很多争论也许会迎刃而解。

事实上,对领土争端中“title”含义的理解与翻译,取决于上下文综合包含的内在逻辑。由于中英文的差别,对不同语境下的“title”的翻译,可以有所不同。〔15〕通过查询词典亦可知道,“title”在英文中其实是一个多义词,除具有名称、头衔等通常含义外,还可意指排他性所有权的构成因素、某项专门权利的法律正当性来源、法律主张的证明、证据,某项法律行为或程序的名称,权利的授予或者权利本身,等等。例如,“historic title”与“historic rights”这两个术语,在特定情况下可以表达的同样的意思,这种情形在厄里特里亚和也门案以及其他的一些国际司法案例当中均存在。〔16〕换言之,以“historic title”为例,其在特定情形下的含义也可以等同于“历史性权利”(historic rights),并不是只能翻译成“历史性权利渊源/来源”(或者“权源”、“权原”),而是具体取决于上下文。尽管如此,仍有必要强

〔9〕 参见丘宏达:《中国对于钓鱼台群岛主权的论据分析》,载《〈明报月刊〉所载钓鱼台群岛资料》,香港明报出版社1979年版,第61页。

〔10〕 参见贾兵兵著:《国际公法:理论与实践》,清华大学出版社2009年版,第172页。

〔11〕 参见李杨:《国际法上的“historic title”》,载《北大国际法比较评论》第10卷,北京大学出版社2013年版,第30页。

〔12〕 参见曲波:《历史性权利在〈联合国海洋法公约〉中的地位》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第31页。

〔13〕 参见李志文、马金星:《〈海洋法公约〉中“Historic Title”概念的辨析》,载《国家海洋法学会2014年学术年会论文集》,第245-255页。

〔14〕 Florian Dupuy and Pierre-Marie Dupuy, A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea, *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 1, 2013, p. 124, 128, 135.

〔15〕 但这并不意味着各种五花八门的翻译都是正确的。譬如,将“历史性权利”等同于“历史性主权”、“历史性财产权”的说法就值得商榷。主权通常是指国家享有完整的对内最高权和对外独立权,而财产权则更多地具有物权法的特色而不能反映国际法的特性。对此,笔者在下文论述“territory”(领土)时会进一步涉及。事实上,概念的统一往往需要在理论上形成基本的共识,这也正是本文从基本概念与逻辑入手进行分析的初衷之所在。

〔16〕 Zhiguo Gao and Bing BingJia, The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications, *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 1, 2013, p. 122.

调,在有关领土争端的讨论中,“title”更多的是用来表述权利的来源或依据,它是“一个复合命题,既包含了法律,也包含了事实因素”。^[17]

2. 关于什么是“territory”

本文探讨的主题是“领土权利来源”(title to territory)理论。既然已经探讨了“title”的含义,那么对“territory”的概念也有必要加以界定。在国际法层面,领土概念与国家、国家主权、领土主权、领土所有权等概念均密切联系。鉴于国内学界对这些相关概念的分析亦不多见,笔者在此对领土概念专门作一界定。

首先,国际法上的领土概念与国家主权的概念密不可分。在很多时候,领土主权就是国家主权的同义词,意指一国在其领土上行使国家职能所需要的充分权利。由于领土是国家行使主权的范围与界限,不同于纯粹物理空间上的概念,因此领土在国际法层面具有理论上的拟制性。历史上的某些原始部落在国际法上不被承认为国家,它们不存在国际法上的领土主权问题。同时,国家领土并不要求绝对确定,部分边界未划定或存在边界争端,并不妨碍其成为国家。^[18]在这个意义上,领土主权的概念也包括了领土完整与不受干涉之意。^[19]

其次,并非国家和领土之间的所有关系都可以通过主权概念来解释。一国可以将其特定领土上的权力之实施(exercise of authority)赋予另一个国家,而保留其主权,这种处理可以是某国际组织或和平会议决议的结果。^[20]这种权力的实施即管理权(或施政权)。领土主权与管理权之间的区别在于权利持有人是否能够处分所涉领土。享有主权的国家可以在该领土上行使充分的专有权利,而管理领土的国家只能拥有委任统治或托管协议所赋予的权力,或者基于条约或习惯国际法规则在事实上控制某一领土(例如军事占领)。

再次,主权、主权权利与管辖权也有差别,国家不能将只有部分主权权利、管辖权或其他利益的土地任意纳为其领土范围。国际法上的领土包括领陆、领海、领空、内水和底土。还有一些区域或空间尽管不属于国家领土,但国家对其享有一定的主权权利或管辖权,如毗连区、大陆架和专属经济区。此外,公海及其上空向世界各国开放,国际海底区域和外层空间为“人类共同继承财产”,它们也不能视作国家领土。

此外,领土所有权概念并不能代替领土主权的概念。

尽管在历史上,领土主权与领土所有权、领土财产权的术语使用存在混乱的实践,但关于某一领土的私人权利的取得与主权领土的取得通常还是有明确区分的。某一领土上关于主权的决定并不妨碍个人乃至国家可能同一区域拥有的所有权。譬如,在贝宁与尼日尔的边界争端案中,国际法院认为,在桥梁上的划界问题完全独立于双方共同拥有的

[17] Malcolm Shaw ed., *Title to Territory*, Dartmouth Publishing Company, 2005, p. xiii.

[18] Surya P. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 2.

[19] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, ICJ Reports 1986, para. 14; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v Uganda)*, ICJ Reports 2005, paras. 161 – 165.

[20] Marcelo G Kohen and Mamadou Hébié, *Territory Acquisition*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011, paras. 5 – 6.

这些构筑物的所有权。^[21]还可能出现的情形是,土地上的某部分在一个国家的主权之下,但财产所有权却属于另一国。譬如,芒达森林(Mundat Forest)在德国的主权之下,其所有权却属于法国;廷威萨地区(Tiwinza)的主权属于秘鲁,其所有权却属于厄瓜多尔。此外,还可以不变更主权而转移财产权,或者领土主权的变更不影响私有财产权。^[22]随着现代国际法规则的发展,领土方面的规范的概念和术语体系基本形成,所有权、财产权等脱胎于物权法的概念由于未能涵养国家主权的特性而可能造成争议,将逐渐退出历史舞台。而国际法上的领土权利来源主要探讨的是国家在特定领土上建立主权的行為与事实依据、证据、证明等问题。

综上所述,将“title”和“territory”结合起来所形成的“title to territory”理论,关涉对国际法上的领土权利来源、依据以及权利证明理论的探讨,而不仅仅是一个词汇的翻译问题。本文虽然使用“权利来源”一词,但并不试图将之作为对“title”的固定译法,而只是从理论分析的角度,说明领土主权之权利来源问题就是英文“title to territory”或者“territorial title”所具有的理论内涵。

二 独立的领土权利来源类型

根据领土权利来源理论,在国际法领域,国家主要有哪些行为、方式、证据可以作为其在领土上建立合法主权的依据与证明?鉴于领土争端往往具有历史性、复杂性和长期性特点,如果不考虑时际法的因素,可以从整体上将这些权利来源类型归纳为传统的和新发展的两类。

(一)传统的领土权利来源

如上所述,先占、割让、添附、征服与时效五种传统的领土取得模式已经过时并基本不再适用。但是,放在领土争端的背景下,其对于国家论证已经取得的主权领土仍然是有意义的,可以作为主权领土在历史上被特定国家所取得的依据/来源。

根据权利来源的性质,这五种取得模式具体还可以分为原始取得与继受取得。当领土被认为是“无主地”时,领土的取得被认为是“原始的”(original);而当领土已经在其他国家的主权之下时,取得则被认为是“继受的”(derivative)。据此,对无主地的有效占领被认为是领土原始取得模式,而割让则是对领土的继受取得模式。国际法院在西撒哈拉咨询意见中,在处理本地首脑与殖民当局的协议时,支持了这种区分。根据法院意见,这些协议并不被认为是原始权利的创造,而是主权权利的继受。^[23]

(二)新发展的领土权利来源

根据国际社会现实案例的发展,西方学术著作总结出一些新发展的权利来源类型,其在当今时代可以独立构成主权领土之权利来源,对最近或正在建立的领土主权具有解释力。

[21] *Frontier Dispute (Benin v. Niger)*, ICJ Reports 2005, [Judgment] para. 124.

[22] *German Settlers in Poland*, (1923) PCIJ, Series B, No. 6, [Advisory Opinion] paras. 36-38.

[23] *Western Sahara* [Advisory Opinion], I. C. J. Reports 1975, paras. 79-80.

1. 条约

根据自愿与平等的原则,国家可以通过条约建立、变更或确定一项领土权利。这种条约除了可能是一种割让条约外,还可能是和平条约或者划界条约。需要特别注意的是,在历史上,这种条约还包括殖民地当局与当地首脑(或酋长)订立的相关条约。殖民历史表明,在殖民地列强与当地首脑(酋长)间存在着订立条约的一致性实践,以转移后者的领地。对此,国际法院在西撒哈拉咨询意见中认为:“与当地统治者之间的这种协议,不管是否被视作一种事实上的领土‘割让’,都被当作继受权利的来源,而不是通过占领‘无主地’而获得原始权利。”^[24]

2. 有权处置机构的处理

一些有权机构或国际组织的决议往往可以决定领土的归属。例如,在早期的欧洲,通过罗马教皇训令的形式发布的教皇决定可以作为领土的权利来源。此外,拥有合法管辖权的司法法庭按照公平原则对领土争端作出的处理裁定,也可以成为主权权利的基础。当然,其他司法裁决,如国际法院或仲裁机构对于现有情势是什么以及这种状况是否产生领土主权的决议也具有权利的宣示性。^[25]

3. 新国家的创建

毫无疑问,创建一个新国家的同时将导致对所属领土之新主权的建立,或者说是一种明确的领土主权来源依据。国家继承的规则表明,新国家对以条约或其他方式建立的既存边界是尊重的。“占有已占”学说(*uti possidetis*)就包含了从先前的行政界限到新国家边界之间的转移。例如,布基纳法索和马里的边境纠纷案,萨尔瓦多和洪都拉斯的土地、岛屿及海洋边界纠纷案,贝宁和尼日尔的边境纠纷案,尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的海洋划界案等都说明了对既存边界的这种尊重。

4. 单方行为可能导致一项主权权利

国家的单方行为也是国际义务的来源。国家的正式声明、通告都是一种单方行为,国际法委员会的工作报告对此进行了确认。^[26]国际司法实践也明确认可单方行为可以为国家创建义务。^[27]这样,在法理上,单边行为就能产生将一个国家的领土主权转移到另一个国家的效果。根据已有的理论与实践,在国际法上可以导致领土主权失去或获得的国家单边行为主要是领土的放弃与默认。

领土放弃在传统国际法上被认为是失去领土的方式,通常是指主权的持有者不再有保留领土主权的意愿从而放弃领土。放弃的结果是领土要么再次成为无主地,要么置于另一个国家的主权之下。正是因为领土放弃具有单方性,所以对它有着严格的认定标准:国家对于领土放弃的意愿必须毫无疑问地清楚展示出来。^[28]领土可以通过正式的方式放

[24] *Western Sahara* [Advisory Opinion] I. C. J. Reports 1975, para. 80.

[25] Marcelo G Kohen and Mamadou Hébié, *Territory Acquisition*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011, para. 11.

[26] UN ILC Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), ILC Guiding Principles, p. 368.

[27] Marcelo G Kohen and Mamadou Hébié, *Territory Acquisition*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011, para. 13.

[28] Marcelo G Kohen, *Territory Abandonment*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated May 2012, para. 6.

弃,即单方声明;或者基于纯粹的事实情势,例如主权资格的持有者停止对领土进行管理或宣示主权。在这个意义上,领土默认也可以说是领土放弃概念的一部分,是放弃行为的一种默示表达。本文出于表达方便的考虑,将领土放弃/默认并列陈述,以显示同一概念的两个方面。

默认作为体现单边行为的一种默示表达,能够导致对主权的放弃或将其转移给另一个国家。新加坡与马来西亚的白礁岛主权争端案对此有明确体现。问题在于,在特定情形下,一国的行为怎样才能够被视为默许了对方的主张。按照前述严格标准,有必要注意两个要素:一是被宣称默许了的国家对于对方实施的行为直接知晓或者推定知晓;二是默许国被置于应该对这类行为进行回应的责任之下。对于这两个要素,国际法院在“柏威夏寺案”中进行了强调,法庭提到:

“将事件作为一个整体来看待,它似乎已经构成了暹罗对柬埔寨(当时是法国的保护国)在柏威夏寺主权上的默示认可,因为在面对一个明确的相反主张、需要进行回应以确认和保留主权权利的时候,暹罗没有通过任何方式进行回应。显然,暹罗事实上也没有相信自己有任何权利——这与其一贯的态度一致,并且符合此后作为附件1的地图和界线,或者其决定不再主张。这进一步表明其对法国之声明的接受,或者说是接受了绘制在地图上的柏威夏寺的边界。”^[29]

国际法院在白礁岛案中也强调,对默认不能进行轻率地假定,法院指出:

“在每个情况下,都需要成立一种对相反主张的明确同意。这种同意可以是默示的、暗含的乃至解释上的,但尽管如此,它必须建立在毫无疑问的基础之上。换言之,沉默也可以表意,但仅只在对方国家的行为要求做出回应之时。法庭在评估各方行为时,必须考虑到国家领土主权以及该主权的稳定性和确定性在国际法与国际关系中的核心重要性。因此,如前所述,任何基于当事方行为的领土主权转移,必须由该行为及相关事实加以清楚无疑的证明。当情形可能涉及当事一方实质上放弃其部分领土的主权时,尤其应当如此。”^[30]

由此,在确定一国是否已经默认另一国的主张时,法官将要考虑作为对立主张的“另一国”的国家行为的“一贯性”,单个行为将不被考虑。并且,一国的国家行为,比如抗议或者在其国内法中对争议领土有继续的管理性安排,都可能击败其他国家任何基于默认的主张。可见,国际法上的领土放弃/默认之效力来源于国家自己的单方承诺和“禁止反言”,一国明确地放弃领土,或者默认某领土主权属于另一个国家,均能导致失去或者转移主权的效果。因此,对放弃与默认不能轻率地假定并通常要求严格的认定标准。

实际上,国家单方行为导致的领土放弃与默认在司法裁决中至为重要。法院或仲裁机构通常不是将注意力集中在权利是否通过“时效取得”而获得,而是关注争端国家双方

[29] *Temple of Preah Vihear Case (Cambodia v. Thailand)*, [Merits] at. 30 - 31.

[30] *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge Case (Malaysia/Singapore)*, ICJ. Reports 2008, Judgment, paras. 121 - 122.

的行为是否构成对权利的放弃或者是否默认了其他国家的行为。确切地说,在正式割让以外的有关领土变更的案例中,关键的问题不只是占有国不受干扰地占有这一事实,更重要的是主权持有国失去占有的行为问题。只要权利不是因为放弃而消亡,占有国的主权要求就不能成立。例如,在白礁岛案中,法庭认为,马来西亚对中岩岛主权的失去和新加坡(时属英国)对主权的获得,一方面是因为后者不受干扰的占有行为,另一方面是因为前者对新加坡的行为怠于回应。^[31]

上文介绍了几种新发展的领土权利来源依据,但这只是几种主要类型,并未穷尽理论与现实中的所有权利依据。譬如,人民自决权也常被认为是可以造成领土主权建立或变更的重要方式。鉴于人民自决权主要与非殖民化运动相关,与新国家的建立往往重合,而且去殖民化后的自决权主体与方式争议太大,限于篇幅,本文不作专门讨论。

三 非独立的领土权利来源类型

除上述可以独立构成国家在领土上建立主权之条件的几种主要的权利来源类型外,国际实践中还存在其他一些与领土来源相关的行为、方式和证据,常常被国家在领土争端中所引用。但是,它们并不能独立构成领土的权利来源,或者只是权利来源证明中的某些辅助参考,且存在争议。这些类型主要以领土的“有效控制”和“历史权利固化”为代表。

(一)领土的“有效控制”

领土的“有效控制”(effectivités)是目前领土争端中各国官方和学界重点关注的一个问题。首先有必要澄清,领土的“有效控制”与作为领土取得模式的“有效占领”是有差别的。前面已经提及,无人占领类型的无主地已经基本不存在,从而在国际法上发展出“有效占领”或“占领取得”的概念,要求占领必须是有效的才能产生领土主权。但是,这种方式仍然以发现“无主地”为前提,只是“无主地”不再仅仅指“无人占领过的土地”,而是包括占领无效、被放弃或之前未被任何其他国家建立有效主权的土地。因此,“有效占领”作为一种独立的领土主权来源,本身需要两个要素,一个是“有效控制”,另一个是“无主地”,亦即“有效控制”只是其中的一个要素。

由此,尽管“有效控制”在领土争端中具有重要意义,但它本身在任何情况下都不具备自动创设权利的功能,或者说不能独立构成领土的主权依据。确切地说,在领土争端中,对于“有效控制”之法律价值的评估并不是基于法律权利,而是基于它的“存在事实”。当一块领土上不存在主权权利,或者权利不能通过其他方式确定时,“有效控制”便可以创造一项领土权利。反之,不管主权权利何时存在,它都能作为对其他国家“有效控制”主张的初步对抗。^[32] 如果“有效控制”是非法的,其本身并不能创造主权权利。

从概念上说,成立“有效控制”所需要的条件与行为主体和该行为表现出的特定性质

[31] *PedraBranca/PulauBatuPuteh, Middle Rocks and South Ledge Case (Malaysia/Singapore)*, ICJ. Reports 2008, paras. 121 - 22.

[32] Marcelo G Kohen and MamadouHébié, *Territory Acquisition*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011, para. 36.

相关,要求国家通过其权力行为表现出对领土实施主权的意愿。由于国际法中并无专门规则确定一国的“有效控制”何时成立,因此国家责任法所体现的一般国际法被用于确定某项行为能否归因于国家。按照《国家责任条款草案》所体现的国家行为要件,国家行为的成立需要两个要件:一是主观上有履行主权的意愿,二是客观上有主权的行使行为。为此,结合国家责任法中的国家行为理论,笔者将国际司法实践中“有效控制”的证明、解释与剩余功能归纳为以下几个方面。

1. 对于“无主地”,“有效控制”作为先占(有效占领)成立的证明

这方面最典型的案例是帕尔马斯岛仲裁案。1925年,美国和荷兰将帕尔马斯岛的主权归属问题提交给常设国际仲裁法院,规定胡伯法官为该案的独任仲裁员。在该案中,胡伯法官对包含“有效控制”意涵的“有效占领”做出了权威解释,即“发现”一片土地并不必然产生主权权利,而只产生“原始性权利”(inchoate title),这种权利必须通过之后“国家在相当长的时期内对领土行使‘持续和平的国家权利’才能演变为国家主权”。胡伯法官据此认为,由于没有证据表明西班牙在争端发生前对帕尔马斯岛按照国际法的演进和变化实行了连续和平的“有效占领”,因此西班牙对该岛的主权权利已经不复存在,也就是说此时的岛屿还是“无主地”,从而将帕尔马斯岛的主权判归荷兰所有。与此相类似的案例还有法国与墨西哥之间的“克利珀顿岛仲裁案”(Clipperton Islands)等。

可见,“有效控制”作为先占或占领取得领土的证明,是因为之前发生的占领行为不符合“占领有效性”,即“持续和平地行使国家权力”。其逻辑是,此前这块领土还没有其他国家建立有效主权,从而被视作“无主地”,再与现有的“有效控制”行为相结合,达到占领取得领土主权的条件。当然,这样的“无主地”情形,也发生于国家对领土存在放弃与默认行为的情况下,下文会作探讨。

2. “有效控制”作为对合法主权之存在的确认与证明

对于这一类型,首先可以布基纳法索与马里边界争端案为例。在该案中,法庭提到:

“若国家的管理行为确实符合法律,则该行为归属‘占有已占原则’(uti possidetis iuris)范畴,此时‘有效控制’的唯一功能只是确认基于合法依据所实施的权利。若国家的管理行为并不符合法律,即对争议领土实施有效管理行为的国家并不拥有合法依据,则优先权应给予拥有合法依据的国家。对‘有效控制’与合法依据不共存的任何情况(does not co-exist with any legal title),必须始终如一地考虑到。最后,如果国家所展示的权利根据不能在法律上确切地证明所关涉到的领土区域,那么‘有效控制’对于说明权利的现实实践就能够发挥关键作用。”^[33]

法庭的上述意见说明,如果“有效控制”是基于非法来源,则不能获得认可。这体现了对“非法行为不能产生合法权利”这一法理原则的遵从,反映出“有效控制”作为领土权利根据只具有补充功能。与此相似,在喀麦隆与尼加拉瓜边界争端案中,法院也总结道,

[33] *The Frontier Dispute Case (Burkina Faso v Republic of Mali)*, ICJ. Reports 1986, para. 63.

在尼加拉瓜引证的“有效控制”不符合法律的情况下,相应地考虑“优先权应该给予拥有(有效)权利根据的国家”是必要的。^[34]

3. 一国存在领土放弃或默认等情形时,“有效控制”产生剩余权利

这一类型可以新加坡与马来西亚之间的白礁岛、中岩岛和南礁案(PedraBranca/PulauBatuPuteh, Middle Rocks and South Ledge)作为典型案例。关于该案中的白礁岛,国际法院考察历史后认为,在19世纪40年代之前白礁岛属于当时的柔佛苏丹国(即马来西亚前身),但之后发生了显著变化。其中,1953年6月12日由新加坡殖民地秘书向柔佛苏丹国英国法律顾问发出的一封信函起到了关键性作用。在这封信中,新加坡殖民地秘书向后者询问新加坡的领土范围,特别是关于白礁岛的法律地位问题。在1953年9月21日的回函中,柔佛的国家代理秘书答复道:柔佛当局并没有对白礁岛的主权权利。法院认为,柔佛当局的回复非常清楚,即柔佛当局没有对白礁岛的主权权利,不仅对岛屿本身,也包括霍斯伯格灯塔。因此,法院认为,尽管柔佛苏丹国在1953年以前享有白礁岛的主权,但是根据这封外交信函可以确定,作为马来西亚前身的柔佛苏丹国在1953年就已经放弃了对白礁岛的主权权利。之后,国际法院又对1953年之后当事国双方的行为进行考察。双方当事国均提出了实施“有效控制”的证据。新加坡提出的很多行为都得到了国际法院的支持,包括在白礁岛附近水域进行船舶失事调查活动、准许马来西亚官员登岛、在报纸上公开招标对白礁岛周围进行填海活动。而马来西亚提出的证据均未被国际法院认定为“有效控制”。^[35]可见,“有效控制”在白礁岛案中所起的作用,是使新加坡获得了在柔佛当局放弃主权权利之后的剩余权利,从而确立主权的合法性。

类似的案例还有国际常设法院在东格陵兰法律地位的咨询意见案。该案涉及默认之后的“有效控制”问题,法院在该案中指出:

“任何法庭对于针对某特定领土提出的主权要求,不得不考虑另外一个因素,即其他国家对此提出的主权要求的程度。在绝大多数涉及主权领土争端的案件中,都存在两个对立的主张,法庭必须决定在这两个主张之中哪个更有力。但是本案的特殊之处之一在于,直到1931年,除了丹麦之外没有任何国家对格陵兰岛提出过主权要求。确实,直到1921年,没有任何国家对丹麦的主权要求持有异议。”^[36]

于是,法院基于丹麦在该岛上的“有效控制”行为,以及其他利益相关国对丹麦所主张的对格陵兰岛之主权的默认等情况,最终认定丹麦享有包括东格陵兰在内的整个格陵兰岛的主权权利。

4. 权利来源不明时,“有效控制”行为具有直接证据价值

以印度尼西亚和马来西亚间的“利吉丹和西巴丹岛案”(PulauLigitan and PulauSipa-

[34] *Land and Maritime Boundary Case (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports 1998, [Judgment], para. 70.

[35] *PedraBranca/PulauBatuPuteh, Middle Rocks and South Ledge Case (Malaysia/Singapore)*, ICJ Reports 2008, Judgment, paras. 192, 196, 231 - 272.

[36] *PCIJ Publications*, Series A/B, No. 53, pp. 45 - 46.

dan)为例,在对1891年的条约内容和国家继承的有关问题进行考察之后,国际法院认为根据双方主张的权利来源均无法做出判决,而“有效控制”的证据成为法院最终将这两个小岛判给马来西亚的重要依据。

法院将1969年定为关键日期,只对该日期之前的行为进行考察,对之后的行为则不予考虑,除非这些行为是之前行为的正常延续且不以加强主权为目的。在审理阶段,两国都提出了自己对所涉岛屿“有效控制”的证据。综合分析了双方的证据后,法院认为,印尼所援引的《印度尼西亚共和国水域法》并没有明确提及利吉丹和西巴丹岛,也不能从其提及的海军巡游行为中推断出印尼对这些岛屿享有主权;并且,对于印尼主张的渔民捕鱼行为,国际法院认为其并非代表国家做出,而仅是个人行为,因此不能成立“有效控制”。而对于马来西亚,国际法院认可其在龟蛋和渔业方面的立法规定构成了一种国家主权行为,认为“规制和管理龟蛋的采集和设立岛类保护区,这两类措施均应被视为常规地和行政化地对领土实施管理,其管理措施名字确切”。对于设立灯塔的行为,国际法院认为通常情况下,灯塔的建立和使用以及用于航海救助不能被认为是国家权力的展示,但是根据本案的具体案情,以及岛屿的具体情况,应当认为该行为表明国家已经实施了“有效控制”。^[37]

与此类似的还有法国与英国之间的“曼基埃和埃克里荷斯群岛案”(Minquiers and Ecrehos)。在该案中,国际法院对两国之间在中世纪签订的数个条约进行了考察,但是认为根据这些条约根本无法对岛屿的归属做出判决,而只能根据当事国双方提供的其他证据来确定。因此,法院认为起决定性作用的,不是从这些历史事件中推断出来的间接的证据,而是与实际控制这些争议岛屿直接相关的证据。为此,英法双方都提出了各自“有效控制”的证据。在这些证据之中,国际法院关注的是双方对争议岛屿实施的地方行政、立法和司法管辖等行为。例如,关于埃克里荷斯岛,英国泽西皇家法院对发生在该岛上的犯罪行为进行了管辖,在无法确定岛上居民是否是正常死亡时提出应将尸体移交法医鉴定的要求,对岛上居民征收地方税,还对长期居住在埃克里荷斯岛上的泽西渔民的船舶实施登记制度,对岛上有关不动产买卖的行为进行管理。对曼基埃岛,英国也提出了类似证据。而法国则无法提出与此相对抗的证据。^[38]根据这些“有效控制”的证据,国际法院最终将埃克里荷斯和曼基埃岛均判予英国。

(二)历史权利固化

“历史权利固化”(historical consolidation of title)概念的产生是为了避免“时效取得”在理论与实践中的问题。事实上,两种学说的争议性在近期的相关案例中都受到国际法院注意。相较之下,时效取得理论建立在长期持续占有的基础上,历史权利固化则关注特定国家对领土可能具有的特别利益,以及这种主张得到其他国家普遍的宽容与认可。历史权利固化的概念产生于“英挪渔业案”中法官的附带意见,由法官在处理挪威关于扩展其超过国际法规定的渔区界限的要求时提出。其中,法庭着重强调了其他国家对于挪

[37] *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan Case (Indonesia/Malaysia)*, ICJ Reports 2002, [Judgment] para. 145.

[38] *Minquiers and Ecrehos Case*, ICJ Reports 1953, [Judgment] p. 54, 57, and pp. 65 - 67.

威划界体系和相关利益的宽容态度。^[39]

历史权利固化并未成为独立的领土权利来源,更不能对抗已有的主权依据。在喀麦隆和尼加拉瓜的划界纠纷案中,后者为了主张其对巴卡西半岛的主权,也提出了历史权利固化的概念。对此法庭表示,“历史权利固化概念从来没有被作为领土争端的主权权利基础”,这一理论“颇有争议,并不能取代已经建立的国际法上的领土取得模式,它需要考虑到在事实和法律上很多重要的差异”。法官强调,核心问题是:“当领土上存在(他国的)主权时,有违法律的‘有效控制’就不能获胜。”(where a title of sovereignty exists, effectivités *contra legem* cannot prevail over it)^[40]

对此,詹宁斯曾评价道,“它(历史权利固化理论)开启了不同于或者至少可以在细微之处不同于传统国际法中先占和时效取得领土方式的大门”,因为它除了强调以主权名义占有的证据外,还强调第三国的态度等各种证据。但是,詹宁斯也提醒人们应该提防这一概念的缺陷:

“……历史性逐渐固化的方式在总的趋势上使占有的起源变得越来越不重要。毫无疑问,这在某种程度上是现实的。但是,当其他领域的法律正努力界定并制裁国际关系中非法使用或者威胁使用武力时,它有时可能具有预料不到的消极结果。其次,历史性固化也是一个胃口极大的概念,应该限定在一定范围之内。否则,我们可能看到传统的领土取得方式制度被迅速归入累积性禁止反言这一总的概念之下。……而且,应该牢记,它是以国际法院判决中的暗示为根据的,它从没有被任何法庭明确阐明为一个理论。允许在本质上只是一个简单、浅显的想法演变成理论原则,这本身就存在着某种危险。”^[41]

此外,布卢姆在讨论历史权利固化理论时,也同时强调“默认是历史性权利的司法依据”(即司法裁量的依据是默认而不是历史权利固化理论,笔者注)^[42]可见,在国际法的一般理论与实践,不管是“有效控制”、“时效取得”还是“历史权利固化”,在领土主权的建立上都不构成独立的主权依据,其在司法实践中也往往只有与领土的放弃、默认以及禁止反言等国家单方行为结合在一起才能发挥作用。

四 结 论

尽管没有统一编纂,但国际社会在一般国际法的理论与实践已经建立起特定的规则,用以规范领土主权问题。随着 20 世纪以后国际法规则的发展,领土取得模式的概念已经远远不能满足领土争端相关理论分析的需要,有必要在更广泛的层面对领土的权利

[39] Marcelo G Kohen Mamadou Hébié, Territory Acquisition, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, Heidelberg and Oxford University Press, last updated March 2011. Paras. 29 - 31.

[40] Crucially, the Court stressed that “where a title of sovereignty exists, effectivités *contra legem* cannot prevail over it”, See: *Land and Maritime Boundary Case (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports 1998, Judgment, para. 65

[41] Robert Yewdall Jennings, *The Acquisition of Territory: In International Law*, Manchester University Press, p. 28.

[42] Yehuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1965, p. 337.

来源问题进行专门探讨。在领土争端发生后,国家需要解释和证明其获得特定领土主权的来源与依据,这些证据、证明、来源或依据被视作领土的权利来源,笔者将其归纳为“领土权利来源理论”。

领土的权利来源问题在英文著述中通常表述为“title to territory”或“territorial title”。如上所述,“title”是个多义词,在不同语境下具有不同含义。因此,在介绍相关的西方英文著述时,应该考虑在不同语境下“title”所对应的不同中文用词。例如,如果单一、固定地用“权原”或“权源”来翻译“title”,将会造成某种理解与解释上的困难。同时,国际法上的“领土”概念也具有复合性,它与国家和主权概念息息相关,领土主权与国家主权概念有时候完全混同,领土所有权有时候也与领土主权是一个意思。因此,本文虽然使用“领土权利来源”一词,但并不试图将之作为对“title to territory”或“territorial title”的固定译法,而只是为了论述方便,以此来概括与领土主权之权利来源相关的基本理论体系。

传统的先占、添附、时效、割让和征服这五种领土取得模式尽管绝大部分已经过时或难以再适用,但其在理论性质上仍然属于领土的权利来源范畴。新发展出来的一些可以独立构成权利来源的依据主要有条约、新国家的建立、有权机构或国际组织的处置,以及国家的某些单方行为。一国放弃其特定领土是典型的国家单方行为。由于国家单方行为也是国际义务的来源,因此领土的放弃/默认在事实上成为国际司法机构裁决领土边界争端时所考虑的重点因素。

非独立的领土权利来源主要包括“有效控制”和“历史权利固化”。“有效控制”不能与“有效占领”混淆:前者作为先占的替代概念,本身要求“无主地”和“有效控制”两个要件,只是随着国际法的发展,“无主地”并不仅指“无人占领过的土地”,还包括不符合“持续和平地行使国家权力”这一有效性要件的被占领土、被放弃的领土等多种情形。因此,尽管“有效控制”在领土争端中具有重要意义,但它本身在任何情况下都不具备自动创设权利的功能,不能独立构成领土的主权依据。历史权利固化理论尽管广受关注和探讨,但基于“非法行为不能产生合法权利”的基本法理,也不能独立成为领土的权利来源,而只能作为国际司法实践中的辅助考虑因素。

通过梳理领土争端的典型案例和各类权利来源类型可以发现,在决定领土归属的关键时刻,领土放弃/默认等国家单方行为起着重要作用。之所以如此,是因为领土争端具有复杂性和长期性等特点,往往导致条约约定不明,权利来源界说不清。因此,尽管“有效控制”不能独立成为国家领土的权利来源,但在权利依据不清,或者“有效控制”与领土放弃/默认结合在一起时,仍然可以导致领土的变化。结合到钓鱼岛问题,所谓“日本控制论”实际上并不能单独构成领土权利依据,因此日本官方和学者更多地从领土的放弃/默认论出发来加以论证。

总之,确认国际法上的领土主权是否成立,需要综合分析相关国家所援引的权利及其自身行为,分析该权利是否得到维持或变更。就领土争端而言,当事国需要提供其所主张领土的权利来源,或者领土取得和失去的明确证据,这一点至关重要。深入研究领土的权利来源问题,对于就我国所面临的周边领土、海洋争端作出国际法上的专业分析与客观预判,具有重要意义。

[本文是 2014 年度国家社科基金重大项目“南海断续线的法理与历史依据研究”(批准号:14ZDB165) 的阶段性成果。]

[**Abstract**] With the rapid development of international practice, the doctrinal construction of “modes of acquisition of territory” is no longer able to meet the need of relevant analysis in legal theory. In reality, the notion of “title to territory”, which refers generally to the acts, facts, proofs or sources of right that constitutes the legal foundation for the establishment of a sovereign right over territory, is preferred in judicial practice of the International Court of Justice. However, up to now, very little systematic research has been carried out on this issue by Chinese legal scholars. Currently, occupation of terra nullius and other four traditional modes of acquisition of territory are still the main sources of territorial title establishing territorial sovereignty, although most of them are now outdated. On the other hand, state practice and case law evince that there are many other titles by which territorial sovereignty is established, including following acts or facts: treaty, the creation of a new State, attribution by an organ or international organization having the capacity to dispose of a given territory. And unilateral acts can also constitute a title of sovereignty. Territory abandonment/acquiescence is an important example of unilateral acts of state. Effectivité can not per se independently constitute the establishment of a title of sovereignty, but it should be noted that, in case of a territorial renunciation or acquiescence, effectivités may play a significant role in territorial disputes and lead to the effect of transferring the sovereignty of a territory from one State to another.

(责任编辑:廖 凡)