

# 中华法系

第五卷

主编：朱 勇

副主编：张中秋

林 乾

编委：陈 湿

(常务)

徐世虹 林  
刘广安 黄源盛  
单 纯 盛



# 目 录

## 学术研究

- 张晋藩:传统法文化的民族精神及现代意义 ..... ( 3 )
- 朱 勇:从“仁政”到“人道”:清末刑法哲学的演变 ..... ( 27 )
- 张中秋:晚清中国对继受外国法的选择 ..... ( 37 )
- 林 乾:传统中国法的“人道”意涵  
——以清代“犯罪存留养亲”为中心的考察 ..... ( 57 )
- 陈惠馨:从欧洲中心与清末变法谈百年来亚洲与欧洲法律交流  
..... ( 68 )
- 赵晓耕:对法律体系与部门法理论的批判 ..... ( 98 )
- 张仁善:论近代中国法制移植的速成与法治目标的疏远 ..... ( 122 )
- 高汉成:1907 年大清刑律草案的“欧洲痕迹” ..... ( 146 )
- 陈新宇:从礼法论争到孔教入宪  
——法理健将汪荣宝的民初转折 ..... ( 153 )
- 张德美:唐代的户籍与计帐 ..... ( 170 )
- 陈 鸣:西汉中期的政治法律论辩  
——以《盐铁论》为中心 ..... ( 182 )
- 王 蕤:试述宋代遗嘱制度的完善 ..... ( 204 )

## 学术聚焦

- [德]托马斯·杜威:法律翻译:欧洲视角下对法律史研究方法的思考(许兰译) ..... (225)  
[德]Lena Foljanty:十九世纪欧洲比较法学研究中的东亚形象(许兰译) ..... (237)  
[奥]Miloš Vec:普世主义和排他主义——欧洲国际法学的歧视性之程度有多深?(许兰译) ..... (251)

## 法治人物

- 李 鸣:敦本务实 振其纪纲——张居正法律思想刍议 ..... (279)  
李 杰:《商君书》“利出一孔”思想及其历史影响 ..... (291)

## 学术新人

- 孙靖洲:清代恭请王命制度的渊源与流变 ..... (313)  
李政馨:制定法层面上的清代财产法 ..... (345)

## 学术动态

- [美]罗纳德·德沃金:“刺猬的困境”:生命与尊严,如何选择?(陈煜译) ..... (367)  
朱仕金:法文化的困境与出路 ..... (386)

# 普世主义和排他主义

## ——欧洲国际法学的歧视性之程度有多深？

[奥] Miloš Vec 著\* 许 兰 译\*\*

**【内容摘要】**本文致力于探究判断国际法共同体的归属标准是怎样转变的以及何种“他者”形象为其奠定基础的问题。试图从普世主义和排他主义两个角度来解释欧洲国家法学当中的歧视性程度。目的是为中西法律文化交流之道提供些许经验和教训。

**【关键词】** 普世主义 排他主义 欧洲国际法学 歧视性

### 一、引言

本篇报告涉及之前在“第二届亚欧法律史论坛年会——理念与进程：现代亚欧法律交流”的“工作计划”中就已经讲到过的“欧洲中心主义”以及19世纪的国际法学。我探究了判断国际法共同体的归属标准是怎样转变的以及何种“他者”形象为其奠定了基础。

对此，我尤其关注的是那些法律建构，我们正是通过那些建构对欧洲之外的形象进行过批判，并将它们作为欧洲国际法体系之外的主体进行过排除，或者至少在结构上对它们进行过歧视。本文从一系列书目中节选了一部分，这些书目从学科历史的视角探讨了19世纪的“国际法律原则”。

---

\* 作者系奥地利维也纳大学法学院教授。

\*\* 译者系中国政法大学比较法学院教授。

## 1. 问题的提出：“国际共同体”的归属

本文所提出的确切的问题是，欧洲国际法科学怎样构建了当时的国际法共同体。谁才是“国际共同体”中的合法主体，又根据什么标准来判断谁是合法主体？国家政权和主权属于根本性要素，而欧洲自然法在近代早期就已经将这些要素视为是必要的。在19世纪，由于欧洲之外的国际关系日益密切以及殖民主义的日益扩张，这些标准被重新审视并部分被重新定义。而国际法学也赢得了独立的法学学科的地位，并因此发生转变<sup>①</sup>。“国际共同体”的归属因此成为“国际共同体”产生和构建之后欧洲法学理论的核心问题。

## 2. 研究现状

国际规范体系中有关霸权歧视性趋势的问题是过去几年或几十年中国际法法律史上的一个老生常谈的问题。<sup>②</sup>这并非偶然，因为欧洲法律统治的适用范围和影响范围早在历史上就是法学论文所探讨的核心问题，而这个问题在18和19世纪的同时代渊源中是有争议的。此外，在当今全球化意识日益增强的条件下，这个问题为批判地反映出现代国家体系的法律秩序的根源提供了可能。在国际法共同体的归属问题上，我们应从历史上分析欧洲中心主义和殖民主义的因素<sup>③</sup>，并且也要从伴随历史所产生的国际法政治的意义

---

[1] 路易吉·努宗,米洛奇·维克(Luigi Nuzzo,Miloš Vec)(出版者):《构建国际法——一门学科的诞生》,法兰克福(美因河畔):V. 克罗斯特曼(V. Klostermann)出版社,2012年(载《欧洲法律史研究》,第273页)。

[2] 参见同时期的约尔格·费施(Jörg Fisch)的经典研究,《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年;格里特·W. 巩(Gerrit W. Gong):《国际社会的“文明”标准》,牛津,1984年。尤其是近期的:路易吉·努宗(Luigi Nuzzo),《一门学科的起源——十九世纪的国际法和殖民主义》(载《欧洲法律史研究》,第274页),法兰克福(美茵河畔),2012年。更多文献参见下文脚注(不要求完整性)。

[3] 宁明大沼(Onuma Yasuaki):“国际社会的法律产生于何时?——从各不同文明的角度对国际法史进行探究”,载《国际法史期刊》1999年第1期,第1~66页。

上对上述因素进行有效合法的批判<sup>[1]</sup>;与此同时,欧洲国际法中的“欧洲”的基本概念也成为了焦点。<sup>[2]</sup>此外,19世纪国际法学及其公理的传播是规范性概念在全球流传以及对这些规范性概念在其转移和适用的过程中进行修改和运用的鲜明范例。<sup>[3]</sup>

在过去几年甚至几十年中,不仅历史学家和法学家还有社会学者和文学学者对这个问题进行了富有成果的研究和跨学科的合作。使得实现具有时代性的、全球化的法律史编纂<sup>[4]</sup>成为可能,来自全

[1] 安东尼·安吉(Anthony Anghie):《帝国主义、主权和国际法的制定》,剑桥,2005年;作者同上:“国际法的演变:殖民主义和后殖民主义现实”,载《批判性法学(Kritische Justiz)——法律和政治季刊》2009年第42期,第49~63页;奥利弗·艾勃(Oliver Eberl):“文明与民主之间:自由国际法对‘他者’的排斥”,载《社会体系》2008年第14期,第349~369页;马尔蒂·科斯肯涅米(Martti Koskenniemi):“十九世纪的遗产”,载《国际法劳特利奇手册》,大卫·阿姆斯特隆(David Armstrong)(主编),伦敦/纽约,2009/2011年,第141~153页;作者同上:“国际法史在今天有什么意义?”,载《马普研究所欧洲法律史杂志之国际法史》2004年第4期,第61~66页。

[2] 卡尔—海因茨·林根斯(Karl-Heinz Lingens):“‘实用国际法学’教义中的欧洲”,载《在去欧洲的路上:指引、视界与现实》,艾琳·丁格尔(Irene Dingel)和马提亚斯·史奈特格尔(Matthias Schnettger)(出版者),哥廷根,2010年,第173~186页。

[3] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):“经由重新演绎产生的规范:中国与19、20世纪的欧洲国际法”,载《国际法史研究》,第25页);巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年;杨泽伟(Yang Zewei):“19世纪的西方国际法和中国儒教:碰撞与融合”,载《国际法史期刊》2011年第13期,第285~306页;阿努尔夫·贝克尔·洛尔卡(Arnulf Becker Lorca):“通用国际法:19世纪的征收和侵占史”,载《哈佛国际法期刊》2010年第51期,第475~552页;莉迪亚·何·刘(Lydia He Liu):“通用立法:19世纪的国际法流通”,载《交流的象征——全球传播中的翻译问题》,出版者同作者,德勒汉姆和伦敦,1999年,第127~164页。

[4] 托马斯·杜威(Thomas Duve):《全球视角下的欧洲法律史》(马普学会欧洲法律史研究所于2013年9月2日至4日举办的“欧洲规范——环球历史视角”研讨会的工作文件),马普学会欧洲法律史研究系列报告2013年6月(2013年),详见如下网址:<http://ssrn.com/abstract=2292666>;作者同上:《从欧洲法律史到全球历史视角下的欧洲法律史》(From a European Legal History Towards a Legal History of Europe in a Global Historical Perspective),马普学会欧洲法律史研究所,第2012-01号,2012年1月版本参见如下网址:<http://ssrn.com/abstract=2139312>,2012年8月21日版本参见如下网址:<http://ssrn.com/abstract=2139312>。——就国际法史而言,首先参看巴尔多·法斯宾德(Bardo Fassbender)、安妮·彼得斯(Anne Peters)(出版者)的“全球历史构想卷”,《国际法律史牛津读本》,牛津,2012年。

球研究对象的特别刺激为法制史领域提供了可能。

### 3. 文献渊源

由于本文聚焦于法学学科历史,所以 19 世纪的法学讨论是下列论述的渊源基础,而国家实践和条约实践则很大程度上被忽略。

对该法学讨论中所涉及的法律规则体系有很多命名,在拉丁语中它被称为国际法 (*Ius Gentium*),在欧洲主要的语言中它被称为万国公法 (*Law of Nations*)、国际公法 (*International Law*)、万民法 (*Droit des Gens*)、国际法 (*Droit International*) 等<sup>[1]</sup>。所谓的“欧洲国际法”起初是一个法律学科的自我命名,这个法律学科在近代早期到 1900 年间构建起了国际关系的法律秩序。在约 1750 年到 1880 年间,形容词“Europäisch(欧洲的)”作为独立称谓而获得了承认,该词强调了学者们就其研究课题的自我认知和视角上的转变(参见下文 II. 2. b)。

这一讨论通过参考书目<sup>[2]</sup>和总体描述<sup>[3]</sup>而被作为文学体裁展开,并且在下列欧洲各国的国际法学论文中被引用。

## 二、归属标准的建构和结果

在接下来的主要部分中,我们将要探讨国际法共同体的归属标准的建构和结果。对此,一方面我们要以命题的形式简练地表述这些科学论断,另一方面我们则需要通过引用文献渊源来分别证明这

[1] 海茵哈德·斯泰格尔 (Heinhard Steiger):“国际法”,载《历史性基本概念:德国政治和社会语言历史辞典》,奥托·布伦纳/维尔纳·孔兹/莱因哈特·考瑟莱克 (Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck)(出版者),第 7 版,斯图加特,1992 年,第 97 ~ 140 页。

[2] 彼得·麦卡利斯特—史密斯 (Peter Macalister-Smith)、乔希姆·维茨科 (Joachim Schwietzke):“19 世纪实定国际法教科书和综合性条约的参考文献”,载《国际法律史期刊》2001 年第 3 期,第 75 ~ 142 页。

[3] 马尔蒂·科斯肯涅米 (Marti Koskenniemi):《各国的温和的文明:1870 ~ 1960 年间国际法学的起落》,剑桥,2001 年。



些论断。

### 1. 多元系统发源地

有关具有或不具有归属资格的前提、标准和结果的讨论零散地见于国际法学著作中。该讨论的出发点是认为国际共同体及其法律<sup>[1]</sup>是存在的,且国际共同体及其法律的效力范围应借助囊括性和排他性来确定。

(1) 在有关国际法的定义中就已经常常出现上述讨论,正如这位被欧化的美国人亨利·惠顿(Henry Wheaton)(他是《国际法原理》的作者,该权威著作曾多次再版)所说:

“根据文明国家的理解,国际法可以被定义为行为规则的集合体,而这些行为的成因符合正义的标准并且可以由存在于独立国家中的社会的本质推导而出;而且,这样的定义和变更可以基于共识被确定下来。”<sup>[2]</sup>

此处,重要的定义性特征通过需进行法律解释的形容词之形式得以展现:“国家”应该是“文明的”或者“独立的”。

(2) 有关国际法的地理效力范围,即涉及国际法适用范围的领域也时常探讨国际法共同体的归属问题<sup>[3]</sup>。

(3) 除此之外,在有关主权产生的前提条件及其特征的论文中,归属问题也会被讨论。哪个国家是完全拥有主权的,以及我们怎样根据经验判断什么是所谓的主权?

---

[1] 约尔格·费施(Jörg Fisch):《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年,第285页。

[2] 亨利·惠顿(Henry Wheaton):《国际法原理:科学史速览》,伦敦,1836年,第1卷,第14条;——致惠顿:莉迪亚·H. 刘(Lydia H. Liu)、亨利·惠顿(1785~1848年),载《国际法史牛津读本》,巴尔多·法斯宾德(Bardo Fassbender)、安妮·彼得斯(Anne Peters)(出版者),牛津,2012年,第1132~1136页。

[3] 安东尼奥·特卢约尔·y·塞拉(Antonio Truyol y Serra):《新时代国际社会中的变迁在19世纪和20世纪国际法文献中的反映(国际法和对外政策第3辑)》,巴德洪布尔格福尔德尔赫黑,1968年,第23页。

(4) 我们或多或少地可以从由经验所产生的论断中推导出对国际法的实际形成产生了深远影响的法律后果。这些后果涉及和平时期和战争时期的国际关系(二分法,它是对许多描述进行划分的基础)。使节往来和条约制度明显取决于预先设立的前提条件。

(5) 在 19 世纪的国家实践中,人们在讨论国际法共同体和国际法主体性的效力范围时,首先将其同非法占领的合法性结合在一起。<sup>[1]</sup> 国家实践在这一方面的理论设想尤其意义重大。在其他的领域中,若是这一区分变得尤为重要,则该领域也容易被提及。

## 2. 讨论的前景

在对这个问题进行探讨后,随之而来的是对此进行深入研究的学术气象,并且与作者在其内容中所持的立场无关。

(1) 粗略来讲,对这个问题的深入研究发端于 19 世纪时讨论的加深。正如公法讨论中曾经涉及过的国家间对外交关系的问题曾使得国际法和从近代早期到 19 世纪之间的国家间外交广泛获益一样,对涉及有关国际法的普遍性和影响范围的讨论以及对涉及有关欧洲以外的区域及其统治者和居民的法律问题的探讨也是有发展前景的。加深这种讨论的背后不仅有科学史的性质的原因也有实体政治的性质的原因。

(2) 在科学史方面可以确定的是,在 18 和 19 世纪的发展过程中,人们对自然法框架下的国际法的研究逐渐消退。<sup>[2]</sup> 取而代之的是,学者们要求从实证主义法学的角度将其研究对象作为“实践的

---

[1] 参见约尔格·费施的富有启发、奠定了标准的阐述,《欧洲的扩张和国际法——对 15 世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984 年。

[2] 海茵哈德·斯泰格尔(Heinhard Steiger):“克里斯蒂安·沃尔夫和阿道夫·拉松之间的国际法和自然法”,载《19 世纪的自然法:传承—内容—功能—影响》,迪特尔·科里佩(Diethelm Klipper)(出版者),哥德巴赫,1997 年,第 45~74 页;米歇尔·斯托莱斯(Michael Stolleis):《德国公法史——第 1 卷:帝国公报和政治学之 1600~1800 年间》,慕尼黑,1988 年,第 309 页及以下。

“欧洲国际法”来阐述，格奥尔格·弗里德里希·马腾斯（Georg Friedrich Martens）<sup>[1]</sup>和卡尔·戈特洛布·君特（Karl Gottlob Günther）<sup>[2]</sup>的书名证明了这一点，他们的书中所包含的法律渊源教义对“条约和传统”作出了著名的、新式的援引。

因此，研究转而进入以实际存在的条约关系和习惯法为导向的时期。经验主义和历史主义——根据哥廷根学派<sup>[3]</sup>的观点——是国际法学的根本，欧洲作为地理和文化的参考空间因而获得了一种先前在自然法中从未被认识到的显著意义，而在一个参考空间里条约关系处于最重要的地位。这个空间的扩展、特征和界限越来越多地被当作主题来讨论。相反，在近代早期总有一些文章，其中对欧洲以外的国际法秩序问题（例如海外主体的法律地位）没有作出明确的解释。<sup>[4]</sup> 德国帝国出版商约翰·雅各布·莫泽（Johann Jacob Moser）在1732年明确表示自己仅限于阐释欧洲列强之间的法律关系，但他同时也明确提出，在欧洲列强与世界其他地区之间或许也

[1] 格奥尔格·弗里德里希·马腾斯（Georg Friedrich Martens）：《基于条约和传统产生的实定欧洲国际法导论》，哥廷根，1796年；——有关“马腾斯”请参见，马尔蒂·科斯肯涅米（Martti Koskenniemi）：“论实为主义：格奥尔格·弗里德里希·马腾斯（1756~1821年）与现代国际法”，载《时文荟萃——批判和民主理论的国际期刊》2008年第15期，第189~207页。

[2] 卡尔·戈特洛布·君特（Karl Gottlob Günther）：《德国帝国阶层的遵循理性、条约、传统的和平时期的欧洲国际法》，第一部分，阿尔滕堡，1787年；第二部分，阿尔滕堡，1792年。

[3] 安德烈·德·梅洛阿劳若（André de Melo Araújo），《在哥廷根看世界史：有关后启蒙运动和普世历史主义思想的研究——1756~1815年间》，比勒费尔德，2012年；诺特克·汉默斯坦（Notker Hammerstein）：《法律和历史：17世纪晚期和18世纪在德国大学中所做的关于历史主义思想的历史的报告》，哥廷根，1972年；米歇尔·斯托莱斯：《德国公法史——第1卷：帝国公报和政治学之1600~1800年间》，慕尼黑，1988年，尤其是第298页及以下。

[4] 约尔格·费施（Jörg Fisch）：《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》，斯图加特，1984年，第268页。

### 存在法律关系。<sup>[1]</sup>

(3) 另外,帝国主义和殖民主义的主导地位也在19世纪下半叶成为现实政治的动机,在人们对相应的法律问题越来越感兴趣的情况下,这种主导地位将自己塑造为:哪些国家被允许在由欧洲人单方面规定的何种法定情形下被其合法占领?因此,国际法学范围内对这些问题的研究在大约1880年时增加了很多。<sup>[2]</sup>

### 3. 有关主权的讨论和对先法律定义和观点的援引

现在,人们尝试去概述这一讨论的内容框架,但是,由于存在各种原因,这项工作并不简单。所能确定的是,这些讨论在不同的场合下被展开,并且常常由于对其设置的限定而与其原意偏离。各文章内容所捍卫的立场也——如在下列内容中可见——广泛存在。

“主权”是一个弹性很大的概念,是可以根据政治需求而被利用的。<sup>[3]</sup>此外,可能被利用的还有“教化”、“文明”和“文化”这些问题以及“宗教”规范这些概念,上述概念使得欧洲之外的国家被潜在地剥夺了法律关系中所要求的相互性——抑或没有。因为,并存的各种不同的立场可以证明这一点,而这些立场有的极其开放包容,有的则极端排他。历史学家约尔格·费施早在多年前就已经从历史

---

[1] 约翰·雅各布·莫泽(Johann Jacob Moser):《当代欧洲国家宪法基础知识和欧洲国家的普遍的国际法或一般国家法——第一部分》,图宾根,1732年,L. I, C. 1, 第3章(第5页)。

[2] 约尔格·费施(Jörg Fisch):《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年,第287页。

[3] 斯特凡·贝尔拉克(Stéphane Beaulac):《语言在国际法制定中的力量:布丹和瓦特尔的话语主权和威斯特伐利亚的神话》,莱登,2004年;劳伦·本通(Lauren Benton):《对主权的探究:欧洲帝国的法律和地理——1400~1900年间》,剑桥,2010年;作者同上:“从国际法到帝国宪法:准主权的问题——1870~1900年间”,载《法律和历史评论》2008年第26期,第595~619页;图兰·卡严格鲁(Turan Kayaoglu):《合法的帝国主义:日本,奥斯曼帝国和中国的主权和治外法权》,纽约,2010年。

语义学上对“文明”这一概念加以区别并进行了直观的分析。<sup>[1]</sup> 而且有关“主权”的概念史研究也由来已久。<sup>[2]</sup>

19世纪的无数的文章都以下面这一论断作为出发点,即当时存在的国际法在地理上并不能做到普遍适用,这一点正如美国军官、法学家亨利·瓦格·哈勒克(Henry Wager Halleck)在1861年所称:

“所有人都承认,并不存在普遍适用或者永恒不变的,能够约束整个人类的,让所有时代所有国家的所有人都认可和遵守的国际法。”<sup>[3]</sup>

上述观点在惠顿(Wheaton)所使用的古典文辞中表述如下:

“存在统一的国际法吗?当然不存在对于世界上所有的国家和地区都统一适用的国际法。国际公法——仅有少数例外——过去一直是,且现在仍然是仅仅适用于那些欧洲的或者是那些发源于欧洲的文明的基督教民族。”<sup>[4]</sup>

“文明人和基督徒”指欧洲各民族及其后裔,在此,惠顿和其他法学家也确定了这些规范秩序的适用范围。德国国际法学家卡尔·巴龙·冯·卡藤堡(Carl Baron von Kaltenborn)在1874年称:

“确切地讲,人们将实定国际法称为基督式的国际法。只有基

[1] 约尔格·费施:“文明与文化”,载《历史性基本概念》,奥托·布伦纳/维尔纳·孔兹/莱因哈特考瑟莱克(Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck)(出版者),第7版,斯图加特,1992年,第679~774页。

[2] 赫尔穆特·科瓦里奇(Helmut Quärtitsch):《主权:这一概念从13世纪到1806年在法国和德国的产生和发展》,柏林,1986年;汉斯·博尔特(Hans Boldt)、维尔纳·孔兹(Werner Conze)、格尔哥·哈维卡特(Görg Haverkate)、迪特海姆·科里佩(Diethelm Klippel)、莱因哈特·考瑟莱克(Reinhart Koselleck):“国家与主权”,载《历史性基本概念》,奥托·布伦纳/维尔纳·孔兹/莱因哈特·考瑟莱克(Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck)(出版者),第6版,斯图加特,1990年,第1~154页。

[3] 亨利·瓦格·哈勒克(H[enry] W[ager] Halleck):《国际法》,或者,《规制国家间在和平与战争时期交往的规则》,旧金山,1861年,第13章(第50页)。

[4] 亨利·惠顿(Henry Wheaton):《国际法原则》,1866年,第11章(第17页及以下)。

督教民族和国家能够将其法律存在和国家存在建构成为国际法存在,也只有他们能够根据法律的真正原则、在国际系统中各个国家的合法独立得到认可的情况下扩大其国际关系。一般的实定国际法仅为基督教式的国际法。”<sup>[1]</sup>

卡藤堡在这里将国际法和基督教紧密地且排他地联系在一起——但仅限于“一般实定”的国际法。但是,与基督教没有关联的自然法或者特别的实定国际法也是有可能存在的。

#### 4. 归属标准中混乱的自我形象

值得注意的是,尽管上文所提到的定义性特征一直起着核心区分标准的作用,但是该特征一直非常模糊不清。

“欧洲”及其归属标准在这些阐述和定义中已经比以往更加浅显易懂。<sup>[2]</sup>因此,对地理影响范围的(自我)批判式的讨论是徒劳的。

同样,很少有人对“教化”和“文明”<sup>[3]</sup>所包含的内容做出过解释,或者是将“基督教”元素作为问题加以讨论。在19世纪的法学阐释中,人们并未对文明的概念作出定义,文明的概念是从日常用语中采纳而来的,也许出于当时政治的紧迫性,人们并没有对其进行过批判性讨论。<sup>[4]</sup>与此同时,令人注意的是,即使“基督教”一直

[1] 卡尔·巴龙·冯·卡藤堡·冯·斯塔豪(Carl Baron von Kaltenborn von Stachau):《国际法批判:根据科学上目前的观点》,莱比锡,1847年,第270页。

[2] 卡尔—海因茨·林根斯(Karl-Heinz Lingens):“‘实用国际法学’教义中的欧洲”,载《在去欧洲的路上:指引,视界与现实》,艾琳·丁格尔(Irene Dingel)和马提亚斯·史奈特格爾(Matthias Schnettger)(出版者),哥廷根,2010年,第173~186页。

[3] 詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts):“维多利亚女王时代国际法的界限”,载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》,邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编),剑桥,2007年,第67~88页(第70页);马克·保卡(Marc Pauka):《文化、进步与互惠:国际法中文明国家的概念史》(《莱茵法律史论著》第16辑),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第188页。

[4] 马克·保卡(Marc Pauka):《文化、进步与互惠:国际法中文明国家的概念史》(《莱茵法律史论著》第16辑),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第189页。

被作为不可分割的整体性历史产物呈现,但是并不存在对某种具体的宗教信仰或者某种信仰公理的援引。在这一点上,新教和天主教的学者们体会到的和所呈现出的是统一,而不是区别。

因此,美国的观念历史学家珍妮弗·皮茨(Jennifer Pitts)始终将法学家们的观点定位为接近普遍意识,但是,这些观点通过科学背景中的折射已经在公共舆论中获得了更高的权威:

“最终,这些法学家在有关文明和进步的论述中与更广泛的公众分享了一种信念,亦即:虽然这一论述一直很模糊并且未经历足够的质询,但它仍旧获得了社会科学上的声望,也因此折射出了对于正如我们所看到的、经常在更大的讨论范围内出现的一类论述的社会批判和道德拷问。”<sup>[1]</sup>

但是,这种概念上的模糊性实在太大,以至于人们对这些定义的最初印象是,“基督教”和“文明”往往是可以互换的同义词。<sup>[2]</sup>其决定性的共同基础是,他们均被视为形成一种更高的道德形式的决定性因素;即形成法制观念的决定性因素。

美国人西奥多·D.伍尔西(Theodore D. Woolsey),任耶鲁大学校长26年之久,他在1877年说:

“使得基督教国家比其他任何一个国家都先实现一种更发达的文明的共同原因令他们能够最先制定出国际法律制度。这些原因主要是(1)这些国家所共同信奉的宗教是一种能够培养出类似正义感的价值观和人道主义精神的宗教,具有较高的道德标准;(2)这些国家继承了古希腊罗马的经典的哲学和法律科学,特别是罗马法体

[1] 詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts):“维多利亚女王时代国际法的界限”,载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》,邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编),剑桥,2007年,第67~88页(第82页)。

[2] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):“经由重新演绎产生的规范:中国与19、20世纪的欧洲国际法”,载《国际法史研究》,第25页),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第14页。

系;(3)这些国家自罗马帝国时期以来存在紧密的历史性联系,这有利于共同理念的传播。因此,相同的宗教和法律观念以及类似的历史发展促进了国际共同体的形成,而要在这个共同体中逐渐形成适用共同的法律则相对容易。但恰恰相反的是,在他们及其伊斯兰教邻国之间并不存在这种共同的感受;后者因此长期被拒于其国际法之外。”<sup>[1]</sup>

这种基于文化和宗教并且与之并行的正义感和公正感首先基于互惠原则被引进国际法中,并且因为自身所处的文化圈的利益考量而被利用。<sup>[2]</sup>国家具有在前现代国际间的条件下遵守签订的条约、遵循国际法律习惯、遵守国际规范的义务,更准确地说,在制裁没有被执行的情况下,学者们会通过“基督教”和“文明”的标准将这些义务归类为约束欧洲人的具有更高价值的法律伦理。所以,许多教科书中的其他章节指明了遵守国际法规范和原则时的不足,而这些不足恰恰就出现在了欧洲——但是,在自我理解的表达中这些缺陷却被隐瞒了起来。

### 5. 强烈的形象对比:对非互惠原则的期待

相反,对非欧洲和非基督教地区及其统治者来说,他们很大程度上不会接受这样的道德。他们常被定义为半文明的或者非文明的或者被称为“野蛮人”。

欧洲与这些地区由于缺少互惠而不可能产生国际关系,这一点不容置疑。又或者,我们至少可以通过建议性的方式提出问题,正如英国法学家特拉弗斯·特维斯(Travers Twiss)所戏谑道,“(如果)……东方各民族……能够,与西方民族同等程度地承认与其他

---

[1] 特奥多尔·D.伍尔西(Theodore D. Woolsey):《国际法研究导论,专供辅助教学和历史研究》,第4版,纽约,1877年,第7章(第22页)。

[2] 约尔格·费施(Jörg Fisch):《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年,第333页。

那些并不接受同样的宗教制裁的民族之间存在互惠的道德基础”。<sup>[1]</sup>

#### 6. 将阐述不断发展的进步意识和证明道德合法性作为文明的使命

对国际法缺点的归类在一些法学家产生深远影响。因为这些地区虽然住有居民，但是缺乏统治权行使的合法形式，那么根据国际法，这些地区就可以被视为无主地并且可被占领。当无数的国际法法学家对西方的文明化使命深信不疑时，并且将这种文化使命纳入全面的进步史中时，甚至基于该目的论而将国际法作为欧洲对外扩张合法化的事由时，上述论断更是大行其道。正如瑞士法学家约翰·卡斯帕·伯伦知利 (Johann Caspar Bluntschli) 如下所说：

“为保护殖民地和传播文化，殖民国家也被允许在野蛮人居住的地区扩张其国家主权。这是地球上的规则，即要服务于人类文化，同时这也是人类进步的规则，即要在全世界传播文明。这一规则只能通过由文明开化的国家对蛮荒部落进行教化和领导来实现，此外别无他法。因此，文明开化的国家的对外殖民扩张是必要的。”<sup>[2]</sup>

在伯伦知利看来，将地球上所有的地区国有化是文明化使命的

[1] 特拉弗斯·特维斯(Travers Twiss)、安努埃尔(Annuaire)，引自詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts)：“维多利亚女王时代国际法的界限”，载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》，邓肯·贝尔(Duncan Bell) (编)，剑桥，2007年，第67~88页(第71页)。

[2] 约翰·卡斯帕·伯伦知利 (Johann Caspar Bluntschli)：《文明国家的现代国际法——以法律读本形式呈现》，内尔特林根，1868年，第280章(第166页)，——强调参见原版；有关他的内容请参见，米歇尔·斯托莱斯(Michael Stolleis)：《德国公法史——第2卷：国家学和行政法学之1800~1914年间》，慕尼黑，1992年，第430页及以下；雷勇(Lei Yong)：《寻找现代国家之旅：约翰·卡斯帕·伯伦知利的一般国家学对梁启超国家思想的影响》(《法律史系列丛书》，第403页)，法兰克福(美茵河畔)，2010年。

目标,而这又为以服务于全人类共同利益为名义的所有权移转在国际法方面提供了合法化事由。

上述观点不论在现在还是在过去都可以被理解为国际法的道德化。苏格兰法学家詹姆斯·洛里默(James Lorimer)与伯伦知利一样是国际法学协会的创始人之一,他在1884年指出:

“除非我们将法学从道德中完全分离,否则我们必须承认我们不仅有自我防卫的义务还有促进世界性发展的义务,而这一义务是履行国家责任的手段。开拓殖民地和改造野蛮人、未开化的人,如果在现实中是可能的,则其在道德和法律上将成为不可避免的责任;如果特定环境中要求运用物质力量进行改造,那么这些地方就将成为战争中争夺的必要对象。基于上述理由,对中国和日本发动战争并迫使他们开放其港口也许就有理可循了。”<sup>[1]</sup>

对这种霸权主义思想的描述往往公开地带有种族主义的倾向,1897年柏林的宪法和行政法法学家康拉德·波哈克(Conrad Bornhak)说:<sup>[2]</sup>

“低等民族的权利必须要臣服,就像他们自己及其宗教、国家和文化必须臣服一样,以便腾出空间给负有将其文明遍及全球之使命的基督教—雅利安民族的文明化使命。”<sup>[3]</sup>

约尔格·费施几年前就指出,在这一语境下的任何规则中的“文明”一般不能构成“真正的法律依据”,而往往(只)是一种“道义

---

[1] 詹姆斯·洛里默(James Lorimer):《国际法研究:独立政治共同体的法律关系论述——第2卷》,爱丁堡和伦敦,1884年,第28页。

[2] 关于詹姆斯·洛里默(James Lorimer),请参见米歇尔·斯托莱斯(Michael Stolleis):《德国公法史——第2卷:国家学和行政法学之1800~1914年间》,慕尼黑1992年,正文第303页,注释第159页。

[3] 康拉德·波哈克(Conrad Bornhak):“欧洲国家殖民扩张的法律形式”,载《比较法学国际学会年鉴》1897年第3期,第38~53页(第53页),引自:约尔格·费施(Jörg Fisch):《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年,第291页。

上的合法化”罢了。<sup>[1]</sup>

### 7. 二元或多元对抗？欧洲人和多元的外部环境

欧洲因此充当着标准制定者的角色，它应在其范围内为普遍的法律发展和统治发展树立模范和参照。<sup>[2]</sup>

但是现在的问题是，怎样建构其目标者。欧洲本身就作为一个不可分割的整体而出现，然而，欧洲对其目标者们所处的发展阶段的定位却各自截然不同。在欧洲对其目标者们进行分类之时，就已经存在一种区分完全文明民族、半文明民族和非文明民族的层级划分。根据这个分类，“他者”绝无可能被同等对待，而是必须基于其多样性对其进行个别评判，以便得出对其所做的适当的法律评估。因此，这些标准的表达虽然很抽象，但其适用则是以相对具体的方式通过归入的方法来实现的。

国际法学家所做的评估非常多元化，难以一概而论。尽管如此，人们仍旧可以谨慎地在现有的研究基础上做一些观察。因此，关于占领的讨论首先针对非洲和大洋洲展开。<sup>[3]</sup> 相反地，美国（由于其门罗主义）和欧洲自己则被排除在外。国际法学上虽然也讨论亚洲，但是，由于亚洲与欧洲之间一直存在国际条约关系并且欧洲对亚洲的统治是被认可的，所以亚洲不被作为有关占领的讨论的对象。

[1] 约尔格·费施(Jörg Fisch)：《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》，斯图加特，1984年，第310页。

[2] 詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts)：“维多利亚女王时代国际法的界限”，载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》，邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编)，剑桥，2007年，第67~88页(第69页)。

[3] 约尔格·费施(Jörg Fisch)：《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》，斯图加特，1984年，第322、337页。

但是,这并不意味着不存在对亚洲歧视,相反地,歧视是存在的。<sup>[1]</sup> 尽管如此,东亚还是被赋予了特殊的地位。<sup>[2]</sup> 英国人特维斯(Twiss)认为,全球国际法共同体的问题首先应当以欧洲人和伊斯兰国家的交往来呈现,而非其与佛教国家和儒教国家的交往(他所提出的有关互惠原则的可期待性的问题在上文已经被引用过)。<sup>[3]</sup> 美国国际法法学家戴夫·杜德利·菲尔德(Dave Dudley Field)明确承认中国是文明的国度并就此——至少是针对中国——对上述标准提出质疑。

“仅仅因为一个国家的执政府对其几亿人民维持了长达数千年的统治却没有改变……而宣称其是一个不文明、未开化的国家,这是否是公正的?在我看来,必须承认的是,在中国适用国际法时,文明化并不是国际法问题所应该采纳的理由。”<sup>[4]</sup>

因此,从欧洲的视角来看并不存在一个国际法共同体“之外的社会”,而是存在一个——正如意大利国际法史学家路易吉·努聪

---

[1] 关于国家实践请参见哈拉尔德·克莱因施密特(Harald Kleinschmidt):《19世纪中期的欧洲国际法和不平等条约》,慕尼黑,2007年;让—亨德里克·康拉德(Jan-Hendrik Conrad):《新国际法中的不平等条约史》,马尔堡,1999年。

[2] 关于中国请参见路易吉·努聪(Luigi Nuzzo):《一门学科的起源——十九世纪的国际法和殖民主义》,(载《欧洲法律史研究》第274页),法兰克福(美茵河畔),2012年,第77~86页。

[3] 特拉弗斯·特维斯(Travers Twiss),引自詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts):“维多利亚女王时代国际法的界限”,载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》,邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编),剑桥,2007年,第67~88页(第72页)。

[4] 戴夫·杜德利·菲尔德(Dave Dudley Field):《适用性》,1875年,第452页及以下,引自詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts):“维多利亚女王时代国际法的界限”,载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》,邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编),剑桥,2007年,第67~88页(第75页)。

(Luigi Nuzzo)所描述的<sup>[1]</sup>——多元化的外部社会,这些外部社会需根据其在法律关系中所各自归属的文明等级而被区别对待。然而具体的等级归属是有争议的,因为具体情况下对统治阶层、国家和帝国(如中国)的识别是非常多样的。

### 8. 区分标准及其功能区分的转变

在标准的变化方面存在一个特别有趣的问题。虽然我们在上文已经提到过,概念的界定往往并不清晰且意义相近,普遍缺乏精确的定义。因此,19世纪晚期这一时期所具有的特征便是,人们无一例外都追求区分,这些区分具有排他性或者歧视性。然而标准改变了,其功能也随之变得完全不同了。

(1)专业术语方面发生了变化。连结点从“宗教”转变为“文明”。“基督教”或者“有基督信仰的宗教”不再是欧洲自我认知的中心、非欧洲人的也不再被视为是错误的,而(缺失的)文明才是其中心。因此,19世纪就已经有个别同时代的人对此表示认可<sup>[2]</sup>,而新的国际法史研究<sup>[3]</sup>看来也支持这个观点。

(2)随视角的变化而被提出的问题是,导致这一变化的原因可能是什么。由于从未对标准进行过公开的或是批判性的讨论,所以

[1] 路易吉·努茨(Luigi Nuzzo):“国际法——外交政策和一种法律秩序的建构”,载《外交政策的转变:界限的划定和管理》,由安德烈亚斯·法尔麦尔(Andreas Fahrmeir)、君特·海尔曼(Gunther Hellmann)、米洛斯·维克(Miloš Vec)主编(目前正在牛津大学出版社评鉴,预计2014出版)。

[2] 詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts)的佐证:“维多利亚女王时代国际法的界限”,载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》,邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编),剑桥,2007年,第67~88页(第78页)。

[3] 马克·保卡(Marc Pauka):《文化、进步与互惠:国际法中文明国家的概念史》(《莱茵法律史论著》第16辑),巴登-巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第82、187页;斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):“经由重新演绎产生的规范:中国与19、20世纪的欧洲国际法”,载《国际法史研究》,第25页),巴登-巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第12页;约尔格·费施(Jörg Fisch):《欧洲的扩张和国际法——对15世纪起至今的海外殖民地的法律地位的探讨》,斯图加特,1984年,第350页。

自我答复和自我说理并不能解释这一转变。

可能的原因是,自这半个世纪以来,欧洲与中国和日本<sup>[1]</sup>的越来越紧密的国际交往促进了标准的改变。两个国家显然是严肃的死对头,他们都不信奉基督教。如果人们没有根据宗教标准将他们完全排除在国际法共同体之外的话,他们似乎更容易被纳入国际法共同体之内。相反,“文明”既为将他们部分纳入共同体中提供了可能,同时也使得对他们在某些方面的不足进行批判成为可能。1856年的《巴黎和约》<sup>[2]</sup>第7条将土耳其纳入欧洲列强之列这一事件或许是一个可能可以提出类似的评级问题及找出类似解决方案的大事件。

(3)最近,德国社会学家斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll)以一种非常令人信服的方式提出了在表面上看起来相似、背后其实隐藏着不同的功能的区分标准。根据这一点,“基督教——欧洲”这一范畴所构建的区分界限是清晰的,而正是通过此区分界限,欧洲之外的世界显得与欧洲有所不同;所存在的社会差别应与上述区分一起被制度化。这样的区分是有排外性的,但将其等级化却不是必须的。<sup>[3]</sup>

与之相对的是,“文明”分类的等级化,一方面明确了欧洲的优越性;另一方面,这种等级制也同时“为把至今仍处于国际共同体之外的社会纳入进来构建了理论基础”。<sup>[4]</sup>这种纳入有可能发生在

[1] 唐驰华(Chi-Hua Tang):“中国与欧洲”,载《国际法史牛津读本》,巴尔多·法斯宾德(Bardo Fassbender)、安妮·彼得斯(Anne Peters)(出版者),牛津,2012年,第701~723页;欣儿明石(Kinji Akashi):“日本与欧洲”,载于:同上,第723~743页。

[2] 乌姆特·约祖(Umut Özsü):“奥斯曼帝国”,载《国际法史牛津读本》,巴尔多·法斯宾德(Bardo Fassbender)、安妮·彼得斯(Anne Peters)(出版者),牛津,2012年,第429~448页;埃利安娜·奥古斯汀(Eliana Augusti):《东方的问题:十九世纪的奥斯曼帝国和欧洲国际法》(载 Collana della Facoltà di Giurisprudenza Università del Salento 萨伦托大学法学院论文集,新编系列第30卷),罗马和那不勒斯,2013年。

[3] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):“经由重新演绎产生的规范:中国与19、20世纪的欧洲国际法”,(载《国际法史研究》,第25页),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第14页及以下。

[4] 同上注,第15页。

(军事)扩张的过程中,如此则“文明”是该扩张的一种合法化事由<sup>[1]</sup>。克罗尔尖锐地总结道:“总的来说,文明的类别化所显现的更多的是具有包容性的歧视,而非具有排外性的歧视。”<sup>[2]</sup>

### 9. 对立观点:宗教和文化的多元性、国际法的普遍性

如果上述总结给人留下的印象是:歧视性地对待欧洲外国家的公理是无可指摘的,那么这个总结就是不完整的并且是扭曲失真的。

事实上,在国际法学上一直存在致力于实现平等对待原则的声音和观点。首先是自然法学家,他们主要从法律主体的原则性平等出发。德国国际法的书志学家迪特里希·海因里希·路德维希·冯·欧姆佩特达(Dietrich Heinrich Ludwig von Ompteda)在1785年写道:

“只有自然法可以统治世上所有的人和所有的民族,不管他们是经过教化还是未经教化的存在,自然法都会对他们一视同仁。”<sup>[3]</sup>

但是,他的上述观点并没有赢得多数赞同,因为欧姆佩特达在其经修订的自然法的第二步和第三步中、在论及习惯法时又对教化的标准进行了回溯。欧姆佩特达认为,国际法的后两种形式没有一个

[1] 有关概念请参见,雷纳·福斯特(Rainer Forst):《关于合法化事由的概念》(规范秩序工作文件),2013年3月,网址:[http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/files/29806/Forst\\_Rechtfertigungsnarrativ.pdf](http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/files/29806/Forst_Rechtfertigungsnarrativ.pdf) oder urn:nbn:de:hbis:30:3-298064。

[2] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):“经由重新演绎产生的规范:中国与19、20世纪的欧洲国际法”,(载《国际法史研究》,第25页),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012年,第16页。

[3] 迪特里希·海因里希·路德维希·冯·欧姆佩特达(Dietrich Heinrich Ludwig von Ompteda):《自然国际法和实定国际法的文献综合——第一部分:包含所有自然国际法和实定国际法范围的前沿论文、预示同一个完善系统有待研究》,雷根斯堡,1785年,第18页——关于欧姆佩特达请参见,A.沃克菲尔斯(A. Wokffels):“欧姆佩特达:再论国际法知识的蜕变”,载《爱尔兰法学家》2003年第38期,第312~330页。

能像自然国际法一样拥有可以广泛延展的适用范围。<sup>[1]</sup> 在德国,极具影响力的哲学家克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)的观点听起来更坚定些,他决心致力于实现国际法中的宗教平等:因为,宗教的统一并不是自然法的前提,根据沃尔夫的观点,该前提存在于人类的本性之中。

“一个民族有爱另一个民族的义务,且一个民族对另一个民族也是负有责任的,不能因为宗教的不同而拒绝这一义务。因此,在履行爱的义务时,宗教的差异性不应被考虑。因此,宗教的差别更不容易使人从这种人类自身所负有的完整的义务中脱离出来。”<sup>[2]</sup>

瑞士国际法法学家埃谟·德·瓦特尔(Emer de Vattel)同意沃尔夫(Wolff)在1758年所讲的内容:

“只有自然法可以制约国际条约:宗教的不同是完全不必考虑的。国际法应该对所有的民族一视同仁,而不应将其分为基督教的或穆斯林的。”<sup>[3]</sup>

戈特弗里德·阿亨瓦尔(Gottfried Achenwall)和约翰·斯蒂芬·普特(Johann Stephan Pütter)在1750年也在他们的自然法教科

---

[1] 迪特里希·海因里希·路德维希·冯·欧姆佩特达(Dietrich Heinrich Ludwig von Ompteda):《自然国际法和实定国际法的文献综合——第一部分:包含所有自然国际法和实定国际法范围的前沿论文、预示同一个完善系统有待研究》,雷根斯堡,1785年,第18页。

[2] 克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff):《自然准则和国际法准则——所有出自人类本性的义务与权利皆可在稳固的关系中从上述原则中推导出》,第2版,1769年,第1123章(第803页及以下)——强调参见原版——关于沃尔夫请参见,克努德·霍孔森(Knud Haakonssen)、克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)(1679~1754年),载《国际法史牛津读本》,巴尔多·法斯宾德(Bardo Fassbender)、安妮·彼特斯(Anne Peters)(出版者),牛津,2012年,第1106~1109页。

[3] [埃谟·德]·瓦特尔([Emer de] Vattel):《人类法或自然法原则:应用于国家或主权的行为或事物》,莱登,1758年,L. II, C. XII, 第162章(第158页);关于瓦特尔请参考,伊曼努尔·约纳特(Emmanuelle Jouannet):《埃谟·德·瓦特尔:传统国际法学说的出现》(由《国际公法期刊》出版,第50期),巴黎,1998年。

书中解释道：

“一个民族所居住的土地不能被侵占,即使这个民族野蛮且未经教化,即使这个民族没有法律和人民政府,即使这个民族缺乏对神性和道德的认识,即使这个民族因为其无知和野蛮而不懂对肥沃的土地以及其他许多资源加以利用,并也因而只能利用人力来创造财富。”<sup>[1]</sup>

德国国际法学家弗里德里希·萨尔费尔德(Friedrich Saalfeld)也表达了同样的观点,他在1833年提出,没有任何一个国家有权基于“其文化的先进性或者其他偶然产生的特征而剥夺他人的财产”。<sup>[2]</sup>

这种质疑绝对不仅仅局限于自然法时期,殖民主义时期和帝国主义时期的文学也发起过对国际法学者以宗教或者文明为基础构建的国际法理念的批判。英国法学家和历史学家爱德华·S.克力斯(Edward S. Creasy)在1876年写道:

“大法官肯特在这里所提到的‘道德义务’适用于所有国家,而并非仅仅适用于基督教国家。由此可见,道德国际法与人性一样具有普遍性,至少在那些文明程度足以让人类组成政治共同体的地方是普遍的。

毫无疑问,这种直接来自天堂的光明是所有的引导中最可靠和最神圣的;它对所有自称为基督徒的国家的影响应该确保国际法道德获得更积极的承认,也应确保国际法在基督教国家相互往来的过程中得到比在其与非基督教国家的国际往来中更彻底的双方的执行。正如一些人所宣称的,不存在超越基督教国家的普遍有效的国

[1] 戈特弗里德·阿亨瓦尔(Gottfried Achenwall)、约翰·斯特凡·普特(Johann Stephan Pütter):《自然法的起源》(《自然法原则》,1750年),由让·施罗德(Jan Schröder)翻译和出版,法兰克福(美茵河畔)和莱比锡,1995年,第939章(第313页)。

[2] 弗里德里希·萨尔费尔德(Friedrich Saalfeld):《实定国际法手册》,图宾根,1833年,第54页。

际法或者在基督教时代出现之前不存在普遍有效的国际法,上述论断是夸大其词的也是错误的。这两种命题相互牵连,并且必定共起共落。有关他们的真实性的问题并非仅仅是随机的问题。它影响了几乎所有的欧洲国家以及由欧洲殖民者在美洲建立的国家与世界其他地区的几乎所有的国家的国际往来。它对大英帝国的成员来讲显然是一个实际问题,因为在大英帝国的殖民地上有无数种不同信仰的无数众生妥协共存着;在其众多前方殖民地上,大英帝国同伊斯兰国家、佛教国家,甚至是同各种已知形式的异教在其中都拥有信众的国家建立了国际往来。”<sup>[1]</sup>

恰恰是存在于大英帝国本身的多元主义使克里斯认为,在通常被引入到这个领域的各种标准之间不存在必然联系。

另外,波罗的海法学家奥古斯特·冯·布美瑞奇(August von Bulmerincq)则在1874年捍卫了其一贯坚持的具有普遍性的观点:

“尽管基督教的原则对国际法产生了影响,且国际法的适用在最初仍比较局限,但是,国际法既不仅仅是欧洲的国际法,也不是欧美的国际法,更不是欧美基督教国家的国际法,而是适用于全世界所有民族的国际法,它为所有的宗教信仰建立了、维持了和实现了一种共同的法律秩序。现在,国际法也以欧美国家与世界其他地区的国家所签订的条约、欧美国家之间所签订的条约以及信仰不同宗教的国家之间所签订的条约而呈现。”<sup>[2]</sup>

根据上述观点,所有的大洲和所有的信仰都可以并且都应该参

---

[1] 爱德华 S. 克里斯(Edward S. Creasy):《第一个国际法律平台》,伦敦,1876年,第24章(第27页及以下)。

[2] 奥古斯特·冯·布美瑞奇(August von Bulmerincq):《国际法的实践,理论和法典化》,莱比锡,1874,第5页;关于布美瑞奇请参见,劳里·麦尔卡索(Lauri Mälksoo):“国际法观点的历史背景:‘实证主义’国际法学者——奥古斯特·冯·布美瑞奇(August von Bulmerincq)(1822~1890)及其政治设想”,载《国际法史期刊》2005年第7期,第181~209页。

与到国际法中；克里斯对有关国家实践的斥责则有力地论证了这一要求的内容并非是乌托邦式的。

#### 10. 标准化的困难性和动因情况的模糊性

本文第二部分第3点至第8点的内容并不能完全反映这一系列的众多观点，但是这一系列的观点却引出了下面的问题，即如何对这些观点进行标准化和系统化，以及应如何准确地阐述作者持有这些观点的可能的动因。

对待标准化这个问题我们应当小心谨慎。学者们的立场不能被分类总结，在不同的时代交替变更之际，我们应当更加谨慎地对所使用过的标准以及从中推导出的国际法原则是否发生了整体性变更进行判断。那个时代的国际法学家们的各种独特的且不应被轻易改变的立场更多的是呈现出了“紧张和矛盾”的态势。<sup>[1]</sup>

但是，人们或许会稍加谨慎地宣称，对待其他民族所应持的自由主义国际化态度在19世纪上半叶后日益衰落，取而代之的是等级化区分的重要性日益突出。<sup>[2]</sup>

与18世纪的自然法学者们的观点不同的是，人们在最初将宗教作为合法的、等级性的划分的依据。前现代时期所经历的多次宗教战争对他们来说还历历在目，因此，原则性平等无论何时都是（基督教）信仰最关切的问题。因此，这种转变可能与欧洲人所经历的集体暴力的逐渐褪去有关。这意味着宗教在潜在的战争背景下又将再次被当作合法化事由而利用，特别是在19世纪下半叶。

[1] 詹妮弗·皮茨(Jennifer Pitts)：“维多利亚女王时代国际法的界限”，载《维多利亚时代的视角下的全球秩序——19世纪政治思想中的帝国和国际关系》，邓肯·贝尔(Duncan Bell)(编)，剑桥，2007年，第67~88页(第81页)。

[2] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll)：“经由重新演绎产生的规范：中国与19、20世纪的欧洲国际法”，(载《国际法史研究》，第25页)，巴登—巴登(Baden-Baden)出版社，2012年，第12页。

此外,人们可以将国际法法学家不断增强的偏离自由主义立场的倾向理解为19世纪下半叶的国际法的政治化。当时的国际法法学家为权力服务,并通过与帝国主义和殖民主义相结合,亦即与现实政治相连结,来证明自己的实用价值。<sup>[1]</sup>

何时以及为何会单独出现上述所谓的为权力服务,而何时又不会出现,对此很难一概而论。纵观上文德国国际法法学家们的各式各样的“自由的”观点,对此我们可以考虑到的是,这些观点被提出的时期正是德国(帝国和地区)由于政治实力薄弱而远离“海外殖民”这一帝国主义需求的时期。这似乎又使得后来的国际法政治化这个论题具有相对性;而那些看上去持自由主义观点的国际法法学家起初则更多的是因为其不切实际而遭受挑战。

在19世纪下半叶,这个主题的发展也展现出了其与科学、社会和政治之间的肯定的或批判的互动。是什么支撑着帝国主义的野心,这必须根据具体情况具体说明。在这一点上,作者们倾向其各自国家的权力和政治一直是一个必须被考虑到的因素。<sup>[2]</sup>

### 三、展望:欧洲中心主义和法律史学家的使命

本文尝试对19世纪国际法学领域的“欧洲中心主义”做出简短的概括。本文的视角是法律史学家的视角。当然,这种国际秩序的理论基础和哲学基础一直是欧洲的,即使在其全球传播的过程中,

---

[1] 关于定义及其历史背景请参考,路德维希·奥古斯特·冯·罗豪(Ludwig August von Rochau):《现实政治的原则》,由汉斯—乌尔里希·韦勒(Hans-Ulrich Wehler)出版和作序,法兰克福、柏林、维也纳,1972年。

[2] 安德烈·瓦德(Andrea Weindl):“他国、公海和无主地—欧洲国际法和欧洲以外的世界”,载于:《永久的和平:近代早期关于和平的新研究》(旧帝国图书馆8),施密特—沃格恩·茵肯(Schmidt-Voges, Inken)、韦斯特法尔·西格里德(Westphal, Siegrid)、阿尔克·沃尔科(Arnke, Volker)、巴特克·托比亚斯(Bartke, Tobias)(出版者),慕尼黑,2010年,第349~383页(第376页)。

直至今天人们在法律上依然能看到欧洲的痕迹。<sup>[1]</sup> 在 19 世纪的进程中,这一欧洲的法律学说被传播到了其他大陆,并被当地所继受甚至被本土化。<sup>[2]</sup>

当然,在上述传播、继受和本土化的过程中,法律学说的内容也发生了转变和工具化。国际法成为了全球性、跨文化的规范性秩序。人们因此观察到“一个超越文化而有效存在的社会领域出现了,这个领域的规定虽然带有原始的烙印,但却并非不可动摇”<sup>[3]</sup>。

过去的法律史学家们的目光集中在法学建构和区分上,这些建构和区分一部分存于非常抽象的哲学内容当中,另一部分则与社会现实的具体形态要求相伴。我并不将评判或者甚至谴责这些决定视为法律史学家们的使命,法律史学家们的使命更多的应该是追寻法学发展的轨迹并了解他们发生时的背景。

---

[1] 关于“文明国家”的概念请参考,马克·保卡(Marc Pauka):《文化、进步与互惠:国际法中文明国家的概念史》(《莱茵法律史论著》第 16 辑),巴登—巴登(Baden-Baden)出版社,2012 年,第 199~210 页,第 239 页(其重要性在 20 世纪有所减退)。

[2] 阿努尔夫·贝克尔·洛尔卡(Arnulf Becker Lorca):“通用国际法:19 世纪的征收和侵占史”,载《哈佛国际法期刊》2010 年第 51 期,第 475~552 页。

[3] 斯特凡·克罗尔(Stefan Kroll):《规范秩序的扩散和对翻译的研究:19 世纪和 20 世纪国际法在中国的传播》(论文,北京,2013 年 11 月)。