

热点中的

Re Dian Zhong De Fa Lü Wen Ti Yan Jiu

法律问题研究

范文舟 著



中国政法大学出版社

013052891

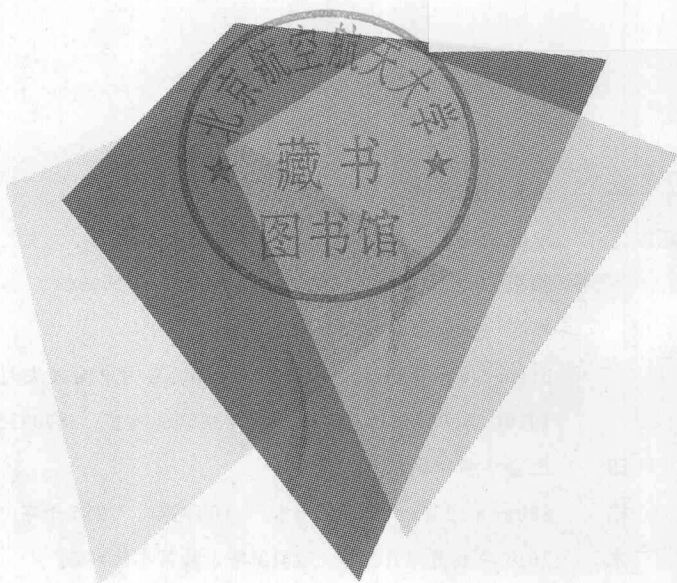
热点中的

Re Dian Zhong De Fa Lü Wen Ti Yan Jiu

法律问题研究

范文舟 著

D9
46



中国政法大学出版社



北航

C1659695

D9
46

108320810

图书在版编目 (CIP) 数据

热点中的法律问题研究 / 范文舟著. — 北京 : 中国政法大学出版社,
2013.5

ISBN 978-7-5620-4805-3

I. ①热… II. ①范… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第107061号

书 名	热点中的法律问题研究
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088 邮箱 zhengfadch@126.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	国安华明印刷厂
规 格	880mm×1230mm 32开本 10印张 255千字
版 本	2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4805-3/D·4765
定 价	38.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目 录

专题一 国际领土争端中的法律问题

——以钓鱼岛为例	1
问题一 钓鱼岛问题如何产生和变化	1
问题二 钓鱼岛问题引发了怎样的爱国主义和民族主义 思潮	34
问题三 对钓鱼岛问题所引发的中国爱国主义和民族 主义思潮应当怎样评价	46
问题四 钓鱼岛争端背后的实力对比如何	80
问题五 钓鱼岛争端的影响如何	119
附录一 回顾钓鱼岛历史与现状：中国钓鱼岛白皮书 ...	163
附录二 关于钓鱼岛的历史教训	181
附录三 日本为何没有彻底反省侵略战争？	189
附录四 中日邦交正常化过程回顾	198
专题二 当前中国社会进步和发展中的法律问题	208
问题一 中国社会哪些方面亟待继续改革	209

问题二	中国改革路径应当如何选择	252
问题三	应当怎样防止陷入“中等收入陷阱”	269
问题四	新形势下应当怎样进行反腐败斗争	291
问题五	十八大后的中国外交应当如何调整	304

专题一 国际领土争端中的法律问题 ——以钓鱼岛为例

问题一 钓鱼岛问题如何产生和变化

钓鱼岛自古以来就是中国领土。一些日本的正义之士也认为钓鱼岛是中国领土。^{〔1〕}

现在中国大陆和台湾地区不提琉球群岛地位问题，只提钓鱼岛问题，除了尊重现实，重视与日本的关系以外，不得不说是自1879年以来一个很大的让步。这个让步竟反过来被日本解释为中国大陆和台湾地区只是觊觎钓鱼岛周边海底的资源，才突然提对钓鱼岛的主权。

在钓鱼岛的争议里，日本政府一直强调其对钓鱼岛的主张，是建立在国际法的基础上，而中国大陆或台湾地区即使提出历史上、地理上、地质上的种种论证，都不构成国际法的有效论据。这个说法在日本国内乃是不可动摇之共识。可是为何日本政府看起来那样的信心十足，却又不敢言行一致，遵照野田首

〔1〕 蔡孟翰：“日本主权认知的两种正义观冲突”，载 <http://www.3398.cc/a/guona/waijiaofabuhui/2012/1017/7098.html>，最后访问时间：2012年10月17日。

相上个月在联合国演讲时的主张，以国际法解决纷争，将中方一军呢？原因很简单，日方虽有国际法上的依据，但日方心里可能认知到这决非可以立于不败之地。日本政府所依据的国际法法理到底是什么呢？其所依据的事实与法理优缺点又是什么呢？笔者不敏，越俎代庖，斗胆略言之。

日方的依据有四点。一、以无主地（terra nullius）正当化其先占（occupation）钓鱼岛；二、通过国际条约而再取得钓鱼岛（re-acquisition by treaty）。三、以持续实质的有效控制（affectivityés）支撑其对钓鱼岛主权的主张。四、以禁止反言（estoppels）之法理，论证中国大陆或台湾地区的主张无论如何无效。前两者为国际法中合法取得领土的两种方式；后两者为其依法取得后，印证强化其继续控制的法理基础。这四项环环相扣，形成其对钓鱼岛主权论述的基调。这个基调可谓是立足在程序正义观之上，相对于出自实质正义观的中国大陆或台湾地区论述。

照日方说法，从1885年历经10年的实地调查，查清无清朝统治痕迹，在1895年1月14日正式编入日本领土（根据我国台湾学者邵汉仪的研究，则是秘密阁议）。这无主地没有第三者中立的判断，只是日方的片面之词，再者是否为无主地，没有先占，亦无效，所以这可以合理解释，为何日本在甲午战争末期，北洋舰队兵败黄海后才编入，而不是早两三年，这个编入时期巧合到启人疑窦。所以日本虽极力撇清编入时间与甲午战争结果的关系，然而很难证明其说辞善意可信（bona fides）。更何况，此非日本首次以无主地说词合法化其领土扩张，在1874年在“牡丹社事件”，因而出兵我国台湾时，已经用过无主地法理，欲掩盖其侵略我国台湾的行为。由此观之，无主地可说，是日本一贯的口实，可信度极低。

更关键的是,日本早就认识到钓鱼岛为中国领土,日本江户时期的林子平,在1786年完成在日本广为流传的《三国图览通说》,其中已经把钓鱼岛列为中国国土,现在日本强化钓鱼岛主权的急先锋山田吉彦教授,在其书《日本的国境》辩称,那是因为林子平没有实地调查,只是依当时长崎现有的一些地图,随意想像制图。这说法且不说有没有符合逻辑,日本稍后一点由幕府支持,踏破全日本,实地测量的伊能忠敬,在1821年绘制出的以现代角度来看仍极其准确的《大日本沿海舆地全图》,不要说钓鱼岛不在“大日本”里面,连一面受中国册封,一面受制于日本萨摩藩的琉球群岛(王国)也没有。可见“大”日本,在江户时期官方正式的认知里,也不过大到最南只到现在鹿儿岛县的屋久岛,最西不过到现在长崎县的五岛列岛。而且,后来日本在1879年并吞(处分)琉球王国,如果钓鱼岛属于琉球王国,为何没有同时并入,而要等到1895年呢?

“无主地”的法理过时了

以韩国学者许淑娟由东京大学出版社出版的《领域权原论》一书的研究来看,无主地的概念,基本上是由古罗马法无主物(res nullius)而来,但是罗马法中却从未包括土地,这个转化其实是在帝国主义横行的19世纪才完成,目的自然是要合法化帝国主义在非洲与亚洲的扩张,亦是文明国认定不文明人地区不构成有主地的法理。断定为无主地之后先占,乃是19世纪以来国际法中的“文明”规范。

但是在21世纪的今天,无主地的法理地位又是什么呢?根据国际法权威、剑桥大学国际法讲座教授詹姆斯·克劳福(James Crawford)的巨著《国际法中国家的形成》一书,他很怀疑无主地说法在法理上的有效性。他亦提到,在1970年国际

法庭在“西撒哈拉案”中，法庭的判决书推翻以所谓有无“文明”作为是否构成无主地的标准。此外，在1992年澳大利亚的最高法院的Mambo判决里，更否定无主地的法理，进一步承认澳大利亚原住民土地所有权。这意味着以19世纪以来符合帝国主义利益，极其主观随意的无主地法理，已经在节节败退。日本政府还大打无主地的旗帜，不顾中国众多的历史证据，以及日本1885年前与钓鱼岛毫无瓜葛的反证，除了仍以过时的文明国概念自居，藐视中国台湾地区以外，恐怕对世界潮流与国际法的走向，掌握还不够精准。其实，日本政府在基本意见中，“我日本有法理，你中方不懂法”，就透露出这种19世纪要不得的心态。

领土在战后以来，几乎不在以国际条约互相割让，第二次世界大战后的处理，可说是目前为止，最后一次以国与国之间条约，大幅度变更国土范围。从日本的立场来说，《旧金山和约》迫使日本放弃自明治维新以来几乎所有增加的领土，唯一没有完全放弃而是受美国托管的，即是美国定义，包涵钓鱼岛列岛的琉球群岛与大东诸岛。日本损失相当惨重，却也完全遵守此和约。尔后，由美日谈判，美国同意归还其管辖的琉球群岛与大东诸岛，同时让日本拥有对钓鱼岛的行政权。所以日本现在的领土范围，完全是经由条约决定，而非征服或窃取而来。这样的说法，在钓鱼岛的行政权再取得的手续上来说，是符合战后国际法的规范，是一个和平的过程。

然而，这个看似手续上合法的过程，实际上有严重的手续缺陷，有不符实质公平原则的做法。一、《旧金山和约》，竟无日本侵略受害最大的（国共）中国与（南北）朝鲜参与规划，完全由美国与日本两国私相授受；二、琉球群岛（包括钓鱼岛）在1971年同意交付日本，并没有取得当时联合国中国代表——

“中华民国”的同意。三、由于《旧金山和约》与琉球交付日本的条约无中国参与，实在很难说这些领土的安排符合《开罗宣言》与《波茨坦宣言》的原则。

说到底，日本最大的法理支持，还是来自其在 1895 年至 1945 年，以及 1972 年以来对钓鱼岛实质的有效控制，在国际法庭过去的判决里，特别是自“帕尔马斯岛（在菲律宾与印度尼西亚之间）案”以来，法庭决定支持荷兰的主张，拒绝美国的理论，确定了三个重要的原则，其一：有争议的岛屿与本土的远近不决定所有权，设若以钓鱼岛为例，不会以钓鱼岛近中国大陆或台湾地区，远离日本本土四岛而偏袒中国大陆或台湾地区；其二，发现以及命名仅有不完整的所有权（inchoate title），因此可说中国大陆或台湾地区最多仅有不完整的所有权，只要其他国家占领且持续控制，不完整的所有权即会丧失；其三，持续有效控制，且长期没受到其他国家的异议，拥有对主权更有力的主张。日本在钓鱼岛的情况，有若符合节处（编按：语出《孟子·离娄下》，比喻两者完全吻合）。

日本引用国际法无一贯性

不过，这三个原则是否可以压倒上述所有不利日本立场的法理，历史经纬与世界走向，足以令日本深思；更不消说自 1971 年以来，中国大陆或台湾地区对日本接管钓鱼岛便一直持有异议，这不是使得日本的主张，已不太能充分满足帕尔马斯岛案最有利于日本的第三原则了吗？令人纳闷的是，日本外务省在竹岛/独岛的主权主张，却是采取近乎中国大陆或台湾地区论述的方式，回溯到 17 世纪初的历史，以相对于中国的钓鱼岛史料而言，极其零星的史料，证明竹岛是从 17 世纪起即为日本属地，挑战韩国自 1953 年以来对独岛实质的有效控制。所以，

日方国际法观是否有一贯性，而无自相矛盾，应该要虚心检讨。主张以国际法解决纷争的日本，对法律主张及解释若缺乏一贯性，在国际社会里是完全难以取信于人的。

不过，日本对中国大陆或台湾地区自 1970 年代以来提钓鱼岛主权问题，当然很不服气很难接受，因为日本一直认定，中国大陆或台湾地区是知道联合国发现钓鱼岛周边海底可能有丰富的天然资源后，才开始对钓鱼岛主张主权，之前则毫无异议。这个说法令人同情，但似是而非。1971 年联合国中国代表“中华民国”不但抗议钓鱼岛行政权交付日本，更是反对美国将琉球群岛主权转移给日本。

还有，现在被日本外务省列为四个证明中国承认钓鱼岛属于日本的证据之一，1953 年《人民日报》一篇题为“琉球群岛人民反对美国占领的斗争”的评论文章中，其实不但说不上承认钓鱼岛属于日本，更是直接挑战美日对整个琉球群岛的安排，主张琉球人民独立。此外，1943 年蒋介石在开罗会议时，亦曾提出战后让琉球如同朝鲜一样独立的方案，不又是一个佐证吗？

10 月 10 日台湾当局在美国四个大报，登出对钓鱼岛主权的主张与反驳日本的意见，其中提到没有及早在 1945 年提出关于钓鱼岛的抗议，乃使日本改掉钓鱼岛名称，换上“尖阁诸岛”，所以一时没认识到“尖阁诸岛”乃是钓鱼岛列岛。这当然是极合情合理的情况，不过日方恐不容许中国大陆或台湾地区有此误差。日本外务省引 1953 年《人民日报》为例，文中对琉球群岛的认识，其实不符合日本战前战后的行政区域，只是沿用托管美国的琉球群岛与大东诸岛，作为琉球群岛的范围，与日本无关，更非认同或接受日本对这些岛行政区分与主权主张，因为文中对琉球群岛的定义，不但有钓鱼岛，亦涵盖奄美群岛，而这些岛早在 1879 年就编入鹿儿岛县，不属于冲绳（琉球）

了。日方应该很清楚才是。

所以，日本外务省以此暗引禁止反言（estoppels）简直是恶意（mala fides）断章取义或是理解能力太低，不懂文义。无论如何，这种对所谓证据或事实解释的任意性与不一贯性，完全无助日方的说服力。总之，现在中国大陆或台湾地区不提琉球群岛地位问题，只提钓鱼岛问题，除了尊重现实，重视与日本的关系以外，不得不说是自 1879 年以来一个很大的让步。这个让步竟反过来被日本解释为中国大陆或台湾地区只是觊觎钓鱼岛周边海底的资源，才突然提对钓鱼岛的主权。所以，还原历史真相，钓鱼岛的争议不但牵涉《马关条约》与台湾地区，亦与地理上美国占领的琉球群岛地位，还与历史上琉球王国存废去向等问题息息相关。进而言之，钓鱼岛问题、独岛/竹岛问题，是东亚与日本战后清算不彻底，留下来的众多悬案之一罢了。

日本政府的立场是立足于国际法，可是其所依据的国际法，多源自 19 世纪帝国主义大盛年代的法理，而全球社会在第二次世界大战后迅速变化，国际法法理亦随之蜕变，这可能使得日本的主张，在国际法上越来越年代倒错；况且，日本政府对处理与邻国的战争问题，往往所持的正义观是一种形式的、程序的正义观，对实质正义的重要性，没有深刻的理解，所以道歉很多，对邻国经济援助庞大，来自邻国的怨言却仍然很多，缺乏本来应有的由衷感谢。久而久之，日本竟还觉得一切皆是反日教育造成的，于己无关。

唯有日本克服残存但根深蒂固的 19 世纪世界观后，超越一国主义，摆脱程序正义观，以邻人之子为己子，东亚真正的和解才有可能，日本在东亚与世界应有的尊重与领导地位，才会油然而生。如果日本硬要以 19 世纪的国际法，独善己身的程序

正义观，对决 21 世纪的世界潮流，以及邻国对实质正义的渴望，东亚将没有胜利者。今天钓鱼岛争议，独岛/竹岛争议考验着东亚，更考验东亚的先觉先行者——日本——是否有足够的智慧为大家解套，让大家皆成为 21 世纪的胜利者。解铃终须系铃者。

2012 年 9 月 11 日，日本政府宣布“购买”钓鱼岛（日本称“尖阁诸岛”），此举引发中方强烈抗议，数十个城市民众举行了反日游行，部分地方出现民众打砸等暴力事件。

据日本媒体报道，日本中央政府跟钓鱼岛的所谓土地业权持有人就购入钓鱼岛达成基本协议，双方同意作价 20.5 亿日元。日方期望在九月底完成所谓“国有化程序”。

日本放送协会报道，日本政府声称有责任平稳、安定又有实效地控制钓鱼岛，所以要把钓鱼岛国有化。当局会赶快完成相关文件，期望在九月底完成国有化程序。不过，最早提出要买下钓鱼岛的东京都仍然没有死心，表示会考虑收购钓鱼岛的部分附属岛屿。

钓鱼岛现在的“地主”是一个姓栗原的家族，在埼玉县经营一家不动产公司。现在的“土地所有者”为栗原国起，他的父亲已经去世，母亲叫栗原和子（另有媒体称是“栗原美代子”），弟弟叫栗原弘行。

1972 年，埼玉县大宫市企业家栗原国起向古贺家买下南小岛和北小岛，1978 年古贺善次去世，其妻花子将钓鱼岛卖给栗原家。包括美国统治时期直到现在，岛主都与日本政府缔结租赁契约。

栗原国起“购下”钓鱼岛后只曾登岛一次，他在埼玉县经营结婚仪式馆，且连续 17 代是大宫市的大地主，他表示与任何政治团体没有关系，并表明永远都不会转售岛屿，要“永远保

持自然未开发状态”。

2012年4月,日本极右政客、东京都知事石原慎太郎宣称,东京都政府将于2012年内从钓鱼岛的“拥有者”手中收购部分岛屿,并声称收购计划已经进入最后阶段。栗原国起的弟弟栗原弘行称正在与东京都政府商谈“出售”钓鱼岛问题。

消息一出,中国立即作出强烈反应。

截止2012年9月15日,中国海监船编队已经有两支巡航编队,总统6艘船进入钓鱼岛附近12海里领海内,进行维权巡航。此外,另外2艘中国海监船正行驶在钓鱼岛赤尾屿东北方向海域。这是日本政府实施钓鱼岛“国有化”之后,中国公务船首次进入钓鱼岛附近海域巡航。

9月14日上午6时许,“海监51”和“海监66”首先进入钓鱼岛附近12海里领海海域。日本海上保安厅巡视船向中国海监船发出了“不要进入日本领海”的警告,然而中国海监船回答说“钓鱼岛是中国领土,我们正在进行正常的巡逻任务”,置之不理。

据综合媒体报道,随后另有4艘中国海监船进入钓鱼岛领海。截止14日上午9时许,仍有4艘中国海监船在钓鱼岛附近海域进行巡航,其中包括“海监50”,这是中国吨位最大的海监船。其后有两艘海监船离开钓鱼岛领海。

在6艘中国海监船进入钓鱼岛领海内进行维权巡航期间,日本海上保安厅出动了大批巡逻船及多架巡逻飞机在附近进行“警戒监视”,却未曾强行拦堵,也未发生冲撞事故。14日上午,日本外务省事务次官河相周夫紧急召见中国驻日大使程永华,就中国海监船“不顾日本海上保安厅巡视船的警告”,驶入钓鱼岛附近海域并“进入日本领海”一事,向中国政府提出了抗议。

2012年9月14日上午,日本野田首相及其他相关内阁成员均提前一小时进入首相官邸,加紧搜集有关中方海监船编队行动的情报。与此同时,日本政府还把设立在首相官邸危机管理中心的情报联络室,改为官邸对策室,强化情报收集工作。可见东京可能将紧急启动危机处理的程序。

事实上,北京派遣两支海监船编队进入钓鱼岛领海,此项行动本身就意味着北京已经启动了应对危机的处理程序。其实,在中国政府宣布关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明后,海监船进入钓鱼岛及其附属岛屿海域巡航执法,已经是不可避免了,区别仅存在于时间早晚而已。北京采取的强硬行动,讲到底,是实逼处此。显然北京认为,只有通过维权巡航执法行动,才能体现中国政府对钓鱼岛及其附属岛屿的管辖,维护中国的海洋权益。

日本政府实施钓鱼岛“国有化”,无疑对北京构成了巨大的挑战。北京究竟应该如何回应这个挑战?凡是一国政府对酝酿中或者已经爆发的危机进行评估时,往往要研判这个危机是孤立的事件,还是系列性危机的组成部分。

倘若该危机仅是孤立的事件,则还有转圜的余地,未必会取以眼还眼,以牙还牙的立场;假如该危机是系列性危机的组成部分,则退无可退,只能迎着风浪上了。这是因为如果此时退让,势必会被对方视为“示弱”的表现,其他引发的危机难免会接踵而来,然则一味避让?“避开小麻烦,却招来大麻烦”,此之谓也。相反,一方在处理小麻烦时,断然以强硬手段应对,有时反而可以祛除隐患,避开大麻烦。

薛理泰认为,^[1]过去60余年以来,中国军方处理国际危机

[1] http://www.zaobao.com/special/forum/pages8/forum_zp120915.shtml, 最后访问时间:2012年9月17日。

时,有一个传统的准则,即遵循积极防御的军事战略方针,决不挑衅。可是,一旦北京得出战争不可避免的结论,则重视这条战略方针的“积极”层面的作用,就要先发制人了。换言之,亦即“打一场小规模战争以避免打一场中等规模的战争”或者“打一场中小规模的战争以避免打一场大规模的战争”。

从北京应对危机或对待和、战的立场来看,两者是相通的。征诸中国历年来处理国际危机的史实,在决策过程中,都贯穿了这一条评估的原则。

论及钓鱼岛争端未来的走向,笔者初步预估两种趋势:

其一,诚然,环绕着钓鱼岛争端,中、日两国擦枪走火的可能性不能绝对排除。可是,中、日两国的领导层毕竟还是理智的,不至于为了这个小岛而诉诸战争手段。

其二,在钓鱼岛问题上,美国强硬支持日本的立场不可能持久。关键在于美国大选以后,假若伊朗仍然坚持本国研制核武力的权力,西方国家可能对伊朗动武。对于美国而言,钓鱼岛主权归属仅是疥癬之疾而已,而伊朗核武器则是心腹之患。一旦德黑兰拥有核武器,不啻令西方国家领袖夜不成寐的“伊斯兰核弹”。所以说西方国家把伊朗核问题视作芒刺在背,必欲去之而后快。

可是,伊朗并不是小国家,而是一个中等强国。西方国家要对伊朗动手,自然需要中国的支持或者至少是友好的默许。据此,有朝一日,美国对待钓鱼岛争端的立场未必不可改变。

中日两国在钓鱼岛的主权之争,逐步延伸至争夺国际舆论话语权和国际社会的支持。时任中国外交部部长助理乐玉成日前就公开呼吁身为日本盟友的美国与中国加强合作,一起预防日本再把世界拖入灾难。

据中国外交部网站消息,乐玉成前天(2012年11月1日——

笔者注)在北京出席第二届“中美安全关系与合作”研讨会时,再次指责日本窃取中国的固有领土,企图否定二战胜利成果,挑战战后国际秩序,并对日本右翼势力的不断膨胀表示关注。

乐玉成说,中美作为两个曾经为反法西斯战争承受重大牺牲、作出重大贡献的国家,应警惕日本的这些动向,加强合作,坚决遏制日本国内右翼势力的气焰,防止日本在错误道路上越走越远,再一次把亚洲和世界拖入灾难。

2012年9月,日本将钓鱼岛“国有化”后,中国便提出强烈抗议,并多次呼吁美国在此问题上保持中立。但相信这还是中国首次直接呼吁美国与中国站在同一阵线,携手制约日本。

美国和日本签有安保条约,而美日会否在钓鱼岛问题上联手一直是中国非常关切的。美日两国早前宣布要于本月在靠近钓鱼岛的冲绳进行夺岛演习,就激起中国反弹。中国舆论普遍认为美日是在向中国施压。

为避免刺激中国,日本上周已宣布取消这项演习,改以电脑模拟取代。但日本媒体昨天引述日本外交部消息说,华盛顿对日本中止演习感到不满,认为是本末倒置。

中美关系长期以来欠缺互信,但乐玉成在研讨会上指出,中美已是利益攸关的命运共同体,而且两国的合作还将对世界经济产生重大影响。他因此认为,中美应该携手争取做到“四好”:把两国关系过渡好,把矛盾分歧管控好,把新型大国关系之路走好,把亚太地区的事务办好。

另一方面,虽然中日两国已就钓鱼岛问题启动谈判,但至今尚未见明显进展,而为了给自己增加筹码,两国近日都格外积极拉拢国际舆论的支持。

继日本首相到联合国大谈钓鱼岛后,日本外相玄叶光一郎也计划下周在东京举行的中亚国家部长级会谈上,向哈萨克斯