

郑观应国际法观述评

——以《盛世危言》为视角

莫万友

(电子科技大学 中山学院, 广东 中山 528403)

摘要: 通过对近代国际法的深刻理解与认识, 郑观应在《盛世危言》的《公法》、《通使》和《条约》篇中比较系统地阐述了有关国际法的基本理论、外交及领事关系法和条约法的观点。这些颇有见地的国际法观对国际法在中国传播和普及产生深远影响, 对于中国嗣后的国际关系实践奠定了理论基础。

关键词: 郑观应; 国际法; 《盛世危言》

中图分类号: D 99

文献标识码: A

文章编号: 1672-6219(2012)04-0074-05

《盛世危言》是晚清一部震撼朝野的煌煌巨著, 是郑观应以一生的心血谱写的纲举目张的变法大典^[1]。这部著作的核心观点是富强救国, 涉及社会改革的内容非常广泛, 包罗万象, 其中国际法观是重要内容之一。《盛世危言》中的《公法》、《通使》和《条约》篇比较系统地阐述了有关国际法的基本理论、外交及领事关系法和条约法的观点。

一、国际法的基本理论观

1. 国际法的概念

就国际法的概念而言, 郑观应认为, “公法者, 万国之大和约也”^{[2]59}。从这个概念可以得出: 国际法的主体是主权国家, 即“万国”; 国际法的表现形式是国家之间缔结的协议即“和约”; 国际法的效力范围是整个国际社会。严格地来说, 国际法的基本主体是国家, 派生主体是国际组织, 过渡主体是争取独立的民族。由于当时的历史背景, 郑观应忽略了国际组织和争取独立的民族这两种主体。根据现代国际法原理, 国际法的表现形式包括国际条约和国际习惯, 此外, 通常认为包括一般法律原则、司法判例、国际法学说和重要国际组织的决议。郑观应只是指出了和约这一最为重要的表现形式。和约分为一般和约和特别和约。一般和约主要是指包括各主要国家在内的多数国家(甚至几乎所有国家)参加的普遍性条约, 这种

和约是有关确立(或更改)一般国际行为规范的所谓造法性和约。

特别和约主要是指两个或两个以上少数国家缔结的和约, 这种和约是就特定事项规定缔约主体间具体权利和义务的所谓契约性条约。郑观应当时所认识到的和约也许仅仅限于一般和约。根据法的一般原理, 法的效力取决于法的表现形式, 例如国际习惯的效力范围涉及到整个国际社会。和约通常只能约束其缔约国, 而对非缔约国无效, 即使是大多数国家参加的造法性条约。就非缔约国而言, 其所以承认这种造法性和约为一般国际法的表现形式, 乃是因为这种条约所包括的规范, 有些也许原来就是国际习惯法, 有些则可以通过包括非缔约国在内的各国实践而成为国际习惯法, 因此造法性和约对整个国际社会产生普遍的效力^[3]。由于郑观应当时所认识到的和约也许仅仅限于一般和约, 因此他认为国际法的效力及于整个国际社会。郑观应还指出国际法存在有一定的社会基础, 即“夫语言文字、政教风俗固难强同, 而是非好恶之公不甚相远, 固有通使之法, 有通商之法, 有合盟、合会之法。”^{[2]59}

此外, 郑观应认为国际法的基本精神是“夫各国之权利, 无论为君主, 为民主, 为君民共主, 皆其所自有, 他人不得侵夺。良以性法中决无可以夺人与甘为人夺之理, 故有均势之法, 有互相保护之法。国无大小, 非法不立。”一再强调国际法扶助弱者、万邦公法

收稿日期: 2012-03-23

作者简介: 莫万友, 男, 电子科技大学中山学院副教授, 国际法学博士。

的特点。

2. 国际法的实施

国际法的实施是指国际法在国际社会中的实现,它使国际法规范从应然状态进入实然状态,变成国际法主体的具体行为。国际社会没有凌驾于国家之上的司法和执法机关来强制实施法律。一般国际法由于是分散的,具有原始法律的性质。原始法律的特征:它没有设立特殊的立法、司法或行政机关,而把有关职能交给各主体,即法律共同体的成员^[4]。国际法的实施不能依赖于某个超国家的机构,而只可依赖于国际法主体本身,主要是国家和国际组织。国家在有限的情况下实施的自助、断绝外交关系、贸易禁运、冻结财产、中止履行条约等方式,国际司法机构的判决及其执行,《联合国宪章》第7章规定的执行行动,都是国际法强制实施的方式。国际法的制定和实施不依赖于超国家的强制力这一特点,既在某种程度上决定了国际法的“弱法”性质,也为大国、强国主导或危害国际法的制定、实施提供了可乘之机^[5]。

郑观应认为国际法能够被遵守的一个重要因素在于国家实力相当,“盖国之强弱相等,则藉公法相维持;若太强太弱,公法未必能行也。太强者,如古之罗马,近之拿破仑第一,虽有成有败,而当其盛时,力足以囊括宇宙,震慑群雄,横肆鲸吞,显违公法,谁敢执其咎?太弱者,如今之琉球、印度、越南、缅甸,千年旧国,一旦见灭于强邻,诸大国咸抱不平,谁肯以局外代援公法,致启兵端?”^{[2]60-61}因此,郑观应最终得出这样的结论,一国只有发奋图强,壮大自身实力,才有可能从国际公法中获取实际利益,倘若不能改革图强,而始终积弱不振的话,那么,“虽有百公法何补哉?”。因此,郑观应认识到国际法实施的“脆弱性”即“公法仍凭虚理,强者可执其法以绳人,弱者必不免隐忍受屈也”,从而提出清政府必须变法以求自强,只有国力强盛才能真正受到国际法的维护。

3. 国家主权平等原则

国家主权平等是传统国际法的一项重要原则。无论是《联合国宪章》还是其他有关国际法原则的文件,均列有国家主权平等原则,甚至将它列为各项原则之首。这一原则是现代国际法基本原则体系的核心。国家主权包括两个方面的内容:一是对内的最高权,即国家对其领土内的一切人和物以及领土外的本国人享有属地优越权和属人优越权;二是对外的独立权,即国家在国际关系上是自主的和平等的。因此,在国际法中,每个国家不论大小,强弱和政治经济制度如何,都应相互尊重主权,平等交往^[6]。

郑观应明确表达了国家主权平等的观点。他认

为,国家主权是每一国家所固有的,并非外界所赋予。在国际法上是指国家有权独立自主地处理其内外事务的权力。各国“夫语言文字、政教风俗固难强同”,但都是国际社会平等的成员,即“彼此自视其国为万国之一,可相维系而不能相统属者也。”“彼遵此例以待我,亦望我守此例以待彼也。”“夫各国之权利,无论为君主,为民主,为君民共主,皆其所自有,他人不得侵夺。”“税饷则例,你本由各国自定,客虽强悍,不得侵主权而擅断之。”^{[2]59-61}

郑观应在坚持国家主权平等原则的过程中,坚决反对领事裁判权。所谓领事裁判权是指一国领事根据不平等条约享有的按照其本国法律对其本国侨民行使司法管辖的片面特权。领事裁判权制度严重侵害了中国主权。开始于中英《五口通商章程》的领事裁判权及后来的会审公廨制度,严重地限制了中国的司法主权^[6]。“外人在我国旅居,不隶我国治下,只受彼国公使、领事所辖,一如在本国然”^{[2]72}。“遇有杀伤交涉案件,华官以华法治华人,抵命之外,更断偿银;西官以西法治西人,罚锾之数且从轻减。如华官稍持公论,执公法条约以争,西官即回护故纵,并薄罚而不加。此尤事之大不平者也。”^{[2]63}虽然郑观应坚决反对领事裁判权,但是由于当时的清朝政府软弱无能,直到1949年新中国成立之后,西方国家在中国的领事裁判权才被彻底取消。

4. 国家的基本权利

国家的基本权利是指国家固有的或当然享有的权利,正如周鲠生所指出的,“国家的基本权利在本质上是和国家主权不可分的;基本权利就是从国家主权引申出来的权利。国家既有主权就当然具有一定的基本权利,否认一国的基本权利就等于否认它的主权。”^[7]根据一般国际实践,国家的基本权利可以概括为以下四项:独立权、平等权、自保权和管辖权。

独立权是指国家按照自己的意志处理本国对内对外事务而不受他国的控制和干涉的权利。就独立权而言,郑观应例举了征收税款一事,指出“厘捐一事,中国既为自主之国,其如何征收应听自便,如他国前来干预阻碍,实不能谓之公允”。郑观应的国家主权平等的观点包含了国家的平等权。自保权是指国家保卫自己生存和独立的权利,包括以下两个方面的内容:一是指国家有权使用自己的一切力量,进行国防建设,防备可能来自外国的侵犯;二是指当国家遇到外国的武力攻击时,有权行使单独或集体的自卫。就自卫权而言,郑观应没有直接提到,只是提到国家强大了才能在国际社会占有一席之地,才不会遭到其他国家的侵略。管辖权主要是指国家对其领域内的

一切人(享有豁免权者除外)、物和所发生的事件,以及对在其领域外的本国人行使管辖的权利。对此,郑观应指出,“管辖一事,条约内不规管辖之条,非准由洋人将华民应遵之章任意违背,至于领事官既有审鞠之权,则应委派实授官员充当此职,不应以商人代充。均沾一节,此国请沾彼国所得之益,则应同彼国所遵之章。教务一节,中国界内只有中国官员可以管理中国百姓,事属平常。”^{[2]170}

5. 国际法律责任

国际法律责任是指国际法主体对其国际不法行为或国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果所应当承担的法律义务或法律后果。引起国际法律责任的行为既包括国际不法行为,也包括国际法不加禁止的行为;国际法律责任意味着行为国承担相应的法律义务或接受相应的法律后果。国际法律责任的形式包括:赔偿、限制主权、恢复原状和道歉。郑观应主要谈及了国际法律责任的几种形式。一是赔偿,“勒为通商条例,会立盟约,世世恪守,有渝此盟,各国同声其罪。视其悔祸之迟速,援赔偿兵费例,罚缓以分劳各国”。二是限制主权,“若必怙恶不悛,然后共灭其国,存其祀,疆理其地,择贤者以嗣统焉。”^{[2]160}

二、外交和领事关系法观

郑观应作为一名商人,素来重视公使和领事在国际交往中的作用,因而在《盛世危言》的《通使》篇中从国际法的角度全面阐述了外交和领事关系法。

第一,明确设置公使和领事的必要性。郑观应认为中国和西方国家之间仅仅签署条约,尚不足以保证国际法能被西方各国所遵守,中国必须学习西方国家,在国外设立公使和领事,以保证中国对外交往的顺利进行。正所谓,“今中国与外洋各国通商立约,和谊日敦,设无使臣联络声气,则彼此之情终虞隔阂,虽有和约,何足恃?虽有公法,何足凭哉?”“迩来中国人民出洋贸易佣工者,年多一年,不可胜计,洋人每肆欺凌,无由伸理,乃仿西例,于各国设公使,于华民寄居之埠设领事。遇事往来照会,按公法以审其是非,援和约以判其曲直,保吾民,御海外,维和局,伸国权。”^{[2]186}

第二,明确区分外交关系和领事关系。领事关系和外交关系的区别主要是:使馆全面代表派遣国,与接受国政府进行外交往来,而领馆通常只就护侨、商业和航务等领事职务范围内的事务与所在国的地方当局交涉;使馆所保护的利益是全面性的,活动范围是接受国全境,而领馆保护的利益则是地方性的,活

动范围一般限于有关的领事区域;领事特权与豁免略低于外交特权与豁免^{[3]268}。对此,郑观应有明确的认识,即“故泰西公例,凡通商各国,必有公使以总其纲,有领事分其任。”“乃仿西例,于各国设公使,于华民寄居之埠设领事。”^{[2]186}但是郑观应没有提到领事官员和外交官员在特权与豁免方面的不同。

第三,明确外交人员和领事人员的职务。根据《维也纳外交关系公约》第3条,使馆的主要职务包括以下五个方面:代表,即在接受国中代表派遣国;保护,即在国际法许可的限度内,在接受国中保护派遣国及其国民的利益;谈判,即与接受国政府办理交涉;调查和报告,即以一切合法手段调查接受国的状况和发展情形,并向派遣国报告;促进,即促进派遣国与接受国间的友好关系和发展两国间经济、文化和科学关系。根据《维也纳领事关系公约》第3条,领事职务主要包括以下七个方面:保护;促进;了解和报告;办理护照和签证;帮助和协助派遣国国民;公证和行政事务;监督和检查。就外交人员和领事人员的职务而言,郑观应提出,“遇事往来照会,按公法以审理是非,援和约以判其曲直,保吾民,御外侮,维和局,伸国权。”^{[2]186}“所驻之国,其官吏有应接见者,固宜交相拜访,洵悉情形。”^{[2]189}“使臣者,国家之耳目也,所驻之国,必知该国之情形。凡陆兵之数,水师之数,库款之所入所出,交涉之何亲何疏,商工船械如何精细讲求”^{[2]186}。“派驻各国领事,岁将该国商务现在一切情形,详报商务大臣。”^{[2]313}

第四,提出外交和领事人员的选派要求。既然外交人员和领事人员的职务十分重要,那么就on应该严格遴选驻外使节。郑观应认为应严格把握驻外使节的选任条件和手段。在选任条件方面,他认为,“中国外部出使各官,必须全用深通西学、深明西例之士,则庶乎其得矣。”他认为选派参赞、领事、翻译、随员等官尤为慎重遴选,必须“识其国言语文字、律例,遇事可以立谈,情意必然相孚”。“参赞必熟悉情形,洞明利弊,始能匡使臣之不逮,而措置不至失宜。翻译、随员,则又使臣之喉舌、手足也。凡事之大者,由使臣亲裁,小者必令其代理,或办署中案件,或与洋人周旋。苟喉舌、手足运掉不灵,必于全身有碍矣。若夫领事一官,关系尤重。华民百万,良莠不齐,小而钱债纷争,大而命盗案件,使臣之不暇顾者,调停审断,皆于领事是资。领事贤,则商民既安,邦交亦日睦。”^{[2]188}

而在具体的选任手段上,郑观应主张“似宜明定章程,毋得滥询私面,援引私亲,必须以公法、条约、英法语言文字,及各国舆图、史记、政教、风俗,考其才识之偏全,以定去取”^{[2]188}。因此,郑观应认为,为了圆

满完成使节职务,使节们应当熟知国际公法和接受国的法律,了解接受国的语言文化、风俗人情、时政历史等内容。

三、条约法观

条约是国际法主体间就权利和义务关系缔结的一种书面协议。条约构成现代国际法首要的渊源,具有法律约束力。但是,历史上,西方殖民主义者正是以迫使中国签订不平等条约为主要手段,强迫中国承担不对等、不公平的法律义务和责任,从而在中国攫取大量政治、经济等方面利益,使中国日益走向半殖民地半封建社会的深渊。在当时的背景下,郑观应对条约提出了以下观点。

一是缔结条约与国家实力的关系。虽然国家在签订国际条约时往往会将共同互利作为条约的一项宗旨写入条约文本之中,但是在历史上有许多国家为了本国获利而凭借条约损害他国利益。通过缔结条约的形式,这种不合国际法的国家行为表面上变得合法化。国家实力在缔结条约时表现为谈判能力,如果缔约双方谈判能力的差距悬殊,那么所缔结的条约的公平性和互利性难以得到保证;如果缔约双方谈判能力相当,那么所缔结的条约的公平性和互利性才有保障。正如郑观应所指出的,“各国初订通商条约,措辞皆言彼此均沾利益,其实皆利己以损人也,骤观之几莫能辨。惟强与强遇,则熟审两国所获之利益足以相当,而后允准,否则不从。若一强一弱,则利必归强,而害则归弱。”^{[2]70}当时的中国国力衰弱,清政府缔结了很多不平等条约,严重损害了中国的利益。

二是缔结条约必须符合国际法。条约必须符合国际法,符合国际法的条约,才是合法的有效的条约,否则条约就不具有法律约束力。1969年和1986年两个条约法公约第2条都明确规定条约应以国际法为准。违反国际法的条约是不平等和无效的条约。以国际法为准,是指以国际法基本原则、1969年和1986年两个条约法公约所确立的条约法的原则和规则以及其他普遍国际法的原则和规则为准。郑观应坚持,国家之间缔结条约必须符合国际法,凡是违反了缔约国自由同意原则,使用欺诈、贿赂和强迫等手段所缔结的条约都属于不平等条约。“厘捐一事,中国既为自主之国,其如何征收应听自便,如他国前来干预阻碍,实不能谓之公允”。郑观应认为征税是主权国家内部的事务,其他国家不能通过条约的形式予以干涉,这是严重违反国际法中的国家主权原则。“两强相遇,其国势稍有等差,即其存心隐有区别。如畏彼

则不得不让利于彼,而归害于我。一时让而时时如斯,一事让而事事如斯,以后他国立约亦以此心相待,而立约遂无平允之日。”^{[2]70}当时,在缔结条约的过程中,西方国家凭借其实力强迫清政府签约,而清政府一味退让,因此清政府签署了一系列的不平等条约。根据国际法原理,这些不平等条约都是不合法的,无效的。

三是条约的修订。针对中国与外国所签订的一系列的不平等条约,郑观应建议在条约期限届满之时,清政府应根据国际法对其中的不平等条约加以修订,“俟届修约之期,照会各国,指明应修改条约,彼此各派洞明商务之使臣,会议妥订,以期彼此有益,而交谊可以永久。”^{[2]73}此外,郑观应提到了修改不平等条约的几条原则以供参考:第一,“税务如何征收,皆系我朝自立主意,外国不得预闻,条约不能限制。”税收问题属于中国的主权管辖范围,任何国家都不得以条约的形式干涉我国的税收问题。第二,“有约之国通商口岸,我国均沾其利,不得畸轻畸重。”根据对等和互利原则,凡是在中国通商口岸享有通商利益的缔约国,应当给予中国在该国对等待遇。第三,“我国政治,外人不得干预。”各个国家不得借条约干涉中国内政^{[2]72}。最后,郑观应指出,为了修订这些不平等的条约,清政府应吩咐专人平时研究修改对策,即“然必当讲求于平日,非可取用于临时。若平日绝不讲求,临时任通商大臣派一二亲信私人订立,则遗漏诘误之处必多,一经修定,后悔何及?”^{[2]73}

四、郑观应国际法观的历史意义

郑观应通过援用西方近代国际法,结合实际情况,形成了自己的国际法观,并且具有鲜明的进步性、时代性和实用性。进步性表现为郑观应受到西方文化的影响,而提出了诸多现代国际法观点,例如国家主权平等原则、国家的基本权利。时代性表现为郑观应的国际法观与中国当时的社会现实有直接关系。俗话说“时势造英雄”,正是由于他生活在中华民族一步步走向深渊的年代,富有爱国之心的他积极寻找救国方略,提出了相应的国际法观,例如缔结条约必须符合国际法。实用性表现在郑观应的国际法观在诸多方面涉及到商业领域,例如关税主权,设置公使和领事。此外,他既认识到中国融入世界的必然性,也强调维护国家主权的重要意义;既承认国际法的局限性,也强调以国际法为武器,增强国力,提高中国的国际地位。郑观应的国际法观对国际法在中国的传播和普及有着深远影响,同时为中国的现代国际法形成

和发展奠定了基础。当然,郑观应的国际法观也存在一定的局限,缺乏理论深度与广度,偏重于某些具体问题的实用主义色彩,高估国际法的理性精神,尤其是国家实力的强弱直接影响到条约的遵守的观点是不符合现代国际法的。

总而言之,郑观应通过对国际法的深刻理解,初步形成了自己的国际法观,在国际公法的基本理论、外交和领事关系法和条约法方面提出诸多颇有见地的观点。

参考文献:

- [1] 刘圣宜. 近代强国之路的探索者: 郑观应[M]. 广州: 广东人民出版社, 2006.
- [2] 郑观应. 盛世危言[M]. 北京: 华夏出版社, 2002.
- [3] 梁西. 国际法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [4] 汉斯·凯而森. 国际法原理[M]. 王铁崖,译. 北京: 华夏出版社, 1989.
- [5] 曾令良, 饶戈平. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [6] 熊命辉. 论郑观应的国际法思想[J]. 株洲工学院学报, 2005(2).
- [7] 周鯁生. 国际法(上册)[M]. 北京: 法律出版社, 1976.

[责任编辑: 马建平]

(上接第 68 页)

因此在我国个别经济发达的省市,如浙江省在 2001 年 10 月 1 日已经实施了《浙江省最低生活保障办法》,其适用的人群不但包括城镇居民也包括农村居民,将对社会弱者的救济纳入到了法制化的轨道上,有利于更好地保护社会弱者的利益。

因此为了保护婚变中的农村妇女的土地权益,在我国现阶段不是要修改相关的法律,而是要严格现行法律的执行,并且要设立专门的基金保护因婚变而丧失土地承包权益的农村妇女,并要将该款项纳入政府的年度财政,作为社会救济专项资金支出项目,专项管理,专款专用,只有这样才能真正保护因婚变而丧失土地承包权益的农村妇女的权益,使她们的生活不至于因为婚变而急剧下降,也才能更好地依据现行的法律来保护其合法权益。

注 释:

- ① 这种情形是妇女从在承包期间内从不进行调整的村嫁到在承包期间内实行增人增地规则进行调整的村,但这种不当得利大部分由妇女的家庭所有,其本人在多数情形下并未得到相应的收益。

参考文献:

- [1] 陈成文. 社会弱者论[M]. 北京: 时事出版社, 2000.
- [2] 郭道辉. 关注社会弱势群体——法学视角的几点思考[J]. 河北法学, 2005(7).
- [3] 洪燕文. 社会弱者的国家支持[J]. 浙江社会科学, 2002(2).
- [4] 饶常林. 农村土地承包政策的社会性别分析[J]. 中华女子学院学报, 2006(6).
- [5] 谢鸿飞. 现代民法中的“人”[EB/OL]. <http://www.lawthinker.com>.
- [6] 毛泽东. 湖南农民运动考察报告[M]//毛泽东选集(一). 第 2 版. 北京: 人民出版社, 1991.
- [7] 韩志才. 婚姻变化中的妇女土地权益的法律保护[J]. 中华女子学院学报, 2006(3).
- [8] 莫文秀. 关注农村妇女土地承包权及相关经济权益的实现[J]. 人权, 2006(6).
- [9] 赵彦波. 保护农村妇女土地权益的思考[J]. 哈尔滨学院学报, 2006(7).
- [10] 董江爱, 陈晓燕. 维护农村妇女土地承包权益的法律思考[J]. 妇女研究论丛, 2006(增刊).
- [11] 郎潍星, 叶琦. 农村离婚妇女的土地承包经营权问题[J]. 河南公安高等专科学校学报, 2006(6).
- [12] 罗萍. 农村妇女土地权益实现的制约因素与司法建议[J]. 焦作大学学报, 2005(1).

[责任编辑: 马建平]