西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

施米特文集

刘小枫◉主编



[德]卡尔·施米特 Carl Schmitt◉著

大地的法

Der Nomos der Erde

刘毅、张陈果◉译

文景
Horizon

上海人民出版社

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii
HERMES
施米特文集
刘小枫◉主编



大地的法

Der Nomos der Erde

[德]卡尔·施米特◉著
刘毅、张陈果◉译

上海人民出版社

目 录

前言 …… 1

第一章 引论五篇

一、作为秩序和场域之统一的法权 …… 7
二、前全球时代的国际法 …… 15
三、基督教中世纪国际法之解读 …… 21
四、论法概念的含义 …… 33
五、论占取作为国际法之建构性因素 …… 47

第二章 占取新世界

一、最初的地球分界线：从拉亚线经友好界线到
西半球分界线 …… 55
二、对占取新世界的辩护（维多利亚） …… 72
三、占取新世界的合法资格（发现与占有） …… 100

第三章 欧洲公法

一、国家成为新的国家间欧洲中心主义
全球空间秩序的主导力量 …… 117

二、中世纪战争（十字军东征或武力自卫）转变为
非歧视性国家间战争（从阿亚拉到瓦泰尔） 129
三、海洋自由 151
四、领土变更 164
五、国际法中非国家的元素与类别之概述 190

第四章　关于新大地法的诸问题

一、整个欧洲的最终占取（1885 年刚果会议） 195
二、欧洲公法的终结（1890—1918） 208
三、日内瓦国联与大地空间秩序问题 221
四、战争意义的转变 240
五、西半球 263
六、国际法之承认的意义转变 277
七、作为现代式毁灭手段的战争 292

人名索引 307
内容索引 313

译后记 327

前　言

这本书是历经艰难之后的一部不设防的学术成果，奉献于我浸淫四十多年的学问——法学的祭坛之上。我无法预见谁能理解这部学术祭品，他也许是一个思想者，也许是实干家，也许是一个根本无视其存在的破坏者和毁灭者。一本书的命运并非掌握在作者手中，更少与作者本人的命运有关。

在此意义上，本书恰好印证了歌德创作于1812年7月的两行箴言式的诗句：

> 所有无关紧要的事物终将消散，
> 只有海洋与大地于此长留。

诗句的意向可喻指稳固的土地与自由的海洋，占地与夺海，秩序与场域。但是此箴言固然精彩，却有可能带来危险。这两行不同凡响的诗句与国际法的主题相去甚远，而是侧重于地理—科学意义或原旨—神话学意义的维度，但是此维度与本书所致力阐发的法学基本思想却无甚关联。我要感谢以麦金德（Halford John Mackinder）为代表的地理学家们，不过，法学的思维还是明显不同于地理学。法学家对事物与土地、现实与领土的知识并非源于地理学家，夺海的概念具有法学而非地理学的印记。在一定程度上我与当代著名国际法学家特雷莱斯（Camilo Barcia Trelles）同样抱有对法学的自信，后者也在研究

大陆与海洋的主题。

法学与神话渊源的联系远远深厚于法学与地理学的联系。我们在此方面的认识要归功于巴霍芬（Johann Jakob Bachofen）的理论贡献，当然也不能忘记天才的米什莱（Jules Michelet）的诸多洞见。巴霍芬是萨维尼学术遗产的继承者，巴霍芬继续推进深化了这位历史法学派奠基者关于历史性的理解，并取得了丰硕的成果，这些成果不适用于考古学或博物馆。这涉及法学的存在性问题，这些问题在今天是划分神学与技术的界限，如果它们未能将自己置于一种具有正确认识且已发展成熟的历史观中，则无法保障其自身的存在基础。

因此，揭示问题就成为一个特别困难的任务。我们当今的情势下，存在着各种各样的约束和障碍。而且在那些作为局外人的批评者看来，不难发现一些文献上或其他方面的缺陷。此外，我会严格恪守事实依据，包括某些具体问题，以避免任何犯错误的嫌疑。所有的专家都在抱怨我们这个时代巴别塔式的语言混乱，抱怨粗鲁的意识形态斗争，抱怨各种流行和时髦的概念对当代公共领域的侵蚀和毒害。因此，收集整理大量材料，客观阐释新的思想，尽量避免无谓的争执，切勿忽视主题的意义，等等，这些都是必不可少的工作。还需强调的是，研究主题本身及其现实状况，都是富有挑战性的重大任务。

欧洲中心主义的传统国际法秩序在走向衰落，古老的大地法亦日薄西山。传统秩序源于对新世界的童话般的惊奇发现，源于一种空前绝后的历史事件。只有借助奇幻般的类比想象，人们才能设想一个现代版的国际法秩序，即人类登月的途中发现了一个新的、未知的星体，可以对其自由开发和利用，从而减轻人类在地球上的争斗。即便以这种想象为根据，对于新的大地法来说，仍然存在悬而未决的问题，这些问题不是借助自然科学的新发现就能解决的。人类的思想必须再一次聚焦于人间此在的基本秩序，我们力图发现大地的丰富意

义，这是本书的探险尝试，也是我们的使命所在。

大地承诺了和平，只有新的大地法思想可以实现和平。

卡尔·施米特

1950年夏

第一章
引论五篇

一、作为秩序和场域之统一的法权

在神话的语言里，大地被称为法权之母。这意味着法权和正义的三重根源。

首先，丰饶的大地在其自身之内、在其丰饶的怀抱之内蕴藏着一种内在的标准。因为，对于人类施于大地之上的艰辛和劳作、播种和耕耘，大地都用生长和收获加以回报。每位农人都了解这一正义的内在标准。

其次，被人类开垦和耕种的土地呈现出固定的界线，各种特定的划分通过这些界线变得清晰可见。通过田亩、草场和森林的界分，这些路径被犁定，又被埋藏。由于田地和原野、庄稼轮作和土地开垦的分别，这些路径被移接，又被开辟。在这些路径之下，大地之上人类劳作所遵循的经营尺度和规则变得明晰。

第三，大地在它坚实的根基上负载了篱笆、围场、界碑、高墙、房屋等建筑。在这里，人类共同生活的规则和场域得以彰显。无论是家庭、血缘、出身、地位、财产的种类和邻人的类型，还是人类权力和统治的形式，都变得公开且明显。

以上述三种方式，大地和法权被连为一体。大地之内蕴藏着对劳作的奖赏，大地之上展示特定的界限，大地自身负载着秩序的公开标志。法权是属于大地的，也是关于大地的。这就是为什么诗人们在谈到绝对公正的大地时会说：正义的土地（justissima tellus）。

海洋则认识不到关于空间和法权、秩序和场域之统一的意义。尽

管人类也能以劳作赢得鱼类、珍珠等各样海洋的宝藏，但这却不同于大地用果实对人类的回报，因为后者是大地据其内在的“播种与收获”的尺度而赋予人类的。海洋之上无法厘定田亩，自然也没有确定的路径和分野。海上的航船甚至不会在身后留下丝毫印迹。“波涛之上尽是
14 波涛”。依照古希腊语 charassein 对“特性”（Charakter）这一语词所隐喻、烙印和刻画的原初含义，海洋是没有“特性”的。海洋是自由的。依照新的国际法，海洋不是国家疆域，它应当以同样的方式开放给三种不同的人类活动领域，即渔业、和平航海和战争。这一点至少在国际法教科书上可以读到。人们可以轻易想象海上空间冲突发生时的情形，例如自由捕鱼权、某中立国的和平航海权与某海上强国自主进行战争的权利之间发生的空间冲突。届时，同一海上区域将会同时变成和平劳作的场所和现代海上战争的控制台。在海军可能布雷的海域，即便交战双方可能在这片海上用潜艇、鱼雷和战斗机摧毁彼此，渔业仍会在这里安静地进行，中立国的航船也仍会在这里自由地航行。

这就已经涉及一个复杂的现代状况。起初，在海上大帝国建立之前，“公海自由”这句话很好理解，无非是指海洋即自由战利品的自由区域。在这里，海上的强盗——海盗们凭良心干他们“邪恶”的营生。要是走运的话，他们就能在丰厚的战利品中找到对勇敢冒险驰骋海上的奖赏。海盗（Pirat）这个词源自希腊语 peiran，意指考验、尝试和冒险。没有哪个荷马的英雄会愧为这样勇猛而敢于试练自己命运的海盗之子。因为在坦荡的海洋上，没有围篱，没有界线，没有圈定的区域，没有神圣的场域，也就不存在法权和财产权。很多民族栖身于山区，远离海岸线，对海洋却仍然保有一种古老和虔诚的敬畏。维吉尔（Virgil）在其《牧歌集》第四篇曾预言，在将要来到的快乐的时代里，航海将不复存在。是的，在我们基督教信仰的圣书里，在圣约翰的启示录（Apokalypse）中，也能读到一个全新的、被罪恶清洗过的地球：其上不再有海洋的覆盖，ἡ θάλασσα οὐκ ἔστιν ἔτι［海也不再有了］（［中译者按］《新约·启示录》21：1）。陆地民族的法学

家们也了解这种对海洋的惧怕。这一点在16世纪西班牙和葡萄牙的某些著者那里尤其明显。意大利的著名法学家和人文学家阿尔恰托 15
(Alciatus) 曾说过，海盗是一种具有缓宥情节的犯罪。Pirata minus delinquit, quia in mari delinquit [海洋之上没有法律]。

直到海上帝国 (See-Reiche/maritime Imperien) ——希腊语称之为海上霸权 (Thalassokratien) ——诞生之后，海洋的安全和秩序才得以产生。海上秩序的侵扰者一并沦为暴徒和罪犯。海盗被宣告为整个人类的敌人——"人类之敌" (hostis generis humani)。换言之，海上帝国的掌权者将其视为贼寇并驱之而后快，剥夺其权利与合法性。自由海洋空间之内的法权扩张乃世界史上的重大事件，具有压倒性意义。我们称之为"夺取海洋"。亚述人、克里特人、希腊人、伽太基人和罗马人在地中海，汉萨人在波罗的海，英国人在全球四海——分别赢取了海洋。正如一位英国作家所说的："必须掌握海洋，必须占有海洋。"[1] 而在人类权力手段和空间意识发展的晚近阶段，占有海洋才成为可能。

相对地，陆地法权的重大初始行动仍是"场域化" (Ortungen)：占取、筑城、建立殖民地。在中世纪时期伊西多尔 (Isidor von Sevilla)《词源》(*Etgmologia*) 的一个定义里——这一定义曾被收入著名的《格拉提安教令集》(*Decretum Gratiani*，约1150年) 的第一部分——国际法的本质曾被具体确定为：

> Jus getium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita. [万民法包括占取、建城和防御、战争、囚禁、拘禁、逃脱囚禁、结盟

[1] Fulton, *The Sovereignty of the Sea*, London, 1911.

与和平协定、停战状态、不伤害使节以及禁止异族人通婚。]

占取（Landnahme）被排在第一位。但是这里并没有提及海洋。在《查士丁尼法典》（*Corpus Juris Justiniani*）中（例如《学说汇纂》"语词的含义"第 118 条）也可以找到相似的定义，即国际法在本质上包括交易和交通（即商业 / commercium）、战争、民族差异、帝国（Reichen）和划界。对这些定义作比较和历史维度的考量是有价值的，比现代教科书停留在所谓规则层面的概念陈述来得更有意义。

16 尽管这些都是中世纪时期关于国际法之内容的规定和外延的列举，但是这些非常具体的定义直到今天仍然极富启发性。与占取和筑城相连的，往往是对可利用之土地最初的丈量和分配。如此便产生了最初的尺度，其中包含了所有更进一步的标准。所有根据部落或民族之占取而划分的国家，就土地而形成的法律关系，以及所有以城墙自卫的城市或新兴殖民地所修建的设施，都是经由这一初始行动而确定下来的。所有根据本源性的法权与属地性的正义而做出的判决也都来源于土地。因此，我们首先考察作为法权基础之原初行动：占取。

占取从两个方向上奠定了法权的基础：向内和向外。向内，即在占取的集团之内，与土地之最初分割和测定相连的占有关系和财产关系得以创设。经由这一最初的土地划分所产生的，是公有财产还是私有财产，是群体财产还是个体财产，是仅有其中之一还是兼而有之，是否进行了以地籍册为据的土地测量，是否有土地登记簿的设立，这都是较为晚近的问题了，涉及以共同占取行动为前提并由之产生的诸多分疏。历史的真实中所有可想象的可能性与关联性都是从合法资格和财产资格而产生的。即便初始的分地行动所奠定的是纯粹个体性的私有财产或是团体性的家族财产，这些财产也仍旧取决于共同的占取行动，法律上也仍旧是从这一共同的初始行动推导而来。由此，每一个占取行动都向内创设了一种整体性的共同体的上位财产，虽然后来的划分并不只限于共同体财产，而是彻底承认了"自由的"个人之私有财产。

向外，占取的集团往往和其他夺取土地和占有土地的势力相对立。这里的占取以两种不同的方式展示了同一个国际法上的合法资格。要么从某个地区占有迄今无主的土地——意指对占取者而言该土地尚无公认的主人或领主，要么是从旧有的领主或主人处获取土地进而易主。不难理解，相对于后者而言，获取无主土地意味着一个不同的更加简单的法律问题。

无论向内还是向外，占取都是首要的合法资格（Rechtstitel），其 17
后所有的法权一概由此而生，以此为据。土地权利与土地成果，土地捍卫与土地征伐，莫不以占取为前提。公法与私法之别，也是占取之后才有的事。公法私法之重大分疏的根本条件因占取才得以创设。如此，占取就具有了法律视角内之“类别化的特征”。对此，康德（Immanuel Kant）曾在他的法哲学里明文阐释。他认为“（土地的）最高所有者”（Landesherrschaft）（《法哲学》第二部分第 49 节[1]），抑或——采用他认为更贴切的称谓——“最高统治者”（Obereigentum），是所有权及一切其他公权力与私权利之可能性的最高条件。无疑，康德将其非历史性地建构为一个纯逻辑式的“市民团体理念”。在我看来，“上位财产”和“土地统治”这两种表述都不适用，因为两者都依赖于（其后才出现的）公法与私法之区分。今天的大多数法律人都会将“上位财产”首先理解为私法意义上的所有权（dominium），而将“土地统治”理解为公法意义上的权力和统治（imperium）。这取决于两个方面：首先，我们必须将占取认定为一个法律发展史上的事实，是一个重大的历史事件，而非一个思维构建的空洞概念。在真实的历史里，这类占取事件常常伴随着喧嚣和混乱。它曾在汹涌的民族大迁徙和攻城掠地的过程中频频发生，也曾在国家成功的御敌主张中被表达为对国土的权力。其次，不能忽视的是，占取这一对内对外的

[1] 〔中译本编者注〕此处原书出处疑有误，参见本书第 13 页注 1。

根本性进程，是先于公私法之分、“统治”和“所有权”之别而发生的。无论对外（对于其他民族）还是对内（对于国内的土地和财产秩序），占取都是一个建构性法律秩序的原型。它创设了一项迄今为止在完整、广泛的意义上最为根本的土地法权理由。

占取，这种基于土地的初始理由，是一切法权的根基，是一切空间与权利、秩序与场域的连接点，无疑会在法哲学上备受重视。维柯（G. Vico）说，人类第一个法权是英雄们以土地法（Agrargesetze）的形式获取的。在维柯那里，土地的分配和划分（la Divisione dei Campi）是宗教、婚姻和避难庇护之外所有人类法权和人类历史的第
18 四大组成因素。为了避免造成“占取无非事关神话学的法律古董”的印象，我要在此援引两位17、18世纪更新更现代的法哲学家洛克（John Lock）和康德。洛克认为，政治权力的实质首先是土地管辖。洛克按照中世纪时期的语言，将土地管辖完全理解为统治暴力的最高权威。在他看来，土地的占有取得即是土地管辖者对土地的征服。“统治”首先是对土地的统治，然后才是对土地上居民的统治。[1] 威廉一世之诺曼征服（1066年）对英格兰的占取所造的声势影响，在纯理论和法哲学的记述里至今仍旧显赫。英人洛克通常以现代理性主义者名世，实际也深受中世纪封建土地法传统的影响。1066年占取法权建立之后，这一传统仍得以传承。[2] 康德法理学——正如上文中土地上

---

[1] 洛克：《政府论》（*Two Treatises of Government*），下卷，§12。政府仅对土地拥有直接管辖权。

[2] 鲁斯（Emil Roos）的论文以明晰的方式证明了，洛克哲学的所谓“理性”建立在封建传统的基础上，具有典型的英国式实用主义风格。见鲁斯：《洛克国家哲学中的自然状态与契约》（*Naturzustand und Vertrag in der Staatsphilosophie Lockes*, Berlin, 1943）。哈默尔（Walter Hamel）的著作《国家领土的本质》（*Das Wesen des Staatsgebietes*, Berlin, 1933）亦很有价值，此书内容更为全面，并提供了丰富的历史材料，其不足之处在于其中某些概念有些过分雕琢，而且只有“物质性”和“实质性”的概念，缺少“空间性”的概念。此书忽略了国际私法和刑法中领土原则的历史，也没有涉及洛克的领土理论。

位财产理论所证——在哲学基本含义的出发点乃是：一切财产权和法权秩序都是由土地决定的，都源于整个大地之土地最初的获取。康德指出："最初获取的物不是别的，正是土地。"[1] 康德这里所说的"区分土地之上非此即彼的分配法则"，既非晚近国家建构意义上的实证法，也非后来国家宪法之合法性系统意义上的实证法；而是完全具体化的、历史性的、政治性的事物之真正的核心问题，即"占取"。

每个定居的民族、每个政体和每个帝国的历史开端，无不以某种 19
形式存在着占取这一建制过程。每个历史纪元的开端亦是如此。占取对于建基其上的规则是理所当然的历史性前提。它包括了空间上的原初规则以及所有其他具体秩序和法权的渊源。对于历史的意义世界，它是根基。正是从这一根本性的法权理由出发，然后才导出进一步的财产和占有关系：共有财产抑或私有财产，公法的或私法的、社会法的或万民法的占有和使用形式。占取这一源头孕育着——用赫拉克利特（Heraklits）的话来说——所有的法权、规制及命令的颁布与出台。

迄今为止的国际法历史就是一部占取的历史。到了某个特定的时间，对海洋的夺取也附加其上。这时，大地的法，便以稳固的土地和自由的海洋之特定关系为基础建立起来。今天，无论是稳固的土地还是自由的海洋，其自身内部和相互之间的联系，都被一宗新的空间事件——控制天空——急剧地改变着。发生改变的不仅仅是领土主权的维度，不仅仅是人力、交通和通讯手段的功能与速度，更是"效率"的内容。"效率"一词总是有其空间性的因素。对于占取和占领也好，对于设壁垒或封锁也罢，它始终是一个重要的国际法概念。保护与服从的关系，政治和社会权力的结构本身及与其他权力之间的关系，也都由此而发生了改变。人类空间意识和全球秩序的新局面被打开了。

---

[1] 康德："法权论的形而上学初始根据"，《道德形而上学》，第一部分，("Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", in: *Die Metaphysik der Sitten*, I. Teil)，§ 12 和 § 16："Exposition des Begriffs einer ursprünglichen Erwerbung des Bodens"。

从本质上说，前全球时代的秩序是地域性的，即便它也包含制海（Seeherrschaft）和海上霸权的部分。当地球第一次被欧洲人以他们的地球意识去理解和丈量的时候，原初的地域性世界就被这个地理大发现的时代所彻底改变了。最初的“大地法”随之诞生。其基础是陆地空间秩序与海洋空间秩序的特定关系，四百年来负载着欧洲中心主义的国际法，即“欧洲公法”（jus publicum Europaeum）。到了16世纪，是英国人迈出了从陆地生存到海洋生存的第一步。在接踵而来的工业大革命中，大地又被全新地理解和丈量。工业革命生发在向海洋生存迈出了第一步的国家，这一点至关重要。这里有一个我们可能窥探大地法之秘密的关键。迄今为止只有一位哲人——黑格尔——走到这个奥秘的近旁。我要引用他的话作为对第一篇引论的总结：“正如家庭生活原则的条件是大地、土地（fester Grund）和耕地（Boden），对于工业化，海洋乃是其由内向外生生不息的自然元素。”

这句引言对下一步的推断很有意义。但我们首先要意识到一个实质性的区别：人类凭借技术在地球上建构工业化和技术化的世界构架，究竟是以陆地生存还是以海洋生存作为其基础。今天正在变成现实的是，天空对于海洋以及很大程度上甚至也包括大地的侵蚀，人类把自己的星球转化为原材料仓库和航空母舰的联结体。新的友好界线正在形成，但界线的另一方成为原子弹和氢弹的攻击目标。尽管如此，我们仍怀有希望，希望能找到大地之意义，希望最终在大地之上驻足的仍是和平。

二、前全球时代的国际法

几千年以来，人类对大地的整体仅有神话般的描绘而没有知识性的经验。人类并没有意识到，这个星球可以通过丈量和定位来理解，而且归属于全体人类和所有民族。既然缺乏人类的全球性意识，也就无以建立全球性的共同政治目标。同样也就不存在包括大地与人类在内的万民法（jus gentium）。说到那个时代的所谓万民法，由于空间结构不同，当时这个词语还不能被称作“星球化”和“全球化”概念出现后的所谓“万民的法”（Recht der Völker）、万民法（jus gentium）“国际法”（Völkerrecht）或“（国家间）国际法”（internationales Recht）。希腊化时代从城邦（Polis）到世界（Kosmopolis）的哲学式泛化，这里我们可以暂时放到一边。那是一个没有空间（Topos）的时代，换句话说，没有场域化（Ortung），也就没有具体的秩序（Ordnung）。[1]

---

[1] 在下文第三章第三节之“海洋自由”中，我们将返回到“论题”及其与现代乌托邦的关系上来。希腊术语“论题”（Topos）最初具有“公共场所”（locus communis）之意，现在则是一种通用的抽象词汇。但即便是作为公共场所，如果人们考虑到其中的空间意义，这个词也会变得具体化且富有活力。“论题”理论作为“修辞学”的一部分，由亚里士多德发展而来。后来，蒂永维尔（Eug. Thionville）在其杰出著作《亚里士多德〈范畴篇〉中的公共场所理论及其当今的重要变更》（*De la Théorie des Lieux communs dans les Topiques d'Aristote et des principales modifications qu'elle a subies*（转下页）

21　当然，以我们今天的视角反观之，大地总是有过某种划分的——即使当时并为被人类所意识到。但这种划分并不等同于大地整体的空间秩序，并不是法（Nomos）和大地（Erde）这两个语词本身含义下的“大地的法”（Nomos der Erde）。各个巨大的权力体（Machtkomplexe）——如埃及、亚洲和希腊的帝国，罗马帝国（Imperium），也许还包括非洲的黑人帝国（Negerreiche）和美洲的印加帝国——它们彼此间也并非完全孤立绝缘。但它们的相互关系却缺乏全球化特征。这些帝国中的每一个都自视为整个世界，至少是自视为有人类居住的土地或者是世界的中心，自视为宇宙和家园。这个世界之外的大地部分，如果不构成威胁，则要么觉得无关痛痒，要么视为罕见的珍奇；如果构成威胁，则视之为邪恶的混乱体，总之是视之为对自己开放的、“空白的”和无主的，用来征服、占取和殖民的空间区域。正如19世纪罗马史的著名史家蒙森（Theodor Mommsen）在其教科书中提及罗马人时所指出的：现代与古代的情况迥然不同，古代民众生活在一种“自然的”敌对状态下，所有的陌生人都是敌人，所有的战争都是毁灭性战争，只要不明文签署友好协定，所有不结盟的外国都是当然的敌国。因为在当时，一个现代的、人性的和文明化的国际法尚不存在。他的这些言论是当时对19世纪自我感觉和文明幻影的一个表征。如今，20世纪的两次世界大战已经为此论断做出了旁证。

22　正是罗马法和它的万民法实践使我们得以认识正确的历史，了

（接上页）*jusqu'a nos jours*, Paris, 1855）中发展出相对应的概念，即辩证法的对立物。修辞学是公共场所即广场里的辩证法，而不是（吕克昂或阿卡德米）学园里的辩证法。一个人向另一个人所说的话，无论是可疑的、似是而非的还是确定无疑的，都必须发生在适当的语境和场所内。因此，即便是今天，无论在布道台还是讲台，无论在法官席还是竞选场，无论在代表大会还是研讨会上，无论在电影还是广播中，论题仍是不可或缺的。任何对于这些不同场域的社会学分析都要从它们各自不同的论题开始。

解到战争、邦联、结盟（foedus aequum und foedus iniquum［平等条约和不平等条约］）和外国的多种形态。[1] 首先，罗马法能够区分敌人（Feind）、公敌（hostis）与强盗、罪犯。Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt［对我们宣战或者我们对他们宣战的人是敌人，其他是强盗或海盗］。这句箴言引用率很高，源自罗马法学家彭波尼乌斯（Pomponius）《学说汇纂》"语词的含义"一节。认定正当敌人的能力，是所有万民法的开端。从这个意义上说来，前全球时代图景下的万民法，还是存在的。但这种万民法对地球和"万民"的理解却停留在神话的层面上，经受不住 16 世纪以后随着地理大发现和科学丈量而出现的全球化世界潮流的考验。大地（Erde），或者说世界（Welt），呈现为一个圈（Kreis），一个地域（Orbis）；而地域这个词语拥有多重含义，既可以解释为一个片层（Scheibe），一个圆片，也可以解释为一个球体。[2] 在古代，地域的界限是由神话意象来划定的，例如海洋（Ozean）、巨蛇（Midgard-Schlange）或者赫拉克勒斯之柱（Säule des Herkules）。而它的政治保障则是由排外性的防御设施来实现的，比如界河、长城（große Mauer）、（古罗马帝国的）界墙（Limes）。比如伊斯兰法律中有和平家园（Haus des Friedens）[3] 这个概念——和平家园之外尽是战争的区域。上述这些界限的意义在于，它们将和平的秩序与非和平的

---

[1] 在赫斯（Alfred Heuß）的《共和国时期罗马外交政策的国际法基础》（*Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Kilo, Beiheft XXXI［N. F. 18］, 1933）中，其论题立足于自然敌对的观念，并否定友好协议的重要意义。

[2] Joseph Vogt, *Orbis Romanus*, Tübingen, 1929, S.14f.

[3] 即伊斯兰地区（dar-el-Islam），与战争地区（dar-el-harb）相对。参见 Najib Armanasi, *Les principes Islamiques et les rapports internationaux en temps de paix et de guerre*, Paris, 1929。

无序，将宇宙和混沌，将家园和非家园，将保护区和荒野，彼此区分开来。这些界限蕴含了当时万民法上的一个分疏，相反，18、19 世纪的相邻两个陆地国家的边界含义并非彼此排斥，而是国际法上的相互承认——承认边界之外的邻国土地并不是无主的。

在帝国之间，任何时代都存在各种形态的国际关系：或是国际斡旋，或是友好抑或敌对的双边关系，或是相互遣使，又或是贸易合同、护航、结盟、战争、停战协定、和平协约、家庭关系、难民权、遣返原籍、人质等方面的规定。此外还存在着国家之间的商贸关系（commercium）甚至联姻关系（connubium）——至少在掌权阶层和皇室家族之间是如此。史上最早以书面形式流传下来的友好结盟协
23 约，出现于公元前 1279 年，即我们经常提及的埃及大帝拉姆西斯二世（Ramses II）和赫梯王阿图西里什（Hattushilish）之间的协约。该协约包含了针对双方内外公敌的互助，遣返难民、流亡者以及国际赦免等规定。这一协约成为国际法上协约的著名模板，成为两个帝国霸权奠基的例证。不久前欧洲仍盛行此种观点：一种有教养的外交，一种审慎的、能够均衡列强势力的对外政治，一直到 15、16 世纪方才出现——他们认为这是文艺复兴以后现代社会的产物。今天，这种观点被那些熟稔埃及历史的专家讥为“妄语”，因为这些史学家把公元前 14、15 世纪埃及法老们、巴比伦王和亚述（Assyrien）王，米坦尼（Mitanni）王和赫梯（Khatti，［中译者按］原文为 Klatti，疑为笔误）王的谈判、结盟、商务合同、政治婚姻、书信往来和案卷精要归为国际法关系的原型。[1] 相应地，希腊的、希腊化的、犹太的、印度的、

[1] 1279年的结盟协议已经公开发表于《埃及考古学杂志》（由加德纳［Gardiner］和兰登［Langdon］翻译），Bd. 6，S.132 ff.。另见：Korosec, “Hethitische Staatsverträge: ein Beitrag zu ihrer juristischen Wertung”, *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, Bd. 60, S.64 f.；Roeder, *Ägypter und Hethiter*, S.36；A. Moret & G. Davy, *Des Clans aux Empires*, Paris, 1929, S. 374 f.；以及 Mettgenberg, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXIII (1939), S. 23 ff, XXVI (1944), S.377。

阿拉伯的、蒙古以及拜占庭等古代列强的政治经济关系也成为了有趣的讨论对象。尽管如此，这些都还只是一种不完整不确定的万民法或国际法关系形态。因为古代列强的战争在组织上仍然停留在那个时代的经济、技术以及外交水平上。更重要的是，当时的一切都还发生在一个尚未囊括全球、尚未全球化的框架和视界之内，当时的地球也并未经过科学的测量。

在东方和西方，古代和中世纪高度文明地区的大型政治体上所产生的文化种类，不是内陆型的，就是河流型的，最多也只是内海型的。因此，他们的空间秩序的法则，并不是像迄今为止的欧洲国际法那样通过“陆地—海洋”的对立来确定的二元体系，也就更谈不上与此对立的超克。在东亚和印度帝国是如此，在伊斯兰世界有东方印记 24
的地区也是如此。这种情形延续到亚历山大大帝的帝国、罗马和拜占庭帝国、查理大帝的法兰克帝国，及至中世纪时的德意志神圣罗马帝国，它们彼此的关系也都脱离不了上述特质。[1] 欧洲中世纪的封建法更是地域性的土地法——这种法律缺少对海洋的认知。罗马教宗划分新的传教领地时，对陆地和海洋也都等同视之。教宗们对所有的岛屿都曾提出诉求（如西西里岛、撒丁岛、科西嘉岛、英格兰岛），但其立足点却在于所谓的康斯坦丁的赠予（Schenkung Konstantins），而不在

---

[1] 东半球和西半球的高级文明基本上都位于大陆地带，最多是靠近沿海地区。在古代世界，除了北方高纬度地区和永久潮湿的热带地区，那些高级文明分布在北非—欧洲大陆地区的各个温度带。古代世界在南半球还有两个主要的区域：黑非洲和澳大利亚，包括澳洲—亚洲之间的群岛，并没有产生独立的高级文化。它们在很大程度上被排除在古代自发的大空间框架之外。根据植物地理和气候的变化，大部分高级文化的核心区域都有一个共同点：它们从适于农业开拓发展的潮湿地区，从温带的原始森林地区，以及亚热带、热带和非热带季风地区，向大草原和沙漠的边缘地带扩展。但是，东方文化世界在古代世界干旱地区的西部也安了家。西方对东方的超越体现在殖民地的扩张方面。古代美洲高级文化的早期阶段，除了玛雅文化，也同样存在于干燥地区，不同于东方文化的是，它们延伸至更为寒冷的高海拔地区。——海因里希·施密特亨纳（Heinrich Schmitthenner）

于地球上陆地和海洋的区别。陆地和海洋的区分作为不同空间规则之间的对立，是近代以后的事情。这种区分原则支配了欧洲17、18世纪的国际法的基本结构——即海洋开放、第一个全球化地球图景诞生之后的国际法基本结构。

以前全球时代之地球划分为基础而产生的共同法律，不可能是一个全面的、彼此关联的系统，因为它首先不可能是一个全面的空间秩序。当时存在的是各种形态的原初关系：部落、部族、家族、城市、扈从和同盟之间的关系。这种关系要么为了驱动一个帝国的建立，要么以建立帝国的征战作为主要内容（例如在意大利土地上建立的罗马帝国，在德意志—罗马的土地上建立的法兰克帝国）。一旦帝国建立，就产生了三个层面的关系：帝国之间的关系，帝国内部民族之间的关
25 系，以及帝国和原住民之间的关系——例如罗马帝国和游牧的部落之间就曾签订盟约，将帝国的土地交付他们。

前全球时代的帝国间关系蕴含了对于调整战争与和平的重要法律建构。尽管如此，它仍然无法摆脱缺乏全球化视界的遗憾。它仍然是原初的、不健全的——虽然在使节、结盟、和平协定、外国人法和难民法方面的许多习惯条例和规则基础都是由那个时代发展而来。帝国之间的国际法不能成为战争限度（Hegung des Krieges）和认定其他帝国为正当敌人（justus hostis）的法律。因此在另一相关标准或尺度产生之前，这些帝国之间的战争都是毁灭性的。帝国之内不同民族之间的法律，通过他们归属于某一特定帝国疆域的这一基本标尺而确定。即便是那些独立自治的结盟者，他们的土地也属于帝国疆域。而那些彻底被奴役、土地完全被他人掠夺的民族，也能拥有一个相当于国际法意义上的存在。这一点从斯巴达（Sparta）的那些由执政官对希洛人（Heloten）——即对失去土地的被征服者——所做的年度宣战（Kriegserklärung）便可见一斑。在此时代，帝国之间缺乏相互共存的意识。也就是说，同一个地球上各个大国之间缺乏一种规制力量，因为当时缺少一种整体的、囊括全球的空间秩序。

三、基督教中世纪国际法之解读

在此，需要对中世纪基督教世界的欧洲帝国做出特别说明。那是一个前全球时代的空间秩序，但它为过渡到第一部全球性质的国际法——稍后我们就会看到这一点——提供了的唯一的合法资格。所谓现代的，即16—20世纪欧洲国家间的国际法，是从中世纪恺撒统治（Kaisertum）和教宗统治（Papsttum）的空间秩序脱胎而来。不了解中世纪基督教欧洲的空间秩序，就不可能从法律史的角度理解由它发展而来的国际法。

在当今国际法学的研究中，中世纪基督教欧洲的国际法具有基础性的地位和作用，尤其在正义战争的问题上，后者常以似是而非的方式被援用。例如那些传承托马斯主义哲学系统和方法的学者们（这些方法和系统都关涉诸多的学术定义）。同样，中世纪国际法上大量的理论建构和论证，今天还在被日内瓦国际联盟的理论家们以及美国的法学家和政治家们关注和研究。尤其是正义战争问题，他们正按照自己特定的世界观和政治目的来援引和利用。关于正义战争的理论，在本文稍后（第89页［即边码——中译本编者注］）提到维多利亚学说（Lehre Vitorias）时还要再深入探讨。总而言之，中世纪时的许多法律状况和制度安排都是一种奇妙的混合：它时而呈现一派封建无政府状态的混乱局面，时而又被当作现代秩序的开山典范。对这些矛盾的成因和动因加以深究或许会是有效的科研尝试，但本书难尽其详，只能点到即止。鉴于整个探讨过程中最有特色的理论谜团，本文首先要区别澄清中世纪的无政府主义和20世纪的虚无主义两个概念。中世纪欧洲的国际秩序，对比于晚近时代平稳

运行的国际社会，是极端无政府主义的。但这种充满战争和仇杀的混乱状态并不是虚无主义，因为它还没有失去秩序和场域的基本统一性。

1. 作为空间秩序的基督教共同体

中世纪的秩序源于民族迁徙中的占取。许多此类的占取——例如占取西班牙和北非的汪达尔人、占取意大利的伦巴第人（568 年）——都无视罗马世界的法律状况，以抢夺财产的形式完成了征服。他们僭越了古罗马帝国的法律秩序。相反，德意志部族的占取，如意大利和高卢土地上的奥多亚克部落、东哥特人以及勃艮第人，却是在罗马帝国的土地秩序之内实施的——他们从罗马皇帝那里拿走了罗马的土地。多数德意志部族的占取都是在既有秩序和帝国内国际法的框架内，在各民族间完成地域转换的例证。这种占取的发生不是以抢夺
27 或吞并的形式，而是以一种公认的法律制度：军屯制度（militärische Einquartierung），即所谓的“客户法”制度（hospitalitas）。从阿卡狄乌斯（Arcadius）和霍诺里乌斯（Honorius）以来就有这样一种制度，即房主要将产权的三分之一交予新入编的军人客户（militärischen hospes）。这在法律上是一种财产主对军队的俸给，具体言之，财产主应将其住房、耕地、花园和森林都按一定份额分给新来的日耳曼军人。奥多亚克就是以这种方式为他的民众获得了三分之一的土地。此后，东哥特人又并入了奥多亚克这三分之一的份额。勃艮第王国的产生应该就是这种占取形式最著名和最广为称道的一个例子。[1] 随着土

[1] 宾丁（Karl Binding）：《勃艮第王国》（*Das burgundische Königreich*），1868；此外还有一些迄今为止唯一研究民族大迁徙中日耳曼占取的专著：Ernst Th. Gaupp, *Die germanischen Ansiedlungen und Landteilungen in den Provinzen des römischen Westreiches*, Breslau, 1844；参见本章第 49 页（即边码——中译本编者注）。

地在日耳曼占取者和原罗马财产主之间的分配，随着各个部落之间的共同生活，新的政治体和新的民族渐渐产生了。随之酝酿成形的，是全新的欧洲国际法。

所有欧洲中世纪的国际法主体都被称为基督教共同体（Respublica Christiana）和基督教人民（Populus Christianus）。他们有着明确的秩序和场域。他们的“法”（Nomos）是通过以下的分类来确定的：异教徒的（即非基督教的）土地是基督教的传教区，这些土地可以通过教宗托付给一个基督教侯爵来管辖。从拜占庭帝国传承到罗马帝国的延续性本身就是一个国际法上的难题，不过这个难题仅仅涉及巴尔干和东欧。伊斯兰世界的土地则被认为是敌人的疆域，要用十字军东征的武力方式去吞并和征服。这类战争不仅具有正当性（eo ipso eine justa causa），而且，只要经过教宗的宣布，它们就是神圣的战争。[1] 在基督教中世纪的欧洲，土地依照当时的土地法以不同标准 28
予以分配：平民的和修道院的，教堂的和捐赠人的，地主的和城堡的，城市本身的、社区的和各类大学所有的。重要的是，在基督教领域内的基督徒贵族之间的战争是封闭性的。这种战争不会影响到基督教共

---

[1] 这种武装起来的朝圣者向耶路撒冷的进军（cum armis Jherusalem peregrinati sunt），就被称为“圣战”。当然，如今的道德神学非常反对“圣战”这种说法。热尔耐（Charles Journet）在其著作《言成教会》（*L'Eglise du Verbe Incarné*, Paris, 1943）中专辟一章来论述该问题，该章题目是“圣战与十字军东征”（La guerre sainte et la croisade）。他认为，基督教意义上的圣战被赋予神圣的基督教性质，至于教士们是否拥有教会法上的权力并不重要。在他看来，纯粹的圣战，即建立在教宗的教会法授权基础上的圣战，不可能存在：L'eglise comme telle ne fait pas la guerre［这样的教会不会步入战争］。但是人们可以将这种由教会鼓励和批准的战争称为正义战争。不过，热尔耐在这方面仍然不做妥协。他指出，如果认真看待阿奎那《神学大全》（*Summa Theologica*, Ⅱ, Ⅱ q.40, a 1 & 3）提出的“正义战争”的概念，那么真正的完全正义的战争是扳着指头就能数过来的。基督徒不会发动战争，只有基督教能发动战争。基督徒和基督教之间仅有微妙的区别，但是，我不确定路易九世是否熟悉这样的区分。

同体内部的统一性，其性质与针对非基督教世界的征伐性战争迥然不同。基督教贵族之间的争斗总是打着维护合法权益或是行使反抗权利等正当名义。争斗的双方都以一个大的共同的法律框架作为前提。换言之，他们对于基督教这个前提性的法律框架既不否认也不逾越。这使我们不得不去追问这个法律框架的正当性，对它做出道德上、神学上以及法律上的评判。然而，这个宏大的提问不会在抽象的层面得到解答，我们只能深入到各个不同制度架构和具体的语境中去寻找答案。以“和平”这个概念为例：当时不存在一个标准化的统一的和平概念，存在的只是帝国的和平、村落的和平、教堂的和平、城市的和平、城堡的和平、市场的和平等具体的和平概念。

2. 作为拦阻者的基督教帝国

基督教共同体作为一个整体，在其统治权所及的范围之内设立了相应的规则体系，恺撒和教宗，各就其位，各司其职。与罗马千丝万缕的联系意味着古老的基督教信仰秩序的延续。[1] 因此，中世纪
29 的历史，是一部争夺罗马的历史，而不是一部敌对罗马的历史。那

---

[1] 关于“永恒罗马”（Roma aeterna）的历史，就是关于历史场域化的最伟大的例证。根据一位受人尊敬的作者舒特斯的代表性观点（R. M. Schultes, *De ecclesia catholica*, Paris, 1925），教宗职位与罗马（事实上是罗马土地）不可分离，罗马的土地不会消失，除非到了世界末日。贝拉尔米诺（Robert Bellarmine）也认为，在罗马接任教宗，这种场域化是合法的，也是事实上与罗马不可分离的。罗马从未失去教士和虔诚的人民。热尔耐也在其书中强调了该问题（*L'Eglise du Verb Incarné*, S.522），不过他提出了不同观点，认为彼得作为教宗的接任者，他永远是罗马的主教，不论他实际上住在哪里。另有鲁道夫·索姆（Rudoph Sohm）的著作《教会法》（*Kirchenrecht*），从名称上就反映出场域化的一种新视角。

个时代，罗马军团的军法就是德意志王国的宪法。[1] 从罗马帝国到中世纪国际法的延续性，[2] 并非体现在空泛的理念上或是规则上，而是体现在罗马的具体场域中。基督教帝国当然并非永恒的存在，它就如同现世的永恒一般，终将走向结束，但它却可以成为强大的历史性力量。最能体现基督教帝国之历史延续性的重要概念就是“拦阻”(Kat-echon)。“帝国”在这里意味着能够拦阻反基督者和现世永恒之终结的历史性力量，这正是使徒保罗在《帖撒罗尼迦后书》第二节中的表述。这种关于基督教帝国的理解被多方援引和阐释，一直到中世纪末期：法兰克时期和奥托时期的很多德意志修士和教士都曾致力于此——这一点在哈尔伯施塔特的海默主教（Haimo von Halberstadt）对《帖撒罗尼迦后书》第二节的评注以及蒙捷昂代尔的阿多索修士（Adso）致戈贝加女王（Königin Gerberga）的书信中都可见一斑。这种观念甚至是那个历史时期的一大标志。基督教中世纪的历史有多长，这种“拦阻者”观念的历史就有多长。

我难以想象，对于一个原初的基督教理念，除了“拦阻者”这样的意象，还有什么其他历史意象可以作为其标志。拦阻者的存在抑制着世界末日的来临，是当时一个普遍的信仰。这是当时能从末世论的阴影中走出的唯一道路，以通向宏伟强大的基督教帝国下的德意志王国。当时的教父和作家中的权威人士，如德尔图良（Tertullian）、圣哲罗姆（Hieronymus）和拉克坦提乌斯（Lactuantius Firmianus），都 30
以巫师式的预言共同表达了这样的信念：只有罗马帝国及其继任者基

---

[1] 参见：Eugen Rosenstock, *Die europäischen Revolutionen*, Jena, 1931, S.69。

[2] 不应从文化史和经济史的一贯性上寻找法律的延续性。参见Alfons Dopsch, *Das Kontinuitätsproblem*, Wien, 1938。大部分意大利法学家认为只存在规范和理念上的延续性，正如巴列里（Balladore Pallieri）在其《国际法概论》中提出的典范性表述，或者如巴拉迪斯（Bruno Paradisi）在其《中世纪国际法史》（*Storia del Diritto Internazionale nei Medio Evo*, I., Milano, 1940）中视之为“古代的遗产”。

督教帝国才能阐释万古永恒的存在，才有能力对抗强悍的邪恶势力以捍卫永恒的存在。对德意志的修士来说，这才是光明的充满强大的历史力量的基督教信仰。谁要是不能把海默主教或阿多索修士的格言警句，与伪书《托名美多狄乌斯启示录》（*Orakeln des Pseudomethodius*）和西布尔女巫（tiburtinischen Sibylle）的晦暗预言相区别，就会将基督教中世纪的王权同那些非基督教的权力现象相混淆，从而找寻不到其具体历史意义上的真谛。

相对于拦阻者学说而言，罗马帝国的后继者所建立的政治或法律结构并不能体现帝国的本质，它们对该学说的态度表现为从虔敬到视之为学术神话的背离和退步。这些架构的存在形式是多样的：它们可能是对原版的翻译、沿袭、重构或是革新。但它们的意义在于另一方面：相对于古代晚期对政治和军事当权者的东方式的和希腊式的神化，它们包含了一种精神上挽救古代的秩序与场域统一体的意愿。这种政治法律结构自身还须调整，以适应中世纪盛期封建主的土地秩序和封建的臣属关系。而这种土地秩序本身却在 13 世纪以后逐渐解体和消亡，被一种由邦国、王室、诸侯和自治城市组成的多元体取而代之。

中世纪的中欧、西欧帝国—神权统一体，从来都不是掌握在一个人手上的中央集权。它自始就建立在教权和王权（postestas und auctoritas）既统一又分离的秩序体系的基础之上。教宗和君王之间的对立并非绝对的对立，它们分别施行的是一种“多样化的律令”（diversi ordines）。基督教共同体正是在这种律令的母体之内孕育生息。当时教会和帝国之间的关系不同于晚近以来教会和国家之间的关系，因为国家意味着一种 16 世纪之后才有可能的对宗教性战争的克服，而这种克服是通过一种中立化调和来实现的。中世纪以降形成了一种多变的政治历史格局，这种格局对教宗和君王都有所要求。然而，当 13 世纪以降的亚里士多德学派用“完美共同体”（societas perfectae）学说来彻底区分教会和俗世（即教会和俗世乃两种完美
31 世界）时，不幸产生了。作为真正史学家的菲吉斯（John Neville

Figgis）指出了这两者之间的决定性的对立并对此加以阐述。[1] 中世纪时期君王和教宗之间的战争并非两个“共同体”（societates）之间的战争。这种战争也不似俾斯麦文化战争或是法兰西的政教分离运动（Laizisierung des Staates），它更不是社会主义阶级斗争意义上的红白内战。所有将现代概念学说生搬硬套的尝试，在这里都是一种历史错误。同样错误的还有那些有意或无意地普世化或集中化的想法，这些想法自从文艺复兴、革命与反革命时代以来就与一种共同体概念相关联。君王们可以废立教宗的权力，罗马教宗也有权令解除臣民对某一君王的效忠义务，但双方中的任何一方都不能在任何程度上质疑基督教共同体。

不仅是德意志国王，其他基督教邦国的国王也自称为皇帝（Imperator），并将自己的领土称为“帝国”（Imperien）。他们从教宗那里领取十字军东征的使命——此即占取土地的合法资格（Rechtstitel auf Gebietserwerb）——这些是对以安全秩序和场域为基础的基督教共同体的强化。在我看来，帝制的基督教特质体现为：在基督教中世纪，君王的权位并非绝对，即不能吞并或侵犯其他权位。具有基督教特质的帝制是一种具体的王权或者说一座“王冠”，具体是指对某一特定的基督教国家及其人民的统治，其使命就是要履行拦阻者的任务。这是对“王权的升华”，而不是权力的提升，即不是简单地在王国之上设立国王，或在众王之上设立国王，不是对王权的强化，也不是像后世那样建立一种家族王朝；而是一种能够体现王权之尊严的使命，该使命是来自于另一个世界的神授的天职。帝国自身在一定程度上依赖于本土化的结构，就如将帝国的神圣礼仪语言附着于不同邦国的方言之上一样，但是它们都源于共同的精神体系。因此，正如《反 32

[1] 除了菲吉斯的名著《从格尔森到格劳秀斯》（*From Gerson to Grotius*）和《现代国家中的教会》（*Churches in the Modern State*）之外，我在此要特别提到的是他在皇家历史学会上的演讲“基督教共同体”（Respublica Christiana）。

基督剧》（*Ludus de Antichristo*）所展示的（该剧遵循了阿多索修士所确立的传统）：君王们在十字军东征完成之后，必须恭顺而虔诚地卸下他们的王冠，这无损于他们的尊严。这时候，他就从“王权的升华”回归到他的本然状态，即仅做他自己王国的主人。

3. 帝制、专制、僭政

显然，帝制时代伟大的神学家和哲学家们可以很自然地援引源于13世纪的亚里士多德学派的完美共同体学说（communitates perfectae），以阐发他们自己关于帝制的理论。完善且自足的共同体（包括社群、城市和社会）能够实现自身的意义、目标和内在原则，有能力达成美好且自足的生活，即能够获得好的生活（bene sufficienterque vivere）。但丁在《论世界帝国》中将帝制描述为最完善的人类团体形式，它不同于王国（regnum）或自治城市（autarken civitas），而是一种能够给各个自治共同体带来和平与正义的超越性机制，并因此而成为一种更高层次的整全性的特殊组织形式。

由此我们可以明确认识到中世纪基督教这一整体及其“最高权力”（höchste Macht）的本质原因和基本特征。基督教共同体之基督教帝制正是基于此原因，而完全不同于中世纪的革新（Renovation）、重生（Reproduktion）和复归（Repristination）等古代异教的概念。这些古代异教概念皆因缺少了“拦阻”的意义，故未能产生帝制（Kaisertum），反而产生了所谓的专制（Caesarismus）。专制是一种典型的非基督教的权力形式，即便它包含有（教宗与世俗政权间）协定/条约的因素。专制作为一种现代现象，既是一个（专业）术语，也是一个观念领域的问题。它诞生于1789年法国大革命，与之类似的历史现象可扩展至基督教早期到19世纪之间，在此期间出现的诸如专制、内战、专政、无产阶级等名词和概念，在法国大革命中得以发扬

光大。这种独特的贯穿基督教初年到现代的长时段的类专制时期，不 33
可与史学家和政治学家所称道的其他众多历史时期相混淆。这个长时段的类专制时期，已经被诸多学者从不同角度深入探讨和研究，从圣西门（Saint-Simon）、托克维尔、蒲鲁东、鲍威尔（Bruno Bauer）直到斯宾格勒，都有见仁见智的论述。

拿破仑·波拿巴的帝制是首要的也是最显著的新型帝制，即王权与王冠相分离的纯粹意义上的专制。因此，此时的帝制与基督教中世纪时期的含义截然不同。更现代更强有力的专制见于 1848 年之后以及拿破仑三世时期。公元 9 到 13 世纪之间的任何一位虔诚的神学家大概都能辨认出帝制与专制的不同，因为中世纪的神学家们都熟谙以下这个故事的政治历史意义：犹太人在救世主被钉上十字架时高喊着——“我们没有王，我们只有皇帝（Cäsar）！”（《约翰福音》19：15）自 13 世纪以后，这种对基督教历史意义的认识就逐渐消失了。各大哲学体系舍弃了历史的具体意义，并对历史上与异教徒斗争的成就进行了中性化的概括处理。

自从德意志国王建立王权，帝制就成为其王权的组成因素。从此，帝制不再能够以拦阻者为基础发挥提升王权的功能，也就是说，该王权建立在其土地和人民的基础上。卢森堡王朝（Luxemburger）和哈布斯堡王朝（Habsburger）以后，王冠归属于某一个皇族家庭。皇族势力是皇冠、占有权、继承权和期待权的集合体。虽然罗马时代的恺撒皇冠也有这一层含义，但它却与路易九世（heiliger Ludwig）、圣司提反（heiliges Stephan）和圣文策尔（heiliges Wenzel）的皇冠大相径庭。德国皇族的皇冠不再有空间和土地场域的象征意义，而中世纪皇帝的皇冠却在很大程度上标志着这一强大的权能。法兰克、萨克森和萨尔时代以后的皇族，都纷纷从强势的拦阻者退化成弱小而保守的守护人。他们不愿再向罗马称臣。《国法大全》（*Corpus Juris*，又译《民法大全》）的继受和传承在当时有着改天换地的意义。14、15 世纪的罗马法学家们早已把基督教帝制和地域性王权之间因“拦阻者”而

34 存的紧密联合忘得一干二净。巴托鲁斯及其他 14 世纪的法学家和公共知识分子已不再知晓皇帝有着拦阻者的使命。他们甚至忘记了一个基本的法律史上的事实：意大利的王不单是罗马的皇帝，而首先是意大利中北部城邦的国王。

空间概念的消解预示了中世纪秩序的普遍性瓦解，尽管在“城邦之上无权威”（civitates superiorem non recognoscentes）理论中仍然存在皇帝—教宗共同体的诸多元素。皇帝仍然是每个自治城市之自由和权利的守护者，其任务是保护城市的自由和权利免于敌人尤其是僭主（Tyrannen）的侵害。索尔兹伯里的约翰（Johannes von Salisbury）在 1159 年的著作《论政治原理》中提出的僭主理论，被认为是对一种具有自主意识之属灵权力（potestas spiritualis）的政治阐释。拦阻者观念此时已近乎消失。中世纪晚期（13—15 世纪）的法学家们在此基础上更进了一步，因为此时多样化的自给自足的政治实体已经淡化了基督教共同体一统天下的影响力。僭主在这个时段仍被认为是人类的公敌——因为人类总会在王权与神权（Imperium und Sacerdotium）那里找到自己的场域和秩序，而僭主却破坏了这一秩序。僭主是土地秩序的公敌，就如同海盗是海洋秩序的公敌一样。正如一个海上帝国诞生时，海盗会成为海洋秩序的人类公敌一样，僭主的施政破坏了原有的自足自在的政治图景，因而既是侵犯一个国家的外敌，又是破坏一国内部空间秩序的内敌。僭主和海盗这类普通的概念在一国具体的国际法秩序中获得了内涵，这些概念反过来又见证了帝国的存在，只要它们负载了历史的真实。

但是，一旦各类政治实体（自 13 世纪以降）不仅在事实上，而且逐渐在法律上开始脱离罗马帝国，并将教士阶层的权威限制到纯粹的精神领域，中世纪基督教帝国就不可避免地要走向解体了。在法国，这一过程被称为 civitates superiorem non recognoscentes［城邦之
35 上无权威］。不过，对这句格言有两点需要阐释：首先，究竟谁是“至上的”（superior）？其次，这句格言的意义或许并不是绝对的，而是

旨在说明存在着某种更高的权力或权威的制度与程序，但是这种权力或权威并不是16、17世纪之绝对主义或决断论意义上的高高在上的指挥官、“上司”或“权威机关”。诸多的城邦和国王从德意志帝国的旗下抽身而出，这很可能使得整体秩序的框架受到威胁，尽管这一框架仍将存续，并对空间秩序的划分仍起决定性作用——例如对欧洲基督教和非基督教土地做国际法地位上的区别，又如对敌人、战争——尤其是基督徒和非基督徒之间的战争，做不同性质的界定。

与德意志国王相反，基督教的国王——尤其是打着完全基督教旗号的法国国王，承担了十字军东征的任务，并以此尝试获取帝国的地位，尽管这种尝试的成功率微乎其微。西班牙的国王自称皇帝(Imperator)，也相应地发起了对基督教敌人——伊斯兰的神圣战争。要理解这一切，既不能脱离对罗马帝国的历史回顾，也不能忽略19世纪晚期现代国家的集权主义和实证主义的政治主题。对意大利来说，“城邦之上无权威”，意味着德意志的国王就是皇帝（尽管他实际的影响力只能算是意大利的国王），迄至14世纪一直是维系和平、平息纷争、扼制僭主的皇帝。即使皇帝的权力（postestas）事实上变得徒有虚名，但只要教宗的权威（auctoritas）足以继续分派传教以及宗教战争的任务和交托传教领地，中世纪欧洲国际法广泛的整体秩序就仍然存续。由此，在空间秩序的基本划分上，在基督教和非基督教土地的区分上，在从中派生出的对于不同战争性质的辨别上，还存有一片历史的真实。

一种全新的、别样的土地秩序的诞生，彻底终结了中世纪欧洲国际法的历史。与此新土地秩序相伴生的，是中央集权的、拥有封闭的土地空间，从而独立于皇帝、教宗和其他主权邻国的欧洲区域国家，这些国家在海外占取方面打开了无限的自由空间。有一种全新的合法资格，对于以国家为单位的国际法具有划时代的意义，对于基督教中世纪来说却是完全陌生的事物，这就是我们所熟悉的地理大发现和占取新土地。新的土地秩序不再存在于一个确定的场域，而是建立在势 36

力均衡的基础之上。时至当日，欧洲大陆上也出现了一种被称为“无政府状态”的混乱局面，但这还不是流行于19、20世纪的所谓“虚无主义”。如果要使虚无主义这个词不落空泛，就必须要了解某种特定的消极性，由此虚无主义才会获得其历史地位，即属于它的空间(Topos)。只有这样，才能辨别19、20世纪的虚无主义与基督教中世纪的无政府主义状态的不同。通过考察乌托邦和虚无主义之间的关系，就会明白，在具体的历史语境中，秩序和场域的根本性分离才是所谓的虚无主义。

四、论法概念的含义

有一个希腊词，它对于最初的、奠定一切后来标准的丈量尺度，对于最初的占取——最初的空间划分和安排，初始的区分和分配，具有非凡的意义，这个词就是“法”（Nomos）。

用原始的空间的意义去理解这个词语，才能最好地体现场域和秩序之间的基本联系。我想还原给这个词语它本源的尺度和力量——尽管它在历史上，甚至在古代就已失去了本来的含义，沦落成对随便一种立法性规则文件的空泛和一般的表述。之后，它又与各种各样的章程、措施和法令相混淆，以至于到了 20 世纪，一种反对滥用国家立法权意义上的立法活动和制度安排的运动以 Nomomachie［法律斗争］的名目粉墨登场。[1]

1. 法与法律

在智术师时代，法与占取之间尚未有明显的联系。从柏拉图起，“法”（Nomos）开始具有了原则、纯粹规则的意思（见《治邦者》，294b）。柏拉图的《法义》（*Nomoi*）已经多多少少具有了现代法律的

[1] Nomomachie［法律斗争］一词源自戈尔德施密特（James Goldschmidt, *Juristische Wochenschrift*, 1924, S.245），参见拙著《宪法学说》，第 142 页。

乌托邦式的计划特征。亚里士多德则把作为整体的具体秩序即“政制”(Politeia，该词在德国大部分情况下被错误地翻译成“国家”或“宪法”)同众多单个的“法”(Nomoi)区分开来。亚里士多德在《政治学》中指出，柏拉图的《法义》过多关注了偶然性的“法”(Nomoi)，而很少涉及“城邦政制”(Politeia)(见《政治学》，卷二，第三章，1265a2)。亚里士多德的学生泰奥弗拉斯(Theophrast)著有二十四部书，每部都引述有《法义》的片段，看来他对“法”(Nomoi)的理解不过是不同政体所制定的诸多规则而已。色诺芬(Xenophon)则在其著作《回忆苏格拉底》(*Memorabilien*, I, 2, 42–43)中将掌权者颁布的书面命令定义为“法”(Nomos)，并且明确地将“众意”(Volksbeschlüße，即 Pscphismata)与“法”相提并论。

无论如何，在亚里士多德那里，“法”本质上依旧是表达或组成了空间意义上具体的“尺度标准”(Messung)，将其视为场域和秩序的初始性联系。例如，梭伦(Solon)就是拥护亚里士多德的特殊而无可争辩的立法者(Nomothet)，和吕库古(Lykurgos)一样，他通过划分土地和清偿债权来创设“法”(Nomoi)与“政制”(Politeia)。相反，德拉古(Drakon)只在既存的“政制”(Politeia)内部制定“法”(Nomoi)。法官们(Heliasten)宣誓时朗读的梭伦誓约(der solonische Eid)，主要是保证他们将依“法”(Nomoi)判决，不得私自划分土地和清偿债权。[1] 那句著名的“法是掌权者”的格言和依法而治的理想，在亚里士多德那里有着和今天截然不同的内涵。亚里士多德说，与众意(Psephisma)相反，法必须有权威。由此可见，

---

[1] 关于该篇章(Demosthenes, XXIV, 149–151)内容的真实性颇有争议。例如Robert v. Pöhlmann, *Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt*, 3.Aufl., 1925, I., S.329, Anm.5；Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde*, S.1154, Anm.2；Fr. Oertel, *Klassenkämpfe, Sozialismus und organischer Staat im alten Griechenland*, Bonn, 1942, S.58, Anm.65。无论该篇章的真实性如何，法与占取之间的关联性是被普遍认可的。

“法”首先与“众意”相区别。其次，亚里士多德认为，法的统治（Herrschaft der Nomos）等同于居中的、均匀划分土地财产的统治。在这里，法的统治意味着中产阶级的统治，它区别于整个帝国的统 38
治，也区别于大多数穷人的统治。在这个意义上有必要严格解读亚里士多德的《政治学》（卷四，第四章，1290a－1292b），它会帮助我们将 Herrschaft der Nomos［法的统治］与现代的意识形态 Herrschaft der Gesetze［法律之治］区别开来。在这里，亚里士多德将法理解为原初的土地划分的观点，仍旧清晰可见。

法的原初意义，或者说法源自于占取，这一点始终清楚无误。后来则因为一系列区分和反题的影响，该原初意义被损坏了。其中最重要的就是 Nomos［法］与 Physis［自然］的对立，“法”因此而被赋予了“应然”的属性，从而与“实然”相分离甚至相对立。如果只是作为单纯的规范或规章，“法”无法和 Thesmos［法律或立法］、Psephisma［众意］或 Rhema［命令］[1] 以及其他近义词相区分。这些词汇的内涵并非指涉具体场域和秩序的内在尺度，而只是内容意义上的法令或规章，它们越是处于（国家治理的）中心地位，就越会得到强化，最终不过演化成为“有可能被强制遵守”的合法性意义上的“合法之法”而已。

当我再次回到“法”一词的原初意义时，并非为过时的神话赋予人为的新生命，亦非空洞的臆想。“法”这个词语之所以能为我们所用，因为它能保护我们对时下世界问题的认识不受法律实证主义的干扰，尤其能免于同 19 世纪国家法上的法学概念和语词的混淆。记

[1] 纪念列奥尼达和温泉关战役的铭文上写着：遵守（长官的）命令（rhemasi peithomenoi）。后来这句话变成了：nominois peithomenoi。西塞罗将其翻译为：legibus obsequimur［遵守法律］；席勒的解读是：听从法律的指挥。另见 Hans Schaefer, “Die Schlacht in der Thermopylen”, in *Die Wandlung: Eine Monatsschrift*, Vol. Ⅲ, No. 6 (1948), pp. 504－517。

住“法”的原初含义及其与最初的占取的关联，确有必要。未来的大地法不会是对前人建构的重复，同样，它也不能同19世纪的合法性和法律化（Vergesetzlichung）混为一谈。古典时代思维方式和表达方式上发生的改变如今仍旧清晰如昨——“法”并非一种单纯，“应然”（Soll）和“实然”（Sein）相分离的，并缺乏具体场域之空
39 间结构的规章。晚近以来对“法”一词的使用受制于这个堕落时代（absinkende Zeit），此时代的“法”失去了与其本源的联系，也不再作为具体的秩序和场域之结合，因此无法同那些章程、规章、命令、措施相区分，而后者仅仅涉及族群层面的管理与统治。后世力图模仿希腊或罗马风格的统治者们，没有能力再建构什么，只是在实施统治而已，他们从古老秩序中所继承的遗产，不过是用来获取附庸和服从。

为了保存“法”与场域和秩序之间的决定性联系，不可以德语词汇——如法律（Gesetz）、规则（Regelung）、规范（Norm）——来解释“法”，以免混淆。我尊重斯塔普尔（Wilhelm Stapel）和伯格纳（Hans Bogner）的努力，他们将“法”赋予“生命之法”（Lebensgesetz）的含义。但我也感到困扰，因为运用生物学上的词汇“生命”勉强与“法”相连使用，显得古怪且不合时宜。

想要解释“法律”（Gesetz）这个词在德语中的含义颇为困难。今天的德意志语言主要是一种神学家语言（Theologen-Sprache）（自路德翻译《圣经》而来），同时也是一种技工和手工业者的语言（莱布尼茨就肯定了这一点）。和法语相反，德语不是一种法学家（Juristen）或道德家（Moralisten）的语言。德语赋予“法律”（Gesetz）这个词一种经过提升的、尊贵和高层次的含义。哲学家和诗人热爱这个词语，自马丁·路德翻译《圣经》以来，这个词就富有了神圣的意味和超自然的力量。就连歌德在诗作《神秘的原词》（Urworte Orphisch）中也写道：“按照法律，你照它来行事。”尽管如此，德语词汇Gesetz［法律］和希腊词语Nomos［法］不一样，它不是一种本源词汇

(Urwort)。它不是一个德语文学语言中古老的词汇。它从犹太教律法（jüdisches Gesetz）与基督教恩典、犹太教律法与基督教福音书（Evangelium）的深刻对立中发展而来，但最终不幸的是，它在真正想要保存其神圣性的法学家那里失去了实质意义。在当今世界，它变成了一种人工制作的实证主义法律，以及需要予以强制实施的意志，或者按照韦伯（Max Weber）的社会学话语来说，不过是一种将强制性机会予以现实化的意愿而已。

此外，法（Nomos）还渊源于 nemein 这个词，nemein 有“划分”和“牧场”这两个意思。据此，法是一个民族社会和政治规则在空间上变得可见的直接形式。对牧场的初次丈量和划分，也就是占取和紧 40
随其后的具体定位。用康德的话来说，法是“在地面上分清你我的法律”。或用另一个英文词汇表述，是根基性的合法资格（radical title）。法是将大地的地基和地面以特定方式加以划分和定位的标准，以及由此产生的政治、经济和宗教秩序的基本架构。标准、规则和建构在此构成了一个空间上具体的统一体。在占取的过程中，即一个城市或殖民地奠基的过程中，法得以彰显，部落、扈从或民族也借此得以定居即历史性地定位于此，该片土地也就成为拥有特定秩序的权力场域。只有此种法，才具有前文经常引述的品达和赫拉克勒斯之诗文中的意义，其他无论什么法规，或者与具体“自然”（Physis）相分离作为“自然”之反题的规范，都不在此列。具体来说，法可以被视为城墙，因为城墙也建立在神圣定位的基础之上。法也可以像土地和财产一样不断成长与繁殖：一个神圣的法可以“养育”出全部的人类诸法则。像“法则治理”（Nomokrakie）这样的术语是富有意义的，但很少有人用“法则统治”（Nomarchie）这样的词。如 Mauer［城墙］或 Nahrung［养育］这样的意象，在学术上并不逊色于 19 世纪法律实证主义者所常用的，也是萨维尼所推崇的纯粹隐喻性的意象——法权的“源泉”（Quelle）。将法比作一种音阶，或者说音乐秩序，也是富有意义的隐喻。面对这么多不同的关于法的意象，我们要特别注意的是，

在法律史的语境下，法这个词与特定历史进程即建构性的空间秩序行为密不可分的联系。[1]

迄今为止关于法的学术讨论是令人困惑的，因为大部分法学家仍
41 在使用19世纪晚期实证主义的语言，而哲学家和语言学家（人们不应责怪他们）则遵循了法学家的概念。不过，在法学家们的词汇表里最受诟病的当属“法律”（Gesetz）一词。通过对这些不幸词汇的使用，当今衰败时代的术语、概念和反概念，才得以进入对真正的、初始词汇“法”的讨论之中。当今时代的特征就是中央集权之立法国家数十年来对“合法性”（Legalität）一词的误用，而唯一被正确使用的“正当性”（Legitimität）一词却了无作用。[2]“合法性”不过是国家官僚体制的一种功能模式，这种官僚体制必须遵从“就法论法”的原则，这里的“法”来自中央集权的命令体系，同时也以维护官僚体制为目的。这就是合法性及其所服务之法律“实证主义”的意义所在。在这样的时代，将“法”（Nomos）一词德语化为“法律”（Gesetz），是不适当的。另一方面，“法律”的对立概念，即“法律化”的反题或辩证概念，就其现在的含义而言，既不适合作为合法性之立法国家的法律概念的反题，也不适合作为“法”一词的释义。因此，对于“法”（Nomos）一词，“法律”（Gesetz）、“习俗”（Sitte）、“习惯”（Gewohnheit）或“契约”（Vertrag）等词，都不是恰当的德语译词。

---

[1] 针对法（Nomos）之原始意义被扭曲这一问题，我们有一个简单而确定的测试方法。希腊语言通常包含多元意义，作为名词的法与诸多动词有关联，例如patronomein，basileuonomein，persinomein等，可以将这些词翻译为父权统治或父亲统治、王权统治、波斯统治等。但是，如果真的存在一种抽象法律统治意义上的“法”统治，那么就必须使用nomonomia这个词，但事实并非如此。这种混合意义的词汇只不过揭示了该词义基础的荒诞性。

[2] 拙著：《合法性与正当性》（*Legalität und Legitimität*，München und Leipzig，1932）。

今天，自然科学界仍一如既往地使用“法律”（Gesetz）一词。就此而言，自然科学实证主义中的“法律”可能比法律实证主义更令人困惑，因为自然科学的“自然法”仅有计算的功能，而没有实质性内容。自然科学实证主义没有渊源，也没有原型，只有原因。正如实证主义奠基人孔德（Auguste Comte）所言，实证主义关注的是“法律的表象”，而非“法律的源起”。所以，“家园”和“根源”并非实证主义的象征和标志，也正因如此，实证主义也未考虑其与场域和秩序的联系。人们本想借助哲学批判以澄清这方面的问题，没想到结果是越辩越不明。19 世纪晚期的德国哲学家和社会科学家们，在李凯尔特（Heinrich Rickert）和文德尔班（Wilhelm Windelband）的引领下，将科学区分为自然科学和精神（或文化）科学。这是对当时自然科学潮流化之盲目吸纳一切科学的反抗。这是一次对缺乏意义和使命感的历史思想的拯救，然而遗憾的是，此处只是片面地从纯粹自然法层面来理解“法”一词。文德尔班并没有 42
以精神科学、文化科学或历史科学，而是以自然科学来定性“法则理论”科学。这是时代力量的体现，这个时代的典型特征就是：“法”被功能化为 19 世纪风格的“法律”。

2. 作为统治者的法

如前所述，“作为王者的法”（Nomos Basileus）这一表述首先出现在希罗多德（Herodot）《原史》（卷三，38）和柏拉图《高尔吉亚》（484b）中，后来又在《品达颂歌》（第 169 篇）中被重构和解读。法之所以被视为国王、统治者、独裁者甚或暴君，其中具有丰富的意涵。我们已经了解到在亚里士多德思想中“作为统治者的法”的含义：首先，它是与“平民统治”相对立的概念；其次，它实际上是一种建立在均衡、适中、稳定的土地财产制度基础上的统治（见《政治

学》，卷四，第四章）。希罗多德《原史》中有一节（卷七，104）以斯巴达城邦为例谈到“作为独裁者的法”，在该书中的用意是以之作为与亚洲独裁者薛西斯相对应的概念，并非特指斯巴达的军令纪律体制，可能更多地是指斯巴达城邦秩序的整体结构。《品达颂歌》（第169篇）中描述了赫拉克勒斯盗牛的故事，这是他作为神秘秩序创造者的一次行动，尽管该行动具有暴力性，但法权却由此而生。在柏拉图的书中，是智术师卡里克勒斯（Kallikles）引述了《品达颂歌》中的该故事，认为赫拉克勒斯的行为就是法律本身。因此，所谓法就是专属强者的恣意法权。这就像当代德国所说的“现实的规范性力量”，即实然就是应然，事实即为法律。这也是现代法律实证主义的表达。但是，在《品达颂歌》的其他篇章（第81篇）中，又表现出与上述意见不同的不确定的意向。诗人荷尔德林（Hölderlin）也在翻译《品达颂歌》时误解了“法”的本义，将其译为“法律”（Gesetz），而且沿此误译走上了错误的解读路径，尽管他知道“法律”具有严格的“间接性”。但是，“法”在本义上完全是非间接地，即不需要通过法律而获得“法权之力”（Rechtskraft）；“法”是一种建构性的历史事件，是建构正当性（Legitimität）的行为，即对仅有合法性（Legalität）之法律赋予初始意义的行为。

43　与上文多次引用的《品达颂歌》相关联的有三篇近人撰写的有意义的文章，在我看来，对于从语言学和法学上澄清“法”一词的含义很有帮助。[1] 其中，斯蒂尔（Hans Erich Stier）赞美法具有“高度的客观性”或者说代表了“整体性的精神”，而且他认为法是“最

[1]　这三篇文章分别是：Hans Erich Stier, “Nomos Basileus”, *Philologus*, Bd. LXXXIII, 1928, S.225 ff. ; Hans Niedermeyer, “Aristotels und der Begriff des Nomos bei Lykophron”, *Festschrift für Paul Koschaker*, 1939, S.1940ff. ; Alfred von Verdross, “Die Rechtslehre Heraklits”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd.XXII, 1943。（［中译者按］此文献注释原为文中夹注，今改为脚注。）

佳的程式”。其实，这不过是理念—修辞意义上的阐释，忽略了其具体的空间意义，即最初的土地测量。有时会在尼德迈耶（Hans Niedermeyer）的书中发现较为贴切的关于法的释义，例如“终极性的分配权”（第 150 页）或“真实的权力与具体的效力”（第 151 页注）。首先，尼德迈耶正确地理解了品达和梭伦所说的，法主要是指一种特有的分配行为（第 152 页注）。他对法的解读之所以正确，就在于其彰显了法与最初具体而建构性的分配行为（即占地）之间的联系。在品达和梭伦看来，这是法的首要意义。但遗憾的是，尼德迈耶并没有意识到他对法的理解具有怎样非比寻常的现实意义，而仅仅视之为一种“老古董”。即便是亚里士多德和吕哥弗隆（Lykophron）的言论中也可发现关于法之本质的残言片语（后者认为法就是“对法律之本质的保障”）。尼德迈耶也视这种解读为“老古董”（第 170 页），因为在他看来，晚近法律实证主义的规范性程式化，并不是退化、逃避和瓦解，而是在形式化方面的进步和科学化方面的成功，并在此基础上建构起他自己的法概念。最后，韦德罗斯（Alfred von Verdross）按照他自己的完全法学化的思维，将法理解为与规范相对立的事物，即便他曾经正确地认识到赫拉克勒斯的故事具有非规范的意义。因此，他提出了“未然之法律”（Gesetz des Werdens）的概念，所以读者在阅读这篇富有价值的论文时，必须不断地与其中的规范性假设做斗争。

相较而言，特里尔（Jost Trier）倒是再现了那些初始词汇本应具有的场域特征，特别是诸如屋脊（First）、山墙（Giebel）等词汇，以及房屋（Haus）、篱笆（Zaun）和圈围（Hegung）等词群。“最早出现的是篱笆，篱笆、圈围和边界（Grenze）深深地交织入人类建构的世界中，并因此而形成特定的概念。圣地因圈围而生，因圈围而摆脱 44
了凡俗色彩，圣地因而可为自己立法，并获得了神圣的光环。”由人类建造的篱笆，构造了圈围而成的圆环，这就是宗教、法律和政治的集体生活的初始形式。认识到法律与和平最初皆起源于空间意义上的

“圈围”，会对进一步的研究助益良多。尤其要认识到，圈围并没有取缔战争，而是对战争形成了限制，这是所有法律秩序中的重大核心问题。通过对法的词源学考察，特里尔指出，“法”一词在词源学上属于一种“边界词汇”。“每一种法都包含着自身内在的边界。”法意味着居所、区域、牧场；与法（Nomos）具有相同词根的 Nemus［小树林］（拉丁语）就比 Wald［森林］（德语）、Hain［小树林］（德语）、Forest［森林］（英语）等词有了更多的宗教意涵。[1]

对法律概念之空间起源的强调存在着一种风险，即如果对此做过分普遍化的理解，会导向空间与时间之关系的抽象哲学问题，即回到空间与时间相对立的那个陈腐老套的问题上。这种思路要么走向柏格森哲学，即强调智识与本能的对立，具体在此处就是将空间视为一种“智识”，而将“具体的时间”视为与之对立的“本能”；或者走向 1939 年之后流行于德国的那种思潮，即恰好相反，空间被视为具体的事物，而时间则成为一种智识的抽象。这两种进路都不失深思明智，但不适于此处问题的讨论，因此不在此处讨论。

此外，也不能从希腊古代思想的角度去理解“法”一词的原初空间意义。梭伦颁布的法令期初被称为 Thesmoi，后来称作 Nomoi。Nomoi 一词最初指称的是托勒密王朝的省或地区，该词很可能来自埃及语词 Nomes。法（Nomos）一词在希腊时代可能被用于空间标志，这一事实并非全无意义。但是整体而言，智术师们所做的对法的规范论和实证主义的解读——即视之为纯粹的法律和法规——贯穿于整个古典时代。之后，希腊城邦的瓦解必然会导致法意义的转变。在
45 希腊化时代以及后来对政治统治者的恺撒式崇拜中，智术师意义上的“法”达到其顶峰。自从亚历山大大帝被当作神一般崇拜，以及将希

---

[1] 特里尔：“Zaun und Mannring”, *Beiträgen zur Geschichte der deuschen Sprache und Literatur* (begründet von Braune, Paul, Sievers, herausgegeben von Th. Frings, Bd.66, 1942, S.232)。

腊统治者封神作为一项制度而存在，Nomos 和 thesis 之间的区别也就不存在了。智术师们的法律实证主义不过是对这种典型的（即便是病态的）发展状况的观念表达而已。

这种单纯“就法论法”的观念所存在的悖论和困境，在当时仅限于哲学层面，并没有被普遍地认可为“形式上的进步”，而且只存在于异教的大众信仰之中。后来，随着基督教征服恺撒，这个新宗教接管了古代的历史遗产。从历史角度来说，古希腊智术师们所创造的（形式化）进步，并不等同于 19 世纪的法律实证主义，后者是非基督教和无神论的。现代法律实证主义是理想幻灭后的法学家们所创造的，由于 1848 年的政治失意，他们在精神上转而追求自然科学至上、工业—技术的发展进步，以及新的革命正当性。这些身处虚无主义时代的法学家们并没有意识到，在这样的时代背景下，立法的结果就是破坏。尽管有萨维尼的警告，这些法学家们竟然完全看不到，他们所假想的法律实证主义同其自身的历史、思想和职业的预设之间，有多么大的矛盾。从逻辑上讲，法律就是国家权威机关的立法，而且具有“国家强制力”。“法律”和“措施”之间不再有区分。每一项公开或秘密的命令都可以被称为法律，因为它们出自国家权威机关；这些命令被遵行的机会不仅不会低于甚至可能会高于法律，尽管后者是以最公开的方式经过了反复褒贬讨论后才通过的。根据这样的法哲学，根本无法从现有的德语中找到一个可以与法相对应的词汇或术语。

3. 荷马意义上的法

在关于法的讨论中使用的另一个术语，可能会使接下来的讨论陷入语言学之语义阐释的泥淖之中。我想先读一段《奥德赛》（卷一，3）开篇的著名诗文，其权威版本称之为 *καὶ νόον ἔγνω*［我懂得他们的心 46

思］，但是，我更喜欢的版本是 *καὶ νόμον ἔγνω*［我懂得他们的法］[1]。

《奥德赛》的开篇是：

> 这人游历多方，缪斯哦，请为我叙说，他如何
> 历经种种引诱，在攻掠特洛伊神圣的社稷之后，
> 见识过各类人的城郭，懂得了他们的心思；
> 在海上凭着那份心力承受过好多苦痛，
> 力争保全自己的心魂，和同伴们的归程。（刘小枫译文）

与尼德迈耶不同，我认为对《奥德赛》中这段诗文的解读，对于更好地理解法（Nomos）的意义很有助益。《奥德赛》的权威版本使用的是 Noos（其意为：意识或感觉）而不是 Nomos。我们暂且不论这两个词在词源学上是否相关，或者它们是否可能具有同样的词根，至少它们在今天是具有不同意义的。我们也可以不用考虑在采用 Noos 一词的权威版本的其他章节（卷六，121；卷二十四，474，479）中，是否应该采用 Nomos 才是更合适的选择。事实上，荷马史诗中是否采用了 Nomos 一词，并不是决定性的论题。总体而言，在我看来最重要的在于，诗人荷马在《奥德赛》第三行提到了陆地，在第四行提到了海洋；这正凸显出 Nomos［法］（而不是 noos）以特定的方式与陆地建立的联系，这一视角，霍尔特曼（Alfon Hölterman，Köln）和拙文“陆地与海洋”（“Land und Meer”，Leipzig，1942）都曾指出。

根据权威版本，Noos［心思］（而不是 Nomos）在《奥德赛》中被理解为 Nous，即精神、理性或心性，以及众人之品性，或众人之城邦的品性。后来，足智多谋的英雄对不同城邦或“众人”的独特“精

---

[1] 参见：R. Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes*, 1907；Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde*, S. 456。更多佐证见上文第 2 节中斯蒂尔、尼德迈耶和韦德罗斯的评论。（［中译本编者注］此注原为文中夹注，今改为脚注。参见本书第 40 页注 1。）

神”产生了兴趣，在一定程度上可以称其为最早的社会心理学家，即孟德斯鸠、赫尔德，甚至是赫尔帕赫（Willy Hellpach，1877–1955）和凯泽林伯爵（Hermann Graf Keyserling，1880–1946）的先驱。这是对这个老水手的真实而动人的写照！他还从认识论的角度对 Nous［理智］进行了解读，简直可以视其为新康德主义的先驱（avant la lettre）！

但是在我看来，把城邦和城堡（ἄστεα）同表示精神、理性和心性的词语 Nous［理智］联系在一起是荒谬的。因为 Nous［理智］是普遍适用于所有人的，一个受到保护的城堡不存在自己特有的 Nous［理智］，但是具有自身特定的 Nomos（法）。Nous 具有普世意义，如果每个单独的城邦甚至城堡都分别有自己特定的 Nous，这在古代人看来是不可思议的。只有现代心理学（关于精神的研究），才会根据不同的城邦和城堡区分出不同的历史—社会心理学主题。希罗多德在一篇著名的文章中引述了品达的术语 Nomos Basileus［法即王者］（《原史》，卷三，38），很明确地讲出了不同区域人民之风俗习惯的不同。希腊人决不会将这种区分与 Nous［理智］（而不是 Nomos）相联系。很少有人会讲出“众人”的 Nous［理智］，因为 Nous［理智］具有普遍意义，属于所有能思考的人类，而不是“众多之人”。然而，包含有法（Nomos）之意的圈围或神圣之地，明确地表明其具有自身特定的、与众不同的秩序，为实现该秩序的特殊性，就需要一个具有洞察力且“足智多谋“的水手。 47

4. 作为空间划分之根本环节的法

对于经常出现在关于赫拉克利特和品达的诗文中的希腊词语 Nomos（法），只要其意义从一种具体的、建构性的空间秩序与场域，或从一种有序化之秩序（ordo ordinans）转变为以应然为导向的

纯粹的立法，并从实证主义法律体系的思想出发，以“法律”来解释“法”，那么，所有关于词义解释的争议都无望得到解决，所有语言学上的努力都显得苍白无力。事情更复杂之处在于，大部分语言学上的解释显然都没有考虑到，“法律”一词是如何被19世纪晚期的法学家们整合进入现代国家之实证主义法律体系，直到合法性（Legalität）成为一种以立法的方式随时进行党派政治斗争的工具。事实上，赫拉克利特和品达所说的法（Nomos），意指所有由权力所派生出的书面或非书面的规章制度，其权力则来自内在于建构具体空间秩序之初始行为的措施。这种初始行为就是法。随后而来的，要么是此行为的结
48 果或其进一步发展，要么是再分配行为，即或者是在旧有基础上的扩展，或者是脱离于占取、建城或殖民等建构性空间秩序的行为。

这种建构性的进程当然不是日常性的，但是这些也并非陈年旧事，并非仅有考古学和文物学的价值。只要世界历史处于开放和运动的状态，只要世界的状态没有陷入停滞和僵化，或者说，只要全人类和各民族不仅有过去，还有未来，一个新的法就会出现，作为新的世界历史事件的宣示书。因此，对我们来说，法是关于空间分配的基本进程，在每一个历史时期都非常重要，对于共同生活在这个业已被现代科学测量过的地球上的人民来说，它意味着实现了秩序与场域的结构导向性汇合。在此意义上，我们称之为“大地的法”。对于共存于地球上的人民、帝国与国家来说，对于所有类型的掌权者和权力机构来说，每一个新的时代和新的纪元，都要以一种新的空间分配、新的圈围和新的大地空间秩序为基础。

五、论占取作为国际法之建构性因素

晚近的欧洲国际法，其部分基础就建立在16、17世纪的大占取运动之上，如今即将走向终结。我们将在本书下一章详细讨论该问题。在此之前的历史阶段，则是建立在所谓“民族迁徙”的基础上，但是此时的民族迁徙，不可与后来的大占取运动等量齐观。

当然，并不是所有的侵略行为或临时占领都属于占取，后者以建构秩序为目的。在世界历史上有很多暴力行动，其结果是在很短时间内走向了自我毁灭。因此，并不是所有的掠夺土地的行为都能构成法，尽管在我们看来，法的语义就是建立在土地基础上的秩序与场域。如果我们把海洋领域也加进来，那么陆地与海洋的关系就成为国际法空间秩序的决定因素。如果再把空域作为第三维度加入进来，就另外产生了一个新的空间秩序。但是，即便如此，以土地为主题的占取始终具有根本的重要性。因此，我们以占取概念作为研究国际法的开端，在今天仍不失其意义。

也就是在最近几十年间，“占取”这个词才在德语中广泛使用，用以指称在固定土地和法律基础上的建立秩序与场域的进程。[1] 在此

[1] 布伦纳（Heinrich Brunner）在其著作《德国法律史》（*Deusche Rechtsgeschichte*, Leipzig: Duncker Verlag, 1906, S.72f）中就使用过Landnahme一词，而卡尔·宾丁则是无意识地使用过，见《勃艮第罗马帝国》（*Das burgundisch-römische Königreich*, 1868）。仅有的一次法学领域有意识地使用该词是在1905年德国殖民地（转下页）

之前，人们讨论的只是“土地分配”（Land-Teilungen）的概念，无人提及“占取”一词。当然，当我们讨论占取问题时，总会在一定程度上涉及对占有土地的分割与分配。但是土地的分割不过是土地占取的结果而已；它所体现的是以占取为基础而形成的“根基性（法权）资格”的效力和影响。到目前为止，仅有一部通史型的法律史专著考察了民族迁徙时期日耳曼部落和民族的占取问题，该书出版于一百年前，即1844年，作者是布雷斯劳（[中译者按]波兰西南部城市弗罗茨瓦夫）的法学家高普（Ernst Th. Gaupp），书名为《对西罗马帝国行省之日耳曼移民与土地分配问题之国际法特征以及对古代世界和中世纪晚期相关现象的研究》。书名中所用术语“土地分配”（Landteilung）毫无疑问受到了路德《圣经》译本的影响，该译本谈到了土地的获取与分配（《民数记》34：13，即通过拈阄在部族中分配土地），另外一处经典段落中也讲道：

> 这样，约书亚照着耶和华所吩咐摩西的一切话，夺了那全地，就按着以色列支派的宗族，将地分给他们为业。于是国中太平没有争战了。（《约书亚记》11：23）。

鉴于我们的研究目的，术语“土地占取”显然要优于“土地分配”，因为占取一词从内在和外在两方面都能明确体现出这一“根基性（法权）资格”的建构进程。从国际法的角度来说，“分配”一词会使人将注意力转向内部的分配进程（通过抽签或其他方式），继而产生了各种类型的对占领土地的占有方式，包括公共领地或公有财产，皇家领地或部族财产，或者封建法权意义上的地上或地下

（接上页）大会期间关于国际法的讨论中，见《德国殖民地议会谈判》（*Verhandlungen des Deutschen Kolonialkongresses*, Berlin: Reimer, 1906）。其间，施托尔克（Felix Stoerk）曾谈到关于占取和殖民的现象，关于在国家控制下的占取问题等。

财产。[1]

不论在什么时代，也不论是什么民族——希腊人、意大利人、日 50
耳曼人、斯拉夫人、马扎尔人，[2] 以及其他的氏族、部落和扈从——在他们迁徙之后定居下来，并开辟出新的空间，从而就实现了占取。全部的殖民历史其实就是一部空间导向的定居进程，在其间，秩序与场域相结合。如上文所述，在占取的初始阶段，法权与秩序合一，而场域和秩序也是不可分割的。从法律史来看，如果我们忽略那些很快就自我毁灭的暴力行为，那么只有两种类型的占取：一种是内在于现存国际法整体秩序的占取，因此容易得到其他国家的承认；另一种则挣脱了现有的空间秩序，在现有的相邻国家的整体空间领域中建立了新的法。每一次占取的发生总是伴随着领土变更，但是，并非每一次占取，或者说每一次边界的变化和新建殖民地，都会导致国际法的革命性改变，都是一次建构新法的进程。关键是看该占取是否取得了无主土地的支配权，以及是否以被认可的方式取得了该无主土地。例如，维多利亚（Vitoria）的正义战争理论就可适用于对异域无主土地的占取。世界历史上多次发生的（领土）征服、占领、兼并、割让和继承等行为，有些是发生在既有的国际法空间秩序中，有些则挣脱了既有的秩序结构，如果不是暂时的暴力行为，就有可能建构一种新的国际法空间秩序。

原则上讲，建构与被建构之间的典型性对立并不难理解。建构性行为与被建构之制度之间的区别，ordo ordinans［建构的秩序］与 ordo ordinatus［被建构的秩序］之间的对立，也是广为人知的。然而，

---

[1] 关于这方面研究的精彩概述请见温格勒（Wilhelm Wengler）："Vergleich Betrachtungen über die Rechtsformen des Grundbesitzes der Eingeborenen", *Beiträge zur Kolonialforschung*, Ⅲ, S.88 ff。

[2] 我在此处特别提到马扎尔人，是因为匈牙利人对占取（895年）的记忆特别深刻，与其他国家不同，匈牙利语中仍在使用占取（honfoglalás）一词。

实证主义即建构法和制定法的法学家在任何时代都倾向于认为，只有内在于既定秩序的既有秩序和进程，也就是说只有在被建构的稳固确定的领域内，特别是只有具备国家合法性的体制，才能进入他们研究
51 考察的视野。他们乐于将建构秩序的进程问题视为非法学问题而予以排斥。他们发现将所有的合法性问题都归于宪法或归于被认为具有人格的国家之意志，才是有意义的。但是，他们对接下来的问题，即什么是宪法的起源或什么是国家的起源的回答却是，二者都只是纯粹的事实问题。在可以确保安全无虞的时代，这样的观念具有一定的现实合理性，尤其是当人们认为现代合法性是最重要的国家体制运行模式时，这种模式并不在意作为其源头的法权，而只关注法律自身的运行。不过，这种关于制宪进程与宪法权力之表现形式的理论，依然涉及法学争议问题。法律的类型有多种，不仅有国家合法性意义的法律，还有前国家的法律、国家之外的法律和国家间的法律。[1] 尤其在国际法领域，每个历史时期都有并存的帝国、国家和民族发展出多样的共存秩序，其中最重要的秩序组成部分就是关于领土变更的公法或私法基本原则与程序。

---

[1] 在法律类型多元化这个重要命题的现代意义上做出了最有价值也是最精彩论述的学者，当属伟大的法国法学家莫里斯·奥里乌（Maurice Hauriou）。另外一些法学家则认为，国家制定成文法就是唯一的法律类型，是所谓“法律意义上的法律”，例如鲁道夫·索姆就是如此。奥里乌指出：“他们的错误在于他们相信只存在一种类型的法律，但实际上应该有两种：一是国家法，二是超越于国家并赋予国家绝对价值的法律。”在奥里乌看来，国家是一种机制，国家的法律局限于国家的内部事务，它预设了一种和平的规范状态。在对外关系以及国内动乱特别是内战期间，则需维持一种初始状态的相当于国家合法性的法律。每个国家的宪法都须参考前国家的法律，而不是纯粹的事实状态。进言之，不能把现代国家的宪法及其制度性权力，与建立在初始自由基础上的建构性法律行为相混淆。现代国家的制宪权（pouvoir constituant）只能从国家合法性的角度去理解，它只是一种特殊的立法权（pouvoir législatif），参见奥里乌：《宪法概伦》（*Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, S.284 ff.）。

只有认识到“占取”一词在国际法上的重要意义，我们才能从法律史和法哲学的角度理解欧洲国际法史上的重大事件：占取新世界。

第二章
占取新世界

一、最初的地球分界线：从拉亚线经友好界线到西半球分界线

大地，此前从未真正以球体的形态登场过，它不只被神秘化，而且很少成为科学研究的事实对象和施以实际测量的空间。然而，全新的、此前不可想象的问题出现了：在新的国际法空间秩序之下，整个地球即将以全新的形态呈现。新的地球空间形态要求有新的地球空间秩序。这个局面的出现和15、16世纪伊始的环球航行以及新大陆的发现休戚相关。由此开始的，是欧洲的近代国际法时期，这个时期一直持续到20世纪。

新大陆的发现立即带来了有关占地和夺海（Land-und Seenahme）的纷争。地球的划分与结构越来越成为相邻人群与势力之间的共同话题。此时，地球的分界线需要重新设定，全球的土地需要做出新的划分与安排。这些分界线的划定，正如以下将要论及的，代表了最初的、将地球作为一个整体来划分而建立全球空间秩序的尝试和努力。它们构成了全新的星球空间意识的第一阶段，却仅将地球当成一个整体平面来理解，考量的仅仅是地球表层概念上的世界。这种划分地球分界线的尝试，不是“球体观”（Geometrisch）而毋宁是“球形观”（Geometrico）支配下的一种做法。后来，随着历史与科学意识的提升，人类可以从制图学和统计学角度实现对地球的全面掌控，因此，从政治实践层面来看，重要的不是地球表面的区域划分，而是地球空间秩序的实际内容。

16—20世纪的欧洲国际法，将欧洲基督教国家视为整个世界秩

序的创造者和承担者。“欧洲标准”被认为是当时的常态标准，理所当然地适用于世界其他板块。所谓“文明”即被等同于“欧洲文明”。
55 在此意义上，欧洲依然被看作世界的中心。当“新世界”出现之时，欧洲的地位自然就成了“老世界”。美洲大陆的出现，展现了一个全新的世界，因为即便是古代和中世纪那些了解世界是一个球体、一直向西航行即可抵达印度的学问家和宇宙学家们也不曾料想，在欧洲和东亚之间竟还有这样一片广袤大陆的存在。

中世纪的基督教各民族及其王侯们，都将欧洲的罗马或耶路撒冷看成世界的中心，将自己看成是古老世界的一部分。世界将要老去、世界末日即将来临的情绪，时不时就会造成公共困扰，这一情绪影响了奥托（Otto von Freising）的部分历史作品。上面谈到的基督教历史图景中也有这一幕，但当时帝国的政治视野仅仅看到敌基督的反对者（或拦阻者），即上文所述的 Kat-echon。伊斯兰这个危险的敌人，那个时候已经不是什么新鲜事物。15 世纪，伊斯兰世界已经成了老对手。而 1492 年一个“新世界”的诞生，却要将所有的传统概念，包括地球的中心（Mitte）到地球的年龄（Alter），从结构上加以改变。欧洲各民族及其王侯们，现在看到一个巨大的、迄今为止不为人知的、非欧洲的空间在自己身边出现。

然而，对之后几个世纪最本质和关键的一点是，这个新出现的世界并没有被当作敌人，而是被当作自由空间（freier Raum），是可以任由欧洲去征服和扩张的无主土地（freies Feld）。在起初的三百年间，欧洲的自我定位无疑是极其强势的：欧洲既是世界的中心，也是老大陆的中心。但新世界从一开始就颠覆了以往关于“中心”或“古老”这些具体概念的内涵。因为从今往后，欧洲内部列强争夺新世界的争战拉开了序幕，在这些争斗背后，新的空间秩序和新的划分格局呼之欲出。当老世界看到身旁一个崭新世界的诞生时，辩证地来看，显然它本身就因此而遭遇挑战，即“老世界”不再是“旧世界”。

1492 年以后就开始了在全新的广泛的地理概念下，对地球做国际

法上的划分的尝试。人们先是尝试着契合新的世界图景。表面上看，最初它只不过是手段强硬的占取。但欧洲占取者这次出手，就已经将大地的划分和建构秩序的必要性提上日程。出于一种特定的思维方式，我将其命名为“全球性的划界思维”（globales Liniendenken）。这种思维方式在人类空间意识的发展历程中成为一个特别的阶段，并随着新大陆的发现与近代的开场而开始植根。这种思维方式，随着地图 56
绘制和地球本身的发展，也一步步向前发展。从“全球”（global）这个词语看来，这种思维已经覆盖了全部地球，包括地表和地下，其无所不包的特点已经凸现，海洋和陆地此时被放在同等的价值位阶上。由此，“全球性划界思维”这一表述在我看来是正确和恰当的。它比其他诸如拉采尔（Friedrich Ratzel）提议的“全息的”（hologäisch）或“星球的”（planetarisch）等表述方式都来得更加直观，更富有历史意义，因为其他语词都未能表达出将地球整体作为自我财产来划分的含义。

这个问题从一开始就是高度政治性的，而不能仅仅是地理学意义上的。纯粹的地理学或制图学，或许在自然科学意义上还只是数学的或技术上的知识和方法，具有中性的特征。但是正如每一个地理学家所知的那样，它却直接传递了时事性的、高度政治性的运用或者说利用的可能性。这一点会在下文对“西半球”（westliche Hemisphaere）这一概念进行剖析时变得明朗。地理学本身的中立性未能阻却一场政治斗争的开场，这是一场围绕地理概念而旋即上演的政治斗争。这场斗争中，不仅霍布斯消极厌世的论调都时而获得辩护，就连几何学和算术学上不言自明的公理都显得有问题起来——当将其运用到政治领域，譬如当存在急迫地划分敌我（Freund-Feind-Unterscheidung）的必要性时。今日最常见的地球仪上的经纬线之本初子午线乃是跨越格林威治（Greewich）的，这一事实就既非客观中性的，也非纯粹偶然的，而是当时不同本初子午线划定动议相互较量的结果。法国人和英

国人在制海权和世界主宰权上斗争了两百余年，他们从 18 世纪以降就将地处巴黎天文台的子午线看作本初子午线。直到 20 世纪，法国人才放弃了同格林威治的较量。柏林的星象学年鉴也直至 1916 年才屈就于格林威治子午线。当年格林威治子午线的世界承认度，实际上体现了英国制海权的强大程度和英国的世界承认度。由此可知，我并没有把表面上纯粹的数学和地理学问题过度政治化。

在人们还未来得及制造最初的世界地图和地球仪，以预示对我们这个星球和西方世界真相的最初科学观念，就已经有人开始划定世界
57 板块和结构的界线了。第一次给地球划界的是罗马教宗亚历山大六世的诏书（Edikt des Papstes Alexander VI），即 1494 年 5 月 4 日发布的“教宗子午线”（Inter caetera divinae）。诏书的颁定日期只比美洲新大陆的发现晚了几个月。[1] 这条最初的子午线连接北极和南极，距离亚述尔群岛（Azoren）—佛得角（Cap Verde）经线往西仅有 100 海里。100 海里大概是巴托鲁斯（Bartolus）、巴尔杜斯（Baldus）等法学家们以两天的水上行程所确定的区域。由此也说明，1713 年到 1939 年之间国际法空间秩序所体现出的稳固陆地与自由海洋之间的对立，在划界当时还是陌生的事物。

---

[1] 先前葡萄牙与西班牙的划界并不具有全球性。包括 1443 年由葡萄牙划定并由教宗于 1455 年确认的划界，也不是全球意义上的界线；这只是一种旨在防止葡萄牙船只越过博哈多尔角的海洋屏障。参见达文波特（F. G. Davenport）：《欧洲条约对美国历史的影响及其依赖》（*European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies*, 4 vols., Washington, D. C. : Carnegie Institution of Washington, 1917–1937, pp.84f），1494 年 6 月 7 日《托尔德西里亚斯条约》和 1945 年 5 月 7 日的执行协议。另见 Adolf Rein, “Zur Geschichte der völkerrechtlichen Trennungslinie zwischen Amerika und Europa”, *Ibero-Amerikanisches Archiv*, 1930, S.531；以及 E. Staedler, “Zur Vorgeschicht der Raya von 1493”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXV (1941), S.57 ff。此外，教宗于 1456 年 3 月 13 日对葡萄牙基督骑士团的奖赏也不具有全球意义，因为他们虽然“到达了印度”，但仍然认为印度位于世界的东方。

教宗首次划定地球界线之后，1494 年 6 月 7 日，西班牙和葡萄牙的《托尔德西里亚斯条约》也随之划定了另一条子午线，稍许往西，穿越大西洋的中心（距离佛得角往西 370 海里）。均属基督教势力的西葡两国借此达成协议，以该子午线为界，往西新发现的区域归西班牙，往东新发现的区域归葡萄牙。史称此条约为“particion del mär oceano”［海洋分区］，后为罗马教宗尤利西斯二世（Papst Julius II）所认可。与此同时，世界的另一面，莫鲁肯界线（Molukken-Linie）正在形成。1526 年的《萨拉戈萨条约》（Vertrag von Saragossa）促成拉亚线（Raya）的划定，纵贯太平洋，跃然于今日 135 度经线之上，穿过东西伯利亚、日本和澳大利亚中部。这些最初的地球分界线，对于所有史学家——尤其是西班牙和葡萄牙的史学著作，都是耳熟能详的事物。前些年的国际法理论界也对这些最初的地理界线有过激烈的讨论。[1] 同样，1559 年西班牙和法国之间《卡托—康布雷齐和约》 58
（Cateau-Cambrésis）所导入的所谓友好界线，一时间也成为国际法学界特别的关注焦点——对此下文还要重点剖析，[2] 尤其在达文波特 1917—1934 年和瑞恩 1925 年之后的著作道出这些地理界线在殖民史

---

[1] 德国学者的研究，见施戴德勒（E. Staedler）：“Zur Vorgeschichte der Raya von 1493”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXV (1941), S.57；以及 “Hugo Grotius über die Donatio Alexandri von 1493 und der Metellus-Bericht”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXV (1941), S.257f。由于施戴德勒倾向于将所有的契约型协定都视为“现代”国际法思想的产物，因此他在中世纪封建法和“国际—现代性契约思想”之间做出了截然的区分。不过，这一点并不能抹杀其论文的历史价值。西班牙学者在此方面的最近研究，请见 Juan Manzano, “El decreto de la Corona de Castilla sobre el descubrimiento y conquista de las Indias de Ponente”, *La Rivista de Indias*, Bd.III, 1942, S.397f。

[2] Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941), 2nd ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p.57; “Raum und Großraum im Völkerrecht,” in *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. XXIV (1940), p. 155.

上的重要意义之后。[1]

全球性的划界思维有其独特的发展路径和历史。这种思维的多个例证现在要以国际法空间秩序的眼光来进一步评断。这些例证共同构成自 1492 年发现美洲新大陆到“二战”时美国声明期间的一系列相互关联而统一的理论序列。如果无视这些例证之间的紧密关联，那么面对之后全球划界思维的不同线路和不同阶段彼此交错而形成截然不同的空间秩序、其蕴含的截然不同的国际法内涵，我们将无所适从。大地界线的这一概念，无论从学术理论上还是政治实践上看来，都不是架构在各个完全一致的国际法前提和预设之下。其区别既存在于各个子午线的划定和地理界分，也存在于作为其前提的政治空间理念、
59 界线思维本身的结构以及蕴含其中的空间秩序。我们的任务首先是，将各种大地界线分门别类，并将其历史特性塑造出来。

（一）我们首先要认识的是，由西葡两国之间的界线——拉亚线——到英法之间的友谊之线“友好界线”（amity lines）而形成的历史转折。毫不夸张地说，拉亚线和友好界线之间隔着一个世界。拉亚线代表的是两个精神上同质的、在国际法上也互相承认的基督教政权对占取非基督教王侯及其子民土地的一个协议。尽管这是一个契约性的协议，划定了一条地界线，但其背后存在一个共同的宗教秩序

---

[1] 《卡托—康布雷齐和约》由达文波特重印，发表在《欧洲条约对美国历史的影响及其依赖》（Doc. 21, S.219 ff）。关于该和约的杰出研究，见 Adolf Rein, *Der Kampf Westeuropas um Nordamerika im 15.und 16. Jahrhundert, Allgemeine Staatengeschichte 2/3*, Stuttgart-Gotha: Perthes Verlag, 1925, pp. 207ff。俗语“越过赤道即无罪行”也出自该书第 292 页。关于欧洲国家体系在海外扩张之意义的研究，见 *Historische Zeitschrift*, Vol.137 (1928), S.28ff。关于美洲与欧洲在国际法上之划分的历史，见 Adolf Rein, *Zur Geschichte der völkerrechtlichen Trennungslinie zwischen Amerika und Europa, Ibero-Amerikanisches Archiv*, 1930, S.530–543。另见Wilhelm Grewe, *Die Epochen der modernen Völkerrechtgeschichte, Zeitschrift für die gesamt Staatswissenschfat*, 103 (1942), S.51 f。

(ordo) 以及政权实体，这一政权实体也可充当调停者的角色，实乃一个国际法上的裁判官，只不过他将基督教王侯与非基督教王侯的土地区别对待。即便当时的罗马教宗并不决定国家的归属，而只负责教区的划分（Missionsgebiete）[1]，这本身也是一种空间秩序的表达，即一种区分基督教势力范围和非基督教区域的空间秩序。实际上，教区的划分与航海和贸易的界分息息相关。拉亚线设置的前提是，基督教的王侯与子民有权从教宗那里受领传教任务，在传教的过程中占有非基督教的土地。就连稍后要论及的貌似客观的维多利亚的论述，也以此为前提。维多利亚在其 1538 年关于印第安人的讲义中得出结论，西班牙人进行的是一场正义的战争，如果印第安人抵触“自由商贸”(freie Commercium)（还不完全等同于“贸易”[Handel]）和基督教传教，西班牙人就有权兼并他们的土地。 60

但拉亚线本身并不涉及基督教和非基督教地区的界分。它只是两个大肆占取的基督教势力之间在空间秩序框架下的一种内部分界。拉

[1] 戈贝尔（Julius Goebel）在其书中指出了这一点，见《为福兰克群岛而战》（*The Struggle for the Falklands Islands*, New Haven: Yale University Press,1927），第 84 页；另见 W. Grewe, “Die Epochen der modernen Völkerrechtgeschichte,” op. cit., p.51。不应过分强调这种对立，除非看不到隐藏在教宗之传教任务中的空间概念。1493 年 5 月 4 日的教宗训令主要谈到了“基督教信仰（fides catholica）和基督教法律（christiana lex）”的拓展，以及扩大野蛮民族的皈依。但是仍然包含了封建法中关于领土“统治”的内容，并明确表示卡斯蒂利亚和莱昂王国的继承人就是“拥有完全的、不受约束的和所有种类之权力、权威和管辖权的主人”（dominos cum plena libera et omnimoda potestate, auctoritate et jurisdictione）。如果我们把维多利亚的初始命题和其最终结果做一比较，事实上很容易就可以将传教自由和商业自由变成正义战争的合法资格，并因此而成为占取和兼并的法权。例如 De Indis, *Sect III de titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum*，特别是第 7 节。根据维多利亚在该书第 7 节的观点，占取权就是西班牙人征服野蛮人的合法资格（因为野蛮人拒绝向自由传教和自由贸易做出妥协，因此这是正义战争）。

亚线的划分实际是基于占取的国际协定，当时的占地和夺海尚未区分开来。占地和夺海的基督教贵族和民众，还流连于中世纪基督教共和国的空间秩序，他们在基督教信仰之下，有着共同的教会，信奉共同的罗马教宗，他们因此信奉共同的权威。西葡两国将彼此看成分界和攫取土地合约的平级伙伴。

（二）所谓和平界线的历史神话也事关欧洲在新世界的占地和夺海。但这个神话所仰仗的前提完全不同。首先我们看到的和平界线是西班牙和法国之间通过 1559 年的《卡托—康布雷齐和约》——虽然是口头约定的——达成的秘密协定。[1] 这一协定属于天主教和新教夺海势力之间宗教战争的年代。在 17 世纪，这一协定是欧洲国际法的重要组成部分。但当时的国际法理论家并不知道如何对其着手研究，而是将其程式化为“停战”协定。[2] 不过，欧洲占取势力之间许多重要的国际协约都承认该协定。[3] 即使存在不承认该协定并做出其他安排的约定（譬如英国和西班牙 1630 年 11 月 15 日签署的协约），即规
61 定赤道以外的占取到时应该归还，[4] 但该协定的原则性条款仍然被遵守——即所有协约，和平也罢，友谊也罢，都只对欧洲——即界线这一边的旧世界起作用。例如西班牙就多次表态，认为诸多条约对“印第安”不起效用，因为它属于新世界。[5] 该界线为英国私掠船只的袭

[1] Davenport, Doc. 21, a.a. O., S.219f.

[2] 根据普芬道夫《论自然法和万民法》第 8 卷第 7 章，在大部分情况下，停战具有普遍效力，但是也可以有地域性限制。迄今为止，关于 17、18 世纪国际法的“界线”问题仍缺少学术性的研究。

[3] 在英国—西班牙的谈判和法国—西班牙 1604 年的协定中确实如此。见达文波特：前引书，第 248 页。

[4] Davenport, I, S.306. 这条关于协定的注释可能会引起误解，以为会导致友好之线的终结，但事实并非如此。

[5] Davenport, a. a. O., S.248（时值 1648 年 8 月 18—28 日西班牙—英国条约签订之际）。

击大开方便之门，也是广为人知的事实。17 世纪宗教战争时期，法国政府在纯粹的政治态度上，也有充分的理由去依靠这条界线。为对抗西班牙基督教国王，基督教的法国国王同危险的异教徒、野蛮的海盗结盟，并与西班牙在美洲的城市结盟，共同实施掠夺，对此行为只能如是解释，即这些海盗行为都是在“界线另一边”发生的事。[1]

在地理上，这条友好界线向南跨过赤道或是北回归线，向西跨过大西洋，跨过穿越加那利群岛（Kanarische Inseln）或是亚述尔群岛（Azoren）的经线，是南线和西线两者（Süd-und Westlinie）的组合。在制图学上，这条界线的精确定位对西方而言十分重要，竟成为明文的政府规约。法国国王的基本方略（Kardinal Richelieu）于 1634 年 7 月 1 日公布，法国船舰对西葡两国船只的袭击，在北回归线这一边被禁止，但在北回归线那一边则不受约束——只要西班牙人和葡萄牙人不开放通往美洲和印度土地与海洋的通道。禁止所有制图人、雕刻家和地球仪制造者改变旧有经线的原貌，也严禁他们在穿越加纳利群岛的费罗岛（Insel Ferro）的托勒密零度经线（ptolemäische Null-Meridian）之外另外开辟出一条西部经线。尤其明文禁止的是，以任何 62
一种借口将西部经线放置于穿越亚述尔群岛的经线上。[2]

以此线为界，欧洲结束，新世界开始。以此线为界，欧洲的法律，尤其是欧洲的公法，也失去了效力。因此，从这条线开始，迄今的欧洲国际法所推动的战争禁令也失效了，为占取而行的争战肆无忌

---

[1] 例如法国史学家圣梅里（Moreau de Saint-Méry）关于法王的著作：*Loix et Constitutions des Colonies Françaises de l'Amérique sous le Vent*, T.1, 1550－1703, Paris, 1784, S.179。

[2] Moreau de Saint-Méry, a. a. O., S.25/27. 黎塞留（Richelieu，1585—1642）的命令建立在学术会议产生的咨询意见上，这在地理学历史上是众所周知的。但是地理学家在很大程度上忽视了友好之线在政治和国际法上的重要意义。参见 Hermann Wagner, *Lehrbuch der Geographie*, 10. Aufl., Bd.I, 1920, S.65。

惮。在这条线之外，一个“海外的”区域开始了，这里不存在战争的法律限制，所行的只有弱肉强食的丛林法则。这条友好界线的典型特殊之处在于，它和拉亚线不同，它划分了占取的协约伙伴之间的战争区域。正因为这块区域缺乏一个共同的前提或共同的权威，所以尽管他们仍然生活在基督教欧洲整体的记忆里，但这些协约伙伴相互认同的仅仅是——此线的彼岸尽是自由新天地。所谓自由，是因为这条线划定了一个可以肆意使用暴力的区域。该界线的潜台词是，只有基督教欧洲的诸侯和子民，才能成为参与新全球占取的协约伙伴。但是这些隐藏在基督教欧洲诸侯和民族之间的所谓共同点，既缺乏一个统一的、具体且有合法性的仲裁机构，也缺乏一种除了弱肉强食、先占先得之外的具体的划分原则。由此可以产生一个普遍的设想，即此线彼岸发生的一切，都不能用迄今在欧洲已获承认的法律、政治和道德标准去评价。这将意味着欧洲内部问题的巨大缓和，而这种缓和矛盾的方式，正是国际法上臭名昭著的“界线之外”的伎俩。

用法学的观点切近观之，16、17 世纪的友好界线彰显了两种所谓的自由区域，在此，欧洲各族对外可以无所顾忌地大展拳脚：其一是自由的土地——美洲，欧洲人可以在此自由地占取，一切旧有的法律
63 不必再顾忌；其二是自由的海洋，新发现的大洋被法国人、荷兰人和英格兰人看成可以自由占取的区域。海洋自由是国际法空间秩序上的头号问题。这个问题立即会被罗马法的法学家们误解，适用其普世性的思维方式和相关的法学概念诸如“共有物”（res communis omnium）和“共用物”（Sachen des Gemeingebrauchs）。就连同时代英国的法学家们，如苏支（Zouch）和塞尔登（Selden），也会用同样的视角来想问题。但实际上，16 世纪在海洋自由这个问题上所适用的并非罗马法，而是旧有的、关键的一个事实，即法律和自由历来都只在陆地上通行。关于海洋自由这个问题，稍后我们还要谈及。但即使在美洲大陆的新天地，对基督教的欧洲人也并无什么作为定准的法律。对他们而言，美洲新大陆的法律只有欧洲征服者携带并转嫁过去的那些而

已——要么是以基督教传教的形式，要么是以既有的欧洲某个法院判决或者行政命令的形式。正是在这样双重全新的土地上——新发现的，同时也不为旧有欧洲大陆法律所染指的新大陆上，诞生了当时欧洲国际法的基本框架。

基督教政府所承认的划分出去的自由领域造成了一个后果，即对所有传统的精神和道德原则造成普遍、彻底的撼动。这个灾难性后果在17世纪所有现代派的理论和评论中都有所表现。换言之，对古代和基督教中世纪传承下来的所有规则和前提，自由领域的划分意味着一个彻底的颠覆。17世纪的这些新主张今天只是在被抽象地读取和引用。这些主张背后的历史缘由，这些论调和17世纪自由土地的诞生、新征战区的划分等历史背景之间千丝万缕的联系，往往被抛诸脑后。因此，我们要举例来纠正这种漠视的错误。

首先要提到的是帕斯卡尔（Pascal）的名言："一条经线决定了真理。"[1] 这一带有痛苦和惊诧情绪的表述不能被假设为一种普遍的、相对的怀疑论，这种怀疑论看到的是各个国家不同时代许多偏离实证法 64
的事实。这不是什么陈词滥调，而是一个令许多思想者包括帕斯卡尔都感到震撼的事实，即基督教的王侯和子民都一致同意，对于特定的地域不去区分是非与对错。帕斯卡尔经线实际上无异于一条同时代的友好界线，此线将自由而无法无天的自然状态和有秩序的文明世界彻底隔离。

该友好界线效用的第二个例子包含了霍布斯（Hobbes）国家建构理论中的自然状态（Naturzustand）论。霍布斯认为，自然状态下的领域是狼人（Werwölfe）的世界。一个人对另一个人而言，不是别

[1] 这段话的完整表述是：Trois degrés d'élvéation du Pôle renversent toute la Jurisprudence. Un Méridien décide de la vérité, ou peu d'années de possession. Les lois fondamentales changent. Le droit a ses époques. Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne! Vérité en deça des Pyrenées, erreur au delà.

的，而是一匹狼，在界限之外，人与人之间的对决就如同野兽间的搏杀。“人对人像狼一样”（homo homini lupus）的名句有着悠久的历史，在新世界的占取上，这一格言突然显得急迫和有杀伤力。维多利亚（Francisco de Vitoria）在他的演讲词《论印第安人》（*De Indis*, 1538）中明确地反对回到普劳图斯（Plautus）和奥维德（Ovid）的旧式的“人狼状态”，并提出了与之相对立的主张——“人与人之间应以人道相处”。他认为：non enim homini homo lupus est, ut ait Ovidius, sed homo［人与人之间的相处之道不应是奥维德所说的狼道，而应是人道］。这位西班牙僧侣既反对“人与人是狼”（homo homini lupus），也反对“人与人是神”（homo homini Deus，此说法追溯至老普林尼，《博物志》，Ⅱ，7）。这一点，此后被培根（Bacon）和霍布斯引用，最后由费尔巴哈（L. Feuerbach）在《基督教的本质》（*Das Wesen des Christentums*, 1841, S. 402）中援引。19 世纪中叶，同时期的马克思（Karl Max）和施蒂纳（Max Stirner）在《唯一者及其所有物产》（*Der Einzige und sein Eigentum*, 1845）一书中解决了这个问题。但在 16、17 世纪，homo homini lupus［人与人是狼］的状态通过友好界线这一事实得以复活，获得了新的具体含义。因为现在“狼道”有了新的实施场域，新大陆成为基督教欧洲政府承认的开放和不受拘束的领域。霍布斯的“人狼状态”发生在新发现的自由大陆，是在 17 世纪对维多利亚的回应。在此，霍布斯显然不是仅仅立于忏悔欧洲内战的观感里，而是也立于新世界诞生的这一事实之上。霍布斯所言的“自然状态”绝非一片在空间上不存在的乌托邦。霍布斯所说的自由状态毋宁是一种“无人之境”（Niemandsland），但远非“无在之境”（kein
65 Nirgendwo）。这片土地是可以定位的，而霍布斯也将其定位在新世界里。在《利维坦》中，“美洲性”（Americani）被明确表述为人类在自然状态中狼的性格。《比希莫斯》（*Behemoth*）一书中提到的暴行，就是指西班牙的基督教徒们在印加帝国的所作所为。虽然霍布斯在晚期思想中更多地致力于建构抽象的概念，而不是针对具体时间和

空间历程来思考。或者说所谓自然状态，毋宁是一种假想的建构，而不是历史的真实。但是，这并未消除自然状态与友好界线的重要历史联系。[1]

友好界线效用的第三个明证当推洛克（John Locke）——霍布斯的头号对手——的著名宣言。在洛克的设想里，自然状态（Naturzustand）和新世界在历史上也是休戚相关的。只不过这个自然状态在洛克那里已成为一个完全可以承受的社会状态（Sozial-Zustand），而不再是旧有的 beyond the line［彼线之外］的含义。不要忘记，洛克的著作乃是和《奈梅亨条约》与《乌特勒支和平协定》（1713）的时代相连，也就是和海盗英雄时代（Heroenzeitalter）的末期相连。但在历史地评述洛克的“自然状态”及其社会建构理论时，要注意到一句折射洛克思想所处历史背景的名言：“起初，整个世界 66

[1] Nonne hodie multis in locis ita vivitur? Ameircani...ita vivunt.（《利维坦》，第 13 章）。在拙著《霍布斯国家理论中的利维坦》（Hamburg, 1938）中，我在阐释霍布斯自然状态理论时，也未考虑到其与友好之线的历史性关联。但是该关联在哲学史上是非常重要的。黑格尔的国家建构思路亦延续了霍布斯开辟的方向。在黑格尔看来，美国是一个没有国家只有市民社会的地方。滕尼斯（Ferdinand Tönnies）是最好的霍布斯研究者，在其杰作“Hobbes und das Zoon Politikon”（*Zeitschrift für Völkerrecht*, XII［1923］, S.471ff.）中，滕尼斯展示了霍布斯之自然状态理论的发展过程以及如何越来越“执着”于此理论。这固然不错，但是不宜过分强调现实与思想之间的对立，或者像康德追随者那样将哲学的历史内容完全虚无化。像滕尼斯这样的学者决不会做那样的追随者。对霍布斯的理解应该从历史的角度站在他所处的时代，友好之线以及一种新型的非常自由的无限制空间就是那个时代的特征。即便如此，也并不排除霍布斯可能将“自然状态”对应于那个已经过时的中世纪的封建无政府状态。施特劳斯（Leo Strauss）和博克瑙（Franz Borkenau）正确地指出了自然状态与封建制的历史联系，见 Strauss, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd.67 (1932), S.738/39；Franz Borkenau, *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, Paris, 1934, S.458。

都是美洲”。[1] 这句话听起来像是出自一个 18 世纪初的理性主义者。但其含义在 18 世纪末却发生令人惊异的大转折，我们稍后就会看到。所关涉的不仅仅是自然状态的理念，还包括自然状态在美洲、在新世界的定位。

16、17 世纪划定的友好界线的国际法意义在于，大片的自由疆域，为争夺新世界而开战的疆场被划定出来。其法律上的正当性在于，通过划定自由疆域，界线这边欧洲公法管控下的自由与和平的空间获得了释放，不会因为界线那边的情况而遭遇威胁，否则欧洲和平区的稳定也难以维持。换言之，划定争夺新世界的战场，也有助于对欧洲内部战争的遏制。这就是其国际法上的意义与合法性所在。

此外，从法律史上来看，脱离欧洲法律管控的自由疆域的划分，折射了一种思维方式，它虽然很古旧，但近代以来一直保持为一种典型的英国思维，而欧洲大陆国家的法律和法制思想则日渐视之为陌生。英国法律直到现在都一直保留了对不同疆域特殊性的区分，这种区分意识相比于 19 世纪的大陆性法制思维更加优越，后者只承认“国家疆域”（Staatsgebiet）这一种疆域类型。殖民地占有形式的多样性以及领土与非领土的区别，使得划定不同的特殊土地定位与空间秩序更有实践意义。英国法还将英国的领土范围，即普通法（common law）的有效区域与其他空间范围严格区分。普通法被英国人认为是关于领土的法（Law of the land / lex terrae）。英国王室的权杖对海外殖民地而言至高无上，但在英国本土却要受制于普通法和英国议会。
67 英王雅各布一世（Jakob I）与议会开战的第一个回合就是围绕是否拓展英伦领海的争论，他企图不顾议会的束缚任意收取关税。阿瑟·杜克（Arthur Duck）（约 1650 年）也提出，在海洋上奉行的不是陆地法

[1] 洛克：《政府论》，下卷，§ 49；参见鲁斯关于洛克之契约理论和自然状态的论文（1943）。

(Landrecht) 而是罗马法 (römisches Recht)。[1]这一将法律局限于自己土地、既有疆域的观点是一种古旧的、法律史的传统。一个社会学上的概念——“内部道德”(Binnenmoral) 被用来描述这种传统。[2]我认为这里相关的不是别的，而是那句古老的格言：法律只有在正确的地方才是法律。因此，看得到秩序和场域的联系以及所有法律的空间局限性，才是更加历史正确的视角。由此，友好界线 (amity line) 的思想，即划定一个与古老世界对立的法律真空区域的态势，变得更加明显。

英国法上“例外状态”(Ausnahmezustand) 的概念，在所谓的战争法 (Martial Law) 上，明显是基于划出自由真空领域的设想。例外状态作为一种困守状态 (Belagerungszustand)，在 19 世纪的法国成为了一种法律建制。相反，英国的战争法却在时间和空间上保持为一种遏制一切既有法权的特定领域。所谓特定，在时间上，它起初宣布战争开始，结束时又提供赔偿，这一点和从前常态的法制时代相区别；在空间上，它精确地给出了法律的生效范围 (Geltungsbezirk)。在这样时间和空间的特殊区域里，一切都可能发生，只要有这样的实际需要。[3]对此，有一种看似古老的印证，孟德斯鸠也曾指出这一点，即自由和正义的烙印皆局限于特定的时间之内。

---

[1] 那些因谋杀、海盗或其他犯罪被海事法庭判处死刑的人，不会因此而丧失他们的财产，因为罗马法并不承认该判决的效力，除非英国法律另有规定。见 Ernest Nys, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, Brüssel, 1910, S.65。

[2] 参见弗洛伊德 (Michael Freund) 的精彩论文：“关于莫尔《乌托邦》的阐释” (Zur Deutung der Utopia des Thomas Morus)，《历史杂志》(*Historischen Zeitschrift*)，第 142 期 (1930 年)，第 255 页。

[3] 关于英国海洋法的建构 (不同于与大陆法系国家之法律规范化和制度化的追求)，见拙著《论专政》(*Die Diktatur* [1921], 2. Aufl., 1925, S.174)；Carl Heck, “Der Ausnahemezustand in England”, in *Das Recht des Ausnahmezustandes im Auslande, Beiträge zum ausländischen öffenlichen Recht und Völkrecht*, Heft 9, 1929, S.192ff。

68 以另一种方式，对自由海洋、自由贸易和自由世界经济的设想，同对自由竞争和自由开发的进退空间的设想一道，有着历史上和结构上的关联。[1] 这些自由空间，可能出现在严酷的实力较量中，也可能出现在消灭彼此的决斗中。与此相关的是不同评价体系和实力消长的自由游戏。在黑格尔的国家哲学里，国家是道德和客观理性的帝国，它建构在非国家的市民社会之上，而这个市民社会在黑格尔和马克思看来是无所顾忌、自私自利的丛林。值得注意的是，在黑格尔开设的历史哲学课堂上，美国仍被认为是特殊意义上的无国家的市民社会。在思想史上，这一点乃是16世纪市民社会的自由领域与作为客观理性之帝国的国家之间二元对立的后续。这也是另一个思想变种的明证，即霍布斯将自然状态和文明状态区别开来，为19世纪经济和政治关系成为两个不同实践意义的领域埋下了伏笔。

（三）第三条，也是最后一条，环球界线是所谓的西半球界线。这条界线是新世界对旧世界的第一次对抗。在源头上，此界线和先前的诸多界线都存在历史的和辨证的紧密联系。西葡两国的盟线和英国的友好界线一样，都归属于欧洲对新世界占地和夺海。这些界线通过划分和圈定空间来调整欧洲占取列强之间的关系。拉亚线有着分配上的意义；拉亚线在《托尔德西里亚斯条约》（Vertrag von Tordesillas，1494）中被称为“海洋分割线”（Linea de la particion del mär）。英国人的友好界线（amity line）则有着类似的效用。划分出一片可以肆意征服的空间领域，乃是列强之间统一划分标准的逻辑结果，虽然仍
69 然缺乏一个统一的调停争端和矛盾的仲裁庭。只要欧洲占取列强之间还存在一丝精神上的共通性，“地理发现”（Entdeckung）这个概念就可以变成现实。有效占有（effektive Okkupation）——即由国家启动

[1] *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXIV (1940), S.164 f.

的占有行动——在19世纪终于成为一种独特的获取土地的合法资格(Erwerbstitel)，而此前，地理发现和罗马法上反复出现的占有这个法学概念才是取得新土地的唯一合法资格。由此产生的意义有二：首先，在列强冲破竞争取得土地广受承认之前，必要的时候会经历长时间的争夺战；其二，对战争的法律评价会根据战争的结果做出，换言之，战争被承认为改变土地占有权的合法手段。全球界线划定的背景却是理性化、人性化和法律化，换言之，实际是为了阻却战争。这些，正如我们稍后即会看到的那样，至少欧洲内部国际法上的大陆土地战争都被局限于国家之间的军事关系之上。

只有等到欧洲土地的国家空间秩序划定停当，第三条也就是最后一条国际界线——西半球线才浮现出来。欧洲和欧洲中心的国际法传承下来的对新世界的土地秩序，注定要与此线划定的局势形成对立。此线对那些古老的土地秩序追根究底地提出了质疑。思想史上，这一现象从18世纪即已开始，其标志是18世纪的独立战争以及卢梭(Rousseau)提出的自然状态传播到脱离英国和欧洲控制的国家。然而西半球界线的实际功效其实到19世纪才真正凸显，直到20世纪才完全铺展开来。因此，有必要将欧洲国际法上国家间的空间秩序建构以及它们所推崇的战争架构做一梳理和探讨。只有比较了不同战争概念的含义，西半球线在国际法上的重大意义才会被认清。正是从这条线开始，欧洲世界的空间秩序才挣脱藩篱，新的战争概念才得以引入世界史当中。

二、对占取新世界的辩护（维多利亚）

四百多年来，从16世纪到20世纪，欧洲国际法的结构都被一个
70 基本的进程所左右，这就是对新世界的占取。自然，从彼时到今日都产生了诸多与此相关的法律与道德问题的讨论。[1] 同样爆发的还有很多对于大征服（Conquista）合法与否的论战。但仍然可以说，对于一个基本的前设问题，即欧洲占取本身作为一个整体究竟合法与否，并没有系统地成为道德和法律追问的研究对象。至今只有少数学术著作能系统探讨大占取之合法资格这一国际法问题，只有极少数能够直切入正题，并用规范的学术方法加以研究。这类研究和探讨在大征服的早期即已产生，其中闻名遐迩的有维多利亚（Francisco de Vitoria）的著名演讲《论印第安人》《论战争法》（*De Indis*, 1538；*De jure Belli*, 1539）。他提出问题的勇气与使用学术方法的规范和完整，使得其著述关于后来所有关于这一问题的论述都影响深远，起到了奠基的作用。但他也遭遇了最多的误解和最大的争议。

---

[1] 关于16世纪此方面研究的文献综述，请见 Lewis Hanke, *Cuerpo de Documentos del Siglo XVI sobre los Derechos de Espana en las Indias y Filipinos*, ed. von Augustin Milliares Carlo, Mezico, 1942, pp. 315–336；*The Spanish Struggle for Justice*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1949。关于此问题不同观点论文之概述，请见 Joseph Höffner, *Christentum und Menschenwürde, das Anliegen der spanischen Kolonialethik im goldenen Zeitalter*, Trier, 1947。

维多利亚的立论是与神学学术的讨论紧密相连的，已经属于西班牙的后期经院哲学（Spätscholastik）。对于这一伟大欧洲思想，及至查理五世（Karls V）和腓力二世（Philipp II）时期，仍然缺乏整体的梳理。这样一种整体梳理，正如德国神学家与后期经院哲学家卡尔·埃施维勒（Karl Eschweiler）说的那样，只可能诞生在西班牙，也只可能为西班牙人所创。[1] 在此，以今天的国家法学观之，我要对其作品中被引用最为频繁的讲义集（Relecciones）做一个法史学上和法理学上的剖析。维多利亚的讲义集有自己的诠释方法以及历史。

1

今天的读者能够从这段演讲中收获的第一印象，是其超乎常规的 71
毫不偏颇、中性和客观的立场。他的论调由此而显得现代，反而不是中世纪时的风格。七种“不正当或不适当的合法资格”（tituli non idonei nec legitimi）和七种“正当的合法资格”（tituli legitimi）被他以不同的详尽程度，但以相同的实质加以讨论。[2] 在他看来，教宗和君王的从统治世界的欲求中推导出的合法资格，被大胆地认为是既不合理也不合法。在他的其他论证步骤中，这种完全客观中性的立场也保持了下来，令人印象深刻。他还特别强调，美洲土著虽然是野蛮人，

[1] K. Eschweiler, *Die Philosophie der Spätscholastik Spanische Foschungen der Görresgesellschaft*, Bd.1, S. 264。

[2] 这七种“不正当或不适当的合法资格”分别是：君王的世界统治权，教宗的世界统治权，发现权（jus inventionis），拒绝基督教，侵犯野蛮人，印第安人所谓的自愿认可，以及特定的神圣授予。七种正义战争的“正当合法资格”包括：商业自由、传教自由，保护权（保护印第安人皈依基督教），教宗训令，干预权（以反抗专制），自由选举权，以及保护社团的权利。

但终归还是人而不是畜牲。这一观点实际上大胆否定了当时颇具影响力的另一种观点，人文主义者塞普尔维达（Juan Ginés Sepúlveda，1490－1573）在论证大征服之合法性时就秉持此观点，此人是查理五世的编年史官，是腓力二世的宫廷神父，在塞普尔维达看来，卡萨斯（Las Casas）反倒是个恶人（hombre enemigo）和作乱者（sembrador de discordias）。塞普尔维达主张，土著人就是野蛮人，还引用亚里士多德来论证土著人是没有权利的人，他们的土地就应该成为被自由征服和占有的对象。还在大征服初期，就已经有观点认为，印第安人搞偶像崇拜，以活人祭祀，是食人生番，是各种罪行的罪犯。亚里士多德《政治学》第一卷（*Politik*, Ic. II, 13）中的一句话经常被引用，即“野蛮民族生来就是奴隶”，塞普尔维达甚至在此基础上提出：“西班牙
72 人对待野蛮人就应如同人对猴子一样。”[1] 将印第安人非人化，有一个切实的实践意义，即为大规模占取和奴役印第安人提供了合法资格。而且，塞普尔维达认为印第安人连奴隶（Sklaverei）都算不上，而仅仅是仆役（Servidumbre）。

---

[1] 见塞普尔维达的文集《民主派》（*Democrates*，修订版或第二版），该书写于1547年，但当时并未出版（主要是因为卡萨斯的反对），1892年才由佩拉约（Menéndez Pelayo）安排初版，题目改为“Democrates alter, sive Dialogus de justis bellicausis adversus Indos”，载于《皇家历史学院通讯》（*Boletin de la Real Academia de la Historia*），第21期。塞尔普维达的对话集《民主派》（“Democrates”, *De convenientia militaris disciplinae cum Christiana religione dialogus qui inscribitur Democrates*）第1版于1535年在罗马出版，参见 T. Andres Marcos, *Vitoria y Carlos*, 1937, p.178 ff.；另见 E. Nys, “Les Publicistes Espagnols du XVIe siècle et les droit des Indiens”, *Revue de Droit International et de Législation comp.*, XXI (1899), S.550。从彼时起，关于塞尔普维达的研究开始丰富起来。另见 Manuel Garcia-Pelayo, *Juan Gines Sepúlveda y los problemas jurídicos de la Conquista de America*, Mexico, 1941。关于塞尔普维达与卡萨斯的争论，见 Benno Biermann, o. p., *Die neue Ordnung*, 2(1948), S.36/7；以及 Honorio Munoz, o. p., *Vitoria and the Conquest of America*, 2nd Ed., Manila, 1938, p. 56；另见 J. Höffner, a.a.O., 169, 177－180。

亚里士多德的这一论断在结论上其实并不人性化（inhuman），虽然他本身是从一个特定的人性化假设推导而出的，即假设征服者是更高级的人类。这一论断其实有其有趣的历史背景，在此值得我们特别注意。这一论断的经典表述是在英国哲学家培根那里被发现的，培根的语句被巴贝拉克（Barbeyrac）在其对普芬道夫的自然法的评论中所引用。培根说：印第安人作为食人生番“生来就被剥夺了权利”。他们不是人，他们毫无权利。人文主义者竟然提出如此非人性化的论调，其实不是什么悖论。因为人文主义的观念本来就有两面性，是可以令人惊讶地辩证处理的。正是因为人文主义观念的两面性，我们会记得，也是这个培根将 homo homini lupus［人与人是狼］和 homo homini Deus［人与人是神］这两句话对立起来。德国 18 世纪的人文主义，用到了一个德语词汇“非人”（Unmensch）。由于这个用词，人文主义理想中的歧视性的区分力得到提升。区分人与非人当然有其政治意义，但不能不讲理由地就搬出亚里士多德的政治学来。这种日渐高调的区分不再是基督教含义的了，而是同 18 世纪绝对人性的哲学的胜利相呼应。只有在绝对人文主义的“人”的含义里，人的特殊的新敌人——其对立面“非人”这一概念才得以凸现。区分人和非人在 19 世纪的人类史上经历了一次更深层次的分化，即区分上等人（Übermenschen）和下等人（Untermenschen）。正如人与非人的关系 73
一样，上等人与下等人也是一对敌对的双胞胎。

在维多利亚的时代，印第安人是野蛮人和食人生番的观点，尽管在实践中广为流传，但是除了塞普尔维达，该观点还不具备后来几个世纪那种非人性人道主义的区分力。16 世纪仍然是基督教的世纪，西班牙人还供奉圣母玛利亚，崇敬这位感受圣灵而孕育基督的圣母的画像。16 和 17 世纪的法律论证中，非人性的人文主义歧视并未作为中心论点登堂入室，尽管由文明程度较高的欧洲人占有殖民地是当时较为普遍的合法性理由。当时还远没有达到从生物学上论证歧视之合法性的程度。但有趣的是，格劳秀斯（Hugo Grotius）在其博士论文

《论美洲人民的起源》（*De origine Gentium Americanarum*，1642）中声称，北美洲的印第安人是北方民族，源于斯堪的纳维亚人的一支。但这并没有保护印第安人不受根绝之祸。

基督教神学家认为，原住民及其部族拥有不死的灵魂。Gentes licet barbarae tamen humanae［某些人可能是野蛮的，但他们仍然是人类］，圣奥古斯丁在《上帝之城》中如是说（I, 14）。上文已经提到的 homo homini lupus［人与人是狼］，以及亚里士多德认为某些民族生来就是奴隶的论断，都被维多利亚认为是异教徒观点而不予采纳。他明确地将两者和其所主张的“人与人是人道”（homo homini homo）相对立。[1] 这样三维角度的“人论”（homo）听上去十分冗繁而中性化，但其实仍然是在基督教的含义里。这样，维多利亚从基督教事实出发并提出非基督徒的印第安人不能为了基督教欧洲人的利益而被剥夺权利，自然并不奇怪。但普遍的人之为人的特性，无须将人类历史进程中产生的社会的、法律上和政治上的等差抹平。野蛮民族需要文明人的领导，维多利亚也认可这一点。在他看来，针对非基督徒的战争必须同基督徒之间的战争严格区分。所有基督教神学家都知道，非基督
74 徒，撒拉逊人（Sarazenen）和犹太人也是人，但基督教共同体是通过对敌人做出区分来区分战争的性质，这个帝国建立在对于不同的人及其地位进行深度区分的基础上。

维多利亚反驳众多其他神学家的观点，确信无疑地提出，至少在国际法的意义上，基督徒和非基督徒是平等的。无论是仅有精神感召力的教宗，还是成不了世界领主的君王，或者是其他任何一个基督教王侯，都无法对非基督徒及他们的土地进行占有和掌控。任何一个野蛮国家和非基督教国家的诸侯，对他们的土地都享有管辖权（jurisdictio），当地的居民则拥有对土地的财产所有权（dominium），

---

[1] 维多利亚著作第 2 章的结尾处第一次谈到了“正当合法资格”问题：Non enim homo homoni lupus est, ut ait Ovidius, sed homo（*Getino*, I, S.384–385）。

正如基督教国家的诸侯和子民对他们的土地享有权利一样。这一观点在16世纪的西班牙或非西班牙的作者那里通行无阻。西班牙人对基督教的皈依并没有赋予他们攫取非基督教国家土地的直接权利。在维多利亚看来，占取的直接权利只能通过正义战争（Argumentation des gerechten Krieges）的途径而产生。

对非基督徒的非歧视，对于一个基督教伦理的神学家而言，并不奇怪。但维多利亚面临的是当时现实意义重大的政治议题，事关新世界的占取。因此其理论上的结论，即使他纯粹旨在理论而且避免做出用于实际的决定，但仍然容易引起惊讶和误解。尤其是当人们断章取义地理解推敲或是以抽象的方式将其归纳为一种现代性的、政教分离后中性化的国际法基本原则时。维多利亚表面上无边际的中性化和客观化，根源于他广泛深入的概括归纳，按理说这也应该引导甚至发掘出广泛深入的概括归纳。我想通过一个例子来解释维多利亚的中性化理论，以此来理解他抽象的论断，即对于如下这个问题的态度：地理大发现到底能否成为占取该土地的合法资格。

对于16—18世纪的意识状态而言，地理大发现是占取的基本合法资格，但维多利亚却认为它本身并不具备作为合法资格的合法性，即便发现的是新世界。地理发现对他而言，既不足于成为获取土地的候补资格，也不算是合法资格的铺垫或前奏，即并不属于19和20世纪国际法上的初始权利（inchoate title）这个概念的范畴。[1] 今天我们 75

[1] “初始权利”（inchoate title）这个概念出现在19世纪，主要是由英国法学家（特维斯勋爵［Travers Twiss, 1809–1897］、豪尔勋爵［Edward Marshall Hall, 1858–1927］、菲利莫尔勋爵［Robert Joseph Phillimore, 1810–1885］、约翰·韦斯特莱克［John Westlake, 1828–1913］和奥本海默［Lawrence Oppenheim, 1858–1919］）发展出来的。关于这个问题的最新研究，见 Mark F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, S.126 ff.。该书写道：“地理大发现仅具有国际法上的初级资格”。国际法院方面的司法实践体现在，作为主席的（转下页）

认为是非同寻常的历史事件，对同时代的维多利亚，并未留下多大印象，至少没有多少道德上的印象。他也不认为，西班牙航海家和征服者虔敬纯洁无瑕的圣母玛利亚，会当然地与其历史行径相挂钩。这位经院哲学家看待历史的客观立场是如此进步，以至于他不仅忽略基督教圣母玛利亚，还罔顾人道的、以现代观点看来完全符合历史的“地理大发现”。新世界在道德立场上对他而言从来就不是新的，而新世界蕴含的道德问题，则能够通过经院哲学思想系统的概念和尺度来加以掌控。历史事实是，美洲之争的发展是通过划定全球界线，特别是友好界线来确定的。但对于这种界线的划分和协定，界线之外无所谓正义与否的约定，在维多利亚眼里无疑是邪恶的，是令人震惊的犯罪。

“敌人”这个概念下的深度区分，以及由此产生的规范或不规范的战争，或是从基督教中世纪的万民法中凸显并在国际法空间秩序形成的战争限度，这一切在维多利亚看来都要屈服于一切人类平等这一理念。西班牙人和野蛮人一样都是人，因此基督教提倡的慈善友爱的
76 义务，对他们也同样存在，每个人都是我们“恩慈的对象”。由此而导出的道德和法律上的结论是，所有西班牙人对所谓野蛮人享有的权利，反过来野蛮人对他们也同样享有，而且作为对立性的法律（jura contraria），野蛮人的权利绝对是相互性的、对等的。当基督徒和非基督徒，欧洲人和非欧洲人，文明人和野蛮人权利平等的时候，所有概

（接上页）马克斯·胡贝尔（Max Huber）在 1928 年 4 月 28 日就美国—荷兰在拉斯帕尔马斯岛之争议所做的判决，以及海牙国际常设法院就格陵兰岛争议进行的讨论（该案判决于 1933 年 4 月 5 日做出）。对后者的评论，见 Franz Fuglsang, “Der Standpunkt der Parteien im Grönland-Konflikt”, *Zeitschrift für Politik*, Bd.33 (1933), S.748；以及 Ernst Wolgast, “Das Grönland-Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshof vom 5. April 1933”, *Zeitschrift für öffentlich Recht*, VIII (1933), S.573；Fritz Bleiber, *Die Entdeckung im Völkerecht, Greifswalder rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Heft 3 (1933), S.63f。

念都必须是可逆的。由此，对于地理发现和占有这一合法资格，西班牙人不能再加以使用，因为印第安人也可能反过来发现了我们的土地而秉持同样的合法资格，non plus quam si illi invenissent nos［我们并不比他们发现了更多］。[1]

这一观点在今天看来，即使仅仅针对占取的合法资格而言，也算是抽象、独特与非历史的尖锐提法了。另外，这样一来，如果说西班牙人无权将法国人封锁在自由贸易和法律交往的大门之外，那么野蛮人也同样没有如此对待西班牙人的权利。[2] 如此种种，欧洲对于维多利亚而言似乎已经不再是地球的中心了。更甚者，维多利亚似乎已经不再承认中世纪基督教共同体空间秩序对基督教土地与异教徒以及无信仰族群的土地做出的深度区分。今天人们会对皮萨罗（Pizarro）的残酷征服感到愤怒，正如维多利亚在信中提到塞尔普维达时指出的那样："印第安人也是人，不是猴子。"但是现代文明的代表将怎样看待维多利亚的激进呢？他根本不屑于所谓优势文明或者文化，不屑于文明人对半开化或不开化族群的所谓领导权，甚至不屑于"文明"（Zivilisation）这个用语本身——尽管这个概念统领了 18—20 世纪以来整个欧洲的国际法。

这里呈现出一个深层次的强烈对比，将历史性的思维方式，尤其是 19 世纪人道主义历史哲学与经院哲学的非历史主义观点区分开来。在黑格尔的《历史哲学讲演录》中可以发现这样的句子："只要世界精神抵达那里，墨西哥人和秘鲁人的文化必定衰落。"这是一个透着理 77
想主义历史哲学家自信与狂妄的话语。然而 19 世纪一位批判的悲观主义史学家布克哈特（Jacob Burkhardt）也提及这句名言，并说道：

---

[1] 这段原文引自赫蒂诺（Alonso Getino）编辑的维多利亚文集：*Relectiones teologicas*, op. cit., Vol.II, p.333。我在该版本第一卷的重印本中未发现这段引文。需要声明的是，本书中所有维多利亚的原著引述都要有所保留，因为手头缺少原版著作。

[2] *Relectiones teologicas*，卷 I，第 387 页；卷 II，第 334 页。

“仰仗文化的王权可以征服和奴役野蛮人。”而维多利亚却全然不这样认为。新大陆、新世界的出现未曾引发他任何一种历史言论——无论是基于基督教的历史图景还是人文主义历史哲学的观念。这样一个重大历史时刻，每一个历史图景的缺失必将导致中世纪基督教共同体所笃信的欧洲中心主义世界历史图景的陨落与变动。

2

然而，如果认为维多利亚否认西班牙征服的正当性，那也是一种误解。这种误解多年来甚至广为流传。一些旧时的作者将其误解为对西班牙人的政治敌意，时至今日，这种误解则完全是出于肤浅。萨拉曼卡法学院的马科斯（T. Andres Marcos）的一大贡献就在于，他用真相一再证明了这一谬传的错误。[1] 今天对维多利亚的误解，绝大多数是出于一种对文明和进步的信仰。18 世纪文艺复兴导致基督教历史图景的破灭，也直接导致了这种信仰成为一种理所当然，以至于很多学者都不再理解甚至索性忽略了维多利亚对“文明”“进步”这些概念所保持的距离。造成误解的另一个原因在于，维多利亚对于合法资格的论证仅仅局限于抽象理论本身，而非就事论事做具体而微的决定。一个肤浅的倾听者一旦得知，那些征服者所仰仗的合法资格被维多利亚认为是不合适的，很容易就产生这样的联想，认为西班牙的征服从根本上是被否定的。当他读到维多利亚对于征服新世界的残暴和不公的批判时，他可能将其理解为一种卢梭式的时事批判，或是一种现代的政治宣传，甚或是对西班牙征服的普遍意义上的文明谴责。然

78

[1] Marcos, *Vitoria y Carlos V en la soberania hispano-americana*, Salamanca, 1937; *Mas sobre Vitoria y Carlos V en la soberania hispano-americana*, Salamanca, 1942; *Final de Vitoria y Carlos V*, Salamanca, 1943.

而实际上维多利亚却得出了一种对西班牙政府完全正面的结论，尽管他否定君王和教宗对这个地球的绝对权力，也不承认印第安人在道德上低人一等。毕竟，他不可能看不到基督教势力不断拓展的既成事实（fait accopli）。[1]

但是，这种表述是完全非历史性的，而且只有借助一般性的概念和对正义战争的假设性论证，才能取得正面的现实效果。这一论证的中立性、普遍化以及假设性的特点尤其突出。倘若野蛮人既不好客，也反抗自由传教和通商或政治蛊惑，那他们依照万民法（jus gentium）当然就损害了西班牙人的既存权利；如果他们不再听取西班牙人的和平劝降，那么后者就有权发起正义战争。正义战争为征服和兼并美洲土地、奴役美洲人口赢得了国际法上的合法资格。此外，西班牙人征服美洲土地的正义战争还有其他理由，这一理由可以用现代语言的"人道主义干涉"来描述。借此，当有人被当地土著不公地欺侮时，西班牙人就有权征服其土地，为受害者挺身而出进行干涉。尤其当那些已经臣服于基督教的土著遭受同族迫害时，西班牙人就更有此权利。借由这些普遍化的表述和可能性的论证，使得西班牙征服在整体上完全获得合法性。但这却是一个经院哲学家避而不答的，取决于事实和具体情况的问题。墨西哥对科尔特斯（Hernan Cortez）而言与秘 79
鲁对皮萨罗（Pizarro）而言完全是两码事，因此墨西哥战争可能被认

[1] 维多利亚并不认为有必要否定"征服"，或者必须向其他民族例如法国或英国等给予赔偿，并以"非正义战争"的名义予以惩罚。在这里，维多利亚的主要注意力仍放在辨明论点的真理性，而不是为处理历史—政治背景下的现实问题提供指南。他也没有明确区分行使传教权的几种不同方式，后来在这个问题上出现了三种主要的不同意见：第一种是卡萨斯的观点，认为使徒传教是不附加权力的；第二种认为传教就是将先前的被征服者转化为基督徒（征服者的使命）；第三种是索托的观点，认为传教就是军事保护下的传教使命，即由军队对传教保驾护航。关于这三种"保护印第安人"的方式，请见当时的耶稣会士阿科斯塔（Jose de Acosta）的描述，载 Höffner, *Christentum und Menschenwürde*, a.a.O., S.246 ff。

为是正义战争，而秘鲁战争则被认为是不正义的。但经院哲学的阐释却与事实状态保持着中规中矩的距离。他们的论题只针对异议领域，他们的结论也不直接指向具体的历史案例，对此他们无法用历史评价的方式做出决断。

维多利亚理论之客观和不偏不倚的特性令人惊讶，应当如何去阐释呢？我们必须将其存在的基础厘清，那些无前提无立场的轻佻的想法不可与之相提并论。因此，我们首先有必要记得，这个伟大的修道士所留下的那些著述，按照接下来几个世纪国际法文献的方式来看并不是法律著作。维多利亚是神学家，他并不想当法学家，更不想在各国政府的争论中插进去自己的什么观点。他说起法学家的时候都语带不屑。[1] 他的现实理想也绝不是什么御用律师或职业辩护人。同那些有意脱离了神学的现代国际法学家们相比，例如阿亚拉（Balthasar Ayala）、真提利（Altericus Gentilis）或者苏支（Richard Zouch），维多利亚是截然不同的。

这个西班牙修道士以心灵导师和教父自居，志在培养未来的神学家，尤其是培养那些政治大人物宗教上的心灵导师。倾听忏悔的神父（Beichtvater）和忏悔人（Beichtkind）之间的关系又如何能同律师与客户之间或是检察官和犯罪人之间的关系相提并论呢？但是，法律问题同样可以成为道德问题深深影响现实中的人，例如，科尔特斯 1537 年（［中译者按］原著有误，应为 1547 年）过世时留给子嗣的遗嘱就是一个很好的例子，因为这位征服者表达了要向印第安人赎罪，补偿他做过的那些不义之事的心愿。就连科尔特斯这样的武人也都有道德

---

[1] 那个时代对法学家的鄙视并不罕见，西斯内罗（Cisneros）大主教在 1510 年创建阿尔卡拉大学时，就没有设立法学院。“Nam a civilibus et forensibus studiis adeo natura sua abhorrebat, ut multi serio affirmantem audiverint, quidquid illius disciplinae pectore concepisset, se si fieri posset libenter evomiturum.” 参见 Marcel Bataillon, *Erasme et l'Espagne*, Paris, 1937, p.14。

困惑，他也要求助于神学家作为心灵导师。但也正因为如此，他没有 80
能想到将自己征服异族的权利以法律的方式置于问题之下，甚或索性将其送给政敌的辩护家们。

作为神学家的维多利亚提出了征服者的权利这个问题，并且以正义战争（justa causa bellii）的名义将这一问题完全放到道德和神学的视角下，看起来似乎完全是非政治的客观性和中立性。因此，将维多利亚定位为教会神学家而非国家法学家是不够的。我们不仅要防止将这位伟大的神学家架空在现代意义上的中性客观立场上，还必须要从具体的历史语境及整个存在状态来考察西班牙多明我会，将其视为隶属于罗马基督教会的一个组织，同时也是一个具体的国际法权威机构，因为他们从卡斯蒂利亚王国获得了到新世界传教和占取的合法资格。对于正义战争表面上看起来具有普遍性和中立性的论争，只有从传教任务那里才获得了具体的决定性意义，然而无论那些论争如何具有抽象性和普遍性，也不会消除历史之具体立场的存在真实性。

教宗授予的传教任务实际上就是地理大征服的法律基础。不仅仅是教宗如是称。西班牙的基督教国王们也多次承认，传教任务乃是法律上的义务。尤其是在国王们给海军上将哥伦布（Christoph Columbus）以及总督和官员们的指示和命令中，都特别强调传教任务的重要性，伊莎贝拉女王（Königin Isabella）1501 年遗嘱中的相关条款也特别强调了这一点。教宗曾经在 1501 年 12 月的《虔诚奉献》（Piae Devotionis）诏书中决定将教廷的什一税交付基督教国王掌管，同时命其负责教士和教堂的开销。在 1510 年的同名诏书里，教宗还规定，国王无须将从印第安人那里掳掠来的金银上交什一税。1508 年 8 月的诏书授权西班牙国王管理美洲的教会。

凡此种种例证，都只能以中世纪基督教共同体的万民法来评断，而不能依据现代的国际法或国家间法律，后者将内政和外交加以严格区分。按照今天的国家间法律，卡斯蒂利亚国王和罗马教宗大概应该 81

老死不相往来才是，因为今天的国际法完全是政教分离的，建立在国家主权的基础之上，每个国家都以自己的名义签订协约，不再承认精神上的共同的国际法权威，教会问题仅仅被当成内政来处理。大陆上的土地被主权国家毫无保留地分割完毕，海洋的表面还算有自由的空间，即不受主权国家控制和占有的区域。另一方面，只有地理大发现和大征服是实现占取的合法资格。维多利亚却明确否认之。大征服在他看来也不是合法资格，因为他认为，美洲的土地本来就不是自由和无主的土地。

因此，教宗所下达的传教任务，实际上间接地建构了正义战争的理念，也就是大征服授予了合法资格。如此说来，维多利亚的辩论仍是在基督教共同体的空间秩序里进行的。而此空间秩序则建立在对基督教各王侯与各民族的划分基础上。基督土地和非基督土地的区分作为基督教共同体最基本最重要的原则，贯穿整个基督教中世纪，在所有人的意识里深深扎根。因此，基于上述这一基本原则，基督教王侯之间的战争都是受到限制的内部争斗，区别于基督徒与非基督徒之间的战争。对于非基督徒的土地，教宗可以委以传教或十字军东征，由此发起的战争就获得了国际法上的合法性，成为合法占取的基础。公元 10 世纪德意志奥托王朝时期就曾经接受教宗的传教任务，对非教徒和斯拉夫民族的土地进行清洗，以此向东扩充疆土。教宗对异教徒（Infideles）发起十字军东征的呼吁便具有了国际法的头衔，有极其重大的政治意义，因为它成为获得伊斯兰帝国土地的国际法基础。卡斯蒂利亚王国对美洲进行占取的初始阶段，即维多利亚辩论所关注的时期，尚可与整个基督教中世纪国际法的空间秩序相匹配。这个时期既可称得上高潮，但同时也标志着结束。

82　维多利亚所属的多明我修会（Orden der Dominikaner），以及其他向印第安人传教的兄弟团，都是传教任务的护卫者和执行者，由此阐发的万民法（jure gentium）乃是其进行世界大征服的合法性来源。这些修会和兄弟团，也因此都成为教宗和教会作为基督教共同

体的国际法权威的有机组成部分。教宗和教会相当严肃地看待他们交给西班牙政府外务机关和官员的宗教任务。所有这些负有传教使命的多明我会、方济各会、奥斯定会、哲罗姆派（Hieronymiten）和耶稣会修士（Jesuiten），与西班牙海外殖民地的政府官员在性质上很不相同。但这一区别和对比不应与现代以来国家和教会的斗争相混淆。这一区别既不是俾斯麦式的文化斗争，也不是关于法国教堂之争的“世俗主义”（Laizismus）的表达。要知道，中世纪的君王和教宗、帝国和教会实为一个不可分割的整体。他们之间的争斗，其性质不是两个截然不同的共同体（Societates）之间的较量，毋宁是反映一个整体内部的不同秩序位阶之间（diversi ordines）的紧张关系。由此看来，西班牙地理大征服也是中世纪基督教共同体空间秩序的一种延伸。直到欧洲公法（jus publicum Europaeum）之自主领土主权国家产生，从整体上改变了具体的中世纪国际法法律概念，特别是关于正义战争和正当占取的概念，中世纪的国际法才走向终结。

众所周知，多明我会修士在对印第安人的美洲大陆传教时具有特别的身份优势。我只需提到拉斯·卡萨斯作为例证，1530 年他首次以修道士身份到达西班牙，即是为了保护秘鲁当地的印第安人免遭征服者的残酷对待。多明我会还被当作托马斯·阿奎那经院哲学传统的承载者，运用经院哲学的和经院神学的方法，在阿奎那的思想体系中，解答那些在新世界占取过程中产生的新境况和新问题。正是占取新世界这个特定的历史语境下，才诞生了维多利亚在其“讲义集”中采用的思想结构，即在正反褒贬之间保持了均衡，在一个整全性的思想体系中兼顾了分立与综合。但是这种思想结构只考虑形式上的论辩正确 83
性，而没有顾忌问题的具体情境及其实践上的后果。

3

有必要重申，维多利亚并没有把西班牙人对美洲的征服视为不正义。在此没有必要具体讨论维多利亚列出的关于西班牙人占取的诸项正当合法资格（legitim Rechtstitel）。但是需要说明的是，维多利亚之所以在结论上仍然得出西班牙大征服的合法性，原因在于，维多利亚的思想固然具有客观性、中立性和不预设前提的特征，但并非绝对到实际地忽略基督徒和非基督徒的区别。相反，维多利亚的结论植根于他的基督教信仰，认为宗教传教是基本合法性的来源。对于西班牙修士来说，非基督徒不可能有权同基督教传教士一样拥有平等传教的权利。这一点就构成了对维多利亚理论之绝对中立性、普遍相关性（Reziprozität）与可逆性（Reversibilität）的限制。维多利亚也许是伊拉谟斯主义者（Erasmist），[1] 但他不是 18、19 世纪之绝对人道的代表，他既不是伏尔泰或是卢梭的追随者，也不是自由派思想家或是社会主义者。商业自由（liberum commercium）对他而言并不是自由贸易和所谓 20 世纪“开放大门”意义上的自由经济，而只是前技术时代的

84

[1] 根据巴塔永（Marcel Bataillon）的解释（*Erasme et l'Espagne*, op. cit., pp.260 ff.），维多利亚既不是伊拉斯谟主义者，也不是反伊拉斯谟主义者。在 1527 年的巴利亚多利德（Valladolid）大会上，维多利亚指出了伊拉斯谟的多处教义错误（*Erasme et l'Espagne*, S.273f.）。这是维多利亚针对伊拉斯谟观点的一般性态度，特别是在战争问题上。众所周知，佩拉约主张维多利亚是一个伊拉斯谟主义者，而赫蒂诺（Getino）则反对这种看法（*Vida*, 1930, p.101）。这个问题的关键不在于其生平或理论方面的细节问题，而在于维多利亚观点在整体上的思想史倾向，及其中立化的方向。在我看来，德奥斯（Alvaro d'Ors）有一篇关于维多利亚的非常重要的演说，正确地指出了潜在于维多利亚思想中的“中立化倾向”，原文为：“Vitoria liquida el orden de ideas que prevalecia en la Edad Meida; liquida, en el campo del Derecho de gentes, la concepcion teologica, para dar paso a una concepcion racionalista”。见 Alvaro d'Ors, “Francisco de Vitoria, Intellectual”, *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1947, p.12。

一种方式或途径。但是，传教自由确实是一种自由，一种属于基督教会的自由（Liberias）。在中世纪的观念和用语里，自由（Liberias）是法律的同义词。因此，在维多利亚看来，地球中心仍然是基督教欧洲，历史上的具体定位就是耶路撒冷和罗马。

维多利亚不属于那样的学者，他们在基督是否存在这个问题上采取纯粹形式上的或赞同或反对的立场。19 世纪，这类学者中一位有名的黑格尔派（Hegelianer）曾说，“他们（即这类学者）是现代宪法形式（konstitutionelle Formeln）拥护者的先驱”。[1] 但我们不要忽略了，其脱离历史的、完全抛弃空间视角的方法，抽离了很多中世纪欧洲史上特定概念的特定含义，错置了它们的历史定位，例如民族（Volk）、王侯（Fürst）、战争。用这样的方式，从神学中慢慢演化出来一种普遍意义上的伦理学（Morallehre），而从这里——借助同样普遍化（generalisierenden）的万民法（jus gentium）——衍生出现代意义上“自然的”伦理学和单纯的理性法（Vernunftsrecht）。后期经院哲学蕴含的这一开端，合乎逻辑地发展下去，再被 17、18 世纪承继维多利亚和苏亚雷斯（Suarez）的哲学家和法学家们发展成一套更普遍的、更中性的，人道主义的自然法和万民法（jus naturale et gentium）。

原先在西班牙多明我修士们看来具有重要意义的基督徒和非教徒之间的区别，已经被后来的哲学家和法学家所否弃。因此，维多利亚的观点有可能被他人利用服务于其他的甚至与之相对立的政治目的。维多利亚之所以秉持一种纯粹伦理神学的中性化立场，是因为他拒绝一切基督徒和非基督徒、文明人和野蛮人、欧洲人和非欧洲人之间的划分和歧视。恰恰是这样的论点和表述，注定要在后来被滥用留下了破绽。借由此，完全异质的政治企图乘虚而入，经院哲学的概念和程 85

[1] 这些法学家们扮演了在世俗权力和精神权力之间的仲裁者的角色，他们认为可以毫无偏见地将基督教的存在问题视为一种可以诉诸法律裁判的形式化问题。他们被视为现代法律人的前身，比如后者所关注的也是国家事务。

式也由此着重利用。某些抽象的语句和概念很容易就被断章取义，或是从复杂的思想整体的某个具体单元被抽离出来，又或者是结合历史的相关情境而被借题发挥，再被加工成孤立的理论，滥用到完全不同的语境之中。一个有名的滥用维多利亚理论的例证就是，其伦理神学的命题在后来的几个世纪，被错置到矫揉造作的、非神学的，或者说纯粹伦理学或纯粹法学的阐释中。这类阐释，被信仰中立的法学家取代罗马教廷的神学家所执掌，而法学家的国家法理论所依凭的语境和信仰依存与后者是截然不同的。

借题发挥和断章取义，历史上也是司空见惯的现象。例如英国史学家、研究教宗和宗教会议（Konzil）斗争问题的专家菲吉斯（John Neville Figgis）就曾断言，整个19世纪的近代议会主义（Parlamentarismus）论战所采用的每个伎俩，早在15世纪教宗和宗教会议势力较量的过程中都被用过了。同样，教宗和君王之间，宗教势力与世界强权之间，也重演着雷同的较量手段和论争观点。维多利亚关于具体历史问题的论述，关乎以教宗授权的传教为名而到新世界占取，即能被照搬到很多其他语境上加以发挥运用。从未有过哪位作家，像维多利亚这样在思想史上被如此广为引用和影响深远，从未有过哪个名字像这位西班牙修道士这般显赫而响亮。正因为此，维多利亚的声名及其历史缘由才值得琢磨一番。他的知名度有如神话，几十年来还被特定的某些势力鼓吹，堪称一种奇特有趣的历史现象，对此加以推敲对国际法历史的研究也将颇有教益。因此，为了保证国际法历史的精确性，我有必要举出两三个例证说明这一现象。

86　我首先想到的是*真提利*这样的真正的法学家，他研究维多利亚，却不曾系统地以维多利亚理论为依据。与神学家相对立，*真提利*是一位世俗的法学家。*格劳秀斯*与之不同，他当然也并非神学家，却乐意阐发和运用维多利亚的理论。在其著名论文 *Mare Liberum*［《海洋自由论》］（著于1607年，Carnegie Endowment，1916）中，他全面承袭

了维多利亚关于商业自由（liberum commercium）和传教自由的理论。该文将维多利亚描述的基督教西班牙人对付异教徒印第安人的所谓“自由”，运用到新教徒的荷兰人和英国人对付天主教的西班牙人和葡萄牙人那里。这样，被西班牙神学家看作完全是西班牙基督教内部的、在多明我会的固定框架和西班牙基督教帝国政治实体内的事务，几十年后却被敌国善辩的法学家们援引到对西班牙贸易战的政治宣传中。格劳秀斯甚至解释说，他宁可将商业自由的问题呈到道德的裁判庭上，并且还赞同那些既精通神法也熟谙人法的西班牙法学家们。

广为人知的是，格劳秀斯相当乐意效仿前人。然而他却不曾了解，其所引用的那些理论在完全不同的历史时期具有完全不同的含义。地球的划分当时处在完全不同的历史阶段，后来新教徒对老派理论的阐发却中和了维多利亚意向的基督教特征。欧洲国家变得重商主义（mekantilistisch），而不再推崇商业自由（liberum commercium）。德·莫利纳（Luis de Molina）最终认为每个国家都有权拒绝不受欢迎的朋友，普芬道夫（Pufendorf）则公然变成了重商主义者（Merkantilist）。[1] 这一理论上的转变对近代国际法的历史和正义战争的问题意义重大，国际法史学家对该问题早已熟知。另一方面，该问 87
题对于研究维多利亚理论的多维度价值，以及此理论的目的性转变，都有着重要的背景性意义。

近三百年后，维多利亚的理论以令人惊讶的方式被嵌入到完全陌生的另一种思想系统中。“一战”（1914—1918）后，所谓维多利亚理论的“复兴”和西班牙后期经院哲学登台上演。这是国际法历史上非常有意思的一个现象。西班牙伟大的神学家们还未被完

[1] 1689年，斯特拉斯堡人西尔伯拉德（Johann Paulus Silberrad），在岑特格拉夫（Johannes Joachim Zentgrav）的主持下通过的论文，在17世纪晚期具有非凡的意义。他沿用了关于正义战争的思路，但是借鉴了普芬道夫的思想，承认非基督教的君王也有权将不受欢迎的外人赶出本国。

全忘却。在西班牙和其他基督教传统地区，他们的名字仍然生生不息。17 世纪时，苏亚雷斯的思想深远地影响了德国的大学，包括其中的新教（protestantisch）大学，这一点从来不曾被遗忘，即使是经由后来埃施维勒（Eschweiler，1928）的研究才再度为人知晓。国际法史上，西班牙神学家们被 19 世纪的优秀作家们——如卡滕伯恩男爵（Kaltenborn）和里维埃（Alphonse Rivier）——视为“格劳秀斯的先驱”。在皮莱（Pillet）1904 年出版的《国际法基础》（*Fondateurs de Droit International*）一书中，约瑟夫·巴托洛缪（Josef Barthélemy）以最典雅的方式呈现了维多利亚的思想。但是，直到 1919 年之后，维多拉亚这个名字才忽然闻名世界。我不想再提起前述那些对维多利亚肤浅的曲解，这些不过是对这位伟大的多明我修士杜撰的新闻式的神话罢了。马科斯已经指出并批评过这些曲解。但除此之外，还有一些特殊之处值得我们关注。

19 世纪比利时一位著名的国际法学家尼斯（Ernest Nys），就曾通过洛里默（James Lorimer）受到启发和鼓舞，[1] 在他对中世纪万民法的法史学研究中常常遭遇维多利亚，他还对这个有趣的国际法史课题做了更深入的剖析。他在许多重要的论文中不断援引维多利亚理论：最早是发表在《比较国际法和立法学杂志》（*Revue de Droit international et de Legislation comparee*, Bd.XXI, 1889）的一篇文章，题为“西班牙国际法学家与印第安人的权利”；直到 1917 年，在司各特（James Brown Scott）出版的《国际法经典》（*Classics of International Law*）一书中，尼斯还辑录了维多利亚的《论印第安人》

88

[1] 洛里默在其著作《国际法的机构》（1883—1884）中（该书由尼斯译成法文），将维多利亚、索托和苏亚雷斯称为国际法的奠基人。

与《论战争法》。[1] 尼斯以其论著开辟道路，奠定了维多利亚复兴运动的基础，而这一运动在“一战”后是如此来势汹涌，至今仍然流传着大量由这一运动而来的经典文献。[2]

尼斯的生平著述有一个基本倾向，即深信人类的文明和进步。这一点我们可以开诚布公地断言，因为尼斯本人也公开表明过他的这一确信，并非只是透过某部纪念文集的只字片语，1908 年他写就了

---

[1] 尼斯的代表性著作包括：*The Papacy Considered in Relation to International Law*, trans. by Rev. Ponsonby, London, 1879；*Le Droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Brüssel, 1882；*Les Droit des Indiens et les publicists espagols*, Brüssel, 1890；*Les initiateurs du droit public modern*, Brüssel, 1890；*Les Origines du Droit International*, 1894。

[2] 特莱斯（Camilo Barcia Trelles）在海牙国际法院的报告具有划时代的重要意义（*Recueil des Cours*, Vol.17, 1927）。早在 1925 年，特莱斯就在萨拉曼卡的一次演讲中称赞维多利亚是“门罗宣言”的先驱。阿尔瓦雷斯（Alejandro Alvarez）则赞美“门罗宣言”为“新大陆真正的福音”（*Droit international américain*, 1910, S.33）；当然，这个现代版福音不能等同于维多利亚的福音。1928 年，斯科特在西班牙城市巴利亚多利德（Valladolid）发表了关于现代国际法之西班牙渊源的报告；同年在同一城市，特莱斯出版著作称维多利亚为现代国际法的奠基人。1930 年，马德里教授普利达（Fernandez Prida）出版一部旨在研究西班牙学者对国际法之影响的著作。更多这方面的资讯，请见 Rodrigo Octavio, “Les sauvage américains devant le doit”, *Recueil des Cours*, Bd. 31 (1930), S.218 f。荷兰乌特勒支大学还成立了维多利亚学会，并推崇其为殖民地问题的权威学者。见 G. H. J. van der Molen, *Albericus Gentilis*, Amsterdam, 1937, S.270, Anm.14；另见A. H. Böhm, *Het recht van kolonisatie, Francisco de Vitoria's lesson over het recht van kolonisieren in verband met de Spaansche kolonisatie*, Utrecht, 1936；Jean Baumel, *Les problèmes de la colonization et de la guerre dans l'oevre de Francisco de Vitoria*, Montpellier, 1936。这些参考书对我们的研究来说已经足够了。更多的信息，请见 Friedrich August Freiherr von der Heydte, “Franciscus de Vitoria und sein Völkerrecht: Zum 400. Geburtstag der Völkerrechtswissenschaft”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol.13, No.2 (1933), pp.239-268。另可参见葛扎戈（L. von Gajzago）论国际法之西班牙学派渊源的杰作（Budapest, 1942）和赫夫纳（Jos. Höffner）的相关著作。

一部对现代国际法历史研究至关重要的学术著作。[1] 这部著作，正如所有的大师之作，不仅内容详尽，而且对于侵略战争的罪刑化（Kriminalisierung des Angriffskrieges）这一命题而言，已成为世界历史上的标准文献。

89 研究维多利亚的学术史，经由尼斯的平生著述而掀开了最新最现代的篇章。司各特（James Brown Scott, 1866–1943）是闻名于世的美国国际法学家，美国国际法研究所与美国国际法学会的创始人和主席，卡耐基国际和平基金会总理事，曾对维多利亚的显赫声名怀抱热情，任职期间受到维多利亚思想的巨大影响。卡耐基（Andrew Carnegie）在其 1910 年 12 月 14 日的成立卡耐基国际和平基金会的书信中说，凡是战争在本质上都是犯罪，而无论侵略战争和防御战争之区别，他自然没有引注任何神学家。对司各特而言，西班牙神学家们如今成了他学术理论的宝藏。他提出维多利亚和苏亚雷斯是现代国际法的奠基人，并就这二位写作了大量的讲稿和论文，在各大期刊发表。[2]

4

司各特的努力，使维多利亚的盛名超出了史学和国际法学的其他

---

[1] *Idées modernes, Droit International et Franc-Maçonnerie*, Brüssel, 1908.

[2] 这些论文包括：Scott, "The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations" (Oxford: Clarendon Press, 1932)（这是一篇为维多利亚文集题写的导论）；"The Catholic Conception of International Law" (*Geogetown Law Journal*, Washington, 1934)；"The Spanish Conception of International Law and of Sanction" (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1934)；相关参考文献，另见海德特、葛扎戈和赫夫纳的论著。

专业范畴，甚至可以说，维多利亚流行了起来。由此开启的是评价维多利亚的新阶段，而今这已经上升到为政治神化和造势的境地。美利坚合众国政府的官方和半官方声明都宣称“要回复到旧有的更健康的战争观”，这实乃是维多利亚对于自由通商（liberum commercium）、自由政治宣传（freie Propaganda）和正义战争的论调。战争不再理所当然地被认为是一种正义的或者无足轻重的过程，战争也不应仅因为侵略者被宣称为罪犯就变成所谓的正义战争。因此，那些至今在欧洲 90
公法（jus publicum Europaeum）中扎根的国际法之不区分正义战争和非正义战争的中立性取向，应当被否弃。

在此，我们不愿意再深入讨论中世纪基督教和现代文明之间的对比。中世纪时的正义战争包括所谓正义的侵略战争（gerechte Angriffskrieg）。这两个正义概念的含义因此有着完全不同的形式结构。但是，当谈到中世纪正义战争之实质时，不能忘记的是，维多利亚关于正义战争之理论的基础在于，传教（Missionsauftrag）是一种属灵权力（potestas spiritualis），具有确定性和制度上的稳定性，是不容置疑的。就连自由通商（liberum commercium）和通行自由（jus peregrinandi）这类权利，在维多利亚看来都是基督教传教和执行教宗传教任务的手段。这并非为通行工业化敞开大门的原则，也不是《马太福音》（28：19）上所要求的自由政治宣传，更不可与相对主义、不可知论等放弃对真理的追求的做法相混淆。这里我们感兴趣的只是占取的合法性问题，而维多利亚则把这个问题缩减到所谓的正义战争的普遍性问题上。所有国际法上的重要问题最终都会合在正义战争这个概念之上，这个概念成为所有不同立场之观点交锋最集中的焦点。

中世纪关于所谓正义战争的学说，尽管内部不尽统一，但总体上还是在基督教共同体的框架内和根基上。以此为基础来区分不同种类的世仇与战争。另一方面，其又将封建制度下的封建复仇权和等级复仇权都承认为完全有效的权利。这种战争学说要把基督徒之间的，即同属于教会这个政权之下的复仇和征战，同其他类型战争区别开来。

由教会发起或授权的十字军东征和传教战争，不加区别是侵略战争还是防卫战争，一律被冠以正义战争的名号。凡是不屈服于教会势力的王侯和子民，比如犹太人和萨拉森人（Sarazenen），一律被视为仇敌（eo ipso hostes perpetui）。这一切，都以教会拥有属灵权力的国际法权威为前提。凡中世纪基督教的国际法学说，绝不能脱离教会的国际法权威，尤其当基督教王侯们参与战争时。

在教会的稳定统治下，正义战争从名义到实质都被确定下来。
91 实质上，正义战争在实体法上是一种为了执行合法要求的具有正当理由（justa causa）的战争，无论是为攻击还是防御。正当理由作为衡量标准，排除了以下这种可能性，即纯粹法律上的占有保护（Besitzschutz）——例如 1924 年的日内瓦协定（Genfer Protokoll）就以此为基础——仅就战争的正义与否来做区分。侵略者这一定义，是 1924 年日内瓦协定和 1932—1934 年裁军会议（Abrüstungskonferenz）的共识基础，这个定义就是为了不论战争的缘由或正义与否（justa oder injusta causa），以免牵涉战争以外无边无际也讨论不出什么名堂的罪责问题。

中世纪以后，16—20 世纪的欧洲国际法试图压制所谓的“正当理由”。确定战争正义与否的标准不再由基督教会来确定，而是由主权平等的国家来认定。两百年来，这一法律上的规范化进程也是一种理性化和人性化的过程，换言之，是遏制战争的过程。为了还原维多利亚思想的原貌，有必要了解从中世纪到近代以来国际法的历史转变，乃是发生在中世纪时不可分割的思维顺序的双重割裂（doppelte Trennung）的过程中：一方面是教会和神学道德家交权给法治国家；另一方面是从自然法和伦理学角度强调战争的正当理由发展到在法律形式上追问谁是正当敌人（justus hostis），而这个概念从根本上与作为惩罚对象的罪犯相区别。

从中世纪的万民法到近代的国际法，从神学、宗教理念到法治国家思维系统，两方面都迈出了决定性的一步。这一步，关涉的不仅仅

是概念上的理论性问题，它之所以至关重要，是因为在体制上和组织上都相互区别甚至对立的两种秩序或权威发生了位次和角色的转换。两种主导性精英、政治群体连同他们的幕僚，存在社会学上的结构性差异，就连他们各自建构政治观点的方法和路径，也都完全不同。真提利作为代表这个转型时代的真正的法学家发出了檄文式的口号：神 92
学应对陌生事物保持闭嘴！（Silete theologi in munere alieno！）

维多利亚在神学与法学思想之关系上的立场，以及在正当理由问题上不做区分的态度，都决定了他属于基督教中世纪而不是现代国际法时代，尽管其思想中有中立性、客观性和人道主义的一面。我们前文已经提到，他在精神层面不是一个法学家而毋宁是一个神学家。说他是神学家，不仅因为他将犹太人和萨拉森人称作“永远的敌人”（hostes perpetui），也不是因为他在演讲词《论民事权力》（De potestate civili）中强调有损基督的战争都是不正义的。决定性的一点是，他没有将正当理由发展到对正当敌人这一基本问题的探讨。他给我这样的印象，因为他强调不能因为印第安人不是基督徒，对某些罪犯行为要负责任就将他们归为罪犯（Verbrecher），而是认为应该将他们归为战争敌人（Kriegsgegener），所有基督教的欧洲人都应当将其作为欧洲公敌对待。维多利亚赢得了西班牙大征服合法化的结论，不是通过所谓正义战争的普遍论证，而是排除了对野蛮人和非基督徒的歧视。由此，维多利亚靠近了新的、国家间国际法上的反歧视的战争概念。但他没有在法律上将此发展成一套正当敌人的全新理论，这是由真提利完成的，但维多利亚奠定了整个中世纪基督教伦理神学在正义战争（bellum justum）上反歧视的基调。

相反，当今的正义战争理论都旨在歧视发动非正义战争的对手。战争本身在词义上就有犯罪的意思。侵略者，在词义表面上被解释为是犯罪者，是法外的行为者，正如海盗（Pirat）一般。但侵略和侵略者的不义（Unrecht）并不在于战争缘由上所负的实质罪责，而是在于侵略本身。谁放响第一枪，或是以任何一种形式满足了战争罪的形式

要件，则要成为这一罪名的罪魁祸首。正当理由（justa causa）的问题停留在概念定义之外。为此，对于正义与非正义战争的现代区别，
93 与维多利亚中世纪经院学术理论并没有内在联系。维多利亚和整个基督教中世纪的理论基调保持了一致，是完全承认正义的攻击战争这一概念（bellum justum offensivum）的。但维多利亚也了解整个理论深层的不确定性（Dubiosität），我们只要阅读他的著作《论正义战争》（*De jure belli*）中的“关于正义战争”（circa justum bellum）这一部分，或是对“何为正义战争”（Quantum liceat in bello justo）做认真反思，即会发现，欧洲现代国家间的国际法的重大进步就在于，它摒弃了正当理由这一理论，而以正当敌人双方在法律上的平等性理论取代之。今天这一理论莫非要被简单地放弃？在国家间思维理性化进程发展至几个世纪后的今天，要去回溯到前国家时代的万民法理论，并非易事。更困难的是，要把当时从系统上建构在神学和信仰基础上的万民法概念，移植到我们今天这个无神的世俗思想界来。非正义战争是犯罪这一现代理念的发展过程，我们将在下文（“战争意义的转变”，第四章第四节）详加分析，此处先做一个历史背景上的概述。

要把中世纪时系统地深植在基督教共同体基础上的理论程式，移植到我们今天这个现代的全球化的概念系统中来，不是倒退，而是对作为中世纪理论前提的某些概念如敌人、战争、具体规则和所谓正义的深层次转换。对经院神学家而言，非正义的战争仍是战争。发起战争的一方进行的是正义战争也好，非正义战争也罢，这一点本身并不能消除中世纪正义战争理论的战争概念。但在如果以正当理由为标准来决定战争的正义与否，潜藏着一种使战争对手罪犯化的倾向。如此一来，战争很快成为一种简单的刑法行为，带有惩罚性质，关于正义战争（bellum justum）的诸多严肃的质疑旋即被忘得一干二净；简单而言，敌人就是罪犯，在实践中会进一步发展为，掠夺对手并剥夺其权利，即摧毁形式上以正当敌人为前提的敌人概念。Princeps qui habet bellum justum fit judex hostium［为正义而战的王子就是其敌人的

法官］，维多利亚如是说。加耶当（Cajetan）甚至说，Habens bellum justum gerit personam judicis criminaliter procedentis［在正义战争中一个人可以像刑事法官一样对待其敌人］。但即使以这样的方式谈论所谓正义战争的“惩罚”性质，也仍不能将其理解为现代刑法学上的犯罪概念，它与现代法庭和警察针对犯罪而采的举措不可同日而语，不是现代刑法意义上与危害社会行为的法律对抗。换言之，基于战争之 94
正当理由意义上的正义战争理论，并未导致战争这个概念的消亡，亦未导致战争行为转化为一种纯粹的现代式的法庭和警察的行动。这在当时根本还不可能，因为在那个私力救济和封建复仇的年代，作为国家行为的警察和法庭还根本不存在。中世纪的法秩序承认私力救济和个人复仇乃是一种当然的权利，而现代的警察和法庭则恰恰否定了这私力救济的合法性，而是以法律的形式规定了叛逆罪（Hochverrat）、叛国罪（Landesverrat）、侵略罪（Landfriedensbruch），等等。

一旦中世纪正义战争理论的制度基础不存在，战争概念的瓦解就开始了。维多利亚的同时代人，法学家奥尔登多普（Johann Oldendorp）说得十分坦率，他认为正义的战争根本不是战争，而是一种反抗（Rebellion）。但他却不曾意识到，这样一来对欧洲而言，新的教派战争（konfessioneller Bürgerkrieg）的严重问题产生了。相反，现代的即国家间国际法的法学创始人阿亚拉、真提利和苏支，将形式上正确的正义战争和战争的正当理由这两个问题区分开来，从而将战争理解成一种主权国家之间的爱国主义关系，其中“正当且平等之敌人”（justi et aequales hostes）的观念摆脱了国际法上的歧视性对立。

但在维多利亚看来，正如当时典型的中世纪时期理论，战争尽管有“惩罚性质”，对双方而言仍是战争。没有哪场基督教王侯对付异教徒敌人的正义战争，被维多利亚说成不是战争；这类战争的敌人事实上也无不被他看成正当敌人。根据现代的、歧视性的战争概念，战争正义与否有其意义之所在，即敌手不是被当作正当敌人，而是被当成罪犯来对待。由此，战争不再是一个国际法上的概念，尽管杀戮、

洗劫和摧毁从未停止过，其程度反而借由现代的技术手段变本加厉。

95　一方面，战争成为现代刑法意义上的惩罚、报复行为；另一方面，战争敌人却不再是正当敌人了。正如不再有对付海盗的战争一样，对付正当敌人的战争也不复存在了。海盗和欧洲国际法上的战敌是完全不同种类的敌人，他们所行之事，是刑事意义上的犯罪行为，是侵略性的犯罪即“攻击罪”（le crime de l'attaque）。对海盗所采取的行动等同于国家警察打击盗匪，是一种纯粹的执法行为，是由刑法转化而来的现代型社会危害控制，即运用现代技术手段（例如治安轰炸［police bombing］）制止那些危害社会的行为（perturbateur）。战争（似乎）被消除了，但仅仅是因为敌人之间不再将对方在相同的道德和法律层面相互承认为敌人。这可能是一种观念回归，即从法律意义上正当敌人回到一种准神学的敌人概念。但这恰恰是与维多利亚在基督教语境下着重强调的非歧视性相互关系的截然对立。

从16世纪至今，维多利亚的思想在国际法发展史上所经历的诸多曲解和重构，堪称奇观。不过没有哪种人类思想能确保被免于曲解，任何观念都难以逃避被“标签化”的命运（fata libellorum）。以维多利亚为例，他是坚持教义和教规的神职人员，一个伦理神学家和谨慎的神父，善于全面而折中地思考问题。他将自己的思想奉献于众教友，他的结论植根于一个由命题（Propositionen）和区别（Distinktionnen）组成的不可分割的、系统的整体之中。

从维多利亚思想这样一个教会的同时又是西班牙式的对立统一理论体系之中，那些非基督教、反西班牙背景的作家们拣选出对他们合适的论据，当作自己法律上的王牌。因此，像维多利亚这样的具有学术彻底性和开放性的思想家，不仅容易遭遇误解，甚至会被解读为与其本意相对立的意思。就像由虔敬的基督教经文谱写的歌曲，竟被配以完全异质的、世俗的歌词。如此对作者思想意图的张冠李戴，在人类精神史上却并不罕见。

96　对于这种现象，我们不必惊诧，也无须辩驳。不过对此法律史

现象进行学术分析却是有益的。对于维多利亚的伟大著述，我们指出对其思想的各种误读和曲解，不会贬损其著作的价值，更不会伤害其名誉。相反，我们真正的目的在于，让维多利亚已经被描画过千百次的画像，洗尽铅华；让他被谬传杜撰过千百次的言论，回归本真。维多利亚的声誉并不是因此而减损；关于他的评论，会更少杂音，更多纯粹。

三、占取新世界的合法资格（发现与占有）

新的欧洲国际法诞生之初，法学家真提利（Albericus Gentilis）向神学家发出呼吁：Silete Theologi in munere alieno!［神学应对陌生事物闭嘴！］要求神学家们在正义战争的问题上闭嘴。

1. 新兴区域秩序国家

作为秩序转型的后果，神学家们被排除在国际法问题的讨论之外。这意味着蕴含在中世纪秩序内的“属灵权力”（potestas spiritualis）消失了。中世纪神学家们的言论并非凌空蹈虚，而是立足于一种制度化的秩序，应当将他们的言论置于该秩序背景下予以具体的理解。但是，16 世纪以来，（从事政府公职的）法学家们在继续研究国际法问题时，一部分通过理论化的方法，将经院哲学家的道德神学论述，世俗化为一种普遍的、人类理性意义上的“自然”哲学和“自然”法；另一部分则以实践的、实证的方法，按照当时民法学研究和法律实践的要求，运用罗马法的概念予以转化。如此便导致了一种理论的混合——即关于正义战争的中世纪道德神学理论，与纯粹世俗的民法学概念（例如“占有”）的混合，“占有”这个概念适用于在新世界的占取斗争。但事实上，国际法关于战争的具体的新秩序与新规定，不仅源自中世纪道德神学理论和罗马法学之概念和规范的发

展，更重要的来自国家建构的欧洲具体空间秩序，以及由这些国家所形成的欧洲均衡观。

欧洲大陆的国际法即欧洲公法（jus publicum Europaeum），就其核心内容来说，起源于16世纪以来欧洲主权国家之间发展出来的国家间法律，并以欧洲为核心，决定了地球其他区域的秩序。“国家性”（Staatlichkeit）并非一个普遍的、对所有时代和民族都通用的概念。相反，它是一个与时代相关的、具体的历史现象。国家还有一个独一无二的历史特性就在于，它是世俗化的手段。因此，这个时代的国际法只有一个轴心概念：主权领土国家。“国家”这一新生力量的出现，意味着中世纪世俗帝国与王权的消失；也剥夺了教宗在国际法上的属灵权力（potestas spritualis），并致力于将基督教会转化成国家警察和国家政治的工具。罗马教廷退回到只拥有间接权力（potestas indirecta）的地位，不再有直接权威（autoritas directa）。其他中世纪基督教共同体的历史定位也发生了变化，例如“王权”（Kronen）失去了其原有的地位和典型特征，并服务于国家的发展。国王曾经是神圣王冠的主人，如今变成了主权国家的领袖。

法国是这一历史进程中的先驱力量，并成为第一个法律意义上的主权国家。早在16世纪末，法国就以国王主权（即国王是国家的主权领袖）的名义压制住了宗教派别之间的内战。西班牙和意大利根本就没发生宗教党派的内战。在德国和英国，直到17世纪，教派矛盾才激化为战争或内战。伟大的法国法学家博丹（Johanes Bodinus）最早对主权等概念进行了明确的阐释，这些理念迅即传遍整个欧洲。博丹所著《国是六书》（*Six livres de la Republique*）中的Republica一词已经必须翻译成“国家”（Staat）了。博丹的著作在整个法制史上都无可匹敌。该书出版于1576年，即1572年8月24日巴黎圣巴托洛缪大屠杀事件之后的第四年。与博丹为国家下定义的目的相同，写作 98
此书也是因教派战争而引发的。教派战争确实反映了存在意义上的真相，也说明了博丹这部杰作之于欧洲的意义。

仅仅数年之后，阿亚拉和真提利的国际法著作（1582，1588）相继出版，新的国家间国际法首次出现于他们的著作。这两位国家间法律真正的创始人，我们稍后还要详加分析。他们书中的关键性概念明显颇受博丹的影响。在此有必要将所谓的主权“国家”概念置于具体的、历史的国际法特殊语境下加以阐释。因为正是国家瓦解了中世纪基督教共同体的空间秩序，并以一套完全不同的秩序体系取而代之。

君王也好，教宗也罢，都不能为大占取授予合法资格，维多利亚对此已有确证。西班牙学者索托（Domingo de Soto）和瓦斯奎兹（Ferdinando Vasquez）在16世纪的后续论争中也特别强调了这一点。包括上文提到的阿亚拉，虽然立场在西班牙基督教廷这一边，但毫无疑问在这一点上也是维多利亚的支持者。从学术和社会学的角度来看，对教宗和君王的去神圣化（Entthronung），意味着论证上的去神学化（Ent-Theologisierung）。实际上，这不仅意味着所有基督教共同体赖以为基础的空间秩序概念体系被打破，而且基督教“战争限制”的理念也被消解。同时，还意味着中世纪专制理论，即教宗与君王干涉权能的告终；由此，古老的神圣和平，同复仇与反抗的权利一道走进了历史。所有这些都被国家主导的和平所取代。而首当其冲的是，这类型国家的出现意味着十字军东征，即以教宗授权作为合法资格的对非基督教王国和人民的土地占取，就此终结。

但这一切还仅仅是中世纪旧秩序的结束，并不是新空间秩序的开始。在欧洲大陆，新秩序是由国家创设的。国家的历史特征，其最原初的历史正当性，建立在整体欧洲生活世俗化的基础之上，包括三方面的成就：其一，通过将封建的、区域性的、教会的法律集中为统一的立法、行政和司法加以管控，从而对内建立了明确的管辖权；其二，平定了当时欧洲教会之间以及不同教派间的战争，通过一个中央集权
99 的政治实体，化解国家内部不同教派间的纷争。德国有句谚语“cujus regio, ejus religio”［在谁的地盘上，就信谁的宗教］，虽然听上去有些

原始和粗鄙，却将宗教信仰与地域上封闭的空间秩序之间的新联系，清晰而切中肯綮地表达出来。[1] 第三，一个国家在由其构筑的内部政治统一体的基础上，相对于其他政治实体乃是一个内部封闭的地域空间，对外则以确定的疆界划分彼此，将内部类似的地域法则以一种特殊的方式与其对外关系加以区分。

从此摆脱了领地、教会与教派纷争，诞生了一个新的严密且自我封闭的空间秩序——“国家”。国家成为新的国际法秩序的载体，新国际法的空间结构因此也与国家相关联，并由国家来确定。其独特之处在于，该国际法秩序具体是指国家之间的关系。只有当各个相对封闭的地域之间明确区隔开来，万民法（jus gentium）才能明确地转变成国家间法律（jus inter gentes），也即欧洲国家间法律（inter gentes Europaeas）。虽然最初的国族（gentes）是以诸侯（Fürsten）、庄园（Häuser）和国王（Kronen）的形象出现在欧洲历史的舞台上，身着中世纪的服装。然而现在，新的欧洲秩序在空间核心已然变成新兴的“伟大国家”。

万民法（jus gentium）和国家间法（jus inter gentes）的区别由来已久。中世纪的神学家和法学家对此并不陌生，作为一种抽象的对立，这一区别并非学术上的新发现。即使对维多利亚而言，它也不是什么新生事物。然而通过将 gentes 中央集权化，并设定一个封闭且 100

[1] 这句谚语很符合 16 世纪崛起的欧洲国家的现实，对这些国家而言，最重要的法权就是改革权，即确定国家宗教和国家教会的权力，religio est regula jurisdictionis［宗教是确定管辖权的规则］。这句谚语可能产生于潜在或公开的教派战争的晚期，后者引发了宗教改革。这种谚语的现实意义往往是历史经验的结果。赫克尔（Johannes Heckel）将该谚语的起源追溯至主观主义的创立者和第一部新教教会法教科书的作者（Joachim Stephani, *Institutiones iuris canonici*, Frankfurt, 1612）。不过，赫克尔力图证明该原则的起源不是新教，而是基督教。就我们的主旨而言，本意不在追究过往的责任，就像我们面对作为现代大空间问题之核心的格言“cujus regio, ejus economia”［就其国家，论其经济］，同样也无意追究其责任。

界限明确的领土国家，就会产生一种全新的清晰的空间结构。原先的国家间法由此从先前超地域的束缚中解脱出来，也就是从超地域的教会的普遍性束缚，从封建体制对个人的束缚中解脱出来，并最终从庄园和教派的双重束缚中解脱出来。这个过程持续了百年之久，最终万民法（jus gentium）摆脱了传统的形式，转变为纯粹政治性的国家间法（jus inter gentes）。类似哈布斯堡家族和波旁家族的王权“家族”（Häuser），是指将诸如波西米亚、匈牙利等地域的王权、土地、继承权和其他合法资格整合为一个家族权力的强大的王朝家族。直到18世纪，这些王朝家族都一直是欧洲政治的实际主宰者与国际法上的主体。大部分的欧洲战争都是由继承权斗争引发的，这些战争的正当理由也在于王朝的继承权。但是俱往矣，合法资格自1580年西班牙腓力二世占有和吞并葡萄牙之时，即已不再采用上述法权理由。苏支在其论著之标题《拜物法和拜物管辖权或万民之间的法律以及相关问题之阐述》（*Juris et judicii fecialis sive juris inter gentes et quasetionum de eodem explicatio*, Oxford, 1650）中就已经表明了国际法的纯粹国家性结构，因为“gentes”在这里是指主权领土秩序。

对新世界和欧洲以外的自由土地的占取争斗，现在成为欧洲列强也就是具体意义上的“国家”之间的角逐。谁没有能力转变成现代意义上的“国家”，谁就不得不退出竞争。令人印象深刻的是，西班牙——更确切地说是卡斯蒂利亚王国（Kastilien）和莱昂王国（Leon）——作为那个时代最初和最大的占取者，从各方面看来，都是实现从中世纪和教会时代发展到国家阶段的领跑者，但与此同时，它又在大占取的问题上保持着与教会合法资格的联系。

2. 作为占取之合法资格的占有和发现

作为全新的国家间国际法的法学家们，如何回答什么是占取新世

界的合法资格这个重大问题？要紧的是，他们不再视这个问题为一个整体性欧洲的问题，而是当作个体欧洲国家之间在占取问题上的争斗。因为只有这样，即考虑到欧洲国家在占取非欧洲土地时的利益冲 101
突，才能解释为什么他们使用罗马法上的民法概念“占有”作为其自身的合法资格，而不承认其实际上的合法资格——发现。

“占有”作为合法资格，确实符合当时的实际情况，因为当时的国际法认定，欧洲王侯与民族所拥有的欧洲土地，与欧洲之外的其他土地在国际法上有不同的法律属性。新世界的土地可以自由“占有”。而在实践中，17、18 世纪的法学家们则认为，新世界的土地仅向欧洲国家开放，而且通过殖民占有取得的殖民地与欧洲土地不具有同样的法律地位，甚至在贸易和移民方面，殖民地也要另行对待。因此，这里所说的“占有”在实质上不同于 19 世纪末开始出现的“有效占有”的概念，后者是指将某区域纳入一个被国际法秩序承认之国家的政府与行政管理体系之中，意味着提升了特定殖民地的法律地位，并将其转化为国家领土。而在 16、17 和 18 世纪时，还根本谈不上这些。当时由于独立的贸易公司征服和掌控了大片的土地空间，使得欧洲本土不可能与殖民地土地实现地位平等化。其他的殖民地土地则以中世纪封建土地租赁的方式而获得。要特别注意的是，将“占有”（occupatio）塑造成国际法上获取土地的合法资格只有一个现实意义，就是使得占有土地的欧洲各国独立于其欧洲竞争者，并获得专属于自己的初始合法资格。如果我们把法律研讨的主题过分集中在“占有”这个合法资格上，就会在欧洲法律意识方面遗忘全部问题所共有的欧洲源头。其结果就是忽略了重大的核心问题：欧洲强国对非欧洲土地的共同占取。

事实上，当时欧洲列强占取非欧洲国家土地的正当性，只能来自地理大发现。也就是说，一旦中世纪基督教共同体的空间秩序被瓦解，原有的神学理念也被抛弃，对于那些（基督教国家）尚不知名的海洋、岛屿和大陆，在欧洲中心主义国际法上唯一真实存在 102

的合法资格就是“发现”（找寻［reperire］，找到［invenire］，然后发现［découvrir］）。显然，在理解“发现”这个新概念时，需要考虑到与其相关的构成其全部历史和精神性特征的技术性标志，诸如 descobrimiento［西班牙语：发现］，découverte［法语：发现］和 discovery［英语：发现］。如果只是发现了一块新的先前未知的土地，发现者并不会自觉地赋予其万民法（jure gentium）上的合法资格。有很多岛屿或陆地早在数百年或千年前就已被无畏的海盗或捕鲸者发现，但是这样的发现并不具备国际法上的效果。其他具有象征性的举措，例如摆设绘有徽章的石头或升起旗帜等，都不能说明已经建立起一种“合法资格”。只有在一种获得承认的国际法秩序的框架内被授予法权，上述标志性举措才具有法律效力。因此，发现并不是一种无时间的、普遍的和规范性的概念；相反，它依赖于特定的历史或者说思想史的情景——“发现的时代”。

根据维多利亚的观点，经院哲学对于特定的历史概念来说是没有意义的。因此对维多利亚来说，究竟是欧洲人发现了印度大陆，还是印度人发现了欧洲大陆，是无所谓的事情。在他看来，这些都是一种相互作用与可互换的过程，正是这种相互性和可互换性，消解了“发现”概念中的历史意义和国际法意义。因此，“发现”作为合法资格的意义就是致力于确认发现者相对于被发现者来说具有更高的历史地位，这种优越地位无论对美洲土著还是非基督教的其他民族（阿拉伯人、土耳其人和犹太人）都是如此，无论其是否被视为永久敌人（hostes perpetui）。从被发现者的立场看来，“发现”从来都是非法的。无论哥伦布还是其他发现者，他们的入境都没有获得被发现国之君主的批准。“发现”本身并没有获得被发现者的事先许可。因此，“发现”的法权取决于更高一级的正当性。只有在思想和历史层面上做好足够准备的发现者，才能在知识和意识方面理解被发现者。鲍威尔曾讲过一句黑格尔式的话：发现者自认为能够比被征服者更好地认识他们自己，而且能够借助教育和知识上的优越性实现对被发现者的征服。

因此，欧洲人在15、16世纪对新世界的发现不是一个偶然事件， 103
也不同于世界历史上曾经发生过的无数次的征服运动。它不是规范意义上的正义战争，而是新觉醒的西方理性主义思想的现实成就，是源于欧洲中世纪之精神和知识文化背景的产物，而且在很大程度上得到了来自古典时期的欧洲思想体系以及与基督教—欧洲思想有关的阿拉伯思想体系的重大影响，并最终成为一种具有强大历史影响力的大事件。哥伦布的思想受到过许多不正确和不可信的说法的混合影响，但是，科学性毫无疑问是其思想的基本特征。关于地理大发现的解释中充满了强烈的科学意识和宇宙学的术语，这种观念迅速传遍了整个欧洲。就像说西班牙人发现了阿兹特克人和印加人是错误的一样，说后者发现了欧洲人同样也是错误的。印第安人不具备基于基督教—欧洲式理性的知识理解力，所以如果想象他们也像欧洲人绘制美洲地图一样，绘制欧洲地图，就是一种可笑的乌有叙事（Uchronie）。思想上的优越性完全在欧洲这一方，这种优越感是如此强烈，以至于新世界被认为是能够直接“拿来”的，与此同时，作为非基督教之旧世界的亚洲和伊斯兰化的非洲，也不过是被征服的领域和即将被开发的域外领土。

“发现”作为一种广义的共同的欧洲合法资格，不应与欧洲内部的竞争国家间的发现行为相混同。大多数法学家在撰写著作时都是为了某个欧洲国家之利益，同时与其他服务于另一国家的法学家针锋相对，在此过程中，他们无法就国际法上的取得权（Erwerbstitel）制度达成一致意见。就此而言，法学家实际上取代了神学家在国际法上的位置。但是先前的欧洲国际法实践印证了这种广义的共同的“发现”法权的存在。绘图资料不仅对于航海，而且对国际法问题也具有非常重要的意义。一份科学的绘图记录在事实上就体现为对某一未定土地（terra incognita）的真实法权。显然这样的法权在一定程度上失去了自己的证明力，失去了其作为基础的思想前提，即对“已知”和“未知”领土的区分。此时，新的历史时刻已然到来，即一种完全不同于

104 “有效占有”的新的法权已经出现，这种法权是19世纪实证主义思想的产物。但是从历史角度来看，这种法权也不同于罗马法形式上的对物的实际占有。遗憾的是，16、17世纪的法学思想并没有意识到作为法权的“发现”的重要性，这一阶段的思想甚至比起同时期的神学思想还要反历史，仍然毫无助益地停留在纯粹民法物权意义上的程式理论上。

3. 对占取新世界的法学阐释：以格劳秀斯和普芬道夫为中心

当时的欧洲国际法学家做了什么？他们仍然将注意力停留在中世纪学术或法学的各种程式上，尽管这些程式源于一种完全不同的前全球时代的空间秩序，其中既缺乏有关空间意义的概念，也没有预设任何其他类型的“法”（Nomos）的概念。他们只是将这些源自中世纪后期评论法学派的所谓纯粹法学即“民事”的概念，同源自于通常被人文学派所严重误读的古典知识相结合。他们在当时不仅以学者的身份出现，其更重要的身份是法学家，是为满足其阶层之职业与现实需要而出现的法学家，他们的目的在于彰显其区别于神学家的独特性。作为服务于国家的法学家，他们必须提供一套区别于教会神学家的独特的法学—国家学理论。其成果不难想象。在欧洲国家之间的斗争中，每个国家都在利用罗马民法中缺乏情境性的程式和概念，来为自己辩护，并借以攻击对手。宏大的法哲学体系诞生于中世纪晚期的巴洛克时期。首先，战争法成为所有国际法的核心内容，其次，在实践中，外交法是国际争端的焦点。最后，每个国家都在力图通过具体条约的形式建立起实证的欧洲公法，这将有助于作为实证的欧洲条约法之表现的“维持现状”原则的稳定。

但是，最重要的条约和协定，特别是建立空间秩序的那些协

定——例如友好界线等，是保密的，而且这些协定起初都不是书面签订，而是口头达成的秘密条款。显然，这些秘密条约或秘密规定对实 105
证主义法学构成了难以逾越的障碍。教会的道德神学家不必辞职；告解神父或告解神父的教师在此问题上具有特别的正当性，他们是属灵权力（protestas spiritualis）组织中的组成部分。与之相反，服务于国家的法学家却根本无法接近这个核心问题，即欧洲大国在彼此间战争中处理属于非欧洲土地的共同占取的问题。当时的国际法在提出法学问题时未能做出重要的区分，这是因为在格劳秀斯和普芬道夫之后，法学家们不再考虑土地法律地位的区分问题，以及同一普遍性战争概念中内在的区分问题。

此种国际法的法学基础不再是从前的那种知识预设，而是分裂为完全不同的两种学派。一方面是一种哲学—自然法学（普芬道夫、托马修斯、沃尔夫、康德）的方法，致力于创设一种独立于任何国家的秘密的纯粹的思想体系，并以此为基础形成一种精神性的力量。这在理论上就会引申出一种中立的人文主义理念，例如作为整体的“人类”和“市民准则”（civitas maxima）；在具体实践和国家内部就会促成市民主义法治国以及个人主义—市民主义社会的产生，并推动世界宪政标准的提高。但是另一方面，一种实践—实证主义的方法（拉赫尔、泰克斯托、莫泽尔、克吕博）使得法学家们只能依赖于自己的国家，并使得国家条约的功能与纯粹合法性意义上的“保持现状”联系起来。与那种哲学意义上的国际法相反，这种方法使得法学家可以更好地接近实证性资料，可以将国际法学家的地位提升到知情者的程度，也就是说可以了解到外交政策的秘密。

格劳秀斯和普芬道夫被认为是17世纪最著名、最具影响力的国际法学者，这是他们在法律史上的地位。但是，他们并非真正的开创者，也就是说，新的国家间国际法的基本概念，特别是新的战争法并非由他们所创设。开创者的荣誉应当属于16世纪的法学家阿亚拉和真提利。相比博丹在概念上的新颖和清晰，格劳秀斯学术风格更像是

一种倒退，或者委婉一些说，是“保守主义”。梅里亚（Paulo Merea）
106 1941 年出版其著作《苏亚雷斯、格劳秀斯和霍布斯》，在这本篇幅不长但内容翔实的小书中，作者对格劳秀斯的历史地位给出了正确评价。格劳秀斯并非开创者，但是他通过“自然宗教”开启了法学的启蒙时代。他在法律史上的声誉建立在其创设的“征服权”（par droit de conquête）的基础之上。因此梅里亚将其安排在苏亚雷斯和霍布斯之间，也就是神学家和现代哲学家之间。

在国际法学者中，具有特定法学思维的学者首推博丹，其次还有阿亚拉、真提利和苏支，因为他们创设的“正当敌人”概念对新的国家间国际法来说十分有益。格劳秀斯具有十分强烈的普遍正义感，但是缺乏确定的法学问题意识。或许这也是他很受欢迎的原因所在。从个人宣传的角度来看，这对于格劳秀斯来说是有利的，我们对此没有争议。格劳秀斯和普芬道夫分别具有不同的风格和方法。作为宫廷史官，普芬道夫对（国是）机密（Arcana）并不陌生；从法学的角度来看，他是哲学体系方向的典型代表。与苏支等其他学者不同，格劳秀斯缺乏法律实践者所具有的清晰的客观性，与伟大的哲学家相比，他属于实践学派的学者，他解答了许多实践中的问题，这些答案经常被引用，尽管其中缺少一以贯之的体系，也缺乏清晰的概念。

哲学学派和实证主义学派之间的确实存在着很大的差异，但是所有的国际法学者都没有认识到国际法的核心问题，即新世界中的欧洲占取出现了新的空间秩序。这是一个令所有国际法学者都困惑的问题，只要那种预设了基督教共同体之中世纪空间秩序的神学思维模式依然存在，并与缺少空间意义的源于罗马法上民法物权概念的人道主义法学概念相结合，这种困惑就在所难免。只有到了 18 世纪下半叶，国际法学者才开始意识到欧洲均衡中的空间问题。不过，他们依然站在欧洲内部的视角上看待这个问题，并且在很大程度上没有看到欧洲公法的秩序已然成为全球问题。纯粹实证主义实践学派对全球空间秩

序问题的认识要略好于人文主义哲学学派，尽管后者视人类为一个整体。但是，在格劳秀斯和普芬道夫看来，当时的全球联盟关系——特别是友好界线——依然只是边缘和次要的问题，正因如此，这两位著名的法学家才在他们的国际法论述中将上述问题列为第二等的争议问题，并忽略了欧洲国际法的具体结构问题。 107

但是，至少他们两位还会保留有一些关于占取的记忆，当然，对于欧洲大国所取得的全部具体的非欧洲土地的占取，尽管是他们亲眼目睹的大规模地发生在“东印度”和“西印度”的土地上，他们还是很难将其与他们所定义的原始财产权的概念联系起来。不过格劳秀斯确实是新的民法体系的创建者，今天所有民法学者对该体系都习以为常，虽然大部分人并不了解其起源何在。具体而言，格劳秀斯确立了对财产的初始占有和派生占有的划分，这种区分源于17世纪世界形势的需要，即荷兰国际法学者根据大量占取存在的现实，致力于发现一种新的大地法。对土地的初始占有和派生占有存在着很明显的对立。尽管某些条约是由欧洲发现者和征服者同当地的国王和首领签订的，但是没有哪个欧洲大国视自己为那些土著的法定继承人。相反，他们会将对殖民地的占有视为初始占有，这不仅是针对早年的非欧洲居民，也针对欧洲的竞争者。从纯粹民法史的角度来看，初始占有与派生占有的划分并非源自古典时代，而是来自格劳秀斯《战争与和平法》中的一章（1625年出版）。[1] 初始占有和派生占有的区分就成为罗马民法发展史上的奇特现象，超出了一般法学的思考范畴，却对国际法构成了有效的影响。

格劳秀斯在一般意义上（并非特指美洲）提出了一个土地划分

---

[1] Barone pietro de Framcisci, *Il transferimento della proprietà: Storia e critica di una dottrina*, 1924, S.116; Valentin-Al. Georgescu, *Acquisition de la propriété en droit romain. Etudes de philology juridique et de droit romain*, Bucarest und Paris, 1940, S.336, 343, 390; W. Hellebrand, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom, Abt.*, 1940.

的术语 divisio，这是一种产生于古老时代的初始产权确认制度。借助 divisio 这个概念，格劳秀斯认为 divisio primaeva［初始划分］就是最初意义上的土地分割和占取。他在该章节的开头部分就详细阐述了
108 这一理论，这也构成了对财产占有制度展开进一步研究的出发点，尽管此处的论述还仅限于物质财产，仅停留在民法的范畴之内。[1] 对普芬道夫来说，他所认可的一种初始占有，是所谓的“大多数人的共同取得”，他视之为“共同财产”产生的方式，以区别于特定的私人财产。[2] 此概念就与真正的占取概念相去不远了。

不幸的是，这些思想的微光很快就消失了，因为它们很快就被融入关于私人物质财产的讨论中。因此，存在于一个内部具有确定秩序与规划的共同体之内的初始产权占有问题，同某一共同体（伴随着“划分”）就特定土地而产生的占取问题，在这两者之间不难做出区分。通过全体人民之占取的方式取得的土地占有权，是另一种意义上的“初始占有”，这就相当于某一整体民族的占有，对此法学家们不难理解。格劳秀斯和普芬道夫都对万民法（jus gentium）和市民法（jus civile）做出了区分；此外还强调了公共权威（统治权 imperium 或管辖权 jurisdictio）和私人或民事所有权的区分。但是他们未能涉及核心问题，即非欧洲土地上的欧洲占取问题。他们通过将罗马—民法上的概念提升到自然法之普遍性的高度，使万民法被笼罩在阴影下，而“占有”概念则更是处于双重阴影之下：既处于万民法和市民法之间，又处于因对人之统治权（或管辖权）的取得与因对物之私人所有权的取得之间。维多利亚看到了这个核心问题，即美洲土地上之占取的正当性问题，他认为这是万民法发展中的问

---

[1] Grotius, *De jure belli ac pacis*, Buch II, Cap.III；出发点体现在“Singulare jure aliquid nostrum fit acquisitione originaria aut derivativa. Originaria acquisitio olim fieri potuit etiam per division”。

[2] Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Buch IV, Cap.6.

题，这些所谓的现代国际法的奠基者依然是从对物占有的角度做出一般性的解答。

对占有设定的取得权体现了拥有占取的欧洲大国之间的关系。但是，国际法的首要问题仍在于，非基督教国家，非欧洲的人民与君主是否是“自由的”和无政府的，那些身处组织等级中低等级地位的人 109
民，是否应当成为身处高等级地位人们的客体。维多利亚明确地提出了上述问题，但是给出了否定的答案。对于17、18世纪的国际法学来说，不再有什么本质性的问题；它的现实利益都集中在欧洲国家内部因新世界之占取而引发的关于欧洲土地的国家斗争上。原先西班牙和葡萄牙基于教宗之传教任务的授权而取得的法权，已经不再有效。目前来说，只有发现和占有是欧洲国家认可的针对占取而具有的法权。对法学家来说，“发现”作为“占有”中的一部分，其概念往往是不太明确的。[1] 具有民法思维的法学家会认为，仅仅是发现一片欧洲的未知土地这件事，尚不足以直接构成取得权的基础。当他们谈到占有时，联想到的是有形的事物，例如一个苹果、一座房子或一块土地。对于维多利亚来说至关重要的传教自由和宣传自由，在17世纪时还无人知晓。在普芬道夫看来，甚至“商业自由”都不再是一种法定的“正当理由”，为了有利于国家的重商主义政策，“自然法”这样

---

[1] Julius Goebel, *The Struggle for the Falkland Islands*, Yale University Press, 1927, S.115ff. 葛波尔（Julius Goebel）在书中对格里菲南德斯（Johann Gryphianders）的著作 *Tractatus de Insulis*（1623）表示赞赏，认为其建立了现代条件下的罗马法。格里菲南德斯支持“发现”（invenire）和“实际认知”的概念，认为没有统治（Dominium）的地方就没有领土（Territorium），或者说不存在国王的管辖与统治。与格劳秀斯相比，格里菲南德斯的表达非常明晰直白。但是他仍然未能解决欧洲攫地的大问题。他沿着从私法到公法的逻辑，考察了法国、荷兰、英国等国之攫地的实际状况，但是遗漏了西班牙的“征服地”（conquista）——它不属于私法问题，而是一个纯粹的公法现象。

的概念也在走向消亡。[1]

但是就在当时，一种能够支撑起新国际法，即欧洲公法（jus publicum Europaeum）的空间结构已经形成。

[1] Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Buch IV, Cap.5（末尾）.

第三章
欧洲公法

一、国家成为新的国家间欧洲中心主义全球空间秩序的主导力量

一个宏大的自由空间和新世界之占取（Landnahme）的诞生，使得一种新的以国家间关系为结构的欧洲国际法成为可能。这个国家间国际法的时代（自 16 世纪至 19 世纪末），实现了真正的进步，确定了欧洲战争的界限与框架。但是这种伟大的进步既不是对中世纪之正义战争形式的沿袭，也不是来自罗马法之战争概念的阐释。新国际法的出现要归功于一个新的具体空间秩序的形成，欧洲大陆的区域国家（Flächenstaaten）与不列颠海洋帝国达成了合作与均衡，据此形成了一个宏大的自由空间（freier Räume）。欧洲大陆上出现了越来越多的封闭的区域国家，他们拥有单一的中央政府和管理机构，以及固定的领土边界，与之相适应，诞生了新的万民法（jus gentium）。根据区域国家的空间秩序，欧洲土地具有了一种特别的国际法地位，这不仅限于欧洲大陆内部，而且针对自由海洋空间，以及所有的非欧洲土地。这种新型的共同国际法持续了三百年之久，它既不是教会的，也不是封建的，而是国家的国际法。

1. 以国家形式的战争取代内战

“国家”作为空间实体在内政外交方面所产生的理性化影响，首先体现在公共生活的去神学化（Ent-Theologisierung）以及与传统内

战不同的中立化（Neutralisierung）。这意味着，16、17 世纪内战中那种超越领土的派系已经不复存在。传统的内战已被终结。各教派间的对抗以国家的名义被禁止——通过公共合法的、以国家而不是教会的名义，为国家领土做出的政治禁令。根据新的欧洲大陆国家间秩序
113 （始于欧洲在新世界建立占取）以及由此而产生的欧洲内部战争，“去神学化”导致了一种显而易见的后果：战争的理性化和中立化，即国际法架构的形成。如我们所见，其结果导致战争的正义性问题与“正当理由”（justa causa）不再相关，而成为一种法律—形式化的概念。

战争在各个层面上都得到限制，成为欧洲主权国家间的战争，这种仅由国家授权并组织的战争是欧洲所特有的。它消除了各教派唯我独尊的专断意志，这种唯我独尊的观念使得 16、17 世纪的宗教战争变得极为残酷，战争由此而蜕化为内战。中世纪时期尽管有着共同的精神权威，但是当时的正义战争学说也显示出其危险的一面。例如，1139 年的拉特兰会议（Lateran-Konzil），试图通过禁止使用弓弩或机械性的长程武器来限制基督教王侯们与人民之间的战争。这条禁令经常被引述，所以颇有影响。相对来说虽不为人熟知，但更值得关注的是对该禁令之效果的评价，该禁令产生了与初衷相反的效果，它只对非正义战争起作用，对于正义战争中的正义一方来说，仍可以使用任何武器。从这里可以明显地看出正义战争与全面战争之间的关联。[1] 在 16、17 世纪的教派战争中，同样可以看到正义的、全面的战争与内部战争或内战之间的重要联系。

与宗教战争和内战相反，新欧洲国际法上的纯粹国家战争的目的在于使对立的各方中立化，并由此而消除各方之间的冲突，战争变成了“形式上的战争”（une guerre en forme）。也就是说，只有这样，那些有着清晰领土界限的欧洲国家之间的战争，才被理解为在一个想象

---

[1] *Decretalium Gregori* IX, lib. V tit Xv., De sagittariis; E. Nys, *Les Origines du Droit International*, 1894, S.192 (Decret Innocenz II).

的统一空间内的两个都具有公共人格（personae publicae）的国家之间的战争，这里所说的统一空间（Raumeinheiten）是指在共同的欧洲土地所构成的一幅欧洲大家庭的图景，各成员相互被视为“正当敌人”（justi hostes）。所以，战争在某种程度上类似于决斗，是发生在领土边界明晰的具有道德人格（personae morales）的国家之间的武装斗争，这些国家受欧洲公法（jus publicum Europaeum）的支配，欧洲 114
的土地也是根据欧洲公法分割的，但是地球上其他的非欧洲土地仍然不属于完全欧洲中心主义的空间秩序，这些地方仍尚未被欧洲国家占领。欧洲土地以特殊的方式成为战争舞台（theatrum belli），这是一个封闭的空间，其中那些具有政治权威和组织化军队的国家在所有欧洲主权国家的注视下角力争锋。

不同于残酷的宗教派别战争——其本质是一种毁灭性战争，敌手之间相互视为罪犯或海盗，也不同于殖民战争——这是针对“野蛮”人的战争，新型战争意味着最大程度的理性化和人道化。交战双方都具有相同的国家特性和平等的权利。交战双方都将彼此视为国家。这样，“敌人”和“罪犯”就能区分开来了。敌人的概念因此而具有了法律上的意义，敌人不再是必须被消灭的对象。Aliud est hostis，aliud rebellis［敌人是一回事，反叛者是另一回事］。这样才有可能与战败方签订和平协议。欧洲国际法借助于国家概念，就可以实现对战争的约束。以前所有那些使“国家”神圣化的定义，现在大多已经不被人所理解了，更难以重现昔日的光彩，甚至有可能被误解或干脆被取代。通过消除内战形式的战争，并对战争予以约束，战争就变成了欧洲国家间的争斗，战争因为具备一定程度的理性而具有了正当性。主权平等使得交战各方的权利平等，也避免了毁灭性的战争手段。

“正当敌人”的概念也为国际法上的中立第三国开辟了空间。而且也使得宗教派别战争的那种残酷的正义性得以中立化。那些具有欧洲公法之道德人格（personae morales）的 magni homines［巨人］，在欧洲土地上彼此争夺的所谓战争的正义性，是一个很特殊的问题。但是

在国际法上，这已不再是一个道德—神学的罪责问题。“正当理由”是一个纯粹的法律问题，不再是一个罪责问题，也没有道德和规范的内涵。显然国际法只允许正义的战争。但是战争的正义性不再要求有神
115 学、道德或是法律规范的内涵，只要符合政治实体的建制化和建构性品质即可。交战国家的地位平等，彼此不再将对方视为叛逆或罪犯，而是“正当敌人”。换句话说，战争的权利取决于进行正义战争的交战国的品质，这种品质也只属于拥有平等主权的交战国。

虽然不能过分夸大上述国家间战争与决斗之间的类似性，但是这种类比在很大程度上是恰当的，而且能够给我们提供很多有启发意义的有价值的观点。在那些决斗被视为一种制度的地方，决斗的正义性就建立在“正当理由”与形式的区分上，建立在抽象正义规范与具体秩序的区分上。换言之，某一次决斗之所以是正义的，并非因为总是正义的一方获胜，而是取决于那些针对形式的保障措施，体现在：决斗双方的资质，遵守特定的（旨在控制打斗后果的）程序，特别是要确保平等地采信证据。权利在这里完全变成了制度化的形式；它体现为，若干有公信力的正派人在公正的证人面前，通过上述的形式，来达成正当的交易。因此，挑起一场决斗（défi），既不是侵略也不是犯罪，而是相当于宣战。任何一方都不能视另一方为侵略者。欧洲内部的国家间战争就是这种决斗的理想型形式，其中中立国扮演的就是证人的角色。因此，国家间时代的欧洲国际法上的正义之含义，取决于欧洲战争法的规则，此处的战争是指被欧洲国际法承认的具有组织化军事力量之军队的国家之间的战争（参见第123—124页［即边码——中译本编者注］）。

2. 战争作为平等主权者之间的关系

这些能够以协商方式确定新型战争之公信力的正派人从何而来

呢？对于这些新出现的名为“国家”（Staat）的庞然大物，以及新的国家间国际法来说，最具决定性的在于，这些具有封闭领土的权力实体必须以人格（Personen）的形式出现。它们通过这种方式获得了一 116
种资质，使得战争与决斗之间的类比具有了意义。它们被想象为“巨人”（magni homines）。它们确实被想象为具有主权的人格，因为它们与那些具有人身化人格的掌权者，与那些新老王室的当家人，以及帝王公侯们没有多少差别。这些帝王和公侯现在也成为“巨人”了，因为他们拥有绝对的权力。他们已经切断了所有与教会、等级、封建等等中世纪事物的联系，并与新的空间秩序建立了联系。对于新的国家间国际法的概念建构来说，人格化（Personifizierung）是非常重要的方式，这样才能使那些 16、17 世纪的罗马法体系的法学家找到概念建构的出发点。这一点意义重大，因为由此战争就变成彼此视为同一阶层的人格之间的关系。对主权的承认也是如此，即视之为相互的关系。只有这样，“正当敌人”的概念——由古人发明的概念——才有了新的具体的含义。“正当敌人”的概念相比“正义战争”（justum bellum）的概念完全不同，具有更强的秩序性力量。

显然，“道德人格”“巨人”这些概念的出现有着诸多历史渊源，而根据布克哈特（Jacob Burckhardt）的观点，文艺复兴中的个人主义无疑是其原因之一。对这个问题我们不做深入探讨。文艺复兴与个人主义所引发的心理现象的确重要，但是，仅凭这一点并不会产生出新的国际法。[1] 更重要的原因在于空间权力架构与代表性人格之间的联系。从观念史的角度来看，政治权力架构的人格化过程（彼此在空间上越来越封闭）在 16 世纪时就已经完全展开，而且受到了文艺复兴之比拟倾向的强烈影响。因此欧洲法学家的思想中，对政治权力的人

[1] 耶路撒冷（Franz W. Jerusalem）在其著作《国际法与社会学》（*Völkerrecht und Soziologie*，1921）中首次强调指出主权、个人主义、高涨的自信心、荣誉和威望等与权利之间的关系，在其后来的社会学著作中亦屡次提及。

格化已经习以为常，并像谈论大人物一样谈论西班牙、英格兰、法兰
117 西、威尼斯和丹麦。[1] 但是只有在17世纪巴洛克时代，代表性的、主权性的国家人格才得到全面发展。直到1648年《威斯特伐利亚和约》之后，对这些政治实体之间的关系才算有所认识。

现在国家已经成为新空间秩序的主角，是新国际法中新的法律主体，并成为一个不容质疑的法律概念。但是，这种国家实际上是一个欧洲土地上的统一的封闭的领土空间，同时被视为“巨人”的代表。现在它在形式上是法律主体，并具有主权“人格”。只有划定清晰的领土界限，才有可能建立起由诸主权人格构成的，共存且均衡的空间秩序。新的“巨人”之间相互承认彼此权利平等，但是这种属于欧洲主权国家组成的人格化集团的小圈子式的平等，并不意味着在这种领土均衡系统中，每个国家甚至那些最小的国家都具有同样的重要性。所以，此种秩序的特征与其说在于每个主权人格的公共性，不如说在于该秩序是一种真实的公共性空间秩序，具有公法（publici juris）性质。只有这样，该秩序才能够在国内事务或者纯粹私人领域排除（作为中世纪共同体的）基督教共同体（Respublica Christiana）的残余影响。

究竟谁能具体而真实地替代基督教共同体成为欧洲的新“巨人”，很快就会在实践中见分晓，这是经历16世纪以来多次战争和有关战

---

[1] 博卡利尼（Traiano Boccalini）的文章是这种通过比拟来实现人格化的唯一的重要例证。威尼斯、法兰西、西班牙、英格兰等都被当作“人格”来谈论和处理。包括莎士比亚戏剧，就其政治性的部分而言，也同样体现了这种政治人格化的原则。温斯坦莱（Lilian Winstanley）在其文章中颇有说服力地指出，《奥赛罗》这出悲剧对于“国家”（Staat）这个词语的语义史非常重要，因为其中使用了“国家”这个词。见 L. Winstanley, *"Othello" as the Tragedy of Italy: Showing that Shakespeare's Italian Contemporaries Interpreted the Story of the Moor and the Lady of Venice as Symbolizing the Tragedy of their Country in the Grip of Spain* [1924] (Norwood, PA: Norwood Editions, 1977)。

争的会议，以及等级与礼仪之争，才最终决出的结果。当时的欧洲主权者，仍然是以亲属关系和继承顺序连接在一起的大家庭。直到 18 世纪，它们发动的战争仍然属于继承权战争。但是，空间观念因为英格兰，或者说因为海洋而发生了根本性的转变，代表欧洲陆地国家的主权者之间的均衡被打破了。非如此，就不会产生欧洲国际法。哲学家和法学家们因此而开始争论，究竟如何建构新的“巨人”，或者也可以这样提问：“巨人”是否指的是以国家为代表的王侯之人格？或者作为领土统一体的代表性国家？后者构成了主权以及新的国家间“万 118
民法”（jus gentium）的真实主体和实质性代表。大家不必为 19 世纪德国法学家的激烈反抗所困扰，那种在国际法和国内法上对王侯式人格与国家式人格所做的区分，只是出于国内政治的原因而做出的非常抽象的夸大。这个问题相比于欧洲新区域国家空间秩序之主导性现实问题以及作为其人格化表达的“主权”概念等问题，只是一个次要且身后性（posthume）的问题。

法学在任何时候都意味着是关于罗马法的学问。因此，新国际法在学术上必然与罗马法不可分割。但是目前在欧洲国家的“公共人格”中，也能发现罗马民法思想的影响，具体来说，就是将这些并立相邻的“人格”之间的相互关系建构成为各种具体的共存性的主权领土秩序，表现为平等权利主权人格之间所建立的“社团”（societas），或者是一个“共同体”（communitas），或者是一个“家庭”（Familie），总之，是在寻求实践中的解决之道。正是这些主权人格创设并维护了欧洲公法，它们之间的相互关系类似于人身化的个人，当然不是那种小写的、被国家统治的、私人化的“人”，而是“巨人”或“公共人格”（personae publicae）。

作为人格化的结果，主权国家之间的关系就具有了礼仪性（comitas）和正义性（jus）。哲学和法学对此有不同的解释，但是不要被次要问题——诸如新秩序具有更少精神性更多空间性的特征——分散了注意力。还有一些争议性问题也属于次要问题，例

如是否应当认为这些“巨人”彼此处于一种超越“友好界线”(Freundschaftlslinie)的“自然状态”(Naturzustande)中，这种“自然状态”是一种霍布斯意义上的反社会的利维坦斗争，还是洛克意义上的建立在富裕绅士基础上的社会共同体，抑或是用所谓的实证法来定义“巨人”们之间的关系，类似于民法上所说的“社团”(societas)或者“共同体”(communitas)。

因此，国际法上国家与人身化人格(menschlichen Person)的类比(即国际人格类比)，就成为具有支配性的国际法思想。在所有的
119 学术创见中，霍布斯的“巨人”自然状态理论无疑最具历史影响力，也最能说明历史的真实性。国际法上的两种思路——哲学和实证法学——拥有同一个主权国家的概念，主权国家处在自然状态之中，具有人格化特征。卢梭、康德，包括黑格尔(在其《法哲学》第333节中)，都谈到了(组成国家的)人民之间的自然状态。[1] 只有通过这种方式，万民法才能为法学分析方法所接纳，才能成为法学中的一门新的独立学科。亦即，只有通过欧洲区域国家(Flächenstaaten)的人格化，国家间的国际法作为一门法学学科才得以产生。

从霍布斯、莱布尼茨到康德，从雷切尔(Rachel)到克吕伯(Klüber)，所有的著名学者都主张，国家作为“道德人格”，彼此依据国际法处在自然状态中，也就是说，作为战争法的主体，不存在制度化的共同的高级权威，主权人格之间彼此权利平等。你可以视之为无政府状态，但并不是无法无天的状态。这也不同于那种使“精神权利”黯然失色，仅由暴力反抗权构成的封建法状态，当然这种状态也并非无法无天。因为“来自自然”(von Natur)——即处于自然状态中——的主权人格是平等的，也就是说，主权人格具有相同的品质，

---

[1] 在迪金森(Edwin de Witt Dickinson)极为重要的论文中提供了大量的例证：“International Personal Analogy”, in *The Yale Law Journal*, Vol.XXII (1916－1917), pp.564－589。

在它们之上，既没有共同的立法者，也没有共同的法官：Par in parem non habet jurisdictionem［平等者之间无管辖权］。因为每个人都是他自己事务的法官，所以他只受自己所签契约的约束，对契约的解释同样出自自身需要。因为彼此主权平等，所以都拥有平等的战争权（jus ad bellum）。即便承认自然状态中人对人的斗争就像狼对狼一样，这也并没有歧视的意思，因为在自然状态中，对手之间无权否定彼此的平等地位，也不能主张只有自己是人，而视对手为狼。下文我们还会看到，新的非歧视性的战争概念使得交战国拥有了国际法上的平等地位，即彼此要视对方为法律和道德上平等的对手，要在敌人和罪犯这两个概念之间做出区分。

3. 全面的空间秩序

那么如何才能在这些权利平等的主权者之间建立国际法秩序与战 120
争约束框架呢？乍看起来，平等主权者之国家间国际法的全部命运都维系在条约这根细线上，根据 pacta sunt servanda［条约必须遵守］原则，这些“利维坦”依据条约进行自我约束。但事实上，这是一种问题多多、具有高度不确定性的法律。这不过是一群利己主义者和无政府主义者的联合，指望他们能自我约束，岂不是开玩笑？实际上，传统的约束力——例如教会、社会、经济的力量——倒更具持久性。因此，这个时代的法（Nomos）是另外一种不同的、更坚固的结构。这些在国家间时代为了欧洲大陆权力体系之共存而发展出来的具体的、实践—政治性的形式、建制与概念，其目的很明显是为了建立一种真实而有效的约束机制，没有这些就不会有国际法，这种约束机制并不是指那种建立在平等主权者之自由意志基础上的很值得怀疑的自我约束，而是指在欧洲中心主义空间秩序中对所有主权者都有效的强有力的约束。该法的核心在于欧洲土地被划分为有固定边界的国家领土，

因此而可以得出一个很重要的区分：已被承认的欧洲国家的土地及其国家领土就具有了一种特殊的国际法土地地位（Boden-Status），因而区别于那些“自由的”、非欧洲的王侯和人民居住的、可供欧洲掠取的土地。此外，因为新出现的海洋自由而产生了第三种区域，这是先前的国际法上所没有的。这是由欧洲国家间均衡的思想所决定的空间结构。因此，欧洲主权者的国内法就构成了这种拥有别样自由的广阔而开放的空间之基础。

通过对全球新空间秩序的思考，我们可以清楚地看到，主权性欧洲区域国家——“国家”（Staat）这个词的意义应当始终在具体的历史情境下即1492—1890年间来理解——构成了当时唯一可能的秩序架构。自教会时代建立的战争约束机制，在宗教战争和教派内战中走向衰亡。这种机制对于秩序的维护来说只能发挥一种“间接权威”
121 （potestas indirecta）的力量。国家空间秩序和国家组织形式的联系，其基础必须建立在历经两百年时间终于确立的新的欧洲战争约束机制的基础上，因为这种新的战争约束机制能使“正当敌人”的概念变为现实，并能够将国际法上的敌人与罪犯、叛逆者区分开来。一个被承认的主权国家在战争中可以与另一个主权国家彼此视为“正当敌人”，也可以通过缔结和平条约终止战争，其中可以包含赦免条款。

4. 黑格尔的国家学说与卢梭的战争学说

黑格尔对国家的定义——“客观理性与道德性的王国”，总是被后人（无论是赞同的，还是反对的）广泛引用，但是经常被忽略的是，黑格尔之意识形态建构在政治实践方面的历史意义。这个定义显示出最大程度的自主性与本体论特征，并反映出两百年以来的历史事实。黑格尔这种颇为激进的意识形态表达，从事实上和根本上反映出国家正是这个时代具体的、历史的空间组织形式，至少在欧洲土地

上，在战争约束机制的理性化进程中，国家扮演了推动性的力量。就此而言，黑格尔的理论与塔列朗（Talleyrand）——欧洲公法方面颇富经验和现实感的政治家——的思想并无不同，塔列朗在 1805 年关于大陆封锁的备忘录中写道：所有在人类的权利（des droit des gens）方面的进步，人类迄今在国际法领域的发展，都可以归功于 17、18 世纪欧洲大陆的法学家们和各国政府的工作，并在 19 世纪得以继续发扬光大的对战争的理性化和人道化，而且这种战争的理性化和人道化实质上只适用于欧洲土地上欧洲国家之间的战争，适用于国家与国家、国家军队与国家军队之间的关系。

塔列朗的这番话其实源自卢梭的思想。卢梭对波塔利斯（Jean Portalis）在 1801 年法国捕获法院（Prisengericht）成立时所发表的被广为引用的言论表示认可。[1] 卢梭在 1762 年出版的《社会契约论》中 122
有一句闻名世界的格言："战争是一国与另一国之间的关系。"如果我们回顾一下自 16 世纪末至 18 世纪战争概念的发展史，就会理解卢梭这句话在思想史上的渊源，这个话题在下一章会有阐述。此处我们首先要考察的是卢梭这句划时代格言的理论基础。

不过，我们或许会感到失望，这个以苛刻著称的哲学家自己的思想却显得混乱和粗陋。他利用了 état 这个词的多义性，这个词既可以大写（État），也可以小写（état）。在卢梭看来，战争就是一种状态（état de guerre）。因此，就可以在"国家对国家"（État zu État）的意义上来使用 état。实际上这就是全部问题的焦点。其中大有深意，但是一般情况下人们意识不到其重要性。接下来他指出，战争绝不是人与人之间的关系，而是一种事实上、客观的关系。为什么？因为战争是一种"状态"（état）。因此，国家（即 État）只能与另一个国家（État）为敌，而不能与"人"为敌。通过 état 与 État 的文字游戏，

---

[1] Lassudrie-Duchêne, *J. J. Rousseau et le droit des gens*, 1906; C. Hofer, *L'influence de J. J. Rousseau sur le droit de la guerre*, Genf, 1916.

寥寥数语就回答了关于战争的重大世界问题。这种通过“理性推理”（raison raisonnante）得出的明智思想位于《社会契约论》中“论奴隶制”的标题下。这种思想所产生的重大影响，远远超越了好坏与否的评价，而且，它还是明晰的、易理解的。由 état 和 État 引发的观念影响是以“国家”（Staat）这个概念的理性化力量为前提的。卢梭在该章中引用了许多 17、18 世纪的法学文献中的论点，这些都是两百年来欧洲思想大树上结出的丰硕果实。这又要返回到对“正当敌人”概念的讨论上来，下一章会详细论说。

卢梭《社会契约论》中的纯粹国家性战争概念，居然被雅各宾派奉为圣经，这真是悲剧性的反讽，雅各宾派甚至将 18 世纪以来古典的纯军事的国家间战争讥讽为“旧制度”（ancien régime）下的内阁战
123 争（Kabinettskrieg），并将国家主导下对内战的成功消除和建立对外战争的约束机制视为专制和独裁的产物。他们用人民战争和民主式群众暴动（levée en masse）取代了纯粹国家间战争。不过卢梭的观念还是成功地发挥了影响力，通过 19 世纪维也纳会议上的复辟文件，国家间战争的概念重获新生。国家很自然地成为政治统一体的表现形式，旧制度下的国家所体现出的世俗感如此强烈，以至于关于 état 和 État 的文字游戏已经被外交官们视为“共同意见”（communis opinio）。这种“共同意见”即使在经历过拿破仑战争的动摇后，仍然具有为整个 19 世纪的战争重建具体的国家约束机制的力量。

事实上，至少对欧洲土地上的陆地战争来说，对战争的约束和限制是成功的。16、17 世纪的教派间国际内战向“形式化战争”——即欧洲国际法上的国家间战争——的转变，是一场奇迹。告别了教派战争的血腥时代，欧洲国家伴随着欧洲陆地战争约束机制的建立，进入了纯粹国家间战争的时代，这是人类理性的伟大杰作。显然，这要求法学方面付出艰辛的努力。为了更好地理解这一令人惊叹的事实——在长达两百年的时间里，欧洲土地上都没有发生过毁灭性战争，我们需要予以认真考察。

二、中世纪战争（十字军东征或武力自卫）转变为非歧视性国家间战争（从阿亚拉到瓦泰尔）

但是，不能仅凭卢梭和达列朗的理论来评判国家间欧洲国际法方面的重大思想问题，还须更多考察16—18世纪以来人文主义战争概念逐步明晰化、具体化的发展历程。因此，有必要特别关注那些国际法领域的大法学家，是他们缔造并发展了国家间欧洲空间秩序上的战争概念。可以从让·博丹这个新的特定的国家法权概念的奠基者开始，他在16世纪末就论述到其中的关键问题，即在一个新的特定的国家主导的秩序中，建立战争约束机制的问题。

1. 阿亚拉

首先要介绍的是阿亚拉（Balthazar Ayala），他是尼德兰叛乱期 124
间西班牙军事首领的法律顾问，他的三卷本著作《关于战争义务和军事纪律的法律》（*De jure et officiis bellicis et Disciplina militari*）于1582年出版。威斯特莱克（John Westlake）在《国际法经典著作》（1912年华盛顿出版）所作的导言中，称阿亚拉更多地是一位学者而不是思想家。总体而言，的确如此。阿亚拉经常援引博丹的《国是六书》和《方法》（*Methodus*），并且很明显地受到博丹所独创的法律类型和新型国家主权概念的影响。至少可以将阿亚拉著作的第一卷视为告别维多利亚时代乃至整个中世纪的决定性一步，而

16 世纪的西班牙作家如索托（Soto）、瓦斯奎兹（Vasquez）、克拉鲁维亚斯（Corarruvias）等未能做到这一点。这些西班牙治下的尼德兰人对战争的理解自然会站在与尼德兰叛军不同的立场上，认为由主权性国家力量主导的战争与内战不同。只有国家主权之间的武装斗争才是国际法意义上的战争，只有这种类型的斗争中才能产生所谓的“正当敌人”。其他的则属于对匪徒、叛乱者和海盗的追捕和镇压。

Nam ad privatum nun spectat bellum movere［因为他眼下的目的是打一场针对私人的战争］。私人如果试图反抗，就是叛乱，而叛乱者就不是“正当敌人”了；他不受战争法的保护，也没有战后财产恢复权（jus postliminii）；他不会被当作战犯，也无权获得战利品。Aliud est hostis, aliud rebellis［这些人是敌人，另一些人是叛乱者］。阿亚拉也没有赋予叛军外交权。所有关于战争正义性的问题都因为“正当敌人”这个概念而被转换为一个非常清晰的、形式化的主权国家之间的战争问题。正义战争（bellum justum）的问题是由战争的正当理由（justa causa belli）来决定的。所谓“正义战争”就是“正当敌人”之间的战争；此处所说的“正义”，是指“形式正义”概念上的完美、无瑕疵的状态，就像人们谈论“婚姻法”时一样。在古典作家看来，即便在关于军队、战斗和统帅的法律中也能发现完美的形式正义。16 世纪的人文主义法学，特别是阿尔恰托（Alciatus）和布多伊斯（Budaeus）的学说特别强调以上观点，而后来的新型国家间国际法的
125 奠基者们则是以这些人文主义法学家的概念为起点的。纯粹形式意义上的正义只存在于公共战争中，但前提是这种公共战争只能在相互平等对待的主权国家间进行。同等的、非歧视的战争概念（即 bellum utrimque justum［双方都正当的战争］）是由相互承认之正当敌人的概念发展而来的。“敌人”（hostis）的本质含义是“平等”（aequalitas）的。因此，强盗、海盗和叛军都不是敌人，不是“正当敌人”，而是刑事惩罚和无害化（Unschädlichmachung）的对象。

阿亚拉在其著作第一卷第二章中以“论正义战争与正义战争理由”为标题，对上述论点予以清晰阐述。在这一章中，读者看到的不仅仅是一个人文主义学者，而且是一个思想家。这个西班牙—尼德兰法学家当时正处在新型欧洲国家秩序的建构过程中，新秩序的历史意义在于消除了教派间的内战。相比较而言，该书第二卷第一章就逊色很多。该章详细阐述了为什么只有出于正当理由才能发动战争，non nisi ex justa causa［只能出于正当理由］，并以箴言集的形式以人文主义修辞学的风格展示出来。但是这并不能改变现实的发展，即中世纪的战争概念已经完全转变为国家间战争的新概念。这种转变的理论基础建立在四个观念之上，这些观念在中世纪晚期就已萌芽，但是只有在博丹创设了国家主权概念之后，才产生了世界史和国际法上的影响力。这四种观念之中有三种已经出现在阿亚拉的著作中，因此其著作就构成了法律史上的转折点。

第一，“法律意义上的战争”已经远离了“正当理由”中的实质正义，而转向由拥有最高权力（summa potestas）的主权者主导的公法性的——即国家间的——战争所体现的形式品质。

第二，正义战争的概念通过正当敌人（gerecht Feind）的概念而被形式化；而敌人概念（Feindbegriff）依据国家主权的品质（Qualität），又是源于“正当敌人”（justus hostis）之概念的；因此，无需考虑理由是否正当，交战国都具有平等地位，非歧视性战争概念就此确立。因为即便交战主权国不具备正当理由，也仍然是一个正当敌人。

第三，对于国家主权来说，是否具备正当理由是无需考虑的事情。

在阿亚拉的这三种形式化的观念之外，还有一种正在发展中的典型的相对主义和不可知论的观点。这种观点认为，对于交战方来说，126
要想清楚且有说服力地说明究竟哪一方真正具有正当的战争理由，是一个很困难的，或者说从根本上讲不可能回答的实质性问题。阿亚拉

自己当然并不认同此观点，而是认为在“正当理由”这个问题上，只能有一方是正当的，而不可能双方都正当。这符合他一贯的立场，即认为无论如何都不能承认叛军的权利。然而，这种相对主义的怀疑论观念在 16 世纪已经开始传播。

2. 质疑正义战争

由于在实际运用方面设置了过多的条件和分类，中世纪的正义战争理论因而显得问题多多。圣奥古斯丁在《上帝之城》第十九卷里谈到了战争，并且在精彩的第七章中用动人的语言说道，由于人性的缺陷，所以在一个聪明人看来，正义战争的观念会使战争观念变得令人消沉。在随后的第八章中，奥古斯丁谈到了正确区分敌友是多么困难的事情。托马斯·阿奎那在《神学大全》第二卷第二部分第四十个问题中，提出了正义战争必须满足的四项要求：只为和平之目的，而不是仇恨和野心；正当理由；由具有正当性的权威机关宣战；禁止欺骗。与之相关，我们先前曾经引述过的问题是：如果有人读过阿奎那上述关于正义战争的论点，那么他就会问，究竟曾经有多少战争是完全正义的战争。[1] 我们已经引述过维多利亚对正义战争的诸多质疑。人们还可以提出疑问，在全部的人类历史上，有哪一场战争从头到尾完全是正义的。因此，毫不奇怪，一个现代的神学作家最终会得出结论：只有圣徒们才有能力将正义战争的本质（内在的爱与外在的斗争之统

[1] Charles Journet, *L'église du verbe incarné*, I, Paris, 1941, S.364, Anmerkung. 热尔耐指出，中世纪王国发动的十字军东征，受到基督教会的指引，但并非基督徒应有的作为。(Vgl. Oben, S.27, Anm)

一）变为现实。[1]

在新思潮的影响下，特别是作为前提条件的正当理由已经被不 127
可知论、怀疑主义和决断论等观念破坏殆尽。人文主义者往往更热衷于不可知论和怀疑主义思想。有一点会被经常强调，即想要具体判断哪个交战国是完全真正有道义的一方，是不可能的。伊拉斯谟（Erasmus）曾经对这种怀疑主义态度做出很多有说服力的评价，他问道：Cui non videtur causa sua justa?［谁不认为自己的理由是正当的呢？］这正是一种人文主义式的怀疑主义观念。真提利通过其著作第一卷第六章的题目 Bellum juste geri utrumque［战争使一切正当化］也表达了同样的思想倾向。一种有着深层次动机的宗教性、精神性的思潮，对战争双方之正义或非正义的问题达成了一种“不偏不倚”（unparteiisch）的理解。[2] 但是实践中很难明确辨析交战双方提出的理由究竟是怎样的实际情况，这是一个显而易见却无法克服的困难。所以，人们只能自我假定交战双方可能都是非正义的。bellum utraque parte injustum［战争双方均不义］就成为中世纪理论的关键所在。同样也存在另一种相反的可能性，即 bellum utraque parte justum［战争双方皆正义］，至少在交战双方的主观信念上是这样的。进而还有另一种可能性，即战争开始时，正义在这一方；而随着战争的发展，正义转移到了另一方，例如采取了不对称的报复性措施。我们很少听说过

---

[1] Gustav Thibon, *Etudes carmélitaines*, 1939, p.63/67（转引自 Charles Journet, a.a.O.）: Si la guerre éelate, il faudra—et ce ne sera pas sera pas chose facile, et seuls les saints en seront pleinement capables—que le chrétien allie sans cesse le désir de vaincre au souci de ne pas se laisser dénaturer—ou plutot désurnaturaliser— par la guerre, il faudra qu'il réalise ce paradoxe de garder l'amour en faisant les gestes de la haine.

[2] “不偏不倚”这个概念最早出自塞巴斯蒂安·弗兰克（Sebastian Frank）和埃里希·泽贝格（Erich Seeberg）这些唯灵论者（Spiritualen），见泽贝格：*Gottfried Arnold, Die Wissenschaft und die Mystik seiner Zeit: Studien zur Historiographie und zur Mystik*, Meerane, 1923, S.227f, cap. 4, “Die historische Methode”。

完全正义的战争。那么它与部分正义的战争是什么关系呢？谁应来负责回答所有那些没完没了的纠缠不休的关于罪行与责任的问题？包括联盟战争以及秘密内阁政治时代的战争。一个认真负责的裁判者——并非偶然地成为所有重要参与方的告解神父——应当如何获悉交战双方的国家秘密呢？ Arcana［秘密］，难道没有秘密就不是宏大政治了吗？存在一种可能性——交战双方在主观上完全相信自己拥有良好且
128 有说服力的正当理由，认为对手则是利用其权利服务于其特定之目的，因此就视其为危险的敌人——这种可能性究竟有多大呢？

自博丹开始，除了怀疑论和不可知论，真正的法学家们还会遇到“决断主义”的问题，这个问题是由国家主权的概念所引起的。谁来从根本上决断那些与“正当理由”有关的显见而又棘手的事实与法律问题呢？对自己的事务总是主张具有法律权利和道德正义，同时认为对方的行为是非正义的，这样就更加激化和深化了交战各方的矛盾冲突，而且是以一种可怕的方式。关于神学上的真理与正义，人们可以从封建时代的争斗和教派内战中有所了解。但是国家主权通过主权决断消灭了这种极端的道德优越感，也消除了责任问题。这是国家主权的历史贡献，也是思想史的贡献。事实上，法学家的兴趣早就不再关心正义的规范性内涵和“正当理由”的实质性内容，而是专注于形式、程序和管辖等。因此，同国内法一样，在主张“正当理由”时的道德优越感被取消之后，国际法领域也存在着一个明显的问题：谁来决断（Quis judicabit）？只有运用主权才能在国内和国家间范围内解决这个问题。但是国家间并没有一种最高和最终的法律机关，来根据主权平等原则行使国家间主权权力。Par in parem non habet jurisdictionem［平等者之间无管辖权］。正当敌人（rechten Feinde）的平等性保证了第三方的中立性。这里只能给出一个决断主义的回答：每个具有主权的国家人格自己决定其“正当理由”。国家不是来决定中立的，相反，保持中立的国家无权决定交战国的正义或非正义。

因此，欧洲国家间的战争就变成了“平等的正当敌人”（hostes

aequaliter justi）之间的武装斗争。如果没有精神权威的话，谁来评判正义战争的问题呢？一个交战国的国民如何能够判断自己政府的正义或非正义呢？这只能导致内战或无政府状态。或者由军人单独来决断？那只会带来叛乱和哗变。或者选择未参战的中立国？但是假如中立国不再保持公正，不再中立呢？我们不应忘记，现代国家的历史意义在于结束了因“正当理由”而引起的争斗——即关于先前封建法或等级法意义上，或者在教派—神学意义上的实质性法律与实质性正义 129
方面的争斗。因此，国家主权就成为一个封闭的领土空间之内的新的空间秩序的主人，并通过主权决断消除了内战。所以，一国之内不再有敌人，那些国际法学家们也知道不需要再提及敌人的概念了。[1]

主权性领土国家不是通过制定规范使战争形式化，而是通过将战争限制在两个领土主权国家之间来实现的，并把战争与特定的、有具体空间的、有组织的秩序联系起来，也就是指发生在欧洲土地上的，一个国家组织的武装力量同另一个国家组织的军事力量之间的战争。许多中世纪的作家主张战争是应当“公共的”，并且必须由“元首”（princeps）来发动。但是，他们仍然把“私人战争”称为战争。不过，当阿亚拉和真提利主张“战争必须发生在公共的双方之间”时，其实就是指战争应当发生在国家之间。当这些人文主义法学家主张战争双方都必须由“君主”来主导时，其实意思就是应当由主权性领土国家来主导。有关国家间战争的正当性的所有问题，都汇聚在“国家”（Staat）这个新概念中。非公共的战争也就是非国家的战争。这种战争不仅是非正义的，而且从新国际法的意义上讲根本就不是战争。它有可能是以下诸种——叛乱、暴乱、破坏和平、野蛮行径或海盗等，但绝不是新的欧洲国际法上的战争。

---

[1] “‘敌对’（Feindschaft）和‘复仇’这两个概念给法律史学家出了难题，所有的法律史根本上都是当代法律秩序的历史，他们无法认知何为‘敌对’。”引自 Otto Brunner, *Land und Herrschaft*, 2. Aufl., 1942, S.30。

3. 真提利

在阿亚拉著作出版几年后，真提利发表了其著作《战争法评论》的第一卷（伦敦，1588），后两卷出版于 1589 年（伦敦），后来这三卷本的 1612 年版以胶片形式再版于 1931 年的“国际法经典系列”（华盛
130 顿）。真提利同维多利亚一样青史留名，但在影响深度和广度上不如后者，不过，这倒是能很好地说明国际法学家之声誉的历史命运。当然这里主要不是讨论他们的声誉史。[1] 真提利显然同阿亚拉一样都受到了博丹的直接影响。因为像阿尔恰托（Alciatus）和布多伊斯（Budaeus）这样的大法学家们，有着对国际法之现实性的深刻认识。真提利在许多重要观念上都与阿亚拉保持一致，例如战争之公法特征的凸显，“正当敌人”的概念，“正当敌人”的概念与“正当理由”的问题相分离，以及由正当敌人而演变出的战争敌对各方的地位平等。但是真提利的表述比阿亚拉更加明确和自觉，具有更强的法学建构力，更深刻的人文主义理性思想，以及更加动人的语言表现力。真提利的书中还配有许多生动丰富的材料，包括大量古典时期的例证、《旧约圣经》，以及当代历史。最具现代性的是其中大量的法律意见，是由 1580 年前后的

---

[1] 在霍兰德（Th. E. Holland）之后，真提利的学术继承人取得了牛津大学的教席，他在 1874 年发现，有一些意大利自由思想者已经把真提利与乔达诺·布鲁诺（Giordano Bruno）相提并论了，视其为自由思想的殉道士。1875 年左右，开始编录真提利多卷本的文献，并在菲力莫尔爵士（Sir Robert Phillimore）的支持下在伦敦成立了研究委员会。1876 年亚瑟教授（Prof. Asse）在荷兰组织了真提利委员会，这遭到了荷兰格劳秀斯后裔的抗议，最终在代尔夫特（Delft）为格劳秀斯建造了塑像——格劳秀斯神话的一次可笑的胜利！1908 年，真提利逝世三百周年时，在他的出生地 San Ginesio 终于也为他竖起了塑像。关于这些国际法学发展历程的有趣的社会学研究，见 H. Nézard, “Alberricus Gentilis(1552－1608)”, in der *Les fondateurs du droit international: Leurs œuvres—Leurs doctorines*, 1904, S.43；以及 G. H. van Molen, *Albericus Gentilis and the Development of International Law*, Amsterdam, 1937, S.61ff。

葡萄牙王位争夺者们提出的，不过西班牙国王腓力二世或他的告解神父并没有因此而影响采取行动。

所以，我们就不难理解真提利的重要历史意义了。而且有理由（如内扎德［Henry Nézard］）认为是真提利首先提出了私人战争并非战争的观点，尽管阿亚拉也曾这样主张。正是真提利成功地创设出关于战争的新概念，这个概念建立在主权国家的基础上，建立在“正当敌人”之平等性的基础上，而不是建立在交战国之间根据战争理由划分出正义和非正义这样的歧视性理论的基础上。至少 131
当时的思想先驱者的意识中已经完成了这个决定性的观念转变。在真提利的首部著作《战争法》的整个第九章中——该章题目是 An bellum justum sit pro religione［宗教能作为正义战争的基础吗］——对宗教战争以及关于正义战争的神学理论，提出了直接而强有力的批评。第十章则是为 cujus regio, ejus religio［在谁的地盘，就信谁的宗教］这句格言进行了基础性论证，并依据博丹的理论提出了关于宽容（Toleranz）的保留条件。他在文中也经常援引维多利亚，但只是用来反驳神学理论中对于战争之国际法问题的观点。这是第一次从法学角度以明确的形式反对神学的国际法观念。真提利呼吁：Silete Theologi in munere alieno［神学家应对陌生事务闭嘴］！这话意在将神学家排除在战争概念问题的讨论之外，以维护非歧视性的战争概念（见第一卷第十二章）。国家被认为是新的理性化秩序，国家应当承担起去神学化和理性化的历史任务。正是凭借博丹和真提利这两位法学家的思想，具有自主性的法学思想开始迈出第一步。

4. 格劳秀斯论正义战争问题

与上述两位法学家相比——更不用说后来的以体系清晰、概念有

力而著称的霍布斯——格劳秀斯的思想脉络在许多重要方面都显得不坚定、不明确。在格劳秀斯看来，私人战争仍然是国际法意义上的战争。尽管格劳秀斯通常被认为是“现代”国际法的真正奠基者。同维多利亚和真提利一样，关于格劳秀斯之声誉的历史，也是一个吸引人的话题。[1] 当然我们的目的不在于此，而是要澄清从格劳秀斯到瓦泰尔的关于正义战争的诸多误解。

产生误解的原因，主要在于未能在作为某一具体之形式化法律概念的“正义战争”（bellum justum）与作为正当战争之基础的“正当
132 理由”（justa causa）的实质性问题之间做出区分。人们总是习惯于从格劳秀斯到瓦泰尔的国际法理论中关于正义战争的传统式学术定义，总是认为战争必得以“正当理由”为前提。但是，这只是一种没有约束力的假设，因为每个主权者都宣称正义在自己一方，自己是正义的；因为这完全只是出于宣传目的的说辞；因为在主权者之上没有更高的决断机构了；还因为，尽管一再强调对正义的需求，但每个交战的主权国在对待战俘和战利品上都有同样的权利。在实践中，战争对于双方来说都是正义的，即 bellum utrimque justum［正义双方的战争］。

从国际法上讲，单方正义的战争只不过是从某一单方的利益视角出发得出的观点，这就意味着一国可能会有权指责另一交战国进行非正义的战争，或者指责交战对方的行为从根本上否定和颠覆了欧洲国际法上现存的国家间空间秩序，即欧洲的共同秩序，这是交战双方主张国际法权利的基础。这种理论的内涵源于欧洲均衡说，该学说是 18 世纪的欧洲国际法的主流学说，主张允许进行针对均衡破坏者的战

[1] 对格劳秀斯的声名历史的极富趣味的研究，见 Paulo Merea, *Suarez, Grocio, Hobbes*, Coimbra, 1941, S.105。他正确地指出，格劳秀斯仍然保守着中世纪的学术传统。

争，这就使特定的空间意义得以“正当化”。[1] 在拿破仑战争中，这种均衡受到了实质性的威胁。但是，1814—1815 年的维也纳会议通过一系列卓有成效的恢复性措施，成功地消除了这种威胁，直到 1914 年。那些讨论“正当理由”的法学家们最多只是在规范层面上说说而已，并没有考虑具体的空间秩序。但是政治家和外交家们却没有以法学思维来理解欧洲国际法的空间秩序。然而，这种空间秩序理论及其均衡说构成了 17—19 世纪欧洲大国在实践中除欧洲以外的整个地球空间内进行殖民扩张的根本前提与基础。因此，这些大国借助均衡理论就 133
可以忽略那个全球空间结构的根本问题：自由土地与非自由土地的关系问题，原先的那种法律史的考察方式在今天就不再有效了。

从格劳秀斯到瓦泰尔的所有国际法学者都将非正义战争也视为“万民法”（jure gentium）上的真正的战争，只要这是欧洲的国家间战争。依他们的战争概念，不会在国际法上将交战国一方视为正义的，而将另一方歧视为非正义的；也不会将捕获权只赋予一方，而不给另一方；或者只允许一方使用危险性武器，而禁止另一方使用。事实上，从格劳秀斯关于正义战争理论的本质出发，最终导致的就是“战争的形式化”，即战争双方都是正当敌人，这里所说的“正当”（justus），不过是一种表述形式上的美化（perfectio），阿亚拉和真提利也曾强调过这个概念。然而，格劳秀斯对战争概念的使用上还是表现出严重的困惑。一方面，他完全沿袭了中世纪神学的传统概念，认为发动战争只能出于“正当理由”，而且，他仍旧沿用“私人战争”这样的概念，并视之为国际法意义上的战争；但是与此同时，他又认为，战争概念

---

[1] Ludwig Wilhelm Kahle, *Commentatio juris publici de trutina Europae quae vulgo adpellatur: Die Ballance von Europa*, Göttingen, 1744. 阿亨瓦尔（Gottfried Achenwall）也属于这个学派。见 Joachim von Elbe, “Die Wiederherstellung der Gleichgewichtsordnung in Europa durch den Wiener Kongreß”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, IV (1934), S.226ff。

中不包含正义性标准：Justitiam in definitione (belli) non includo［我并没有把正义包括在战争定义之内］。

我们来看一下格劳秀斯是如何处理这方面的实践问题的，即关于战利品与捕获权的问题。万民法规定交战国有权获得战利品，或者在海战中拥有捕获权。《智慧书》（10 / 20）已经规定有权从邪恶一方获得战利品。正义战争与战利品战争（Beutekrieg）之间的关联显而易见。格劳秀斯认为捕获权所预设的是那种具有“正当理由”的正义战争吗？只有具备正当理由的交战国才有权获得战利品，而其对手就无权取得吗？这个问题具有决定性的意义，在实践方面的重要性也超过了其他所有问题。如果发动非正义战争的没有正当理由为根据的大国，同它的正义战争的对手一样有权根据现行国际法取得战利品并进行捕获，那么这些关于正当理由的完美论述又有什么用呢？对于这种显然比起正当理由之普遍性预设这种抽象问题更有意思的具体问题，
134 格劳秀斯给出了令人惊讶的确定回答：根据万民法（jus gentium），不仅是那些以正当理由参战的国家，所有那些参与正式（förmlichen）战争的国家——不仅仅是有正当理由的国家——都有权取得敌人的财产。[1]

---

[1] “Caeterum jure gentium, non tamen is, qui ex justa causa bellum gerit, sed et quivis in bello solemni et sine fine modoque dominus fit eorum quae hosti eripit.” Grotius, *De jure belli ac pacis*, Ⅲ, CAP.6, §2. 这种立场同瓦泰尔的观点一起支配着 18、19 世纪的思想。在海弗特（A. W. Heffter）的著作《当代欧洲国际法》（1855 年第 3 版，第 203 页）中写道：“只有允许最大程度的自助的战争才是正义的，尽管非正义战争在效果上与正义战争没什么不同。”海弗特接着对这句话作了评论：“所有人都承认这一点，包括那些谨慎地寻找正义战争之基础，以及试图为非正义战争施加法律责任的人，例如格劳秀斯和瓦泰尔。”科克采伊（Samuel de Cocceji）则在其书中指出，想要在自然法和意志法之间做出区分是多么困难，其中特别提到了格劳秀斯（*De regimine usurpatoris*, Frankfurt a. M., 1702）。

5. 苏支

1650 年从各方面来说在国际法的概念史上都是一个非常重要的年份，值得予以特别关注。这一年在英国土地上发生了三个重要事件：首先是苏支（Richard Zouch）出版了其颇为有趣的著作；其次是克伦威尔专政，尤其是他在 1651 年颁布了《航海条例》；第三是霍布斯之《利维坦》的出版，这部著作奠定了被称为“国家”的这个新建制的系统性哲学基础。《利维坦》是我们必须要经常提及的，因为这本书百多年来一直决定着所有关于“国家”的思想。在 17 世纪的法学家中，苏支之所以成为真提利的学术继承者，能在国际法学界青史留名，要归功于他的著作《拜物法和拜物管辖权或万民之间的法律以及相关问题之阐述》（Oxford，1650），在此书的标题中，他使用了 inter Gentes［万民之间的法］这个概念，使得欧洲国际法中新的国家间结构得以被广泛了解。

inter Gentes［万民之间的法］是一个老概念，并不鲜见。但在苏支的著作中，该概念却是第一次得到了系统而扎实的阐述，苏支在其 1629 年出版的《法学原理》中就已经对 inter Gentes 这个概念进行过系统性的介绍。他在书中区分以下三种关系：第一是个人之间，第二是主权者与臣民之间，第三是主权者之间；这里是第一次使用三分法， 135
这种方法迄今为止依然有效。在苏支的 inter Gentes 概念中，可以明显地发现博丹和霍布斯的影响。苏支将英国法学家思想的具体性、实践性特征加以系统化的概括。他区分了三种不同的统治（Herrschaft）类型：Dominatio［支配］，Praepotentia［强制］，Patrocinium［保护］；并在此基础上，区分了各种不同类型的敌人。因此，他所定义的正义战争，不局限于纯粹国际间的战争，而是包含了国际法上规定的各种类型。这种分类和解释体现了殖民战争时期、教派内战时期以及新的国家间战争时期的经验，所有这些都经常发生在英国的克伦威尔时代。

因此，主权国家间战争的特殊性显得格外突出。苏支著作第七章的题目是“de Statu inter eos quibuscum Bellum”［关于参战国的地位］。下面所列的各类型的对抗者，他们之间的冲突都是在自由和平等的基础上，既不是 Dominatio［支配］，也不是 Praepotentia［强制］或 Beneficium［恩惠］：

（1）inimici［敌手］：是指敌对双方之间不存在友谊和 Amicitia［友情］、不属于同一法律共同体、缺乏善意、没有盟约（Foedus），正如希腊人与蛮族，罗马人与外乡人。这里不存在敌人（hostes），战争中这些 inimici［敌手］的财产不受保障；苏支还援引博丹的话作补充：ob eam quae homini cum homine intercedit humanitatis rationem［毕竟，在人之间调停的是属人的理性］。但是在今天看来，这句话已经失效了。

（2）adversarii［对手］：是指敌对双方之间属于同一法律共同体（juris communio），只有战争能破坏这种共同体关系，例如恺撒（Caesar）与庞培（Pompejus）之间的内战。

（3）hostes［原初意义上的敌人］：这种敌人是可以被伤害或杀死的，但是前提是要判断该战争是否正义战争，也就是说，该敌人是否是正当敌人。

叛军或叛乱者发动的反对其国家或国王的战争，以及海盗在海上的战争，自然都不属于正义战争。所谓正当敌人，是指敌对双方都根据国际法上的战争规则来对待对方。在此方面，苏支同阿亚拉和格劳秀斯一样，援引了西塞罗的名言：

> Hostis est, qui habet rempublicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium et rationem aliquam, si res ita tulerit, et pacis et belli.［这个敌人有共和国，有法院，有国库，有共识，有公民的
136 和谐，以及带来和平和战争的其他理由。］

这是一句伟大的格言，其中的 ratio 一词容易被误解，必须予以

正确理解，不要被因“正当理由”所产生的混淆干扰；基于“非正义理由”而发动战争的敌对国不能被视为“非正当敌人”。对战争之本质的判断取决于对敌人的归类。在该章中，苏支所做的关于统治的三种分类（Dominatio，Praepotentia，Patrocinium），同英国法学家的区分理论一样，具有重要的普遍性意义。

6. 普芬道夫、宾刻舒克、瓦泰尔

同格劳秀斯一样，我们在这里主要关注的是普芬道夫关于捕获权的论述。在正义战争中，为了主张自己的权利，可以要求取回被敌人掠取的东西；此外，还可以取得对战争损失的赔偿；最终的目的是将敌人的力量削弱到它再也无法实施进一步侵犯。但是，再进一步的话，所有人都习惯于那种“具有公共权威的以任何形式进行的战争”（bellum publicum et solemne），可以任意掠夺敌人，没有任何限制，即使超过了关于战利品的合法限度。[1]

荷兰人宾刻舒克（Bynkershoek）的著作属于18世纪，是《乌得勒支和约》（1713）签订之后的时代。我们会在下文关于公海的空间秩序问题的讨论中再次谈到他。这里谈到的是他关于国际法上建立在交战国完全平等基础上的国家间中立问题的论述，见其论文“De Rebus Bellicis”。中立方——宾刻舒克称之为medius——与交战国双方都保持同样的友好关系，即有义务对双方保持同等的友好（aequalitas amicitiae）。但是，平等友好对待战争双方的前提是，将国际法规则与实质正义的问题严格区分开来，也即与交战国的“正当理由”问题区分开来。只有完全取消“正当理由”的问题，建立在非歧

[1] *De jure naturae et gentium*, VIII, Cap.6, §17.

视性战争概念的基础上的国家间欧洲空间秩序的国际法才有可能，对
137 欧洲战争的约束才能达成。坚持正义战争与正当理由的区分是如此困难，以至于宾刻舒克授权给同交战双方签订了联盟条约的中立方来决定对各方均有约束力的联盟条约的条款——其中包含“正当理由”。这其中又一次出现了在战争和完全中立之间进行明确抉择的困惑，有人指责这是又一次返回到关于“正当理由”的概念世界之中。[1] 不过，如果我们能够对宾刻舒克的概念清晰性特征有一个完整的了解，就不会得出这样的结论。

及至瓦泰尔，18 世纪启蒙时代的那种古典式的理论明晰性终于形成。原先关于实质性、规范性正义的所有问题，都以公开和明确的方式被纯粹形式化的思想所取代，即被战争的纯粹国家性所取代。关于正义战争的传统定义如今已经完全失去了实质性含义，因为在瓦泰尔时代，18 世纪的欧洲国家，例如法国和普鲁士，已经以最明确的方式将之“形式化”了。欧洲的国家体系，即欧洲土地上的领土权力空间秩序，因此而建立起确定化的结构。这并非是主权者之间出于自愿的不稳定的联合，而是一种普遍性的空间均衡体系，由此才能建立起欧洲战争约束机制，并成为国际法秩序的根本支撑。这套体系的基础在于具有特定国家秩序的封闭领土。波兰王国没有超越封建阶段，尚未建成现代欧洲国家的组织结构。波兰不是国家，而且直到 18 世纪的最后三十多年，仍然被几个国家分割占领。它没有力量发动自卫式国家战争反抗来自邻国（1792，1793，1795）的分割和占领。但是，纵观整个 19 世纪，波兰问题对欧洲国际法的国家间空间秩序形成了持续性的挑战，也使得民族（Volk / Nation）与国家（Staat）的区分问题成为国际法上历久常新的问题。

138 像同时代的所有学者一样，瓦泰尔已经很少用“正当理由”的传

---

[1] Kleen, *Lois et usages de la Neutralité*, t.I, 1990, S.220; Delpech, “Bynkershoek (1673－1743)”, *Les fondateurs du droit international*, p.433, Anm.

统论调来讨论正义战争。在 18 世纪，这样的理论已经完全成为陈词滥调，[1] 因此，在瓦泰尔的时代，这些已经成为纯粹的空话了，因为这些 18 世纪的典型启蒙者们普遍强调的是，形式合法的国家间战争在国家间关系上，完全能够对双方平等地产生合法的效力，而无需考虑正当理由的问题。即 La guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre［战争的形式和效果上，必须假定双方都是正义的］。战争的法律效力，特别是取得战利品的权利和合法使用武器的权利，都无需预设战争的正义基础。包括评判是否承认内战中的叛乱组织为交战方的法律组织也是以上述观点为基础的，瓦泰尔的理论（见其书第二章，41，56）对后来的实践产生了重要影响。其实践意义归根结底就在于，战争已经变成了“形式化的战争”(une guerre en forme)[2]。如果战争被形式化，那么无论是交战国还是中立国，谁都无权讨论战争的正义性问题。“正义性”问题已经蜕变为“形式化”问题。在政治实践中，这就意味着发生在欧洲土地上的平等主权领土国家间的战争——即纯粹的国家间战争——已经不同于非国家性的战争，即同蛮族或海盗间的战争。瓦泰尔将之表述为：一个发动非正义的“形式”战争的政治家，并不是违反国际法的罪犯，“最多只是良心上负罪而已”。

这是国家主权的逻辑结果。Parfaite égalité de droits entre les Nations, sans égard à la justice intrinsèque de leur conduite, dont il appartient pas aux autres de juger définitivement［各国拥有完全平等的权利，无需考虑其行为动机的正义性，一国不能充当另一国的决定性的裁判者］。国家间法律地位平等的原则，使得发动正义战争的国家和发动非正义

---

[1] Vgl. oben, S.20, Anm.

[2] Vattel, *Droit des Gens*, Ⅲ, cap.12, §190: La guerre en forme droit être regardée quant aux effets comme juste de part et autre; §191: Tout ce qui est permis à l'un, est permis à l'autre. Ferner Préliminaires, §21.

战争的国家之间不存在歧视。否则，一个主权国家就会成为另一国的
139 法官，这与主权国法律地位平等是相冲突的。在他国之间的战争中保持中立的权利也是以此平等权为基础的。国家性的至高性特征以及国家中立性的逻辑，在内战中同样适用。在瓦泰尔的理论中，将叛军承认为交战方的制度，已经成为国家间国际法上的一项特殊的法律制度。如果内战中的叛军已经取得了特定领土的控制权，并在其上建立了类似国家的组织机构，其他第三方国家的政府就有权承认其为交战方。这可以被视为对一个具有可能性之“国家性”的预判，是对一个潜在的国家或国家性政府的承认。其重要性在于，至少自瓦泰尔开始，对叛军的承认就可以视为承认国政府的一项中立性声明，其对交战双方都保持不偏不倚的立场，因此也无需对是否具备正当理由做出判断。这样就得出了一个颇为吊诡但又在逻辑上很有说服力的结论：第三国因此就将叛军承认为“正当敌人”。我们在下文（第四章第六节）中还将举出关于内战之中立性问题的更多的例子，涉及美国内战中的许多论题以及相关的法律制度。

国家间国际法的逻辑基础在于一个均衡的空间结构，这个空间结构由具有固定领土边界和确定空间的自足的国家组成。表面看来，每个主权国家的主权性都是相互独立的，但事实上，“平等性”(aequalitas) 又迫使它们彼此联系，这就使得对中立性的承认成为可能，使得国家之间的战争能够以合乎规则的方式进行，避免了相互灭绝的战争，从而达致了一种新的均衡。对战争约束机制的空间基础来说，根本的问题在于必须将战争约束在欧洲土地秩序之内，必须维护其均衡体系。在这样的国际法秩序中，不会出现利己主义权力意志所导致的无序混乱。所有这些利己主义的权力主体相互比邻地生存在同一欧洲秩序空间中，在此空间内它们相互承认彼此平等的主权地位，并且成为均衡体系中的组成部分。因此，每一场发生在欧洲国家
140 间的重要战争都会与所有欧洲国家共同体成员有关。任何国家都可以保持中立；但是另一方面，也可以根据主权中的诉诸战争权（jus ad

bellum）来参战。最终体现为共同战争和共同协商，其中所实现的是欧洲均衡体系之共同空间秩序中的共同利益。这样才能在欧洲大陆建立战争约束机制。

7. 康德论非正当敌人

瓦泰尔将哲学家沃尔夫（Wolff）的思想运用到国际法教科书中，他做得很好，这有利于提高 18 世纪晚期外交官们的思想层次，很多哲学家的思想都发挥了重要的影响。作为 18 世纪哲学之集大成者的康德思想，对国际法领域也产生了特殊的影响，但是这种影响到了 20 世纪才开始显现出来。康德哲学在该领域显示出一种两面性。一方面，他以总结性的方式展示了发展时代的成果。在自然状态中，国家作为平等的、道德的人格而存在，在战争中彼此拥有平等的权利。“独立国家之间的战争不会是惩罚性战争（bellum punitivum）。”“也不会是灭绝式战争（bellum internecinum）或征服式战争（bellum subjugatorium）”。但是另一方面，康德又赋予“非正当敌人”概念以极其重要的意义。这个概念不可能出现在自然状态中，因为“自然状态本身就是一个非正义的状态”。但是在康德哲学中，以极端令人困惑的形式发展了关于“正当敌人”的古老学说：“所谓正当敌人是指，如果我对其进行反抗，那么我就是非正义的；但是他还并非是我的敌人。”

关于正当敌人的概念一般不会误解。但是康德在其著作《论永久和平》（1795）中，已经清楚地表明了他对国际法之全球特征的态度，国际法的效力不是面对“始终分散而居的人们”，而是“必须永远相互容忍共处的各国人民”。这种误解可能正意味着国家间欧洲国际法在规范层面的消亡（第四章，第二节，第 200 页［即边码——中译本编者注］），但同时又可能预示着新的大地法（Nomos der Erde）的兴起。在康德稍后出版的《道德形而上学》（1797）中，他将“非正当 141

敌人”描述为“其公开表达出的意愿（无论以口头还是行动方式）反映的是某种原则（Maxime），如果这种原则成为普遍性规则，那么各民族间的和平状态就不可能实现，而会陷入永久性的自然状态”。

这句话中的每一个字都值得我们仔细考察，可以使我们更好地理解欧洲公法（jus publicum Europaeum）的核心概念：正当敌人（justus hostis），及其对立面“非正当敌人”（hostis injustus）——这是柯尼斯堡哲学家（即康德）发明的概念。但是正如康德所言，这个概念具有危险性，因为对于任何遭到或感觉遭到“非正当敌人”威胁的人来说，就有了“无限制”（keine Grenzen）的权利。那么应如何辨认这些我们对之拥有无限权利的危险敌人呢？只要也以口头形式公开表达某种意愿就可以了，这种意愿所反映的原则的目标在于，将为了使自己的自由免受威胁而采取的共同行为正当化！甚至于针对这种非正当敌人的私人战争也能被视为正义战争。这是一个十字路口，因为我们不是在简单地处理关于犯罪的问题，而是与自然状态的永久化相关的非正当敌人的问题。

谁是这种不正当的敌人？并不是那些在战争中通过实施犯罪和暴行而破坏战争规则或侵犯战争权的对手。这不是上述引用的康德的概念。康德用一个反和平的返回自然状态的行为为例，解释了他提出的概念含义：“这种情况（即自然状态的延续）是对公共契约的破坏，可以据此认定事实上所有民族的自由都受到了威胁。”准确地说，这不是一个例子，而只是一个更为普遍的一般性规定。不过我们还是想更为具体地了解非正当敌人，就像康德在另一个特殊的语境中谈到“异教裁判官”（Ketzerrichter）一样。但是这里康德只是很谨慎地以模糊的方式提出了一种普遍化的一般性规定。至于自由何时受到威胁，受到谁的威胁，以及谁应对此具体做出决断，都是未确定的。他只是谈到，当各民族的自由受到非正当敌人口头或行为上的威胁，“那么他们就可以联合起来，共同对抗这种破坏行为，使其无法再对自由产生威胁”。

这看上去好像还是关于正义战争的老一套学说，这套学说最主要 142
的贡献就是发明了“占取”这个法律资格。但是康德接下来做出了一个出人意料的转变，他主张反对非正当敌人的正义联盟应当阻止正当敌人进一步破坏自由的行为，“而不是瓜分非正当敌人的土地”。他还拒绝为“占取”授予正义战争的法律资格，这再次体现出康德思想的伟大之处和人道主义精神。同时，他反对“彻底将一个国家从地球上消灭掉，这对该国人民是不公平的，他们有共同的历史和起源，能够以共同体的方式重新结合起来，而不是被抛弃”。当然，战胜国可以为战败国人民“重新选择一种宪政体制（Verfassung）”，这种宪政体制的本质应是倾向于反战的。

另一方面，康德非常关注正义战争思想的逻辑和意义。紧接上文，他谈到了和平条约：“在概念上，和平条约总是与赦免条款联系在一起的。”更不同寻常的是，他在关于非正当敌人的导论部分中，表达了对正当敌人之观念既承认又反对的一种混合而矛盾的态度。因为正义战争越来越得到关注，而重点也从事实转向了人。根据我们上文（第 126 页［即边码——中译本编者注］）引述过的圣奥古斯丁在《上帝之城》中的话，如果说由于正义战争概念的出现，使得对于战争的观念趋向悲观，那么非正当敌人的概念无疑会使人们更加悲观，因为这不是指向行为，而是指向行为人。如果很难在罪犯与正当敌人之间做出区分，那么在非正当敌人和极恶性罪犯之间就更难做出区分了。而且为什么他又是国际法战争中的战争敌人呢？在其最后的结论部分，康德通过禁止正义的战胜国消灭战败国，或剥夺战败国人民组建宪政体制的规定，从而取消了敌人和罪犯之间的身份界限。所有这些最终说明，康德是哲学家和伦理学家，但不是法学家。出于相反的目的，他在正当敌人的概念之外提出了非正当敌人的概念，殊不知，这个概念所造成的歧视性作用其实更甚于正义战争和正当敌人的概念。

如果以康德的非正当敌人概念为基础，那么怎样来回答这些问题：在 1797 年的世界情势中，谁是具体的非正当敌人？这个敌人站

143 在哪个阵营一边？革命的法国是非正当敌人吗？或者是保守的哈布斯堡王朝？或是沙皇俄国？或是海上英国？甚或是没有非正当敌人，大家都是正当的吗？根据康德审慎的一般性定义和规定，很难找到确定的答案，相反会提出更多新的疑惑和问题。他的理论中一部分导向追求自由的革命之路，而另一部分则是确保安全的保守之路。康德并没有以他的非正当敌人概念与“侵略”（agression）或“攻击犯罪”（crime de l'attaque）相对接。这也说明了他不是一个法学家，或者说他更接近于神学家而非法学家。

可能康德也认为针对某国的战争会威胁到现有空间秩序的均衡，其他国家会结成联盟来对付破坏者，以期恢复原有的均衡。上文（第132页［即边码——中译本编者注］）曾经谈到这样的战争，这也是18世纪哥廷根国际法学派承认并特别强调的特别的战争类型。很明显，不像那个柯尼斯堡哲学家，18世纪的法学家们不认为上述联盟战争所针对的敌人具有正当敌人的特征。正当敌人的概念，先前曾被神学家们否定，这里又被康德从哲学伦理学的角度质疑，最终在欧洲公法法学家的著作中因歧视性战争的出现而被废弃了。

三、海洋自由

以欧洲公法的视角看来，地球上的所有土地要么是欧洲国家的领土，要么属于与欧洲国家地位平等的国家，要么就是未被占领的开放土地，即潜在的国家领土或潜在的殖民地。19 世纪针对半开化国家或化外国（exotische Länder）发展出了一些欧洲治外法权和领事管辖权的特殊形式。海洋则处于这些特定的国家空间秩序之外。海洋既不是国家领土，也不是殖民地空间，处于未占领状态。它对任何形式的国家空间主权来说都是开放的。确定的土地是通过清晰的国家领土边界和空间统治权来划分的。海洋除了海岸线则别无边界。海洋是唯一向所有国家开放的区域空间（Flächenraum），同时可以自由贸易、自由捕鱼，可以进行海战并在海战中享有捕获权，无需考虑邻国或地理边界的问题。

1. 两种空间秩序：稳固的陆地和自由的海洋

因此，自 16 世纪以来建立的欧洲中心的世界秩序被分为陆地和海洋两种不同的全球秩序。在人类历史上，陆地与海洋的对立第一次成为全球国际法的普遍性基础。现在所说的海域不再仅指地中海、亚得里亚海或者波罗的海，而是全球范围内包括大洋在内的海域。这种全新的陆地与海洋的对立决定了欧洲公法所谓整体图景，欧洲公法的使命在于为这个已经被欧洲在科学和地理上发现并理解的世界制定法

(Nomos)。因此而出现了两种对立的普遍性、全球性的秩序，二者之间并非普遍法与特殊法之间的对立，它们都是普遍性的。这两种秩序各有其对敌人、战争、战利品乃至自由的定义。16、17 世纪国际法领域重大的共同决断正是产生于陆地与海洋的均衡中，在两种秩序的对立中，也正是这两种秩序之间的紧张关系决定了大地法。

将陆地与海洋这两种不同秩序联系在一起的纽带是英伦诸岛。这也是英国在欧洲国际法中享有独特地位并与后者相对立的原因所在。只有英国成功地完成了从中世纪封建的、区域性国家转变为一个纯粹海洋性的、能够在全世界建立均衡性力量的海洋性大国。西班牙仍然是一个区域性国家，尽管它建立了一个海外的帝国，却并非海上霸权。法国成为一个古典意义上的“国家”，并选择建立一个以国家主权为基础的特定的领土空间形式。荷兰自 1713 年《乌特勒支和约》签订后就陆地化了。英国与其对手们不同，没有太多陷入欧洲大陆的政治与战争中。而是像西利（John Robert Seeley）所说的那样：“最少受到旧世界的羁绊。”所以英国彻底地转向了海洋的那一面，并且从海上决定着大地法。

英国因此而成为欧洲中心主义全球秩序中全部海洋领域的主导者，成为欧洲公法之海洋部分的保护者，还是维持陆地与海洋间均衡的掌控者，这种均衡包含了国际法中的空间秩序思想。英伦诸岛成为
145 欧洲全球秩序的一部分，甚至是核心部分，但同时又与欧洲大陆保持距离，并在三百年的世界史中一直与欧洲保持着若即若离的关系，即“属于欧洲，但不在欧洲”（of Europe, not in Europe）。陆地与海洋的宏观均衡，对大陆国家之间的均衡产生了影响，但同时又妨碍了海洋大国在海上的均衡关系。所以，大陆国家间的均衡是存在的，却没有海洋国家间的均衡。但是不要据此而轻视陆地与海洋之宏观均衡的重要意义，正是这种均衡保证了欧洲之法对世界的统治。国际海洋法史家奥特弗耶（Hautefeuille）在 1869 年出版的著作《海洋法的起源、发展与流变》中主张，“只有大陆均衡，不存在海上均衡，海洋是所

有国家的共有财产，是单个国家的捕猎物”（第 471--472 页）。但是海上大国的均衡将海洋进行了划分，并破坏了陆地与海洋的宏观均衡，进而确立了欧洲公法中的大地法。

15 世纪的英国人，一面是好斗的骑士，在法国抢掠战利品；另一面是牧场主，将自家牧场出产的羊毛卖给佛兰德斯。自 16 世纪中期以来，英国的海盗遍布世界各大洋，不仅在友好界线和大型占取方面，而且在海洋上都建立了新的自由，海洋对英国人来说不啻为独享的海上大型占取。他们是海上新自由的开创者，这是一种本质上非国家的自由。他们在这个天主教国家和新教国家进行世界战争的过渡时代，扮演了海上游击队员的角色。高斯（H. Gosse）在关于海盗史的内容翔实的著作中写道：“他们使一个贫穷的国家变得富有；更重要的是，他们唤起了这个盛产粗鲁水手的民族，他们拯救英国于危难之中，他们打败了最危险的敌人，他们使英国变成海上女皇。”这里，作者模糊了国家与个人、公共与私人，甚至战争与和平、战争与海盗行为等等之间的明确区分。在西班牙看来，当然会将他们视为海盗，视为人类的敌人，以及逍遥法外的罪犯。他们自己的政府很愿意接受他们的效劳和礼物，但是也经常出于政治考量而抛弃他们，甚至在必要的时候，绞死他们。所以他们总是自己顶着极大的风险行事，不想依附于国家。所以他们拥有了国家之外的两种自由，并因此而决定了 146
欧洲公法的海洋性特征：海洋自由与海上贸易自由，他们的船只实际上不属于国家。

这两种非国家的领域在当时却要从属于纯粹国家性的国际法中的大地法。在这两种自由中，我们需要更多地关注其中的海洋空间自由，这是一个四百年来争论不休的话题。在国际海洋法学家看来，和平权通常是与战争权分开处理的，所以不需要考虑建立统一的规则。遗憾的是，国际海洋法方面最新的系统性著作——吉德尔（Gilbert Gidel）的名著（1932—1934），也只是涉及和平时期的法律。但是我们将努力正确阐明新的海洋自由的法律意义及其法律史源流。

2. 自由的海洋是无主物还是共有物?

首先要关注的是，自由在起源上是与新世界以及新的开放性海域联系在一起的。与神学家信奉《圣经》类似，法学家们信奉“书面理性”(ratio scripta)，因此并没有把海洋自由视为“实证”科学考察的对象。法学家们仍然僵化地恪守罗马法的概念程式。但是，他们越是固守古代和中世纪内海文化影响下的纯粹地域性思维，越是恪守民法大全（Corpus juris)、注释学派和后注释学派的民法概念，就越发混淆了问题的本质。他们试图用“无主物”(res nullius）和“共有物”(res omnium)、共需之物或相类似的传统概念，来理解新的法律现象。17 世纪的英国法学家例如苏支（Richard Zouch）和塞尔登（John Selden)，也仍然以英国式的固执坚守着老旧的概念和区域性的思维。

事实上，在这个世纪里，罗马法的传统概念已经不再适用于新出现的海洋领域，而是以另外一种完全不同的，古老的、原始的、根本性的信念为基础，即法律与和平只能来自陆地。源自海岸文化的罗马
147 法上的水权概念，已经不适用于新的世界海域了。一位捍卫新世界的优秀史学家曾指出，16、17 世纪的海盗们信奉的原则是，海洋由所有人共享，并切断了其与道德和法律的联系。[1] 这其实是对友好界线(amity line）这一重大问题的缩小和简化。如果我们想更好地了解事务的本质，我们应想到，所有的法律只有在处于适当位置的时候才能有效，而且那些已经充分了解了关于这个新世界的无数事实之后，还需对这个新世界的新规范进行考察。我们已经看到，海洋在初始阶段既没有法律，也没有和平，也不是财产。海洋的最根本的自由需要在世界海域内的新的世界空间中才能实现。即便是文艺复兴时期的人文主义者阿尔恰托也持有上述观点——根据真提利的引述——他认为：

---

[1] Adolf Rein, *Ibero-amerikanisches Archiv*, IV (1930), S.536.

pirata minus delinquit, quia in mari delinquit, quod nulli subjicitur legi［海盗是一种轻微犯罪，因为海上的罪刑没有法律可循］。[1]

无主物或共有物的概念对于海洋来说究竟意味着什么呢？把法国学者吉德尔最新的国际海洋法系统性论著，与英国学者赫斯特爵士（Sir Cecil Hurst）的著作相比较，会发现他们在将海洋视为无主物还是共有物的问题上存在分歧。[2] 英国人认为海洋是共有物，而法国人则主张海洋为无主物。我们这里不涉及其中细微的论争和辩驳。吉德尔反对将海洋视为共有物，反对建立一个由所有国家参与的“国际共管”机构来管理海洋区域，因为，事实上不存在这样一个国家共同体式的机构来进行国际共管。我认为他的观点是正确的。吉德尔不认为每一个有船只悬挂国旗航行在公海上的国家，都必须与其他所有国家联合起来，或者是在身份上归属于这些国家的联盟。站在他们法国航海史的经验立场来看，他知道当一个强国代表全体国家说话的时候意味着什么，相反一个弱国代表全体发言时又意味着什么。如果不是选 148
择建构一个国与国之间的主体使用权制度，而是像普芬道夫在17世纪时所主张的那样，允许大家在领土制度的边缘处寻找联合（faculté laissée aux hommes en marge des systèmes territoriaux），这样就会更有利于保持海洋自由的原初的根本性特征。

那种主张将海洋当作开放给所有国家的公共道路，即把海洋视为“共有物”的观点，其目的是主张每个国家都有权在这个公共街道上使用所有现代武器进行战争、布雷，甚至掠夺第三方，但是人们很难想象这些行为会发生在陆地的公共道路上。霍布斯曾经对这种真实的现象做过很好的解释，他说这就是自然状态的表现，每一件东

---

[1] Alb. Gentilis, *Hispanicae Advocationis libri duo*, ed. Frank A. Abbot, Classics of International Law, Nr. 9, 1921, 1.I, cap.23, p.109.

[2] Gilbert Gidel, *Le Droit International Public de la Mer*, t. I, Le Temps de Paix, Introduction, La Haute Mer, 1932, p. 214.

西都属于每一个人，但是严格说来，ac si nullum omnino jus existent［法律其实已经荡然无存了］(《论公民》，第一章，第十一节)，或者是最强的人以法律的名义为所欲为，一如自然状态下的自由。和平时期的人们可以忘记这些。但是在战争中，海洋自由意味着世界海域上的所有领域对所有的交战国都是战场，可以自由而公开地进行战争，掠夺战利品。

3. 英国向海洋国家转变

16、17 世纪时，英国国王、政治家和法学家们并没有明确地意识到海洋时代的到来。其实英国的官方政治在这两个世纪中，一直在各种不同选择之间摇摆。根本就不存在一种迅速并有意识地转向自由海洋的全景规划，直到 17 世纪末，英国才掀起了明确反抗皇权专制并争取宗教宽容的斗争。但是，即便如此，这个过程也是缓慢的，并没有明确的计划，要在陆地与海洋的对立中选择海洋。伊丽莎白女王政府延续了一百年来斯图亚特基督教王朝的统治。清教徒革命所掀起的大众宗教狂热对英国道路的抉择是一种推动。英国中世纪的制度甚至比欧洲大陆还要保守。美洲殖民地的重要部分就是由英国国王根据封建租借地法律来管理的。经过多次动摇之后，由中世纪延续而来的议会最终还是保持住了自己的权力。在英国历史上完全找不到法律决断
149 主义的印记，这种法律决断主义是法国法学家的精神特征，也是特定的国家思想的一种。但有一个事实不容忽视，即最伟大的决断主义思想家托马斯·霍布斯，就来自英国。

在关于新的海洋自由的长期争论中，英国政府在实践和官方报告中也从未提出过新的原则或明确的经过深思熟虑的概念。都铎王朝像斯图亚特王朝，以及所有英国人一样，都是通过海盗的大量财富而致富的。但是针对西班牙和葡萄牙，英国官方语言中的习惯用语仍保持

不变。就像一百多年前维多利亚时代一样，这些话语并非源自自然法—学术化或罗马法—民法式的理论。英国女王曾经在 1580 年对西班牙公使的声明中讲过一句广为引述的话：海洋和空气是对全人类开放的。这句话在观念和语言风格上同 16 世纪大部分的法国国王相类似。在这场“百年书战”中，很少有英国学者在新的海洋自由方面有过开辟性的理论贡献。

但是，相比大陆国家仅在概念上提出决断主义，英国在海洋之本质性上做出的决断，其意义要更加重大和深远。这座岛屿成为了朝向新大地法的空间秩序转变的行动者，并且也潜在地成为随后跃向现代技术之全然堕落的运行区域。这预示着一个新词汇的出现，而且这个词汇只能在当时，只能在英国出现，这个词就是“乌托邦”，它是整个时代的标志，也是托马斯·莫尔（Thomas More）之名著的题目。

这部出版于 1516 年的独树一帜的英文著作，比起后来出现的关于新的海洋自由的大讨论，在时间上差不多早了两代人。莫尔的书中并没有涉及关于新自由的国际法问题。但是该书通过“乌托邦”这个简明的自造词，预示了颠覆以往建立在老的大地法基础之上的所有事物的可能性。这样的词汇不可能出自古代人之口。乌托邦并不简单地意指“不存在的地方”（Nowhere）或“乌有之乡”（Erewhon），而是“无空间”（U-Topos）——这个词甚至相比 Topos 的反义词 A-Topos 具有更强的否定色彩。[1] 乌托邦这个词像一张阴影之网，预示了后来 150
于 19 世纪发生的英国由一个海上大国向工业—技术国家的转变。如果考虑到莫尔的崇高声誉，就应该把这本书的内容理解为“好地方”（Eutopie）而不是“不存在的地方”（Utopie）。但是，灾难性的阴影终究笼罩下来，在海洋主导的新世界图景渐渐走向黄昏之后，起源于 18

[1] 关于Topos这个词的含义，参见本书第一章第二节的论述（即边码第20页——中译本编者注）。

世纪英伦诸岛的工业时代终于到来。因此，在开始探讨关于海洋自由的国际法争论之前，我想请读者谨记托马斯·莫尔的《乌托邦》这样一个含义丰富的作品和词语。

4. 百年书战

在我们看来，海洋自由的真正问题在于海战自由的问题，以及该自由与同一片海域内中立国贸易自由之间的冲突。特别是当这片海域同时成为战争舞台与和平广场时，这就成为一个难题。但是16、17世纪的法学家们并没有意识到这个难题。关于海洋自由的“百年书战”——这个词由尼斯发明——始于16世纪下半叶。维多利亚“讲义集”的《论印第安人》（*De indis*，1557年里昂出版）为这场“百年书战”敲响了战鼓。注意不要让这些出版物的具体意义被过多含有诸如海洋“自由”或“封闭”这类关键词的标语所埋没。维多利亚考虑的是跨海传教的自由以及基督教信仰的传播；其他人在思考如何瓦解西班牙和葡萄牙海上贸易的垄断地位；另外一些人关心的是欧洲海域内的地方性或地域性冲突，以及捕鱼的问题；其中大部分人关心的并不是捕鲸船穿越大洋这样的问题，而是在英格兰、荷兰、苏格兰、比
151 斯开湾这些海岸或附近水域的捕鱼问题。直到17世纪末，参与到百年书战中的英国学者们才开始主要关注所谓的“narrow seas”（英吉利海峡和爱尔兰海），即最贴近英格兰的海域，包括北海（Oceanus Germanicus）、英吉利海峡和比斯开湾等。其中一个主要的争议在于英国提出的海上礼仪，即其他国家的船只在经过英国海域时，须向英国船只致敬。这些著作文献中的大部分都是在讨论关于捕鱼的争议问题，但其中主要是鲱鱼等类似鱼类的捕捞问题，并没有涉及在世界海域内捕鲸的问题。

格劳秀斯1609年匿名发表了一篇影响深远的文章《海洋自由论》

(*Mare liberum*)，这是关于海洋自由的开山之作。此文的立场就是反对英国的垄断意图。这篇文章本是反对西班牙和葡萄牙之著作《战利品法》(*De jure praedae*) 的一章，该书写于 1605 年，但迟至 1868 年才全文出版。在最近十年来的著作中，我们看到格劳秀斯对真提利是如此依赖，而且经常直接照搬西班牙学者关于“自由贸易”(liberum commercium) 和“自由商业”(libera mercatura) 的观点。[1] 他没有提到战争与和平的空间冲突——这个新海洋自由的问题。人们不要对他有此期待。但他还是经常谈到关于海洋自由的原初的根本性意义，他认为在任何一种战争中都可以消灭敌人，不仅在自己的或敌人的或无主的土地上，而且包括海上。[2] 格劳秀斯同样没有认识到，1713 年《乌特勒支和约》之后，作为世界政治发展的实践结果的新的世界图景——以自由海洋为基础的国际法秩序和以陆地国家为基础的国家空间秩序之间达成的均衡。

不过格劳秀斯此书的标题还是能够表现出海洋自由发展到一个新的阶段了。相比较而言，塞尔登 (John Selden) 的那篇著名的英文论战文章《海洋封闭论》(*Mare clausum*) (1617—1618 年写成，1635 年出版)，仍完全停留在传统的思想观念和陈旧的问题意识中。他关注 152
的重点仍然是英国沿海区域，即 narrow seas [英吉利海峡和爱尔兰海]，只是偶尔谈到捕鲸的问题，也从未将英伦诸岛视为全球海洋世界的中心。不过这种传统型的论辩文章赢得了所有斯图亚特王朝时代以及克伦威尔时代英国人的赞誉，霍布斯也对此书赞赏有加。

---

[1] W. S. M. Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius*, London, 1925, S.92f. Gidel, a. a. O. I., S.138f. P. Mtr. Fr. Luis G.Alonso Getino in der Einleitung zu Bd. III seiner Ausgabe der *Relecciones Teologicas des Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Madrid, 1935, p. XIff.

[2] *De jure belli ac pacis*, III, cap.IV, §8, 2: interfici possunt impune in solo proprio, in solo hostili, in solo nullius, in mari. 在中世纪巴尔杜斯 (Baldus) 的学说之后，敌人就可以被完全消灭了：hostis bene interficitur ubique。格劳秀斯将中立国的土地排除在外。

梅多斯爵士（Sir Philip Meadows）大概是第一个认识到英国海洋封闭论的落后性，并预测到海洋自由论将主宰未来世界之趋势的学者。[1] 他的《对海洋之统治权和主权的观察》一书出版于 1689 年。德国哲学家普芬道夫在此问题上提出了系统性的思想，最早从法律上提出了世界海洋的定义，认为海洋与按照传统的民法模式定义的河流和水域不同。普芬道夫的大作发表于 1672 年。荷兰人宾刻舒克对此做了进一步阐述，认为国家领土主权只能延伸到从海岸向海洋的最远射程。尽管这种以“火力范围”为根据的观点——即以“火力的范围为限”（ubi finitur armorum vis）原则——并不新鲜，但这个观点是正确的，因此受到了广
153 泛的赞同。[2] 随着 1713 年《乌特勒支和约》的签订，欧洲公法开启了新的时代：开始意识到或主动意识到正在出现的陆地与海洋的全球性均衡。

---

[1] 我在欧洲大陆的图书馆里查不到多少关于菲力普爵士的资料，所以本书的论述大多引自吉德尔的著作（第一卷，第 197 页）。

[2] Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Buch IV, cap. 5 §9；Bynkershoek, *De dominio maris*, 1703（关于宾刻舒克的介绍，见 Delpech, in *Les fondateurs du droit international*, 1904, S.385f.）；Galiani, *Dei doveri de principi neutrali verso i principi guerregianti*, 1782（匿名出版）；关于加利亚尼（Galiani），见 E. Nys, “Les devoirs et les droits des neutres, par Galiani,” in *Revue de droit international et de legislation comparée*, Vol.XXI, pp.382–385。关于海洋自由的学说史，见 G. Gidel, *Le droit international de la mer*, t.I (1939), Introduction, La haute mer, p.123 f.；P. B. Potter, *The Freedom of the Sea in History, Law and Politics*, 1924；Th. W. Fulton, *The Sovereignty of the Sea*（该书的研究范围包括英国在英国海域的统治权、领水的发展，特别涉及捕鱼权和海上礼仪的问题），Edinburg und London, 1911。关于从神学向法学（即教会向国家）思想的变迁，见 Nys, *Origines du droit international*, 1904。在宾刻舒克广为引述关于“火力范围”的著作中有一篇经典文章，典型地反映出他的视角从陆地转向了海洋，有必要在此逐字引述：Quare omnino videtur rectius, eo potestatem terrea (!) extendi quousque tormenta exploduntur (!), eatenus quippe cum imperare tum possidere videmur. Loquor autem de his temporibus, quibus illis machinis utimur (!): alioquin generaliter dicendum esset, potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis, etenim haec, ut diximus, posessionem tuetur。统治权从大陆延伸到海洋，其扩展的程度显然是与当时的武器技术的状况密切相关的。

但是一直沿用到今天的“三海里领海界限”这个标准，直到 1782 年才出现在加利亚尼（Abbé Galiani）的书中。

5. 从初始到有序的海洋自由

以上就是我们所知道的关于海洋自由的法律史发展过程。以 1713 年《乌特勒支和约》为分水岭，可以划分为两个阶段，正好对应于两种不同的自由。第一阶段是一种古老的、初级的、基础性的观念，即海洋是人类法律与人类秩序无法进入的地方，是一个力量角逐的自由空间，将友好界线排除在外，是一个为争夺强者之权利而专门划定的斗争领域。在第二阶段，即《乌特勒支和约》之后，建立起一种约束机制，国家对其治下的海盗船的控制越来越严厉，老式的江洋大盗变成了罪犯式的海盗。不过，公海区域对于陆地国的国家空间秩序仍是开放的。只有这样，才能建立起陆地与海洋的宏观均衡，才能确立起延续二百多年的大地法。

在第一阶段，占统治地位的是学术－自然法型和民法型思想。但这些并没有形成真正的意识形态。有一个围绕政治当权者形成的顾问团发展出一套知识共识。这种共识主要解决的是（帕累托社会学的意义上的）渊源问题，运用了一套由人文主义知识分子创造的人工语言，这些知识分子努力探索由教会思想向国家思想的转变。他们主张海洋自由的目的在于向邻国的垄断地位发起挑战，并没有想建立一种新的大地法。他们的思考和言说方式，让人想起在上次世界大战中许多陷入迷茫的纯粹的法律护教者。在这个失去方向感的时代，法学的任务在于正确认识现实中正在消亡和正在兴起的法则，并揭开新法则之起源的面纱。我将以三海里区域为例，说明实证主义规范、法律论证和空间现实之间的关系。 154

令人感到惊奇的是，三海里领海界限的观念已经如此深入人心，

以至于“一战”结束后（1920—1930）就开始考虑制定相关的法典了。其实，三海里这个数字已经完全背离了其原初的理念和普遍的观点——注重对海岸的保护，也没有考虑“火力范围”迄今的发展和提升。还有另外一个例子，为行使捕获权而授予航行许可的问题，主流观点认为，应当对技术手段的改变在最短的时间内毫不犹豫地给予法律上的承认。相反，认为潜水艇、飞机以及其他长距离武器的出现都不会对三海里领海制度产生影响。这个例子如此鲜明地揭示出规范与规范背后之情势的分离。在中世纪只有射程不到半海里的加农炮的时代，怎么能够将 70 或 100 海里定为领土司法管辖区域呢？博丹仍然主张 70 海里的限制标准。18 世纪时以 3 海里或 5.5 公里为领海区域，才在事实上起到了保护海岸的真正作用，这才是陆地与海洋的区域划分中的终极理性所在，数字总是要随着理性而改变。

事实上，关于“火力范围”（vis armorum）的主张是典型的陆地观念，是从陆地的视角来观察海洋。荷兰人宾刻舒克首先提出这个观点，也说明了 18 世纪的荷兰具有很强的陆地特征。但是从海洋的视角看来，这种主张所针对的是公海海域，目的是为公海给出确定的概念。三海里的界限使得公海与大陆更加接近。为了保护海洋自由，特别是保护海战自由与海上捕获权，三海里的规定应当成为一种原则。每一次对技术改进的认可都直接关系到欧洲公法的空间基础——这是海洋与陆地秩序共同的基础。但是与此同时，因新武器技术的发展而导致的技术改进是如此迅猛，以至于量变导致了空间结构的质变。根
155 据强硬的实证主义观念，对三海里标准的坚持，是为了自由海洋的世界（在海洋世界是从欧洲国际法的海洋角度对敌人、战争、战利品给出特定的概念）不受侵犯。当武器改进的观点得到认可时，先前海洋的统治权就不得不让位于技术变迁了。三海里原则因此也成了最后的稻草，否则先前世界秩序的空间原则也岌岌可危了。

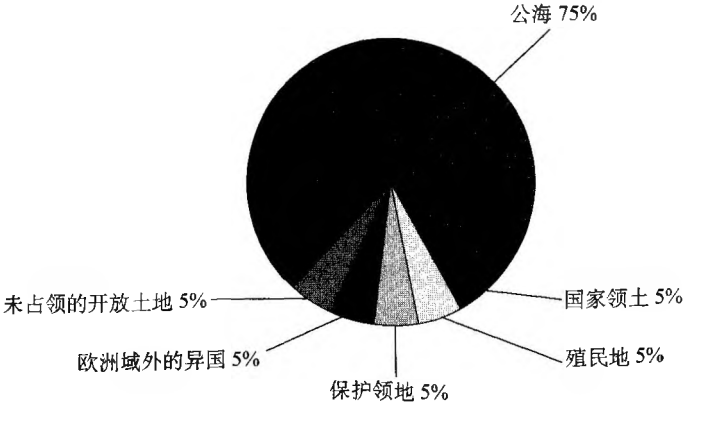
稳固和大陆与自由的海洋的区分是欧洲公法的基本原则。这种空间秩序事实上并非源自欧洲内部的占取或领土变更，而是源自欧洲以

外之新世界上的欧洲占取，并与英国在自由海洋上的海上占取密切相关。巨大的、广袤无边的自由空间，促成了国家间欧洲秩序中国内法的诞生和发展。自 19 世纪末 20 世纪初开始，伴随着对大陆土地之空间类型的进一步划分，欧洲国际法也逐渐演变为普遍性的“国际法”(international law)（见第 200—201 页［即边码——中译本编者注］）。在此阶段，可以将大地法做出如下分类：

（1）固定大陆与自由海洋之区域的划分；其重要性体现在陆战与海战的区分上，这两者各有其对敌人、战争和战利品的不同定义；

（2）在固定大陆的内部区分为：欧洲国家之土地（即原初意义上的国家领土）与海外占领的土地（即殖民地土地）。这对于区分欧洲战争和殖民地战争非常重要；对战争的约束机制只适用于欧洲土地上的国家间战争，必须是发生在欧洲土地或与其同等地位的土地上的战争。

如果将欧洲国家在亚洲与非洲土地上建立的特权制度（领事裁判权、治外法权，以及各种豁免权）也考虑在内，那么下面这个图表就可以反映出发展中的全球空间秩序图景，以及欧洲公法（1713—1914）上的各种土地法权地位：



欧洲公法的全球图示

四、领土变更

每一种空间秩序都会为当事人和参与者提供一个保护机制，即为他们的土地提供空间安全保障。这是国际法的核心问题。一方面领土占有的变更是不可避免的；另一方面，领土变更对于一般性的空间秩序来说又是危险的。

1. 国际法空间秩序内外的领土变更

（领土变更）这个兼具理论性和实践性，既是法哲学又是政治学的问题已经是一个老问题了。这个问题存在于许多国际法秩序内的独立的权力体系中。18、19 世纪欧洲国际法上领土变更之程序是在大国
157 主导下的大型国际会议上发展出来的。在日内瓦国联的最后几年中，特别是在 1936—1939 年间，领土变更经常以“和平变革”（peaceful change）的名义得到广泛讨论。但是，领土的变更无论是以和平方式或是伴随着战争而发生，从根本上讲仍然是一种领土事务，因为这个问题是在整体性的空间秩序中产生的，其中可以有领土即空间上的变更，但前提是不能威胁到空间秩序本身。当然，和平变更并不是指那些事关人民日常生活的数不清的契约或事实上的变化。从根本上讲，该问题的要害在于，新的占地与夺海，或新的领土分配，如何才能既不损害到已被承认的成员国的现有利益，也不会危及现有国际法秩序的整体结构。相应地，任何国际法秩序，只要它存在，或多或少都会

有一些弹性的原则和观念，例如领土均衡、自然边界、民族或民众的自决权、划分影响和势力范围、对广大区域内的特殊利益的主张与承认。此外，由于国际法秩序本质上是一种空间秩序，因此任何国际法秩序都或多或少地设定了具有弹性的方法和程序，例如，对新的大国或新国家的承认，对一项新的占有的通告，以会议决议方式解决（通常是真正意义上的）领土分配问题，司法裁决，等等。所有这些方法和程序，都是通过将领土变更和新的领土分配予以合法化的方式，最终在整体上维护和发展了现存的秩序，其中本质性的、结构性的核心部分仍然是关于空间秩序的保护机制。

任何一个国际法秩序都必须要保护的，是其根本性法（nomos）、自身的空间结构，以及秩序与场域的统一，而不是在特定历史时刻的既有的领土现状（status quo），以及其中大量的具体情况和偶发性状况。因此，承认战争、争端、报复、各种各样的暴力措施是引起领土变更的手段，不仅完全可能，甚至是必需的。但是，这些方法和程序必须予以限制，它们不能危及整体的空间秩序。上述所指的战争并没有破坏秩序，但是这些破坏性的、毁损性的方法，以及将战争设为目标的做法，都最终破坏了原先对战争的约束框架。

所谓中世纪无政府状态之说，是一个流传甚广的谬论。因为在中 158
世纪，那些斗争和反抗往往被视为捍卫和维护法律的制度与方法[1]。另一方面，对于 17—20 世纪的国家间国际法来说，仅仅因为其允许战争，就将这一时期的国际法秩序视为无政府状态也是不公正的。事实上，1815—1914 年间的欧洲国家间战争也是有章法的，不仅受中立之大国的制约，还要遵守法定的程序，相比之下，现时代针对和平破坏者的治安或维和措施反倒像是恐怖的灭绝行为。韦伯格（Hans Wehberg）是日内瓦的一名国际法学者，也是和平主义运动的先锋人

[1] 见奥托·布伦纳（Otto Brunner）：《国家与统治——中世纪东南德意志之领土宪法史的基本问题》，Brünn-München-Wien，1942，第 2 版。

物，他没有区分战争与和平在概念上的内在差异，笼统且想当然地认为无政府状态只会导致战争[1]。当然，确实有些战争威胁到早期的秩序。但是最根本的法学问题不是关于战争的一般性的道德或哲学问题，也与使用武力的问题无关，而完全是另一方面的问题，即领土现状的变更及其对当时既有空间秩序的影响。

作为特定空间保护者的诸大国之间的战争，如果不是发生在一个自由开放空间的内部或周边，则很容易破坏空间秩序。这样的战争从整体上讲必然会导致一个新的空间秩序的形成。但是，正像有些占取和领土变更是在现有空间秩序之内发生的，甚至本身就是维持空间秩序的一种手段，而另一些占取则会威胁或破坏此空间秩序，所以仍有些战争处在国际法秩序的框架内。欧洲国际法的实质就是对战争的约束。这里所说的战争的实质就是在一个有限制的空间内上演武力竞
159 赛。这种战争是与无序相对立的，这是一种人力可及范围内最高形式的秩序。它是防止冤冤相报的唯一保障，即避免虚无主义式的仇恨与报复——其最终结果是无意义的相互灭绝。要想避免或根除毁灭性战争，可能只有通过建立对武力的评估机制才能实现。即只有将对手视为同一层面上的敌人（作为正当敌人）才有可能。这就是对战争实行约束的基础。

所以，把所有战争形式的武力使用都无区别地视为无政府状态，以及把“无政府”这个标签作为对国际法战争问题上的最终判断，都是不可接受的。迄今为止，国际法的唯一成果不是消除战争，而是限制战争。此外，“无政府”这个词是那种未能深入了解无政府与虚无主义之区别的思想观念的典型表现。

因此需要再次强调，无政府比起虚无主义来说不是最糟糕的状态。无政府与法律并非相互排斥。抵抗权和自卫权都可以成为良好的

---

[1] 例如其论文：“普遍主义的国际法或欧洲的国际法？——与卡尔·施米特教授商榷”，载《守望和平》杂志，1941 年第 4 期，第 157 页。

法律，反过来，如果有许多使抵抗无效、使自卫思想被否定的法规，或者建立一套使捣乱者无声消亡的规范和制裁，那就意味着可怕的虚无主义将摧毁所有的法律。国际法重大问题的解决不可能像国联的太平洋主义喊几句无政府主义口号那样简单。1920 年日内瓦国联建立的体系比无政府主义还要脆弱和糟糕，相反，中世纪的无政府主义方式反而并非虚无主义。这很容易解释，中世纪的制度确立并保护真正的法律，因而确立了安全的秩序和场域。这一点最具决定意义，因为这样才能区分出有意义的战争和破坏性的战争，相对于“空无一物”（tabula rasa）式的合法的虚无主义，这样才更有可能拯救具体秩序。

在特定土地上，在共同的国际法空间秩序的参与国之间形成的终局性的占取，引发了非常困难的问题。此类占取是国际法的内部问题。这与共同空间秩序之外的自由土地不相干，而是关系到迄今已被承认的国际法主体的权利问题。因此，领土变更应是发生在一个共同 160
的空间秩序里，而且是在不能被随意占领的土地上。尽管发生了此种领土变更，但不能因此而破坏共同的空间秩序，所以这种变更必须处于共同的空间秩序之内，必须以特定的符合程序的方式，还必须得到相应的承认。这种领土变更不能破坏和否定整体的空间结构。某一领土变更究竟是破坏了现有的空间秩序结构，还是与现有秩序保持一致？对此问题的判断必须在一个共同的也就是整体秩序的背景下，当然，这种整体性的决断并不一定要来自体系的中心并以正式而明确的方式做出。如果没有共同的立场和共同的承认，那么空间问题上的共同性也将瓦解。

即便一个共同空间秩序中的成员国之间的领土转让方和领土买受方能够以自由且自愿的方式达成一致，即便领土变更是通过领土的当事国之间直接达成的真实且明确的条约实现的，问题仍不见得就会因此而简单化。接下来的问题就是，谁是当事方？在共同和整体的空间秩序结构中，所有国家都是当事方。在当事方中，要区分哪些是只关心简单的领土变更，即土地增益或土地减损问题；哪些是以空间的视

角，从空间秩序的角度参与其中的。间接当事方的利益并不弱于那些直接赢得或丧失土地的当事方。那些不相关的当事国之间（inter alio）签订的条约可以优先主张权利（petitio principii）。但是当共同空间和整体性共同空间秩序出现问题的时候，就没有谁能置身度外了。

如果将空间秩序设想为一种均衡机制的话，整体性空间秩序的约束性特征就很容易理解了。将空间秩序视为政治均衡机制的意义，在于它提供了一幅统一的欧洲国家空间秩序的图景。如果这种均衡发生变化或受到威胁，不仅是条约当事国，所有参与方都会受到影响。从1713年《乌特勒支和约》到19世纪末，欧洲大国之间的均衡构成了欧洲国际法的基础和保障。欧洲国家体制内的任何一次重要的领土变更都与各大国利益攸关，另一方面，欧洲之外的重大领土买卖，例
161 如俄罗斯对西伯利亚的占领是在不知不觉中进行的。这种欧洲均衡机制是对已获承认的欧洲土地共同空间秩序的一种观念表达。发动战争的国家都应知晓，对于战争的结果所有欧洲大国都可以分一杯羹。俾斯麦式的外交技巧就是在事态进一步复杂化之前实现闪电式和平（Blitzfrieden），就像他在1864年、1866年甚至1871年所取得的成功一样。空间秩序能得到广泛一致的认同，比那些主权和非干涉方面的问题更重要。这里并不是在强调均衡政治在政治宣传方面的价值，而是要着重指出，这种均衡理念是与空间视角下的具体方式相适应的，而且，关于统一空间秩序的思想正在形成[1]。尽管有很多批评和政治上的滥用，但均衡思想在实践中仍有很强的影响力，因为它能够真正起到约束战争的作用。

关于均衡的概念和表述在很多方面都是表达一种 équilibre［均衡］，而且在今天，很大程度上仍然体现出一种作用力与反作用力

---

[1] “欧洲版图的每一次调整都与欧洲政治体系中所有成员国的利益相关，任一成员国都可以主张自己的权利。”威斯特莱克明确地视之为普遍性法律思想自然发展的结果。（《论文选》，1914，第122页）

在总体上相互均衡的秩序。因此，这幅力量均衡的图景也适用于那些完全没有空间概念的地方。而且不必一定是一种因双方力量相等而达成均衡的秩序，也可以是这样的情况，即在一个超强大国的霸权控制之下，与诸多中等或小型国家一起构成一个秩序。在弗朗茨（Konstantin Frantz）的联邦政治理论中，只存在纯粹的联邦均衡，因此他认为霸权体制不具备真正的联邦政制所具有的均衡特征。但是，在政治现实中，确实存在霸权式的均衡和霸权式的联邦政治，俾斯麦所建立的德意志帝国就是最好的例子[1]。普鲁士就是公认的霸权国家。但是其中的问题在于，1871 年占领的阿尔萨斯和洛林地区是否以及如何在相邻的普鲁士、巴伐利亚和巴登这几个州之间分配，这对于其 162
他的成员州，特别是符腾堡州同样是一个未决的领土问题。这些州所参与的是一个重要的空间问题。将阿尔萨斯和洛林设为一个帝国所属的州具有现实可行性，这也是一种中立性的解决方案。俾斯麦断然否决了诸如瓦尔得克（Waldeck）这样的小州自愿加入普鲁士邦的计划，就是为了不（因之而）打乱联邦内部的空间结构。1909 年，在施瓦尔茨堡—松德斯豪森（Schwarzburg-Sondershausen）界线瓦解后，这些小州与施瓦尔茨堡—鲁多尔施塔特（Schwarzburg-Rudolstadt）公国相分离，但是公国的公爵通过个人间的联盟，成为两个州的统治者。

2. 欧洲公法中的领土变更

在欧洲国家间国际法史上，无论是新国家的成立，还是宣布独立或宣布中立，都是在欧洲会议上以集体条约的形式通过的，或至

---

[1] 比尔芬格（Carl Bilfinger）曾经是联邦政制宪法学的专家，他经常表达上述观点，例如 1924 年在耶拿举办的德意志国家法学者协会大会上所作的报告（载于该协会文集，第一卷，柏林，1924）。

少是批准的。两个永久中立国——瑞士（1815）和比利时（1831—1839）——主要是通过欧洲大国之间的集体性条约而确立的，因为特定的国家区域需要具有特殊的国际法土地法律资格，它们因此不再作为战争的舞台。在重大欧洲和平会议上缔结的集体条约——1648，1713，1814—1815，1856，1878，1885（刚果会议）——这些国际法发展史上的每个章节都构成了一种空间秩序。相反，1918—1919 年的巴黎和会上的协商和承诺，也就是签订于巴黎郊区（凡尔赛、圣日耳曼、特里阿农［Trianon］、纳伊［Neuilly］）的那些条约，只是在表面上遵循了上述传统，事实上它们缺少对具体空间结构的表述。早期的欧洲会议都宣称，欧洲国家间国际法的基础是统一性欧洲中心主义的空间秩序，在共同磋商和决议的基础上，发展出关于重要领土变更的方法和形式，并赋予均衡理念以积极的意义。

大国在这里起到了主导作用，因为它们是共同空间秩序中最强大的参与者。何谓“大国”的实质？我们不能只是一般性地讨论大国的含义，而是要以简明扼要的方式展示出大国在一个既定秩序中的重要
163 地位，在此秩序中诸大国得以被正式承认。一个大国被另一个大国承认是国际法承认中的最高形式。这种承认是最高程度的相互承认。因此，俄罗斯和普鲁士在 18 世纪，意大利在 19 世纪，被传统大国承认为新的大国。根据教科书，美国于 1865 年被承认为大国，这是 19 世纪的一个非常特殊的情况，因为 1823 年门罗主义中所表达的美国外交政策，从根本上是反对欧洲大国所构建的承认制度的。西半球界线已经开始反对将特别化的欧洲视为普遍化的全球空间秩序。对日本之大国地位的承认是在 1894 年（中日战争）和接下来的 1904—1905 年日俄战争，日本赢得了这两场战争，因此被允许加入由诸大国组成的国际法小圈子。日本将自己对中国这个大国实施的惩罚性征战视为具有决定意义的事件。伴随着这个亚洲大国的出现，一个新的非欧洲中心的世界秩序开始浮出水面。

上述各个历史日期已经清楚地说明，对大国的承认首先是一个与空间秩序有关的重大事件；其次，这也是一个与国际法秩序中的空间结构有关的重要过程。不仅因为对正义战争和正当敌人的承认都对被承认为大国具有重要意义，而且还有一个事关具体的空间秩序的理由：对大国的承认是国际法上关于占取的最重要的法律制度。因此，从欧洲国家间法律的现实情况看，这意味着有权参与欧洲的会议与协商机制。对于 19 世纪的德意志帝国和意大利来说，这意味着有权获取非洲和南太平洋的殖民地。1885 年的刚果会议（下文我们会讨论）就是这方面的一个有意义的例证。因此，对大国的承认在任何时期都是国际法上的一项重要的法律制度，就像对新国家或新政府的承认一样，1890 年以后更发展成为普遍性的问题处理方式。

这些大国作为它们自己主导的空间秩序的代表和保证人，愿意承 164
认所有重大的领土变更。当然，每一次对新国家的承认都必须以空间性为基础。这种特性实质上是一个针对领土变更的内容的解释，说明现存之共同空间秩序在整体结构上的变化是可接受的。对于被承认的国家，在具体的事例中，特别是在那些小国家，例如 1856—1878 年间出现的巴尔干国家，事实上就是一次真正的国际法上的分配安排，或者说是一次裁决（adjudicatio）。可以清楚地看到，国家间秩序所形成的整体性联合体赋予主权权力以法律上的力量，其根据并不是每个成员国的所谓的主权意志，而是因为它们共同归属于同一个空间和土地，共同空间和土地的分配是适用该秩序之整体规范的结果。

如果一个和平条约包含有重大的领土变更，那么这也将是整体具体秩序中的一件共同事务，同一个国际法共同体中的成员国之间的战争最终所达成的和平条约，其中必然包含了非交战国在战争期间的利益。所有发生在欧洲土地上的欧洲国家间的战争都要顾及所有欧洲大国的关键利益，即便这些大国是中立的，因为战争的结果会影响到所

有国家。没有人会认为对这些关键利益的照顾是一种干涉，每个欧洲政治家都会视其为理所当然，并予以认真考量。自由战争权，即主权性的诉诸战争权（jus ad bellum），使得此秩序下的任何一个成员国可以在任何时间正式地参战，而且如果需要的话，还必须参与共同协商和最终决议。但是，即使没有这种强制，欧洲大国所主导的欧洲国际法已经意识到，需要将相对有弹性和可持久的机制适用于重大的共同会议上和现有的空间调整中，特定的欧洲秩序已经由于一个无边界的普世主义的出现而瓦解，因此旧的空间秩序已经消失，新的秩序尚未
165 形成。如前所述，这种趋势不仅表现在1919—1920年的巴黎和会上，而且在1920—1938年的日内瓦国联大会和理事会上也变得越来越清晰，这些会议未能形成有效的决议，因为其内容既不是旧的、特定的欧洲秩序，也不是新的全球空间秩序。上文述及的话题会在下一章（即第217页［边码——中译本编者注］）进一步阐述。

3. 欧洲公法中的国家继承（终局性占取）

针对先前国家间国际法秩序（存在于国际法共同体的成员国之间）内部的终局性占取，法学中发展出一种“国家继承”的理论。这种理论同该体系中的其他理论一道，为19世纪末确立了该时代的经典基调，例如胡贝尔1898年的国家继承问题研究。对实证主义法学家来说，条约法上的问题很简单：写在条约中的实证内容都是有效的。但是第三国的权利问题并没有解决。条约中尚有一些故意遗留的问题，而条约中所规定的都是所谓的必要意见（opinio necessitatis）——即法律确认（Rechtsüberzeugung）。此外，还有一些以非条约形式实现国家继承的事例，借此方式，首先是可以消灭战争对手的国家形态，也可以实现征服（debellatio），还可以（通过与该国家之其他部分相分离的方式）建立新的国家。

理论上一致认为，通过国家继承的方式可以实现国家领土主权的更迭，其结果是，主权变更后的那块土地将由另一个主权国家实施统治，如同先前那个主权国家一样。在此基础上，国家继承在19、20世纪逐渐发展成为一项针对既有空间秩序内部之占取的典型化的法律制度。某一特定区域的主权变更被视为“继承”，这意味着针对新的领土主权所产生的诉求与义务，其基础都是国际法。当然，新的主权者有方方面面的问题需要考虑，他必须谨慎处理被占领土遗留的法律关系，例如要继续支付前官员的工资和津贴；通常还要偿还前主权者的国家债务，等等。如果没有政治原因的阻碍的话，新主权者可以继承被占土地上遗留的所谓地役权。但是，关于这方面已经生效的先例总是显得自相矛盾，而且毫无说服力。

那种将规范主义普遍化的方法，是一种空洞而虚假的方法，表现 166
出来的是一种具有欺骗性的抽象化，在领土变更这类典型的空间问题上，它根本没有从具体的空间视角予以考量。例如美国，这个当时看来非常偏僻遥远的海外殖民地，当其1781年宣布独立的时候就没有承担国家债务；同样还有在欧洲内部，甚至在德国内部，1866年普鲁士占领汉诺威后也拒绝承担国家债务；再有，1871年德国拒绝承担阿尔萨斯和洛林土地上的法国债务，以及1902年占领德兰士瓦（Transvaal）后的债务。当然，从实践的角度看，这种模糊且自相矛盾的规范主义在那个分崩离析的时代所具有的意义，在于为所有相互冲突的利益提供一种论辩理由，可以无差别地将之适用于任何情况。但是至少要取得这样的一致意见：新的领土主权者必须尊重私人的既得权利。海牙国际法院已经对此做出了权威裁决（例如1923年9月10日的法律意见书和1926年6月25日针对德意志帝国与波兰就上西里西亚发生的争议所做的判决），因此这就成为一种获得承认的法律原则。接下来，我们将努力在自相矛盾的意见和混乱的先例中探寻真实的具体秩序的核心。

首要的问题是，对于终局性的占取（今天被称为国家继承），应

当在何种意义上去理解这里所说的 Nachfolge［接任］或 Sukzession［承继］？新的领土主权者在应承担的义务方面是否与先前的主权者完全一致，或至少部分一致？或者二者之间根本没有法律上的联系，即新的主权者根本就没有这方面的意愿？如果只是从一种孤立的主权性的领土国家的角度来审视这个过程，那么情况就很清楚：国家领土是主权者的舞台；每一次领土变更都不过是某个主权者黯然退出，而另一个主权者粉墨登场。新的领土主人的对被占领土主权的掌控——即占取——使人们认识到，先前的主权已经失效，新的主权已经建立。事实上，主权国家之间的“接任”（Nachfolge）并不是先前权利的派生（Ableitung）、衍生（Derivation），也不是介入
167 （Einrücken）到先前的权利体系中。这不由得让人想起古老的罗马法中对物之占有的法律规定，其中并没有派生性的对物占有。在国家间国际法中，所有权利都来源于主权国家权力的有效性，显然这是有意设置的一种“接任”制度。

尽管如此，国际法上的要求和义务仍要适用在与第三国的关系上。领土变更仍然应当在持续存在的空间秩序内进行。换句话说，占取应当形成国际法上的制度。终局性的占取与临时性或暂时性的占取不同，后者受战时占领法律制度的约束（下文会有详细讨论）。在终局性占有的情况下，原先土地的主人已经永久性地屈服了，退出了。从孤立的国家主权的角度来看，这是从原有土地上退出，这种退却行为为接任的占领者腾出了道路，因此新的土地主人看起来像是原初的占领者。所以欧洲大陆的国际法学家们，例如法国和德国的学者吉德尔、李斯特（Fr. v. Liszt）和勋伯恩（W. Schönborn）一般都倾向于不承认所谓的法定继承（Rechtsnachfolge）。所谓原初占领者意味着对所占领的土地拥有实践上的主权自由，这是一种全方位的自由行动，从法律方面讲对占领者是有好处的，但也因此而引发了争议。

但是，至少在欧洲，土地占领总是被认为是继承，尽管未必是国

家继承。因为这里的领土变更发生在一个整体性的空间秩序中，新的土地主人与先前的主人都身处其中。因此而形成了连续性，前后主人的这种联系并不是一种个别和孤立的现象，事实上是因为二者都属于一个共同的空间和秩序。例如劳伦斯（J. Lawrence）、威斯特莱克、奥本海默（L. Oppenheim）、哈勒克（Halleck）、莫尔（J. Basset Moore）等盎格鲁－撒克逊学者，都毫不犹豫地将派生性占领称作“法定继承”。一般来说，这种观念对于占有者而言，对第三方更为有利，因此，为了取得自主权，“法定继承”经常被用来对抗占有者，正如用与之相反的观念来对抗原初占有者一样。例如，在占领德兰士瓦（Transvaal）（1902）之后，英国政府拒绝履行任何与法定继承有关的义务，凯斯（A. Berrydale Keith）在其著作《国家继承的理论》 168
中也表达了这样的法律观点，遗憾的是，尽管其副标题是“英国与殖民地法律”，但并没有采用空间的视角，而只有空间视角才能够给出解释。对南非土地的占领被视为在欧洲国际法之外进行的。此外，对法定继承的拒绝和否定还可以有另外的论点来支持，例如习惯法或假定的国家意志，或者求助于民法的或更普遍性的法律概念（例如添附、抵押、财产取得），以各种形式建立法律责任，在实践中最终取得了与法律继承相同的或很接近的法律效果。在大多数情况下，道德理由十分有效，在德兰士瓦事件中，英国事实上承担了债务，尽管拒绝了法律上的义务。

抛开这些争议，我们集中关注两个重要观念，这两个观念有时会在论辩中起到决定性作用。第一个是空间观念，在一个具体的事件中——即关于奥兰群岛（Aalandsinseln）拆除防御工事的事件，非常明确地使用了空间观念，而且还取代了地役权这个民法上的类似概念。日内瓦国联理事会根据《国联盟约》第 11 条受理奥兰群岛事件，并授权一个法学家委员会出具法律意见书，这个法学家委员会在 1920 年 9 月 5 日的报告中认为，占领国（芬兰）必须遵守前任领土主人（俄罗斯）据 1856 年《巴黎和约》所应承担的条约义务——拆除

奥兰群岛的防御工事，因为这些（来自《巴黎和约》的）义务是欧洲共同法（droit commun européen）的组成部分。作为上述义务之基础的《巴黎和约》是俄罗斯与英国、法国共同签订的，对这三个国家来说，这些条约义务构成了这些集体性条约——即 1856 年《巴黎和约》的不可分割的一部分，它们认为："这样的联合是为了从普遍和平中受益（pour consolider par là les bienfaits de la paix générale）。"这可以被视为对欧洲共同法（droit commun européen）的解释，这种解释适用于所有来自欧洲大国制定的集体性条约中的任何形式的义务。但是在此处，在对奥兰群岛——波罗的海上重要的海军岛屿——的非军事化
169 问题上，援引欧洲法不仅大有必要，甚至是具有决定意义的，因为这并非只关涉某一国家的特殊利益，而是集体性的利益，是欧洲大国们共同面临的问题，是整体性欧洲空间秩序的问题。只要存在一个由欧洲各大国构建的特定的欧洲空间秩序，那么法律意见书中的观点就会显得合理且有说服力，而且会优于类似"地役权"或"法定继承"这样的法学制度建构。但是在日内瓦国联的框架内，上述这些观念都被取代了，所谓"欧洲共同法"（droit commun européen）的观念被认为是虚构的和僵死的，因为（国联的）任何一份协定或条约都不包含欧洲的空间秩序。

第二个观念体现在空间问题的经济方面，它可以使充满矛盾的国家继承理论更易于理解。它解释了前文提到的一致性，在一致性的基础上，尊重私人占有权之原则才得以被承认。此外还涉及国家继承的经典理论背后的默示性前提：所有与领土变更有利益关联的国家，原则上都被认为处于同一个经济秩序之内，尽管它们处于不同的发展阶段。被普遍承认的经济宪法创设了一个共同的经济空间。19 世纪是一个自由和自主经济秩序的时代。那个时代虽然还有保护关税，但并不能阻止普遍自由经济的潮流。经济构建了一个自身的国际法空间：一个普遍的跨越主权国家政治边界的自由市场。从宪法的角度看，处于该国际法秩序中的所有国家，都与公法和私法有着特定的联系，与国

家和非国家的社会有着特定的联系。

如同下文将要谈到的陆战中军事占领的国际法规则一样，此处的标准在先前的国家继承理论和实践中并未明言，但却被视为想当然的前提条件，而且是这方面所有论点和建构的基础。只有通过将公法上的国家统治权（以权力的或法律的方式）与私法上的财产权做出截然区分，才有可能在最困难的问题上——与领土变更相关的整体性的宪法变更——避免陷入法律的论争。隐藏在国家主权背后的是私人领域，这特别意味着私人经济和私人财产的领域在很大程度上尚未受到领土变更带来的影响。伴随着领土变更，被私人企业家和商人们操控 170
的自由主义国际市场秩序，包括同样自由的世界贸易，以及自由流动的资本和劳务，所有这些本质上都需要实际的国际安全机制的保障。所有文明国家都赞成对公法和私法的区分，也赞成制定一种共同的自由主义宪政标准，以便将财产、贸易、经济和工业都纳入被宪法所保护的私有财产之中。这种宪法标准被所有介入到领土变更中的国家视为基本的前提条件。

因此可以得出对于我们的问题具有决定性的观点：领土变更并没有引起社会和财产秩序方面的宪法变更。而财产秩序则是国际法秩序中的组成部分。国家间的生活现实要比单个国家中的问题更为重要，同样，领土变更的真正的法律特性要比在语言上强调国家主权表面上的绝对性更重要；也比所谓内国法与外国法、公法与私法之间似乎截然的划分更重要。作为空间秩序组成部分的宪政的普遍性标准，其效果要强于所有国家主导的建立在虚假的内国和外国之划分基础上的二元制度建构[1]。19 世纪时，国家间法律上的领土变更只是被视为公法主权上的变更，不会有经济与财产秩序上的变化。如果某一次国家领

[1] 关于两种二元主义的论述（一种是国家间与内国的二元，一种是公法与私法的二元），见《施瓦布纪念文集》中的拙文（Athen，1939；重印并收入拙著《论断与概念》，汉堡，1940，第 261 页）。

土变更同时引起该领土上财产秩序的剧烈变更，那么在当时的背景下，人们会因此而联想到布尔什维克。只要国家领土的国际法占有仍旧局限在一国主权领域之内，那么这种占有就仍然处在对私法上的土地财产的原则性内部保护之下。这是那个时代的实践性本质。1919年《巴黎和约》的内容严重地侵犯了德国的私人财产，但是从整体倾
171 向上符合宪政的原则。因此，德国利益的保护者应当以此为基础寻求良好的论辩理由。一个国家凭借其主权将另一国经济体系改造为自由经济体系——这种思想已经不在国际法制度建构的视野之内。cujus regio ejus economia［谁的地盘，就是谁的经济］这句格言并没有受到普遍平等的自由经济制度的威胁，因为国际法共同体框架内的所有国家都拥有同样的经济制度。

占取是另一个不同的问题，其形式亦是某一国家领土上的国家主权变更，同时为欧洲范围内的私法上的财产与经济秩序提供了保护，它是欧洲范围之外的自由殖民地。这片土地可以被自由占领，只要它还没有成为欧洲国家间国际法意义上的国家。在完全未开化的民族中，其土生酋长的权力并非主权，这些土著对土地的使用也不构成财产。在谈到对主权的法律继承时总是很难做到前后一致，如果欧洲的占取者与当地的国王或酋长签订契约，不管这些契约出于什么动机，都不会被视为有约束力的契约。占取国不需要考虑被占领土地上的土地权利，除非涉及（属于国家间国际法秩序之成员的）文明国家国民的私人财产。土著居民与其土地的关系——农耕、畜牧或狩猎——是否被视为财产？这是一个独立的问题，与占取国的决定无关。国际法上的安排会照顾到原住民的土地权利，就像自由主义时代的国家继承明显地照顾到土地上的私有财产以及占有权，但是却没有顾及殖民地上居民的利益。

占取国将被占领的殖民地视为无主的私有财产，就像它在国际法上被视为没有主权一样。占取国可以取消原住民的土地权利，可以宣称所有被占领的土地都是其独占的财产；它可以接管当地酋长的权力，至于这是不是一个真正的法律继承则在所不论；它能创设一种私人的

国家财产，同时又适当承认原住民的使用权；它能推行公开的国家信 172
托资产；还能使原住民的使用权保持不变，并通过一种“永久统治权”（Dominium eminens）来统治原住民。所有这些各种各样的可能性，都在19和20世纪的殖民地占取实践中变成了现实[1]。这不是一个国际法—国家间的问题，也不是一个国际私法的问题，更不是一个纯粹国内法的问题。当地球的土地被区分为正常的国家领土与殖民地土地的时候，殖民地土地地位的特殊性就很清楚了。这种区分以当时的国际法结构为根据，并从属于这个空间结构。如果海外殖民地与欧洲土地上的国家领土取得无差别的同等地位，那么国际法的结构自然会发生转变，先前的特定的欧洲国际法也将走向终结。殖民地这个概念可能会转变成一种意识形态负担，欧洲那些拥有殖民地的国家将首当其冲地受到影响。

4. 欧洲公法中的军事占领（临时性占领）

欧洲国际法具体秩序的国际法逻辑，是以由中央政府统治的区域国家（Flächenstaat）之主权为基础的。根据该国际法逻辑，军事占领的国际法影响虽然是新问题，但仍旧在共同空间秩序的框架之内。这个问题涉及非自由占领地上的占取国际法问题，对我们此处的论题亦很重要。

如果某场战争在国际法上是以封建权利或王位继承顺序的权利诉求为基础的，就应当将该战争理解为以自卫的方式行使并实现其权利。但是，国家概念（Staatsbegriff）会因此而丧失其纯粹国家性（Staatlichkeit）原本具有的在形式上的明晰性和决断性特征。对于封

---

[1] 前文第一章第五节已经引述过温格勒（Wilhelm Wengler）的论文“原住民土地之法律形式的比较研究”，载《殖民地研究文集》，第三卷，柏林，1942，第88页及以下。

建主来说，他的权利通过战争和斗争而自动实现了，根本不需要军事占领（occupatio bellica）这个特殊的法律制度。他所发动的战争纯粹是一种自以为是的行动。他把从对手处所掠夺的一切都视为自己的正
173 当权利或者对正当权利的抵押。这种自以为是的自卫不能被承认为临时性的权利实现，因为如果对某块土地实现占领的同时还要求对该土地的正当权利，那么这种占领就不再是临时性的，而成为终局性的对权利的实现。

但是，在主权国家的国家间国际法中，非歧视性的战争概念问题依然是一个未解的难题。严格来说，并不存在一个关于军事占领的特别法律制度，其原因当然与中世纪完全不同。毋庸置疑，国家主权——在一个有限的地域空间内从属于一个有效组织起来的权力——能够在其有效的权力范围内行使其权威。因此，下述情况显然符合主权国家间的国际法逻辑：对领土的任何一次有效的国家军事占领都会直接引起该被占领土上的主权变更——除非占领国根据其主权意志，不是变更为自己的主权，而是变更另一国主权。事实上，自 17、18 世纪现代主权国家形成以来，已经出现了通过军事占领实现直接主权变更的实践，即 déplacement immédiat de souveraineté[即时变更主权]。然而，中世纪遗留的大量封建和王朝制度的残余，以及德意志帝国内的非国家性特征，遮蔽和弱化了上述情况。17、18 世纪的战争在很大程度上都是一种王位继承顺序的战争。有文献（Literatur）将那些等不及签订和平条约或战争结束就迫不及待地取代前任主权者的占领者，技术性地称为“篡夺者”（Usurpator）[1]。例外的是在联盟战争中，

---

[1] 见科克采伊（Sam. de Cocceji）的著作《篡夺者的政权》（*De regimine usurpatoris*），奥德河畔法兰克福，1702（也可见其对格劳秀斯的评论：I, c. 4, §15 以及 III, c.6, §9）。需要注意的是，对 jus postliminii 问题所做的罗马法式的修订可以参考 Theodosianischen Codex 第 15 条第 14 款的题目，其标题为：De infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt。

占领军经常不清楚被占领土究竟属于谁。但是这个问题在当时还不像在 20 世纪这么紧迫，因为 18 世纪的占领者在很大程度上还受制于当时有效的法律，特别是私法——私有财产法和占有法，而且当时的社会总体结构基本上未受动摇。由于在宗教上宽容了启蒙化的专制主义，因此 18 世纪以后的宗教关系在很大程度上并没有受到主权变更的冲击和影响。

因此，因占领而产生的占取问题在实践中并不总是十分尖锐。由 174
于军事占领而发生的直接的主权变更并不总是产生占取这样的实际效果。所以这并不涉及完全社会和经济意义上的宪法问题，而只是统治者本人和他的追随者，以及国家行政与司法方面的问题。尽管如此，现代国家概念的明显的形式化特征还是建构了具体的秩序，至少在一定程度上可以处理欧洲大陆诸区域国家的问题。核心的欧洲国家已经将中世纪（由个人效忠所保证）的法律概念和法律状况，转变为领土完整的主权性领土国家内通过实质性与可计算的规范实行的治理。

法国法律史学家拉美赫（I. Lameire）为研究“主权的即时变更制度”（déplacement immédiat de souveraineté），从当地的档案材料中搜集了大量 17、18 世纪发生在法国、西班牙和意大利的战争中的实例。他的论题涉及广泛，没有概念的建构，但核心思想很清晰，他所阐述的国家概念在国际法史上的意义要胜过格劳秀斯、普芬道夫、沃尔夫和瓦泰尔等人从自然法角度发表的陈词滥调，也胜过当时由罗马民法所建构的实证主义国际法所主张的伪法学论辩。国际法的这两个面向，尽管彼此截然不同，但同样都无助于解决我们的问题。相反，拉美赫阐明了国家主权如何在实践中消除了中世纪法律状况中的模糊性。封建法律或德意志帝国法律中的斗争（Fehden）和战争是为了权利保护和权利实现，现在似乎成为令人困惑的风险（Prekaritäten）。所有与国家无关的事物都变得模糊和不确定了；但是只要封闭和独立的具有明确主权的领土国家一出现，这些就都消失了。国家将其中心

权力扩展到该国军队占领到的所有领土上。实现有效占领（即实现征服）这一事实本身就足够了，不需要等待和平条约的签订。如果占领国希望实现主权的即时变更，那么行政上的有效占领就足以使被占领土上的居民和当局屈服于新的主权，而且，被占领土上的所有权力都来源于新的主权。

175 拉美赫表达了他对17、18世纪被占领土的司法和各类行政机构的态度。他举了一个生动而直观且有重要价值的小例子，即公证人对盖印文书的即时变更。被占领土上的居民被当作奴才一样对待。新的主权者也是立法者，人们会想当然地认为，他会继续处于欧洲公法的框架之内，他会保留原有法律和制度的实质内容，他会尊重既得的利益和财产权[1]。对这种表面上激进的主权变更做出修正的是所谓“公民资格恢复权/战后财产恢复权”（jus postliminii），这是个非常模糊的概念，不仅针对敌对国，而且针对私人和私法关系[2]。

但是，如果欧洲战争与一场政治和社会革命有关联，那么这将明确意味着，至少几年内会带来一次伴随着主权变更的军事占领，而且

---

[1] Irénée Lameire, *Théorie et pratique de la conquête de l'ancien droit, Etude de droit international ancient*, 第1—5卷，巴黎，1902—1911。作者将其搜集到的内容广泛的文献资料和盘倒出，却将“合成”的任务交给了读者。这使得对该书的阅读和理解变得有些困难。但是，我还是能够理解奥里乌为什么对该书有着特别的兴趣（见氏著《公法概论》，1916，第339页）。该书在民族—国家法律史上的重要性远高于其他众多国家理论建构，使我们了解到纯粹国家中心的国际法结构，及其与中世纪国际法的不同。国家中心之国际法的具体空间秩序存在于具有领土属性的组织结构——国家，而不是与之相分离的“法权”（Recht）。国家间关系完全不同于封建体制内或某一帝国体制内的国际法关系，军事占领就是很好的例证。

[2] 参见格劳秀斯：《战争与和平法》，第3章，第9节；瓦泰尔：《万国法》，第3章，第14节；海弗特（A. W. Heffter）：《当代欧洲国际法》，1855，第3版，第324页。（一旦摆脱了敌方控制，获得解放，被战争破坏的法律关系就又回到先前的状态中。）海弗特将“民族与国家权力”的“维持原状”（Postliminium）与私人和私人关系区分开来。

该主权变更不在统一的、同质性的空间秩序框架之内。法国大革命的军队在1792年挺进比利时、德国、意大利和瑞士之后，迅即宣告人民的自由，并废除封建特权。军事占领因此而引起了完全政治、经济和社会意义上的宪法变革。当然，在1815年复辟势力胜利之后，这种宪法变革又被视为有害的行为。但是，尽管复辟势力可以恢复部分 176
特权，却不可能阻止资产阶级—自由主义宪法在全欧洲的胜利。对私有财产的基本尊重得以延续，这也是宪政主义的基本原则，意味着对新型宪法的基本尊重。

即便是塔列朗（Talleyrand）——维也纳会议上主张王朝正当性原则的代表人物——也主张战争的特征在于其纯粹国家性。通过考察相互视对方为正当敌人的战争，他将欧洲大陆国家间的战争在国际法上予以正当化，而且努力将这种战争概念——而不是英国海战意义上的战争概念——定为国际法上唯一的战争概念。这种纯粹的国家战争以完全现代性的原则为基础，而不是中世纪——封建性或等级制的原则为基础。因此，向纯粹军事性国家战争回归的重要性远高于向一切王朝正当性和一切贵族特权的复辟，因为这种类型的战争约束对国际法是有决定性的。当战争成为纯粹国家间的斗争时，就不会考虑那些非国家的因素了——特别是经济、商业和整个市民社会的领域。因此，军事占领也就不应该涉及作为市民—宪政制度基础的宪法。占领国不应该改变被占领国的经济和社会结构，同时，占领军当局的代表不是民事上的代言人，而是军队的指挥官，尽管居民对军队会有一些不信任。

作为拿破仑战争的后果，因军事占领方或变更后的行政当局所发布的命令而产生了大量的法律问题。首要的问题就是土地买卖和国家征收。当时德意志单一制国家的法学家进一步发展了国家主权思想，将其具体化，并将国家与那些一时攫取了国家权力的人相区别。在掌权者变更的情况下，更应该强调上述国家，即作为法人的国家的连续性。该国家与既有的国家权力是否正当的问题无关，就像国际法上的国家间战争与战争的理由是否正义无关一样，因此“正当理由”的问

177 题也不再是一个宪法上的问题。此后，所有的法律都出自以现有形式存在的国家。当政权和宪法在1918—1919年发生变更的时候，德意志帝国法院理所当然地宣称[1]："(共和国）基础的合法性并不是国家权力的实质性标志。"与变更后的政权不同，与那些正当或不正当、合法或不合法的国家主权掌握者不同，作为法律主体的独立国家是以领土、臣民和有组织的统治为外在标志，其内部的法律架构清晰明确。

特别是在黑森候选国，当具有正当资格的选帝侯重返故地后，他宣布威斯特法伦国王所颁布的命令和法令统统无效，视它们在法律上不存在，这样就引发了大量的法律争议、诉讼和法律意见。在实践中，首要问题是过渡期的统治者对国家财产的支配，以及承担国家诉求或索赔的债务人的法律状况问题，特别是通过支付或免除的方式来清偿索赔。因此，尽管与选帝侯的命令相反，黑森候选国的法官和法学家们还是认为，现在的库尔黑森州与当年威斯特法伦国王治下的国家具有连续性，先前的那个国家和当下选帝侯所掌管的国家是同一个法律主体。国家的同一性和连续性思想比任何正当性或合法性的理论都要强势。政府或政权的更迭并不意味着国家主权的更迭，也不是国家继承的终止。另一方面，一次纯粹的军事占领也不会导致政府的更迭。1806—1812年间威斯特法伦的国王不是一个纯粹的军事占领者（就像拿破仑对哈瑙领土的短期军事占领一样），毋宁说，他是真正国家主权的代表者。与具有正当性的君主相比，他只是一个过渡性的统治者，但是与纯粹的军事占领者相比，他又是一个真正的国家统治者。他的法令来源于国家主权，不能无视这些法令的存在，因为它们是合法的国家行为[2]。

---

[1] 《民事判决书》，第100卷，1920，第27页。

[2] 普菲福尔（Burkhard Wilheim Pfeiffer)："合法君主过渡期统治者的政府行为在多大程度上是有约束力的？"（卡塞尔，1819)；"战争政府对国家资本的权利"（卡塞尔，1823)。我对拿破仑、施威卡特（Schweikart）和黑森候选国的国家债权人都不感兴趣。

军事占领（occupatio bellica）在概念上与主权更迭（Souveränitäts- 178
wechsel）和政权更迭（Regimewechsel）相对立。它不再是一种占取，也不产生领土变更的效果，而只是一种纯粹临时性和事实性的对土地及该土地上财产的占有，以及对被占领土上人民的临时性、事实性的征服，包括对其行政和司法的掌控。这是对“公民资格恢复权 / 战后财产恢复权”——即对先前状态进行实际上的恢复——的保留，是以事实上合法有效的变更为前提的。军事占领强化了（被占领土地之）国家的同一性和连续性，就像通过军事占领废除被占领土上的国家主权一样。这也与政权更迭不同，更不用说宪法更迭。军事占领的临时性和纯粹事实性特征决定了其在国家法和国际法上的本质。借助于这些区分，19 世纪期间有效的军事占领（occupatio bellica）成为不断得到强化的特别的法律制度，对于被占领土来说，这既非领土变更，也非宪法更迭，更不是政权更迭，是一种与这三种变更都不同的法律制度。

军事占领能发展成为一个法律概念，很大程度上取决于其纯粹临时性和纯粹事实性的特征。对于民法学派的法学家来说，对财产和占有、财产变更和占有变更做出区分是驾轻就熟的事情，事实上，直到战争最终结束，军事占领者都不是真正的所有人，而只是领土的占领者。但是这样还是解决不了其中的关键问题。这是一种权利划界，是一个真正的空间秩序问题，对于处在同一空间内的具有国际法主权的大陆国家来说，这无疑是个异常困难的问题。怎样才能在不发生主权更迭的情况下，借助外国国土上的国家权力，建立一个既能反抗外国主权意志，又能实施有效管理的国家政权？一个主权国家必然与另一个主权国家相对立。但是国家主权的力量首先是一种有效的力量。占领国将其有效权力扩展至敌对国的领土之上；敌对国就不再具备有效 179
的权力，尽管有效的权力扩展并不导致主权更迭、政权更迭和宪法更迭。这在理论上和现实中如何可能？占领国的主权意志——可以自愿放弃主权更迭，只是一种虚构或一种空洞的理论，建立在一种实际上不确定的基础之上。

尽管有法律建构上的困难，但无可否定的是，自 1815 年起“军事占领”已经发展成为一项获得承认的法律制度。通过 1874 年布鲁塞尔会议以及两次海牙陆战公约（1899 年和 1907 年）所达成的协议（见第 42 条），此方面的具体规则得以建立和明确。“军事占领”的基础在于明确区分主权变更及领土变更，与通过军事占领而实现的临时性变更不同。有一个影响广泛的理论力图（借助于同样困难的建构）解释这种困难的区分：占领国在帝国领土上所行使的国家权力并非它自己的权力，而是被占领国的国家权力，占领国所行使的外国国家权力，其根据并不是来自于帝国的授权，而是源自占领国自己创设的国际法上的法律资格。这里所说的国际法称谓有其独立的法律基础，并非源自现存的国家主权。被占领国的弃权不会阻挡主权的直接变更，被占领国的授权也并不意味赋予占领国行使外国国家权力。

真实的情况是，占领国的军事指挥官与被占领国的人民之间建立了直接的联系。即“在敌人和被占领国的居民中建立了一个临时的法律共同体。”[1] 这是一个无可争议的事实，但这与排他性的所谓内外关系的二元性理论不协调。因为这既不是一个纯粹的内国法，也不是纯粹的国家间法。被占领国的居民并未被视为法律主体。有个别学者，
180 例如意大利法学家加巴（Gabba）也这样认为，但没有取得什么成果。因此，研究军事占领之国际法制度的法学家也没有注意到，存在于被占敌国领土上之军事指挥官在国际法上的权利，与该空间内行政权之掌控者在国家法上的权利（是指在战争、围攻或紧急状态下），两者之间非常相似。因此，法学家未能对实践中的重要问题给出适用于现实情况的答案。这些艰难而又无法回避的境况和措施确实是真实存在的，处理这些问题就像处理“人质”事件一样。研究欧陆宪法的实证

[1] 洛宁（Edgar Loening）：“阿尔萨斯—洛林之总督的行政机关”，载《国际法史文集》，斯特拉斯堡，1874，第 35 页。该书迄今仍是该问题方面最佳的德语著作，有着最为根本且全面细致的学术论述。

主义法学家面对这种例外情况下的问题就会束手无策。这是由实证主义方法的本性所决定的，它只依赖于国家法律的明文规定，而忽视了国际法和宪法上实际存在的困难。在大多数情况下，他们只是简单地宣称这些难题不属于法律的范畴，而属于政治的领域。

这就解释了为什么19世纪针对敌国领土上的军事占领而人为建构的法律制度，会绕开真正的空间问题——关于在一个持续性的主权国家领土上的外国国家权力的问题。但是，这些复杂的贯穿两种国家主权的法律建构却对19世纪欧洲国际法具有典型意义。它必须取得欧洲公法在国际法上的最终成果，建立经典的合乎逻辑的法律制度，实现对战争的合法化和约束。在军事占领（occupatio bellica）的概念上升为一项国际法律制度的过程中，有五种不同的思路，其中部分是法律—形式主义的，部分是19世纪之历史—政治化的思想：

（1）建立“正当敌人”的概念，即无歧视地对待战争对手。

（2）将欧洲大陆的陆战概念定义为纯粹战斗人员之间的战斗，本质上交战双方都是由国家组织起来的军队，局限于纯粹的军事领域，与其他的诸如经济、文化与精神生活、教会及社会等领域无涉。占领军行使权力必须与军事指挥官保持一致。尽管存在着对军队的不信 181
任，但如果是一个民事委员会，则必然会引起怀疑，因为其代表的是联系在一起的各个不同的领域。

（3）维也纳会议上所承认的“老”正当性原则的影响。该原则的意义在于使法律与有效权力之间相互对立的思想得到普遍发展，并有助于消除那种通过有效占领而直接实现主权转换或变更的现象。

（4）“新”正当性原则即人民的民主自决权的影响。新正当性原则与旧的君主王朝制的正当性截然对立。但是所有此类原则都对权利与有效权力的区分、真正的法律与纯粹的事实之间的区分持开放态度。此外，民主性的正当性原则把人民和当时的国家权力区分开来。只要将民主理解为自由主义式的民主，那么国家与自由的、个人主义的社会之间也要作区分。所有这些区分都旨在说明，仅仅对某领土实

现有效占领并不能产生终局性的效力，而必须通过立法性行为来授权，例如签订和平条约或举行公民投票。

（5）19 世纪欧洲宪法的状况——将国内生活的日常状态区分为私法和公法两个领域。到 19 世纪末海牙陆战公约签订的时候，自由主义宪政取得了与欧洲意义上的宪法和文明相一致的意义。特别是经济从属于非国家的私人领域。对于敌对双方来说，这种宪政标准是未明言但又预设的，而且经常被称作国际法的普遍性原则。

占主导地位的自由主义宪政观念影响所及，使得军事占领导致宪法更迭的思想在实践和理论上都被否定。占领国和被占领国双方都承认政府宪政体制的有效性。这种思想在海牙陆战会议上理所当然地得
182 以表达。对宪政体制之原则（完全可以和宪政的概念相提并论）的尊重就意味着不能侵犯私人财产，无论是军事指挥官还是占领国。占领国有可能将被占领国的经济纳入其自家的经济体系中，因为两国都属于自由主义经济体制。这超出了 19 世纪人们的想象力，也超出了海牙陆战公约起草者的想象力。

自由主义宪政占统治地位是战争双方在国际法上预设的宪法标准，这一点是军事占领制度总体发展过程中的决定性因素，在 1874 年的布鲁塞尔会议和 1899 年与 1907 年的海牙陆战会议中得到经典性阐述。通过终局性占取的法律制度，即所谓的国家继承，我们已经了解到国际法结构和宪法标准的联系。军事占领最终以另一种话语再次证明，在一个宪政国家中，敌占区的国际法制度，与宪政国家内部之围攻状态或紧急状态之间在本质上的相似性。这两种情况都要求采取非正常措施，因而使宪法暂时停顿，但其目标仍是为了维持宪法的持续效力。这两种状态下需要着力解决的是，这种状态及其所采取的相应措施的临时性特征所产生的问题。

对国际法和国家法的两分法，看起来像是另一种意义上的层级问题。事实上，共同的宪法标准克服了国内和国外的对立，这种表面上尖锐的对立贯穿于整个 19 世纪直到第一次世界大战。在共同道德宪

法标准的背景下，这种区分国内国外的二元论只不过是一种形式主义的利益化的二流问题。欧洲宪政主义的共同宪法标准所触及不到的地方，军事占领之法律制度也同样无效。当俄罗斯于 1877 年占领奥斯曼帝国领土时，立即取消了被占领土上的古老的伊斯兰制度，正如马滕斯（H. Martens）——此人是 1874 年布鲁塞尔会议上建立军事占领法律制度的首倡者——所言，应当将即刻建立的新的现代社会与法律秩序合法化，他认为俄罗斯军队如果仍然维护旧有的规则和状况将是 183
毫无意义的，将其消灭才是俄罗斯—土耳其战争的首要目标。[1]

[1] 克罗温（E. A. Korowin）：《过渡时代的国际法》，柏林，1929，第 135 页（克劳斯［Herbert Kraus］编）。

五、国际法中非国家的元素与类别之概述

欧洲公法上的国家间国际法不过是法律史上诸多国际法类别中的一种。而且，事实上它还包含着很强的非国家的元素。“国家间”并不意味着该秩序中的各个国际法主体之间相互分离。相反，只有处于由国家主导的整体性空间秩序中，才能体现出所谓的“国家间”特征。

1900 年之后，将内政和外交截然两分的二元主义已成为习惯性思维。结果是让国家间国际法的真实意义反倒被忽视。尤其被忽视的是公法与私法的二元主义。这两种二元主义不应当被隔离开来。[1] 遗憾的是，在当代法学的跨专业领域中，这种隔离被视为当然。在英国的普通法中不但拒绝公法与私法的二元论，也不接受欧洲大陆国家关于国家的概念。但是，根据我们的学术权威奥里乌在其著作《公法的原则》（*Principes de Droit public*，1916 年第 2 版，第 303 页）中所主张的观点：对于任何一种国家政体，在具体和历史的意义上谈到“国家”这个词时，都是以核心公共领域与私人经济领域的划分为基础的。

因内政和外交的截然区分造成公共领域越来越走向封闭，而此时

---

[1] 拙文：“论当今法律体制的两个大的‘二元对立’，国际法与国家法的区别与一个国家的公法与私法的区别是什么关系？”，原载于《施特赖特（Georgios Streit）纪念文集》，雅典，1940（另见《论断与概念》，第 261 页）。

私人领域的开放性就愈显得重要，私人领域（特别是经济领域）长期以来进行着跨越国界的活动。欧洲公法的空间秩序则端赖于此。因 184
此，要理解国家间国际法的真实性就需要做更多的分类，这也使我们可以更多地了解其中非国家的类别和元素以及另类的国家间国际法。

接下来的概述中会讲到一些国际法的表现形式，这些形式处在国家性概念之外，属于非国家间国际法的广阔领域。遗憾的是“国家”这个词已经变成了没有任何区分的普遍性概念，这种不加区分的情况导致了普遍的混乱。特别是16—20世纪国际法的特定的国家时代的空间概念，居然也可以转用于本质上是另类的国际法秩序。相应地，还有必要记住的是，国家间国际法在时间上只是政治共同体体的一种历史性的表现形式，在地理上只处于全球性空间秩序之中。即使在国家间时代，在纯粹的国家间关系之外，更有决定意义的是另一种非国家间的关系、规则、制度。

（一）国际法——国家间意义上的万国法（jus gentium im Sinne eines jus inter gentes）——取决于这些国家的组织形式。它意味着：

（1）民众间的法律（zwischen-völkisches Recht）——在家庭、氏族、部落、部族、种族、民族之间；

（2）城市间的法律（zwischen-städtisches Recht）——在独立的城邦国家（Poleis）与城市（civitates）之间；以及城市之间（inter-munizipales）的法律；

（3）国家间的法律（zwischen-staatliches Recht）——在中央集权的领土主权实体之间；

（4）精神权威与世俗权力之间的有效法律——教宗、哈里发、佛陀、达赖喇嘛与其他权力实体（特别是作为圣战的发动者）之间的关系；

（5）帝国之间的法律（zwischen-reichisches Recht, jus inter imperia）——具有超越国家领土之空间最高权的大国（不同于帝国或大空间内部的法律，诸如民众间法律、国家间法律，特别是国际法）。

185 （二）与万民法（jus gentium）不同——这里的万民法是指根据不同民族之结构形式而形成的万国法（jus inter gentes）——存在着一种超越于由民族、国家、帝国所组成的封闭的国族（gentes）之边界而普遍存在的共同法（Gemeinrecht）。它可以存在于共同的宪法标准之中；或存在于一个组织机构之中——该机构包含了最低限度的共同法内容；或是在普遍的宗教、文明和经济概念与制度之中。最重要的例证就是超越国家与民族界线的，得到普遍承认的自由财产权以及最低限度的程序保障（正当程序原则）。

因此，与本质上是国家间的并且内外有别的二元论法律不同，19世纪的欧洲国际法还存在着共同经济法、国际私法，其共同的宪法标准（宪政型宪法）要比个别（政治性而非经济性的）封闭的领土秩序之政治主权更重要。当政治主权走向经济的自给自足时，预设的共同宪法标准和共同的空间秩序就会烟消云散。

当施坦因（Lorenz von Stein）将国家间的国际法（Völkrecht）与规范共同经济与外国人的国际法（Internationalem Recht）相区别时，就说明他已经意识到国家间的法律与普遍共同法律之间的差别。

19世纪自由贸易与自由经济的国际法，与英国所主张的世界范围内的海洋自由密切相关。英国没有像欧洲大陆一样发展出公法和私法两分的二元论，因而能够与任何欧洲国家之私人的非国家的部分建立直接的联系。自由贸易与自由经济的结合远比平等主权国家之间的国际秩序更为强势，决定着19世纪欧洲国际法的现实发展。英国拥有那个时代的两种伟大的自由：海洋自由与世界贸易自由。

第四章
关于新大地法的诸问题

一、整个欧洲的最终占取（1885 年刚果会议）

1870—1890 年在欧洲历史上是一个洋溢着乐观主义的年代。来自 1815—1848 年的警报已经逐渐减弱了。那些著名的预言家们，比如尼布尔（Berthold Georg von Niebuhr）、托克维尔（Alexis von Tocqueville）以及柯特（Donoso Cortes）已经被遗忘了。还有那个可怜的黑格尔派的鲍威尔（Bruno Bauer），他的声音也越来越微弱，只有他自己听得到。自从在 1854—1856 年克里米亚战争中打败俄罗斯，以及 1861—1864 年美利坚合众国可怕的内战结束后，欧洲对自己在东方与西方之间的真实处境的认知正处于自欺欺人式的糟糕透顶的状态中。伴随着 1864—1871 年俾斯麦的成功和 1870 年意大利国家统一，这种普遍的自我欺骗变得更加严重。对欧洲之文明和进步的日益增强的信念体现在众多关于建立一个欧洲共同组织（Gesamt-Organisation）的规划中，该组织可能是一个欧洲邦联（Staatenbundes），或者干脆是一个联邦国家（Bundestaates）。著名的公法学家洛里默（Lorimer）和布伦奇利（Bluntschli）分别于 1877 年和 1878 年发表了这些规划。在这种弥漫全欧洲的乐观主义氛围中，有一份最令人惊诧的文章，就是由著名的德国宪法学家施泰因（Lorenz von Stein）在 1885 年为确保战时（穿越交战国的）欧洲铁路的畅通所作的建议——“为了大欧洲之交通系统的完整性以及欧洲体制上的同一性”，施泰因要求欧洲主干铁路线保持中立。岁月蹉跎，今天的人们在读到 1890 年以前的这些规划的

时候，只能寄予深深的同情。[1]

欧洲公法的花落时节，也正是欧洲以外的最后一块占取之地从欧洲强国们的手中失落之日，这也是共同欧洲国际法的谢幕演出。演出的舞台在非洲的土地上。与此同时，1870—1900 年这段时期，作为亚洲的领先者日本逐步走上国际舞台，首先进入条约关系中，继而加入像万国邮政联盟这样的管理组织，并最终被接纳为欧洲国际法共同秩序中的平等一员。但是在非洲大地上仍然上演着欧洲国家之间为了开拓中的和新建立的殖民地社会而展开的竞争。

189 除了进行发现探索和科学考察，这些国家间的竞争也或多或少地涉及象征性财产取得，还涉及这些欧洲国家同当地部落及其酋长的交易。这些国家通常会与非国家的统治者签订契约，这种契约也属于国际法的一种类型，但与国家之间的条约不同。相比较于那种纯粹的主权国家之间的国际法，也就是以前的欧洲国际法，上述契约当然不具备合法资格。但是，根据源自英国的权威见解，这些契约具有很强的实践作用，其作用在于可以为实现“有效占领”——这是公认的法定地位——提供准备和辅助作用。在 19 世纪的国家间国际法时代，发现、探索以及象征性的财产取得都是占领（Okkupation）的前兆，是实践意义上的初始权利（inchoative Titel）（参见上述，第 75 页［即边码——中译本编者注］）。这些权利的作用就是赋予那些发现者和最初的探索者一段合理的时间和一种优先权，以便实现对这些被发现土地的实际占领。显然，即使是不太成功或迟来的竞争者，如果必要的话，仍然可以取得上述占领甚至全部有效占领的前兆性权利（Ansatz-Titel），作为其仅有的法律权利。

那种曾经活跃于 17 世纪的通过私人殖民协会来获取领土的传统形式，长期以来由于国家的发展而显得有些过时了，但如今又在最近

---

[1] “Le droit international des chemins de fer en cas de guerre”, *Revue de Droit International et de Législation Compaèree*, XVII (1885), pp.332–361.

几十年的一些出乎意料的事件中复活了。所有欧洲大国都出现了数量众多的新兴殖民协会。德意志帝国和意大利都介入到大型占取（große Landnahme）中，并能够适应原先的国际法形式，特别是通过建立殖民协会的形式。同时，欧洲各殖民国家，英国、法国、德意志帝国、意大利、葡萄牙，作为欧洲国家大家庭的成员，彼此就影响区域和利益范围的划分签订了大量的条约。

通过这种方式产生了许多混乱的国际法合法资格：科学发现与探索；地图测量；象征性或实质性的（尽管并非有效的）财产取得；还有私人或殖民协会与当地部落酋长们签订的大量的性质不明的契约。这种混乱是由于参与非洲占取的欧洲各国政府的国家间协议所造成的。这种国家间条约是对彼此之占取权利的肯定，尤其是在欧洲伙伴 190
国家的殖民区域划界，在地理上确定其利益及影响范围。直接参与的国家以明示同意的方式，中立的第三国以默示承认的方式。

这场针对期待权、合法资格和财产取得之竞赛的高潮部分发生在 1884—1885 年在柏林召开的刚果会议上。参加这次会议的国家有：德意志帝国、奥匈帝国、比利时、丹麦、西班牙、美国、法国、英国、意大利、荷兰、卢森堡、葡萄牙、俄罗斯、瑞典与挪威（[中译者按] 挪威在 1905 年前以共主邦联之关系属于瑞典）及奥斯曼帝国。大会主席团由德意志帝国首相俾斯麦公爵主持，当时只有此人才真正称得上是欧洲国际法的最后一位政治家。这次大会的成果就是《刚果议定书》，这是最后一份不寻常的文献，既能体现一种对文明、进步、自由贸易的锲而不舍的信念，还显示出，欧洲国家根本上有权利要求对非洲大陆之开放性领土的自由的即欧洲式的占有。

这种产生于经济创业年代（Gründerjahre）的文明世界的观念，是另一个时代——欧洲仍旧处于地球的神圣中心的时代——的最后遗迹，而当代则是已经降低到漫画般世俗化的时代。那个时代的精神和语言典型地体现于比利时国王利奥波德（Leopold，他是国际刚果协会的创建者）的言论中，他曾一字一句地说道："文明开启了地球上这

块独一无二的区域，文明还没有渗透其中，但它冲破了黑暗，恩泽于这块大陆上的人民，我敢说，这正是一场无愧于这个进步世纪的十字军东征。”[1] 这次会议的成果碰巧就成了非洲国际法，即被称作“droit international africain”，其内容应当接受欧洲国家的监督。[2]

191 然而，这次会议已经不仅局限于欧洲范围，美利坚合众国也以非常积极有效的方式参与其中。它已经将利比里亚共和国（1848 年被承认）作为自己在非洲的根据地。此外，它还于 1884 年 4 月 22 日承认了国际刚果协会的旗帜——尽管这个组织并非国家，美国在这件事上发挥了决定性的影响力。此举打开了通向混乱的大门，借此机会，一个国际殖民地开始被视为一个独立的国家。自此关于国家间国际法的核心概念变得含糊起来。而且，在这次会议上，美国在明确要求刚果盆地中立化的问题上发挥了重要的影响力。但是，美国并没有签署《刚果议定书》，而且，及至后来 1914 年第一次世界大战中刚果盆地的中立化已经成为现实问题的时候，美国仍然拒绝任何协商合作。因而，在这次刚果会议上美国表现出一种混合了原则上的缺席（Abwesenheit）和实际上的在场（Anwesenheit）的态度，这种很特别的矛盾态度在“一战”后的欧洲有着更明显的体现。

就欧洲的相对化来说，来自西面美国的影响当时还赶不上来自东面的冲击力强。俄罗斯在 19 世纪成为一个保守的大国，准确地说

---

[1] 这番言论出自利奥波德 1876 年 9 月 12 日在布鲁塞尔的地理协会上的讲话。具有那个时代的鲜明的思想和语言特征，有必要将其原文复述如下：“Ouvrir à la civilization la seule partie de notre globe qu'elle n'a point encore pénétrée, percer les ténèbres qui enveloppent des populqtions entières, c'est, j'ose le dire, une croisade digne de ce siècle de progrès”。这个进步的十字军战士进一步联系到：“Je serais heureux que Bruxelles devint en quelque sorte le quartier-général de ce mouvement civilisateur”。

[2] 阿诺托（Gabriel Hanotaux）在 1894 年 6 月 7 日的法国代表会议上如是说，该会议旨在讨论 1894 年 5 月 12 日的条约。

是保守的欧洲大国。谁也想不到日本也加入其中，更想不到会出现一个独立的东亚大空间（Großraumsphäre）。奥斯曼帝国，也就是我们所说的“高门”（die Hohe Pforte / Sublime Porte）（[中译者按] 奥斯曼帝国时期，土耳其人和外国人有时也称君士坦丁堡为“高门”[بابعالی / Pâyitaht]，其名称来自奥斯曼帝国皇宫托普卡帕宫的高门，也是欧洲人对奥斯曼帝国的代称），由于其在非洲拥有大片领地，自然也出席了会议。此前，“出于对公法和欧洲协作（europäisches Konzert）的考量”，奥斯曼帝国被允许正式参加 1856 年的巴黎会议。因此奥斯曼帝国在非洲和亚洲的溃败才被推迟了几十年。刚果会议的欧洲特征倒是由于奥斯曼帝国代表的出席而得到体现，无论如何，这种欧洲特征既不能被东方国家也不能被西方的美国所遮蔽。

此次刚果会议制定了一些规则，旨在谨慎地保护每个国家主权之下的非洲大陆上的欧洲占取。《刚果议定书》在第 34 条中规定了对于“公告”（Notifikation）的要求：“签字国中那些未来将在现有占有土地之外取得非洲大陆之沿海土地的国家，或者那些目前为止还没有在非洲占有土地的国家，还有那些在非洲接管了受保护国的国家，根据议 192
定书的相关规定，占领的同时应当通知其他签字国。（这是）为了其他国家在有异议（réclamations）的时候可以表示反对，这也正是第 34 条规定通知义务的目的所在。”紧接着第 35 条规定了与当时的时代与精神状况相一致的措辞表达了关于占领的必要条件。该条款确认了根据占领而产生的相应的义务。这些文句需要仔细琢磨，其意义非同小可。作为关于占领之正式协议的真实文本，已经进入了基本合法资格的历史，这个合法资格用来证明几个世纪以来无主土地上的占取的合法性：自以为是的欧洲文明及其对一个全球的、自由主义的经济制度的信念，连同占领的法律定义一起，为非欧洲土地上的占取赋予了合法地位。需要强调的是，欧洲与非洲仍旧从本质上被认为是完全不同的国际法空间。这并不是说要取消所有的特定的领土区分——像世界经济中市场与贸易思维的逻辑那样，而是说欧洲的国

家领土——即城市土地，和殖民地的土地，二者在国际法上的地位不同。但是，在这次会议上已经有某些政府主张在国际法中将国家与殖民地同等对待。

> 现行法案的缔约各国承认有义务保证它们在非洲大陆海岸所占领地区所建立的权威足以保护现存之诸权利，以及那些与（协议条件下的）贸易自由和过境自由有关的案件。

这里所指的并不是后来所谓的“有效占领”——刚果会议并没有走到这一步，而是旨在确定殖民地土地与其母国领土的平等地位。拥有占取土地的欧洲强国们所组成的利益与信念共同体仍然是强有力的，它们以自由主义的方式理解财产和经济，视之为进步、文明和自由的保障。当时欧洲找到了一种终极的、普遍的、共同的标准，既体现在取得权的转变上，也体现在对自由贸易的保护上。《刚果议定书》第1
193 条赋予所有国家在刚果盆地内完全贸易自由的权利，第6条又规定了信仰自由、宗教宽容和文化自由。从统治者的角度来看，尚未将有效占领理解为非洲的土地应当与欧洲本国领土具有基本同等的地位，尽管当时（这种要求平等）的需求已经得到一定程度的满足和适应。

《刚果议定书》试图通过这样的政权把国际自由和刚果盆地的中立化联系起来。实现这种努力的方式和方法对我们来说具有很典型的意义。因此，中立化既是对自由贸易的保障，又可以防止欧洲国家在中非土地上在非洲人的眼皮底下利用非洲人相互交战。俾斯麦在1885年2月26日刚果大会上做主席发言时指出，如果非洲人卷入文明国家之间冲突将会导致严重的后果。建立一种新式的友好界线是个不错的主意。但是，鉴于16、17世纪的友好界线最终使得欧洲国家在非欧洲的土地上陷于无休止的争战，因此《刚果议定书》的友好界线力图使将欧洲国家的战争限制在欧洲的土地上，而使殖民地免受战争的困扰。相比16、17世纪，这既是欧洲国家间紧密团结的标志，也体

现出欧洲国家更加强烈的种族认同。当然，这份协议只适用于刚果盆地及其居民，而不是整个非洲。而且，这种友好界线会遭遇很多的内部矛盾。因此，当 1914 年在拥有占取土地之国家间爆发战争的时候，这个界线就没有实际价值了，这正暴露出所谓文明式团结及以往空间秩序的内在脆弱性。

首先，《刚果议定书》中的第 10 条是一个“关于刚果盆地所包含领土之中立化的宣言”。几年之后，此宣言的内容和措辞已使权威的司法解释变得不易理解。但是，无论内容还是措辞都更能揭示出 1890 年代后发生的变革，同时也是对欧洲国际法之空间结构的一个整体考量。第 10 条规定：“缔约国应当尊重属于上述国家之领土或部分领土的中立性。只要缔约国对其领土实施或将要实施主权权力或保护国权利，宣示其中立地位，那么这些国家就得履行中立性所要求的义务。” 194
理论上说，该条款看起来是不同寻常的，甚至以今天的主流观点来看，是不可思议的。自 19 世纪末以来，欧洲国际法逐渐趋向于把所有国家主权治下的区域（包括母国和殖民地）都视为国家领土。但是，传统与特定之欧洲国际法所确定的空间结构，是以欧洲国家领土和非欧洲土地的区分为基础的。然而如果欧洲国际法意义上的国家领土的地位（即欧洲土地）不再明确地与海外领地、（非欧洲的）殖民地相区别，那么，整个欧洲国际法的空间结构都可以被抛弃了，因为欧洲内部的或欧洲国家间的战争与欧洲之外的殖民地战争具有完全不同的内涵。

在刚果会议的谈判中，法国代表库塞尔（Alph. de Courcel）和葡萄牙代表皮门特尔（A. de Serpa Pimentel）已经宣称领土地位具有无区别的平等性；他们将殖民地和海外领土与欧洲母国的“国家领土”同等对待。然而，当时这样一种平等的立场是虚伪的，给人的印象更多的是一种理论性的谈判主题，一种策略性的计谋。但是，1890 年以后，一种纯粹实证主义的法理学粉墨登场，纯粹意义上的国内法律和国家间条约规范，使得真正的欧洲国际法的实质秩序转变成所谓有效

规范的集合。因此，欧洲国际法完全丧失了实质秩序中的空间结构，也使国际法中关于土地之地位的基本和特定的区分失去意义。从法律的角度讲，欧洲国际法只持续承认国家领土和无国家土地两种形式，殖民地的空间意义因此而消失。

如果以空间的视角来仔细考察《刚果议定书》第 10 条的话，会更有意思。为了对贸易和工业提供一个新的保证，维持和平，拓展文明，缔约国同意尊重刚果盆地之殖民占领地的中立性，只要欧洲各国
195 保持中立。根据后来的解释，只有一种类型的土地地位被承认，即主权国的国家领土。很显然，从地理上说，欧洲国家的殖民地土地要么变成战争的舞台，要么保持中立，享有与欧洲母国的土地一样的地位。如果有人公开并严肃地同意以上解释的话，势必会引起困扰，但是这就是被正式认为，欧洲国际法中土地的整个空间结构都建基于殖民地和海外领地的独特领土地位之上。我们只需要回忆一下 16 和 17 世纪的友好界线，就可以认清这个问题的基本特征。如果从空间方面来考量，《刚果议定书》第 10 条有助于确证这样的事实：对不同土地地位的了解是有现实意义的。但是这种意义在 1890 年以后就不存在了，此时正是欧洲国际法走向没落的时候。

对于刚果盆地的比利时部分来说，土地地位是否相同是一个实践问题。国际刚果殖民地（1885 年被承认为一个独立国家）在被比利时这个永久中立国占领之后，成为比利时的殖民地。经过多年的筹划与商讨，比利时于 1907 实施了占领。自 1839 年起就由欧洲各强国予以担保的比利时的领土地位是由中立化原则所决定的，此外，根据对第 10 条的抽象的字义理解，这看起来也是在坚持比利时刚果殖民地的中立化。但是对欧洲与非洲土地地位区分并没有完全丧失意义。1895 年当比利时初步谋划吞并刚果自由邦之后，就产生了一个要紧的问题，即一个永久中立的欧洲国家能否拥有欧洲以外的占领地或殖民地？当然，这样的问题只有在旧的欧洲国际法的语境下才会提出来，因为旧法对母国和殖民地的土地地位区别对待。相反，如果在没有土地地位之区

分或者没有空间意识的情况下，也就是说所有国家治下的土地都是所谓的“国家领土”的情况下，上述问题基本就没有什么意义了。根据这种抽象的土地平等化，就无法理解为什么要禁止中立国获取殖民地，为什么不允许任何一个并不遥远的国家对某块土地以国家领土的名义进行统治。事实上，比利时的中立性直到 1914 年仍然属于欧洲国际法 196
的空间结构。由国家中立化所决定的土地地位及因此而在约束欧洲战争方面所具有的意义，并不适用于非洲的殖民土地以及殖民战争。

对于中立国是否可以拥有殖民地的问题已经争论了十多年，这个问题对国际法的空间秩序具有重要意义。[1] 它关涉所有国际法秩序的核心问题：对战争的限制。解决该问题的实践性方法同样具有启发意义。根据比利时的解释，比利时刚果殖民地的土地地位是由《刚果议定书》单独决定的，也就是说，与比利时本土的中立性不同，这片非洲土地的中立性是可选择的，而不是由欧洲强国所保证的。在担保协议的适用中，通常会区分“尊重”（respecter）与“努力尊重”（faire respecter），但是缔约国从来没有认为其直接义务是“尊重”，更不必说“努力尊重”了，就像他们对待欧洲比利时土地那样。他们也不会认为有任何直接义务去主动制止对刚果中立性的破坏。当比利时国 1907 年占有刚果土地的时候，其法律情势与 1885 年诸大国承认刚果自由邦之地位时相似。1885 年比利时的法学家们已经明确认同对刚果盆地作为“国际殖民地”的一般性理解，也认同将刚果自由邦视为欧洲诸大国承认的结果。而且，利奥波德国王的法律顾问雅克曼（Rolin Jacquemyns）将这种一般理解看作欧洲联盟和欧洲国际法的一次胜利。但是，现在随着 20 世纪的到来，比利时的法学家们开始重构国际法的内容，致力于将“有效占领”视为取得土地的唯一合法资格。在曾经参与其事的著名布鲁塞尔法学家费雷拉（Paul Ferrera）看来，这样的

[1] Fauchille, “L’annexion du Congo à la Belgique et le Droit international”, *Revue de droit international et privé*, t.II, p.400; Despagnet, *Essai sur les protectorates*, 1896.

立场有益于我们的讨论。他说："关于这个独立的（刚果）国家主权的来源是很清楚的，既不是来自于斯坦利（Stanley）与非洲酋长们签订的四百个协议，也非来自诸大国的承认，而是取决于占领本身，因为这块土地上的居民迄今为止尚未组成一个我们欧洲意义上的国家。"[1]

197 这个声明清楚地表达出"有效占领"这个合法资格的真实的目的和意义：反对 Anerkennung［承认］——这个立基于国际法共同体/联盟的合法资格，进而打碎了那个包含"承认"在内的整全性的空间秩序。比利时这个欧洲小国，原先是遵循欧洲大国所主导的"承认"原则而保有其殖民地的存在和保护国地位的，如今通过诉诸（不属于欧洲国际法空间秩序的）"有效占领"的主张而将刚果纳入其殖民地。还记得吧，利奥波德国王当年就略施"国际"小计，说服诸大国放弃审慎考虑而承认了独立的刚果国家。如今，几年过去了，比利时开始完全借助"有效占领"之合法资格来主张对刚果的权利。比利时的此次占领无疑是非常明智的举措，然而同样还是这些比利时法学家，他们提供的 1909 年（也就是独立的刚果国家成立 25 年以后）被占领土上的居民数居然是从 1400 万到 3000 万！毫无疑问，这是个莫名其妙的组织，有着同样匪夷所思的办事效能：在长达四分之一世纪之后，仍然无法确定他们所栖居的土地上究竟有 1400 万还是 3000 万人口！

总之，现在比利时已经通过有效占领的方式而不是国际法上的承认，成为独立的刚果国家的合法继承者。一个永久中立国是否能在非欧洲土地上占有殖民地——这个重要而基本的问题被轻松地回避掉了。1839 年比利时政府已经分别取得诸欧洲大国的同意，保证比利时的中立性。由此，那个曾经是一个普遍而关键的问题，即欧洲空间秩序的真正问题和泛欧洲战争之限度的大问题，都转化成一个条约上的

[1] 《比利时王国的国家法》，图宾根，1909，第 418 页。

实证问题，变成了个别化的比利时海外权利问题。依比利时的观点，这完全是一个实践问题。但是，欧洲保证国已经以个别的方式接受了这种方法，而不是像以前在刚果大会上那样寻求以集体的方式从根本上解决问题，这对于随之而来的 1890 年以后旧的欧洲空间秩序的瓦解来说无疑是个预兆。随着 19 世纪走向尾声，欧洲大国及欧洲国际法学家们不仅不再明白自家国际法的空间预设，而且丧失了一切政治 198
直觉，丧失了共同维护自身空间结构和共同约束战争框架的力量。

紧接着 1885 年 2 月 26 日《刚果议定书》第 10 条，还有一个相同的先兆式的决定，它旨在以另一种同样与众不同的、别出心裁的方式来实现刚果盆地的中立化。在第 11 条中，计划中的对中部非洲土地的中立化并不是以直接同意的方式做出的。相反，该条文只是说："如果某大国对协定第 1 条提到的那些置于自由贸易体制下的国家行使主权权利或行使对被保护国的权利，继而发展为战争。则本协定的创始缔约国以及此后加入本协定的国家，须克尽义务，在该大国与其他交战国共同同意下，将该大国之辖区及条约规定的商业自由区域于战争期间置于中立政权治下，并视之为非交战国之属地。因此，交战国应放弃对中立化地区采取敌对行动，并放弃以该区域为基地进行军事行动。"可以简单表述为：在战争情形下，或者说战争爆发后，非交战国须尽到提供便利条件的义务，或者努力使交战国同意中部非洲地区的中立地位。然而，交战国并没有被直接要求尊重殖民地土地的中立性。

此条款看起来非常繁琐、复杂，而且不直截了当。不过，对正式的条约义务做出谨小慎微的限定，倒是符合主权国家之国际法的风格。然而，在此情况下，这样的限定远比原来那些很直接的保证、宣誓和庄重的担保更有效。所以，那些批评和鄙薄任何以非直接的方式对待中立化的人都是愚蠢的。我们必须铭记在心的是，主权国家之国际法义务的法律约束力不能依赖于主权的自我约束，而是取决于某一确定空间内的共同成员，也就是说，必须以具体空间秩序的整体效果

为基础。通过保留条款（Vorbehalten）或有意识的隐晦（通过繁复的风格化的措辞妥协）无法达成上述效果。因此，作为具体秩序的传统欧洲国际法的衰败并不是由于上述极其复杂且间接的实现中立化的方
199 式。这种秩序之内在脆弱性的原因在于，第 10 条中暗含的预设——即欧洲以外的殖民地土地在国际法上具有独特和专有的地位——在第 11 条中未置一词。这种内在冲突使人们对欧洲国际法的空间秩序及其具体现实均产生怀疑。

1890 年之后该秩序的解体如此迅速而明显，迪皮伊（Charles Dupuis）——欧洲大国国际法合作史方面的杰出专家和史家——在其 1908 年的著作中就发现该秩序已然破产[1]。中立的刚果盆地的命运在 1914 年第一次世界大战初期就已确定。1914 年 8 月 7 日，比利时政府将欧洲大国的注意力吸引到《刚果议定书》第 11 条上。法国在柏林征求西班牙的建议。美国拒绝参与任何与中立化有关的事务，也拒绝接受因中立现实化所带来的影响。英格兰同样表示拒绝，它认为，只要德国在桑给巴尔（Sansibar）仍设有无线电台，以及像埃姆登号（Emden）这样的船只仍受保护，就不能承认德国殖民地的中立性。法国对此表示赞同，这使得比利时和葡萄牙都放下心来。结局已经很明白，具体的细节就无关紧要了。我们还会看到，1919 年日内瓦国联在巴黎郊区会议的领土分会上，欧洲中心的空间秩序已经被完全被抛弃了。

1885 年，欧洲国际法至少在关于中部非洲土地方面仍然能表现出一种联盟的姿态。但是一旦涉及在北非的占取土地埃及、摩洛哥、利比里亚、阿比西尼亚等问题上，欧洲就不再能维持统一的局面了。从刚果大会到 1914—1918 年第一次世界大战，世界政治的发展早已说

---

[1] *Les Grands Systèmes du Politique International*, Conférences d. M. le Professeur Charles Dupuis, November 1928 -January 1929, Paris: Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1930.

明，欧洲对文明和进步的信念已经不再成为国际法的基础。由“刚果”这个词所象征的胜利是短命的。当然，欧洲文明会有足够的信心为非欧洲土地上的占取寻找合法资格，但是必然是以一种全球视野内的世俗方式，因为欧洲不再是世界的神圣中心了。占领最终成为一种 200
赤裸裸的现实，所以现在有效占领就成为占取的唯一的合法资格。从历史的观点看，19 世纪中非的占取只不过是 16、17 世纪英雄时代的尾声。文明与进步的信念不过是意识形态的门面罢了。17 世纪文艺复兴时期的商贸公司出现在 19 世纪的殖民地社会中，最多是一种回光返照而已。所有这些从根本上讲，无论是利益与势力范围的保护界线（Verteilungslinien），还是已经失败的友好界线（Freundschaftlinien），都是在制造无济于事的混乱。既是欧洲中心主义的，同时又是跨越领土边界的自由世界经济，对于友好界线来说，真正是“成也萧何，败也萧何”。在这种迷茫混乱中，欧洲旧的大地法终于走向瓦解。

二、欧洲公法的终结（1890—1918）

在1885年刚果大会之前，美国政府于1884年4月22日承认了刚果协会的旗帜，这对于一向自以为是的欧洲中心主义的国际法来说是一个令人不安的咄咄怪事。美国政府的行为开启了承认非洲土地上之新国家的先例，而且取得成效。尽管当时都不以为然。殊不知，这正是传统的特定的欧洲国际法逐渐走向衰亡的先兆，然而无人理会。欧洲公法日薄西山，继而向无差别普世化之世界法的转变乃大势所趋。与之相伴随的是传统世界整体秩序走向解体。取而代之的是一套数十年来由所谓普遍性的承认规则组成的空洞的规范主义秩序，这套东西使人们意识不到这样的事实：先前被承认的各大国所组成的具体秩序已然衰亡，但是新的秩序仍未建立。

覆盖在欧洲公法上的第一道阴影来自西方。美国作为成长中的大国，其立场显然摇摆不定，难以在明确的孤立化（与欧洲事务划清界线）与全球性普遍人道主义干预之间进行取舍——对此我们将另辟一章专门论述。这种态势在1919年的巴黎和会上发展到灾难性的顶峰，并在威尔逊总统的个人命运中得到象征性的体现。此后我们将进入的是一个不同凡响的国际法时代（1890—1939）。整体来说，这个时代的终结也就是全球空间秩序的终结，传统的特定的欧洲国际法及其战争限度正是在此秩序的基础上建立起来的。

国际法教科书里的概念和表述正是1890—1939年之间现实发展的书面写照。直到1890年，主流观点仍然认为国际法就是专指欧洲

国际法。欧洲大陆特别是德国视之为理所当然。尽管那些外交理论和语汇中所规定的一般概念诸如人权、文明和进步等普遍适用于世界范围，但是整体的观念完全是欧洲中心主义的。因此，所谓“人类”主要被理解为欧洲的人类，“文明”自然也只是欧洲的文明。“进步”即是指欧洲文明的直线发展。19 世纪中叶赫夫特（Augst Wilhelm Heffter）的权威性的德语国际法教科书《当代欧洲国际法基础》（1. Aufl. 1844, 8. Aufl. von F. H. Geffcken besorgt, 1888）就是一个典型代表。莫尔（Robert Mohl）的评价反映出当时普遍性的赞赏：“从法律的角度来看，赫夫特的教科书是所有语言的教科书中最好的。”霍尔多夫（Franz von Holtzendorff）在他 1885 年出版的百科全书中仍然使用了“欧洲国际法”（Europiäsches Völkerrecht）的概念。那个时代伟大的英语著作（如 Travers Twiss，Phillimore，Sumner Maine，Hall，Lorimer，Stephen 等人之作品）和法语著作中，都在使用欧洲中心主义的文明概念，将人类区分为文明人、半文明人和野蛮人等种类。但是他们并没有对这个问题的背景作进一步的了解，而是完全效仿边沁（J. Bentham），直接以“国际法”（International Law）或“诸国家法”（Law of Nations）作为他们著作的标题。不仅如此，相比欧洲大陆的德国和意大利，美洲和西半球国家在采纳上述观念方面亦不逊色。

但是在国际法向美洲领域的扩展过程中，在总体表述上各有不同。美国法学家肯特（James Kent）有一本包含国际法研究的著作名为《美洲法律评论》（1836 年初版）。惠顿（Henry Wheaton）的名著就叫《国际法原理》（*Elements of International Law*）——该书 1836 年初版，其后不断再版和印刷。沃顿（Francis Wharton）的书名为《美国国 202
际法概要》。不同的是，南美人卡尔沃（Carlos Calvo）的名著则为《欧洲和美洲的国际法理论与实践》（*Derecho internacional teorico y practico de Europa y América*，1868）。法国人普拉迪耶－福代雷（Paul Pradier-Fodéré）颇具影响的著作名为《欧洲和美洲的国际条约法》（*Traitéde droit international public européen et américain*，1885）。

虽然如上所述，欧洲与美洲的国际法在表达上各行其是，但是它们在空间秩序与真实的空间问题的理解上并没有太多不同。欧洲与美洲共享一个共同的欧洲文明的概念。在第二（1901—1902）和第三次（1906）泛美会议上，美国与拉美国家之间需要仲裁的冲突，须通过其后的 1907 年海牙会议加以解决。著名的国际仲裁的先驱与和平主义者弗里德（Alfred Fried）称之为“天才的解决之道”。事实上，这不过是对一百年来出现的重大的大陆问题，采取的一种短期的、纯粹就事论事的权宜之计。在 1906 年的会议上，海地代表在关于美洲国际法修改的问题上提出，如果没有欧洲法学家的参与，就无法做出能得到广泛认可的修改。直到 1910 年阿尔瓦雷斯在巴黎出版了一部划时代的著作，《美洲国际法》（*Le Droit international américain*），此书反对一般性的国际法，并阐述了美洲国际法的特征。但是，一般的思维惯性仍是顽固的，就像我们已经看到的，这种旧式思维在“一战”后又得到了日内瓦国际联盟的支持。阿尔瓦雷斯之著作出版的同时，反对的意见接踵而至，这些意见认为各个大陆拥有各自不同的国际法的说法是不成立的，因为国际法规范本身就是普遍的，只有具体情境的不同，而没有规范的不同。一篇发表于 1912 年的题为《不存在美洲国际法》的论文中写道：“时至今日，即第二次海牙和平会议之后，对于南美洲来说，仍然只有一个国际法。”[1]

203 国际法从特定的欧洲秩序延伸扩展至无边界的全球普遍领域，这一事实清楚地说明，临近 19 世纪末欧洲的学者们不再撰写“欧洲”

---

[1] Sa Vianna, *De la non-existence d'un droit international américain*, Rio de Janeiro, 1912, S.241. 作者称，不存在亚洲国际法一说，因此也谈不上什么美洲国际法。他与卡尔沃（Calvo）、阿尔科塔（Amancio Alcorta，1905 年在布宜诺斯艾利斯讲授国际法）和阿尔瓦雷斯展开争辩：“声称以处理所有国家间关系为宗旨的国际法在各大洲之间、各国之间怎么会各不相同？”他激烈反对美国的霸权（阿尔瓦雷斯却表示认可），认为门罗主义只是一个政治原则，并非法律规则。

国际法的教科书，而是直接使用“国际法”（Internationales Recht / Völkerrecht）的概念，并自此开始广为使用[1]。法学家们不再专注于国家间法律（jus inter gentes）与万国法（jus gentium）之间的重要区别——droit des gens 与 internationalem Recht 之间在语言上的差别就以此为基础。取而代之的是对于纯粹的国家之间关系这一国际法特征的高度关注。因此关于全球空间秩序这样的宏大问题便无人问津了。在现有的确定的记忆中，人们常说“文明国家的国际法”，而且坚持认为在国际法上，欧洲的土地或者与欧洲有同样地位的土地，与那些未开化的或非欧洲人所有的土地具有不同的法律地位。殖民地或被保护地在国际法上没有被赋予同国家领土一样的地位。例如，英国法学家威斯特莱克在第一次世界大战之前始终坚持这个传统的观点。能够很典型地反映这种文明概念及其背后之思想的就是布伦奇利之法学著作的标题：“文明国家的现代国际法”（1868 年第一版）；还有马滕斯的俄语国际法著作（1883 年被伯格博姆［Carl Bergbohm］翻译成德文）之标题：“国际法：文明国家的国家间法律”；以及意大利人康图祖（Contuzzu）在 1880 年出版的著作：*Il dirtto delle genti dell'Umanità*。

新问题的关键在于出现了诸多不同大空间（Großräumen）内的国际法，而不是一种无空间概念的普遍国际法。因此，这预示着对于西 204
方（即美洲）来说也要面对一个新的全球空间秩序问题。不过在初期（即 1890 年前后）问题尚未十分严重。人们眼中只有一个没什么毛病的共同的欧洲文明。所谓非洲国际法，其意义仅在于说明非洲土地是欧洲大国进行共同占取的目标而已（见上文第 190 页［即边码——中译本编者注］）。而亚洲国际法当时则尚在议题之外，尽管亚洲国家在

---

[1] 例如：Bulmerincq, Gareis, H. Schuz, Ullmann, Heilborn, v. Liszt（使用 Internationales Recht 或 Völkerrecht）。在意大利语中为 Diritto Internazionale，西班牙语中是 Derecho Internacional，斯拉夫语则为 Mezdunarodnoe prawo 或 Mezdunarodnog Prawa（意为国家间法律）。

1880 和 1890 年代已经成为国际法共同体的成员。但是此时在拉美国家，至少已经开始探讨大空间或大洲所专属之特定国际法的思想，前述阿尔瓦雷斯之《美洲国际法》中已有涉及。奇怪的是，亚洲国家对完全欧洲中心主义的国际法所存在的问题并不介意。但是，这些最终将转变成一种无差别的普遍性国际法。

这是个奇特的发展进程，正可以用来从心理学角度解释当时欧洲外交官和法学家们的世界观。作为非欧洲、非基督教国家，最初土耳其只能通过签署 1856 年的投降条约和接受完全欧洲中心主义的保留条件，加入到当时的欧洲国际法秩序之中。日本、暹罗和中国加入万国邮政联盟被视为是非政治的、技术性的中立事件。因此，欧洲观念中空间秩序的转变中所存在的问题就被暂时遮蔽了。但是，后来这些问题看起来似乎不存在了。日本通过 1894 年与中国的战争以及 1904 年与欧洲大国俄罗斯的胜利战争，向世界证明它愿意遵守欧洲的战争法规则。因此，它已经将它的“接待团”（Rezeptionspartien）打翻在地。此外，日本还在 1900 年与欧洲大国平起平坐，参加了镇压“义和团运动”的远征军。一个亚洲大国从此而崛起并得到承认。与 1907 年第二次海牙会议相比，1899 年第一次海牙会议的氛围依然是纯粹欧洲式的。但是，通过观察这期间亚洲与美洲与会国的数量和角色的变化，可以清楚地发现，在不到十年的时间里，已经实现了从欧洲公法时代向非欧洲意义之国际法的巨大跨越。当欧洲的外交官和法学家们尚陶醉于欧洲国际法之胜利喜悦中的时候，本该由他们领路的人，已经自己站在了大门口。

205 在这个 1880 至 1900 年代的转折时期，国际法学的世界视野在里维埃的《国际法教程》中得到了最好的体现——这本小册子被收入 1889 年基兴海姆（Kirchenheim）编辑出版的“公法掌上图书馆”系列，作为对霍尔茨多夫的纪念[1]。这本书的特殊价值体现在其学术观点、文献史的

[1] 1899 年第 2 版；Riviers, *Principes du droit des gens*, 1896。

研究方法（在霍岑多夫纪念手册中，里维埃被视为格劳秀斯以后又一位从文献史的视角建构国际法理论与体系的作家），以及其对体系的建构方面。但是对我们来说，它主要是一份研究文献，以其特有的方法和视角清楚地反映出国际法从欧洲式向普遍式的转变进程。观念的转变已经发生，即便最初只是一瞬间。转变时代的观念流变大多难以把握，但是这本书像一盏明灯照亮了这个时代的思想变迁。因此，该书的价值在于它既是文献，亦是预言。

里维埃着重指出“文明国家之国际法”的欧洲渊源与特征。他强调欧洲国际法“仍然是正确的名称，因为事实上我们的国际法就是发源于欧洲大陆”[1]。他接着说：“但是，我们的国家共同体不是封闭的。例如我们已经向土耳其敞开大门，如果其他国家达到了如我们一样的文明程度，也应该向它们开放。通过越来越重要且越来越频繁发挥作用的条约，渐渐地非洲和波利尼西亚国家会同亚洲国家一起成为法律共同体的成员。”

1890 年代的欧洲国际法学家如何全方位地解读欧洲国际法共同体的全方位开放？又如何将非欧洲、非美洲的人民（Völker）纳入该共同体之中？里维埃给出了非常有代表性的答案：“目前的主权国家是 206
由当代的民族共同体中的原住民组成的。”（《国际法教程》，第 92 页及以下）这些国家中，首先是欧洲的 25 个主权国家，接着是美洲的 19 个国家，然后是“非洲的国家”：刚果自由邦、利比里亚自由邦、

---

[1] 霍岑多夫在其“国际法导言”（见《国际法手册》，1885，第一章，第 14 页）中也公开宣称欧洲大陆是（国际法）起源地，威斯特莱克称之为“核心”（nucleus）。意大利法学家同时也是日本司法部顾问帕泰尔诺斯特罗（Paternostro）对“人道”（humanité）概念的意义做出了富有教益的阐发，“国际法不仅是欧洲的，还是整个人类和全世界的”（*Revue de Droit International*, XXIII [1891], S.67）。冯·李斯特（von Liszt）的《国际法》第 1 版（1898，第 3 页）中讲道：“如今必须要把日本纳入国际法共同体之内，它的文化绝对在基督教—欧洲国家的水平线之上。日本在对中国的战争中比大多数欧洲国家都更严格地遵守了国际法规则。”

奥兰治自由邦（Freistaat Oranien / Orange Free State）、摩洛哥苏丹国，以及桑给巴尔苏丹国。

它们被称为国家（Staat），但是“主权”二字被省掉了。对于摩洛哥和桑给巴尔特别给予附注：“显然最后这两个国家不属于国际法共同体。”那么问题随之而来：为什么要把这两个国家列进名单呢？“非洲的国家”（Staaten in Afrika）之后紧接着是在同一个层面的“亚洲”（In Asian）概况，但是这里对亚洲连“国家”二字都没有提。“亚洲”的概况原文如下：“以下这些国家都在国家共同体之外，但是又与共同体成员保持着经常性的条约关系：波斯、中国、日本、朝鲜、暹罗。其他国家则逐渐地以各种方式被英国和法国吞并；马来西亚归属荷兰（婆罗洲除外，婆罗洲、沙捞越和文莱属英国）。”结尾处写道：“波利尼西亚：夏威夷、萨摩亚。”在概述的其他部分还提到，奥匈帝国在中国、日本和暹罗总共仅设有一个公使馆（Gesandte）。这是一幅全景画卷，既是预言，也是一份真实文献。清晰地展现了从欧洲国际法向超越欧洲之国际法的历史剧变。

通过回顾1890年代的国际法历史，我们尽力聚焦于国际法历史中的关键史实。19世纪末的欧洲国际法学没有了任何反思精神，甚至在全然无意识的情况下丢掉了传统秩序中的空间结构观念。将这种日益表面化、肤浅化并不断扩展的普遍化过程天真地视为欧洲国际法的胜利。将欧洲从世界国际法中心的云端上跌落误以为是青云直上。对新国家的国际法承认（Anerkennung）——即被某一真实秩序所接纳或许可——的意义被低估，仅仅被视为用来证明与他国新建关系之牢固性和稳定性的信任证明书（里维埃语）。法学家们以为欧洲会因为接纳非欧洲国家而备受诟谇，却从未注意到，这些国家的加入恰恰侵蚀了接纳（Rezeption）的基础。因为先前的秩序，无论好
207 坏，至少是一种具体的秩序，也就是说，主要是一种空间秩序，是由诸欧洲王室、国家和民族所组成的真正的共同体，但这些都已走向消亡，无可替代的消亡。代之而起的并非一套诸国家组成的“体系”，

而只是一种既没有空间也不成体系的混乱杂处的现实关系。这是由五十多个据称是地位平等、主权平等的异质国家及其散落各处的领地（Besitzungen）所组成的混乱局面，杂乱无章，缺少空间和精神上的关联。在这种无结构的乱局中，共同的战争框架无法建立，“文明”的概念最终亦无法再充当同质性（Homogenität）的实质内容。

在这个消亡的过程中，对国家和政府的国际法承认制度就不得不舍弃具有实质意义的那部分内容，还要取消承认国与被承认国之间具有同质性的要求。因为作为传统欧洲国际法之基础的关于文明人、半文明人和野蛮人的区分如今在法律上已经无足轻重，同样的还有大陆空间关系的现实，以及欧洲母国与海外殖民地在土地地位上的区别。殖民地土地逐渐变成同欧洲国家的土地一样的国家领土。国际法在空间规范方面无先例可循，例如发生在欧洲瑞典和挪威之间的案例，就无法用来解决日本与墨西哥之间的问题。当时的法学家们根本没有意识到新的全球问题的重要性，但此时的国民经济学家却在问：世界经济是普遍主义还是多元主义？这个问题在1900年代的德国产生了广泛争论[1]。

---

[1] 古斯塔夫·冯·施莫勒（Gustav von Schmoller）在当时关于农业和工业发展的讨论中，主张当时的世界帝国（大英帝国、美利坚合众国和俄罗斯）趋向于发展成三种自足型（autark）世界帝国；见施默勒：“三个世界帝国理论”，引自《德意志帝国立法、行政和经济学年鉴》，1990，第373页及以下。相反，迪策尔（Heinrich Dietzel）将其诊断为新史密斯主义（Neo-Smithianismus）。阿道夫·瓦格纳（Adolf Wagner）、泽林（Sering）及其他人也参与了这场争论。见贝克拉特（Erwin von Beckerath）的波恩演讲：“作为国民经济学家和社会学家的迪策尔”（波恩，1944，第26页）。松巴特（Werner Sombart）在世纪之交发现了“降低外贸重要性的法律”（见其论文：“我们走向出口型工业国？”，载《社会实践》，1898—1899，第633页）。与此相关，参见麦克斯·维克托（Max Victor）：“所谓的降低外贸重要性的法律”，载《经济学文献》，第36期（1932），第59页。关于奥里乌，参见本书下一节第217页（即边码——中译本编者注）。“大空间”（Großraum）这个词在“一战”之后才出现；它可以被解释为“世界疆域”（Weltgebiete）、“大洲同盟”（Kontinentalblöcke）、“势力范围”（Einflußsphären）和“利益范围”（Interessensphären）等。

208 从法律上讲，现在似乎仅有一个无差别的国家间国际法共同体，这个“国际共同体”（communauté internationale）包括尚未被有效占领的无国家的北极土地以及无国家的贝都因部落。

当时的那种无空间概念的全球普遍主义观念倒是契合于国家与经济相分离的现实——即货物、资本和劳动力可以自由流动的自由世界贸易和世界市场。自 1860 年《科布登条约》（Cobden-Vertrag）之后，自由经济思想与商业全球化不仅被视为理所当然，而且风靡整个欧洲。我们发现，原来 1885 年刚果会议上的讨论及其成果正是由世界经济自由化的思想所主导的。尽管有为数众多且显而易见的对自由经济的阻碍和限制，有保护性关税以及各种各样的保护主义措施，但这些只是些例外情况，对于永久进步及其光明前景来说不在话下。这种世界观的坚强后盾来自英国的统治地位，来自英国在全球自由贸易和海洋自由方面的国家利益。在领事、贸易及租界条约（Niederlassungsverträgen）中的最惠国条款成为实现统一市场，促进经济进步的绝好手段。简言之，所谓的世界经济，即自由的非国家的经济空间，以穿透一切的力量，不断扩张弥散在一个表面上是纯粹国家间的政治性的国际法所界定的国家政治边境的上下左右。自由世界经济的思想不仅跨越了国家政治边境，而且作为一个根本前提，此思想包含了该国际法秩序下的各成员国宪法的标准：每个成员国都要有最低限度的宪政秩序。这个最低标准包括国家公共领域与私人领域的分离，其中最重要的即在非国家领域内的财产、贸易和经济自由。

我们应该记得，以往某个具体的国际法秩序大多是几种不同秩序的融会与整合。因此，基督教中世纪时期的国际法就是教会法与封建法的融合。17、18 世纪的欧洲秩序将王室家庭之间的法律同国家之间的法律连接起来。19 世纪的国家间法律体现在经济自由、海洋自由与
209 国家间主权关系的联系上。公法与私法的二元论恰与纯粹国家间国际法和国际自由经济的二元论相对应。站在前台的是领土划分明确的主权国家，其后台则是国际自由贸易共同体。与其说是领土的分界线，

不如说是圈定人为活动范围的界线。这条界线按照自由宪政主义的标准来划定，是一条穿越各国的自由经济之线。也可以视其为现代版的友好界线。

不过在当时普遍和流行的法学思想是在内部和外部之间做出截然区分，即区分国际法与国家法，或者说区分国家之间的法律和一国之内的法律。特里佩尔（Heinrich Triepel）在其1899年的著作《国际法与国家法》中以基础性的方式阐述了法律集团（Rechtskreise）与法律渊源（Rechtsquellen）中的二元论。这种内部和外部的截然区分，一方面符合国家官僚机构以国家为中心的思想，以公法为其思想核心；而另一方面，自由的商人们则将世界视为他们的战场。但是特里佩尔的书中并没有提到，（对国家官僚系统来说）内外判然两分的背后，存在着强大的、一贯的共性，即以自由宪政为标准结成的共同体。法学家们大多忘记了现实中存在着两种国际法秩序。尽管施坦因依旧能将两者区分清楚：一种是原初意义上的国际法，由彼此分离并自成一体的主权国家组成该秩序；另一种国际法是完全由市场、经济和外国法组成的秩序，其领域遍布全世界。

自19世纪中叶以来，名为国际私法的学科力图从国际法概念的束缚中挣脱出来。它希望以自己的方式发展成一门独立的法学学科，从而与国际法分道扬镳。实际上，它最终发展成一门实证主义法学，仅以单纯的国内法即国家立法为基础。因为该问题而产生的大量争议我们略过不论。但是这个时期在概念的发展方面有一个显著特征，即所有的概念发展到最后都有一个相同的结局：以国家为中心的法律实证主义是当时的主流法律思想，却无法提供充分的概念工具来形成一 210
种制度，用以解释单一主权国家与超国家的自由经济相互纠缠的现实。每个主权国家都会以公共秩序（ordre public）保留的方式避免适用国际私法，其破坏性作用如同国际条约法中的保留条款。

规范（Norm）与例外（Ausnahme）的理性关系发生了颠转。如果概念——特别是诸如财产、婚姻这样的概念——在品质方面存在问

题，就说明事实上一般性的秩序和概念已经出现危机。萨维尼——使国际私法变成现代法律学科的伟大奠基者——在他的名著《当代罗马法体系》中将国际私法完全建立在毋庸置疑的欧洲共同体的基础之上。

19 世纪下半叶所发生的深刻变化体现在，通行数十年之久的萨维尼所主张的住所地原则已经被意大利的国籍与国民身份原则所取代。这种变化反映了向自由放任趋势的剧烈转变，以及新的土地关系的形成。英国法学大家威斯特莱克的判断十分正确，他认为，从住所地原则向国民身份原则的转变说明法律史上的重大变迁自 13 世纪就已发生。这是一场通向自由的普遍性运动，它废弃了传统的路向，在此意义上更像一场强度很大的全民战争动员，也使人们普遍迷失方向。欧洲中心主义的世界已经是明日黄花，它的背后有一种新的力量潮流的支撑，在此潮流下国家中心主义的法律实证主义对国内事务显得无济于事。在对外事务上，国际条约法的实证主义对自己的历史状况缺乏了解。因此不难理解为什么国家法与国际法即内国与外国的二元论成为问题的核心并得到密切关注。但是，国家间政治法律与国际经济法律的二元论却被忽视。很明显，在经济领域，老旧的全球空间秩序已经失去其结构。当其他来自各处的非欧洲的国家和民族占据了原先属于欧洲民族和国家的家庭和房屋，这将意味着什么？

211 欧洲各民族和国家组成的大家庭或共同体（Hausgenossenschaft）突然向全世界敞开大门，这不是简单的数量上的增长与扩张，而是向一个新局面的转变。当然，首要的表现是普遍地堕入无空间、无土地的虚无境地。在此情况下，一个新的具体的国际法空间秩序取代了原先绝对具体的欧洲公法秩序。早在 1823 年门罗主义发表的时候就终结了欧洲国家在西半球范围内进一步占取的可能性。在 18、19 世纪表现出来的欧洲的均衡系统，无法简单地移植到世界均衡中去。然而，不久英国就提出了要做世界中心的主张，并想以先前欧洲均衡为例，以大空间之均衡来实现新的世界范围内的普遍均衡。英国首相坎

宁（George Canning）1826 年 12 月 12 日在英国下议院谈到要再造均衡时说："我四处张望，在另一个半球寻求实现均衡的方法……我期待新世界此时能够使旧世界重获均衡。"坎宁的这番言论既针对联盟（Confederacy）（指神圣同盟），也针对决议（指门罗宣言），以及联合（Combination）（指 1819—1826 年的《玻利瓦尔备忘录》）[1]。但是英伦诸岛无法实现其全球均衡的目标。英国在地中海的特定区域以及通往印度的线路上拥有传统的势力。这里它扮演了一个"拦阻者"的角色。尽管这个欧洲小岛国相对于庞大的全球势力来说仍显弱小。但是，它仍有足够的力量建立一个新的均衡，以此来抑制海上大国，继而能够独自控制世界海洋的广大空间。欧洲大国的协作终止于 1918 年。在一段时间内，英国似乎看起来已经接替并继续引导了帝国主义世界大国的协作体系，以及主要大国的结盟与联合——即凡尔赛体制所尝试的大国主导（puissances principales）下的空间秩序。

现在的国际法（Völkerrecht）——在法学上准确的说是 International Law——已经不再是一个具体的空间秩序了。如果不考虑其 212
特定内容，所谓国际法不过是一系列有争议的被普遍化的先例——其中大部分案例所处的情境要么已不复存在，要么与现在大相径庭——再加上一些多少已得到普遍承认的规范，往往在具体应用中越是具有争议性的规范反而越能获得普遍且热烈的认可。这些被普遍承认的规范漂浮在一张密不透风的网上，这张网由附加各种根本性保留条件的条约性协定织成。1899 年第一次海牙会议所签署的协定还只有少数保留条款，但是 1907 年第二次海牙会议上协定中的保留条款却反客为主地占了多数。保留条款使得漂亮的协议徒具虚文。"约定必须遵守"（pacta sunt servanda）这句话不过是一面高高飘扬的法律旗帜，旗下的

---

[1] 瑞恩在此方面有一篇重要的国际法论文："论欧洲国家体制跨洋扩展的意义"，载《历史学期刊》，第 137 卷（1928），第 79 页。关于奥特弗耶（Hautefeuilles）在世界均衡体系方面的观点，见前文第 145 页（即边码——中译本编者注）。

真实状况则是被彻底虚无化的条约通胀——因太多自相矛盾的条约所引发的条约通胀，这些条约被各种明示或默示的保留条款完全掏空、虚无化。从来不乏这样一些问题，在真正解答这些问题的过程中能够引发对某些概念的具体建构。这些问题包括：普遍国际法与特殊国际法的区别；强调具体政治意义的以国家为中心的大陆式战争概念，与无涉国家的以海洋为中心的盎格鲁式战争概念的区别；或者是对空间问题全面深入的考量，诸如门罗主义，西半球界线，以及政治与经济的新关系等问题。但是当时的国际法学家不认为这些真实存在的问题是法学问题，否认的原因在于他们的法律实证主义立场。也就是说，所有的真问题——关于政治的、经济的以及空间分配（Verteilungs-Fragen）等问题，都不是法学问题，法学家们不予理会。

Silete theology in munere alieno!［神学应对陌生事务闭嘴！］16世纪晚期的人文法学家对神学家们这样说，目的是建立一种关于“万民法”（jus gentium）的独立法学。三百年之后，也就是19世纪晚期，法学以法律实证主义的名义，在所有当代重大的法律问题上闭嘴。Sileamus in munere alieno［我们必须对墙外的事闭嘴］。由于国际法的失职，欧洲陷入世界大战的泥潭，欧洲大陆不再是世界的中心，先前运转良好的战争框架亦土崩瓦解。

三、日内瓦国联与大地空间秩序问题

1918—1919年冬天的巴黎和会结束了世界大战，带来了世界和平。与以往欧洲国际法的和平会议不同（分别在1648，1713，1814—1815，1856，1878及1885年），这一次并非只是欧洲的会议，世界各国都参与其中。而且其主导国家，即协约国与同盟国中的主要国家：英国、法国、意大利、日本和美国，与原先欧洲国际法的大国们不同，它们不再受共同空间秩序的约束。作为协约国之核心的美国以门罗主义为保留条件，这是一种新的空间秩序，即西半球统一界线。作为同盟国之核心的日本已经在筹划其在远东的特殊利益。作为欧亚大国的苏联则根本没有出席。

在1918—1919年巴黎和会上只是偶尔提起欧洲之外的地球空间。除了和平事务，未涉及欧洲以外的秩序问题。像海洋自由——即大陆之外的空间秩序——这样的问题，不仅仅是没有被设为议题，而是根本没有看到这方面的变化。就像是《乌特勒支和约》（1713）与维也纳会议（1814—1815）之后的地球空间秩序无甚变化一样。

相反，德国和奥匈帝国这两个战败国（它们的土地是这次领土分割的主要目标）倒是纯正的欧洲国家，而且是中欧的大国，是欧洲国际法的主体。将巴黎和会视为欧洲的会议不是根据会议的主体和成员国主体，而是就会议的目标和主题而言。中东欧之间新的领土界线已经划定，德意志帝国的殖民地已经被托管（Mandat），土耳其在亚洲的重要领地已经移交给新的主权国家。这是一次世界会议，但并没有

创设出新的世界秩序。它只是消灭了两个欧洲大国，两个原空间秩序的中坚力量，并对欧洲的土地进行了再分配，而世界又重新回到原先的混乱无序之中。在先前的数个世纪中，都是由欧洲会议决定世界空
214 间秩序，但是在1918—1919年的巴黎和会上，第一次乾坤颠转：由世界决定欧洲的空间秩序。这意味着人们试图在一个完全失序的世界里为欧洲创设一种新秩序。在国际联盟的护卫下，世界大会对欧洲大陆的土地进行了强行的重新分配。

国联的总部设在日内瓦，这是美国总统威尔逊选定的地方。日内瓦具有象征意义，在某种程度上是一个精神圣地，下文再谈论其现实意义[1]。国联的成员国来自世界各地，其中有18个美洲国家，占总数的1/3。若真正以国家联邦或邦联来视之，国联并不是一个联邦的架构。它只是小心地借用了国家间“协会”（Société）或“联盟”（League）（[中译者按]国家联盟的法文是Sociétédes Nations，英文是League of Nations）这样的名称，真实的情况是：条约中充斥着保留条款，国家间关系可以自由约定，其生效成立需要得到50个分散在世界各地的不同国家之政府的同意。其实国联最主要的作用是为国家间会议提供了程序和模式方面的范本，来自欧洲和非欧洲政府的指定特派外交代表加入到所谓的大会（Assembléé générale）与理事会（Conseil）中，会议机构体系中还包括一个秘书处和若干国际行政机构。

---

[1] “在1919年4月11日举行的国联委员会上，以18比12的投票结果选择日内瓦作为国联的总部，这是属于加尔文、卢梭和国际红十字会的城市，这座城市在过去的精神命运是与盎格鲁式的民主世界紧密相关的。比利时希望以其首都布鲁塞尔作总部的心愿因威尔逊的想法而落空，因为威尔逊认为这个新的国家间组织应当建立在远离战争记忆的地方。”（古根海姆[Paul Guggenheim]：《国联——政治与法律的真相》，莱比锡，1932，第21页）而且，如前文所述，布鲁塞尔的精神价值尚不充分（第196页[即边码——中译本编者注]）。

这种联合（Kombination）的政治意义就在于，英法这两个领头的欧洲大国得以控制和操纵小型或中型欧洲国家。两国因此可以协同行动，这充其量就是个同盟（Bündnis）而已。我们经常说到，任何国际法的目的都不是为了废止战争，而是为了限制和约束战争，即避免发生毁灭性的战争。但是国联对此却毫无助益。传统欧洲国 215
际法中的非歧视性国家间战争，因为包含了制裁概念而受到诟病，但绝不会因此被废止或公开撤销。因此，国联不仅拒绝讨论表面化的裁军问题，而且根本没有涉及制定战争框架的任务。第一次也是唯一的一件重要的经济制裁案例发生在1935—1936年，但并没有如法国最初所愿针对德国，而是制裁了意大利。这次制裁中没有解决任何有关战争法的问题。由于国联成员国埃塞俄比亚遭到另一国联成员国意大利攻击并被吞并，对意大利的制裁因此而自动终止。1936年7月4日通过的一项国联决议撤销了上述制裁。很多国联成员国以各种方式承认了此次（领土）吞并（Annexion）。1938年4月16日英国与意大利签署协议，不仅承认了该吞并，而且在下一届理事会上通过自己影响力使得其他成员国群起效仿。此次理事会召开于1938年5月12日。英国外长哈里法克斯（Halifax）勋爵明确表示，每个成员国必须表态是否承认此次吞并。他强调，和平与安宁比死守着不承认武力占领的抽象原则重要得多。只有一些边远的外围国家，例如中国、玻利维亚、苏联和新西兰持反对意见。大部分国家接受了英国的主张。理事会并没有达成正式结论，但理事会主席强调指出，大多数理事会成员主张由各成员国自行决定是否承认此次吞并的问题。尽管如此，埃塞俄比亚并没有被取消国联成员国的资格。真正的决断要等到第二次世界大战了，但不是通过国联，因为那时国联已经不存在了。

多么不同凡响的联盟！在埃塞俄比亚事件中，可能传统欧洲国际法上的区别对待又在下意识地发挥作用，发生在非欧洲土地上的战争被排除在该秩序之外，非洲显然被视为是殖民地土地。所有因这些内

在结构冲突而产生的诸多困境，其根源很大程度上在于国际法的无
216 序状态。当空间秩序的结构处于模糊状态，而战争的概念已被破坏时，这一切都变得不可避免。取代战争框架的是由意图不清的形式化妥协与措辞谨慎的规范所织成的网，这些规范的含义取决于所谓纯粹法学的解释。欧洲中世纪的基督教共同体包含有真正的空间秩序，为1919—1939年的国际联盟提供了一个范例，说明如果没有以明确的空间法概念为基础，就不可能建立一个完整的国际法秩序。一套既难以设想又难以解释的规范体系是无法替补上述空白的。国联在制度和方法上的失败不能归咎于法学家的失职——尽管付出了大量心血，其成果却只是规范主义的表面现象和国际法学的虚假繁荣。但是，按照法学家们所谓实证主义理论，法学家一般来说只能起到次要的辅助性的作用，有句著名的怨言，至少此处是令人惊讶的："法学家的意见不过是对政治主顾之观点的证明。"国联失败的真正原因在于其在空间秩序方面没有做出任何决议，甚至根本没有这方面的考虑。国联意在同时建立一个欧洲秩序和一个全球普遍秩序。其欧洲特征体现在，两个中欧大国（德国和奥匈帝国）作为第一次世界大战的两个战败国，不得不为新的领土划分付出代价；其全球化和普遍化的特征，既体现在国联的发起人与创始人美国总统威尔逊的思想中，也体现在与威尔逊思想截然相反的方面——大英帝国在全球范围的统治与海上利益。所以，在这样完全多元化的普遍主义背景下，当代国际法中最重要和最有决定意义的问题仍然悬而未决。

世界的发展最终走进了一个普遍主义与多元主义、一极化与多极化并存的明显的两难困境。也就是说，新国际法的产生取决于当今世界究竟是选择某单一国家独霸全球的局面，还是愿意接受一个由大空间、势力范围、文化圈共存其中的多元主义局面。国民经济学家从世纪之交起就开始讨论这个问题（见上文第207页［*即边码——中译本*
217 *编者注*］）。著名法学家奥里乌自1910年就开始清晰而明智地思考联

邦式的统一大空间问题[1]。但是在日内瓦，一种未受批判的普遍主义意识形态主导了公共意见。决定日内瓦国联之兴亡的，正是这种（普遍主义的）结构。欧洲的空间问题全面恶化：政治方面是欧洲的巴尔干化（Balkanisierung）现象；经济上是战争债务、赔偿、保护关税和货币等问题；哲学的问题在于多元主义。但是，有能力影响日内瓦之氛围的诸大国，只允许小心翼翼的讨论，不允许严肃的观点争锋。多元主义成为日内瓦的教义和信条。在1929—1930年，白里安（Aristide Briand）的“欧洲联盟”（Union Européenne）计划就引起过讨论。但是，我们不无忌妒地发现，国联会议上讨论到这个主题，巴拉圭、乌拉圭的代表和一个印度王公向欧洲提出了世界一体化的建议。非欧洲国家的态度恰恰说明，尽管（世界一体化的议题）超出了国联框架，尽管国联认可普遍主义观念，但处理该问题时仍然存在内在的制约因素[2]。

由于在空间秩序的基本问题上缺乏决断，所以国联未能在保持领土现状（territorial Status quo）方面发展出一种一以贯之的原则。从法律方面看，它未能制定出一种明确的占有转移之禁令（interdictum uti possidetis），也缺少临时性占有保证（Besitzgarantie）方面的制度。任

---

[1] 奥里乌指出，随着市场由城邦国家向民族领土国家（Territorial-Staat）的扩展，市场被纳入国家之中，作为政治机构的“国家”才真正建立起来。对于后来进一步发展中出现的问题，也是我们现在所面临的问题，他这样回答：“L'idéal du commerce serait qu'il n'y eût qu'une seule institution politique et un seul marché; alors toutes les barrières artificielles seraient supprimées, tout serait simplifié, parce que tout serait unifié. A défaut de l'Etat universel qui est une chimère l'Etat fédéral est déjà une réalization satisfaisante, parce qu'à l'intérieur de ses frontières, dans un espace généealement vaste, le commerce s'ébat en liberté.”这是在评论科尔松（Colson）著作《政治经济学教程》（*Cours d'économie politique*）时所讲的，见奥里乌：《公法的原则》，巴黎，1910（1916年第2版）。

[2] 《国联理事会的特别法案》（官方期刊补充卷），Séances Plénières，1930。

何一种占有保证的概念，例如保持现状（Status quo）或保持占有（uti possidetis），都从属于某一相应的法律体系或某个秩序与场域的统一
218 体。日内瓦的制度看起来也保障了各成员国的领土完整，体现在《国联盟约》的第 10 条中。人民自决权原则（Selbstbestimmungsrecht）虽未被正式承认，却有很强的影响力，它动摇了保持领土现状原则的正当性（Legitimität），也颠覆了后者无可置疑的确定性。此外，《国联盟约》第 19 条中前瞻性地规定了对可能威胁和平之国际事态的调查程序。当然，这是一个措辞谨慎、附有保留条件、却没有具体分配原则的条款。然而最主要的难题变得更加棘手，即应当如何理解保持现状（Status quo）？

国联不可能达成一个普遍的世界秩序，因为两个现代空间大国——苏联和美国都没有出席。国联提出的形式化的空间概念中有一个根本性的冲突——英法这两个新体制中的欧洲领先大国对于维持欧洲与世界现状分别有着完全不同的理解。而且，这种理解上的冲突是如此尖锐，以至于无论是 1919 年的纯粹实际状况，还是新的欧洲国家边界，都得不到保障。结果，《国联盟约》中没有真正的占有保证制度，连临时性安排都没有。英国凭借保持现状原则成为“日不落”的世界帝国，它拥有对世界海洋的统治权和对海洋自由的英国式解释权，而且最主要的是，能够在这个海洋性的世界帝国中确保海上通道的安全。这种全球视野的以海洋为中心的“保持现状”概念，可以在处理欧洲大陆的国家边界和领土关系方面具有更大的回旋空间。欧洲的领土问题因此可以变得更有弹性，领土再分配的问题也因此具有更广泛的包容性。但是法国对“保持现状”的理解与上述完全相反，例如欧洲大陆的领土划分，以及 1919 年的领土边界[1]。与世界范围内其

[1] 到 1925 年时一切都变得非常明显了。详见我 1925 年的论文：“保持现状原则与和平”，载《高地》（*Hochland*），1925 年 10 月；后全文收入《论断与概念》（汉堡，1940），第 33 页。

他领先的海上大国相比较，法国的空间视野过于狭窄。它在处理欧洲 219
土地再分配方面也缺乏弹性。法国的空间结构从根本上就与众不同。这种法国特有的典型欧陆式“保持现状”概念，体现了一种完全不同的关于合法性（Legalität）的法律逻辑；与之相反，英国海洋式世界视角下的“保持现状”概念，与实际的观念和结果相比，必然表现出绝对的正当性（legitim）。

国联的怪异之处体现在，基本的空间概念模棱两可、自相矛盾，而战争概念亦是歧义丛生。一方面，仍然保留了传统欧洲国际法的国家间军事战争；另一方面，又使用经济与财政等方面新的强制与制裁方式，国家间国际法所规定的非歧视性的战争概念以及中立性权利之基础，都因此而遭到破坏。

需要再次回顾的两个事实是：首先，国际法的任务在于阻止毁灭性的战争，既然战争不可避免，就要对之施加约束；其次，空谈取消战争而没有真正可行的约束措施的话，可能会导致新的更恶劣的战争形式，例如退化成内战或者其他形式的毁灭性的战争。但是，日内瓦到处都在谈论废止或取消战争，却无人论及战争的空间约束。相反，对中立性的破坏导致了无序化的普遍性世界战争。所谓的“和平”，变成了无空间、无结构的干涉（Intervention）的意识形态化诉求。为达成一个能够提供普遍双边协助（assistance mutuelle）的可靠盟约——即便这份互助盟约得到全体成员国的批准——所付出的努力得不到应有的回报，因为这份盟约仍旧缺乏具体的空间秩序和明确的战争概念。为了把侵略定性为国际法之罪行（crime international）所耗费的巨大心力，同样是徒劳无功的。这方面的思想史研究见上文（见第二章第 87 页［*即边码——中译本编者注*］关于维多利亚的评论）。可以凭借法律上对细节的敏锐洞察力来确定特定的侵略事实，但所有的努力终究无济于事。关于战争意义的转变将在下一节予以详细考察。

我们无须对所有的重大问题都予以详细考察。但是值得说明的 220

是，国联因缺少空间秩序所产生的三个基本问题，这三个问题分别是：领土变更的问题；永久中立化的存废问题；欧洲与西半球统一界线的关系问题。这些问题至少值得我们做一些简短的讨论。其目的既不是在历史的废墟中搜寻破砖烂瓦，也不是为了在事后对那些徒劳无果的努力做出尖刻的批评，而是为了真正了解那种缺乏秩序和空间概念的规范主义国际法及其影响。

（一）我们可以看到，由于一个真正的新空间秩序的缺失，在法律原则中针对当下的占有状态和保持领土现状方面亦缺少一种立场鲜明的观点。人们只能被迫接受目前在保持现状方面的赤裸裸的现实。因此在领土变更方法上产生了没完没了却始终没有结论的争议。领土变更方法的关键词是“和平变革”。1937 年在巴黎召开的第 10 届高级国际研究常设会议（Conference Permanente des Hautes Etudes Internationales in Paris），专门就领土变更方法问题进行了大量的研究，成果丰硕[1]。然而会议产生的近七百页的报告与讨论，实际上并不能改变什么。英国方面主张一种修正主义方法——小心翼翼、很表面化且反反复复的修正主义；法国则出于安全需要而持反修正主义立场——死板僵化却极具决断力。国际法空间架构的核心问题，就是在诸大空间组成的多样性秩序与一统化世界形成的普遍性空间秩序之间进行抉择。世界政治的主要矛盾就在于中心化的世界统治与均衡式的空间秩序之间的对立，也就是普世主义与多元主义，一极化与多极化的对立，这些完全超出了和平变革议题的范围。只有少数美国的参会者，例如昆西·赖特（Quincy Wright）注意到这些转变和再分配带来

[1] *Le Problème des Changements Pacifiques dans les Reletions internationals. Xeme Session de la Conférence Permanente des Hautes Etudes Internationales*，巴黎，1937 年 6 月 28 日—7 月 3 日（Verlag des Institut International de Coopération Interlectuelle, Société des Nations, Paris, 1938）。其中包括布尔奎姆（Maurice Bourquim）所做的专门论及方法的富有启发性的导言性报告。

的现代性普遍化诉求。正如赖特所言，经济的变动以及金钱或工业与 221
劳动力的流转，比领土移转（transfers de territoires）的利益大得多。相反，那些积极参与讨论的欧洲国家的代表，特别是罗马尼亚和匈牙利的代表，一方面死命抓住“保持现状”的口号不放——这是一个虚幻而天真的口号；另一方面，又高举相反的口号——对“保持现状”进行修正。正是“修正”（Revision）这个伪法学词汇，充分暴露了整个讨论的半吊子水平。显然，这样的讨论注定毫无收获。对此的简单解释是，国联从整体上不仅缺少空间秩序的理念，而且缺乏关于保持领土现状的基本原则，甚至未能形成一般性的概念——可以借此来命名国联通过制裁而实现的维持世界现状的行为。1938 年 9 月通过内部欺骗而达成的《慕尼黑协定》最终葬送了国联，与之相比，18 世纪波兰以同样的方式被瓜分，倒是按照秩序所规定的程序进行的[1]。在《慕尼黑协定》签订后一年——1939 年 9 月第二次世界大战爆发，没有人向国联求助。相反，英国在 1939 年 9 月 3 日发表声明，宣称其义务来自《凯洛格公约》（Kellogg-Pakt）[2]。

（二）这种半吊子的状况——其原因同样在于缺少空间秩序——也涉及当今欧洲某些永久中立国的问题。中立化将特定空间排除在可能发生战争的区域之外，以一种作标记的方法在国际法空间秩序内划定战争的框架。因此，只要中立化制度没有蜕变成毫无价值的古

---

[1] 英国政府在1942年8月5日的外交照会中解释了先前的声明——在该声明发表之后《慕尼黑协定》被德国撕毁，主张捷克斯洛伐克总统和政府应与其他同盟国国家元首和政府具有同等法律地位。这是一种典型地向保持现状原则的回归（ante）（即向1938 年《慕尼黑协定》之前的状态道德回归）；值得注意的是，该声明对领土事务方面做出了保留，即对领土变更持开放态度。因此，根据“二战”期间在雅尔塔和莫斯科所结成的阵营，捷克斯洛伐克被划进了东方大空间。

[2] ［中译本编者注］《凯洛格公约》是施米特对《非战公约》（又称《凯洛格—白里安公约》）的简称，下同。

董，就仍是欧洲国际法之总体结构的重要表现形式，而国际法则是中立制度的保障。中立制度既非“病态”（Abnormes）也不是“怪物”（Unikum）。瑞士和比利时的法学家们在当时国际法领域的特殊影响
222 正是现实的真实写照。1815 年 11 月 20 日《维也纳最后议定书》第 74 条规定了瑞士的永久中立国地位，由欧洲列强予以保证，瑞士同时也表达了感谢，瑞士的中立国地位成为 19 世纪欧洲国际法的重要组成部分。瑞士的永久中立性取决于欧洲公法的特性与命运，但与基督教教会的持续中立性不同。19 世纪的下半叶，两个新的民族国家——意大利和德意志帝国作为欧洲新的大国崛起于瑞士之侧。瑞士的中立性对空间结构的意义因此而更显重要。这说明，由于两个新大国的崛起而产生的领土变更得到了国际承认，但并没有从整体上破坏传统欧洲国际法的空间结构。

1918—1919 年的巴黎和会明确承认了 1815 年的协议以及瑞士的中立地位（见《凡尔赛和约》第 435 条）。但是，这次会议也同时见证了欧洲空间秩序的自我毁灭。这种矛盾其实很明显，但在当时的氛围中并没有被察觉。显然，同样的矛盾如果出自占优势地位的太平洋意识形态，站在战争概念之转变的角度来看，则会被敏锐地察觉。国联的防止战争法规定，战争被界定为允许的和不被允许的两种；交战国根据国际法被分为正义和非正义的两种，受到区别对待。根据传统国家间国际法，交战双方都是正当敌人，建立在这个完全公平（aequalitas）的基础之上的中立性概念，因为上述歧视性规定而被否定。不过，作为永久中立国的瑞士却被批准成为国联的全权成员国，甚至可以像其他成员国一样，参与商议和决定对其他成员国采取取消资格或歧视措施。

1920 年 2 月 13 日国联理事会的伦敦宣言试图克服上述内在矛盾，即承认瑞士的情况是“唯一且特别的情况”。通过对 435 条的重述，旨在阐明 1815 年条约中所确立的有利于瑞士的保证被视为是“维持和平的国际协议”。和平不是一个抽象的概念，而是包含在一个十

分确定而具体的欧洲空间秩序中，但是，这样的观念得不到重视。相反，人们倾向于意识形态化的观念，认为瑞士的永久中立性与国联的 223
普遍性防止战争体系相冲突。为了解决这个冲突，规定瑞士不能参加军事行动，只能参与经济制裁（见《国联盟约》第 16 条）。很明显，瑞士永久中立地位的唯一性和特殊性，并非伦敦宣言的前提，而是其结果。其实这种异常状况早在 1919 年巴黎和会和国际联盟中就出现了。日内瓦国联已经取得了经济制裁的成果，施加经济压力将实际替代国家间的军事战争，因此，参与经济施压行动的国家很明显不是中立的，而是等同于一个在纯军事战争中的军事行动的参与者。当然，尚未有真实的例证出现，倒是有相反的情形发生。国联在政治上的无能也与之类似，具体来说，它未能创设出一个新的空间秩序和战争框架，相反，异常而单独的复辟行动取得成功——瑞士的传统中立性得以恢复。1938 年 4 月 29 日，瑞士联邦委员会向国联理事会提交的一份备忘录声称，通过对过渡时期中立性之区别的仔细考察，瑞士认为，其永久中立性不包括参与任何联盟的制裁行动，包括 1920 年宣言所要求的义务。这是向“整体的”即传统的中立性的回归。国联理事会对此表示认可，并于 1938 年 5 月 14 日宣布，瑞士毋须参加《国联盟约》第 16 条所规定的制裁行动。

这起“复辟”事件具有特别的启发意义，证明瑞士的永久中立性强势于新的国际联盟。但这也只是说明了日内瓦国联在方法上的软弱和无用，并不意味着向瑞士中立性的整体性回归——包括其基础与存在前提，即回到欧洲公法的旧的空间秩序。事实上，回归是一种假象，即便是永久中立的国家也不可能是一个孤立的无所依托的建制，被悬置在空洞的空间里。

另一个经典例证是比利时，其中立性为各大国所保证，其命运与 224
瑞士相同。比利时在 1917 年第一次世界大战期间，宣布终止 1839 年的保证条约。《凡尔赛和约》以“不再适用”为由废止了 1839 年的条约；德意志帝国在《凡尔赛和约》第 31 条的强制下对此表示同意，

并承认了比利时不再中立的新状态。但是，回归传统中立性的异常行动，正是国联危机趋向恶化之时。1936 年 10 月 14 日比利时宣布自愿返回中立性状态。法国和英国免除了比利时的义务，但是依然保留了它们对比利时的援助义务（1937 年 4 月 24 日）。1937 年 10 月 13 日德国发布自己对比利时中立性的保证声明。在诸多保留条件的限制下，上述这些声明和保证与比利时作为国联成员国的权利和义务之间的关系，显得十分混乱。但至少可以看出，19 世纪欧洲国家之永久中立性的观念，总归要强势于国联倡导的新的全球秩序。但遗憾的是，比利时的个案并不能说明，向中立化的回归，就意味着欧洲整体上向旧的空间秩序和旧的欧洲公法回归。

（三）如此回归并不是件轻松简单的事。国联与欧洲的关系问题实际上就是国联与西半球的关系问题。进一步说，由于美国在经济与政治实力上的压倒性优势，所以其中最重要的是国联与美国的关系。法律实证主义根本解决不了这些问题。美国拒绝批准《凡尔赛和约》；并于 1921 年 8 月 25 日同德国达成了专门的和平协议，而且没有加入国联。国联甚至没办法说服美国加入设在海牙的国际法院。美国看起来是以一种特殊的很坚决的方式正式地缺席（abwesend）于日内瓦。但是，美国在其他的欧洲问题上又以直接、有效且强有力的方式重新出现（anwesend）。由此形成了一种官方性缺席（Abwesenheit）与实
225 际性在场（Anwesenheit）的奇特的混合局面，这其实真正反映了美国与国联及欧洲之关系的特点。为了正确理解 1919—1939 年间空间失序的问题，我们必须认真关注这种特殊的关系。

为数众多的美洲国家都加入了国联，出于多方面原因和考虑，这些国家都被称为“主权国家”，但是它们都依附于美国，其外交政策都处于美国的控制之下。例如古巴、海地、圣地亚哥、巴拿马和尼加拉瓜等国家都是国联的成员国，而且有时还是理事会成员。但是，它们不仅在经济和事实上依附于美国，处于门罗主义或所谓加勒比主义所设定的大空间区域之内，其外交政策也受制于同美国签订的正式条

约。例如美国和古巴于 1903 年 5 月 22 日签署的条约，美国和巴拿马于 1903 年 11 月 18 日签署的条约，都是典型的实现控制的现代形式，其首要特征是放弃了以公开吞并的方式来控制某国家，即使这些国家的土地变成了控制国的国家领土，但其土地法权地位（Boden-Status）不会因此而改变。但是，被控制国的领土已经被吸纳进控制国的空间范围。被控制国领土主权的外部形式没有变化，但是其主权的实质内容因控制国之经济大空间的保障措施而改变。这就是现代版的国际法干涉条约。政治控制与统治建立在干涉的基础上，同时确保其领土现状不变。控制国有权保护独立性或私有产权，维持秩序与安全，捍卫政府的正当性（Legitimität）或合法性（Legalität），或者出于其他理由，随意地干涉被控制国的事务。其干涉权通过军事据点、海军基地、加油站、军事占领地和租界，以及其他对内对外的形式得以实施。干涉权以条约和协定的形式为被控制国所承认，因而从纯粹法律意义上讲，也可以说根本不存在干预之事。

这些（实施统治与控制）新方式的意义在于它颠覆了传统国家领土形式中的秩序与场域。各种细节反映出这些新的统治与控制方法的本质特征：领土主权转变成适于社会经济事务的空洞空间。由边界线 226
所构成的外部领土状况是有保障的，但不包括其实质内容，即构成领土之整体性的社会经济内容。经济权力的空间决定了国际法的畛域。一个行动自由被干预的国家，就不再能够在其领土主权范围内凭借其主权决断使诸如独立、公共秩序、合法性与正当性等概念变成具体的现实，或者能够自由决定自己的财产与经济制度，并将“在自家土地上决定自家经济”（cujus regio ejus economia）的原则变成现实。根据门罗主义所设定的空间秩序，前文提到的几个美洲国家属于西半球，此外，根据它们签订的有约束力的国际法条约，它们还属于美国的空间主权（Raumhoheit）范围。此外，它们又是国联的成员国，因此，与大英帝国之遍布全球的特定海上空间体系不同，（美洲国家所组成的）次级的、封闭的大空间体系存在于日内瓦国联框

架内，但是这种结合的方式显得特别而怪异：许多被控制国家以地位平等的主权国身份出席了日内瓦会议，但它们身后的控制国却未见踪影。

西半球的崛起使欧洲黯然无光，而国联甚至从一开始就屈服于西半球。《国联盟约》第 21 条明显地是在向门罗主义让步。第 21 条声称，门罗主义作为维护和平的“地区性协议”（entente régionale），与《国联盟约》并不矛盾。回顾该条款产生的历史，对我们的讨论大有裨益。在诸多经常被提及的细节中，如下事实值得特别注意：巴黎和会上，国联委员会的讨论在 1919 年 2 月 13 日至 3 月 22 日之间被中断，因为威尔逊总统在此期间返回华盛顿，以便实地了解美国当时的政治风向。此时他确信，主张孤立主义的反对运动日益强势，参议院亦明确主张将门罗主义作为保留条件。因此，当威尔逊返回巴黎，在接下来的商谈中他要求必须明确将门罗主义纳入《国联盟约》。对法
227 国政治家来说，期待美国在欧洲对他们施以援手的愿望起了决定作用；他们将国联视为寻求美国担保或与美国结盟的替代品。所以，当威尔逊直截了当地宣布，如果不能明确地将门罗主义作为保留条件，美国将不会加入国联时，法国代表并没有表示反对。威尔逊还借此机会阐述了门罗主义的实践意义，并强调根据此原则，国联亦不能干涉美洲的事务。

针对威尔逊提出的在《国联盟约》中明确承认门罗主义的要求，杰出的法国国际法学家拉尔诺德（Larnaude）指出了门罗主义中存在的若干显而易见的问题。他尤其担心，根据门罗主义，美国会拒绝干涉欧洲事务（因此也无法对法国提供有效保护）。此类问题使威尔逊陷入窘境。他在传统的西半球孤立主义和自己毕生追求的建立维护世界和平之普遍联盟之间举棋不定。孤立抑或干涉？这个两难困境（其深刻意义将在下文讨论）最终使威尔逊冒险决定，对（国内）错误地承诺，一定要在巴黎和会上要求国联在其盟约中明确承认门罗主义，否则美国将拒绝加入国联。门罗主义保留条款就这样被写进《国联盟

约》第21条，这也成为西半球战胜欧洲的标志。但是众所周知的是，美国参议院没有批准《凡尔赛和约》与《国联盟约》，美国最终未能加入国联。西半球就此撤回，两个大陆之间或东西半球之间因此而失去了关联性，而国联尚未确定应当建立何种空间秩序原则。国联在其盟约文本中郑重宣示了美洲空间秩序原则的优先性以及美洲大陆的特殊优越地位，因此它同时也放弃了一种确定的空间秩序——以自身的既非特定欧洲的亦非全球空间体系为基础的空间秩序。

《国联盟约》第21条的实践影响力需通过对其起源历史的考察才 228
能真正得以理解。门罗主义（即西半球孤立的传统原则）——包括对门罗主义的全面阐释——超越于日内瓦国联之上，国联因此也不再认真解决欧洲与西半球关系这个最要紧的问题。对含义丰富的门罗主义在具体实践应用上的解释权——例如决定战争与和平、对联盟成员间债务问题的判断、战争赔偿问题等——理所当然地完全掌握在美国手中。国联因此不仅对美洲国家间关系，而且在欧洲国家与美洲国家间关系上都丧失了管辖权和处置权。尽管偶尔还会涉及美洲国家的事务，但国联对此已经无能为力了。但是相反的是，美洲成员国仍然享有与其他国家特别是欧洲成员国一样的权利。虽然门罗主义禁止国联影响美洲事务，但是国联在处理欧洲事务时，例如制订欧洲联盟计划（1929—1930）或德国奥地利关税联盟（1931）时，那些美洲成员国都实质性地参与其中。结果，国联缺席于美洲事务，而美洲的18个国家却出现在日内瓦。美国作为美洲国家的领袖没有正式到场。但是，由于门罗主义已被承认，而且其他美洲国家也都在场，所以对美国来说，完全意义上的缺席是不可能的。

正是这样一种官方式缺席与实质性在场的混合使得那些只关心官方事务的法学家公开放弃了对这个重大问题的思考。但是，这种混合局面并不是一个无关宏旨的偶发事件，不能将之归因于威尔逊总统的个性特征或其他细枝末节的原因。其真正的原因在于政治与经济的分离，美国主张之，欧洲认可之。有一句著名的、典型化的传统格言反

映了这种分离：贸易越多越好，政治越少越好。对内意味着自由的经
229 济和社会统治着国家。对外，它并不拒绝关税、保护主义和经济自治（美国的外交政策就是以强硬的保护主义关税政策为特征的）。相反，它以间接的方式施加政治影响，其最明显的特征即它以自由贸易或自由市场作为国际法上的宪政标准，利用“门户开放”和“最惠国待遇”打破政治的领土界线。因此，在政治与经济分离的意义下，官方的缺席只意味着政治缺席，非官方的在场则意味着一种非常有效的经济在场，必要的话，还包括政治控制。政治与经济的分离，迄今为止在许多法国、英国和美国理论家们看来是人类进步的最后阶段，是现代国家与现代文明的根本标准[1]。但是，事实上这是受到了经济理由之优先性的迷惑，加剧了因地球空间秩序问题悬而未决所引起的混乱。这种剪不断理还乱的局面体现在关于政治责任的讨论中；还可以发现，16、17 世纪国际法的重要意义体现在 cujus region，ejus religio［在谁的地盘，就信谁的宗教］，而现在则变成 cujus region，ejus economia［谁的地盘，就是谁的经济］。当然，在这个工业化—技术化的时代，地域（regio）已经具备了新的规模与范围。

关于 1924 年至 1933 年欧洲债务与赔偿问题的进一步发展，有大
230 量的例证与我们的讨论相关，但是此处无须详述。1929 年和 1930 年的海牙会议，讨论了债务的非政治化和商业化问题也就是所谓“杨格

---

[1] 迈基文（R. M. MacIver）：《现代国家》，牛津，1936，第 291 页，该章标题是“政治权力与经济秩序”。他是以英文来表达其核心论点的，所以我不得不在此引述原文：“17 世纪英国的扩张，是社会的扩张而非国家的扩张。”18 世纪美洲土地上有各个新国家组成联邦的过程，也同样是一个社会扩张的过程。正如乔治·昂温（George Unwin）在为吉尔（Conrad Gill）“一战”期间出版的著作《国家权力与繁荣》（伦敦，1916）写的导言中所说的那样。奥里乌在著作《公法原则》第 7 章中（1910 年第 1 版，第 269 页，1916 年第 2 版，第 303、343 页）对国家之政治和经济中心化问题，提出了最为精彩的法学概念：“政治—经济均衡”（équilibre politico-économique）。

计划”（1929），但这只是再次印证而不是改变了上述观念。“杨格计划”取消了外国对德国的控制，美国也不再是一个典型化或象征性的共同控制者，但是德国却因此要承担以外币全额赔偿的责任。虽然没有明说，事实上却区分了德国应该对美国持续偿付的部分，和以外币无条件偿付的部分（每年 6.6 亿德国马克）。美国没有参与，至少没有正式参与（以“杨格计划”为基础的）巴塞尔国际清算银行的建立。但是美国再次以非官方的身份出现，即通过两个美国私人银行家来操纵，而欧洲国家的代表则是其发行银行的主席。在当时的欧洲看来，诸如赔款与联盟成员间债务等战后重要经济问题的处理，不可能没有美国的参与。但是，根据门罗主义以及美国坚定的孤立主义立场，美国会尽力避免对欧洲政治事务的干预。显然，这符合我们前文提到的古老格言：贸易越多越好，政治越少越好。

18 世纪的“贸易”在风格上不同于工业化和现代技术时代的“经济”。然而，经济的实际优先性给了美国很大的优势，政治从经济中分离出来使得美国可以更加轻松自如地全场域地推行其自由政治。在拥有这些优势的基础上，美国看待欧洲内部针对“保持现状”的争议或调整领土边境等问题时，就会有一种超然的心态，只要争议和冲突是纯粹经济性而不是政治性的。但是考虑到欧洲的真实情况，很快就发现经济与政治的分离显然是不稳定的。所有战后的经济问题，特别是关于国联内部债务的问题，都不可避免地具有政治意义，而且，美国在经济上的优越性不过是掩盖了这样的事实：对经济权力来说，要紧的是能够直接转化为政治权力。因此，美国的政治缺席肯定是这种不确定局面的原因之一。美国将 1914—1918 年的战争定义为“第一 231
次世界大战”，而欧洲国家则视之为一场完全是以欧洲为中心的战争。而且，美国将自己在诸多会议中的角色，定性为战胜方与战败方之间的仲裁人。这种特有的在场与缺席的并存局面，是美国在参与经济和政治事务，发挥其影响力的过程中发展起来的。因此，经济的在场并不缺少必要的实效和强度，而政治的缺席并不会妨碍因经济在场所发

挥出的政治影响力。

如果我们再次将注意力集中在领土问题上，或许能在一定程度上解决由国联与欧洲之关系而引起的空间秩序方面的问题。法学家们认为领土问题是纯粹政治性的问题，不是法学问题[1]。不仅法学家这样认为，经济学家也认为其非经济问题，商业专家同样视其为非商业的。因此，领土问题被想当然地排除在美国的官方利益之外。尽管如此，领土问题并非排他性的纯粹的欧洲内部事务——即所谓的保留领域（domaine réservé）。正是领土问题使得日内瓦国联没有成为欧洲的联盟，而是普世性的国际组织。但是，国联的普世性特征实质上体现在那些欧洲自己无法解决的欧洲问题上。国联本该以中立的仲裁者身份处理欧洲的根本问题，但实际上却站在西半球之领袖国家的阴影中。当 1930 年阴影真正笼罩欧洲的时候，所有关于欧洲联盟的计划都化为空谈。

空间混乱（Raum-Chaos）引发的后果显而易见。人们普遍认识到并开始探讨欧洲空间秩序的问题。但是，如何在“保持既得利益”（Status-quo-Interessen）的支持者和反对者之间的对立中寻求解决之道？理性又将在何处栖身？特别是，战胜方能期待什么样的公平与公
232 正？他们既不能依赖前欧洲大国——法国和英国，也不能靠国际联盟，更不能靠美国。作为欧洲大陆之前领袖的法国，出于自身安全考虑，顽固地主张保持 1919 年的领土边境现状。英国属于欧洲（of Europe），却不在欧洲之中（not in Europe）。而国联——正如我们所看到的——根本没有能力创设新的空间秩序，也未能对保持现状做出确定的解释。此外，通过承认门罗主义，国联已经完全服从于由西半球所主张的空间秩序观念。这些观念——正如我将要指出的——对欧洲

---

[1] 辛德勒（Dietrich Schindler）：《1914 年以来的仲裁》（《国际法手册》，瓦尔茨［G. A. Walz］编，V，3），斯图加特，1938，第 94 页及以下：“法院通过对领土的裁决，解决了一个非法律的问题。”

而言缺乏内在的秩序建构力。因为美国努力保持其政治缺席的状态，并致力于维护西半球的孤立界线。

这个（孤立）界线并没有创设出新的大地法（Nomos der Erde），但是另一方面却使欧洲国际法的传统规范发生了变化。在高度工业化的时代通过拆解政治与经济的关系，使国际法空间秩序的问题更加复杂化，也使 cujus regıon ejus economia［谁的地盘，就是谁的经济］及 cujus economia ejus regıon［谁的经济，就是谁的地盘］这两句由来已久的格言受到质疑。在孤立界线看来，政治构成了领土边界的外在表象，经济则具有实质的、超越领土边界的内容。而且认为，在关键时刻，区分政治集团中的敌友对全局来说具有决定性意义。另外，对于东西方强权国家所努力追求的对全球和平的垄断，它也无济于事。国联对东方和西方都做出了让步，对美国方面是 1928 年的《凯洛格公约》，对苏联体现在 1933 年和 1936 年的行动上。或者说，一方面正式宣布放弃战争；另一方面，通过对侵略的定义来为正义战争书写导言。国联在其盟约中努力讨好双方。但是东方与西方都认为，战争与和平不关国联的事。

四、战争意义的转变

1914 年 8 月爆发的第一次世界大战是旧式的欧洲国家之间的战争。交战国都承认对方为地位平等的主权国家，也就是欧洲公法意义上的“正当敌人”。侵略尚未成为当时国际法上的一个法律概念。战争初期仍然遵守 1907 年第三次《海牙公约》中关于“正式宣战”的
233 规定，即“正式宣战”是一个预先的、明确的和主动的战争宣示。宣战行为绝非（被罪刑化或歧视化的）侵略行为，相反，它是正确的战争行为和正式的战争宣示，其发展历程我们上文（第 123 页［即边码——中译本编者注］）已经谈过。宣战是为了满足法律形式上的需要，也是为了避免第三方介入到战争或和平事务中。出于对交战国和中立国利益的考虑，因此明确划分了这两种国际法身份，是为了避免出现今天被称为冷战的中间状态。

但是，战争开始不久就出现了意义转变的征兆。从比利时这一方来看，正义战争与非正义战争的区别就在于是否对比利时之中立地位构成破坏，德国已经对比利时的大部分土地实施军事占领长达四年之久，因此，比利时力图否定该占领行为在国际法上的有效性[1]。但是，

---

[1] 见维舍尔（Ch. de Visscher）1916 年 7 月 28 日发表的报告，“De la belligérance dans ses rapports avec la violation de la neutralité”，《格劳秀斯协会》，第二卷，第 102 页：Cette égalité juridique, qui existe entre belligérants ordinaries dans le cas de guerre régulière, se trouve exclue ici en raison du caractère injuste de l'agression.

最重要的征兆体现在终结“一战”的和平条约——即《凡尔赛和约》的诸多特征上，这些特征决定性地预示了未来的意义转变。《凡尔赛和约》值得特别关注，因为这涉及欧洲的发展历程。出于同样的原因，还有必要对 1924 年 10 月 2 日的所谓《日内瓦议定书》给予特别考察，因为当时的局面仍在欧洲大国主导之下。

1.《凡尔赛和约》（1919）

《凡尔赛和约》中有两个条款预示着与传统欧洲国际法不同的新的战争概念的出现：起诉德皇威廉二世的第 227 条，以及被称为战争责任条款的第 231 条。根据实证主义条约规则，这两项条款只适用于第一次世界大战。但是，在国际法中，这两个条款即便构不成先例，也应被视为战争概念发生变化的预兆。第 228 条与第 227 条的产生原因是相同的，不过第 228 条所说的战争罪仍是传统意义上的概念，而 234
227 条则包含了新型的战争概念——战争被认为是犯罪。

今天所说的“战争罪”中的诸事实构成，它们彼此之间不仅表面上和细节上，而且在法律结构上也大相径庭。这种差别不仅具有理论意义上，在涉及法律执行过程或程序运行的设置时，即刻凸显出其重要的实践意义。诸事实构成之间的法律差别体现在各个重要的方面，不仅有实体法律上的问题：什么是犯罪的事实构成（Tatbestand）？谁是罪犯（Täter）？谁是共犯（Mitarbeiter）、从犯（Gehilfe）和包庇犯（Begünstigter）？而且有程序法的问题：谁是原告（Ankläger）？谁是被告（Angeklagter）？谁是当事人（Partei）？谁是法官（Richter）？谁来组成法庭（Gericht）？以什么名义作出判决（Urteil）？

（1）传统意义的战争罪（《凡尔赛和约》第 228 条）

相互承认主权并按“战争法”（jus belli）行事的交战国之间不存

在罪行（Verbrechen）的问题，至少不存在犯罪（kriminellen）意义上的罪行。只要“正当敌人”（justus hostis）的概念依然有效，国家之间的战争就不会是犯罪，在这个时期，“战争罪行”（Kriegsverbrechen）这个词并不意味着战争被视为犯罪。因此，它不是指意义已经发生转变后的战争罪行，与之有本质上不同。根据对古典欧洲国际法的理解，战争罪（Kriegsverbrechen）是指发生在战争期间的行为，主要针对交战国武装力量的成员。它是对所谓战争法即 jus in bello 的违犯，例如违反海牙陆战公约、海战规范以及战俘法等。这些法律规范假定战争是被许可的，交战双方地位平等。如果战争本身是被禁止的或战争根本就是犯罪，那么这些法律规范就必须进行实质性的改变了。

辨识传统型的战争罪并不困难，因为其特性显而易见。如果谈到 1914 年之前的战争罪（war crimes），必然仅有上述类型。长期以来，这种传统型的战争罪在刑法中，在交战国的军事机构中，在国际法的文献中得到广泛认识和研讨，其作用不仅在于设定了上述的关于战争的前提（即战争是被许可的及交战双方平等），也适用于相关的
235 法律后果中：报复性措施、国家的损害赔偿责任、针对本国和敌国之罪行的刑事责任等。军事命令通常构成对上述罪行进行申辩和辩护的理由[1]。

《凡尔赛和约》第 228—230 条（包括《圣日耳曼条约》第 173 条和其他在巴黎郊区签订的条约）中规定的战争罪是指破坏战争法（jus in bello）的行为。但是，这些和平条约中有一处重要的针对 1914 年前之国际法的革新——战败国必须将被指控为战犯的本国公民移交给敌对国。这是对大赦这个古老法律制度的根本性的重大改变。直到

---

[1] 孔慈（Josef L. Kunz）在其著作《战争法与中立法》（维也纳，1935，第 35 页）中对这个问题进行了典型化的教科书式的论述。韦德罗斯（Alfred Verdross）的论文“违反国际法的战争行为与国家的惩罚权（Strafanspruch）”（柏林，1920）对此进行了深入的专门性论述。

1918 年，大赦在一般情况下都是和平条约的固有部分，或相互承认的交战国双方出于和平之目的而默示接受的结果[1]。由于对战败国采取歧视措施，大赦制度因而遭到破坏。意义的转变显而易见。然而，需要注意的是，尽管第 228 条规定了特殊条款，为本国公民的引渡奠定了条约基础。但“无犯罪，即不受法律惩罚”（nullum crimen, nulla poena sine lege）的原则依然有效，也就是说，不仅设定有判断犯罪行为的前提标准（违反战争法或战争习惯法的行为），而且规定相应的刑罚与刑罚强度（由法律规定的惩罚）[2]。

（2）作为战争罪犯的威廉二世

针对前德国皇帝威廉二世的第 227 条，位于《凡尔赛和约》（[中译者按] 以下简称《和约》）第七节“处罚”（Penalties）的标题之下。仅此标题就已说明，和约已将威廉皇帝的行为定性为应受惩罚的行为，体现出迈向罪刑化（Kriminalisierung）的趋势。

不仅是领头的五个大国，包括相关的同盟国家都被列为“原告”， 236
没有特别区分是单个国家、国家集团还是全体国家作为原告。根据《和约》，原先的皇帝被公开指控。前德国皇帝威廉二世冯·霍亨索伦成为唯一的“被告”。这个皇帝因此而成为新型国际犯罪的唯一被告，尽管帝国首相贝特曼－霍尔维格（Bethmann-Hollweg）在 1919 年公开声称自己要对任职期间（1914—1917）在皇帝手下所做的所有行政行为负全责。但是诸原告国家均未对帝国首相的声明做出宪法上的回

---

[1] 豪尔（W. E. Hall）：《国际法》，第 8 版（希金斯［Pearce Higgins］编，牛津，1924），第 677 页；奥本海－劳特派特：《国际法》，第 6 版，1940，第 476 页（其中谈到凡尔赛是一个例外情况）；Bonfils-Fauchille，§1700；韦德罗斯：“大赦”条目，收于《施特鲁普国际法辞典 I》，第 34 页；格劳秀斯：《战争与和平法》，卷三，§17，第 20 页。

[2] 关于对“一战”德国战犯之惩罚的进一步发展，特别是设在莱比锡的德意志帝国法院的后期审理，近年来常常被公之于众，可以被视为众所周知的前提标准。

应。对新战争罪的指控只能局限于个别的国家元首。

第 227 条的规定了应被指控的犯罪构成是："对国际道德和条约神圣性的严重侵犯。"但是除此之外，第 227 条第 3 款还规定了一项指导原则，即法院应该根据国际政治的最高主旨，而不是国际法来判案，因为在传统国际法的公共观念中并不将这种行为视为犯罪。此外，法院还须尊重国际条约中的正式义务。最后，法院由五名法官组成，分别来自协约国与同盟国，但他们并非这些国家指派的代表，而是以个人身份履行职务。根据《和约》的程序规定，须保证被告人有自我辩护的权利。最终的判决由法院决定。

在 1919 年，第 227 条很容易受到传统欧洲国际法与刑法的批判与反击。欧洲国际法不承认一个国家可以对另一个国家，或某一主权者可以对另一主权者拥有管辖处分权。Par in parem non habet
237 jurisdictionem［平等主体之间没有管辖权］。根据主流观念，国际法以及国际罪刑的唯一主体是国家。因此，国际法上的罪刑不是内国刑法意义上的罪行。严格意义上的战争是发生在国家之间的，而不是个人或团体之间。在国际法上，战争既不是由个人，也不是由国家元首，而是由国家发动的。敌人是正当敌人，也就是说，敌人与罪犯不同。第 227 条并没有对此种新型犯罪予以特别限定。法官的指导原则不仅仅是法律，还可以是道德与政治。因此处罚完全取决于法官的自由裁量。大概能看得出来，既然法院必然要做出判罚，那么控方其实已经抢在法官判决之前了。所谓不溯及既往、法无明文不为罪（nullum crimen, nulla poena sine lege）的原则被公然破坏。由于第 227 条在条文中具体提到了威廉二世，也由于其中事实构成和刑罚的不确定性，该条因此而成为过于个人化的遭人诟病的例外法律。

因此可以认为，这个关于欧洲侵略战争中国际罪行的案例，不会在欧洲政府和欧洲人民中产生持久的影响力。为了将威廉二世以国际罪犯的身份带到国际法庭所做出的种种努力，很快就会被欧洲公众所遗忘。1920 年，英国和法国政府实际上已经停止追究此事。

自 1918 年 11 月起，威廉二世在荷兰这个中立国居住。荷兰政府拒绝英国和法国的引渡请求。认为这种引渡是传统欧洲公法之国际法所禁止的。法国和英国没有继续要求引渡。因此至少在欧洲，可以确信的是，由 227 条所规定的新型战争罪不仅未能成功实践，反而成为一个反面教材。

美国的公共意见则大相径庭。在巴黎和会的讨论中，美国代表着力强调了侵略战争的非法性。与此相对立的观点强调，在传统国际法 238
上战争并非被禁止的行为，也不是非法行为（illegal act）。这个问题上的众说纷纭的局面，更甚于在对威廉二世的处罚、对破坏战争法行为的处罚、战争赔偿等问题上的纷争。因此有必要在更一般的意义上来讨论战争罪行的问题。第 231 条所规定的战争责任问题将在下文［“2.（3）新罪行的事实构成：侵略行为、侵略战争、非正义战争”一节中］予以特别讨论。

起初，国联理事会的观念是追究战争罪犯的责任（Commission des responsabilités des auteurs de la guerre）。理事会不仅在第 227 条（即惩罚威廉二世的条款）中，而且在第 228 条（即惩罚上述军事战争罪的条款）中，均采用了传统意义。根据后者，以兰辛（Robert Lansing）为首的美国代表反对英国和法国代表的意见，明确主张将反人道主义犯罪的惩罚与违反战争法的犯罪行为的惩罚等同起来是错误的。他们以 1865 年亨利·沃兹（Henri Wirz）案为例，此案是指在美国内战结束后，在华盛顿对南方一个监狱长官的一次军事审判，该案于 1865 年 11 月以被告被判死刑而告终。美国代表强调，对于此类战争罪（即对战争法的破坏）的惩处必须始终以 nullum crimen sine lege［法无明文规定不为罪］为原则。他们还提到 1812 年美利坚合众国诉哈得孙（《美国联邦最高法院判例报告》，卷十一，32）的案例，此案规定，在判决做出之前，某行为应当已被联盟（Union）的立法机构规定为应受刑罚的犯罪行为，而且该案必须在联盟立法机构所指定的管辖法院审理。这基本上还是传统意义上的战争罪概念，美国代表放弃了以

反人道为内容的新战争罪概念。“就像在讨论中所声明的那样，这些美国代表认识到，任何书面的国际法和国家间条约（它们因违犯战争法或战争惯例而产生）都不会在惩罚威胁下以管辖法院的名义制造一种国际罪行。”该声明继续说：

> 美国代表不止一次地指出，战争是反人道的，现在依然如此。但是符合战争法和战争惯例的行为，虽然是反人道的，却不
> 239 须诉诸法庭。法庭只考虑有效的法律及其适用；它将对违反习惯的行为和反人道罪的惩罚留给了更高一级的法官。美国代表十分确定地认为，试图创设一个国际刑事法院是没有价值的；以前没有先例，也与各民族习惯不符。

这些声明具体所指的不是第 227 条，而是第 228 条。因此，它们并非直接指向侵略战争的问题，而是指传统意义上的战争罪。但是，考虑到第 227 条的规定，很明显，美国代表主张国家元首应受惩处，侵略战争应被定性为反人道主义的道德罪行。战争责任者委员会（Commission des responsabilités des auteurs de la guerre）中占统治地位的、典型的美国观念体现在 1919 年 3 月 12 日的一份草案中，它将 1914 年 8 月的战争视为非正义的、侵略战争[1]。此外，还补充了一份重要的关于国家元首责任的长篇描述：

---

[1] Le droit moral de faire la guerre existe seulement lorsqu'il y a nécessité impérieuse d'employer la force pour la protection de la vie nationale, le maintien du droit national ou la défense de la liberté et de l'humanité. La guerre inspirée par tout autre motif est arbitraire, inutile et s'accomplie en violation de la morale et de la justice internationale. Elle ne peut être justifiée. Jugée d'après ce critérium, la guerre commencée en 1914 était injuste et inadimissible. Ce fut une guerre d'agression.

> 那些贪图别国领土与主权的（发动战争的）核心国家的国家元首，已经承认这是征服式战争，这样的战争在现时代以其无情的残酷性和不可忍受的苦难超过了任何其他战争。有足够的证据证明这是一场反人道的道德犯罪。法律是与正义的情感不可分离的，却在犯下如此罪行的国家面前无计可施，不能运用法律手段惩罚这种罪行。但是这种无耻战争的发动者绝不能一身清白地进入历史。他们必须被带上公共意见的法庭上接受审判，这样的审判是人道主义对那些犯下对抗全人类之罪行的罪魁祸首的有罪宣判。

毫无疑问，此声明在观念上不同于传统国际法的战争概念。欧洲国际法上国家之间战争的基本概念，即“正当敌人”的理论已经被抛弃了。然而，上述言论尚未对侵略战争予以普遍罪行化，而只是对定 240
性为反人道的道德犯罪，而且只对核心国家的国家元首定罪，而不论及其他。进一步说，考虑到上述案例的背景，司各特（James Brown Scott）与兰辛的评论只是一种内部讨论，本意上并非用于公众目的。他们也反对其他美国代表例如杜勒斯（John Foster Dulles）的立场（后文中有引证，见第 241 页［即边码——中译本编者注］），后者仍然坚守传统战争罪中关于战争责任的观念。但是，对这些案例来说，其影响力取决于最终生效的《凡尔赛和约》。美国的最终立场显然不同于《凡尔赛和约》第七章关于“惩罚”的规定。

众所周知，美国没有批准《凡尔赛和约》，但是 1921 年 8 月 25 日与德国单独签署了和平条约。此条约的第二部分包含了美国坚持要维护的权利和利益，如同《凡尔赛和约》第五、六、八和九章之内容。但是，《凡尔赛和约》第七章内容，即包含第 227 和 228 条关于战争责任的部分却被排除在该条约之外。因为这部分内容并不是美国与德国之国际法关系中的主题。因此对德国来说，并不考虑那些案例的影响，而那些案例可能是美国代表在战争责任者委员会上的声明中

所提到的。

当然不能完全忽视美国公共意见之间的显著差异。1920年代中期，美国的著名周刊《文摘》（*The Literary Digest*）曾在美国法官中间就威廉二世的刑事审判问题做过调查，在328份答案中，106份主张判死刑，137份主张流放，58份主张监禁或其他刑罚；只有27人反对处刑。官方的态度也很矛盾，一面反映的是公共意见，而另一面亦有道理。同样的矛盾出现在“二战”中的国际法罪行问题与“法无规定即无罪”（nullum crimen sine lege）之间，这是另一个特殊的问题，暂且按下不表。

241

（3）《凡尔赛和约》中的战争责任条款

第231条战争责任条款的标题不是“惩罚”（Penalty），而是“赔偿”（Reparations）。因此，它更容易被认为是一个经济术语而不是刑法术语。它是为了满足战胜国的财政和经济需要，不是传统意义上的战争补偿，而是损害赔偿请求，也就是说，战胜国的法律需求可以与法律责任相分离。我们不需要从整体上处理战争责任的问题，因为这个问题会涉及浩如烟海的文献材料。我们主要关注的问题是，核心国家是否——正如联盟（Entente）在其1917年1月10日的照会中已经宣布过的——发动了非正义的侵略战争，并因此而应对所有的损失承担无限制的责任；或者，赔偿请求的法律基础是否应当依据德国在1918年秋天所收到的威尔逊总统的方案，特别是1918年11月5日的兰辛（Lancing）照会，并因此仅根据照会要求承担赔偿义务。法国代表主要依据的是民法的理论基础。他们引用《德国民法典》第823条的规定：赔偿义务的根据在于非法行为。一个意大利代表则援引《德国民法典》第830条，主张德国的责任源自于其在道德上危及社会的行为（societas sceleris）。这些只是众多思路中的两三例，都是用来证明德国发动的战争是不正义战争，是侵略战争。但是并不能因此就认为侵略战争已经转变为刑法意义上国际犯罪。中心国家遭到众口

一词的责难——认为其发动的是一场不折不扣的侵略战争，故而导致德国之赔偿责任的扩大，并且要求德国对侵犯比利时中立性问题，以及对平民伤害等问题的赔偿上，承担无限制赔偿的责任。

美国代表杜勒斯在讨论中强调指出，从第231条可以看出，根据现行有效的国际法，当时的战争根本不是非法行为。欧洲法上关于"正当敌人"的概念足以说明问题[1]。威尔逊总统是正义战争理论的信 242
徒。但是他由此理论推导出的法律结论却并很暧昧，甚至在战争的道德责任问题上，也并非直接依据刑法的观念。例如，他在1916年10月26日的演讲中说：

> 战争的起因不是单一的，但是最根本的原因在于整个欧洲体系，它要为战争承担最主要的责任，欧洲国家之间通过结盟和缔约连接起来，形成了一张由阴谋和间谍活动织成的网络，从而将整个欧洲民族大家庭的安全织入网中。

侵略战争与赔偿义务之关系问题不仅列入了国联委员会的议题，而且体现在1919年5月德国驻凡尔赛代表团与联合政府（alliierte Regierungen）的互换照会中。德国代表团在照会中抗议，反对将自己指控为战争的单方发动者，并认为德国的赔偿责任应以1918年11月5日的兰辛照会为基础。联盟在回复照会中予以反驳，强调兰辛照会

---

[1] 除非战争完全是非法行为，否则不应对战争引起的所有损失进行赔偿。但绝不能据此认为，国际法（特别是《海牙公约》中的规定）事实上——在没有条约反对的情况下——承认某国有权以一种确定的方式宣布或发动针对另一国家的战争。1918年1月8日威尔逊总统在向国会的报告中进一步阐述了和平的条件，他宣布，被侵略领土必须归还原主，军队须撤离并腾空。联合政府（The Allied Governments）认为，毫无疑问应当允许此条款所暗示的东西存在。他们对此的理解是，德国应对其侵略行为所造成的同盟国平民人身及财产的损害承担全部责任，无论侵略发生在陆地、海洋还是天空。

包含了“侵略”（aggression）的字眼，如果德国接受这个照会，就视为其承认要为“一战”承担责任（responsabilité）。事实上，兰辛照会中确实存在“侵略”这个词。

尽管在有关赔偿责任的讨论中出现了如此多的归责理由，但是问题在于，这里所表现出的是否意味着完全意义上的战争概念意义转变？是否已经从欧洲国际法上国家间政治性的战争概念，转变成设定一方正义而另一方非正义的歧视性的战争概念？“侵略”这个字眼在上下文中是否可以被视为侵略战争被完全刑事化的例证？当谈到德国的战争责任，并把其责任被归咎于侵略的时候，一般来说很有可能认为这是一种刑事责任，并完全用犯罪学上的概念来讨论其违法事实构
243 成。但具体来说，仅就赔偿问题——对德国在经济和财政方面的惩罚——并不是《凡尔赛和约》第七章所说的真正的刑罚。凡尔赛在关于是否创设一个新的国际法犯罪的问题上无法达成一致。人们不愿意放弃沿用两百年之久的战争概念，这个概念决定了整个传统欧洲国际法的法律结构，对交战国与中立国有着根本性的影响。倘若有意革新，则需特别说明，战争的罪行化并非一般意义上的违法。上述兰辛照会只涉及德国对比利时中立国的占领以及民事损坏赔偿的范围问题，而无意创设一种新的战争概念或一种国际法上的新罪行。

1919 年之后整个战争责任问题的重心就在于赔偿问题。所有的欧洲法学家都想当然地认为特定个人的犯罪责任与国家的责任是不同的，后者只承担财政与经济上的惩罚，以至于即便确定某项行为是法律所禁止的并应负损害赔偿义务，也不会将之视为一种全新的刑法意义上的国际法犯罪类型。

凡尔赛会议的原初目的，至少是在《国联盟约》中正式地将侵略战争定为刑事犯罪，但此目的并未实现。原因在于，通过确定德国的战争责任有可能创设一个有影响力的先例，但这种可能性迅即被再度扑灭。美国自 1919 年之后就完全退出了《凡尔赛和约》——尽管有威尔逊总统的签字画押，置身于欧洲政治事务之外，这对于欧洲的法

律观念来说具有决定性影响。因此，1921 年 8 月 25 日美国在与德国签署的特别和约中故意回避了刑事责任的问题。

2. 侵略战争罪刑化的开端（1924 年《日内瓦议定书》）

1919—1939 年的二十年是探索国际法新秩序的时代。威尔逊总统 244
在 1919 年的巴黎和会上为此目标做出了最为重要的努力。但是美国抛弃了欧洲，让欧洲人民独自承受其政治命运。接下来介绍的只是一个概况，并非对 1919—1939 年这个混乱转型期的全景式描述。只是想回答这样的问题：在此期间废止战争或使战争非法化的努力是否已经扭转了战争的含义，欧洲国际法上的国家间战争是否已经变成了对刑事犯罪的打击行为。

任何欧洲政治家和欧洲国家的公民都知道，废止战争的问题事实上就是裁军和安全问题。只有根据其实践结果才能对废止战争的法律制度予以评判。那些数量众多且有争议的（针对废止战争问题的）方案其实大同小异，都体现出大多数欧洲国家由于主权狂妄而产生的臆想。在艰难达成的妥协性法律规定中，不难发现各国政府在赞成或反对修订《凡尔赛和约》的斗争中所采取的政治策略。美国公民——我还记得司各特、肖特威尔（James T. Shotwell）、米勒（Hunter Miller）等人——的积极参与曾给人留下深刻印象，但是现在没有任何意义了，因为美国采取了坚定的中立化甚至是孤立化的政策立场。但美国的公众意见和官方政策之间的对立很明显。

事实上，在国际法上将战争罪刑化的巨大努力总是伴随着一系列难以克服的对立，这是一般人所难以理解的，例如：法律思维与政治思维的区别；道德义务与法律义务的不同；政治问题与经济问题的对立；最后不应忽视的是，私人在场与官方缺席的矛盾，这正是当时美国和欧洲关系的特征所在。下文所述的问题是上述诸多矛盾中格外棘手的一个。

245

（1）《日内瓦议定书》的产生（1924年10月2日）

1919年《国联盟约》中包含了防止战争的规定（第10—17条）。那些未事先遵循特定程序就发动战争的国家被视为和平的破坏者。其他成员国可以采取财政的、经济的和军事的措施来制裁这种破坏和平的行为（第16条）。但是没有提到对战争的罪刑化。建立在主权平等基础上的所有国家权利平等的观念在1919年时依然强势，所以《国联盟约》中只能以含蓄的方式规定了对战争的刑法性禁令。在对它的实践解释过程中也许有一些可以利用的方法。但是对巴黎和会能够施加有效影响的美国却在官方上与国联保持距离。

1920—1924年间，为加强国联的战争防御体系采取了许多措施。但是对于战争（或特定类型的战争）是不是一种应对特定个人进行刑事处罚的国际罪行，未能达成一致意见。对于欧洲大陆的法学家来说，只要没有明文确定和规定案件的事实构成（Tatbestand）、罪犯（Täter）、刑罚（Strafe）和法院（Gericht）[1]，仅仅在国际法中使用“犯罪”一词，显然并不是nullum crimen，nulla poena sine lege［法无明文规定不为罪，法无明文规定不受罚］原则意义上的罪刑化。

但是，《日内瓦议定书》在和平解决国际争端方面包含有一项规定：侵略战争是一种国际犯罪。对欧洲来说，这是第一次看到战争即犯罪之观念的明确表述。此前，在一份保证条约和双边互助条约的草案中，提到侵略行为和侵略战争是国际犯罪。但是这些草案最后都没有形成正式的国际条约。《日内瓦议定书》也未能生效。它在1924年10月2日的国联第五次会议上作为建议被采纳，并最终被以下国
246 家签署：阿尔巴尼亚、比利时、巴西、保加利亚、智利、捷克斯洛伐

---

[1] 多纳迪厄·德瓦布尔（Donnedieu de Vabres）当时对此已经强调指出，另参见温登（Unden）教授1930年1月31日在柏林政治学院的报告（《卡耐基基金会文集》，第6卷，巴黎，1930，第24页）。

克、爱沙尼亚、芬兰、法国、希腊、海地、拉脱维亚、利比里亚、巴拉圭、波兰、葡萄牙、西班牙、乌拉圭和南斯拉夫。只有捷克斯洛伐克批准了该议定书（1924 年 10 月 28 日）。英国的反对是议定书流产的首要原因。张伯伦爵士（Sir Austen Chamberlain）于 1925 年 3 月 12 日在国联理事会上发表的宣言是一份极为重要的文献，下文将会引用。

1924 年的《日内瓦议定书》是由一群美国公民发起的，肖特威尔是这个组织的发言人[1]，他是哥伦比亚大学的史学教授，同时也是巴黎和会美国和平代表团的成员。国联理事会在 1924 年 7 月的会议上以前所未有的方式做出行动，即把肖特威尔所在小组的报告（被称为肖特威尔方案）定为国联的官方文件。由此，一群以私人身份出现的不同寻常的美国人对重要决议的产生施加了直接影响，尽管美国没有加入国联，而且对所有欧洲的政治问题都以孤立主义为理由而保持距离。肖特威尔方案的标题是“侵略战争的非法性”，称侵略战争是犯罪，但是只将国家视为此罪行的犯罪人[2]。接下来就是一个更为精确的关于侵略行为和制裁的概念，这里的概念不是刑法意义上的，而主

---

[1] 有必要在此特别介绍一下肖特威尔，1927 年 3 月他在柏林政治学院的报告，可以被视为凯洛格协定在欧洲的首次预演。该报告（作为“政治学丛书”第 8 卷于 1929 年由 Berlin-Grunewald 出版）具有重要意义，因为它是从历史哲学的视角来阐释战争意义的转变。肖特威尔将战争视为人类历史之前科学、前工业时代的事务，这个时代的特点是可预见的、静态的、循环的和四季往复的；而科学化—工业化的现时代则相反，是不可预测的、动态的，因此战争不再是可以控制的。所以，战争应是被谴责的，应当被国际司法所取代。任何针对侵略者的行动都会引起国际法院的关注，并对此行动予以监督。

[2] 第一条：缔约成员国庄严宣布，战争是一种国际罪行。第二条：一国如果不是以自卫之目的而介入战争，即如第一条所规定，其行为乃国际罪行。第三条：国际常设法院有权管辖任一缔约国的起诉并做出判决，目的在于对第一条所规定之国际罪行做出判决。

247 要体现其经济特性。每个签约国都可以对侵略国实施强制措施。也就是说，有战争责任的国家必须因其侵略行为对其他签约国造成的损失承担赔偿责任。

（2）《日内瓦议定书》的内容

《日内瓦议定书》宣布侵略战争就是犯罪。但是，它只是将国家视为侵略者和新的国际法罪行的罪犯，但依然对国家主权保持尊重，而主权则是（在真正刑法意义上）将战争罪刑化的实际障碍。以经济、财政和军事等方式实施的威胁性制裁也仅针对国家。并没有提到特定的战争发起者，例如国家元首、政府成员或作为此新罪行之罪犯的责任人。相反，《日内瓦议定书》第 15 条第 2 款规定，侵略国要承担被制裁的责任，在其可能承担的范围之内最大限度地接受经济制裁。但是除此之外，由于《国联盟约》第 10 条对所有成员国的领土给予保证，所以侵略国的领土完整和政治独立不受侵犯[1]。在美国的公共意见看来，对已经犯罪的侵略国如此照顾并保证其政治独立的是不可思议的。这也表明日内瓦会议上的欧洲国家的代表们对国家自主性十分在意。由于制裁措施没有涉及任何刑事惩罚，欧洲大陆的刑法学家一般不会联想到罪刑化的问题，而且会认为进行刑事惩罚的基础尚且不足。因侵略战争而导致的犯罪，是一种特殊类型的国际法犯罪。传统欧洲国际法上的犯罪与国内刑法上的犯罪迥然不同。就 crime 这个词的使用来说，并非纯粹国内刑法所指的罪刑化的意思。
248 在其他语境下可以与海盗相提并论。但是，在《日内瓦议定书》中，海盗与侵略或侵略战争不可同日而语。

---

[1] Toutefois, vu l'article 10 du Pacte, il ne pourra, comme suite à l'application des sanctions visées au présent Protocole être porté atteinte en aucun cas à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'Etat agresseur.

（3）新罪行的事实构成：侵略行为、侵略战争、非正义战争

美国的公共意见普遍认为，战争的“违法性”（outlawry）和“罪行”（crime）这些字眼足以将战争罪刑化，因此，毫无疑问，战争的发动者应当被处以刑罚。可是这个新罪名的犯罪构成尚未搞清楚。如果把1924年《日内瓦议定书》与1932—1934年的裁军大会比较一下，就会发现在废止战争的问题上，欧洲大陆法学家的思维方法与美国公共意见表达方式的明显不同。只有弄清新型国际犯罪的犯罪构成，才能化解欧洲和美国之间的根本对立。所谓战争违法性的关键问题在于，谈到“侵略战争”（Angriffskrieg）时，是不是将整个战争都视为侵略性的战争（紧接着的问题是，战争是否会进一步发展为联合战争［Koalitionskriege］、即统一的整体战争），抑或只是将侵略视为一个具体的事实构成，在法律上将前面的“侵略”与后续的战争区分开来。显然，第一个开枪的或首先越过边界的未必就是发动战争的。作为战争的罪行、作为侵略的罪行、作为侵略战争的罪行以及作为非正义战争的罪行，显然是四种（［中译者按］原文为三种，疑为笔误）不同的罪行，各自有不同的犯罪构成。对于涉及战争的错综复杂的判决来说，它们相互有联系，但并不是一回事。作为公共意见的重要组成部分，它们之间的区别看起来像是一种法律技巧。

侵略战争（Angriffskrieg）和侵略行为（Angriffsakt）的区别初看起来只是人为和形式化的划分。一旦某人的行为已经被确定为应受刑法处罚的行为，那么接下来就必须确定相关的法律。上述侵略战争与侵略行为的区别十分必要，在法律上亦不难理解。每次战争（即便是侵略战争）一般来说也是双方行为，即两方的斗争。而侵略则是单方面的行为。战争（包括侵略战争）的正义或非正义的问题，完全不同于特定侵略行为的正义或非正义的问题——侵略行为可能引起战争也可能及时地终止战争。侵略或防御不是抽象或道德意义上的概念，而要具体情况具体分析。 249

但是，上述情况经常被无意识地掩盖和遮蔽，因为在英语的语言习惯中，实施侵犯的“侵略者”（aggressor der Verletzer）被等同于“攻击者”（offender）。例如布莱克斯通（Blackstone）在《英国法评论》中写道：“事实上，由于公共犯罪所遭到的惩罚无非也是被剥夺生命和财产，所以此后就无法再对因私人过错所遭受的损失进行赔偿了，最多只能从侵略者（aggressor）的主要财产中进行索赔。”在法语中也是如此：“攻击是一种行为，一种事实；侵略（aggressor）也是一种行为、事实，但是它被认为仅仅与道德有关，而前者是一种罪行”（Attaque est l'acte, le fait; agression est l'acte, le fait considéré moralement et pour savoir qui est le premier tort）。这就是著名的利特雷《法语词典》（*Dictionnaire de la langue française*）中的定义。然而，尽管如此，进攻和防御仍只是在不同情况下转换使用的方法而已。在所有大规模的战斗中，进攻方和防守方会频繁快速转换。在整个战斗过程中，首先开火或越过边境的一方，只是在某一刻作为侵略者，但在接下来的整个战斗过程中并不会始终保持进攻的角色，如我们前述，它并不是在整个过程中都作为战争的发动者、肇事者或责任人，而且并不总是非正义的。同样，在某一特定时刻和特定情况下作为防守者的一方，也并不总是处在这个位置上。

我们必须牢记侵略与防御的语言意义，因为对侵略的禁止与对侵略战争的禁止是不同的。我们已经发现（第87页及以下［即边码——中译本编者注］）在19世纪人们起初谈起侵略罪的时候是指一种关于进攻的罪行（de l'attaque），而不是关于侵略的罪行（de l'aggression）。侵略（Angriff）这个概念的法律内涵在法语中要比在德语中清晰，在德语中Angriff仍然是（价值中立的）侵略的含义，就像价值中立型的进攻（attaque）一样。这两种行为如果都是被禁止的，那当然也就都是非法的。然而，首先开枪的罪行和侵略战争的罪行是不同的；而且，侵略战争的罪行也不同于非正义战争。如果合法的战争也是被禁
250 止的，那就只剩下非正义的战争了。对侵略战争的禁止并不简单地等

同于对非正义战争的禁止，因为仍然存在正义的侵略战争，传统的关于正义战争的理论仍然有效（第 64 页［即边码——中译本编者注］）。特别是仍然保留着自我防卫以及选择适当方式进行自我防卫的权利。所以那句老话——“进攻是最好的防守”确实是实用的。战争的正义性问题与正当理由以及整体的外交政策分不开的。

一旦试图废止战争，很快就会碰到三个重大的实际问题：安全、裁军、和平变革，如果把法律问题和政治问题相区分的话，这些问题更多是政治问题而不是法律问题。因为对这些实际问题——即正当理由问题的顾虑，1924 年 10 月英国政府拒绝批准《日内瓦议定书》，因此使该议定书未能生效。个中缘由在张伯伦爵士 1925 年 3 月 12 日发表于国联理事会的政府声明中得到清晰而详尽的阐释。[1]

战争是否合法的问题以及战争责任的深层背景问题，必然会在历史、政治、社会学以及道德等领域引发深刻而广泛的讨论，但是不要指望能产生什么实际性的答案。相反，如果只讨论单个的侵略行为是否合法的问题，就简单多了。只要不考虑深层责任问题，起码能将侵略行为单独视为法律上的事实构成，能够准确地予以定性，并禁止此类侵略行为。

人们数十年来都在致力于为“侵略”（Angriff）和“侵略者”（Angreifer）寻找适当的法律概念，不是出于形式化的考虑，而是为了能更好地定性侵略行为。为了尽可能清晰且直接地定性“侵略”和 251
“侵略者”，人们设计出一种简明的固定化概念，侵略者为首先诉诸武

[1] 恐惧在不断增长，因为恐惧的存在而必得维持规模庞大的军力。这种恐惧与通常所说的国际交往（就像社会交往一样）中产生的误解没有什么关系，国联可以很好地消除这种误解。恐惧源于大国之间因历史或其他原因而产生的深层的敌意。这些恐惧或许是没有根据的，但是如果恐惧确实存在，那么即便是最完美的解决特定争议的方法（通过调查或仲裁等），也无法有效地消除恐惧。因为在此情况下，恐惧不是因为非正义的存在，而是由于战争——以征服或报复为目的的战争。

力者，或首先破坏对方领土主权者，或者是没有预先在一个合理的时间内宣战的，或者根据特定程序来确定孰为侵略者。其意在寻找一个简单的标准，能够顺利地套用在现实情况中，依据“事实本身”（ipso facto）就可能判断出谁是侵略者，不需要考察复杂且隐晦的外交政策。将讨论范围限制在“侵略行为”上既是有意为之，也是十分必要的，目的在于回避“正当理由”这个难题，即回避战争的正义性和战争责任等问题。

法国法学家提出了一个有代表性的方法，其特别之处在于，暂不考虑维持表面和平的“保持现状”（status quo）原则是否合法，重要的是确保处置程序能运转起来，至少要使可持续运转的法律程序开始启动。这种方法的表面性和形式性，是为了尽快地制止侵略行为和使用武力以及阻止战争的爆发。这涉及对财产的临时性保护（provisorische Besitzschutz ）即 interdictum uti possidetis。目前的财产状况可以因此而得到合法保护，毋须考虑该财产状况合法抑或非法，也毋须考虑侵略者是否有正当权利或道德理由来改变当时的状况。

在《国联盟约》第 10 条里，成员国同意协同防卫以反对侵略（aggression）。其目的自然是为了防止战争，但是，侵略（Angriff）在犯罪构成上明显与战争不同。前述盟约第 16 条中已经规定，对任何发动战争的成员国都可施以经济、财政和军事制裁。这里使用的是“战争”而不是“侵略”，但是很快就会发现这里所说的“战争”并不是真正的战争，其实是指侵略，因为其意图在于通过防止侵略演变为战争从而避免战争。因此，侵略在法律上与战争相分离而成为一个独立的事实构成，针对侵略的制裁或援助方面的条约义务是必须履行
252 的，甚至不必等待战争的发生。特别是根据 1925 年《洛迦诺公约》和大量的反侵略条约（参与者包括了国联的非会员国例如当时的苏联等），至少对外交官和法学家们来说，不得不承认侵略行为具有法律

上的特性，与侵略战争不同。在1932—1934年的裁军会议上，希腊代表、评论家波利蒂斯（Nicolas Socrate Politis）的报告引发了对侵略与侵略者的概念的讨论，此外，苏联的外交代表李维诺夫（Maxim Litwinow）在宣言草案中对此问题有过深刻精辟的论述。但是，这个重要问题的法律本质依然如故。

侵略与侵略战争的区别，国际法学家们对此都熟稔于胸，但是对于广大公众来说仍然是陌生的，因此必须强调这种区分在实践中的必要性，因为纯粹的法律思维和纯粹的道德思维之间存在着深刻的差异。但是必须引起注意的是，为了禁止侵略行为，付出了大量心力和妥协来定义侵略和侵略者，尽管其结果导致了对非正义战争的保护，但是要知道，最初的战争正义性观念并没有考虑正当理由。作为解决国际争端制定和平规则方面的首要的也是最受尊重的先驱者，也是1932年《保证条约》（Garantievertrag）草案的策划者，塞西尔爵士（Robert Cecil，1864—1958，英国政治家）使上述侵略和侵略战争区分更加明晰化。他认为应以快速简便的方式来判定侵略者。对侵略者的判定应由国联理事会3/4多数票同意。最终获得通过的《保证条约》将侵略者定义为，故意且蓄意已久地侵犯他国领土的当事国。塞西尔爵士特别强调指出，问题的关键不是在实质上判断哪一方正确，而只是判断哪一方先采取了敌对行动。[1]

对法学家来说，对侵略的所做的简明定义与正义战争的含义完全不同，这是一种故意的区分。在有教养的人的法律观念里，占有人（Possessorium）和申请人（Petitorium）的区别已经流传了数百年。同样，抽象化、形式化的法律程序与程序背后之原因的区别亦是 253

[1] La question à trancher par le Conseil n'est pas de savoir où est le bon droit dans le litige, mais de savoir qui a commis le premier acte d'hostilité. Le traité spécifiera à cet effet que tout Etat qui violera de propos délibéré le territoire d'un autre Etat sera considéré comme l'agresseur.

如此。如果对案件事实的简明化不是仅仅被用来对国家实施经济和军事制裁，而是针对具体个人进行刑事指控；如果这是一个真正的罪刑化行为，需要适用“法无明文规定不为罪”（nullum crimen）和“正当程序”（due process of law）原则，那么法学家会更加重视这样的区分。但是，与战争有关的重大问题不仅仅是法学家的分内之事，更关涉到人民大众的公共意见，公众认为，法学上不考虑正当理由原则是（法学家们）人为地对战争予以形式化的处理，甚至是为了推卸其重要使命而进行的诡辩。放弃正当理由原则大概会与放弃正当敌人的概念——即拥有正当权利的敌人——同样困难。除此之外，他们还设想建立一个尚不存在的国际司法机构，以便即时有效地处理临时性财产保护方面的法律事务。如果不能尽快建立一个公正的国际法院，那句古老的格言“进攻是最好的防守”就会被新格言“最有效的侵略才是最好的防守”所取代。

法律思维类型与政治思维类型之间存在着一种非常麻烦和危险的两难困境。一方面，如果战争的罪刑化确系要实现的目标，那么必然要求在法律上做到概念的精确化；另一方面，（公众最为关注的）战争是否合法的问题和战争责任问题被回避，同样，在对“侵略者”所作的定义中，亦未考虑战争的深层原因，例如普遍扩军和安全性的缺乏。此外，对禁止战争在法律上采用了形式化的表达方式——如1924年《日内瓦议定书》的表述，另一方面，为了解决作为战争原因的重大问题——如扩军与安全等问题——所采用的是政治—道德之实质性的方法，这种两难冲突有愈演愈烈之势。在战争成为现代性破坏工
254 具的严重问题上，这种两难冲突就会升级为一场真正的噩梦。身处1919—1939年混乱的欧洲，一般人都会认为，禁止战争并将战争罪刑化与复杂棘手的法律保留密切相关，但并不意味着简单地、初级性地消除战争危险。这正是所有的欧洲人——无论修正主义者还是反修正主义者在1919—1939年间共同经历的重大问题。《日内瓦议定书》在此方面的所有努力都落空了。

英国政府在1925年3月12日发表的那份导致《日内瓦议定书》流产的官方宣言，公开地表达了上述的困难和窘境。其中特别指出，关于侵略者的“书面”定义并不能判断出某军事行为是否出于防卫目的。[1] 宣言还指出，对侵略和侵略者的形式化的判断，不是加速，而是延缓了诸如战争原因、扩军等根本问题的解决。因为他们本来是准备打击潜在的侵略者，结果却帮助促成了战争的蔓延。如果此处的帮助是直接反对一个经济力量十分强大的非国联成员国的话，情况就更加危险了。[2]

为了实现自动制止战争的理想，《日内瓦议定书》不得不从原先的“维持领土现状”起步，因此而陷入到修正主义与反修正主义的激烈斗争中。为了避免此情况，英国的和平主义者塞西尔将和平变革的问题纳入讨论的核心问题，目的在于通过消除战争原因，从而不仅在形式—法律的层面，而且在实质—政治的层面上禁止战争。对于《国联盟约》中形式化努力，有一种普遍的，至少是在欧洲占主导地位的印象，即那些众所周知的原则，诸如对侵略和侵略者的形式化定义，255
其实是“无辜者的陷阱和罪犯的指路牌”[3]。寥寥数语却表达出为以合

---

[1] 有必要补充的是，除了某些能看出来的明显目的，书面定义本身存在着严重的模糊性，它无法将真实目的仅在于防卫的军事行动，区别于有着不可告人之侵略意图的军事行动，因此这种书面定义必将对那些无警惕的人造成危险，而不是对无辜者进行保护。这些书面定义永远不会如它们自己预想的那样被接受。

[2] 援助义务（Beistandspflicht）与正义战争之“正当理由”之间的关系，是一个老问题。（参见第71页［即边码——中译本编者注］注释，das jus protectionis sociorum als justus titulus bei Vitoria）。文中提到的被广泛引用的西赛罗言论是对西赛罗的纪念与致敬。这位伟大的演说家十分严肃地说道，罗马只进行正义的战争。然而他将加入联盟也视为正义战争的理由之一。这样以来就不难理解“罗马只进行正义战争”了。

[3] 这句话出自张伯伦爵士1927年11月24日在下议院的演讲；最关键的一句话是：因此我坚持反对定义侵略者，因为我认为这对于无辜者是一个陷阱，而对于罪犯来说则是指路牌。

法方式制止侵略的法律方面的努力与力图即刻消除战争的道德要求之间的深刻矛盾。

《日内瓦议定书》的失败是因为它未能回答关于正义战争的实质背景问题，甚至没有尝试去回答。给人的印象是，失败是由于欧洲的政府和人民，甚至可归咎于英国 1925 年 3 月 12 日的声明。它们使得欧洲再也没有信心创设一种新型的国际法罪行。但是，美国“战争之违法性”的支持者们却没有在这种失败的气氛中迷失，而是在 1928 年的《凯洛格公约》中表达了正式的谴责，反对战争作为国家政策的工具。

国际法的全球视野因 1928 年《凯洛格公约》而改变。无论是该公约之规范化和形式化；或该协定对战争的谴责；或协定中大量明示或默示的附加条款；它们的重要性都远不及这种“改变”而带来的影响。西半球开始登上世界舞台，并决定战争意义的进一步的转变。《凯洛格公约》中对战争的谴责绝不能与《国联盟约》和《日内瓦议定书》相提并论。但是与此同时，来自东方的苏联也成为这个转变进程的决定力量。在 1932—1934 年的裁军会议和 1933 年 7 月的伦敦大会上，苏联成为对侵略和侵略者定义的主导者。来自东方和西方的大国根本改变了欧洲国际法之战争概念，它们已不需理会那些自身难保的欧洲国家。在 1945 年 8 月 8 日的《伦敦协定》（Londoner Statut）中，东方和西方终于走在一起。（战争的）罪刑化进程从此开始起步。

我们的讨论在此处暂告一段落。接下来，我们将从西半球的角度来充实对全球视野的描述和评论。

五、西半球

伴随西半球界线的兴起，欧洲中心主义界线的世界图景正在被一 256
个新的非欧洲中心主义的全球界线所取代。这个新界线的国际公法史始于 1823 年 12 月发表的被称为门罗主义的宣言。

（一）华盛顿总统在其政治遗嘱——即著名的 1796 年告别演说中讲到，西半球在地理上是不确定的。相反，门罗总统在 1823 年 12 月 2 日的声明中，有意识地使用“半球”这个词，并予以特别强调。对美洲所在的这个大陆（Kontinent）或半球（Hemisphäre）的特有空间予以命名。这里所说的“半球”有意无意地表达出，作为自由王国的西半球政治体制，与欧洲专制主义的政治体制正相反。自此以后，门罗主义和“西半球”就联系在一起，并明确了美国在此区域内的特殊利益[1]。因此也出现了一个远超出国家边界的、国际法意义上的“大空间”（Großraum）。传统的美国国际法理论将“大空间”构建成为一个防御性的区域。世界上每个真正的帝国都会要求一个超越国家领土范围的空间主权。但是，身处狭窄逼仄的环境，因而主张排外的小空间领土主义的中欧法学家们就不太认同这个观念。一个多世纪以来，门罗主义得到广泛关注，但是其在国际法地球空间结构上的意义尚未得到重视。一个地理上十分确定的西半球并不会带来什么特别的利

[1] 劳伦斯·罗威尔（A. Lawrence Lowell）：《美国的边界》，载《外交事务》，第 17 卷（1931），第 663—664 页。

益。这也显示出当时美国的思路与欧洲差别之大。

“西半球”的概念似乎从1939年开始变得引人注目了。这个词曾经出现在美国政府的一份重要声明中，当有新的世界冲突出现时，它
257 就成为美国的政治口号[1]。同样令人瞩目的是，在其他西半球国家的声明中，特别是在巴拿马（1939年10月）和哈瓦那（1940年7月）召开的外交部长会议上，没有使用“西半球”的概念，而是用“美洲”、“美洲大陆”（单数形式）或“地理上属于美洲的区域”这些词汇。但是，在1943年5月初美国占领法属马提尼克岛（Martinique）之后，在巴西总统发表的讲话中称该岛是属于“西半球”的。

1939年10月3日的巴拿马宣言对当时的国际法空间问题具有十分重要的意义。为了捍卫美洲国家的中立性，该宣言禁止交战国对特定的安全区域采取敌对行动[2]。中立性安全区域的外围是从美洲大陆两边的海岸线起向大西洋和太平洋分别延伸三百海里。从巴西海岸可以达到格林威治子午线西经24度，这就意味着超过了习惯上用以划分西方和东方的20度的经线。这种特定范围的美洲安全区域的实践意义很快在1939年10月就消失了，因为假定的美洲国家的中立性消失了。然而，它对于现代国际法的空间问题仍具有特殊的、基础性的重要意义。首先，与传统的跨越国界的美国外交政策不同，它始终遵循“美洲”的概念及其内在限制。不仅如此，它还具有非常重大

---

[1] 1940年6月美国政府递交给德国和意大利政府和其他欧洲国家政府的通告中使用了这个常用词：“美国的立场与西半球的传统政治相一致，不会容忍将地理上属于西半球的美洲区域转让给非美洲的大国。”见杰赛普（Philip C. Jessup）：“1940年的门罗主义”，载《美洲国际法期刊》，第34卷（1940），第709页。

[2] 关键性的原文是：“只要是为了维护其中立性，美洲国家就可以对美洲大陆周边水域主张一种世袭的权利，以实现美洲大陆的自我防卫。美洲国家认为该权利具有重要意义，有助于各国彼此的联系，因此，不允许（在该区域内）有来自大陆、海洋或空中的任何敌对行为。”

的，甚至可以说轰动性的影响，因为一下子从三海里里扩展至三百海 258
里，故而最大程度地修正了传统上的三海里区域和海岸区域的谬误。最后，它还将大空间思想扩展至公海，为了中立国的利益，从公海中划出区域作为战场。门罗主义具有两面空间，一面是陆地，一面是海洋，这一点在1939年的巴拿马宣言上发生重大改变。先前，当人们谈到门罗主义的时候，一般会认为是指西半球的大陆，而对海洋的观念则来自19世纪的海洋自由。但是，现在美洲的边界亦包括海洋在内[1]。这是一种新的、现代型的夺海，替代了先前的夺海。

最后一点尤其重要。从陆地到海洋的转变对世界历史产生了未可预知的影响和后果。不仅如此，还影响到欧洲国际法的基本结构以及大陆与公海的区分。如果仅仅将“西半球”理解为一块大陆型陆地空间的话，与之相联系的则不仅有一个数学—地理的边界，而且有一个具体的地理—物理的边界和历史的内涵。但是向海洋的拓展和转变使得“西半球”的概念变得更加抽象，成为一种空洞的、主要是数学—地理学支配的区域空间。正如拉采尔（Friedrich Ratzel）所言，“空间”已经伸展进纯粹的海洋的领域。在军事科学和战略研讨中，有一个法国作者的观点很尖锐，认为海洋已经成为无障碍的平坦的平台，在此基础上，战略融进了地理。当然，仅仅是平面空间的话，只能消除陆地和海洋的冲突，一旦空气空间也加入进来作为一个维度的话，就形成了一个全新的空间结构。

（二）“西半球”的说法在政治方面的运用，促使专业的地理学家 259
近年来开始研究西半球问题。地理划界往往是出于特殊利益的考量，隶属于美国国务院的地理学家博格斯（S. W. Boggs）把对西半球的划

---

[1] 见赖特文章，载《美洲国际法期刊》，第34卷（1940年4月），第248页。赖特认为，门罗主义就是新版的“海洋封闭论”（Mare clausum），葡萄牙和西班牙人曾是它的拥护者，而格劳秀斯则反对之。这种类比在我看来是错误的，因为它完全是全球空间秩序时代之前的概念。

界与有关门罗主义的划界结合起来。他认为，一般来说，所谓西半球被理解为哥伦布所发现的新大陆。但是从另一方面讲，关于东方和西方的地理和历史的概念既不是由自然也不是由共同协议所决定的。绘图师们已经习惯了将西半球的边界划在格林威治子午线以西 20 度穿过大西洋的经线上。根据博格斯的划界，亚速尔群岛和佛得角属于西半球，这显然与它们起源于旧世界相冲突。但是，根据地理学家的测算，格陵兰岛是完全属于西半球的，尽管不是由哥伦布发现的[1]。他没有谈到北极的极地区和南极的极地区。在地球的太平洋一侧，他没有将界限简单地划定在东经 160 度，而是偏移了 20 度，到达所谓国际日期变更线，但是这条线的北端和南端还有一些突出弯曲的部分。
260 阿拉斯加半岛和新西兰都完全属于西半球，而澳大利亚则属于另一个半球。太平洋的广袤海域（在对日战争爆发之前）并不是一个实际问题，至少暂时仍然符合他对西半球的理解；最多只是绘图师关心的事[2]。但是，到了 1940 年的秋天，美国国际法专家杰塞普（Philip S.

---

[1] 美洲地理学家将格陵兰岛及其周围岛屿（参见斯特凡松［Steffanson］1930 年出版的关于该岛的书）也纳入西半球的范围之内。在海牙国际常设法院的格陵兰岛案中，据我的观察，双方都没有以门罗主义为论据。古斯塔夫·斯梅德尔（Gustav Smedal，《格陵兰与门罗主义》的作者）谈道，美国国务院 1931 年在回答一份质询时说，无法提供有关在格陵兰岛和极地地区适用门罗主义的书面材料。斯梅德尔提到的一幅由北美历史学家兼法学家布什内尔·哈特（Albert Bushnell Hart）于 1916 年绘制的地图（该地图绘制的区域与门罗主义有关），对我们此处的问题没有什么价值，它只不过是关于 19 世纪美洲大陆政治发展的一个简单的地图而已。哈特的著作《门罗主义释义》（伦敦，1916）根本未提及“西半球之边界”这个重要的地理问题。在“关于地理边界的建议”（第 306—307 页）的标题下讨论的问题是，是否有必要将南美洲的特定区域（例如智利和阿根廷）排除在门罗主义的范围之外。该作者认为，德国能够减轻这些地区的殖民化程度。

[2] 参见杰赛普：“门罗主义”，载《美洲国际法期刊》，第 34 卷（1940 年 10 月），第 704 页。

Jessup）对博格斯的论述做了如下补充："当今世界空间的变化太快了，1860 年时我们在古巴的利益现在转到了夏威夷；也许自我防卫的理论有一天会引领美国赢得在长江、伏尔加河或刚果河的战争。"

这样的划线工作对职业绘图师来说不是什么新问题。首先，抽象地看，对零度经线怎样随意安置都是可能的，就像纪年的问题一样，任何一个时间点都可以作为纪年开始的时刻。很显然，所谓西半球或（与之相对应的）东半球的概念表述是成问题的，因为地球是一个以南北为轴心而旋转的球体。南北对我们来说是非常确定的，地球以赤道为界分为南半球和北半球，所以不存在东西半球划分那样的问题。我们有南极和北极，但没有东极和西极。就像左和右的概念表述一样，上和下的区分也只是在高度或其他程度方面相对而言的。还有，像"北方种族"这样的称谓，尽管其词义是纯粹地理意义上的，但是它在表达效果上就是要比同样是以地理意义划分的西方种族和东方种族感觉要更清晰准确些。众所周知，所谓的西半球不仅与东半球不相伯仲，甚至在很多人看来可能要优于东半球。自古以来人们就明白其中的区别，由于自然天际线的存在，北和南意味着夜长与昼长的幅度；而东和西则相互转换，而且只是"短暂的昼夜相对流动"[1]。因 261
此，所有的规定和划界，特别是对海洋的划界，都是不确定和随意的，除非它们以得到承认的划界条约为基础[2]。

---

[1] 普夫莱德雷尔（G. Pfleiderer）：《以弗所的赫拉克利特哲学》，1886，第 162 页。

[2] 德国青年地理学家阿瑟·库恩（Arthur Kühn）在其"西半球的概念"（《柏林地理学学会杂志》，1941 年 8 月，第 222 页及以下，其中附有直观的各种不同划界的地图）一文中，对"西半球"这一口号提出了批评。他指出如此划界在地理上的不确定性（geographische Unbestimmtheit），并建议认为，如果实际目的就在于划分欧洲大陆和美洲大陆的势力范围，那么只需按照数学计算等距离地将诸岛屿划归其所属大陆即可。但是，这样的划界只具有数学—地理意义，诸大国的势力范围和利益会因此而被切断分割。

（三）“西半球”这个词在国际法上还具有全球政治和历史的内涵，超越了其数学—地理学的边界。在政治和国际法领域，它有其自身的权力来源，并因此而有其内在界限。其隐蔽的“Arcanum”（秘密）就在于其无可争议的历史影响。“西半球”是伟大历史传统的一部分，并且与反映现代全球意识与历史意识的那种确定而特有的现象相联系。与先前的两种全球界线即拉亚线和友好界线相比较，“西半球”是一个表现所谓西方理性主义影响之下的“全球界线思想”的重要例证。

西半球的美洲界线既不是拉亚线也不是友好界线。所有先前提到的界线都是与某个占取有关的，确切地说是某个欧洲大国的占取。但是在1823年门罗总统的宣言中却反对欧洲式的占取要求。在美国看来，美洲界线最初就具有防御老的欧洲大国的特性，是防止欧洲进一步在美洲建立占取的抵抗。但是很容易看出，这个界线使得美国可以自由地在西半球获取占取，因为美洲土地上尚有广阔的开放空间。但是美国的这些姿态并非意味着与老的君主制欧洲的决裂，美国毕竟属于欧洲文明圈，属于当时的核心的欧洲国际法共同体。

262　费伊（Berhard Fay）是第一流的专家，他甚至认为“文明”这个词起源于19世纪，目的在于强调法国所属的古典欧洲与美利坚合众国紧密相关的延续性。[1] 无论1796年华盛顿总统的告别演说还是1823年的门罗宣言都没有创设出一个非欧洲的国际法。其实，毋宁说美国从一开始就感觉自己应该担负起欧洲文明和欧洲国际法之中流砥柱的角色[2]。当时出现的伊比利亚美洲国家（ibero-amerikanischen Staaten）（西班牙语：Iberoamérica，葡萄牙语：Ibero-América，加泰罗尼亚语：

---

[1] 费伊：《美洲文明》，巴黎，1939，第9页。

[2] 在“美利坚合众国诉拉杰恩·尤金尼亚案”（1822; 2 Mason 409, Fed. Cas. Nr. 1551）中，斯托里大法官（Justice Story）称：“只有得到所有文明共同体——也包括所谓欧洲基督教国家共同体的所属国家——之普遍承认，才能成为国家间法律的原则。”

Iberoamèrica）是指使用西班牙语和葡萄牙语的所有美洲国家和地区的总称，它们曾经都是西班牙或葡萄牙的殖民地，属于西班牙殖民帝国或葡萄牙殖民帝国的一部分都理所当然地归入“欧洲国家的大家庭”和欧洲国际法共同体中。在19世纪美国所有的国际法教科书上都想当然地表达出同样的观念，即便这种美洲式的国家法与欧洲国际法并不相同[1]。尽管由西半球组成的全球界线很明显地区别于老欧洲并将欧洲排除在外，但是此界线只能在特定意义上才能被称为是反欧洲的。但是从另一方面讲，与道德和文化方面的诉求正相反，这个界线倒是体现了一个自由的、真实的和本质的欧洲。然而，这样的诉求起初是被禁止的，因为它与激进的孤立主义相联系。对西半球的划线乍看起来也是孤立主义的具体表现。与分配性的拉亚线和行将就木的友好界线相比，西半球界线是一种完全不同的第三种类型，可以称之为自我孤立型。

我们下面将把注意力集中到这种思想类型的清晰而有逻辑性的表达上，它被命名为“杰弗逊界线”。我们引用两个分别发表于1812年1月2日和1820年8月4日的声明，由于它们与门罗宣言的联系，因 263
此足以实现我们讨论的目的。两份声明都明显表达出对英国的憎恨和对老欧洲的蔑视。特别值得注意的是美国坚决反对英国作为欧洲海洋法之保护人的立场。“英国的命运很快就会被决定了，其现有的存在状态也即将走向终结。当我们有力量为我们自己的半球制定法律的时候，就应当将大西洋中部的子午线划为战争与和平的分界线，在界线的这一侧不允许有敌意的行动，狮子与绵羊将和平共处。”这听起来

---

[1] 肯特（James Kent）在其著作《美洲法律评论》（1836）中讨论到国际法。参见惠顿（Henry Wheaton）：《欧洲与美洲国际间法律的历史》（纽约，1845）。卡尔沃（Carlos Calvo）将其名著命名为《欧洲和美洲的国际法理论与实践》（*Derecho Internacional Teórico y Practico de Europa y America*）；另可参见上文第202页（即边码——中译本编者注）所引萨维安那的观点。

明显有些友好界线的特点。美洲不再是16、17世纪时完全“开放”的大陆和野蛮争斗的舞台，相反，而是一个当全世界都陷入战争的时候，这里却是一片和平的净土，而且美洲会刻意地避免充当战争的另一方。先前友好界线的老一套的意义和特征已经被推翻了。杰弗逊在1820年写道：“这一天不会太远了，那时我们会正式地在大西洋上划一道经线将两个半球分开，我们这一侧将听不到欧洲的枪声，那一侧也听不到美洲的枪声。”正如门罗宣言中所表达的，“西半球”这个词被美国用来同所有其他国家一道在共同拥有的西半球之道德、文化或政治的实质基础上建立认同。

杰弗逊的理想并不夸张。一旦人们了解到这种孤立主义界线在历史的和世界政治方面的特性，就不会忽略这些思想了。从思想史的角度看，这种拣选的意识来自加尔文—清教主义观念。它后来发展成为自然神教和世俗化的形式，而且这种意识有时候会变得更加强烈，因为对上帝的绝对依赖自然不会同时伴随着世俗化。在18世纪的最后25年里，也就是自1775年宣布独立后，美国的拣选意识又吸收了从法国输入的新的带有世俗一此岸性格的道德力量。启蒙时代的哲学家们，诸如雷纳尔（Raynal）和孔多塞（Condorcet）这些伟大的名字，
264 重新绘制了人类历史的新画卷。16世纪欧洲对美洲的征服，或者说对美洲土地的大规模占取，原先被基督教或新教徒们认为是基督信仰所赋予的使命，现在从人道主义观点看来，则是非人道的暴行。在拉斯·卡萨斯（Las Casas）的著作中不难发现支持此观点的材料。美国的人权宣言被视为是人类的重生。按照17世纪哲学家霍布斯的观点，美洲仍处在一个前国家的自然状态中，仍在根据自我的欲望和利益而争斗。根据洛克的观点，正如我们上文提到的（第64—65页［即边码——中译本编者注］），美国正处在另一种类型的自然状态。在接近18世纪尾声的时候，法国启蒙哲学家又认为北美是一个自由的、独立的，不同形态的卢梭意义上的自然状态，也就是说是一个尚未被过分文明化的欧洲的腐败所玷污过的土地。旅居法国的本杰明·富兰克林

的影响是决定性的，不仅仅是由于对法国和美国 1778 年的结盟，还有由于二者之间的兄弟情谊。因此，欧洲意识中第二次出现了美国成为自由和自然之乐园的观念，但是这一次包含着积极的内容。所以，实质上传统的全球战争线已经开始向一种具有积极内容的孤立主义转变。

在政治意义上，这种原则性的孤立创设了一种新的全球空间秩序。它试图划分出一个能保障和平与自由的区域，以区别于那个腐败与专制主义的区域。这种美洲式的孤立思想众所周知并引起广泛讨论。这里，我们特别关心的是其与全球空间秩序以及国际法结构的关系。如果西半球果真是一个未被“旧世界”的腐败所污损的“新世界”，那它必然在国际法方面与腐败的旧世界截然不同。而后者则仍是那个欧洲—基督教国际法，或欧洲公法的缔造者和代表。如果在美洲的土地上，被拣选的人将会得到拯救，为的是在一种原初状态下缔造一个新的纯粹的生存形式，那么所有来自欧洲对美洲土地的要求都会失效。美洲的土地现在要求相对于所有迄今为止的国际法土地地位而言一个全新的国际法上的地位。欧洲公法正如我们看到的那样已经发展出多种土地地位。其后，美洲土地不再属于 19 世纪以来欧洲国 265
际法已经承认的任意一个土地地位：既不是可以自由占领的无主土地；也不是殖民地土地；不是如欧洲国家之领土一样的欧洲土地；也不是老的友好界线的战场；更不是像在亚洲国家中存在的欧洲拥有领事司法权的治外法权区域。

在新的界线成立后，从欧洲国际法秩序的角度看，西半球的地位是什么呢？或许是完全非同寻常的，甚至是被拣选的（地位）。不夸张地说，至少这是一个在逻辑上极其自洽的，人们把美洲当作公正与效率的避难所。其实这种被拣选的界线，其真正的意义在于，只有在美洲的土地上，才有可能将有意义的态度和“习惯”、法律和自由置于正确的位置上。而在老欧洲则被一种不自由的状态所支配，一个本质和性格上都是善良且守规矩的人都会成为罪犯和违法者。但是在美

洲，善与恶、公正与不公正、好人与罪犯的区别，绝不会因为错误的局势和错误的“习惯”而混淆。人们深信美洲是正常且和平的，而欧洲则处于反常和争斗的状态，这一点弗兰科（Mello Franco）在1925年国联处理少数民族问题时就已经看出来了。因此，全球界线就成为一种保障线，一道瘟疫隔离线，以此来分隔受污染区域和健康区域。门罗总统的宣言并不像前面提到的杰弗逊讲话那样显白。但是，有脑子和耳朵的人都能从门罗宣言的字里行间看到和听出，一方面是摒弃来自欧洲君主制的整个政治体制的根本理由，另一方面是隐藏在美洲分离和孤立界线中的道德和政治意义以及神秘的力量。

奇怪的是，“西半球”这个词被欧洲和老西方视为眼中钉。它既没有指向老亚洲，也没有指向老非洲，只是针对老西方。新西方要求成为真正的西方、真正的西洋、真正的欧洲。新的西方，即美洲将取代老西方和欧洲，重新确定世界历史的方向，成为世界的中心。西
266 方，将完全成为道德的、文明的和政治意义上的西方（Occident），既不会被消灭或破坏，甚至不会被废黜，而只是被替代。国际法告别了那个以老欧洲为重心的时代。文明的中心继续向西、向美洲移动。像从前的老亚洲和老非洲一样，老欧洲也成为历史。老与新，在此处就像通常使用的那样，并不是为了谴责什么，而主要是作为命定秩序与场域的标准。它们是最高的历史、政治和法律诉求的基础。它们已经改变了此前欧洲国际法的结构。自1890年以来，包括亚洲国家，特别是日本在内，欧洲国际法共同体已经扩展成为一个无远弗届的普世主义的国际法。

我们所关心的不是杰弗逊和门罗之主张在道德和政治方面多大程度上是正当的，也不是关注他们所说的一个道德和政治的新世界有着怎样的意义。事实上欧洲文化的一部分确实在美洲土地上寻找到家园并茁壮成长。老欧洲的欧洲人必须意识到像乔治·华盛顿和西蒙·玻利瓦尔这样的人仍然是伟大的欧洲人，甚至他们比与其同时代的英国和欧洲大陆的政治家们更接近于“欧洲”这个理念的现实含义。进一

步说，鉴于 18 世纪英国议会的腐朽和法国专制主义的堕落，鉴于 19 世纪后拿破仑复辟时代的狭隘和偏执以及梅特涅政府的反动，美洲有极大的可能性来代表真实和真正的欧洲。

美国想成为真正的欧洲，成为法律与自由的圣地的愿望，背后有着巨大的历史因素的影响。它表达了一种强烈的欧洲趋势，拥有真正的政治能量，或者更现代地说，具有第一流的战争潜力[1]。这种历史 267
能量的储备在 19 世纪特别是通过 1848 年欧洲革命而得到加强。成千上万失意或幻灭的欧洲人离开了老旧而且反动的欧洲前往美洲，在那片圣洁无瑕的土地上开始新的生活。1848 年以后拿破仑三世错误的专制以及其他国家的反革命潮流，正说明欧洲没有能力去解决那些 1848 年前数十年间在法国、德国和意大利累积起来的汹涌而来的社会、政治和思想问题。在此情境下人们不该忘记《共产党宣言》已于 1847 年面世，而巴库宁则于 1842 年在柏林现身。1848 年以后所有的欧洲

---

[1] 本章节篇首曾引述过费伊（Berhard Fay）的杰作《18 世纪末法国与美国的革命精神》（*L'Esprit Révolutionnaire en France et aux Etats-Unis à la fin du XVIIIe siècle*, Paris, 1925），此处有必要再次用它来分析这个复辟时代，在此书中（第 299、317 页）费伊对托克维尔思想的渊源，及对托克维尔在《论美国的民主》（1835）上卷结尾处所做的惊人预测的原因，给予了重要的解释。再一个需要特别提及的就是年轻人奥古斯丁·梯叶里（Augustin Thierry）——19 世纪研究阶级和种族理论的历史和社会学家——所提出的主张，该主张不仅具有划时代的意义，而且也表达了一种强烈的由圣西门（Saint-Simon）所首倡的欧洲式冲动（Impulse）。梯叶里在“论塑造法兰西共和国的种族敌视”（“Sur l'antipathie de race qui devise la nation française”, *Censeur européen*, 1820 年 4 月 2 日）一文中指出：“如果欧洲再次回到野蛮的封建中世纪，就会倒退阶级冲突和种族敌视中，我们将看不到出路”——“La mer est libre, et un monde libre est au-delà”。迈耶（Hildegard Meyer）的研究可以为德国研究提供良好的素材：《19 世纪中叶北美之德国研究论著集》（汉堡，1929，“海外史文丛”，第 9 卷，阿道夫·雷恩编）。其中（第 540 页）引用了洛特克（Rottek）所说的“世界史上专制的东方与自由的西方之间的对立”。洛特克认为，欧洲又退回到了历史法则的枷锁中。在其《普遍历史》一书的最后，洛特克写道：“曾经是欧洲自己手中的圣火，如今却只能遥望之于大西洋的彼岸。”

人和欧洲政府都不是努力寻求解决问题的方法，而只是急于扼杀那些以社会主义、共产主义、无神论、无政府主义和虚无主义等形式表现出来的深层次问题，或者试图填平出现在正当性与合法性、保守主义和立宪主义之间的鸿沟。那个时代的伟大的批评家们往往都是离群索居且不合时宜的人，譬如克尔凯郭尔与柯特、鲍威尔与布克哈特，最后还有波德莱尔与尼采等。与这个反动的欧洲相比较，自信的美洲看起来更像是真正的欧洲。这是一个宏大的世界历史愿景。美洲的决心好像能够清除掉世界历史的尸体上的毒物，继而能够鼓起重建新公法的政治力量似的。

但是到了 19 世纪末，也就是 1900 年前后，这种重大的可能性从里到外都有了新的面貌。1898 年的美西战争对其他国家来说是一个信
268 号，显示美国的外交政策已经转向了一个开放的帝国主义时代。这次战争没有遵守西半球的传统的大陆概念，而是深入太平洋地区，甚至进入到老东方区域。过时的门罗主义被朝向亚洲广阔区域的“门户开放”[1] 的需求所取代。从全球地理的视角来看，这是一个从西方迈向东方的步骤。从世界史的角度来看，现在美洲大陆与新出现的东亚空间的关系，就像一百年前老欧洲由于美洲在世界史上的崛起而被挤出东半球区域一样。在思想地理学的意义上讲，这样一种显著变化会成为一个极其轰动性的主题。在其影响之下，1930 年宣告了一个新世界的崛起，从此美洲与中国联系在一起。[2]

就像世界历史从西方向东方的细微转变一样，那种认为新世界会从美洲的自身发展中诞生的传统信念也发生了改变。当美国着手实施

---

[1] 马汉（A. T. Mahan）：《美洲利益的国际条件》，伦敦，1910，第 117 页。马汉强调指出，门罗主义的“不干涉”政策并不意味着“缺席”，而是为了抗拒欧洲特别是抗拒德意志帝国。马汉的思想将两个盎格鲁－撒克逊帝国（即英国和美国）统一起来，其建议是将新世界与旧世界熔合在一起。

[2] 凯泽林克（Hermann Graf Keyserlingk）：《美洲：新世界的人口》，1930。

其帝国主义外交政策时，其国内事务上被视为近代的那个时代结束了。那个原先被视为来自西半球的一切新鲜事物的前提和基础，无论是意识形态方面，还是现实方面的，都消失了。1890 年前后，美洲内部的占取自由被取消了，向这些开放土地的移民也结束了。在那时，区分定居区和自由土地（即无人定居的可以设置占取的开放土地）的老边界依然存在。除了老的边界，还出现了一种新的类型——“frontier”（边境线），这条线，可以将居住地变为自由土地。当自由土地消失的时候，自由也就终结了。尽管 1787 年美国宪法中的规范依然有效，但是作为美国基本秩序的“根基性（法权）资格”已经改变。限制移民的法律一方面由于种族因素，一方面由于经济原因，而开始实施歧视政策，同时关闭了曾经收容了无限制自由的避难所。敏 269
锐的观察家们很快意识到了这种变化。作为伟大的哲学家和美国实用主义思想的代表人物，约翰·杜威引起我的特别关注，因为他将边境线的终结视为他考察美国具体社会状况的出发点。爱默生（Emerson）与威廉·詹姆士（William James）在这一点上显示出同样的重要性，他们对“开放边境”政策表示乐观和赞赏。在 1896 年詹姆士发表他的文章《信仰的意志》时，自由土地依然存在着。

在讲述第一个全球界线的那一章（第 63—64 页［即边码——中译本编者注］），指出了霍布斯关于前国家的自然状态和野蛮自由区域的关联性。我们特别指出了主导性的历史事实：自由王国在一个巨大的自由的占取中发现了开放的空间，当时的这个新世界已经超越了那个全球界线。1848 年革命的一百多年前，黑格尔在他的历史哲学讲演集导论中，就已经对这个新世界的结构做出了不同凡响的诊断。在质朴与博学的绝妙混合中，他确定地指出，即使在第一次门罗主义时代，美利坚合众国仍然没有构建成一个国家，它还停留在市民社会的阶段，也就是说，它处在一个前国家的状态，是一个利益自由优先的状态，而那个辩证地超越了个人自由的国家状态尚在其后。另一个重要批判来自青年马克思 1842—1843 年的著作，他从黑格尔的辩证法

出发，对美国做出了进一步的观察评价。马克思指出，共和国像19世纪的君主国一样，私有财产决定了真正的宪法和国家。由于国家与社会、政治与经济的分离，政治国家的物质内容游离于政治与宪法之
270 外[1]。但是，盎格鲁－撒克逊的政治理论家们却将国家与社会、政治与经济的关系提升到公理性的地位。解开在场与缺席这个矛盾的真正的钥匙就在于分离政治与经济，矛盾的缘由在于这个意识形态已经陈旧的世界仍然想保留其古老的新奇性，并将经济的在场和政治的缺席联系起来，并继续保持早期自由的意识形态，尽管这个意识形态的背景和基础已经不存在。在一个已经国家化的现实条件下保留一个非政治的前国家状态，这样的理念导致了一种人为延长了的天真，我们将在下一节里对这种困境予以讨论。

[1] 见《马克思恩格斯全集》第1卷，第437页（Rjasanow，1927）。恩斯特·勒瓦尔特（Ernst Lewalter）的“对马克思国家社会理论的系统研究”一文（载《社会学与社会政治学文献》，第68卷，1933，第650页）对此有重要的论述。费舍尔（Hugo Fischer）的论文“马克思及其与国家和社会的关系”（耶拿，1932，第45页）中写道：“1931年的政治学在很大程度上就是经济政治学，与19世纪相反，政治从国内走向了国外。”

六、国际法之承认的意义转变

在世界史上经常会出现某些民族或帝国为了避免传染，而以防御界线的方式将自己与世界的其他部分隔离开来。问题在于，这样的隔离或孤立会引起其他民族的怎样的反应。自 19 世纪起，美洲就想成为一个新的不腐化的世界，当时全球性世界图景的观念已然形成。对于世界其他国家来说，这是一个自愿的自我隔离，只要这个孤立化过程能够保持始终如一。全球界线将世界划分为好 / 坏两个半球，在道德上体现出正 / 负两种评价。这意味着对地球上其他国家保持一种持续性的排斥，但在此期间并非全无联系。除此之外，孤立与干涉之间的辩证关系处于不断的发展中，其中的两难困境也随着历史的发展而日益深化。

1. 孤立与干涉的两难困境

在 1861—1864 年内战的消极影响完全消失后，美国重新获得相对欧洲大国的优越感，而孤立与干涉的两难困境则变得愈发明显。在 1890—1939 年的这个过渡时期内，这种未能解决的两难困境表现为在场（Anwesenheit）与缺席（Abwesenheit）的混合（上文第 228 页及以下［即边码——中译本编者注］），这也正是日内瓦联盟的宿命所在。但是，伴随全球意识的扩展，这种两难困境成为不

可抗拒、无法逃脱，同时又变得更加逼仄和激进的强制化进程，与之相应的是，出现了由全球界线思想和现代工业—经济大空间图景（Großraumbildung）所决定的一个成长中的空间和政治的维度框架。自从所谓的帝国主义时代开启以来，即19世纪末20世纪初以来，西半球发现自己必须在常新的大空间多元化与普遍性世界诉求之间，在一元论和多元论之间，在垄断和多样化之间，做出选择。任何一个社会学家、史学家、法学家和经济学家都可以观察到美国及其所控制的西半球自1890年以来的发展，以及发展中出现的各种矛盾之间的辩证关系。1919年“一战”之后的欧洲亦是如此。整个大陆的无数民众都反反复复地、漫无目标地、慌慌张张地徘徊在相互冲突、彼此排斥的矛盾之间。但是，任何强大的生命力，确切地说任何伟大的世界政治都不仅仅是一个充斥着普遍对抗或分歧的冲突化的趋势，也不仅仅是对立和紧张。冲突源自于空间发展过程中悬而未决的问题，这个过程包含着强制化，或者是被迫在现有大空间之外寻找其他大空间；或者是传统国际法战争被迫向全球性世界内战转变。

在1914—1918年的第一次世界大战期间，威尔逊总统在自我孤立和世界干涉的两个极端之间剧烈摇摆，直到最后重重地摔到干涉主义这一端。在威尔逊的讲话中仅举两例就足以说明问题，一个在1914年“一战”初期，另一个在1917年4月美国参战之后。威尔逊的出发点是：名副其实的中立化。他在1914年8月19日的演讲中，郑重地宣布了一个绝对的、严格的、甚至是谨小慎微的中立化理念，以求小心翼翼地避免歧视交战国中的任何一方，并保持一种前后一致的孤立主义的中立化。他甚至警告他的人民不要在心理上试图去偏袒哪一方，哪怕只是在思想或情感上；也不要只是在表面和名义上的中立化，而没有心理上也做到中立化。“我们必须在思想和行动上都做到不偏
272 不倚，克制我们的感情，并避免让任何一方交战国认为我们有所偏向。”1916年11月，威尔逊在“他使我们远离战争”的宣传语下赢得第二次总统任期。但是，在1917年4月2日的宣言中，他根本性地

改变了立场，公开宣称中立化的时代已经过去，为了保卫世界和平与人民的自由，美国有权介入欧洲战争。因此，传统形式的欧洲战争演化成为世界战争、全人类的战争。这种由孤立向干涉的突然转变并不只是由于威尔逊个人观念或心理动机上的摇摆，还反映了一种客观的力量和趋势，这一点体现在美国近几十年历史中的每一个重要关头。我们一再提到自我孤立和世界干涉的问题，上文（第224—225页［即边码——中译本编者注］）提到的日内瓦国联的历史只是关于这个问题的现实个案。战争的罪刑化使得《凯洛格公约》与《国联盟约》之间的关系暧昧。然而，《凯洛格公约》的实质意义在于，是否许可战争的重大决断权开始掌控在美国手里，既不是日内瓦国联，也不是英国和法国这两个国联中具有主导地位的欧洲大国。中立化的传统形式在《国联盟约》中还没有被完全破坏，但是在《凯洛格公约》中被破坏了，因为正义战争成为国际法的新原则。当时的国际法学者威顿（John B. Whitton）以最简洁的方式对此做了一个典型化的描述：以前中立化是和平的标志，现在根据国联和《凯洛格公约》诞生的新国际法，中立化则成为战争的标志。

正如第一次世界大战期间反映在威尔逊宣言中的孤立与干涉的两难处境一般，1939年后以令人惊奇的方式再次出现了同样的发展态势，两者具有深厚的同一性基础。富兰克林·罗斯福1937年10月5日在芝加哥的讲话中已经宣布，仅凭孤立化与中立化已经不足以应对当今这个国际无政府主义和无法无天的世界。但是，美国在1939年9月5日的官方中立化声明中，却正式宣布美国依然遵循传统国家间国际法上的中立概念，严格秉持不偏不倚的姿态，并与所有交战国保持同等友谊。在美国官方的中立化宣言中，甚至使用了传统欧洲的表达方式：aequalitas amicitiae［平等友好］，这是以对交战双方在同等友谊上的中立性为基础，并以“on terms of friendship”［友谊的名义］来表达。这里所说的建立在平等友好之上的不偏不倚，后来在实践中情况如何，就毋须多言了。对我们来说重要的是西半球的问题与孤立和干涉之内在辩证之间的关联，

273

正是借助这些概念，整个世界开始了百年来不断升级的转变。“二战”期间，即从1939年开始，与自我孤立相一致的严格的中立化被抛弃了，战争开始后的那些庄严的话语为此做出了注脚。

由前美国总检察长、后来的最高法院法官杰克逊（Robert H. Jackson）在波托马克号（Potomac）总统游艇的甲板上修订，并于1941年3月31日白宫记者招待会上被宣读的备忘录中，通过公开宣布孤立化与中立化传统政策的死亡，最终从根本上对过去的时代予以总结和终结。美国政府的发言人讲到：“我并没有否认，19世纪独特的中立化规则是建立在中立化观念之上的，这些规则通过诸海牙公约得以完善。然而，这些规则已经过时了，世界大战爆发以来的许多事件使这些规则渐渐失效。由于国联默认了对侵略者予以制裁的原则，由于《凯洛格—白里安公约》，由于《阿根廷反战公约》，19世纪所确定的所有交战国都应受到平等对待的原则被废弃了。我们已经返回到更古老也是更合理的观念。”我们已经看到，这种向观念史上更古老和更合理观念的返回，我们已经在前文（关于维多利亚的一章）中谈过了。根据我们对国际法的理解，国际法上的承认问题必须引起我们的重视，因为这对每一个以独立共存的诸大国为基础的国际秩序来说都是十分关键的问题。国际法上的承认问题在最近几十年中已经几经变迁，国际法之空间秩序的结构转变也在这些变迁过程中得以体现。

根据古典欧洲国际法，对另一个国家或政府的承认包含了对正当
274 敌人的承认，即在战争情况下平等对待和相互尊重。任何国际法之承认的核心意义在于，承认所产生的效果，即对一个建立在原有空间秩序或新建空间秩序之上的领土变更或新政权的承认，是与这些空间秩序相一致的。在秩序稳定的时代，会形成相对稳固的习俗和法律制度；在转变时期，整体结构都发生转向，根据法律（de jure）的承认也变成了根据事实（de facto）的承认，孤立与干预的两难也出现在这种全球化空间中。因此，对于美国政治家和法学家来说，国际法惯例中的承认概念，可以被理解为一种普遍性的认可，可以扩展至任何国

家行为、任何事件、任何战争或者是地域内的领土变更。史汀生主义所表达的内容同样如此。但是此处我们将考察一些关于国际法承认的案例，这些案例对我们的主题来说具有指导意义，因为对这些案例之典型特征的讨论，将有助于我们尽可能准确地把握孤立与干涉之间的两难困境：将叛乱团体承认为交战国；以及对一个新政府的承认。这两种情况对于理解空间秩序问题特别富有启发性，因为它们十分清楚地揭示出，干涉其实是与国际法的其他部分共存而不可分离的，而且，对国际法的整体制度来说，重点在于在正义战争的背景下，战争已经转变为内战。整体来说，到两次世界大战时为止，除了殖民战争和针对印第安人的战争，美国只有两次真正的大规模的内战体验：独立战争（1775—1779）[1] 和内战（1861—1865）。在这两次战争特别是后一次中，关于对叛乱团体的承认和对内战中各派别的承认等问题成为国际法讨论的中心议题。

2. 对反叛者之承认的问题（以美国内战为例）

18、19 世纪的欧洲国际法已经发展到将叛军承认为交战方，视之为战争当事方，从而形成一种法律制度。这就出现了一个具体问题，即原先欧洲国际法上纯粹的国家间战争就转变为纯粹的国家内斗争，即内战。伴随无歧视战争而来的问题是，一个国家对另一主权国家国内事务的干涉。根据瓦泰尔的观点，将叛军承认为交战方的法律制度 275
是从中立化观念而来，并与非干涉化相关。（见上文第 103 页［即边码——中译本编者注］）显然对叛军来说，被承认为交战方具有极为重要的意义，其地位得到根本性的提升。但是对于合法政府来说，则

[1] ［中译本编者注］原文如此，疑有误，一般认为美国独立战争从 1775 年开始，到 1783 年结束。

意味着地位被贬低并遭到严重的干涉。这种干涉是打着所谓中立化的旗子进行的。对于叛军来说，无论内在外在，都可以有两种形象：从一面看，是叛国，是重罪，是犯罪；从另一面看，是追捕罪犯，是司法或警察行为；这些对于被承认的国家来说，都可以被视为建立在非歧视意义上的国家间的正义战争（bellum justum）行为。同时，对一个合法政府来说，尽管对其不利，也不得不忍受这样正在发生的出人意料的转变。一个正义理由的合法性或正当性对处在叛军威胁中的政府来说是根本性的问题，但在法律上却无足轻重，就像是否合法对于叛军来说也无足轻重一样。

然而，如果这样的法律制度被付诸实施，那么这个合法的并且被合法承认的主权国家就不得不抬升自己国内非法的敌人之地位，相应地也不得不降低自己在国际法上的法律地位。必须在一种整全性的国际法空间秩序的视角下，对该法律制度的内在问题予以考察。事实上，那些通常被视为先例的对叛军的承认，只不过体现了主导性大国的控制和干涉而已，它们以这种方式将其视为国际法意义上的正式战争，对正当敌人的承认，以及最终实现有效力的领土变更，都被大国视为可以接受的。欧洲大国对希腊叛军的承认就是一个典型的例子。事实上，这只是反映了欧洲对衰落中的奥斯曼土耳其帝国的控制，这个帝国当时尚未被承认为欧洲国际法秩序的成员，尚不属于狭窄的欧洲空间秩序，其土地在某种意义上对于欧洲中心主义的国际法来说是自由开放的。这里的承认不过是一种表面上普遍化的象征，这种欧洲大国对非欧洲帝国的欧洲中心主义行为，正可以被视为真正的欧洲内战的一个先例。把1859年加里波第（Garibaldi）领导下的意大利革命
276 军视为交战方，同样体现了欧洲政治大国对欧洲弱国的干涉。当欧洲共同国际法秩序解体的时候，这样的承认也就失去了意义。因此，西班牙内战期间（1936—1939）没有任何一方被承认为交战方。那时大国之间组成的所谓不干涉委员会，不过是传统欧洲国际法走向内在虚无的表象而已。

欧洲中心主义在承认上的实践，相似地出现于西半球的内部事务中。1816 年，美国政府承认反抗西班牙和葡萄牙合法政府的中南美洲革命者为交战方（布宜诺斯艾利斯、哥伦比亚、墨西哥反抗西班牙，巴西和乌拉圭反抗葡萄牙）。1817--1822 年，美国总统门罗（James Monroe）通过向国会做年度外交报告的形式，相继承认南美的交战方为独立国家。在 1823 年 12 月 2 日著名的门罗公告中公开表达了对中南美洲交战国的承认。美国解释说，它在交战方与西班牙政府之间的冲突中保持中立，正是其中立性的具体表现。但事实上，美国的政治和实践最初是要求在国际法领域尊重西半球界线，上述门罗公告中公开表达出这一点。当美国内战于 1861 年 5 月爆发时，叛乱的南方各州被欧洲大国即英国和法国承认为交战国，其结果必然导致利益的冲突。因此，这既不是欧洲也不是美洲空间秩序内的事务，而是在欧洲中心主义国际法的边缘地带发生的，涉及在西半球的普遍秩序中，（欧洲和美洲）两大空间秩序的关系。因此 1861 年发生的对交战国承认的先例不会是绝无仅有的。它不能构成对欧洲中心主义国际法的试验案例，也不能被视为应用欧洲中心主义国际法的真实案例。但是，当西半球带着自己全新的尊严面对老欧洲时，一个新的更加重要也更有意义的全球空间秩序问题也接踵而至。

由于英法对南方各州组成之邦联的承认，美国和英法两个欧洲大国之间引发的重大争议便持续了十多年。争议开始于 1861 年 5 月 277
13 日的英国声明和 1861 年 6 月 10 日的法国声明，持续时间则迟至承认被取消之后（1865 年 6 月），甚至在 1871 年的亚拉巴马案件（Alabama-Falles）中仍余音未绝。美国的处境无论在理论还是实践上都非常艰难。英国和法国政府可以凭借普遍接受的观念和诸如瓦泰尔和惠顿这样的权威学者的学说为自己辩护。它们还可以援用希腊（1821）和南美洲（1822）的先例，甚至可以引用华盛顿总统于 1793 年 4 月 22 日发表的著名的关于中立化的讲话，当时雅各宾法国与英国、奥地利组成的反革命联盟之间正在进行革命战争。但是，即便站

在当代政治的立场上，美国仍然无法证明其关于西半球空间和门罗主义的观念的有效性。很明显，在1861—1864年最艰难的岁月中，门罗主义也处于最黯淡的境地。欧洲政府援引1821年的希腊案例实际上是对南方联盟政府的冒犯，南方联盟并非以此为论辩依据。在它们的外交照会和书面声明中，并没有从根本上或一般性地对承认叛军为交战方的权利予以否定，而只是谴责那种仓促的、非必要的、未经事先考察以及没有与合法政府进行过协商的承认。美国在英法这两个大国处理这些大家共同面对的问题时，看出了其中的错误和敌意。美国一再强调美利坚合众国是一个不可破坏的整体，是不可分割的，并在此基础上主张，任何对其他国家之叛军的承认都是一个严重的问题，从根本上讲，这样的承认将导致国际法的危机。

1861年5月21日由美国驻伦敦代表亚当斯（Charles Francis Adams）写给在华盛顿的美国国务卿西沃德先生（William Henry Seward）的信，可以在此方面给我们以特别的教益和启发。亚当斯引述了英国（上议院）大法官的言论，据大法官说，由于南方诸州已经被承认为交战方，那么这场战争接下来就变成正义战争了。对于美国代表提出的抗议，大法官回应说，他只是承认战争的事实，只是在技术层面上
278 视之为正当战争，这种情况在目前看来不可避免，它意味着战争双方都没有任何正义的观念，这里所指的是国际法意义上的战争，符合现代文明战争的规则。这就是女王声明的意旨所在。[1] 在1861年6月21

[1] 这段话十分重要，因此有必要全文引述如下："在此情况下，似乎不得不说在技术层面上应视之为正当的战争（justum bellum），也就是说，战争的双方没有任何正义的观念，也不做任何努力，但是尽可能将其运筹管理纳入现代文明战争的规则体系之内。以上这些就是女王声明的意旨所在。其目的在于显示对于现存法律的支持，并对英国公民说明了一旦参战他们将负有什么样的责任。但是，美国人民在感情上强烈反对他们的敌人，很难想象他们会改变目前实践中一贯的仁慈的战争政策。"大法官的最后一句评论忽略了正义战争与内战之间的联系。（Bruns, *Fontes Juris Gentium*, Ser. B , Sect.1, T.1 Pars 2, S.106）

日写给英国驻华盛顿代表莱昂斯勋爵（Lord Lyons）的信中，英国外交大臣罗素勋爵（Lord Russell）又回到上述观点，完全与古典传统的关于正当战争的学说不同，通过这种方式，就有意识地取消了正当理由的问题。这个英国外交大臣说，

> 我在议会下议院演说时援引过土耳其和希腊的例子，目的是可以引用那个经过坎宁先生阐释的明智的政策格言：所谓交战国权利是一个事实问题，而不是原则问题；对抗政府的那一方的规模和力量决定了他们能否获得交战国的特权和待遇，而不是他们（反叛）的理由是否善意。（Bruns, *Fontes Juris Gentium*, Ser. B, Sect. 1T. 1 Pars 2, S.109；［中译者按］原文在注释中，现移入文中。）

这番言论说明英国法学家仍然强烈支持古典传统上的国家间战争概念。尽管他们一再表示对内战的双方都保持中立，但实际上只是把原来针对国家间的非歧视原则运用到国家的内战中来。但是很明显，美国政府在这个重大问题上表现出严重的不安，这是完全可以理解的。对叛军的承认在实践方面的问题，同道德和法律问题一样，都只是一 279
个纯粹事实性和宣示性的问题。大国对其他国家之叛军的任何一次承认，都会以直接有效的方式，在道德的、法律的、宣传的，当然也包括军事等方面，提升叛军、叛国者或阴谋破坏者的斗争潜力。考虑到这些情况，那些主张一种纯粹事实或纯粹宣示性的承认都是不真实的要求。假如人们抽象运用“正当理由”，并且承认叛军的“正义战争”，那么这将对那些合法政府在所有法律问题方面都构成伤害和不公正。事实上，美国政府攻击将叛军承认为交战方的法律制度，不仅仅是因为对国家内部战争的承认违反了国家主权的同一性与不可分割性，还由于美国认为，在一个合法政府与其内国的非法敌人之间划上法律等号，并不是体现中立性的最好方式。并且，这是对根据政府当局的价值标准来设定的内国程序价值的贬抑，最终导致承认等同于干涉。

从这个角度来看，美国国务卿西沃德在1861年6月19日对亚当斯发出的指示值得给予特别介绍：

> 这个政府不会始终如一地公平对待美国的主权，允许它与其英国宗主国政府就它们的新奇而又特殊的地位进行辩论；更不必说我们会同意认为政府将对我们宣布一项贬低主权的决定，在没有与我们事先讨论的情况下就涉及这个问题。美利坚合众国依然是其合法取得并长期占有之领土之上的唯一且排他的主权者，一如既往。美国与全世界和平相处（除了一些不重要的例外情况），一如既往。他们生活在国家法律和英国条约规定的义务之下，一如既往。他们当然是大不列颠王国的朋友，他们也坚信英国会继续保持这种友谊，一如既往。由于他们之间的关系，大不列颠王国对这个国家的各政党和各部门来说是陌生人，不论他们对美国忠诚与否，大不列颠王国既无权评判美国的主权资格，也不能认可或承认以非法行为破坏联邦联盟（[中译者按] the Federal Union，即指美国南北战争期间北方23个州组成的联邦）主权的任何政党、州或部门的权利或利益。目前在这个国家里正在发生的情况，即一个武装反叛集团试图推翻以合法正当形式建立起来的政府，绝不是特殊的，而是在所有国家都经常发生的，在英国甚至会更加常见。当然，在此情况下政府会同其他任何国家一样使用武力来镇压叛乱。但是，这些事件的出现绝不意味着形成了一种可以损害政府主权的战争状态，继而产生了交战方，而且使得外国有权干涉或在两者间保持中立，或者在这个困难处境下以其他任何方式免除他们自己对该国政府的法律义务。任何与此不同的原则都会将政府全场域地置身于意外事变和反复无常的状态中，并最终使所有人类社会都进入一种永久战争的状态之中。（Bruns, *Fontes Juris Gentium*, eod., S.108f.；[中译者按] 原文在脚注中，现移入正文。）

3. 对外国政府之承认的意义转变

这封 1861 年的美国书信所表达的思想是，一国对另一国之内部 280
事务发表法律意见即构成违反国际法的干涉行为。重要的是，从现在起，我们要在西半球的视野之下来了解第二种类型的承认：这涉及对一个政府的承认，以及一个新政府在什么时候需要一个新的、特别的承认。在这个问题上，欧洲国际法已经找到一种适当的均衡，已经将对国家和政府的国际法承认发展成为一种法律制度。因此，既要考虑到被承认国作为值得信赖的契约当事人的利益，另一方面还要注意到对他国之内国宪法性事务的不干涉原则。19 世纪的老一辈国际法学家，如洛里默（James Lorimer）和邦菲斯（Henry Bonfils）已经发展出多种类型的承认（不考虑依法的承认［de jure］与依事实［de facto］的承认之间的区别）：完全承认、部分承认、自然承认。直到 19 世纪末，在欧洲范围内，承认一直被认为就是将某国（政府）接纳进由各个国家组成的大家庭内，加入到一个俱乐部中来，因此是一种授权性行为。我们上文谈到，在洛里默看来， 281
此种承认是欧洲国际法的基本制度。但是，同样在此范围内，因为欧洲国际法的具体秩序被消解，所以上述的授权性特征也就消失了。因此，曾经是国际法之主导性学说的对一个新国家或新政府的国际法承认，就不再是一种授权性的接纳行为。但是，承认并没有因此而成为一个空洞的表述，而是变成一国（政府）与另一国（政府）之间的信任证明。在这种新建构的制度中，原先任何国际法承认中都包含的空间因素，逐渐被忽略了。欧洲在承认问题上的实践，整体上是为了捍卫处境困难的中间路线，这个路线处于（不被许可的）干涉和（实践上又行不通的）放弃之间。欧洲对待 1917—1924 年之间的苏联和苏维埃政府的矛盾态度，就证明承认是这个新世界秩序的要害问题。它揭开了新世界局势的面纱：在东欧出现了一个新的领土大空间（Großraum），正在成长中的欧洲国家法共同体被完全

消解，西半球仍然摇摆在孤立与干涉之间，再加上一个无所助益的国联。

在美洲土地上，在承认新政府的问题上，干涉与不干涉之间的冲突变现得极为激烈，并且以非常突然和尖锐的方式表现出来，西半球此时的状况看起来像是19世纪欧洲所面临之问题的粗糙和放大版的镜像。根据所谓的“托巴主义”（Tobar-Doktrin）——1907年12月20日，在中美洲国家哥斯达黎加、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜和塞尔瓦多等国签署的协议中达成一致，即任何一个通过政变或革命，而不是通过民主选举和立宪的方式成立的政府，都不应得到
282 承认。由此，以民主形式来体现合法性与正当性，就明确成为国际法上的标准。威尔逊总统将这种产自西半球的民主正当性标准提升到国际法原则的高度。因此，只有具有民主宪政意义上之合法性的政府才能被承认。当然，在实践中，何谓“民主的”和“合法的”，完全取决于施加承认的国家，也就是说，对这些术语的定义、解释和审批的权力属于美国。如此特征的承认新政府的理论和实践具有明显的干涉主义色彩。对西半球来说，其结果是，美国可以控制中南美洲任何一个国家的任何一次宪法或政府的更迭。如果美国只局限在西半球，那么其影响也不会超过（西半球）这个大空间，但是，一旦美国将其理论提升到世界干涉主义之全球诉求的高度，那么地球上的任何国家都不能幸免了。

在美洲土地上，任何国家对独立的诉求都会带来一种相反的效果，即形成一种很偏激的制度建构。在此制度建构下的国际法承认，已经被理解为以一种不可接受的方式对国际法进行了干涉，因此而被摒弃。这种立场具有一种辩证的价值，是一种合乎逻辑的反题，这是一种强权政治，尽管表现出一种无权者的姿态。墨西哥的所谓“埃斯特拉达主义”（Estrada-Doktrin）就表达了这种观念。他们一贯坚持认为，任何违法国际法的承认都构成了对所谓的被承

认国家或政府的侵犯和侮辱，这种承认因此而遭到了摒弃[1]。所以， 283
国家之间、政府之间以及交战方之间在国际法上关系是一种纯粹事实化的个案式的个别（主体之间的）相互关系。所有基于法律的承认，甚至所有基于事实的承认都不存在了；只存在基于事实的相互关系。显然，这里表达的是一种与全球中心式的承认实践完全对立的观念[2]。

干涉因此而变成了“承认”和“不承认”这两个一般性国际法概念落实于具体现实的典型手段。而且并不局限于欧洲国际法实践中在传统意义上对新国家和新政府的承认或不承认。它在法律层面上表达出对任何其他方面的重要变更，特别是领土变更的同意或反对意见。史汀生主义（Stimson-Doktrin）第一次对该立场予以阐述，其与 1928 年的《凯洛格公约》具有法律上的关联性。第一次见之于文献是在

---

[1] 该主义因墨西哥外交部长埃斯特拉达（Genaro Estrada）而得名；其声明的主要部分如下：“基于谨慎的考量，墨西哥政府向最近处在政治危机中的国家之部长或代办（Geschäftsträger）发出通知，墨西哥政府不会发表任何具有承认性质的声明，因为墨西哥政府认为，这样（承认）的行为具有侵犯性，不仅侵犯了他国主权，而且意味着外国政府有理由干涉他国内政事务——就此来说，这就是一种对他国政权之法律地位的评判——无论是肯定的还是否定的。”声明原文发表于《美洲国际法期刊》，第 25 卷增刊，第 203 页。

[2] 该观念特别强调指出，“现代瑞士的承认政策非常类似墨西哥的理论”。“瑞士联邦政府对 Franco 政府的行为能够让人联想到埃斯特拉达主义……或者可以直接说，瑞士联邦议会的行为——既不是根据事实（de facto）也不是根据法律（de jure），而是根据具体个案来自由判断，具体情况具体对待——说明其认识到这个唯一正确的理论，即当代所有关于承认的问题，都是由政治意识，而不是法律意识所决定的。”这段话引自瑞士人斯迪尔林（Peter Stierlin）的文章“国际法上未被承认政府的法律地位”，载《苏黎世国际法研究》，弗里切（H. Frizsche）和 D. 辛德勒编，苏黎世，1940，第 29、200 页。这些话语是如此重要，因为瑞士一直被当作国际法上的正确榜样。

1932 年。[1] 当时美国政府认为有权拒绝承认以非法暴力实现的领土变
284 更。这意味着美国已经超越了东西半球的区分，认为自己可以判定世界任何地方之领土变更的合法或非法。美国将这种主张扩展到全球的空间秩序，适用于世界上任何地方的任何事件。“世界上任何地方的战争行为都是对我们国家利益的伤害。”胡佛总统（1928）的这番话正表达了史汀生主义的核心思想。过去欧洲公法追求的是将冲突控制在一个均衡系统的框架内；现在则以世界统一体的名义被普世化了。“如果没有这种观念（即史汀生主义）和这些公约（《凯洛格公约》和《国联盟约》）的规定，按照现有的国际法规则，那些远在满洲的事务本来是与美国无关的”。但是根据史汀生主义这种新观念，干涉被正当化了，美国可以插手政治、社会、经济等所有重要的世界事务。1932 年 8 月 8 日的《史汀生宣言》立场鲜明地强调指出：

> 战争是非法的。此后，如果两国发生武装冲突，那么两者或其中一个必为犯错者，即违反了一般条约法律（即《白里安—凯洛格公约》）。我们不再会为他们划出一道保护圈，然后以决斗者的规则来对待他们，我们会直接宣布他们是违法者。

---

[1] 史汀生主义表述于 1932 年 1 月 7 日递交给中国和日本的同一份照会中，1932 年 8 月 8 日美国国务卿史汀生向众议院外交委员会所作的报告中，对之予以详细阐述。1932 年 1 月 7 日的照会声称美国政府“对于违反了 1928 年 8 月 27 日《凯洛格公约》之义务和协议的任何条约、协定和（事实）状态，美国政府都不予承认”。国联在 1932 年 5 月 11 日的决议中声称：“国联成员国对于违反《国联盟约》或《巴黎协定》（即《凯洛格公约》）的任何条约、协定和（事实）状态都不予承认。”在玻利维亚和巴拉圭的 Chaco 战争期间，19 个美洲国家于 1932 年 8 月 3 日发表宣言，宣称“对于在当前冲突中以非和平方式实现的领土安排，将不予承认，就像对通过武力征服或占领而取得的领土的有效性也不予承认一样”。《萨韦德拉—拉马什条约》（Saavedra-Lamas-Pakt）随后于 1933 年 10 月 10 日签订。

此时，我们有必要再次回顾前面提到的1861年国务卿西沃德的 285
讲话。在美国内战的初期，当时的美国是孤立且处于守势的。相反，1932年的宣言就成为建立在干涉主义立场上的新主张。国务卿史汀生1941年6月9日在西点军校的讲演上阐述了他的空间概念。他讲到，今天的世界不会比1861年美国内战初期的世界时更庞大——当时的美国由于南北方对立分离的局面而显得很弱小。事实上，这就是对新的大地法问题的重要论述，特别是当我们回忆起前文提到的对cujus regio，ejus economia［谁的地盘，就是谁的经济］的阐释，以及其现代性的翻转cujus economia，ejus regio［谁的经济，就是谁的地盘］。

七、作为现代式毁灭手段的战争

当今的自然科学为掌权者们贡献出的已经远远不是武器甚或战争意义上的手段或方法。现代式的毁灭手段的发展与战争意义的转变相伴随，并加剧了这一转变过程。这个过程迄今为止与罪刑化保持同样的步伐。

考虑到我们的主题，接下来的讨论将限于从空间视角观察传统欧洲国际法上战争的空间观念。

1. 按照土地和海洋划分战场的空间场景

18 和 19 世纪处在国家间时代的欧洲国际法战争成功地划定了一个框架。战争中敌对双方相互被视为正当敌人，因此而区别于叛军、罪犯与海盗。同样，战争摆脱了刑罚化特征和惩罚性趋势，用以区分合法与非法的罪刑化实践也终止了。因为正当理由的问题已经在法律上与国际法无关，所以中立化能够真正成为一项国际法制度。

战争通过这种方式就转变为相互平等的主权国家之间的关系。敌对双方相互被视为正当的敌人，在平等地位上展开战争。交战国之地位平等，16、17 世纪时就已经被欧洲国际法的奠基人真提利和苏支以“平等敌人”（aequalitas hostium）的概念给予强调，但是在 18、19 世纪仅在欧洲大陆战争中得以全面应用，内战和殖民战争仍在此框架之

外。当时只有欧洲大陆的战争是在国家组织的武装力量之间进行的战斗。这是针对敌人的战争，而不是针对叛军、罪犯或海盗的战争，因此大量的法律制度得以建立。特别是有可能不再将战争囚犯或被征服者视为惩罚或复仇的客体或人质，或者不再将私人财产视为直接的战利品，而且，理所当然地在和平条约中写进了赦免条款。

在海洋战争中发展出另一种战争法的制度，也体现出人道主义的关怀。但是现代型海战并没有遵循陆战的发展模式。根据海战规则，当一个战船沉没的时候，并不常像大陆上的欧洲国家的做法一样，升起白旗，把战船当作敌人在海上的碉堡。众所周知，海战一直是一种商业或经济战争，并不仅是国家的战舰彼此争斗。海战曾经是、现在仍是一种战利品战争（Beutekrieg），它的目标直接指向敌人的甚至是中立方的私人财产。它过去是、现在也还是一种商业战争，需要注意的是，商业在19世纪的本质含义是指自由的——即非国家的、私人性质的事务[1]。自1856年巴黎会议上正式取缔海盗之后，国家鼓励私人积极参与到海战中来。1861—1865年的美国内战从本质上讲仍然是上述类型的海盗战争。但是，在取缔海盗之后，私人及其私人财产仍然是海战以及海上捕获权所直接指向的消极性的客体。冲破封锁者和走私者的财产属于战利品，但这是私人的，而不属于国家。中立性的商船冲破封锁和从事走私并没有破坏中立性，而是自由的非国家的商人在公海空间内进行的商业活动，结果是，私人的、非国家的财产最终变成了战争商业的战利品或战胜国的战利品。

因此，这样的海战不像欧洲国家间战争那样始终平等地对待交战 287
双方，19世纪纯粹的军事性的欧洲大陆战争已经发展出一些如“军事占领”（occupatio bellica）这样的古典式法律制度，其基础在于主

[1] “作为海上国际法基本原则的自由贸易”是迈瓦尔德（Serge Maiwald）论文的标题，该论文的全称是《国家商船航行在国际法上的发展：作为海上国际法基本原则的自由贸易》（斯图加特，1946）。

权国家间彼此在平等地位上的对抗，以及在战争中的相互尊重。在海战中，作为国家海军军力组成部分的战舰向私人船只直接采取敌对行动，此处的敌对双方并非上述平等地位的国家，也不是组织化的（军事）力量。毋宁说，一方是主权国家，而另一方则是来自任意一个国家，特别是悬挂着某国国旗的私人战船。私人与战时主权国家之间的战争实质上是不平等的，也不是在平等基础上的战斗，尽管由于海战而陷入直接的冲突。

这些从事私人贸易的私人战船，不管是冲破封锁，还是从事走私，对于战时海上大国来说都是敌人。但是他们是否是正当敌人呢？不是，他们既不能与平等地位的主权国家同日而语，也不能被视为在针对罪犯和海盗的毁灭战争中的那种敌人。冲破封锁和走私行为的确不再是违反国际法的行为，而只是一种私人的自担风险的行为，也就是说，不违法，但有风险。这种冒险行为之所以可能，是因为这两种活动（冲破封锁和走私）实际上都发生在具有双重自由的无人区，即没有国家的区域。所谓双重自由，一方面是指在公海的区域内；另一方面是（从更本质上讲）指在自由贸易的区域内。但是海战的双方当事人——无论是实施捕获法（Prisenrecht）的国家，还是从事贸易的私人（其船只或财产成为国家制定的捕获法的客体），都要接受来自一个非交战国的独立法官根据国际捕获法做出的判决。通过这种方式，捍卫了法律面前地位平等和法律面前同等对待的思想。这种思想在纯粹国家间战争中是以承认“正当敌人”资格和相互平等的敌人资格为基础的。如果“正当敌人”这个概念的具体的国家特性被取消，那么受国际法约束的陆战的本质以及所有古典的法律制度也都被破坏了。在海战中，对捕获法的司法管辖，避免了在形式和实际两方面的相关的破坏行为。

288 对捕获法的司法管辖在国际法上的特殊意义在于，非国家的敌人能够建立法律关系和相互联系。这也是国际法上的一项古典制度。其在海战法上具有根本性的重要意义。如果这项制度变得过时，则海战

也要相应发生改变。拿破仑时代的伟大的捕获法法官们开辟了这项制度的古典时代，后来则发展成为一个非民族—国家性的法律制度，而是一个不可不扣的国际法制度。当然，捕获法法官是被其所在的民族国家任命并授权的，但是，法官被赋予的任务和使命并非民族国家方面的，而是国际法上的使命和任务。

所有诸如此类以法律和道德平等为基础的国际法制度，都有一个空间上的对立物，它们在战争舞台上地位平等。在古典国际法上，陆地战争与海洋战争很容易区分。传统欧洲国际法上的陆地战争是纯粹在陆地上的，而海战也纯粹在海上的。这两种空间秩序有相应的两种战争类型，在空间上很容易区分清楚。陆战与海战可能会在空间上相遇，此时，陆战的作战方式可以在海上发挥作用，反之亦然。但是，鉴于19世纪的战争的技术手段问题，陆战对海战的影响还很少被考虑。相反，海战对陆战的影响力却要大得多。封锁港口或海岸线，轰炸港口或沿海城市，这些例子显然说明海战并不局限于海洋的范围内，同时海战的特殊手段方式也被直接地运用到陆战中来了。但是，这种陆战和海战的冲突只发生在两个区域的连接处，不会深入到大陆腹地。施行封锁的海上强权国家不会要求被封锁的陆地及其居民必须承担国际法上的义务，不会像陆地强权国家根据“军事占领”对所占领土及其居民所要求的那样。海战向陆地区域的扩张带来了一系列有关封锁以及战利品和捕获法的边界问题，例如捕获法是否适用于河流区域，或者是关于所谓陆地捕获法的问题。这些边缘性的事例并没有使人怀疑这两种战争形态的本质特征分别是纯粹陆地性和纯粹海洋性的。古往今来，陆地和海洋都是相互分离和区别的两个世界，因此， 289
不同的战争舞台就造就了不同的战争类型。[1]

19世纪的人们已经习惯于将陆地和海洋区分为国际法上的不同空

---

[1] 见弗里登斯堡（Ferdinand Friedensburg）的论文《战争舞台》（柏林大学博士论文，1944）。

间和不同的平面，并将公海从海岸线三海里处开始起算。但是空间本身及其相应的战争法却很少被考虑。例如，经常忽略掉海岛国家的纯粹的海洋特性，如英国这样的海上强国，其土地却被视同于大陆之土地，并相应地成为陆地战争的舞台，等同于任何或大或小的欧洲大陆上的陆地国家诸如德国、俄罗斯或瑞士等国之土地。对当时的国际法学家来说，陆地就是陆地。伦敦码头在法律上照样被视为像斯瓦比亚（Swabia）的玉米地，那里发生的事情——诸如引导船只进出、检查走私品、将作为战利品的货物存放在码头——照样被视为陆地事务。这都是以消极的方式对待根本性的空间问题，或者普遍将其处理成政治性的问题，而不是采用系统化的法律思维方式。

有一种特立独行的观念长期以来被误解和忽视，今天正是因为其卓然不同而必须被提起。这个观念的主人是拉岑豪夫（Gustav Ratzenhofer）将军[1]，一个杰出的社会学家和军事科学理论家。奥匈帝国的军队，一支强大的陆军力量，对比他们自己实际占有的土地，已经感知到英国作为海上对手在纯粹海洋领域的实际存在，由此对国际法产生的深远影响，却没有引起当时法学家们的注意，甚至完全不能理解（其意义）。拉岑豪夫认为，发生在英伦诸岛上的战争毋须遵守陆战中的国际法规则，而必须依据海战中的捕获权规则。因为英国的（对外）战争完全都是海战，早就拒绝了在陆战中建立起来的对捕
290 获权的国际法约束。这仍旧是一种陆地本位的土地型思想，追求一种根本性报复的结果。但是，此处我们例外地引述其观点，因为它能够给我们以启发。它是一个极具指导意义的例外，揭示了陆地与海洋的对立关系，以及相应的两种战争类型的对立，还有在其整体理论框架内对敌人、战争和战利品做出的各种不同的概念表述。

我们接下来要了解的是与上述情况对立的海洋本位的海上区域。

---

[1] 拉岑豪夫（Gustav Ratzenhofer）：《国防：对公共防卫事务的学术研究》，斯图加特，1881，第274—275页。

2. 战场之空间场景的转变

原先由陆地和海洋两个不同的平面所组成的空间图景不得不做出根本性的改变了，因为一种独立的第三类型的武装——空军，即将与现在的陆军和海军比肩而立。可是，起初这种新型武装仅仅被看作是对陆战和海战的加强和提升，仅仅是老式武装的附属品和配料，对它的认识仍旧局限在诸如敌人、战争、战利品等老的概念框架内，对它的定位也仍旧在既有的陆地海洋两分的战争舞台的背景下。然而很快就会发现，得到加强和提升的还有战争类型以及所属空间的本质意义。不久还会发现，一支在空域内受到飞机护航的舰队，就不再被局限在公海的海面之上，纯粹的海上武器已经过时。还可以清楚地看到，在飞机的保驾护航下实施的海上捕获法，已经根本性地改变了其原先的海洋特性，因此也改变了捕获法的传统的法律正当化基础。所以驾驶飞机在公海内实施捕获法就是很自然的事情了，但是也有人认为，现有的纯粹海洋性的捕获法并没有在法律上发生改变，飞机只不过是纯粹技术层面上的一种新的、有效的控制海上贸易的工具，不过是对以往那些扣押、捕获、航线管制等手段的补充。然而事实上，飞机确实已经消除了传统捕获法的纯粹的海洋特性，因为原先自由海洋的那个“平面”已经消失了，作为对立双方的明显的敌人也消失了。

潜水艇的出现对空间的改变起到了决定性的影响。因为潜水艇是一种纯粹海洋性的战斗和交通工具，不再出现在公海的海面之上，而 291
此前所谓海战舞台的概念主要指的是一个平面，即海洋的表面。当潜水艇作为海战和海上贸易的工具，在越来越广阔的范围内出现的时候，所有关于海战的概念都陷入了混乱局面。以商用潜水艇“德国”号和“不来梅”号引起的争议为例，时值第一次世界大战（1916）期间，以完全非武装方式从德国出发运载货物（镍和橡胶）到美国。但是不仅英国和法国政府认为这艘商用潜水艇实际上是军舰，而且一些著名的英国法学家也主张潜水艇本质上就是军舰，根本不能在传统国

际法意义上视之为商船[1]。这种理论对海洋国家产生了的根本性的思想影响，就像前面提到的拉岑豪夫将军从陆地存在的角度提出的理论一样。

潜水艇在“一战”（1914）的头几个月刚刚投入使用，就显示出其在改变空间方面的影响力。捕获法的实际施行（1914—1915 年冬天所谓的柯克沃尔行动［Kirkwall-Praxis］）从自由的海洋转向了固定的陆地。商船被命令进入交战国的港口，在此处停泊并接受海关官员而不是海军军官的检查。还有，在 1913 年的迦太基（Carthage）事件中，海牙的仲裁判决认定在交战国港口的捕获法检查是违反国际法的，因为根据传统国际法，海上捕获法只能适用于自由海洋的表面。在其他的许多案例中，都极力坚持技术方式的改变并不能影响那些（传统上）已被承认和接受的规范的效力。我们前文（第 154 页［即边码——中译本编者注］）提到的三海里区域，这三海里成了一成不变的数字，尽管火炮技术的发展已经极大地提高了火炮的火力，其有效射程已经被提高到 18 世纪之三海里限制的一百倍。但是令人惊
292 奇的是，现在所有的交战国都理所当然地认为，技术的发展必然要求在航线管制方面适应新的实践需求，并尽快实现捕获法的适用由海洋向陆地扩展。1913 年的海牙判决在很短时间内就被超越了。苏联在 1939 年 10 月 26 日对英国政府的照会中抗议在“迦太基”事件中出现的航线管制行为，但这对西方的海战法学家来说没有产生丝毫影响。此抗议也丝毫没有影响到海上捕获法从海上向陆地的扩展。所以说，执行捕获法是海战行动中的重要组成部分，其纯粹海洋性的特质，直

---

[1] 大法官阿什利－琼斯（Atherley-Jones）：“德国”，载《格劳秀斯协会文集》，第 3 卷（1918），第 37 页。此观念在第一次世界大战期间的英国和法官具有主流地位。拉乌尔·热内（Raoul Genet）在其《战争时期的精确海洋法》（*Précis Droit maritime pour le temps de guerre*, Paris, 1937－1938）中将商用潜水艇视为商船；另参见加纳（Garner）：《国际法与世界大战》，第 2 卷，第 467 页。

到潜水艇的出现才在根本上得以改变。

潜水艇至少还存有海洋的元素，而飞机不仅远离海面，甚至与海洋完全不相干了。如果飞机执行捕获法，那么自然要实行航线管制，因为这样可以直接消灭控制商船的力量。其最终结果在于，随着飞机的出现，捕获法的范围不再局限于港口内的开放海域，而是从海洋扩展到陆地，海上的商业战争最终具有了纯粹陆地的特质。公海内的捕获法在实践中已经过时，或者至少是仅局限于个别事件中。重头戏都在港口上演。海军认证系统在运行中没有遇到什么值得一提的阻力，这不过是一个势在必行的结果，显示了海战的陆地化趋势，因此海战在很大程度上可以被直接视为是捕获法战争。

飞机参与到海战中所产生的第二个但也是同样重要的空间影响表现在，自由海洋的全部空间都被宣告为战争区域或封锁区域，因而不得不从海洋自由的空间内分离出来。也可以用一句话来概况，即随着潜水艇的出现，这些新的发展成果都在第一次世界大战中发挥了作用。随着飞机的出现，这种发展趋势变得更加不可预见和无法抗拒。从实际考虑，显然应当把被封锁海域上空的空域也纳入被封锁区域。

在传统海战的框架内，对飞机的使用已经改变了这种战争类型的特质。通过连接海战与空战，公海（即自由海）已经不仅仅是古典意义之海战法律制度的战争舞台。而且远不止如此，空战在打击敌人的战争潜力时，既不是纯粹的陆战，也不是纯粹的海战，而是一种新的 293
独立的战争类型，在传统的陆战和海战规则中找不到类似或相仿的情况。同样，空军是一种独立的新型的战斗力，我们必须意识到因此而对敌人、战争和战利品等概念产生的具体影响。

3. 空战引起的空间转变

众所周知，各大国未能就明确的空战规则达成一致。有一句广为

人知的话：只有军事目标或对战争具有重要意义的客体才是被允许轰炸的目标，但是由于其中所使用的概念都来自于两次世界大战的经验，因此只能视其为一种有疑问的表述，并不是明确的规则。鉴于这种真空局面，实证主义国际法学家们只得首先从传统欧洲国际法规范中求援了。对于空战的问题，可以从陆战或海战中以借用、比附和类比的方法来解决，通过这些方式还可以在独立的空战领域内形成一些法律观念，此外，这也是出于对这种新的战争类型的保护。英国学者由于其海洋立场，自然会最大程度地用海战来比附（空战）。对他们来说，飞机对敌国内的人员和设施的轰炸，在国际法上相当于，本来只能攻击到沿海地区的战舰而将其炮火延伸到了大陆腹地。区分火力究竟来自海上、陆地还是天空是没有意义的，因为对于遭受炮火攻击的那片土地上的人民和财产来说，效果是一样的。其他人则建议将军事目标，即被许可的攻击目标比照于违禁品的概念，也就是说，在海战中被视为违禁品的目标，在空战中亦可视为被许可的打击目标。

海战与空战之间最后一项类比恰恰揭示出将海战规则转用到空战时所存在的战争法问题。这种类比误解了国际法上的具体问题——战争类型与捕获法的联系问题。违禁品是指由捕获及掠夺法所规定的客
294 体，是海战法所特有的概念。捕获法的客体并非只是被消灭的对象，不能以这样的观点对其规范和界定。空战中轰炸的目的和意义倒确实是旨在消灭目标。空战是一种独立且全新的战争类型，其武器和方式都不同于陆战和海战，空战区分于后两种战争类型的首要方面即在于，它根本不包含捕获法战争，而纯粹是一种破坏战争。讨论其中道德上的优劣是没有意义的，事实上，一个独立完成的空战，由于其特有的战争手段和方式，是不会产生什么捕获法的，而陆战和海战则有这种可能性。

当然，同空战一样，陆战和海战中使用的武器亦具有破坏性。但是，陆战并不排除有助于其占领敌国的那些（战争）手段和方法。根据欧洲国际法的观念，占领对于陆战来说，是必要的，甚至在一定意

义上是当然的目的。对敌国实施占领的军队，一般来说旨在维持被占领土上的安全和秩序，并建立自己的权威。实施占领的军事当局由于“权威建设”（autorité établie）而取得了占领权（1907 年海牙陆战公约第 43 条）。至于这种占领状态在未来是否会由于远程武器的迅猛发展而趋于消失，尚有待观望。但是，通过考察陆战中的占领制度自 18、19 世纪出现以来自然发展的趋势，我们可以看出这是一个强有力的征兆，预示着对纯粹破坏性战争的约束，以及对战争施加更有效影响的可能性。甚至可以说，正如我们前文（第 172—173 页［即边码——中译本编者注］）提到的，军事占领将会成为一项真正的国际法制度。

海战尚在很大程度上含有纯粹破坏性战争的因素。如果运用海战的作战方式而不是陆战的话，那么导致的结果将是封锁而不是占领。与意在实施占领的大陆国家不同，海洋国家实施封锁的目的并不在于在被封锁区建立安全与秩序。陆军能在被占领地区及其居民之间建立一种积极的联系，即实现所谓的“建立权威”（autorité établie），因为要实现军事占领只能依靠驻扎军队，并以此来建立权威。在占领军与被占领土之居民之间建立直接的联系是十分必要的，占领军当局与被 295
占领土之间也因此而建立起法律关系。相反，实施封锁的舰队与被封锁区域及其居民之间是一种消极的关系，因为前者并没有将后者视为其武力影响的客体和强制措施的目标。因此就产生了诸如“封锁国”（但与占领当局的意义不同），“封锁当局”以及“封锁当局与当地居民之法律关系”等概念和说法。故而海战在国际法的范畴内基本上仍是一种捕获法战争，其目标在于实现其战利品利益（Beute-Interesse）——在捕获法中有其对应的法律概念，因而不同于陆战的客体，它是直接针对的是被封锁国的海上贸易。

（两种战争在）运用武力方法上的区别具有本质意义，因为这关涉到所有人类秩序的核心问题：保护（protection）与服从（obedience）的相互关系。当然，陆战有可能成为破坏性的战争，也经常会成为抢掠性的战争。但是实施占领的国家也会从在被占领国土地上建立安全

和秩序中获益。军事占领因此而有可能成为国际法上的一项法律制度，19 世纪在海牙陆战公约中这曾经就是事实。由于占领军在被占领土上维持了公共秩序，保护了其人民，因此反过来，被占领土上的人民有义务服从占领当局的统治。很明显这完全是一个保护与服从的关系问题。其基础在于一个有效存在的占领当局和被占领土之居民之间明确的空间关系。实施占领的陆地国家可以有各种不同的规划和意图：它可以将被占领土并入自己的版图，也可以将其视为附属国，或者用作交换或抵押的对象；对被占领土上的人民，它或者将之同化，或者进行剥削。即使是占领当局与被抓获的人质之间，仍然可以存在保护与服从的关系，至少在欧洲国际法时代，在欧洲土地上，存在着某种积极的土地与居民的关系。陆地战争作为完全的、不折不扣的战利品战争，或者作为纯粹的灭绝性或破坏性战争终结于 17 世纪的宗教战争，此后 18、19 世纪关于欧洲国家间战争的法律制度开始确立，对战争的古典式约束开始形成。

296 相反，在海上施行的关于封锁的海战法律规则，却未能产生现实性的保护与服从的关系。对于敌国领土上受到海战武器之实际威胁的人，以及遭到海上封锁之国家的居民来说，实施封锁的海洋国家总是比较遥远且不在场的。实施封锁的国家一般是通过轰炸或饥饿封锁（Hungerblockade）等可能是非常有效的武力强制来实现其权力影响，但是这种做法并不会演化成上述那种保护与服从或秩序化的趋势，甚至是通过武装力量的存在对被占领土进行剥削而实现的占领。实施封锁的海军在被占领土上的所获收益只能是消极性的，其结果是对既有秩序的破坏。

只有从国际法空间视角来考察陆战和海战，才有可能了解空战中存在的新的国际法问题。从空间的视角看，已经不能再将空气空间称作战争舞台，这是一个重大的转变。17 世纪以来，或者说从欧洲国家间战争发端时起，人们就已经习惯于一种战争舞台或陆战剧场

(theatrum) 的想象。尽管不是很确切，但仍可以将海战的舞台视为陆战舞台的对应物。不同的是，独立的空战只有一个属于自己的空间，没有舞台，也没有观众。除了空中战斗之外，独立的空战并不像陆战和海战一样：有一个同一水平线上的对手，敌对双方处在同等地位上。空气空间并不是一个扣在陆地海洋上空的罩子，或者像人们想象的那样是一个以大陆或自由海洋为基础而建造的空盒子或空柱子，空战就发生在这个空气空间内，同陆战和海战没什么不同，不过是在地面以上几百或几千米的高空。以这样的观念建构起来的空战国际法，部分是对陆战的模拟，部分是对海战的照搬，既违反事实，也无济于事。其最终的结论是，在大陆上空发生的空战适用陆战规则，在自由海洋上空发生的空战适用海战规则，海岸部分主要被当作大陆对待。飞越大陆的炮弹应被视为神圣的私有财产，但是只有在该地当其飞越的时候才如此；一秒钟后，当其到达自由海洋上的空气空间时，同样是那 297
个私有财产就突然变成了一种战斗武器，对于其敌人来说不再具有神圣性，而是成为捕获法的客体，或者是一次合法的破坏行为。转用、类比和比附这些一向是从陆战和海战中借来用于空战的方法，在这个决定性的时刻都失效了。先前战争法上的制度和原则，即对战争的约束，此时也没有意义了。

今天已经不再可能遵守传统的空间理念，将空气空间仅仅视作陆地或海洋的附属物或补充。那完全是一种从下至上的幼稚的想法。这是一个站在地面或海面的观察者的观念，他扬着脖子向天空张望，此时炸弹飞速穿过空气空间，从上至下，产生惊天动地的效果。尽管陆战和海战之间尚有其他不同之处，但这两种战争类型有一个共同的平台，空间上是在同一维度上展开战斗，敌对双方在同一个平面上对抗。空气空间则有自己的维度和空间，非但不附属于那个被陆地和海洋所分割的平面空间，甚至与之毫不相干。也正因为此，空气空间在结构上就与陆战和海战这两种类型的平面空间大不相同。空战的前景也不同于陆战和海战，甚至可以这样问，有谁能说出空战的前景究竟

能宽广到何种程度呢？结构的变化显然不仅发生在陆地和海洋两个平面上，空气空间从上至下给陆地和海洋造成的了无差别的后果。生活在陆地和海洋平面上的人们也同样承受着由空中而来的危险。

独立的空战打断了使用武力的国家与遭受武力之人民之间的关联，其程度远甚于海战中封锁。由于来自空中的轰炸，占领军与其占领的土地以及土地之上的敌国居民完全失去了联系；这根本谈不上是
298 一种保护和服从的关系。在独立的空战中，无论哪一方都不可能建立联系。飞机掠过并投下炸弹；低空飞行的飞行员俯冲又拉起；这都是在执行其破坏任务，然后迅即将这些土地以及土地之上的所有人和物都交给命运来安排，即交给这片土地的当权者。如同战争类型与战利品之间的关系一样，对保护与服从之关系的考察恰恰揭示出一种绝对的无方向性，以及由此导致的现代战争之纯粹的破坏性特征。

4. 正义战争的问题

可能有人会反驳说，空战在本质上说只是一个技术性问题，即远程武器的问题。的确不错，但是这也正显示出此问题与国际法上的战争问题有着更加重要的联系。对破坏性方式的限制——即对战争的约束问题中，除了捕获法以及战争中居民之关系这两个问题之外，第三方面即与战争的正当性问题相关。战争正当性问题又有两个层面，一是区别于罪犯和非人（Unmenschen）的所谓的正当敌人（justus hostis）的问题；二是所谓正当理由问题（justa causa）。这两个层面在关于武器之本质的问题上产生具体的联系。如果武器明显地不平等，那么在相互平等基础上建构起来的战争概念就没什么意义了。这两个层面都服务于一个目的：降低胜利的可能性。若非如此，战争中的对手就只不过是强制措施的对象而已。战争双方的对抗性在不断升级。在权力（Macht）与正义（Recht）两分的情势下，被征服者被置

于内战（bellum intestinum）的空间秩序中。征服者将其在武器上的优势当作自己正当理由的证明，将敌人宣布为罪犯，因为已经不可能将正当敌人的概念现实化了。把敌人歧视为罪犯的同时又主张自己正当理由，相应的还有破坏性手段的升级，以及在战争舞台场域的迷失。特别是破坏性手段的技术升级，形成了破坏性的、法律与道德上的歧视，这是一道无法弥补的鸿沟。

美国国际法学家司各特观察到这个向歧视性战争概念的现代转型过程，其实也是向基督教—神学中关于正义战争观念的回归。但是，这种现代趋势并非基督教学说的复活，而是与现代破坏方式在工业—技术上的发展相伴生的意识形态现象。轰炸机飞行员将炸弹投向敌国居民的时候，就如同当年的圣乔治（heilige Georg）用长矛与龙作战。今天的战争已经转变成为一种打击罪犯、侵扰者和害虫的治安行为，因此必须提供出更好的将“治安轰炸”正当化的理由。所以不得不把对敌人的歧视化推向极端。只有在一种情况下才能将中世纪意义上的正义战争理论搬用到今天的现实中。我们曾提到中世纪时在1139年第二次拉特兰会议上，针对教宗与民众之间的战争，颁布了关于远程武器的禁令。有关战争的禁令只限于基督徒之间，这说明允许对非正义的敌人使用远程武器，因为针对这样的（非正义）敌人的战争显然是一种正义战争。但是，远程武器与正义战争之间的这种关系很快就被适用于基督徒之间的战争。基督教禁令被解释为只对基督徒之间战争中的非正义部分有效，同时不能禁止正义的代表使用任何有效方式打击非正义敌人。事实上，这种论辩似乎是无法反驳的，不得不认可这种实质性的关联，正是这种关联使我们前文（第113页［即边码——中译本编者注］）引用过的几个中世纪的事例得以正当化。

299

我们想起黑格尔的一句名言：在从封建时代向绝对王权时代的转变中，人类需要炮火硝烟，很快它们就出现了。正是因为现代人的需要，所以现代型破坏手段就出现了吗？当这些破坏性武器摆在面前时，人类还需要什么？但是不管怎样都需要一个正义战争的概念，将

这些使用破坏性武器的行为予以正当化。接下来，我想引用《亚当斯的教育》一书中“敌人或朋友”一章中的话：如果敌人不是他们所说的那样，那敌人是什么呢？我们想起维多利亚曾经五次提及 Dubia circa justitiam belli［怀疑正义战争］，九次谈到 Dubia quantum liceat in bello justo［怀疑正义战争被许可到何种程度］。今天我们已经得到上述问题的答案，现代自然科学与技术告诉我们：Tantum licet in bello justo［正义战争就被许可到这种程度］！接下来，一个新的友好界线已经在历史进程中，但是，如果这个友好界线是通过新的罪刑化方式来达成的，就未必是什么好事了。

译后记

这是一部姗姗来迟却又正当其时的译著，姗姗来迟是说，此译本从动议到成书历经十年之久，正当其时是说，原著虽初版于 1950 年，其主题却与风云诡谲的当今世界息息相关。施米特的著述向以气势恢宏和富于争议而名世，本书就是一部关于战争与和平、陆地与海洋、法与法律、秩序与场域的公法、国际法、思想史和政治哲学的大作，其内容常常是对既有格局和主流思想的颠覆与挑战。此书中译本问世不仅有填补空白之作用，更希望起到振聋发聩之功能。

中译根据德文原著 1997 年第 4 版译出（Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Berlin: Duncker & Humbolt, 1997）。在翻译的初期，译者也曾尝试参考乌尔门（G. L. Ulmen）的英文译本（*The Nomos of the Earth*, Telos Press, Ltd., 2003）。不过，尽管英译者在其“译者导言”中声称纠正了施米特因战时资料不全而导致的细节性错误，但不幸的是，英译本并非一部严谨的译著，其中不乏较为严重的错漏。因此，中译贴近并忠实于德文原著而译出，力求小心谨慎，避免英译本的粗疏之错。这绝不意味着中译就无可挑剔，也可能挂一漏万，贻笑大方。

译书是一个无止境的事业，不可能尽善尽美，但求无愧于心。即便是粗陋之作，也是在众师友鼎力相助的基础上完成的。徐戬博士作为本译的筹划协调者，助力甚多；张陈果博士为本书部分章节的翻译做了前期基础性工作；康家昕博士、李亢博士为个别关键词汇的翻

译和纠错提供了不可或缺的帮助；刘小枫老师在通读译稿时做了重要订正和补漏，高佩老师提出了很多宝贵的审稿意见，李頔编辑为译稿付出了辛劳。谨向诸位师友致以诚挚的感谢！

刘毅

2017 年 6 月于北京西山

文
景

社科新知　文艺新潮

Horizon

大地的法

[德] 卡尔·施米特 著
刘毅　张陈果 译

出 品 人：姚映然
责任编辑：李　頔
美术编辑：高　熹

出　　品：北京世纪文景文化传播有限责任公司
（北京朝阳区东土城路8号林达大厦A座4A　100013）
出版发行：上海世纪出版股份有限公司
印　　刷：山东临沂新华印刷物流集团有限责任公司
制　　版：北京大观世纪文化传媒有限公司

开 本：890mm×1240mm　1/32
印 张：10.5　　字 数：255,000
2017年8月第1版　　2017年8月第1次印刷
定 价：52.00元
ISBN：978-7-208-14580-1/D·3051

图书在版编目（CIP）数据
大地的法 /（德）卡尔·施米特（Carl Schmitt）著；
刘毅译. —上海：上海人民出版社，2017
（施米特文集 / 刘小枫主编）
ISBN 978-7-208-14580-1

Ⅰ.①大… Ⅱ.①卡…②刘… Ⅲ.①国际法－研究
Ⅳ.①D99

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第157195号

本书如有印装错误，请致电本社更换 010-52187586