

國立政治大學國際事務學院外交學系

碩士論文

Department of Diplomacy

College of International Affairs

National Chengchi University

Master Thesis

論默認在國際領土爭端中之角色

The Role of Acquiescence in International Territorial Disputes

指導教授：陳純一 博士

Advisor: Chun-i Chen, S.J.D.

研究生：鄒楷撰

Kai Tsou

中華民國 106 年 6 月

謝辭

回想起碩一時上陳純一老師的國際法院成案課程，總是精實、嚴格，又充滿收穫的兩個小時，雖然我當時最有興趣的科目不是國際法，但每週最期待的就是禮拜四下午的國際法院成案，強心臟，養腦袋，像是看了一場劇情精巧又刺激的電影。

很幸運的，我也參與了老師的研究計畫。翻譯、摘要、和老師見面討論，這是我研究所生活的大部分，也是我人生中最有趣的時光之一，順勢產生了這一篇學位論文的基本構想，從這樣經驗可以看出來，若不是受陳老師有規劃的引導，否則我不可能有機會完成這一篇學位論文。

陳老師有傳統文人的風骨與雄心，有教育家的情懷，兼具美國式的幽默感，能遇上這樣的指導老師，可遇不可求。

感謝這篇論文口試委員高聖悌、王冠雄、楊永明三位老師。高老師給予我在摘選案例方法上的建議，我在法院案例構成的汪洋中有微光可循；王老師與楊老師督促我，讓我更有勇氣，為這篇論文產生更明確的結論。

感謝政大外交系、東吳政治系以及臺大政治系的師長，給我足夠的養分。

感謝湘縈助教，提醒我在時間內做完該做的事。

感謝沛倫學姊、子容、孝晟給予我在法律領域、領土爭端的實質建議與協助。

感謝姍榆、韻茹、凱燁、彥璋、凌君在研究所生涯中陪伴我，給我建議與啟發，一起考試，未來也一起為國家努力。

感謝俊廷與嗣傑，優秀的兩位，讓我有不能輸太多的鬥志，才能起床寫論文。

感謝教育部的長官與同事的包容，尤其是淑雅科長、泓鳴科長、育菱與祖翎，有你們的協助，我才能在初入公職生涯如此順利，更有餘裕完成論文。

最後感謝長久以來支持我的家人，尤其是父母、江柔以及我的大姑姑，才能順利完成學業。

不用說，本文的所有文責都由我單獨承擔。

2018/06/05

摘要

在 20 世紀以來大多數的國際領土爭端判決中，國際法庭經常以默認作為決定領土歸屬之理由。本文為探詢默認在領土爭端中的角色，具體而言目標有三：第一，探討默認之樣態；第二，檢視默認與各個領土取得方式（理論）的關係，並嘗試驗證傳統的領土取得理論在案例中實際應用的情形；第三，歸納默認在領土爭端中之應用規律。

經研究案例，本文發現默認是國家面對「需要積極回應的情勢」，以正式程度較低的舉措表示同意。默認可應用於詮釋各類權利根據（即條約、保持占有主義、先占）以及轉移主權，但在轉移主權之情形，默認需明確、可證明，方可能轉移主權，換言之，對逆權侵佔保持沉默不構成默認，時效應不存在。

本文認為在國際法庭實踐中，有三種方式可證明默認存在以決定權利根據歸屬，分別是：(1)比較主權伸張的相對強弱；(2)獨立證據證明爭端方知情或同意；(3)國家對特定之國際或國內情勢疏於回應。

關鍵詞：默認、默示承認、緘默承認、領土取得與喪失、領土取得之方式、權利根據、領土主權、三段階層規律、主權轉移、釣魚臺爭端、南海領域爭端。

Abstract

In most of international territorial disputes since 20th century, international tribunals constantly refer to acquiescence as rationale of judicial rule. This thesis is designated to examine the role of acquiescence in international territorial disputes. Specifically, the object is three-fold: First, exploring the extension and definition of acquiescence; Second, to examine the relationship between acquiescence and “the modes of acquisition” , and utility of these modes in tribunal practices. Third, to summarize the rules of acquiescence in territorial disputes.

By examining cases, we find acquiescence is consent in the form of informal state conduct, while the state face a circumstance which calls for a positive reaction. Acquiescence is also an interpretative tool of territorial titles (i.e. treaty, uti possidetis and occupation) and transfer of sovereignty, and it should be manifested “clearly and without any doubt” in the latter situation. In other words, remaining silent in the face of adverse possession does not constitute acquiescence, it also implied that the so called “prescription” in strict sense does not exist in any judicial decision of international territorial disputes.

Lastly, according to my studies on cases of territorial disputes, there are three types of method (or analysis) could lead to acquiescence, they are: (1) to appraise the relative strength of the sovereign stretch relating to disputing territory; (2) to issue evidence directly proving knowledge or consent; (3) to prove the circumstance (internal or external) called for reaction.

Keywords: Acquiescence, Implied Recognition, Tacit Recognition, Acquisition and Loss of Territory, the Modes of Acquisition of Territory, Titles, Territorial Sovereignty, Tripartite Hierarchical Decision Rule, Transfer of Sovereignty, Diaoyutai Islands, South China Sea.

章節目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	6
第三節 研究方法	7
第四節 研究限制	8
第五節 章節安排	9
第二章 國際法中的「默認」概念分析	11
第一節 默認之定義與主動行為	11
第二節 默認與承認之關係	27
第三節 默認的要件	50
第四節 小結	63
第三章 默認在國際法領土取得理論之角色	66
第一節 先決問題	67
第二節 默認與先占	70
第三節 默認與時效	83
第四節 默認與歷史權利	91
第五節 默認與歷史鞏固	96
第六節 默認與有效性	101
第七節 默認與割讓	123
第八節 小結	128
第四章 默認在國際法領土爭端案例之應用	134
第一節 國際領土爭端判決模式基本架構	134
第二節 默認與條約之嗣後實踐	147
第三節 有效性與默認在案例中的應用	173
第四節 小結	206
第五章 結論	209
第一節 研究結論	209

第二節 未來展望	227
參考文獻.....	236



圖目錄

圖 2-1：承認之行為與承認之官方聲明之關係.....	29
圖 2-2：正式程度與國家之表意方向座標圖.....	34
圖 2-3：可拘束國家之國家單方舉措.....	37
圖 2-4：默認之基本架構.....	64
圖 3-1：時效原則.....	84
圖 3-2：海峽群島案中之事實狀態.....	93
圖 3-3：海峽群島案中法院推理順序.....	95
圖 3-4：有效性創造權利根據.....	114
圖 3-5：有效控制不足以取代權利根據.....	116
圖 3-6：構成轉移主權之情況.....	120
圖 4-1：三段階層規律、轉移主權與默認之關係.....	141
圖 4-2：有效性之分類.....	182
圖 4-3：國際法庭放寬行使主權之理由.....	194
圖 5-1：國際法庭應用默認之方式.....	226

表目錄

表 1-1：二十世紀以來之領土爭端各方論據與判決理由	3
表 2-1：正式程度各項指標之組合	46
表 2-2：承認之類型區分	49
表 3-1：各類權利根據與默認之關聯與案例驗證	133
表 5-1：默認之分析方式與爭端方舉證方向	221



第一章 緒論

第一節 研究動機

在國際法秩序中，國家表達同意，因此受到拘束。而表達同意的方法，可以是正式的條約，亦可以是抱持法之信念的國家實踐而產生的習慣，或是各國所承認的一般法律原則，以及透過分析當事國之互動而得知的默認。¹一般而言，條約、習慣以及一般法律原則，與默認相比較，前三者的表現型態較為具體，可能行諸文字，或存在具體的國家行為以及實踐，且受到國家有權機關的贊同，因此較容易得知國家是否同意受某特定一規範拘束，或者同意特定情勢合法存在，以及國家同意之具體內容。相較之下，默認通常指有權機關在國際法爭端中分析爭端各方之互動，而得出的國家同意，²因此確認爭端當事國之間的權利以及義務。至目前為止，默認在許多類型的國際法爭端中發揮效果，如國際習慣、海洋劃界以及領土爭端，故默認此一概念作為研究領域相當廣泛，涉及的案例相當多，而本文將聚焦於默認在領土爭端中之角色。

在探討「默認在領土爭端中之角色」之前，首先應當釐清默認之定義——在國際法案例、學者著作中，所稱之「默認」具體指涉範圍——即其表現型態為何？針對此一問題，本論文將將在本文第二章，將學者之論著蒐整辯證，並且以務實之角度界定默認定義之具體範圍，並嘗試界定默認之要件，或曰表現形式。

默認在領土爭端中之角色為何？對於此一問題，本論文將從兩個角度切入，第一，默認與傳統學說中的領土取得諸方式的關聯；第二，在國際司法解決中，爭端方如何應用默認之論點，以及司法機構如何判定默認存在，以及發生效果之前提條件為何，皆為本文所關切之重點，下分別簡單介紹。

¹ Nuno Sérgio Marques Antunes, 'Acquiescence' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, p. 1.

² Ibid.

默認與傳統學說中的領土取得諸方式的關聯，旨在探討默認與各領土取得方式之間的邏輯關聯，以及評價各領土取得方式作為法律理論之理論價值。國際法中的領土取得方式(Modes)類比自羅馬私法，這些領土取得方式作為平等主權國家之間適用的規則時，因國際法與國內法之基礎不同，勢必需要修正與調整，尤其是應用於國際司法解決時。而國際法教科書之中的領土取得方式，事實上也是國際法學者為了解釋國家取得領土之現象，而產生的理論。至於評價一個理論好壞之標準，首先，應當觀察該理論對於其所欲解釋之現象的解釋能力為何，並且為現實世界提供行為指引；其次，也應當檢視該理論之於該領域最重要理論是否存在矛盾。³本論文將在第三章，分別依據實務上之角度（即過去之國際法領土爭端案例），以及從評價理論之角度，嘗試分別釐清默認與傳統國際法領土取得方式（理論）之關係。

研究「默認在領土爭端中之角色」的第二個途徑，即透過分析國際性領土爭端之判決書，以得出普遍性的結論。自 20 世紀起至今，國際性之領土爭端的司法決定至少有 24 件（包含國際法院、國際常設法院、仲裁），依據保守之統計（請見表 1-1），⁴其中 15 件至少爭端中其中一方直接以默認(acquiescence)作為其對於爭議領土之論據；法院或者仲裁庭以默認達成領土主權歸屬之案例有 13 件。⁵由上統計，可知默認在實務上之重要性。整體而論，默認作為論點或者判決之根據，在國際性領土爭端司法解決中，會在三個層次發揮功能，第一，條約解釋；第二，若應用保持佔有主義，殖民時期公權力之間的互動；第三，有效性（effectivités），此應用默認最為普遍之情況，因為在許多國際領土爭端當中，爭端當事國之間未必有締結規範領土之條約，或者即便有締結這類條約，也並未明確規範爭議區域的主權歸屬。在真偽不明(non liquet)的情況下，國際司法機構

³ 在國際法領域中，應是「公共同意說」。

⁴ 某些案例之訴狀未能取得；某些案例或許在字面上不使用「默認」一詞，但依其主張，例如時效，必然隱含指控爭端另外一方的默認。

⁵ 一個案件可能有多個爭議區域，因此亦可能應用不同之法律達成決定。另外，以條約達成結論者共 6 件；以保持佔有主義達成結論者亦 6 件。

可能檢視爭端各方在關鍵日期之前互動，⁶從爭端方的主動行為或是沉默，推得同意存在即為默認，以確定爭議領土的歸屬，故可謂默認是國際司法機構決定領土歸屬的其中一種重要方法，也意味著國際司法機構不必然優先選擇以此方式決定主權歸屬；以爭端方之角度而言，默認是一種詮釋工具，⁷爭端一方篩選、組織與爭端相關之事實與證據，藉以主張爭端另外一方同意前一方擁有爭端領土之主權，這意味著主張不必然成功。

本研究之動機有二，第一為知識上的動機，本研究透過歸納與分析國際領土爭端之案例以及學術文獻之探討，以得知默認在國際領土爭端中的角色。具體而言，為默認之前提和要件，以及默認與其他領土取得方式之關係，最終嘗試得出客觀知識。第二個動機基於務實之考量。由於我國與週遭國家存在領土爭端，故本研究期待以學術文獻之探討與自國際領土爭端之案例得出之規則，可應用於檢視各爭端中各方之論點。

表 1-1：二十世紀以來之領土爭端各方論據與判決理由

年份	案件	爭端方以默認為論據	判決根據:條約/保持佔有主義/有效控制與默認
1909	The Grisbadarna Arbitration	查無訴狀	有效控制與默認 ⁸
1928	Island of Palmas Case	有	有效控制與默認
1931	Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)	查無訴狀	有效控制與默認

⁶ Nuno Sérgio Marques Antunes, *supra* note 1.

⁷ *Ibid.*, p. 3.

1932	Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland	查無訴狀	有效控制與默認
1951	Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)	無	有效控制與默認
1957	Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/Netherlands)	荷蘭提出	條約
1958	Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)	宏都拉斯提出	默認仲裁協定
1959	Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)	無	條約解釋-嗣後實踐與默認
1966	The Palena Arbitration (Argentina c. Chile)	名目上無，但禁反言主張與默認相連。	解釋 1902 年之仲裁
1968	Rann of Kutch Arbitration (Pakistan v. India)	查無訴狀	有效控制與默認
1977	Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel	查無訴狀	默認條約之嗣後實踐
1983	Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)	有（在適用法之問題）	保持佔有主義，但主要爭辯點在殖民時代之有效控制證據（colonial effectivités，故默認扮演角色

1986	Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)	宏都拉斯主張、薩爾瓦多主張	有效控制與默認
1990	Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)	查德主張	條約
1991	Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)	卡達主張	Zubarah: 有效控制與默認 Hawar Islands : uti possidetis iuris principle Janan Island : uti possidetis iuris principle
1994	Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)	雙方皆主張默認	條約/保持佔有主義
1996	Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)	Namibia 主張波札納默認	條約解釋
1998	Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)	有	有效控制與默認
1998	Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen)	葉門主張厄利垂亞默認	Natural Unity
1999	Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)	無明示主張	有效控制與默認

2001	Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)	哥倫比亞主張	有效控制與默認
2002	Frontier Dispute (Benin/Niger)	雙方皆有	保持佔有主義
2003	Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)	新加坡主張	有效控制與默認
2010	Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)	尼日主張	保持佔有主義

資料來源：作者自行整理自判決書。其中，被歸類存在「默認」概念之訴狀或者判決書，不以名目上出現「默認」(acquiescence)一詞為限，爭端各方論據、司法機構之判決中包含以有效控制、時效作為理據，默認必然為其根據之一。

第二節 研究目的

本研究之目的基於前述兩項研究動機，即嘗試得出默認之客觀知識、法則，並應用默認之客觀知識分析我國與日本之間在釣魚臺領土爭端中的論據之合理性，故研究目的為得知在國際領土爭端中默認的內涵。具體而言，此論文應回應以下問題：在國際領土爭端之司法解決中，國際司法機構在什麼條件下，會應用默認這一概念？默認和其他領土取得方式之間的關係為何？其位階與連結為何？國際司法機構如何應用默認這一概念？在哪些條件之下，國家的哪些行為或是沉默構成對其他國家擁有爭議區域之領土主權的默認？為清楚說明上述問題，以下分點說明，釐清本文之目的。

1. 在國際領土爭端之中，「默認」之概念具體指涉哪些現象？本文之首要的目的，為探索國際領土爭端之中，默認成立之條件。經過初步的文獻檢閱後發現，默認是國家在一個「需要積極回應或反對的情勢」下之沉默或消極

回應，⁹本文嘗試進一步釐清領土爭端中構成需要積極回應的情勢，以及所謂的沉默、消極回應之樣態。

2. 在國際領土爭端之司法解決中，默認和其他領土取得方式之間的關係為何？這一問題可以依據對領土取得方式的理解而有兩種不同的切入方式。首先，依據傳統的領土取得方式（理論）作為分類標準，分別探討默認與先占、時效、割讓、歷史權利與歷史鞏固之間的關係，並嘗試評估理論實益。第二種切入方式以國際司法機構實務上判決的基本模式為本，即依序考慮條約、保持佔有主義與有效性作成決定，¹⁰本文分別探討默認在上述三種權利根據之中扮演的角色。

3. 最後，本文亦嘗試探索影響默認應用之各類因素為何。此一問題可進一步區分為兩個層次。第一個問題為，應用默認之限制為何？第二個問題為，法庭考量哪些因素，以決定某一爭端方享有爭議領土主權，而另一爭端方態度構成默認。

為回答以上問題，本文透過探討學者對於默認之觀點、國際法案例，以回應以上問題。釐清默認這一概念，有助於我們理解國際領土爭端在司法解決中的走向，且可能在我國牽涉的領土爭端中，產生、組織、鞏固論點，或者破壞爭端其他方的論點。基於實務上的目的，此論文將開一章節，將以前幾章節所產生的知識，檢視釣魚臺主權爭議與南海爭端中與默認相關的論點是否合理。

第三節 研究方法

本文採用文獻分析法作為主要的研究方法。本文之目的為默認在國際領土爭端之中的腳色，具體而言，即國際法院在領土爭端中如何應用默認決定爭議領土之主權歸屬，故本文透過研究具有代表性的國際法院案例，以歸納國際法院通常

⁹ Ian C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence" *British International Law Yearbook*, 1954, p. 143.

¹⁰ 此一方法學者 Sumner 稱之為「三段階層規律」(Tripartite Hierarchical Decision Rule)。請見：B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *Duke Law Journal*, 2004 53(6), pp. 1803; 1811-1812.

考量的因素。然而國際領土爭端案例眾多，不能盡數研究；且理論或者通則雖以經驗現象為本，但不應受限於經驗，故本文也將對各家學者之默認、領土取得的相關理論嘗試辨析。

本論文亦包含一個重要假定——國際法庭是一致的決策者，這一假定表示無論是常設國際法院、國際法院或者仲裁機構，在領土爭端中判決的原理一致、不相互矛盾，且不同的判決書之中的理據可以相互補充，雖然這一假定不時會被學者所挑戰，¹¹且在《國際法院規約》第 59 條中亦規定：「法院之裁判除對於當事國及本案外，無拘束力。」

國際司法機構由個人所構成，以國際法院而言，法官來自不同法系、不同文化背景之國家，且由安理會與大會選舉產生。在法官產生過程中，即可發現國際政治對於司法之潛在的影響力，而不同法系、不同文化背景的法官，也很可能會有不一致見解。¹²在時代背景上，不同時期的法官對於「正義」觀念也很可能隨之變遷，影響其判決；且規約第 59 條之規定，亦使法官有不必要按照前例判決之權限。

雖然有上述種種可能導致國際司法機構之判決不一致的原因，然我們也可能想像，法官們在判決時雖然可能受到上述原因影響，但同時也會考慮其判決之於國際社會的效果：若判決之原理之間相互矛盾，將會導致國際社會之成員行為無準繩可循，造成一定程度的失序。

最後，基於歸納通則之目的，有必要假定國際司法機構是一致的決策者，其決定皆不相互矛盾，並且可以相互補充。

第四節 研究限制

¹¹ Chan 即認為古寺案之判決不符合過去國際法案例中所揭示的原則。請見 Phil C. W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited" *Chinese Journal of International Law*, Fall, 2004, Vol.3(2), p. 438.

¹² 極端而論，每個人甚至都可能具有不同之正義觀。

默認這一概念在國際法之中，除了可應用於國際領土爭端，在國際習慣之形成、歷史權利、管轄權之建立、海洋權利等議題中，默認皆扮演角色，而本文限縮範圍於領土爭端，此為侷限之一。

第二項研究限制源自於歸納法。如前所述，本文將歸納分析所選之國際法案例之中與默認形成相關之因素，然而本文無法涵蓋所有國際領土爭端之案例，故嘗試在眾多案例中選擇具有代表性者歸納分析，然而從有限之案例得出通則性知識之方法長久以來即為人所質疑其可靠性，¹³故本文只能作為一開端，待未來之研究進一步證實、增添內容。

第三項研究限制牽涉法官之特質。本研究事實上為國際司法機構在領土爭端之決策，故除了純粹法律、理性之方法，法官之文化背景、心理特質以及各個時代對正義之概念變化也可能影響其推理、判決。然而本文研究主題為國際法，故上述因素雖然也可能影響法院之決策，故只能就與法律直接相關的論點進行討論。

第五節 章節安排

本文分為五個章節。第一章緒論，簡單介紹國際法之中的默認之概念以及其功能，並且進一步限縮研究問題，為國際領土爭端中默認之角色。默認之概念在國際法領土爭端中角色相當重要，就普遍之現象而言，默認在二十世紀以來的國際性領土爭端之司法解決中至少有一半以默認作為判決根據；而在我國當前(2016年)涉及且尚未解決的領土爭端，即東海之釣魚臺列嶼以及南海諸島以及水域，默認之概念或為我國或者爭端之其他方作為論據基礎之一。故，默認在領土爭端中，以一般之國際法現象而言，經常發生且可能決定爭議領土歸屬，具有重要研究價值；以我國國家利益角度而言，研究默認之角色，亦有助於評估我國與爭端

¹³ 陳瑞麟，《科學哲學：理論與歷史》。2010年，台北：群學，頁90。

其他方之法律主張的相對強弱。確認此一題目具有研究價值後，扼要的簡述本文對此一题目的研究目的、方法、限制，以及章節安排。

第二章為『國際法中的「默認」概念辨析』探討默認之表現形態。默認作為一分析工具，應得知其具體指涉現象之範圍，才可能應用、分析。在這一點上，學者們對於默認是否應包含國家主動行為存在辯論，本文嘗試爬梳辯證一合理之範圍。

第三章為「默認在國際法領土取得理論之角色」旨在探討，默認與國際法領土取得「方式」之間的關係，這些「方式」事實上亦為人類為解釋國家取得領土，且被視為符合國際法之事實的理論。然，這些理論事實上類比自羅馬法，因此這些理論與國際法之基礎理論之相容、一致程度值得探討，而默認可能扮演橋樑之角色。第三章除了分別探討默認與各個領取得理論之關係，亦嘗試對既存之領土取得理論以案例驗證，並且整併。

第四章為「默認在國際法領土爭端中之應用」，旨在歸納過去已經透過國際司法解決之領土爭端案例中，¹⁴應用默認之條件為何。本文主張國際司法機構，無論是國際常設法院、國際法院或者仲裁，其判決推理有一固定規律，即依據條約、保持佔有主義、有效控制依序考量，三者為階層關係，¹⁵而默認在此三個階層都有應用之可能性，本文限於能力僅探討默認在條約解釋與有效性之應用與規律。

第五章為「結論」，簡述本文所得出之結論，依此提出建議，並嘗試以本文之研究結果，辨識在東海與南海領土爭端中默認可能的應用範圍

¹⁴ 主要為 1990 年之前的國際領土爭端案例，這些案例已經為學者討論甚多，故適合用以歸納通則。

¹⁵ 2012 年尼加拉瓜與哥倫比亞之間「領土與海洋爭端」章節編排應可以驗證此一說法，請見：*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624; Brian Taylor Sumner, "Territorial Disputes at the International Court of Justice." *Duke Law Journal* 53.6 (2004): 1779-1812.

第二章 國際法中的「默認」概念分析

本論文探討之問題為「默認在國際領土爭端中之角色」，然在探討此一問題之前，有必要對國際法領域之「默認」進行概念分析(Conceptual Analysis)，意即對此一概念賦予清楚之定義，排除不必要之元素；釐清此一概念與其他相近概念之間的關係，如承認。本章以國際法領域之中的默認之分析，作為國際領土爭端中之默認的推論基礎。

對於一個概念的定義之好壞，應當觀察兩點：第一，該定義是否能準確包含指涉我們所欲指涉的現象，這表示一個定義應當使一個概念與其他概念有所區別，且沒有不當蘊含、反例(counterexample)；第二，對一概念之定義，應當將該概念拆解至不證自明之地步，所謂不證自明可以是常識，亦可以是特定學科領域中的公設(axiom)，如此一來才可能達成提供更多資訊的目的。¹

本章將透過國際法案例與學說，釐清默認之概念，嘗試賦予默認在國際法中初步的定義；並且分析默認與承認之關係，探討默認之要件。

第一節 默認之定義與主動行為

「默認」這一詞彙確切所指涉實質內容為何，在學者之間仍存在爭議。首先，學者們對於沉默為默認的表現形式之一是無爭議的，即國家可以透過沉默作為表意方式，但是默認之概念是否包含國家主動行為？根據對這一問題的回答，本文將學者們的意見分為兩派，即贊成默認包含主動行為與反對默認包含主動行

¹ 賦予一個概念之定義應符合之標準，為哲學領域所研究之內容，故在此不多做論述。除了本文所提及之兩個標準，其他標準如避免循環論證、在可行範圍避免負面表述。請見：Schipper, Edith Watson. "A first course in modern logic." (Routledge: 1959), p. 24; Gupta, Anil, "Definitions", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions/>>.

為兩類意見。以下分別簡述兩派對於默認之定義與描述，以及贊成和反對將主動行為納入默認之分析架構的理由。

壹、反對將主動行為納入默認之觀點以及其理由

在默認的分析架構中，有學者反對將國家之主動行為納入默認分析架構，以下分別列舉其觀點。

一、Hersh Lauterpacht

Lauterpacht 認為沉默可以是習慣的證據：

「當國家一致且頻繁地單方面主張權利，且其他國家未抗議時，就可以被視為符合國際法，創造習慣的同時，本身就是習慣的證據。」²

在其修訂的《奧本海國際法》中，對於利益相關程度不同之國家的沉默所顯示的意義有如此表示：

「疏於抗議的意義主要取決於事件所發生之背景；如果直接與深切地受到某項爭議影響的國家疏於抗議，其意義遠大於未受到該爭議直接或深切影響的國家之疏於抗議。」³

二、Ian N. MacGibbon

MacGibbon 認為默認為在一個需要積極回應或反對的狀況下，國家無抗議或是沉默。⁴且 MacGibbon 認為，默認之表現形式只可能為沉默：

² H. Lauterpacht 'Sovereignty over Submarine Areas', *British International Law Yearbook*, 1950, p. 395.

³ L. Oppenheim, *International Law*, 8th Edition, H. Lauterpacht, Volume 1 (London: Longman, Green, 1955), p. 1195. 事實上，這一見解應屬於勞德派特，而非奧本海，因在前七個版本之奧本海國際法教科書中完全無此一段落。勞德派特在修訂之第八版奧本海國際法，其內容與之前版本有三分之二不同。

⁴ Ian C. MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence' *British Yearbook of International Law*, 1954, p. 143.

"It is used to describe the inaction of a State which is faced with a situation constituting a threat to or infringement of its rights. Acquiescence takes the form of silence or absence of protest in

「（若使）默認可以為明示(express)，也可以默示(tacit)，將會使默認和承認(recognition)混淆，後者跟歷史性權利、時效無關。且只有經過一段時間後，默認才發生效果。」⁵

三、Ian Brownlie

Brownlie 認為默認與承認皆表示同意，而默認應是承認行為的一種次類型，以疏於抗議為形式：

「承認（國家與政府）這一問題，應當置於國家單方面行為的框架下處理，這種單方行為和某些法律權利(titles)、義務(liabilities)或豁免相關。疏於抗議，這種行為模式通常被描繪為默認，是違反本人利益的承認(admissions against interest)，例如接受地圖效力。這一類問題應該都是廣義的承認問題。有許多情況要求一國或多國回應，回應（或不回應）的本質、法律意義則由該情況決定。」⁶

四、Pierre Marie Dupuy⁷

Dupuy 認為默認應為沉默，且具有轉移主權的效果：

「國家單方面行為可能轉移主權，如果一國家面對另外一個國家要求主權或是行使主權毫無反應時(absence de réaction)，前者可能喪失主權。但後者的主權意圖必須清楚、毫無模糊。」⁸

circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection.”

⁵ Ibid., p. 165.

⁶ Ibid., p. 201.

⁷ Pierre Marie Dupuy 曾在國際法院之 20 多個案件中代表爭端當事國訴訟，其中包含涉及默認以及領土爭端的「陸地、島嶼與海洋邊界爭端案」(The Land, Island and Maritime Frontier Dispute)，也在 2009 年擔任常設國際仲裁法院的仲裁法官。個人經歷詳情請見「仲裁學院」網頁，網址：<http://www.arbitrationacademy.org/?page_id=946>。

⁸ Pierre M. Dupuy & Yann Kerbrat, (2014). *Droit International Public*. “Comportement unilatéral de l’Etat revendiquant et acquiescement” Dalloz: Paris. pp. 60-63.

五、Malcolm Shaw

Malcolm Shaw 認為承認、默認都表示同意，只是程度不一。他對於承認、默認、禁反言作出以下區別：

「承認是國家以積極行為(positive act)接受一項特定法律情勢，亦可能從所有相關之情勢推論而知，無論如何皆表示肯定(affirmation)一特定事實狀態，即使這一狀態與條約規範不一致。默認，則是一個國家在應抗議時而未抗議，或是未即時抗議。⁹換句話說，當發生需要表示反對的一項情勢，而國家不抗議，因此會被理解為接受新的情勢。而禁反言則是一方發出或是同意特定一項言論(statement)，且另外一方依賴之進行後續實踐，因此不能改變其立場，這基於『排除』(preclusion)之概念。」¹⁰

他認為儘管在理論上，承認、默認與禁反言能夠區別，但在實踐上卻經常是模糊的。¹¹他以「緬因灣案」(Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Canada v. United States of America)為例，¹²法庭事實上並無正面表示承認與默認以主動行為之有無作為區分。

六、N. S. M. Antunes¹³

Antunes 以主動行為之有無區別承認與默認：

⁹ See *the Land, Island and Maritime Frontier (El Salvador/Honduras)* case, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 577; 97 ILR, pp. 266, 493, and *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, pp. 1, 84.

¹⁰ Malcolm Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University press, p. 515.

¹¹ Ibid.

¹² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130; 71 ILR, p.74. 舉措(conduct)一詞可以包含行為或者不行為。

¹³ Nuno Sérgio Marques Antunes 為葡萄牙海軍少校，專長為航海學與國際法中的劃界，2000年時在英國杜倫大學之「國際領土邊界」小組擔任研究員，其博士論文主題為海洋劃界。其生平經歷資料來源，請見 Nuno Sergio Marques Antunes, 'Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement' *Boundary and territory briefing* Vol. 2, No. 8, IBRU, 2000.

「默認為具有司法相關性質的沉默而表示某種程度的同意。相反的，承認則以主動行為前提。」¹⁴

七、P. C. W. Chan

Phil C. W. Chan 同樣嘗試對默認與承認做出區別，他認為默認為「疏於抗議」，即沉默，而等同於「默示同意」(implied consent)，而承認為是主動行為，為「明示接受」(express acceptance)，兩者皆表示同意。¹⁵

總結而論，反對將主動行為納入默認概念之下的學者有 Hersh Lauterpacht、Ian C. MacGibbon、Ian Brownlie、Pierre Marie Dupuy、Malcolm Shaw、Nuno Sérgio Marques Antunes 與 Phil C. W. Chan 等人，他們認為主動行為應當歸類為「承認」，¹⁶以下簡單分析如此分類之理由。

Ian. N. MacGibbon 認為一國權利受侵害時，不抗議或是沉默為默認，¹⁷強調默認之表現形式只可能為沉默：

「默認可以為明示(express)，也可以默示(tacit)，將會使默認和承認(recognition)混淆，後者跟歷史性權利、時效無關。且只有經過一段時間後，默認才發生效果。」¹⁸

簡而言之，MacGibbon 做出此一區分的原因，乃是承認與時效與歷史性權利無關。細究其立場，因時效與歷史性權利(historic rights)之概念，皆以長時間的實踐為必要條件，因此他認為可以立即發生法律效果的承認——國家透過主動行為

¹⁴Ibid. p. 31.

¹⁵ Phil C. W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited" *Chinese Journal of International Law*, Fall, 2004, Vol. 3(2), pp. 422-423.

¹⁶ 接受這一分類方式的學者還有 Malcolm Shaw 與在國際法院有相當實務經驗的 Pierre-Marie Dupuy。請見：Malcolm Shaw, *International Law*, *supra* note 10, p. 516; Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 8, pp. 60-63.

¹⁷ Ian C. MacGibbon, *supra* note 4, p. 143.

"It is used to describe the inaction of a State which is faced with a situation constituting a threat to or infringement of its rights. Acquiescence takes the form of silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection."

¹⁸Ibid., p. 165.

表示其意思，不適合與時效與歷史性權利一併討論。然而這一說法存在兩個問題。

第一，首先針對國家主動行為的效果。除了明確有意承受法律義務的官方聲明外，其他主動行為是否能夠立即發揮效果，或單獨即足以使行為者承受法律義務？答案應是否定的，¹⁹以「聯合國國際法委員會」(International Law Commission, 下稱國際法委員會)所制定的「可產生法律義務之國家單方行為指引原則」而言，²⁰該文件所指的「國家單方行為」為有權機關發布有意承受法律義務的正式聲明，足見學界對於其他國家主動行為的法律效果尚無共識。²¹這些行為單獨若不能產生決定性的效果，則應衡量國家在這些行為前後之一段時間的態度，以評估是否接受或同意特定情勢為合法，這些主動行為在案例中被視為默認之範疇，²²而非承認。

¹⁹ Stefan Talmon, “Meanings of ‘Recognition’”, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, (Oxford University Press: 2001). Note 1. Talmon 認為「承認行為」之內涵仍有待釐清。

²⁰ International Law Commission, “Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations” *International Law Commission*, 2006, <http://legal.un.org/ilc/guide/9_9.shtml>.

‘Adopts the following Guiding Principles which relate only to unilateral acts stricto sensu, i.e. those taking the form of formal declarations formulated by a State with the intent to produce obligations under international law.’

²¹ 例如，非正式的國家行為，或者無意產生法律拘束效果的國家行為，又或者不屬於宣言形式的國家行為。

²² 法院案例中，構成默認的主動行為包含：「古寺案」中，泰國 Damrong 王子（同時任職內政部長）向法國駐曼谷之官員，發出之信件，該信件內容表示泰國政府感謝法國將「附件一」地圖交予泰國，並且要求 15 個副本；泰國亦以「附件一地圖」公開出版作為官方地圖。在「白礁島案」中，1953 年英國殖民地政府與柔佛蘇丹政府之信件扮演構成默認的決定性角色。外交文書可以構成默認之主動行為，這類例子還包含「海峽群島案」中的法國外交部之書信、「東格陵蘭島地位案」之 Ihlen 宣言。立法行為時之疏漏，亦可視為構成默認的主動行為，「西巴丹與利吉丹島案」中，法院表示印尼在 1960 關於群島水域之立法以及粘附地圖，都沒有提及爭議島嶼，不可忽視。請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, *I.C.J. Reports 1962*, p. 25, 27; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle*

第二，歷史權利與時效在國際法領域中的地位甚為可疑。歷史權利之內容似是不能有別於先占或時效，在國際法案例中也從未正面證實時效存在。更重要的是，時效這一源自羅馬法之規則，在國內法中之所以得以適用，是因為國家制定一確定的時間，使原本侵害權利的一方因此擁有合法的權利，但在國際法中，國家之間從未針對時效之時間要求制定普遍規則，²³故時效並非廣為接受的權利取得方式。基於上述理由，應無必要特別為了國際法上可能不存在的權利取得方式，而刻意將主動行為排除於默認概念之外。

其次論此一區分方式在實務上的效果。Antunes 認為承認以主動行為前提，默認則以沉默為表現形式。²⁴事實上，他亦發現到默認(Acquiescence)與默示承認(tacit recognition)在實務上難以區別，²⁵且即便是承認，仍須要時間這一要素，只是所需時間比單純沉默較短，²⁶這一說法與 MacGibbon 之「承認可以立刻產生法律效果」說法發生衝突。²⁷

Phil C. W. Chan 認為主動行為為明示接受(express acceptance)，即承認；默認以沉默表示同意(implied consent)。²⁸然而明示與默示之差異並不足以辨識主動行為的有無，國家、政府承認領域中的「默示承認」通常以國家之主動行為表示其立場，而非沉默。

整體而言，排斥將主動行為納入默認範疇有兩個理由。第一，主動的同意行為與時效、歷史權利兩個以長時間為條件之權利根據無關，主動的同意行為可以立刻發生法律效果，所以不屬於默認之範疇；第二，沉默必須經推論，方能得出同意。主動行為不需推論，故為明示同意、承認。

Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, *I.C.J. Reports* 2008, para. 203; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, *I.C.J. Reports* 2002, para. 137.

²³ Philip C. Jessup, 'The Palmas Island Arbitration' *The American Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4 (Oct., 1928), p. 748.

²⁴ Nuno Sergio Marques Antunes, *supra* note 13, p. 31.

²⁵ *Ibid.*, p. 3; *Gulf of Maine case*, *supra* note 12, para.130.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁷ Ian C. MacGibbon, *supra* note 4, p. 165.

²⁸ Phil C. W. Chan, *supra* note 15. pp. 422-423.

貳、贊成將主動行為納入默認之觀點以及其理由

在默認之定義爭論中，可觀察到以法語為母語之學者傾向將國家之主動行為納入默認分析架構，以下分別列舉其觀點。

一、D. H. N. Johnson

Johnson 認為時效之本質是默認，即一國家對於逆權侵佔(adverse possession)的無論是明示、默示的默認。²⁹而侵佔的行為必須為國家所行使(à titre de souverain)，³⁰佔有的行為必須和平不受干擾，³¹佔有的行為必須持續一段時間。³²換言之，在領土爭端中，符合上述幾個條件即可能符合「需要積極回應之情勢」。

二、Gian Venturini

Gian Venturini 將默認置於國家單方行為與態度下研究，賦予默認以下定義：

「默認是一個國家面對特定一項情勢的消極態度(attitude purement passive)，在這些情勢中要求該國家有所反應(reaction)，然而(沉默)不能產生等同於基於特別國際規範(règles internationales spéciales)的同意效果。」

³³

儘管他將默認之定義為消極態度，但他也發現在案件中國家主動行為的效果或許更具有決定性：

²⁹ D. H. N. Johnson, 'Acquisitive Prescription in International Law', *Cambridge Law Journal*, 1955, p. 349.

³⁰ Ibid., p. 344.

³¹ Ibid., p. 345.

³² Ibid., p. 347.

³³ Gian C. Venturini, "La Portée et Les Effets Juridiques des Attitudes et des Actes Unilatéraux des États," 1964. *Recueil Des Cours*, p. 374.

「實際上，不只是疏於抗議，主要是主動行為，在特定案件中，對於新的法律狀態構成同意。」³⁴

三、Jean Barale

Jean Barale 認為默認是一種不完整的國家表意形式，甚至沒有表示任何意思。³⁵在一個國際法爭端中，國家的主動行為與被動態度為默認的跡象(signes)，³⁶而默認包含的國家主動行為，具體指涉不構成「正式的意思表示」(expressions formelles)且無法確定其意圖的國家行為。³⁷

四、Hans Das³⁸

Das 同時從理論角度與實務角度提出默認之定義：

「默認是一種消極態度，儘管絕對的沉默在雙邊關係中相當罕見，因此默認通常之表現形態同時為主動行為以及疏於抗議。」³⁹

³⁴ Ibid., p. 393.

³⁵ Jean Barale 曾為法國「普羅旺斯艾克斯法律及科學院」(la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence)的講師(Chargé d'enseignement)，南特爾地區商業法院庭長(président du tribunal de commerce de Nanterre)，其關於默認之研究在聯合國國際法委員會在「國家單方面行為報告」中多次引用。Jean Barale, "L'acquiescement dans la jurisprudence internationale" *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965. p. 391.

"Cette précision du Larousse et l'accord de deux langues étrangères autoriseront peut-être à ne rechercher l'acquiescement que sous la forme de manifestations de volontés imparfaitement exprimées ou même inexprimées, et ouvrant par là un large pouvoir d'appréciation à la juridiction internationale."

³⁶ Ibid., p. 397.

³⁷ Ibid., p. 394.

³⁸ Hans Das 為比利時籍法學研究員。在學術上，曾於比利時魯汶大學法律系擔任研究員；並擔任依據《岱頓和平協議》所建立之「國際不動產索償受理委員會」(International Commission for Real Property Claims, CRPC)之法律部門負責人；現任歐盟執委會的民權保護單位(Civil Protection Unit)的決策官(policy officer)，也是歐盟 2007 年民權保護立法的主要起草人。Hans Das 生平資料來源，請見網址：<http://www.cipre-expo.com/conference/speakers-2/hans-das>。

³⁹ Hans Das, "L'estoppel et L'acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles,"

Das 認為，沉默應當符合某些條件，方可能構成同意：

「沉默不必然表示同意，其是否同意取決於沉默所相對的情勢與條件；沉默若要被界定為同意，必須符合某些條件，⁴⁰當一個國家，知道其他國家之主張（*prétentions*），儘管該國對於該特定問題有其利益、儘管該國有機會提出抗議，然在一定長的時間中，沒有任何反應，我們可以合理推論其沉默等於同意。」⁴¹

最後，默認既然為以疏於抗議表示之同意，那麼一個默認的主張或指控，可以被國家之相反意圖的證據所反駁。⁴²

五、Surya Prakash Sharma

在默認之定義上，Sharma 認為：

「（默認）指涉國家面對一特定情勢要求積極回應以保存其權利時，透過明示、默示，或者沉默、疏於抗議，同意一個主張(*claim*)；若國家維持沉默則表示放棄權利。」⁴³

Sharma 認為，默認在領土爭端中應用的條件是：

「當條約、習慣不能應用，且普遍承認之標準如保持佔有主義不能達成決定性結論時，基於國家單方行為，這種更為人為(*artificial*)之同意概念被應用於解決爭端。」⁴⁴

最後，Sharma 認為默認與禁反言之概念相互連結。兩者都要求一個國家之主張、指控，與其先前的舉措的不一致(*inconsistency*)，因此其主張不能被接受。⁴⁵

Revue Belge de Droit International, Feb/1997, p. 618.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 622.

⁴¹ *Ibid.*, p. 624.

⁴² *Ibid.*, p. 631.

⁴³ Surya Prakash Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes, and International Law* (Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 202.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 201-202.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 202; See also, Separate Opinion of Vice-President Alfaro in Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 1.5 June 1962: I.C. J. Reports 1962, at 401 para. 47.

六、Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié

Marcelo G. Kohen 與 Mamadou Hébié 認為默認是一種透過國家單方舉措 (conduct) 表達之意志，可以用以放棄主權、轉移主權予其他國家。⁴⁶ 並且觀察到，在領土爭端之案例中，默認通常與有效性 (effectivités) 一起分析：

「國家舉措由一個國家的有效性，以及其他國家對前者的反應構成。國家舉措表示相應各方對一爭端（領土）之權利，也許有宣示性效果 (declarative effect)。國家舉措在領土爭端中也可能導致禁反言，當一個國家決定不主張其主權時，國家舉措在領土爭端中也可能導致放棄一地之權利。相對的，國家之舉措也可以維持一國之權利，一個國家若失去對一塊領土之控制，但持續發出抗議，或者針對爭議領土立法，即可以表示維持該領土之主權的意圖。」⁴⁷

七、Jean Salmon

Salmon 為比利時「布魯塞爾自由大學」(l'Université libre de Bruxelles) 的榮譽教授，他認為默認是一國家面對一情勢，透過主動或者被動舉措表示之同意。⁴⁸

八、Marcelo G. Kohen⁴⁹

⁴⁶ Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, 'Acquisition of Territory' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, para. 13; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Case*, paras 120–21.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 39.

⁴⁸ Jean Salmon. 'Les accords non formalisés ou solo consensu' *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999. p. 15.

⁴⁹ Marcelo G. Kohen 出生於阿根廷，以國家代表或法律顧問身份參與國際法院近年多個案例，包含「白礁島案」、「巴勒斯坦隔離牆之合法性諮詢意見」、尼加拉瓜與哥倫比亞之「領土與海域邊界爭端」(Territorial and Maritime Dispute) 等等。目前亦為「國際法協會」(Institut de Droit international) 成員及秘書長 (自 2015 起)，並為馬克思蒲朗克斯比較法學及國際公法研究機構之研究員，其研究領域為國際領土邊界爭端，著作《逆權侵佔與領土主權》(Possession contestée et souveraineté territoriale, 英譯：Adverse Possession and Territorial Sovereignty) 在 1997 年獲得專為國際法研究設置的「保羅·古根漢獎」(Paul Guggenheim Prize)，Kohen 之生平、著作資料來源為

Kohen 認為，默認是國家以非正式方式表示的同意，正式同意是一方以具有某種正式形式(*solemnité*)的法律行為明示接受另外一方的立場。⁵⁰默認相對之，一個國際法主體面對需要積極回應情勢之不作為或者消極態度，⁵¹且默認之表現形式包含國家主動行為。⁵²

在默認之存在的條件上，Kohen 提出了幾點：第一，默認的一方，必須知情其默認的行為或者主張(*thèses*)；⁵³第二，存在默認之意圖。如果默認是以緘默表示同意，我們就沒有必要要求證明默認的主體在其行為中存在默認的意圖。儘管我們知道，僅考慮一國家的行為與不行為，以辨識其意志，未必為其真正的意志。在實務中，我們不考慮國家透過默認表示的意志，是否與其真正的意圖相矛盾，這一適用條約之規則也適用於默認。在條約或者默認的情況中，我們只考慮國家外顯的意志(*la volonté extériorisée*)，外顯意志可以正式表達，或者透過其行為表達。⁵⁴第三，反應的義務(*La charge de réagir*)。默認必然以另外一個國際法主體的行為或者所採取的立場為前提，因此默認才可能構成一個承諾或者契約(*engagement*)；⁵⁵第四，其同意亦須清楚且一致(*claire et constante*)。在領土主權爭端中，默認不是一個單一、孤立行為或者對一個行為、一個主張的疏於抗議。某些學者認為時間之流逝是默認的必要條件。然而，時間不只是默認的條件，也是所有法律關係共同之現象；⁵⁶第五，同意不應當有瑕疵，也應在法律上可行(*légalement possible*)。如同國家在條約中表示

「聯合國影音視聽圖書館」網頁，請見：http://legal.un.org/avl/pdf/ls/Kohen_bio.pdf。

⁵⁰ Marcelo G. Kohen. Chapitre IV. Le comportement de l'État et des autres sujets du droit international In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 18 octobre 2016). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/iheid/1306>. para. 31. 例如國際條約、承認聲明。

⁵¹ Ibid., para. 45.

⁵² Ibid., para. 75.

⁵³ Ibid., para. 51.

⁵⁴ Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para. 54.

⁵⁵ Ibid., para. 56. 以古寺案來說，法國直接向泰國政府表示了古寺主權歸屬之意圖。

⁵⁶ Ibid., para. 73.

的同意，如果被默認的內容與某一項絕對規律矛盾，默認不發生效果；⁵⁷如同條約可以撤銷同意之理由，默認也應用這些規則。⁵⁸

九、聯合國國際法委員會(International Law Commission)

研究「國家單方行為」的國際法委員會，基於國際法案例，認為默認不總是源自於沉默，也包含主動行為。⁵⁹在「關於國家單方面行為的第四次報告」中，委員會認為默認在案例中的表現形式，可以是積極的(actively)，或是默示的(tacitly)，也可以是既積極且默示的，⁶⁰因此包含了主動行為與沉默。

在案例詮釋上，委員會認為主動行為構成默認的案例至少包含 1960 年的「西班牙國王仲裁案」、⁶¹「古寺案」、⁶²「海峽群島案」。⁶³

⁵⁷ Ibid., para. 68.

⁵⁸ Ibid., para. 73.

⁵⁹ International Law Commission, “Seventh report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur”, Document A/CN.4/542*, 22 April 2004, p. 248.

‘To some extent, the conclusion might be drawn, in view of the above-mentioned legal precedents, that acquiescence is generally the result of the concomitance of various signs pointing to an overall conduct; the signs demonstrating acquiescence, that is agreement with a given situation, may be of many types, stemming from both active and passive State conduct.’

⁶⁰ International Law Commission, “Fourth report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur”, Document A/CN.4/519, 30 May 2001, p. 119.

“Acquiescence may be manifested actively, tacitly or both actively and tacitly.”

⁶¹ 委員會並未明言該案中哪些主動行為構成默認，但應包含：1905 年 11 月 30 日尼加拉瓜（下簡稱尼國）外長對國會之報告、1907 年 1 月尼國外交部長對西班牙之感謝仲裁的照會、1907 年尼國總統之國會咨文表示與宏都拉斯之間的爭端已經解決、1912 年尼國向宏都拉斯表示滿意仲裁結果等行為。請見：International Law Commission, “Fourth report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur”, Document A/CN.4/519, 30 May 2001, pp. 119-120.

⁶² 委員會並未言明構成默認的主動行為為何，但根據其引用判決書之頁數，可知為泰國內政部長向法國官員發出之感謝信件，以及泰國官方公布「附件一地圖」等行為。請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear, supra note 22, p. 25, 27.*

⁶³ 委員會並未言明構成默認的主動行為為何，但根據其引用判決書之頁數，可知為法國海軍部長之信函。請見：Ibid; *The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 71.*

委員會持此意見的理由有二，第一，如前所示，國際法案例支持；第二，委員會以正式與否作為區別同意的方式，⁶⁴故非正式的主動行為屬於默認之範疇。

整體而論，贊成將主動行為納入默認概念範疇內的學者有 Gian Venturini、D. H. N. Johnson、Jean Barale、Hans Das、Surya Prakash Sharma、Mamadou Hébié、Jean Salmon、Marcelo G. Kohen 以及針對「國家單方面行為」提出報告的聯合國國際法委員會。

支持將主動行為納入默認範疇的理由，主要有二。第一，國際法案例如此使用；第二，以正式與否劃分國家的表意方式，故默認可以包含沉默與與行為。

在案例的使用方式上，除了前述國際法委員會提及的案例外，近年的案例亦可以證實。在國際法案例中，「舉措」(conduct)一詞包含國家的行為與沉默，而默認由國家的舉措所產生，故默認包含行為與不行為。

在「白礁島案」中，法院表示「舉措」一詞包含行為與不行為：

「……法院總結，由於新加坡與其被繼承國構成主權行為的舉措，加上馬來西亞與其被繼承國包含疏於回應之舉措，白礁島主權在 1980 年已經轉移與新加坡。」⁶⁵

⁶⁴ International Law Commission, “Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations,” *supra* note 20.

"Noting that behaviours capable of legally binding States may take the form of formal declarations or mere informal conduct including, in certain situations, silence, on which other States may reasonably rely,

⁶⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22. para. 276.

'The Court concludes, especially by reference to the conduct of Singapore and its predecessors à titre de souverain, taken together with the conduct of Malaysia and its predecessors including their failure to respond to the conduct of Singapore and its predecessors, that by 1980 sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh had passed to Singapore.'

同樣在「白礁島案」中，法院引述「緬因灣案」，表示默認由國家舉措所構成：

「默認之概念，等同於由單方舉措表示的默示承認，其他方可以詮釋為同意。」⁶⁶

根據上述案例段落，可知默認由國家舉措所產生，而舉措包含行為與不行為，故默認包含國家之主動行為。除「白礁島案」外，法院在薩爾瓦多與宏都拉斯之間的「陸地、島嶼、海洋邊界爭端案」(Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)中表示：「很顯然的，這些國家可以透過條約修正其邊界；也可以透過某些形式的行為或不行為構成的默認修正1821年的邊界。」⁶⁷基於上述案例，可謂國際法庭之實踐支持默認包含主動行為的說法。

其次，有學者以正式與否區別國家的意思表示方式，故認為默認可包含主動行為。⁶⁸國際委員會在其「國家單方行為」歷次報告與最終擬定的「可產生法律義務之國家單方行為指引原則」中界定的國家單方行為，在形式上為正式的國家單方宣言，⁶⁹在實質內容上為接受國際法義務，即承認或同意。⁷⁰委員會之所以以

⁶⁶ Ibid, para. 121.

'The concept of acquiescence "is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent . . ." (Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America) *supra* note 12, p. 305, para. 130).'

⁶⁷Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras; Nicaragua intervening), ICJ Judgement of 11 September 1992, *ICJ Reports 1992*: p. 408, para. 80.

'It was obviously open to those States to vary the boundaries between them by agreement; and some forms of activity, or inactivity, might amount to acquiescence in a boundary other than that of 1821.'

⁶⁸持此意見者包含 Jean Barale、Marcleo Kohen 與「國際法委員會」，分別請見：Jean Barale, *supra* note 35, p. 394; International Law Commission, "Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations," *supra* note 20; Marcelo G. Kohen, *supra* note 50; para. 75.

⁶⁹ International Law Commission, "Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations," *supra* note 20.

⁷⁰ Ibid.

正式與否劃分國家之意思表示方式，是因為正式的宣言具有「自主性」，⁷¹而構成默認的國家行為與不行為，不具有自主性，⁷²且非正式的舉措難以界定國家之承擔法律義務之意圖，故以正式與否區別之。⁷³

簡而言之，支持將主動行為納入默認範疇之理由有二，第一是案例如此使用；第二，正式與否是劃分國家表意方式的適當方式，故默認可包含非正式的國家主動行為。

參、小結

本部分比較兩種說法並做一總結，以確定默認是否應當包含主動行為。首先，反對默認包含主動行為理由有二，第一個理由為，國家以主動行為表示同意為承認，⁷⁴故排除於默認之範疇。然而這一說法並不符合案例之說法，因默認亦屬於一種承認。⁷⁵

其次，因主動的同意行為不是歷史權利與時效的要件，故將主動行為排除於默認之範疇。⁷⁶然而這一說法仍不足採信，因時效從未為法庭使用過，⁷⁷而歷史權利之實質內涵不能有別於先占。⁷⁸

⁷¹ First Report, paras. 137-140. 委員會認為，一行為「自主」表示該行為不依賴其他行為即可以產生法律效果。相對的，默認是一種回應，其效果也取決於受默認的情勢、主張，故不屬於自主的行為。

⁷² Ibid., paras. 48-50.

⁷³ Eighth report on unilateral acts of States, para. 170.

⁷⁴ Malcolm Shaw, *International Law*, *supra* note 10, p. 516; Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 8, pp. 60-63.

⁷⁵ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, *supra* note 12, p. 305, para. 130;

⁷⁶ Ian C. MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence,' *supra* note 4, p. 143.

⁷⁷ Marcelo G. Kohen, Chapitre premier : La notion de possession contestée In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997. paras. 33-83.

⁷⁸ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, paras. 68-69

在支持默認包含國家主動行為之意見中，最重要的理由有二。第一，符合案例之使用方式；⁷⁹第二，劃分國家表意方式的標準為正式與否，故默認可以包含非正式的國家主動行為。

就雙方所持之理由而論，默認之概念應當包含非正式、回應某一法律情勢的國家主動行為。⁸⁰不僅因判決書如此使用，同時也因語言之主要目的為有效溝通，就此一角度而言，學說對於字詞之使用方式應當與判決一致，以免產生誤解。

第二節 默認與承認之關係

本節將探討默認與承認——這一相近概念之關係，以便界定後續之研究範疇。在前一節中，已經論證「默認」一詞在國際法之中應當包含國家主動行為，然默認與承認的關係仍有待釐清。

⁷⁹Ibid., paras. 121, 276.

⁸⁰ 默認包含之主動行為，初步而言，依據國際法委員會賦予國家單方行為之定義，可知條約以及一國有權機關所發出有意承受國際法義務之正式宣言不屬於默認之主動行為。依據 Barale 之見解，構成默認的主動行為包含外交書信與國內法行為；Kohen 則認為，構成默認的主動行為包含，國家單方宣言、國內法行為、外交文書（包含：談判中提出之事實、未受批准的協定）。法院案例中，構成默認的主動行為包含：「古寺案」中，泰國 Damrong 王子（同時任職內政部長）向法國駐曼谷之官員，發出之信件，該信件內容表示泰國政府感謝法國將「附件一」地圖交予泰國，並且要求 15 個副本。Damrong 王子任內政部長期間內致力於行政區重劃；泰國亦以「附件一地圖」公開出版作為官方地圖。在「白礁島案」中，1953 年英國殖民地政府與柔佛蘇丹政府之信件扮演構成默認的決定性角色。外交文書可以構成默認之主動行為，這類例子還包含「海峽群島案」中的法國外交部之書信、「東格陵蘭島地位案」之 Ihlen 宣言。立法行為時之疏漏，亦可視為構成默認的主動行為，「西巴丹與利吉丹島案」中，法院表示印尼在 1960 關於群島水域之立法以及粘附地圖，都沒有提及爭議島嶼，不可忽視。請見：Jean Barale, *supra* note 35, p. 394, 396; Marcelo G. Kohen. *supra* note 50, paras. 77, 105, 132; *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 25, 27; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22. para. 203; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgment*, I. C.J. Reports 2002, para. 137.

許多學者在撰寫以默認為一主題之文獻時，通常將默認與承認之概念一併討論，⁸¹這是由於這兩個概念有相同之處，且在實務應用時不易區分，兩者皆可能對同一組法律現象——各案件中為司法機構所認定之產生法律拘束效果的國家互動提供解釋。因此對於此一領域的作者來說，同時以這些概念解釋所欲解釋之案例，是一個無需解決兩者概念之間的關係且能夠涵蓋案例中可能應用之概念的寫作方式。然本文基於準確界定默認之目的，故將理清默認與承認之間的關係。

壹、默認與承認之區別

一般而言，默認與承認皆表同意，在學說中通常以主動行為區別兩者，但這一區別方式不合實際。本部分透過條約、案例以及學說釐清默認與承認適當之關係。

承認在國際法領域中經常探討的議題是承認之於國家地位的效果，爭辯焦點為承認是否構成國際法意義上的國家，這一焦點為宣示理論與構成理論所主導。國家地位之問題並非本論文關切之問題，故不深究此一問題，但在國家承認與政府之文獻中，有許多值得借鏡、參考之處，以便釐清承認與默認之間的關係。

一、「承認」與「默認」在條約與案例中的使用方式

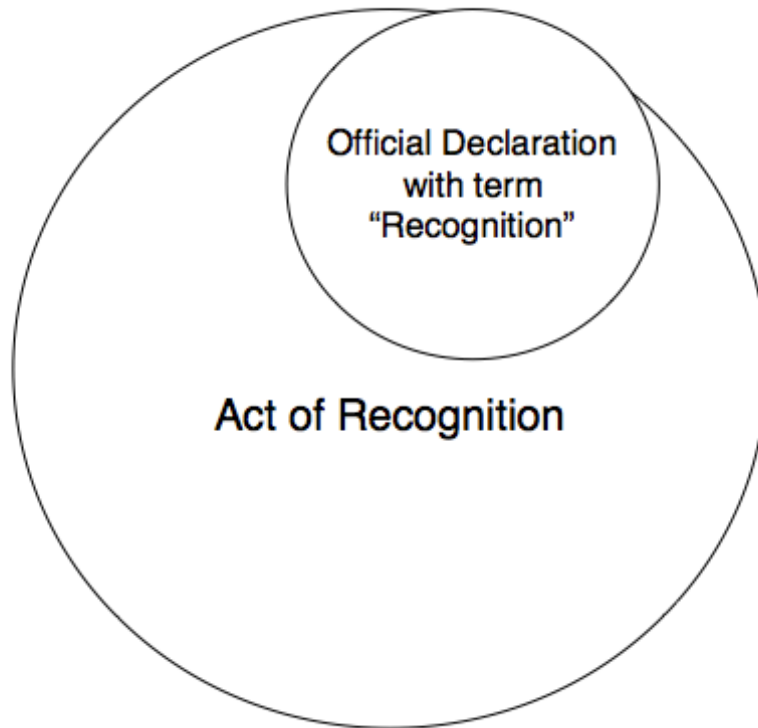
本文認為承認與默認皆表示同意，且默認是承認之一種次類型。以下探討承認之一般意義，後依據條約以及國際法院案例支持這一說法。

關於「承認」的一般意義，Stefan Talmon 的研究主題雖為國家承認與政府承認，但其研究方式具有參考價值，他首先研究官方承認聲明中「承認」一詞之意義。他發現在官方承認聲明中，承認有兩個意義，一是表示發出承認國與新國家或者新政府建立官方關係的意願，二是表示發出國對於新國家與新政府之法律地

⁸¹ Nuno Sergio Marques Antunes, *supra* note 13.

位的意見。⁸²且承認之形式不限，無論是否使用承認一詞都可構成承認的行為。⁸³(請見圖 2-1)

圖 2-1：承認之行為與承認之官方聲明之關係



參考資料: Stefan Talmon, “Meanings of ‘Recognition’”, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, (Oxford University Press: 2001). Note 1.

在國家承認與政府承認問題以外，承認在一般的情況中表示同意(consent)、肯定(affirmation)或者接受(acceptation)某一情勢為合法，或者同意受某一特定規則拘束，⁸⁴無論其用詞為何，其法律效果相同——發出承認的國家因此不能再挑戰

⁸² Stefan Talmon, ‘Recognition of States and Governments in International Law’, *Azerbaijan in the World. ADA Biweekly Newsletter*, Vol. 1, No. 19 (1 November 2008), pp. 7-10, available at [http://ada-edu-](http://ada-edu-az.outsourceinformationsystems.com/files/beweekly/27/ADA%20Biweekly_Vol.%201_No.%2019.pdf)

[az.outsourceinformationsystems.com/files/beweekly/27/ADA%20Biweekly_Vol.%201_No.%2019.pdf](http://ada-edu-az.outsourceinformationsystems.com/files/beweekly/27/ADA%20Biweekly_Vol.%201_No.%2019.pdf)

⁸³ Stefan Talmon, *supra* note 19. p. 33.

⁸⁴ Malcolm Shaw, *supra* note 10; Gian C. Venturini, *supra* note 33, p. 416.

該情勢、規則的合法性。上述承認一詞的意義可以《國際法院規約》第三十八條作為例證，其(子)項：「不論普通或特別國際協約，確立訴訟當事國明白承認(expressly recognized)之條規者。」與(丑)項：「國際習慣，作為通例之證明而經接受(accepted)為法律者。」以及(寅)項：「一般法律原則為文明各國所承認(recognized)者。」由此可知「承認」、「接受」，在國際法中之意義幾為同義詞，表示同意，其型態不限。

在利比亞與查德的「領土爭端案」(Territorial Dispute, Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)中，闡明了承認與默認的關係：

「……該協定條約中締約方的“承認”一詞產生……法律效果。國際條約以及案例法顯示有許多方法可以表達這種『承認』……在『古寺案』(Case concerning the Temple of Preah Vihear, Cambodia v. Thailand)中，地圖被援引用作代表條約之下劃界委員會所界定的邊界；事實上該地圖所表邊界，和條約所表示的『沿分水嶺』不同。法院最終決定『地圖線』為兩國邊界，因為“雙方透過其舉措，承認了(recognized)該地圖所劃邊界，因此事實上同意了該邊界線作為其邊界。”⁸⁵

依據上述案例段落可以顯示，「承認」一詞表示同意，可以條約為之，亦可以默認為之。若「古寺案」中的同意毫無疑問的為默認，那麼默認是承認的一個種類，只是表現形式不同於其他類型的承認。

另外一例為「帕爾瑪斯島仲裁案」，仲裁官認為除了條約以外，承認的行為可以界定國家之間的邊界：

「一般而論，領土主權是一種被承認且被在空間上劃界的情勢，若非以所謂的受國際法承認或是不存在受挑戰之跡象的自然邊界，否則即以利益相關的鄰國之間的法律互動，例如邊界條約或者國家之承認的行為界定邊界。」⁸⁶

⁸⁵ *Case Concerning the Territorial Dispute* (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Judgement of 3 February 1994, ICJ Reports 1994, para. 45.

⁸⁶ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II, pp. 838-839.

在該仲裁之結論中，可以發現仲裁官認為該案中所謂承認的行為即為默認：

「……但即使不考量《烏特勒支條約》，西班牙對於 1677 年後之情勢的默認，也使其繼承者現在被剝奪援引條約權利。」⁸⁷

總結來說，承認與同意在國際法領域中意義相近，其表現形式不限，而默認是某種形態的承認。此一說法也符合其他案例之說法，在「古寺案」、「緬因灣案」中，法院皆表示默認是「緘默承認」(tacit recognition)。⁸⁸

二、區別承認與默認關係之學說

在學說中，承認與默認有三種區別方式。第一種依據是主動行為的有無區別，以主動行為表示同意的為承認，以不行為表示同意的為默認。支持的學者有 Nuno Sérgio Marques Antunes、Phil C. W. Chan、Malcolm Shaw、MacGibbon，⁸⁹然其利弊在本章第二節已有分析，這種分類不符合案例中的用法。

第二種分類法，則根據特定案件中同意的主體區別，若同意的主體為利益相關方則為默認，若同意的主體為第三國，則為承認。⁹⁰

依據同意之主體作為承認與默認的區別，可以在「東格陵蘭島地位案」(The Eastern Greenland Case)中觀察到法院對於非爭端方之同意行為構成「正式承認」的標準低於爭端當事方，例如以下例子：「法國政府將不會對丹麥政府延伸主權至整個格陵蘭發出任何反對」、「義大利政府對於承認丹麥對格陵蘭主權沒有任何困難」、「日本政府表示不會阻礙丹麥在格陵蘭全島伸張政治與經濟利益」、「英國政府……承認丹麥對格陵蘭主權」，⁹¹法院認為「儘管內容有所差異，這些

⁸⁷Ibid., p. 869.

⁸⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 31; *Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. United States of America), *supra* note 12, p. 309, para. 145-146 「古寺案」與「緬因灣案」對於默認的定義較「領土爭端案」為侷限，前兩者用了「緘默」(tacit)，後者則無這種描述。

⁸⁹ Nuno Sergio Marques Antunes, *supra* note 13., p. 31; Ian C. MacGibbon, *supra* note 4; Phil C. W. Chan, *supra* note 15, pp. 422-423; Malcolm Shaw, *supra* note 10.

⁹⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 160.

⁹¹ *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 59.

照會的意思符合了丹麥的要求，⁹²即取得「正式承認」(formal recognition)；⁹³同時我們也可以注意到，爭端當事國挪威的外長在 1919 年 7 月 22 對於丹麥外長的回覆為「……挪威政府在這件事的解決上將不會造成任何困難」，⁹⁴其用字遣詞類似日本政府的照會，但沒有被法院認定「正式承認」丹麥主權。⁹⁵

在近年的哥倫比亞與尼加拉瓜之間的「領土與海洋爭端案」(Territorial and Maritime Dispute, Nicaragua v. Colombia)中，哥倫比亞主張英國等第三國承認哥倫比亞對爭議領土主權，⁹⁶然法院表示：

「……將第三國實踐之證據視為一整體，法院認為，儘管這一實踐不能被視為第三國承認哥倫比亞對於爭議島礁之主權，但某種程度上支持哥倫比亞之論據。」⁹⁷

由上述段落可知，第三國的同意不必然為法院稱之為承認，故在實務上法院並無依據同意之主體區別承認與默認的作法。且這一做法似無良好理由支持。在

⁹² Ibid., p. 59.

⁹³ Ibid., p. 59. 法院對於各國聲明的相關段落請見以下

‘These notes all appear to have been written upon the assumption that they were complying with what the Danish Government had asked for, despite the diversity of their contents.’

以及同頁下段：

‘The note went on to say that the request which had been made by the Danish Government must therefore be regarded as dictated by a desire to obtain “formal recognition...”’

⁹⁴ Ibid., p. 70.

‘J’ai dit aujourd’hui au ministre de Danemark que le Gouvernement norvégien ne ferait pas de difficultés au règlement de cette affaire.’

⁹⁵ Ibid., p. 69.

‘This declaration by M. Ihlen has been relied on by Counsel for Denmark as a recognition of an existing Danish sovereignty in Greenland. The Court is unable to accept this point of view.’

⁹⁶ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, para. 91.

⁹⁷ Ibid., para. 95.

‘...Taking the evidence of third State practice as a whole, the Court considers that, although this practice cannot be regarded as recognition by third States of Colombia’s sovereignty over the maritime features in dispute, it affords some measure of support to Colombia’s argument.’

實證上，除了「東格陵蘭島地位案」較可能間接的支持這個區分方法，⁹⁸這一區分法直接與「古寺案」、「緬因灣案」、「領土爭端案」、「領土與海洋爭端案」直接矛盾，⁹⁹故不能接受。

在否定了前兩種區別承認與默認的方式後，本文仍需要將默認與其他承認行為區別，否則無法聚焦研究之素材。如國際法院在利比亞與查德的「領土爭端案」所言，「國際條約以及案例法顯示有許多方法可以表達這種『承認』」，¹⁰⁰默認既為承認之一個類別，那麼與其他承認行為差異為何？

第三種分法由 Kohen 提出，他認為默認與其他承認行為最大的差異在於正式程度的高低。他將領土爭端中國家的表意方式，依據正式與否以及同意與否區分成四個大類型，分別為正式同意、默認、抗議、反對之行為(*comportement opposé*)，以下簡單介紹這一分類方式。（請見圖 2-2）

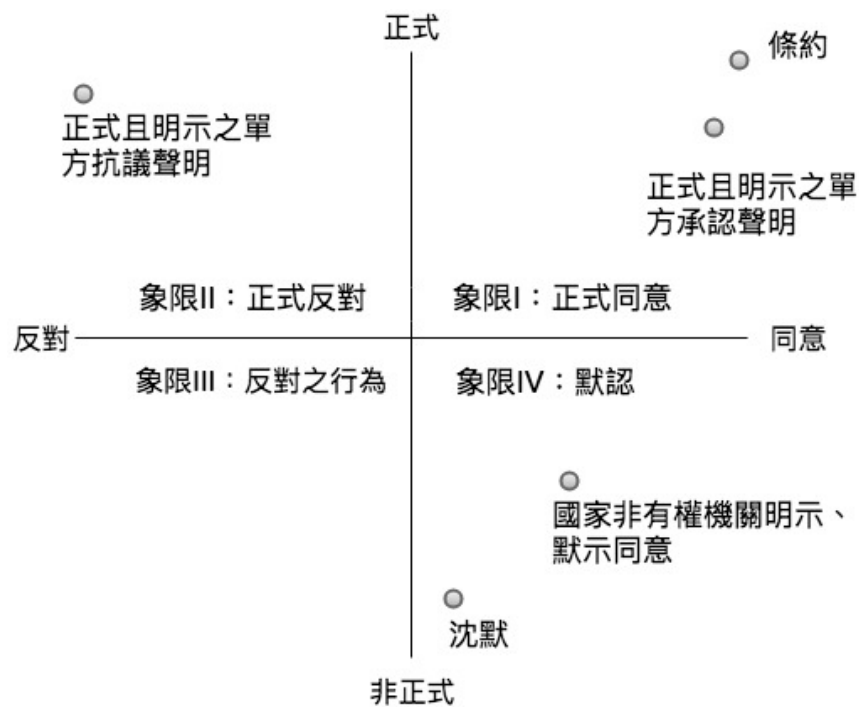


⁹⁸ 本文認為，即使是「東格陵蘭島地位案」也不能充分支持這一區分法，因為 *Ihlen* 宣言在正式程度上不如其他政府的承認行為。或許是挪威政府拒絕透過書面形式確認 *Ihlen* 宣言的內容，因此 *Ihlen* 宣言不被法院認為如其他國家政府所表示的「正式承認」(formal recognition)。請見：*Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 72.

⁹⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 31; *Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *supra* note 12, p. 309, para.145-146; *Territorial Dispute (Libya v. Chad)* *supra* note 85. para. 45; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *supra* note 96, para. 91.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 45.

圖 2-2：正式程度與國家之表意方向座標圖



資料來源：參考 Kohen 對之國家表意行為之分類，請見：Marcelo G. Kohen. Chapitre IV. Le comportement de l'État et des autres sujets du droit international In : *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Genève : Graduate Institute Publications, 1997.

首先，正式同意是一方以具有某種正式形式(*solemnité*)的法律行為明示接受另外一方的立場。¹⁰¹正式同意可以許多種形式表達，雙邊條約、多邊條約中締約之一方對特定一條款發表之單方宣言，或者一個單方承認另外一主體對於爭端土地主權之宣言。¹⁰²

其次，默認通常為「緘默表示」(*manifestation tacite*)其同意，或者表示默示接受(*acceptation implicite*)另外一方的法律立場的行為，可為在國際場合或者在國

¹⁰¹ Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para. 31.

¹⁰² *Ibid.*, para. 32.

內法中的行為，或者疏忽(omission)，¹⁰³具體而言，默認的表現形式分為主動行為、沉默、外交交涉(les échanges diplomatiques)三類。¹⁰⁴

具有正式性質的承認行為，相較於不具正式性，或者正式性質低的行為更容易被法院視為具有決定性(definitive)的同意效果。在「東格陵蘭島地位案」中，日本政府宣言與挪威的「Ihlen 聲明」內容類似，¹⁰⁵法院認為丹麥取得日本「正式承認」(formal recognition)，¹⁰⁶但「Ihlen 聲明」不為法院認為構成「承認丹麥主權」。¹⁰⁷在這裡，值得一提的是，法院在其判決書英、法文版本的相對應段落，表示「決定性的承認」(definitive recognition)與「正式承認」(reconnaissance formelle)為相對應的詞彙，以下列出英、法文相應段落對照。

在英文版本中：

“Nevertheless, the point which must now be considered is whether the Ihlen declaration even if not constituting a definitive recognition of Danish sovereignty did not constitute an engagement obliging Norway to refrain from occupying any part of Greenland.”¹⁰⁸

在法文文版本中：

¹⁰³ Ibid., para. 76.

¹⁰⁴ Ibid., para. 75, 76. 在外交交涉分類下，可以再分三類：1. 承認爭端存在，且提出和平方式解決爭端；2. 談判中的提案；3. 未批准的協定。

¹⁰⁵ *Legal Status of Eastern Greenland*, supra note 91, p. 59.

¹⁰⁶ Ibid. 法院對於各國聲明的相關段落請見以下

‘These notes all appear to have been written upon the assumption that they were complying with what the Danish Government had asked for, despite the diversity of their contents.’

以及同頁下段：

‘The note went on to say that the request which had been made by the Danish Government must therefore be regarded as dictated by a desire to obtain “formal recognition...”’

¹⁰⁷ Ibid., p. 69.

‘This declaration by M. Ihlen has been relied on by Counsel for Denmark as a recognition of an existing Danish sovereignty in Greenland. The Court is unable to accept this point of view.’

¹⁰⁸ Ibid., p. 69.

“Néanmoins, il importe maintenant d'examiner la question de savoir si la déclaration Ihlen, tout en n'étant pas une reconnaissance formelle de la souveraineté danoise, ne constitue pas un engagement obligeant la Norvège à s'abstenir d'occuper une partie quelconque du Groënland. ”¹⁰⁹

由上述段落可知，一行為的正式程度決定該行為是否為決定性(definitive)。¹¹⁰在該案中，挪威拒絕以書面形式表示「Ihlen 宣言」之內容，¹¹¹是其欠缺正式性，或是正式程度較低的原因。在國際法之「宣言」之討論中，可以注意到正式程度(solemnity)是其要件之一。¹¹²且國際法委員會亦以正式程度作為區別正式聲明以及默認之方式：

‘Noting that behaviours capable of legally binding States may take the form of formal declarations or mere informal conduct including, in certain situations, silence, on which other States may reasonably rely...’¹¹³

在上述文字中，非正式舉措(informal conduct)包含沉默通常是默認包含的範疇。因此以正式與否區別默認與其他承認行為，可謂受到國際法委員會的認可。國際法委員會認為，國家單方行為無論正式與否都可能產生法律效果，¹¹⁴但是越

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ 「白礁島案」中，法院亦表示行為之「正式」表示具有決定性效果。 *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, paras. 226, 227.

‘To conclude its consideration, in of the 1953 correspondence, the Court refers to three related aspects of the way in which counsel for Singapore presented its submissions based on it. First, Singapore referred to the Johor reply as a “formal” or “express disclaimer of title”...Regarding the first submission, the Court does not consider the Johor reply as having a constitutive character in the sense that it had a conclusive legal effect on Johor.’

¹¹¹ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 72.

¹¹² Oliver Dörr, 'Declaration' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, para. 1.

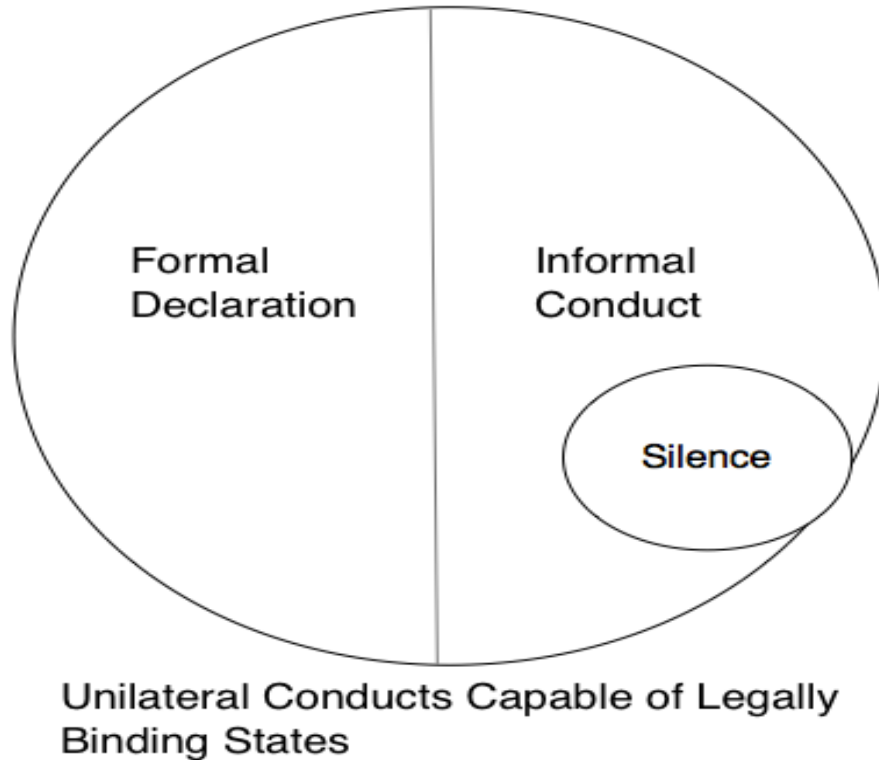
¹¹³ International Law Commission, *supra* note 20.

¹¹⁴ International Law Commission. "Eighth Report on unilateral acts of States." 57th session, A/CN.4 (2005): 557. para. 170.

‘The First conclusion that can be drawn is that the form is relatively unimportant in determining whether what is being dealt with is a unilateral legal act of the type in which the Commission is interested—in other words, an act that can produce legal effects on its own without the need for

正式的行為越能確認行為者產生特定法律效果的意圖(intent)，¹¹⁵因此越具有決定性效果；相對的，默認在案例中所指涉的國家舉措往往沒有表示接受特定法律義務的意圖。(請見圖 2-3)

圖 2-3：可拘束國家之國家單方舉措



資料來源：International Law Commission, “Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations” *International Law Commission*, 2006.

前述以正式程度對同意的分類，也可以套用在反對上。一個國家反對一個事實或者法律立場，也可以透過正式程度如此區別。抗議即指涉正式的反對，另外一類即「反對的行為」(comportement opposé)，¹¹⁶但由於本節僅處理默認與其他同意行為的差異，故不詳述。

its acceptance, or for any other reaction on the part of the addressee, as ICJ established in the Nuclear Tests cases (a decision discussed in previous reports).’

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para.145.

這一以分類方式在正式同意與默認的區分似乎仍未能完全互斥。舉例來說，Kohen 認為正式同意為明示接受(acceptation explicite)，¹¹⁷默認則為默示接受(acceptation implicite)另外一方的法律立場的行為。¹¹⁸然而不知基於何種原因，又表示：「正式同意也可以默示(consentement formel mais implicite)」，¹¹⁹如此一來，「默示的正式同意」與「構成默認的主動行為」無法區別。且事實上，Kohen 在默示的正式同意與構成默認的主動行為兩個主題中，都提及了 Ihlen 宣言。¹²⁰因此可知 Kohen 自己也知道這一分類可能不互斥，存在模糊之處。對他的解釋是，「默示的正式同意」是正式表示同意一項事實或者情勢的法律行為(acte juridique solennel)在爭端中拘束國家，且該行為間接地牽涉(indirectement abordés)這些事實；而構成默認的主動行為，表示一個主體之事實行為(faits accomplis)表示其同意。¹²¹這一解釋仍無法區別兩者，因此我們仍不能滿意於此，且基於本論文之研究目的，必須劃分兩者，以便釐清研究範圍。

儘管 Kohen 提出的正式同意與默認之區別仍有含糊之處，但也有顯而易見的好處，透過這一分類可以知道國家意志的方向以及強度，此一特徵為過去之分類方式所無，故不可輕易放棄。

¹¹⁷ Ibid., para. 31.

¹¹⁸ Ibid., para. 30.

¹¹⁹ Ibid., para.36. 該段文字以條約默示同意作為例子：「正式同意也可以是默示的，1984 年阿根廷與智利之間的和平條約唯一例證。阿根廷曾經單方宣布英國女王之於 Canal de Beagle 的仲裁結果無效。然而當 1984 年和平條約界定了前述仲裁之標的物——海洋區域，條約規範：「(尊重)當前在 canal Beagle 確立之邊界。」(la ligne de partage actuellement fixée dans le canal Beagle)條約劃界的起點，同時也是仲裁結果所標示的東界，且亦隱含(implication)智利對於 Picton、Nueva et Lennox 等諸島、礁石的主權。」

¹²⁰ Ibid., note. 74. Kohen 最終的立場是將「Ihlen 宣言」視為構成默認的主動行為，原因或許是 Ihlen 宣言並未透過正式方式表示，也或許是因為 Ihlen 之該宣言僅表示「不阻礙丹麥在格陵蘭的主權主張」，法院亦不認為此一宣言構成挪威承認丹麥主權，僅意味挪威有不阻礙丹麥在格陵蘭主權主張的法律義務。雖然如此，其最終效果在該案中和承認丹麥對格陵蘭主權無差異，故可謂默示承認。

¹²¹ Ibid., para. 76.

總結而論，區別默認與其他承認行為的三種學說，分別為第一種，依據主動與否區別承認與默認；第二種，依據個別案例中同意之主體區別，若為爭端方則為默認，非爭端方則為承認；第三種，依據正式程度區別默認與正式同意。

三種分類方式在案例的解釋上，第一種與第二種分類方式與判決書中的使用方式矛盾，故不能接受。第三種分類法，與「古寺案」、「緬因灣案」、「領土爭端案」之默認的描述並不矛盾，¹²²也與聯合國國際法委員會在「國家單方行為指引原則」的分類相合。¹²³

貳、區別默認與其他承認行為的適當標準——正式程度

Kohen 以正式程度區別默認以及其他類型之同意作為標準較為適當，這一區分方式受到國際法委員會支持，也不與判決書之描述矛盾。若一項行為，為法院視為「正式」，將會具有決定性效果。在「白礁島案」中，新加坡主張 1953 年柔佛之信件為「正式」(formal)、「明示」(express)放棄權利根據，法院對此表示，柔佛之信件沒有「構成」(constitutive)特質，不具有「決定性的法律效果」(conclusive legal effect)，¹²⁴故正式程度之高低應影響一行為之效果。

本文接受此一區分標準，將承認區分成正式同意以及默認，默認是較不正式的國家同意。由於本論文之研究題目為默認，且 Kohen 與國際法委員會尚未對正

¹²² *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22. p. 31; *Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, *supra* note 12, p. 309, para.145-146; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 85, para. 45.

¹²³ International Law Commission, *supra* note 20.

¹²⁴ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22. paras. 226, 227.

'To conclude its consideration of the 1953 correspondence, the Court refers to three related aspects of the way in which counsel for Singapore presented its submissions based on it. First, Singapore referred to the Johor reply as a "formal" or "express disclaimer of title" ...Regarding the first submission, the Court does not consider the Johor reply as having a constitutive character in the sense that it had a conclusive legal effect on Johor.'

式程度提出可辨識之指標，故本文嘗試探索區分正式程度高低之指標，乃至正式同意與默認之具體界線。

一、正式程度之指標

正式同意與默認之分野，應當考量國家表意方式的四個因素，以決定其正式程度。本文提出四項區別正式程度高低之指標，分別為：(一)發出機關位階高低；(二)行為之程序嚴謹程度；(三)是否透過正式管道發出；(四)明示、默示。下分別辨析各個因素作為區別正式同意與默認之可能性。

(一)機關之位階高低

在國際法之中，原則上應當由國家最高或者具有代表性的機關表達其接受拘束的意志，通常為政府領袖、元首、外交部長。但是在案例中，被視為有法律效果的國家之表意行為，不限於以上三者所發出，例如「英法海峽群島案」中法國海軍部長於1819年，在一封對象為法國外交部長的信函中表示 Minquiers 屬於英國。¹²⁵ 低階官員之行為拘束國家的例子，可見於「古寺案」中，泰國主張僅有低位階之官員看過「附件一地圖」，這些官員無製圖專業，也不知古寺之情事，法院表示：

「法院無論是在法律上，或是在事實上，都不能接受這一主張。如果真如泰國所主張，只有低位階的官員看過地圖，他們也是在行使其職務、自行擔負風險，在國際上，泰國的主張不會因此事實產生任何益處 (assistance)……。」¹²⁶

¹²⁵ Jean Barale, *supra* note 35, p. 395. *Recueil C.I.J.* 1953, p. 71.

¹²⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 25.

'The Court cannot accept these contentions either on the facts or the law. If the Siamese authorities did show these maps only to minor officials, they clearly acted at their own risk, and the claim of Thailand could not, on the international plane, derive any assistance from that fact.'

這類由不適格機關之表意行為通常被歸於默認之範疇；在沉默構成默認之情況中，更難以界定不行為之國家機關為何，¹²⁷故可謂正式同意通常由國家有權機關發出，而默認通常則否。

考量到「古寺案」與「白礁島案」中，國家有權關之意思表示仍可能構成默認，¹²⁸因此我們可以下一結論，由權限較低的機關做出之表達同意之行為一定被歸類在默認的範疇；而有權機關表達之同意可能為默認也可能是正式同意，因此發出機關不能充分區別正式同意與默認，但可以作為正式程度高低的指標之一。

(二)舉措形成之內部程序嚴謹程度

這一項目具體而言探討的是國家在國際上表達其意志之前，該意志在其國內程序之產生過程，其原理類應似於《維也納條約法公約》第四十六條之國內法關於締約權限之規定。¹²⁹這可以類比為一個人作決定時是否經過深思熟慮，在案件中存在越多一國之內有權機關知情、同意之證據，越可能被視為同意。

直覺上來說，國家之舉措產生的內部程序越嚴謹，其行為或不行為越能表達其意志而拘束之。依據這一標準，條約和單方宣言的效果應有高下之別，其理由即如 Kohen 所言：

「宣言一般而言很難建立如在條約之中表達的同意。事實上，條約即便是最簡化的形式，都由多個機關參與其程序，且尤其是與條約同意之標的物 (objet) 相關的機關。單方宣言有時可以具備上述特質，但一般而言不具備。」¹³⁰

¹²⁷ International Law Commission, “Seventh report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur,” *supra* note 59, para. 228.

¹²⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 25; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, paras. 226-227.

¹²⁹ 《維也納條約法公約》第 46 條：

‘一、一國不得援引其同意承受條約拘束之表示為違反該國國內法關於締約權限之一項規定之事實以撤銷其同意，但違反之情事顯明且涉及其具有基本重要性之國內法之一項規則者，不在此限。’

¹³⁰ Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para. 40; Edvard Hambro, “The Ihlen Declaration Revisited”,

除此之外，在民主國家之中，國家之對外行為若受到國會接受應當更稱得上嚴謹，因此有更高效果。例如「西班牙國王仲裁案」中，尼加拉瓜總統及外交部長多次向本國國會表示接受仲裁及其結果，¹³¹且為該國議會贊同。¹³²

在案例中，內部程序影響了不行為以及行為之效果。在「古寺案」中，以行政區域改革著名之內政部長 Damrong 王子，向法國要求「附件一地圖」之副本。¹³³Damrong 王子在任內之行政區域重劃之事實，應可視為泰國政府經內部適當程序，對「附件一地圖」沉默表示同意。

在「白礁島案」中，國家行為形成之內部程序為爭點之一。在該案中，英國詢問柔佛蘇丹國是否擁有白礁島主權，柔佛蘇丹的英國顧問告知柔佛國務卿諮詢「土地與礦產委員」以及「首席勘測員」，研究相關檔案，亦被法院認為此經過適當程序，¹³⁴而回覆該信件。在該案中，另外一個關於國內程序之爭點為，柔佛政府之代理國務卿依據馬來西亞該時國內法是否有權放棄領土。¹³⁵

整體來說，正式同意必然具備足夠嚴謹之內部程序，或曰經適當程序而為之；構成默認之行為與不行為則通常程序較不嚴謹。

(三)是否透過正式管道發出

所謂正式之管道或方式，通常指涉以符合外交慣例的方式發出。一國之有權機關必然由某個、某一些人個代表之；然其言行也並非無時無刻都代表國家，正

Fundamental Problems of International Law. Festschrift für Jean Spiropoulos, Ed. par D.S. Constantopoulos, C. Th. Eustathiades et C.N. Fragistas, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 236.

“One cannot seriously believe that a Foreign Minister in International Law has a greater authority and a greater power of representation when he speaks to a representative of another nation than he would have if he concluded a treaty in the most solemn form”.

¹³¹ *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, Judgment of 18 November 1960 :I.C. J. Reports 1960, p. 207, 211.

¹³² *Ibid.*, p. 212.

¹³³ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 25.

¹³⁴ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, para. 210.

¹³⁵ *Ibid.* paras. 211, 215.

式與否的適當之區分方式，應可能考量該個人是否正在執行其職務；該人之發言是否公開；即便是非公開之發言，其發言之相對人若為另一國家之代表，亦可能產生某種正式性。以是否採取正式管道做為正式同意與默認的分野，在理論上或許可行，但是事實上所謂正式與否並不容易區別，僅能作為一項參考。

在國際法委員會的「國家單方行為報告」中，委員會認為一項口頭聲明，其發出的場合(context)不同，影響這項聲明的作者是否有建立法律效果的意圖——同一職位的政府人物發出同樣內容，在非正式場合相較於在國際機構發表或是在外交照會中提出，其在國際法上建立權利、義務的意圖較不明確。¹³⁶

以官方渠道溝通也會影響字詞之解釋。在「白礁島案」案中，柔佛政府之代理國務卿(Acting State Secretary)對於英國政府的信件的回復為：

「很榮幸回覆您 1953 年 6 月 12 日的信件，關於白礁島的地位……告知您，柔佛政府不主張白礁島之所有權(ownership)。」¹³⁷馬來西亞辯解所有權(ownership)一詞不等於主權，法院表示：「所有權確實不等於主權，但是新加坡的詢問乃是關於白礁島主權……在國際訴訟中，所有權有時也等於主權。」¹³⁸

(四)明示(express)與默示(implied)

明示的意思表示，通常指涉以語言、文字直接表示其所欲表示的意思。所謂直接，應指無需推論(not left to inference or implication)即可知其意思；¹³⁹相對的，默示的意思表示，即為需要另行推論方能得知其意思，從這層意義來說，「緘默」(tacit)亦屬於於默示之次類型，因為緘默亦屬於需要推論方可知其意思。¹⁴⁰

¹³⁶ International Law Commission, *supra* note 112, para. 170.

¹³⁷ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, para. 196.

¹³⁸ *Ibid.*, para. 222.

¹³⁹ The Law Dictionary, 'EXPRESS', *The Law Dictionary*, 2016/10/12 (accessed), The Law Dictionary: <<http://thelawdictionary.org/express/>>

¹⁴⁰ The Law Dictionary, 'TACIT', *The Law Dictionary*, 2016/10/12 (accessed), The Law Dictionary: <<http://thelawdictionary.org/tacit/>>.

然而何種推論可以表示與明示一樣的意思？這一問題可以參照國家承認與政府承認主題之研究。在這一領域中，Stefan Talmon 的研究方式具有參考價值，他認為「承認的行為」(act of recognition)必須和外交文書、官方宣言中使用的「承認」一詞區別；「承認的行為」可以是明示(express)或者默示(implied)，國家可以在承認一個政府時不使用「承認」一詞。要研究國家承認與政府承認之承認的意義，第一步應為研究官方聲明中「承認」的普遍意義，Talmon 發現，在官方承認的聲明中，承認一詞多表示對於某一實體地位的法律意見。¹⁴¹依照此理，A 國若欲承認實體 B 為國家，A 國可以在其官方聲明、外交文書中直接表示「A 國正式承認 B 國」，此即明示承認。相對的，在對於國家之默示承認中，通常包含以下行為：

- 1) 對新成立的國家獨立時致送賀詞；¹⁴²
- 2) 與未被承認之國家建交或接受其派遣的外交使節；¹⁴³
- 3) 對未受承認之國家領事人員發給領事證書，此點仍存爭議；¹⁴⁴
- 4) 與未受承認之國家締結全面性雙邊條約，如通商航海條約；¹⁴⁵
- 5) 對以國家資格參加的國際組織，提案或投票支持未受承認國家之參與；¹⁴⁶
- 6) 引渡，此點存在爭議。

項目 1)、2)、4)、5)之所以構成「承認的行為」，因為這些行為都以行為國 A 認為實體 B 為國家為唯一前提，方能為之，故邏輯上可以知道 A 國承認 B 國。項目 3)與 6)之所以爭議，是因為這些行為或許不以國家地位為唯一前提。我們可以得出默示承認之行為的第一種可能性為，若一個行為以同意某個狀態、某

¹⁴¹ Stefan Talmon, *supra* note 19.

¹⁴² 丘宏達，《現代國際法》第三版，（台北：三民，2012），頁 343。

¹⁴³ 同前註。

¹⁴⁴ 同前註。

¹⁴⁵ 同前註。

¹⁴⁶ Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1 Introduction and Part 1, pp. 174-175.

個法律主張為合法為邏輯上的唯一前提，該行為構成對於上述狀態或法律主張的默示承認。¹⁴⁷

此外，若一個行為之邏輯上的後果使行為國不能再挑戰一狀態或者法律主張的合法性，這一行為也應屬於默示承認。以「東格陵蘭島地位案」來說，法院雖不認為 Ihlen 宣言等於挪威承認丹麥對於格陵蘭主權，但挪威負有「不阻礙丹麥在格陵蘭的主權主張」的法律義務，¹⁴⁸由此推論，挪威負有不佔領格陵蘭任何一部分的法律義務，¹⁴⁹由於主權之性質為排他之權威，因此事實上，在該案中「挪威不得挑戰丹麥在格陵蘭之主權」與「挪威承認丹麥對於格陵蘭主權」之效果一致，是故亦可謂構成默示承認。

明示與默示的區別，單獨而論不能區別正式同意與默認，因為正式同意可以默示為之，而國家之無外交權利的機關，也可能明示同意；但是以案例來說，明示與默示是區別正式同意與默認的一個重要的因素。以下將上述因素一併考量，區別正式同意以及默認。

二、正式同意與默認的具體分野

上述四項指標中，除了第三項外皆可與國際法委員會對「國家單方聲明」之定義成為對照，¹⁵⁰同時符合四項正式之標準國家行為為正式同意；相對的，符合正式性指標越少者，則越可能為默認。本文根據此四項指標之有無，不窮盡列舉國際法案例中的情形，以得知此四項指標對於辨識默認的效益。

¹⁴⁷ 這一原理應可以應用於沉默與某一情勢與法律主張，若一沉默以某一情勢或者法律主張為合法作為唯一可能前提，那麼該沉默表示同意。

¹⁴⁸ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 69

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 71 et 73.

¹⁵⁰ 該定義為：「國家有權機關公開地以無論是口頭或是文字且有意產國際法義務的正式宣言」，請見：International Law Commission, *supra* note 20.

表 2-1：正式程度各項指標之組合

類型編號/ 指標	有權機關 (位階高 低)	內部程序嚴 謹	正式管 道	明示/默示	承認之類型	例子
類型一	是	是	是	明示	正式同意	利比亞與查德 之「領土爭端 案」中 1955 年 之條約
類型二	是	是	是	默示	默認	「白礁島案」 中 1953 年柔佛 國務卿回覆英 國政府之信件 「東格陵蘭島 地位案」中挪 威外長宣言 「西巴丹與利 吉丹島案」中 印尼群島水域 之立法與地圖
類型三	是	是	否	明示	默認	無符合條件之 案例
類型四	是	否	是	明示	不能確定	無符合條件之 案例
類型五	否	是	是	明示	默認	「海峽群島 案」中法國海 軍部長之信件

類型編號/ 指標	有權機關 (位階高低)	內部程序嚴 謹	正式管 道	明示/默示	承認之類型	例子
類型六	是	否	是	默示	默認	「西班牙國王 仲裁案」中尼 加拉瓜外交部 長對西班牙代 辦之照會 「古寺案」 Damrong 王子 感謝法國傳遞 「附件一地 圖」之事實
類型七	否	否	否	默示	默認	「帕爾瑪斯島 仲裁案」中西 班牙之沉默

資料來源：作者依據本文提出之「正式性」四項指標不窮盡列舉可能之情形。

在上表中，類型一為國家有權機關經國內適當程序，且經正式管道承認領土情勢，可以條約為之，¹⁵¹亦可以透過國家明示的單方聲明達成。¹⁵²同時符合此四項標準者為正式同意。

¹⁵¹ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, supra note 85, para. 45.

'In the case concerning the Temple of Preah Vihear, a map had been invoked on which a line had been drawn pur- porting to represent the frontier determined by a delimitation commis- sion under a treaty which provided that the frontier should follow a watershed; in fact the line drawn did not follow the watershed. The Court based its decision upholding the "map line" on the fact that "both Parties, by their conduct, recognized the line and thereby in effect agreed to regard it as being the frontier line" (Temple of Preah Vihear, Merits. I.C.J. Reports 1962, p. 33).'

類型二為國家之有權機關，經過一定適當程序，如國會或者相關部門研究、同意，並透過正式管道默示承認領土主權之行為。類型二與類型一之差異僅僅在於明示與默示之區別，但在國際法庭當中被視為默認之範疇，如「白礁島案」中1953年柔佛國務卿回覆英國政府之信件、¹⁵³「東格陵蘭島地位案」中挪威外長宣言、¹⁵⁴「西巴丹與利吉丹島案」中印尼群島水域之立法與地圖。¹⁵⁵

類型三為國家有權機關經適當程序對特定法律主張的明示同意，但不經正式管道發出，意即該政府意見僅在政府內部傳遞。儘管目前的國際法案例中似是不存在此一情形，但可以預期若這類證據出現應會被視為默認的證據之一。

類型四為國家有權機關，如國家元首、政府領袖、外交部長未經本國國內適當程序，透過正式管道明示承認特定領土情勢。目前的國際法案例中尚無存在明確符合上述條件之情況。若發生這一情形會為國際司法機構視為默認或者為正式同意尚難斷言，故此為本文提出之指標的可能弱點。

類型五為國家非有權機關經一定適當程序，透過正式管道明示承認領土情勢。這一情形可以「海峽群島案」中法國海軍部長之承認爭議島嶼為英國所有的信件為例，¹⁵⁶應屬於默認之範疇。

類型六為國家之有權機關非經適當之程序，透過正式管道默示承認領土情勢。這一類型可以「西班牙國王仲裁案」中尼加拉瓜外交部長對西班牙代辦之照會為例，¹⁵⁷由於此一照會僅在仲裁結果數日後發出，且在1907年尼加拉瓜發現該仲裁結果存在模糊、矛盾之處，故應屬於未經適當程序之行為。

¹⁵²如1990年聯邦德國單方承認德國東境之奧德-尼斯河邊境，請見：Deutscher Bundestag. 11. Wahlperiode, Drucksache 11/7465, 21 juin 1990; Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para. 33.

¹⁵³ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 22, paras. 226, 227

¹⁵⁴ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 69.

¹⁵⁵ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, *supra* note 73, para. 130.

¹⁵⁶ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 63, p. 71.

¹⁵⁷ *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, *supra* note 136, p. 211.

類型七為四項指標皆為否的情形，即一國以沉默表示同意。在這類情形中，被認定為默認的一方無主動的默認行為，故非國家有權機關之決定，亦無內部程序嚴謹以及發出管道之問題，且必然為默示。符合這一類型條件的案例，應為「帕爾瑪斯島仲裁案」，¹⁵⁸在該案中西班牙並無以主動行為默認荷蘭主權之事實。

總結而論，此四項指標可將正式同意與默認區別，兩者之具體界線為默示的單方宣言。由於默示的國家單方宣言通常不具有產生法律拘束力的意圖，且在案例中單獨不具有決定性效果，¹⁵⁹故默示的國家單方宣言應當納入默認之範疇，即使為一國之有權機關，如外交部長、政府領袖所發出。相對的，明示承認的國家單方宣言與條約應一併歸類在正式同意。依據前述之討論，即 1. 發出機關位階高低；2. 行為之程序嚴謹程度；3. 是否透過正式管道、方式發出；4. 明示、默示，同意的效果有高低之分，同意又可分為正式同意以及默認，正式同意之中包含條約以及國家單方明示聲明，而默認包含默示的國家單方聲明、權限較低之國家機關以主動行為表示明示與默示同意、沉默。（請見表 2-2）

表 2-2：承認之類型區分

同意/承認			
正式同意		默認	
條約	正式且明示的國家單方聲明	主動行為	
		正式且默示的國家單方聲明	非有權機關之主動行為
			沉默

¹⁵⁸ *Island of Palmas Case*, *supra* note 84, p. 869.

¹⁵⁹ 例如「白礁島案」中柔佛國務卿的回覆信件與「東格陵蘭島地位案」之 Ihlen 宣言。
Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, *supra* note 22, paras. 226, 227; *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 69.

資料來源：作者彙整自 Kohen 對承認行為之分類。請見：Marcelo G. Kohen. Chapitre IV. Le comportement de l'État et des autres sujets du droit international In : *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Genève : Graduate Institute Publications, 1997.。

這四項指標有三項優點，第一，可以表示各類行為與不行為表示同意的強度；¹⁶⁰第二，這一區別方式較符合判決書中的使用方式；第三，此四項指標亦為法庭訴訟中曾出現之爭點，故有實務上之價值。且以此四項指標將正式同意與默認作出區別，讓本論文得以限定研究範圍。以下以列點方式，簡述本節之結論：

1. 因默認為緘默承認，故默認是承認的次類型。
2. 承認或曰同意，依據正式程度區別為正式同意與默認，前者單獨具有決定性的效果，後者則依據法庭在案件中對事實的詮釋而得出同意。
3. 正式同意的表現形式為拘束爭端雙方的國際條約，以及爭端一方所發出的明示承認聲明。
4. 默認的表現形式包含正式程度較低之主動行為與沉默。

第三節 默認的要件

本部分探討國際法領域中構成默認的必要要件。就宏觀層次而言，默認源自國家之間單方行為與態度，故分析之架構應如 Antunes 所言，為一方透過行為嘗試建立權利，而另外一方回應，即「行動—回應典範」。¹⁶¹在「東格陵蘭島地位案」中，法官 Anzilotti 認為，應當把同意的基礎區分成丹麥的行為以及挪威的回應，¹⁶²即為這一分析模式的實際應用。這一模式亦可以以民法中的「邀約與承諾」之間的關係理解之。

¹⁶⁰ 嚴格而論此應為光譜之概念。但基於本論文研究需求，有必要為默認實然指涉範圍畫出清楚的界線。

¹⁶¹ Nuno Sérgio Marques Antunes, 'Acquiescence' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, p. 1.

¹⁶² Jean Barale, *supra* note 35, p. 394; *Recueil C.P.J.I. Série A/B* 1933, n° 53, opinion dissidente de M.

本節就以上架構探討「默認的要件」。事實上，有些只稱得上影響因素，而非必要條件。

壹、需要積極回應的情勢

在默認的分析架構中，即「行動—回應典範」（或曰模式），其中的「行動」應當構成需要積極回應的情勢。這種「行動」之表現方式為何？其限制為何？其必要條件為何？皆是本部分關切之主題。所謂「行動」應指涉爭端中其中一方之各層級之國家機關以明示、默示，在國際法上建立權利的法律主張，或者事實狀態，或者同時包含兩者。

一、需要積極回應之情勢的限制

一國家之行為或者其法律主張違反絕對規律(jus cogens)，無論其他國家明示承認或者保持沉默，客觀上來說，都不可能產生該行為、法律主張為合法的可能性，因為絕對規律本身，根據《維也納條約法公約》第五十三條，是「指國家之國際社會全體接受並公認為不許損抑且僅有以後具有同等性質之一般國際法規律始得更改之規律。」國際社會之國家有不承認的義務，¹⁶³對之保持沉默也不可能被認為是表示同意。

若一國家行為違反的是條約義務，締約方也有不承認之義務，如英國不承認北賽普勒斯與美國不承認滿洲國。¹⁶⁴在國家行為違反習慣的情況中，以「英挪漁業案」而論，國際法院似乎不能給出確定的答案。在該案中，英國指控挪威之直線基線畫法不合國際法（國際習慣），¹⁶⁵然而，法院並未考慮挪威實踐是否違反

Anzilotti, pp. 76-95.

¹⁶³ Stefan Talmon, 'The constitutive Versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium Non Datur?' *The British Year Book of International Law*, 2005, Vol.75(1), p. 176.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 120 et p. 168.

¹⁶⁵ *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, ICJ Judgement of 18 December 1951, *ICJ Reports 1951*, pp. 120-123.

國際法，¹⁶⁶僅以「（挪威之實踐）眾所皆知，且國際社會普遍容忍，以英國在北海之地位，以及其在北海之利益，而英國長期不作為，一定知道挪威執行其系統」，¹⁶⁷作為英國不得再挑戰挪威之劃界系統的根據。然而，法院不考量挪威之行為是否違反一般國際法，或可以表示，即使挪威的行為違反習慣法，只要受到國際社會普遍、長期容忍，其他國家亦不得挑戰其合法性。¹⁶⁸

總結而言，在默認分析架構中的「行動」，其限制為不違背絕對規律，即可能構成需要積極回應的情勢。

二、需要積極回應之情勢的形態

構成需要積極回應之情勢的形態，指涉「行動—回應」中「行動」的表現形式，其原理如同在前一節中，國家可以由其階層由高而低的機關以明示、默示表示建立國際法上權利的意志。

(一)明示表示法律主張之行為

明示是指國家機關所表示不經推論可知行為國在國際法上建立某種權利的意思。在國際法案例中，這類行為可以正式聲明、外交照會、國內立法，甚至以大眾傳媒公布亦可。

在「古寺案」中，法國透過適當的管道，將古寺劃歸法國的地圖附件一，交予泰國政府，¹⁶⁹這一地圖應可以無需推論地直接表示「古寺地區主權屬於法國」的法律主張。

在「英挪漁業案」中，挪威透過國內立法，分別於1869年、1889年與1935年，¹⁷⁰表示挪威在國際法中建立權利的意思。

¹⁶⁶ Ibid., p. 139.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Barale 亦採取此說。請見：Jean Barale, *supra* note 35, p. 415.

¹⁶⁹ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), *supra* note 22, p. 23.

¹⁷⁰ *Fisheries Case* (United Kingdom v. Norway), *supra* note 161, p. 118.

在「克利普頓島仲裁案」中，法國駐在夏威夷的領事在當地報紙(The Polynesian)上，公開、明示法國對於克利普頓島建立主權的意思。¹⁷¹

(二)默示表示法律主張之行為

若一行為默示表示某法律主張，那麼該行為應以該國具有特定之權利為前提，或該行為之結果與某種法律主張的效果類似。

這類行為可以「英法海峽群島案」中，英國地方法院管轄爭議領土上所發生之刑事案件，以及行政管理措施，可以間皆表示英國享有爭議島嶼主權之意思；¹⁷²「帕爾瑪斯島仲裁案」中，荷蘭東印度公司與爭議島嶼之原住民部落締結規範宗主關係的契約，原住民部落因此對荷蘭有效忠義務，故亦可以間接表示荷蘭享有帕爾瑪斯島主權之意思。¹⁷³另外，依據我國法官顧維鈞在「古寺案」中的反對意見，泰國修築至 Preah Vihear 山的道路、在 Preah Vihear 山區收取稅收、售予該地伐木許可、泰國官方之調查，以及 1924-5 年泰國內政部官員造訪該區域、1930 年 Damrong 王子造訪該區域，¹⁷⁴可曰創造泰國有效控制爭議區域的事實狀態，間接表示泰國享有爭議地區主權的意思。

總結而言，若一個國家意圖在國際法上建立某種權利，該國可以明示或公開的聲明擁有該權利，或者實際行使該權利，或者同時為之，使國際社會其他國家知情。被默認的情勢或權利以國家的外顯行為為限，就這層意義來說，限於一國政府之內秘密公文、檔案不能作為建立權利的證據。

¹⁷¹ *Affaire de l'île de Clipperton* (Mexique contre France), 28 janvier 1931, p. 1108.

¹⁷² *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 63, p. 65.

¹⁷³ *Island of Palmas Case*, 2 R.I.A.A., p. 23.

¹⁷⁴ *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), *supra* note 22, p. 92.

貳、知情

知情是同意的必要條件，故無知情則無默認。¹⁷⁵在知情相關的討論中，經常討論的是照會的義務、情勢的公開性以及影響知情的諸多因素。

一、知情與照會之義務與情勢之公開

在與知情相關討論中，「照會的義務」與「公開」是常為學者所探討的兩個子問題，下分別辨析之。

首先，國家沒有照會他國的義務。唯一有可能建立照會之義務的，即 1885 年《柏林條約》，但該條約並不適用於非洲大陸以外的領土，且並未形成普遍拘束國家之習慣。在以國內立法作為建立國際法中權利的情況中，美國國務卿 Seward 曾表示：「國家不會研究彼此的法案，因此不能以國家知道外國立法作為抗辯。」¹⁷⁶然而誠如 MacGibbon 所言，「必須假定，維持、設立外交及領事館的目的就是確保派遣國能夠確知公開行為以及任何可能影響其利益的官方行為。國家的高敏感性與面對權利可能受到威脅時的警覺性，顯示出國家在適當情況未能抗議的重大意義。」¹⁷⁷簡而言之，國家在國際法上建立權利的行為並不需要照會

¹⁷⁵ D.H.N. Johnson, *Acquisitive Prescription in International Law*, *supra* note 29, 347.

“*Acquiescence is often implied, in the interests of international order, in cases where it does not generally exist; but without knowledge there can be no acquiescence at all.*”

¹⁷⁶ MacGibbon, *supra* note 11, p. 176.

¹⁷⁷ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 63, p. 181.

“*Counsel for the United Kingdom in the Minquiers and Ecrehos case contended that the vigilant attitude of the United Kingdom concerning her rights over the disputed islets was consonant with a claim to sovereignty. It contrasted favourably, he said, “with the lack of notice on the part of the French authorities of so many significant British acts Yet France has for many years maintained a career consul in Jersey. It is difficult to believe that France can maintain a consul in Jersey, and yet not be well aware of the Jersey attitude and position regarding the , supra note 69, and the Ecrehos and well aware of most of the salient facts” (Minquiers and Ecrehos case: Oral Pleadings, vol. i, p. 159).*

其他國家，即便建立權利的行為是一國之國內立法行為，因為維持外交使館目的之一就是蒐集接受國之情報與動向。

第二點，國家在國際法上建立權利的行為也不必公開。在這一點上，Shaw 持相反意見：「一項情勢應當公開，因此國際社會才能合理地捍衛本身利益。」¹⁷⁸Fauchille 也採取相同見解，只有在佔有符合「公開性」(notoreity)的時候，利益相關的國家才有可能表示意見。¹⁷⁹但嚴格而論，建立權利的行為公開能使其他方知情，但即使不公開，只要秘密照會相關各國也能使之知情，因此公開並非默認的必要條件。

最後，延續前一部份之討論，一個國家若要在國際法上建立某種權利，若非宣布其擁有某權利，則為實際行使該項權利，國家行為必須為其中一種方可能構成知情。

二、影響知情與否的因素

如前所述，知情在理論上是同意的必要條件，但是在國際法案例當中，法院、仲裁庭對於構成爭端另外一方知情的事實標準相當寬鬆，¹⁸⁰換句話說，在法庭中若要以不知情做為抗辯相當困難。¹⁸¹簡而言之，無論有無直接証據證明，法庭通常推定爭端方知情。以下列舉案例之中可能影響知情的各個因素，嚴格來說，這些因素不必然導致知情或者不知情，僅能說是傾向關係。

(一)國際法上建立權利之行為正式程度

¹⁷⁸ SHAW, *supra* note 10, at 518-19.

¹⁷⁹ M. Fauchille, *Traité de droit international public* (8th ed., 1925), vol. i, part 2, p. 76.

¹⁸⁰ Barale, *supra* note 35, p. 402.

¹⁸¹ Gerald Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1951-1954: General Principles and Sources of Law', 1953, *The British Year Book of International Law*, p. 41.

"Clearly the knowledge here imputed to the United Kingdom is purely constructive, and it is necessary to realize for the future that a purely constructive and quasi-notional knowledge of this kind may be held sufficient."

如前一部份「需要積極回應的情勢」之討論，國家可以透國層級由高而低之機關明示、默示表示在國際法上建立權利的意志。若國家由最高層之政治領袖、外交部長，發出正式且明示建立某種權利的聲明，那麼其他國家應不需要經過太長時間即可以被推定知情；相對的，層級不高之國家機關之意思表示則需要相對長的時間方能推定其他國家知情。若是以默示表示建立某種權利的意思，相對於明示則更難以使其他國家知道其意思；建立權利的行為之頻繁程度也影響其他國家是否知情。

(二)時間長短

當一個國家建立權利的行為持續時間越長，其他各國越可能知情。在「英挪漁業案」(Fisheries case, The United Kindom v. Norway)中，大多數法官認為英國應該知道挪威畫界系統，¹⁸²因為該劃界系統持續 60 年以上。

(三)利益相關程度

若一個國家在某議題領域越強大，或者在某區域越具有地位，被判定知情其他國家在該領域、該區域建立權利的行為的可能性越高。其例子同樣來自「英挪漁業案」：「以英國在北海之地位，以及其在北海之利益，而英國長期不作為，一定知道挪威執行其系統。」¹⁸³

(四)爭議領土的性質

在領土主權爭端當中，若爭議領土偏遠、無人居住或者為飛地(enclave)，一國透過佔領、控制表示享有主權的意思即有可能被認為不為爭端另外一方所知。在英美「阿拉斯加邊界爭端案」中，美國主張英國已經默認美國對爭議領土的作為和主張，但英國反駁未抗議的原因是它不知道美國的任何作為，且由於該領土

¹⁸² *Fisheries Case*, *supra* note 161, p. 139. 持反對意見的法官顯然認為是否知道挪威劃界系統的存在和範圍不應歸咎於英國，舉證責任在挪威。麥克奈爾(McNair)和李德(Read)法官都認為挪威尚未證明他對英國有確實知會(actual notice)或構成性知會(constructive notice)。

¹⁸³ *Ibid.*, p. 139.

未開化(uncivilized)又難以進入(inaccessible)，英國因此不知情。¹⁸⁴在「英法海峽群島案」，法國也以不知情作為超過六十年未抗議的原因。對此，卡內羅(Carneiro)法官在單獨意見中評論，法國不知道爭議地區發生了什麼事代表法國沒有在那裡行使主權。¹⁸⁵在荷比「某些邊界領土案」中，比利時對於荷蘭在爭議土地中行使行政管理疏於抗議 70 年，以不知情作為理由避免被法院認定為默認，法院接受其不知情辯解，因為考量到飛地的複雜制度，比利時不容易察覺到荷蘭行使行政管理的事實。¹⁸⁶

總結而言，上述之因素在邏輯上影響國際社會是否知情，但是在實務案例中，除卻直接照會以及國家高層領袖的正式官方聲明外，如同 Barale 所注意到，國家建立權利的意志只要以某種外顯的行為表示，其他國家有極高可能被國際司法機構推定知情，¹⁸⁷其原因或為 Sir Gerald Fitzmaurice 所言：「權利受侵害的國家有義務知道本身權利受損的情況。」¹⁸⁸

參、時間

在大多學者探討默認之文獻中，時間若不是必要條件，也是一個重要的構成因素。¹⁸⁹然而，我們只能說被認定默認的案例，通常經過相當長的時間而已。一個人認為長時間是否為默認的必要條件應當會取決於其認知的默認的表現形態：

¹⁸⁴ Proceedings of the Alaskan Boundary Tribunal, vol. vii, p. 53

¹⁸⁵ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 63, pp. 106-7.

¹⁸⁶ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, 1959 I.C.J. Report, p. 209.

The weight to be attached to the acts relied upon by the Netherlands must be determined against the background of the complex system of intermingled enclaves which existed. The difficulties confronting Belgium in detecting encroachments upon, and in exercising, its sovereignty over these two plots, surrounded as they were by Netherlands territory, are manifest.

¹⁸⁷ Barale, *supra* note 35, p. 402.

¹⁸⁸ Sir Gerald Fitzmaurice, *The law and procedure of the International court of justice. 1951-1954 : General principles and sources of Law*. B.Y.B.I.L. 1953, p. 34.

¹⁸⁹ 如 MacGibbon, “*The Scope of Acquiescence*”, note 11, p. 165; Barale, *supra* note 35, p. 404-405.

將默認的表現型態限於沉默者，傾向認為默認以長時間為條件；若將國家之正式且默示聲明納入默認的範疇中，那麼默認也不必以長時間為條件。¹⁹⁰

若我們將正式且默示的意思表示視為默認包含之範疇，那麼公開、正式的國際法單方面行為，能夠立即構成默認，例如「科甫海峽案」(Corfu Channel Case, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)中，阿爾巴尼亞的宣言立即就構成對法院管轄的默認¹⁹¹；東格陵蘭島地位案中的 Ihlen 宣言也不需要時間流逝這一要件，¹⁹²挪威對丹麥不阻礙其在格陵蘭主權伸張的法律義務，在 Ihlen 宣言發生即有此效果。

如果默認完全是由國家的消極行為、態度構成時，時間流逝就是重要因素——默認不會立刻產生¹⁹³。如在隆端古寺案中，法院即把「時間流逝」視為默認的構成要件。¹⁹⁴

如前所述，被視為默認相關的經典案例大多時間相當長，並且也因為這一項因素使有學者以時效原則解釋這些案例。在英挪漁業案中，挪威實踐持續且不受干擾的經過 64 年，隆端古寺案從 1908 年起算，經過 50 年。在陸地、島嶼、海洋劃界案中，洪都拉斯沉默 137 年。Shaw 認為：

「承認和默認在時效的一項要素有關——遙遠不復記憶的擁有 (immemorial possession)。一項情勢的起源或許是合法或不合法的，但只要國際社會普遍的默認或是利益相關國默認，即可能合法化。默認或許是一項加強有效佔領作為主權主張的證據。」¹⁹⁵

¹⁹⁰ 此即本論文之立場。此外亦有學者創造「立即默認」這一名詞。請見：Müller, J.P. and Cottier, T. (1992) 'Acquiescence', pp. 14-16 in Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Volume One, Amsterdam/London/New York/Tokyo: North-Holland. p. 376

¹⁹¹ *Corfu Channel Case*, 1948 I.C.J., p. 229.

¹⁹² *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 91, p. 394.

¹⁹³ Barale, *supra* note 35, p. 405.

¹⁹⁴ *Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 23.

¹⁹⁵ Shaw, *supra* note 10, at 517.

儘管如此，不僅是默認，時間應該是所有行為的必要條件，時間長度本身應無意義。然而對於一事實狀態或者主張疏於抗議的時間越長，越可能知情，也越可能同意。如 Jean Barale 所言：「時間的流逝在知情扮演角色，除了公開、正式的國際法單方行為，都需要時間才會構成知情。」¹⁹⁶

MacGibbon 認為沉默越久，越能表示同意：「因為沉默而預設他國同意的假設會隨著沉默維持的時間而增強。」¹⁹⁷Antune 亦有類似看法，此外他還提到對於被默認之情勢是否符合一般國際法這一條件：

「……沉默要經過多長的時間才會構成默認，可能取決於該情勢的有效性，例如某項主張違反國際法，那麼原則上就只有在該違反國際法的主張真的執行時才須對抗議。」¹⁹⁸

‘Acquiescence and recognition are also relevant where the prescriptive title is based on what is called immemorial possession, that is, the origin of the particular situation is shrouded in doubt and may have been lawful or unlawful but is deemed to be lawful in the light of general acquiescence by the international community or particular acquiescence by a relevant other state. Accordingly, acquiescence may constitute evidence reinforcing a title based upon effective possession and control, rendering it definitive.

¹⁹⁶ Barale, *supra* note 35, p. 404.

¹⁹⁷ MacGibbon, *supra* note 11, p. 144.

¹⁹⁸ Marques Antunes, *supra* note 13, p. 32.

An evaluation of the Eastern Greenland and Arbitral Award cases seems to indicate that the period of time required for recognition to operate is somewhat smaller than in the case of acquiescence (in the latter, the period considered by the Court, during which Nicaragua manifested its recognition, was less than six years). The question of the length of time is also raised in the other cases, in terms of being or not being a sufficiently long period (in the Gulf of Maine case, for instance, a period considered as not sufficiently long was amongst the reasons to dismiss the Canadian claim). A “prolonged abstention from reaction” is seen as an essential condition for acquiescence to arise.¹⁴⁸ However, the lapse of time has to be seen in relation to the validity, in terms of international law, of the claim put forward by the challenging state. Whenever the claim is “believed to be contrary to international law”, there should be in principle no need for protests until any attempt is made to “apply or enforce” that claim.

總結上述說法，時間這一要件和國家表達建立權利的方式有關，也和國家表示同意的方式有關。首先，從被默認的情勢來說，倘若某一法律情勢、主張確定的程度低或是公開的程度低，例如國內立法，就需要更多的時間達成確定的效果，才能使利益相關的國家、國際社群確切知道該情勢；其次，默認既為一種不完全的同意，因此若將默認區分成沉默與主動行為，那麼單純的沉默所需要的時間最長，因為從沉默最難得出國家同意的結論。

肆、沉默

學者皆認為沉默可能產生默認，但沉默不一定導致默認；進一步言，無正式抗議也不等於沉默；即使面對需要積極抗議的情勢保持沉默，也不必然為默認。

學者們多以理想型(ideal type)的角度賦予默認定義，然而在應用於實務時，默認的界定往往更加複雜。

一、沉默之界定

不抗議不一定為沉默。若一個國家對於另外一個國家侵害其權利的行為事實或主張，沒有提出任何正式抗議，也不必然為沉默。MacGibbon 在其賦予默認之定義中，可以表示沉默與不抗議是兩件事：「在一個需要積極回應或反對的狀況下，國家無抗議或是沉默。」¹⁹⁹

我們在本章第二節項目二「承認與默認之關係與區別」有特別提到 Kohen 所引進的概念，即「反對的行為」(comportement opposé)，²⁰⁰國家除了可以透過正式、明示抗議提出反對的意見，也可以透過國家各層級機關非正式、明示與默示等方式表示與其他國家之意見相反的意思，以保存權利。

¹⁹⁹ MacGibbon, *supra* note 4, 143.

²⁰⁰ Marcelo G. Kohen, *supra* note 50, para.145.

在「隆端古寺案」中，我國的顧維鈞法官也在反對意見中表示泰國在 1940 年駐軍於爭議地區，²⁰¹這些行為應當被視為泰國透過行為表示爭議領土屬於泰國領土的意思，顧法官的意思應指泰國在古寺地區的駐軍行為，默示的表示「泰國享有爭議領土主權」，相對於法國以及其繼承國柬埔寨來說，為「反對法國享有爭議領土主權的行為」。

因此我們可以結論，不抗議不一定是沉默，沉默應指爭端之一方對於受侵害的權利不存在明示或默示以及正式與非正式的相反意思表示。²⁰²

二、對需要積極回應之情勢保持沉默的法律效果

一般而言，若一國對需要積極回應之情勢保持沉默，會被法院認定為同意該情勢合法存在，即為默認。這類例子，可以在「隆端古寺案」、²⁰³「陸地、島嶼、海洋邊界爭端案」²⁰⁴、「格陵蘭和揚馬延島案」(The Jan Mayen Case)等案件中發現這樣的決定。²⁰⁵

但事實上也存在反例。一個國家對於受侵害的權利不存在明示或默示以及正式與非正式的相反意思表示，也不必然會構成默認。在荷蘭與比利時「某些邊界領土爭端案」中，荷蘭有效控制爭議領土約莫 70 年，且比利時在此段期間沒有抗議維持沉默，然國際法院不認為比利時之沉默構成默認，²⁰⁶法院對此給出兩

²⁰¹ Phil C. W. Chan, , *supra* note 15, p. 432; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* *supra* note 22, n.27, 90 (diss. op. Koo).

²⁰² 然而這種情況在案例中相當罕見，一般情況中，爭端各方應都會有表示建立權利的意思之證據，否則也不會進行訴訟。在雙方都能提出這類證據的情況下，默認事實上為比較證據相對強弱，而得出之同意。請見：Philip C. Jessup, , *supra* note 23, p. 747; Surya Prakash Sharma, *supra* note 43, p. 172.

²⁰³ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 22, p. 31.

²⁰⁴ *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras; Nicaragua intervening)*, ICJ Judgement of 11 September 1992, ICJ Reports 1992: para. 343.

²⁰⁵ *Case Concerning the Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ICJ Judgement of 14 June 1993, ICJ Reports 1993: 53, para. 33.

²⁰⁶ *Sovereignty over Certain Frontier Land*, (Belge v. Netherland) *supra* note 186, p. 229

個解釋，第一，由於爭議領土為飛地，故比利時不知情；²⁰⁷第二，荷蘭的行為都是地方政府的日常行政、管理行為。²⁰⁸在這個案例中，法院以爭議領土之性質做為比利時不知情的理由，但我們應不能相信這是法院如此決定的充分理由，因為在許多國際領土爭端當中，爭議領土都屬於偏遠、無人居住之地，²⁰⁹卻不影響法院對於知情的判斷。第二個理由也不是不構成默認的充分理由，因為在「海峽群島案」中，法院明確的以地方政府的管理行為作為英國享有主權的重要證據。

本文認為真正的理由，應當是比利時依據與荷蘭之條約建立對於爭議領土的主權，²¹⁰因此即使比利時面對荷蘭實際有效控制爭議領土 70 年，且保持沉默，也不被認為構成默認。²¹¹故默認之要件修正為「在不存在規範爭端各方對於爭議標的物的條約的情況下，爭端一方表示建立權利的意思，而另一方無作為或者反應不足，則構成默認。」

有效控制之事實不足以取代條約建立之權利，²¹²這一規律為國際法院在後續多個案例持續應用，如布吉納法索與馬利之間的「領土邊界案」、²¹³、利比亞與

²⁰⁷ Ibid.

The weight to be attached to the acts relied upon by the Netherlands must be determined against the background of the complex system of intermingled enclaves which existed. The difficulties confronting Belgium in detecting encroachments upon, and in exercising, its sovereignty over these two plots, surrounded as they were by Netherlands territory, are manifest.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ 如「帕爾瑪斯島案」、「克里普頓島仲裁案」。

²¹⁰ *Sovereignty over Certain Frontier Land*, (Belg./Neth.) *supra* note 186, p. 221.

²¹¹ 因此嚴格而論，時效原則在國際法上不存在。

²¹² *Sovereignty over Certain Frontier Land*, (Belg./Neth.) *supra* note 186, p. 229.

'The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.'

²¹³ *Frontier Dispute* (Burkina faso v. Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 63.

查德之「領土爭端案」、²¹⁴克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」，²¹⁵在這些案件中，法院都明示條約優於有效控制。

另外一個對權利受侵害保持沉默也未被判定默認的案例，是發生在美國與加拿大之間的「緬因灣案」中，加拿大主張「證據顯示美國默認中線原則」，²¹⁶法院認為「美國對於加拿大發出第一次許可後保持沉默，顯示美國某種不謹慎」，²¹⁷法院進一步以過去案例類比，在長度上，加拿大之實踐遠不如「英挪漁業案」中挪威持續 70 年的實踐，也無如挪威之活動以展示(manifestation)其實踐。」²¹⁸進而表示美國之舉措，不構成「足夠清楚、持續、一致」的同意，²¹⁹因此不足以構成默認。反面來說，美國的沉默不構成默認，是因為加拿大建立權利的行為不夠公開，持續時間也不夠長。

綜上所述，本文之初步結論為，依據過去國際法院的判決，即使一個國家權利受到侵害時保持沉默，也未必會被認定構成默認。

第四節 小結

本章主要依據學者見解探討默認所包含之範疇、默認與承認之間的關係以及默認之要件，其中以國際法委員會之報告最具代表性。

²¹⁴ *Territorial Dispute*, *supra* note 85, paras. 75-76.

²¹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 353, para. 68.

²¹⁶ *Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. United States of America), *supra* note 12, p. 304, para. 128.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 308, para. 140.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 309, paras. 144-146;

²¹⁹ *Ibid.*, p. 309, para. 146.

在國際法中默認與承認皆為同意，在案例中可能稱之為默示同意(implied consent) 以及緘默同意(tacit consent)同意，默示承認(implied recognition)、緘默承認(tacit recognition)。²²⁰

根據國際法委員會之見解，正式與否是默認與其他同意行為之差異，²²¹本文基於此一基礎，歸納四項可供辨識之正式程度之指標，分別為：機關之位階高低、舉措形成之內部程序嚴謹程度、是否透過正式管道發出、明示或默示。依據上述指標可以區分正式同意與默認，且國家行為或者不行為之決定，亦可以辨識其相對強弱。

默認在案例中的表現形式，包含國家的正式默示聲明、國家非有權機關的承認行為、沉默甚至反對行為過遲或不足。

依據學者普遍見解，默認之要件包含四項：第一是「需要積極回應的情勢」，在領土爭端當中通常為其他國家依據領土條約之嗣後實踐或者有效性。

第二項要件為知情，故秘密進行的國家行為不能構成「需要積極回應的情勢」，無知情則無同意的可能。影響知情的條件，除了國家行為是否公開，還包含爭議領土的地理條件，時間長度等因素。

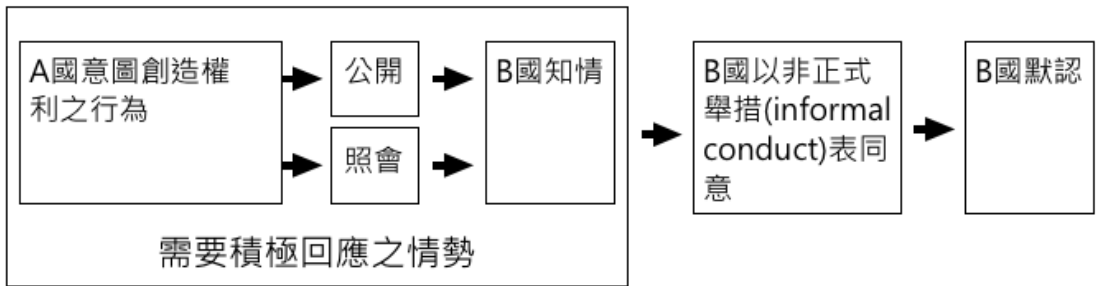
第三項要件為時間，「需要積極回應的情勢」與沉默存在的時間越長，越有機會構成默認。其原因有二，一項國家實踐經過的時間越長，其他國家越可能知情，而抗議的機會也越多。然時間亦為所有法律行為之存在之必要條件，故是否有必要定為要件值得商榷。

第四，沉默、反對不足是構成默認的通常形態，可統稱為非正式舉措，因而導致同意。（請見圖 2-4）

圖 2-4：默認之基本架構

²²⁰ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, *supra* note 22, p. 31; *Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. United States of America), *supra* note 12, p. 309, paras.145-146

²²¹ International Law Commission, *supra* note 20.



資料來源：作者自行整理。



第三章 默認在國際法領土取得理論之角色

本章將探討國際法中領土取得方式與默認之關聯，並歸納法院判決之通則。在這一領域，人們所關切的現象是「國家依據某種可證明之行為，取得一塊領土，並且被視為合法。」因此我們將傳統的領土取得方式視為國際法學家解釋上述現象的理論，並且依據對於理論或者理論假說好壞的判斷標準，評價這些「領土取得理論」。判斷理論好壞最直接的標準，就是以國際性司法機構之判決檢證這些理論的解釋能力。

默認在領土取得之角色，最顯著的是發生在以國家單方行為取得領土主權的諸理論中，包含先占、時效、歷史權利、歷史鞏固、有效性(effectivités)，默認為這些領土取得理論的必要條件。

相對來說，默認在條約與保持佔有主義通常扮演詮釋腳色。默認與條約之關係，包含兩個主要子題，默認應可以是條約解釋的一種方式，其次是條約和有效性、默認之間的位階關係。保持佔有主義以其原理而言與默認無關，但是事實上在應用保持佔有主義的國際法案例中，有時考量殖民時代的有效控制與默認，以及殖民時代之後的有效控制與默認。

此外，本章另一重要主題為重估現有之領土取得理論。如 Ian Brownlie 與前國際法院法官 Jennings 所注意到，傳統之領土取得方式不能反映法庭實際的判決方式，¹以評價理論角度而言，即為解釋能力不足。本文嘗試釐清與默認相關諸理論是否真實存在，以及其運作方式為何。

¹ 除了兩位重要學者皆認為領土取得方式有修正的必要，前法官 de Visscher 之所以發明「歷史鞏固理論」、Shaw 強調的「有效控制說」應基於同樣的動機。請見：Robert Y. Jennings, “Acquisition and loss of territorial sovereignty”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1967, p. 416; Ian Brownlie, “Title to territory (acquisition and loss of territory)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, p. 156; Charles De Visscher, *Theory and reality in public international law*. Princeton University Press, 1957, p. 200; Malcolm Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University press, p. 511.

本章將不會處理添附、征服、民族自決與保持佔有主義，其原因分述如下。首先，添附通常發生於一國領土的沿岸，也通常不起爭端。第二，征服雖為五種傳統領土取得方式之一，但實然上在國際司法案例中，幾無應用之前例。第三，民族自決在領土取得的意義中，是指外部自決成立新的國家，因此取得領土。這一問題是國家承認與國家地位之問題，雖亦包含領土取得，但一般而言國際社會關切的是新國家獨立是否符合國際法，²而不是新國家取得母國領土的法律地位，因為如果新國家地位不合法，其領土取得應也屬於非法。最後，保持佔有主義之原理特殊，且案例眾多，本文限於時間與精力只能捨棄。

第一節 先決問題

本章探討默認與國際法中領土取得理論之關係，以及評估這些理論之實益。理論之目的為解釋因果關係，而因果關係應當為通則，或者被假設為通則。故在此之前先釐清三個先決問題：第一，領土取得理論所欲解釋的現象是被國際司法機構認為合法的領土取得；其次，國際法庭是一元化的決策者之假設；第三，理論好壞的判斷標準。

壹、被解釋的現象——被國際司法機構認定合法的領土取得

本文試圖解釋的現象為，被國際司法機構認為合法的領土取得。以因果之角度而言，被解釋的現象為果，本章嘗試找出恆常的原因。

所謂合法，指涉該領土取得受到國際司法機構——無論是常設國際法院、國際法院或者任何國際仲裁之決定。之所以將範圍限制於此，不只是因為此一主題

² 在科索沃諮詢意見中，法院被要求解決的問題是「該獨立宣言是否合法」。 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2010*, p. 403.

之主要研究材料為判決書，更重要的是，這類理論之目的應當是能夠對於國際領土爭端的司法解決提供解釋以及預測。

將研究材料範圍限制於受到國際司法機構所認為合法、有效的領土取得，忽略其他在國際社會中國家取得領土，且被其他國家視為符合國際法的事實，這類現象或許佔據國際社會中的大部分，但由於不發生爭端，故不特別重要。

總結來說，本章關切的課題為，在國際領土爭端中，司法機構為什麼決定將爭議領土判給某一爭端方，而不是其他爭端方，這類決定是否有一致性，其一致性的法則為何。

貳、國際司法機構是一致的決策者

國際法庭是一致的決策者，這一假定表示無論是常設國際法院、國際法院或者仲裁機構，在領土爭端中判決的原理一致、不相互矛盾，且不同的判決書之中的理據可以相互補充，雖然這一假定不時會被學者所挑戰，³且在《國際法院規約》第 59 條中亦規定：「法院之裁判除對於當事國及本案外，無拘束力。」

國際司法機構由個人所構成，以國際法院而言，法官來自不同法系、不同文化背景之國家，且由安理會與大會選舉產生。在法官產生過程中，即可發現國際政治對於司法之潛在的影響力，而不同法系、不同文化背景的法官，也很可能會有不一致見解。在時代背景上，不同時期的法官對於「正義」觀念也很可能隨之變遷，影響其判決；且規約第 59 條之規定，亦使法官有不必按照前例判決之權限。

雖然有上述種種可能導致國際司法機構之判決不一致的原因，然我們也可能想像，法官們在判決時雖然可能受到上述原因影響，但同時也會考慮其判決之於國際社會的效果：若各個判決之原理之間相互矛盾，將會導致國際社會之成員行為無準繩可循，造成一定程度的失序。

³ Chan 即認為古寺案之判決不符合過去國際法案例中所揭示的原則。請見 Phil C. W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited" *Chinese Journal of International Law*, Fall, 2004, Vol.3(2), p. 438.

最後，基於歸納通則之目的，有必要假定國際司法機構是一致的決策者，⁴ 其決定皆不相互矛盾，並且可以相互補充。

參、理論良窳的判斷標準

本文將國際法學說之中的領土取得方式視為理論，理論之目的為解釋一系列經常發生的現象，但是對於同一個現象，可以有不同的理論解釋，較無價值的理論會被淘汰。一般而言，我們依據下列標準判別理論好壞：⁵

一、實證、經驗標準：理論必須產生可以在經驗上驗證真偽的假說，即具有可驗證性；其次，也須考慮理論解釋經驗事實多寡，以及是否準確解釋。

二、邏輯一致程度(consistency)：該理論是否有內在矛盾，且其與跟同一領域主要理論或者公設的一致程度。

三、說明能力(explanatory power)：理論應能解釋規律之原因，即為什麼規律會如此運作。

四、新奇預測(novel prediction)：即一個理論或假說提供對現象有鑑別力的預測。

⁴ 這一問題即牽涉司法決定是否有一致且客觀的方式決定領土歸屬。換言之，國際司法機構解決領土爭端，是為國家創造權利根據抑或只是確認領土的客觀法律狀態？這一問題可爭論。認為司法決定創造權利根據者，背後隱含之假定為，在司法決定之前，領土之法律狀態不明；本文認為司法機構對於領土爭端之決定，並非創造權利根據，只是依據可適用之法律規則確認一塊領土客觀的法律狀態，僅有宣示效果。請見：Marcelo G. Kohen, 'Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général' In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 19 novembre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1303?nomobile=1>>. para. 248.

⁵ Woodward, James, "Scientific Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/scientific-explanation/>>.

第二節 默認與先占

壹、起源、定義與要件

先占作為國際法之領土取得方式，其概念借自於羅馬私法。⁶在國際法院的「西撒哈拉地位諮詢意見」中確認先占在國際法中的地位：

「……先占(occupation)是一種原始領土取得方式，為割讓與繼承外的一種和平取得領土主權的方法。」⁷

所謂原始(original)取得方式，指涉被取得的領土為無主地(terra nullius)，⁸換言之此領土不屬於任何一個主權者。相對的，若被取得的領土不是無主地，就屬於轉承(derivative)權利。⁹傳統上先占的定義應如 Shaw 所說：

「先占是一個國家在某些條件下對無主地的領土取得。先占必須以國家為之，個人的行為不能視為先占；佔領必須有效，且必須有主張該地主權的意圖。公海因為屬於公有物(res communis)不能佔領，但是土地可以置於一國主權之下。先占主要是針對無人居住的島嶼、領土，但也應用於某些有人居住的土地。」¹⁰

根據上述之定義，可歸納先占的要件包含，被佔領的土地必須為無主地；¹¹佔領的行為必須發生且由國家機關行使，即「體素」；¹²且有取得該地主權的意圖，即「心素」。¹³

⁶ Robert Y. Jennings, *supra* note 1, p. 416.

⁷ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 39, para. 79.

"Occupation" being legally an original means of peaceably acquiring sovereignty over territory otherwise than by cession or succession...

⁸ Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, 'Acquisition of Territory' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, para. 7.

⁹ *Ibid.*, para. 7.

¹⁰ Malcolm Shaw, *supra* note 1, p. 503.

¹¹ *Western Sahara, supra* note 7, p. 6 at p. 39, para. 79.

¹² Surya Prakash Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes, and International Law*

學者對於先占的相關討論中，爭辯的主題包含：象徵性的佔領行為是否應被視為有效；¹⁴先占是否該與時效合併為一個理論；¹⁵先占與歷史權利根據之區別。

16

在國際法的案例當中，法官多不明示爭議領土在特定時間是否為無主地，因此常與時效混淆。例如「帕爾瑪斯島仲裁案」，荷蘭自稱其法律主張為先占，Jessup 則認為該主張事實上為時效，¹⁷學者 Sir Erick Beckett 亦認為該判決為時效之應用。¹⁸

貳、先占與默認之關係

(Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 63.

¹³ Ibid., p. 63.

¹⁴ Hersch Lauterpacht. "Sovereignty over Submarine Areas." *British Yearbook of International Law*. Vol. 27, 1950. pp. 417-418. Lauterpacht 認為「克里普頓島仲裁案」法國的行為是象徵行為，若說是「先占」名不副實，雖不反對持續使用這一詞彙，但將使先占脫離語言的一般意義。Sharma 認為，正因為在國際法的案例當中，國家行使主權的證據數量與質量問題，讓法庭改用別的詞彙，例如在「海峽群島案」中使用「有效占有」(effective possession)。請見：Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, p. 107.

¹⁵ Malcolm Shaw, *supra* note 1, pp. 502-503, p. 507, p.515. Shaw 認為，應當將先占與時效合併為一個領土取得方式，即「有效控制」(The exercise of effective control)，這是因為在案例中，法庭並不清楚表示是先占抑或時效，而是基於評價兩方之國家行為。Shaw 認為，在欠缺清楚的權利根據的情況下，國家實踐本身可以成為建立法律的機制。

'In the absence of any clear legal title to any area, state practice comes into its own as a law-establishing mechanism. But its importance is always contextual in that it relates to the nature of the territory and the nature of competing state claims'

¹⁶ Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, p. 170. 本文認為，所謂歷史權利根據，只是先占理論配合時際法的應用。

¹⁷Jessup 認為荷蘭在該案中之先占主張，事實上為時效主張，請見：Philip C. Jessup, 'The Palmas Island Arbitration' *The American Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4 (Oct., 1928), p. 744.

¹⁸ Sir Erick Beckett, *Recueil des Cours*, 1934, pp. 218-255.

理想上來說，先占這一領土取得方式，為一個國家以具有取得主權之意圖，對無主地(terra nullius)實施有效占領，¹⁹這一領土取得方式，就其原始的理論角度而言，與默認並無直接關係，²⁰因為先占以無主地為前題條件，故不取決於其他國家同意。但是事實上，在據稱的先占行為發生時，其他國家的態度至少可以作為該地是否為無主地的間接證據，²¹且考量到國際法秩序為國家之間同意所構成，即使以無主地先占做為司法決定之基礎，應當——且事實上總是以同意作為司法決定的理據基礎，²²故默認與先占發生關係。

由上述之討論，可知默認與先占之間的關係，牽涉無主地之判定問題，因此也影響在案件中據稱的先占是否合法有效，²³以下將介紹兩種在國際法中界定無主地的方式：第一種，視據稱的先占發生時，爭端另外一方是否有抗議；第二種，在據稱的先占發生前，爭端另外一方權利根據是否已經建立。

一、無主地取決於佔領當時是否有他國抗議

¹⁹ Malcolm Shaw, *supra* note 1, p. 503.

²⁰ *Ibid.*, p. 516.

²¹ *Ibid.*, p. 516.

‘Similarly, in cases of the acquisition of title over terra nullius, the acquiescence of other states is not strictly relevant although of useful evidential effect.’

²² 本文在章節「有效性與默認之關聯」以眾多案例說明這一關係。相關學者見解請見：Marcelo Kohén, Chapitre premier : La notion de possession contestée In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 23 novembre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1302?nomobile=1>>. para. 195; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 159; Roger Pinto, ‘La prescription en droit international’, *RCADI*, 1955-1, p. 401, 438; Marcelo G. Kohén, Mamadou Hébié, *supra* note 8, para. 15. 佔有(possession)是否有效，取決於利益相關方和第三方的態度，這是由於國際法之基本價值，故在所有案例當中法庭都必須建立這種同意。

²³ 被佔領的領土是否為無主地在案例法中相當重要，一國對於一塊無主地佔領，他國之沉默輕易的被司法機構判定為默認；若是對有主地佔領，司法機構判定默認的證據標準會提高。相關案例驗證，請見本章小節「有效性」。

這一說法為學者 Shaw 與 MacGibbon 所持，以下介紹其說法以及其理據。
Shaw 認為據稱實施先占的國家，與爭端中另外一國的關係，或可以領土割讓之兩國關係作為類比：

「割讓國的同意之於割讓來說至關重要，他國所採取的態度是邊際且不影響法律互動的；類似的，在無主地先占之情況，他國之默認嚴格而論不相關，卻有證據價值。」²⁴

Shaw 表示先占與時效應當合併「有效控制」，²⁵故其最終立場應為，其他國家對於據稱之先占時保持沉默可以證明該地為無主地。

MacGibbon 認為沉默在據稱的先占發生時，具有證據價值：

「一國面對另外一國以公開之行為以建立先占權利根據時無抗議，通常就可以確認關鍵日期時的領土是否為主地。」²⁶

這是因為國家若有權利，自然會設法保障其權利，在權利受侵害時應會提出抗議：

「很難相信國家在面對一個損害本身利益行為時，會沒有任何理由而保持沉默。」²⁷

本文不完全接受這一立場，原因有二。第一點，領土爭端中的爭議領土多為無人居或者人口稀少的區域，因此即使一國在法律上享有爭議領土主權，也未必在該地真正設置行政機構管理，²⁸故不一定知情另外一國侵害領土主權的行為，

²⁴ Malcolm Shaw, *supra* note 10, p. 516.

'...of course, the consent of a ceding state to the cession is essential, the attitude adopted by other states is purely peripheral and will not affect the legality of the transaction. Similarly, in cases of the acquisition of title over terra nullius, the acquiescence of other states is not strictly relevant although of useful evidential effect.'

²⁵ *Ibid.*, pp. 502-503.

²⁶ Ian C. MacGibbon, "The Scope of Acquiescence" *British International Law Yearbook*, 1954, p. 168.

²⁷ *Ibid.*, p. 171.

²⁸ 在「帕爾馬斯島仲裁案」，仲裁官亦表示不行使主權，也不代表喪失或者無主權。請見：*Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, Award of 4 April 1928, RIAA, Vol. II (1949), p. 855.

'The fact that a state cannot prove display of sovereignty as regards such a portion of territory

也因此無法即時抗議。第二點，依據國際司法機構長期的判決方式，在據稱的先占時無抗議不能充分證明爭議領土是無主地，司法機關考量的是據稱的先占之前是否有其他國家已經建立領土主權。

二、無主地取決於先前之權利根據建立與否

國際司法機關界定一塊爭議領土是否為無主地，視爭端其他方是否能夠提出在時間上更早的權利根據。一般而論，國際司法機構樂於表示爭議領土並非無主地，鮮少正面表示一塊領土為無主地。

在「克里普頓島仲裁案」中，法國據稱的先占時間為 1858 年，墨西哥則主張該島該時並非無主地，提出歷史證據。仲裁官認為：

「在法律上，首先必須考量，在法國宣布該島主權之前，該島的地位為何：如果墨西哥的主張成立，那麼法國的先占應被宣布不合法。」²⁹

在該案中仲裁官並非否認法律行為之評價，應當依據行為發生時的法律標準而定，故不否認發現是一種權利取得之根據，又或教皇的訓諭(*bullā apostolica*)在

cannot forthwith be interpreted as showing that sovereignty is inexistent. Each case must be appreciated in accordance with the particular circumstances.”

在「東格陵蘭島地位案」中，法官 Anzilotti 亦表示主權之存在獨立於其行使。請見：*Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 83.*

‘Pendant longtemps, la disproportion dont je viens de parler [celle entre les parties occupées du Groenland et celles qui ne l’étaient pas] n’avait pas une grande importance. Et cela non seulement parce que les exigences du droit international étaient alors plus limitées, mais aussi et surtout parce que le titre de la souveraineté existait indépendamment de son exercice : les rois dano-norvégiens ou danois ne prétendaient pas être les souverains du Gröenland parce qu’ils exerçaient leur autorité sur cette région ; ils exerçaient cette autorité parce qu’ils prétendaient être les souverains héréditaires du pays.’

²⁹*Affaire de l’île de Clipperton (Mexique contre France), 28 janvier 1931, p. 1109.*

‘En droit, il y a lieu d’examiner tout d’abord la thèse, soutenue par le Mexique en ligne principale, que l’île de Clipperton appartenait déjà à cet État avant que la France eût proclamé sa souveraineté sur ladite île: si cette thèse était reconnue fondée, il faudrait en conclure à l’illégitimité de l’occupation de la dite île par la France.’

分割領土上的效果，只是墨西哥所提出之證據無法證明西班牙曾經取得，³⁰故仲裁員表示：

「因此，應當認為 1858 年 10 月宣稱克里普頓島主權時，該島的法律地位是無主地，故可以先占。」³¹

在「東格陵蘭島地位案」中，無主地為爭議點之一。一塊土地在給定時間是否為無主地，取決於爭端任何一方是否對該領土建立權利根據。在該案中，根據雙方之主張：

「很明顯的，對法院來說，……，重點為……，依丹麥政府的主張，丹麥擁有完整的格陵蘭島主權，且挪威承認之，而挪威主張格陵蘭島上所有未被有效置於丹麥管理之下的部分為無主地，而這些部分若不再是無主地，則必為挪威主權之下。」³²

然法院並不認為該案中爭議領土在雙方所據稱的時間為無主地：

「法院需要考量另外一情勢……，送交國際法庭大部分的領土案件，大多牽涉兩個相競爭的領土主權主張，法庭必須決定，哪一個主張更強。本案中一個重要特徵為，在 1931 年以前，除了丹麥沒有任何國家主張格陵蘭之主權。在 1921 年以前，沒有國家挑戰丹麥的主權主張。」³³

法院基於上述事實，間接表示東格陵蘭全島並非無主地：

「由於不存在其他國家之主張，且極地以及其他尚未被殖民區域難以進入之特質，丹麥與挪威國王……在 1721 年至 1814 年行使了足夠的權威，其權利及於格陵蘭，且不限於受殖民的區域。」³⁴

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid., p. 1110.

'Par conséquent, il y a lieu d'admettre que, lorsqu'en nov. 1858 la France proclama sa souveraineté sur Clipperton, cette île était dans la situation juridique de territorium nullius, et, par suite, susceptible d'occupation.'

³² *Legal Status of Eastern Greenland*, supra note 28, p. 39.

³³ Ibid., p. 46

³⁴ *Legal Status of Eastern Greenland*, supra note 28, pp. 50-51.

"bearing in mind the absence of any claim to sovereignty by another Power, and the Arctic and inaccessible character of the uncolonized parts of the country, the King of Denmark and Norway

在「英法海峽群島案」中，由於雙方都能提出古代，或曰原始權利根據，因此法院認為爭議領土不屬於無主地：

「爭端雙方都主張對 Ecrehos 與 Minquiers 島享有古代或者原始權利根據(original title)，且持續維持其權利根據從未喪失。本案因此並非關於無主地取得之情況。」³⁵

在前受殖民國家之間的爭端中，通常不存在無主地，因為殖民國已經建立權利根據，原始權利根據屬於前殖民國。在「陸地、島嶼與海洋爭端案」中，國際法院分庭表示：

「本案界定島嶼主權之起點為 1821 年之保持佔有主義。豐塞卡灣的島嶼於 1522 年為西班牙所發現，且為西班牙主權所有持續三個世紀。當中美洲國家於 1821 年獨立，這些島嶼不是無主地；這些島嶼不能以無主地先占取得。」³⁶

在「白礁島案」中，雙方對無主地之證明問題進行過相當有趣的辯論。新加坡主張，白礁島在 1847 年為無主地，新加坡之被繼承國對白礁島無主地先占，³⁷馬來西亞則主張，依據國際法之原則，主張某項事實的一方擔負舉證責任，故新加坡應當證明白礁島為無主地。³⁸法院對此並無正面回應對於無主地之舉證責任

displayed . . . in 1721 to 1814 his authority to an extent sufficient to give his country a valid claim to sovereignty, and that his rights over Greenland were not limited to the colonized area”

³⁵ *The Minquiers and Ecrehos Case* (France/United Kingdom), I.C.J. Reports 1953, p. 53.

³⁶ *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) I.C.J. Reports 1992, para. 333.

³⁷ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, para. 40.

³⁸ *Ibid.*, para. 44.

‘Malaysia agrees that the burden of proof lies with the Party asserting a fact. It therefore contends that Singapore must establish that the taking of possession of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was possible because Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was terra nullius at the relevant time.’

問題，³⁹然法院的態度傾向要求新加坡承擔證明白礁島在 1840 年為無主地之責任：

「新加坡沒有進一步的證據支持白礁島在燈塔建造的 1847 年前為無主地的主張。」⁴⁰

法院必須確定，1840 年之前白礁島之法律地位。馬來西亞提出當地人民使用的證據，⁴¹法院認為白礁島長久以來被視為新加坡海峽的航行危害物(navigational

³⁹ Ibid. para. 45.

‘It is a general principle of law, confirmed by the jurisprudence of this Court, that a party which advances a point of fact in support of its claim must establish that fact (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 75, para. 204, citing Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101).’

誠然，一塊領土在一給定之時間的法律狀態應為事實，但若要證明一塊領土不屬於任何主權國家，相當於證明某物「不存在」。不能證實「不存在」是否等於存在？這一問題在哲學與神學已經有相當豐富的討論，舉證責任應當落在宣稱某物存在的一方。請見：Russell, Bertrand. "Is There a God? [1952]" *The Collected Papers of Bertrand Russell, Vol. 11: Last Philosophical Testament*, 1943–68. Routledge. pp. 547–548. 除卻舉證責任之問題，證明一塊領土在一定時間不屬於任何主權國家如上所述相當困難，這或許是國際司法機構鮮少在判決中宣布某領土在某時刻為「無主地」之根本原因。

⁴⁰ Ibid., para. 51.

‘Singapore has offered no further specific evidence to substantiate its claim relating to the status of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as terra nullius prior to the construction of the lighthouse on it in 1847.’

⁴¹ Ibid., para. 79.

‘With regard to Singapore’s assertion about the existence of a “traditional Malay concept of sovereignty” based on control over people rather than on control over territory, the Court observes that sovereignty comprises both elements, personal and territorial. In any event, it need not deal with this matter any further as the Court has already found that Johor had territorial sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (see paragraph 69 above), and has found confirmation of this title in the Sultan of Johor’s exercise of authority over the Orang Laut, who inhabited or visited the islands in the Straits of Singapore, including Pedra Branca/Pulau Batu

hazard), 故當地社群一定知道、發現其存在, 因此可以合理推論白礁島曾被視為柔佛蘇丹國的地理範圍內,⁴²接著, 法院表示應當考量在過去歷史時期除了柔佛蘇丹國外, 沒有他國之相競爭主張, 並引述「東格陵蘭島地位案」中之判決文:

43

「法院考量另外一項重要因素以評估本案中的原始權利, 事實上, 在柔佛蘇丹之歷史中, 沒有任何證據證明對於新加坡海峽中的島嶼, 存在相競爭的主張。」⁴⁴

法院對於白礁島之地位總結為:

「考量本案中關於柔佛蘇丹國的歷史與地理背景, 法院認為柔佛蘇丹國之領土範圍, 原則上包含新加坡海峽中所有的島、礁, 這些島礁位於王國的中心位置, 因此包含白礁島。柔佛蘇丹享有島礁的事實從未被本區域其他國家挑戰, 可以被視為滿足了『持續且和平展示領土主權』(和平乃是之於他國)。⁴⁵法院結論, 柔佛蘇丹在此時(十九世紀初)對白礁島, 享有原始權利根據。」⁴⁶

在本案中, 法院根據可考的歷史證據, 認為柔佛蘇丹國在 19 世紀以前, 對於新加坡海峽內島嶼之主權不受挑戰, 因此取得原始權利根據(original title)。法

Puteh.'

⁴² Ibid., para. 61.

'Of significance in the present context is the fact that Pedra Branca/ Pulau Batu Puteh had always been known as a navigational hazard in the Straits of Singapore, an important channel for international navigation in east-west trade connecting the Indian Ocean with the South China Sea. It is therefore impossible that the island could have remained unknown or undiscovered by the local community. Pedra Branca/Pulau Batu Puteh evidently was not terra incognita. It is thus reasonable to infer that Pedra Branca/Pulau Batu Puteh was viewed as one of the islands lying within the general geographical scope of the Sultanate of Johor.'

⁴³ *Legal Status of Eastern Greenland*, supra note 28, p. 39, 46.

⁴⁴ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, supra note 37, para. 62.

⁴⁵ 法院引用「帕爾馬斯島仲裁案」段落。請見：*Island of Palmas Case*, supra note 28, p. 855.

⁴⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, supra note 37, paras. 68-69. 原始權利(original title)事實上即為先占。

院雖未言明此為依先占取得領土，但在國際法之中原始權利根據除了添附則為先占，本案例中雙方無提出添附之論點，也無添附之事實，故為無主地先占。

綜上所述，國際司法機構認定一塊領土在特定時間是否為無主地之方式，考量的是在前一時期爭端任何一方是否能提出證明權利根據之證據或者建立權利根據，⁴⁷若兩方都能提出時間相近的原始權利根據的證據，且被法院視為有效，那麼該案既不涉及無主地先占，但同時法官也難以根據原始權利根據之證據判斷主權歸屬，如「海峽群島案」中的情況。⁴⁸

相反的，如果雙方所提出的原始權利根據之證據有明顯的時間先後，且時間上較早的一方之根據為法院所接受為有效，此時期可謂「無相競爭之主張」，換言之，其他國家在此一時期默認其主權，如「白礁島案」之情況。⁴⁹

參、理論評價

在國際常設法院、國際法院、國際仲裁的案例中，法庭鮮少宣布某一塊領土在特定時間為無主地。相反的，法庭經常宣布某一塊領土不是無主地，⁵⁰無論是

⁴⁷ 若只有一方能提出，那就是「無相競爭主張」之情況，即主權行使不受挑戰，換言之為其他國家之沉默，且可以推定為默認。據 Kohen 之見解，若兩方都以先占為根據，那麼司法機構將比較哪一方能提出更早之證據，請見，Marcelo G. Kohen, Chapitre III. *La possession In : Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 04 novembre 2016). note. 231.

‘Ainsi, si deux Etats invoquent par exemple des faits de possession à l’égard d’une même terra nullius comme seule source de leur souveraineté territoriale, l’organe juridictionnel ne recherchera que la preuve du premier occupant.’

⁴⁸ 在這種情況下，離關鍵日期較近的國家行為為決定性的證據，請見：*The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 53.

‘What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups’

⁴⁹ 在這種情況下，法院考量後續是否有放棄、轉移主權的事實。這類案例，請見本章「有效性」。

在國際常設法院的案例，⁵¹或是國際法院的案例，⁵²皆是如此。截至目前為止，在國際性領土司法解決中，只有「克里普頓島」仲裁案明確宣告爭議領土在據稱先占時為無主地，以及「白礁島案」中間接表示柔佛取得白礁島主權時，該地為無主地。

暫且不論國際法庭不情願宣布某一領土為無主地之原因，法院不正面表示一塊領土為無主地，這直接導致無法充分確定先占之要件是否成立，故先占作為解釋司法機構決定領土主權歸屬之理論，若其先決條件難以為人所觀察，那麼即削

⁵⁰ 確定一塊領土不是無主地之標準，在「西撒哈拉地位諮詢意見」中，法院表示有政治、社會組織的土地不是無主地，請見 *Western Sahara*, *supra* note 7, p. 6 at p. 39, para. 80. Kohen 亦注意到，美國國務院也曾對什麼不是無主地表示立場，請見：Marcelo G. Kohen, *supra* note 47, note. 111; Green H. Hackworth, *Digest of international Law*, Washington, Department of State, 1940, vol. I, pp. 399-400.

“In my opinion rights similar to those which in earlier centuries were based upon the acts of a discoverer, followed by occupation or settlement consummated at long and uncertain periods thereafter, are not capable of being acquired at the present time. Today, if an explorer is able to ascertain the existence of lands still unknown to civilization, his act of so-called discovery, coupled with a formal taking of possession, would have no significance, save as he might herald the advent of the settler; and where for climatic or other reasons actual settlement would be an impossibility, as in the case of the Polar regions, such conduct on his part would afford frail support for a reasonable claim of sovereignty”;

⁵¹ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 28, pp. 50-51.

⁵² 在國際法院處理過的所有領土爭端當中，沒有任何一個案例正面宣布爭議領土在給定時間為無主地，只有「白礁島案」中，法院宣布柔佛蘇丹獲得原始權利根據，故可間接得知柔佛取得主權時白礁島為無主地。以下案例為法院宣告爭議領土不是無主地的段落，其他案件法院完全未觸及無主地問題：*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), Judgment, *I.C.J. Reports* 2007, para. 157; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, *I.C.J. Reports* 2002, para. 205; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I. C.J. Reports* 2002, para. 208; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, *I. C.J. Reports* 1994, para. 76; *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, *supra* note 36, para. 333; *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 53.

弱其解釋的功能，也讓學者有爭辯、發明新學說的空間——如時效在國際法案例中的應用，或者有效控制理論等等。⁵³

然而，即使國際法庭通常不正面宣布一塊領土在給定時間為無主地，但不代表法院認為無主地與否之於判決歸屬無關緊要。⁵⁴

事實上，法院通常評估雙方提出之原始權利根據的證據發生的時間，以及是否有效，以界定一塊領土在某歷史時期的法律狀態。在「帕爾瑪斯島仲裁案」中，可以觀察到仲裁官逐步檢視西班牙建立權利根據之可能性，⁵⁵如西班牙之發現，⁵⁶《明斯特和約》(The Treaty of Munster)以及《烏特勒支和約》(Treaty of Utrecht)，⁵⁷最終認為這些證據不足以證明西班牙在荷蘭之前對爭議島嶼建立權利根據，故美國作為西班牙在菲律賓之權利的繼承國，也不因這些條約享有爭議領土主權。⁵⁸換言之，仲裁官雖未明示爭議領土在荷蘭取得時為無主地，但是在技術上來說，由於美國不能證明西班牙曾經對爭議領土建立權利根據，故在此一案件中，即使仲裁官並未言明，實際被視為無主地。⁵⁹

⁵³ Malcolm Shaw, *supra* note 10, p. 515.

⁵⁴ *Western Sahara*, *supra* note 7, p. 6 at p. 39, para. 79.

"...a cardinal condition of a valid 'occupation' that the territory should be terra nullius - a territory belonging to no-one - at the time of the act alleged to constitute the 'occupation'."

Kohen 亦認為根據過去之案例，一領土是否為無主地極大程度影響法院判決。請見：Marcelo G. Kohen, *supra* note 47, para. 232.

'La jurisprudence dégage très clairement une distinction entre les modes d'établissement de la souveraineté sur une terra nullius et sur les territoires ayant déjà un maître. Il est vrai, en revanche, que l'occupation a été un mode retenu par la jurisprudence, alors que ce ne fut pas le cas de la prescription.'

⁵⁵ *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 837.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 844.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 846-850.

⁵⁸ 事實上，此處應用之繼承規則即類似於保持佔有主義。

⁵⁹ Kohen 在原則上也持此見解；然而仍必須注意到在該案中存在有組織之政治社群。請見：Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 166.

'On doit néanmoins se poser la question de savoir si effectivement l'analyse de Max Huber a trait à l'institution de la prescription, comme il le dit dans la sentence arbitrale 191, ou à d'autres modes d'acquisition de la souveraineté territoriale. Dans le cas d'espèce, il découle de

至於為什麼法官們通常不願意正面表示一塊領土為無主地？誠然，在許多案件當中根據事實或者雙方之論據，就可以確知爭議領土不是無主地。⁶⁰除了上述原因外，本文認為法官之所以不願意正面宣布爭議領土為無主地，是基於其嚴謹的知識論立場。嚴格而論，若要證明一塊領土在給定時間為無主地——不屬於任何主權國家之法律狀態，⁶¹即要證明在該時間之前「不存在」任何主權者曾經對該地建立權利根據，除了爭端各方提出之證據外，邏輯上也存在第三方曾經對該爭議領土建立權利根據的可能性，雖然在技術上可以說，這個可能建立權利根據的第三方不加入司法解決，因此放棄其權利。但是這一情況究竟難以確信該地不曾屬於任何主權者。簡而言之，由於證明「不存在」的困難，導致司法機構往往不願意正面表示一爭議領土在特定時間為無主地。

但在實務上，如果一個爭端中，在爭端一方宣稱的先占發生的時間之前，爭端另外一方無法提出任何權利根據，無論是條約、繼承或者是有效性，那麼該時的爭議領土應當為無主地。⁶²

l'analyse des faits que l'Espagne n'a jamais eu de titre de souveraineté sur l'île de Palmas, mais qu'elle possédait tout au plus un commencement de titre (inchoate title) non suivi des actes nécessaires pour conférer la souveraineté territoriale. On ne peut ainsi parler de prescription acquisitive ; on en revient donc à l'occupation effective comme mode d'acquisition de la souveraineté néerlandaise, même si cette terminologie ne fut pas utilisée dans la sentence arbitrale de 1928. En effet, pendant la période où les Pays-Bas établirent leur souveraineté sur Palmas (Miangas), cette île n'était soumise à la souveraineté d'aucune autre puissance. On peut ajouter que l'examen des conditions de l'exercice paisible et continu des fonctions étatiques, tel qu'effectué dans la sentence arbitrale, est applicable aussi bien pour la prescription acquisitive (ou toute autre mode invoqué pour l'acquisition de la souveraineté dans les hypothèses de possession contestée) que pour l'occupation effective d'une terra nullius.'

⁶⁰ 例如適用保持佔有主義之情況。

⁶¹ 且不行使主權也不代表無主權。在「帕爾馬斯島仲裁案」，仲裁官亦表示不行使主權，也不代表喪失或者無主權。請見：*Island of Palmas Case, supra* note 28, p. 855.

'The fact that a state cannot prove display of sovereignty as regards such a portion of territory cannot forthwith be interpreted as showing that sovereignty is inexistent. Each case must be appreciated in accordance with the particular circumstances.'

⁶² Marcelo G. Kohen, *supra* note 47, para. 144.

'Pour certaines sources de la souveraineté territoriale, le moment où l'on commence à posséder

第三節 默認與時效

壹、起源、定義與要件

國際法中的時效理論亦來自羅馬私法的類比。⁶³在國際法中時效是否存在是爭議焦點。時效作為一種領土取得方式或根據，是指一個國家對一塊「非無主地」，公開、和平不受干擾的行使主權(à titre de souverain)，經過一段時間之後取得該地主權。⁶⁴(請見圖 3-1)

根據學者 Fauchille 與 D. H. Johnson 之見解，時效作為領土取得方式包含四個條件，⁶⁵分別為：第一，以時效取得領土的國家，必須以主權者名義佔有(à titre de souverain)；第二，占有必須和平不受干擾，此意即前一主權擁有者對於侵害自身權利之行為知情而無作為，故被視為默認；第三，占有必須公開；第四，占有必須持續一定長的時間。⁶⁶其和平不受干擾的行使主權應持續多久才具有決定性的效果？MacGibbon 認為取決於主張之強度(intensity)、公開程度，以及領土的位置與條件。⁶⁷

*a un intérêt considérable. L'exemple-type est l'occupation d'une terra nullius. Dans notre étude, ce moment revêt de l'importance lorsqu'on cherche à établir l'origine d'une possession contestée. En général, il s'agira du moment où un Etat entre en possession d'un territoire à propos duquel un autre Etat dispose d'un titre*172. p. 5-8.'

⁶³ Robert Y. Jennings, *supra* note 1, p. 416.

⁶⁴ Malcolm Shaw, *supra* note 10, pp. 504-505.

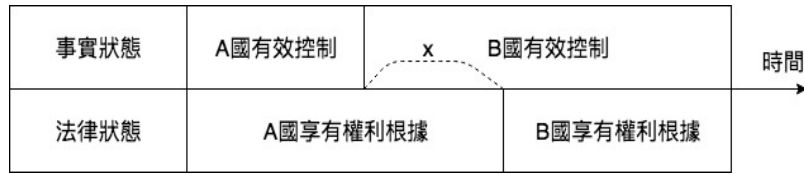
⁶⁵ D. H. Johnson, 'Acquisitive Prescription in International Law', *British International Law Yearbook*, 1950, pp. 344-348.

⁶⁶ 即便是時效理論的支持者，也不能提出準確的時間長度。D. H. Johnson, *ibid.*, p. 347.

'L'opinion dominante est qu'en l'absence de loi positive il est impossible de fixer un délai.' (試譯：根據通說，無法界定一確定之時間長度。)

⁶⁷ Ian C. MacGibbon, *supra* note 26, p. 165.

圖 3-1：時效原則



資料來源：作者自行彙整。其中 x 表示有效佔領取得權利根據之時間長度，然無法確定確切標準。

貳、時效與默認之關聯

Johnson 認為時效之本質為默認，無論明示或者默示，因為若要合法化逆權侵佔，必須得到其他國家之同意，⁶⁸他進一步指出時效在兩個要件上特別與默認關聯。首先，為和平不受干擾這一要件：「一國展示其權威，對其他國家於展示權威之默認是取得時效的必要條件。」⁶⁹第二，關於占有之公開：

「公開之所以關鍵，因為默認是關鍵的。取得時效取決於默認，無論明示、默示。以國際秩序之目的而言，默認通常是推論出來的，儘管默認不一定真實存在；但若不知情則不可能有默認。」⁷⁰

參、理論評價

⁶⁸ D. H. Johnson, *supra* note 65, p. 349.

'...essence of prescription is the acquiescence, express or implied, of the one state in the adverse possession of the other.'

⁶⁹ *Ibid.*, p. 345.

'Display of authority by the one party, acquiescence in that display by the other party those are the sine qua non of acquisitive prescription.'

⁷⁰ *Ibid.*, p. 347.

'Publicity is essential because acquiescence is essential. For acquisitive prescription depends upon acquiescence, express or implied. Acquiescence is often implied, in the interests of international order, in cases where it does not genuinely exist; but without knowledge there can be no acquiescence at all.'

時效在國際法領域之爭議可能起自格老秀士(Hugo Grotius)之年代，⁷¹直至今日似無休止跡象，⁷²原因或許是本文第二節「默認與先占」中所論，法院不願意宣布某一領土為無主地。

時效作為國際法理論之評價，將分成兩部分討論：第一部分，將支持與反對時效之學者意見做一整理；第二部分，以國際法庭之案例驗證時效存在。

一、時效是否存在之辯論

在學者之間爭議焦點為「時效是否存在」，Marcelo Kohen 在其著作中有系統性的整理正、反雙方之理據，下就其架構做一介紹。⁷³

(一)支持時效存在之理據：

1. 時效為「一般法律原則」(general principles of law)

這裡所指的一般法律原則，即《國際法院規約》第三十八條，第一項(寅)之「一般法律原則為文明各國所承認者。」換言之，由於在不同的國內法體系中皆存在時效制度，故為文明國家所承認之一般法律原則，代表性人物有 Sir Hersch Lauterpacht、⁷⁴P. A. Verykios 等人。⁷⁵

2. 取得時效類似習慣

⁷¹ Ibid., p. 336.

'According to Oppenheim, 'Grotius rejected the usucaption of the Roman Law, yet adopted from the same law immemorial prescription for the Law of Nations'. Other writers, however, he says, 'go beyond Grotius and his followers, and do not require possession from time immemorial, but teach that an undisturbed continuous possession can under certain conditions produce a title for the possessor, if the possession has lasted for some length of time''

⁷² Randall Lesaffer, 'Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription', *European Journal of International Law*, 2005, Vol.16(1), pp.25-58

⁷³ 本部分關於時效各學者立場整理自：Marcelo G. Kohen, 'Chapitre premier: La notion de possession contestée', *supra* note 22, paras. 33-83.

⁷⁴ Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, New York, Toronto 1927, p. 203.

⁷⁵ P. A. Verykios, *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, p. 51.

由於習慣產生過程與取得時效有序多相同處，故取得時效於國際法中存在。持此一意見者，包含 Fitzmaurice 與 MacGibbon 等知名學者。⁷⁶

3. 依條約適用時效

即使國際習慣中不存在時效，國家之間仍可以自由締結條約明示表示時效存在。例如，在英國與委內瑞拉之間的仲裁協定即規定適用時效。⁷⁷

(二)反對時效之理據

反對時效的學者，根據其理據分為兩大類。第一，因為無法界定一確定之時間，故時效不存在；⁷⁸第二，則認為時效理論無用，因為其他的國際法理論即足以解釋現象，如 Roger Pinto、⁷⁹ Ian Brownlie、⁸⁰ Malcolm Shaw 等代表性人物。⁸¹

參、時效之案例驗證

⁷⁶Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law", *British International Law Yearbook*, 1953, vol. XXX. p. 31, note 3 ; MacGibbon, I.C., "Customary International Law and Acquiescence", *British International Law Yearbook*, 1957, vol. XXXIII, p. 119-121 ; Julio A. Barberis, "La prescription adquisitiva y la costumbre en el derecho internacional", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1967, vol. 45, p. 242-243.

⁷⁷ H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale: Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, Stampfli, 1902, p. 555.

⁷⁸ August W. Heffter, *Das europäisches Völkerrecht der Gegenwart* 7e éd. Berlin, Schroeder, 1887, p. 36; *Le droit international de l'Europe*, 4e éd. française par F. Heinrich Geffcken, trad. par Jules Bergson, Paris-Berlin, Cotillon-Müllier, 1883, p. 40,

⁷⁹ 有效性(effectivités)與承認即足以解釋現象，故不需要時效。請見：Pinto, Roger, *supra* note 22, p. 401 et 438.

⁸⁰ Ian Brownlie 認為，時效表示，相反於前一權利根據持有者的逆權先占。Ian Brownlie, *supra* note 22, p. 159.

⁸¹ Shaw 認為先占與時效應當合併為「有效控制」，請見：Shaw, *supra* note 1, p. 515

時效原則是否存在，除了考量上述學者之意見外，在國際法庭是否能夠應用且為法院接受，才是驗證國際法理論的試金石。在明確逆權侵佔——對已經建立權利根據之一方，長期和平不受干擾的有效控制該領土，這一事實本身不足以導致權利根據轉移與侵佔的一方。⁸²這類例子，例如荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」、⁸³布吉納法索與馬利的「領土爭端案」、⁸⁴利比亞與查德之「領土爭端案」、⁸⁵克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」等等。⁸⁶

法院在布吉納法索與馬利的「領土爭端案」中下述段落，為後續之領土爭端案件經常引用：

「當行為不符合法律，爭議領土為享有法律權利根據以外的國家所有有效控制時，享有法律權利根據者優於有效控制。當（一個案件中）僅存有效性，而無其他權利根據時，必須考量有效控制。」⁸⁷

在早期的案例中，值得注意的是法官 Lauterpacht 在「某些邊界領土案」之反對意見：

⁸² 在已經建立權利根據的情況下，若要以有效性(有效控制)取代前一權利根據，必須存在前一合法持有者放棄的證據，沉默本身不是證據。請見本章「默認與有效性」。

⁸³ 荷蘭和平、有效控制爭議領土 70 年。請見：*Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, 1959 I.C.J. Report, p. 229.

'The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.'

⁸⁴ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* I.C.J. Reports 1986, p. 587. para. 63.

⁸⁵ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *supra* note 52, p. 38, paras. 75-76.

⁸⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, p. 353, para. 68.

⁸⁷ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *supra* note 84, p. 587. para. 63.

'Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivitis does not coexist with any legal title, it must invariably be taken into consideration.'

「我在最後的投票中，支持荷蘭擁有爭議領土主權……依本人之見，當存在清楚、明確的條約界定權利根據時，不適用時效原則……但在本案中不存在這樣的條約。」⁸⁸

根據上述國際法院之案例而言，我們可以結論逆權侵佔的事實不是轉移主權的充分條件，對之保持沉默不會構成默認，即使是支持時效存在的法官 Lauterpacht 也明確表示條約優於有效控制之原則。⁸⁹

若以上述明確逆權侵佔之案例結論時效不存在，Lauterpacht 與 Johnson 等人應不會同意。Lauterpacht 等支持時效的學者，對於時效之應用退縮至「權利根據不明」之情況，⁹⁰而不是明確的逆權侵佔。以下列舉可能支持其說法的案例，並嘗試說明這些案例仍不屬於時效應用之原因。

在「海峽群島」案中，由於雙方都能提出原始權利根據，因此法院認為爭議領土不屬於無主地：

「爭端雙方都主張對 Ecrehos 與 Minquiers 島享有古代或者原始權利根據(original title)，且持續維持其權利根據從未喪失。本案因此並非關於無主地取得之情況。」⁹¹

法院進一步表示：

「依法院見解，關鍵的是直接關於占有 Ecrehos 與 Minquiers 島之證據，而非間接推論自中世紀之事件的假定。」⁹²

⁸⁸*Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 83, pp. 230-231.

⁸⁹ Lauterpacht 的立場似乎表示，時效原則只可以應用於主權歸屬不明領土，即各方都無法建立權利根據之領土。如此一來，我們必須問，Lauterpacht 所定義的時效和先占有何不同？

⁹⁰*Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 83, pp. 230-231. 事實上，若時效只應用在「權利根據不明」的情況，這將使時效脫離之一般意義——對有主地長期和平的有效控制，因此取得主權。

⁹¹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 53.

⁹² *Ibid.*, p. 57.

'What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups'

這即表示，法院在雙方都可以提出原始權利根據，且相關證據時間相近之情況下，評價各方之主張相對強弱：

「這些島嶼自從 13 世紀起，被視為英國國王所擁有的海峽群島之封地不可分割的部分，持續為英國國王所有，英王自 14 世紀起對這些島嶼行使管轄權，……英國在 19 與 20 世紀大部分的時間對 Ecrehos 島行使國家功能。法國不能提出任何證據證明對於這些島嶼的權利根據。在這個情況下，Ecrehos 主權屬於英國。」⁹³

法院在本案中，先表示中世紀的證據不重要，後又在決定 Ecrehos 歸屬之段落證實英國在中世紀建立權利根據的事實，這一做法看似矛盾，事實上應是以後續爭端哪一方之國家行為證據較強，反證其原始權利根據。⁹⁴

雖然各方皆無明示援引時效，Johnson 認為此一案例為時效之應用，⁹⁵因為法院表示本案不屬於無主地取得之情況。⁹⁶但仍然必須注意到，法院儘管以靠近關鍵日期之證據作為決定性證據，在達成結論時以這些近期證據反推英國主張的原始權利根據為有效，⁹⁷這一做法表示法院在形式上使英國以先占取得領土。⁹⁸

⁹³ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 35, p. 67.

'The Court further finds that British authorities during the greater part of the nineteenth century and in the twentieth century have exercised State functions in respect of the group [Ecrehos]. The French Government, on the other hand, has not produced evidence showing that it has any valid title to the group. In such circumstances it must be concluded that the sovereignty over the Ecrehos belongs to the United Kingdom.'

⁹⁴ 即如英國在本案中訴狀所表示：“Where [...] the original title to a given territory cannot be proved, effective possession will by itself suffice to establish title” (*ICJ Memorial*, vol. I, p. 125, p. 102).

⁹⁵ D. H. N. Johnson, ‘The Minquiers and Ecrehos Case’ *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 2 (Apr., 1954), p. 208.

⁹⁶ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 53.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁸ Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 168.

'L'affaire des Minquiers et Ecréhous est une autre affaire souvent citée en témoignage de l'application de l'une des constructions doctrinales abordées ci-dessus. Le Royaume-Uni n'avait invoqué la prescription acquisitive qu'à titre subsidiaire, et la Cour n'a pas trouvé que les actes de possession britannique étaient en contradiction avec un quelconque titre français préalable. En fait, la Cour a analysé le poids relatif des différents actes d'exercice des compétences

更關鍵的，即使我們接受本案屬於非無主地且權利根據不明的情況，使法院達成決定的，並非英國有占有的事實與法國沒有占有的事實，而是英國占有的證據在數量與質量上強於法國，這一判決理據與時效理論並不相符。

另外一個可能被視為時效的案例為「白礁島案」。在該案分析中，法院宣告1840年以前，爭議領土主權屬於馬來西亞，⁹⁹法院後需檢視主權是否轉移予新加坡，新加坡之被繼承國，在1840年後對白礁島之有效性證據為法院所接受，¹⁰⁰但這一事實不被視為轉移主權的充分條件。法院認為，1953年英國殖民地政府與柔佛蘇丹政府之信件往返對於決定白礁島後續權利根據的變化佔據核心位置，¹⁰¹本文認為若無此封表示馬來西亞放棄爭議領土主權的信件，¹⁰²則該案將會屬於「行為不合於法律」之情況。¹⁰³換言之，在逆權侵佔的情形，構成默認的證據標準會提高，以Johnson的話來說，應需要明示的默認(express acquiescence)。¹⁰⁴

綜上所述，嚴格意義的時效在國際法案例中不存在，¹⁰⁵時效的應用最終只能退縮至「權利根據不明」的情況，即兩方都提出發生於同一時間的原始權利根據

étatiques effectués par l'une ou l'autre des parties, pour arriver à la conclusion que les thèses britanniques devaient l'emporter.'

翻譯：海峽群島案是學者引用作為時效例證的案例。英國在本案只把時效作為次要權利根據，也因為法院不認為英國的占有行為與法國先前建立之權利根據相反。事實上，法院以分析兩國之間彼此不同國家行為的相對強度以達成英國擁有島嶼主權的結論。

⁹⁹Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, *supra* note 37, para. 117.

¹⁰⁰ Ibid., para. 274.

¹⁰¹ Ibid., para. 203.

'The Court considers that this correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

¹⁰² Ibid., para. 230.

¹⁰³ Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) *supra* note 84, p. 587. para. 63.

¹⁰⁴ D. H. Johnson, *supra* note 65, p. 349.

'...essence of prescription is the acquiescence, express or implied, of the one state in the adverse possession of the other.'

¹⁰⁵ 即以長期有效控制取得法律意義上的其他國家領土。Ibid.

'...prescription is a means of acquiring territory which is subject to the sovereignty of another

的證據。¹⁰⁶時效作為理論，在解釋能力上有兩大缺陷：第一，在時效唯一可能說得通的情況，即兩方都提出發生於同一時間的原始權利根據的證據時，重要的也並非如字面意義理解的「占有」，而是比較爭端方之國家行為證據強弱。第二，在逆權侵佔的情況下，造成領土主權轉移的「默認」，¹⁰⁷與在不存在逆權侵佔的案例中的「默認」，¹⁰⁸證據標準明顯不同，但時效理論家僅僅以「默認」一詞帶過，使其理論喪失預測能力。

第四節 默認與歷史權利

壹、起源、定義與要件

「歷史權利根據」一詞源於十九世紀的國家實踐，起初提出之目的在於為國家對於特定海灣、水曲、水域之領土主權提供國際法之基礎。¹⁰⁹此一概念之後也應用於領土取得。¹¹⁰

state.'

另外，阿根廷法學家 Marcelo Kohen 或許是因本國與英國之間的福克蘭群島糾紛，英國援引時效支持其法律立場，故在其專書中，詳列了 19 世紀以來眾多關於時效之訴狀、仲裁、判決，最後結論時效不存在。

¹⁰⁶ 若只有一方提出且能被法院認可為有效，事實上等同於先占。

¹⁰⁷ 如「白礁島案」中，以 1953 年之書信作為默認之證據。 *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 203.

'The Court considers that this correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

¹⁰⁸ 如「帕爾馬斯島仲裁案」中西班牙、美國之沉默。Johnson 認為此案為「時效」經典案例。請見：D. H. Johnson, *supra* note 52, p. 342.

'The best-known international arbitration of all relating to prescription is the Island of Palmas case.'

¹⁰⁹ Andrea Gioia, 'Historic Titles', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, para. 1.

¹¹⁰ *Ibid.*

關於其要件，Yehuda Blum 認為，有效占有(effective possession)與消極的默認(negative acquiescence)即可以構成歷史權利根據；¹¹¹Andrea Gioia 表述略有不同，但實質內涵一致：歷史權利根據基於有效性(effectivités)，即行使國家功能，以及他國之默認。¹¹²雖然歷史權利根據通常基於一段時間的國家實踐，但時間並非確定的要件，因為無法界定一確定的時間長度以取得權利根據；¹¹³各國在援引歷史權利根據，通常也以該國在水域具有重要經濟、戰略利益為由，但這一理由也不能作為法律根據的基礎。¹¹⁴總結而言，歷史權利根據基於國家之於爭議區域的國家行為，無論是行政管理、立法、司法功能，以及基於其他國家的知情、容忍、沉默而構成默認。¹¹⁵本文基於研究限制，不討論水域與海灣之問題，僅探討歷史權利根據作為領土取得方式之本質與司法實踐。

貳、默認與歷史權利之關聯

根據上述學說，歷史權利以默認為必要條件。本文認為歷史權利根據一詞僅指權利根據產生之時代久遠。在「白礁島案」中，馬來西亞自稱享有為「歷史權利根據」，¹¹⁶法院同意馬國在 1840 年前享有權利根據，其原因之一為「不存在相競爭之主張」，¹¹⁷意即它國的沉默、容忍，應構成默認。

¹¹¹ Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 115; Yehuda Blum, *Historic Titles in International Law*, La Haye, M. Nijhoff, 1965, p. 99-100, 132-133 and 172-192; “Historic Rights”, “Historic Rights”, EPIL, 1984, vol. 7, p. 122-124.

¹¹² Andrea Gioia, *supra* note 109, para. 2.

¹¹³ *Ibid*

¹¹⁴ *Ibid*

¹¹⁵ 就此而言，歷史權利根據似是與先占無差異。由於歷史權利根據之起源或許不合於該時國際法，故默認為歷史權利根據存在的必要條件。請見：Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 116.

‘...obtenue par le fait d’une possession à l’origine illicite doublée de l’acquiescement des intéressés, ce dernier élément constituant la clef pour l’existence d’un titre « historique ».’

¹¹⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 123.

¹¹⁷ *Ibid.*, para. 62.

參、理論評價

由於歷史權利根據通常基於相當久遠之事實或者情勢，這些情勢在爭端發生時或許已經不存在，¹¹⁸例如「海峽群島案」中雙方提出之根據，英國主張1066年諾曼地公爵征服英格蘭，英格蘭自此與諾曼地統一，領土包含海峽群島，英國取得遠古權利；¹¹⁹法國則主張該時諾曼地公爵臣屬於法國，故島嶼之原始權利屬於法國。¹²⁰（請見圖3-2）

圖 3-2：海峽群島案中之事實狀態

狀態/時間	中世紀	近代	時間 →
事實狀態	不明	英、法雙方皆有有效控制之證據	
法律狀態	不明	不明	

資料來源：作者自行整理。

這類久遠之歷史事實在國際司法解決是否有效？儘管在此一問題上，有許多反對之意見，但本文認為只要符合一定前提條件，久遠之史實在現代國際司法解決中也可以建立權利根據。以下以案例說明之。¹²¹

年代久遠的證據亦可能為國際法院所接受為有效。在這方面，應當提到前述的英法「海峽群島案」，在該案中法院似乎不接受年代久遠證據：

¹¹⁸ Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 116.

¹¹⁹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 53.

'The United Kingdom Government derives the ancient title invoked by it from the conquest of England in 1066 by William, Duke of Normandy. By this conquest England became united with the Duchy of Normandy, including the Channel Islands....'

¹²⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹²¹ 關於歷史權利根據之案件，除了下述「海峽群島案」、「西撒哈拉地位諮詢意見」、「白礁島案」。如 Kohen 所注意到，這類案件還有印巴之間的「卡其仲裁案」，請見：Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 176; *Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan* (1968), RSA, vol. XVII, pp. 482-486.

「依法院見解，關鍵的是直接關於占有 Ecrehos 與 Minquiers 島之證據，而非間接推論自中世紀之事件的假定。」¹²²

許多學者如 Ian Brownlie、¹²³Brian T. Sumner、¹²⁴、Florian Dupuy 與 Pierre-Marie Dupuy、¹²⁵國際法院特設法官 Sreenivasa Rao，¹²⁶即根據「海峽群島案」上述段落否定歷史權利根據。¹²⁷但仍然必須注意到，法院在結論以近期之證據反證原始權利根據之存在：

「這些島嶼自從 13 世紀起，被視為英國國王所擁有的海峽群島之封地不可分割的部分，持續為英國國王所有，英王自十四世紀起對這些島嶼行使管轄權，……英國在 19 與 20 世紀大部分的時間對 Ecrehos 島行使國家功能。法國不能提出任何證據證明對於這些島嶼的權利根據。在這個情況下，Ecrehos 主權屬於英國。」¹²⁸(請見圖 3-3)

¹²² *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 57.

'What is of decisive importance, in the opinion of the Court, is not indirect presumptions deduced from events in the Middle Ages, but the evidence which relates directly to the possession of the Ecrehos and Minquiers groups'

¹²³ Singapore Reply, CR 2007/21, p. 44, para. 47 (Brownlie). Brownlie 在本案中代表新加坡進行口頭答辯，即欲以此段落說服法院拒絕馬來西亞原始權利的主張。

¹²⁴ B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal*, 2004 53(6), p. 1793, 1808.

¹²⁵ Florian Dupuy & Pierre-Marie Dupuy, 'A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea', *The American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 1 (January 2013), p. 140.

¹²⁶ Separate opinion of Judge ad hoc Sreenivasa Rao, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, pp. 149-150.

¹²⁷ 「西撒哈拉案」也有類似的陳述，請見：*Western Sahara*, *supra* note 7, p. 43, para. 93

'...what must be of decisive importance . . . is not indirect inferences drawn from events in past history but evidence directly relating to effective display of authority in Western Sahara at the time of its colonization by Spain and in the period immediately preceding that time.'

¹²⁸ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 35, p. 67.

'The Court further finds that British authorities during the greater part of the nineteenth century and in the twentieth century have exercised State functions in respect of the group [Ecrehos]. The French Government, on the other hand, has not produced evidence showing that it has any valid title to the group. In such circumstances it must be concluded that the sovereignty over the

圖 3-3：海峽群島案中法院推理順序

狀態/時間	中世紀	近代	時間 →
事實狀態	步驟二：以步驟一結論肯定英國在古代佔據島嶼	步驟一：比較英、法有效證據強弱	
法律狀態	步驟三：根據步驟二，英國取得權利根據	步驟四：英國維持原始權利根據	

資料來源：作者自行整理。

在近年的「白礁島案」中，馬來西亞提出之證據也相對年代久遠，自稱之為「歷史權利根據」(historic title)，¹²⁹即羅越人(Orang Laut)在爭議島嶼周遭活動的證據，這些行為包含捕魚與海盜，¹³⁰但由於柔佛蘇丹以及英國之主觀認知爭議島嶼屬於柔佛，¹³¹且柔佛在 19 世紀以前對於白礁島之主權不存在相競爭之主張，¹³²法院對於白礁島之地位總結為：

「考量本案中關於柔佛蘇丹國的歷史與地理背景，法院認為柔佛蘇丹國之領土範圍，原則上包含新加坡海峽中所有的島、礁，這些島礁位於王國的中心位置，因此包含白礁島。柔佛蘇丹享有島礁的事實從未被本區域其他國家挑戰，可以被視為滿足了“持續且和平展示領土主權”（和平乃是之於他國）。¹³³法院結論，柔佛蘇丹在此時（十九世紀初）對白礁島，享有原始權利根據。」¹³⁴

這一案例可以證明，即使行使主權之證據時間遙遠，甚至其證據依據現代標準不屬於有效性（有效占有）之範疇，也可以取得主權。¹³⁵在本案中，白礁島雖

Ecrehos belongs to the United Kingdom."

¹²⁹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, supra note 37, para. 123.

¹³⁰ Ibid., para. 70.

¹³¹ Ibid., para. 56.

¹³² Ibid., para. 62.

¹³³ 法院引用「帕爾馬斯島仲裁案」段落。請見：*Island of Palmas Case* supra note 28, p. 855.

¹³⁴ Ibid., paras. 68-69. 原始權利(original title)事實上即為先占。

¹³⁵ 應為時際法之應用。

因後續柔佛與新加坡殖民政府之嗣後實踐而轉移主權，¹³⁶但中岩礁則根據此原始權利根據（遠古權利根據）保留作為馬來西亞領土。¹³⁷

「白礁島案」之判決對於歷史權利根據之本質亦有所釐清，歷史權利根據其實即為原始權利根據，故應為「先占」。

總結而言，即使權利根據之證據年代久遠，甚至沒有直接之於爭議領土行使國家功能的證據，只要不存在其他國家相競爭之主張，依據地理條件等因素，仍然可能為法院認定為有效。在理據上，也沒有理由因為證據發生年代久遠，而否定該國在年代久遠之時間依據先占取得領土主權之可能性。最後，歷史權利根據儘管可能有效解釋案件，但根據其要件，不能有別於先占或有效性之應用，¹³⁸或會與時效混淆，故有學者認為不應再使用「歷史權利根據」這一名稱。¹³⁹

第五節 默認與歷史鞏固

壹、起源、定義與要件

¹³⁶ Ibid., para. 276.

'...a convergent evolution of the positions of the Parties regarding title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

¹³⁷ Ibid., para. 290.

'Since Middle Rocks should be understood to have had the same legal status as Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as far as the ancient original title held by the Sultan of Johor was concerned, and since the particular circumstances which have come to effect the passing of title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh to Singapore do not apply to this maritime feature, original title to Middle Rocks should remain with Malaysia as the successor to the Sultan of Johor, unless proven otherwise, which the Court finds Singapore has not done.'

¹³⁸ Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, p. 171.

¹³⁹ Marcelo Kohen, 'Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge' *Journal of the History of International Law*, 2013, Vol.15(2), p. 149.

'In order to avoid confusion, and to avoid treating an original non-adversarial title together with prescriptive ones, it is preferable not to equate original title with the expression 'historic title'.'

歷史鞏固理論為曾任國際法院法官之比利時學者 Charles de Visscher 所發展出的權利取得之理論。¹⁴⁰稱之為理論，是因為 de Visscher 意圖解釋的是國際法院決策之考量的因素，就另外一方面來說，歷史鞏固也是一種權利根據(title)，意即爭端方可以依據此一理論之要件組織其證據，產生論點。¹⁴¹值得一提的是，歷史鞏固與歷史權利根據兩個學說看似無顯著差異，有學者認為是因歷史鞏固而產生了歷史權利根據，¹⁴²然在大部分之著作當中將兩者分別處理，¹⁴³且歷史鞏固這一學說曾為國際法院質疑，¹⁴⁴而歷史權利根據則無，故本文將兩者區別之。

de Visscher 之靈感來源，應當為其參與過的「英挪漁業案」：

「挪威海域劃界的立法公布約一世紀，且執行數十年未受到反對……這構成一致的體系……由於普遍的容忍，基於歷史鞏固使之可以對抗所有國家。」¹⁴⁵

de Visscher 發明這一理論之原因，乃因源自類比羅馬法之國際法的領土取得方式之分類並不完全適當，¹⁴⁶這些問題包含「時效」與「先占」在實務上經常混

¹⁴⁰ 稱之為權利取得理論，是因為本理論所欲解釋的現象不限於領土取得，包含海洋權利。請見：Robert Y. Jennings, *supra* note 1, p. 4; Charles De Visscher, *supra* note 1, p. 200.

¹⁴¹ 例如在 2002 年，喀麥隆與奈尼利亞之陸地與海洋邊界案中，奈尼利亞即以「歷史鞏固」作為論點之一，請見：*Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening) *supra* note 52.

¹⁴² Marcelo Kohen, *supra* note 22, paras. 113-114;

¹⁴³ *ibid.*

¹⁴⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), *supra* note 52, para. 65.

¹⁴⁵ *Fisheries case* (United Kingdom v. Norway) Judgement of December 18th, 1951: I.C. J. Report 1951, p.138.

“Norway has been in a position to argue without any contradiction that neither the promulgation of her delimitation Decrees in 1869 and in 1889, nor their application, gave rise to any opposition on the part of foreign States. Since, moreover, these Decrees constitute, as has been shown above, the application of a well-defined and uniform system, it is indeed this system itself which would reap the benefit of general toleration, the basis of an historical consolidation which would make it enforceable as against all States.”

¹⁴⁶ Robert Y. Jennings, *supra* note 1, p. 416.

淆，¹⁴⁷且「先占」與「歷史權利」(historic title)也無實質區別，¹⁴⁸法院在判決中經常不直接使用這些傳統的領土取得分類方式。¹⁴⁹若將傳統之領土取得方式同樣視為理論，那麼這些理論在解釋國際法律現象確實面臨不足之處，故學者們嘗試創造新理論解釋國家如何合法取得領土、國際司法機構在領土爭端中如何決定領土歸屬。

de Visscher 在其著作《國際法的理論與現實》一書中，如此解釋他的理論：

「從秩序與和平為目的出發，領土情勢之穩定是基本的利益，因此解釋了歷史權利鞏固在國際法中存在的理由。這一理論特別是在司法決定中，以不破壞現有狀態原則(the principle of *quieta non movere*)，即考量到國家之間關係的穩定性。在那些尚未由特定國家組制度織之土地、海洋、海灣等，不從屬於特定領土取得方式的條件，鞏固有實務上的重要性。證明長期使用本身就是（權利的）基礎，反映了某國家在特定領土、海域、海灣之複雜利益與關係……法官在決定時直接考量的，即歷史根據(title)是否鞏固。」¹⁵⁰

這一理論後又為人補充解釋。Georg Schwarzenberger 對「鞏固」這一現象有四點補充。第一，鞏固是漸進過程；第二，任何領土之權利根據(title)一開始必然都是相對的，意即法律上可以挑戰、不一定合法，其擁有者會嘗試將權利根據轉變為絕對的，意即法律上不可挑戰；第三，一個權利根據越多基礎，則更加絕

¹⁴⁷ Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, p. 167.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 168.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 172.

¹⁵⁰ De Visscher 之理論描述，即在避免其理論被貼上「時效」之標籤，因為這一理論相當類似時效。請見：Charles De Visscher, *supra* note 1, p. 209, p. 225, note 2.

‘Le long usage établi, qui en est le fondement, ne fait que traduire un ensemble d’intérêts et de relations qui tendent par eux-mêmes à rattacher un territoire ou un espace maritime à un Etat déterminé. Ce sont ces intérêts et relations, variables d’une espèce à une autre, et non l’écoulement d’une période préfixe, d’ailleurs inconnue en droit international, qui sont pris directement en considération par le juge pour apprécier in concreto l’existence ou la non-existence d’une consolidation par titres historiques’

對；第四，他國默認、承認之證據，使得權利根據完善。¹⁵¹D. H. N. Johnson 則對於展示國家主權之標準提出見解，即依據相應之環境(corresponding circumstances)展示主權，¹⁵²所謂相應的環境，包含領土是否有人居住、是否存在其他國家對於同一領土之相競爭的主張。

貳、歷史鞏固理論與默認之關係

歷史鞏固理論應用於領土取得，其要件為：(一)一國家使用一塊領土，隨著使用時間增加、他國之承認與默認，使該國對於該領土之之權利根據鞏固；(二)主權行使的強度之標準，取決於領土之性質，以及相競爭之主張存在與否。依此可知，在歷史鞏固理論中，默認應是要素之一。

這一理論事實上即以其他國家的同意作為產生權利根據的原因，嚴格而論即屬於以有效控制（或有效性）與默認作為領土取得之方式。¹⁵³

參、理論評價

應注意到，此一理論之來源的「英挪漁業案」，既不涉及領土爭端，也非海域劃界，¹⁵⁴故發展成應用於海洋權利與領土取得理論其可靠程度應受質疑。其次，此一理論不考慮有主地或者無主地。在無主地的情況下，此一理論與先占並無顯著差異，¹⁵⁵只是將法院經常考量的因素納入變項，例如爭議領土的性質應當放寬「有效占有」的證據標準；若是有主地的情況，這一理論與時效無差異。

¹⁵¹ Georg Schwarzenberger. "Title to Territory: Response to a Challenge." *The American Journal of International Law*, Vol. 51, No. 2 (Apr., 1957), p. 308; p. 310.

¹⁵² D. H. N. Johnson. "Consolidation as a Root of Title in International Law." *The Cambridge Law Journal*, 1955, 13(2). pp. 223-224.

¹⁵³ A. Munkman, "Adjudication and Adjustment – International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes", *British International Law Yearbook*, 1972-73, t. XLVI, p. 104

¹⁵⁴ Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 100.

¹⁵⁵ Munkman 即採此見解，請見：A. Munkman, *supra* note 153, p. 104.

在實際之應用上，在克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」中，奈及利亞即以「歷史鞏固」與克麥隆之默認作為主張，法院對這一問題的考慮方式仍是以有效性的角度出發，¹⁵⁶並且間接否定其在領土取得之中的地位：

「法院將檢視奈及利亞的歷史鞏固主張。法院注意到，在英挪漁業案中……提到挪威海域劃界的立法公布約一世紀，且執行數十年未受到反對，（當時的）法院表示這構成一致的體系……由於普遍的容忍，基於歷史鞏固使之可以對抗所有國家。但法院注意到，歷史鞏固的概念，從來沒有應用於領土爭端。奈及利亞主張這一概念……與不破壞現狀(*quieta non movere*)原則相關。法院認為歷史鞏固極具爭議，不能取代在國際法中已經建立的領土取得方式……且應當注意到，在「英挪漁業案」之判決的歷史鞏固一詞，乃是與領海的外部界線相關，而不是讓佔有領土優於條約權利根據。」¹⁵⁷

總結而言，歷史鞏固理論中確實捕捉了國際法領土爭端中許多經常考慮的面向，例如時際法的應用，然而由於其基本原理和時效無法區別，且為法院所拒絕，故不應接受之。

¹⁵⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, para. 64.

¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 65.

第六節 默認與有效性

壹、起源與定義

「有效性」(effectivités, effectiveness)一詞，¹⁵⁸興起於二十世紀中葉，¹⁵⁹可應用於國際法主體之討論，表示一實體之公共權威有效控制一塊領土以及其上的人口之事實狀態；¹⁶⁰也可應用於國際領土爭端當中，可能表示「擁有」(possession)「控制」(contrôle)「佔有」(occupation)，¹⁶¹這幾個字通常被視為與「有效性」意義相近。¹⁶²

有效性為「作為(爭議領土)之主權者行為」(act à titre de souverain)，¹⁶³即證明一國在一塊領土行使主權權威之國家行為，¹⁶⁴有效性之表現型態至少包含行

¹⁵⁸ 法文的用字(effectivités)與英文的(effectiveness)是否完全相互對應仍存疑問。本文認為兩者不完全相同，因為在近年的國際法院判決書中，其英文版本仍使用 effectivités 一詞。至於 effectivités 的中文翻譯，在中文世界中存在「有效統治」、「控制能力」、「有效性」等譯法，請見：

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 52, p. 659; 劉千綺，〈兩岸有關南海爭議島嶼主權主張之作為——以國際法中有效統治原則之探討為核心〉，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2012年；王冠雄，「南海爭端之國際法觀點分析」，〈展望與探索〉，第8期，2011年8月，頁13-20；黃居正，「時際法原則與後殖民國家領土秩序：以東南亞國家領土爭議事件為中心」，國立臺灣大學法學論叢，2011年，第40卷第2期，843-876頁。

¹⁵⁹ Hiroshi Taki, 'Effectiveness' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, February 2013, para. 1.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Singapore Reply*, *supra* note 123, para. 46.

'The older sources sometimes refer to "occupation" or "effective occupation". The modern judicial usages are primarily "possession" or a predominant pattern of effectivités.'

¹⁶² Marcelo Kohen, Chapitre premier: La notion de possession contestée, *supra* note 22, para. 5

¹⁶³ Marcelo Kohen, "Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge." *supra* note 139, p. 153.

¹⁶⁴ Marcelo Kohen, "La relation titres/effectivités dans la jurisprudence récente de la Cour international de Justice (2004-2012)", in D. Alland et al. (eds), *Unité et diversité du droit international*. Ecrits en

政、司法、立法行為，¹⁶⁵但不限於此，因其表現形態受到時代、地點、政治體系不同而有所差異，¹⁶⁶且有效性既然是指涉爭端各方所強調的事實與立場，因此有效性的建立在不同案件中不可避免而有差異。¹⁶⁷上述定義著重國家有效控制的內部行為，但學者之間仍有不同意見，例如 Waldock 即認為：

「國家的有效活動(effective activity)，可是對內的(internally)，在其領土之內；也可以是對外的，之於其他國家，此即構成了先占之權利根據。」¹⁶⁸

在「厄利垂亞與衣索比亞仲裁案中」，有效性被界定為「(爭端之)一方在爭議領土上意圖顯示主權權威的活動。」¹⁶⁹在該案中，各方提交之有效性的證據包含立法行為，如舉行厄利垂亞獨立公投；以及行政管理行為，包含建立電話與電報設施，維持當地出生、死亡紀錄，稅捐、財政證明，發出貿易許可，建立關稅機構，管理當地石油供給，地方行政機構之建立，規範宗教與社會組織，駐軍與設置警察局，軍、警巡邏紀錄，規範土地使用，省級行政，管理教育設施，公

l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy, Leiden, M. Nijhoff, 2014, p. 600.

¹⁶⁵ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 80.

'The Court recalls that acts and activities considered to be performed à titre de souverain are in particular, but not limited to, legislative acts or acts of administrative control, acts relating to the application and enforcement of criminal or civil law, acts regulating immigration, acts regulating fishing and other economic activities, naval patrols as well as search and rescue operations'.

¹⁶⁶ Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, *supra* note 121, para. 501.

"The rights and duties which by law and custom are inherent in, and characteristic of, sovereignty present considerable variations in different circumstances according to time and place, and in the context of various political systems."

¹⁶⁷ Ahmed Abou-El-Wafa, "Deuxième partie. La CIJ et les problèmes concernant les différends frontaliers terrestres", *Les Différends Internationaux Concernant Les Frontières Terrestres Dans La Jurisprudence De La Cour Internationale de Justice*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2010, p. 511.

¹⁶⁸ Claud Humphrey Meredith Waldock, "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies." *British International Law Yearbook*, 25, 1948. p. 317.

¹⁶⁹ Malcolm N Shaw, "Title, Control, and Closure? The Experience of the Eritrea– Ethiopia Boundary Commission" *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, 56, pp. 779-780; *Eritrea–Ethiopia Boundary Commission Award*, para 3.16.

共衛生管理，清除瘧疾，賦予採礦許可，以及由「英國軍事政府」(the British Military Administration)在 1941-1952 年採取的地方性管理行為，以及指派地方政府、地方政府的付款。¹⁷⁰

這些證據大多為國家管理其領土、行使國家功能的表現，且為地方政府的行為。然而，「有效性」一詞是否僅指涉在爭端領土上實際發生的管理行為？對於這一問題，克麥隆在「領土邊界爭端案」中，表示：

「當不存在以條約或者其他法律性質之文書之法律權利根據(titres juridiques)時，有效性是行政和充分控制的證據，用以界定爭端領土主權歸屬。」¹⁷¹

但上述定義不為 Abou-El-Wafa 所接受，他認為爭端方對於爭端領土，無論是事實上(de facto)或是法律上(de jure)的所有展示行為(manifestations pratiques)，¹⁷²故不限於實際發生於爭議領土之上的行為。

「有效性」不只是行政管理或者有效控制，也不一定要發生在爭議領土之上。在印尼與馬來西亞之間的「利吉丹島和錫巴淡島主權歸屬案」(Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan)中，有效性的定義也為雙方之律師所爭論。代表馬來西亞的 E. Lauterpacht 認為「有效性由可以歸因於國家的舉措所構成，這些舉措表示國家在(in)爭議領土的權威，或表示國家之於(in relation to)爭議領土的權威」¹⁷³，然代表印尼的 Pellet 批評這個定義過分寬鬆，¹⁷⁴而 E. Lauterpacht 對於 Pellet 的批評有以下回應：

¹⁷⁰ *Eritrea–Ethiopia Boundary Commission Award*, paras 4.65, 4.74, 4.80, 4.88, 5.92–5.95, and 6.25–6.32.

¹⁷¹ *CIJ Mémoires, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, mémoire du Cameroun*, p. 179, par. 3.89.

¹⁷² Ahmed Abou-El-Wafa, “Deuxième partie. La CIJ et les problèmes concernant les différends frontaliers terrestres”, *supra* note 167, p. 512.

¹⁷³ *CIJ Mémoires, Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie/Malaisie), CR 2002/3, Sir E. Lauterpacht (Malaysia), p. 14, par. 7.

“Effectivités consist of conduct attributable to a State which evidences its authority in, or in relation to, the disputed territory.”

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 22, par. 2

『我之所以用“之於”(in relation to)一詞，是在呼應「英法海峽群島案」中法院的用詞：「法院認為英國政府之於(in respect of)群島已經行使國家功能。」“之於”(In respect of)不全等於“在……之上”(on)。這些國家行為不必要物理上發生在爭議島嶼上，只要可以明顯有關就足夠。』¹⁷⁵ 對此，在國際法庭有實務經驗的 Kohen 亦認為「有效性指涉(一國)顯示統治(maîtrise)爭端領土的行為」，¹⁷⁶故當然不限於行政和有效控制類型的證據——因此即便一個國家的人員、設施完全沒有在爭議領土上出現，只要該國透過單方行為表示享有主權的意圖，都可能構成「有效性」，¹⁷⁷這類情況或可以類比為英美法系中的「推定佔有」(Constructive Possession)。¹⁷⁸

總結而言，本文接受 Lauterpacht 與 Kohen 的說法，將「有效性」一詞界定為「國家表示享有爭議領土主權意思的行為」，該行為可以在爭議領土之上，也可以之於該領土。

貳、有效性的要件

¹⁷⁵ Ibid., p. 48, par. 6

¹⁷⁶ Marcelo Kohen, “La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente” *RGDIP*, tome 108, 2004/3, p. 562.

¹⁷⁷ Kohen 也接受這說法。請見 Marcelo G. Kohen, *supra* note 47, para. 21. 佔有的行為不必然要求該國物理上出現於爭議領土，請見：*Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 28, p. 63.

‘...the expeditions may have been organized by non-official institutions, the occasions on which the Godthaab, a vessel belonging to the State and placed at one time under the command of a naval officer, was sent to the East coast on inspection duty, the issue of permits by the Danish authorities, under regulations issued in 1930, to persons visiting the eastern coast of Greenland, show to a sufficient extent—even when separated from the history of the preceding periods—the two elements necessary to establish a valid title to sovereignty, namely: the intention and will to exercise such sovereignty and the manifestation of State activity.’

¹⁷⁸ See also: Henry C. Black, *Black’s Law Dictionary*, 5e éd. St. Paul (Minn.), West Publishing, 1979, vol. II, p. 855.

“Possession not actual but assumed to exist, where one claims to hold by virtue of some title, without having the actual occupancy, as, where the owner of a tract of land, regularly laid out, is in possession of a part, he is constructively in possession of the whole.”

有效性之定義為「國家表示享有爭議領土主權的意思的行為」，可以拆解為主觀要件與客觀要件，¹⁷⁹即為心素(animus)與體素(corpus)，然而一國表示享有爭議領土主權的行為，不必然因此在國際法庭中被認定為享有爭議領土主權。首先，應當注意到，在存在拘束爭端雙方且規範爭議領土的條約情況下，或是爭端雙方適用保持佔有主義之情況中，有效性只可以作為旁證。當上述兩個條件不存在於領土爭端中，有效性可以決定領土歸屬。總結而言，即使構成有效性也未必能在領土爭端中為法院認定建立權利根據，這是在探討有效性之構成要件前應注意的。

一、心素

「擁有的意圖」(animus possidendi)即主觀要件，指涉國家表示其作為爭議領土之上主權者的意志。在國際領土爭端中，一方擁有作為爭議領土主權者的意圖是相當重要的，例如在「克里普頓島仲裁案」中，仲裁官即表示：

「國際習慣對於領土取得的規範中，先占之要件包含佔領的意圖(animus occupandi)與實質上擁有(prise de possession)」¹⁸⁰

在該案中，法國駐在夏威夷的領事在當地報紙(The Polynesian)上，公開、明示法國對於克利普頓島建立主權的意思。¹⁸¹

在「東格陵蘭島地位案」中，法院亦表示：

「在考量雙方提交之證據前……一個主權主張若不是基於一個特定之行為或者權利根據例如割讓條約，而是基於持續展示主權權威，必須符合

¹⁷⁹ Sánchez Rodríguez et Luis Ignacio, 'Chapitre III L'occupation Suivie de L'exercice Pacifique et Continu Des Fonctions D'état Comme Mode D'acquisition Du Titre Sur Un Territoire,' *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1997. p. 253.

¹⁸⁰ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 29, p. 1110.

'Il est hors de doute que par un usage immémorial ayant force de loi juridique, outre animus occupandi, la prise de possession matérielle et non fictive est une condition nécessaire de l'occupation.'

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1108.

兩個要件：作為主權者行為的意圖與意志，以及某種程度確實行使、展示這種權威。」¹⁸²

在國際社會中，國家表示享有特定領土主權之意圖，可以透過國家單方宣言、國內立法表示，¹⁸³或者當其他國家侵犯該領土時，發出正式抗議。¹⁸⁴但有時候，如 Rodríguez 所注意到的，若一國沒有發出明示、正式的宣告時，該如何證明其心素存在？¹⁸⁵對於這一問題，過去的司法決定中並無明確的回答，Rodríguez 認為只要從佔有的行為即可以推論出作為主權者的主觀要件。¹⁸⁶

二、體素

有效性的第二個要件為體素，即作為「佔有之行為」(corpus possessionis)，又為實質要件。實質要件即以國家之某種行為表示該國統治該領土或者控制該領土，一般而言即為一國對於爭議領土行使國家功能，在「陸地與海洋爭端案」中，法院表示：

「法院回顧可以被視為作為主權者行為(performed à titre de souverain)的行為以及活動，特別是，但不限於以下立法行為、行政控制、應用與執行刑法或者民法、規範移民、管制捕魚與其他經濟活動、海軍巡弋、搜尋與救援。」¹⁸⁷

¹⁸² *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 28, pp. 45-46.

'Before proceeding to consider in detail the evidence submitted to the Court, it may be well to state that a claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as sovereign, and some actual exercise or display of such authority.'

¹⁸³ Marcelo G. Kohen, *supra* note 4, para. 11.

¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 58.

¹⁸⁵ Sánchez Rodríguez et Luis Ignacio, 'Chapitre III L'occupation Suivie De L'exercice Pacifique Et Continu Des Fonctions D'état Comme Mode D'acquisition Du Titre Sur Un Territoire,' *supra* note 179, p. 253.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 254.

¹⁸⁷ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *supra* note 165, para. 80.

事實上，根據案例，國際司法機構不要求國家之機構與人員在爭議領土上出現行使國家功能，¹⁸⁸也不要求行使國家功能必須毫不間斷。¹⁸⁹在「克里普頓島仲裁案」中，1858年10月17日，法國官員在船隻上以文書紀錄表示法國享有該島主權，¹⁹⁰且此時該船隻距離島嶼仍有一哩半，仍被仲裁官明確認定為佔領的行為，自該日起克里普頓島主權屬於法國。¹⁹¹國際法案例中對於佔有行為的評估，受到許多因素影響，¹⁹²在近年的「白礁島案」中，馬來西亞只能提出當地人使用的證據，¹⁹³即羅越人(Orang Laut)在爭議島嶼周遭活動的證據，這些行為包含捕魚與海盜，¹⁹⁴但由於柔佛蘇丹以及英國之主觀認知爭議島嶼屬於柔佛，¹⁹⁵故法院認

¹⁸⁸ Marcelo G. Kohen, *supra* note 4, para. 18

¹⁸⁹ *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 857.

¹⁹⁰ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 29, p. 1108.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 1110.

¹⁹² 此即牽涉時際法問題、爭議領土地理特質、同一時期是否存在相競爭的其他國家之主張等因素。時際法、接受為有效性證據之標準，請見：*Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, *supra* note 121, para. 501; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 61; 地理特質：*Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 867; *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 28, p. 46; 是否存在相競爭主張，請見：*Ibid.*, para. 62.

¹⁹³ *Ibid.*, para. 79.

‘With regard to Singapore’s assertion about the existence of a “traditional Malay concept of sovereignty” based on control over people rather than on control over territory, the Court observes that sovereignty comprises both elements, personal and territorial. In any event, it need not deal with this matter any further as the Court has already found that Johor had territorial sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (see paragraph 69 above), and has found confirmation of this title in the Sultan of Johor’s exercise of authority over the Orang Laut, who inhabited or visited the islands in the Straits of Singapore, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.’

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 70.

¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 56.

為 1840 年以前，爭議領土主權完全屬於馬來西亞。¹⁹⁶這一判決無疑是下修國際法案例當中佔領的行為最低標準。¹⁹⁷

參、有效性與默認之關聯

同意是司法機關以有效性作為判決基礎時的必要條件，¹⁹⁸而這種同意通常以默認為形式。即便一國之行為符合了前一部份所論的主觀與客觀要件，表示了「作為爭議領土主權者」之意思，仍必須加上爭端其他方之同意，方可能使司法機關決定領土歸屬，這種同意在案件中無論是否存在直接證據證明都可能產生；¹⁹⁹換言之，一國以行為表示享有爭議領土主權的意思，甚至是在爭議領土上行使排他的權利之事實，單獨都不能在法律上取得領土主權，必須得到其他國家之同意，這也是司法機關設置關鍵日期在技術上之目的——在關鍵日期前，爭端方通常無明示抗議，可以詮釋為默認。

以有效性作為領土歸屬決定之法律基礎的案件，亦必須以同意為基礎——無論在名目上為承認或者默認，以下以案例說明。

在早期的案例中，如「帕爾瑪斯島仲裁案」中，仲裁員認為：

「……但即使不考量《烏特勒支條約》，西班牙對於 1677 年後之情勢的默認，也使其繼承者現在被剝奪援引條約權利。」²⁰⁰

¹⁹⁶Ibid., para. 117.

¹⁹⁷ Kohen 認為此案觸及了東亞的主權觀念，而這是過去法院在過去的案件中並未考慮周詳的一點。請見：Marcelo Kohen, "Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge" *supra* note 139, p. 158.

¹⁹⁸ Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 195; Ian Brownlie, *supra* note 22, p. 159; Roger Pinto, *supra* note 22, p. 401, 438; Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, *supra* note 8, para. 15. 佔有(possession)是否有效，取決於利益相關方和第三方的態度，這是由於國際法之基本價值，故在所有案例當中法庭都必須建立這種同意。

¹⁹⁹ 例如，「帕爾瑪斯島仲裁案」中，事實上無西班牙同意的直接證據，為仲裁官認定默認。請見：*Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 869.

²⁰⁰ *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 869.

在「英法海峽群島案」中，法院之判決基礎既基於英國作為主權者之行為——司法管轄與行政管理，²⁰¹也基於法國之同意——在法國的外交文書表示「（島嶼）由英國佔有」（possédés par l' Angleterre）。²⁰²

近年的眾多案例也都能符合上述說法，例如在「白礁島案」中，法院表示：

「在某些情況下，當擁有主權的一國疏於回應另外一國作為主權者的行為，主權可能轉移至後者……疏於回應等於默認……換言之，沉默可以表意，但只有在其他國家之行為要求其回應時。」²⁰³

在「邊界爭端案」中，法院表示：

「尼日所依賴的殖民時期和後殖民時期之有效性，都表示爭端雙方之間存在默示協議(implicit agreement)或者默認……。」²⁰⁴

在「陸地與海洋爭端案」中，哥倫比亞主張其在爭議島嶼之主權受尼加拉瓜承認，²⁰⁵因尼加拉瓜對於 Roncador、Quitasueño 以及 Serrana 等島嶼疏於抗議或未主張權利，²⁰⁶法院認為尼加拉瓜的舉措雖非承認(recognition)哥倫比亞主權，但可以支持哥倫比亞的前述主張，²⁰⁷應可視為默認。

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，法院認為：

「宏都拉斯的有效性足以證明其“作為主權者行為的意圖與意志”，之於四個島嶼構成有限(modest)卻真實的權威展示，²⁰⁸……法院推定尼加拉瓜知情宏都拉斯之構成有效性的行為，且無抗議。」²⁰⁹

²⁰¹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 35, p. 65.

²⁰² *Ibid.*, p. 71.

²⁰³ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 121.

²⁰⁴ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, para. 109.

²⁰⁵ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *supra* note 165, para. 85.

²⁰⁶ *Ibid.*, para. 86.

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 90.

²⁰⁸ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *supra* note 52, para. 208.

²⁰⁹ *Ibid.*

綜上所述，若法院以爭端一方的有效性作為決定主權歸屬依據，必然隱含爭端另外一方的默認，雖在案例中法院未必總是使用「默認」一詞。此外，我們還必須討論有效性在國際領土爭端之角色，以呼應領土取得方式之分類，尤其是先占、時效、歷史權利，評價這些方式在實際判決中的實益。

一國之有效性是否能建立領土主權之根據(title)，取決於其有效性之證據發生之前是另外一方是否已經建立權利根據，²¹⁰分成兩種情況：第一種情況，若另外一方在此之前沒有建立權利根據，那麼有效性可以產生權利根據；第二種情況，若另外一方在此之前已經建立權利根據，除了有效性，還需要已經建立權利根據的一方正式程度較高之同意，而不只是沉默，方可能構成主權轉移。

一、先前不存在權利根據——有效性創造權利根據

在一領土爭端當中，在一方的有效性證據發生之前，另外一方無建立權利根據——無論是條約、繼承或者先占，²¹¹那麼該有效性就可以產生權利根據。

在《帕爾馬斯島仲裁案》，可以觀察到仲裁官先從條約，²¹²尤其是爭端雙方皆為締約方的條約，如《明斯特和約》(The Treaty of Munster)以及《烏特勒支和約》(Treaty of Utrecht)，²¹³並發現這些條約無法達成結論，美國作為西班牙在菲律賓之權利的繼承國，因此也不能根據這些條約享有爭議領土主權，²¹⁴故仲裁員

²¹⁰ Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, *supra* note 8, para. 36.

‘To summarize, in a territorial dispute, the legal value of effectivités is to be assessed according to the existence or not of a legal title.’

²¹¹ 國際法庭在爭端中僅考量此三種方式：「十九世紀後半，先占是除了割讓或繼承外的一種和平取得領土主權的方法。先占的首要條件是該領土必須是無主地。」請見：*Western Sahara, Advisory Opinion, supra* note 7, p. 39, para. 79. 且 Kohen 與 Sumner 似是在獨立發明的情況下，提出一樣的見解，請見：*Marcelo G. Kohen. Chapitre II. De l’établissement de la souveraineté territoriale en général. supra* note 4; para. 51. para. 240; B. T. Sumner, *supra* note 124, pp. 1803; 1811-1812.

²¹² *Island of Palmas Case, supra* note 28, p. 837.

²¹³ *Ibid.*, pp. 846-850.

²¹⁴ 事實上，此處應用之繼承規則即類似於保持佔有主義。

方才考量雙方主權行使以及默認作為決定領土歸屬之根據，²¹⁵至此，有效性本身跟權利根據一樣(as good as a title)。²¹⁶

在 2012 年的尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「海洋及領土爭端案」中，法院首先考量雙方締結的 1928 年之條約，並在發現該條約無法達成肯定之結論，²¹⁷其次考量保持佔有主義，再次認為無法達成肯定結論，最後才考量有效性，並依此界定關鍵日期，評價主權行使的證據，以及相應的同意。²¹⁸

在先前不存在權利根據的情況中，法院認定建立權利根據的國家行為以及構成默認之標準也通常寬鬆，例如之前提到的「白礁島案」中，馬來西亞只能提出羅越人(Orang Laut)在爭議島嶼周遭捕魚與海盜活動的證據，²¹⁹或是在「克里普頓島仲裁案」中，法國官員在船隻上以文書紀錄表示法國享有該島主權之行為。²²⁰

在這種情況中，以有效性建立權利根據，在爭端各方與不同法庭之間有不同的名稱，在「克里普頓島仲裁案」中稱為「先占」(occupation)；²²¹在「帕爾馬斯島仲裁案」叫做「和平、持續展示主權權威」(continuous and peaceful display of territorial sovereignty)；²²²在「白礁島案」中，馬來西亞稱之為「歷史權利根據」(historic title)，²²³法院則稱之為「原始權利」(original title)。²²⁴默認在這種情況之下，相較於下述第二種情形，較容易從寬認定，單純的沉默即足夠。

²¹⁵ *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 869.

‘... the acquiescence of Spain in the situation created after 1677 would deprive her and her successors of the possibility of still invoking conventional rights at the present time.’

²¹⁶ *Ibid.*, p. 839.

²¹⁷ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *supra* note 165, p. 649.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 652. 在白礁島案中，新加坡之訴狀也是如此安排，首先強調新加坡之有效控制、主權行為的證據，後強調馬來西亞之默認，請見 *Memorial of the Republic of Singapore, I.C.J. Reports* 2004, pp. 146-147.

²¹⁹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 70.

²²⁰ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 29, p. 1108, p. 1110.

²²¹ *Ibid.*, p. 1110.

²²² *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 839.

²²³ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 123.

另外值得一提的是爭端各方之有效性證據無法明顯區別先後的情況。²²⁵若爭端各方所提交之有效性證據皆發生在同一時間內，法院會認定並非無主地先占，如「海峽群島案」，²²⁶但法院根據據稱的原始權利之證據也無法得出原始權利根據歸屬為哪一個爭端方，所以也不涉及轉移主權。²²⁷

在這情況下，司法機構會評價各方提交之有效性證據相對強弱，²²⁸因此，若法院認為爭端之一方比爭端另一方更明顯的表示享有爭議領土主權的意思，隱含

²²⁴ Ibid., para. 75.

'Given the above, the Court finds that the nature and degree of the Sultan of Johor's authority exercised over the Orang Laut who inhabited the islands in the Straits of Singapore, and who made this maritime area their habitat, confirms the ancient original title of the Sultanate of Johor to those islands, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

²²⁵ Marcelo G. Kohen, *supra* note 4, para. 253.

翻譯：「存在著既不涉及主權轉移也非無主地先占的情況。假設兩國持續的將一塊領土視為本國領土，且兩國都在該領土上展示公權力。由於欠缺確切的權利根據，爭端將會以，在關鍵日期之前，兩方之中之於爭議領土行使更多公權力者獲得領土。故有效佔有在這情況下成為獨立的取得主權來源，海峽群島案為經典案例。」

然 Kohen 也注意到他提出「有效佔有為取得權利根據之獨立來源」之說法，與國際法院之說法「佔有只能確認原始權利根據」之說法是矛盾的，請見：*Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, supra* note 36, para. 344.

'The Court in that case did not however simply disregard the ancient titles, and decide on a basis of more recent display of sovereignty. It took care to observe that in view of the alleged titles, ...it was not assimilating the islands to terra nullius, but examining evidence of possession as confirmatory of title.'


²²⁶ *The Minquiers and Ecrehos Case, supra* note 35, p. 53.

²²⁷ Marcelo G. Kohen, *supra* note 4, para. 253.

²²⁸ *The Minquiers and Ecrehos case, supra* note 35, p. 67; 在「東格陵蘭島地位」中，常設法院表示：「在大部分的領土主權爭端中，法庭必須決定兩個相競爭的主張孰強孰弱。本案之一特別之處為，在 1931 年前只有丹麥主張過格陵蘭主權，在 1921 年前沒有國家挑戰過丹麥在格陵蘭主權。」請見：*Legal Status of Eastern Greenland, supra* note 28, p. 46；在印度與巴基斯坦之間的「卡其仲裁案」也表示：「……判決將會基於雙方提出的主張的相對強度」。請見：*Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, supra* note 121, p. 528; Marcelo G. Kohen, *supra* note 22, para. 168.

'L'affaire des Minquiers et Ecréhous est une autre affaire souvent citée en témoignage de

之意思為後者的「反對行為」不足；且這些事件必然發生於關鍵日期之前，自然後者無明示且正式抗議。故在此種情況下，前者之主權行為對後者構成「需要積極回應的情勢」，反對不足或者沉默即構成默認。這一類案件，除了上述「海峽群島案」外，近年的「西巴丹與利吉丹島主權案」，應也屬於雙方皆提出時間相近的條約、繼承之權利根據，故法院認為本案之爭議島嶼在相關時間並非無主地，²²⁹但依據上述證據也無法達成結論，故比較雙方之有效性的相對效力達成結論。²³⁰



l'application de l'une des constructions doctrinales abordées ci-dessus. Le Royaume-Uni n'avait invoqué la prescription acquisitive qu'à titre subsidiaire, et la Cour n'a pas trouvé que les actes de possession britannique étaient en contradiction avec un quelconque titre français préalable. En fait, la Cour a analysé le poids relatif des différents actes d'exercice des compétences étatiques effectués par l'une ou l'autre des parties, pour arriver à la conclusion que les thèses britanniques devaient l'emporter.'

翻譯：海峽群島案是學者引用作為時效例證的案例。英國在本案只把時效作為次要權利根據，也因為法院不認為英國的占有行為與法國先前建立之權利根據相反。事實上，法院以分析兩國之間彼此不同國家行為的相對強度以達成英國擁有島嶼主權的結論。

²²⁹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 52, para. 108.

²³⁰ *Ibid.*, para.134. 法院引用「東格陵蘭島地位案」，表示將比較主權行使的證據相對強弱。

'It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries.' (P.C.I.J., Series AIB, No. 53, pp. 45-46.)'

綜上所述，若領土爭端中各方無法依據條約、繼承或者較早的先占建立權利根據，有效性可以建立權利根據，並且比較雙方證據的相對強弱達成結論。（請見圖 3-4）

圖 3-4：有效性創造權利根據

狀態 / 時間				↑ 關鍵日期
事實狀態	1. 不明	3. A 國有效性證據較強	5. A 國有效性證據較強	→ 時間
法律狀態	2. 無主地	4. A 國享有權利根據	6. A 國享有權利根據	

資料來源：作者自行整理。

二、已建立之權利根據與有效性——默認證據標準趨嚴

當爭端一方已經建立權利根據，無論以條約、保持佔有主義或者有效性為之，法院會分析前一主權者是否放棄，放棄的標準必須為前一主權者正式程度較高的同意，單純的對逆權侵佔保持沉默，²³¹或者疏於管理，皆不構成放棄。

在一般國際法中，無論是學說或是案例，對於既得之權利受到侵害保持沉默，皆不能構成默認，放棄權利必須明示為之。²³²這一原則在領土爭端中亦不例外，下以案例說明之。

²³¹ 意即前一主權者沒有持續對爭議領土維持國家功能。Marcelo G Kohen, 'Territory, Abandonment', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, para. 3.

'The material possession (corpus) of a territory may be abandoned, without the State in question necessarily abandoning its territorial sovereignty. Similar to occupation—a method of acquiring territorial sovereignty that requires two elements, namely corpus and animus—abandonment as a method of losing territorial sovereignty also requires the presence of the subjective element, that is, the intention to abandon the sovereignty (animus derelinquendi).'

²³² International Law Commission, "Seventh report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur", Document A/CN.4/542*, 22 April 2004, paras. 82-84.

在「克里普頓島仲裁案」中，仲裁官決定法國在 1858 年 10 月 17 日起克里普頓島主權屬於法國，²³³在此之後，由於事實顯示法國並無放棄的意圖(*animus d' abandonner*)，故法國也不因其疏於作為(*derelictio*)而喪失主權。²³⁴

在荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」中，法院先認定比利時依據 1843 年的《邊界條約》建立權利根據。²³⁵其次，考量是否有放棄、轉移主權的事實。法院認為荷蘭基於 1843 年起有效控制、比利時默認之主張為貶抑條約，²³⁶對於法院來說，問題為比利時是否因不主張其權利(*non-assertion of its rights*)，而由荷蘭行使該地主權，導致比利時喪失主權？²³⁷法院最後決定比利時並未喪失主權，除了表示比利時有主張其權利、²³⁸飛地導致比利時不容易察覺到荷蘭行使行政管理的事實等理由外，²³⁹更重要的是由地方政府所行使的行政、例行性的行為……不足取代比利時基於條約之權利。²⁴⁰

若爭端一方已經建立權利根據，爭端另一方有效性單獨不足以建立權利根據，這一規律在布吉納法索與馬利之間的「領土爭端案」之判決首次為法院闡明：

「當行為不符合法律，爭議領土為享有法律權利根據以外的國家所有有效控制時，享有法律權利根據者優於有效性。當（一個案件中）僅存有效性，而無其他權利根據時，必須考量有效性」。²⁴¹

²³³ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 29, p. 1110.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 1110-1111.

²³⁵ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 83, p. 227.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*, p. 229.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 209, 229.

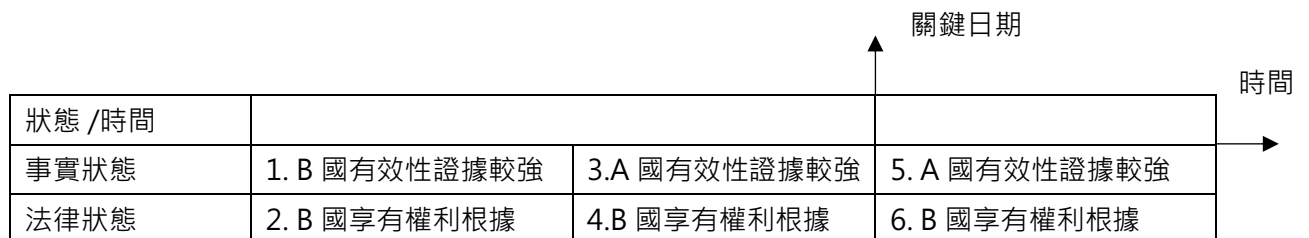
'The weight to be attached to the acts relied upon by the Netherlands must be determined against the background of the complex system of intermingled enclaves which existed. The difficulties confronting Belgium in detecting encroachments upon, and in exercising, its sovereignty over these two plots, surrounded as they were by Netherlands territory, are manifest.'

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 84, p. 587. *para.* 63.

這一描述權利根據與有效性關係之段落，在國際法院大多後續領土案例中都明示被援引使用，²⁴²包含利比亞與查德之「領土爭端案」、²⁴³克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」等等。²⁴⁴(請見圖 3-5)

圖 3-5：有效控制不足以取代權利根據



資料來源：作者自行彙整。



²⁴² Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, *supra* note 8, para. 37. 目前有兩個例外，分別為「白礁島案」與 2013 年布吉納法索與尼日之間的「邊界爭端案」請見：Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), *supra* note 204, p. 44.

²⁴³ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *supra* note 52, p. 38, paras. 75-76.

²⁴⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, para. 68.

在克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」(Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria)中，雙方對於「查德湖某些區域」(certain areas of Lake Chad)之領土爭端，再度重複證實有效性與先前存在之權利根據之間的關係，有效性與沉默不足以使前一主權者放棄權利、轉移主權予有效控制的一方。克麥隆在殖民地時期，以分別代表奈及利亞與克麥隆的英國與法國之間的協定，即 Henderson- Fleuriu Exchange of Notes of 1931 作為享有爭議區域之主權的權利根據，該條約規定爭議區域屬於克麥隆，²⁴⁵奈及利亞對此一區域主張主權之根據為奈及利亞之有效性以及克麥隆的默認。²⁴⁶奈及利亞在此區域行使主權約莫 20 年，而克麥隆在此區域無行使主權，也無抗議。法院對此表示：

「奈及利亞的某些活動——公共衛生組織、教育設施、警備、司法管轄，一般而言構成作為主權者之行為(acts à titre de souverain)，法院注意到克麥隆在此區域已經享有先前存在的權利根據，所以恰當的法律考察為，克麥隆的默認是否可以被證明，將權利根據轉予奈及利亞。」²⁴⁷

儘管克麥隆長時間無抗議，法院在本案中仍認為無法證明克麥隆默認，故僅為「行為不合法律」之情況，爭議區域屬於克麥隆。²⁴⁸儘管法院在這一案例否定了克麥隆默認奈及利亞主權行為，而無轉移主權之事實，但在法律上法院仍認為可能發生。²⁴⁹

²⁴⁵ Ibid., p. 350.

²⁴⁶ Ibid., p. 353, p. 349.

"(1) long occupation by Nigeria and by Nigerian nationals constituting an historical consolidation of title;
(2) effective administration by Nigeria, acting as sovereign and an absence of protest; and
(3) manifestations of sovereignty by Nigeria together with the acquiescence by Cameroon in Nigerian sovereignty over Darak and the associated Lake Chad villages".

²⁴⁷ Ibid., p. 354. para. 67.

'The Court notes, however, that, as there was a pre-existing title held by Cameroon in this area of the lake, the pertinent legal test is whether there was thus evidenced acquiescence by Cameroon in the passing of title from itself to Nigeria.'

²⁴⁸ Ibid., p. 354. para. 70.

²⁴⁹ Ibid., p. 303, at p. 353, para. 68.

「白礁島案」是近年之轉移主權之案例。在本案中，法院認為 1840 年以前，爭議領土主權完全屬於馬來西亞，²⁵⁰馬國享有原始權利根據。²⁵¹接著法院考量的是，馬來西亞是否將權利根據轉移給新加坡，法院表示轉移可以依據雙方協定為之，²⁵²也可以默認為之。²⁵³在本案中，新加坡以及其被繼承國在 1840 年後對於白礁島之有效性證據為法院所接受，²⁵⁴然馬來西亞之默認的分析更加重要，馬來西亞並非單純的對新加坡作為白礁島主權者行為保持沉默，法院認為，1953 年英國殖民地政府與柔佛蘇丹政府之信件往返對於決定白礁島後續權利根據的變化佔據核心位置。²⁵⁵

1953 年英國向柔佛蘇丹發出信件表示：

「我向您請求關於白礁島之資訊，這一問題關於殖民地領水之劃界。這一礁石(白礁島)不屬於胡笙蘇丹與天猛公(Dato Tumungong)依據 1824 年之條約割讓新加坡給東印度公司之範圍……島上的燈塔在 1950 年由殖民地政府所建立，根據國際習慣，殖民地政府享有某些權利與義務……。想要釐清白礁島的地位，希望能提供柔佛政府關於白礁島是否曾被租借、割讓的檔案……。」²⁵⁶

柔佛政府之代理國務卿(Acting State Secretary)對此信的回復為：

²⁵⁰*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, supra note 37, para. 117.

²⁵¹ Ibid., para. 75.

‘Given the above, the Court finds that the nature and degree of the Sultan of Johor’s authority exercised over the Orang Laut who inhabited the islands in the Straits of Singapore, and who made this maritime area their habitat, confirms the ancient original title of the Sultanate of Johor to those islands, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.’

²⁵² Ibid., para. 120.

²⁵³ Ibid., para. 121.

²⁵⁴ Ibid., para. 274.

²⁵⁵ Ibid., para. 203.

‘The Court considers that this correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.’

²⁵⁶ Ibid., para. 192.

「很榮幸回覆您 1953 年 6 月 12 日的信件，關於白礁島的地位……告知您，柔佛政府不主張白礁島之所有權。」²⁵⁷

上述 1953 年的信件往返，代表爭端兩方之主權者關於爭議領土之直接交涉，因此使本案之情況不再只是「行為不合法律」以及前一權利根據擁有者之沉默，而是柔佛政府高位階之政府官員，經過一定適當嚴謹之程序，²⁵⁸透過外交渠道，以英國海峽殖民地政府代表為相對人，明示不主張爭議領土主權。這封信件以法院觀點而言，證明柔佛「了解」本身不享有白礁島主權。²⁵⁹在關於白礁島的最終地位之段落，法院認為該信件為關鍵，²⁶⁰配合上新加坡當局作為主權者之行為，反映了「雙方對於白礁島之權利根據立場之重合變化」，²⁶¹意即柔佛在過程中將原有的權利根據轉移給了新加坡。

若將國際法院之諸多判決視為一致、不相矛盾，²⁶²以「白礁島案」對照克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」、布吉納法索與馬利之間的「領土爭端案」、利比亞與查德之「領土爭端案」，應可以推論，在已經建立權利根據的情況下，若要以有效性取代前一權利根據，相較於先前不存在權利根據的情況下，默認的證據標準會提高，²⁶³對有效控制之事實保持沉默不構成默認，²⁶⁴需要正式程度較高的行為才可能構成默認。²⁶⁵(請見圖 3-6)

²⁵⁷ Ibid., para. 196.

²⁵⁸ Ibid., para. 210. 英國顧問告知柔佛國務親諮詢「土地與礦產委員」以及「首席勘測員」，研究相關檔案。

²⁵⁹ Ibid., para. 230.

²⁶⁰ Ibid., para. 275.

²⁶¹ Ibid., para. 276.

'...a convergent evolution of the positions of the Parties regarding title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

²⁶² Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, *supra* note 8, para. 37.

'However, in this case the Court did not depart from the traditional approach it earlier had followed on the relationship between titles and effectivities.'

²⁶³ Kohen 認為這類證據，例如「東格陵蘭島地位案」中的「Ihlen 聲明」、「古寺案」的附件一地圖。並且認為，「放棄主張某地主權」等於「默認」。請見：Marcelo G Kohen, 'Territory, Abandonment', *supra* note 231, paras. 4, 14.

圖 3-6：構成轉移主權之情況

狀態 /時間				↑ 關鍵日期
事實狀態	1. B 國有效性證據較強	3.A 國有效性證據較強 加上 B 國明顯的默認	5. A 國有效性證據較強	→ 時間
法律狀態	2. B 國享有權利根據	4.A 國因主權轉移享有 權利根據	6. A 國享有權利根據	

資料來源：作者自行彙整。

肆、理論評價

有效性一詞為法院所直接使用，故是最適合解釋法院案例之概念。事實上，有效性應為先占、時效、歷史權利、歷史鞏固的構成要件之一，有效性在這些領土取得方式中，或以「有效控制」、「有效佔領」、「長期使用」等方式表示。

在學說中，「有效佔領」作為無主地取得的必要條件，²⁶⁶是由於主權之基本概念為「壟斷合法暴力」(monopoly of the legitimate use of physical force)。²⁶⁷換言之，一國在一塊領土上享有領土主權即表示該國在該地理空間壟斷合法暴力，如 Max Huber 所言：「領土主權……牽涉展示國家活動的排他權利(exclusive right)。」²⁶⁸就理想來說，領土主權在時間上，應當持續維持；²⁶⁹在空間上，應當

²⁶⁴ 事實上，在起源不合法的情況下，不只是默認的標準更嚴格，有效性之標準也因此上升。請見：Marcelo G. Kohen, Chapitre premier : La notion de possession contestée, *supra* note 22 para. 118.

²⁶⁵ 這一現象亦為 Kohen 所觀察，他認為若默認之效果越嚴重，其條件應越嚴格。同樣的，界定默認存在且產生轉移主權的效果，相較於默認僅作為證據或者詮釋之角色，要求更嚴格。請見：Marcelo G. Kohen. Chapitre IV. Le comportement de l'État et des autres sujets du droit international In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 18 octobre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1306>>. para. 294.

²⁶⁶ Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, p. 64.

²⁶⁷ Tony Waters & Dagmar Waters(translate and edite), *Max Weber in Weber's Rationalism and Modern Society*,. Palgrave Books 2015, p. 136

²⁶⁸ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 28, p. 839.

在領域內排除其他公權力，²⁷⁰且應當保護領域內之外國與外國人的合法利益。²⁷¹最後，Huber 所說的排他權利，來源為與其他國家的法律互動(legal engagement)，若不是條約，就是承認的行為。²⁷²

但主權概念的理想型(ideal type)未必總是實際發生。在國際領土爭端中的爭議領土往往偏遠、不宜人居，因此國家行為往往數量少、主權性質不高或僅具象徵性質，且並非無時無刻行使其國家功能。如 Lauterpacht 所說，這些行為若稱之為「有效佔領」難免使之脫離該詞彙的一般意義，²⁷³或許是因此緣故，法院改用了「有效性」這一詞彙。更重要的，也或許是因為先占、占有在法院之工作語言中皆為 occupation，然而事實的占有不必然產生法律效果。換言之，事實上對一塊土地占有不一定是國際法中的先占，法院必須作出這種區別，故改用其他詞彙，以表示事實狀態與法律狀態之差別。

在國際法案例中，有效性的法律效果取決於案件中是否存在權利根據。首先必須考量的是，若存在拘束爭端方且規範領土的條約，以及保持佔有主義（或國

²⁶⁹ Ibid., p. 838.

'The growing insistence with which international law, ever since the middle of the 18th century, has demanded that the occupation shall be effective would be inconceivable, if effectiveness were required only for the act of acquisition and not equally for the maintenance of the right.'

²⁷⁰ Ibid., p. 839.

'Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States...'

²⁷¹ 此段落應是指外交人員與國家財產的豁免、外交保護之權利。Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America), *supra* note 28, p. 839.

'This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory.'

²⁷² Ibid., p. 838.

*'Territorial sovereignty is, in general, a situation **recognised and delimited in space**, either by so-called natural frontiers as recognised by international law or by **outward signs** of delimitation that are **undisputed**, or else by legal engagements entered into between interested neighbours, such as **frontier conventions**, or by **acts of recognition** of States within fixed.'*

²⁷³ Hersch Lauterpacht. *supra* note 14, pp. 417-418. 事實上，「持續、和平展示主權」基於同理應當放棄，因為在領土爭端中，國家行使國家功能往往也不持續，使之脫離一般語意。

家繼承)適用於解決爭端,有效性只能作為佐證。若不存在上述前提條件,或者雙方擁有一樣的權利根據時,有效性可以發揮決定性的效果;考量國家行為是否足以建立權利根據時,通常會一併考慮行為發生時是否存在相競爭之主張,²⁷⁴以及爭議領土的地理性質、政治體系之背景,即時際法的應用。

在爭端一方已經建立權利根據後,無論是根據條約、繼承或者先占,另外一方若欲取得主權,除了對爭議區域行使國家功能外,更重要的是原來享有權利根據的一方的同意,且這種同意不能從沉默而得出,如在眾多案例中所顯示的,應有原享有主權者正式程度較高之證據,表示放棄或者轉移主權的意圖,方構成默認。

總結而言,使用「有效性」一詞,相對於過去的「有效控制」、「有效佔領」或者「持續、和平展示主權」,不在字面上與語言之一般意義衝突,且可以區別事實與法律狀態,故為較佳選擇。



²⁷⁴ 考量是否存在相競爭的主張,似是與比較主權行為的強弱相近,只是在前一情形中,只有一方有主權主張或者有效性。

第七節 默認與割讓

壹、割讓與默認之關聯

割讓可定義為，一個國家將其所擁有的一塊領土主權，透過條約和平地交予另外一個國家。²⁷⁵廣義而言，任何關於領土劃分之條約都應在這一框架之下，因此包含劃界條約與包含領土條款的和平條約。²⁷⁶

領土條約通常牽涉三個問題，第一，割讓國是否有權割讓；第二，割讓是否以嗣後的有效佔領為條件；第三，條約解釋之問題。²⁷⁷

針對第一個問題，在案件中通常檢視割讓國是否享有該爭議領土之權利根據即可，如「帕爾馬斯島仲裁案」。²⁷⁸

第二，有效的割讓是否以嗣後的有效佔領為條件？克爾生學派之學者認為有效佔領是依據割讓條約轉移領土的必要條件。²⁷⁹但此為混淆主權以及主權行使。²⁸⁰換言之，一國依據條約對特定領土建立主權，未必需要真正行使主權。以荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」為例，比利時依據 1843 年的《邊界條約》建立權利根據，²⁸¹在此之後約有 70 年未對爭議領土實際行使主權，而由荷蘭行

²⁷⁵ Malcolm Shaw, *supra* note 10, p. 499.

²⁷⁶ Marcelo G. Kohen, Chapitre V. Le rôle des principes fondamentaux du droit international In: *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 03 novembre 2016). para. 192.

²⁷⁷ Surya Prakash Sharma, *supra* note 12, pp. 138-139.

²⁷⁸ *Island of Palmas Case*, *supra* note 28, p. 843.

²⁷⁹ Marcelo G. Kohen, Chapitre V. Le rôle des principes fondamentaux du droit international, *supra* note 276, para. 198; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2e éd. par Robert W. Tucker, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 312-313; Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Genève: Georg, 1953, tome I, p. 443-444.

²⁸⁰ Marcelo G. Kohen, *Ibid.*, para. 199; Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. III, p. 146.

²⁸¹ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 83, p. 227.

使國家功能。然法院仍認為主權屬於比利時，且比利時之沉默不構成默認。²⁸²故有效的割讓不以有效佔領為條件。²⁸³

第三個問題——即條約解釋之問題，與默認直接相關。粗略而言，如 MacGibbon 所說：

「默認是條約解釋的元素之一，締約方後續之行為可以被接受為釐清條約之證據；一方不行為的證據，就算不具有決定性，也有佐證價值。」

284

因此默認在條約的嗣後實踐(subsequent practice)中扮演角色，²⁸⁵具體而言為《維也納條約法公約》第31條第3項(乙)款之規範。

由於在條約之嗣後實踐的默認構成要件不同於其他情形，且為眾多案件之爭點，故本章僅討論嗣後實踐與默認解釋條約之應用前題，並簡述其要件。

貳、嗣後實踐之應用前提

在一個案件中是否得以嗣後實踐與默認解釋條約，取決於其他解釋方式是否能得出締約方之真意。儘管《條約法公約》第三十一條中所列之解釋方式原則上無位階關係，²⁸⁶但條約解釋之目的為探詢締約方之真意，是故條約文本本身足以達成這目標時，嗣後實踐通常不為法庭所接受，故無默認之問題。在利比亞與

²⁸² Ibid., p. 229.

²⁸³ Kohen 對此則舉出另一個近代外交史中的例子，1859年法國在法、奧戰爭中取得勝利，法、奧協議決定奧地利先將倫巴底(Lombardy)割讓給法國，再由法國割讓給薩丁尼亞。在這一有效的割讓中法國從未佔有倫巴底。請見：Marcelo G. Kohen, Chapitre V. Le rôle des principes fondamentaux du droit international, *supra* note 276, para. 199.

²⁸⁴ Ian C. MacGibbon, *supra* note 26, p. 146.

²⁸⁵ 本條款中文翻譯雖用「慣例」，但本文基於全文之一致性，改用「實踐」。

²⁸⁶ Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. Springer Science & Business Media, 2011, p. 543.

查德之「領土爭端案」中，查德主張，利比亞默認源自 1955 年條約依據嗣後實踐建立之邊界。²⁸⁷法院並未回應其論點，僅僅表示：

「法院首先考量 1955 年條約之第三條以及其附件，以界定該條約是否界定了雙方邊界。如果該條約界定了邊界，即可以回答雙方所提交之問題。」²⁸⁸

根據法國與利比亞在 1955 年之條約第三條規定：

「締約雙方承認突尼西亞、阿爾及利亞、法屬西非、法屬赤道非洲以及利比亞之間的邊界，這些邊界為利比亞聯合王國建國之日有效的國際文書，表附於換文（附件一）。」²⁸⁹

然而如何解釋此一條約條款？利比亞認為條約文本不足以界定所有邊界，應以嗣後實踐解釋之：

「該第三條之邊界為複數形式，表示該條約劃定了某些邊界，而不是所有邊界。」²⁹⁰

然而，法院認為條約之條款應使其有效，²⁹¹不應留下未劃界的區域，引用比利時與荷蘭之間的「某些邊界領土爭端案」：

²⁸⁷ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 52, para. 36

²⁸⁸ *Ibid.*, para. 38.

²⁸⁹ *Ibid.*, para. 39.

‘Article 3 of the Treaty reads as follows: “The two High Contracting Parties recognize that the frontiers between the territories of Tunisia, Algeria, French West Africa and French Equatorial Africa on the one hand, and the territory of Libya on the other, are those that result from the international instruments in force on the date of the constitution of the United Kingdom of Libya as listed in the attached Exchange of Letters (Ann. I).”’

²⁹⁰ 利比亞意圖將該條約解釋為留下某些邊界未依據條約劃界。請見：*Ibid.*, para. 46.

‘In support of its interpretation of the Treaty, Libya has drawn attention to the fact that Article 3 of the Treaty mentions “the frontiers” in the plural. It argues from this that the parties had in view delimitation of some of their frontiers, not that of the whole of the frontier.’

²⁹¹ 除了「條約應使其有效」之外，「領土邊界穩定原則」也應當適用於領土條約之解釋，如法院在「古寺案」所說：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 34.

‘In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is

「將該領土條約解釋為懸而未決（留下未定界領土），以後續之現實狀態(status quo)界定國家在爭議領土之權利，與締約方之共同意志不相容。」²⁹²

由於在條約文本的層次即達成確認領土主權的結論，故雙方在 1955 年之後之實踐不被視為條約解釋的一部分，並認為雙方在嗣後之態度並未達成任何協定。²⁹³

以嗣後實踐與默認解釋條約最著名之案例應為「古寺案」，暫且不論此案是否屬於嗣後實踐修改條約之案例，²⁹⁴法院認為爭端雙方之間的條約文本不足以達成結論：

「1904 年之條約第一條所指之分水嶺線，只不過是一個了無新意 (obvious) 且權宜 (convenient) 的描述邊界線的方式，失之籠統。因此沒有理由相信各方會將這樣的分水嶺線之重要性凌駕於最終劃定邊界且由雙方接受的地圖線。法院覺得，本案為條約解釋之問題……。」²⁹⁵

to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed, whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as possible errors still remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious.'

²⁹² *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, supra note 52, para. 47.

"Any interpretation under which the Boundary Convention is regarded as leaving in suspense and abandoning for a subsequent appreciation of the status quo the determination of the right of one State or the other to the disputed plots would be incompatible with that common intention." (I.C.J. Reports 1959, pp. 221-222.)

²⁹³ *Ibid.*, para. 66.

'Having concluded that a frontier resulted from the 1955 Treaty, and having established where that frontier lay, the Court is in a position to consider the subsequent attitudes of the Parties to the question of frontiers. No subsequent agreement, either between France and Libya, or between Chad and Libya, has called in question the frontier in this region deriving from the 1955 Treaty.'

此一問題將會在第四章第二節之「嗣後實踐之合理應用範圍」探討之。

²⁹⁵ 對於本案最終結論，投下贊成與反對的法官分別為 9 位與 3 位，反對的法官包含阿根廷法官 Moreno Quintana、中華民國的顧維鈞、澳洲的 Sir Percy Spender。請見：*Case concerning the*

總結而言，應用嗣後實踐與默認解釋條約之前提，應為條約文本不能確認爭議領土主權時，若與條約文本相反之後續作為應被視為「行為不合法律之情形」。²⁹⁶

參、嗣後實踐之要件

在國際領土爭端中以嗣後實踐解釋條約之情形並不罕見，其各項要件亦為案件中之爭點。本節僅著重於割讓條約與默認之關聯，嗣後實踐之各項要件中的爭點將會在第四章第二節「默認與條約之嗣後實踐」詳細探討之。

《維也納條約法公約》第31條第3項(乙)款之構成要件可以區分成客觀要件與主觀要件。客觀上來說，必須存在某種國家實踐，且不需要締約方共同為之，故單方行為可以構成本條款所稱之實踐；²⁹⁷在主觀上，該實踐必須為締約方知情且接受為確認條約之實踐，²⁹⁸方可能達成「協定」。

值得一提的是，在本條款中的「協定」(agreement)並非指書面協定，僅指對條約的共同理解，²⁹⁹故對條約之實踐保持沉默，構成默認而產生本條款所稱之協定。

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), *supra* note 291, p. 35.

‘The indication of the line of the watershed in Article I of the 1904 Treaty was itself no more than an obvious and convenient way of describing a frontier line objectively, though in general terms. There is, however, no reason to think that the Parties attached any special importance to the line of the watershed as such, as compared with the overriding importance, in the interests of finality, of adhering to the map line as eventually delimited and as accepted by them. The Court, therefore, feels bound, as a matter of treaty interpretation, to pronounce in favour of the line as mapped in the disputed area.’

²⁹⁶ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 84, p. 587. para. 63.

²⁹⁷ International Law Commission, ‘Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, A/CN.4/671, 26 March 2014, p. 20

²⁹⁸ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at p. 1094, para. 74 (“occupation of the island by the Masubia tribe”) and pp. 1077, para. 55 (“authorities were fully aware of and accepted this as a confirmation of the Treaty boundary.”)

²⁹⁹ 當初起草條約法公約本來的用詞是「相互理解」(common understanding)，換成「協議」沒有

第八節 小結

本章將傳統的國際法領土取得方式視為理論，並依據科學哲學所樹立之標準對之評價。本節將本章之研究方法、研究結論做一簡短的敘述，並且嘗試評估在本章所做結論之限制。在研究方法上，本章假定所有處理國際領土爭端之法庭——無論是國際常設法院、國際仲裁、國際法院皆依據一致的一組標準解決領土爭端。這一方法的起源來自經濟學領域。在經濟學中，一般而言將人類假定為「經濟動物」(Homo Economicus)，意即刻意忽略不同個人之間的異質性、也刻意忽略不同歷史與文化背景等其他因素的影響，以便得出通則。這一方法不僅適用於經濟學領域，在國際政治領域也是常見作法。³⁰⁰為追求通則解釋，而刻意忽略某些事實，Hersh Lauterpacht 應是在國際法領域中應用這一方法最著名的人物之一。在其著作《國際法中的國家承認》(Recognition of States in International Law)中，為了得出承認之通則解釋，甚至不惜提出「承認的義務」，³⁰¹雖然本文並不贊同其實質論點，但接受其方法。

基於上述假定，本章嘗試得出國際法庭如何在爭端中決定將爭議領土判決給某一爭端方，而不是其他爭端方，並以案例驗證國際法領土取得理論的解釋能

特別的原因，或許只因為措辭比較典雅，委員會認為「協議」一詞不指涉條約。International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 297, p. 27. 'Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, p. 169, para. 60; P. Gautier, "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États", in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet, ed. (Bruylant, 2007).'

³⁰⁰ 例如同時在國際法領域、國際關係領域皆有獨到見解的 Morgenthau 在其著名的《國家間政治》，假定人性為惡。請見：Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Fifth Edition, Revised, (New York: Alfred A. Knopf, 1978, pp. 4-15

³⁰¹ 勞德派特知道構成說在邏輯上的缺陷，但仍然願意支持之。H. Lauterpacht, 'Recognition of States in International Law', *The Yale Law Journal*, Vol. 53, No. 3 (Jun., 1944), p. 422.

力。判斷的標準依據實證標準、理論內在邏輯一致與否、說明能力以及是否能產生新奇預測作為標準。以下簡述本章實質內容。(請見表 3-1)

整體而言，本章所探討的國際法的領土取得方式都基於國家同意，這些方式包含先占、時效、歷史權利、歷史鞏固、有效性以及條約。

先占應是可以有效解釋國際法領土案例的理論，意即先占為國際法庭確實應用。然而，可以觀察到，國際法庭很少正面表示爭議領土在某一時刻為無主地，因此難以辨別一個案例是不是依據先占做出決定。法庭之所以不願意宣佈某一領土是無主地，其原因同於證明某物不存在之困難。根據司法實踐與學說，有兩種辨別無主地的方式。第一種方式為檢視在據稱的先占時，是否有其他國家抗議而定；第二種方式，則為國際法庭實際應用的，應當檢視據稱的佔領前，是否有國家已經對爭議領土建立權利根據。第一種方式是不合理的，因為有主權也未必需要真正行使，³⁰²不行使主權也無從得知領土主權受侵犯，故法庭真正考量的是在此之前是否有其他國家建立權利根據。雖然法院往往不願意直接表示某一塊領土是無主地，但仍然有跡可循，若法庭宣布爭端某一方取得原始權利根據(original title)，通常可以表示爭端方依據先占取得領土。

法庭雖然不情願正面表示某一領土是無主地，但無主地與否極大程度影響法院對於佔領與默認的證據標準：若一塊領土是無主地，法院對佔領與默認的要求

³⁰² 在「帕爾馬斯島仲裁案」，仲裁官亦表示不行使主權，也不代表喪失或者無主權。請見：*Island of Palmas Case, supra note 28, p. 855.*

‘The fact that a state cannot prove display of sovereignty as regards such a portion of territory cannot forthwith be interpreted as showing that sovereignty is inexistent. Each case must be appreciated in accordance with the particular circumstances.’

在「東格陵蘭島地位案」中，法官 Anzilotti 亦表示主權之存在獨立於其行使。請見：*Legal Status of Eastern Greenland, supra note 28, p. 83.*

‘Pendant longtemps, la disproportion dont je viens de parler [celle entre les parties occupées du Groenland et celles qui ne l’étaient pas] n’avait pas une grande importance. Et cela non seulement parce que les exigences du droit international étaient alors plus limitées, mais aussi et surtout parce que le titre de la souveraineté existait indépendamment de son exercice : les rois dano-norvégiens ou danois ne prétendaient pas être les souverains du Gröenland parce qu’ils exerçaient leur autorité sur cette région ; ils exerçaient cette autorité parce qu’ils prétendaient être les souverains héréditaires du pays.’

相對低。總結而言，先占符合實證標準，為國際法庭真實應用，儘管不易觀察其前提條件是否出現；在提出新奇預測的能力上，一塊領土是否為無主地，影響了後續其他國家取得領土的證據標準，若一國已經建立主權，其他國家有效控制之事實以及原享有主權者之沉默不構成默認。³⁰³

本文檢視的第二個理論是時效。經過多個案例的檢證後，本文結論嚴格意義的時效不存在，意即一國對一塊本來屬於另外一國的領土，長期且有效控制加上原來享有主權之國家的沉默，也不會因此造成主權轉移。這類案例包含荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」、³⁰⁴布吉納法索與馬利的「領土爭端案」、³⁰⁵利比亞與查德之「領土爭端案」、³⁰⁶克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」等等。³⁰⁷本文並非主張領土主權不可能轉移，只是需要原來享有領土主權的國家正式程度較高的同意或是放棄，如「白礁島案」中柔佛蘇丹政府信件，³⁰⁸才可能構成主權轉移。

其他兩個時效理論家援引作為支持時效存在的案例，即「帕爾馬斯島案」與「海峽群島案」，在兩個案例中西班牙與法國分別都從未取得過爭議領土主權，故荷蘭與英國也不是長期、和平佔有其他國家的領土取得領土。時效理論在國際法領土爭端之案例中，無法通過實證上的檢測，故應當放棄。³⁰⁹

³⁰³ 事實上，在起源不合法的情況下，不只是默認的標準更嚴格，有效性之標準也因此上升。請見：Marcelo G. Kohen, *Chapitre premier : La notion de possession contestée*, *supra* note 22, para. 118.

³⁰⁴ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 83, p. 229.

³⁰⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 84, para. 63.

³⁰⁶ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* *supra* note 52, p. 38, paras. 75-76.

³⁰⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, para. 68.

³⁰⁸ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 203.

³⁰⁹ 另外可以注意到，近期在國際法庭中鮮有以「時效」為名包裝其論據，雖然實質上某些國家國家之論據仍屬於時效，例如在克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」中，奈及利亞即主張「歷史鞏固」，但實質上此為時效論點。*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, para. 64.

另外，值得一提的是，由於法院不願意宣布一塊領土是無主地，所以有學者認為先占與時效兩者無區別。例如 Shaw 認為先占與時效應合併為一個理論，³¹⁰然而本文不能接受此一看法，無主地在案件中雖然通常無法在字面上直接觀察到，但仍然有合理方法界定；且一塊領土是否為無主地嚴重影響法院之判決走向，故先占與時效合併之說不可取。

本章檢視的第三個理論為歷史權利。在實證上，法院接受以年代久遠的證據而取得領土主權。³¹¹然而，本文認為歷史權利理論僅是先占結合時際法的應用。在古代可以合理想像主權觀念與今日不同，故行使方式有異。³¹²這類因素或許還包含爭議領土的地理條件、政治體系之差異，造成法院對於古代取得領土主權之證據標準放寬。但嚴格而論，是否有必要使用歷史權利一詞應有商討空間。

歷史鞏固是本章檢視的第四個理論。這一領土取得理論之發明靈感來自於「英挪漁業案」，在實質內容上是先占、時效、時際法相結合的結果。在國際法

³¹⁰ Malcolm Shaw, *supra* note 10, pp. 502-503, p. 507, p.515. Shaw 認為，應當將先占與時效合併為一個領土取得方式，即「有效控制」(The exercise of effective control)，這是因為在案例中，法庭並不清楚表示是先占抑或時效，而是基於評價兩方之國家行為。Shaw 認為，在欠缺清楚的權利根據的情況下，國家實踐本身可以成為建立法律的機制。

'In the absence of any clear legal title to any area, state practice comes into its own as a law-establishing mechanism. But its importance is always contextual in that it relates to the nature of the territory and the nature of competing state claim.'

³¹¹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, paras. 79, 290.

'Since Middle Rocks should be understood to have had the same legal status as Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as far as the ancient original title held by the Sultan of Johor was concerned, and since the particular circumstances which have come to effect the passing of title to Pedra Branca/Pulau Batu Puteh to Singapore do not apply to this maritime feature, original title to Middle Rocks should remain with Malaysia as the successor to the Sultan of Johor, unless proven otherwise, which the Court finds Singapore has not done.'

³¹² *Western Sahara*, *supra* note 7, para. 95.

"Political ties of allegiance to a ruler, on the other hand, have frequently formed a major element in the composition of a State. Such an allegiance, however, if it is to afford indications of the ruler's sovereignty, must clearly be real and manifested in acts evidencing acceptance of his political authority. Otherwise, there will be no genuine display or exercise of State authority"

案例中，這一領土取得理論不能通過實證考驗，且在法庭訴訟中相當不建議提出這一名詞作為權利根據，因為在案例中這一名詞直接使法院聯想到其起源為關於領海的外部界線的判決，而不是領土取得。³¹³

第五個主題是有效性。其起源應只是因為早期國際法學說中的有效控制、佔領、佔有等詞彙，用來形容國際領土爭端中數量少、質量低，或不在物理上佔有領土的國家行為未免名不副實。³¹⁴是故，國際法院在 1980 年代中期之後的案例，皆以有效性替代過去的有效控制、佔領、佔有等措辭。法庭面對有效性作為領土爭端方之論據時，首先會考量在該有效性證據發生之前，爭端另外一方是否已經建立權利根據，若不存在，則可以先占：

「……當（一個案件中）僅存有效性，而無其他權利根據時，必須考量有效性」。³¹⁵

相反的，若是該有效性證據發生之前，爭端另外一方已經建立權利根據，通常的情況為：

「當行為不符合法律，當爭議領土為享有法律權利根據以外的國家所有效控制時，享有法律權利根據者優於有效控制。」³¹⁶

換言之，爭端一方若已經依據先占、條約、保持佔有主義取得主權，後來其他國家佔有爭議領土，原則上優先權給予先取得的國家，而不是後來佔有的國家。但仍存在轉移主權的案例，此時則需要原來主權者以其國家有權機關表示放棄的意思。³¹⁷

³¹³ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 52, para. 65.

³¹⁴ Hersch Lauterpacht. *supra* note 14, pp. 417-418.

³¹⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 84, p. 587. para. 63

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 37, para. 203.

‘The Court considers that this correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.’

此外，當雙方的有效性證據在時間上無顯著的先來後到時，³¹⁸法院比較雙方有效性證據的質量與數量以達成決定，且法院在達成決定的同時會以近期的證據回頭肯定證據較強的一方之原始權利根據，因為有效性在原則上只能用做確認權利根據。³¹⁹這類經典案例如「海峽群島案」與「西巴丹與利吉丹島主權案」。

條約在國際爭端中的效果應無須贅言。在領土爭端中，條約與默認之間的關聯發生在以嗣後實踐解釋條約，原則上嗣後實踐若與條約規範相左，應當以條約規範為準，但事實上仍可能存在以嗣後實踐修改條約，例如「古寺案」。

總結而言，依據本章所研究之主題，國際法庭在處理國際領土爭端時，除了保持佔有主義本文並未處理外，法院實際上會接受的只有條約與有效性，有效性若發生在無主地上，即為先占，若發生在有主地上，則必須視前一主權者是否放棄該地領土主權，而不行使主權也不代表放棄主權，應存在正式程度較高的行為方可能構成放棄。

表 3-1：各類權利根據與默認之關聯與案例驗證

領土取得方式 (理論)	與默認之關聯	案例驗證	案例段落	
先占	為實質必要條件	直接證實	<i>Western Sahara, Advisory Opinion</i> , p. 39, para. 79.	
		間接證實	<i>Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge</i> , paras. 68-69; <i>The Minquiers and Ecrehos case</i> , p. 67.	
時效	必要條件	間接否證	<i>Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986</i> , p. 587, para. 63.	
歷史權利	為實質必要條件	間接肯定	<i>Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge</i> , para. 134.	
歷史鞏固	必要條件	直接否定	<i>Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria</i> , para. 65.	
有效性	創造權利根據	必要條件	直接證實	<i>Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986</i> , p. 587, para. 63.
	轉移權利根據	必要條件	直接證實	<i>Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria</i> , p. 354, para. 67; <i>Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)</i> , para. 122.
割讓	以嗣後實踐解釋條約時應用默認	直接證實	<i>Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)</i> , p. 35.	

資料來源：作者自行彙整

³¹⁸ Ian Brownlie, *supra* note 1, p. 158.

³¹⁹ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 84, p. 587, para. 63.

第四章 默認在國際法領土爭端案例之應用

本章將探討默認在國際法領土爭端案例中的實際應用。在國際法案例中所應用的三種權利根據——條約、保持佔有主義與有效性皆可能應用默認之概念，但是在三種權利根據中構成默認的標準不同，故應當分別討論之。本章主要內容為探討默認與條約解釋在國際法案例中的應用情形，以及有效性在國際司法機構解決爭端之應用規則。由於保持佔有主義之獨特之性質，本文限於篇幅與作者能力，無法討論保持佔有主義與默認之應用。

在進入條約解釋與有效性的討論前，有必要對國際法庭在領土爭端中判決的基本架構作一簡單之介紹，以利對國際領土爭端有一通盤的理解。

第一節 國際領土爭端判決模式基本架構

默認在國際法領土爭端之應用，乃是依附著三種權利根據(title)——條約、保持佔有主義與有效性分別發生效果。國際司法機構，無論是國際法院、國際常設法院與仲裁之判決皆不脫離此三種權利根據。默認在這三種權利根據發揮效果原理一致，即透過其舉措——包含行為與不行為，默示(implied)同意這三種權利根據，因而對默認方產生不可對抗性(innopposability)，對於被默認享有權利的國家來說，則產生可對抗性。儘管默認在三種權利根據之應用基本原理一致，但由於被默認的權利根據不同，因此有不同的證據標準。¹

與此相關的是權利根據與時間序列的問題²。一國在某時刻對爭議領土享有權利根據，之後仍有轉移、喪失的可能，例如透過割讓條約割讓予其他國家，或

¹ 例如，在條約層次，以嗣後實踐與默認達成之協議，必須證明該實踐與為條約之應用，且為雙方所知為條約之應用，此即不同於單純考量有效性之情況。

² 在爭端中，各方提出之證明權利根據的證據的相對時間會影響證據被評價的標準，這並非單純指涉時際法、關鍵日期等問題，而是各項證據產生的相對時間會影響判決走向——若雙方的證據之間能在時間上明顯區隔數個時期，意即在某些時期爭端其中一方無法提出證據，意味著在這些時期之間權利根據可能確立或者轉移；相反的，若雙方之證據發生的時間不能明顯區隔，意即在歷

者對於逆權侵佔默認——在這種情況中，構成默認的證據標準已經如我們在第三章中的「有效性與默認」當中所論述，需要正式程度較高的同意行為，沉默不會構成默認。

其次，則是關鍵日期。在大多數的領土爭端案例中，法庭會設置一日期作為證據截止日，一般而言認為是爭端發生時、首次抗議時或者爭端具體化時。然而實質上關鍵日期是根據三種權利根而定。

壹、國際領土爭端之適用法

在探討默認分別與條約解釋與有效性如何發生作用前，有必要在宏觀層次，就國際法領土爭端判決的方式作一簡單介紹。以通則而論，國際法庭如何解決領土爭端？這一問題是在問，國際法庭如何做出爭議領土主權歸於特定爭端國的司法決定。對於這一問題，Marcelo Kohen 與 Brian T. Sumner 分別地提出了類似卻有細微差異的見解，以下分別介紹之。³

Brian T. Sumner 歸納國際法院領土爭端的九個案例，⁴觀察到在爭端中爭端方的理據(justification)可以分成九個種類，分別為條約、地理、經濟、文化、有效

史上每一個時期雙方都能提出證據，將比較的是爭端方維持主權證據的相對強度。

³ 國際法庭在爭端中僅考量此三種方式：「十九世紀後半，先占是除了割讓或繼承外的一種和平取得領土主權的方法。先占的首要條件是該領土必須是無主地。」請見：*Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, p. 39, par. 79. 1975, p. 6 at p. 39, para. 79. 且 Kohen 與 Sumner 似是在獨立發明的情況下，提出一樣的見解，請見：Marcelo G. Kohen. Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général In: *Possession contestée et souveraineté territoriale [en ligne]*. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 18 octobre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1306>>. para. 51. para. 240; B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *Duke Law Journal*, 2004 53(6), pp. 1803; 1811-1812.

⁴ 分別為：*The Minquiers and Ecrehos Case* (France/United Kingdom), I.C.J. Reports 1953; *Sovereignty over Certain Frontier Land Case* (Belge v. Netherlands), 1959 I.C.J. Report; *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1962; *Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali) I.C.J. Reports 1986; *Case Concerning the Land*,

控制、歷史、保持佔有、菁英主義、意識形態。⁵他總結，法院只會應用其中的條約、保持佔有主義與有效控制，稱之為「三段階層規律」(tripartite hierarchical decision rule)。⁶在面對爭端雙方不同之主張時，法院首先會檢視條約：

「如果國家的同意清楚、明顯，法院的分析始於條約也終於條約。在利比亞與查德之間的領土爭端案中，法院之決定完全基於條約，幾乎完全不考慮其他論點。」⁷

其次，會考量保持佔有主義：

「當一個案件中不存在條約時，如果可以應用的話，判決中第二個有決定性效果的是保持佔有主義...。」⁸

在前兩者不能適用，或者無法證明的情況下考量有效控制：

「在非後殖民邊界，且無明顯同意邊界之條約的情況下，法院之決定最可能基於有效控制。在這類案例中，控制的時間長度以及程度是最重要考量，因為這讓主張的一方之權利為公開。基於穩固之有效控制達成的決定，可類比為普通法系之逆權侵占，主張一方的佔有必須確實、公開使眾所週知、排他、持續、逆權且有敵意，持續一段時間，……當一方之領

Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras; Nicaragua intervening), ICJ Judgement of 11 September 1992, ICJ Reports 1992; *Territorial Dispute* (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I. C.J. Reports 1994; *Maritime Delimitation and Territorial Questions* (Qatar v. Bahrain); *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C.J. Reports 2002,

⁵ B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice' *supra* note 3, p. 1781.

⁶ *Ibid.*, p. 1804. 中國大陸學者張衛彬翻譯為「三重性分級判案規則」或「多重性分級判案規則」，此一規律受到中國大陸學者重視。請見：張衛彬，〈論國際法院的三重性分級判案規則〉，《世界經濟與政治》，2011年，第5期，頁77-93；張衛彬，〈論國際法院解釋領土條約的路徑，方法及其拓展〉，《法學研究》，2015年，第2期，192-208；曾皓，〈論領土法的新發展——以國際司法判例為視角〉，《湘潭大學學報》，2010年，第34期，頁44-48；李玉玲，〈論國際法下釣魚島主權爭端的評估〉，《中國海洋法學評論：中英文版》，2013年，第2期，頁1-72。

⁷ *Ibid.*

⁸ B. T. Sumner, *supra* note 3, p. 1804.

土受侵犯，且默認這一侵犯，其主張就鞏固了，如同普通法系中的逆權侵佔。」⁹

Sumner 認為這一司法決定方式之所以稱之為「階層」，是因為存在效果上的優先順序：

「……法院將條約視為反映各方對爭端邊界的相互同意，……表示條約可以優於任何其他主張、論據，因為條約是各方尊重爭端領土之意願最直接的表達方式。」¹⁰

原則上，本文同意 Sumner 之「三段階層規律」，即這三種權利根據的優先順序的看法。但是在歷史、地理、文化以及時效在領土取得之角色，本文有不同見解。本文認為地理與歷史因素，在案件中雖不一定是決定性因素，但會影響權利根據建立的證據標準，例如「白礁島案」：¹¹

「考量本案中關於柔佛蘇丹國的歷史與地理背景，法院認為柔佛蘇丹國之領土範圍，原則上包含新加坡海峽中所有的島、礁，這些島礁位於王國的中心位置，因此包含白礁島。柔佛蘇丹享有島礁的事實從未被本區域其他國家挑戰，可以被視為滿足了“持續且和平展示領土主權”（和平乃是之於他國）。法院結論，柔佛蘇丹在此時（十九世紀初）對白礁島，享有原始權利根據。」¹²

Kohen 在 1990 年代，即提出國際法庭在領土爭端中之判決方式：

⁹ Ibid., pp. 1804-1805.

¹⁰ Ibid., p. 1808.

¹¹ 類似的案例還有印巴之間的「卡其案」。其中所謂政治體系的背景，即為各國互動之文化。請見 *Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan Tribunal Constituted Pursuant to Agreement of 30 June 1965 (India v Pakistan)*, (1980) XVII RIAA 1, (1976) 50 ILR 1, 19th February 1968, Arbitration, para. 501.

“The rights and duties which by law and custom are inherent in, and characteristic of, sovereignty present considerable variations in different circumstances according to time and place, and in the context of various political systems.”

¹² *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, paras. 68-69. 原始權利(original title)事實上即為先占。

『一般而言，司法機關解決領土爭端方法如下。第一，法官將首先要確認各方援引的權利根據之「直接關聯性」(pertinence)，以及「具體性」(matérialité)。如果存在可能解決爭端的條約，一定會吸引法院目光。如果沒條約，法院在習慣法中尋找權利根據，可能是保持佔有主義、先占。第二步，法院建立一個直接關聯的權利根據後，接著會檢視在權利根據產生之後各方的行為與態度，是否有修正的意思，或只是單純的確認權利根據。如果法官認為各方之後的行為可以解決爭端，通常就會從那裡開始分析，不用考慮之前的情況。第三，關鍵日期、時際法等技術性規則，在前兩步會派上用場。第四，「不違法的衡平」(l'équité infra legem)，法院只有在解釋權利根據時才會應用，通常是證據不足、不充分的情況中。』¹³

Kohen 之見解相較於 Sumner 多考量了權利根據的維持與喪失以及時際法之問題，這兩項因素確實是法庭在領土爭端中經常考慮的。

另外在 Kohen 之見解中，值得一提的是「相對強度」(relative strength)之問題。在國際領土爭端的判決書中，經常可以看到這樣的描述，如「帕爾瑪斯島案」：

「如果一塊領土之主權起爭議，習慣上會檢視主張主權的爭端國，哪一方擁有權利根據——割讓、征服、先佔...等等，優於另外一國所可能援引對抗的權利根據。」¹⁴

又如「東格陵蘭島地位」中，常設法院表示：

「在大部分的領土主權爭端中，法庭必須決定兩個相競爭的主張孰強孰弱。本案之一特別之處為，在 1931 年前只有丹麥主張過格陵蘭主權，在 1921 年前沒有國家挑戰過丹麥對格陵蘭的主權。」¹⁵

¹³Marcelo G. Kohen, Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général, *supra* note 1, para. 240.

¹⁴ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *Reports of International Arbitral Awards*, 4 April 1928, Vol. II, pp. 838-839

'If a dispute arises to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title – cession, conquest, occupation, etc. – superior to that which the other State might possibly bring forward against it.'

在印度與巴基斯坦之間的「卡其仲裁案」，仲裁庭表示：

「……判決將會基於雙方提出的主張的相對強度。」¹⁶

Kohen 認為「相對強度」之比較，依據國家在領土爭端中提出的訴狀，有兩種可能性。第一，比較不同權利根據(title)的相對強度；第二，比較同一權利根據之不同證據的相對強度。¹⁷他認為相對強度的概念不能應用在不同權利根據(title)之間，因為權利根據的概念，就其定義，不能允許同一時間在一塊領土上存在兩個權利根據。¹⁸一國在某一時刻對於爭議領土享有權利根據，意即享有主權，而主權的特質之一為排他，故國際法庭不會承認在同一時間存在兩個國家對同一領土享有主權。

綜上所述，權利根據只有建立與否的問題，即存在與不存在的問題；而相對強度的概念應是比較同一權利根據的不同證據證據強弱。「海峽群島」案是一個典型的例子，雙方援引的原始權利根據一致，且事實上對爭議領土都有主權行為：

「爭端雙方都主張對 Ecrehos 與 Minquiers 島享有古代或者原始權利根據(original title)，且持續維持其權利根據從未喪失。本案因此並非關於無主地取得之情況。」¹⁹

法院因此表示：

「法院現在評價雙方主張的相對強度……這些島嶼自從 13 世紀起，被視為英國國王所擁有的海峽群島之封地不可分割的部分，持續為英國國王所有，英王自 14 世紀起對這些島嶼行使管轄權，……英國在 19 與 20

¹⁵ *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 46.

¹⁶ *Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan*, *supra* note 11, p. 5

¹⁷ Marcelo G. Kohen Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général, *supra* note 1, paras. 236-237.

¹⁸ *Ibid.*, para. 237.

¹⁹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 53.

世紀大部分的時間對 Ecrehos 島行使國家功能。法國不能提出任何證據證明對於這些島嶼的權利根據。在這個情況下，Ecrehos 主權屬於英國。」²⁰

在本案中，所謂「主張」(claims)不存在權利根據上的差異，因此我們可以合理推論，只有試圖證明同一權利根據的不同類型證據效果的差異。國際法院在 1992 年的「陸地、島嶼與海洋爭端案」證實了上述說法：

「法院在海峽群島案中的決定是具有啟發性的……在該案中，法院認為，英國對於島嶼提出了更好、更具有說服力的證據。」²¹

除了上述有效性的證據之間可以應用相對強度的概念，類似的，在適用保持佔有主義的案例中，證據之間亦有證明效果的高下之別。²²

綜上所述，國際法庭解決領土爭端會依據雙方論據、事實，依序檢視條約、保持佔有主義、有效性是否在特定時間點建立權利根據，再考量雙方之後的行為與態度是否造成權利根據轉移，而默認在三個權利根據之形成以及主權轉移之情形中都可能發揮效果，只是具體的證據要求不同。（請見：圖 4-1 三段階層規律、轉移主權與默認之關係）

²⁰ Ibid., p. 67.

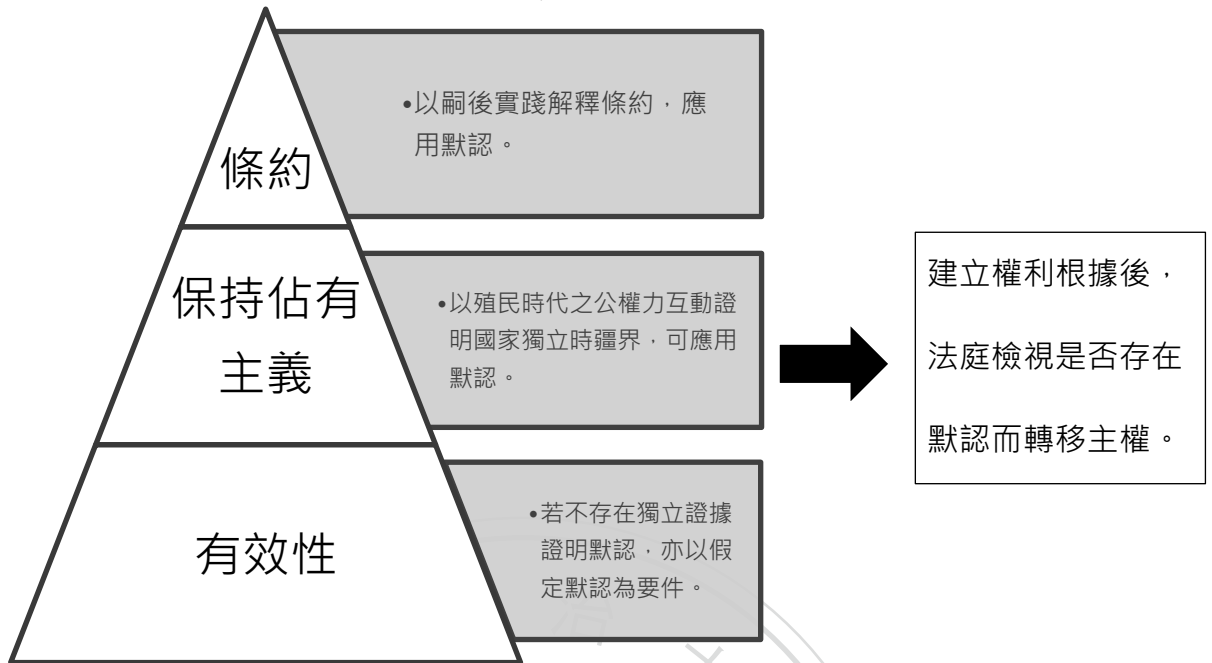
'The Court, being now called upon to appraise the relative strength of the opposing claims to sovereignty over the Ecrehos in the light of the facts considered above, finds that the Ecrehos group in the beginning of the thirteenth century was considered and treated as an integral part of the fief of the Channel Islands which were held by the English King, and that the group continued to be under the dominion of that King, who in the beginning of the fourteenth century exercised jurisdiction in respect thereof.'

²¹ *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) supra note 4, para. 343.*

'An illuminating decision is the Court's Judgment of 17 November 1953 in the Minquiers and Ecrehos case. In the dispute over these islets and rocks, lying between the British island of Jersey and the coast of France, both Parties produced a number of ancient historical titles, going back to the Middle Ages; but the United Kingdom presented, as the Court found, better and more convincing evidence of exercise during the critical period of State sovereignty by the authorities of the British island of Jersey over the two groups of islets.'

²² Marcelo G. Kohen Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général, *supra* note 1, para. 236.

圖 4-1：三段階層規律、轉移主權與默認之關係



資料來源：Marcelo G. Köhen. Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général In : *Possession contestée et souveraineté territoriale [en ligne]*. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 18 octobre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1306>>. para. 51. para. 240; B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *Duke Law Journal*, 2004 53(6), pp. 1803; 1811-1812.

貳、關鍵日期

關鍵日期的界定在國際領土爭端中經常為當事方所爭論。關鍵日期之於一般社會大眾而言，也存在常見的誤解——關鍵日期必為爭端發生時或具體化時、在關鍵日期之前佔領爭議領土就在法律上享有爭議領土主權。²³本部份探討關鍵日期之界定方式與其目的。

²³ 比爾·海頓(Bill Hayton)，〈島與礁 從國際法看南海主權爭議：《南海》選摘(2)〉，2016年07月22日，風傳媒，<<http://www.storm.mg/article/142025>>。'……如果國際法院在一九四七年被要求裁定太平島的主權歸屬，它可能做出有利法國的裁定，根據是法國早在任何國家之前已清楚提出主張、且「占領」(在法律意義上)了它。'又如，雲程，〈古書釣魚？還是談國際法吧〉，自由評論網，2016年2月15日，<<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/961782>>。'操弄文字，不如老實面對國際法！1928年常設仲裁法院的「帕爾馬斯島案」(Island of Palmas Case)判決文內容提出：對領土主權的連續不斷與和平的表現才成為真正的所有權。中國，有這樣管理過釣魚台群島嗎？'上述文句雖未提及關鍵日期，但就其立場應屬於「在關鍵日期之前佔領爭議領

一、關鍵日期之界定

關鍵日期在國際領土爭端中是經常應用的技術性規則，其基本之目的如法院在「西巴丹與利吉丹島」案中所述：

「在爭端具體化後各方的行為不被納入考量，除非這種行為是先前行為的合理延續，而不是以改善爭端方的法律立場為目的。」²⁴

關鍵日期應可以定義為「爭端各方權利根據(tiltes)的基礎應當被評價的日期」，²⁵根據此一定義可知關鍵日期可能依據爭端方所主張的權利根據(title)而定，而法院如何考量、排序爭端各方之權利根據，直接決定了案件的關鍵日期，²⁶此即牽涉到領土爭端中適用法(applicable law)之排序問題，即為本文在前一部份討論之議題。

除了學者們對於案例之歸納，在國際領土爭端的判決或者仲裁中，可應用的法律通常根據爭端各方締結的特別協定(compromis)而定，而其內容也多是《國際法院規約》第三十八條第一項作為可應用之法律，即依據條約、習慣、一般法律原則、作為確定輔助資料的公法家學說與司法判例；在爭端方皆曾為殖民地之情況下，也會在特別協定中規定適用「繼承自殖民地邊界不可撼動之原則」(the

土就在法律上享有爭議領土主權」。

²⁴ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para. 135.*

²⁵ Ahmed Abou-El-Wafa, “Deuxième partie. La CIJ et les problèmes concernant les différends frontaliers terrestres”, *Les Différends Internationaux Concernant Les Frontières Terrestres Dans La Jurisprudence De La Cour Internationale de Justice*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p. 354; Ahmed Abou-El-Wafa, ‘Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes,’ *Revue égyptienne de droit international*, 1986, p. 127.

²⁶ 例如以條約文本解釋解決領土爭端時，法院不需要在另設關鍵日期，條約生效日即為關鍵日期。例如在克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界」中即完全未提及關鍵日期。因為克麥隆以殖民地時期，分別代表奈及利亞與克麥隆的英國與法國之間的協定即 Henderson- Fleuriu Exchange of Notes of 1931 作為享有爭議區域之主權的權利根據，該條約規定爭議區域屬於克麥隆。 *Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 4, p. 350.

principle of the intangibility of boundaries inherited from colonization)，即保持佔有主義原則。

從上述國際領土爭端中可應用之法律探討，可以總結國際法庭，在領土爭端中適用的法律依序為：(1)規範爭端各方之條約；(2)習慣，即保持佔有主義，但此一原則之應用限制為自殖民地獨立之國家；(3)然而，若爭端各方之條約不能解決爭議領土之歸屬，且爭端雙方不適用保持佔有主義時，法院會考量有效性 (effectivités) 以及默認，即爭端方各方對爭議領土透過默示、沉默表示爭議領土之歸屬的意思。

除了前一節所引述的學者意見外，在近年的案例中，在 2012 年的尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「海洋及領土爭端案」更加明確證實這一適用法之順序，²⁷ 我們可以觀察到法院在該案決定爭議領土歸屬時，首先考量雙方締結的 1928 年之條約，並在發現該條約無法達成肯定之結論，²⁸ 其次考量保持佔有主義，再次認為無法達成肯定結論，最後才考量「有效性」(Effectivités)，並依此界定關鍵日期，評價主權行使的證據，以及相應的同意（承認或者默認）。²⁹

目前關鍵日期之通說，來自國際法院法官 Gerald Fitzmaurice。他認為存在六種可能的關鍵日期，分別是(1)爭端發生時；(2)爭端一方首次明示對爭議領土提出

²⁷ *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624. 自其目錄即可知這一順序：

“2. Sovereignty over the maritime features in dispute

A. The 1928 Treaty

B. *Uti possidetis juris*

C. *Effectivités*

(a) *Critical date*

(b) *Consideration of effectivités*

D. Alleged recognition by Nicaragua.”

²⁸ *Ibid.*, p. 649.

²⁹ *Ibid.*, p. 652. 在白礁島案中，新加坡之訴狀也是如此安排，首先強調新加坡之有效控制、主權行為的證據，後強調馬來西亞之默認，請見 *Memorial of the Republic of Singapore, I.C.J. Reports 2004*, pp. 146-147.

主張；(3)爭端具體化時；(4)爭端一方提出司法解決以外的和平解決爭端方式時；(5)前述程序實際應用時；(6)提交司法解決時。³⁰

Gerald Fitzmaurice 對於關鍵日期的靈感應來自於他親身參與的「英法海峽群島案」，應注意到這是一個依據有效性達成結論的案例。在應用保持佔有主義的案件，關鍵日期應為新國家獨立之日期，如國際法院在貝寧與尼日之間的「邊界爭端案」中所表示：

「獨立之後的檔案文件不能改變在關鍵日期的領土邊界，除非該檔案可以顯示爭端方同意這種改變。」³¹

又如法院在布吉納法索與馬利的「邊界爭端案」中所表示：

「不能先驗的(a priori)排除該日之後所產生的地圖、研究、檔案，他們有可能有助於建立獨立時的領土邊界。無論如何，保持佔有主義的效果是凍結領土權利根據。」³²

上述的關鍵日期或許可以歸類為 Gerald Fitzmaurice 所稱的第一種可能，即「爭端開始的日期」。關於爭端開始的日期應先討論「爭端」之定義，爭端一詞指兩造之論據對事實或者法律之分歧，³³而國家對於事實與法律之見解也不必要

³⁰ Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge: Grotius, 1986), pp. 263-4.

'The following are the main possibilities: (i) the date of the commencement of the dispute; (ii) the date (not necessarily the same as in (i)) when the challenging or plaintiff State first makes a definite claim to the territory; (iii) the date, which again may or may not coincide with one of the foregoing, when the dispute 'crystalized' into a definite issue between the parties as to territorial sovereignty; (iv) the date when one of the parties proposes and, so far as lies within its power, takes active steps to initiate a procedure for the settlement of the dispute, such as negotiations, conciliation, mediation, reference to, or use of, the machinery of an international organization, or other means falling short of arbitration or judicial settlement; (v) the date on which any of these procedures is actually resorted to and employed; (vi) the date on which, all else failing, the matter is proposed to be or is referred to arbitration or judicial settlement.'

³¹ *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, para. 26.

³² *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, *supra* note 4, para. 29

³³ PCIJ, Series A, No. 2, p. 2; Hudson Vol. 1, p. 297. 原句直譯為：「爭端指兩造對事實或者法律之分歧」。

明示為之，因此可以這樣理解國際領土爭端開始的日期：爭端中各方，對於某一塊領土之主權，在同一時期內，透過明示、默示之不同之法律意見或者事實見解的時間各點。³⁴

明示、默示的區別有意義，由於在國際領土爭端中，判定歸屬之理由經常為行使主權功能的程度，故國家對於爭議領土之行使國家功能的事實，可以視為該國表示擁有該地主權之意見的方式。所謂明示主權意圖，指國家透過語言、文字，經代表國家之機構公開表示對於爭議領土的主權主張。應注意到，無論是明示、默示都應公開，公開的最低限度，應當至少為爭端另外一方合理地可能知道其法律意見為最低標準。

雙方之不同或者相反的意見，應在同一時間發生才有可能成為關鍵日期。即便爭端雙方在同一時間點，對於同一塊土地主權歸屬的法律意見相反，爭端方也不必知道爭端存在，因此在爭端發生的時間，爭端中任一方不必然會提出抗議，主權爭議也不必具體化，因此爭端的存在也不必取決於爭端任一方針對另外一方提出抗議，這一說法可在「帕爾瑪斯島仲裁案」得到驗證。

進一步而論，倘若在一領土爭端中，爭端方對於事實或者法律有一個以上的分歧時，意即有數個可能的關鍵日期時，國際司法機構的決定可能會考量各個分歧的明確程度，但這並不表示司法機構會以最明確的分歧時間作為關鍵日期，因為如此一來會有明顯不合理的後果，³⁵也不合於國際司法機構的實踐。爭端之明確性在這裡應採取最低標準，足以確認爭端雙方對於爭議領土的意思表示在某一時間點明顯相反時，即適合做為爭端開始之時間。

簡而言之，所謂爭端開始之日期，此一爭端未必為爭端方所知，因此也不必為爭端方明示主張；而在領土爭端案例中的爭端——爭議領土屬於哪一個國家，其實質爭議點通常為規範爭端方的領土條約之解釋、獨立於殖民母國時的邊

³⁴ 同一時期，爭端中各方透過明示、默示之不同之法律意見或者事實見解，對於某一塊領土主張主權之各時間點。

³⁵ 如果以國家表意行為之方式而論，比外交抗議更加明確表示主權主張的方式，可能有斷交、斷絕經濟往來，威脅使用武力，以及使用武力。以上方式都比外交抗議更明確顯示爭端存在，而爭端方使用武力也必然會以自衛為名義，因為根據爭端方的見解，爭議領土為其領土。

界狀態為何、據稱的先占時爭議領土是否為無主地，或者哪一個國家之有效性的證據較強。因此，本文認為「爭端各方權利根據(tiltes)的基礎應當被評價的日期，³⁶是關鍵日期的較佳定義，較不容易引起誤解。

然而，Gerald Fitzmaurice 之說法亦有可取之處，在爭端方明示其主權主張後的國家行為，通常在法院被直接視為不可接受。

二、設置關鍵日期在技術上與規範上之目的

關鍵日期存在的意義，應從功能與規範兩方面而論。首先，在功能上，關鍵日期決定了證據的可受理性，在關鍵日期之後產生的證據，原則上不可接受，有兩個理由。第一，在關鍵日期之後的證據，極可能為爭端方為了改善其法律立場而製造，³⁷法院無法依此評價爭議領土的客觀法律狀態。³⁸第二，除了條約與保持佔有主義之情況。在應用有效性作為判決基礎時，默認是必要條件，³⁹而法院若欲得出默認，則必須至少以爭端其中一方首次抗議作為證據截止日，在該日之前，爭端方通常無明示抗議，可以詮釋為默認。

³⁶ Ahmed Abou-El-Wafa, “Deuxième partie. La CIJ et les problèmes concernant les différends frontaliers terrestres,” *supra* note 25, p. 354 ; A. Abou-El-Wafa, “Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes”, *supra* note 25, p. 127.

³⁷ *Ibid.*, p. 373.

³⁸ Marcelo G. Kohen, Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général, *supra* note 1, para. 248.

³⁹ Marcelo G. Kohen, Chapitre premier : La notion de possession contestée In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 23 novembre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1302?nomobile=1>>. para. 195; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 159; Roger Pinto, ‘La prescription en droit international,’ *RCADI*, 1955-1, p. 401, 438; Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, ‘Acquisition of Territory,’ *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, para. 15. 佔有(possession)是否有效，取決於利益相關方和第三方的態度，這是由於國際法之基本價值，故在所有案例當中法庭都必須建立這種同意。

其次，關鍵日期之設置對國際秩序之意涵，符合國際法之目的——國際秩序之穩定、和平。由於國際領土爭端中經常以國家主權行為，⁴⁰作為判定領土歸屬之標準。故若不設置一證據截止日，減少國家在爭端具體化後增加主權行為的誘因，則可能激化國際衝突，甚至引發戰爭。⁴¹

參、小結

根據本節各部分之討論，從宏觀角度而言，國際法庭解決領土爭端時，會依據雙方論據、事實，依序檢視條約、保持佔有主義、有效性是否在特定時間點建立權利根據，而歷史、地理、文化三個因素，如我們以案例證明的，會發生效果。而默認在三個層次都可能發揮效果，只是具體的證據要求不同。

在一方建立權利根據後，接著考量雙方之後的行為與態度是否造成權利根據轉移，若爭端某一方之權利根據在特定時間點為法庭宣告建立，且後無轉移、放棄的事實，那麼即決定該爭領土主權歸屬。

最後，若以有效性作為司法決定的基礎時，若雙方在相同一段時間都能提出相應的證據，此時會評價證據的「相對強度」，在這一情況下，爭端具體化、爭端一方首次抗議後所產生的證據原則上不會被接受，因為極可能是爭端方為了改善其法律論據而製造的證據。

第二節 默認與條約之嗣後實踐

壹、概論

在領土爭端當中，拘束爭端雙方之條約一定是法庭首先注意到的證據，因為條約是最容易證明國家接受某項情勢或者法律主張為合法的證據，條約解釋因此

⁴⁰ 或稱「為有效原則」、「和平且持續展示主權」。

⁴¹ L.F.E. Goldie, 'The Critical Date,' *The International and Comparative Law Quarterly*, 1968, pp. 1251, 1253.

成為爭端方攻防的重點。關於條約解釋與默認的關係，本文已經在「割讓與默認」小節中做了一簡單的分析；本節著重於更技術性之內容，包含構成嗣後實踐之主觀要件、嗣後實踐的型態、構成知情的標準、達成協定之標準與嗣後實踐之合理應用範圍。本部分蒐錄了國際法院之領土爭端中，以嗣後實踐作為條約解釋的相關案件，並且加上國際法委員會之報告、少數國際仲裁、其他類型爭端司法決定，作為說明原則之補充。

本節集中討論《維也納條約法公約》第31條第3項(乙)款，因為(甲)款以締約方單一、共同之行為為前提，故默認在該款幾無應用空間。回顧《維也納條約法公約》第31條第3項(乙)款：

(乙)嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例；(Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation)

該款可以拆解成以下要件，第一，必須存在實踐；第二，該實踐必須為依據特定條約之實踐，即主觀要件；第三，必須達成「協定」。以下圍繞此三要件，探討國際法案例中構成這些要件之事實，並嘗試歸納之。

貳、主觀要件：締約方認為其實踐為條約之應用

若一實踐為條約之嗣後實踐，行使實踐的國家必須主觀上認知其實踐為特定「條約之應用」，這一要件根據國際法委員會之見解，如國際習慣法中的主觀要件。⁴²在領土爭端中以嗣後實踐解釋條約，必須主觀上自認依據條約行為，才可能真正依據條約建立權利根據。

⁴² *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* *supra* note 4, pp. 556-557. 要證明嗣後實踐之主觀要件，但不要求該行為必須指涉條約特定條款，只要與條約整體或部分相關即可。

‘That practice of the parties is only relevant under lit b if it occurs “in the application” of the treaty, which plainly indicates that, just as for the development of international customary law, a subjective link is required under lit b: the parties whose practice is under consideration must regard their conduct to fall within the scope of application of the treaty concerned and in

權利根據與國家單方行為之關係，國際法院已經多次闡明。嗣後實踐、嗣後佔有可以作為證據，但是必須跟權利根據相關。在「陸地、島嶼與海洋爭端案」，法院表示：

「分庭認為，……在獨立之後的有效性檔案證據，若可以顯示 1821 年之依據保持佔有主義的邊界，可以納入考量……由於該有效性與（保持佔有主義）界定之邊界存在著關聯。」⁴³

國家是否主觀依據特定條約而進行某種實踐，有時可能因特定實踐之背景中不存在其他可能導致同樣國家行為之情勢間接得知。例如在「比格爾海峽仲裁案」(the Beagle Channel case, Chile v. Argentine)中，仲裁官表示：

「《維也納條約法公約》並未界定“協議”(agreement)應以什麼方式表示。在本案中，智利管轄的行為並非有意建立獨立於條約之法源 (source)，依據智利的理解，這些行為也非與條約文字矛盾。這些管轄行為是公開且為阿根廷所知的，且只可能源自於條約。在此情況之下，阿根廷的沉默可以被推論有確認條約意義的意圖……。」⁴⁴

principle to be required under that treaty. They must act the way they do for the purpose of fulfilling their treaty obligations. On the other hand, their actions do not have to bear a special reference to a particular provision of the treaty, but can relate to the treaty as a whole or to different parts of it than the one under scrutiny'

⁴³ Ibid., p. 62.

'The Chamber may have regard also, in certain instances, to documentary evidence of post-independence effectivities when it considers that they afford indications in respect of the 1821 uti possidetis juris boundary, providing a relationship exists between the effectivities concerned and the determination of that boundary.'

⁴⁴ Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel (Argentina/Chile) 18 February 1977, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, part II, p. 187, para. 169.

'The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which agreement may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the

在案件中，即使雙方進行某種嗣後實踐，例如勘定領土邊界，只要未能符合主觀要件，也未必導致在法律上確立邊界。法院在「賽杜杜島案」中，因南非不認為該合作勘界之結果有法律拘束力，即不符合主觀要件，故不構成嗣後實踐達成協議。且不具有主觀要件，也不以國家明示抗議、反對為限，持續要求針對邊界協商可以默示地表示不同意之前所界定的邊界，法院表示：

「法院檢視了上述檔案後，認為 1984-1985 年之間，南非與波札那僅止於同意派出共同專家團。法院不認為兩國以某種方式承認了共同調查團在 1985 年 7 月的結果。雙方之會談中、專家調查團的檔案中沒有任何紀錄，顯示雙方達成任何協議。此外，南非與波札那後續的書信顯示了協議不存在；1985 年 10 月 4 日的照會中，波札那要求南非接受勘界結果。南非不僅沒同意，還強調要求波札那與南非納米比亞政府協商，獨立後的納米比亞亦是如此。」⁴⁵

根據南非方面持續要求協商，故欠缺主觀上同意之事實，法院認為：

Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves.'

⁴⁵ *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* ICJ Judgement of 13 December 1999, *ICJ Reports 1994*, para. 68.

'Having examined the documents referred to above, the Court cannot conclude therefrom that in 1984-1985 South Africa and Botswana had agreed on anything more than the despatch of the joint team of experts. In particular, the Court cannot conclude that the two States agreed in some fashion or other to recognize themselves as legally bound by the results of the joint survey carried out in July 1985. Neither the record of the meeting held in Pretoria on 19 December 1984 nor the experts' terms of reference serve to establish that any such agreement was reached. Moreover, the subsequent correspondence between the South African and Botswana authorities appears to deny the existence of any such agreement: in its Note of 4 November 1985 (see paragraph 65 above), Botswana called upon South Africa to accept the survey conclusions: not only did South Africa fail to accept them but on several occasions it emphasized the need for Botswana to negotiate and agree on the question of the boundary with the relevant authorities of South West Africa/Namibia, or indeed of the future independent Namibia.'

「上述之事實……，顯示在 Kasikili/Sedudu 島之法律地位，南非與貝專納(Bechuanaland)之間欠缺協議(agreement)。那些事件不能構成“應用條約之嗣後實踐”，而建立雙方關於條約解釋之協議……故不屬於條約法公約第三十一條第三項之(乙)嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例；更不屬於(甲)當事國嗣後所訂關於條約之解釋或其規定之適用之任何協定……。」⁴⁶

總結言之，一實踐是否為國家主觀認為依據條約之實踐，除了在該實踐之相關文件可明示表示，也可能依據相關情勢判定；而證明不存在主觀上同意一實踐為依據條約之實踐，也不以明示抗議為限。

參、實踐的表現形式

《條約法公約》第31條第3項(乙)款所稱之「實踐」如同《國際法院規約》第三十八條子項第二款。故其形式不限，包含國家的對外行為，可以是官方聲明，外交文書、新聞稿、在國際組織決議之投票、國家的立法與司法管轄行為等等。⁴⁷實踐也不必要是中央政府之行為，也可以是地方政府的行為，只要可以顯示國家對於條約義務之立場即可。⁴⁸

⁴⁶ Ibid., para 63.

“From all of the foregoing, the Court concludes that the above mentioned events [...] demonstrate the absence of agreement between South Africa and Bechuanaland with regard to the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island and the status of the Island. Those events cannot therefore constitute ‘subsequent practice in the application of the treaty [of 1890] which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’ (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art 31, para 3 (b)). A fortiori, they cannot have given rise to an ‘agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions’ (Ibid, Art 31, para 3 (a)).”

⁴⁷ International Law Commission, ‘Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, A/CN.4/671, 26 March 2014, p. 555.

‘...ICJ Statute), the notion of “practice” comprises any external behaviour of a subject of international law, here insofar as it is potentially revealing of what the party accepts as the meaning of a particular treaty provision. No particular form is required, so that official

國際領土爭端中的條約之嗣後實踐，可以由締約一方行為，其他締約方沉默而達成「協定」；其次，雖然領土爭端中的嗣後實踐在邏輯上如上述概論包含所有可能形式，實踐上多以有效性與地圖作為實踐形式。

一、單方行為與沉默

《維也納條約法公約》中所稱的「實踐」不需要締約方共同為之，單方行為可以構成「實踐」，⁴⁹換言之，其他締約方之沉默可以用作(乙)款解釋的要素，⁵⁰故(乙)款的實踐可以「沒有分歧」(absence of any disagreement)作為最低證據標準，⁵¹這一表述又比疏於抗議更加精確(absence of protest)，因為即使沒有抗議，也可以透過其他行為間接表示不同意，例如「賽杜杜島案」中，南非強調要求波札那與南非納米比亞政府協商，⁵²被法院認為視為協議未達成。以沉默表示同意的案例眾多，包含前文提到的「古寺案」、⁵³「比格爾海峽仲裁案」。⁵⁴

statements or manuals, diplomatic correspondence, press releases, transactions, votes on resolutions in international organizations are just as relevant as national acts of legislation or judicial decisions. In fact, "practice" in this respect is not limited to the central government authorities of States, rather any public body acting in an official capacity can contribute to demonstrating the state's position towards its treaty commitments.'

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 20

⁵⁰ Ibid., p. 29.

'Silence as a possible element of an agreement under article 31 (3). Although an "agreement" under article 31 (3) may be informal and need not necessarily be binding, it must nevertheless be identifiable in order to be "established". This requirement is formulated explicitly only for subsequent practice under article 31 (3) (b). A "subsequent agreement" under article 31 (3) (a) cannot therefore be derived from the mere silence of the parties.'

⁵¹ Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. Springer Science & Business Media, 2011, p. 560.

'Thus, agreement in lit b would in essence seem to mean acceptance, even tacit, and is at the very minimum evidenced by the absence of any disagreement.'''

⁵² *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *supra* note 45, para. 68.

⁵³ International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 47, p. 29; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 23.

除了沉默外，依據國際法委員會之見解，締約方之同時的行動(parallel conduct)也許足以構成建立協定之嗣後實踐。在海域劃界中這類例子經常出現，兩國獨立地給予石油開採許可(oil concession)，表示締約方默示承認在海域之某一條邊界，⁵⁵在「陸地與海洋邊界案」，法院表示：

「石油開採許可……如果基於雙方明示、默示協議……會納入考量。」⁵⁶

二、有效性

有效性為國家作為(爭議領土)主權者之行為，⁵⁷一般而言即為對爭議領土行使國家功能，通常可以區分為行政、立法、司法。以有效性作為條約之嗣後實踐，其角色應如法院在克麥隆與奈及利亞之間的「陸地與海洋邊界案」中所表示：

‘The International Court of Justice has recognized the possibility of expressing agreement regarding interpretation by silence or omission by stating in the case concerning the Temple of Preah Vihear that “where it is clear that the circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period”, the State confronted with a certain subsequent conduct by another party “must be held to have acquiesced”’

⁵⁴ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 187, para. 169.

⁵⁵ International Law Commission, ‘Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, *supra* note 47, p. 21.

‘A merely parallel conduct may suffice. This can be the case, for example, when two States grant oil concessions independently from each other in a way which suggests that they thereby implicitly recognize a certain course of a boundary in a maritime area.’

⁵⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), *supra* note 4, at p. 447, para. 304.

‘...the International Court of Justice stated that oil concessions “may ... be taken into account” if they are “based on express or tacit agreement between the parties.”’

⁵⁷ Marcelo Kohen, "Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge." *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international* Vol. 15. Feb. 2013, p. 153.

「當權利根據無法準確表示其地理範圍時，有效性可以顯示該權利根據在實踐上如何被詮釋」。⁵⁸

在「比格爾海峽仲裁案」中，仲裁官即認為，智利對於爭議區域的司法管轄行為是條約之嗣後實踐：

「……在本案中，智利管轄的行為並非有意建立獨立於條約之法源 (source)，依據智利的理解，這些行為也非與條約文字矛盾。這些管轄行為是公開且為阿根廷所知的，且只可能源自於條約……。」⁵⁹

國內立法文件亦可以作為有效性之證據。但國際法委員會注意到，與批准條約相關之國內立法程序中的檔案雖然公開，但依據國際司法實踐，似乎是不能作為嗣後實踐，⁶⁰國際法委員會以法院在「西巴丹與利吉丹島」案為例。法院表示：

「法院不能接受印尼之黏附於“解釋備忘錄”(Explanatory Memorandum)之地圖的法律效力。法院認為荷蘭政府從未將“解釋備忘錄”與地圖交予(transmitted)英國政府；而是其(英國)駐在海牙的外交人員

⁵⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), *supra* note 4, p. 353, para. 63.

⁵⁹ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 187, para. 169.

⁶⁰ International Law Commission, ‘Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, *supra* note 47, p. 32.

‘Subsequent practice by one party which remains unknown to another party cannot be the basis for a common understanding resulting from the silence of this other party (see above 3). The question is, however, under which circumstances it can be expected that another State takes note of and reacts to conduct which was not communicated to it, but which is nevertheless available to it in some way, in particular by being in the public domain. Domestic parliamentary documents and proceedings, for example, are usually public but they are mostly not communicated to other parties to the treaty. International courts and tribunals have been reluctant to accept that parliamentary proceedings or court judgments are considered as subsequent practice under article 31 (3) (b) to which other parties to the treaty would be expected to react, even if such proceedings or judgments had come to their attention through other channels, including by their own diplomatic service.’

轉發給後者（英國政府），Horace Rumbold 爵士（英國駐海牙參贊），特別註明該地圖為荷蘭之公開官方文書，且為交予荷蘭國會第二院(Second Chamber of the States-General)的報告中之一部份，他特別註記，“該地圖似乎為某一文件之有趣特點，該文件（若無該地圖）似乎不是特別值得評論的文件。”儘管如此，Horace Rumbold 爵士並未注意到該地圖之中的紅線。英國政府並未回應這一內部傳遞。在這些情況之下，不回應這地圖所畫之界線，不能被視為構成默認這條（邊界）線。」⁶¹

法院否定了印尼主張該地圖為條約之一部分的論點，且否認該地圖為條約之嗣後實踐：

「法院已經評價過這一荷蘭政府之解釋備忘錄中的地圖與目的為批准 1891 年條約之草案的效力……基於相同理由，法院認為這一地圖不能被視為維也納條約法公約中的嗣後協議與嗣後實踐。」⁶²

⁶¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 48.

'Nor can the Court accept Indonesia's argument regarding the legal value of the map appended to the Explanatory Memorandum of the Dutch Government. The Court observes that the Explanatory Memorandum and map were never transmitted by the Dutch Government to the British Government, but were simply forwarded to the latter by its diplomatic agent in The Hague. Sir Horace Rumbold. This agent specified that the map had been published in the Official Journal of the Netherlands and formed part of a Report presented to the Second Chamber of the States-General. He added that "the map seems to be the only interesting feature of a document which does not otherwise call for special comment. However, Sir Horace Rumbold did not draw the attention of his authorities to the red line drawn on the map among other lines. The British Government did not react to this internal transmission. In these circumstances, such a lack of reaction to this line on the map appended to the Memorandum cannot be deemed to constitute acquiescence in this line. "'

⁶² *Ibid.*, para. 61.

'The Court has already given consideration (see paragraph 48 above) to the legal force of the map annexed to the Dutch Government's Explanatory Memorandum accompanying the draft Law submitted by it for the ratification of the 1891 Convention. For the same reasons as those on which it based its previous findings, the Court considers that this map cannot be seen as "a subsequent agreement or as subsequent practice for the purposes of Article 31.3 (a) and (b) of the Vienna Convention".'

在此案中，法院究竟是因為解釋備忘錄為國內立法程序之文件，或者是因為沒有由荷蘭政府交予英國政府才導致無效應仍是疑問。誠然，國際法委員會之見解亦有道理，若一文件僅為批准條約之國內立法程序中的參考檔案，而非正式立法之內容，應不足以確切表示一國對於該條約之最終立場。⁶³

三、劃界地圖

在領土爭端中，地圖本身不能作為權利根據，必須與權利根據建立某種連繫——例如拘束端雙方之條約。在「古寺案」中的「附件一」地圖之起源雖然不合於條約規定，並非由混合委員會劃界。⁶⁴泰國也以此作為抗辯，但是「附件一」地圖為法國官方所接受後，除了交給泰國駐巴黎代表，這些代表雖在政府中位階不高，但亦為法院認為足以代表國家表示立場。⁶⁵

⁶³International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties,' *supra* note 47, p. 32.

⁶⁴ 泰國主張，該地圖並非依據條約設置的混合委員會所製，不應拘束泰國。Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), *supra* note 4, p. 13.

'The whole of the evidence before the Court shows that the map of the sector of the Dang Rek which is Annex 1 to the Memorial of Cambodia was not prepared or published either in the name or on behalf of the Mixed Commission of Delimitation set up under the Treaty of the 13th February, 1904; but, whereas the said Mixed Commission consisted of a French Commission and a Siamese Commission, the said Annex 1 was prepared by members of the French Commission alone and published only in the name of the French Commission.'

法院承認，在該地圖產生時無拘束力。請見：Ibid., p. 21.

'Thailand, on the other hand, contests any claim based on this map, on the following grounds : first, that the Map was not the work of the Mixed Commission, and had therefore no binding character; secondly, that at Preah Vihear the Map embodied a material error, not explicable on the basis of any exercise of discretionary powers of adaptation which the Commission may have possessed.... The Court must nevertheless conclude that, in its inception, and at the moment of its production, it had no binding character.'

⁶⁵ Ibid., p. 25.

'The Court cannot accept these contentions either on the facts or the law. If the Siamese authorities did show these maps only to minor officials, they clearly acted at their own risk, and the claim of Thailand could not, on the international plane, derive any assistance from that fact.'

此外，法國亦將地圖遞交給泰國外交部長與 Damrong 王子（同時任職內政部長），Damrong 王子向法國駐曼谷之官員發出信件表示泰國政府感謝法國將「附件一」地圖交予泰國，並且要求 15 件副本。⁶⁶且另外一項重要之事實，Damrong 王子任內政部長期間最著名的政績就是行政區重劃，促進地方政府效能；⁶⁷泰國亦以「附件一地圖」公開出版作為官方地圖。⁶⁸最重要的是，法國將古寺劃歸法國的「附件一」地圖，交予混合劃界委員會之泰國代表。⁶⁹

根據上述事實，泰國不僅由上而下之有權政府官員知情古寺劃歸柬埔寨，且因該地圖交予劃界委員會之泰國代表，建立了與條約之間的聯繫。法院之結論為：

「1904 年之條約第一條所指之分水嶺線，只不過是一個了無新意 (obvious) 且權宜 (convenient) 的描述邊界線的方式，失之籠統。因此沒有理由相信各方會將這樣的分水嶺線之重要性凌駕於最終劃定邊界且由雙方接受的地圖線。法院覺得，本案為條約解釋之問題……。」⁷⁰

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ 資料來源：泰國內政部網站，〈<http://www.prince-damrong.moi.go.th/English-1.htm>〉。

⁶⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 27.

⁶⁹ Ibid., p. 23.

'The map-together with the other maps- was, as already stated, communicated to the Siamese members of the Mixed Commission. These must necessarily have known (and through them the Siamese Government must have known) that this map could not have represented anything formally adopted by the Mixed Commission, and therefore they could not possibly have been deceived by the title of the map, namely, "Dangrek- Commission of Delimitation between Indo-China and Siam" into supposing that it was purporting to be a production of the Mixed Commission as such. Alternatively, if the Siamese members of the Commission did suppose otherwise, this could only have been because, though without recording them, the Mixed Commission had in fact taken some decisions on which the map was based; and of any such decisions the Siamese members of the Commission would of course have been aware.'

⁷⁰ 對於本案最終結論，投下贊成與反對的法官分別為 9 位與 3 位，反對的法官包含阿根廷法官 Moreno Quintana、中華民國的顧維鈞、澳洲的 Sir Percy Spender。請見：Ibid., p. 35.

'The indication of the line of the watershed in Article I of the 1904 Treaty was itself no more than an obvious and convenient way of describing a frontier line objectively, though in general

在「古寺案」中泰國雖然可以提出較多的有效性之證據，但並不為法院接受，⁷¹或許是因泰國之管轄行為無法與條約建立聯繫，故非條約之嗣後實踐。相反的，在「比格爾海峽案」中，仲裁官認為即使公布地圖作為條約之嗣後實踐，仍應對他國侵犯主權行為積極反應：

「（阿根廷）僅公布數件地圖是否可以證明為阿根廷對於條約之理解尚成疑問；即使這些地圖代表阿根廷（對於條約詮釋的）官方觀點……這也不代表阿根廷可以對智利在該區域的管轄行為毫無回應，因為依據阿根廷之見解，智利的管轄行為相反於條約規範。」⁷²

整體而言，公布地圖作為條約之嗣後實踐，其效果仍不明確，故仍應對爭議領土積極管轄較可能強化權利根據。

肆、知情

在應用《維也納條約法公約》第31條第3項(乙)款之情況下，知情的構成要件不僅為締約方知道令一締約方進行某種實踐，更必須知道該實踐是依據雙方之條約適用。

terms. There is, however, no reason to think that the Parties attached any special importance to the line of the watershed as such, as compared with the overriding importance, in the interests of finality, of adhering to the map line as eventually delimited and as accepted by them. The Court, therefore, feels bound, as a matter of treaty interpretation, to pronounce in favour of the line as mapped in the disputed area.'

⁷¹ Ibid., pp. 29-30.

⁷² *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 188, para. 171.

'The mere publication of a number of maps of (as the Court has already shown) extremely dubious standing and value could not — even if they nevertheless represented the official Argentine view — preclude or foreclose Chile from engaging in acts that would, correspondingly, demonstrate her own view of what were her rights under the 1881 Treaty — nor could such publication of itself absolve Argentina from all further necessity for reaction in respect of those acts, if she considered them contrary to the treaty.'

一般而言，對於某一締約方採取某種實踐，知情且沉默產生協定的情況，如 WTO 上訴機構表示：

「在特定情勢，一締約方的缺乏回應、沉默……會被理解為接受其他締約方之實踐。這種情況會在一方雖未進行，但知情其他締約方之實踐時（例如，透過透過外交照會、參與討論該條約實踐）而未有回應時發生。」⁷³

如 WTO 上訴機構所述之情況，若受到照會理當屬於需要積極回應的情形。然而，在國際司法案例中，若一行為公開且可間接推論得知為條約之嗣後實踐，雖無照會也可能構成知情，目前各個法庭似是無一致的實踐。認為無需要照會的案件為「比格爾海峽仲裁案」，法庭表示：

「……這些管轄行為是公開且為阿根廷所知的，且只可能源自於條約。在此情況之下，阿根廷的沉默可以被推論，這些行為有確認條約意義的意圖……。」⁷⁴

但是相對的，法院在「西巴丹與利吉丹島」案中，似是強調直接照會之重要性。法院表示：

「法院不能接受印尼之黏附於“解釋備忘錄”(Explanatory Memorandum)之地圖的法律效力。法院認為荷蘭政府從未將“解釋備忘錄”與地圖交予(transmitted)英國政府……在這些情況之下，不回應這地圖所畫之界線，不能被視為構成默認這條（邊界）線，⁷⁵……基於上述理由，法

⁷³ WTO, *Appellate Body Report, EC — Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272.

‘in specific situations, the “lack of reaction” or silence by a particular treaty party may, in the light of attendant circumstances, be understood as acceptance of the practice of other treaty parties. Such situations may occur when a party that has not engaged in a practice has become or has been made aware of the practice of other parties (for example, by means of notification or by virtue of participation in a forum where it is discussed), but does not react to it.’

⁷⁴ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 187, para. 169.

⁷⁵ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), *supra* note 4, para. 48.

院認為這一地圖不能被視為維也納條約法公約中的嗣後協議與嗣後實踐。」⁷⁶

在「古寺案」中的「附件一地圖」之所以發生效果，也因法國政府將該地圖透過外交管道，傳遞給泰國之權責機構，如泰國駐巴黎代表、⁷⁷泰國外交部長與進行行政區重劃的內政部長 Damrong 王子、⁷⁸、混合劃界委員會之泰國代表，⁷⁹泰國亦以「附件一地圖」公開出版作為官方地圖，⁸⁰根據上述事實，泰國應知道該地圖為條約之嗣後實踐，故法院認為，該案為條約解釋之問題。⁸¹

綜上所述，若要為締約方知情為條約之嗣後實踐，最明確之方法仍是以照會為之，因為即使一項嗣後實踐公開，也未必能使其他締約方知情該實踐為特定條約、條款之應用。

伍、協定

《維也納條約法公約》第 31 條第 3 項(乙)所稱的協定(agreement)，事實上僅指涉締約方對於條約的共同理解(common understanding)即可，⁸²意即此處之協定並非如一般意義指涉國際條約。換言之，若要證明協定存在，並不需要提出爭端方明示同意的書面證據。

整體而言，(乙)款之協定是否存在，取決於前述的主、客觀要件，且不存在分歧。所謂客觀要件，意即必須存在某種實踐，其形式只要符合最低之標準，即公開的政府行為，原則上無其他限制，行使實踐的締約方數量亦無限制。其次為

⁷⁶ Ibid., para. 61.

⁷⁷ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 25.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid., p. 23.

⁸⁰ Ibid., p. 27.

⁸¹ Ibid., p. 35.

⁸² 當初起草條約法公約本來的用詞是「相互理解」(common understanding)，換成「協議」沒有特別的原因，或許只因為措辭比較典雅，委員會認為「協議」一詞不指涉條約。International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties,' *supra* note 47, p. 27.

主觀要件，無論是實行實踐的締約方或是保持沉默的締約方，主觀上皆認知或者可以合理推定認知實踐為特定條約之適用。依據國際法委員會之見解，沒有分歧 (absence of any disagreement) 作為「協定」的最低證據標準。⁸³

當一方依據條約之實踐為法院所確認，仍需視爭端另一方的態度與行為是否構成「協定」。以下探討三個與協定相關的主題：第一，針對條約解釋開啟談判之於協定的意義；第二，有效控制爭議區域之於協定之意義；第三，在某些條件下的沉默，比一般情況更能表示同意，稱之為「應抗議的時機」。

一、針對條約解釋開啟談判之於協定的意義

一般而言，一國認為其締結之條約內容有待釐清時，自然要求其他締約方就條約解釋談判，這似是可以間接的推論該締約國與其他締約方並未就條約解釋達成協定。但在國際法案例中不存在一致的實踐。

在「賽杜杜島案」中，法院似是肯定了針對爭議領土要求談判，可以表示協定不存在：

「法院檢視了上述檔案後，認為 1984-1985 年之間，南非與波札那僅止於同意派出共同專家團。……此外，南非與波札那後續的書信顯示了協定不存在；1985 年 10 月 4 日的照會中，波札那要求南非接受勘界結果：南非不僅沒同意，並要求波札那與南非納米比亞政府協商，獨立後的納米比亞亦是如此。⁸⁴……顯示在 Kasikili/Sedudu 島之法律地位，南非與貝專納 (Bechuanaland) 之間欠缺協定 (agreement)。那些事件不能構成“應用條約之嗣後實踐”，而建立雙方關於條約解釋之協定……故不屬於條約法公約第三十一條，第三項之 (乙) 嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例……。」⁸⁵

⁸³ Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, supra note 51, p. 560.

‘Thus, agreement in lit b would in essence seem to mean acceptance, even tacit, and is at the very minimum evidenced by the absence of any disagreement.’”

⁸⁴ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, supra note 45, para. 68.

⁸⁵ *Ibid.*, para 63.

然而，在在「比格爾海峽仲裁案」(the Beagle Channel case)中，仲裁官否定了開啟談判可以證明協定不存在，僅具暫時性的效果：

「……同樣地，談判不必然導致永恆的效果。如果締約方的單方行為發生於談判進行時，談判最多可以暫時剝奪締約方行為作為對於條約詮釋的證據效力，而不會有更強的效果。」⁸⁶

針對條約要求談判或開啟談判，其效果應類似於抗議，可以表示締約方基於條約之權利義務尚未釐清、存在分歧。儘管如此，除非有持續要求談判或者抗議，仍可能產生默認之效果。

二、有效控制爭議區域與協定之存在

有效控制爭議領土是否如要求談判一般，可表示反對條約之嗣後實踐？可以想像締結領土條約之 A 國與 B 國，A 國單方公布一地圖將爭議區域包含在本國領域內，且自認為該地圖為依據條約之嗣後實踐，B 國知情，雖無明示抗議，但事實控制爭議地區。在上述情況之下，應以地圖或者以有效性之證據作為決定領土主權之歸屬之依據？在不同的國際法案例中，似乎存在相異見解。

“From all of the foregoing, the Court concludes that the above mentioned events [...] demonstrate the absence of agreement between South Africa and Bechuanaland with regard to the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island and the status of the Island. Those events cannot therefore constitute ‘subsequent practice in the application of the treaty [of 1890] which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’ (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art 31, para 3 (b)). A fortiori, they cannot have given rise to an ‘agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions’ (Ibid, Art 31, para 3 (a)).”

⁸⁶ Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 188, para. 171.

‘... In the same way, negotiations for a settlement that did not result in one, could hardly have any permanent effect. At the most they might temporarily have deprived the acts of the Parties of probative value in support of their respective interpretations of the treaty, insofar as these acts were performed during the process of the negotiations. The matter cannot be put higher than that.’

在「古寺案」中，泰國自認未對「附件一地圖」向法國提起抗議之原因，是因為泰國在大多數時間事實控制古寺地區，因此沒有必要提起抗議。泰國主張其事實佔有的行為可以作為從未接受「附件一地圖」所畫邊界的證據，⁸⁷這些管理行為雖然為法院判決形容為「例行的管理行為」，⁸⁸但顧維鈞法官在反對意見中表示，泰國在1940年駐軍於爭議地區，這些行為應當被視為泰國透過行為表示爭議領土屬於泰國領土的意思，而法國對此保持沉默。⁸⁹當然，法院並不認為泰國之有效性的證據足以消除泰國同意「附件一地圖」所劃之邊界的清楚印象(clear impression)。⁹⁰

相反的，在「比格爾海峽仲裁案」，仲裁官認為即使一國以地圖作為條約之嗣後實踐，仍必須積極回應其他國家侵犯主權之行為：

「（阿根廷）僅僅公布數件地圖是否可以證明為阿根廷對於條約之理解尚成疑問；即使這些地圖代表阿根廷的（對於條約詮釋的）官方觀點——因此排除智利進行（管轄）行為……這也不代表阿根廷可以對智利在該

⁸⁷ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 29.

'As regards her failure even to raise the question of the map as such until 1938, Thailand states that this was because she was, at all material times, in possession of Preah Vihear; therefore she had no need to raise the matter. She indeed instances her acts on the ground as evidence that she never accepted the Annex 1 line at Preah Vihear at all, and contends that if she never accepted it she clearly had no need to repudiate it, and that no adverse conclusions can be drawn from her failure to do so.'

⁸⁸ Phil C. W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited" *Chinese Journal of International Law*, Fall, 2004, Vol.3(2), p. 427. 如徵稅、修築道路、調查等。

⁸⁹ *Ibid.*, p. 432; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 27, 90 (diss. op. Koo).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 30

'The real question is whether they sufficed to efface or cancel out the clear impression of acceptance of the frontier line at Preah Vihear to be derived from the various considerations already discussed.'

區域的管轄行為毫無回應，因為依據阿根廷之見解，智利的管轄行為相反於條約規範。」⁹¹

在本案中，仲裁官所提及之地圖本身是否可以證明為阿根廷依據條約之實踐應當是阿根廷之論據最嚴重的問題，然而仲裁官對於假設性問題的回應，與「古寺案」之判決存在緊張關係。但嚴格而論，「古寺案」與「比格爾海峽仲裁案」之判決並未矛盾，只要締約方能證明作為條約應用之實踐存在，且為其他締約知情該實踐為條約之應用，事實控制爭議領土也不影響達成默示協議，改變其法律地位。

就主權之基本性質而言，一國自認享有某一領土，無論其根據是否為條約，仍應對該領土行使國家功能，並對侵犯領域之行為積極回應。

三、抗議之機會

一般而言，沒有分歧(absence of any disagreement)作為以嗣後實踐達成「協定」的最低標準。⁹²然而，在國際領土爭端之案例當中，法院事實上會考量「抗議之機會」，在某些機會、場合之沉默比一般情況下的沉默更具有確認同意存在的效果，可稱之為「應抗議的時機」。⁹³具體而言，為發現締約之結果為錯誤時，以及當其他締約方有意願就前一條約規範之內容修正、取代時。

在「古寺案」中，法院列舉了許多重要場合，為泰國政府「應抗議之機會」：

「泰國有許多機會可以向法國政府提起附件一地圖之問題。這些機會包括，第一，1925年與1937年雙方就友好通商航行條約談判時……這些

⁹¹ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (Argentina/Chile), *supra* note 44, p. 188, para. 171.

⁹² Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. *supra* note 51, p. 560.

‘Thus, agreement in lit b would in essence seem to mean acceptance, even tacit, and is at the very minimum evidenced by the absence of any disagreement.’”

⁹³ Nuno Sergio Marques Antunes, ‘Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement’ *Boundary and territory briefing* Vol. 2, No. 8, IBRU, 2000, p. 14.

條約是修改先前協定的一般過程……然締約方肯定了既存邊界……某些機會泰國自然應提出異議的，特別是1937年的條約談判，在前兩年泰國完成了邊界區域調查，且泰國認為在古寺區域附件一地圖之邊界嚴重偏離分水嶺線。⁹⁴在戰爭結束後，1946年泰國與法國同意恢復戰爭前狀態(status quo ex ante)，泰國主張在戰爭前享有古寺區域主權，法院認為不需要考慮這一問題……重要的是，法國同意設置一由兩國代表和中立委員構成的法、暹調解委員會，該委員明示將以公平之基礎對泰國之主張提出建議……委員會在1947年在華盛頓召開，這一機會對於泰國來說是一修正古寺邊界的絕佳機會……泰國對於許多區域邊界提出異議，但並未提到古寺區域。」⁹⁵

⁹⁴ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, supra note 4, p. 26.

‘Thailand had several opportunities of raising with the French authorities the question of the Annex 1 map. There were first of all the negotiations for the 1925 and 1937 Treaties of Friendship, Commerce and Navigation between France, on behalf of Indo-China, and Siam. These Treaties, although they provided for a general process of revision or replacement of previous Agreements, excluded from this process the existing frontiers as they had been established under the Boundary Settlements of 1893, 1904 and 1907. Thereby, and in certain more positive provisions, the Parties confirmed the existing frontiers, whatever they were. These were occasions (particularly in regard to the negotiations for the 1937 Treaty, which occurred only two years after Thailand's own survey of the frontier regions had disclosed, in her belief, a serious divergence between the map line and the watershed line at Preah Vihear) on which it would have been natural for Thailand to raise the matter.’

⁹⁵ *Ibid.*, p. 27.

‘...after the war, by a Settlement, agreement of november 1946 with France, Thailand accepted a reversion to the status quo ex ante 1941. It is Thailand's contention that this reversion to the status quo did not affect Preah Vihear because Thailand already had sovereignty over it before the war. The Court need not discuss this contention, for whether Thailand did have such sovereignty is precisely what is in issue in these proceedings. The important point is that, in consequence of the war events, France agreed to set up a Franco-Siamese Conciliation Commission consisting of the two representatives of the Parties and three neutral Commissioners, whose terms of reference were specifically to go into, and make recommendations on an equitable basis in regard to, any complaints or proposals for reversion which Thailand might wish to make as to, inter alia, the frontier settlements of 1904 and 1907.

依據上述「古寺案」判決之情況，談判、重新締結拘束締約方關係之條約，應構成「應抗議之機會」，因為無論先前協議為何，締約各方表示修正前約的意願，且為締約方仔細檢視雙方法律關係的時機。其次為發現錯誤後的談判機會，理當構成積極回應之時機。最後，或有論者認為泰國對於古寺區域之所以不抗議，是因為泰國恐懼其帝國主義鄰國。但是在 1947 年的法、暹調解委員會，泰國敢於對於其他泰國與法屬印度支那邊界提出異議。至少在此時，帝國主義不成理由。

陸、嗣後實踐之合理應用範圍

在國際領土爭端中，爭端方援引嗣後實踐以解釋條約相當常見。應用嗣後實踐之合理範圍，首先應當注意的是適當界定《條約法公約》所稱之嗣後實踐，此即本節所探討的嗣後實踐之各項要件；其次，應用嗣後實踐亦觸及國際法之核心價值——國際秩序之穩定，此亦為本部分所欲探討的問題。

以嗣後實踐解釋條約，事實上是將條約規範的權利、義務視為漸進的過程，可能造成承認新的事實狀態、⁹⁶修改條約之後果。以嗣後實踐修改條約，最可能之案例應為「古寺案」。在該案中，法院自認為以嗣後實踐解釋條約：

「1904 年之條約第一條所指之分水嶺線，只不過是一個了無新意 (obvious) 且權宜 (convenient) 的描述邊界線的方式，失之籠統。因此沒有理由相信各方會將這樣的分水嶺線之重要性凌駕於最終劃定邊界且由雙方接受的地圖線。法院覺得，本案為條約解釋之問題……。」⁹⁷

The Commission met in 1947 in Washington, and here therefore was an outstanding opportunity for Thailand to claim a rectification of the frontier at Preah Vihear on the ground that the delimitation embodied a serious error which would have caused Thailand to reject it had she known of the error in 1908-1909. In fact, although Thailand made complaints about the frontier line in a considerable number of regions, she made none about Preah Vihear.

⁹⁶ Marcelo Kohen, “Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits”, in: G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press: Oxford, 2013, p. 34.

⁹⁷ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 35.

法院在本案中自認依據條約解釋達成結論，然而這一說法並不受到廣泛認同，⁹⁸且法院似也留下伏筆：

「基於法院達成結論之理由……，因此沒有必要考慮附件一地圖所畫之邊界是否為真正的分水嶺。」⁹⁹

在利比亞與查德的「領土爭端案」中，法院似乎認為「古寺案」中法院的判決乃是接受以嗣後實踐修改條約的效果：

『……該協定條約中締約方的“承認”一詞產生……法律效果。國際條約以及案例法顯示有許多方法可以表達這種「承認」……在「古寺案」中，地圖被援引用作代表條約之下劃界委員會所界定的邊界；事實上該地圖所表邊界，和條約所表示的「沿分水嶺」不同。法院最終決定「地圖線」為兩國邊界，因為“雙方透過其舉措承認了(recognized)該地圖所劃邊界，因此事實上同意了該邊界線作為其邊界。”¹⁰⁰

此外，國際法委員會亦認為「古寺案」或許屬於嗣後實踐修改條約之案例，¹⁰¹然本文認為修改條約之效果不應存在，以下以案例與學說說明之。

如本文在第四章第三節之「嗣後實踐之應用前提」所述，在領土爭端中，嗣後實踐之應用前提應為條約文本不足以界定爭議領土歸屬時。在利比亞與查德之

⁹⁸ 反對的學者認為法院之判決，事實上使默認修改條約。請見：Jean Barale, "L'acquiescement dans la jurisprudence internationale" *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965, p. 414.

⁹⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 35.

¹⁰⁰ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 4, para. 45.

'In the case concerning the Temple of Preah Vihear, a map had been invoked on which a line had been drawn pur- porting to represent the frontier determined by a delimitation commis- sion under a treaty which provided that the frontier should follow a watershed; in fact the line drawn did not follow the watershed. The Court based its decision upholding the "map line" on the fact that "both Parties, by their conduct, recognized the line and thereby in effect agreed to regard it as being the frontier line" (Temple of Preah Vihear, Merits. I.C.J. Reports 1962, p. 33).'

¹⁰¹ International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 47, p. 30, para, 62

'The Temple case concerned a practice which may not only have implied a simple interpretation of a treaty but perhaps even a modification of a boundary treaty. However, regardless of whether a treaty can be modified by subsequent practice of the parties.'

「領土爭端案」中，利比亞之主張基於嗣後實踐與默認，¹⁰²依據法院之角度即屬於修改條約。法院認為，若條約文本、附件規範了爭議領土歸屬，則無需考量嗣後實踐與默認之問題：

「法院首先考量 1955 年條約之第三條以及其附件，以界定該條約是否界定了雙方邊界。如果該條約界定了邊界，即可以回答雙方所提交之問題。」¹⁰³

在該案中，法院認為 1955 年之條約第三條中「承認」一詞，¹⁰⁴表示「接受」並且創造法律義務。其次，考量條約之目的與宗旨，確認條約的目的為「解決兩國因為地理位置與在非洲與地中海之利益所引起之問題」，¹⁰⁵並且參照其同一條約第五條：

「關於兩國領土之防衛……利比亞應當適用於本約第三條所界定之領土內。」¹⁰⁶

法院認為第五條可以證實第三條所指的邊界已經完全確定，故兩國邊界完全依據該條約與附件之內容而確立，並未遺留下任何可依據嗣後實踐與默認解釋條約之空間，¹⁰⁷也不認為該案中存在嗣後實踐產生修改條約之效果。

¹⁰² *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 4, para. 36

¹⁰³ *Ibid.*, para. 38.

¹⁰⁴ *Ibid.*, paras. 42-43

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 52.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 52.

¹⁰⁷ 除了「條約應使其有效」之外，「領土邊界穩定原則」也應當適用於領土條約之解釋，如法院在「古寺案」所說：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Merits*, *Judgment of 15 June 1962*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 34.

'In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed, whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as possible errors still remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious.'

在比利時與荷蘭之間「某些邊界領土案」中，比利時依據依據 1843 年的《邊界條約》建立權利根據，¹⁰⁸法院對後續荷蘭之有效控制與比利時之態度表示：

「由地方政府所行使的行政、例行性的行為……不足取代比利時基於條約之權利。」¹⁰⁹

法院在本案之判決有三個意涵：第一，間接的表示權利根據與有效性之間的位階關係；第二，拒絕時效原則之應用；¹¹⁰最後，拒絕了以嗣後實踐修改條約所界定之權利、義務。

整體而言，在國際法之案例中，國際法院從未明示承認嗣後實踐修改條約的效果；¹¹¹在仲裁案件中，僅有「厄利垂亞與衣索比亞劃界案」(Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia)應用之，¹¹²但被視為領土邊界案例中的唯一異例。¹¹³除了上述案例外，國際法委員會觀察到，一領土邊界一旦依條約確立，¹¹⁴只有在很少數情況需要回應，法院似乎強烈的假定，沉默不構成同意。¹¹⁵

¹⁰⁸ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherlands)*, *supra* note 36, p. 227.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 229.

'The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.'

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 230-231.

¹¹¹ International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 47, p. 53.

¹¹² *Ibid.*, p. 55-56; *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 April 2002, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, p. 83, at pp. 110-111, paras. 3.6.-3.10.

¹¹³ *Ibid.*, p. 56; Marcelo Kohen, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", *supra* note 96, p. 43.

¹¹⁴ 在前述案例中，法院是依據嗣後實踐以外的條約解釋方式達成決定。

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 31.

'This judgment suggests that in cases which concern treaties establishing a delimited boundary the circumstances will only very exceptionally call for a reaction. In such situations there

就學說之角度而言，在領土爭端中，以嗣後實踐修改條約不應接受，有五個主要的理由。第一，條約之位階應優於國家單方行為；第二，以嗣後實踐修改條約悖離《維也納條約法公約》第 31 條之立法目的；第三，依據《條約法公約》第 62 條與《關於國家條約繼承維也納公約》(vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties)第 11 條可知嗣後之發展不應改變條約建立的領土邊界；第四，以嗣後實踐修改條約悖離「邊界穩定原則」(principle of stability and finality of boundaries)，¹¹⁶這一原則基於國際法之基本的目的——國家間的和平與秩序；第五，多數國家反對。

首先，條約是國家最莊嚴之建立權利與義務之方式，¹¹⁷即正式程度最高，無論是就其國際與國內程序而論皆然，非國家單方舉措、沉默所表示之同意可以類比的，故前者應當優於後者；接受以嗣後實踐修改條約之效果亦可能違反「條約應當遵守」(pacta sunt servanda)之國際習慣，動搖國際法秩序的基礎。此說受到國家實踐支持，法國代表於維也納會議中表示：

『……接受（嗣後實踐修改條約之效果），將導致嚴重的憲政問題。

根據「形式一致性原則」(the principle of formal parallelism)，修改條約在國內層次之程序應當等同於通過條約文本之程序。』¹¹⁸

第二，《維也納條約法公約》第 31 條之立法目的為探詢締約方之真意，¹¹⁹而非使嗣後實踐產生優於條約義務之效果。與此相關的是《維也納條約法公約》第 39 條，¹²⁰儘管第 39 條所稱之協議可為默示協議，但是本條所稱之“協議”類似

appears to be a strong presumption that silence does not constitute acceptance of a practice.'

¹¹⁶ Georges Abi-Saab, 'La pérennité des frontières en droit international', *Relations Internationales*, Paris-Genève, 1990, n° 64, p. 348. Malcolm Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University press, p. 522.

¹¹⁷ Marcelo Kohen, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", *supra* note 96, p. 45.

¹¹⁸ *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, A/CONF.39/11, at p. 208, para. 63.

¹¹⁹ Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, eds. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. *supra* note 51, p. 522

¹²⁰ 《維也納條約法公約》第 39 條：「條約得以當事國之協議修正之，除條約可能另有規定者

於第 31 條第 3 項(甲)款之“協議”，¹²¹換言之以「單一且共同之行為」為最低限度的形式要求，¹²²如換文。故對單方實踐保持沉默不產生第 39 條所稱的協議。

第三，依據《條約法公約》第 62 條明示排除領土邊界之適用，以及《關於國家條約繼承維也納公約》第 11 條規範國家繼承不影響其依據條約建立之邊界，¹²³皆顯示了國際社會確保依據條約建立之領土邊界的意圖，而非承認新的領土邊界狀態。

第四，與前者類似，以嗣後實踐修改條約悖離「邊界穩定原則」(principle of stability and finality of boundaries)。¹²⁴這一原則長期為國際司法機構所應用，如國際常設法院在「摩蘇爾案」中表示：

「《洛桑和約》第三條第二款之措辭（定界）不只是解釋了建立確定情勢的意圖……且此一條約目的即在建立兩國之間的邊界……。在條約締結、建立新邊界時，經常有某些邊界尚未界定……儘管如此，很自然的，任何界定邊界的條款應當被解釋為界定了精確、完整且確定的邊界。」¹²⁵

外，此種協議適用第二編所訂之規則。」

¹²¹ International Law Commission, ‘Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties’, *supra* note 47, p. 60.

¹²² *Ibid.*, p. 26.

¹²³ Marcelo Kohen, “Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits” *supra* note 96, p. 42.

¹²⁴ 這一原則之應用有幾種詮釋：第一種，一領土條約即使失效，該條約建立的邊界依然有效。請見：*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 4, paras. 72-73.

¹²⁵ *PCIJ, Serie B n° 12*, 1925, p. 20.

‘It often happens that, at the time of signature of a treaty establishing new frontiers, certain portions of these frontiers are not yet determined and that the treaty provides certain measures for their determination. In this way, Article 2 of the Treaty of Lausanne, which is intended to lay down the frontier of Turkey from the Black Sea to the Aegean, and which, as regards the greater part of the frontier line, gives topographical indications, leaves the determination of a portion of the Greco-Turkish frontier to the decision of the Boundary Commission set up under Article 5. It is, however, natural that any article designed to fix a frontier should, if possible, be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety should be the establishment of a precise, complete and definitive frontier.’

在「古寺案」中，法院表示：

「一般而言，當兩國建立雙方之邊界，主要的目的是達成穩定與決定性(finality)。」¹²⁶

又如利比亞與查德之「領土爭端案」中，利比亞主張在 1955 年之條約有某些尚未劃界的領土。法院認為條約之條款應使其有效，不應留下未劃界的區域、以嗣後實踐修改條約，引用比利時與荷蘭之間的「某些邊界領土爭端案」：

「將該領土條約解釋為懸而未決（留下未定界領土），以後續之現實狀態(status quo)界定國家在爭議領土之權利，與締約方之共同意志不相容。」¹²⁷

依據此一原則，若依據條約文本、附件得以界定之，則不應使嗣後實踐與沉默界定邊界而修改條約。

第五，國際社會多數國家反對。國際法委員會草擬之「維也納條約法公約草案」第 38 條意圖將嗣後實踐修改條約之效果法典化：

「締約方之間為條約之應用且達成協定的嗣後實踐，可修改條約。」

¹²⁸

這一草案條款受到與會國家多數反對。¹²⁹不論其理據為何，此為多數國家明示反對，故嗣後實踐修改條約這一方式，既不屬於條約之內容，亦不為國際習慣法。¹³⁰

¹²⁶ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, p. 34.

¹²⁷ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 4, para. 47.

"Any interpretation under which the Boundary Convention is regarded as leaving in suspense and abandoning for a subsequent appreciation of the status quo the determination of the right of one State or the other to the disputed plots would be incompatible with that common intention."
(*I.C.J. Reports 1959*, pp. 221-222.)

¹²⁸ *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.67.V.2), p. 236.

'A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.'

¹²⁹ International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 47, p. 52; Distefano, "La pratique subséquente des

總結而言，嗣後實踐與默認僅可用作解釋條約，若悖離條約文本之一般意義、締約方之意圖，則超出合理之應用範圍。在領土爭端中應用默認與嗣後實踐修改條約，不僅損害國際法秩序，且危及國際安全，故在領土爭端中不應存在。

第三節 有效性與默認在案例中的應用

本節將探討有效性與默認在國際法案例中的應用，包含其應用之前題條件、歸納整理各類有效性證據，探討法庭在案件中放寬證據標準的原因以及嘗試歸納有效性證據的強弱規則。上述問題皆牽涉主權之基本性質，這將在本節第壹部分探討。

壹、主權之性質

如 Max Huber 所說，主權之基本原則，是解決大部分國際關係問題的起點。

¹³¹本節試圖釐清有效性之應用規則、窮盡歸納分類國際法案例中的有效性證據，以及嘗試解決證據的相對強度問題，是故有必要釐清主權之基本性質。

主權之概念源自於公權力在領域內行使排他權利的事實。在 16 世紀，主權之概念指涉一中央集權的權力在一塊土地內，行使立法與執法的權威的政治事實。這一權力在其領域內優於其他力量，在領域外的其他主權也無法挑戰其在領域內的任何決定，故稱主權至高。¹³²在無國際法規範這些主權的情況下，主權之間的邊界由行使權力的事實所界定。¹³³在民族國家持續發展後，導致了國際法產

États parties à un traité, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, pp. 56-61. 各國反對之理由除本文所述之外，亦包含國內憲政之考量。

¹³⁰根據國際法委員會最新的研究結論，嗣後實踐修改條約之效果仍未受廣泛承認。請見：Ibid., p. 69.

¹³¹ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, p. 838.

¹³² Hans J. Morgenthau, 'The Problem of Sovereignty Reconsidered' *Columbia Law Review*, Vol. 48, No. 3 (Apr., 1948), p. 341.

¹³³ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, p. 839.

生，¹³⁴主權從政治事實變成法律權利，此即意味著主權國家之間彼此承認在領域內的最高權力，也表示主權之間相互獨立。Huber 認為：

『「獨立」之於地表上某一塊之領土，即表示（國家）對於該領土的權利，此權利在該土地內行使，也有權排除其他國家，這是國家的功能……國際法確立了一項原則，國家對於一塊屬於自己的土地享有排他的權限(exclusive competence)。』¹³⁵

如此我們可知主權由過去排他之事實，成為在法律上享有排除其他國家行使權力的權利。若一個國家對於某塊領土享有法律上的主權，意即依據國際法，即使享有主權的國家未行使，甚至由其他國家行使，也不會因此改變主權歸屬：

「事實上，一國家在一特定區域之功能，也可能由任何其他國家行使，換言之，關於這些區域的法律特質，如同公海或者無主地，不能或者不會因此成為該國之領土。」¹³⁶

Hans Morgenthau 則用了不可侵入性(impenetrability)來表示同一事實：

「不可侵入……這是用另外一種方式表示，一個國家享有一塊領土之主權，即最高權威……其他國家沒有權利在該領土內行使國家功能。」¹³⁷

因此，主權與有效性之關係如權利與實際行使權利之差異。一國對某一塊領土的行為，例如立法、行政、司法行為——在國際法中應僅為事實，不必然在國際法意義上產生可對抗性(opposability)，如果該行為違反國際法則不應予之創設國際法上的權利(ex injuria jus non oritur)。¹³⁸

進一步而言，一塊領土之主權只可能屬於一個主權國家。應用在領土主權之爭端中，在一個特定的時期，一塊領土之權利根據只可能為一國所擁有：

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid., p. 838.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ 同時亦存在事實創造法律(ex factis ius oritur)這一原則。

「特殊情況如複合國（君合國）、集體主權等問題……這些並不影響前述之原則。除了對上述情況之保留，我們可以說，領土主權總是屬於一個國家，或是在特殊情況下屬於數個國家，排除所有其他國家。」¹³⁹

除了排除其他國家之權利外，國家在其自認為屬於其領土內，也應積極行使其國家功能。如 Huber 所說：

「領土主權……牽涉展示國家活動的排他權利(exclusive right)，這項權利導致一義務——應當保護領域內其他國家的權利，特別是無論戰時、和平時完整與不可侵犯的權利，以及每個國家可以為其國民在外國領土提出索償的權利。」¹⁴⁰

在國家功能的種類上，Huber 似是只提到了保護外國使領館不受侵犯，以及接受外交索償——即國家在法治上之功能，這似是暗示國際法庭對於有效性之證據存在對立法、司法類型的偏好。

然而一國即使依據國內法在一塊領土上行使國家功能，在國際法意義上仍只能算是事實；Huber 認為，國家之間領土主權邊界的界定，意即領土主權之界定，仍然來自於同意：

「一般而論，領土主權是一種被承認且在空間上劃界的情勢，若非以所謂的受國際法承認或是不存在受挑戰之跡象的自然邊界，否則即以利益相關的鄰國之間的法律互動(legal engagement)，例如邊界條約或者國家之承認的行為界定邊界。」¹⁴¹

換言之，對於締結領土條約之各方，只要沒有修改條約、締結新條約，未來不能挑戰該領土邊界；相對的，承認的行為也可以達成同樣效果，如我們在本文第二章所論的，默認是默示或緘默承認，故默認可以產生法律上的邊界。無論是「不存在受挑戰之跡象」或是「承認的行為」以界定領土主權，都是 Huber 從其他國家的角度論述「和平展示領土主權」。

¹³⁹ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, p. 838.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 839.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 838-839.

在理想上，領土主權為一國在國際法意義上對於一塊領土享有排他的權利，其他國家沒有權利在其上行使國家功能，除非基於同意；享有主權之國家在理想上也應在領土上行使完整的政府功能——至少包含行政、立法、司法，這些功能在時間上也應當持續，也應在空間上——其領土內每一部分行使這些功能。行使一般政府功能，可以向其他國家表示享有領土主權的意思；同樣的，國家也可以透過對外之行為，表示享有領土主權的意思。¹⁴²

在現實上，在領土爭端中可以觀察到，國家之政府功能在爭議領土上並不持續，在地理上也不一定真正涵蓋爭端領土；¹⁴³領土主權受到侵犯之事實也經常發生，且未必會立即受到享有主權之國家反對；在無決定性證明權利根據的證據的情況中，爭端雙方往往都能提出曾經對爭議領土行使國家功能的證據。在爭端中實際的情形，如 Shaw 所說：

「處理領土爭端……在國內法和國際法有一點有趣的差異，在國際法中領土之權利根據往往是相對的…，因此法院在決定爭議領土的法律歸屬時，將考量所有相關論點，會將爭議領土判給論據較佳的一方。」¹⁴⁴

因此，法庭在解決領土爭端時，除了依據條約、保持佔有主義或者有一方明顯以先占建立權利根據外，實際上會比較雙方主權行為之數量以及質量，以決定領土主權歸屬。

根據上述討論，本文對主權之性質有三點結論，此三點結論對於法庭解決領土爭端有四點意涵。在結論方面，首先，領土主權作為國際法上的權利，來源為主權國家之間互動而產生的同意；第二，理想上，享有主權應表示充分且持續行使國家功能，事實上則不必然；第三，有效性是行使權利的事實。上述三點結論對於法庭解決爭端有四點意涵：

第一，由於領土主權為基於國家同意、抽象的法律權利，且行使權利之事實不必然享有權利。故法庭解決案件時之考量順序為條約、保持佔有主義，最後才

¹⁴² Claud Humphrey Meredith Waldock, "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies." *The British Year Book of International Law*, 1948, p. 317.

¹⁴³ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, pp. 838-839.

¹⁴⁴ Malcolm Shaw, *International Law*, *supra* note 116, pp. 490-491.

是有效性。有效性僅為行使權利之事實，故與權利根據相衝突時不能取代權利根據；¹⁴⁵若不存在權利根據時，行使權利的事實為法庭不得不使用之手段，但仍是佐證角色，¹⁴⁶故稱「如擁有權利根據」(as good as a title)。¹⁴⁷

第二，有效性為國家對一塊領土行使權利的事實，故其證據類型不限於一般而論的行政、立法、司法作為，應包含軍事行動、涉外活動與管理人口的證據。

第三，享有權利根據不必然實際行使權利，故法庭可以接受行使主權在時間上不連續、數量少，法庭可依案件中的事實放寬行使主權之標準。

第四，理想上，享有主權應表示充分且持續行使國家功能。在可應用有效性之情況，法院評價爭端方證據的強弱，證據的強弱標準依國家功能的完整性與持續程度而定，證據較弱的一方被視為默認。

貳、應用有效性與默認之前提

基於前述討論，行使國家功能為實際行使權利，故與權利根據衝突時，不能取代之。因此，在領土爭端當中，法庭考量應用有效性與默認之前提有兩種情形，第一，為權利根據不存在之情形；第二，權利根據之轉移。以下分別簡述兩種情況。

第一種情況，即爭端雙方都不能建立權利根據時，法院會以爭端方之有效性作為建立權利根據的依據。這類案例至少包含「克里普頓島仲裁案」、「帕爾馬

¹⁴⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, *supra* note 4, para. 63.

'Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivitis does not coexist with any legal title, it must invariably be taken into consideration.'

¹⁴⁶ 由於有效性的佐證幾色，故在「海峽群島案」中，法院以 19 與 20 世紀英國有效控制的證據回頭肯定英國國王取得原始權利根據，即先占。請見：*The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 4, p. 67.

¹⁴⁷ 換言之，行使權利的事實不一定表示享有權利根據，這一措辭表示 Huber 並不肯定有效控制等同產生權利根據。請見：*Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 14, p. 839.

斯島仲裁案」、「海峽群島案」、「卡其仲裁案」、「西巴丹與利吉丹島主權案」、尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」、尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「領土以及海洋爭端案」、「白礁島案」在 1840 年代以前的分析。

在「帕爾馬斯島仲裁案」仲裁案中，仲裁官在進入實質判決前，對於解決主權爭議之順序：

「如果一塊領土之主權起爭議，習慣上會檢視主張主權的爭端國，哪一方擁有權利根據——割讓、征服、先佔...等等，優於另外一國所可能援引對抗的權利根據。」¹⁴⁸

實際上在該案中，可以觀察到仲裁官逐步檢視西班牙建立權利根據之可能性，¹⁴⁹如西班牙之發現，¹⁵⁰《明斯特和約》(The Treaty of Munster)以及《烏特勒支和約》(Treaty of Utrecht)，¹⁵¹最終認為這些證據不足以證明西班牙在荷蘭之前對爭議島嶼建立權利根據，故美國作為西班牙在菲律賓之權利的繼承國，也不因這些條約享有爭議領土主權。

在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，法院檢視雙方的歷史權利根據之證據，以及 1891 年英國、荷蘭之條約解釋，表示：

「法院不能接受馬來西亞之蘇祿蘇丹取得原始主權的主張……以及基於條約之權利根據……，¹⁵²……法院亦認為布倫乾蘇丹(Sultanate of Bulungan)或是荷蘭都未依據條約建立權利根據，印尼作為繼承國亦不因此享有權利根據……。¹⁵³法院現在考量雙方提交之有效性的證據……法院

¹⁴⁸ Ibid., pp. 838-839

'If a dispute arises to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title – cession, conquest, occupation, etc. – superior to that which the other State might possibly bring forward against it.'

¹⁴⁹ Ibid., p. 837.

¹⁵⁰ Ibid., p. 844

¹⁵¹ Ibid., pp. 846-850

¹⁵² *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 124

¹⁵³ Ibid., para. 125.

回顧，在過去的許多案例中已經確立了有效性與權利根據之間的關係……當（一個案件中）僅存有效控制，而無其他權利根據時，必須考量有效控制。」¹⁵⁴

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，法院檢視了雙方提交之保持佔有主義的證據後，表示：

「……法院總結，保持佔有主義原則難以用於界定這些島嶼主權之歸屬，因為無法清楚證明這些島嶼在兩國獨立時歸屬於宏都拉斯或是尼加拉瓜……雙方也未提交任何殖民時代之有效性的證據。法院將考量殖民時代之後的有效性以決定領土主權歸屬。」¹⁵⁵

在尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「領土以及海洋爭端案」，法院依序檢視雙方之 1928 之條約、保持佔有主義，最後考量有效性：

「……為解決爭端，法院必須檢視雙方不基於 1928 年條約之論據以及證據……。¹⁵⁶法院觀察到，在兩國獨立於西班牙時，雙方所引用的殖民法令都沒有明確指涉爭議島嶼的歸屬……。¹⁵⁷確認雙方基於 1928 年之條約，或者保持佔有主義不能建立任何權利根據，法院現在將考量是否可以依據有效性建立主權。」¹⁵⁸

這一原則由國際法院分庭在布吉納法索與馬利之間的「領土爭端案」所明示：

「……必須區別幾種可能性。當行為完全符合法律，即一國既依據保持佔有主義享有爭議領土權利根據，也實際控制該地，有效性可用作確認權利行使源自於法律根據。當行為不符合法律，即爭議領土由享有權利根

¹⁵⁴ Ibid., para. 126.

¹⁵⁵ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, paras. 167-168.

¹⁵⁶ *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), *supra* note 27, para. 56.

¹⁵⁷ Ibid., para. 64.

¹⁵⁸ Ibid., para. 66.

據以外的國家有效控制，享有法律權利根據者優於有效控制。當（一個案件中）僅存有效性，而無其他權利根據時，必須考量有效控制。」¹⁵⁹

上述段落在國際法院後續之案例，除了「白礁島案」與布吉納法索與尼日之間的「邊界爭端案」外，¹⁶⁰其餘所有的領土爭端案例皆直接引述、應用之。本文認為，早期的領土爭端案例，事實上也依循此一原則。

第二種情況為爭端一方在前一段時間建立權利根據，但爭議領土長期為爭端另一方行使國家功能，是否轉移主權則取決於原享有主權者是否清楚表示其意向：

「法院評估爭端方舉措之核心考量為，國際法與國家領土主權之間關係的穩定與確定。基於這一理由，任何基於爭端方舉措轉移領土主權，如前所述，相關的舉措與事實都必須清楚顯示之。這尤其應用於一方拋棄一部份領土之情況。」¹⁶¹

如本文在第三章第二節「有效性與默認」所結論，單純的逆權侵佔不造成主權轉移，這類例子可見荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」、¹⁶²「古寺案」、¹⁶³克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」、¹⁶⁴利比亞與查德之

¹⁵⁹ *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, *supra* note 4, para. 63.

¹⁶⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 44.

¹⁶¹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 122.

‘Critical for the Court’s assessment of the conduct of the Parties is the central importance in international law and relations of State sovereignty over territory and of the stability and certainty of that sovereignty. Because of that, any passing of sovereignty over territory on the basis of the conduct of the Parties, as set out above, must be manifested clearly and without any doubt by that conduct and the relevant facts. That is especially so if what may be involved, in the case of one of the Parties, is in effect the abandonment of sovereignty over part of its territory.’

¹⁶² *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherlands)*, *supra* note 4, p. 229.

‘The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.’

¹⁶³ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 4, pp. 29-30.

「領土爭端案」。¹⁶⁵在先前建立權利根據，後成功轉移與他國的案例有「白礁島案」，在該案中馬來西亞先取得原始權利根據，¹⁶⁶後因該國有權機關透過信件表示不享有白礁島主權，¹⁶⁷而最終使有效控制白礁島的新加坡取得權利根據。¹⁶⁸在先前存在已建立的權利根據之情況，透過逆權侵佔本身不足以享有主權，默認的證據標準會提高，¹⁶⁹根據案例之中的歸納，應當需要原來享有主權之國家正式程度較高的放棄、同意行為作為默認之證據，沉默本身不構成默認。

總結而論，法庭在審理案件時首先考量爭端一方是否建立權利根據，若不存在則考量有效性是否建立權利根據，其次則考量權利根據是否轉移。此為國際法庭審理領土爭端時的基本架構。

參、有效性之證據類型

¹⁶⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 4, p. 354. para. 70.

¹⁶⁵ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *supra* note 4, para. 66.

‘Having concluded that a frontier resulted from the 1955 Treaty, and having established where that frontier lay, the Court is in a position to consider the subsequent attitudes of the Parties to the question of frontiers. No subsequent agreement, either between France and Libya, or between Chad and Libya, has called in question the frontier in this region deriving from the 1955 Treaty.’

¹⁶⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 68-69.

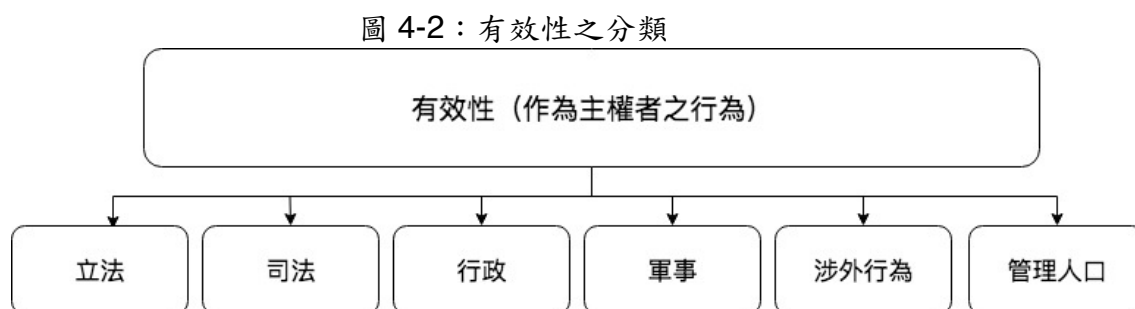
¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 203.

‘The Court considers that this correspondence and its interpretation are of central importance for determining the developing understanding of the two Parties about sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.’

¹⁶⁸ 事實上，在起源不合法的情況下，不只是默認的標準更嚴格，有效性之標準也因此上升。請見：Marcelo G. Kohen, ‘Chapitre premier : La notion de possession contestée,’ *supra* note 39, para. 18.

¹⁶⁹ Marcelo G. Kohen. ‘Chapitre IV. Le comportement de l’État et des autres sujets du droit international,’ In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 18 octobre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1306>>. para. 294.

一般而言，有效性為「作為主權者之行為」(act à titre de souverain)，¹⁷⁰若僅考量一國如何在其領域內部行使國家功能，那麼分類方式即可以依據國內三權（行政、立法、司法）作為分類方式；若考量國家之外部行為，如 Waldock 所言，國家的活動(effective activity)，也可以是對外的，¹⁷¹那麼可以內部與外部作為有效性證據的區分方式。以下依據立法、司法、行政管理、軍事、涉外行為以及人口管理逐項討論。(圖 4-2：有效性之分類)



資料來源：作者自行彙整

一、立法行為

在「東格陵蘭島地位案」中，丹麥之行政管理行為並不多，故其主權是否限於殖民區域為爭點之一。法院首先問到：

「如此行使主權權利可以創造對於整塊領土的權利根據嗎？」¹⁷²

如前所述，丹麥管理的行為較少，具有決定性效果的應是立法行為，這些立法包含禁止貿易、虐待原住民等等，其效力即於整個格陵蘭，法院表示：

「立法是行使主權最顯著的形式，且很明顯的，這些法令之運作不受限於殖民區域。因此……主權權利也不受限於殖民區域。」¹⁷³

¹⁷⁰ Marcelo Kohen, "Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge." *supra* note 57, p. 153.

¹⁷¹ Claud Humphrey Meredith Waldock, "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies." *supra* note 142, p. 317.

¹⁷² *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 15, p. 48.

¹⁷³ *Ibid.*,

'Legislation is one of the most obvious forms of the exercise of sovereign power, and it is clear

換言之，若以立法行為作為有效性之證據，其發生效果的範圍也不限於物理上控制的區域，而是法律所規範之範圍。

在「海峽群島案」中，英國的立法行為被法院接受其證據效力：

「英國財政部在 1875 制定法律，規範澤西(Jersey)為海峽群島的港口，而 Ecrehou 被包含於這一港口之範圍。這項立法行為清楚表在爭端生前英國主權及於 Ecrehou。法國政府在 1876 年提出抗議，即主張這一法律貶抑了 1839 年的漁業協定……但這一抗議，不能剝奪該法律其展示主權的特質。」¹⁷⁴

在同一案件中法國亦提交了有趣的證據。在 1784 年，一法國國民向海軍部長提出了針對 Minquiers 的特許權(concession)申請，海軍部長沒有同意。法院對此的評價是：

「這些只在法國官員之間流通的信件，不僅不能支持法國的主權主張，還顯示了(法國)恐懼會與英國之間發生問題。」¹⁷⁵

在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，法院重申了立法行為作為有效性的證據的標準：

「規範或是管理行為，只有依其用語或是其效果明顯關於爭議島嶼時，可以被接受為有效性之證據。」¹⁷⁶

在關鍵日期前之國內立法明顯疏漏時，很可能被法院認為是表示不享有主權的證據。同樣的，在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，印尼在 1960 年之關於群

that the operation of these enactments was not restricted to the limits of the colonies. It therefore follows that the sovereign right in virtue of which the enactments were issued cannot have been restricted to the limits of the colonies.'

¹⁷⁴ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 66.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 71.

'In 1784 a French national submitted to the French Minquiers of Marine an application for a concession in respect of the <inquiers, an application which was not granted. The correspondence between the French authorities, relating to this matter, does not disclose anything which could support the present French claim to sovereignty, but it reveals certain fears of creating difficulties with the English Crown.'

¹⁷⁶ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 136.

島水域基線的立法，未將爭議島嶼作為基點，印尼辯稱是為了趕在第二次海洋法大會上建立先例，事出倉促。¹⁷⁷法院則表示：

「法院不能忽視上述劃定印尼群島水域基線之法律，以及其地圖並未將西巴丹與利吉丹島標記為基點……。」¹⁷⁸

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯以其憲法與1936年的農耕法，作為有效性之根據。在其三次的憲法規範其領土中，列舉了數個島嶼，「所有位於大西洋之其他島嶼，在歷史上、法律上、地理上屬於宏都拉斯。」¹⁷⁹

法院認為這一文字未明示提及爭議區域，且無法證明上述法律應用於爭議區域：

「宏都拉斯提出的法律中沒有提及爭議島嶼(Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay and South Cay 等四個爭議島嶼)，也無證據顯示宏都拉斯對爭議島嶼應用這些法律，法院認為，宏都拉斯的立法、管理主張並不足以說服法院。」¹⁸⁰

綜上所述，以立法行為作為有效性之證據，可以在法律文字解釋上包含爭議領土，或者可以證明法律實際適用於這些領土。在領土、領水、群島水域立法上的疏漏也很可能影響法院之判決。

二、行政管理

行政管理之行為，無論是中央或者地方政府的行為，皆能作為證據。在「海峽群島案」案中，英國之登記契約、不動產買賣、設立海關、徵稅、公務員登島皆為法院認為是行使主權的重要證據：

¹⁷⁷ Ibid., para. 130.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras) *supra* note 155, para. 177.

¹⁸⁰ Ibid., para. 181.

「這些事實，顯示澤西政府長期以數種不同方式對 Ecrehos 行使一般地方政府之功能。」¹⁸¹

然而，法國在本案中事實上也有管理行為之證據。法國自從 1861 年起在島嶼設置浮標以及燈塔，至少經歷 75 年沒有遭到英國抗議，這些浮標設於島嶼之外，以防止進出法國港口的船隻發生危險，且法國在 1888 年派出水文調查團，調查該爭議島嶼。¹⁸²法院並未解釋這些行為何以不足以證明法國享有權利根據，然而極可能的是法國在 19 世紀初海軍部長的信件——由法國駐倫敦大使轉交給英國外交部，該信件表示「島嶼為英國所佔。」這一行為地正式程度較高，由政府高位階官員之意見，且由外交管道發出，故而被法院視為代表法國該時的官方觀點，¹⁸³因此抵銷了法國主權行為的效果。

在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，馬來西亞提出了英國在西巴丹與利吉丹島上建立燈塔作為行政管理的證據，且直至今日亦為馬來西亞維持。¹⁸⁴印尼則反對建立燈塔可以作為有效性之證據，因為燈塔只是維持航行之一般利益。¹⁸⁵法院表示：

「法院認為建立燈塔，維持燈塔運行以及海上救助一般不被視為展示國家權威 (Minquiers and Ecrehos, *Judgment, I.C.J. Reports* 1953, p. 71)，然而在卡達與巴林之間的海域與領土劃界案中：「巴林所援引某些類型的活動……作為展示主權的行為是有爭議的。建立有助於航海的設施，如果是在面積非常小的島嶼時，可以在法律上被視為相關……。」法院認為在上述案例中的考量也適用於本案。」¹⁸⁶

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯提出了規範拘束在宏都拉斯居住外國移民的紀錄，這些紀錄包含居住在爭議島

¹⁸¹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 66.

¹⁸² *Ibid.*, p. 70.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 71.

¹⁸⁴ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 132.

¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 133.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 147.

嶼上的外國人。法院認為這些證據具有法律上的意義；宏都拉斯對牙買加、尼加拉瓜國民發出工作許可、簽證顯示其規範能力。宏都拉斯移民官員拜訪該島，即使是出於監管而非規範移民之目的，顯示了執行其管轄權威。¹⁸⁷

簡而言之，任何由公權力所進行的活動，無論多微不足道，在訴訟中都可以提出，其評價標準將會依據另一爭端方之證據相對強弱與地理特質衡量。

三、司法行為

司法管轄之紀錄，亦常為有效性之證據。如「海峽群島案」中，英國自 1826 起共有五次行使刑事管轄之紀錄，法院認為：

「這些事實顯示澤西法院對 Ecrehos 行使刑事管轄將近一百年。」¹⁸⁸

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯提出了應用、執行其刑法、民法的證據，其中刑事訴訟的案件發生在爭議島嶼上，法院認為具有法律效果。¹⁸⁹

在「陸地、島嶼與海洋爭端案」中，爭端方對爭議區域提出了刑事管轄之證據，國際法院分庭表示：

「因其屬於十九世紀之輕微犯罪(minor criminal procedures)，¹⁹⁰……

因為未能成功起訴……¹⁹¹法院認為不足以作為有效性之證據。¹⁹²」

整體而言，司法管轄一般而言可被視為證據，但仍應當檢視在這些案件中法庭建立管轄權的基礎。

四、軍事行動

¹⁸⁷ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 155, para. 186.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 185.

¹⁹⁰ *Ibid.*, para. 102.

¹⁹¹ *Ibid.*, para. 304.

¹⁹² *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) *supra* note 4, para. 266.

軍事行動是否可以構成有效性之證據？以「軍事佔領」佔領而論，在國際法各個子主題中，通常置於武裝衝突法（或稱國際人道法）下討論。¹⁹³故軍事佔領一塊領土，原則上在國際法上不因此決定被佔領領土之法律地位，¹⁹⁴尤其是在武裝衝突發生時的佔領行為，無從得知佔領國是有意取得該地主權，或者只是為取得軍事優勢。

原則上，國際法庭可以接受軍事活動作為有效性之證據，只是詮釋標準較為嚴格。¹⁹⁵如法院在「陸地與海洋爭端案」中，法院表示海軍巡弋屬於有效性的範疇之一：

「法院回顧，可以被視為作為主權者的行為與活動，特別是以下行為（但不限於此），立法行為、行政管理、執行民法與刑法、規範移民之行為、規範捕魚行為以及其他經濟活動，海軍巡弋以及搜救行動。」¹⁹⁶
在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，印尼提出海軍巡弋作為證據：

¹⁹³ Malcolm N. Shaw, *International Law*, supra note 116, pp. 1178-1179.

'The military occupation of enemy territory is termed 'belligerent occupation and international law establishes a legal framework concerning the legal relations of occupier and occupied. There are two key conditions for the establishment of an occupation in this sense, first, that the former government is no longer capable of publicly exercising its authority in the area in question and, secondly, that the occupying power is in a position to substitute its own authority for that of the former government'

¹⁹⁴ Eyal Benvenisti, 'Belligerent Occupation', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 1.

¹⁹⁵ Kohen 認為，一般而言在和平時期行使國家功能，目的為使社會維持秩序。使用軍事力量，無論是在該國領土內，或是領土之外都屬於特殊情況。軍事活動因此是暫時性的，對於軍事活動是構成有效性之標準，應當以較嚴格的角度詮釋之。請見：Kohen, Marcelo G. 'Chapitre III. La possession' In : *Possession contestée et souveraineté territoriale* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 04 novembre 2016). para. 36.

¹⁹⁶ *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), supra note 27, para. 80.

'The Court recalls that acts and activities considered to be performed à titre de souverain are in particular, but not limited to, legislative acts or acts of administrative control, acts relating to the application and enforcement of criminal or civil law, acts regulating immigration, acts regulating fishing and other economic activities, naval patrols as well as search and rescue operations'.

「印尼提出荷蘭以及印尼海軍持續在西巴丹與利吉丹島海域活動的證據。印尼特別依賴荷蘭山貓驅逐艦在 1921 年的活動……參與英國和荷蘭聯合打擊 Borneo 東方海域的海盜……根據山貓驅逐艦長之報告，曾派出一武裝小帆船至西巴丹島搜集海盜活動的資訊，且派出一水上飛機飛越西巴丹島與利吉丹島空域。印尼認為這些行動表示將此區域視為荷蘭領土。」

197

依法院之見解，顯示海軍巡弋之行為若要成為有效性之證據，仍應當將證明海軍巡弋之活動是將巡弋區域視為本國領土：

「依法院見解，不能從驅逐艦長之報告推論荷蘭或者印尼的巡弋活動或者海軍將西巴丹島與利吉丹島以及周遭水域視為荷蘭或者印尼主權範圍內。」¹⁹⁸

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯主張，自 1976 年起，為了在島嶼周圍維持安全、執行宏都拉斯法律，特別是漁業法、移民法。¹⁹⁹法院表示：

「法院不認為兩方提出的海軍巡弋證據構成之於島嶼的有效性。不能以這些證據推論爭端當事方將些島嶼視為本國主權範圍……。」²⁰⁰

這一問題也在「帕爾馬斯島仲裁案」中發生。美國亦提出了西班牙海軍巡弋該地的間接證據，²⁰¹仲裁官表示：

「如果調查菲律賓南部島嶼的西班牙海軍領袖，確信帕爾馬斯島為西班牙領土，那麼原住民領袖拒絕接受西班牙旗幟，若不是導致西班牙海軍

¹⁹⁷ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) supra* note 4, para. 138.

¹⁹⁸ *Ibid.*, para. 139.

¹⁹⁹ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras) supra* note 155, para. 201.

²⁰⁰ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America), supra* note 14, p. 851.

²⁰¹ 因來據稱的 1895 年之海軍巡弋來自當地原住民證詞，無西班牙海軍的檔案，仲裁官對於是否真實發生抱持疑問。請見：*Ibid.*

的直接行動以確定該地是西班牙領土，否則西班牙會如 Wood 將軍在 1906 年拜訪該島後，與荷蘭談判。」²⁰²

依據 Huber 之推理，如果西班牙海軍巡弋的事實為真，那麼原住民領袖拒絕使用西班牙旗幟若不是直接導致西班牙的征服行動，則會與如美國一般與荷蘭談判。換言之，仲裁員並非否定海軍巡弋作為有效性之證據，只是質疑美國提出之證據的真實性。

在尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「陸地與海洋爭端案」中，法院正面表示海軍巡弋屬於有效性的範疇：

「哥倫比亞之於爭議島嶼的主權活動，特別是立法、規範捕魚活動、維持燈塔與浮標以及海軍拜訪，是先於關鍵日期之主權行為的正常延續。」²⁰³

何以法院並未如在其他案件一樣嚴格審視哥倫比亞的海軍巡弋行為？可能的原因有二，第一，島嶼之面積小；²⁰⁴第二，更重要的，不存在相競爭的主張。²⁰⁵

²⁰² Ibid., p. 851.

²⁰³ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia) supra* note 27, para. 83.

‘Colombia’s activities à titre de souverain with regard to Alburquerque, Bajo Nuevo, East-Southeast Cays, Quitasueño, Roncador, Serrana and Serranilla, in particular, legislation relating to territorial organization, regulation of fishing activities and related measures of enforcement, maintenance of lighthouses and buoys, and naval visits, continued after the critical date. The Court considers that these activities are a normal continuation of prior acts à titre de souverain.’

²⁰⁴ Ibid., para. 80.

‘It further recalls that “sovereignty over minor maritime features . . . may be established on the basis of a relatively modest display of State powers in terms of quality and quantity.”’

²⁰⁵ Ibid.

‘Finally, a significant element to be taken into account is the extent to which any acts à titre de souverain in relation to disputed islands have been carried out by another State with a competing claim to sovereignty. As the Permanent Court of International Justice stated in its Judgment in the Legal Status of Eastern Greenland case:

“It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated

總結而言，軍事活動原則上應可以構成有效性的證據，因為一國在和平時期為防衛其邊境、維持秩序，進行例行性的巡弋應是可以合理想像的國家功能。然而在國際法庭的實務當中，可以觀察到法院標準時寬時嚴，重要的變項應有二，第一是爭議領土的性質；第二是同一時期是否存在相競爭的主張，此兩項因素很可能決定了法院是否接受軍事行動作為證據。

五、涉外行為

一般而言，無論是學說，²⁰⁶或是案例中，²⁰⁷通常將有效性的範圍限於國家對領土的控制、管理，較少觸及國家之涉外行為。然本文認為，有效性既然被定義為「作為爭議領土主權者之行為」(act à titre de souveraine)，應如 Waldock 所言，也可以是對外的。²⁰⁸使用有效性作為證據，目的是在證明一國享有爭議領土主權的意思，因此在過去眾多法院案例中接受了象徵性的行為作為證據，例如在「克里普頓島仲裁案」中，1858年10月17日，法國官員在船隻上以文書紀錄表示法國享有該島主權。²⁰⁹接著，法國駐夏威夷領事在當地報紙(The Polynesian)上，公開、明示法國對於克利普頓島建立主權的意思。²¹⁰且如我們在前數章節以案例所證明的，有效性之證據不以國家機構出現在爭議領土上為限，單純的立法亦可能被法院所接受，²¹¹國家行為也不以實際發生在爭議領土上為限，故國內行為與涉及爭議領土的國家涉外活動發生效果的原理應是一致的，即必須受到其他國家同意，才產生可對抗性，無論同意在案例中是以明示或是默示表示。基於上述理

or unsettled countries.” (Legal Status of Eastern Greenland, *supra* note 15, p. 46.)’

²⁰⁶ Hiroshi Taki, ‘Effectiveness’ *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, February 2013, para. 1.

²⁰⁷ 例如新加坡之訴狀 *Singapore Reply*, para. 3.7; *CR 2007/21*, p. 43. para. 46.

‘The older sources sometimes refer to “occupation” or “effective occupation”. The modern judicial usages are primarily “possession” or a predominant pattern of effectivités.’

²⁰⁸ Claud Humphrey Meredith Waldock, “Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies,” *supra* note 142, p. 317.

²⁰⁹ *Affaire de l’île de Clipperton* (Mexique contre France), 28 janvier 1931, p. 1108.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 15, p. 48.

由，涉及爭議領土的涉外活動是否可以被視為「有效性」之範疇應是值得考慮的，例如丹麥在「東格陵蘭島地位案」中向其他國家要求承認對格陵蘭主權，²¹²應可以充分表示享有爭議領土主權的意思。消極而言，沒有案例直接與這一說法衝突。

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯提出了1993年與美國緝毒局(Drug Enforcement Administration, DEA)掃毒行動合作作為司法行為之證據，²¹³法院雖接受此一行為作為證據，但對其分類有不同見解：

「1993年的緝毒活動，不必然構成執行宏都拉斯刑法之證據，應可以被視為宏都拉斯授權美國緝毒署飛越爭議島嶼。由宏都拉斯授權美國飛越其國家空域，且特別提到四個爭議島嶼，可以被視為主權行為，等同於國家之於此區域的有效性。」²¹⁴

簡而言之，宏都拉斯授權行為應當屬於涉外行為，而美國向宏都拉斯對提出要求，其前提是美國認為宏都拉斯享有爭議島嶼主權。

六、管理人口

在國際領土爭端中，爭端方經常提出對於某一部份人口之控制或管理，或是效忠關係，而這些人口使用爭議區域，或者居住於爭議區域，使爭端方之於該領土建立關係。

在「帕爾馬斯島仲裁案」中，荷蘭提出荷蘭東印度公司與爭議島嶼原住民領袖締結宗主契約做為有效性的證據，仲裁官表示：

「實質上，這不是平等者間的契約……為規範這種情勢之於其他國家的關係，殖民組織必須建立其權利以確保在其領土上履行國際法之義務

²¹² Ibid., p. 59.

²¹³ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 155, para. 185.

²¹⁴ Ibid.

……對於原住民國家的宗主權成為建立領土主權的基礎……因此不能排除荷蘭在本案援引這些契約。」²¹⁵

在本案中，美國亦承認透過原住民領袖間接統治亦可以構成領土主權，²¹⁶是故仲裁官沒有理由排除荷蘭援引這些契約作為有效性的證據。但是在本案中，仲裁官似乎是仍對政治效忠採取一定的保留態度。

在「西撒哈拉地位諮詢意見」，法院確認了效忠關係可以構成享有主權的證據：

「政治效忠一統治者，經常為國家構成的重要部份。然而，若以政治效忠證明一統治者的主權，必須在行為上真實的證明接受統治者的政治權威。」²¹⁷

在「白礁島案」中，馬來西亞提出了，羅越人(Orang Laut)在爭議島嶼周遭活動的證據，這些行為包含捕魚與海盜。²¹⁸羅越人是一支海上遊牧民族，活躍於新加坡海峽，且經常登島。英國在新加坡政府亦注意到這支遊牧民族，並在 1850

²¹⁵ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 14, pp. 858-859.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 859.

“The point of view here adopted by the Arbitrator is – at least in principle – in conformity with the attitude taken up by the United States in the note already quoted above, from the Secretary of State to the Spanish Minister, dated January 7th, 1900 and relating to two small islands lying just outside the line drawn by the Treaty of Paris, but claimed by the United States under the said Treaty. The note states that the two islands “have not hitherto been directly administered by Spain, but have been successfully claimed by Spain as a part of the dominions of her subject, the Sultan of Sulu. As such they have been administered by Sulu agencies, under some vague form of resident supervision by Spanish agencies, which latter have been withdrawn as a result of the recent war.”

²¹⁷ *Western Sahara*, *supra* note 1, para. 95.

“Political ties of allegiance to a ruler, on the other hand, have frequently formed a major element in the composition of a State. Such an allegiance, however, if it is to afford indications of the ruler's sovereignty, must clearly be real and manifested in acts evidencing acceptance of his political authority. Otherwise, there will be no genuine display or exercise of State authority”

²¹⁸ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 4, para. 71.

年的報告中表示，若要在島上建立燈塔，必須排除羅越人。²¹⁹法院認為，柔佛蘇丹對羅越人有政治上的權威，而羅越人活動範圍包含白礁島，確認了柔佛蘇丹對於白礁島的原始權利。²²⁰新加坡反對這一見解，認為蘇丹只控制人民，而沒有控制土地。法院表示：

「主權有兩個構成要件，人以及土地……，法院認為柔佛蘇丹對於居住、經常登臨白礁島的羅越人行使其權威……確認蘇丹之主權。」²²¹

除了政治效忠以外，爭端方也會以受其統治的人民使用爭議領土作為證據。一般而言，法院往往會考量國家是否對於人民之活動範圍有所規範，以決定這類證據是否可以採納。在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，印尼主張爭議島嶼周遭水域為印尼漁夫經常使用。法院表示：

「私人的活動若不基於官方規範，或者政府權威之下，不能構成有效性的證據。」²²²

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯提出了授與漁民捕魚執照、授權在爭議島嶼上建築的紀錄以及相關證詞，作為有效性的證據。²²³尼加拉瓜則以這些捕魚執照並無界定捕魚範圍作為抗辯，法院表示：

「將授與捕魚執照與在島上之建築許可視為一整體，法院相信這些捕魚執照儘管沒有指定區域，然宏都拉斯政府知道這些捕魚活動發生在爭議島嶼周圍；宏都拉斯授權在島上以漁業活動相關的建築。」²²⁴

總結而言，政府之於人民的控制，無論是鬆散的政治效忠，或是漁業行為，都可能構成有效性的證據。

²¹⁹ Ibid., para. 71.

²²⁰ Ibid., para. 75.

²²¹ Ibid., para. 79.

²²² *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 140.

²²³ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *supra* note 155, paras. 190-191.

²²⁴ Ibid., para. 191.

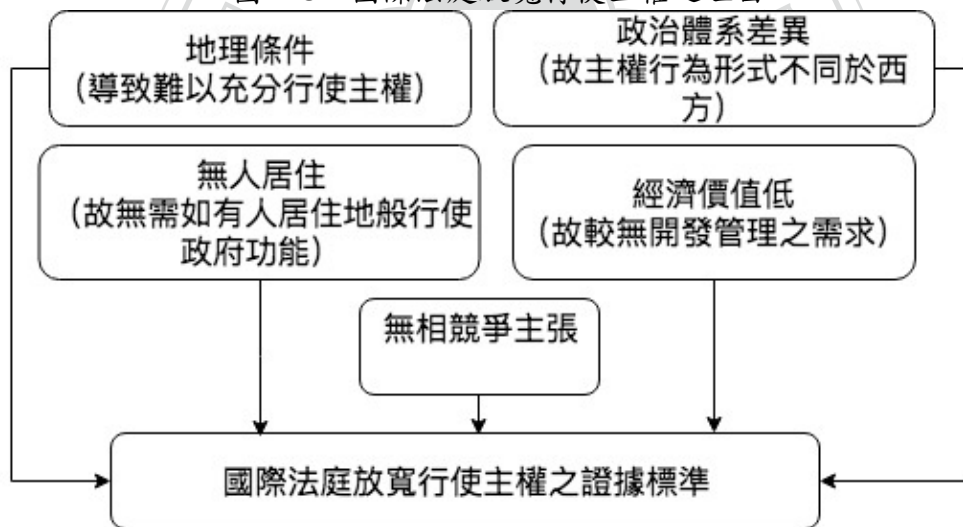
肆、法院放寬行使主權標準之理由

如本節第壹部份對主權性質之討論，在理想上一國應當持續對其領土行使完整的國家功能，當其他國家侵入時應當排除之。然而事實上，尤其是發生領土爭端的爭議領土上，國家無法如此行使其主權。國際法庭在某些條件下，會放寬主權行使的要求，如 Huber 在「帕爾馬斯島仲裁案」所言：

「主權行使必然有時間上的間隔以及空間上的不延續……一個國家不能證明對某一塊領土行使主權，不能因此詮釋主權不存在。所有案件都應當依據其特殊情勢評價。」²²⁵

然而自 Huber 仲裁「帕爾馬斯島仲裁案」至今，已經經過將近 80 年，累積了相當數量的國際領土爭端案例，故本文嘗試歸納相關原則。（圖 4-3: 國際法庭放寬行使主權之理由）

圖 4-3：國際法庭放寬行使主權之理由



資料來源：作者自行彙整。

一、地理條件

²²⁵ *Island of Palmas Case, supra* note 14, p. 855.

'[I]n the exercise of territorial sovereignty there are necessarily gaps, intermittence in time and discontinuity in space . . . The fact that a state cannot prove display of sovereignty as regards such a portion of territory cannot forthwith be interpreted as showing that sovereignty is in-existent. Each case must be appreciated in accordance with the particular circumstances.'

地理條件在領土爭端案件中經常是法庭所考量的重要因素。地理條件一詞包含了所有與地理相關的情勢，在案例中可以觀察到，爭議領土是否為其他國家領土所包圍、面積大小、距離遙遠與否、是否為極地、是否處於重要國際航道之上，都曾是法庭考量之因素，用作放寬行使主權功能的理由。

在「某些邊界領土案」中，荷蘭佔領爭議區域 70 餘年，然法院並不接受以此作為荷蘭享有爭議領土主權之證據：

「考量到飛地的複雜制度，比利時不容易察覺到荷蘭行使行政管理的事實。」

在「帕爾馬斯島仲裁案」中仲裁官認為距離遙遠且只有原住民居住的小島，可以放寬主權行為的要求：

「荷蘭對帕爾馬斯島直接、間接展示主權的行為，尤其在 18 與 19 世紀早期，數量不多，且證據之間存在時間間隔大。除了考量到在微小且遙遠、只有原住民居住的島嶼，不能期待主權行為經常發生，且不必要追究非常遙遠的時代之展示主權行為……主權的建立是國家逐漸加強控制緩慢演進的結果。」²²⁶

國際常設法院在「東格陵蘭島地位案」中，考量了極地地區難以進入的特質，放寬有效占有的標準：

「由於不存在其他國家之主張，且極地以及其他尚未被殖民區域難以進入之特質，丹麥與挪威國王……在 1721 年至 1814 年行使了足夠的權威，其權利及於格陵蘭，且不限於受殖民的區域。」²²⁷

²²⁶ Ibid., p. 867.

'The acts of indirect or direct display of Netherlands sovereignty at Palmas (or Miangas), especially in the 18th and early 19th centuries are not numerous, and there are considerable gaps in the evidence of continuous display. But apart from the consideration that the manifestations of sovereignty over a small and distant island, inhabited only by natives, cannot be expected to be frequent, it is not necessary that the display of sovereignty should go back to a very far distant period. [...] It is quite natural that the establishment of sovereignty may be the outcome of a slow evolution, of a progressive intensification of State control'

²²⁷ *Legal Status of Eastern Greenland*, supra note 15, pp. 50-51.

在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，法院也考量了爭議領土的特質：

「特別是在面積非常小、無人居，或者無永久居住人口，經濟上不重要的島嶼（至少直到最近），有效性一定數量稀少。」²²⁸

馬來西亞提出了 1933 年在西巴丹島設置鳥類保護區，²²⁹以及 1914 年英國規範、管制在爭議島嶼搜集海龜蛋之經濟活動，法院認為，這些行為皆算是有效性之證據。²³⁰馬來西亞提出之證據雖看來微不足道，但考量爭議島嶼的地理特質，故應當一定程度放寬標準。

在爭議島嶼上設置燈塔、周圍設置航標，是否構成主權行為？在「海峽群島案」案中，法國自從 1861 年起在島嶼設置浮標以及燈塔，²³¹然而法院表示這不構成法國享有主權之證明。然而在後續的國際法案例中觀察到三個反例，其理由皆是島嶼面積小。在「西巴丹與利吉丹島主權案」中，馬來西亞提出了英國在西巴丹與利吉丹島上建立燈塔作為行政管理的證據，²³²法院表示：

「法院認為建立燈塔，維持燈塔運行以及海上救助一般不被視為展示國家權威 (Minquiers and Ecrehos, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 71)，然而在卡達與巴林之間的海域與領土劃界案中：「巴林所援引某些類型的活動……作為展示主權的行為是有爭議的。建立有助於航海的設施，如果是在面積非常小的島嶼時，可以在法律上被視為相關……。」法院認為在上述案例中的考量也適用於本案。」²³³

“bearing in mind the absence of any claim to sovereignty by another Power, and the Arctic and inaccessible character of the uncolonized parts of the country, the King of Denmark and Norway displayed . . . in 1721 to 1814 his authority to an extent sufficient to give his country a valid claim to sovereignty, and that his rights over Greenland were not limited to the colonized area”

²²⁸ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 134.

²²⁹ *Ibid.*, para. 132.

²³⁰ *Ibid.*, para. 145.

²³¹ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 70.

²³² *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 132.

²³³ *Ibid.*, para. 147.

尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「陸地與海洋爭端案」中也因為島嶼面積小，法院因而表示行使主權之標準得以放寬：

「在小島上之主權……也許基於相對有限的（數量以及質量）展示國家權力。」²³⁴

因此讓法院賦予建立燈塔有效性的效果：

「哥倫比亞之於爭議島嶼的主權活動，特別是立法、規範捕魚活動、維持燈塔與浮標以及海軍拜訪，是先於關鍵日期之主權行為的正常延續。」²³⁵

在「白礁島」案中，爭議島嶼的位置直接影響了法院的決定：

「重要的是，白礁島長久以來被視為新加坡海峽的航行危害物 (navigational hazard)，而該海峽是連接印度洋、南中國海之間東西貿易的重要國際水道。因此當地社群一定知道、發現其存在，顯然白礁島不是未被發現的領土 (terra incognita)，可以合理的推論白礁島被視為柔佛地理範圍內眾多島嶼的其中一個。」²³⁶

在印度與巴基斯坦之間的「卡其仲裁案」，仲裁庭表示：

「由於爭議地區無法被視為可以長久佔領，對佔有的要求不能與可以永久佔有的地區一樣。因此，將會特別考量其他國家行為……²³⁷ 考量信德

²³⁴ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *supra* note 27, para. 174.

'It further recalls that "sovereignty over minor maritime features . . . may be established on the basis of a relatively modest display of State powers in terms of quality and quantity."

²³⁵ *Ibid.*, para. 83.

'Colombia's activities à titre de souverain with regard to Alburquerque, Bajo Nuevo, East-Southeast Cays, Quitasueño, Roncador, Serrana and Serranilla, in particular, legislation relating to territorial organization, regulation of fishing activities and related measures of enforcement, maintenance of lighthouses and buoys, and naval visits, continued after the critical date. The Court considers that these activities are a normal continuation of prior acts à titre de souverain.'

²³⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 4, para. 61.

²³⁷ *Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan* *supra* note 11, para. 563.

(Sind)在 Dhara Bani 與 Chlad Bet 參與的製圖行為以及鄰近人居區域的蠻荒特質(desolate character)，接近有效和平佔有，在這一情況下為合理預期的展示政府權威。」²³⁸

總結而言，地理特質影響了法庭對於合理展示政府功能的判斷，也影響法庭對構成有效性證據的標準。

二、政治體系

政治體系指的是構成國家的結構，或者在某一區域之間國家之間的特殊互動方式。由於國家之概念在不同文化、不同歷史時期有相異的詮釋；在特定一歷史時期之中，在獨立的政治實體之間也可能存在特殊的文化，例如清代中國與朝鮮、越南、琉球等國家之間的「封貢關係」。此亦可能影響主權行為的形式，在案件中應當納入考量。

在印度與巴基斯坦之間的「卡其仲裁案」，仲裁庭表示：

「依據法律與習慣，主權固有的權利與義務，以及其特質，根據不同時間地點以及不同的政治體系而有不同的表現方式。」²³⁹

在「西撒哈拉地位諮詢意見」中，法院亦考量了特殊的伊斯蘭文化背景，接受其構成國家之基礎為宗教紐帶以及部落長老效忠：

「在西班牙殖民西撒哈拉時，Sherifian 已經無庸置疑是一個國家。這一事實建立在具有共同伊斯蘭信仰為紐帶的不同人民之間，也建立在各個部落之長老(caids/sheikhs)對於蘇丹的效忠上，而非基於領土之概念。共同宗教的連結……不必然表示與主權的法律連結，或者臣服於某一個統治者之下。即使如「伊斯蘭世界」(Dar al-Islam)一詞，如摩洛哥在口頭陳述中所表示，為數個國家以擁有共同伊斯蘭信仰作為連結。政治效忠一統治

²³⁸ Ibid., para. 569.

²³⁹ Ibid., para. 501.

*“The rights and duties which by law and custom are inherent in, and characteristic of, sovereignty present considerable variations in different circumstances according to **time and place, and in the context of various political systems.**”*

者，經常為國家構成的重要部份。然而，若以政治效忠證明一統治者的主權，必須在行為上真實的證明接受統治者的政治權威……」²⁴⁰

在「白礁島案」中，馬來西亞提出了羅越人(Orang Laut)在爭議島嶼周遭活動的證據，²⁴¹羅越人是一支海上遊牧民族，活躍於新加坡海峽，且經常登島。²⁴²法院認為，柔佛蘇丹對羅越人有政治上的權威，而羅越人活動範圍包含白礁島，確認了柔佛蘇丹對於白礁島的原始權利。²⁴³新加坡反對這一見解，認為「馬來西亞的主權概念基於控制人」，而沒有控制土地。法院表示：

「主權有兩個構成要件，人以及土地……，法院認為柔佛蘇丹對於居住、經常登臨白礁島的羅越人行使其權威……確認蘇丹之主權。²⁴⁴……考量本案中關於柔佛蘇丹國的歷史與地理背景……柔佛蘇丹享有島礁的事實從未被本區域其他國家挑戰，可以被視為滿足了“持續且和平展示領土主權”(和平乃是之於他國)。²⁴⁵法院結論，柔佛蘇丹在此時(十九世紀初)對白礁島，享有原始權利根據。」²⁴⁶

原則上，政治體系或曰政治文化是法庭經常考量的因素，經常因此放寬有效性的證據標準，使人口使用、佔據爭議領土的紀錄被接受為證據。

三、無人居住

²⁴⁰ *Western Sahara*, *supra* note 1, para. 95.

"Political ties of allegiance to a ruler, on the other hand, have frequently formed a major element in the composition of a State. Such an allegiance, however, if it is to afford indications of the ruler's sovereignty, must clearly be real and manifested in acts evidencing acceptance of his political authority. Otherwise, there will be no genuine display or exercise of State authority"

²⁴¹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 71.

²⁴² *Ibid.*, para. 70.

²⁴³ *Ibid.*, para. 75.

²⁴⁴ *Ibid.*, para. 79.

²⁴⁵ 法院引用「帕爾馬斯島仲裁案」段落。請見：*Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 14, p. 855.

²⁴⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 68-69.

在「帕爾馬斯島仲裁案」中仲裁官在其對於主權概念的闡述中，表示有無人居是考量行使主權是否足夠的因素：

「展示領土主權，根據時間與地點之條件，可以不同形式表示。儘管原則上應當持續，但事實上不能在任何時間都行使主權，也不能在一土地上每一點行使主權。維持權利的標準，在時間上的間隔（intermittence）與不持續，依據（爭議領土）有無人居住，或者一塊被其他主權國家領土包圍的領土，又或是在公海上的領土而定。」²⁴⁷

其他考量以無人居住或無永久定居人口作為降低主權行為標準的案例，包含「西巴丹與利吉丹島主權案」、²⁴⁸「陸地、島嶼與海洋爭端案」。²⁴⁹

四、經濟價值低

爭議領土在經濟上價值低，也是法庭放寬有效性證據的標準，如前文提到的「西巴丹與利吉丹島主權案」中，法院表示：

「特別是在面積非常小、無人居，或者無永久居住人口，經濟上不重要的島嶼（至少直到最近），有效性一定數量稀少。」²⁵⁰

在「陸地、島嶼與海洋爭端案」中，法院表示：

「當案件牽涉保持佔有主義原則時……西班牙殖民法，對於邊境、人口稀少、經濟價值低的地區之歸屬，很可能沒有明確答案」²⁵¹

一片領土經濟價值低，可能直接導致人口稀少、在政府單位不受重視，因此可以合理預期行使政府功能之紀錄少，因此理當放寬標準。

五、不存在相競爭主張

²⁴⁷ *Island of Palmas Case*, *supra* note 14, p. 840.

²⁴⁸ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 134.

²⁴⁹ *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* *supra* note 4, para. 333.

²⁵⁰ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 4, para. 134.

²⁵¹ *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* *supra* note 4, para. 333.

在一特定時期，一國對爭議領土的主權是否遭到其他國家挑戰，是法院在案件中的極重要考量。若無遭到挑戰，法院會放寬主權行為的要求，甚至不存在主權行為之證據亦可能為法院接受。所謂受到挑戰，在案件中具體而言是指其他國家是否能提出在同一時期對爭議領土之主權行為或是抗議之證據。

國際常設法院在「東格陵蘭島地位案」中表示：

「由於不存在其他國家之主張，且極地以及其他尚未被殖民區域難以進入之特質，丹麥與挪威國王……在 1721 年至 1814 年行使了足夠的權威，其權利及於格陵蘭，且不限於受殖民的區域。」²⁵²

因此法院認為，丹麥挪威國王在 1814 年《維也納會議》將丹麥與挪威分割成兩個國家之前，該國已經取得完整的格陵蘭，而後續是由丹麥或是挪威享有格陵蘭主權，法院在其判決前半段已經強烈暗示：

「在大部分的領土主權爭端中，法庭必須決定兩個相競爭的主張孰強孰弱。本案之一特別之處為，在 1931 年前只有丹麥主張過格陵蘭主權，在 1921 年前沒有國家挑戰過丹麥在格陵蘭主權。」²⁵³

「白礁島」案是另一個考量此情勢的案例。在該案中，馬來西亞事實上無法提出在 1840 年以前主權行為之證據。法院除了考量地理位置，更表示：

「在本案中，另外一項重要因素為法院必須考慮，以評估原始權利。即在柔佛蘇丹的歷史當中，沒有任何證據顯示存在對於新加坡海峽區域之相競爭的主張。」²⁵⁴

²⁵² *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 15, pp. 50-51.

“bearing in mind the absence of any claim to sovereignty by another Power, and the Arctic and inaccessible character of the uncolonized parts of the country, the King of Denmark and Norway displayed . . . in 1721 to 1814 his authority to an extent sufficient to give his country a valid claim to sovereignty, and that his rights over Greenland were not limited to the colonized area”

²⁵³ *Ibid.*, p. 46.

²⁵⁴ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 62.

‘Another factor of significance which the Court has to take into consideration in assessing the issue of the original title in the present case is the fact that throughout the entire history of the old Sultanate of Johor, there is no evidence that any competing claim had ever been advanced

若新加坡能提出任何政治勢力挑戰柔佛在新加坡海峽之主權的證據，或許能破壞柔佛之原始權利根據。在這一點上，法院之態度似是要求新加坡承擔證明「白礁島」在 1847 年以前為無主地的證據，²⁵⁵然而新加坡未能舉證，故法院在馬來西亞事實上沒有提出主權行為的證據下宣布：

「考量本案中關於柔佛蘇丹國的歷史與地理背景，法院認為柔佛蘇丹國之領土範圍，原則上包含新加坡海峽中所有的島、礁，這些島礁位於王國的中心位置，因此包含白礁島。柔佛蘇丹享有島礁的事實從未被本區域其他國家挑戰，可以被視為滿足了“持續且和平展示領土主權”（和平乃是之於他國）。法院結論，柔佛蘇丹在此時（十九世紀初）對白礁島，享有原始權利根據。」²⁵⁶

在本案中的原始權利根據應為先占，換言之，法院在馬來西亞沒有符合一般意義之有效性證據的情況下，宣告馬國依據先占取得主權。

在尼加拉瓜與哥倫比亞之間的「陸地與海洋爭端案」中法院也將無競爭的主權主張納入考量：

「最後，一項重要的因素應當納入考量，即是否有任何國家對於爭議島嶼以主權行為表示其相競爭的主張。」²⁵⁷

在特定一歷史時期是否有相競爭的主張，在案件中的效果相當顯著，可能讓法院在欠缺直接證據的情況下，判定某一爭端方在該時期享有爭議領土的權利根據。然其原理也並非難以理解，若其他國家沒有挑戰一領土的跡象，享有主權的國家也無必要加強其主權行為。

over the islands in the area of the Straits of Singapore.'

²⁵⁵ Ibid., para. 51.

'Singapore has offered no further specific evidence to substantiate its claim relating to the status of Pedra Branca/Pulau Batu Puteh as terra nullius prior to the construction of the lighthouse on it in 1847.'

²⁵⁶ Ibid., paras. 68-69. 原始權利(original title)事實上即為先占。

²⁵⁷ 法院在此段落引用「東格陵蘭島地位案」。Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), *supra* note 27, para. 80; *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 15, p. 46.

值得一提的是，無相競爭的主張這一概念，應為比較證據相對強弱之一種情況，只是其中一方完全無證據，

伍、證據強弱之規律

本部分嘗試探討法庭如何比較主權行為的強弱。應注意到，在一個案件中會影響主權行為評價的因素相當多，從較宏觀的角度來說，如果爭端雙方的主權行為發生的時間有明顯的差距，即為前一部份所述的「無相競爭的主張」，那麼能夠提出較早發生之證據的一方往往能先取得權利根據。本部分不再討論這一問題，將注意力集中在爭端雙方提出之證據在時間上無明顯先後的情況下，法庭如何決定孰強孰弱。

首先，主權行為的數量一定是比較的標準。其次，是持續且和平展示領土主權，²⁵⁸其中的「持續」，意即能夠提出時間跨度較大的一方，應相對較有優勢，如「海峽群島案」與「西巴丹與利吉丹島主權案」在結論段落皆有這種表示。在「海峽群島案」中，法院表示：

「英國在 19 與 20 世紀大部分的時間對 Ecrehos 島行使國家功能……，Ecrehos 主權屬於英國。」²⁵⁹

又如在「西巴丹與利吉丹島主權案」中：

「法院注意到馬來西亞所依賴之活動，包含其被繼承國英國之行為，雖然數量有限……但橫跨了相當長度的時間，且此一模式顯示對爭議領土其行使國家功能的意圖……。」²⁶⁰

²⁵⁸ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, p. 855.

²⁵⁹ *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 4, p. 67.

'The Court further finds that British authorities during the greater part of the nineteenth century and in the twentieth century have exercised State functions in respect of the group [Ecrehos]. The French Government, on the other hand, has not produced evidence showing that it has any valid title to the group. In such circumstances it must be concluded that the sovereignty over the Ecrehos belongs to the United Kingdom.'

²⁶⁰ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), *supra* note 4, para. 148.

第三，本文推測爭端方提出之主權行為的種類多寡也是一影響因素。例如在「西巴丹與利吉丹島主權案」中：

「法院注意到馬來西亞所依賴之活動，包含其被繼承國英國之行為，雖然數量有限，但這一些活動種類多樣(diverse)，包含立法、行政管理、準司法行為……此一模式顯示針對爭議領土其行使國家功能的意圖……。」²⁶¹

在尼加拉瓜與宏都拉斯之間的「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，宏都拉斯亦試圖提出種類齊全的證據——包含立法、行政、司法、規範移民與捕魚、海軍巡弋、石油特許權等證據。²⁶²

第四，本文臆測法庭偏好立法類型的證據優於其他類型的證據。例如「東格陵蘭島地位案」中，常設法院表示：

「立法是行使主權最顯著的形式，……主權權利也不受限於殖民區域。」²⁶³

在「西巴丹與利吉丹島主權案」，法院亦有類似表示：

「現在檢視印尼的有效性，法院指出這些證據都沒有立法性質。」²⁶⁴

雖然有上述案例支持這一說法，但法庭如此偏好的理由仍不明確。或許是因為法律會界定其適用範圍，作為表示享有爭議領土主權的意思，相較於行政管理、司法行為更明確。以司法行為而言，除了領域管轄較能明確表示爭議領土歸屬的意思外，國內法院若以其他聯繫因素建立管轄權，如國籍管轄、保護管轄、普遍管轄，皆不一定能顯示爭議領土屬於本國。

²⁶¹ Ibid.

²⁶² *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 155, para. 170.

²⁶³ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 15, p. 48.

'Legislation is one of the most obvious forms of the exercise of sovereign power, and it is clear that the operation of these enactments was not restricted to the limits of the colonies. It therefore follows that the sovereign right in virtue of which the enactments were issued cannot have been restricted to the limits of the colonies.'

²⁶⁴ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), *supra* note 4, para. 137.

第五，之於領土的有效性證據應當優於之於人口的間接證據。因直接之於爭議領土的有效性，相較於規範人口而間接表示享有爭議領土主權之意思，前者較為明確。以規範漁民捕魚為例，這類雖屬於國家規範、管理行為，但是若未明示規範捕魚之範圍，則需要其他事實佐證，方能構成較具說服力的有效性證據，例如在「加勒比海的陸地與海洋爭端案」中，法院考量其他證據，才能證明規範漁民之行為與爭議島嶼相關：

「將授與捕魚執照與在島上建築之許可視為一整體，法院相信這些捕魚執照儘管沒有指定區域，然宏都拉斯政府知道這些捕魚活動發生在爭議島嶼周圍；宏都拉斯授權在島上以漁業活動相關的建築。」²⁶⁵

綜上所述，法院在面臨相競爭的主權行為時，會考量主權行為的數量以及質量、主權行為的持續性。而本文根據案例片段，推測主權行為的種類是否齊全、法庭偏好立法類型的證據，且直接之於領土的管理應當好於對人口的管理。然而，這些推測來自於對於部分案例片段之解讀，在法院並未明示的情況下，真實性仍有待未來之案例驗證。

²⁶⁵ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 155, para. 191.

第四節 小結

本章探討默認在國際領土爭端案例之應用，具體而言即條約之嗣後實踐以及有效性之應用。在探討細節問題之前，本文也就國際領土爭端判決模式之常態作一簡單之爬梳，以免見樹不見林。一般而言，法庭會依序考量條約、保持佔有主義以及有效性，檢視爭端中一方是否建立主權，其次再考量是否有轉移主權之事實，而本文依據多個案例相互對照而產生的結論，逆權侵佔並非轉移主權之充分條件，應為原享有主權之一方清楚表示，方可能構成主權轉移。

在第二節「默認與條約之嗣後實踐」中，本文依據《條約法公約》之立法意旨，分別探討嗣後實踐之主觀要件、表現形式、知情與協定的達成。主觀要件指涉各國之嗣後實踐在主觀上被認為是條約之應用，因此並非所有發生在條約生效後的國家行為都可以被視為嗣後實踐。主觀要件的具體標準，可能會考量實踐是否直接提及被應用之條約，或是不存在其他可能導致誤解的情勢，得知爭端各方是否知情或者可以推定知情某實踐為條約之適用。

嗣後實踐在領土爭端中之最常見的表現形式為有效性與劃界地圖。然而，這類實踐即使公開且長期行使，也不必然為法院所接受，具體之標準應以其他締約方之權責單位受到知會較可能成立。²⁶⁶協定之存在與否不僅取決於上述諸多因素，也取決於合理之抗議機會與修改條約之機會是否存在，單純的沉默、不作為未必能夠建立協定。最後，本文亦探討了嗣後實踐解釋條約之合理的範圍，即仍應以締約時締約方之真意為主，嗣後實踐通常僅為某一締約方依據本身對於條約之理解或是誤解而產生之行為，是故，在依據條約之目的與宗旨、依其用語之一般意義、條約前後文，可以得出合理的解釋時，嗣後實踐只應具有確認的效果。

第三節探討有效性之應用。在討論有效性在案件中實際應用的方式之前，本文先簡單回顧主權的性質，以便釐清有效性在案件中應用的方式。主權作為一種法律權利，其存在與實際行使應當嚴格區別。這種法律權利之來源如同 Huber 所

²⁶⁶ WTO, *supra* note 73, para. 272.

說，是來自國家之間的法律互動——無論是條約或者承認、默認。²⁶⁷國家一旦在國際法意義上取得主權，即使不行使，或為其他國家所實際行使也不會因此改變領土的法律地位，²⁶⁸因為行使權利之事實不表示因此享有權利。

有些學者認為，權利根據是相對性的，且在國際領土訴訟中，法院比較的是爭端方的有效控制相對程度以達成結論。²⁶⁹這一說法既非事實也不合理。在實然上，以相對有效控制程度作為解決領土爭端之方式，如 Kohen 所說，通常是法庭之最後手段；²⁷⁰在應然之意義上，國際法之基本目的為國家之間的秩序與和平，若以有效控制作為決定領土法律狀態的通則，顯然增加了國家之間衝突的誘因。

在理清主權之性質以及國際法庭解決領土爭端所經常依循之規律後，本文界定了有效性作為判決基礎的前提。有效性指涉的是一國透過國家單方行為，表示享有爭議領土主權的意思，通常這類行為是國內的行政、立法、司法行為，因此在國際法中的效果取決於外在因素，不一定能有效對抗其他國家。這些外在因素包含了時代背景、地理條件、爭議區域有無人居、經濟價值高低，以及最重要的是否存在相競爭的主張。在極端的情況下，如歷史久遠加上地理上位於交通要道，且不存在相競爭的主張時，即使一國無法提出任何對爭議區域的行政、立法、司法行為作為證據，仍可能被法院推定享有主權，如「白礁島案」。²⁷¹

²⁶⁷ *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), *supra* note 14, pp. 838-839.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 838.

²⁶⁹ Kyoko Hamakawa, 'Issues on the Title of the Senkaku Islands: Analysis of the Viewpoints of Japan and China', *Issue Brief, National Diet Library* No. 565 (Feb. 28, 2007), pp. 2-3

‘在傳統領土取得理論中，一國一旦取得領土主權，立即對其他國家產生可對抗性。然而在現實無法確定一國是否取得主權的情況下，所有相關國家會提出證據以主張其權利，很難依據傳統理論達成「全有全無」的結論，即一國是否絕對享有主權。他以「帕爾馬斯島仲裁案」為例，……以持續且和平展示領土主權如同權利根據一般。可以說法庭依據爭端雙方之相對控制更有效達成判決。’

²⁷⁰ Marcelo G. Kohen, 'Chapitre premier: La notion de possession contestée,' *supra* note 39, para. 22.

²⁷¹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia/Singapore), *supra* note 12, para. 61.

在國際法案例中，可以觀察到法庭在其他方法無法達成結論時，會比較爭端方的有效性之相對強弱以決定領土主權歸屬，證據弱的一方通常會被法庭認定為疏於抗議與默認，故本文嘗試整理、推論國際法庭對於各類有效性證據的偏好。初步而論，我們可以確定主權行為的數量與持續時間長短是法庭之比較規則，此為法庭在案例中所明示。其他可能之規律，包含證據種類的齊全程度、立法類證據優於其他類型之證據、直接之於爭議領土之證據優於之於人口的間接證據，為本文依據各案例片段所做之推論，是否為真則有待未來更多案例檢驗。最後仍須強調，並非所有的領土爭端案例都在比較有效控制程度強弱達成結論，這一方法是法庭不得已之下才採用之方法。



第五章 結論

此一論文以三種角度研究默認在國際領土爭端中的角色，嘗試得出完整的圖像：第二章以學說與案例為本，嘗試得出默認的普遍定義；在第三章，則分別檢視默認與各種領土取得方式（或曰理論）之間的關聯，分別根據其內在邏輯與在國際法案例實際應用之效果賦予其評價；第四章，在勾勒出國際法庭解決領土爭端的一般模式後，針對條約之嗣後實踐與有效性，以盡可能多的案例確認各項要件在法庭中實際應用的標準。在本章將簡述本文各項研究子題之結論，提出觀察與建議。

第一節 研究結論

本文題目為「默認於國際領土爭端中之角色」，關切的問題為默認如何應用以及默認與其他領土取得方式的關係。基於上述理由，本文首先嘗試描述默認之樣態，接著探討默認與各領土取得方式之關係。最後，透過案例與學說闡明默認的應用限制與內在邏輯。實質上，本文第二章、第三章與第四章即在回應第一章第二節研究目的中所提之三個問題，分別為以下：

1. 國際領土爭端中的默認指涉何種現象？
2. 默認與各領土取得方式之間關聯為何？
3. 國際法庭在處理領土爭端應用默認時考量哪些因素，即影響默認應用空間與決定孰方行為構成默認的內在邏輯為何？

本論文透過判決書與學說回應上述三問題，故本節將以前四章之研究結果，回應上述三個問題，最後提出默認在國際領土爭端中的應用規律。

壹、國際領土爭端中默認之樣態

在國際領土爭端之司法解決中，「默認」一詞指涉的現象為爭端一方透過國家行為對系爭領土建立主權之主張（即需要積極回應之情勢），爭端另一方另透過非正式的國家舉措(informal state conduct)同意、承認前者之主張，故雙方就系爭領土形成確定之法律狀態，此即默認之理型(ideal type)。

「需要積極回應之情勢」在領土爭端中的依據權利根據之來源分為三大類，分別為依條約之嗣後實踐、證明保持佔有主義之有效性證據以及不依附於條約與保持佔有主義之有效性證據。

表示同意、承認的非正式國家舉措，其特徵經本文歸納共四項，包含國家無權機關之意思表示、意思表示形成前內部決策程序嚴謹程度較低、不透過正式管道發出以及就其內容為默示同意。被視為默認的舉措通常包含上述四項特徵其中任一項，或兼而有之。

在表示同意之各類非正式舉措的樣態中，沉默最常被學者視為默認之經典表現形態，然細究案例之中的使用方式，應當可以區分為一般性的沉默與針對特殊情勢保持沉默，後者之效果應強於前者。

首先論一般性的沉默。在各案例當中，純粹的沉默幾不可見，爭端方或多或少皆有以國家行為主張爭議領土的證據。在這種情況下，法庭衡量爭端方所提證據孰強孰弱後，指證據弱的一方無抗議、沉默表同意，¹此即一般性的沉默。在這種情況下，法庭決定領土歸屬之基礎乃是爭端方所提證據相對強弱，默認僅為輔助理由。

其次，國家面臨特殊情勢保持沉默，更能確認默認存在。這類情勢為多為享有主權者應主張的情勢，如領土條約之修約談判、²國民在爭議區域活動之申請、

¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2002, para. 148.

“**The Court notes that the activities relied upon by Malaysia, both in its own name and as successor State of Great Britain, are modest in number but that they are diverse in character and include legislative, administrative and quasi-judicial acts. They cover a considerable period of time and show a pattern revealing an intention to exercise State functions in respect of the two islands in the context of the administration of a wider range of islands. The Court moreover cannot disregard the fact that at the time when these activities were carried out, neither Indonesia nor its predecessor, the Netherlands, ever expressed its disagreement or protest.**”

² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962, *I.C.J. Reports* 1962, p. 27.

‘...after the war, by a Settlement, agreement of november 1946 with France, Thailand accepted a reversion to the status quo ex ante 1941. It is Thailand's contention that this reversion to the status

⁴領域及基線之國內立法，⁵對這類情勢無積極主張皆會在法庭中產生相當不利的影響。

由於默認亦包含廣義之國家單方行為，故其舉證包含但不限於政府公報、⁸外交文書、⁹以及內部檔案，¹⁰這類證據因可顯示國家之意志，故相較於單純之沉默的效果更加容易被視為確證，構成默認。

quo did not affect Preah Vihear because Thailand already had sovereignty over it before the war. The Court need not discuss this contention, for whether Thailand did have such sovereignty is precisely what is in issue in these proceedings. The important point is that, in consequence of the war events, France agreed to set up a Franco-Siamese Conciliation Commission consisting of the two representatives of the Parties and three neutral Commissioners, whose terms of reference were specifically to go into, and make recommendations on an equitable basis in regard to, any complaints or proposals for reversion which Thailand might wish to make as to, inter alia, the frontier settlements of 1904 and 1907. The Commission met in 1947 in Washington, and here therefore was an outstanding opportunity for Thailand to claim a rectification of the frontier at Preah Vihear on the ground that the delimitation embodied a serious error which would have caused Thailand to reject it had she known of the error in 1908-1909. In fact, although Thailand made complaints about the frontier line in a considerable number of regions, she made none about Preah Vihear.'

⁴ *The Minquiers and Ecrehos Case*, Judgment of November 17th, 1953: *I.C.J. Reports 1953*, p. 71.

'In 1784 a French national submitted to the French Minquiers of Marine an application for a concession in respect of the <inquiers, an application which was not granted. The correspondence between the French authorities, relating to this matter, does not disclose anything which could support the present French claim to sovereignty, but it reveals certain fears of creating difficulties with the English Crown.'

⁵ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para. 130.

⁸ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 27.

⁹ 請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 25, p. 27; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 203;

¹⁰ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 71.

'In 1784 a French national submitted to the French Minquiers of Marine an application for a concession in respect of the <inquiers, an application which was not granted. The correspondence between the French authorities, relating to this matter, does not disclose anything which could support the present French claim to sovereignty, but it reveals certain fears

最後應注意到，默認是國家之間互動的結果。在默認之基本架構中，無論是「需要積極回應的情勢」或者表同意之非正式國家舉措皆由國家單方舉措所構成，兩者在國際法之中僅為法律相關之事實，單獨不足確認爭端方法律關係，須兩者皆成立，方確定爭端方之間就系爭領土意思一致，決定主權歸屬。¹¹

貳、默認與各領土取得方式之關係

默認與各領土取得方式之間的關係，可以理解為默認在各個領土取得方式（理論）中扮演何種角色，本文第三章即以學說及判決回答這一問題，並且進一步探討各領土取得理論在國際法庭中應用之實益為何。

首先，默認在各領土取得方式中扮演之角色依據權利根據的來源而定。以條約以及保持佔有主義作為權利根據，默認僅扮演詮釋性角色。相對的，若權利根據以國家單方實際行使主權為基礎，意即主張以先占、時效、歷史權利、歷史鞏固與有效性建立主權，默認則為上述理論之名義上或實質上的必要條件，因為國際法秩序源於國家同意。

其次論各領土取得方式（理論）在法院中實際應用的實益，即以案例檢證各領土取得理論在法庭中實際應用之情形。在這一方面，條約與保持佔有主義為法院明白適用，較無疑義；然先占、時效、歷史權利、歷史鞏固與有效性則相對的較具爭議性，下分別論之。

先占在傳統國際法教科書中雖不以其他國家同意為條件，但事實上法院應用先占時仍會推定爭端其他方之默認。¹²經研究多數案例，可以發現法庭鮮少宣告

of creating difficulties with the English Crown.'

¹¹ 僅管在理論上以爭端方對爭議領土意思一致決定領土主權，然事實上可以注意到，國際法庭比較爭端主張的“相對強度”，這一實踐應受到普通法系之「證據優勢」(preponderance of evidence)影響，舉證較弱之一方，然舉證弱的一方被視為默認。請見：*The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 67; Law Teacher. (November 2013). *Rules of Evidence Before The International Court Of Justice International Law Essay*. Retrieved from <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/rules-of-evidence-before-the-international-court-of-justice-international-law-essay.php?cref=1>.

¹² *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, 28 janvier 1931, p. 1108, p. 1110; *Sovereignty*

爭議領土在特定時期是無主地，亦少使用「先占」一詞，導致難以直接確認法庭以先占做為判決理由。然法庭應用先占仍有跡象可循，如使用「和平、持續展示主權權威」、¹³「原始權利」通常即表示先占之應用。¹⁴

時效理論存在與否為國際法領域各家長期爭論。經比較案例，本文認為時效作為理論學說不足以解釋法庭判決之理據，即事實上並不存在。理由有二：第一，法庭已在 1985 年充分闡釋權利根據優於有效控制的原則，¹⁵這一原則為後續 10 個處理領土爭端之法庭反覆引用，¹⁶顯示有效控制不能取代權利根據，直接與時效理論——因長期有效控制有主地而取得主權直接矛盾。第二，在 1985 年之前亦無長期有效控制有主地而取得主權之案例。¹⁷

歷史鞏固理論內涵與時效並無顯著差異，且直接為法院明白拒絕，¹⁸故屬於可以淘汰的理論。

over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, Judgment, I.C.J. Reports 2008, para. 123; Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 208.

¹³ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 13, p. 839.

¹⁴ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 12, para. 75.

'Given the above, the Court finds that the nature and degree of the Sultan of Johor's authority exercised over the Orang Laut who inhabited the islands in the Straits of Singapore, and who made this maritime area their habitat, confirms the ancient original title of the Sultanate of Johor to those islands, including Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.'

¹⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 587. para. 63.

'Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivitis does not coexist with any legal title, it must invariably be taken into consideration.'

¹⁶ Marcelo G. Kohen, Mamadou Hébié, 'Acquisition of Territory' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, para. 37.

¹⁷ 經常被用作支持時效理論存在的案例包含「帕爾瑪斯島案」、「海峽群島案」、「白礁島案」，然觀察以上三案例判決理據皆非以爭端一方長期控制有主地取得主權。

¹⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, para. 65.

歷史權利在國際領土爭端中，則僅表示其取得權利根據年代久遠，不復記憶，甚至無法提出書面證據。在案例中，法院承認一國可以依據久遠之歷史事實取得主權，¹⁹只是法院仍偏好「原始權利」一詞，意即先占。²⁰

有效性在國際領土爭端之效果依據該案中是否存在權利根據而定，若存在權利根據，有效性（或稱有效控制）只具輔助腳色。²¹在無主地取得之情況，其他國家對於有效控制保持沉默即構成默認；若爭議領土為有主地，原來之主權者不行使主權，對爭端另一方有效控制保持沉默不必然構成默認，在這一類情況中，必須原有主權者明顯放棄主權或者同意才構成默認，²²意即默認之證據標準提高。

最後，應當注意到，儘管傳統的國際法教科書以上述方式分類領土取得方式，但實然上，國際司法機構解決領土爭端的基本架構實質上近似於 Sumner 所稱的「三段階層規律」，²³即依序條約、保持佔有主義與有效性是否建立，再考慮是否存在權利轉移之情況，決定系爭領土主權歸屬。而默認乃依附於前述三種權利根據（條約、保持佔有主義與有效性），故相應的默認之強度亦可依三種權

¹⁹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 12, para. 123.

²⁰ *Ibid.*, paras. 68-69.

²¹ *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, *supra* note 4, para. 63

²² 一旦法院認定一爭端方建立權利根據，則爭端另一方有效控制亦無法單獨改變領土主權歸屬，這一結論之立論根據可見於國際法庭以下案例段落。 *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 226, 227; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 18, para. 67; *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherlands)*, 1959 *I.C.J. Reports*, p. 229; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, pp. 29-30; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, *I. C.J. Reports* 1994, para. 66.

²³ 本文承認國際法庭審理案件之框架大致如這一規律所言。請見：B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *Duke Law Journal*, 2004 53(6), pp. 1803; 1811-1812.

利根據之地位排列，且若確認主權之書面證據存在，默認有效控制的事實往往會為法院視為次要或僅具佐證價值，不具決定性效果。²⁴

整體而論，默認在各類權利根據或曰領土取得方式之中皆可扮演角色，尤其在以有效性為基礎的各類權利根據中，幾為必要條件。

參、影響默認應用之因素

國際法庭在處理領土爭端應用默認時考量哪些因素？本文將此一問題再拆解成兩個子問題，第一，法庭考量哪些因素以決定默認應用的限制，即影響默認應用空間之因素；第二，當默認可以應用時，法庭如何決定爭端一方之舉措構成默認？

(一)影響默認應用空間之因素

廣義而論，由於默認在三種國際法庭實際接受的權利根據中皆可能扮演詮釋性角色，故領土爭端是否得應用默認不成問題，任何領土爭端皆有應用默認的可能性。²⁵但實際上，在各類案件中默認的應用空間會受兩個因素影響而變化，分別是權利根據的類型以及先前權利根據存在與否，以下分別論之。

首先，本文觀察到權利根據的類型會影響默認的應用空間。雖然默認在三種國際法庭所接受的權利根據中皆可應用，²⁶但依據權利根據之類型不同，而有大小不一的應用空間。

在三種權利根據當中，條約與保持佔有主義應用默認的空間較小，理由有二，第一，默認僅是詮釋這兩類權利根據存在的眾多方法之一種；第二，被默認

²⁴勞德派特在「某些邊界領土案」之反對意見可某種程度反映國際法庭對書面證據的偏好。請見：*Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 22, pp. 230-231.

²⁵是故，除非爭端方合意排除過去單方行為的法律效果，如馬利與布吉那法索之間「邊界爭端」，否則在默認之應用幾無限制，請見：*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 15, para. 34.

²⁶ B. T. Sumner. 'Territorial Disputes at the International Court of Justice'. *supra* note 23, pp. 1803; 1811-1812.

的事實以及默認必須與兩種權利根據建立關聯。以條約為例，若條約約文或其附件即可證明爭端方就爭議領土主權歸屬意思合致，以嗣後實踐與默認解釋條約幾無可能，這類情況可以見於利比亞與查德之「領土爭端案」、²⁷荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」。²⁸此外，即便無前述情形，得以條約之嗣後實踐解釋條約，此時默認之構成條件，即「需要積極回應的情勢」、「知情」皆必須（或至少假定）與條約建立關聯，²⁹即締約方需證明主觀上為依據條約之實踐，且另一爭端方需知情前者為依據條約之實踐。³⁰基於上述理由，權利根據的類型影響默認應用的空間，條約與保持佔有主義應用默認之空間小於有效性。

第二個會影響默認應用空間的變數為先前權利根據存在與否，若權利根據已經存在，默認應用空間則較小。首先，應注意到在案件中，即便法庭認定一爭端方在某一時期享有爭議領土主權（即建立權利根據），主權仍可能喪失、轉移。一般而言，一旦法庭認定權利根據建立，即使享有主權的一方不積極行使國家功能、另一爭端方實質佔有領土，前者的沉默、消極態度通常不構成默認，意即逆權侵佔不造成主權轉移。這類案例可見於荷蘭與比利時之間的「某些邊界領土案」、³¹「古寺案」、³²克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」、³³利比亞與查德之「領土爭端案」，³⁴此一規律為國際法院在 1985 年闡明。³⁵

²⁷ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 22, para. 38.

²⁸ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 22, p. 227.

²⁹ 詳見本文第四章。

³⁰ 在「西巴丹與利吉丹島案」中，英國駐海牙參事雖注意到荷蘭國會有依據條約將爭議領土納入之地圖，但法院認為，荷蘭並未將地圖交予英國，因而不拘束英國以及其繼承國馬來西亞，請見：*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, paras. 48, 61.

³¹ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherlands)*, *supra* note 22, p. 229.

'The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey, contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.'

³² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, pp. 29-30.

³³ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial*

如前述案例所證，一旦法庭認定權利根據建立，在權利根據建立到關鍵日期之前若存在逆權侵佔的事實，法庭通常會探詢是否發生權利根據轉移之情形，即如法院在克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」所言：³⁶

「奈及利亞的某些活動——公共衛生組織、教育設施、警備、司法管轄，一般而言構成作為主權者之行為(acts à titre de souverain)，法院注意到克麥隆在此區域已經享有先前存在的權利根據，所以恰當的法律考察為，克麥隆的默認是否可以被證明，將權利根據轉予奈及利亞。」

在這種條件下，構成默認之證據標準高於於一般情形，可見於「白礁島案」：

「法院評估爭端方舉措之核心考量為，國際法與國家領土主權之間關係的穩定與確定。基於這一理由，任何基於爭端方舉措轉移領土主權，如前所述，相關的舉措與事實都必須清楚顯示之。這尤其應用於一方拋棄一部份領土之情況。」³⁷

Guinea intervening), *supra* note 18, p. 354. para. 70.

³⁴ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *supra* note 22, para. 66.

‘Having concluded that a frontier resulted from the 1955 Treaty, and having established where that frontier lay, the Court is in a position to consider the subsequent attitudes of the Parties to the question of frontiers. No subsequent agreement, either between France and Libya, or between Chad and Libya, has called in question the frontier in this region deriving from the 1955 Treaty.’

³⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* *supra* note 15, p. 587. para. 63

³⁶ 在比利時與荷蘭之間的「某些邊界領土案」中，法院亦有類似探詢。請見：*Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belge v. Netherland)*, *supra* note 22, p. 227; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 18, para. 67.

‘The Court notes, however, that, as there was a pre-existing title held by Cameroon in this area of the lake, the pertinent legal test is whether there was thus evidenced acquiescence by Cameroon in the passing of title from itself to Nigeria.’

³⁷ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 122.

‘Critical for the Court’s assessment of the conduct of the Parties is the central importance in international law and relations of State sovereignty over territory and of the stability and certainty of that sovereignty. Because of that, any passing of sovereignty over territory on the

上述段落中法院表示構成領土主權轉移之默認抽象標準。在該案中，轉移主權扮演關鍵角色的證據為柔佛代理國務卿回覆新加坡有權機關的信件，³⁸該信件為國家有權機關經一定嚴謹程序之決定，且以正式管道所發出之意思表示。以克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」等案例對照「白礁島案」，可謂先前存在權利根據則默認應用空間較小，反之則較容易構成默認。³⁹

綜上所述，權利根據的類型與先前存在根據存在與否，會影響到默認應用的空間，從另外一個角度來說，此二因素會影響默認之證據標準。

(二)應用默認決定領土歸屬之規律

當默認可以應用時，國際司法機構如何決定哪一爭端方構成默認？此一問題攸關對領土爭端在法庭中勝敗的評估。

如前所述，法庭解決領土爭端多依序考量條約、保持佔有主義與有效性，默認於三種權利根據皆有應用空間，而默認在三種權利根據中之分析方式亦相近，

basis of the conduct of the Parties, as set out above, must be manifested clearly and without any doubt by that conduct and the relevant facts. That is especially so if what may be involved, in the case of one of the Parties, is in effect the abandonment of sovereignty over part of its territory.'

³⁸ *Ibid*, paras. 68-69.

³⁹ 反之，則如「海峽群島案」與「西巴丹與利吉丹島案」，疏於抗議即構成默認。請見以下段落：
Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), *supra* note 1, para. 148.

“The Court notes that the activities relied upon by Malaysia..... they cover a considerable period of time and show a pattern revealing an intention to exercise State functions in respect of the two islands in the context of the administration of a wider range of islands. The Court moreover cannot disregard the fact that at the time when these activities were carried out, neither Indonesia nor its predecessor, the Netherlands, ever expressed its disagreement or protest.”

The Minquiers and Ecrehos case, *supra* note 4, p. 67

“La Cour constate en outre que des autorités britanniques, durant la plus grande partie du XIXe siècle et au XXe siècle, ont exercé des fonctions étatiques à l'égard de ce groupe. Le Gouvernement français, d'autre part, n'a pas apporté la preuve qu'il ait un titre valable sur ce groupe. Dans ces conditions, on doit conclure que la souveraineté sur les Ecréhous appartient au Royaume-Uni”

法庭多基於三類分析得出默認：第一，比較爭端雙方「主權伸張」之證據的相對強弱；⁴⁰第二，知情與同意之舉措；第三，應作為而不作為。

關於第一種分析，法院比較爭端方主權伸張之證據的相對強弱，較強一方建立權利根據，弱的一方被視為默認前者。在理論上，主權為公權力在領土上行使排他權力的法律權利，⁴¹這一權利可以透過國家有權機關以文字語言表示其主張，⁴²亦可為對爭議領土實際的充分且持續行使排他權力，公開且不受他國挑戰，當可被視為受到承認。因此享有主權之理想型--即充分且持續行使這項權利，既為爭端方之舉證方向，亦為法庭判決之標準。根據各個案例之歸納，涉外性質的主權伸張證據通常為法院首先考慮，⁴³比較有效性證據強弱之標準包含數量、持續性、⁴⁴種類多寡、⁴⁵立法性質之證據的有無，⁴⁶舉證越能符合上述標準，越可能為法庭認定享有主權。

⁴⁰ 本文使用「主權伸張」一詞，意圖包含應用於條約解釋的嗣後實踐與有效性，前者表現形態不必然為有效性，可為爭端方的任何型態的意思表示，故以「主權伸張」取代「行使國家功能」、「有效控制」等較常見用法。例如在「古寺案」中為法國經正式管道交予泰國的地圖，即非有效控制，但因泰、法兩國之互動，故該地圖所畫邊界表現了泰國與法國之國家意志，其效果強於泰國有效控制爭議區域的事實。「主權伸張」一詞也包含有效性，即國家之於爭議領土行使功能的事實。在某些案例中，法庭比較爭端方行使國家功能（即有效性）的相對強度達成最終決定，這類案例包含「東格陵蘭島地位案」、「英法海峽群島案」、「卡其仲裁案」、「利吉丹與西巴丹島案」，相關段落請見：*Legal Status of Eastern Greenland*, 1933 P.C.I.J. No. 53, pp. 45-46; *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 4, p. 67; *Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (1968)*, RSA, vol. XVII, p. 5; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para.134.

⁴¹ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 13, p. 839.

⁴² 如丹麥在「東格陵蘭島地位案」中向其他國家要求承認對格陵蘭主權，又如「古寺案」中法國政府將該地圖透過外交管道，傳遞給泰國之權責機構。請見：*Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 40, p. 59; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 25.

⁴³ 在古寺案中，泰國提出了有效控制爭議區域的證據，但其效果仍不敵泰國政府接受法國繪製地圖的效果。請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 92.

⁴⁴ *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America)*, *supra* note 13, p. 855; *The Minquiers*

第二種分析即知情與同意，此一分析可能取決於有效性的證據相對強弱分析之結果，假定證據較弱之一方知情且同意，⁴⁷亦可能有獨立之證據可供證明（知情或同意），如「東格陵蘭島地位案」之 Ihlen 宣言、「英法海峽群島案」中海軍部長之信件且為法國大使館傳與英國之事實、「白礁島案」中英國新加坡當局內部報告證明知情白礁島為效忠柔佛蘇丹的羅越人實質占有，又如「古寺案」中，暹羅內政部長 Damarong 王子向法國道謝並要求地圖副本的事實，⁴⁸這類證據對於構成默認具有相當之決定性。

第三類分析基於爭端方於特定情勢應作為而無作為。這一分析方式著重於爭端方所處之情勢以及其消極的應對方式，得出默認。這類情勢可由國內所起，如「海峽群島案」中，一法國國民向海軍部長提出了針對 Minquiers 的特許權 (concession) 申請，海軍部長沒有同意。⁴⁹而國際情勢則如「白礁島案」之柔佛國

and Ecrehos case, supra note 4, p. 67; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, supra note 1, para. 148.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ *Legal Status of Eastern Greenland, supra note 40, p. 48; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), supra note 1, para. 137.*

⁴⁷ 因為爭端另一方主張或行使權利的事實為公開，故可推定另一方知情。請見：*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), supra note 12, para. 208; Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, (Argentina/Chile), 18 February 1977, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXI, part II, p. 187, para. 169.*

⁴⁸ 相關段落請見：*Legal Status of Eastern Greenland, supra note 40, p. 69; The Minquiers and Ecrehos Case, supra note 4, p. 71; Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, supra note 2, p. 25, 27; Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), supra note 12, para. 71.*

⁴⁹ *The Minquiers and Ecrehos Case, supra note 4, p. 71.*

'In 1784 a French national submitted to the French Minquiers of Marine an application for a concession in respect of the <inquiers, an application which was not granted. The correspondence between the French authorities, relating to this matter, does not disclose anything which could support the present French claim to sovereignty, but it reveals certain fears of creating difficulties with the English Crown.'

務卿回覆新加坡之信件，為應主張而不主張。⁵⁰在「西巴丹與利吉丹島案」中印尼為因應海洋法大會之群島水域立法，未將爭議島嶼列入，⁵¹構成應作為而不作為。在「古寺案」中，泰國於二次大戰後有修約之機會，亦未向法國提起，⁵²則為應爭執而未爭執。這類事實在案件中依情節輕重，可能被視為爭端方放棄主權或默認爭端方主權的證據。

上述三類分析是法院決定孰一爭端方構成默認的基本模式，其原理或基於國際法秩序為契約式秩序(contractual order)，故在沒有明確的國際書面協定可決定領土歸屬時，分析公權力之間的互動以得出爭端方意思一致以解決爭端，而得出意思一致的方法可基於比較雙方對爭議領土主權伸張的相對強度，也可能有獨立證據證明某一方知情、同意（另一爭端方享有主權的事實），或從爭端方對特殊情勢應作為而無作為得出其不享有主權的結論。本文從實然觀察得出上述結論，並嘗試對爭端方應舉證方向作一簡單歸納，請見下表。（表 5-1 默認之分析方式與爭端方舉證方向）

表 5-1：默認之分析方式與爭端方舉證方向

法庭之分析方式	爭端方之舉證方向	目的	效益
比較主權伸張程度	1. 對爭議領土充分且持續行使國家功能； 2. 透過涉外行為表示享有爭議領土主權。	證明某一爭端方更具享有爭議領土主權的意思，以構成「需要積極回應的情勢」。	效益低，因不可控制因素最多。
知情、同意	爭端對造知情或同意之證據	證明爭端方知情或同意需要積極回應的情勢存在。	效益高，若需積極回應的情勢為對造主觀認知存在，則無須費力證明。
應作為而不作為	證明應作為之國際情勢存在	應作為之國際情勢存在，若無法提出積極回應之證據，則構成沉默。	效益中等，介於前兩者。

資料來源：作者自行歸納。

⁵⁰ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia/Singapore), *supra* note 12, paras. 226, 227.

⁵¹ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, *supra* note 1, para. 130.

⁵² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 27.

肆、國際領土爭端中默認的應用法則

經研究案例與學說，本文歸納國際領土爭端中之默認的應用規律，嘗試涵蓋各類情形並且產生可實際應用之分析架構，為以下四點。

1. 默認是爭端方以正式程度較低的單方舉措表示同意，同意之內容可為另一爭端方依據某一權利根據享有領土主權，⁵³或自身不享有主權。⁵⁴
2. 構成默認的樣態為以下三類：
 - 1) 主權伸張程度弱於另一爭端方。⁵⁵
 - 2) 知情或同意另一爭端方享有主權。⁵⁶
 - 3) 應作為以表示享有主權而未為之。⁵⁷
3. 表同意或知情的舉措正式程度越高，其效果越強，其指標有以下四類：⁵⁸

⁵³ 如古寺案中泰國內政部長接受附件一地圖，致函感謝法國並要求副本，被法院視為泰國承認法國依據條約享有主權。*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 25, p. 27.

⁵⁴ 如印尼國內法之疏漏、柔佛國務卿的回信，請見：*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para. 130; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 12, paras. 122, 203.

⁵⁵ 關於比較主權伸張程度的強弱指標，同樣可套用正式程度四項指標；比較有效性證據之方式，可見本文第肆章「伍、證據強弱之規律」。以下為比較證據相對強弱得出默認之案例：*Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 40, pp. 45-46; *The Minquiers and Ecrehos case*, *supra* note 4, p. 67; *Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (1968)*, *supra* note 40, p. 5; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para. 148; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *supra* note 12, para. 208.

⁵⁶ 相關段落請見：*Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 40, p. 69; *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 71; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 226, 227.

⁵⁷ 相關段落請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 27; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, *supra* note 1, para. 130.; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 226, 227.

- 1) 機關位階高低。
 - 2) (決定行為或不行為的)內部程序嚴謹程度。
 - 3) 是否透過正式管道發出。
 - 4) 明示或默示。
4. 存在逆權侵佔之情形時，需有原享有權利根據之爭端方正式程度較高的意思表示方構成默認而轉移主權，⁵⁹否則權利根據歸屬不變。

以上四點涵蓋領土爭端中默認之主要特徵、樣態以及應用規律，並且較一般之定義更細緻的區別各類情形，期能在實務上更容易操作與使用默認之論點以及搜集相關證據，以下分別解釋之。

首先，第1點討論默認的形式與內容。就默認之形式而論，因其為國家單方非正式舉措構成，故任何層級的政府文書甚至內部文件，皆可以作為默認相關事證，而各類舉措包含行為與沉默之效果相對強弱可參考第3點正式程度之指標。

其次論及同意之內容。傳統上默認被視為同意，⁶⁰然同意的內容可為爭端另一方之領土主權主張，⁶¹亦可為本身不享有主權。⁶²儘管在邏輯上，承認另一方有主權必然導致承認本身不享有主權，然亦不妨礙後者單獨存在。後者亦較少被提出討論，但在法庭中實際上佔有一定份量。這類情形可見於「海峽群島案」中法

⁵⁸ 相關案例請見本文第貳章第二節「貳、區別默認與其他承認行為的適當標準——正式程度」。

⁵⁹ 多數案例顯示沉默不夠構成轉移主權之默認，法院至今僅在「白礁島案」與克麥隆與奈及利亞之間的「領土與海洋邊界案」有所闡述，且僅有「白礁島案」真正發生轉移主權之事實，故仍難確定標準為何，但可論需要正式程度較高之證據，方構成默認與主權轉移。請見：*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, para. 122; Marcelo G. Kohen, 'Abandonment of Territory', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, para. 6; *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 12, pp. 1110-1111. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 18, p. 354. para. 67.

⁶⁰ *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *supra* note 22, para. 45.

⁶¹ 如「海峽群島案」中，英國抗議法國漁民在爭議領土上之偷竊行為，法國僅駁斥偷竊一節，即默示承認爭議領土歸屬英國。請見：*The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 71.

⁶² 此種情況法院通常稱為「疏漏」(omission)。

國海軍部長拒絕同意法國國民對 Minquiers 的特許權申請、⁶³「西巴丹與利吉丹島主權案」印尼在 1960 年之關於群島水域基線的立法中未將爭議島嶼作為基點的事實、⁶⁴「白礁島案」中柔佛代理國務卿之回信，⁶⁵這類情況皆屬於以國家舉措表示本國不享有爭議領土主權。

第 2 點所論為法庭判斷默認存在之方法，亦為爭端方之舉證方向。三個子項中，1) 主權伸張程度與 3) 應作為而未作為，是以客觀的「需要積極回應的情勢」存在證成默認，2) 則為爭端方主觀認知爭端另一方享有主權或本身不享有主權，因而構成默認。

第 2 點之 1) 與 3) 兩者皆表客觀上需要積極回應的情勢存在，但之間存在差異，因 1) 必然為爭端某一方依三種權利根據之一展現出較強的主權伸張程度，而構成需要積極回應的情勢；⁶⁶構成 3) 需要積極回應的情勢之來源，則為較廣泛的情勢，來源不限於另一爭端方之主權伸張，可為廣泛的國際情勢，亦可由國內所起。在案例中包含爭端方之間的領土條約談判、因應海洋法公約應制定領土與領海基線與國民對爭議領土申請使用。

接著考慮到第 2 點第 1) 項，由於默認亦源自相對證據強度比較，故若要使爭端一方構成默認，只要爭端另外一方在某一時期之有效性證據強於前者即可。極端的情況則為某一方在特定時期皆無主權行使之證據，則構成「無相競爭之主張」之情狀，⁶⁷能夠舉證之一方即便其證據微弱、不合一般行使主權標準，法庭仍會認定建立主權。⁶⁸

⁶³ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 71.

⁶⁴ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), *supra* note 1, para. 130.

⁶⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 12, para. 196.

⁶⁶ 即某一爭端方依據條約（之嗣後實踐）、以殖民時期的公權力互動證明之保持占有主義，或者單純地對爭議領土行使政府功能。

⁶⁷ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*

(Malaysia/Singapore), *supra* note 12, para. 62; *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v.

Colombia), *supra* note 27, para. 80; *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 40, pp. 46, 50-51.

⁶⁸ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, *supra* note 12, p. 1108, p. 1110; *Territorial and*

第3點論國家的表意行為依其正式程度而有不同的強度。此點雖未受任何法庭直接肯定，但亦符合國際法秩序之基本原理。此一組指標作用有二，首先，可藉此組指標區別、國家表同意方式的相對強弱；第二，可藉此指標區別一般情況與同意逆權侵佔之默認，後一情形默認之證據標準依據案例應至少符合三項正式性指標。⁶⁹基於前述功能，此一組指標可作為潛在爭端方訴訟前評估案件之參考。

最後，第4點為所論為默認之應用限制。由於國際法院在1985年之判決以及後續案例之反覆實踐，⁷⁰有效性與權利根據之間的關係已趨明朗，對逆權侵佔保持沉默也不構成默認而轉移主權，需正式程度較高的意思表示方構成同意。

Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), *supra* note 12, para. 208; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*, *supra* note 12, para. 70;

⁶⁹ 在過去的案例中，明顯構成主權轉移的只有「白礁島案」。另外，此一組指標似也可以解釋「古寺案」中，法院明知依據法國與暹羅之間1904年條約文字規定兩國以分水嶺為邊界，卻作出與條約文字相左的判決。因泰國之有權機關（即內政部長）經一定內部程序（如勘界、重劃行政區），以官方渠道向法國表示默示同意「附件1地圖」，正式程度較高，故法院認定這一互動的效果優於1904年雙方所締結之條約。後續的國際法院以及國際法委員皆表示「古寺案」可能屬於默認修改條約的情形，相關段落請見：*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 26; International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', A/CN.4/671, 26 March 2014, p. 30, para. 62; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 22, para. 45.

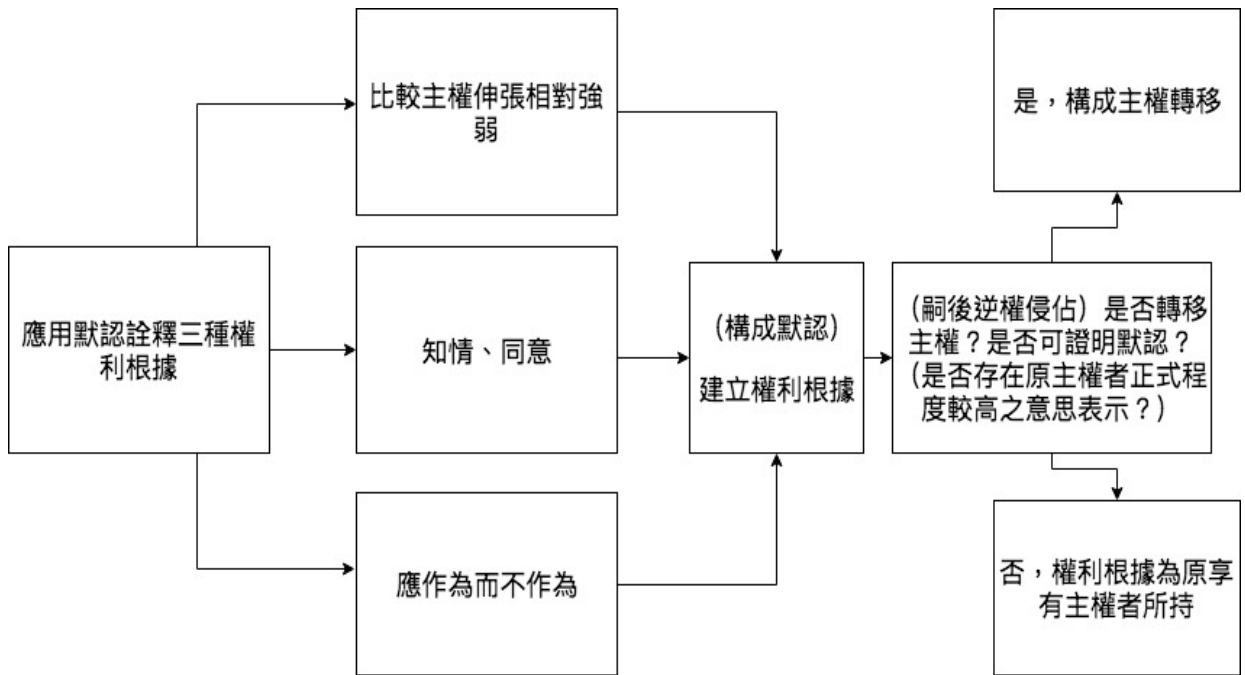
'In the case concerning the Temple of Preah Vihear, a map had been invoked on which a line had been drawn purporting to represent the frontier determined by a delimitation commission under a treaty which provided that the frontier should follow a watershed; in fact the line drawn did not follow the watershed. The Court based its decision upholding the "map line" on the fact that "both Parties, by their conduct, recognized the line and thereby in effect agreed to regard it as being the frontier line" (Temple of Preah Vihear, Merits. I.C.J. Reports 1962, p. 33).'

⁷⁰ 事實上，在此之前的案例判決也不脫離此理。請見：*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *supra* note 15, p. 587. para. 63.

'Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title,

總結而論，上述四點應可涵蓋多數國際領土爭端中應用默認之情形，並可一定程度解釋國際法庭之判決方式。（圖 5-1 國際法庭應用默認之方式）

圖 5-1：國際法庭應用默認之方式



資料來源：作者自行彙整製圖。

preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivitis does not coexist with any legal title, it must invariably be taken into consideration.'

第二節 未來展望

依據本文之歸納，默認在領土各類權利根據中皆有應用之可能，且證據標準明顯較條約、佔有主義為低，故此一概念應用相當頻繁，相關案例數量眾多，但其具體標準仍有尚待釐清之處。另值得一提的是中華民國涉及之東海與南海爭端，亦與默認有關。本節將嘗試歸納、評估此一主題之發展以及在中華民國涉及之領土爭端中的應用。

壹、未來研究方向

默認在國際領土爭端中的角色應區別為四類情況，包含條約解釋、保持佔有主義、有效性，以及主權轉移，然而在各案例中默認的構成要件仍有不明之處，且存在尚待研究或由未來之判決進一步確認之問題。(請見：表 5-1)

在條約解釋層次，知情的標準似是仍未明確。在「比格爾海峽仲裁案」中，智利的管轄行為並未照會阿根廷，但仍為仲裁官認定阿根廷知情智利之行為是條約之嗣後實踐。⁷¹相反的，在「西巴丹與利吉丹島案」中，儘管英國駐荷蘭外交人員注意到荷蘭政府依據條約主張爭議島嶼主權，然法院以荷蘭政府並未將該文件交予英國政府作為英國政府不知情的理由。⁷²

另一個重要的問題為，與條約文字明顯相反之嗣後實踐是否可以被默認，進而達成修改條約的效果？對於這一問題，國際法委員會雖給予否定的答案，但仍認為「古寺案」或許屬於嗣後實踐修改條約之案例。⁷³

⁷¹ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, *supra* note 47, para. 169.

⁷² *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para. 61.

⁷³ International Law Commission, 'Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties', *supra* note 69, para. 62

'The Temple case concerned a practice which may not only have implied a simple interpretation of a treaty but perhaps even a modification of a boundary treaty. However, regardless of whether a treaty can be modified by subsequent practice of the parties.'

在有效性之應用上，目前之案例、學說仍未發展出一清晰的比較規則，⁷⁴因此默認之詮釋仍受批評為流於主觀。⁷⁵

除卻上述技術性問題，在領土取得之理論上，默認仍有相當之研究價值。有學者主張默認可成為獨立之權利根據，⁷⁶本文對之雖持保留觀點，但默認在一般領土取得理論之角色應當重新評估，尤其是先占與默認之關聯、時效存在與否等問題。

貳、默認在中華民國所涉領土爭端之應用

近年來，中華民國所涉之領土爭端較為重要者為東海與南海爭端。兩項爭端所爭之領土皆面積小且少有人居住之紀錄，故爭端各方實際所爭，實為海洋權利。基於領土主權爭端為上述兩爭端之根本，故暫且不論海洋法相關爭點，以本文所得對兩爭端中島礁主權作一簡單評論。

一、東海領土爭端

在東海領土爭端中，潛在的爭端方包含中華民國政府、中華人民共和國政府與日本，前兩者多倚賴中國明代與清代之證據，但在1949年中共建政後，實際為兩個獨立的實體，後續之國家行為在爭端中亦非一致，這一情況可能影響中國在可能的訴訟中之立場。

在此一爭端中，重要的爭點據本文歸納包含中國在1895年以前是否對釣魚臺列嶼建立權利根據、《馬關條約》第四條附屬島嶼之解釋是否包含釣魚臺列

⁷⁴ 包含比較相對證據強弱以及主權轉移之標準，皆未有清楚之標準。Marcelo G. Kohen, 'Abandonment of Territory', *supra* note 59, para. 4.

⁷⁵ Nuno Sergio Marques Antunes, 'Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement' *Boundary and territory briefing* Vol. 2, No. 8, IBRU, 2000, p. 35.

⁷⁶ Ian Brownlie, 'Title to Territory (Acquisition and Loss of Territory)', *in*: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, p. 158. 本文不接受此一說法，因默認之成立應以“被默認的情勢”存在為條件，可為條約之嗣後實踐、有效控制，但若一國從未表示享有爭議領土的行為，其他國家亦無默認可言。

嶼、釣魚臺列嶼在 1952 年之後的法律地位以及時效是否可應用之問題，默認在其中扮演重要角色。

首先，中國在 1895 年以前是否對釣魚臺列嶼建立權利根據這一問題，可以觀察到中國在 1895 年以前之主權行使證據(effectivités)或不如今日現代國家行使主權完整功能，故學者以國際法庭過去之片段判例以認定這些證據不具效果。⁷⁷但相對的，應注意到日本基本上無法提出更佳證據，故應當為「無相競爭之主張」之情形，⁷⁸且日本在 1885 年內閣官員之間流通的信件，⁷⁹實如「海峽群島案」中法國海軍部長默認爭議領土不屬於法國，⁸⁰又如「白礁島案」中英國默認島嶼屬於柔佛蘇丹，⁸¹應可充分證明日本知情中國享有主權之事實，故本文認為中國在 1895 年以前應對釣魚臺列嶼建立權利根據。

⁷⁷ 范建得，田永彬，〈我國對釣魚台列嶼領土主權論據之評析〉，東海大學法學研究，36 期 (2012/04/01)，頁 1-30。

⁷⁸ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 68-69. 原始權利(original title)事實上即為先占。

⁷⁹ 日本外務省，〈有關尖閣諸島的問與答〉，網址：< <http://www.hk.emb-japan.go.jp/chi/territory/senkaku/question-and-answer.html#q10> >。

⁸⁰ *The Minquiers and Ecrehos Case*, *supra* note 4, p. 71.

'In 1784 a French national submitted to the French Minquiers of Marine an application for a concession in respect of the Minquiers, an application which was not granted. The correspondence between the French authorities, relating to this matter, does not disclose anything which could support the present French claim to sovereignty, but it reveals certain fears of creating difficulties with the English Crown.'

⁸¹ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *supra* note 12, paras. 71, 74.

「...馬來西亞提交了關於羅越人在該區域活動的證據……羅越人之紀錄亦出現在新加坡政府官員 J. T. Thomson 的信件中，該官員在報告中表示，若要在島上建立燈塔必須排除羅越人……，法院認為這些在英國官員報告之描述……證明蘇丹對於羅越人行使主權權威……由於蘇丹對居住於新加坡海峽的羅越人行使主權權威，確認了蘇丹對於包含白礁島在內的島嶼之原始權利根據。」

除卻上述中國明、清兩代有效性證據效果爭議，亦有論者如日本國外務省、奧元敏雄、⁸²、濱川今日子、⁸³中內康夫等，⁸⁴主張中國在爭議領上無統治痕跡故無主權。這一說法混淆權利存在與實際行使，依過去法庭之見解不可接受，因領土主權之存在獨立於其行使，⁸⁵一塊領土上之主權顯應依其情勢評估是否存在，⁸⁶在本案之情況如前所述中國應已建立了權利根據。

第二個問題為《馬關條約》之解釋，爭點為日本是否依據條約取得領土，若日本係依該條約取得爭議領土，則當在當在二次大戰後放棄或歸還中國。⁸⁷針對這一問題，目前歸納各界有四種解釋方式，包含以日本主觀認知立論者，⁸⁸以條約之嗣後協定主張者，⁸⁹亦有以條約之準備工作解釋，⁹⁰亦有學者主張「遇有疑義，從輕解釋原則」(the Principle in dubio mitius)。⁹¹

⁸² Toshio Okuhara 'Territorial Sovereignty over the Senkaku Islands', *Rule of Law Series, Japan Digital Library* (March 2015), p. 5.

⁸³ Kyoko Hamakawa, 'Issues on the Title of the Senkaku Islands: Analysis of the Viewpoints of Japan and China', *Issue Brief, National Diet Library No. 565* (Feb. 28, 2007), pp. 6-7

⁸⁴ Yasuo Nakauchi 'A History from Japan's Territorial Incorporation to the Present Day and Contemporary Issues', *Rule of Law Series, Japan Digital Library* (March 2015), p. 3.

⁸⁵ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra* note 40, p. 83.

'Pendant longtemps, la disproportion dont je viens de parler [celle entre les parties occupées du Groenland et celles qui ne l'étaient pas] n'avait pas une grande importance. Et cela non seulement parce que les exigences du droit international étaient alors plus limitées, mais aussi et surtout parce que le titre de la souveraineté existait indépendamment de son exercice : les rois dano-norvégiens ou danois ne prétendaient pas être les souverains du Gröenland parce qu'ils exerçaient leur autorité sur cette région ; ils exerçaient cette autorité parce qu'ils prétendaient être les souverains héréditaires du pays.'

⁸⁶ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia/Singapore), *supra* note 12, para. 67.

⁸⁷ Kyoko Hamakawa, 'Issues on the Title of the Senkaku Islands: Analysis of the Viewpoints of Japan and China', *Issue Brief, National Diet Library No. 565* (Feb. 28, 2007), p. 9.

⁸⁸ 日本外務省，〈有關尖閣諸島的問與答〉，2017/6/30(檢索)。網址：< <http://www.hk.emb-japan.go.jp/chi/territory/senkaku/question-and-answer.html#q10> >。

⁸⁹ 這一談判內容屬於準備工作或是換文，事實上也是可爭論的。Kentarō Serita, 'The Senkaku Islands' *Rule of Law Series, Japan Digital Library* (March 2015), p. 7.

針對上述四種解釋，本文亦有簡短評論。第一，主張日本主觀認知釣魚臺不屬於臺灣及其附屬島嶼，基礎為 1895 年 1 月之內閣秘密決議，然依過去法院見解，秘密文件應無可能成為權利根據之證明，⁹²且依據「比格爾海峽仲裁案」，日本主觀上是依據先占或條約取得應無意義，⁹³因公開的事實僅可能使國際社會認為日本依條約取得。

第二，依據中日雙方之嗣後協定，即李經方與日本公使水野遵之換文，以決定釣魚臺是否在《馬關條約》之範圍內，⁹⁴這一解釋方式之缺陷很明顯，因無明顯證據證明李經方和水野以哪一幅地圖為準。⁹⁵

第三，以條約之準備工作立論者，在支持中、日雙方論據皆存在。日本方面如濱川今日子，⁹⁶主張李鴻章將只反對割讓臺灣與澎湖，因此不含釣魚臺，但事實上臺灣周遭島嶼至少 20 餘座，且在條約中使用「臺灣及其附屬島嶼」一詞，顯然中日雙方對臺灣包含附屬島嶼存在共識。

⁹⁰ 鞠德源，「日本國竊土源流釣魚列嶼主權辨」第一版，（北京，首都師範大學出版社，2001 年 5 月），頁 153。

⁹¹ 范建得，田永彬，〈我國對釣魚台列嶼領土主權論據之評析〉，註 77，頁 35。

⁹² *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *supra* note 1, para. 48.

⁹³ *Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel (Argentina/Chile)* *supra* note 47, p. 187, para. 169.

'The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which agreement may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves.'

⁹⁴ Kentaro Serita, 'The Senkaku Islands' *Rule of Law Series, Japan Digital Library* (March 2015), p. 7.

⁹⁵ 鞠德源，「日本國竊土源流釣魚列嶼主權辨」第一版，註 90，頁 153。

⁹⁶ Kyoko Hamakawa, 'Issues on the Title of the Senkaku Islands: Analysis of the Viewpoints of Japan and China', *Issue Brief, National Diet Library* No. 565 (Feb. 28, 2007), p. 9.

林田富與鞠德源則注意到日本代表伊藤博文第一次「和約底稿」中為「二、台灣全島及所屬諸島嶼」，在修正案復文中則改為「二、台灣全島及其所有附屬各島嶼」。⁹⁷林田富認為，這一更動是「元月內閣片面將釣魚台列嶼劃入領域的補充行為」。⁹⁸本文認為伊藤博文這一修正，或表示劃定日本與中國之間所有疆界的意思。

第四種解釋方式為范建得與田永彬提出，認為依據「遇有疑義，從輕解釋原則」(the Principle in dubio mitius)，⁹⁹故《馬關條約》不應包含釣魚臺列嶼。但事實上，法庭傾向將領土條約解釋為充分劃界，¹⁰⁰而非范、田兩位所稱的從輕解釋，這一原則稱之為「邊界穩定原則」(principle of stability and finality of boundaries)，在「摩蘇爾案」、¹⁰¹「古寺案」、¹⁰²「某些邊界領土爭端案」、¹⁰³利比亞與查德之「領土爭端案等案」中為法院反覆重申。¹⁰⁴

⁹⁷ 鞠德源，「日本國竊土源流釣魚列嶼主權辨」第一版，註 90，頁 153；林田富，「再論釣魚台列嶼主權爭議」，（台北：五南，2002 年），頁 211。

⁹⁸ 林田富，「再論釣魚台列嶼主權爭議」，同前註，頁 212。

⁹⁹ 范建得，田永彬，〈我國對釣魚台列嶼領土主權論據之評析〉，註 77，頁 35。

¹⁰⁰ Georges Abi-Saab, « La pérennité des frontières en droit international », *Relations Internationales*, Paris-Genève, 1990, n° 64, p. 348. M. Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University press, p. 522.

¹⁰¹ PCIJ, *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (frontier between Turkey and Iraq), Advisory Opinion No. 12, Series B No. 12 (PCIJ, Nov. 21, 1925), *PCIJ, Serie B n° 12*, 1925, p. 20.

'...It is, however, natural that any article designed to fix a frontier should, if possible, be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety should be the establishment of a precise, complete and definitive frontier.'

¹⁰² *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *supra* note 2, p. 34.

¹⁰³ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *supra* note 22, para. 47.

"Any interpretation under which the Boundary Convention is regarded as leaving in suspense and abandoning for a subsequent appreciation of the status quo the determination of the right of one State or the other to the disputed plots would be incompatible with that common intention."
(*I.C.J. Reports 1959*, pp. 221-222.)

¹⁰⁴ *Ibid*, para. 52.

最後一個爭議為，釣魚臺列嶼在 1952 年之後的法律地位，關鍵的問題為中國是否依據條約重新取得爭議領土以及是否存在主權轉移的情形。

首先，若中國對日本諸和約可被解釋為如《開羅宣言》中宣稱的日本應返還取自中國的領土，應可確定中國最晚在 1952 年依條約重新取得釣魚臺列嶼的權利根據。

其次，關於主權是否轉移之問題。有論者主張在 1952 年後中國並無有效控制之證據，¹⁰⁵故默認日本主權，¹⁰⁶但在國際法院在過去的判決中顯示，除非存在「明顯的默認」，¹⁰⁷一旦建立權利根據，即使不行使主權仍享有主權，¹⁰⁸換言

¹⁰⁵ 或有論者主張美國琉球政府之第 27 號佈告為條約之肆後實踐，但由於未有證據顯示中華民國知情或同意之回應，故其情狀應類似「西巴丹與利吉丹島」案中荷蘭的「解釋備忘錄」，不構成默認。請見：USCAP No. 27, "On the Geographical Boundary of the Ryukyu Islands", December 25, 1953; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), *supra* note 1, para. 48.

*'Nor can the Court accept Indonesia's argument regarding the legal value of the map appended to the Explanatory Memorandum of the Dutch Government. The Court observes that the Explanatory Memorandum and map were never transmitted by the Dutch Government to the British Government, but were simply forwarded to the latter by its diplomatic agent in The Hague. Sir Horace Rumbold. This agent specified that the map had been published in the Official Journal of the Netherlands and formed part of a Report presented to the Second Chamber of the States-General. He added that "the map seems to be the only interesting feature of a document which does not otherwise call for special comment. However, Sir Horace Rumbold did not draw the attention of his authorities to the red line drawn on the map among other lines. **The British Government did not react to this internal transmission. In these circumstances, such a lack of reaction to this line on the map appended to the Memorandum cannot be deemed to constitute acquiescence in this line.**"'*

¹⁰⁶ 范建得，田永彬，〈我國對釣魚台列嶼領土主權論據之評析〉，註 77，頁 50-51。

¹⁰⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *supra* note 18, p. 354. para. 67.

'The Court notes, however, that, as there was a pre-existing title held by Cameroon in this area of the lake, the pertinent legal test is whether there was thus evidenced acquiescence by Cameroon in the passing of title from itself to Nigeria.'

¹⁰⁸ *Sovereignty over Certain Frontier Land Case (Belg. v. Neth.)*, *supra* note 22, p. 229.

'The acts relied upon are largely of a routine and administrative character performed by local officials and a consequence of the inclusion by the Netherlands of the disputed plots in its Survey,

之，僅以長期有效控制有主地與原享有主權之國家的沉默不能轉移主權。總結而論，因目前無中國正式程度較高的同意之證據，故可論無論是美國、日本有效控制爭議領土，亦不產生轉移權利根據的效果。

上述對東海領土爭端各爭點之評論雖有待進一步探討，但藉由本文之研究結論，仍可釐清此爭端中之法律脈絡。

二、南海領土爭端

在南海爭端中，牽涉之法律議題眾多，與默認相關之兩項議題為歷史性水域與島礁主權問題，¹⁰⁹以下分別論之。

歷史性水域在國際法領域中並無成文規範，最具權威性的闡釋應為聯合國秘書處於1962年提出的「歷史性水域包含歷史性海灣的法律制度」研究報告，其中歸納構成歷史性水域的因素有三，第一是沿岸國在特定領域行使公權力；其次，這一行使權力事實必須持續；第三，其他國家應普遍容忍前述行使公權力之事實。¹¹⁰因此在理論上，¹¹¹歷史性水域的形成與有效性和默認取得領土之原理類似，即一沿岸國在特定水域內行使排他的權力，且行使權力的事實長久未受挑戰，即構成默認。

以前述聯合國秘書處與學者所提之標準而論，中國過去對南海水域行使管轄紀錄當可構成對南海水域的有效性，¹¹²然中華民國政府因中國代表權問題遭拒絕參與，且中共拒絕參與仲裁，故上述證據並未受國際仲裁法院合理考慮，故在2016年的「南海仲裁案」對中國位於南海水域的歷史權利有不利的裁決。¹¹³

contrary to the Boundary Convention. They are insufficient to displace Belgian sovereignty established by that Convention.

¹⁰⁹ 中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，2016年3月21日，頁21。

¹¹⁰ The Secretariat United Nations, “Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat,” Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. II, A/CN.4/143, p. 25.

¹¹¹ Andrea Gioia, ‘Historic Titles’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, para. 1.

¹¹² 中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，2016年3月21日，頁7-10。

¹¹³ *The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016* (Philippines v. China), Permanent Court of

其次，關於南海島礁主權之問題，此一問題仍應依序考慮條約、保持佔有主義與有效性檢視爭端任何一方是否曾經建立主權。在條約層次，1887年的《中法續議界務專條》（Convention relative à la délimitation de la frontière entre la Chine et le Tonkin）、1951年《舊金山和約》與1952年的中日《臺北合約》應可確立中國、法（與繼承之越南）與日本在南海諸島嶼主權之法律關係。¹¹⁴

在有效控制層次，除早期中國人民使用之證據外，¹¹⁵中國方面至晚在清代即有證據顯示將區域納入領域內的意思，¹¹⁶且繼承的中華民國政府亦持續有行政、立法行為，且長時間未受他國抗議。

除了中華民國行使主權、它國疏於抗議之事實外，1930年之「遠東氣象會議」的決議與1955年之國際民航組織太平洋地區飛航會議中成員國要求中華民國提供氣象資訊之事實，¹¹⁷應為國際組織以及成員國默認中華民國主權；¹¹⁸在1955年後，美國方面亦有承認中華民國對島嶼主權之事實，¹¹⁹屬於第三國之承認。

總結而論，東海與南海領域爭端皆涉及年代較久遠之歷史事實，在爭端方無條約關係的時期，分析公權力之間的互動以及與各公權力存在從屬關係的人民活動範圍是確定早期國家之間疆界的合理方式，相應的默認則如前國際法院法官Jennings所說，¹²⁰是任何國際法庭考慮的首要因素。

Arbitration, PCA Case No 2013-19, pp. 80-83.

¹¹⁴ 趙國材，〈從國際法觀點分析我國南海歷史性水域之法律地位〉，《問題與研究》。32卷8期。頁13-15。

¹¹⁵ 需再次強調，人民使用爭議領土在國際法當中仍可能為國際法庭視為有效證據。請見：中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，註112，頁5。

¹¹⁶ 中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，同前註，頁7。

¹¹⁷ 中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，同前註，頁21。

¹¹⁸ 該時菲律賓雖為美國領土，但美國政府於國際組織之決定應拘束後來獨立的菲律賓。

¹¹⁹ 中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，註112，頁22。

¹²⁰ Jennings, R.Y., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester University Press (Manchester) 1963. p. 40

參考文獻

中文

專書

- 丘宏達著，陳純一修訂，2012。《現代國際法》，修訂三版。台北：三民。
- 陳瑞麟，2014。《科學哲學：理論與歷史》。台北：群學。

期刊論文

- 王冠雄，「南海爭端之國際法觀點分析」，〈展望與探索〉，第8期，2011年8月，頁13-20。
- 范建得，田永彬，2012，〈我國對釣魚台列嶼領土主權論據之評析〉，《東海大學法學研究》，36期，頁1-75。
- 張衛彬，2011，〈論國際法院的三重性分級判案規則〉，《世界經濟與政治》，第5期，頁77-93。
- 張衛彬，2015，〈國際法院解釋領土條約的路徑，方法及其拓展〉，《法學研究》，第2期，192-208。
- 曾皓，2010，〈論領土法的新發展——以國際司法判例為視角〉，《湘潭大學學報》，第34期，頁44-48。
- 李玉玲，2013，〈國際法下釣魚島主權爭端的評估〉，《中國海洋法學評論：中英文版》年，頁1-72。
- 黃居正，「時際法原則與後殖民國家領土秩序：以東南亞國家領土爭議事件為中心」，國立臺灣大學法學論叢，2011年，第40卷第2期，843-876頁。
- 趙國材，〈從國際法觀點分析我國南海歷史性水域之法律地位〉，《問題與研究》。32卷8期。頁13-15。

學位論文

劉千綺，〈兩岸有關南海爭議島嶼主權主張之作為——以國際法中有效統治原則之探討為核心〉，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2012年。

官方文件

中華民國政府，「中華民國南海政策說帖」，2016年3月21日，

<http://multilingual.mofa.gov.tw/web/web_UTF-8/South/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9C%8B%E5%8D%97%E6%B5%B7%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%AA%AA%E5%B8%96.pdf>。

外文

專書

- Abou-El-Wafa, Ahmed. (2010) *Les Différends Internationaux Concernant Les Frontières Terrestres Dans La Jurisprudence De La Cour Internationale de Justice*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.*
- Black, Henry C. (1979) *Black's Law Dictionary*. 5e éd. St. Paul: West Publishing.
- Blum, Yehuda. (1965), *Historic Titles in International Law*, La Haye, M. Nijhoff,
- Dörr, O., & Schmalenbach, K. (Eds.). (2011). *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. Springer Science & Business Media.
- Dupuy, P. M., & Kerbrat, Y. (2014). *Droit International Public*. “Comportement unilatéral de l’Etat revendiquant et acquiescement” Dalloz: Paris.
- Fauchille, Paul. (1925) *Traité de Droit international public*, 8th ed. tome Ier, 2e partie-Paix. Paris: Rousseau.
- Fitzmaurice, Gerald. (1986) *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge: Grotius Publ.
- Guggenheim, Paul. (1953) *Traité de droit international public*. Genève: Georg.
- Hackworth, Green. (1940) *Digest of international Law*. Washington D.C.: Department of State.
- Heffter, August W. (1887) *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*. 7e éd. Berlin: Schroeder. *Le droit international de l’Europe*. 4e éd. française par F. Heinrich Geffcken, trad. par Jules Bergson, Paris-Berlin: Cotillon-Müllier.

- Jennings, R.Y. 1963. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press.
- Jennings, Robert & Watts. (1992) Arthur. *Oppenheim's International Law*, 9e éd. vol. I-Peace, Harlow: Longman.
- Kelsen, Hans & Rober, Tucker(eds.) (1966) *Principles of International Law*, 2e édition. New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Kohen, M. G. (1997). *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Company édition: Graduate Institute Geneva/PUF.
- La Fontaine, H. (1902) *Pasicrisie Internationale: Histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Berne: Stampili.
- Lauterpacht, Hersch. (1927) *Private Law Sources and Analogies of International Law, (with Special Reference to International Arbitration)*. Londres: Longmans.
- Morgenthau, Hans J. (1978). *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Fifth Edition*. New York: Alfred A. Knopf.
- Pinto, Roger (1956) *La Prescription en Droit International*. Leyde : Sijthoff.
- Rousseau, Charles. (1977) *Droit International Public*. Paris: Sirey.
- Sharma, S.P. (1997) *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Shaw, Malcolm. (2008) *International Law*, 6th Edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Talmon, Stefan. (2001) *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*. Oxford / New York: Oxford University Press.
- Rodríguez, Sánchez et Luis Ignacio. (1997) “L'uti Possidetis et Les Effectivités Dans Les Contentieux Territoriaux et Frontaliers ’ Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- Venturini, G. C. (1964). “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des états (Volume 112)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.
- Verykios, P. A. (1934) *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone.
- Waters, Tony & Waters, Dagmar (translate and edite). (2015) *Max Weber in Weber's Rationalism and Modern Society*. New York: Palgrave Books.

專書論文

Harbor, Edvard. (1957) “The Ihlen Declaration Revisited,” in D.S. Constantopoulos, C. Th.

Eustathiades and C.N. Fragistas eds., *Fundamental Problems of International Law. Festschrift für Jean Spiropoulos*. Bonn: Schimmelbusch.

Gautier, Philippe (2007) "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États", in N. Angelet, ed., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Paris: Bruylant.

Kohen, Marcelo (2013) "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press: Oxford.

Russell, Bertrand. (1952) "Is There a God?" *The Collected Papers of Bertrand Russell*, Vol. 11: Last Philosophical Testament, 1943–68. Routledge. pp. 543-48.

期刊論文

Abi-Saab., Georges. (1990) 'La pérennité des frontières en droit international', *Relations Internationales*, Paris-Genève, n° 64, pp. 341-349.

Abou-el-Wafa., Ahmed. (1986). 'Arbitration and Adjudication of International Land Boundary Disputes', *Revue égyptienne de droit international*.

Antunes, N. S. M. (2000) 'Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement' *Boundary and territory briefing* Vol. 2, No. 8, IBRU, pp.1-42.

Antunes, N. S. M. (2006) 'Acquiescence' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, September 2006, pp. 1-8.

Barale, Jean. (1965) "L'acquiescement dans la jurisprudence internationale" *Annuaire français de droit international*, volume 11. pp. 389-427.

Barberas Julio A. (1967) "La prescription adquisitiva y la costumbre en el derecho internacional", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 45, p. 233-243.

Chan, Phil C. W. (2004) "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited" *Chinese Journal of International Law*, Fall, Vol.3(2), pp. 421-439.

Das, Hans. (1997) "L'estoppel et L'acquiescement : Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles," *Revue Belge de Droit International*, pp. 607-634.

Distefano., Giovanni. (1994) "La pratique subséquente des États parties à un traité" *Annuaire français de droit international*, volume 40. pp. 41-71.

Dupuy, Florian & Dupuy, Pierre-Marie. (2013) 'A Legal Analysis of China's Historic Rights Claim in the South China Sea', *The American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 1, pp. 124-141.

- Fitzmaurice, Gerald. (1954) 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law', *The British Year Book of International Law* 1953, 30: 1-70.
- Goldie, L.F.E. (1968). 'The Critical Date,' *The International and Comparative Law Quarterly*, Volume 12, Issue 4, pp. 1251-1284.
- Hamakawa, Yoko. (2007) 'Issues on the Title of the Senkaku Islands: Analysis of the Viewpoints of Japan and China', *Issue Brief, National Diet Library* No. 565, pp. 1-14.
- International Law Commission. (1998). 'First report on unilateral acts of States' 49th session, A/CN.4/486
- International Law Commission. (1999). 'Second report on unilateral acts of States' 50th session, A/CN.4/500
- International Law Commission. (2000). 'Third report on unilateral acts of States' 51st session, A/CN.4/505
- International Law Commission. (2001). 'Fourth report on unilateral acts of States' 53rd session, A/CN.4/519
- International Law Commission. (2002). 'Fifth report on unilateral acts of States' 54th session, A/CN.4/525
- International Law Commission. (2003). 'Sixth report on unilateral acts of States' 55th session, A/CN.4/534
- International Law Commission. (2004). 'Seventh report on unilateral acts of States' 56th session, A/CN.4/542
- International Law Commission. (2005). 'Eighth Report on unilateral acts of States' 57th session, A/CN, 4, 557.
- International Law Commission. (2006). 'Ninth report on unilateral acts of States' 58th session, A/CN.4/569
- International Law Commission. (2013). First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. 65th session, A/CN.4/660
- International Law Commission. (2014). Second Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. 66th session, A/CN.4/671
- International Law Commission. (2015). Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. 67th session, A/CN.4/683
- International Law Commission. (2016). Fourth Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties. 68th session, A/CN.4/694
- Jessup, Philip C. (1928) 'The Palmas Island Arbitration' *The American Journal of International*

- Law*, Vol. 22, No. 4 (Oct., 1928), pp. 735-752.
- Johnson, D. H. N. (1950). 'Acquisitive prescription in international law' *The British Year Book of International Law* 1950, 27, 332-354.
- Johnson D. H. N. (1954) 'The Minquiers and Ecrehos Case' *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 2, pp. 189-216.
- Johnson, D. H. N. (1955). 'Consolidation as a Root of Title in International Law' *The Cambridge Law Journal* 13 (2): 215-225.
- Lauterpacht, Hersch. (1944) 'Recognition of States in International Law', *The Yale Law Journal*, Vol. 53, No. 3 (Jun., 1944), p. 385-458.
- Lesaffer, Randall. (2005) 'Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription', *European Journal of International Law*, Vol.16(1), pp. 25-58
- Kohen, Marcelo. (2004) "La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente" *Revue Générale de Droit International Public*, tome 108, p. 561-595.
- Kohen, M. (2013). Original Title in the Light of the ICJ Judgment on Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, 15(2), 151-171.
- MacGibbon, I.C. (1956) 'The Scope of Acquiescence in International Law', *The British Year Book of International Law* 1954, 31: 143-186.
- MacGibbon, I.C. (1948) "Customary International Law and Acquiescence", *British International Law Yearbook*, Volume 25, pp. 115-145.
- Morgenthau, J., Hans. (1948). 'The Problem of Sovereignty Reconsidered' *Columbia Law Review*, Vol. 48, No. 3, pp. 341-365.
- Munkman A. (1972-3) "Adjudication and Adjustment – International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes", *British International Law Yearbook*, pp. 1-116.
- Ozaki., Shigeyoshi. (2013) "The Senkaku Islands and Japan's Territorial Rights," *Review of Island Studies(Tosho Kenkyu)*, Vol. 1, pp. 1-16.
- Jean Salmon. (1999) 'Les accords non formalisés ou solo consensu' *Annuaire français de droit international*, volume 45, pp. 1-28.
- Secretariat United Nations, The., 1962. "Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat," Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, A/CN.4/143, pp. 1-27.
- Shaw, Malcolm N. (2007). "Title, Control, and Closure? The Experience of the Eritrea– Ethiopia Boundary Commission" *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, pp. 755- 796.

Schwarzenberger, Georg. (1957) "Title to Territory: Response to a Challenge." *American Journal International Law*. 51: 308-324.

Sumner, B. T. (2004). 'Territorial Disputes at the International Court of Justice.' *Duke Law Journal*, 53(6), 1779-1812.

Waldock, Meredith. (1948) "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies." *British International Law Yearbook*, 25, pp. 311-353.

國際組織官方文件

International Law Commission. 1966. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties* (A/CONF.39/11).

International Law Commission. 2006. *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*. International Law Commission.

The Secretariat United Nations. 1962. "Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat," Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*. vol. II, A/CN.4/143.

WTO. 2005. *Appellate Body Report, EC — Chicken Cuts*. (WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12)

國家官方文件

United States, 1953/12/25. *On the Geographical Boundary of the Ryukyu Islands*. USCAP No. 27.

Deutscher Bundestag, 1990/6/21. *Wahlperiode, Drucksache*. 11/7465,

Malaysia, 1999/11/1. *Memorial of Malaysia*. CR 2002/3

Republic of Singapore, 2005/11/25. *Reply of the Republic of Singapore*. CR 2007/21,

國際司法決定

Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq) (Advisory Opinion) PCIJ Series B No 12.

Island of Palmas Case (Netherlands, USA), Reports of International Arbitral Awards, 4 April 1928, Volume II, pp. 858-859.

Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France), Reports of International Arbitral Awards, 28 janvier 1931 Volume II, pp. 1105-1111.

The Legal Status of Eastern Greenland, Permanent Court of International Justice (PCIJ) Judgement of 5 April 1933 (PCIJ Series A/B No. 53), World Court Reports (WCR), Volume III (1932-1935), A Collection of Judgements, Orders and Opinions of the Permanent Court of International Justice, Manley O. Hudson (ed.), Washington, 1938: 148-231.

The Minquiers and Ecrehos case (France/United Kingdom), Judgment of November 17th, 1953: ICJ Reports 1953: 47-73.

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), ICJ Judgement of 18 December 1951, ICJ Reports 1951: 116-206.

Case concerning Sovereignty over Certain Frontier Land (Belgium/ The Netherlands) ICJ Judgement of 20 June, 1959: I.C.J. Reports 1959, p. 209.

Case Concerning the Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), ICJ Judgement of 18 November 1960, ICJ Reports 1960: 192-239.

Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), ICJ Judgement of 15 June 1962, ICJ Reports 1962: 6-146.

Case Concerning the Indo-Pakistan Western Boundary (India vs Pakistan), Arbitral Award of 19 February 1968, International Law Reports (ILR), Volume 50.

Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975: 12-74

Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel (Argentina/Chile) Reports Of International Arbitral Awards, 18 February 1977, VOLUME XXI pp.53-264

Case Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), ICJ Judgement of 12 October 1984, ICJ Reports 1984: 246-390.

Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) ICJ Judgement of 22 December 1986, ICJ Reports: 554-651.

Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras; Nicaragua intervening), ICJ Judgement of 11 September 1992, ICJ Reports 1992: 351-761.

Case Concerning the Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), ICJ Judgement of 14 June 1993, ICJ Reports 1993: 38-314.

Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Judgement of 3 February 1994, ICJ Reports 1994: 6-103.

Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) ICJ Judgement of 13 December 1999, ICJ Reports 1994: 1045-1109.

Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) ICJ Judgement of 17 December 2002, ICJ Reports 2002: 625-686.

Case Concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) ICJ Judgement of 10 October 2002, ICJ Reports 2002: 303-458.

Decision regarding Delimitation of the Border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia) Reports of International Arbitral Awards, 13 April 2002 –22 March 2003, Volume XXV; 83–229

Case Concerning Frontier Dispute (Benin/Niger) ICJ Judgement of 12 July 2005, ICJ Reports 2005: 90-151

Case Concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras) ICJ Judgement of 8 October 2007, ICJ Reports 2007: 659-764.

Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore) ICJ Judgement of 23 May 2008, ICJ Reports 2008: 12-197.

Case Concerning Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), ICJ Judgement of 16 April 2013, ICJ Reports 2013: 44-93

The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016 (Philippines v. China), Permanent Court of Arbitration, PCA Case No 2013-19.

條約

United Nations, 1946/4/18. *Statute of the International Court of Justice*, available at: <http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>

United Nations, 1969/5/23. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html>

UN General Assembly, 1996/11/6. *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties*. available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38518.html> [accessed 15 May 2017]

網路資料

Benvenisti, Eyal. (2009) 'Belligerent Occupation', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

Dörr, Oliver. (2006) 'Declaration' *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

- Gioia, Andrea. (2013) 'Historic Titles', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*,,
- Kohen, M. G., & Hebie, M. (2011). "Acquisition of Territory", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Talmon, Stefan. (2008) 'Recognition of States and Governments in International Law,' *Azerbaijan in the World.ADA Biweekly Newsletter*, Vol. 1, No. 19., available at http://ada-edu-az.outsourceinformationssystem.com/files/beweekly/27/ADA%20Biweekly_Vol.%201_No.%2019.pdf
- Woodward, James. (2014) "Scientific Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/scientific-explanation/>>.
- Baker, Alan. (2013) "Simplicity", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/simplicity/>>.
- Hayton, Bill. (2016), 〈島與礁 從國際法看南海主權爭議：《南海》選摘（2）〉風傳媒，<<http://www.storm.mg/article/142025>>。
- 雲程，〈古書釣魚？還是談國際法吧〉，自由評論網，2016年2月15日<<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/961782>>。