

从国际法角度评析 1887 年 中葡《和好通商条约》

柳 华 文

内容提要 1887年中葡《和好通商条约》是近代史上唯一一个规定澳门法律地位的条约。本文以此约为主线,从国际法角度,比较学界论点,进行法理分析与评价:条约澳门规定的是一种特殊的租借地的地位;澳门勘界之争本身不影响条约效力,葡方严重违约才使条约效力发生动摇;1928年中国国民政府废除此约在法律上是有效的;澳门问题在当代获得解决,体现了国际法在中国的一种实践。

关键词 澳门 条约 国际法

1887年12月1日,清政府全权大臣庆郡王奕訢、工部左侍郎孙毓汶与葡萄牙全权大臣罗沙签署了中葡《和好通商条约》(计54款)和中葡《会议专约》(计3款);另外,中国海关总税司英国人赫德代表中国政府与葡萄牙参赞斌德乐签署了《会订洋药如何征收税厘之善后条款》(计4款)。

中葡《和好通商条约》是中葡两国第一个、也是《中葡关于澳门问题的联合声明》缔结以前唯一一个涉及澳门法律地位的条约。本文拟从国际法角度评析对该约及相关史实,讨论澳门的国际法地位及该约的效力。

中葡《和好通商条约》“地位条款”分析

(一) 条约内容与焦点

1887年中葡两国所缔结的《会议专约》与《会订洋药如何征收税厘之善后条款》两约,主要是规定澳门当局协助中国查禁鸦片走私的具体措施和办法。而54款的中葡《和好通商条约》,则是日趋衰落的老牌殖民主义帝国在窃据澳门300年后,不费一枪一弹,仅用协助中国缉拿鸦片走私一事便夺取了西方列强侵华的各种特权,包括:1. 片面的最惠国待遇。2. 葡萄牙得派公使进驻北京,并在通商口岸设领事;葡萄牙取得领事裁判权。3. 葡人在通商口岸有居住、租买土地、建造房屋、设立栈房、教堂和医院等特权。

最引人注目的,便是涉及澳门法律地位的所谓“地位条款”,主要是两款:

“第二款 前在大西洋国(葡国)京都里斯波阿(里斯本)所订预立节略内‘大西洋国永居管理澳门’之第二款,大清国仍允无异。惟现经商定俟两国派员妥为会订界址,再行订立专约。其未经定界以前,一切事宜,俱依现时情形勿动,彼此均不得有增减改变之事。

第三款 前在大西洋国京都里斯波阿所订预立节略内‘大西洋国允准不经大清国首

肯则大西洋国永不得将澳门让与他国’之第三款,大西洋国仍允无异”。

其中会订界址的规定为两国日后的谈判与争执埋下了伏笔,而其中对澳门的地位并未直接言明,更是两国政府及其学者争论的焦点。

不仅有葡萄牙的学者得出此约使葡国在澳主权“合法化”的结论,有的西方学者,如前所引述的马士,也认为条约把澳门“割让”给了葡萄牙。

新中国成立前中国学者周景濂也在其《中葡外交史》一书中说:“自光绪十二年(1886年)以前,澳门在中国之地位,为葡萄牙之租借地,性质远未变更”,但缔约后,“中国于条约上正式承认葡国占领澳门矣”。这里的“占领”意指非租借之割让。持此种看法的人是从现实主义的角度看问题的,却并未从法律角度和条约本身的意义来分析,其主张是错误的,且正中殖民主义者下怀——割澳门出中国,占澳门为殖民地。

“地位条款”的特殊性,使其解释涉及多方面的问题。

(二)租借而非割让

其实,要清楚地理解“地位条款”的真正意义,需要将有关规定结合起来分析。

前北京大学史学系主任朱希祖早于 1922 年便指出:“葡国不得让其地于他国一款,正约改为未经大清国首肯,则大西洋国不得将澳门让与他国,是澳门主权,中国未全失也”。

当代学者黄文宽认为:“就条文来作分析,中国也还没有丧失澳门的所有权。从条文的意思表示来看,中国不把澳门让给予葡萄牙,澳门仍然是中国所有的领土,不过设定地上权,允许葡萄牙人永住管理。葡萄牙人未得中国同意,不能转让给别国。这说明他没有处分权,他得到的至多只能是一种限制物权的‘地上权’”。他认为葡萄牙享有的是“租赁权利”。黄先生的分析很精辟,法律逻辑亦严谨、准确,只是条约解释涉及的是国际法现象,如果仅从国内法角度做民法意义上的分析,恐仅有类比意义,其结论尚欠说服力。

“地位条款”用语不甚明确乃是故意所为的结果,这一点从条约筹备工作的文件可见。

清政府总理衙门就此“地位条款”的草稿提出了 3 项方案供选择:

1. 完全不提澳门,如此即可任一切照旧,葡萄牙得到条约,中国得到征税合作。
2. 中国同意永久租给葡萄牙以香山县境内经葡萄牙占据、通称为澳门的那片土地,不收租金,并且答应葡萄牙可以像以往一样治理这块地方。
3. 中国答应葡萄牙可以像以前一样治理澳门,但澳门原来即系中国的领土,澳门必

王铁崖编:《中外旧约章汇编》(三联书店,1957年版),册1,页505~506。

Arnaldo Gonçalves:《1999年后处于中国与西方对外关系之中的澳门》,载《澳门行政》杂志,卷6,1993年第3期,页726。

马士著、张汇文译等:《中华帝国对外关系史》(三联书店,1957年版),卷2,页429。

周景濂:《中葡外交史》(商务印书馆,1991年版影印本),页169、170。

朱希祖:《葡萄牙人背约侵略我国土杀戮我国民拟废约收回澳门意见书》,载《东方杂志》第19卷第11期(1922年6月10日),页96~97。

黄文宽:《澳门史钩沉》(澳门星光出版社,1987年版),页34、35。

须每年向北京进贡关平银 500 两。

关于第一方案,对于意欲获得澳门地位条款的葡萄牙来说显然不能接受,而对第二、第三方案,“出于维护国家声望的原因”,葡国亦不能接受一个包括“租地”字眼的条约,更不用说承认与葡王室对外关系传统大相径庭的臣属关系了。

结果,中国接受的是“永居管理”模式。葡国外交大臣巴罗果美对此模式表示满意,他承认,使用“永居管理”这一讲法,再补充割让一款是“一项十分符合中国愿望的保证,并且实际等于永久租赁不付租金,但这样行文的话(指永久租赁),恐难为舆论及议会所接受”。

结合“中国政府坚定而一贯地拒绝承认葡萄牙对澳门及澳门海面主权的要求”的立场,巴罗果美“我从未指明,也不拟指明这是割让领土”的声明,以及条约第三款中国保留葡国如将澳门让与外国须经过中国批准的权力——这一与割让的法律意义迥然不同的规定,地位条款的含义是非常明确的,即葡国永租澳门(而不付租金)。另外,澳门在缔约后仍然享有中国内港的待遇,这又是中国未失主权的佐证。

(三)租借的法律意义

条约为澳门规定的是一种租借地的地位,其重要性是巨大的。赫德也认为:“葡萄牙人‘居住’已逾三百年,而将其作为葡殖民地‘管理’仅十五年。……中国决不想去破坏这一现状,……。当然,总有一天中国会同葡萄牙闹翻,不允许这种状况再继续下去,葡萄牙要害怕和正害怕的东西远未消失”。

从国际法的角度看,租借与割让是截然不同的两个法律概念。割让是指一个国家把它对特定领土的主权按照条约让与另一个国家,这是一个特定领土的领土主权丧失的原因之一。而租借则是一种对主权的行使所进行的限制,它并不丧失主权的本质。租借地的地位以承租国和出租国之间的条约为根据,其中出租国保留主权,而承租国取得的是一种治权,或称“管辖权利”。那种把租地看作“伪装的割让”的说法“在法律上不正确,也不符合实践”。

“租借”一词确实是从国内法移植而来,是以所有权与使用权的区分为基础的。“租借

赫德致金登干电,1887年1月5日,第1451号电。载《中国海关密档:赫德致金登干电汇编(1874—1907)》(外文出版社,1990年版),卷3,页1230。

萨安东:《一八八七年葡中和好通商条约中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法第292条第1款重阅心得》,载澳门《澳门法律学刊》,卷3,1996年第2期,页40。

阿尔弗雷德·戈麦斯·迪亚斯:《澳门与第一次鸦片战争》(东方葡萄牙学会,1992年),转引自(萨安东《一八八七年葡中和好通商条约中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法第292条第1款重阅心得》,载澳门《澳门法律学刊》,卷3,1996年第2期,页44。

《澳门与第一次鸦片战争》,页428。

中国近代经济史资料丛刊编委会编:《中国海关与中葡里斯本草约》(中华书局,1983年版,以下均简称《草约》),页99。

黄启臣、郑炜明:《澳门经济四百年》(澳门基金会,1994年版),页113。

赫德在条约签字数天后致金登干电中语。见《中国海关密档:赫德致金登干电汇编(1874—1907)》,卷3,页1233。

王铁崖:《王铁崖文选》(中国政法大学出版社,1993年版),页368。

地”一词在现代国际法中并不常见,而对过去的国际条约进行解释应当考虑到当时主导的或代表了缔约双方愿望的法律定义或原理。著名国际法学家劳特派特认为,这时,需要援用私法原则来类推解释:这种援用是合理的、是人们所希望的。

就国内法而言,租借的意义便是将物权分成所有权与使用权,二者分离便出现所有者与使用者(物的持有者),后者向前者交纳租金(可以由所有者减免),而不拥有物之处分权。这在当时的葡萄牙民法中亦是如此。

在缔约过程中,中方代表金登干曾请教于中国在伦敦雇用的律师霍金司,提出两方面问题:1. 用来证明“无租金租赁”优于不存在任何正式“租赁”的论据或先例。2. “租界,租借”以外的,任何一种具有同样含义及效力的词或词组。霍金司支持“永居管理”的提法。学者们认为,极有可能霍金斯考虑到了当时刚刚发生的一件事情,即 1878 年签订的几项条约。有的学者则认为《里斯本草约》便是抄袭了 1878 年《柏林条约》的一款;《柏林条约》的那一款载明:“波斯尼亚、黑塞哥维那两州,仍构成土耳其领土的一部分,但此两州划归奥国占领与管理……”。

著名国际法学家菲德罗斯提出两个相区别的概念:领土主权类似于国内法的所有权,是针对其他国家的一项国际法的权利,是按国际法对领土完全地予以处分的权利;而领土最高权类似于国内法的占有,是一个国家在一个特定的领土内对那里的人根据它自己的国内法律秩序实行的一种支配。有限的领土权利可以有不同的等级,其中最高一级,是占领外国的一个领土或其一部分,并在那里实行完全的领土最高权。对领土最高权的情形具体地举例便是“昔日曾让与少数欧洲列强的中国‘租借地’”。可见,澳葡当局依条约永租管理澳门并完全适用了葡国的国内法,享有的并非主权只是一种领土最高权,这与我们与主权相对应的“治权”一词是一个含义。

(四) 关于条约的用语

对条约“地位条款”理解的分歧主要源自其含混的用语。根据条约第五十款的规定,条约用中文、葡文和英文译出,遇有中文与葡文“未妥协之处”,则以英文“解明所有之疑”。而在英文本中,第二款的“永居”一词,本应用“perpetual living”一词,却写为“perpetual occupation”,既可译为“永久居住”又可译为“永久占领”。而且,葡方还在第二款中写入“与葡国治理他处无异”的字样。

英文本如此含混、含有歧义,是葡萄牙人和赫德别有用心、企图讹诈中国政府的结果。

可参见萨安东《“澳门问题”的若干方面及其在联合国范畴内对葡中关系之影响》一文,转引自萨安东《一八八七年 葡中和好通商条约 中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法 第 292 条第 1 款重阅心得》,页 47。

H 劳特派特:《私法渊源及国际法之类推》(伦敦,朗曼出版社,1927 年),页 181~182。

M. A. 科塔略 达·罗沙著:《葡萄牙民法制度》(科英布拉大学出版社,1848 年),册 2,页 415~416。

萨安东《一八八七年 葡中和好通商条约 中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法 第 292 条第 1 款重阅心得》,页 42。

谭志强:《澳门主权问题始末》(台北,永业出版社,1994 年版),页 194。

(奥)阿·菲德罗斯等著、李浩培译:《国际法》(上)(商务印书馆,1981 年版),页 319~323。

赫德在谈判中告诉葡方：“地位条约的字句必须仔细斟酌，使它包含每一意义。我预料用 perpetual occupation（永久占据）等字就可达到目的。中文文字不妨含蓄，只要提到就够了，不必说得太多”。于是葡人在文字上下功夫，把“永驻”改为“永居”，而英文本十分含混，写成：“China confirms in entirety the second article of the protocol of Lisbon, relating to the perpetual occupation……”。赫德还曾在“属澳之地”的范围问题上劝告葡方：要学会“连哄带骗”，“下种以后顺其自然，慢慢让它开花结果”。

但是，结合条款中的有关规定及缔约过程中的有关文件，仅凭这种含糊的用语尚不足以作祟。笔者认为，用语含混乃是双方故意妥协的产物，但对中国来说更为有利，这是因为澳门的主权本来就在中国，企图改变澳门法律地位的是葡萄牙。抛开其他不谈，仅在语义含混情形下，中方立场不曾松动，葡国的主权覬觐就不足为凭。

如果企图通过在文字上做手脚而把有关条款解释为割让的活，便构成了条约法上的欺诈行为，条约中欺诈的结果在国际法上是无效的。这在历史上亦不乏其例：1889年意大利和阿比西尼亚签订了“友好条约”，该条约以意、阿两种文字写成，同一作准。但该约第十七条关于阿皇帝在对外关系方面利用意政府帮助的规定，按阿文本是任意性的，而按意文本却是强制性的。根据这个规定，在缔约后不久，意政府即宣布了对阿国的保护关系，而阿国皇帝据阿文本拒绝对该约作此种解释，并通知对方废弃该约。结果意大利于1895年对阿宣战。后来双方均认为该约自始无效。国际法学家们认为：这就是因为意大利代表在缔约过程中是以欺诈的手段而取得阿国同意的。

（五）“永久”与“租借”

从以上分析我们知道，条约“地位条款”是将澳门“永租”给了葡萄牙。这与明示确定期限的其他租地条约相比是有所不同的。

在缔约过程中，英国律师霍金斯明确地认为：“永久和租赁是矛盾的，法律中并没有这样的名词”。但最后的条约并未解决这个矛盾。

笔者认为，“永租”中只有可分解出来的“租借”一词是法律词汇；“永久”一词与该条约第一款中“永远敦笃友谊和好”一句中的“永远”一词一样具有一种表达诚意的修饰作用，并无法律上的严格含义。

其实，这与在该条约之后不久缔结的中国各租界的条约相比较，实有大同小异之处。例如1897年12月9日的《汉口俄租界购地条约》、1898年7月16日的《汉口日本专管租界条款》、1898年8月18日的《沙市口日本租界章程》等约，都使用了“永租”字样。它们的含义在本质上与其他租界、租地条约中的租借并无差别。列举的这3块租界分别于

《草约》，页92。

迈尔斯：《中外条约》（W. F. Mayers: Treaties between the Empire of China and Foreign Powers. Shanghai, 1902 4th Edition），页157。

《草约》，页95。

李浩培：《条约法概论》（法律出版社，1987年版），页264。

金登干致赫德函，1887年1月20日，第1563号函，见前注《中国海关密档》，卷3，页1233～1234。

王铁崖编：《中外旧约章汇编》，页728、788、791。

1924 年、1945 年、1943 年被中国收回或由外国交还。

基于租赁的法律性质,即中国仍然拥有主权及由此产生的处分权,加上中葡条约规定葡方承担不得割让(实指永居权)的义务,中国可以在适当之时结束租借,收回治权。

永租绝非不可变更,这在当代亦有例可证。1903 年 11 月,美国与新独立的巴拿马共和国缔结了《关于开凿通洋运河的条约》。据此,美国取得运河开凿权和对运河区的永久租让权。二战后,巴拿马人民要求收回运河主权的呼声日益高涨;1977 年 9 月巴美签署新的《巴拿马运河条约》,取代了所有以前的两国缔结的有关条约,并在承认巴拿马共和国对运河区拥有领土主权的基础上对运河的有关事务做了安排,还规定从 2000 年 1 月 1 日起巴拿马政府将单独管理和经营运河,负责运河的防务。

可见在主权归属问题上,永租与有期限确定的租借是完全相同的。永租仍然是租借,是一种特殊的租借。

(六)“地位条款”是否附加条件

在“地位条款”的理解上,学者中有一问题存在争议,那就是有关条款规定之间的关系问题。

其一,条约中关于协助鸦片征税之第四款与“地位条款”的关系。

第四款规定:“大西洋国坚允,在澳门协助中国征收由澳门出口运往中国各海口洋药之税厘,其如何设法协助并助理久长,一如英国在香港协助中国征收由香港出口运往中国各海口洋药税厘无异,其应议协助章程之大旨,今另定专约,附于本约之后,与本约一体遵行”。

中国学者梁嘉彬、谭志强认为:“葡国得到这种权利(永租权)也不是没有条件的,绝对永远保留得住的,而是要履行义务亦即协助中国征收鸦片烟税才能保持的”。

笔者认为,该约中涉及到的两国间的权利、义务事项非止“地位条款”相关条款这几项,如果唯独把葡国租借澳门之权与协助中国征税义务放到一起,说后者的实现是前者成立的必要条件,这是缺乏根据的。以“和好通商”为名的整个条约并没有这样的意思表示。诚然,争得葡国当局的征税合作是缔约的动机和起因,条约中的权利与义务也应当对等,但至少上述意见在表述上是不妥的,正确的表述应当是:中国对澳葡当局征税合作的需要乃是缔结条约的情势之一;当中葡两国都相继禁止鸦片贸易,作为缔约基础的情势有所改变,条约的效力则应重新审视,如其失效,则“地位条款”失效。

其二,勘界条款是否属于附加条件。

条约的第二款规定:“前在大西洋国京都里斯波阿所订预立节略内‘大西洋国永居管

见费成康《中国租界史》(上海社会科学院出版社,1991年版),页428、429、411。

王铁崖主编:《国际法》(法律出版社,1995年版),页234~235。

王铁崖编:《中外旧约章汇编》,页523。

梁嘉彬:《通论澳门在历史上条约上的地位》,收入包遵彭等编《中国近代史论丛——边疆》(台北正中书局)第2辑第7册,1969年,页142~143;见谭志强:《澳门主权问题始末》,页194。

在国内法的民法中,附条件的民事法律行为是指在民事法律行为中指明一定条件,把条件发生或出现作为该行为效力发生或终止的根据。参见李由义主编《民法学》(北京大学出版社,1988年版),页122。

理澳门”之第二款,大清国仍允无异。惟现经商定,俟两国派员妥为会订界址,再行特立专约。其未经定界前,一切事宜俱依现时情形勿动,彼此不得有增减、改变之事”。

该款涉及两个问题。首先,抛开其他不谈,仅就界线未勘而言,对于葡国对澳门的租借权利在法律上有何影响,这将在后文中论及。其次,也是这里要讨论的,此款是否意味着勘界、约定界之后,中国对葡萄牙永租澳门的允诺才生效?

谭志强对此问题持肯定意见,他认为:“由于‘澳门及属澳之地’的范围一直无法划定,《中葡和好通商条约》中有关葡国可以‘永居管理’的条文,也是从来未曾完全生效的。所以中葡双方达成且生效的条文,只是‘其未经定界以前,一切事宜,俱依现时情形勿动,彼此均不得有增减改变之事’而已。”因此,“葡国不但澳门的主权没有取得,连管理澳门的权利都是有问题的”。这显然是把勘界订约作为永租生效的附加条件了。遗憾的是,上述意见并未展开论证。

回顾缔约过程,其实,拟订条约期间,围绕澳门划界问题,中葡双方有过激烈斗争。清政府总理衙门在《总署奏葡约现有成议谨陈办理情形折》中说:“惟界址一层,从前久经含混,刻下若欲与之划清,势必彼此争执,终归罢议”。因此主张采取所谓“急脉缓受之策”,“于约内言明澳门界址,俟勘明再定,并声明未经定界之前,不得有增减改变之事”。可见勘界条款并未有作为附加条件的意思。

诚然,条款中“专约”、“一切事宜”、“现时情形”、“改变”几个词含义不甚明确,但从缔约后的交涉及官方主张看,尚得不出结论说它们不是指有关勘界事项本身。在此种情况下,下结论说勘界条款属于附加条件,笔者认为不妥。

缔约后中葡划界之争的法理分析

(一) 划界之争的法律意义

1887年中葡《和好通商条约》缔结以后,澳门的水界与陆界(当然指居住与管理界线)的勘定,成为一段时期里中葡关系相关事件的核心。这正是条约第二款有关勘界规定遗留下来的问题。澳葡方面进行了一系列的扩张活动,并不惜使用武力。突出事件有“路环血案”等。

1907年7月15日中葡开始举行勘界谈判,却未成功。后来里斯本爆发革命,推翻帝制,成立共和国;中国则爆发了辛亥革命,一举推翻清政府,建立中华民国。社会动荡之

谭志强:《澳门主权问题始末》,页196,327~328。

《清季外交史料》,卷73,转引自黄鸿钊《澳门史纲要》(福建人民出版社,1990年版),页191。

路环,是位于澳门南面8公里海上的一个小岛,岛上约有1900人,多以打鱼为生。1910年5月,广东新宁县有十几人被路环匪徒掳去,关禁勒索。陈姓事主向澳督马葵士请求救人。早对路环抱有侵占野心的澳门葡人,遂以“剿匪”为名,派兵进攻路环。激战了近一个月,于8月4日登上该岛。由于战况激烈,岛上居民死伤数以百计。“剿匪”过后,葡军却未撤退,而是真正占领了整个路环。有关史实存有争议,一般中国的澳门史专家对路环村民是否盗匪颇有怀疑,澳门学者郑炜明的考证认为这些盘踞路环的匪徒,的确是林瓜四、林瓜五领导的海盗。见郑炜明《清末(澳门)路环海盗及其与同盟会之关系》,载《濠镜:澳门社会科学学报》,1988年9月第4期,页88~89。

际,澳门划界谈判中止。

首先,1887 年中葡《和好通商条约》缔结以后,中葡双方一直未能按第二款规定完成划界、达成协议。这在法律上有何意义?

杨里昂(音译)从地位条款形同“领土割让”这一错误认识出发,强调说:“从法律角度来讲,尽管原则上确认了让与,澳门仍处于现状之中。自 1887 年条约起毫无变化,因为这一条约的待执行条件从未具备”。

谭志强认为:“占有物标的物范围不明,中葡两国能够承认的只是葡国实际上占领土地的现状,暂时不应更动而已。……一八八七年以来葡国在澳门行使的‘永占权’,却一直只是一种‘不完全的占有’或‘未完全生效的占有’。‘占有’的前提是一个边界明确的‘标的物’,可是,这个‘标的物’(澳门及属澳之地)却一直未明确划分出来,法律上只是一个模糊的存在”。

前文已述及,条约中有关勘界规定并非葡国获得澳门权利的附加条件,那么,勘界未定,在法律上是否致使这种租借权利难以成立?

葡萄牙学者萨安东对上述两学者的观点不屑一顾,一言以蔽之:“未勘界并不一定意味着以某一地区为内容的公约或协定不具效力”。

笔者认同萨氏的观点。人们熟知的一个国际法知识是:国际法并未规定一个国家领土的界线必须是明确划定,有不少国家的国界线是有争议的;而国家领空的高度界限,至今在法律上也是模糊不定的。当然,中葡条约中讲的划界是澳葡永居管理界线,并非国界。但此界线未划定,笔者认为并不能否定条约给予葡国对澳门的租借权利的存在。更何况第二款中已规定定界以前,“依现时情形勿动”(“现时情形”指缔约时的澳葡管治界线),因此严格按条约来说,也不存在租借权利行使的障碍。

其次,笔者倒是认为,葡澳当局违反条约义务,不断扩张居住、管理界限,公然粗暴侵犯中国主权,才是从根本上动摇了该条约以及葡人据此条约而享有的租借权的效力。

葡方不但没有在划界完成前“依现时情形勿动”,反而大肆扩张,并动辄以拥有主权为论,欺骗、讹诈、强取,甚至勾结他国,以武力侵略。纵然如同今日葡人的下述辩护即攻占路环是为了赶走海盗,维持岛上治安和居民的生命财产,是受岛上居民的“邀请”,葡澳占领路环亦无法律根据。首先,即使他们剿灭中国海盗合法,亦无理由在剿清匪徒后霸占中国的土地;其次,“邀请”他们的居民即使有也只是一小部分,更不能代表中国政府,况且案后,广东各界人民纷纷遣责澳葡当局滥杀无辜,霸占国土。

杨里昂:《中国租借地》(巴黎,大学出版社,1929年),页13。

谭志强:《澳门主权问题始末》,页195~196。另外该书中说:“澳门大学讲师郑炜明指出,从‘澳门及属澳之地’一直没有划清,可证明澳门主权不可能已割让给葡国”。循注查阅《中国边疆史地论集》(黑龙江教育出版社,1991年版),页447~460郑炜明相关文章,却无论如何也总结不出这个观点来,深为疑惑,恐是误解。

萨安东:《一八八七年葡中和好通商条约中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法第292条第1款重阅心得》,载澳门《澳门法律学刊》,卷3,1996年第2期,页40。对此,萨安东并未加以论证。

王铁崖主编:《国际法》(法律出版社,1995年版),页66~67。

学者郑炜明这样分析:侵略,通常是指一国为实现对别国的要求而试图以使用武力来达到改变事态的目的的行为。这种意义上的侵略的客观条件,包括:1. 使用武力。2. 首先使用武力。3. 企图使用武力达到改变事态的目的。葡萄牙人在霸占路环一案中扮演的角色,完全符合上述3个条件,不折不扣是个侵略者。而侵略的行为是不容辩护的,不论是以政治性、经济性、军事性或其他性质的理由。这种分析虽然适用的是现代国际法标准,不无不妥,但至少说明葡澳当局的行为属于一种严重的违约。我们注意到,1899年和1907年两个海牙《和平解决国际争端公约》都规定各国应尽量用和平方法解决争端。

1969年联合国《条约法公约》第六十条规定:“双边条约当事国一方有重大违约情势时,他方有权援引违约理由终止该条约,或全部或局部停止其施行”。这是公约对国际法上“对于不履行者不必履行”原则的编纂,它被前常设国际法院法官安齐洛蒂称为“文明各国所承认的一般法律原则之一”。1870年10月沙俄针对1856年《巴黎条约》、1925年秘鲁针对1883年《智阿和平条约》,都据此主张单方面废约或免除有关条约义务。

关于澳门地位的中葡条约第二款乃是该约的核心内容(从条款所排顺序可见一斑),而葡方严重侵犯、僭越中国主权,违背了中方租借澳门“因愿信敦友谊俾永相安”的订约宗旨,因此系严重违约,动摇了该约的效力基础,中方已拥有了单方面废止该约之权。

(二) 关于时效问题

在勘界谈判中,葡方代表一再主张“久占之地,即有主权”。这是中葡早期交涉乃至今天不少葡人所持的一种主张在澳主权的论调,其所谓的法律根据便是领土的时效取得。

国际法上时效的概念是指:一国对他国领土进行长期占有之后,在很长时间他国并不对此提出抗议和反对,或曾有过抗议和反对,但已经停止这种抗议和反对,从而使该国对他国领土的占有不再受到干扰,占有现状逐渐符合国际秩序的一种领土取得的行为,而不论最初的占有是否合法与善意。

国际法上的时效概念不同于民法上的时效概念。除不以善意为前提以外,其确立所有权的时间也是不确定的,取决于个案情况。另外,时效在国际法实践中并不能单独成为一项法律原则,其适用在很大程度上取决于某一特定情势的事实的评价,并且需要与其他领土取得的因素如默示、禁止反言等一并加以考虑。时效原则并没有为大部分学者所接受,也没有哪个判例专以时效原则裁决。

郑炜明:《葡萄牙人占有 仔路环二岛的经过》,载《濠镜:澳门社会科学学报》,1990年7月第6~7合刊,页35~36;作者参考了日本国际法学会编:《国际法辞典》(中文版,世界知识出版社,1985年版),页678~680。

李浩培:《条约法概论》(法律出版社,1987年版),页722。

同上书,页552。

同上书,页553。

王铁崖编:《中外旧约章汇编》,页522。

王铁崖主编:《国际法》(法律出版社,1995年版),页237;陈致中编:《国际法案例选》(法律出版社,1986年版),页35。谭志强在论及此点时强调,澳门在葡人入居前并非无主地,有关事实系葡人以武力取得,显示其对时效概念的理解有所偏差。

端木正主编:《国际法》(北京大学出版社,1989年版),页132。

时效取得对澳门是不适用的，其理由如次：

1. 在葡萄牙人入居澳门(1553 年)前,中国至少已在此地和平、连续、有效地管理了 402 年(香山县设治于 1152 年)。澳门在当时就有守澳官、市舶所,主权在于中国。

2. 1849 年之前,葡人一直向国民政府缴纳地租,仅享有有限的自治权,而此后葡国以武力所取得的仅是一种治权,这种治权在 1887 年条约中以租借形式得到法律承认,但绝非主权。缔约之前以及以后,中国政府不但从未放弃澳门主权,而且不断主张主权,抗议澳葡当局对中国在澳主权的侵犯。不仅清政府如此,以后的历届中国政府均持此一贯立场。

也正因为如此,葡萄牙处心积虑,欲以在澳管治时间的延续来谋求领土权益的梦想只能幻灭。

中葡《和好通商条约》的废除及其效力

1928 年 2 月 6 日,中国北洋政府电令驻葡公使王廷章,在为期 10 年的中葡条约第四次期满之际,向葡国声明召开双方会议,改订相互平等的新约。同年 6 月,国民军占领北京。7 月 7 日,国民政府宣布已满期的不平等条约无效,另订新约;未滿者应行重订;旧约期满,新约未定者,依临时办法处理。7 月 10 日,国民政府外交部照会葡驻华公使毕安琪,中葡条约于 1927 年 4 月 28 日期满失效,从而正式废除了该约。由于 8 月 2 日毕安琪在复照中否认条约的失效,因此,该条约的废除属于中国政府单方面的废除。

1928 年 12 月 19 日双方签署的中葡《友好通商条约》以及 1947 年 4 月 1 日中国外交部长与葡萄牙公使就废除领事裁判权进行的换文,都回避了澳门问题。

“约定必须遵守”这是国际法上的一项古老原则,意思是合法的有效的条约必须严格遵守。但是,不平等条约则因为其非法性而成为该原则的例外。在中国的条约实践中,不平等条约有两个特征,它是武力使用或威胁所强加的,而且是违反国家主权和平等原则的;中华民国政府以及后来的中华人民共和国政府都认为包括 1887 年中葡条约在内的不平等条约是自始就根本无效的。

由于国际法的时际法问题(即有关的法律原则、规则对具体个案是否可以适用的问题)以及早期国际法体系及其原则、规则被认为主要适用于西方基督教“文明”国家间的关系之上(而中国被认为不是“文明”国家)这种情形,要从法理上具体论证不平等条约的自始无效,是非常困难的。结合中葡条约的具体实践,笔者认为,退一大步讲,作为不平等条约的中葡条约是可以废除的;对该约来讲,就条约的废除进行法理分析因其废约的实践

有关史实资料可参见刘羨冰《1553,1894:澳门历史上两个值得重视的年份》,载澳门《文化》杂志,1994 年第 19 期,页 153~155;吴小宇:《澳门历史上的行政管理》,载澳门《行政》杂志,1996 年第 4 期,页 1179。

谭志强:《澳门主权问题始末》,页 209。

参见《王铁崖文选》,页 396~400。

见陈体强《中华人民共和国和国际法》,载《达尔豪斯法律学报》1984 年第 8 卷,页 161。

与争议而具有实际意义。

1928年中国国民政府废除1887年中葡《和好通商条约》是否有效呢?多数中国学者认为,此后,该约即已失效,葡萄牙对澳门的管治失去了法律根据。一些葡国学者甚至官员及个别澳门学者则认为,由于葡国公使复照否认,后来的谈判又回避了该问题,所以葡萄牙得以在澳门按1887年原约管理至今。

从国际法看,1887年的条约属于不平等条约,是非法的、可以单方面废除的。

首先,至为明显的是,该条约违反了主权平等原则。主权原则是国际法最早产生的原则之一,是国际法的基石。17世纪的威斯特伐利亚公会、1920年建立的国际联盟,直至今天的联合国,都对主权平等原则进行了肯定。中葡条约对该原则的违反表现在:

(一)从条约的内容上看,缔约双方的权义分配是极不均衡的。葡萄牙通过条约,一方面向中国攫取了西方列强侵华造成的所有不平等权益,即通商、司法、政治等方面的特权,包括单方面的领事裁判权、片面的最惠国待遇等;另一方面又得到了中国澳门的永租权。而它所负的有实际内容的义务仅是协助中方缉私鸦片。条约内容上的不平等是违反主权平等原则的直接表现。

(二)从条约缔结过程来看,该条约属于强迫和干涉的产物。表面看起来,中葡之间当时并未有战争发生,但实际情况是当时的清政府正面临西方列强掀起的旨在瓜分中国的边疆危机,大国直接由武力获取权益,而小国则“利用机会向中国榨取,它们有大国的支持”。葡萄牙虽然国力已衰,但仍属于殖民者的行列;而清政府则是腐朽之封建王朝,备受凌辱,任人宰割。尤其是1882年~1885年的中法战争更使澳门有落入更具危险性之侵略者手中从而使侵略更甚的危险。在列强压榨下的清政府财力拮据,在缉私、收税问题上,港英当局借机要挟,控制中国海关的英人赫德施以诱迫,于是清廷才以征税、缉私为名与葡国签约,兼以换得澳门不被易手之保障。可见,战争及武力的威胁是存在的。强迫的因素不容忽视,它是违反主权平等原则的重要原因。

该条约又是在以英国人赫德为代表的外籍官员的直接操纵和影响下达成的。虽然赫德、金登干曾是清政府委派的代表,但他们处处考虑的不是中国的利益,而是大英帝国的利益,为此他们又为葡国利益着想,而不惜牺牲中国权益。他们的所做所为基于以下目的:1. 使澳门由葡萄牙掌握而不落入法国或其他同英国进行殖民竞争的国家手中,并保障港英当局的贸易地位。2. 夺取澳门地区常关税厂的征税权力,征收大量的鸦片税厘,从而利用海关不断增加的税收,支援清廷日益紧迫的财政需要,以加强海关对清政府的影响力,进而控制清朝统治者,使其为英国利益服务,即加强干涉能力。3. 谋求赫德的私利。总理衙门曾有约章,海关每年征收的关税超过1500万两,总税务司每年可加薪俸70万两;缔约时海关每年已收1400万两左右,所以实现鸦片税厘并征、增加关税数百万两

如赵佳楹《中国近代外交史》(山西高校联合出版社,1994年版),页355。

参见萨安东《一八八七年 葡中和好通商条约 中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题——葡萄牙共和国宪法 第292条第1款重阅心得》,载澳门《澳门法律学刊》,卷3,1996年第2期,页40;又如《澳门经济四百年》,页335。

《王铁崖文选》,页317。

后,赫德便可增加巨额薪俸。这 3 个目的是完全一致的。条约是由赫德发起,并由他一手越权秘密炮制了缔约之底稿,由他力主委派并指挥英国人金登干到里斯本谈判缔结草约;当条约遭到普遍反对而濒于破产时,身居幕后的他又极力诱迫、怂恿清政府缔约。在这些过程中,赫德对清政府极尽“连哄带骗”之能事,对葡国则不断地出谋划策。虽然他们曾利用其身分施加影响,在大部分活动中披着合法的外衣,但事实表明,他们的影响使条约更无主权平等可言,也脱不了干涉的嫌疑。

在国际法上,主权平等原则又被公认为属于强行法原则。所谓强行法,是指那些地位高于其他原则和规则、已为国际社会公认的具有最高法律效力的国际法原则和规则。正如 1969 年《条约法公约》第 53 条所规定的:“条约在缔结时与一般国际法强制规律(强行法)相抵触者无效”。一般认为,该条款是对国际社会业已存在的一般法律原则的编纂,所以“可以溯及适用到该公约生效以前任何与国际强行法规则相抵触的条约”;联合国国际法委员会也指出,该条款具有追溯的效力是“不成问题”的。而且,1919 年《国际联盟盟约》被认为是接近肯定强行法规则的国际立法,其中第 20 条规定:

(1) 联盟会员国各自承认凡彼此间所有与本盟约条文相抵触之义务或谅解均因本盟约而告废止并庄严保证此后不得订立此类协议。

(2) 如有联盟任何一方会员国未经加入联盟以前负有与本盟约条文相抵触之义务,则应采取措施以摆脱此项义务。

虽然它未规定会员国间此类条约的无效,却规定了会员国之间对与盟约相抵触的条约进行废除的权利。既然中葡两国同属国联创始会员国,既然盟约为会员国规定了“尊重并保持各会员国之领土完整及政治上独立”的义务,中国就有权在 1928 年为实现领土完整和政治独立而废除 1887 年的中葡条约。这从早期强行法规则的适用(即盟约第 20 条)来看,或者如果站在今天的立场上从主权平等的强行法原则的追溯力(至少追溯到废约之时使该约无效)来看,都是在法律上站住脚的。

其次,国际法上的“事物如恒”原则也为中国废除该约提供了有力依据。事实上,本世纪 20 年代中国与某些国家谈判修约、废约时所强调的也正是“事物如恒”原则。该原则的

由于赫德的特殊的身分,在中国历史上复杂的作用,对他个人及其行为的评价并非易事,学者中亦有不少分歧。参见邱克《英人赫德与中葡交涉史料》,载《岭南文史》1987 年第 2 期,页 57;司马富:《赫德与中国早期近代化》,载《近代史研究》1989 年第 6 期。但本人倾向于认为在中英利益发生冲突时,赫德是为英人服务的。自苏伊士运河开通以后英国就把地中海视为生命线,而葡萄牙的地理位置正是地中海西口的咽喉孔道。英国为了控制地中海的交通,特别是为了巩固直布罗陀的战略据点,与葡萄牙保持同盟关系,遂成为英国的基本外交政策。而葡萄牙也只有靠英国的支撑才能保护它的殖民利益不被其它强大的国家夺去。澳门靠近香港,替葡国争得条约,也巩固了英国的势力范围。参见介子编《葡萄牙侵占澳门史料》(上海人民出版社,1961 年版)。笔者认为,英国的这种国家利益,主要是通过赫德、金登干实现的。

引自《条约法概论》,页 720。

张潇剑:《国际强行法论》(北京大学出版社,1995 年版),页 120~121;见《条约法概论》,页 299~303。

《条约法概论》,页 292。

盟约第十条,引自王铁崖、田如萱编《国际法资料选编》(法律出版社,1986 年版),页 853。

含义是:缔结条约时存在一个假设,即以缔约时所能预见到的情况不变为条约有效的前提,一旦情势发生变化,缔约国便有权终止条约。这项原则在当代即体现于1969年《条约法公约》的第62条当中。该条款被国际法院评价为“在许多方面可以视为关于由于情况变更而终止条约关系问题的现有习惯法的编纂”。在实践中,不论是外交条约或国际法庭判决,都曾承认这个原则。19世纪70年代沙俄单方面解除《巴黎条约》黑海中立化条款、1908年奥匈帝国违反《柏林条约》兼并波斯尼亚和黑塞哥维那等都引用了此项原则。

就中国而言,国际法学家菲德罗斯指出,“国际法上权利完全平等的中国是国际联盟的创始会员国”,“中国的参加第一次世界大战,使它能在以后废除租借条约”。此时,不仅由外国协助中国实行鸦片税厘并征的缔约基础不复存在,而且整个国际社会亦发生了变化。葡萄牙自己也曾于1922年在《九国公约》上签字,承诺尊重中国的主权、独立和领土完整。因此,按照“事物如恒”原则,情势既已变更,终止该不平等条约就是理所当然、于法有据的;而且正如《条约法公约》第六十二条所规定的,缔约方可以单方面废约,而不一定要得到对方的同意。

另外,前文已经述及,葡萄牙方面所进行的严重违约行为亦从根本上动摇了中葡条约的效力,亦是中方废约的有力依据。

综上所述,中国国民政府1928年7月10日单方面宣布废除1887年的中葡《和好通商条约》是符合国际法的。

因此,之后葡萄牙对澳门的占领就丧失了条约的根据。它在中国的领土上所行使的治权,在事实上得到了中国政府的默许,而在法律上却没有任何依据,中国有权在认为适当的时候将其收回。

历史遗留问题的解决

1987年4月13日,中葡两国在北京正式签署《中葡关于澳门问题的联合声明》(下略)

见《条约法概论》,页622~623。

《国际法院报告》,1973年,渔业权管辖案,第36段,转引自《王铁崖文选》,页402、403。

见《条约法概论》,页536~546。

〔澳〕阿·菲德罗斯等著、李浩培译:《国际法》(上)(商务印书馆,1981年版),页105~106。

1887年中葡条约第四十六款规定:“此次新定税则并通商各款,日后彼此两国再欲重修,以十年为限;期满,须于六个月以前先行知照,酌量更改,若彼此未曾先期声明更改,则税课仍照前章完纳,复俟十年,再行更改,以后均照此限此式办理,永行弗替。”可见,严格来说条约规定的是修约期限,而且似与规定永租权的地位条款无关。国际法学家周鲠生认为:“从条约上说,有的租借地尚未满期,然而‘情势变迁,条约解除’之原则,对于一切条约都适用”(武汉大学法学院国际法所编:《周鲠生文集》,武汉大学出版社,1993年版,页67)。可以说修约期满,只是废约的一个契机,而非必要条件。现在有的论述的提法为:1887年中葡条约有效期十年(如《澳门经济四百年》,页115);这种说法其实不当。在国际法学界类似的错误曾普遍发生在对《南极条约》修约的期限的认识上,见王铁崖主编《国际法》(法律出版社,1981年版),页162;梁西主编:《国际法》(武汉大学出版社,1993年版),页151等。

作《联合声明》),澳门问题终于得到解决。为贯彻实施《联合声明》,1993 年 3 月 31 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》下略作《基本法》。

《联合声明》和《基本法》对澳门作为中国领土的一部分的法律地位做了明确的规定。《联合声明》将澳门问题称为“历史遗留下来的问题”,《基本法》也仅在序言中提到澳门“自古以来就是中国的领土,十六世纪中叶以后被葡萄牙逐步占领”。二者对葡萄牙侵占澳门的具体史实、葡萄牙管治澳门的权力性质,尤其对 1887 年中葡《和好通商条约》及其效力未做任何提及。

对此,葡萄牙学者萨安东批评道:《联合声明》缺乏这类文件对所涉问题及其严肃性所要求的术语的准确性;有必要对所有权的划分或领土“主权”及“属地优越权”进行概念分析。正是在这上一点上“《联合声明》的条文和阐述是十分欠缺的”。

其实,这勿宁说是中国外交的务实与灵活,只要准确界定了澳门的法律地位,以及中国恢复行使主权的权利,大可不必拘泥于有关史实的评价、具体的法律概念的推演和论证,从而可以减免争执、节省精力、增加效率。当然,这也无疑给学者们留下了广阔的思维空间。

至于说为什么在法理依据十分充足有利的情形下,中国政府在 80 年代中期才开始谈判解决澳门问题并要等到 1999 年才最终恢复行使在澳主权,这就涉及到一个现实社会对国际法的作用的认识问题。笔者认为:国际法是外交办案成功的必要条件,即没有国际法绝对不行,仅依靠国际法不一定可行。外交抉择与行动不仅要有法律角度的考虑,还要受国际环境、国家意识形态、政治、经济及军事等因素的综合影响。而国际法本身与国家实力、国家利益、意识形态、文化传统等也是密切相关的。

(作者是北京大学法学院国际法专业硕士学位获得者,通讯暂由本刊转)

引自杨静辉《澳门特别行政区基本法 100 问》(江苏人民出版社,1994 年版),附录。

萨安东:《一八八七年 葡中和好通商条约 中有关葡萄牙在澳门主权议题诠释问题 — 葡萄牙共和国宪法 第 292 条第 1 款重阅心得》,页 59。

见李鸣《关于新的国际法法理的探讨》,载《改革与法制建设》(光明日报出版社,1989 年版),页 682 ~ 693。