

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第八卷)

主 编 孔庆江
执行主编 祁 欢



清华大学出版社

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第八卷)

主 编 孔庆江
执行主编 祁 欢



清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

本卷包含国际法各方向近期研究成果,其中国际公法方向的论文涉及“中国拥有钓鱼岛主权的条约分析”内容。国际私法方向的论文涉及“新形势下台湾地区‘两岸人民关系条例’之评述、从军用到民用:无人驾驶航空器对民用航空法的挑战、跨国代孕中的公共秩序问题、当东道国作为投资仲裁的申请人、《中国冲突法》书评”内容。国际经济法方向的论文涉及“关于网络游戏虚拟货币可税性的争论、‘一带一路’战略中的货币合作规则研究、全球价值链视阈中知识产权强保护规则的发展逻辑、中国企业对哈萨克斯坦农业投资法律风险识别、‘非市场经济地位’在 WTO 贸易救济案中的法律分析、CRS——跨境涉税信息合作新趋势、浅议 GATS 具体承诺表解释方法之完善”等内容。此外,本卷内容还涉及“韩国宪法法院弹劾总统裁决书”。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际法评论. 第八卷/孔庆江主编. —北京:清华大学出版社,2017
ISBN 978-7-302-49028-9

I. ①国… II. ①孔… III. ①国际法—文集 IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 288884 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:刘玉霞

责任印制:刘海龙

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:180mm×255mm 印 张:20.5

字 数:447 千字

版 次:2017 年 12 月第 1 版

印 次:2017 年 12 月第 1 次印刷

定 价:68.00 元

产品编号:077971-01

目 录

国际公法

中国拥有钓鱼岛主权的条约分析/3

郭红岩

国际私法

新形势下台湾地区“两岸人民关系条例”之评述/21

冯 霞

从军用到民用：无人驾驶航空器对民用航空法的挑战/31

覃华平

跨国代孕中的公共秩序问题——德国“同性代孕案”评释/43

薛 童

当东道国作为投资仲裁的申请人——以涉及腐败的仲裁抗辩为中心/53

[日] Dai Tamada 张 建 徐 虹 译 霍政欣 校

中国当代国际私法的一部经典力作——评汤诤等著《中国冲突法》/68

张 建

国际经济法

关于网络游戏虚拟货币可税性的争论/83

张丽英 史沐慧

“一带一路”战略中的货币合作规则研究/97

张西峰

论尤科斯案引发的《能源宪章条约》下签署方

“临时适用”条约的问题/105

成晚霞 朱一诺

全球价值链视阈中知识产权强保护规则的发展逻辑/122

马 乐

中国企业对哈萨克斯坦农业投资法律风险识别/128

王 兰 杨向荣

“非市场经济地位”在 WTO 贸易救济案中的法律分析/138

韩天竹

中非 BIT 投资者——国家争议解决仲裁条款分析/153

祁 欢

CRS——跨境涉税信息合作新趋势/172

田 恬

浅议 GATS 具体承诺表解释方法之完善/188

管宇钿

国际投资仲裁中“挑选条约”问题的法律研究/208

陈子棋

判 例

宪法裁判所决定——弹劾总统裁决书/271

苏晓凌 译

《国际法评论》注释体例与约稿函

《国际法评论》注释体例/315

《国际法评论》约稿函/319

《国际法文库》约稿函/320

CONTENTS

Public international law

Treaty Issues on Sovereignty Dispute over Diaoyu Dao/3 Guo Hongyan

Private International Law

Comments on “the Regulations on Cross-strait Relations” under the New
Circumstance of Taiwan/21 Feng Xia

From Military Use to Civil Aviation: the Challenges Raised by Unmanned
Aircraft Against the Civil Aviation Law/31 Qin Huaping

Public Order Reservation in Cases Involving Cross-Border Commercial
Surrogacy-Comments on Decision of German Federal Court of
Justice in Case “Surrogate Homosexual Parents”/43 Xue Tong

Host States as Claimants—Corruption Allegations/53
Dai Tamada(translated by Zhang Jian)

A Classic Masterpiece on Current Chinese Conflict of Laws—Comment on
Zheng Sophia Tang et al. “Conflict of Laws in the PRC”/68 Zhang Jian

International Economic Law

The Possibility to Tax Online Game Virtual Currency/83
Zhang Liying Shi Muhui

Study on the Rules of Monetary Cooperation for “The Belt and
Road Initiative”/97 Zhang Xifeng

On the Issue of Signatory’s Provision Application of the Treaty
under ECT Caused by Yukos Case/105 Cheng xiaoxia Zhu yinuo

On the Logic of Evolvment of Stronger Protection Rules of Intellectual
Property in the Vision of Global Value Chain/122 Ma Le

Identification of Legal Risks of Chinese Enterprises’ Investment in
Kazakhstan Agriculture/128 Wang Lan Yang Xiangrong

Legal Analysis of Non-Market Economy Status in WTO Trade
Remedy Cases/138 Han Tianzhu

- Arbitration Clauses in Sino—African BITs Concerning Investor-State
DisputeSettlement/153 Qi Huan
- CRS—New Tendency of Cross-Border Cooperation on Taxation
Information/172 Tian Tian
- The Perfecting of the Interpretation Method of Schedules of
Commitments/188 Guan Yutian
- Legal Study on the Issue of Treaty Shopping in International
Investment Arbitration/208 Chen Ziqi

Cases

- Judgement on the Impeachment of the President by theKorean
Constitutional Court/271 Su Xiaoling

Call for Papers for “International Law Review” and Style Guide

- Style Guide of“International Law Review”/315
- Call for Papers for “International Law Review”/319
- Call for Papers for “The Series of International Law”/320

国际公法

中国拥有钓鱼岛主权的条约分析

郭红岩*

内容摘要: 钓鱼岛是中国的固有领土, 虽经《马关条约》被日本强行割让, 但《开罗宣言》和《波茨坦公告》明确规定归还给中国。然而, 日美相互勾结, 先后炮制出“对日和约”“美日安保条约”和《美日关于琉球诸岛和大东诸岛的协定》等所谓条约, 干扰中国对钓鱼岛的主权, 企图侵占钓鱼岛, 不仅违反了对美、日有效的《联合国宣言》《开罗宣言》《波茨坦公告》《联合国宪章》等多边国际条约, 而且违反了《中日联合声明》《中日和平友好条约》等双边法律文件。

关键词: 钓鱼岛 条约的效力 条约的解释 条约的无效

一、关于钓鱼岛主权争端的条约概述

本文中的钓鱼岛是指位于中国台湾岛东北部、分布在东经 $123^{\circ}20'$ ~ $124^{\circ}40'$ 和北纬 $25^{\circ}40'$ ~ $26^{\circ}00'$ 之间, 由钓鱼岛、黄尾屿、赤尾屿、南小岛、北小岛、南屿、北屿、飞屿等岛礁组成的岛屿礁群的总称。鉴于钓鱼岛的自然地理条件, 钓鱼岛上并无土著居民。但中国至少从明代起, 就以先占方式取得当时不在任何国家主权之下的钓鱼岛的主权, 且中国此后也从未放弃过对钓鱼岛的主权。^① 但日本长期以来, 不仅觊觎中国领土钓鱼岛, 还通过武力胁迫以及与其他国家阴谋勾结的手段, 罔顾历史事实和国际法, 炮制了一系列所谓的国际条约, 企图侵夺中国领土钓鱼岛。

涉及钓鱼岛主权的条约可以按时间分为以下类别: 第一类是领土割让条约, 主要包括 1895 年《马关条约》; 第二类是恢复和建立公平公正的国际秩序、确认领土归还的条约, 主要包括 1942 年《联合国宣言》、1943 年《开罗宣言》、1945 年《波茨坦公告》《日本投降书》等日本投降系列文件和《联合国宪章》等 1940 年代的相关条约; 第三类是美日勾结缔结的所谓领土安排、安保等条约, 包括 1951 年《旧金山和约》《日美安保

* 郭红岩, 中国政法大学国际法学院国际法研究所所长, 法学博士, 教授。

① 中外学者如吴天颖、鞠德源、王银泉、魏丕植、黄大慧、井上清等对于钓鱼岛属于中国的历史证据资料 and 法理依据进行了深入研究和思考。

条约》、1952年《日台和约》、1960年《美日合作与安全条约》、1971年《美日关于琉球诸岛和大东诸岛的协定》；第四类是中日之间在平等自愿基础上缔结的双边条约和宣言等，包括1972年《中日联合声明》、1979年《中日和平友好条约》、1998年《中日关于建立和平与发展的友好合作伙伴关系的联合宣言》、2006年和2007年《中日联合新闻公报》以及2008年《中日关于全面推进战略互惠关系的联合宣言》等。^①

（一）《马关条约》

《马关条约》^②是1895年4月17日，在日本威逼下，李鸿章代表清政府和日本签订的丧权辱国的条约，是自1860年中英、中法《北京条约》以来外国侵略者强加给中国的一个最刻毒的不平等条约。《马关条约》共11条，并附有“另约”和“议订专条”，主要内容包括：清政府承认朝鲜独立；割让台湾全岛及所有附属各岛屿、澎湖列岛与辽东半岛给日本；赔偿日本白银2亿两；开放沙市、重庆、苏州、杭州为通商口岸；允许日本人在通商口岸开设工厂等。

（二）20世纪40年代的国际条约

1. 1942年《联合国国家宣言》

1941年《大西洋宪章》发表后，26个正在浴血奋战抗击法西斯侵略的国家在罗斯福、丘吉尔和蒋介石的倡议下，于1941年12月22日至1942年1月14日在华盛顿召开会议，共同签署的《联合国国家宣言》^③规定：保证运用军事和经济的全部资源同与处于战争状态的轴心国及其仆从国家作战；相互合作，不与敌国单独缔结停战协定和和约。该宣言看似与钓鱼岛主权争端无关，但因它是反法西斯联盟各国处理与敌国关系的基础性法律文件，因此，对于钓鱼岛主权争端的解决也具有重要的国际法意义。

2. 1943年《开罗宣言》

1943年《开罗宣言》是在世界反法西斯联盟有效运行，特别是当时中国和苏联人民浴血奋战，世界反法西斯战争到1943年底发生了重大转折的背景下缔结的。^④1943年11月22—26日，中美英三国首脑在开罗举行会议，讨论如何打击和处理日本等问题。为了安全和保密起见，不使德国、日本的情报机关知道美英领导人的会面地

① 1972年的《中日联合声明》分别由两国总理和外长签字；1978年的《中日和平友好条约》由两国外长签字；2008年的新《中日联合声明》由中国国家主席和日本首相签字；唯独1998年的《中日联合宣言》没有两国首脑的签字。

② Treaty of Shimonoseki of 1895.

③ Declaration by United Nations, 资料来源于 <http://www.un.org/en/aboutun/history/1941-1950.shtml>, 2016年3月30日最后访问。除英美中苏的代表外，还包括9个中北美洲和加勒比国家、4个英国领地、英属印度和8个流亡政府的代表，即中国、苏联、美国、英国、澳大利亚、比利时、加拿大、哥斯达黎加、古巴、捷克斯洛伐克、多米尼加共和国、萨尔瓦多、希腊、危地马拉、海地、洪都拉斯、印度、卢森堡、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、挪威、巴拿马、波兰、南非联邦和南斯拉夫等。

④ Cairo Declaration 1943, 收录于1943年12月4日《美国国务院文件集》，开罗会议最终文件没有中文本，最早的中文译本发表于1943年12月3日重庆《中央日报》。

点,三国一致同意待德黑兰会议结束后再发表会议公报。^①会议以中美英三国首脑会谈精神为基础,由美方代表草拟,经中美英三方代表认真讨论,三国首脑同意,并征得斯大林的完全肯定,形成了开罗会议最后文本,并以英文“Press Communique”(新闻公报)的形式发表。^②该文件的核心内容是四大国一致同意全力打击日本法西斯,并剥夺日本强占、窃占或以任何贪欲方式所占领的各国领土,特别明确日本要向中国归还台湾、澎湖及东北四省等领土。

3. 1945年《波茨坦公告》

1945年7月26日《波茨坦公告》是在法西斯德国已经投降,日军在亚洲和太平洋战场屡遭失败、行将彻底崩溃的背景下产生的。^③该公告的主要内容是声明三国在战胜纳粹德国后一起致力于战胜日本以及履行《开罗宣言》等战后对日本的处理方式的具体条款。其第8条明确了日本战后的领土范围,不包括钓鱼岛。

4. 1945年《日本投降书》

《日本投降书》是日本在侵略战争中屡战屡败,再不投降就会亡国灭种的背景下被迫发布或签署的日本投降系列文件之一。^④1945年9月2日上午九时四分,在日本东京湾密苏里号军舰上由重光葵和梅津美治郎代表日本政府和同盟国最高司令官道格拉斯·麦克阿瑟元帅以及徐永昌等受降国代表签署的日本向同盟国家投降的《日本投降书》。日本在该文件中明确接受并承诺遵守《波茨坦公告》给日本设定的义务。

5. 1945年《联合国宪章》

《联合国宪章》是1945年6月25日在旧金山通过并于同年10月24日生效的创建联合国的基本法律文件,并成为联合国所有会员国必须遵守的最重要的国际法文件。^⑤《联合国宪章》除序言和结语外,共19章111条,既确立了联合国的宗旨、原则和组织机构的设置,还规定了成员国的权利、义务、责任以及处理国际关系、维护世界和平与安全的基本原则和方法。《联合国宪章》除了其根本重要的国际法原则的普遍优先的效力外,其第12章关于托管制度的内容对于钓鱼岛争端的解决也提供了可以直接适用的法律原则和规则。

(三) 1951—1971年的相关条约

1. 对日和约

(1) 1951年《旧金山和约》

① “Roosevelt-Churchill-Chiang Meeting, November 26, 1943”, United States, Dept of State. The Foreign Relations of the United States; Diplomatic Papers 1943 (Conferences at Cairo and Tehran), Washington Government Printing Office, 1961. p. 366.

② “Press Communique”, United States, Dept of State. The Foreign Relations of the United States; Diplomatic Papers 1943 (Conferences at Cairo and Tehran). Washington Government Printing Office, 1961, pp. 448-449.

③ Potsdam Proclamation 1945, 又称《促令日本投降之公告》(Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender)。

④ 日本投降系列文件既包括日本天皇于1945年8月14日昭告日本国民的《投降诏书》、日本政府于8月15日致中美英苏四国政府宣布接受《波茨坦公告》的“投降书电文”和1945年9月2日日本向盟国投降的《日本投降书》(Japanese Instrument of Surrender), 其中,《日本投降书》是双边条约。

⑤ Charter of United Nations 1945.

1951年《旧金山和约》^①,又称《对日和平条约》,是在1951年9月4日至8日美国单方面邀请包括日本在内的52个国家在旧金山举行的对日和会上通过的。尽管美国由于违反前述包括《联合国宪章》在内的20世纪40年代所有重要的国际法文件而遭到苏联等国家的强烈反对和抵制,但均被美国以对日和约的制订不得延误为借口予以拒绝。会议最后通过的《旧金山和约》由和平、领土、安全、政治及经济条款、要求及财产、争议之解决和最后条款等7章共23条组成。其中,严重违反国际法的是该和约把中国领土钓鱼岛连同琉球群岛置于美国的托管之下。

(2) 1952年《日台和约》

1952年《日台和约》,日称“日华和平条约”,台称“中日和平条约”,是1952年4月28日由日本和台湾当局签订的。^②该约共有14条正文,后附议定书、两项换文及同意记录。其基本内容是结束战争状态,建立和平关系,以及关于双方贸易、通航、运输等规则,是1952年至1972年间维持日台关系的基本法律文件。但无论如何,该文件中对1951年《旧金山和约》的承认是无效的。

2. 美日安保条约

美日安保条约包括1951年《日美安全保障条约》(简称为《日美安保条约》)和1960年《美日共同合作和安全条约》(简称为《美日新安保条约》)。

1951年《日美安保条约》^③是在1951年9月8日《旧金山和约》签订五小时后由日本首相吉田茂和美国代表艾奇逊签署的条约。条约由前言和5条正文组成,规定了美国对日本所谓的保护义务。

1958年10月4日,日美两国举行修改《日美安保条约》的谈判,并于1960年1月19日在华盛顿签订了《美日新安保条约》^④。1960年6月23日双方互换批准书后生效,有效期10年。1970年又决定无限期延长。该条约由前言和10条正文组成。其中关于“日本国施政领域”的规定涉及了中国领土钓鱼岛。

3. 《美日关于琉球诸岛和大东诸岛的协定》

1971年6月17日《美日关于琉球诸岛和大东诸岛的协定》^⑤共有9条。其涉及钓鱼岛的核心内容是美日把中国领土钓鱼岛私相授受,把对中国钓鱼岛和琉球群岛的“施政权”“归还”给了日本。

(四) 20世纪70年代中日建交后的中日双边文件

1972年9月29日,中日两国政府为了实现邦交正常化签署了《中日联合声明》^⑥。

① Treaty of Peace with Japan 1951, 1952年4月28日“生效”。

② Treaty of Peace between Japan and the Republic of China 1952 (Sino-Japanese Peace Treaty or Treaty of Taipei), 1952年4月28日签署,同年8月5日双方在台北互换批准书后“生效”。

③ Treaty of Security and Safeguard between Japan and United States 1951.

④ The Treaty of Mutual Cooperation and Security between the United States and Japan 1961.

⑤ Agreement between the United States of America and Japan Concerning the Ryukyu Islands and the Daito Islands.

⑥ 又称《中日建交公报》, Joint Communiqué of the Government of Japan and the Government of the People's Republic of China, September 29, 1972.

1978年8月12日,中国外交部长黄华与日本外相园田直在北京签订了《中日和平友好条约》^①,条约有效期为10年,之后自动延展有效。中日双方在上述两份文件中虽然没有明确解决钓鱼岛问题,但两份文件中都重申遵守1945年《波茨坦公告》第8条的义务。

1998年11月26日,中日双方发表了《中日关于建立和平与发展的友好合作伙伴关系的联合宣言》^②,宣布两国建立“致力于和平与发展的友好合作伙伴关系”。

2006年10月8日和2007年4月11日的《中日联合新闻公报》^③都明确重申,双方继续遵守《中日联合声明》《中日和平友好条约》和《中日联合宣言》的各项原则,正视历史,面向未来,发展中日两国的友好关系。^④

2008年5月7日,中华人民共和国国家主席胡锦涛和日本内阁总理大臣福田康夫在东京签署了《中日关于全面推进战略互惠关系的联合宣言》^⑤。中日在其中庄严宣布:长期和平友好合作是双方唯一选择。双方决心全面推进战略互惠关系,实现和平共处、世代友好、互利合作、共同发展的崇高目标。

这些系列双边文件构成了中日关系的政治基础和法律基础,是在新的历史条件和国际形势下指导和规范中日关系的原则方针和行为准则。

从上述条约制订的历史背景、主要内容和产生的影响来看,它们实际上形成了关于钓鱼岛主权争端产生和解决的两大回合。即从1895年《马关条约》开始,到1945年《联合国宪章》止,构成了日本割让、侵占钓鱼岛到国际社会一致要求日本归还钓鱼岛给中国的第一回合;从1951年《旧金山和约》美日勾结,非法托管、处置钓鱼岛到1972年中日建交后缔结的双边条约逐步拨乱反正的第二个回合。

二、涉及中国钓鱼岛主权争端第一回合条约的解释

条约的解释是指对条约条款、术语等的真实含义予以说明。关于条约解释的规则,1969年《维也纳条约法公约》第31条第1款规定,条约应依其用语按其上下文并

① Treaty of Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China, available at <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/treaty78.html>. 1978年10月23日上午,《中日和平友好条约》批准书互换仪式在日本首相官邸举行,中国国务院副总理邓小平与日本首相福田赳夫出席,中国外交部长黄华和日本外相园田直分别代表本国政府签署了“互换《中华人民共和国和日本国和平友好条约》批准书的证书”,互换了批准书的正本,《中日和平友好条约》从此生效。

② Joint Declaration between the People's Republic of China and Japan on Establishing Peaceful and Developing Friendly Cooperative Partnership Relations, available at <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/visit98/joint.html> (Last visit on July 29, 2017).

③ Japan-China Joint Press Statement, October 8, 2006, available at <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/joint0610.html>; Japan-China Joint Press Statement, April 11, 2007, available at <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/pv0704/joint.html> (Last visit on July 29, 2017).

④ 2007年4月11日《中日联合新闻公报》第2条。

⑤ Joint Declaration on Comprehensively Promoting Strategic Mutual Beneficial Relations between People's Republic of China and Japan concluded on 7 May 2008, available at http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-05/07/content_8123814.htm (Last visit on July 29, 2016).

参照条约之目的及宗旨所具有的通常意义,善意解释。

(一) 1895 年《马关条约》的相关条款

1895 年《马关条约》第 2 条规定,中国将管理下列地区的权力及该地区所有的堡垒、军器、工厂及一切公共物品,永远让与日本:第一,下列所划界限之内的奉天省南部地区,从鸭绿江口溯江抵安平河口,又从该河口划至凤凰城、海城及营口而止的折线以南区域;前述所有城市,都包括在划界线以内。该线抵营口之辽河后,即顺流至海口止,彼此以河中心线为界。辽东湾东岸及黄海北岸的奉天所属各个岛屿,亦一并在所让界线内。第二,台湾全岛及所有附属各岛屿。第三,澎湖列岛,即英国格林尼治东经 $119^{\circ}\sim 120^{\circ}$ 之间在北纬 $23^{\circ}\sim 24^{\circ}$ 范围内的所有岛屿。

《马关条约》作为极为刻毒的不平等条约,早已经被废除,故在此不讨论其效力问题,单说第 2 条第 1 项“台湾全岛及所有附属各岛屿”是否包含了钓鱼岛。在第 2 条的全部 3 项中,关于辽东半岛和澎湖列岛的第 1 和第 2 项都明确说明了界限或岛屿的范围,唯独对第 2 项“台湾全岛及所有附属各岛屿”没有说明。这就需要对第 2 项进行解释。根据国际法,在解释条约术语时,必须结合条约的上下文,以及与该术语有关的事实。首先,从上下文来看,日本在第 1、3 项中关于“辽东半岛”和“澎湖列岛”的详细界限充分暴露了日本的贪婪至极,所以,“台湾全岛及所有附属各岛屿”怎么可能不包括钓鱼岛呢!第二,中国先占钓鱼岛以及钓鱼岛一直归属台湾管辖的历史事实也充分证明:“台湾全岛及所有附属各岛屿”当然包括钓鱼岛。因此,无论日本如何狡辩,由于“台湾全岛及所有附属各岛屿”中包括了钓鱼岛,钓鱼岛自然就在《马关条约》割让的范围之内了。日本所谓先占钓鱼岛既在客观上不可能,在法律上也不成立。

(二) 20 世纪 40 年代国际条约的条款分析

1942 年《联合国宣言》中虽然没有涉及钓鱼岛主权的条款,但该宣言的规定禁止任何盟国单独和日本签订停战协定,更无权处分其他同盟国的领土。

1943 年《开罗宣言》规定,三大盟国此次进行战争之目的,在于制止及惩罚日本之侵略,三国决不为自己图利,亦无拓展领土之意思。三国之宗旨,在剥夺日本自从 1914 年第一次世界大战开始后在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿;在使日本所窃取于中国之领土,例如东北四省、台湾、澎湖群岛等,归还中华民国;其他日本以武力或贪欲所攫取之土地,亦务将日本驱逐出境;我三大盟国稔知朝鲜人民所受之奴隶待遇,决定在相当时期,使朝鲜自由与独立。

每一项条约的缔结都有一定的目的,条约的目的和宗旨贯穿于条约序言及所有条款之中。违背条约的目的和宗旨对条约进行解释,条约就会失去意义。

1943 年 12 月 1 日的《开罗宣言》不仅明确规定了三大盟国反法西斯战争的目的,而且明确了该宣言的宗旨和目的是制止及惩罚日本侵略,迫使日本归还所有以窃取、掠夺等手段侵占的任何国家的领土。

在这里,关于“日本所窃取于中国之领土”,按照《开罗宣言》的目的和宗旨,只要是

日本采取割让、掠夺或窃取的方式所侵占的中国领土,不管是明确列举的,还是没有明确列举的,均要归还。即使日本声称“东北四省、台湾、澎湖群岛等”中的“台湾”不包括钓鱼岛,但世所周知,从明代起至1895年日本窃取钓鱼岛时,中国已经在钓鱼岛行使主权近五百年。日本在明知钓鱼岛是中国固有领土的情况下,故意编造虚假事实,伪造国家档案,窃为己有!特别是“东北四省、台湾、澎湖群岛等”里边的“等”(在英文中表述为“all territories”)字,非常明确地告诉世人,在日本窃取钓鱼岛的确凿证据面前,“所窃取于中国……,例如……等”的表述当然包括了钓鱼岛。因此,1943年《开罗宣言》中“在使日本所窃取于中国之领土,例如东北四省、台湾、澎湖群岛等,归还中华民国”的归还范围当然包括了钓鱼岛。

1945年《波茨坦公告》第8条规定,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、四国及吾人所决定之其他小岛之内。如果说1943年《开罗宣言》中“在使日本所窃取于中国之领土,例如东北四省、台湾、澎湖群岛等,归还中华民国”所说的归还范围不明确,则1945年《波茨坦公告》第8条关于日本领土限于“本州、北海道、九州、四国及吾人所决定之其他小岛”的规定,就已经很明确钓鱼岛是否属于日本的领土。首先,钓鱼岛不在“本州、北海道、九州、四国”范围之内,那就再看看它是否在“吾人所决定之其他小岛”之内了。

盟军驻东京最高司令部于1946年1月29日向日本发出的题为《某些边远区域政府和行政从日本分离》的第677号指令所确定的“吾人所决定之其他小岛”是不包括钓鱼岛的。

第677号指令规定:“日本帝国政府停止对日本本土以外的地域或其内的公务员、雇员及其他人士行使或企图行使政府或行政权威。”^①“为了确保本指令的目的,日本领土由以下构成:四个主要岛屿(即北海道、本州、九州和四国)以及对马诸岛,包括北纬30度以北的琉球(南西)诸岛(不包括口之岛)的大约1000个邻接小岛。不包括……北纬30度以南的琉球(南西)诸岛(含口之岛)、伊豆、南方、小笠原、硫磺群岛以及包含大东群岛、冲之鸟岛、南鸟岛、中之鸟岛在内的所有其他边远的太平洋岛屿……”^②

① 第677号指令第1条。

② Article 3 of the Governmental and Administrative Separation of Certain Outlying Areas from Japan: For the purpose of this directive, Japan is defined to include the four main islands of Japan (Hokkaido, Honshu, Kyushu and Shikoku) and the approximately 1,000 smaller adjacent islands, including the Tsushima Islands and the Ryukyu (Nansei) Islands north of 30° North Latitude (excluding Kuchinoshima Island); and excluding (a) Utsuryo (Ullung) Island, Liancourt Rocks (Take Island) and Quelpart (Saishu or Cheju) Island, (b) the Ryukyu (Nansei) Islands south of 30° North Latitude (including Kuchinoshima Island), the Izu, Nanpo, Bonin (Ogasawara) and Volcano (Kazan or Iwo) Island Groups, and all the other outlying Pacific Islands [including the Daito (Ohigashi or Oagari) Island Group, and Parece Vela (Okino-tori), Marcus (Minami-tori) and Ganges (Nakano-tori) Islands], and (c) the Kurile (Chishima) Islands, the Habomai (Hapomaze) Island Group (including Suisho, Yuri, Akiyuri, Shibotsu and Taraku Islands) and Shikotan Island.

不包括:郁陵岛、竹岛(韩国称其为独岛)、济州岛;北纬30°以南的琉球(南西)诸岛(含口之岛)、伊豆、南方、小笠原、硫磺群岛以及包含大东群岛、冲之鸟岛、南鸟岛、中之鸟岛在内的所有其他边远的太平洋岛屿;千岛列岛、齿舞群岛(包含水晶、勇留、秋勇留、志发、多乐岛)、色丹岛。

1945年《日本投降书》规定,余等兹对合众国、中华民国及大不列颠帝国,各国政府首脑,于1945年7月26日在波茨坦宣布布尔后由苏维埃社会主义共和国联邦之参加宣言条款,并根据日本政府、天皇及日本帝国大本营之命令代表受诺之。^①余等兹为天皇、日本国政府及其继续者,承约切实履行波茨坦宣言之条款,发布为实施宣言之联合国最高司令官,及其他特派联合国代表要求之一切命令,且实施一切措置。^②

从1945年《波茨坦公告》第8条和1946年第677号指令的规定可以看到,日本的领土限于“本州、北海道、九州、四国及吾人所决定之其他小岛之内”,钓鱼岛既不属于“本州、北海道、九州、四国”,也不在“吾人所决定之其他小岛之内”,因为钓鱼岛在北纬29°以南,即第677号指令中所指的北纬30°以南,这是被明确排除在“吾人所决定”的“对马诸岛,包括北纬30度以北的琉球诸岛的大约1000个邻接小岛”之内的。

第677号指令的法律效力来自《开罗宣言》《波茨坦公告》《日本投降书》等有效的国际法文件,是战后贯彻履行《波茨坦公告》中“吾人所决定之其他小岛”的条约规定,是按照《波茨坦公告》对日本领土主权范围的基调性决定,反映了四大国的共同意志。^③第677号指令具有不可置疑的法律拘束力,日本必须严格遵守和执行。

(三) 1945年《联合国宪章》中的直接相关条款

1945年《联合国宪章》除规定了联合国及其会员国在维持国际和平与安全方面必须遵守的原则和根本性义务以外,还在第12章专门就托管制度做了规定。托管制度的基本目的是促进国际和平及安全,适用于依托管协定所确定的下列各类领土:“现在委任统治下之领土;因第二次世界大战结果或将自敌国割离之领土;负管理责任之国家自愿置于该制度下之领土。”^④“所有联合国会员国之领土不适用托管制度;联合国会员国间之关系,应基于尊重主权平等之原则。”^⑤置于托管制度下之每一领土之托管条款,及其更改或修正,应由直接关系国、包括委任统治地之受托国的联合国之会员国,予以议定。^⑥“除特别托管协定另有议定外,并在该项协定未缔结以前,本章任何规定绝对不得解释为以任何方式变更任何国家或人民之权利、或联合国会员国个别签订之现有国际约章之条款。”^⑦“管理当局有保证托管领土对于维持国际和平及安全尽其本分之义务。”^⑧这些规定为战后托管领土的设立、管理及处置,确定了必须遵守

① 1945年《日本投降书》第1条。

② 1945年《日本投降书》第6条。

③ 管建强:《国际法视角下的中日钓鱼岛领土主权纷争》,载于《中国社会科学》2012年第12期,第135页。

④ 1945年《联合国宪章》第76条第1款、第77条第1款。原来在委任统治下的全部8个托管领土均于1946年12月第一届联合国大会上批准了托管协定,如新几内亚由澳大利亚管理,卢旺达—乌隆迪由比利时管理等。1947年安理会批准《关于太平洋岛屿(包括日本管理的委任统治的岛屿)的托管协定》;1947年联合国大会批准了《关于瑙鲁的托管协定》;1950年大会批准《索马里的托管协定》,由意大利管理。到1991年1月1日,除部分太平洋岛屿外,10个托管领土都已经成为独立国家或独立国家的一部分,不再是托管领土。

⑤ 1945年《联合国宪章》第78条。

⑥ 1945年《联合国宪章》第79条。

⑦ 1945年《联合国宪章》第80条。

⑧ 1945年《联合国宪章》第84条第1款。