

法律适用中的时间要素

——中日东海争端关键日期和时际法问题考察

张新军*

内容提要：中日东海争端中真正的法律问题指向的是大陆架权利制度。这一制度在过去大半个世纪中发生了很大变化，在法律适用时必须考虑时间要素。时间要素中的关键日期、时际法和现行法分别解决的是何时为止的法律关系需要判断、法律关系建构及形成于前法和后法的整个过程时适用哪一个法律，以及法律关系仅形成于后法之后时适用哪一个法律这三个问题，其中关键日期和时际法是中日东海争端的焦点。考虑这两点后的适用法律仍然是1969年北海大陆架案所确定的自然延伸原则。

关键词：中日东海争端 大陆架制度 海洋法公约 时际法 关键日期

一、导 言

1. 中日双方在东海争端上的法律立场

2004年6月中日东海争端因日本媒体对春晓油田的报道而爆发之后，双方经过多轮谈判，各自试探并逐渐明确共同开发这一政策选择背后的法律支撑。针对日方早先提出的本质上基于划界规则的中间线主张，中方坚持并强化自然延伸原则作为大陆架权利基础，明确提出其东海大陆架延伸至冲绳海槽。^{〔1〕}日本外务省则在2006年11月发表的《我国关于东海资源开发的法律立场》中，反驳中方并全面阐述其法律立场。^{〔2〕}双方在2008年6月18日达成的《关于中日在东海的合作》共识的文件中指出，在划界之前的过渡期间进行的合作（包括共同开发）将不损害双方的法律立场。^{〔3〕}毫无疑问，在争端最终解决之前，无论过渡期间的暂定安排如何，对有关法律立

* 清华大学法学院副教授。

本文得到教育部一般项目（项目批准号06JD82001）和中国海洋发展研究中心“东海大陆架问题和对策研究”课题（2007年）的支持。

〔1〕 最新见于我国政府2009年5月11日向联合国秘书长提交的《中华人民共和国关于确定二百海里以外大陆架外部界限的初步信息》，其中第六条指出：“……确定中国在东海的二百海里以外大陆架外部界限位于冲绳海槽轴部”，http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/chn2009preliminaryinformation_chinese.pdf，2009年6月25日访问。

〔2〕 日本外务省：《東シナ海における資源開発に関する我が国の法的立場》，http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/china/higashi_shina/tachiba.html，2007年12月24日访问。

〔3〕 中国外交部：《中日就东海问题达成原则共识》（2008年6月18日），<http://www.fmprc.gov.cn/chn/xwfw/fyrth/t448568.htm>，2008年6月20日访问。

场的辨析均意义重大。

日方在其“立场”的第2条之(2)指出：“……自然延伸理论曾在1960年代时的有关相邻国家划定大陆架界限的判例中被使用，是过去的国际法中所采用的观点。如果按照1982年通过的《联合国海洋法公约》的相关规定以及其后的国际判例的话，在相向国家之间距离不足400海里水域的界限划定问题上，自然延伸理论没有被认可的余地。并且，冲绳海槽（海底的沟）那样的海底地形不具有法律意义。因此，所谓大陆架能够主张至冲绳海槽的观点，按照现行国际法缺乏根据。”

就其早先的中间线立场和被其忽视的大陆架权利基础的关系，该文件的第3条做出了以下的补充说明：“从上述前提出发，我国的立场是，在尚未划定界限的海域上，至少在中间线日本一侧海域行使我国主权权利及管辖权是理所当然的。这一立场完全不是放弃中间线以远水域的权原，只是在划界之前，暂且在到中间线为止的水域中行使主权权利和管辖权。因此，在日中东海之间尚未划界、并且中方对我国与中间线有关的主张一概不承认的情况下，我国拥有自我国领海基线200海里为止的专属经济区及大陆架的权原的事实没有任何改变。”

日方的立场可以归结如下：在尚未划定界限的海域的共同开发谈判上，最根本的法律问题仍需回到有关大陆架权原的规则上来。日方认为，中方的自然延伸原则是一个过去的国际法规则，没有现行国际法根据，而日方的200海里基准规则才是争端中必须适用的现行国际法。

2. 法律适用中时间要素的三个方面

日方的上述立场涉及到法律适用中对时间要素的考虑。一个基本的问题是，当法律发生变化时，后法与前法在法律适用上究竟有什么样的关联？为便于理解，我们先从成文的条约法上对问题做一个初步的考察。这一问题涉及现行法、时际法和关键日期三个方面。

首先是现行法方面。

后法（约）的强行规范的出现可能导致前法（约）无效而终止，〔4〕后法（约）订立时明示终止前约，〔5〕或者由于后法（约）的订立而默示地终止或停止前法（约）的实施。〔6〕这些可导致前法（约）不再适用而只适用后法（约）。虽然先后的两个法律在效力上没有发生变化均为有效，但在涉及同一事项的规制内容上发生变化时，后法（约）规定优先于前法（约），〔7〕无优先规定的话适用后法优先原则（*lex posterior derogat priori*），〔8〕这两者均导致后法（约）的优先适用。

上述由于后法（约）而导致的前法无效、终止、停止实施或后法的优先适用，其适用的对象仅仅针对由后法（约）之后发生的事实或行为所构筑的法律关系。在后法（约）之后的法律适用的意义上也可称之为现行法。日方所谓（自然延伸原则）“按照现行国际法缺乏根据”的观点，是将适用对象限制于1982年《联合国海洋法公约》（以下简称《海洋法公约》）之后的事实或行为所构筑的法律关系上。从双方在东海问题上自1970年代以来既已产生的矛盾来看，这是与事

〔4〕《条约法公约》第64条规定条约与新的强行规范抵触时，自新的强行规范成立之日起无效。以下《条约法公约》条款中文内容均出自王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社1986年版，第758页。

〔5〕基于缔约自由的原则多见于双边协定，如《日美政府间和平利用原子能合作协定》（1987）第13条1款规定废止旧的日美和平利用原子能协定（1968）：“旧協定は、この協定が効力生ずる日に終了する”。参见日本原子力産業會議編（外務省原子力課監修）：《原子力國際條約集》，第153页。类似的规定也见于《日美安保条约》（1960）第9条，〔日〕松井芳郎等编：《ベーシック条約集（第4版）》，东信堂2003年版，第763页。

〔6〕《条约法公约》第59条。

〔7〕显然这是也基于缔约自由。一个例子就是《海洋法公约》第311条第1款：“在各缔约国间，本公约应优于一九五八年四月二十九日日内瓦海洋法公约。”载前引〔4〕，王铁崖等编书，第425页。

〔8〕《条约法公约》第30条第3款和第4款（a）。

实不符的。除此之外，即使在现行法意义上，如本文在下面的讨论中也可以看到，在与中日东海争端相关的法律变化上，本无前法失效或被终止等情形，而在后法优先上，《海洋法公约》也并非使得自然延伸原则失去意义。

其次是时际法方面。

从根本上看，以上这种在法律适用的时间要素上，只考虑后法（约）之后发生的事实或行为所构筑的法律关系（即现行法的讨论）是不全面的。对后法（约）之前即已发生的事实或行为所构筑的法律关系，往往也会在后法生效之后才进入解决的司法程序，这种情况下它的合法性或有效性是适用当时有效的法律（前法）来判断还是由后法来判断？如果说有关现行法的讨论反映了法律适用的时间要素问题的一个侧面的话，上述问题涉及到法律适用的时间要素问题的另一个侧面，与其有关的规则或原则被称为时际法（intertemporal law）。

仍然以条约法为例。就前法（约）而言，条约终止“不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势”；〔9〕与强行法抵触失效也“不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势”；〔10〕在停止实施时也“并不影响条约所确定当事国之间的法律关系。”〔11〕上述对前约的时间适用的措辞虽然不同，但本质上反映的是法不溯既往这一原则。《条约法公约》第28条对此规定如下：

“除非条约显示或另经确定有不同的意思外，关于条约对一个当事国生效日以前所发生的任何行为或事实或已不存在的任何局面，该条约的规定对当事国无拘束力。”

这里条约的时际法问题已略显复杂。对后法之前发生的事实或行为所构筑的法律关系的合法性或有效性的判断问题，一般情形虽然由先法（约）决定，但也不完全排除后法（约）的适用，如果后法（约）有溯及意思的话。不仅如此，时际法问题也会发生于由国际习惯法带来的法律变动的情形。由于习惯法的形成也包含着时间要素的考虑，使得在此情形之下的时际法问题表现得更为复杂。从本文之后的讨论中也可以看到，其复杂性在帕尔马斯仲裁案中是这样，中日东海争端中也是如此。

最后一个方面是关键日期。

有关法律适用的时间要素的上述两个侧面，所解决的都是当法律发生变化时，就变化前后的法律关系如何进行法律适用的问题，这是有关法律秩序变革与安定的关系的基本问题。换句话说，技术上要解决的是变化的法律各自掌控什么样的时间范围。但是在解决上述问题之前，法律适用上对时间要素的考虑还涉及一个前提性的问题，即需要对到何时为止的法律关系做出判断。只有首先明确到何时为止的法律关系需要判断这一前提问题，才能在此基础上，就变动的法律，考虑这一法律关系是处于变化之前还是变化之后并进行适用。在一般意义上说，司法仅就法律上的争端产生之日为止的法律关系进行判断。不言而喻，何时为止的法律关系需要判断这一前提问题中的“何时”实际上就是产生法律上争端的日期。

在国内法上，时效制度使得争端发生和解决在时间上不会相距甚远，这一前提问题并不凸显。在国际法上，由于没有强制的管辖制度以及具体的时效制度的欠缺，法律上的争端产生和争端解决两者之间，在时间上往往相距甚远；同时国际法的动态特征也使得法律上争端产生的确定并非如国内法那样容易。这些因素导致在国际法上争端产生日期的确立在具体案件中具有重要意义。国际法上有关这一问题的理论工具就是“关键日期”的法理。确定关键日期对于法律适用的时间要素的讨论来说，实际意义非常重大。

〔9〕《条约法公约》第70条第1款（b）。

〔10〕《条约法公约》第71条第2款（b）。

〔11〕《条约法公约》第72条第1款（b）。

综上所述,日方在东海问题上的“立场”虽然提出了中日争端在法律适用上的时间要素这一问题,但并未充分考虑时间要素在法律适用上应有的各种情形。具体而言,在现行法、时际法和关键日期这三个方面,需要明确以下四个问题:(1)围绕争端的法律问题的适用法律是否发生了变化?没有变化将没有必要在适用法律上考虑时间要素。(2)围绕争端的法律问题的适用法律发生了什么样的变化?这将直接回答变化对后法之后的法律关系的具体的作用和影响(即日方主张的“现行法”上的问题)。(3)何为争端的关键日期?——明确到何时为止的法律关系需要判断这一前提问题。(4)时际法在争端中的意义——明确如何对后法成立之前的事实和行为所构筑的法律关系进行适用和判断。

二、东海争端时间要素的争点辨析

1. 东海争端的法律问题和适用法

要对争端中时间要素的争点进行辨析,必须首先明确涉及争点的真正的法律问题。争端中所谓法律发生了变化,其中所指法律一定是与争端所涉及的具体的法律问题有关的、应该也必须得到适用的法律规则。

什么是中日东海争端的真正的法律问题?从迄今为止双方谈判情况来看,双方均无意解决永久性的海洋划界问题,只是在划界之前做出共同开发的安排(正如日方在《我国关于东海资源开发的法律立场》这一文件题目所表述的那样)。在这个意义上,划界问题不是正在进行中的争端的法律问题。双方的争议在于如何确定共同开发的范围——在法律本质上就是对抗的权利主张的重叠范围。由此可见,这一争议背后的大陆架权利基础才是争端中真正的法律问题。

不仅在当前争端中如何确定共同开发的范围是这样,即使达成暂时的共同开发协议,在今后的划界中,大陆架权利基础问题仍然是具有根本性的法律问题。就大陆架权利问题和划界问题的关系而言,当双方大陆架权利主张不同时,权利界限的划定问题产生的前提是这两个权利主张必须是等价的和相对抗的,并因此导致权利主张重叠。否则,通过大陆架权利制度已经分出权利主张之优先顺序,划界将不成为问题,更没有必要(尽管不妨碍)适用划界规则。^[12]日本著名的国际法学者杉原高嶺教授也认为,在没有法的权原的地方不可能有境界的问题。^[13]事实上,在大约30年前的爱琴海大陆架案中,国际法院就划界和岛屿主权及其大陆架权原的关系,早已基于相同的理由做出了判断。^[14]

正是中日东海争端中的大陆架权利基础而不是划界为法律问题,决定了讨论法律适用的时间要素的必要性。如果划界是争端的法律问题而不考虑大陆架权利基础的话,该研究的前提——法律问题相关的法律规则(适用法)发生了变化——将无法实现。事实上就划界规则对中日双方而言,自1945年的杜鲁门宣言到1969年的北海大陆架判决再到1982年《海洋法公约》第83条的规定,划界规则一直是“公(衡)平原则”,没有发生变化。^[15]而恰恰是大陆架权利制度,一方

[12] 张新军:《中日东海争端中自然延伸原则的重要地位——基于权利和划界规则之间关系的视角》,《政法论坛》2006年第4期。

[13] “法的権原のないところに境界問題はありえないはずだからである。”[日]杉原高嶺:《リビア? マルタ大陸棚事件》,《国際法外交雑誌》,第88卷1号(1989)。

[14] “……本争端的最根本之处,是这些希腊岛屿是否拥有大陆架权原,而划界是第二位的问题,有待于第一个基本问题解决之后,并以其为参考才能得到解决。”See Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey), ICJ Reports 1978, p. 35, para. 83.

[15] 1958年大陆架公约中在条约规则上规定了中间线作为划界规则。但中日两国均不是该公约的缔约国,这一规则对双方无拘束力。

面存在着 1969 年北海大陆架判决所确定的单纯的自然延伸原则这样一个习惯法规则，另一方面又存在 1982 年《海洋法公约》第 76 条所规定的包含了自然延伸和距离基准两方面内容的条约规则，发生了规范意义上的法律变化。接下来的问题是，规范变动的性质和内容是什么？在现行法上自然延伸原则是否不再有根据？

2. 大陆架权利基础的法律规则的变动和现行法：规范内容和规范性质的角度

在大陆架的权利制度的变化上，日方的立场是，有关大陆架的权利基础存在前后两个截然不同的规则，这导致两个效果。第一，使得自然延伸原则在现行法上缺乏依据（即“所谓大陆架能够主张至冲绳海槽的观点，按照现行国际法缺乏根据”）。第二，在“后法”和“前法”的关系上，不能适用前法。即日方所说的“如果按照 1982 年通过的《联合国海洋法公约》的相关规定以及其后的国际判例的话，在相向国家之间距离不足 400 海里水域的界限划定问题上，自然延伸理论没有被认可的余地。”让我们首先看看日方立场上的现行法、后法和前法是什么。

所谓的前法就是自然延伸原则。尽管日方躲躲闪闪，认为自然延伸原则只是上世纪 60 年代的判例所确定的“国际法中所采用的观点”，但在国际海洋法理论和实践上毫无疑问其指向的是 1969 年国际法院在北海大陆架案中确定的一个有关大陆架权原的习惯法规则——自然延伸原则。^[16] 对于它的习惯法地位，不仅任何一本权威国际法教科书在大陆架制度上都必须阐述，^[17] 而且即使是认为自然延伸原则已消亡了的日本国际法学者，也从不否认该原则在当时的习惯法地位和意义。^[18] 日本国内 1980 年代初的判决也肯定了自然延伸原则为确定的国际习惯法。^[19] 不仅如此，日本政府直到 1980 年代初也认为，“（东海大陆架）是从中国大陆及朝鲜半岛出发，向东面的日本方向延伸，在琉球列岛前有一处大的区分陷落褶皱，然后越过琉球列岛，向太平洋方向延伸……日本的理解这是一个大陆架。”^[20] 也就是说此时日本政府对东海大陆架权利主张的法律基础也是自然延伸，只不过在事实方面认为冲绳海槽没有割裂东海大陆架的一体性。

那么什么又是后法呢？日方的理解是和“1982《海洋法公约》的相关规定以及其后的国际判例”有关的，但并没有明确究竟是指《海洋法公约》的哪一条规则，也不清楚这一规则到底是纯粹的条约规则还是习惯法规则（日方将其理解的现行法在《海洋法公约》相关规定之外又并列了国际判例，暗示不排除该规则的习惯法性质）。我们先看条约。《海洋法公约》中与大陆架权利基础相关的规定是公约第 76 条 1 款，它的后半段也的确包含了 200 海里距离基准。该款规定：

“沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里，则扩展到二百海里的距离……”

从内容上看，《海洋法公约》第 76 条 1 款一方面在前半段确认了自然延伸原则，另一方面在后半段也新加入了 200 海里距离这一基准。从规范变化的时间和性质上看，后法是 1996 年中日两国批准《海洋法公约》（1994 年公约生效）之后对两国具有约束力的一个条约规则，但也不完全排除如日方指称的那样，是《海洋法公约》的相关规定以及其后的国际判例所确定的一个习惯法

[16] North Sea Continental Shelf Cases, Judgment, ICJ Reports 1969, para. 19, p. 22. 国际法院进而在 1982 年的突尼斯诉利比亚一案中明确表明：“尽管自然延伸在 1969 年也许是新的，但这一概念所表述的，作为沿岸国的权原基础早已成为既存习惯法的一部分。” See ICJ Reports 1982, para. 43.

[17] E. g., R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Longman, 1996, pp. 778-780.

[18] [日] 水上千之：《大陸棚境界画定の法理の展開》，载 [日] 山本草二、杉原高嶺編：《海洋法の歴史と展望：小田滋先生還暦記念》，有斐閣 1986 年版，第 303 页。

[19] 「法人税等課税処分取消請求事件」、第一審東京地判昭和五七年四月二十二日、第二審東京高判昭和五九年三月十四日，参见水上千之：《日本と海洋法》，有信堂 1995 年版，第 143 页以下。

[20] 80 国会、众、外务、七号昭和 52-4、1、2 页，同前引，水上千之书，第 120 页。

规则（形成于1982年之后的某一时点）。后一点在接下来的时际法的讨论中具有重要意义。

即使在现行法的讨论上，日方所谓的自然延伸原则在现行法缺乏依据不能被适用这一观点也存在问题。《海洋法公约》第76条1款前半段明确大陆架仍是陆地领土的自然延伸，在结构上大陆架制度中自然延伸是第一义、没有先决条件的；而后半段的200海里基准，只是在满足了“如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里”这一条件时才能适用。在现行法上，即使依后法优先原则排除前法的自然延伸原则，该原则在后法的条约规定上也并没有完全失去意义。日方所称自然延伸原则在现行法上缺乏根据，事实上是肢解了第76条1款，将现行法理解为单纯以200海里距离基准为大陆架权利基础。这在条约解释上存在严重问题，习惯法上也得不到任何支持。

3. 法律规则变动之前的法律关系的判定：东海争端中的关键日期和时际法问题

如上所述，日方所谓的自然延伸原则在现行法上缺乏根据这一结论令人疑窦丛生。本文一方面囿于篇幅，对上述涉及现行法的解释问题无意探讨，另一方面本文不探讨此问题的根本原因是该问题在中日东海争端的法律适用上并不具有决定性的意义。事实上，大陆架权利制度以1945年的杜鲁门宣言为标志在1982年《海洋法公约》之前就形成并不断发展，中日由此在东海大陆架问题上的争执和对抗在1982年之前就已经存在，因而法律规则发生变动之前的法律关系并不是所谓现行法能够解决的问题。就本文主题的东海争端法律适用的时间要素的研究而言，存在一个被日方立场忽视而在东海争端的法律适用上又是无法回避的更为重要问题，即对1982年《海洋法公约》之前即已形成的法律关系如何判断？在这个问题上，由于需要通过法律适用加以判断的法律关系（大陆架权利），已为后法（1982《海洋法公约》）之前的事实或行为所构筑，所以法律适用的关键不是现行法而是时际法。时际法问题作为法律适用的时间要素研究的一个侧面，在中日东海争端中具有决定性的意义，是本文所要论证的中心。

讨论时际法适用，必然离不开对其前提问题，即通常所说的“关键日期”的讨论。日方在2006年11月的东海资源开发的立场声明中，没有涉及到关键日期的问题。在日方的认识上，可能想当然地认为其2004年就我方的油气田开发问题提出交涉，决定了争端的形成，2004年即为关键日期。但是，就东海大陆架问题，中方早在1974年起，就不断地对日韩大陆架共同开发可能侵害到我方在东海大陆架上的权益问题提出过抗议（见下文）。由此可见，在中日东海争端问题上，关键日期也不是想当然的。

从法理上看，变动的法律由于争端发生日期的不同，在适用上必须考虑三种不同的情况：一是法律关系构筑（如权利的获取）相关的事实或行为发生之时所依据的法律，二是有关该法律关系的争端发生时的有效法律，三是争端解决时的有效法律。上述有关现行法、时际法和关键日期的讨论在法理上得出的初步结论是：变动的法律制度下可能由于争端发生日期的不同，在法律适用上产生复杂的局面，绝非语焉不详的“现行法”的适用那么简单。在中日东海争端中，大陆架权利制度发生变动时究竟应该适用哪一个法律？上述一般法理上的初步结论需要在国际法上的时际法和关键日期理论上，结合中日东海争端的具体事实，进一步寻找和验证答案。

三、关键日期与法律适用

1. 国际法上关键日期的定义和确定基准

什么是国际法上的关键日期？这个看似陌生的概念在理论上却非常简单。从时间上看，一个法律争端必然会有孕育、诞生、消亡的不同阶段。无论是在国内法系统还是在国际法系统，对于

审判机关来说,是否受理该争端所要考虑的首要问题包括在时间上这一争端是否已形成^[21]或争端是否已成过去或已消失。^[22]关键日期所指的是,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,该法律争端诞生的那一时刻。^[23]

如果说关键日期所指的正是受理的案件的法律争端诞生的那一时刻的话,那么审判机关究竟依据什么判定法律争端的诞生?确定的依据是何种事实或行为的对抗使得争端诞生。对这一点,格尔夫(Goldie)教授在其有名的“关键日期”一文中指出,所谓关键日期,一般的说法是指某段时期的最后时点。在这一时期内,争端相关的一系列重大事实都已发生了。^[24]这里决定关键日期的是所谓的“重大事实”,而且必须与争端相关。在国际司法仲裁实践中决定关键日期的是所谓的与“争端相关的重大事实”。我们从以下三个著名案例来看这一点。

首先是帕尔马斯仲裁案。西班牙于16世纪发现帕尔马斯岛,之后该岛长期为荷兰实际占领和控制。1898年美西战争结束后,通过《巴黎条约》,西班牙将菲律宾群岛割让给美国。美国认为帕尔马斯岛是该群岛的组成部分。1906年美官员访问该岛时发现欢迎他的是荷兰国旗,由此爆发争议。美荷两国交涉后于1925年达成仲裁协定,^[25]1928年由独任仲裁人马克斯·休伯尔(Max Huber)做出了仲裁。就该案的关键日期,休伯尔确定为巴黎条约缔结的1898年。^[26]其理由是,一方面荷兰直至1898年仍有效占领和控制该岛,另一方面西班牙在1898年通过条约将对菲律宾的主权转让给美国,这一时点形成了两个方面的对立事实。^[27]

其次是东格陵兰案。丹麦长期以来一直对包括东格陵兰岛在内的格陵兰岛实行某种程度的控制。挪威于1931年7月10日向丹麦声明东格陵兰岛是无主地并实施先占。丹麦向常设国际法院提起诉讼,主张其长期、持续、平稳地对格陵兰岛行使主权,挪威对此并没有争议。它要求法院确认该区域一直在丹麦主权之下,挪威对该区域的先占无效。^[28]法院认定1931年7月10日是关键日期。其理由是,“要想使挪威的先占无效,丹麦主权必须存在的日期是先占实行的那一天,即1931年7月10日。”而丹麦的主张,“并不以特定先占行为为基础,借用帕尔马斯仲裁案的话说是‘基于国家权能对岛的平稳和持续的发现’为权利基础。”^[29]

再次是国际法院最近的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)。法院认为本案存在两个相关联的争端,因此有必要区分不同的关键时刻,一个是有关岛屿主权争端的,一个是有关划界

[21] Ripeness的法理。如美国国内法上的宪法案件Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 81 S.Ct. 1752, 6 L.Ed. 2d 989 (1961), 28, 679, 691, 703, 712, 735, 736。国际法院在Northern Cameroons Case (Preliminary Objection) 判决中表示略麦隆所提的法律问题远离现实,并表示(法院)“仅针对具体的案件作出判决,而这些案件存在着在审理之时既有的、涉及当事国法律上利害冲突的真实争端。” See ICJ Reports 1963, pp. 33-34.

[22] Mootness的法理。See School District 241 v. Harris, 516 U.S. 803, 116 S.Ct. 47, 133 L.Ed. 2d 13 (1995)。国际法上见Northern Cameroons Case (Preliminary Objection), ICJ Reports 1963, pp. 32-34; Nuclear Test Case, ICJ Reports 1974, pp. 270-272 (Australia)。

[23] 国际法院在1960年的通行权一案中,通过管辖权的侧面,说明了关键日期所指的正是受理的案件的法律争端诞生的那一时刻。See Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India, Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, p. 134, p. 152. Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India, Merits), ICJ Reports 1960, p. 35.

[24] 英文原文是“……the point of time falling at the end of a period with which the material facts of a dispute are said to have occurred.” L. F. E. Goldie, *The Critical Date*, 12 Int'l & Comp. L. Q. 1253.

[25] Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4 April 1928, R. I. A. A., Vol. 2, p. 836.

[26] 同上引案例,第866页。

[27] 同上引案例,第843页。

[28] The Legal Status of Eastern Greenland (Norway v. Denmark), PCIJ Series A/B No. 53, 1933, p. 22.

[29] 同上引案例,第45页。

的。^[30] 尼加拉瓜直到2001年3月21日向法院递交诉状时才第一次提到15度线以北的岛屿, 尽管没有提供任何法律上的依据, 但仍指出其保留争议海域相关岛屿的主权。法院认为2001年是岛屿主权争端的关键日期。^[31] 对海洋划界争端, 法院不认为尼加拉瓜提出外交换文的1977年是该争端的关键日期, 因为此时双方既没有主张也没有反驳而且谈判无疾而终。法院引用了 *Mavrommatis Palestine Concessions* 一案, 指出“争端是指法律或事实上某方面的不一致, 两当事人之间有法律上的观点或利益的冲突”, 从这个意义上看, 两国此时没有形成争端。^[32] 但法院也没有支持洪都拉斯关于划界争端的关键日期是桑迪诺解放阵线政权上台的1979年的主张。法院指出1982年围绕尼加拉瓜在争议海域捕获洪都拉斯渔船这一事件, 双方进行了外交抗议: 一方面是洪都拉斯抗议尼加拉瓜侵入了传统上得到承认的两国海界, 另一方面则是尼加拉瓜对此的否认。这才是海洋划界争端的关键日期。^[33]

决定关键日期的与“争端相关的重大事实”的基准究竟是什么? 上述案例是这样确定以下基准的: 在帕尔马斯案中, 作为关键日期的1898年发生了通过《巴黎条约》的领土转移。就美国和荷兰的争端而言, 这一方面赋予了美国法律上的利益, 使得它成为适格的当事国; 另一方面, 这一事件意味着在帕尔马斯岛的主权问题上, 荷兰基于实效统治的法律基础和美国(继承西班牙的)基于发现的法律基础是不一致的。这一事件标志了不一致的产生。也就是说, 在1898年的《巴黎条约》之前, 无论是哪一方都没有在帕尔马斯岛的主权问题上有过法律或事实上的主张, 更谈不上分歧。1898年的《巴黎条约》这一事件, 使得分歧从无到有。就实效统治和发现这一分歧上的争端而言, 该事件是决定性的。

东格陵兰案和帕尔马斯案类似。在该案争端上, 双方主张的法律基础对立分明, 挪威1931年7月10日的单方先占声明也已经足以构成与“争端相关的重大事实”。以上两个案件说明, 当双方的主张在法律基础上对立分明的时候, 即使标志双方分歧的事件只是条约的订立(帕尔马斯案)或单方声明(东格陵兰案), 已经足以构成与“争端相关的重大事实”。同样, 如果没有其他的“重大事实”, 则向法院提诉后的某一时点, 因为提诉后双方的书面和口头答辩中必然阐明双方在法律或事实上存在着对立立场, 也会被认为与争端相关的重大事实必然发生。这正是尼加拉瓜诉洪都拉斯案中, 对有关岛屿主权争端形成的关键日期的法院的判断。^[34]

相反, 在争端的法律主张不明的情形下, 低物理强度的缔约、单方声明对争端的形成不是决定性的。正如菲茨莫里斯曾经警告过的那样: “主张可能通过外交公告、谈话和声明等方式仅停留于纸面……但这样的主张并不能使关键日期诞生。”^[35] 而那些伴随着较高物理强度的实力行使, 如封锁或拒绝通行(通行权案)、拘捕、扣留(尼加拉瓜诉洪都拉斯案中的划界争端)等行为, 才有可能被作为与“争端相关的重大事实”看待。但是在这里, 伴随着较高物理强度的实力行使不能是使用武力或用武力相威胁, 因为后者是被现代国际法所禁止的。对于法院来说, 这是

[30] Case Concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), ICJ Reports 2007, para. 123, p. 37.

[31] 同上引案例, 第127、129段, 第37页。

[32] 同上引案例, 第130段, 第38页。

[33] 同上引案例, 第131段, 第38页。

[34] 在该案中, 法院并没有认定双方的谈判标志着对争端形成的确认。这显然因为谈判的目的和方法不一定当然都围绕法律上的争端展开。尼加拉瓜2001年向法院呈交诉状时才第一次提到15度线以北的岛屿, 尽管没有提供任何法律上的依据, 但仍指出其保留争议海域相关岛屿的主权。法院以这一事实为由, 判定2001年为关键日期。同上, 第127、129段, 第37页。

[35] Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1951-4: *Points of Substantive Law*, Part II, 32 Brit. Y. B. Intl L. 27 (1955-1956).

一个两难的问题。就某一特定案件而言，必须在纸面上的言辞和武力行使或武力威胁之间，为该案的争端形成找出一个合适的判断点。

这无疑困难的。事实上，在1953年英国和法国的明夸埃尔与埃克里荷斯群岛案中，尽管双方在关键日期上做出了激烈的抗辩，国际法院却并没有对关键日期做出判断，对一般言辞上的抗议或主张（法国首次提出主权要求）是否确定争端的关键日期这一问题，抱着谨慎态度。^[36]与此相对照的是，国际法院在刚刚（2008年5月23日）做出判决的马来西亚和新加坡的岛屿主权案中，认定新加坡通过外交照会提出的外交抗议（就Pedra Branca/Pulau Batu Puteh岛）或谈判中首次提出的岛屿主权主张（就Middle Rocks and South Ledge）确定了相关争端的关键日期。^[37]比较国际法院相距半个世纪的上述两个判决，我们是否能够得出，由于二战后现代国际法上禁止武力或以武力相威胁这一强行规范的影响，法院将确定关键日期的判断标准，由要求一定物理强度的对抗行为，向着菲茨莫里斯所担心的纸面上的言辞偏移！这一趋向也许仍然有待于今后的司法实践才能明确。

但是无论如何，关键日期的确定并不容易。正如菲茨莫里斯指出的那样，“关键日期的问题从来不是一个先决性抗辩的问题，它始终是和争端的事实和实体紧密联系在一起。”^[38]因此，当面对究竟哪一个时点应该被确定为关键日期这一问题上争议双方的不同主张时，法院必须采取最为洗练的司法技巧，从错综复杂的事实中确定究竟是哪些事实或行为已经使争端构成了具体的法律问题，以此做出具有说明力的判断。关键日期只能在不同的案件中视具体事实而决定。

综上所述，关键日期所指的正是法律争端诞生的那一时刻。确定何时为关键日期需要考虑围绕法律问题的对抗主张在法律基础和事实两个方面的具体情形。当双方的主张在法律基础上对立分明的时候，即使标志双方分歧的事件只是标志性或象征性的（如条约的订立或单方声明），也已经足以构成与争端相关的重大事实并依此确定关键日期。相反，在对抗主张的法律基础不明的情形下，象征性的行动对争端的形成不是决定性的，必须视案件背景和具体事实进行判断。

2. 关键日期在法律适用上的一般意义

关键日期在案件审理中有着重要的意义。这是由于，就争端发生时为止的法律关系的判断而言，既无须考虑争端发生日期（关键日期）之后的反映了该法律关系的事实或当事者的行为，也无须考虑争端发生日期（关键日期）之后与该法律关系相关的法律变动。关键日期像一把刀，在不断构筑的法律关系和不断变动的法律上截取了某一时点，即争端发生的时刻。由于国际法上管辖的非强制性和具体的时效制度的欠缺，争端会在发生之后很久才有可能得到司法解决，争端发生时的法律和争端解决时的法律往往已经发生了变化。但是在司法解决时，当事者和司法机关却只能围绕争端发生时点之前的事实和行为所构筑的法律关系进行对抗和判定。因此，如果法律的变化发生于争端发生之后、争端解决之前，对这种变动，时际法和现行法都没有讨论的必要，因为争端的适用法律被视为没有发生任何变化。

菲茨莫里斯对关键日期的理解比较完整，具有代表性。他指出：“关键日期的所有的要点、所有的理由是：从实际效果上看，时间在那一时日注定停止，在这之后发生的任何事情都不能使已然存在的情形发生改变；当时是什么样的状态，在法律上注定仍然存在，而当事者双方各自的权利受其掌控。”接着，他继续指出：“当事者在当时（关键日期之时）的权利怎样，也就是当事

[36] *Minquiers and Ecrehos Case (U. K. v. France)*, ICJ Reports 1953, p. 59.

[37] *Case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore)*, p. 17, <http://www.icj-cij.org/docket/files/130/14492.pdf>, visited on May 26th, 2008.

[38] 前引 [35], Gerald Fitzmaurice 文, 第 26 页。

者今天的权利。”^[39] 这其中的道理已经很明显了：就关键日期之前的法律关系（权利主张）的判断而言，事实基础和法律基础都是判断到关键日期为止。在这个意义上，在对关键日期之前的法律关系的判断上，不可能一方面排除关键日期之后的事实或行为的效力，一方面还允许关键日期之后变化了的法律在之前的法律关系的判断上仍然适用。

那么为什么在国际法上关键时间被认为仅局限于排除关键日期之后的事实或行为的效力这一点，而忽略了关键日期也排除了争端发生后变化的法律规则这一更为根本的功能呢？笔者认为这一片面的认识是受到案件的具体情况误导的。在岛屿主权争议的帕尔马斯岛仲裁案中，就争议双方的权利主张而言，在关键日期（1898年）之后，其法律规则保持为同一内容的实效统治规则。因此，仲裁者在本案中无须区分何为争端发生时的法律以及何为争端解决时的法律，更谈不上考虑关键日期在适用法律规则运用上的问题。同样，在东格陵兰案中，正是在关键日期1931年7月10日（挪威向丹麦声明先占）的翌日，丹麦将争端提交常设国际法院。因此几乎可以认为争端的发生之日和争端解决之日是相同的。就岛屿主权而言，如此短的时间不可能发生适用法律的变化。在国际法院最近的领土和海洋争端案（尼加拉瓜诉洪都拉斯）一案中，有关岛屿主权的关键日期和争端解决的日期几乎可以认为是一致的。^[40] 和上述两个岛屿主权争端案件一样，争端的发生之日和争端解决之日的法律不可能发生变化。事实上在岛屿主权问题上法院也仅考虑了实效统治这一规则。^[41]

综上所述，在国际法上，关键日期的意义不仅意味着排除关键日期之后的事实或行为对权利主张的效力，也意味着当关键日期前后法律发生变化时，排除关键日期之后的法律。国际司法实践没有就争端发生之日和争端解决之日的法律适用问题做出过判断，原因在于这两者之间的法律没有发生变化，关键日期前后法律一致，没有排除后者的必要。但是在中日东海大陆架争端上，某个可能被认定的关键日期（1974年，见下文的讨论）前后存在着法律的变化，这将在关键日期的意义上发生先例中从未出现过的问题。

3. 中日东海争端中的关键日期和法律适用：排除关键日期之后变动的法律

中日双方在东海大陆架权利问题上，早在2004年油气田问题之前就已经发生了一系列的对抗和冲突。在所能掌握的公开资料的范围内，以下日期可以被考虑为关键日期：

第一，中国政府首次抗议日韩大陆架暂定协定的1974年。1974年1月30日，日韩双方分别就北部（黄海、对马海峡）和东海达成两个协定。北部为最终的划界协定，南部（东海）则是搁置划界、共同开发的暂定协定。^[42] 考虑到日韩协定可能侵害中国在东海大陆架上的权利，《人民日报》1974年2月5日登载中国外交部发言人声明表示抗议：“日本政府和南朝鲜当局背着中国在东海大陆架划定所谓日、韩‘共同开发区’，这是侵犯中国主权的行为。对此，中国政府决不能同意。如果日本政府和南朝鲜当局在这一区域擅自进行开发活动，必须对由此引起的一切后果承担全部责任。”之后的1977年6月13日和1978年6月26日，中国政府针对日韩共同开发大陆架的协定在日本国会“自然通过”和两国的协定换文，发表了同样措辞的声明表示强烈抗议。^[43]

第二，日本通过国内法设置专属经济区和大陆架的1996年。日本在1996年制定的《专属经济区和大陆架法》第二条中规定：“大陆架是指以下海域的海底及其底土：1. 到领海基线最短距

[39] 前引 [35]，Gerald Fitzmaurice 文，第 21 页。

[40] 本案于 1999 年提诉，2007 年法院作出判决。法院认定关键日期是提诉后尼加拉瓜第一次提交诉状的 2001 年。参见前引 [30]，尼加拉瓜诉洪都拉斯海洋划界案，第 127、129 段，第 37 页。

[41] 同上引案例，第 227 段，第 62 页。

[42] 前引 [19]，水上千之书，第 121 页以下。

[43] 《人民日报》1977 年 6 月 14 日，1978 年 6 月 27 日。

离 200 海里的线（当该线超过中间线时以中间线或和外国合意达成的代替该中间线的并得到政令规定的线）为止的，除去领海的海域。2. 在超过 200 海里外侧的海域，依《联合国海洋法公约》76 条，并由政令所定之。”这样，日本法中无自然延伸概念，而只是将专属经济区下的海底及底土作为大陆架。至少就 200 海里之内的大陆架而言，习惯法上的大陆架的意义失去了。^[44]与此相对，中国自 1974 年起一贯地坚持大陆架是大陆自然延伸的原则。至少在 1996 年，双方在有关大陆架的法律基础问题上出现了鲜明的对立，而这一对立是通过日方单方面的宣言（国内立法）制造的。

第三，日本政府抗议中国在东海的春晓、平湖油气井开发的 2004 年。2004 年 5 月 27 日，日本学者平松茂雄对春晓油气田的航拍和报纸相关报道，引起日本国内舆论大哗。2004 年 6 月 8 日日本政府向中方就东海油气田问题提出了抗议，再次引发争端。^[45]

第四，中日两国启动东海大陆架争议谈判的 2004 年 10 月。其时双方进行了第一轮谈判。

第五，未发生也是不太可能的日期，即两国同意将争端提交到某一国际司法仲裁机构。^[46]

上述日期中哪个最有可能成为标志争端诞生的关键日期？前已述及，在决定关键日期的与“争端相关的重大事实”的基准上，国际司法实践确认了两个方面的内容。一是双方在主张的法律基础对立分明时，即使标志双方分歧的事件只是条约的订立或单方宣言这样低物理强度的行为和事实也已经足以构成“争端相关的重大事实”。二是在争端的法律主张不明的情形下某种程度的实力行使。根据以上基准，在上述列举的五个日期中，1996 年和 1974 年这两个日期最有可能成为标志争端形成的关键日期。

就 1974 年这一日期而言，需要考虑中方 1974 年对日韩共同开发东海大陆架的抗议在关键日期形成上的作用和影响。在 1974 年，中日双方对东海大陆架权利的法律基础都是自然延伸，只是在事实方面，对冲绳海槽是否割裂了东海大陆架的一体性存在着模糊的分歧。从国际司法实践上看，主张依据并不十分明确的情形之下，只有封锁或拒绝通行（通行权案）、拘捕、扣留（尼加拉瓜诉洪都拉斯案中的划界争端）等伴随着较高物理强度的实力行使的行为，才有可能被作为与“争端相关的重大事实”看待。从笔者掌握的中方的公开资料上看，中方在 1974 年以及之后的几年中对日韩南部大陆架共同开发协定，仅限于外交抗议（当然，当时的抗议是否仅限于纸面上，中方是否采取了其它方式的行动，这仍需对外交史料的进一步发掘才能证实）。无论如何，就 1974 年这一时点而言，从以菲茨莫里斯为代表的传统观点看，外交抗议等纸面上的言辞在决定争议是否结晶为具体的法律问题，并由此判断争端是否形成时，存在着一定的困难。但是，从禁止武力行使规则对国际法院在决定关键日期的影响上看，中方此时在东海问题上的克制，就判断是否构成与“争端相关的重大事实”而言，在纸面上的言辞和武力行使或武力威胁之间，仍然留有具体问题具体分析之余地（如考虑中日之间刚刚于 1972 年实现两国关系正常化这一特别的情形下中方的忍让），这就不能完全排除 1974 年中方在外交抗议中首次就东海大陆架提出自己的主张之日作为争端的关键日期。

另外一方面，1996 年日本通过国内立法，明确了其大陆架权利的法律基础就是 200 海里这一距离基准，不再提及自然延伸这一习惯法上的大陆架权利的法律基础。而中国一直以来以自然延

[44] [日] 芹田健太郎：《島の領有と経済水域の境界画定》，有信堂高文社 1999 年版，第 31 页。

[45] [日]《产经新闻》2004 年 6 月 8 日。

[46] 中国也从未接受过海牙国际法院对一般争端的任意管辖。就海洋划界争端，2006 年 8 月 25 日，中国依据《联合国海洋法公约》第 298 条规定，向联合国秘书长提交书面声明，对于《公约》第 298 条第 1 款（a）、（b）和（c）项所述的任何争端（即涉及海洋划界、领土争端、军事活动等争端），中国政府均不接受《公约》第 15 部分第 2 节规定的任何国际司法或仲裁管辖。http://www.fmprc.gov.cn/chn/gxh/zlb/tyfg/t270754.htm, 2009 年 6 月 29 日访问。

伸为东海大陆架权利主张的法律基础。双方主张的对立是明确的。根据帕尔马斯案和东格陵兰案的判决理由,此时国内立法这样的单方宣示足以构成争端相关的重大事实。

这两个可能的关键日期在东海争端中的意义有着天壤之别。如果关键日期能够被确立于1974年,那么就中日双方的对立而言,需要判断的也只是到1974年为止的双方的权利主张,适用法律规则就只能是单纯的自然延伸原则(这一习惯法规则刚刚在1969年的北海大陆架案中得到确认),而排除了这一关键日期之后法律的变化,无论后者是《海洋法公约》第76条1款的一个混合了自然延伸和200海里距离基准的规则,还是日方所称的和“1982年《联合国海洋法公约》的相关规定以及其后的国际判例”有关的习惯法规则。这是到目前为止国际司法实践(关键日期前后法律没有变化)中从未遇到过的情况。

如果关键日期确定为1996年,那么,在对此前围绕大陆架权利的法律关系的判断上,由于1996年之前发生的法律变化,会发生现行法(变化之后的法律关系的判断)或时际法(变化之前的法律关系的判断)上的问题。但正如本文的中心任务所昭示的那样,中日双方大陆架权利的取得这一法律事实(以及由此构筑的法律关系)早于后法形成之前发生,时际法问题才是中日东海争端的关键所在。

四、时际法与法律适用

1. 时际法的一般理论

在讨论国际法上的时际法规则或原理时,不能回避帕尔马斯案这一经典案例。在该案中,休伯尔法官揭示了时际法规则的两个构成要素。第一,“一项法律事实必须根据与其同时的法律,而不是根据有关该事实的争端发生或解决时的有效法律予以判断”;〔47〕第二,“就在连续的时期内所实行的不同法律制度要在一具体案件中适用的问题而言,必须区别权利的创造和权利的存在,创造权利的行为应服从该权利产生时的有效的法律;同一原则要求该项权利的存在,换言之,它的连续表现,也必须与法律的演进所要求的情况相一致。”〔48〕

在休伯尔所阐释的时际法原则的两个要素中,对第一个要素,国际法学者是普遍接受的。但对于第二个要素,却存在着不少的争论。主要的批评是它和第一个要素之间存在矛盾,或者说和法律本身的内在功能目的之间存在矛盾。杰塞普在帕尔马斯仲裁判决不久,即对休伯尔的时际法原则第二要素表示异议,认为这一要素“使得法律的既定目的(安定性)受到挫败”。〔49〕

对时际法的理解需要更宏观的认识。李浩培教授曾指出,时际法存在的理由是,一方面社会需要变革所以必然伴随有法律的变化,但另一方面法律也需要安全以保护成员的合法权利和合理预期,否则社会将是无秩序和不稳定。时际法在法律的变革和安全这两者之间力图达到某种平衡。〔50〕

在笔者看来,李浩培教授的这一观点比杰塞普更为全面地反映了休伯尔所阐释的国际法上的时际法原理。在存在着相对集权的立法机关的国内法体系内,立法者对法律的变革和安全有着很大的控制,以使得法律在与时俱进的同时也能保护既存的合法权益和合理预期。司法机关通过时

〔47〕 从关键日期法理上看,只能是争端发生时的法律。当然在本案中争端发生或解决时的有效法律没有变化,都是实效统治。因此,休伯尔就本案的时际法而言做出这样的表述也没错。

〔48〕 前引〔25〕,帕尔马斯岛案,第845页。

〔49〕 Philip Jessup, *The Island of Palmas Arbitration*, 22 Am. J. Int'l L. 735 (1928). 同样的担心也见 W. Versfelt, *The Minangas Arbitration*, Kemink, 1993, pp. 14-16, 149. 转引自 T. O. Elias, *The Doctrine of Intertemporal Law*, 74 Am. J. Int'l L. 286 (1980).

〔50〕 李浩培:《论条约法上的时际法》,《武汉大学学报》(社会科学版)1983年第6期。

际法对法律的变革和安全的控制往往是补充性的。但国际法体系内不存在立法上的中央集权机构。在国际法的适用问题上，狭义的国际法法源（国际法院规约第38条1款），一方面由于国际习惯法在形成上由国家实践的累积而表现出时间上的动态特征，另一方面，由于条约效力仅局限于缔约国之间，又表现为空间上的动态特征。两者的动态特征使得国际法体现为一种常态上的变革。这样，时际法即成为国际法体系内确保法律的变革和安全两者平衡的主要手段。当然，国际法的动态特征也相应地使得时际法在司法活动中的适用情况显得较为复杂。

休伯尔阐释的时际法原则的两个要素，反映了国际法在法律适用层面上必须解决的法律的变革和安全的问题，两个要素缺一不可。正如埃利亚斯法官指出的那样，这两个要素“应该看成是既相互补充又相互限制，以至于任何一个都不能离开另一个单独发生作用，并且第二个要素对第一个要素做出限制。如何在整体上公正地评介时际法规则的意义，这在很大程度上取决于如何看待两个要素之间的关系。”^{〔51〕}时际法的两个要素必须相互作用、互相牵连。杰塞普只看到两者矛盾的一面而忽略了两者的联系，他的担心显得多余。事实上，在实践中并没有出现由于第二要素的适用而产生的威胁法律适用上的安定性这一问题。恰恰相反，在不同的条件下时际法的两要素各司其职，以达到相互补充和限制。这其中特别是第二个要素对第一个要素的限制是有条件的。

2. 时际法的运用：成文法（条约）和习惯法的情形

我们首先来看以成文法进行法律变革时的时际法。在国内法意义上，凯肯比克（Kaeckenbeeck）认为法不溯既往虽是立法时应当遵循的一条原则，但在实定法上并不对立法者构成拘束；而对法官们，这一原则构成了他们解释时的一条义务规则。^{〔52〕}在国际法上，李浩培教授一方面否认条约不溯既往为强行规范，另一方面又将其看作为一般法律原则，并指出成文法制度中的法不溯既往原则是其主要内容和来源。^{〔53〕}如何理解呢？

在笔者看来，国内法上的法不溯及既往之所以成为立法时应当遵循的一条原则但同时并不对立法者构成拘束，是因为在宪政体制下，一个良善的政府，在事关人民权益的立法上当然以法不溯及既往为立法原则，但如果立法者认为溯及既往并不损害人民权益则可能在立法时就不会顾忌。在国际法上，国际法调整平等主体（国家）之间的法律关系，没有对特定主体特定权益的倾斜。因此在国际法上是否溯及既往完全依赖于国家的意思，是无条件的，并无考虑保护特定利益的需要。但另一方面，国际法上的国家制定条约又可看作是一种立法行为，在条约是否溯及既往问题上对立法者全无条件或原则的限制或要求，反映在条约法公约上就是第28条的“除非条约显示或另经确定有不同的意思”下的条约不溯及既往原则。李浩培教授的条约不溯及既往并非强行规范的论断，意味着在国际法上立法者（国家）在订立条约时当然可以自由合意赋予条约溯及效力，这和凯肯比克关于立法者也将法不溯及既往作为国内立法时的一个原则（尽管并不对立法者构成拘束）有微妙的差异。

尽管立法层面的意义略有不同，但在法律适用上，国内法和国际法上的法不溯及既往原则的意义是相同的。这体现在凯肯比克所说的法官解释（法律适用）时的一条义务规则。在国际法上，尽管立法（制定条约）时可以自由约定条约是否溯及既往，但对于没有溯及意图和规定的条约，在法律适用时，不溯及既往是必须遵循的。在和时际法的两要素的关系上，这意味着，当通过条约进行法律变革时，除非有确定的意图，否则推定时际法的第二个要素不起作用，第二个要素受到也只受到立法意图这一条件的限制。这一方面保证了法律秩序的安全和合法预期，另一方面在国家合意的情况下也不阻止法律的意图性的变革。

〔51〕 前引〔49〕，Elias文，第291页。

〔52〕 G. Kaeckenbeeck, *The Protection of Vested Rights in International Law*, 17 Brit. Y. Int'l L. 3 (1936).

〔53〕 前引〔50〕，李浩培文。

当以习惯法进行法律变革时，时际法将决定哪一个习惯法规则将适用于本案。帕尔马斯案正是关于变化前后都是习惯法规则的情形。在该案中，国际法上的领土主权规则，由发现这一16世纪时有效的领土主权取得的习惯法规则，发展到争议发生时的19世纪后的实效统治的规则。时际法适用的结果使得只有后法的实效统治这一规则才能适用，从而驳回了美国的基于发现取得的主张。这里显然时际法的第二个要素起了作用。在什么条件下第二个要素起作用呢？罗什(Roche)敏锐地观察到：

“时际法（的第二个要素）从未在法律于很短时间发生变化时适用过，如条约规则的变动那样。从一般意义上说，时际法规则适用于国际习惯法经过长年的演化发生了改变这一情形。在这种情况下，法律的变化通常是许多国家实践融合的结果。”〔54〕

由此看来，在帕尔马斯案中第二个要素之所以发生作用是因为国际法上获得领土主权的习惯法规则，在经历了长达近四个世纪后发生了变化。即罗什所说的“长年的演化”决定了第二个要素在本案的适用中的作用。如果推及一般的话，意味着：第一，通过习惯法进行法律的变化时，第二个要素的作用是有条件的，即要求在前后习惯法之间存在一个“长年的演化”。反过来说，当后来的习惯法的形成与前法相隔不长的情况下，时际法的第二个要素不起作用。第二，在习惯法发生变化时，“长年的演化”将在判断时际法规则作为一个整体在适用时，是否能够成为平衡第一要素和第二要素的基准。

作为一般法律原则，时际法必须在法律的变革和安全上达到平衡。从这个意义上说，在时际法的适用上，对后法的习惯法，要求其与前法相距一个较长的时期是合理的。国际法上并不绝对排斥习惯法在短时间内形成。〔55〕正是由于习惯法可能在短时间内形成，为了保护合法权益和合理预期，才要求通过时际法的适用，在习惯法短时间内形成并改变了前法的情况下，对时际法的第二个要素进行限制。“长年的演化”是对第二要素的适用而产生的威胁法律安定性这一状况的牵制，反映了时际法作为法的一般原则平衡法律变革和安全的内在要求。

以上从条约和习惯法两个角度看，时际法中第二个要素都受到条件的限制。从这个意义上说杰塞普对时际法第二个要素的担心没有必要。埃利亚斯法官也否定这种担心。〔56〕评论时他引用了布朗利教授的观点。后者认为，在时际法的解释适用中，默认、时效、死文化以及条约不溯既往等时际法相关的规则不可能使得时际法的第二个要素的适用产生不公正的后果。〔57〕这些相关的时际法要素为确定“长年的演化”的标准提供了类比。例如时效意味着由于时过境迁，前法不再对当时的法律关系的判断具有任何意义。就时效而言，尽管对取得时效是否是领土主权取得的一个有效的国际法规则仍有所争论，但取得时效毫无疑问要求占有和统治必须是长期的。〔58〕国际法一般理论上虽也并无确定和统一的消灭时效，〔59〕国际法院在特定情形下也可以拒绝付与时效抗辩的效力，〔60〕但在学说上认为国际法上的消灭时效依从普通法，〔61〕这也意味着在消灭时效上也必须经过一个相当长的时期。

3. 时际法在中日东海争端中的意义

时际法在中日东海争端中决定了只能适用前法的自然延伸原则而排除之后的法律变化，无论

〔54〕 A. G. Roche, *The Minquiers and Ecrehos Case*, Droz, 1959, p. 83. 转引自前引〔49〕, Elias文, 第291页。

〔55〕 前引〔16〕, 北海大陆架案, 第74段, 第43页。

〔56〕 前引〔49〕, Elias文, 第286页。

〔57〕 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2d ed., Oxford University Press, 1973, pp. 132-133. 转引自前引〔49〕, Elias文, 第287页。

〔58〕〔59〕 日本国际法学会编：《国际法辞典》，陆国忠等译校，世界知识出版社1985年版，第374页。

〔60〕 *Certain Phosphates Islands in Laurus*, ICJ Reports 1992, p. 254.

〔61〕 H. Lauterpacht, *Private Law Source and Analogies of International Law*, Longmans, 1970, pp. 116-119.

后法是条约还是习惯法。

首先看后法为条约的情形。就大陆架权利制度而言,根据1969年北海大陆架案刚刚确立的大陆架自然延伸的规则,那些拥有超过200海里的宽大陆架的国家,当然获得超过200海里的自然延伸的大陆架。但是,通过1973—1982年第三次联合国海洋法会议的谈判,在《海洋法公约》第76条1款后半段引入了200海里距离基准,与前半段的自然延伸原则并列,将其也作为大陆架权利基础之一。这使得与宽大陆架相邻和相近的国家有可能依据200海里基准挑战前者已根据自然延伸而取得的超过200海里大陆架权利(如中日东海的情形)。对此,在《海洋法公约》非正式磋商中,澳大利亚和挪威针对大陆架法律制度的变动可能对其既得权利的影响提出下述议案:

“任何国家不得以本条约为由,对他国按照国际法在本条约生效前拥有的天然资源勘查开发的主权权利所在的海底及地下区域内的天然资源进行要求或行使权利。”〔62〕

这一基于既得权的主张,本质上反映了法(条约)不溯及既往这一法律原则,其目的正是为了解决1982年《海洋法公约》之前的法律关系如何判断的问题。根据该原则,除非《海洋法公约》另有规定或能够在条约中另行建立起不同的解释,第76条中的距离基准并无溯及力。通观《公约》,并无这样的规定也没有可能建立起溯及的解释,这样第76条不可能将缔约方既有的通过自然延伸这一习惯法规则所确立的既有权利或权原取消。此时时际法通过条约不溯既往原则干净落地否定了日方基于200海里距离的大陆架权利主张。

其次考察后法为习惯法的情形。大陆架制度中引入了距离基准为要素的后法,在规范性质上也有可能如日方主张的那样,是一个形成于1982年之后且独立于《海洋法公约》的习惯法规则。这会使得时际法的适用变得复杂,有进一步分析的必要。但根据1986年国际法院的尼加拉瓜案判决,一个习惯法规则不会由于该规则被条约编撰而不再适用。〔63〕这样,在时际法的运用中出现了前法和后法均为习惯法的情形,此时罗什的“长年的演化”基准将决定是否排除后法。在中日东海争端中,前法的自然延伸原则确定于1969年,而被指称的后法的习惯法规则于1982年之后逐渐形成,前后相距不过十几年。与帕尔马斯案的长达四个世纪的“长年的演化”以及时效问题上的“长年的演化”类比,这十几年的时间不可能作为中日东海争端中的“长年的演化”,也就不能使得时际法的第二个要素得以适用并以此否定前法的自然延伸以及基于自然延伸所取得的既得权利。

综上所述,在中日东海争端可能适用时际法的情况下(关键日期为1996年),无论后法是一个条约规则(《海洋法公约》第76条1款)还是一个习惯法规则,就大陆架权利取得这一法律事实发生之时的法律规则(自然延伸原则)和争端发生时的法律规则(即上述的条约或习惯法规则)而言,时际法适用的结果都排除后者。

五、结 论

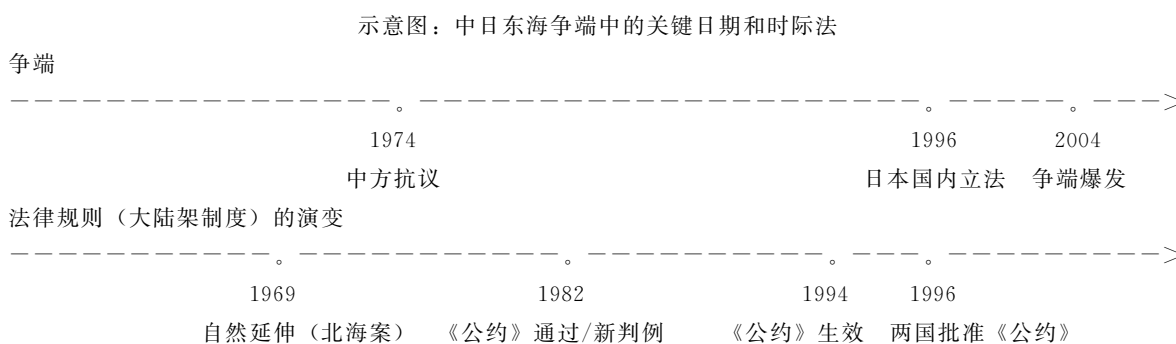
目前中日东海争端的焦点是共同开发的范围如何确定,其背后的法律问题以及围绕该问题的

〔62〕 UN Documents A/AC, 138/SC, II/L 36.

〔63〕 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986, para. 172—182, pp. 92—97. 但是在学说上依照Czapinski教授很有影响的观点,条约规则由于具有内容更加精准这一特征,使得与其同时的相应习惯法规则失效或中止,这时只有条约规则才被适用。See Wladyslaw Czapinski, *Sources of International Law in the Nicaragua Case*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 165 (1989). 照此观点,时际法的适用将回到上面讨论的通过条约不溯既往达成的结论。

对抗主张是大陆架权利的法律基础。即使双方能够在共同开发的范围上忽略彼此在权利主张上的立场达成妥协，这也只是最终划界之前的暂定安排，大陆架权利基础上的对抗在划界的法律适用中仍然是重要的法律问题。而大陆架制度在近几十年来的变迁，使得将来划界的法律适用中仍必须考虑时间要素。

法律适用中的时间要素，就具体的法律关系的形成以及适用的实体法律的变化而言，可以从关键日期、时际法和现行法三个侧面予以考察，分别解决的是何时为止的法律关系需要判断、法律关系建构并形成于前法和后法的整个过程时适用哪一个法律，以及法律关系仅形成于后法之后时适用哪一个法律这三个问题。日本政府在这一问题上的立场（2006年11月），只注意了现行法问题，没有注意到中日东海争端具体的法律关系的长期以来不断的形成以及适用的实体法律的变化基本事实。恰恰是这些基本事实表明，中日东海争端围绕大陆架权利基础上法律适用的时间要素，并非所谓的现行法上的问题。相反，关键日期和时际法才是必须考虑的。



结合上图，在关键日期问题上，考虑到战后禁止行使武力和与武力相威胁的强行规范的影响以及上世纪70年代中日关系刚刚结束不正常状态的事实，1974年中方对日本在东海与韩国进行共同开发的抗议，应该作为与争端有关的重大的事实，决定了1974年为争端的关键日期。在此情形之下，只有1974年之前的法律关系才是争端解决中必须加以判断的，而1974年之后的当事人的事实、行为以及法律变化对上述判断均无直接意义。在这种情形下，争端的适用法仍是1974年之前的自然延伸原则。

当然应该承认，从传统国际法的角度看，纸面上的抗议标志争端的重大事实并以此决定关键日期，有一定的困难。但即使这样，毫无存疑的是到了1996年，日方的国内立法使得双方法律立场截然分明。以1996年为关键日期，在这之前的法律关系贯穿于前法和后法的整个过程，此时的法律适用必须考虑时际法问题。

在时际法问题上，如果后法只是1982年《海洋法公约》，条约不溯及既往原则将非常明快地决定法律适用时只考虑前法的自然延伸原则。当后法是习惯法（距离基准或包括距离基准的大陆架权利制度）时，适用后法也必须满足“长年的演化”这一条件，以实现在法律秩序的安全和变革之间的平衡。在笔者看来，通过帕尔马斯案判决以及和国际法上的“时效”的类比，很难得出结论说1969年北海大陆架案中确定的自然延伸原则的习惯法（前法）和所谓的1982年左右形成的习惯法（后法）之间短短的十几年可以被认定为“长年的演化”。也就是说，即使关键日期是1996年，此时的适用法律也仍然是前法的自然延伸原则。

在以上对中日东海争端的时间要素的讨论中，就关键日期为1974年和时际法的“长年的演化”这两个具体问题的结论而言，笔者并不犹豫但仍然保留一份谨慎。在我们人类赖以生存的这个物质世界里，时间是最基本的也应该是最为客观的一个物理参数。但是法律适用却不单纯是参

照时间机械的记录，而是在秩序和变革之间，实现法律的公平正义的内在目的。与对其他事实的判定一样，时间也是透过司法（法律适用）这一棱镜表现出相对的而非绝对的、变通的而非机械的特征。在国内法上是这样，在国际法上也应当如此。中日东海争端，无论是现在的共同开发的范围还是将来的划界，最大的可能仍是双方依据国际法通过谈判协商而非交予第三方的司法仲裁来解决。这意味着达到公平正义的司法（法律适用）这一棱镜，将由中日双方共同磨制。笔者上述谨慎的结论，希望能为双方在共同作业中提供有益的标识。

Abstract: In the instant case between China and Japan in the East China Sea, right or title to continental shelf is the central issue of dispute. The law on continental shelf has evolved, from the natural prolongation principle confirmed in North Sea Continental Shelf Case in 1969, to a rule more favorably considering “distance criterion”. Therefore, it is necessary to take the time factor into account.

Time factor can be approached from three perspectives, that is, critical date, inter-temporal law and contemporary law. Critical date is the date when the dispute was given rise to with a concrete issue. Inter-temporal law should be considered when legal relationship had been constructed before the change of the law, and contemporary law applies only when legal relationship was constructed after the change of the law. The mere fact that Sino-Japanese dispute over East China Sea has long before emerged indicates that the time factor in the dispute is not simply a contemporary law question as Japan asserts.

The critical date in this dispute can be dated back to 1974 when China protested the Japanese-South Korean continental shelf agreement. If so, the changes in the law and fact after 1974 would be excluded and the applicable law should be the principle of natural prolongation. Moreover, if the critical date is deemed to be the year of 1996, when conflicting claims on the legal basis on continental shelf became distinct, inter-temporal law needs to be discussed.

In such a case, if the change in law (incorporating distance criterion) is merely a treaty rule of UNCLOS, non-retroactivity principle in the law of treaties would neatly determine the application of natural prolongation principle established in previous law. In case that the change in law is an alleged customary rule emerged around the year of 1982, were this subsequent law applied, a reasonable long period of time from the previous law would have been required. It is impossible in the present case to draw a conclusion that the evolution of the law on continental shelf over just twelve years (1969-1982) could be reasonably taken as a long period of time. Therefore, even critical date were to be set in the year of 1996, the applicable law is still natural prolongation principle.

Key Words: Sino-Japanese dispute over East China Sea, continental shelf, inter-temporal law, critical date
