

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

国际法与晚清中国

赖骏楠 著

文本、事件与政治

法律·社会·历史文丛

主编 李秀清

国际法与晚清中国

文本、事件与政治

赖骏楠 著

图书在版编目(CIP)数据

国际法与晚清中国:文本、事件与政治/赖骏楠著.

—上海:上海人民出版社,2015

(法律·社会·历史文丛/李秀清主编)

ISBN 978-7-208-12950-4

I. ①国… II. ①赖… III. ①国际法-法学史-研究-19世纪 ②中外关系-国际关系史-研究-19世纪
IV. ①D99-09 ②D829

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 082667 号

责任编辑 解 铨

封面装帧 王小阳



人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目(基地
编号: SJ0709)、国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目
(学科代码: 030102)成果。

法律·社会·历史文丛

国际法与晚清中国:文本、事件与政治

赖骏楠 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 13 插页 4 字数 176,000

2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12950-4/D·2673

定价 38.00 元

总 序

目下,法律从业者日增,相关研究成果不计其数,“文库”、“文丛”林林总总。不过,若以法学成果出版机构的地域而论,学术影响力的北重南轻现象似乎毋庸置疑。进一步直言之,位于北京的各大出版社统领了当今中国的法律出版业。而自开埠以来,上海曾是中国出版业的重镇和中心;二十世纪前半叶,在上海问世的法学成果更是雄踞半壁江山。曾经的辉煌,在同时代难觅相匹敌者。其中的许多学术著作,作为我们探究中国近代法律变迁轨迹及梳理法律学术史所无法忽略的重要参考,至今仍惠泽学界。而现在上海人民出版社策划出版此“法律·社会·历史文丛”的主要动因,即是为了接承曾产生过众多经典法学论著的这一上海之“地气”。

“法律·社会·历史文丛”的基本定位是精致、高品位的法学学术论丛,汇集的是有着浓厚的社会人文关怀和恢弘的历史视野的真正学术人对于法律问题进行认真思考和用心研究的成果。

一方面,就选题而言,是开放的、多元的,不计是否联系实际,更不问是否对当下中国“有用”。王国维先生在《国学丛刊序》中曾正告天下曰:“学无新旧也,无中西也,无有用无用也。”大家之言,特别是其“无有用无用”之论,仍值得今人玩味。有价值的选题应当是,著者在广泛阅读之后,被强烈的好奇心驱使,于辨疑解难的冲动下选定的。真正的学术人可能都有过这样确定选题的经历,好奇和兴趣乃是从事研究最原始且最持久的推动力。

另一方面,就著者而言,无论前辈还是新锐,研究时都应持有宁静的心境。法律问题的研究者,几乎不可能不入世。不过,真正学术人却一定要脱



俗，他应有道义上的担当，有对于“道”与“义”的超然追求，有学者的清醒和人格的清高，有高于世俗的“乌托邦”学术理想。研究者经常是，也应该是寂寞的，孤独的，甚至是无聊的，在宁静中，晨钟暮鼓，研习揣摩。宁静不是封闭和停滞，更不是自绝于世、闭门造车，而是时刻关注世态万象、理性探求真谛的一种心境。“非宁静无以致远”，在当下略显嘈杂的境况下，这一古训尤有警醒之意。宁静的心境，是治学的一种境界，对于研究法律问题者言，则更甚。没有宁静的心境，无论先进还是后学，都将不可能产生具有思想和智慧的成果，不可能有真正的学术担当，而有的可能却是浅薄的末策，媚俗的迎合。

再一方面，就著作而言，最理想的是，著者基于好奇和兴趣确定了选题，在宁静的心境中，沉潜往复，从容含玩，并坚守圆融通博且富有个性的治学门径和学术规范，最终水到渠成。著作可能带给著者以学位、职称及学术声誉，但这些本身却不能被异化为著书立说的终极目标。因此，上乘的学术作品，需要“慢煨”，而不能“急烧”，研究者也只有“在‘慢煨’中才能享受探知求真的乐趣，感受从事学术研究的尊严，归根结底，这才是真正学术人的追求。大而言之，也唯有如此，学术成果才能传承文明，启迪智慧，而这，才是学术研究的根本趣旨。“通古今之变，识中西之长，成一家之言”，这是唐德刚先生所享有的盛誉，也应是衡量当今学术水准的最高标杆，虽然难以企及，但是，我们将心怀敬畏，努力使各部论著在“成一家之言”方面有所建树，并确保文丛的精致与品位。

二十一世纪的前十年已成历史，现在启动“法律·社会·历史文丛”，已难言还有天时。但是，借上海法学出版曾丰硕显赫之“地气”、续养成数辈驰骋法界英才之传统，本文丛的策划人、著者、编辑及所有参与者精诚合作，地利人和，集思广益，持之以恒，终会有所成就。我们希望，本文丛将以其精致和品位在林林总总的丛书中独树一帜，以赢得独具慧眼的同道和读者的赏识、鼓励和支持。

李秀清

2011年5月

于上海 万航渡路1575号

华东政法大学六三楼

目 录

导论	1
一、审视“东西方相遇”的多重视角	1
二、19 世纪国际法中的“国际社会”	4
三、文本、事件与政治	13
 第一章 19 世纪国际法学的中国叙述	18
一、引言	18
二、1840 年之前:法律真空与异域想象	22
三、主权世界的“文明”印章:吸纳与排斥	27
四、鸦片与贸易	43
五、“不平等条约”	48
六、小结	60
 第二章 林则徐与国际法:虚构的与真实的	66
一、引言	66
二、翻译史考察:瓦泰勒《万民法》的两个中译本	72
三、从文本到交涉:林则徐与国际法?	78
四、茶叶大黄与怀柔远人	87
五、小结	92

第三章 丁韪良与《万国公法》	94
一、引言	94
二、丁韪良与中国：输入国际法之前	96
三、《万国公法》翻译始末	99
四、文本考察	102
五、在实证法学与自然法学之间	111
六、小结	123
 第四章 误读下的新世界：晚清国人的国际法印象	125
一、引言	125
二、郑观应：从“理想”到“现实”	127
三、王韬：始终如一的悲观	137
四、小结	140
 第五章 从国际法视角重新看待甲午战争	144
一、引言	144
二、“文明”、晚清中国与明治日本	146
三、甲午战争：“文明”与“野蛮”	154
四、主权世界的“文明”印章（续第一章第三节）	165
五、小结	170
 结论	174
参考文献	180
索引	197
后记	202

导 论

一、审视“东西方相遇”的多重视角

本书是对 19 世纪中外关系史、国际法学史和政治观念史的一次“试验性”研究。本书考察的重点问题,在于建立在主权国家体系之基础上的近代欧美国际法是如何拓展到近代东亚,并对当时以及随后一段时期的东亚国际关系乃至世界秩序造成何种影响。具体而言,让我感兴趣的,是如下一系列具体问题:19 世纪国际法与国际社会的核心特征是什么?带有这种特征的 19 世纪国际法体系是以何种具体方式与传统中国乃至东亚的世界秩序遭遇的?而这种国际法(以及相应学说)本身又是如何理解与表述中国这一新元素的?这种国际法的学说和制度又是如何传入中国及其邻国(如日本)的知识圈与外交圈的?与这种新的世界秩序及其相应表述的相遇,又导致中日两国知识和政治精英以何种新的方式来想象这一整套国际法秩序的?这两个国家对新世界的理解是否存在差异?如果的确存在差异,那么这种不同的态度是否以及如何影响了两国在新的国际舞台上的政治命运?面对这一系列历史事实,国际法学和国际法学家是否成功实现了他们原本对自己的期待:例如对平等主权的捍卫、对人类基本权利的保护,以及对一个普遍的、正义的国际社会的畅想?本书即尝试对以上各个问题作出初步的解答。

任何近代史作品都难以宣称自己的研究是全新的。这是因为,包括近代



法律史在内的整个近代史学科,都已经被汗牛充栋的研究文献所填满。“国际法与晚清中国”这个宽泛的选题也毫不例外。^①在这方面,诚如林学忠所言,“讨论近代中国的政治外交史,传统中华世界秩序的崩溃与中国走进西方国家主导的国际社会是个不可避免的问题,甚至是整个中国近代政治外交史的核心课题”。^②无论是对这个选题的整体性、通论性作品,^③还是对各个具体子问题,如近代国际法的传入、^④国际法语词翻译和晚清国人国际法观念、^⑤清政府在各外交事件中对国际法的运用等问题,^⑥相应研究都已“不胜枚举”。因此,任何一部以“国际法与晚清中国”为题的“新”作品,在某种程度上注定只能是对前人劳动的重复。

- ① 较为全面的文献综述,见林学忠:《从万国公法到公法外交:晚清国际法的传入、诠释与应用》,上海古籍出版社 2009 年版,第 6—35 页。
- ② 林学忠:《从万国公法到公法外交:晚清国际法的传入、诠释与应用》,上海古籍出版社 2009 年版,第 1 页。
- ③ 见田涛:《国际法输入与晚清中国》,济南出版社 2001 年版;林学忠:《从万国公法到公法外交:晚清国际法的传入、诠释与应用》,上海古籍出版社 2009 年版。
- ④ 见 Tsiang T.F.(蒋廷黻),“Bismarck and the Introduction of International Law into China,” *Chinese Social and Political Science Review*, vol.15, no.1(1931), pp.98—101; Chang Hsi-t'ung(张锡彤),“The Earliest Phase of the Introduction of Western Political Science into China,” *Yenching Journal of Social Studies*, vol.5, no.1(1950), pp.1—29;丘宏达:《康熙帝与国际法》,载丘宏达:《中国国际法问题论集》,台湾商务印书馆 1968 年版。
- ⑤ 这方面的研究为数极多。研究重点在国际法语词方面的作品,见丘宏达:《中国国际法名词的研究》,载丘宏达:《中国国际法问题论集》,台湾商务印书馆 1968 年版;刘禾:《普遍性的历史建构——〈万国公法〉与十九世纪国际法的传播》,陈燕谷译,载《视界》第 1 辑,河北教育出版社 2000 年版;王健:《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 138—186 页;Rune Svarverud, *International Law as World Order in Late Imperial China: Translation, Reception and Discourse, 1847—1911*, Leiden: Brill, 2007;赖骏楠:《“万国公法”译词研究——简论 19 世纪中日两国继受西方国际法理念上的差异》,《法律科学》2011 年第 2 期。重点在观念方面的作品,见[日]佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社 2006 年版,第 32—174 页;赵国辉:《近代东亚国际体系转型期理念研究——以近代中日两国对国际法理念的接受为中心》,载王建朗、荣星河主编:《近代中国、东亚与世界》上卷,社会科学文献出版社 2008 年版。
- ⑥ 见 Immanuel C.Y.Hsi(徐中约), *China's Entrance into the Family of Nations: The Diplomatic Phase: 1858—1880*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1960;王维俭:《普丹大沽口船舶事件与西方国际法传入中国》,《学术研究》1985 年第 5 期;戚其章:《国际法视野下的甲午战争》,人民出版社 2001 年版;[日]川岛真:《中国近代外交的形成》,田建国译,田建华校,北京大学出版社 2012 年版。

然而,局部性的突破仍是可能实现的。本书的研究目标,并不在于“推翻”前人成果,而是试图在前人研究的基础之上,借助某种程度上新的、多重性的视角,来重新审视这同一段历史。由于国际法本身就是调整不同民族国家之间交往的法律学说和制度体系,所以“国际法史”研究必须天然地就具备比较(comparative)、跨国(transnational)乃至跨文化(cross-cultural)的视角。在观察国与国之间涉及国际法的交往时,仅仅关注其中一个国家对国际法的理解和行动策略,不足以对事件达至完整理解。而且,更毋庸置疑的是,在观察传统中国的世界秩序与西方国际法体系这两个完全异质文化间的遭遇时,跨文化的叠加性视角,就显得更加不可或缺。遗憾的是,现有的大部分研究,仍多是从中国这个单一视角出发、从中文文献出发,来观察清代中国是如何继受、“误读”与应用“西方国际法”的。这导致我们对“西方国际法”本身仍缺少足够的了解,也导致我们对“晚清中国”与“国际法”这两个事物间的互动缺少足够深入的了解。本书的研究,或许能在提供更为丰富和立体的视角方面,作出些许有意义的贡献。

本书将以多重主体亦即多重视角的方式,来考察这段由观念、话语与政治互相交织而形成的历史。本书的视角由以下三个维度构成:西方、中国与日本。当西方与中国遭遇时,对话不会是纯粹单向的,即西方观念和制度之“输入”中国。相反,新的“他者”的出现必然也会触动西方“中心”作出某些回应,在本书中则表现为19世纪西方国际法学圈对中国在国际法上地位的(不断变动的)界定。因此,一种关注西方国际法学本身,以及它对中国之思考的视角,便显得不可或缺。在叙述“国际法与晚清中国”这个故事时,日本因素也不容忽视。这不仅仅是因为两国的近代历史是异常紧密地缠绕在一起,也不仅仅是因为明治日本曾经以中国为中介而获取了国际法知识,而且是因为日本随后对国际法的理解及其相应的对外行动,直接影响着中国的政治遭遇和命运,甚至影响着西方世界对于中国国际地位的指定。由此,在西方国际法、晚清中国、明治日本这三个相对独立但又彼此交织的视角间,不断地进行游移式的观察,或许将为我们理解19世纪国际社会的拓展(及其可能附带的

不幸事件),提供更为生动和丰满的画面。不过,在正式展开故事之前,我们需要对 19 世纪国际法与国际秩序有一些背景性的了解。当然,这也不失为“西方视角”在本书中的首度展开。

二、19 世纪国际法中的“国际社会”

(一) “文明”

当两个或两个以上国家之间有足够的交往,而且一个国家可以对其他国家的决策产生足够影响时,国家体系(又名国际体系)便产生了。^①如果这一体系内的国家意识到它们具有共同利益和价值观念,从而组成一个社会,也就是说,如果这些国家认为它们相互间关系受到一套共同规则的制约,而且它们一起构建共同的制度,那么国际社会便诞生了。^②在 19 世纪的许多时间里,国际社会常常同“欧洲一致”(concert of Europe)这类概念联系在一起,因为它起源于这块土地。这也提醒我们,虽然我们今天能够对国际社会作出普遍性的理解,但在历史上,这个概念却是与特定的地域、文化乃至宗教紧密交织在一起。正因如此,作为国际关系学中“英国学派”代表人物的赫德利·布尔(Hedley Bull),在其作品中介绍当代“世界性国际社会”之前,感到有必要首先介绍之前存在的两个国际社会:“基督教国际社会”与“欧洲国际社会”。^③

这意味着在一个“世界性国际社会”形成之前,在历史的岁月中必定发生了某些事件。在这些事件中,非基督教、非欧洲的政治实体逐渐将自己建构

① 见[英]赫德利·布尔:《无政府社会——世界政治秩序研究》(第 2 版),张小明译,世界知识出版社 2003 年版,第 7 页。

② 见[英]赫德利·布尔:《无政府社会——世界政治秩序研究》(第 2 版),张小明译,世界知识出版社 2003 年版,第 10—11 页。

③ 见[英]赫德利·布尔:《无政府社会——世界政治秩序研究》(第 2 版),张小明译,世界知识出版社 2003 年版,《无政府社会》,第 21—30 页。

成西方意义上的民族国家,并通过不懈的努力,最终在 20 世纪全部融入了国际社会,从而与西方国家一道,享受着(形式上)平等的主权。从西方的视角来看,这段历史被称作“国际社会的扩张”;^①从非西方的视角来看,这段历史则被称为“进入国际大家庭”。^②由于主体的不同,所使用的动词也就不同(“扩张”与“进入”)。不过,无论叙述的视角如何,西方与非西方都始终绕不过一个共同的主线,这一主线就是“文明”(civilization)。^③

这则 19 世纪的“文明”故事,同时也绕不过 19 世纪的国际法学。在现代国际关系学诞生之前,国际法学承担着界定与描绘国际秩序的角色。^④所以,在 19 世纪,布尔所说的“欧洲国际社会”又被称为“国际法共同体”。这个共同体由平等的主权国家构成,彼此平等地通过使节和贸易(以及偶尔发生的战争)进行往来。他们共享着某些价值观念,一开始国际法学家认为它体现在基督教上。然而,当国际法试图将本身拓展到欧洲之外的广大地域时,问

① 见 Hedley Bull and Adam Watson(eds.), *The Expansion of International Society*, Oxford: Clarendon Press, 1984。

② 见 Immanuel C.Y.Hsi, *China's Entrance into the Family of Nations: The Diplomatic Phase: 1858—1880*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1960。

③ 对“文明”概念的历史梳理,见[德]诺贝特·埃里亚斯:《文明的进程:文明的社会起源和心理起源的研究·第一卷:西方国家世俗上层行为的变化》,王佩莉译,生活·读书·新知三联书店 1998 年版,第 61—98 页;[英]雷蒙·威廉斯:《关键词:文化与社会的词汇》,刘建基译,北京:生活·读书·新知三联书店 2005 年版,第 46—50 页;Gerrit W.Gong(江文汉), *The Standard of “Civilization” in International Society*, Oxford: Clarendon Press, 1984, pp.45—53; Brett Bowden, “The Ideal of Civilisation: Its Origin and Socio-Political Character,” *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 7, no. 1 (2004), pp.25—50; Barry Buzan, “The ‘Standard of Civilisation’ as an English School Concept,” *Millennium: Journal of International Studies*, vol.42, no.3(2014), pp.576—594。需要强调的是,在本书中,我所重点考察的,是 19 世纪国际法学文本中的“文明”概念。我之所以将考察范围做如此限缩,一方面是因为国际法学中的“文明”概念与本书研究直接相关。另一方面则是因为,19 世纪实证主义国际法有其相对的学科独立性和封闭性,因此其有关“文明”的探讨能够在一定程度上与更为宽泛的“社会思潮”领域对“文明”的探讨区分开来。这并不意味着 19 世纪国际法学对“文明”的探讨丝毫不受主流社会思潮的影响。但仍须强调的是,尽管国际法学从主流社会思想中借用了“文明”一语,但它随后对该概念的讨论却具有强烈的学科内部的特色。

④ 现代国际关系学诞生于 20 世纪,见[美]肯尼思·W.汤普森:《国际关系中的思想流派》,梅仁等译,北京大学出版社 2003 年版。

题出现了：欧洲之外的世界几乎全是异教徒。于是，一种新的价值认同孕育而生，它就是更具包容性的“文明”概念。江文汉(Gerrit W.Gong)已经指出，“文明”概念在19世纪国际法的全球扩张中具有两重功能：(1)它是为了回应保护居住在欧洲之外的欧洲人生命、自由和财产这一现实问题而出现的，“文明”保证了欧洲人的某些基本权利能够在全球范围得到保障，这导致领事裁判权制度的兴起；(2)在一种更为宏大的视野中，它是为了回应哪些国家能够获得国际法上的承认与人格这一问题而出现的，“文明”提供了一种对“国际法共同体”成员及其候选人予以有效限制的学说。^①

不过，当江文汉将自己的名著命名为“国际社会中的‘文明’标准”时，他似乎走过头了。他主张，存在一套清晰可辨的国际社会/国际法上有关“文明”的“标准”，该“标准”提供了一种对“国际法共同体”成员及其候选人予以有效界定和限制的学说，并在适当时候将符合标准的候选人吸纳进国际社会。因此，一个“世界性国际社会”的形成，正是借助“文明”的“标准”才得以可能。换言之，“文明”的“标准”乃是国际社会成形与整合的核心途径。在他的归纳下，这套标准大致包括如下几个要素：(1)对(尤其是外国人的)生命、自由和财产的保护；(2)有效率的官僚制政府；(3)完善的国内法律体系；(4)对包括战争法在内的国际法的自觉遵守，以及对国际会议与国际公约的积极参与。^②结果，他的作品给人造成如下印象：19世纪国际社会的整合机制是一个完美的法权构造，非西方国家只要符合由国际法学家早已界定清楚的“文明标准”，便将拥有国际社会的入场券，存在于该国境内的领事裁判权等制度将被废除，但如果这些国家不符合“标准”，则仍然必须等待。

然而，19世纪国际法学家却辜负了江文汉的“溯及既往性”期待。更为晚近的研究已经对19世纪大部分时间中是否存在过这套清晰的“文明标

① 见 Gerrit W.Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society*, Oxford: Clarendon Press, 1984, p.24。

② 见 Gerrit W.Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society*, Oxford: Clarendon Press, 1984, pp.14—15。

准”，提出了有力质疑。^①甚至连与江文汉同属“英国学派”的巴瑞·布赞（Barry Buzan）也承认：19 世纪国际社会中的“文明”概念“从未获得一套清晰的标准”。^②而对于“文明标准”何以未曾清晰呈现过这一问题，布赞给出的解答涉及现代性本身过快的发展速度：“问题是所有这些现代性的成分本身，都是在欧洲内部经历着急剧变迁，因为现代性的多重革命（工业的、社会的、政治的、经济的）是持续性地展开和扩张的……[‘文明’的]标准因此无法被确定下来”。^③由于“文明”本身处于日新月异的进步之中，因此很难会有一套事先的、相对稳固且持久的“文明标准”来指导“后进国”在“文明”方向上往往是持续数十年的努力。

然而，对“文明的标准”未能得以固定化这一问题的解答，并不仅仅涉及现代性的“进步”本质问题，而且涉及 19 世纪国际法学家——其原本任务正是清晰界定“文明”——某些根本性思维特征。“文明”是一个国际法学家难以成功驾驭的概念，这一困境与他们头脑中某种根深蒂固的思维方式相关。在本书中，我将大范围地检视 19 世纪西方国际法学的专著、论文、演讲集、学术会议记录等文本中有关中国的表述。在本节中，我只须对某些考察结果略做交待：这群国际法学家总是习惯于在一种纯粹形式主义的法学框架中来分析国际事件，并回避讨论实质性的政治或道德议题。例如，在这种“非政治性”思维的主宰下，学者们拒绝思考鸦片战争本身的正义性问题，转而探讨是否可以武力行使贸易权这类抽象问题，以及对被没收鸦片的赔偿标准是遵循成本价抑或市场价、“亚罗号”究竟是英国船还是中国船这类问题。当他们在判定中西方之间签订的各种条约的合法性时，也是仅仅依据契约法的形式规则（诸如是否对谈判代表本人施加胁迫），而忽略了国际间武力关系不对等这一根本现实。最终，正是这种“非政治”的思维方式，导致他们在面对实际政

① 见 Martti Koskenniemi, *Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, pp.132—136。

②③ Barry Buzan, “The ‘Standard of Civilization’ as an English School Concept,” *Millennium: Journal of International Studies*, vol.42, no.3(2014), p.580.



治时的无能为力,也导致他们在改变其所关注的中国命运乃至其自身命运上的无能为力。^①

“文明”不是一个纯法学概念,更是一个政治学乃至道德层面的概念。“文明”概念的这种特性,使得具有法学形式主义本能的19世纪国际法学家在处理该概念时感到极为棘手。因此,对于国际社会的“文明标准”这种宏大无比的选题,国际法学家始终未能提供一个清晰且一致的答案,部分国际法学家甚至直接逃避该问题。该时期不同的国际法学家的一系列言论可以印证这一点。在詹姆斯·拉里默(James Lorimer)看来,只有通过宗教(基督教)上的同化,才能使非基督教种族真正理解“对他们和我们而言都是共同的人性”。^②尽管托马斯·沃尔克(Thomas A. Walker)毫不犹豫地将国际法定义为“文明国家”间的法律,但他在写作时也明显感觉到在定义何谓“文明”上的棘手:“文明是一个复杂的事实,它是一种先进与秩序的联合,是一种状态,简而言之,是一种进步社会的联合。该措辞是纯粹相对的”。^③托马斯·劳伦斯(Thomas J. Lawrence)将“一定程度的文明”列为国际法主体资格的头号要素,然而他也承认:“很难确定具体所需的[文明的]量……在这类事务上,没有一般规则能被确定下来”,^④“每起案件都必须根据其自身功绩,来获得必须处理该案的各国的判断。”^⑤奥本海(Lassa Oppenheim)试图作出突破,但他对“文明”构成要件的简单要求,无疑很难令同时代的国际法学家接受,也更不可能为中国等此刻正为着“文明”而苦苦挣扎的国家所信服:“一个得到承认的[国际法上的]国家必须首先是一个文明国家,而这意味着必须与国际大

① 见本书第一章的讨论。

② James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. I, Edinburgh and London: William Blackwood and Sons 1883, p.124.

③ Thomas A. Walker, *A Manual of Public International Law*, Cambridge, UK: at the University Press, 1895, p.1, 7.

④ Thomas J. Lawrence, *The Principles of International Law*, London: Macmillan and Co. (reprinted by Littleton, Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1987), pp.58—59.

⑤ Thomas J. Lawrence, *A Handbook of Public International Law*, London: Macmillan and Co., 1901, p.24.

家庭成员处于持续交往之中”。^①因此,不存在“文明”的“标准”及其审核程序,尽管所有人都在说着“文明”。

19 世纪的现实政治所遵循的不是任何法定的“标准”,它只遵循国家理性(raison d'Etat)。正如科斯肯涅米(Martti Koskenniemi)所言,国际法学家之所以在界定“文明标准”上遭遇失败,一个关键原因便在于,欧洲外交官永远只是在实用的、具体的、个案性的情境中考虑非西方国家的国际地位问题。每一个非西方国家之进入国际社会,毋宁都是建立在具体的谈判和协议的基础上,而非任何“标准”之上。由于国际实践显得无章可循,试图在这种实践的基础上归纳出“文明标准”的企图,也注定会沦为幻想。^②

不过,尽管不存在“文明”的“标准”,一套“文明”的话语却始终存在。这套“文明”的话语,一方面起着证成西方对非西方大规模殖民化的作用,另一方面也让非西方国家隐隐约约地看到“去殖民化”的希望:只要实现“文明”(尽管谁也不知道它具体是什么),就有可能废除领事裁判权、协定关税和片面最惠国待遇等种种制度。在 19 世纪,几乎所有的国际法学家都在使用“文明”概念。来自各个西方国家的国际法学家,包括亨利·惠顿(Henry Wheaton)、吴尔玺(Theodore D. Woolsey)、菲利摩尔(Robert Phillimore)、伯伦知理(Johann C. Bluntschli)、拉里默、谢尔顿·阿莫斯(Sheldon Amos)、约翰·威斯特莱克(John Westlake)、沃尔克、劳伦斯、霍尔(William E. Hall)、奥本海等人在内,都在声称国际法的适用范围仅限于“文明”国家,而非西方国家如果试图获得完整的国际法主体地位,就必须实现同等程度的“文明”。^③

于是,尽管国际法学家建立一套“文明标准”的原意落空了,但他们的确营造出一种“文明”的语言氛围。这种语言氛围有其实际意义。因为它的确

① Lassa Oppenheim, *International Law, Vol. I, Peace*, London: Longmans, Green, and Co., 1905, p.31.

② 见 Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, pp.134—135.

③ 见本书第一章的讨论。

在地球表面划分出了一条“文明”与“非文明”的界限，并且对界限两侧的地带赋予完全不同的法律后果。在众多国际法学家中，由苏格兰人拉里默所描绘的界限最为清晰直白：

作为一种政治现象，人类在其目前条件中，被划分成了三个同心圆地带或范围——亦即文明人、野蛮人以及未开化人。对于这些不同种类的人，不论是由于该种族本身的奇怪性质，还是由于相同种族内部的发展阶段不一，文明国家享有在三种层面承认的权利——完全政治承认、部分政治承认以及自然或纯粹作为人的承认……

完全政治承认的范围是所有现存欧洲国家，以及他们的殖民属国，这是就它们的人民是欧洲人的后代而言；以及南北美洲的国家……

部分政治承认的范围是土耳其的欧洲和亚洲部分，以及那些没有成为欧洲属国的古老亚洲国家——即波斯和其他中亚独立国家，以及中国、暹罗和日本。

自然或纯粹作为人的承认的范围，包括上文提及的种族以外的其他人类；尽管在此处我们或许还应该区分进步种族和非进步种族。

国际法学家所直接处理的，唯有这三个范围中的第一个；……他没有义务去将实证国际法适用于未开化人，甚至是野蛮人……^①

（二）实证主义

在国际法“文明”话语发生的同时期，国际法实证主义也开始兴起，并逐步取代在之前几个世纪占据主导地位的国际法自然法学派。对于像格劳秀斯、普芬道夫、瓦泰勒(Emer de Vattel)这些生活在 19 世纪之前的国际法学家来说，国际法乃是自然法的一部分或至少源于自然法，而后者则是绝对的

^① James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol.I, Edinburgh and London: William Blackwood and Sons 1883, pp.101—102.