
关键日期视角下的钓鱼岛领土主权争端分析

疏震娅

内容提要: 关键日期是以争端中特定时间前的法律情势作为确定待查事实范围和评估争端可诉性的标准和尺度。钓鱼岛领土主权争端可从权利取得和权利转移两个层面来看待。中日的领土取得主张在日本声称实施先占时形成对立。在领土主权变更问题上,中日实际上没有对领土主权转移形成主张对立,无须为此再确定关键日期。钓鱼岛领土主权争端可以日本阁议决定先占的时间作为关键日期。由此,中国主张的证据可采性和证明力优于日本主张的证据,日本所谓“有效控制”行为不具有证据效力。

关键词: 钓鱼岛 关键日期 国际争端解决 中日关系 国际法

作者简介: 疏震娅,自然资源部海洋发展战略研究所副研究员,国家领土主权与海洋权益协同创新中心团队研究员。

中图分类号: D993.1; D822.3 **文献标识码:** A

文章编号: 1002-7874(2019)02-0117-19

基金项目: 国家社会科学基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项项目“提升我国在国际涉海事务中的话语权和制度性权利研究”(编号:18VH0006)。

中日之间因钓鱼岛及其附属岛屿(简称“钓鱼岛”)而引发的问题复杂敏感,涉及法律、历史、国际政治、地缘战略等诸多方面。问题的起因和根源在于中日围绕钓鱼岛领土主权归属产生的争端。关键日期(critical date)自20世纪20年代在国际争端解决实践中提出并不断加以运用,与领土主权争端的关系尤为密切。争端解决机构往往根据关键日期时的法律情势来裁判争端。本文将关键日期为视角来检视钓鱼岛的领土主权归属问题。

一、国际法上的关键日期

国际争端往往复杂多变、头绪万千,从产生到解决,一般要经历漫长的

时日。国际法在处理争端过程中需要顾及当事方不同历史时期的权利主张和证据材料,因此对于争端法律关系的起止时间的裁定就显得尤为重要。“何时为止”正是关键日期所关注的问题。

(一) 关键日期的概念探讨

以法律方式解决国际争端需要确定争端事实和应适用的法律,即对事实的认识和对法律的认识。法律事实总是与或远或近的去过去相联。^①在争端过程中,是否存在某个特定时间的情况比其他时间的情况更为重要,或者说某一时间出现的情况是否具有决定性?在经典的领土争端仲裁案——1928 年美国与荷兰的“帕尔马斯岛案”裁决中,常设仲裁法院(P. C. A.)就提出,领土主权必须要“在对裁决争端具有关键性意义的时刻确实存在”。^②也正是在该案中,关键日期首次在国际争端解决的裁判文书中出现。在此之前,关键日期是隐含在领土争端中的概念。^③

较早对关键日期进行概念界定的是 1966 年“阿根廷—智利边境案”的仲裁裁决。在该裁决中,关键日期是指一个日期,法院不应采纳双方在这个日期以后的行为作为证据。^④晚近以来,国际法院(I. C. J.)在审理涉领土争端的案件中多次出现关键日期。在 2002 年“关于利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚诉马来西亚)”判决中,国际法院援引“阿根廷—智利边境案”裁决,不考虑发生在两国争端具体化后的行为,除非这些行为是争端具体化之前行为的正常延续,且不以改善争端方法律地位为目的而实施。^⑤在 2007 年“尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)”判决中,国际法院首次对关键日期予以明确阐述。国际法院表示,关键日期的意义在于将以主权者身份实施的行为与关键日期之后发生的行为区别开来。前者原则上与评估和确认有效占领(effectivités)有关。后者是争端当事国完全为了巩固其主张而实施的行为,一般与评估和确认有效占

① 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼《法律冲突与法律规则的地域与时间范围》,李双元等译,北京:法律出版社,1999 年,第 2—3 页。

② Island of Palmas Case (Netherlands, U. S. A.), Award of 4 April 1928, R. I. A. A. (Reports of International Arbitral Awards), Vol. II, p. 839.

③ Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951—4: Points of Substantive Law. Part II”, British Year Book of International Law, Vol. 32, 1955—1956, p. 21.

④ Argentine—Chile Frontier Case (Argentina, Chile), Award of 9 December 1966, R. I. A. A., Vol. XVI, p. 166.

⑤ Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports (Report of the International Court of Justice) 2002, p. 682.

领无关。关键日期成为一条分界线，当事方在关键日期后的行为与评估有效占领的价值无关。^①

学界在观察国际实践基础上也提出了对关键日期概念的理论认识。约翰逊 (D. H. N. Johnson) 认为，关键日期是当事方在该日期后的行为不能影响法律情势的日期。^② 格尔蒂 (L. F. E. Goldie) 认为，关键日期是指某段时期的最后时点，争端的实质性事实已发生，争端方在此之后的行为不能对争端产生影响。^③ 中国学者张新军表示，关键日期是在审判机关通过受理某一案件、表明某一法律争端已然产生并且仍然存在的情况下，标志该法律争端诞生的那一时刻。^④ 针对领土争端，刘文宗认为，关键日期是指当事国双方在确立自己对某一领土的主权时相互产生矛盾的那一天。^⑤ 张卫彬提出，关键日期是指当事方对领土主权提出竞争性主张之时，或领土主权归属已经得以明确化的关键时刻。^⑥

上述国际实践和理论研究多是从排除或弱化关键日期以后行为的法律意义的角度来界定关键日期的概念，指出争端中确实存在着对评估事实、影响裁判结果具有重要意义的“关键性”时间。这种评估的目的并不是查明真伪，而是在时间上确定待查事实的范围，排除不应影响争端解决的因素。

除此之外，关键日期在法律程序上还能影响争端解决机构对争端是否具有管辖权。在国际法上，争端解决机构对争端具有管辖权是以当事国同意为前提的。当事国形成接受争端解决机构管辖权合意的时间，往往决定了争端解决机构能否受理争端。常设国际法院 (P. C. I. J.) 在 1938 年“摩洛哥磷酸盐案”判决中以法国接受强制管辖的日期为关键日期，认定意大利提交争端的时间在法国接受管辖权之前，从而排除了常设国际法院对该案的管辖权。^⑦

① Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, *I. C. J. Reports 2007*, pp. 697-8.

② D. H. N. Johnson, "Acquisitive Prescription in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, p. 342.

③ L. F. E. Goldie, "The Critical Date", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, Issue 4, 1963, p. 1251.

④ 张新军《权利对抗构造中的争端：东海大陆架问题研究》，北京：法律出版社，2011年，第207页。

⑤ 刘文宗《中国对钓鱼列岛主权具有无可争辩的历史和法理依据》，《法制日报》1996年11月1日。

⑥ 张卫彬《国际法院证据问题研究——以领土边界争端为视角》，北京：法律出版社，2012年，第68页。

⑦ Phosphates in Morocco (Italy v. French), Judgment of June 14th 1938, *P. C. I. J. (Permanent Court of International Justice) Series A/B*, No. 74.

国际法院在 1960 年葡萄牙与印度的“印度领土通行权案”判决中认为，引起争端的情势和事实在印度接受强制管辖的关键日期之后，进而认定国际法院对该案具有管辖权。^①

综上所述，本文认为关键日期是根据争端的事实情况来确定时间节点，以该时间节点前的法律情势作为确定待查事实范围和评估争端可诉性的标准和尺度。无论在实体上还是程序上，关键日期的概念都与时间密切联系。正如国际法院法官希金斯（Rosalyn Higgins）所说，时间是国际法中的重要组成部分。^② 国际法上的权利的确立和冲突的产生以及权利的救济程序都离不开时间因素。关键日期提供了一个作为检验标准的时间点，以甄别或选择有效事实，从而据此定性适当的案件。^③ 本文认为，关键日期是基于对争端中事实情况的了解与认识，对案件实质的客观把握，将筛选争端解决有效事实的标准以时间形式表示。

（二）关键日期的确定标准

关键日期对争端解决的结果和程序的重要影响，使得确定关键日期成为重点和难点。就理论而言，关键日期的确定属于受理争端的法院权限之内的事项。^④ 正如“阿根廷—智利边境案”裁决所指出的，关键日期的概念尚不严密，大量工作留待法院甄别判断。^⑤ 在实践中，关键日期的提出存在不同情况。一方面，当事方可提出对争端关键日期的主张，争端受理机构会结合争端具体情况及当事方的主张，做出不同的处理。如果当事方对关键日期能取得一致，争端受理机构多会尊重当事方的意思表示；如果当事方对关键日期的主张有分歧，争端受理机构可能会做出不同的处理，如支持一方主张，或否定双方主张再另行提出，或不予适用关键日期。另一方面，如果当事方没有提出，争端受理机构也可自行确定。可见，关键日期的确定以争端受理机构自行解决为原则。当事方虽不能确定争端的关键日期，但当事方的主张是

^① Case concerning Right of Passage over India Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, *I. C. J. Reports 1960*, p. 35.

^② Rosalyn Higgins, “Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, Issue 3, 1997, p. 501.

^③ L. F. E. Goldie, “Historic Bays in International Law—An Impressionistic Overview”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, Issue 2, 1984, p. 257.

^④ 伊恩·布朗利《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，北京：法律出版社，2002年，第143页。

^⑤ Argentine - Chile Frontier Case (Argentina, Chile), Award of 9 December 1966, *R. I. A. A.*, Vol. XVI, pp. 166 - 7.

争端受理机构在确定关键日期时需考虑的重要因素。

关键日期的确定较复杂。争端的表现各有不同,具有多样性。对关键日期概念内涵的不同理解,导致对其确定标准的认识各异。关键日期的确定标准受多方面因素影响,很难加以明确。对关键日期确定标准的理论探讨首推菲茨莫里斯(Gerald Fitzmaurice)的研究,其经典论述奠定了关键日期确定标准理论研究的基础。菲茨莫里斯将关键日期区分为不证自明(self-evident)的关键日期和非不证自明(not self-evident)的关键日期。不证自明的关键日期,采取聚焦(focus)原则^①,较易确定。非不证自明的关键日期是针对争端聚焦日期不确定的情况,菲茨莫里斯以争端具体化(crystallization)为原则提出了六种关键日期的设想。^②有观点以争端相关的“重大事实”已发生的时间为关键日期,但如何判定“重大事实”有时存在找寻确切依据的困难。还有观点将争端区分为法律争端和事实争端,认为确定关键日期有两项标准:一是法律争端得以明确化的时候;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。^③

争端的表现虽各有不同,但其作为一种由法律规范加以“类型化”的社会状态,具有内在共性。如果能从本质上把握不同争端的共性,就有可能寻找出确定关键日期的共性考虑要素。国际法上的争端是指当事方之间对法律或事实的分歧,或在法律观点或利益上的冲突。^④其中带有关键日期这一要素的争端,多涉及权利主张的对立。合法的权利应具有法律依据并符合构成要件。当权利主张形成对立时,意味着当事方的权利是互相排斥的,对一方权利的肯定势必是对另一方权利的否定。在权利主张形成对立之时,评估哪一方的主张符合构成要件,就能确认相关权利的归属。本文认为,可从权利主张对立形成的时间来考虑确定关键日期。

国际实践中,当事方的权利主张有的形成时间明确,有的没有明确的构

^① 聚焦原则指案中存在着某项条约或事件,它们一定决定了案件的法律情势,因为它们聚焦于明确的争论问题。参见:Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II”, *British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1955-1956, p. 22。

^② Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II”, *British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1955-1956, pp. 23-4.

^③ 赵静 《领土争端中的关键日期问题——我国南沙群岛争端关键日期确定的考察》,《湖北师范学院学报(哲学社会科学版)》2015年第3期。

^④ The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U. K.), Judgment of 30 August 1924, *P. C. I. J. Series A*, No. 2, p. 11.

成要件成就时间。如果各方权利主张有较为明确的形成时间,那么权利主张对立的形成自然就是在后一方提出权利主张之时。如果一方权利主张没有明确的构成要件成就时间时,另一方主张取得权利的时间即形成双方权利主张的对立。在这两种情况下,权利主张对立形成的时间,就可以被视作菲茨莫里斯所说的不证自明的关键日期。在“帕尔马斯岛案”中,美国主张该岛屿是西班牙最早发现并拥有主权,美西《巴黎条约》签订后西班牙将其割让给美国;荷兰则主张西班牙发现该岛的事实缺乏足够证据,荷兰自 17 世纪以来就以持续和平的国家权威在该岛展示主权。常设仲裁法院认为,美国获得的割让主权的有效性问题的产生,仅仅在《巴黎条约》缔结生效时产生,并据此判断该时间点即为该案的关键日期。正如詹宁斯(R. Y. Jennings)所说,当一方以割让为依据而主张权利时,割让条约缔结时事物的状态必然是关键所在,因为当事方保持了权利的来源,涉及这种权利的争端是否应达到具体化就完全不相关了。^①值得注意的是,这种关键日期不能简单理解为争端产生的时间。“帕尔马斯岛案”表明,竞争性权利在事实上已构成法律冲突的时间就可被认定为关键日期。

争端中往往会出现当事方权利构成要件的成就时间都难以界定的情况。为此,基于国际争端的确切争论点终会有具体形式的表现,“争端具体化”作为确定关键日期的标准在实践和理论中被提出。“争端具体化”的理念是由英国在“明基埃和埃克荷斯群岛案”中首次提出。^②格尔蒂认为,在当事方采取其国际法上的最后立场并坚持各自权利之后,关键日期才能被确定,正如资产负债表中的商业资产在会计结算日被冻结,当事方之间的实际状况也到此日期被“冻结”或“具体化”。^③当事方采取立场并坚持各自权利,不再磋商、抗议或试图劝说对方的情况下,当事方的主张显然必须根据他们达到这一状态时的事实来评判,这个时刻就是关键日期。就争端具体化的判断,国际法院在“尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)”中指出,在当事方没有明确提出任何主张或反主张时,争端不

^① R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester University Press, 1963, p. 34.

^② Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II”, *British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1955-1956, p. 23.

^③ L. F. E. Goldie, “The Critical Date”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, Issue 4, 1963, p. 1254.

能具体化。^①换言之,在当事方明确提出主张或反主张时,争端才得以具体化。

本文认为,“争端具体化”本质是要在当事方权利主张冲突不明确的情况下,通过当事方对立主张的意思表示或竞争性行为等具体事实来判断主张对立的形成时间。首次提出主张或抗议的时间是判断“争端具体化”的便利标志。这样的时间之所以能够成为判断“争端具体化”的标准,与国际法上“争端”一词的定义密切相关。争端是对立的形成。一项主张提出后,有针对它的相反主张或反对意见,才能表明对立的形成。有些争端中,当事方在法律程序启动前并没有权利主张的明确意思表示,而是以行为的方式来展示权利主张。在这种情况下,依权利主张实施的竞争性行为的首次出现具有重要意义。当事方通过实施行为的方式来主张权利,构成主张在事实上的对立,可认为争端达到具体化;在当事方没有提出明确主张或相反主张、争端的外交解决无结果时,不能认为争端达到具体化。

在争端当事方主张其权利因条约或国际社会认可等已获得法律承认时,对这种权利争端的解决,理应考察权利被承认时当事方的状况。^②如果当事方权利在法律上已得到明确承认,非经合法变更,当事方的权利状况不应被改变。在权利已合法确立的情况下,争端应以权利得到法律承认的时间作为判断争端当事方法律关系的基础。当事方在争端中的法律状态应还原到权利合法取得时的状态,这样一来当事方合法取得权利的时间可确定为关键日期。这种关键日期在涉及原殖民地独立的领土边界争端案中较为突出。^③

在法律程序领域,管辖权和案件可受理性的问题多与关键日期联系密切。就管辖权而言,争端解决机构对某一争端的管辖权需以当事国同意为基础。关键日期在此即为争端方形成接受争端解决机构管辖权的合意的时间点。在

^① Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, *I. C. J. Reports 2007*, pp. 700 - 1.

^② Case concerning the Indo - Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, Award of 19 February 1968, *R. I. A. A.*, Vol. XVII; Case concerning the Location of Boundary Markers in Taba between Egypt and Israel, Decision of 29 September 1988, *R. I. A. A.*, Vol. XX; Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Dissenting Opinion of Judge Parra - Aranguren, Judgment, *I. C. J. Reports 1999*, p. 1208.

^③ 国际法院所受理的有关非洲殖民地独立的边界争端案,原则上都是以独立的时间为关键日期来判断边界状况。参见: Frontier Dispute, Judgment, *I. C. J. Reports 1986*, p. 570; Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment, *I. C. J. Reports 2005*, p. 90; Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment, *I. C. J. Reports 2013*, p. 44.

晚近实践中,通常将当事方提交请求书、法律程序启动的时间作为管辖权的关键日期。就案件可受理性而言,评估当事方主张是否具有法律上的可解决性,是否具有适当的理由来诉诸法律解决,需要确定关键日期。在既有实践中,评估这样的关键日期主要看争端方提出主张的时间。一般认为,当事方提交请求书是提出主张的具体表现,是当事方最终立场的表明,因此将请求书提交之时间作为判断关键日期的主要标准。

确定关键日期还涉及“争端中的关键日期是否唯一”这一问题。在国际实践中,一个案件可能存在不止一个争端,同一案件可能包含有不同性质的争端,或者性质相同而标的不同的争端,当事方根据不同情况可能提出单一关键日期或多个关键日期。同一案件中,可就不同争论点分别确定关键日期。因为每个争论点的性质不同,决定其法律基础、事实基础都不同,不能采用单一关键日期。在一项争端中,如果包含不同层面的法律问题,也可就各个问题分别确定不同的关键日期。

(三) 关键日期的作用

如前所述,关键日期是以争端中特定时间前的法律情势作为确定待查事实范围和评估争端可诉性的标准和尺度。

关键日期的确定会引发重要的法律后果,需谨慎对待。^① 国家间的领土争端尤其显示出关键日期的重要性。如果国家对领土的主张基于时效方式取得,那么确定的关键日期越晚,基于此确定权利的机会就越大。反之,如果另一方主要依据某种以前权利的主张,那么关键日期越早越有利。因此,关键日期的确定成为争端当事方努力的目标,以确保采用尽可能多的利己事实,并排除利他事实。^②

关键日期的核心作用在于影响争端证据的可采性和证明力。^③ 在关键日期所界定的时间范围内,争端的决定性事实视为已发生,争议问题呈现具体形

^① Yehuda Z. Blum, *Historic Titles in International Law*, Martinus Nijhoff, 1965, p. 210.

^② Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part II", *British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1955-1956, p. 21.

^③ “帕尔马斯岛案”裁决首次在国际司法判例中提出了关键日期,确定了以领土割让条约的缔结时间为关键日期,排除了该日期之后的证据。参见: *Island of Palmas Case (Netherlands, U. S. A.)*, Award of 4 April 1928, *R. I. A. A.*, Vol. II, p. 843. “东格陵兰法律地位案”的判决,以挪威作出先占声明的日期为关键日期,来查明当时丹麦和挪威对争议领土的权利状况。参见: *Legal Status of Eastern Greenland (Danmark v. Norway)*, Judgment of April 5th 1933, *P. C. I. J. Series A/B*, No. 53, p. 45. “明基埃和埃克荷斯群岛案”判例提出以争端具体化来确定关键日期、考察案件证据的法律效力。参见: *The Minquiers and Ecrehos case*, Judgment of November 17th 1953, *I. C. J. Reports 1953*, p. 59.

式。如果相关法律关系在关键日期时形成对抗,那么争端解决就是要评估哪一方的权利在关键日期时符合法律上的构成要件,使当事方取得权利。如果相关法律关系在关键日期时得到法律上的确认,那么争端解决就是要恢复到关键日期时的法律关系状态。

关键日期作用的基本原理是以关键日期为界,之前的证据具有可采性和证明力,之后的证据不予考虑。关键日期前发生的事件有实质性价值,是创权事实。就关键日期之前的证据而言,越接近关键日期的证据证明力越强,远离关键日期的证据主要是对关键日期时状态的解释和说明。关键日期后的事实不能创设或完善权利,原则上被排除考虑。关键日期的这种排除作用也并非绝对。关键日期之后的行为,如果是关键日期前行为的正常延续或以相同方式继续,而且并不以自利为目的时,也可采纳为对关键日期时状况的解释或说明性证据。

关键日期的排除作用显示出关键日期时的法律状态在争端中的重要性。在证据学上,证据可分为直接证据和间接证据。二者与案件事实之间的关联方式不同。直接证据能够单独、直接证明案件主要事实;间接证据不能单独直接证明,需要与其他证据结合才能证明案件主要事实。从这一角度来看,临近关键日期的证据,可视为直接证据;关键日期后的证据不具有对案情的直接证明作用,可视为间接证据。关键日期的排除作用,在客观上还对当事方为打破现状并从中获利而实施单边行为有抑制作用。

关键日期在国际司法程序上的作用主要是评估程序启动的要件是否齐备。管辖权的关键日期可排除争端受理机构对当事国共同认可的时间范围之外的事项的管辖权。同时,如果管辖权行使条件都已满足,在请求书提交后,管辖权所依据的某因素的消除并无追溯力,不能剥夺争端受理机构的管辖权。案件可受理性的关键日期主要是用以评估当事方主张是否具有法律上的可解决性。当事方主张的依据,只能由既存事实构成,不能由后续事件补足。

二、检视钓鱼岛主权争端中的关键日期

中日钓鱼岛领土主权争端的形成和发展经历长期演变,既包含历史遗留问题,又与两国邦交的发展态势相关联。在涉及争端的历史与现实因素多重叠加的情况下,如何分析、评判双方的权利主张?本文试图以关键日期为视角来梳理钓鱼岛领土主权争端,排除争端发展中的无关、干扰因素,厘清争

端中的法律关系。

(一) 中日钓鱼岛主权归属争端的法律焦点

中日对钓鱼岛的领土主权提出了各自的主张及法律依据。中国主张对钓鱼岛自古拥有主权,以最先发现、命名和利用钓鱼岛,并实行长期管辖而实现先占。日本在甲午战争前就密谋窃取钓鱼岛,并借《马关条约》予以“合法化”,钓鱼岛作为台湾的附属岛屿被割让给日本。二战结束前后,一系列国际法律文件明确钓鱼岛主权归还中国,日本承诺要履行其国际法义务,据此钓鱼岛应随台湾被返还中国。^①

日本主张,钓鱼岛“在历史上始终都是日本领土西南诸岛的一部分”。日本自1885年调查“确认”钓鱼岛为无主地,于1895年通过内阁决议将钓鱼岛正式“编入”日本领土之内。二战后,《对日和平条约》(《旧金山和约》)确认日本对“西南诸岛”(包括琉球群岛和大东群岛)的主权,并规定由美国管理。日美缔结“日美关于琉球诸岛及大东群岛的协定”(即日称《冲绳返还协定》)后,将这两个群岛的施政权归还日本。日本认为,钓鱼岛包括在归还地区之内。^②

对比双方主张,中日围绕钓鱼岛主权归属的法律争端焦点集中于钓鱼岛领土主权由哪一方合法先占,及是否因条约而发生转移,即领土主权的取得和变更问题。

在领土主权取得问题上,中日都以先占作为取得钓鱼岛主权的法理依据。中国主张的是经最早发现、命名、利用和长期管辖,先占取得对钓鱼岛的领土主权。日本则主张是在调查“确认”钓鱼岛为无主地后,决定对钓鱼岛实施先占。中日先占主张中的不同在于,中国是长期持续实施行为,日本则以阁议决定先占,行为有确定的完成时间。

在领土主权变更问题上,中日间对钓鱼岛是附属于中国台湾还是琉球群岛存在着不同认识,主张钓鱼岛领土主权依不同条约而产生不同的变更结果。

^① 国务院新闻办公室《钓鱼岛是中国的固有领土》,北京:人民出版社,2012年。台湾地区与中国大陆在钓鱼岛的主权论据与理由上立场基本一致。台湾当局立场文件主要包括《钓鱼台列岛是中华民国固有领土》(2012年4月3日)、《中华民国对钓鱼台列岛的主权主张与东海和平倡议》(2013年8月6日)、《中华民国对钓鱼台列岛主权的立场与主张》(2014年2月5日)。参见台湾“外交部”网, <https://www.mofa.gov.tw/Newsnodept.aspx?n=C641B6979A7897C0&sms=60ECE8A8F0DB165D> [2018-09-05]。

^② 外務省『尖閣諸島についての基本見解』, <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/senkaku/kenkai.html> [2018-07-15]。

中国主张钓鱼岛是台湾的附属岛屿，甲午战争后经《马关条约》随台湾割让给日本，二战结束后，根据一系列国际法律文件，日本将钓鱼岛随台湾返还中国。日本主张钓鱼岛主权归属没有因《马关条约》变更，钓鱼岛附属于琉球群岛，后者又是“西南诸岛”组成部分；《旧金山和约》确认日本对“西南诸岛”的领土主权，并由美国进行管理，日美缔结“关于琉球诸岛及大东群岛的协定”后被返还给日本。^①

（二）领土主权取得的关键日期

根据中日各自的主张及法理依据，有几个时间节点与领土主权取得问题的关键日期密切相关。

1. 日本决定将钓鱼岛正式“编入”日本领土的时间

中日主张的领土取得的行为表现是不同的。中国主张因发现和长期实施管辖行为而对钓鱼岛形成先占；日本则主张依据甲午战争时的内阁决议对钓鱼岛实现先占。中国的先占是长期形成的过程，日本的先占是有明确时间的行为实施。在争端中，一方的权利以持续性行为为依据，另一方主张以明确时间取得权利，双方的权利主张在这个明确时间上就形成对立。中日对钓鱼岛先占主张的对立正属于这种情况。中国主张，在日本决定将钓鱼岛“编入”领土时，已先占取得钓鱼岛领土主权，于是中日的主张就在日本声称实施先占时形成对立。本文认为，日本阁议决定“编入”钓鱼岛的时间可作为钓鱼岛领土主权取得问题的关键日期。

有学者指出，当时的日本内阁决议是秘密行为，且长期未公布，不符合国际法中先占需要当事国公开、明确做出意思表示的要求，使日本将钓鱼岛“编入”日本领土的行为不具有国际法的先占效力，并造成中国未能提出异议，钓鱼岛主权争端没有具体化。因此，做出阁议的时间不能成为关键日期。^② 不过本文认为，关键日期应关注双方主张形成对立的时间。内阁决议的秘密性不构成先占的意思表示，说明日本对钓鱼岛的先占确实难以成立，但日本的行为是否满足先占要件不影响争端关键日期的确定。中日权利主张是在日本做出阁议时形成对立的，中国因日本的秘密行为而未能提出抗议，并不影响权利主张对立的事实存在。正如前文所引用的“帕尔马斯岛案”裁决，

^① 外務省『尖閣諸島についての基本見解』、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/senkaku/kenkai.html> [2018-07-15]。

^② 任虎《领土争端中“关键日期”问题研究》，《华东理工大学学报（社会科学版）》2011年第5期。

就表明两国竞争性权利在事实上构成法律冲突的时间点可以被认定为关键日期。关键日期并非就是争端产生的时间，只要能构成主张对立即可。

此外，还有研究者提出以1885年为关键日期，即日本声称对钓鱼岛进行实地调查的时间。^① 这里的问题在于日本主张于1895年阁议决定对钓鱼岛实施先占，调查行为发生在先占之前，不能被视为以先占为目的的行为。日本并未主张在1885年取得钓鱼岛主权。中日的主权主张对立在此时并没有形成。

2. 中国对日本主张钓鱼岛主权首次提出抗议的时间

围绕钓鱼岛主权争端的关键日期，以松井芳郎为代表的日本国际法学者认为，日中两国都对钓鱼岛主张主权，日本占领钓鱼岛时该岛是否为无主地就成为争论点。在此情况下，需要判断先占主张提出之时钓鱼岛的法律地位。然而，对于日本的先占主张，中国一开始并没有表示抗议，而且在此后长期保持沉默，使得钓鱼岛主权争端在那时没有具体化。因此，即便中国在日本声称先占时对钓鱼岛拥有主权，日本也能依据国际法上的时效取得的方式对钓鱼岛主张领土主权。日方学者由此认为，关键日期不能确定得过早，应向对方提出正式或实质性反对使得争端具体化的时间为适当的关键日期。换言之，钓鱼岛主权争端的关键日期应是中国首次提出抗议或主张的时间。^②

对此笔者认为，根据本文对关键日期确定标准的分析，在主张对立明显的情况下，以主张对立形成的时间为关键日期。争端具体化是确定关键日期的重要参考因素，但只有在主张对立的形成难以判断时，才需要运用争端具体化的分析来确定关键日期。钓鱼岛主权争端在日本声称先占时就形成了主张的明显对立。因此，没有必要也没有理由以争端具体化来确定关键日期。

综上所述，日本主张按甲午战争时的阁议决定对钓鱼岛构成先占，使得中日间权利主张事实上形成对立，这个时间点应为钓鱼岛领土主权取得的关键日期。据此，中国在此关键日期前的证据都属于具有直接证明力的证据材料范围；中国在关键日期后以相同方式进行或持续的行为，并不以改善法律地位为目的，也能作为关键日期之前相关情势的有力证明。

同理，日本在此关键日期之前与钓鱼岛产生联系的时间十分短暂，只有自1885年开始的调查行为。如前所述，该调查行为发生在先占之前，不能将

^① 尹立杰：《试论钓鱼岛领土争端》，中国政法大学硕士学位论文，2002年，第15页。

^② Yoshiro Matsui, "International Law of Territorial Acquisition and the Dispute over the Senkaku (Diaoyu) Islands", *Japanese Annual of International Law*, Vol. 40, 1997, p. 7.

之视为以先占为目的的行为，无法作为日本先占的证据；日本提出的其他证据则为关键日期后的证据，无法作为领土主权取得的直接证据。即便从证据的说明或解释性而言，日方证据也需要满足是关键日期前行为的持续或方式相同且不具有提高自身法律地位的目的的要求。日本在关键日期之前并没有实施以先占为目的的行为，关键日期后的行为即便具有先占意图，也只能是提高自身法律地位的行为，难以被采纳。日本不能以此关键日期后的行为主张先占。

（三）领土主权变更的关键日期

条约是国际法主体在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示一致。^① 条约是缔约方权利义务的依据，也是对缔约方权利义务的确证。如前所述，除权利主张形成对立的时间，关键日期还可以是权利被确认即相关法律状态被确认的时间。对基于条约的权利主张冲突，可以条约缔结时所确认的权利状况来判断。中日以不同条约作为主张依据，钓鱼岛领土主权以不同条约为依据自然会产生不同的变更结果，在这种情况下该如何确定关键日期？

中国主张的法律逻辑认为，钓鱼岛是中国台湾的附属岛屿，因《马关条约》被割让给日本，二战后又经一系列国际法律文件归还给中国。中国的主张始终是针对钓鱼岛领土主权的变更。日本主张钓鱼岛是“西南诸岛”的一部分，因《旧金山和约》交由美国管理，又经“日美关于琉球诸岛及大东群岛的协定”等将施政权返还日本。该协定第一条规定，美国向日本归还的是《旧金山和约》第三条所规定的对琉球诸岛和大东群岛的权利。^② 再追溯到《旧金山和约》，第三条规定美国拥有的是实施行政、立法、司法的权利。^③ 很明显，这两个条约所指的对“西南诸岛”的权利是管理权，不是领土主权。《旧金山和约》没有对“西南诸岛”领土主权做出规定。以《旧金山和约》所规定的权利为归还对象的“日美关于琉球诸岛及大东群岛的协定”也就不具备规定“西南诸岛”领土主权的法理依据。日本不能依这些条约提出钓鱼

① 李浩培《条约法概论》，北京：法律出版社，2003年，第1页。

② *Agreement between Japan and the United States of America Concerning the Ryukyu Islands and the Daito*, October 1, 1972, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20841/volume-841-i-12037-english.pdf> [2018-09-06].

③ *Treaty of Peace with Japan*, September 8, 1951, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20136/volume-136-I-1832-English.pdf> [2018-09-06].

岛领土主权变更的主张。

中国主张的权利变更客体是领土主权，日本主张的权利变更客体不是领土主权，而只是对领土的管理权。中日在钓鱼岛领土主权变更问题上实际没有形成对立，关键日期也就无从谈起。

综上所述，钓鱼岛领土主权争端可从权利取得和权利转移两个层面来看待。本文认为，在领土主权取得问题上，可以日本主张对钓鱼岛先占的时间作为关键日期；在领土主权变更问题上，由于双方实际上没有形成主张对立，关键日期问题也就不存在。

三、日本“有效控制”的法律效力评估

在中日邦交正常化过程中，中方曾向日方提出将钓鱼岛主权归属问题搁置起来，留待以后条件成熟时解决。中国履行了自己的承诺，没有对钓鱼岛采取实际管理行动。日本却利用中国的善意和克制立场，利用多种手段企图逐步控制钓鱼岛，以期实现国际法意义上的“持续地有效管辖”而取得领土，最终达到使其窃取钓鱼岛的非法性转为合法性的目的。本文将从关键日期角度，分析日本主张的所谓“有效控制”行为的法律效力，即作为证据的可采性和证明力。

（一）日本对钓鱼岛实施“有效控制”的所谓“证据”

“有效控制”晚近以来逐渐成为国际司法实践中判断领土主权归属的重要考虑因素。尤其在初始权利依据欠缺或不明时，“有效控制”更是判断领土主权归属的决定性因素，通过考察并衡量当事方对争议领土的“有效控制”行为，将领土主权裁判给实施更为有效的行为的一方。

为证明对钓鱼岛的“有效控制”，日本提出了不同时期的行为作为“证据”，^① 主要包括：一是钓鱼岛被“编入”日本领土后，日本政府于 1896 年批准个人的“国有地”租借申请；二是二战前的行为，各级政府对钓鱼岛开展实地考察；三是在“冲绳返还”后，日本对钓鱼岛实施了各种“有效控制”行为，如对钓鱼岛实施“警备”和“执法”（以“驱赶”外国渔船为例），对私有土地所有者征收固定资产税（以所谓“民有地”的“久场岛”

^① 外務省『尖閣諸島に関する Q&A』、https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/senkaku/qa_1010.html#q3 [2018-07-15]。

(黄尾屿)为例),管理所谓“国有地”(以“大正岛”(赤尾屿)、“鱼钓岛”(钓鱼岛)为例),日本自1972年以来将“久场岛”(黄尾屿)和“大正岛”(赤尾屿)提供给美国使用,各级政府对钓鱼岛开展调查等(以1979年冲绳开发厅的利用开发调查、1981年冲绳县的渔场调查、1994年环境厅委托的信天翁航空调查等为例)。日本还特别指出,日本在二战后至“冲绳返还”前没有对钓鱼岛实施“直接统治”,但美国对琉球的施政“确保”了钓鱼岛作为日本领土的法律地位。此外,尽管日本未将2012年对钓鱼岛实施的所谓“国有化”列入“有效控制”行为,但对于此举的危害性,我们同样要予以高度关注和警惕。

(二) 关键日期视角下日本“有效控制”行为的可采性和证明力

就“有效控制”与关键日期的关系而言,关键日期不依“有效控制”行为来确定,而是在关键日期确定后,以关键日期为标准来判断“有效控制”行为作为证据的可采性和证明力。

“有效控制”在争端中因情况不同而发挥不同作用。一是在完全依法实施行为的情况下,“有效控制”的唯一作用是确认法律权利的行使。二是在没有依法实施行为的情况下,如果争议领土被不拥有法律权利的国家有效管理,权利所有者应处于优势地位。三是在“有效控制”不是与其他法律权利并存时,“有效控制”必须被考虑。四是在其他法律权利不能确切显示相关领土范围时,“有效控制”就能发挥不可或缺的作用,显示权利在实践中的解释。^①可见,“有效控制”在任何情况下都不能创设权利,换言之,不能独立构成权利的依据。对“有效控制”行为的评估,并不是基于法律权利,而是基于其事实存在。

关键日期的主要作用在于对当事方证据的排除。以关键日期为界,之前的证据都可被考虑,之后的证据一般被排除。但关键日期的排除作用并非绝对,针对不同情况会出现各种限制。关键日期与“有效控制”的联系在于:作为分界线,关键日期之后的当事方行为与评估“有效控制”的价值无关。换言之,关键日期作为时间节点,在其之后的“有效控制”没有意义,缺乏国际法效力。占有国在争端持续期间采取的遭到他国抗议的任何行为,不能用以支持领土主张。如果占有国只是通过“有效控制”加强其对领土的原始权利,则抗议没有法律意义。

^① Frontier Dispute, Judgment, *I. C. J. Reports 1986*, p. 587.

以日本决定先占钓鱼岛的时间为关键日期，那么日本所提出的“有效控制”行为都是在关键日期之后的行为。因此，对这些行为可采性和证明力的判断，应属于对关键日期后行为的评估。这就意味着，关键日期之后的证据原则上不具可采性。符合一定条件而具有可采性的关键日期后证据，也不能作为权利取得的直接证据，只能是对关键日期时状况的解释。

日本政府于 1896 年“批准”所谓个人的“国有地”租借申请，是紧靠关键日期的行为。从行为性质而言，这是依据“主权”而实施的行政管理行为，不是以提高自身法律地位为目的。但在 1895 年的关键日期前，日本并无相关行为，因此这不是之前行为的持续或相同方式。因此，该行为虽然紧靠关键日期，但不具有可采性。

根据日本的主张，日本在关键日期前已有对钓鱼岛的调查，因此之后对该岛进行的实地考察与关键日期之前的行为具有相同性和连续性。那么，这种相同方式的行为能否具有可采性和证明力呢？不难发现，日本在关键日期之前的调查不属于以实施先占为目的的行为，之后的调查虽在行为方式上相同，但是属于提高自身法律地位的自利行为，难以作为证据被采纳。

日本还主张，尽管在二战后至“冲绳返还”前对钓鱼岛没有实施“直接统治”，但美国对琉球的施政“确保”了钓鱼岛作为日本领土的法律地位。对此本文认为，钓鱼岛属于中国台湾，即便按照日本的逻辑，由于对琉球施政的行为主体不是日本，因此将这段时间归入日本的“有效控制”范畴来评估在法理上也是无法自圆其说的。更为关键的是，对于《旧金山和约》损害中国领土主权的规定、对于美国所谓的将钓鱼岛的“施政权”交还日本等，中国政府均公开明确地表达了强烈抗议。这种在争端持续期间遭到中国抗议的行为，不能用以支持领土主张。

日本自认在“冲绳返还”后对钓鱼岛实施了各种“有效控制”行为。这些行为都是在争端激化后的行为，中国也多次采取各种方式表示抗议。占有国在争端持续期间采取的遭到他国抗议的任何行为，不能用以支持领土主张。可以说，这些行为都是出于加强自身法律地位考虑而实施的行为。行为的自利性使其不具有证据的可采性。

2012 年，日本公然对钓鱼岛实施所谓“国有化”，实际上是将国际法上的领土主权与国内法中的土地所有权相混淆，造成日本政府取得了钓鱼岛“主权”的假象。通过“国有化”，由政府将岛屿所有权从私人手中购

人，实质上意在改变该岛现有的所有权状态，即由私有转为国有，将“国有化”之后所采取的一切管辖措施赋予官方性质。其目的是企图为日本政府在钓鱼岛采取后续措施提供便利和法理支持，为日本今后应对司法解决或通过谈判方式解决钓鱼岛主权争端提供证据支持。在笔者看来，日本对钓鱼岛的“国有化”含有改善法律地位的目的，意味着今后即便该行为被日本作为“有效控制”行为来支持主张，其蕴含的自利性足以否定其作为证据的可采性。

此外，钓鱼岛领土主权争端的法律程序问题也应引起注意。众所周知，任何国际司法或仲裁机构对国家间的争端确立和行使管辖权必须以当事国的同意为基础。^①但是2013年菲律宾单方面提起南海仲裁案，仲裁庭不顾自身没有管辖权的事实而执意裁决的做法，应使我们有所警觉。在中美博弈力度加大、国际形势不确定性持续增强的时代背景下，钓鱼岛领土主权争端被某些国际势力利用、甚至仅靠单边就进入法律程序的可能性不能排除。日本已做出了愿意接受国际法院强制管辖的声明，接受国际法院对因1958年9月15日以后的情势或事实而产生，并未能以其他和平解决方式解决的争端具有管辖权。^②由于日本主张钓鱼岛主权争端产生于1971年，根据其声明，钓鱼岛主权争端属于日本接受国际法院强制管辖权的争端。中国迄今没有表示接受国际法院的强制管辖，在只有一方声明的情况下，尚难以分析钓鱼岛主权争端提交司法解决的关键日期问题。但我们不能排除钓鱼岛主权争端司法化的可能性，中国有必要考虑程序上的关键日期问题，做好如何应对国际司法管辖权的准备，作为中国今后妥善处理争端管辖权问题的相关因素而予以关注。

四、结语

钓鱼岛领土主权争端可从权利取得和权利转移两个层面来看待。中国对钓鱼岛的先占是长期形成的过程，日本先占是通过明确时间的行为实施。在日本决定将钓鱼岛“编入”领土、声称对其实施先占时，中日主张形成对

^① 中国国际法学会《南海仲裁案裁决之批判》，北京：外文出版社，2018年，第27页。

^② “Declarations Recognizing as Compulsory the Jurisdiction of the Court Japan”, October 6, 2015, <https://www.icj-cij.org/en/declarations/jp> [2019-02-19].

立。日本内阁通过决议决定先占的时间可作为钓鱼岛领土主权取得问题的关键日期。中国因日本的秘密行为而未能提出抗议，也不影响权利主张对立的事实存在。日方部分学者以中国首次抗议为标志去寻找争端具体化的关键日期，是既无必要也缺乏理由的。在领土主权变更问题上，中国主张的权利变更客体是领土主权；日本主张的权利变更客体不是领土主权，而只是对领土的管理权。由于双方实际上没有对领土主权转移形成主张对立，也无须为此再确定关键日期。

以日本主张先占取得钓鱼岛主权的时间为关键日期，使中日所提出的证据具有不同的可采性和证明力。中国在此关键日期前的证据都属于具有直接证明力的证据材料范围；中国在此关键日期后以相同方式进行或持续的行为，不具有改善法律地位的目的，也能作为关键日期之前相关情势的有力证明。日本在此关键日期前对钓鱼岛实施的行为只有自 1885 年开始的调查。作为关键日期前的证据，这些行为不符合日本先占钓鱼岛的意图，不能满足国际法上先占的要件。日本的其余证据都是关键日期后的证据，不具有可采性。即便从说明或解释性证据的角度，日本的证据也必须符合与先前行为持续或方式相同，且不具有提高自身法律地位的目的。而其先前行为本就不符合先占要件，此后行为的证明力更无法超过先前证据，甚至是进一步被削弱，难以证明其所谓的“有效控制”。

中日关系目前有明显改善，双方合作不断得到加强，出现企稳向好势头。但是，两国间的问题并没有得到全部解决，摩擦分歧依然存在。正视问题是推动中日关系能够真正行稳致远、实现持续发展的基础。钓鱼岛领土主权争端进入法律程序的可能性不能排除，程序上的关键日期问题值得重视。中国迄今没有声明接受国际法院强制管辖。但按照日本的主张及其接受国际法院强制管辖的范围，钓鱼岛主权争端属于日本接受国际法院强制管辖权的争端。程序上的关键日期问题可作为中国今后妥善处理国际司法管辖权问题的相关因素而予以考虑。

The Territorial Dispute over Diaoyu Islands from the Perspective of the Critical Date

Shu Zhenya

The critical date serves as a criterion for determining the scope of the facts to be investigated and assessing the suitability of disputes by the legal situation prior to the specific time of disputes. The disputes over territorial sovereignty of Diaoyu Islands can be viewed from two perspectives namely the acquisition of right and the transfer of right. From the former perspective, there has been an opposition between claims of the acquisition of territorial sovereignty of China and Japan when Japan declared the occupation. From the later perspective, China and Japan have never actually had a confrontation in terms of the transfer of the territorial sovereignty, and there is no need to determine the critical date relating to it. The critical date of the dispute over the sovereignty of Diaoyu Islands can be the date on which the Japanese cabinet declared the occupation of the islands. According to that critical date, the admissibility of the evidence provided by China will be superior to that by Japan, and Japan's so-called effectivities will not have admissibility of evidence.

「決定的期日」の視点から見る釣魚島の領土主権争いの分析

疏 震娅

「決定的期日」は、争いの中の特定の時期以前の法律によって、事実を明らかにすべき範囲を確定し、争いの司法判断適合性を評価するための基準・尺度とするものである。釣魚島の領土主権争いは、権利の取得と権利の移転という2つの面から見ることができる。中日の領土取得に関する主張は、日本が先に領有していたと宣言したときに対立が起こった。領土の主権変更の問題において、中日には実際には領土の主権移転に関して主張の対立はなく、このために「決定的期日」を再確定する必要はなかった。釣魚島の主権争いは、日本が先に領有していたと閣議決定した日を「決定的期日」とすることができる。このため、中国の主張する証拠の採用可能性と証明力は日本の主張する証拠を上回るもので、日本のいわゆる「実効支配」行為は証拠としての効力を持たない。

(责任编辑: 双明)