

法学研究

“historic title”的内涵解释*

刘国良 王娜

【摘要】对“historic title”内涵既有“historic ownership（历史性所有权）”的解释，又有“historic origins of right（历史性权源）”的解释；这些解释都没将“historic title”所隐含的“历史姓名分”的内涵解释出来。本文对“historic title”所做的解释包含三部分，首先对“title”的词源及所有权的词源“Dominium”进行比对，进而对“Dominium”（所有权）的内涵做出解释；其次对“title”（名分）分别从中文名分之源、名分的个体意志性内涵与国家意志性内涵三个角度进行解释；最后对“historic”分别从本体论、实践论和国际司法实践三个视角进行解释。一方面，“历史姓名分”的解释弥补了历史性权源和历史性所有权解释的不足；另一方面，也为南海领土主权主张提供一种强而有力的论证。

【关键词】历史姓名分 所有权 名分

〔中图分类号〕D990 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2019)01-0101-12

哈斯伯瑞的《英国法大全》“领土”一章中有这样的陈述：“must be able to demonstrate title to its territory”。^①我国学者将其翻译为“国家必须要能展现其自身领土的权利来源”。^②其核心问题是“title”的理解，是理解为“权利”，还是其他？由于对“historic title”的翻译和理解的不同，导致我国对南海的主张立场内容不明确。客观上讲，由于对“historic title”的翻译和理解不同也导致了“historic rights”、“historic waters”和“historic claim”经常混用，这也必然导致对上述三个概念的具体内涵、界限以及相互之间的关联性的理解混乱，其最终结果必然是让南海周边及西方学者们认为我们对南海的主张混乱；而这种混乱必然为其提供某种机会，其中菲律宾仲裁案的提出就是一个例子。因此，笔者认为有必要对“historic title”这一术语的内涵进行厘清，期望能够为《国际海洋法公约》第II部分领海与毗连区的第15条但书规则的国际司法适用奠定一个基本的理论共识。在整个解释过程中，本文将分成以下几个阶段：首先，对国内学界有关“title”所形成的理论进行梳理；其次，对“title”与所有权进行辨析，以期实现正本清源之效；第三，对title的名分内涵进行解

* 本文系国家社会科学基金重大项目“我国南海岛礁所涉重大现实问题及其对策研究”（16ZDA073）、国家社会科学基金项目“我国南海权益主张的民间证据发掘与研究”（16BFX180）的阶段性成果。

① Whitmore Clifford C., *The Doctrine of the Acquisition of Territory by Occupation in International Law. Historical Theses and Dissertations Collection* (1896), p. 3.

② 罗欢欣：《国际法上的领土权利来源：理论内涵与基本类型》，《环球法律评论》2015年第4期，第168页。

释；最后，将依据普鲁士法官休曼·赫尔曼·戈特利布（Heumann Hermann Gottlieb）和德国学者丹尼尔·伊拉斯谟·可汗（Daniel Erasmus Khan）的相关理论对“historic”进行解释。

一、title 的内涵争议

自我国 1998 年颁布的《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第 14 条规定“本法的规定不影响中华人民共和国享有的历史性权利”，这个“历史性权利”明确成为我国海洋法的一个术语，同时也成为我国有关于海洋领土主权问题上的原则和立场。《国际海洋法公约》也频繁使用“historic title”这一术语。那么是否意味着“historic title”可以理解为“历史性权利”^①或者其他，这一问题核心是关键。截止到目前，我国学术界对“title”所做的解释主要存在以下几种观点。

1. 权利根据说。1951 年《旧金山和约》第二条“Japan renounces all right, title and claim to Formosa and the Pescadores”翻译成中文为“日本放弃对台湾及澎湖列岛的一切权利、权利根据与要求”，而“title”被翻译为“权利根据”。

2. 所有权或权利说。《国际海洋法公约》第 15 条但书中有“historic title”表述；以及第 298 条第一款中的（a）（i）关于划定海洋边界中的争端当中的有关于 historic title 表述，即“historic bays or titles”。“historic title”在目前《国际海洋法公约》中文版本翻译成为“历史性所有权”；^②一些学者将“historic title”翻译成“历史性权利”；^③我国著名的国际法学者丘宏达在其 1971 年发表的《中国对于钓鱼台列岛主权的论据分析》一文当中将“inchoate title”翻译成“原始的权利”。^④

3. 权源说。认为“title”是作为法律权利的起因或基础的一切行为、事实或状况。^⑤

4. 权利来源说。认为“title”不能仅仅以“权利”或者“权利来源或渊源”来概括，它更多的是用来表述权利的来源或依据，它是“一个复合命题，既包含了法律，也包含了事实因素”。^⑥

5. 所有权与主权互通说。此种观点指出“所有权”的称谓是在私法层面上，而在国际公法层面上应该称之为“主权”，此二者称谓在实质内容上是一致的；因此，“historic title”在实质内容上是“历史性所有权”，但在国际海洋法上应该称之为“历史性主权”。^⑦

二、title 与所有权的辨析

显然，所有对“title”进行诸如“所有权”或“财产权”的理解，都没有立足于词源学的视角对“title”进行解释。

（一）title 与所有权在词源学上的辨析

“title”在《牛津高阶英汉双解词典》中翻译土地或财产的所有权、所有权凭证、房地契、职称名称、头衔、称号等。^⑧目前学界普遍将“title”翻译为“所有权”。甚至，有学者将“historic sovereignty”理解为“历史性所有权”，^⑨那么所有权是否就意味着是“sovereignty”？目前，所有权

① 王建廷：《历史性权利的法理基础与实证考查》，《太平洋学报》2011年第3期，第87页。

② 联合国第三次海洋法会议：《联合国海洋法公约》，海洋出版社1992年版，第8、145页。

③ 贾宇：《试论历史性权利的构成要件》，《国际法研究》2014年第2期，第36页。

④ 丘宏达：《中国对于钓鱼台列岛主权的论据分析》，孙淡宁编：《〈明报月刊〉所载钓鱼台群岛资料》，香港明报出版社1979年版，第61页；董为民、殷昭鲁、杨骏编：《保钓运动资料》，南京大学出版社2017年版，第148页。

⑤ 贾兵兵著：《国际公法：理论与实践》，清华大学出版社2009年版，第172页。

⑥ 罗欢欣：《国际法上的领土权利来源：理论内涵与基本类型》，《环球法律评论》2015年第4期，第169~170页。

⑦ 曲波：《历史性权利在〈联合国海洋法公约〉中的地位》，《东北师大学报（哲学社会科学版）》2012年第3期，第31页。

⑧ 《牛津高阶英汉双解词典（第八版）》，商务印书馆、牛津大学出版社2014年版，第2195页。

⑨ 王建廷：《历史性权利的法理基础与实证考查》，《太平洋学报》2011年第3期，第87页。

这一术语以英文表述的既有“ownership”，也有“possession”。此二者表述存在着何种差异，一直以来在中文世界中有多重解释。我国学术界在所有权的拉丁语使用上经常使用“Dominium”、“occupatio”和“Possessio”。然而，对三个术语的内涵的理解有很大分歧，更多的时候将“所有权”、“先占”和“占有权”混为一谈。“title”来源于古拉丁语“titulus”，在古拉丁语基础上发展为加泰罗尼亚语为“títol”、法语“titre”、意大利语“titolo”、葡萄牙语“título”、西班牙语“título”、古英语“titul”、中世纪英语“titel”、现代英语“title”以及德语“titel”。^①而“所有权”这一术语在罗马法中却有一个专门的术语表述，即“dominium”。^②其德语为“Eigentum”，所对应的英语为“ownership”。而“Sovereignty”源于拉丁语“superanus”和法语“souverainete”，其原意为独立自主，今天通指“主权”。^③显然，“title”与“Dominium”在词源上不具有相同性。同样，在学术应用中还存在着另外两个英文术语，即“occupy”和“possession”。“occupy”是一个有趣的双关语，英汉词典中通常将其翻译为“占领”、“侵占”、“先占”以及“占有”、“占有”“使用”；^④在英文文献中将“occupy”理解为“taking possession”，诸如“taking an object not in someone’s possession”持有不属于某人的东西；“taking an object in someone’s possession”某个东西被某人所持有。从词源学上讲，“occupy”的拉丁文词源为“occupatio”。“occupy”更应该被诠释为“持有”；而后者“possession”来自于拉丁语“possessio”，德语是“Besitz”，其意是财产对象被占有、被占据。^⑤在今天该术语的表述是处于占有状态（im Besitz sein），在时间上处于常年的（im langjährigen），在根源上是自太古、远古以来的（unvordenklichen），在情境上一直是平静的（ruhigen），非间断性的占有（ungestörten Besitz sein）。英语的占有权（possession）和德语的占有权（der Besitz）均来自于拉丁语“possidere”。拉丁语“possidere”是“posses”和“possessed”的字源，其包含两个层面的内涵，最基础的内涵具有坐在……之上或者之前，以及包围之意；就如同军队对一个城邦进行了包围，但是这种包围还没有完全的掌控权，这也同拉丁语“obsidere”的内涵相同。但是“possidere”又是由“possessed”组成的，故其还有一种主观意图，这种主观意图具体解决了如何由不完全的掌控权成为一种完全的掌控权，这就如同在军事包围之后的下一阶段，如何获胜并能够接管整座城、统治城内人民一样。^⑥

（二）所有权“Dominium”内涵的解释

普鲁士法官休曼·赫尔曼·戈特利布（Heumann Hermann Gottlieb）于1884年出版的《罗马法之源简明词典（Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts）》一书中分别对所有权“Dominium”、占有“occupatio”及占有权“possessio”三个术语进行了详细的解释。休曼对“Dominium”分别在两个层面进行了解释，即事实层面和法律上的确认层面。

1. 事实层面的内涵

首先，休曼在事实层面上对所有权“Dominium”进行解释，即主要是从主体对某个财产性对象所提出的主张，其所主张的事实依据所包含的内容。这些内容包含着“我的”或“我们的”和为了这个“我的”或“我们的”而实施一种“活动”，这种内容模式被称之为目的性活动。诸如在对海所形成的主张，那么这种主张在事实层面上必须具有对海已然形成的目的性活动，也即必须在提出主张之前早已对此海生成了这个海属于“我的”或“我们的”。认为此海系我们的海，此海是我们的祖

① Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*. Leipzig Vorlag von S. Hirzel 1854, 1. Band S 4879.

② H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*. Jena Verlag von Gustav Fischer, 1884, S 166.

③ 刘国良、刘辉：《南海区域安全与区域化法律准则认同探究》，《河北法学》2010年第9期，第104页。

④ 《牛津高阶英汉双解词典（第八版）》，第1419页。

⑤ Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*. Leipzig Vorlag von S. Hirzel 1854, S 4876, 4877.

⑥ Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*. Leipzig Vorlag von S. Hirzel 1854, S 265

宗海，此海是我们的海洋疆土，我们要在我们的海中从事耕海性生产生活，我们要回到我们的祖宗海来祭奠我们的祖先，我们要在我们海洋疆土从事管理维护活动。所有这些都说明，要想主张所有权其必备的基本前提条件是具备这种“我的”或“我们的”所有权意识。在某人或某些人、某个群体或某个民族、国家对某个财产性对象已然生成了所有权意识后，随之而对这种财产性对象在所有权意识支配之下主动去建立（*zustehende*）一种控制、一种管理、一种支配和一种监督，其核心是要求控制人本身的主动性。如果行为人对财产对象所建立的控制是一种被动性，那么这种控制是不能归属于为其所有的性质；诸如领土的所有在事实状态层面上一定是建立在其主动对领土进行有目的性的控制和管辖（*terra imperium regula, an area controlled by one ruler*）活动、进行着权威性的统治活动（*auctoritas regula, authority to rule*），进行着管理活动（*rotula, control*）。^①因此，在这个环节上行为人的目的性与非目的性或偶然性存在着本质的区别，诸如一个民族的渔民为了从事有目的性的耕海活动而选择居住在某个岛礁之上和一群探险者由于偶然性因素而漂流到某个岛礁上，显然在目的性本身存在着根本的区别。因为，渔民的耕海活动本身的目的是在我祖宗之地从事耕种活动，其主观目的非常明确，具有对这个海域进行控制和管辖、管理的目的；相反，探险者的漂流目的不在于对该海域或者该岛礁进行控制和管辖、管理。因此，从事实层面上讲，探险、漂泊、发现的活动本身因为没有对所发现之岛礁具有控制和管辖、管理的目的，因而不具备所有权主张的事实依据。就海洋本身属性而言，核心的内容是“海洋活动”和“海洋文明”。在“海洋活动”上，诸如对此海本身没有其他目的，仅仅是为了到达某个终极地点而途径此海；或者由于某种意外事件或自然原因漂泊到达此海的，那么这种活动本身并不构成“海洋活动”，仅仅是陆地活动的一个组成部分。同样，认为此海是通向远方的必经之道，要想走向远方必须开发出一条航路，其目的在于通向远方，期望凭经验和技能能够在此海挖掘出一条安全便捷的航路，那么这种活动便构成了“海洋活动”，并且是海洋活动中的航路开发与维护活动。那么这种海洋活动是在这个海是我们的祖宗海的国家海疆意识的支配下，我们的渔民所从事的一种国家性的耕海生产和国家性的海洋管理活动。为此，休曼认为“所有权在事实层面的内容必须是一种在对某种财产性对象所已然生成的所有权意识和在此意识支配之下所完成的以及正在进行的活动构成的”。^②

其次，在主张人所实施的有目的地或者主动地控制（*die Herrschaft*）的财产对象本身必须是一种整体性财产（*ein ganzes Vermoegen*），^③而不能是一个部分或者一个枝节，诸如在对海域主张所有权必然是由主张人所实施的有目的地或主动地控制活动所应用的对象本身决定的。这种对象本身因被视为资源而具有价值性。在人类早期，海成为资源则体现在海能够为连接各个陆地提供一种便捷的水上交通，相对于陆路交通而言，这种交通更加便利、便捷和快速。海显然是一种交通资源，体现在航路的开发和维护，即通过技术性手段使得从本地走向远方，并能往返于其中；通过经验和技术手段来保证航行的安全。另外一种资源性体现在海养育着众多的鱼、虾、贝类等，这类资源能够弥补陆地资源不足或者减少。那么，此时的渔民是将海视为同陆地田地一样从事海上耕种，还是仅仅视为一种额外的食物补给之处？从海洋资源开发能力的角度，海洋资源开发可以分为：智力型开发和非智力型开发。智力性开发必须同时具备两个条件，即智力性条件和工具性条件。前者体现在海洋意识和掌控海洋能力，而后者体现在造船和驾船。在海洋意识上体现为耕海意识，即海洋和陆地一样，都是人类生产生活的资源，我们不仅要耕种陆地上的土壤，我们也应该耕种海洋中的海水、

① H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 166.

② H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 167.

③ H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 167.

岛礁和礁盘，不仅可以养殖鱼类还可以养殖各种贝类。非智力性开发仅仅是指在近陆之间从事简单捕鱼和短途的航运，对此海不存在着驾驭能力，对海洋的鱼类资源的获取仅仅限定在近陆海与岸之间。对海洋主张所有权必然是对整体海域而不能是某个岛礁。这种整体性应该包含着四个内容，即航道的整体开发，海域的整体安全的整体掌控与耕种，海域的整体管理与管辖，海域疆土系为整体陆地疆土的自然水下延伸。

第三，主张人必须“通过某种积极的活动去表明（*qui furere coepit*）”，这种积极的表明活动不是建立在口头性的语言活动上，而是更多建立在对其所具备的控制活动和开发性活动基础之上的。“这个由他所控制的物是由他所有（*rei suae dominium retinet*）”，或者“成为共同所有（*in universum dominium succedere*）”，诸如家长所有制（*paterfam*），对教堂的所有，公共所有（*qui in domo dominium habet*）。^①

2. 法律上的确认层面的内涵

在法律层面上主要解决的是物主或所有主的客观活动，及其相关基础与法律基础的关联性问题。这种关联性所指向的就是这种活动基础本身是否被法律所认定的基础含摄于其中，即透过客观活动的基础所包含的根据、理由与动机，同法律基础所规定的根据、理由以及意图进行一一对比最终验证是否为法律基础所含摄。这种判定也可称之为实际的法律状态，即所有人的实际上的法律状态（*Dominium den factischen Rechtszustand einer Person*）。在这种状态中既包含着物主或所有主在物上所拥有的自由、特权、地位、情形、状态与身份（*ex Dominiumsive servitutissive libertatis de suo statu litigare*）；^②同时也包含着一种法律关系、一种秩序。在这个法律关系中存在一种“物化”，即在人与物之间存在着一种确定的相互关系，而且这种相互关系是有其必然性的。客观上讲，人对某个物产生了所属意识与物本身没有直接联系；但是，经由法律的确认就将人对物的所属意识与物建立了直接的联系，这种联系从性质上就属于法律联系，因而产生所有权，此即所有权等同物，而此物也等同于此所有权。这种相互关系是一种物化的人格性，如果没有这种物化的人格性存在就不可能存在物与物之间的相互关系。^③这种在所有权中存在着这种物化的人格性被黑格尔称之为“物化的人格权”。同样这个所有权的法律状态包含的一种秩序，这种秩序状态就如同《左传》所记载的“器以藏礼”一样。《左传·成公二年》记载，礼器是礼的外在表现形式。礼器是权力关系的象征。礼器就是所获物与支配权二者的合一体，由人格的物化转变而为物化了的人格。^④黑格尔在其法哲学著作中专门对所有权（*Dominium, Eigentum*）进行了诠释，在其看来所有权（*Dominium, Eigentum*）是属于一种人格的定在（*Dasein einer Person*）。这种定在对于其他人而言是一种根本性的存在（*wesentlich Sein*），因为这种存在本身对于其他人的人格而言也是一种必备的存在（*notwendig Dasein*）。正是在这种意义上讲，所有权作为一个人的意志的定在，这种意志的定在不仅仅是所有权人本身的体现，也是对其他人意志的体现。因而，黑格尔提出所有权是“物化”的人格权。^⑤进而，黑格尔提出了这种意志的定在体现就是要求彼此相互承认或者相互认可（*wechselseitig anerkannt*），因为这种相互认可或承认才是所有权的核心基础。最后，黑格尔将法律的概念从康德的纯粹的对那些相互关联的自由现象（*der wechselseitigen Freiheitssphaeren*）予以界定和限制的外在形式延伸到自由伦理性意志（*dem sittlich freien Willen*）当中；提出在这个世界不仅仅像康德所言的是一个伦理世界，同时这个世界更多的是一种充斥着各种基本的法律禁令（*das grundlegende*

^① H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S 166.

^② H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S 166.

^③ 冯友兰：《中国哲学简史》，北京大学出版社 2003 年版，第 190 页。

^④ 刘丰：《先秦礼学思想与社会整合》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 156 页。

^⑤ G. W. FR. Hegel, *Recht Staat Geschichte eine Auswahl au seinen Werken* 1955. Alfred Kroener Verlag in Stuttgart S 273.

Rechtsgebot)的世界,而且这些法律禁令不是消极的,而是积极的;因此,在这个世界中的每一个人都必然作为公共意志的承载者(Traeger des allgemeinen Willens),要具体履行这种公共意志要求,那就是一个只有懂得,并且将要尊重他人为人。法律禁令的内容就来自于这种要求每一个人都尊重他人为人,任何人不得侵犯或者践踏他人的人格公共意志;同样,将这种公共意志引入到所有权中,就表现出了任何人都必须尊重所有权人的这种地位、身份、关系,不得侵犯所有权人对财产所拥有的特权,如有侵犯就视为是一种对所有权人人格的侵犯和践踏,对公共意志的一种违背或者背叛,对法律禁令的一种违抗。这种公共意志的要求是区分法律与伦理的标准,因为法律是相对较高的伦理任务。^①

同样,罗马法中的物权之法(Ius)就是从宗教仪式到人们彼此之间关系再到从人格的角度发展出仪式、程序的神圣性,因而是神圣不可侵犯的。这种神圣性不仅仅体现在神的意志,而且也体现在法律的意志和个人的意志。这种认识从人格仪式化的再现,再到物化的人格,进而到人格的关系性当中。这种关系只能在互动的交往双方当中才能体现出来。这种交往建立在平等的协商互信的基础上,因为只有在这个基础上双方通过语言交流沟通才能达成相互理解,对对方作出的承诺才可能存在信赖。也才能产生法的最基本原则—相互尊重原则(Dieses Prinzip des gegenseitigen Achtens)。这一相互尊重原则,不仅是作为德国实定法的一项基本原则,即基本法第一条明文规定和强调了此点,而且也是其他发达的法律制度中的一项基本原则;同时也是衡量所有正当性法律(richtigen Rechts)的一个基本原则。^②

因此,在这个意义上讲每个个体的所有权,作为一个获得权(ein erworbenes Recht)与国家的意志(das Staatswille)具有相同的意义;相对于立法者而言,所有权原则上具有神圣而不可侵犯性(selbst unantastbar),并且为他们所承认(anerkannt)。^③

三、title 的名分解释

基于上述对所有权的拉丁语词源(Dominium)及其内涵的厘清,显然title不能理解为所有权或者权利等内涵,而应将title做名分理解。

(一) 中文名分之源

在中文中,名分这一术语最早出现在《商君书·定分》中:“一兔走,百人逐之,非以兔为可分以为百,由名之未定也。夫卖兔者满市,而盗不敢取,由名分已定也。故名分未定,尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之;名分已定,贪盗不取。”^④定分,就是确定名分,即用法令把人的职分、地位与财物的所有权等确定下来。《商君书·定分》中详细地阐释了商鞅有关推行法令的具体办法:配置通晓法令的法官以负责法律咨询;对那些删改法令或不答复民众咨询的法官法吏予以严惩;为了防止法令被篡改,法令必须设置副本,藏于天子殿中,每年颁布一次,供郡、县、诸侯等学习。通过广泛的宣传,就可使“天下之吏民无不知法者”,也就能使“吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官”,即使是有贤良辩慧与千金,也不能歪曲与破坏法令。这样,使得那些知诈贤能者奉公守法。名言法令是国家治理的根本措施,利用法令来确定名分是一种势治之道,使大诈贞信,巨盗愿悛(诚实,谨慎:法正则民悛),而各自治矣;而法令不明,名分不定则是一种势乱之道,它将使奸恶大起、人主夺威势、亡国灭社稷。同时强调法令必须明白易知,并设置法官法吏,广为

^① G. W. FR. Hegel, *Recht Staat Geschichte eine Auswahl au seinen Werken* 1955. Alfred Kroener Verlag in Stuttgart S 274.

^② Carl Schmitt, *Land und Meer*. Stuttgart 1954, S 7f

^③ Carl Schmitt, *Land und Meer*. Stuttgart 1954, S 7f

^④ 商鞅·韩非子著,张觉点校:《商君书·韩非子》,岳麓书社2006年版,第47页。

宣传，使万民无陷于险危，以达到有刑法而无刑死者的政治境界。^①此中的法律名分所指代的是法律明分，并在法律明分确定的基础之上使得社会形成一种社会趋向，即所有民众能够各安其治和各安其分的社会秩序。名分定则社会不可乱，名分不定则社会不可治。在《商君书·定分》中商鞅着重论证了确定名分的重要性，即认为确定名分就是用法律的形式来明确地固定各自的名位和身份。其核心思想是名分确定使得每个个体能够自治、自律，便于国家的统治；名分不确定，秩序混乱而无章法，国家必将走向灭亡。因此，只有确定“名分”才能够实现“法律秩序大治”的目标。

（二）title（名分）的个体意志性内涵

休曼认为，“titulus 这一法律术语本身包含着纯粹的个体意志内涵，社会个体在进行社会交往过程中从法律程序的角度言之必然存在着一种仪式化的表征性活动（Symbol）。这种活动是将某种精神内容予以特征化（die Symbolisierung），并通过一种仪式将这些特征进行逐一叙述；而此种精神内容更多地是以个体的意志为代表的。”^②因此，在进行社会交往过程中个体之间的交往更多的是在以个体各自意志进行相互交流中完成的。在休曼看来，title（名分）是指特定的主体对人或物所建立的一种关系中所包含的特定地位、特定资格、特定义务和责任。^③在这些内容背后更多的是主体对人或物所产生的个体意志；同时，社会化交往存在的前提条件就是以相互尊重交往主体的意志为前提的。因此，在某个个体以某种 title（名分）进行交往的时候必然存在着交往主体的个体意志与法律的认同两种核心元素。个体的意志主要体现在行为人交往活动的事件性事实中，而法律的认同则体现在以指引、约束行为人活动的法律性事实中。事件性事实是指某个已经发生事件的事实性基础、根据和行为人活动之时所具有的动机等。法律性事实则是指行为人在实施活动之前就已经存在的行为准则，以及行为准则本身的法律基础、根据和法律意图。在这个法律性事实中包含着某个特定名分，而法律将这个特定的名分予以明示，使某个特定的法律事实趋之分明。因此，某个号令之所以能够言以信名，并使其成为审判的标尺，经得起推敲，使之详观其道，必然是以这个特定的名分为依据，方能形成之区分评判之功效。任何一个人都可以对外宣称（Excusare）：“他或她将以某个诉讼案件的当事人的名分参加到诉讼当中去，或者他或她作为某项法律或法案（Privilegia）的关系人，并以这个特定关系人的名分（a specific individual），向法庭提出某些诉讼请求。”^④客观上，对某个人以某种名分从事交往活动进行解释的目的主要体现在以下几个方面，即：

首先，为查明、厘清所有的掩饰（color vel），并辨认出所有的借口（se excusare）和托词（Vorwand），最终实现明辨是非的目标。

其次，在对事实性基础进行查明、验证过程中必须对该事实性基础是否经由核准（Comprobatarum），是否被认可（approved），是否被公认，是否是可以接受（accepted）等进行证明和检验（proved）。

第三，只有经由上述证明和检验之后，才可能判断他或她的理由是否是正当的、合理的；所实施的活动的动机是否是有道理（justified）的；如果所有这些都符合，那就将给与支持（si cela convient aux autres）。

因此，以一种理智、且理性的解释（reason）和说明（explanation）的模式，通过审慎的评估（calculation）的途径，经过以惯常的方式、方法或以与日常生活习俗相适应的方式方法予以证明

^① 张觉校注：《商君书校注》，岳麓书社 2006 年版，第 183 页。

^② Carl Schmitt, *Land und Meer*, Stuttgart 1954, S 16.

^③ H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S 558.

^④ H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S 558.

(manner) 的过程,方能生成一种理性的诠释 (titulo comprobatarum rationum conveniri)。^① 如基于血统关系,而对祖先所遗留下来的财产予以占有,那么占有人将以祖宗的名分对这种财产进行占有 (tit. ab intestate possessionis)。在任何一种情况下,对其所拥有的财产进行控制或管理,或者对其所占有的财产进行控制或管理,将可能以控制人、管理人或使用人的名分进行占有或者控制 (pro emptore-sive alio quolibet tit. Possidere)。同样,一个古罗马高级官员将以罗马城邦的名分行使行政管辖权 (Auf der Amtswuerde und Gewalt eines roemischen Magistrats beruhend),并获取荣誉头衔 (honoraritia tit. succedere)。^② 如果是通过非正当的或者邪恶的手段对某项财产进行持续的占有,虽然是以占有人的名义进行的,但他不可能成为拥有这项财产的主人 (improba possessione firmum tit. possidenti nullum praestare potest);其后果必然是要将所占有的财产予以返还 (indictionis tit. sollemnis; superindicticii tit.),或者其也仅仅取得实际控制人的名义,但决然不会获取占有人的名分 (susceptor largitionalium titul.)。^③

(三) title (名分) 的国家意志性内涵

哈斯伯瑞在《英国法大全》的这句话“must be able to demonstrate title to its territory”,应该理解为“必须对以领土人的名分予以证明,或者能够证明其以领土人的名分”。其中包含着这样一种核心的内涵,即领土人的国家意志性。

首先,从领土争端诉讼主体角度言之,以领土人名分 (title) 参与到领土争端诉讼时所体现的必然是国家意志,不可能是个体意志。因为,领土争端不可能以个体性名分进行,只能以国家性名分进行。如出于要求他国尊重领土人的名分,而采取以诉讼为标志的司法活动 (actionis, sed debiti causa respicienda)。从根本上讲,领土的所属性的标志就是在该领土上被冠以哪个国家的名分,这种名分可以称之为我国、你国、他国。只有那些被归属于我国的领土,才能最终被赋予在我国名分之下。因此,哈斯伯瑞认为作为领土争端的首要前提条件是申诉人是否具备领土人这一名分。

其次,从司法活动本身所具有的实证客观主义精神角度言之,在国际领土争端诉讼中对各争端国提出的主张所必备的客观性基础进行评价,即领土人名分的客观基础进行评价。^④ 此种评价是一种价值性评判,即这种经过确认的客观性基础与法律意图、法律所追求的价值是否相适应?这种客观性基础能否根据法律标准判定为一种法律行为?只有那种能够被判定为属于一种法律行为的,才能够最终产生一种法律性结果,即获取某个称号、头衔、名分,诸如领土人的名分等。

第三,从主体交往的原则角度言之,一个国家以领土人的名分对外进行交往的时候,其他国家就需要予以尊重和不得侵犯。因为,在这个名分之下包含着该国家的国家意志、国家人格或国家主权。在正常的国家间交往中相互尊重他国的国家意志、国家人格或国家主权,不得侵犯、不得干涉是基本的原则。

四、historic 的义理解释

historic 来自拉丁语“historicus”和希腊语“historikos”,^⑤ 从词源学的角度说, historic 的内涵主要体现在历史的“意义”或历史“性”的问题层面上。为此,休曼和丹尼尔分别从历史性的本体

① H. G. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht. Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 558.

② H. G. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht. Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 558.

③ H. G. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht. Jena Verlag von Gustav Fischer 1884, S. 559.

④ Whitmore Clifford C., The Doctrine of the Acquisition of Territory by Occupation in International Law. Historical Theses and Dissertations Collection (1896), P.4.

⑤ Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch. Leipzig Vorlag von S. Hirzel 1854, 1. Band S. 2937.

论视角和历史性的实践视角进行解释。

（一）本体论视角下的历史性问题

休曼在其所著的《罗马法之源简明词典》中对“historic”做了如下解释：

首先，历史性（historic）这个概念本身意味着将某种经验、某种意识与某种理念予以保存，并对一个民族的文化和文明产生巨大的影响或者具有重大的意义。因此，这种历史性特征就是那些被保存下来，并能够被传承下来的经验性特质、意识性特质和理念性特质。这些特质首先在日常的家族或个体生产和生活中不断地被一次融入；其次随着生产、生活的范围的不扩张，这些特质又在族群、乡村、城邦或城市间进行二次融入；最后，随着族群、部族、城邦、城市间政治交往的扩充，这些特质进行了三次融入；最终被融入到一种大文化或者大文明（包括衍生性的社会习俗和习惯）的脉络中，并在一个民族或者多个民族中获得确认。正是在这个意义上讲，历史的本质就是传统得到保存（Bewahrung）。^①

其次，历史性（historic）本身意味着一种文化，意味着一种文明。因为文化或者文明与自然之间存在着某种特殊的辩证关系。由此意味着，劳动人民在从事耕种、栽培、灌溉、捕捞过程中超越其原始自然状态而呈现出的一种意志性精神（Willensgeist），这种意志性精神经由经验性的调试或转化而精确性地聚合成文化。^②显然，文化的这种精神调试、转化与精确化完全是在一个历史性的脉络中进行的；民族的历史性表现就是民众在这种文化的陶养之中被不断地教化成为一个文明者与一个文化者。为此，今天提出这个历史性的概念的目的在于期望能够进入这个历史脉络当中，去挖掘昨天早已经存在的某种意志性精神，或者某些劳动性、生活性的经验、智慧、能力和知识。

最后，历史性（historic）意味着价值。因为，能够流传下来的必然蕴含着丰富的价值，故而，流传与传承本身就是价值。但流传（或者流传作品）之所以蕴含丰富，除了流传本身之外，还因为其中表现出我们对其内容的参考和隶属。一件文物不仅仅是因为其年代久远，更是由于它蕴含着祖先的一些意识、理念，这些意识、理念往往处在某种遗忘的角落，只有透过这个文物才能将这些意识、理念予以唤醒而得以重新降临或者彰显。

（二）实践论视角下的历史性问题

丹尼尔·伊拉斯谟·可汗（Daniel Erasmus Khan）在领海主权理论（die territoriale Souveränität）中论及了有关海洋领土主权的历史性问题。^③他认为领海主权的论证必然是以领土主权为基础的；而领土主权的论证必然是以海洋的主权性控制（Souveräne Herrschaft）和在领海中从事积极性的界限管理（das aktuelle Grenzregime）这两种海洋活动为事实性基础的。同时，他还认为这种事实性基础还必须具备时间上的持续性的论证；此种时间上的持续性问题，就是所谓的历史性问题。对此问题，丹尼尔主要从法律形成和沿海各国间的空间利益平衡两重视角探究历史性问题。

首先，从法律形成角度上讲，丹尼尔认为“海洋的领土观念、对海洋从事主权性控制以及在领海中从事积极性的界限管理活动是构成海洋法律形成的基础”。^④在他看来，不管是海洋领土观念，还是对海洋从事的主权性控制活动和界限管理活动，只要是存在着历史的延续和传承就必然决定了

^① H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer, 1884, S 241.

^② H. G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Recht*, Jena Verlag von Gustav Fischer, 1884, S 242.

^③ Daniel Erasmus Khan, *die deutschen Staatsgrenzen Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Mohr Siebeck Tuebingen2004, S 583.

^④ Daniel Erasmus Khan, *die deutschen Staatsgrenzen Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Mohr Siebeck Tuebingen2004, S 583.

法律形成的过程 (Rechtsbildungsprozesses)。因为, 这种历史性在时间的维度上要持续超过 2000 年以上才产生法律层面上的结果。显然, 这里的历史性 (historische) 不仅仅是对主权性控制和界限管理活动与经验的一种历史性留存, 更包含着今天的一种描述。这种历史上所留存下来的活动、经验, 以及传承下来的意识、理念和精神, 所有这些最终被归结为有关此海洋所产生的法律形成过程。此种法律过程的生产, 才最终诞生了这一最终的结果——主权。^①

其次, 从沿海各国间的空间利益平衡的角度讲, 所有的沿海国在其临近的海域中都存在着一种特别的利益。这种特别利益体现在单个国家对该水域的空间利益 (einzelstaatliche Interessen an der Nutzung dieses Raumes)。而如何将沿海国这种特别利益作出一种平衡 (einer Ausbalancierung der Sonderinteressen) 是当今国际海洋法所面临的重要问题。目前国际上存在海洋自由的主张, 此种主张不是对沿海国的空间利益的一种平衡, 而是一种破坏。因为, 这种海洋自由从其本质上是对沿海国的历史性的一种践踏, 一种蔑视, 这是一种严重的利己主义思想的极端表现, 即期望尽可能地增强一个可能更大范围内的海洋自由 (eine möglichst umfangliche (staat-) Freiheit der Meere)。^② 总之, 现代海洋法是建立在对沿海国之间的空间利益平衡的脉络上的, 在这种进行平衡的基础上对沿海国的蕴含于历史当中的经验、理念、意识与精神尊重和保护的的基础上进行适当性的调试性规则。这个规则的核心是以对海洋所具有的控制为基础而产生的经验、能力、知识、智慧、理念、意识与精神, 同时辅以海洋自由理念而构成的。

(三) 国际司法实践中的历史性问题

目前国内更多学者认为“在国际法理论上对领土主权问题的探讨主要停留在对传统领土取得模式的关注”,^③ 仅有少量学者提到领土的权利来源问题。^④ 自上世纪九十年代以来有关钓鱼岛问题的研究主要集中在以中国历史考证的视角, 如以对钓鱼岛及其列岛屿的发现和命名所形成的诸多证据链。这种研究主要是针对那些日本学者及其政府提出的所谓钓鱼岛及其列岛屿的“无主地”的论点进行驳斥。随着中国政府及相关学者们提出的相应理论驳斥, 日本政府进而转向二战后的美国政府所谓的“施政”中的“默认”和“不反对”或者“消极”等观点, 并再次提出了“日本的有效控制论”的观点。^⑤ 显然, 日本不管是提出“无主地”观点, 还是“日本的有效控制”观点, 其共同点都在故意回避有关南海、东海领土的历史性问题。

应该说, 国际领土争端解决, 尤其是我国南海领土主权争端的核心问题就是“对我国南海历史的尊重和认同”。因为, 在这个历史当中既包含我国最早对南海所形成的海洋疆土疆界, 即以南海为界; 同时也包含着我国历朝历代对整体南海疆域所进行的军事、行政、司法管辖活动; 最后更包含着我国广大劳动人民在南海整个海域从事着超过 2000 年以上的耕海活动。在此之前所有的有关“historic title”的解释都没有抓住这些核心点, 历史性名分解释与历史性权利、历史性所有权解释的区别就在于在名分之下恰好将上述的内容蕴含于其中。因此, 领土争端的核心必然是历史性问题, 其具体表现在领土取得中的历史性问题, 即:

首先, 领土取得模式上的历史性。学界对传统的领土取得模式的理解上一直存在着争议, 并认为这种领土取得模式存在一定的局限性。客观上, 这种传统的领土取得在时间的维度上是以贯穿于

^① Daniel Erasmus Khan, *die deutschen Staatsgrenzen Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*. Mohr Siebeck Tuebingen 2004, S 584.

^② Daniel Erasmus Khan, *die deutschen Staatsgrenzen Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*. Mohr Siebeck Tuebingen 2004, S 584.

^③ 罗欢欣:《国际法上的领土权利来源: 理论内涵与基本类型》,《环球法律评论》2015年第4期,第166页。

^④ 《国际公法: 理论与实践》,第172页。

^⑤ 罗欢欣:《国际法上的领土权利来源: 理论内涵与基本类型》,《环球法律评论》2015年第4期,第167页。

整个历史为标准，而不是以占有人的占有时间为标准。因此，领土取得必然是建立在历史性的时间脉络之上的。对“领土取得”一词理解为“用以表示国家在某块特定的领土上建立主权的意思。”那么这种对领土所包含的范围的理解是否只限于陆地领土，还是可以扩张到海洋领土上？显然，这个问题涉及到领土意识的历史性生成问题。

其次，领土取得模式之一的先占的历史性。我国学界普遍认为先占、割让、添附、征服与时效五种模式已经不适合国际社会的发展和国际法的进化。先占是以无主地（terra nullius）为前提条件，而对其进行有意识地占有并有意识地为其所有，而最终产生的结果是取得主权的一种行为。但是，随着科技的不断地发展，无主地基本消失，因而先占模式也必将消失。先占必然是基于占有人在占有之前的对象处于其认为的无主状态后，而对其实施的一种经营活动；且这种经营活动持续一段时间之后，仍然没有人提出主张或者反抗、反对；那么，此人随后可以基于这种先占行为主张所有权。显然，先占取得是建立在经营活动的时间的持续性上。此种取得方式的前提是经营活动存在于提出主张之前，因而对先占取得所有权的理解一定是立足于历史性的基础上。

第三，征服（subjugation or conquest）是指以战争为取得手段而强取领土。《联合国宪章》禁止以武力和战争为手段而强取领土，故而征服方式取得领土在当今已然不适用；那么，对于昨天和历史上是否适用呢？

第四，添附（accretion）是指由于天然或人为的原因使陆地增长而引起的国家领土的扩大，如河岸涨滩、出现新生岛屿等。但是，专属经济区、大陆架或公海上建立的人工设施和岛屿等不构成国家领土的添附，不能形成领海或改变领海基线。因此，添附模式因受制于自然地理条件而罕有发生。那么，这种添附方式作用于祖宗海那就不存在限制了。

第五，时效取得（usucapio, acquisitive prescription）是指对某个非无主领土基于某种事实状态经由时间的持续而取得主权的一种方式。从法理上讲，对于某个处于自然状态的地域或岛屿在无法确认其为谁所属的情况下而予以占据，在其整个占据期间没有其他相关人提出异议，那么经由一特定的期间而对这种状态予以确认，即确认为所有权人，其自始可以所有权人的名分进行交易活动。但是，在此需要明确的是占据行为必须是以合法的手段进行的，如果是非法手段进行占据则不能产生确认之效；故而，国际法理明确“非法行为或手段不能产生合法性事由”。显然，从时效取得的法律原理角度来说，时效取得同样可以作为领土取得的一种途径。只是在国际法层面上，截止目前还没有在国际法上明确时效取得领土主权的标准。这是由于国际法没有明确将时效取得的法律原理吸收进去，同时也没有对合法占据人对所占据的地域或岛屿进行的维护活动予以确认。

总之，国际海洋法强调历史性的目的在于：尊重并认可沿海国对其周围海域所形成的历史性经验、能力、智慧与理念、意识和精神；必须以历史性经验的累积与传承做为判断标准，来确定主权的有无。

五、结论

不管是从词源学的角度，还是从法教义学的角度，“historic title”核心内容更应该包含“历史姓名分”的内容。“历史姓名分”更能凸显我国海洋文化的核心内涵，即所有在历史脉络中所形成的经验、能力、知识与理念、意识经由不断地留存与传承而汇聚于这个名分之下，最终诞生一种文明、一种文化。显然，这种名分不仅仅具有一种事实性基础；同时，更具有一种形式、一种仪式、一种程序所要突显的寓意、价值、理念、意识和精神。同样，名分又能从事实性基础和程序

性价值的角度反向映照历史性本身所具有的意义，这种意义就像丹尼尔所说的那样，历史性决定了法律产生的过程。最终也就必然是一种法律性的后果——历史姓名分。同样，《国际海洋法公约》产生的目的不是对沿海国所产生的历史性经验、文化和文明的一种剥离；相反，它是对沿海国的历史性经验、能力、知识、理念和意识，以及沿海国各国文明和文化的认同与尊重；同时，更是对沿海国各国的国家意志的尊重与认同。历史姓名分的核心内容在于以历史性经验、智慧为途径，以期实现一种海洋趋向；此种海洋趋向即是各安其治和各安其分的海洋秩序。如果历史姓名分没有确定则必将出现海洋秩序混乱，海洋治理也无从谈起。因此，用历史姓名分来明确地固定沿海国各自的名位和身份是实现海洋秩序的必由之路。这里的历史既包含着内容，同时也包含着手段和标尺。其核心思想是以确定名分为路径，以历史为标尺，目标是实现沿海国自治，如此整体海洋秩序的治理就能实现；相反，名分不确定，奸恶大起，国际海洋秩序就必将走向混乱。

本文作者：刘国良是海南大学法学院副教授、中欧比较法研究中心主任；王娜是海南大学法学院2017级硕士研究生
责任编辑：龚赛红

An Interpretation of the Connotation of “Historic Title”

Liu Guoliang Wang Na

Abstract: Popular interpretations of “historic title” contains the interpretation of “historic ownership” and the interpretation of “historic origins of right”. Unfortunately, the connotation of historic title, which is historic titulus, is neglected by both interpretations. The interpretation of “historic title” consists of three parts: first, the etymology of “title” is compared with the etymology of ownership, which is “Dominium”, in order to make an interpretation on the connotation of “Dominium”; secondly, interpretations are made for “title” through three aspects of the resource of Chinese “title”, the individual will connotation of “title” as well as the national will connotation of “title”; finally, “historic” is explained from three perspectives of ontology, the theory of practice and international judicial practice. On the one hand, the interpretation of historical title makes up for the deficiency of historic rights and the interpretation of historic ownership; on the other hand, it also provides a strong and powerful argument for the territorial claims of China’s sovereignty in the South China Sea.

Keywords: historic titulus; Dominium; title