

法律、资源与时空建构

1644—1945年的中国

Law, Resources and Time-space Constructing

China in 1644-1945

第二卷 边疆民族

张世明◎著

广东省出版集团
广东人民出版社

法律、资源与时空建构

1644—1945年的中国

Law, Resources and Time-space Constructing

China in 1644-1945

第二卷 边疆民族

张世明◎著

广东省出版集团

广东人民出版社

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律、资源与时空建构: 1644—1945 年的中国 (一至五卷) / 张世明
著. —广州: 广东人民出版社, 2012. 8
ISBN 978-7-218-07721-5

I. 法… II. 张… III. 中国历史—研究—1644~1945
IV. ①K249.207②K250.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 112738 号

FALÜ ZIYUAN YU SHIKONG JIANGOU; 1644—1945 NIAN DE ZHONGGUO

法律、资源与时空建构: 1644—1945 年的中国

张世明 著

版权所有 翻印必究

出版人: 曾莹

责任编辑: 卢家明 柏峰 林冕 张贤明 陈其伟

特约编辑: 喻春兰

装帧设计: 新角度

责任技编: 周杰

出版发行: 广东人民出版社

地址: 广州市大沙头四马路 10 号 (邮政编码: 510102)

电话: (020) 83798714 (总编室)

传真: (020) 83780199

网址: <http://www.gdpph.com>

印刷: 恒美印务 (广州) 有限公司

书号: ISBN 978-7-218-07721-5

开本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/32

印张: 119 字数: 3050 千

版次: 2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

定价: 439.00 元 (全五卷)

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与出版社 (020-83795749) 联系调换。

售书热线: (020) 83790604 83791487 邮购: (020) 89667808

目 录

第一章 国际法的存在空间及其变迁	001
第一节 “国际法”一词的跨语际旅行	001
第二节 国际法存在的基础空间	004
第三节 国际法空间内涵与外延的变迁	022
第四节 法律地图：后现代思潮中国际法的研究取向	031
第二章 民族国家的发展及其理论	063
第一节 近代民族国家在国际法上主体地位的确立	063
第二节 民族主义与民族国家的理论	080
第三章 知识型：民族国家的空间框架与近代史学和法学的 学科底层语法规则	104
第一节 楔子：梁启超《新史学》与伯伦知理《国家论》	104
第二节 20 世纪中国史学在本质上是以民族国家的空间 范围为书写框架	113
第三节 西方近代史学发展的剧情主线：以民族国家为书 写的基本单元	123

第四节 国家的迷思：近代以来传统社会科学的分析单位	144
第五节 库恩与福柯：“知识型”理论的启示	158
第六节 在法学与史学之间：学科话语底层共同的语法规则	171
第七节 结论	183
第四章 “边疆”一词在世界主要法系中的镜像：一个语源学角度的考察	196
第一节 语源学方法与起源论	196
第二节 “边疆”一词在中华法系中的镜像	200
第三节 “边疆”一词在罗马法系中的镜像	215
第四节 “边疆”一词在伊斯兰法系中的镜像	226
第五节 结论	236
第五章 边疆的话语与话语的边疆：对“边疆”概念的 知识考古勘察	240
第一节 规范主义：国际法学界的话语言说	243
第二节 现实主义边疆理论：地理学界的话语言说	273
第三节 历史主义边疆理论：以特纳边疆历史学派为中心	336
第六章 边疆理论的话语范式建构	363
第一节 自然疆界论	363
第二节 科学疆界论	409
第三节 相互边疆论	453

第七章 嘉、道、咸时期边疆史地学的繁荣与经世致用思潮的复兴	488
第一节 历史的回溯	489
第二节 嘉、道、咸时期边疆史地学研究者的趣缘集合体	497
第三节 嘉、道、咸时期经世致用思潮的复兴	506
第四节 嘉、道、咸时期边疆史地学诸学人经世致用思想分析	514
第五节 嘉、道、咸时期边疆史地学的经世致用效应	522
第八章 正统的解构与法统的重建：对清代边疆民族问题研究的理性思考	528
第一节 清代边疆民族政策研究的四次突破	529
第二节 对中国史学上正统观的解构	537
第三节 开拓边疆研究新格局的路径：概念化史学的可能性	548
第四节 中华法系的法统重建问题	559
第九章 清代宗藩关系的历史法学多维透视分析	570
第一节 宗藩关系的发生学分析	574
第二节 清代宗藩关系的语用学分析	588
第三节 清代宗藩关系的法理学分析	615
第十章 疆域的空间观念与表象：以清代边疆少数民族为中心的考察	649
第一节 观念史、心态史与表象史研究路径	649
第二节 从游牧社会发现历史：清代卫拉特蒙古政治地理空间观念表象史研究	656

第三节	朝圣之旅：以藏传佛教为中心的空间想象共同体的建构	700
第十一章	关于中国历史疆域的话语分析	741
第一节	历史上的中国疆域及其相关理论话语	741
第二节	中国历史疆域的法理支援意识	758
第三节	中国历史疆域的政治支援意识	788
第十二章	思者无疆：中国边疆学发展前景蠡测	808
第一节	吉登斯关于空间、疆域等问题的论述	808
第二节	中国边疆学的肇兴	819
第三节	在全球化背景下中国边疆学的研究方略	826

第一章 国际法的存在空间及其变迁

第一节 “国际法”一词的跨语际旅行

国际法是一条变色龙，应环境而变易，为环境所造化，而这仅从“国际法”这一术语本身游走时空过程中的变幻便可略见一斑。在这一术语跨时代传承和跨语际旅行中，国际法学的话语建构者因特定的历史语境禀赋对之加以损益、转换，由此形成共同的话语空间。笔者认为，从符号角度来看，法律制度等上层建筑堪称符号系统之一，而语言符号的役使对法律符号的建构至关重要，作为现代国际法可谓一种实践语言体系，而话语权力的掌握者——西方学者依凭霸权地位的言说在学术界影响至深。西方主流学术都将“国际法”的源起追溯到罗马法分为“市民法”（*jus civile*）和“万民法”（*jus gentium*）的历史事实。然而，罗马的 *jus gentium* 与近代国际法的性质大相异趣，乃“为罗马国内法之一部，即支配在罗马之外国人与罗马人及在罗马之外国人与



格劳秀斯像

外国人之关系，并非规定国家与国家之相互关系”^①。《奥本海国际法》（*Oppenheim's International Law*）一书中指出：“依照现代使用这个词语的意义，国际法是从中世纪下半叶逐渐发展起来的。它作为一部有系统的规则，主要归功于荷兰法学家胡果·格劳秀斯（Hugo Grotius, 1583—1645 年）。他所著的《战争与和平法》（*De jure belli ac pacis libri tres*, vol. 3）出版于 1625 年，并成为一切后来

发展的基础。”^② 事实上，格劳秀斯受罗马法影响，在《战争与和平法》中所使用的仍是“*jus gentium*”一词。1650 年，英国牛津大学教授苏支（Richard Zouche, 1590—1661 年）在其《外事法与法院，或民族间法及其有关问题的说明》（*Juris et Judicii Feacialis, sive, Juris inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio*）中使用“外事法”（*jus feciales*）以及“民族间法”（*jus inter gentes*），而不采取“万民法”（*jus gentium*）一词，从而向当今所谓国际法的概念更加逼进一步。1789 年，英国法学家边沁（Jeremy Bentham, 1748—1832 年）在《道德及立法原理绪论》（*An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*）中使用“*international law*”一词，这便是当今通用的国际法（*international*

① 刘达人、袁国钦：《国际法发达史》，上海商务印书馆 1936 年版，第 17 页。

② R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vols. 1 and 2, London: Longman Group UK Limited, 1992, p. 4.

law) 术语的肇端。边沁的好友都蒙特 (Etienne Dumont, 1759—1829 年) 将 international law 译成法语 droit international, 其后意大利语译为 dritto internazionale, 德语译为 International Recht (或者 das Völkerrecht)。19 世纪 60 年代初, 美国传教士丁韪良 (William Alexander Parsons Martin, 1827—1916 年) 翻译惠顿 (Henry Wheaton, 1785—1848 年)《国际法原理》(*Elements of International Law*), 题名为《万国公法》付梓刊行, 第一次全面系统地将国际法介绍到中国, 因此“公法”、“万国公法”成为 19 世纪下半期一直被广泛使用的国际法中文译名。丁译《万国公法》在中国出版后第二年即传入日本。丁氏在《花甲记忆》中云:“此东亚知公法之始也。日本后亦得之, 亦翻刻矣。”^① 汪向荣《中国的近代化与日本》一书亦对《万国公法》在日本广泛流传的情况详加考证。但中国后来使用“国际法”这一术语却是从日本回流的。1873 年, 日本学者箕作麟祥 (みつくりりんしょう, 1846—1897 年) 将美国法学家吴尔玺 (Theodore Dwight Woolsey, 1801—1889 年)《国际法导论》(*Introduction to the Study of International Law*) 译为日文, 以《国际法 (又名万国公法)》命名出版, 第一次使用了“国际法”这一术语。1881 年日本修改学科时, 东京大学把国际法作为学科正式名称, 使“国际法”一词开始普遍流行。^② 日本在甲午战争后的国势日隆使大批中国学子负笈东渡, 法政是当时最受留日学生青睐的专业, 留日学生译介来自日本学校课程讲义的国际法诸书籍成风尚, 将流行日本的一套国际法语汇, 诸如国际法、国际公法、国际私法、领海等输入中国以至迄今相沿不替。在当时的留日学生看来,

① William Alexander Parsons Martin, *A Cycle of Cathay, or, China, South and North: with Personal Reminiscences*, New York: Revell, 1897, p. 20.

② 広部和也・荒木教夫「導入対話による国際法講義」不磨書房、2000 年、12 頁。

“据国际公法之定义，既为国与国之间之法，故日本名曰国际公法，最为恰当。往者有仿中国译万国公法者，不适实甚”^①。“国际法”这一术语从其来龙去脉可以看出与近代民族主义、民族国家的历史语境息息相关，全球性民族主义、民族国家的时空结构决定了“国际法”这一术语的指涉空间范围，而国际法的应运而生亦为全球性民族主义、民族国家提供合法性的制度保障和支援意识。

第二节 国际法存在的基础空间

近代以来生机葳蕤的国际法必有其产生的息壤和空间。笔者所谓国际法的产生空间即是指国际法赖以植基立础的根据。近代以降，这一题域素来系国际法学者争执交锋的战场。从根本上否认有真正国际法的学说并非鲜见。马基雅维利（Niccolò Machiavelli, 1469—1527 年）的国家利益说强调“国是理由”（*Raison d'Etat, reason of the State*），使国际义务被视为并非法律上义务而可以出尔反尔。霍布斯（Thomas Hobbes, 1588—1679 年）的自然状态说认为，各主权国家不是共处在有组织的国际社会，而是共处在自然状态（*state of nature*）中，国际间既不实行道德原则，也不实行法律规则，盛行以欺诈和暴力为特征的“野蛮的掠夺”（*brutal rapacity*），各国“经常嫉妒，处于格斗士的状态和姿势中，把武器互相对准着，把眼睛互相盯视着（*in continual jealousies and in the state and posture of gladiators; having their weapons*

^① 千贺鹤太郎：《国际公法》，卢弼、黄炳言译，上海昌明公司 1908 年版，第 12 页。

pointing and their eyes fixed upon one another) ”^①。黑格尔 (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831 年) 的对外国家说认为国家是“绝对不动的物自体即目的”^②，国家利益乃其最高的法则，所谓“国际法”仅是属于国内法的“国家对外公法”，而不是国家间的法律。英国分析法学派创始人奥斯汀 (John Austin, 1790—1859 年) 声称，“所谓国际法包含国际间一般流行的意见或观点，所以它不是正确意义上的法”，仅是一种“实定的国际道德” (positive morality)。^③

与上述对国际法存在根据进行釜底抽薪的否定学说适成对比，更多的学者从不同角度为国际法的存在寻找理论根据，形成众声喧哗的话语空间。西方早期的国际法学者多为神学家、法律家或军人，主要从神学和法学等角度研究战争法。^④ 他们被称为格劳秀斯的前驱者。例如：维多利亚 (Francisco de Vitoria, 1480—1546 年) 是西班牙所谓黄金时代活跃一时的著名神学家，在萨拉曼卡 (Salamanca) 执教二十余年形成萨拉曼卡学派 (the School of Salamanca, 又称西班牙学派)，置身于西班牙殖民扩张时代促使其从伦理和道德上对地理大发现时代正在形成的国际社会交往规则进行自觉地省思，因此《神学感想录》 (*Relectiones Theologicae*, 1557) 便是其缘事感时的心灵结晶。苏亚利兹 (Francisco Suárez, 1548—1617 年) 亦曾就读于萨拉曼卡大学，

① Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: The Macmillan Company, 1950, p. 113.

② 转引自李浩培：《李浩培法学文集》，法律出版社 2006 年版，第 239 页。

③ 李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年版，第 43 页。

④ 松隈清「国際法史の群像：その人と思いを訪ねて」酒井书店、1992 年、7 頁。

是耶稣会派教士，尽管其观点与维多利亚大相径庭，但其《法律及神作为立法者》（*Tractatus de Legibus AC Deo Legislatore: In Decem Libros Distributus*, 1612）提出“普遍社会”的学说，“第一次试图以各国构成一个国际社会的事实为各国之间的法律的依据”。^① 意大利法学家贝理（Pierino Belli, 1502—1575 年）著《有关军事与战争》（*De Re militari et de Bello*），曾任军事官员的阿亚拉（Balthazar Ayala, 1548—1584 年）在军营中写下《战争的权利和职务与军纪》（*De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, 1582）。在意大利被认为是“真正的近代国际法之父”（the real father of the modern law of nations）的真提利（Alberico Gentili, 1552—1608 年）于 1598 年出版《战争法》（*De Jure Belli*），后被罗马教廷列为禁书^②。正是在这种学术氛围下，格劳秀斯在前人基础上博采众长的旷世名著亦题名为《战争与和平法》（*De Jure Belli ac Pacis*, 1625），并申言“战争最优先”，直到英国法学家苏支（Richard Zouche, 1590—1661 年）才开始以平时国际法为主，把整个国际法体系分成平时国际法和战时国际法加以阐述，拓展了国际法研究的时间范围。

近代国际法（Early Modern International Law）又称古典国际法（Classical International Law）或传统国际法，^③ 为国际法的形成期，包括从 17 世纪到 19 世纪的历史时段。这时期的国际法学派可分为三派：一为自然法学派（Naturalists），代表人物有德国的普芬多夫（Samuel von Pufendorf, 1632—1694 年）和英国的劳

① 劳特派特修订：《奥本海国际法》上卷，第 1 分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆 1989 年版，第 6 页。

② David Armstrong, *Routledge Handbook of International Law*, London: Routledge, 2008, p. 131.

③ 波多野里望·小川芳彦编著「国际法讲义：现状分析与新时代への展望」有斐阁、昭和 57 年、7 頁。

里默 (James Lorimer, 1818—1890 年) 等人; 二为实证法学派 (Positivist), 代表人物有苏支、宾刻舒克 (Cornelius van Bynkershoek, 1673—1743 年)、摩塞尔 (Johann Jacob Moser, 1701—1875 年)、马顿斯 (Georg Friedrich von Martens, 1756—1821 年) 等; 三为格劳秀斯法学派 (Grotians), 又称为折中学派, 代表人物有瓦特尔 (Emmerich de Vattel, 1714—1767 年)、沃尔夫 (Christian Wolff, 1679—1754 年) 等。学术界惯常的看法是, 被誉为“国际法之父” (the father of international law) 的格劳秀斯在将前贤诸说熔于一炉而集大成时并没有臻于天衣无缝, 其国际法依据的二重论, 一方面把人类普遍的理性——自然法的最高法则——作为国际法的基本依据, 另一方面又承认“合意” (common consent), 即国家的一致同意为国际法次一级的依据, 这便在某种程度上导致了其后的国际法学说分裂成两个相互对立的派别。

学术界把 19 世纪以后实证法学派贬贬乎凌驾于自然法学派的转折原因归结为, 成熟的资产阶级政权在握之后需要一种新的理论代替他们革命时的自然法思想以维护其统治。笔者认为这种阐释未谛于理, 我们从上述已昭然可见国际法学并非自我封闭的体系, 并非单纯的观念逻辑衍化, 但学术发展史中, 客观决定主观并不能卸却责任而泛滥无际地夸夸其辞, 这种对学术研究的客观界定是有现实内容的特称而非泛称, 受学术自体法限制, 研究资料、研究氛围等特定的客观基础即具有最直接的决定作用。唯其如此, 人们在这种既定的范围舍近求远的探求无疑乃舍本逐末而迹近不智。实证法学逐渐将自然法学超迈逾越而坐大居上的主要原因, 在于社会经济的发展使各国交往日益密切, 需要严密的技术规则, 大量条约层出不穷等国际法律实践为实证法学的方兴未艾提供了广阔的发展空间, 而国际法学自身的研究向纵深层面的掘进必然以实证法学为工作平台。在丰富多彩的法律实践面

前，在确凿具体的法律事实面前，当代学者不再沉溺于形而上学的抽象思维，而是日益倾向于从现实社会所提供的大量资料中作出一般的概括，从高标虚蹈而每下愈况地脚踏实地进行由具象而抽象的研究。^①

此外，实证法学与自然法学乃自中世纪以来反神学启蒙运动一脉相传的延展，实证法学可谓自然法学名正言顺的合法继承人。无论自然法学派、实证法学派还是折中法学派，众学者均极力为国际法寻找安身立命的栖息住所，并由此奠定其理论学说的磐石之基。换言之，他们的各种言说旨意在于确定国际法的本座（借用萨维尼法律关系本座说的术语^②）。早期的国际法学眼睛是向上的，受神学影响将国际法视为上帝或神创造的自然法或其一部分，其诉求依据在于天意叵测的神界。后来，自然法与神法疏离，受自然法支配的国际法目光下移，其诉求依据在于殊难确证的人类理性、道德良知等。随着实证法学派后来居上，“同意原则”取得较过去更大的力量，神意法（Divine Law）成为文物古董被送进历史记忆仓库，各国公意被贞定为国际法的根据之所在。近代国际法学中，以狄骥（Léon Duguit, 1859—1928 年）为代表的社会连带法学派（Social Solidarity School）、以凯尔森

① 《庄子·知北游》：“东郭子曰：‘庄子曰：‘所谓道，恶乎在？’庄子曰：‘无所不在。’东郭子曰：‘期而后可？’庄子曰：‘在蝼蚁。’曰：‘何其下邪？’曰：‘在稊稗。’曰：‘何其愈下邪？’曰：‘在瓦甓。’曰：‘何其愈甚邪？’曰：‘在尿溺。’东郭子不应。庄子曰：‘夫子之问也，固不及质，正、获之问于监市履狶也，每下愈况。’”现今所谓“每况愈下”典出于此，但庄子在这里本身所说乃是一种推求事理的研究方法。

② 萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861 年）认为，每种法律关系都有其本座（德文 Sitz，英文为 seat）。一个人的住所存在于一定的空间，一个法律关系的本座也存在于一个特定的空间。所以，为了探得一个法律关系所应该归属的法律，只需探得该法律关系的本座，因为支配该本座所存在的空间的法律，即是该法律关系所应该归属的法律。

(Hans Kelsen, 1881—1973 年) 为代表的规范法学派 (Normative School)、以麦克杜哥 (Myres Smith McDougal, 1906—1998 年) 为代表的政策定向学派 (Policy - Oriented School) 等, 从其核心概念出发各陈己说, 见仁见智, 为将研究推进到更高深、更广阔的新境界做出了贡献。

笔者认为, 国际法是法律而非道德, 与道德不可混为一谈, 其产生的根据不能诉求于道德良知之类空洞软弱的依凭, 否则国际法的强制力只能建立于松软的沙滩。尽管西方素有所谓“黄金法则” (the golden rule)、“银的法则” (the silver rule)、“箔的法则” (the tinsel rule)、“铁的法则” (the iron rule) 等不同层次的道德规范体系,^① 自然法学派代表普芬道夫亦以其所谓“我们对待邻人要像我们希望他们对待我们一样”的自然法“黄金律”构建其国际法理论体系, 但如是探寻国际法产生的基础未免“海

① 参见 H. T. O. Rost, *The Golden Rule: A Universal Ethic*, 100, Oxford: Oxford University Press, 1986。据资料表明, 17 世纪时, 西方人把《马太福音》第七章第十二节 (Matthew 7: 12) 和《路加福音》第六章第三十一节 (Luke 6: 31) 的论述称为“黄金法则” (the golden Rule) 或“金律” (the golden law), 这一术语开始得以使用, 但起源并不清楚, 且其涵义随时间流逝而变化。所谓硬金属铁的法则是以“以眼还眼, 以牙还牙” (eye for eye, tooth for tooth) 为准则; 所谓箔的法则是以“像别人应受的一样对待别人” (Treat others with the respect they deserve) 为标尺, 这较诸铁的法则是进步; 所谓银的法则以“自己不愿意那样被对待, 就不要那样去对待别人” (Do not do to others what you would not like them to do to you), 亦即儒家所谓“己所不欲, 勿施于人”, 这被西方学者称为黄金法则的消极形式; 所谓“黄金法则”亦即狭义的黄金法则是黄金法则的积极形式, 以基督教教义“无论何事, 你们愿意人怎样待你, 你也要怎样待人” (Whatever you would that men should do to you, do you even so to them) 为标准, 其实消极形式和积极形式在实践中可以放在一起讨论。

客谈瀛洲，烟涛微茫信难求”^①，在沙滩上修筑空中楼阁。

国际法作为普遍性的行为——知识体系从主体上说具有新兴性，主要是近代以来共同国际社会的形成而产生国际共同利益，而共同利益的谋求导致国际共同合意，国际法即是国际共同合意的产物，即：国际社会→共同利益→共同合意→国际法。也可以说，新大陆的探求、新市场的开辟等导致新的法律部门（国际法）和新的法学思维空间（国际法学）应运而生。在近代以前，“只有各民族的相对平行的历史，而没有一部统一的人类历史”，^②只有各国史，没有世界史。在沟通与交通技术发展和探索精神的推动牵引下，人类各民族自近代以来走出“蚁穴”（anthill）似的音讯阻隔时期^③，摆脱井底之蛙的宿命而赋予自己的活动以新的空间。德国赫姆尼茨技术大学社会学教授狄特玛尔·布洛克（Ditmar Brock）将西方世界的全球化过程一直追溯到“漫长的 16 世纪”^④。

的确，所谓“全球化”（globalization）、“地球村”（global village）并非我们当今遭遇的新课题，列宁那为我们所熟知的名言即已揭示了全球化的事实：“资本主义如果不经常扩大其统治范围，如果不开发新的地方并把非资本主义的古老国家卷入世界

① 李白：《梦游天姥吟留别》，《中华活叶文选合订本》（一），中华书局上海编辑所 1962 年版，第 87 页。

② L. S. Stavrianos, *The World Since 1500: A Global History*, 4th edition, New Jersey: Prentice - Hall, 1982, p. 3.

③ René Grousset, *The Empire of the Steppes: A History of Central Asia*, New Brunswick, New Jersey: Rutgers University Press, 1970, p. xxii.

④ Ditmar Brock, *Wirtschaft und Staat im Zeitalter der Globalisierung: Von nationalen Volkswirtschaften zur globalisierten Weltwirtschaft, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, Bd. 33 - 34, S. 12 - 19.