

一衣带水之中岂有无主之岛

□ 刘大生

(江苏省行政学院 法政部 南京 210009)

【内容摘要】考量钓鱼岛的领有权问题,不仅要适用现代国际法,更要适用古代亚洲国际法。日本政府“确认”钓鱼岛“无人”“无主”耗时十年时间,那样一种漫长的“确认”过程,恰好证明当时的日本政府知道钓鱼岛是有主的。钓鱼岛在中国近海,在东亚内海,与大洋中心地带的岛屿不能适用同样的国际法。

【关键词】亚洲国际法;王土;册封;东亚内海;一衣带水;中国近海。

【作者简介】刘大生,江苏省行政学院法政部教授,主要从事宪法和法学原理的研究。

1972年3月8日,日本外务省发表《尖阁诸島の領有権についての基本見解》(以下简称“基本见解”)^[1],阐明了日本政府为什么不愿意将钓鱼岛归还中国的各种理由。笔者以为,日本政府的各种理由都是不充分的,都是经不起推敲的。

一、所谓无人、无支配痕迹

“基本见解”解释说:“自1885年以来,日本政府通过冲绳县当局等途径多次对尖阁诸岛进行实地调查,慎重确认尖阁诸岛不仅为无人岛,而且没有被清政府支配过的痕迹。在此基础上,于1895年1月14日,在内阁会议(阁议)上决定在岛上建立标桩,以正式编入我国领土之内。”

日本政府的这一说法,乍一看好像很有道理,略一推敲,就发现是似是而非的道理。因为,从世界历史上看,有人、有支配痕迹之地,不一定有主人;无人、无

支配痕迹之地,不等于没有主人。不能因为钓鱼岛上没有人居住,没有政府机构建立的标桩之类的支配痕迹,就认为钓鱼岛是无主之岛。

南极洲上,中国人住过,也留下过支配某一地段的痕迹,但是,中国对南极大陆上的任何一块土地都不能行使领土主权。

喜马拉雅山地区,六千米以上的地带,大多没有立界碑或标桩,更无人居住,你们能说包括珠穆朗玛峰在内的这些山峰到目前为止,都是没有主人的山峰吗?

南京长江大桥与南京江心洲乡之间有一个小岛,叫潜州,到目前为止没有住人,没有建筑物,更没有界碑、标桩之类的统治者支配过的痕迹,完全是一个荒岛,难道你们日本人能说这个无人小岛是无主之岛吗?你们能将它先占领然后再纳入日本版图吗?答案显然是否定的。

钓鱼岛在明清时期一直是浙江、福建

等地(中国中央政府直接行政区域),与琉球王国(中国中央政府间接行政区域)之间在东海航线上的自然航标,怎么能说是无主之地呢?如果钓鱼岛当时是无主之岛,那么请问:在英国本土与北爱尔兰之间,在日本本州与北海道之间,也有一些无人居住、没有支配痕迹的小岛,你们能说这些小岛是无主之岛吗?

有人可能会说,本州与北海道之间、英国本土与北爱尔兰之间距离比较近,中日之间距离比较远,不能相提并论。但是,请日本读者不要忽略中日两国国民都认识、都承认的四个汉字:一衣带水。这四个字充分说明,中日之间的海洋其实也不是很大的,中日之间的本土距离其实也是很近的。千年以来,中日两国一直号称是一衣带水的友好邻邦。既然两国本土之间只有一衣带水的距离,经过近两千年的相向开疆拓土,到了1885年,这中间地带,这一衣带水之中,怎么可能还有无主之岛等待你们日本人去发现、占据、领有呢?

二、古代、近代亚洲国际法与钓鱼岛的主权归属

考察钓鱼岛的主权归属问题,不能仅仅使用现代国际法。因为,1895年之前,现代国际法还很很不成熟,那时没有国际联盟,没有联合国,更没有国际法院。因此,必须用古代、近代亚洲的国际法原则衡量钓鱼岛的主权归属问题。

“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”。这四句话在现代人看来,似乎是

笑话、疯话,但是在古代、近代亚洲,尤其是中亚、东亚地区,却是公认的宪法原则和国际法原则,是当时的“联合国宪章”。朝鲜、日本、琉球、越南、蒙古等国的政府和知识分子,都承认这一原则,都不反对这一原则。如果说有争议的话,那仅仅是在“谁是王”的问题上有争议。就像今天一样,世界各国对安理会常任理事国的否决权没有争议,有争议的仅仅是哪几个国家可以成为安理会常任理事国。

一般说来,中国中原地区的皇帝,就是那个“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”中的王。周边的王一般不敢说自己就是“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”中的王,他们往往向中国中原地区的皇帝俯首称臣,经常朝贡,接受册封,甚至要求册封,根据册封行使自己的王权。也就是说,周边的王,所统治的人民和土地,都是中国中原地区的皇帝赏赐的,中国中原地区的皇帝是普天下所有土地和人民的终极主权者、所有者、领有者。

当英国、法国等西方国家的使节拒绝向中国皇帝跪拜、拒绝中国皇帝册封的时候,说明这些国家不承认他们的土地和人民归中国皇帝所有。但是,和西方不一样,日本从东汉初年以后,就承认“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的原则,并且基本上承认这个王就是中国皇帝,基本承认中日两国元首的关系是君臣关系,基本承认普天之下的土地,包括日本的土地都属于中国皇帝所有。因此,在古代、近代国际法上,在日本人看来,日本、琉球一

线与中国海岸线之间不可能有无主之地。

公元57年,当日本领导人向汉光武帝刘秀跪求“汉委奴国王”金印的时候,日本人会认为在中国大陆与日本西海岸之间存在无主之地吗?

公元413-502年,当大和国各代最高领导人多次派使臣要求晋、宋、齐、梁、陈各朝皇帝册封,以便获得更多土地和人民的时候,他们会认为中国大陆与日本西海岸之间有无主之地吗?

在唐代,日本先后十九批次派遣使节到中国工作,当遣唐使们齐声高呼“吾皇(不是你皇)万岁、万岁、万万岁”的时候,他们会认为在大唐东部沿海与日本西海岸之间会有无主之地吗?

在明清两代,在南日本地区,直到1879年,冲绳当局对中国中央政府,几乎是天天称臣,岁岁朝贡,代代求册封。那时候,冲绳当局会否认莫非王土的原则吗?会认为在冲绳和中国大陆之间存在无主之岛吗?

当然,也有一些日本统治者不承认中国皇帝的统治,甚至向中国皇帝发动战争。如16世纪,丰臣秀吉进攻朝鲜、琉球、台湾,并企图直捣大明首都北京,统治中原。但是,这些造反者也并不否认“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的原则,而仅仅是想用日本之王取代中原之王罢了,这与蒙古人进攻大金、南宋的心态完全一样。因而,他们,包括丰臣秀吉,绝不会认为普天之下(包括东海和黄海)会有无主之地。甚至,当日本人全面发动侵华战争,占领约半个中国的时候,仍然不

想彻底否定“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的原则,仅仅是想将这个原则中的王变成日本天皇而已,要不然,为什么提出建立“大东亚共荣圈”的理论和计划?请问,在“大东亚共荣圈”的计划里面,会有无主之岛吗?

所以,日本人,尤其是冲绳当局,完全懂得,在冲绳和中国大陆之间的中间地带,不可能存在无主之地。它们都是中国皇帝的王土,如果没有册封给周边国家,就直接为中国皇帝所有。

当时的日本人,尤其是冲绳当局,肯定知道钓鱼岛是大清帝国的王土,历史上既没有册封给日本,也没有册封给其他国家,更没有册封给冲绳当局。同时他们也知道,当时跪求册封也得不到那块王土,所以只能等待机会来“确认”那是无主之岛。等到清政府在甲午战争中被打败,日本觉得机会来了。于是,当时的内阁会议便“确认”钓鱼岛是无主之岛。《基本见解》表述的那个十年“确认”过程恰好证明了钓鱼岛在当时不是无主之岛。

三、所谓慎重确认

为了表明占领钓鱼岛不是侵略,“基本见解”说,日本政府从1885年到1895年,经过十年调查,才“慎重确认”钓鱼岛为无主之岛。笔者以为,这个所谓的十年慎重,根本不是争取正当利益的慎重,而是入室盗窃前的探风踩点性质的慎重。请问,一个国家的政府当局确认一个小岛是不是无主之岛需要十年时间吗?日本政府

能出举几个例子吗?在笔者看来,由政府当局出面,尤其是大国、强国政府出面,确认一个小岛是不是无主之岛,在今天十小时就够了,在当时条件下,十天时间就足够了,根本不需要十年时间。日本政府所谓“慎重确认”,根本不是慎重地确认,而是狡猾地窃取。

拾荒者到垃圾场捡垃圾,不需要如此的慎重确认;饥民到荒山野岭挖野菜,也不需要如此的慎重确认。只有入室盗窃,才需要如此的慎重确认:确认主人在还是不在,主强还是主弱,主健还是主疲,主警还是主痹,然后选择月黑风高之时下手。由于中国在甲午战争的失败,日本人觉得,钓鱼岛之主完全是庸主、昏主、弱主,有主等于无主。于是,战争结束不久的1895年1月,日本政府便“确认”钓鱼岛是无主之岛,果断将其并入日本版图。这就是所谓十年慎重确认的实质。

四、所谓没有被清政府支配过

为了表明占领钓鱼岛不是侵略,“基本见解”还说,日本政府从1885年到1895年,经过十年调查,确认钓鱼岛没有被清政府支配过。

笔者以为,日本政府这样说,完全是此地无银三百两。确认一个海岛是无主之岛,不能仅仅说它没有被某一个特定国家的政府支配过,而要证明它没有被所有国家的政府支配过。在1885年的时候,台湾被荷兰政府支配过,香港被英国政府支配过,澳门被葡萄牙政府支配过,

要确认钓鱼岛是无主之岛,仅仅证明它没有被中国政府支配过怎么行呢?其他地方都没有三百两银子,你为什么单单要说此地无银三百两?其他国家都没有支配过钓鱼岛,“基本见解”为什么单单要说清政府没有支配过钓鱼岛?日本政府能给出一个合理的回答吗?

五、所谓沉默和默认

有些人觉得钓鱼岛无主之说不够坚挺,于是就搬出了沉默说来帮忙。他们认为中国政府长期沉默,说明中国已经默认了日本对钓鱼岛的占领。如何看待沉默、默认说呢?

“基本见解”说:“尖阁诸岛包含在根据《旧金山和平条约》第三条由美国施政的地区,中国对这一事实从未提出过任何异议,这明确表明当时中国并不视尖阁诸岛为台湾的一部分。”这一表述不符合历史事实,1951年8月15日,旧金山会议召开之前,中国外交部代表中国政府发表声明:“对日和约的准备、拟制和签订,如果没有中华人民共和国的参加,无论其内容和结果如何,中央人民政府一概认为是非法的,因而也是无效的。”该声明刊载于《人民日报》1951年8月16日头版,有案可查,无法否定。1951年9月18日,中国外交部再次发表声明,指出:“《旧金山和约》是非法无效的,绝对不能承认的。”这一声明在《新华日报》1951年9月19日头版头条可以查到,无法否定。中国政府连《旧金山和平条约》的全部条文都不予承认,怎么能

说对该条约第三条中有关钓鱼岛的规定“从未提出过任何异议”呢?这在逻辑上讲得通吗?

“基本见解”还说:“无论是中华人民共和国政府,还是台湾当局,都是到了1970年后半期,东海大陆架石油开发的动向浮出水面后,才首次提出尖阁诸岛领有权问题。”这一表述也不符合历史事实:中国民众提出抗议,不是因为石油,而是因为1970年9月10日美国国务院声明要将琉球群岛和钓鱼岛移交日本,而不是归还中国的缘故。中国政府的抗议更不是因为发现石油才提出的,中国政府在1970年代的抗议,是1951年否定《旧金山和平条约》这一基本立场的自然结果。美国正式将钓鱼岛移交日本的时间是1972年5月15日,中国政府抗议美国将钓鱼岛交给日本的时间是1971年12月30日^[2]。这些事实正好说明,中国政府在二战之后,钓鱼岛再次被日本占领之前就提出异议了,根本就没有沉默,更不存在长期默认的问题。

有一个叫尼伯龙根·蜗藤的疑似日本学者说:“日本政府在1896年8月,以免除使用费,限期三十年为条件,把钓鱼岛和黄尾屿租借给古贺辰四郎。1926年后改以收取租金的形式续约。古贺辰四郎家族在1894年到1933年,长达四十年的时间内,一直在钓鱼岛上从事渔业开发的工作,建造了码头、工厂、宿舍等建筑物和种植了一系列农作物。如果中国在这四十年间认为钓鱼岛是中国的领土,有过哪怕一次对钓鱼岛行使过

主权,那么中国就应该知道日本在钓鱼岛上的活动,也应该加以制止,至少应该提出抗议。”^[3]

笔者以为,尼伯龙根·蜗藤的这一说法即使符合事实,也不能证明中国政府默认了日本对钓鱼岛的占领。因为这四十年,以及以后的近二十年,直到1949年,中国处于极不正常的状态,是一个危重病人。

如果野田佳彦先生被他人打成重伤,昏迷不醒,流血不止,手表、手机、戒指、钱包被抢走,头发被剪,手指头也被砍断并且丢失,这时候,野田先生的家人和秘书是先找回丢失的财产、头发、手指头呢?还是先救人呢?窃以为,任何有理智的人,任何正常人,都会主张首先救人。过了若干年之后,野田先生清醒了,恢复记忆了,想起凶手是谁了,再去找凶手索要自己的财物,难道不可以吗?在这种情况下,任何一个警察或者法官,都不会说:“人家拿走你的东西已经好几年了,你一直不抗议,你默认了别人对你的财物的占有,现在不能索回了。”

1894年到1949年的中国政府,内忧外患不断,是一个多次被他人打成脑震荡,并且流血不止,昏迷不醒的危重病人,这段时间内的所谓沉默或者默认,不是真正的沉默和默认,甚至连签字、盖章、按手印都不能算数。这在国内法和国际法上都说得通,在自然法上更是无可置疑。否则,割让台湾的协议,即中国皇帝批准生效的《马关条约》的主要内容,为什么会被撤销?

六、所谓反言

有一位名叫李天明的学者,引用上个世纪1950-1970年代的一些非正规的、非法律形式的文献,如《人民日报》上的新闻评论之类的文章,认为中国现在要求日本归还钓鱼岛是反言^[4],违反了国际法上的禁止反言原则,即Estoppel原则。笔者以为,指责中华人民共和国政府的反言之说不能成立。

《人民日报》上的署名文章不是法律文件。如果这些文章中的某一两句话与官方法律文件(如外交部声明等)的立场不一致,至多只能证明文章作者乃至报纸编辑部犯了错误,而不能证明中国政府反言。署名文章与法律文书不具有同等法律效力,这是法律常识。

1950-1970年代的《人民日报》还说过“打倒美帝”“打倒苏修”“打倒各国反动派”“解放全人类”“在全世界实现共产主义”一类的话,你们也能将其当法律文书看待吗?日本难道也要求中国政府兑现这些豪言壮语吗?日本愿意让中国政府去解放吗?你们愿意中日两国合并实行共产主义吗?

中国政府如果在1951年承认《旧金山和平条约》有效,1971年又反对美国将钓鱼岛移交日本,那就是前后矛盾,那才是反言。中国政府在1951年公开声明反对美国占领琉球群岛和钓鱼岛,宣布《旧金山和平条约》无效,到1971年公开谴责美国将钓鱼岛移交日本,这前后的立场和逻辑是一致的,不存在反言问题。

要说反言,日本政府从承认莫非王土到鼓吹某岛无主,才是真正的反言。冲绳当局更是明显的反言者。1879年之前,冲绳当局对中国最高当局,天天称臣,岁岁朝贡,代代求册封,完全承认莫非王土的原则,完全承认钓鱼岛是王土,仅仅六年之后的1885年,冲绳当局居然向日本当局谎称钓鱼岛是无主之岛,这不是反言又是什么?

七、所谓较近时期实际有效控制

李天明说:“1895年1月14日,即大清国依《马关条约》(1895年5月)将台湾割让给日本前的四个月,日本就开始正式宣布对钓鱼岛的主权,以后一直未曾中断至今;并从此实际控制管辖钓鱼岛至二战结束。”因此,李天明认为,日方在对钓鱼岛“有效控制方面远远领先于中方”“在国际法上钓鱼岛属于日本”^[5]。

笔者以为,较近期实际有效控制原则,或许适用于太平洋、大西洋、印度洋等大洋的中心地带历史上无主岛屿的争议问题,却完全不适用中国近海岛屿的争议,不适用于东亚内海(且中日两国都认为只有一衣带水的东亚内海)范围内的岛屿争议,更不适用于东亚历史王土的争议,不适用于近代以来易主岛屿、易主大陆地块的争议。否则,日本为何要归还满洲和台湾?日本对于满洲和台湾,1945年时的“较近时期实际有效控制”难道不是“远远领先于中方”吗?

李天明的道理如果成立,日本还有什么理由向俄罗斯索要北方四岛?对于日本

北方的四个岛屿,俄罗斯“较近时期实际控制”不也是“远远领先”于日本吗?

按照李天明的逻辑,如果某外国势力占领日本北海道,并且实际有效控制二三十年,日本就再也不能要回北海道了。

所以,日本政府、日本国民切勿被李天明的理论误导,不要天天吵着闹着要上国际法院。国际法院的大法官们不会只听信李天明的一面之词。

八、解铃还须系铃人

从“基本见解”中可以看到,日本政府是通过冲绳当局来确认钓鱼岛为无主之岛的。而在1879年之前,冲绳当局一直承认钓鱼岛是大明、大清的王土。冲绳当局如果在1885年向日本政府说,钓鱼岛是大清王土,没有册封给冲绳,日本政府又岂敢确认钓鱼岛是无主之岛。所以,冲绳当局是钓鱼岛问题的始作俑者,是系铃人。解铃还须系铃人,冲绳当局对于解决钓鱼岛争议具有不可推卸的责任。

建议冲绳当局,好好查查冲绳的历史

档案,如果发现明清两代任何一个皇帝发布过将钓鱼岛册封给冲绳当局的圣旨,那么钓鱼岛就属于冲绳。如果实在查不到这样的圣旨,冲绳当局就应当主动向日本政府报告冲绳当局一直承认钓鱼岛莫非王土的历史事实,纠正钓鱼岛在1885年是无主之岛的说法。

冲绳当局在1879年还承认钓鱼岛莫非王土,仅仅六年之后,就说钓鱼岛是无主之岛,是自己故意讲假话,还是被日本政府逼迫,还是出于对清政府没有出手救援琉球的报复?现在应该说明真相了。///

注释:

[1]全文见《百度贴吧》,据<http://tieba.baidu.com/p/1860067004>。

[2]详见《人民日报》1971年12月31日。

[3]见尼伯龙根·蜗藤:《关于钓鱼岛的历史的几个疑问》,载《北京之春》2012年9月号,据<http://beijingspring.com/bj2/2010/300/201291885451.htm>。

[4][5]李天明:《在国际法上钓鱼岛属于日本》,载《民主论坛》电子日刊,2012年9月25日,据https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/?ui=2&ik=a3aae3331c&view=att&th=139ff4bce9987071&attid=0.1&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-tOzkt-MmzqOlZlJ0ILGTs&sadet=1348795746109&sads=EZ6riqwbtICmc_mVbcV0nscPKSc&sadssc=1#0.1_art01。