

近代中国国际法学的 生成与发展

刘畅 著

集结西南政法大学国际私法教学科研人员及学子的思考，致力于对国际私法的内生型、法理型反思，力求展示一种我们认同的国际私法品味。

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL

近代中国国际法学的 生成与发展

刘畅
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代中国国际法学的生成与发展 / 刘畅著. —北京:

法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5235 - 9

I. ①近… II. ①刘… III. ①国际法—法的理论—研究 IV. ①D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 183587 号

© 法律出版社·中国

近代中国国际法学的生成与发展

刘 畅 著

责任编辑 李天一

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 11.75 字数 293 千

版本 2013 年 8 月第 1 版

印次 2013 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5235 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书出版得到下述基金资助:1. 2009 年重庆市高等教育“质量工程”之“国际私法教学团队”项目;2. 西南政法大学青年学术创新团队项目《中国在国际法治进程中的角色定位》(XZQNCXTD2011-06)。

西南国际私法文丛编委会

主 任 刘想树

委 员 邓瑞平 丁丽柏 江保国 茅友生
林广海 裴 普 石现明 宋渝玲
王玫黎 徐 泉 徐 鹏 袁成第
禹华英 张春良 周 江

总 序

中国的学术进路是艰难的,因为在中国学术之上有一个挥之不去的西方“情结”,不论是赞成抑或反对,它作为评价中国学术之是非真伪、优劣高下的“准据法”似乎确实存在。中国的学术进路又是满载着希望的,因为中国的学人明白了,这“准据法”只具有相对合理的意义,我们既不应回避它,也不应止于它,而应穿越它。这穿越之路,既是中国学术的生路,也是中国国际私法学术的生路。

细思量,国际私法在中国西风东渐以来既是发展的,也是停滞的。中国国际私法学人已经有了自己的精神家园,并且在韩德培、李双元等老一辈学者的范导下取得了一系列堪称辉煌的成就,推动了国别国际私法的研究、完成了《中华人民共和国国际私法示范法》的编撰并实质性推动了《涉外民事关系法律适用法》的出台。现时代,一批新人开始崭露头角,一系列国际私法著述开始规模化出现,一个中国气象的研究风格开始成型。

这一切都昭示着,中国国际私法正在渐入佳境!就

此而言,中国国际私法是发展着的。但与此同时,正如费希特在《论社会的人的使命》中所言:“共同的完善过程就是我们的社会使命,这个过程一方面是别人自由地作用于我们,造成自我完善的过程,另一方面是我们把他们作为自由生物,反作用于他们,造成别人完善的过程。”我们必须清醒地意识到,中国国际私法更多的还只是一个受众,尚处在被完善的过程中,亦未形成足以完善他人的中国理论。简单地说,中国国际私法似乎还远未建构出自己的主体性。这并不是否认前辈们的功绩,不同的时代有不同的使命,中国国际私法前辈们业已完成了他们那个时代的使命。现在的问题是,现时代的中国国际私法学人是否业已意识到并自觉地承担起反向促进、共同完善的历史责任?

基于上述考虑,《西南国际私法文丛》度时而动,她以西南政法大学国际私法学人为智识支持,集结西南政法大学国际私法教学科研人员、优秀学子的学术贡献,力求展示一种我们认同的国际私法品位。

《西南国际私法文丛》应当是法理型的,这是我们对她的基本定位。西南国际私法走法理型的研究进路既源于外在的客观要求,也源于内在的主动抉择。国际私法的研究进路可以有多种选择,从规则与比较层面研究国际私法,学界前辈及同辈已颇有建树。至于国际私法的法理研究,虽不断有学者振臂呼吁并亲力践行,但终因启动较晚而仍有广阔空间。源于对国际私法研究法理型进路的认同,我们愿意并尝试为此贡献自己的智识。

《西南国际私法文丛》还必须是内生型的。从方法论角度看,任何学术研究可分为两类:一是外延扩大再生产,二为内涵扩大再生产。国际私法的研究也不外于此。外延扩大再生产是指一种逐奇猎新的研究方式,它胜在信息把握的全面、前沿和及时更新,败在往往贪多不嚼,难免“消化不良”;浮于人云亦云,所提方案往往“水土不服”。内涵扩大再生产则要求通过不断深入的反思实现研究成果的深度拓展,特别要求在面对域外经验或成功制度时要有主体性的鉴别意识,而不是简单的拿来主义。内生型的研究方法不仅始终操持一种理性反思的姿态,而且还是

始终立足于中国问题的地方处境来进行理性反思的姿态。这理当是《西南国际私法文丛》所应秉持的品格。

经由法律的治理来造福生民,这是古今中外的人类实践所共同肯认的最佳方案。中华民族的伟大复兴与和平发展也必须要以法治为支点。国际私法是实现涉外民事法治的基本法律手段,是关于各国法律体系间和谐的基本法律方案,以多林格观点看,国际私法“能增进组成国际共同体的各民族的相互理解”,“导致各民族的趋同,并为他们的和平共处作出贡献”。在此意义上,中国国际私法之进展盛衰实足成为衡量中国拓展世界影响和未来建构能力的尺标。以之为路径,《西南国际私法文丛》愿荐西南学子之才智,为之孜孜而求。这是时代的使命,也是西南国际私法学人该当的责任。

或许有读者谓上述理想虽“志存高远”却难以践行,不啻为学术的“乌托邦”。对此我们以为,即便是“乌托邦式”的思考,也是应为之事。毕竟,乌托邦的意义并不在于乌托邦本身,而在于告诉我们距离理想还有多远。

是言以励志,是言以为序!

刘 建 刚

目 录

概要 / 1

导论 / 4

一、研究主题 / 4

二、研究架构 / 10

三、研究方法 / 14

第一章 近代中国国际法学的历史脉络 / 19

第一节 近代中国国际法学型具的时间初判 / 19

第二节 理论体系的建构与重心移转 / 24

第三节 学术成果的累积与蜕变 / 27

一、外来译著的初期地位 / 28

二、本土专著的渐具规模 / 31

三、近代期刊与国际法学论文的相伴繁荣 / 35

第二章 国际法学科的一般认知 / 40

第一节 研究对象的渐进认知 / 40

第二节 研究方法的揣摩与探讨 / 50

一、早期研究的比附思路 / 50

二、借镜西学的方法总结 / 59

三、有助研究的关联学科 / 63

第三节 研究意义的逐步探寻 / 66

一、获取对外交涉的先机与便利 / 66

二、探寻救亡强国的理据与保障 / 70

三、推进学科理论的完善与升华 / 75

第三章 国际法概念的基本界说 / 80

第一节 国际法名称的确定 / 81

一、通行于清末的“公法”或“万国公法” / 81

二、对欧洲国际法名称演变的探究与认同 / 86

三、中文名称“国际法”的确定与新解 / 90

第二节 国际法定义的推敲 / 104

一、决定国际法定义的主要因素 / 104

二、国际法定义的初步厘定 / 112

第四章 国际法主体论 / 119

第一节 从“天下”独尊到“万国”一粟 / 119

第二节 国际法主体的判定与类分 / 125

一、判定国际法主体的通常标准 / 126

二、国际法主体的基本类别 / 128

第三节 国家之传统地位与中国之国家资格 / 130

一、第一位主体资格的一致认可与基础辨析 / 130

二、中国国际法律人格的辨疑与力证 / 136

第四节 国家外国际法主体的可能范围 / 142

一、有关个人国际法主体地位的相峙与论战 / 142

二、国际联盟主体资格的确立与国际组织地位的重估 / 151

三、关于民族主体地位的时代探讨 / 156

第五章 国家主权论 / 159

第一节 近代中国主权观念的初生 / 159

第二节 近代中国主权理论体系的渐成 / 170

一、主权内涵的基本理解 / 170

二、主权与国际法的对抗与共生 / 177

三、有关国家基本权利的系统认知 / 182

第三节 主权理论在近代中国之践行 / 189

一、权利割据之中国与租借地 / 190

二、权利割据之中国与领事裁判权 / 197

第六章 战时国际法论 / 237

第一节 晚清中国对战争法的早期接触 / 237

第二节 民国时期的战争法研究 / 248

一、本阶段战争法之主要研究成果 / 249

二、战争法在理论研究中的定位调整 / 250

第三节 侵略问题之基础研究 / 255

一、侵略之基本界定 / 256

二、侵略者之辨识与判定 / 269

三、关于侵略排除之探讨 / 274

第四节 其他日本侵华问题之国际法研究 / 276

一、宣战与中日战争的成立 / 276

二、自卫权行使之辨析 / 283

第七章 平时国际法论 / 290

第一节 初步成长之外交法研究 / 291

一、“公法交涉学”与外交法 / 291

二、近代外交法思想在清末的萌生 / 294

三、民国时期的外交法研究 / 303

第二节 蓬勃兴盛之条约法研究 / 309

一、清末之条约法观念 / 310

二、民国时期有关取消不平等条约之法理论证 / 315

三、关于国际立法问题的基本探讨 / 334

结 语 / 347

参考文献 / 354

概 要

围绕国际法的学术研究与学科建设是中国法学近代化潮涌中的先行者与活跃者。从“开眼看世界的第一人”之林则徐在禁烟运动中对外交法、战争法的借鉴整理;到以丁韪良、傅兰雅等为代表的外国传教士系统译介、有意引进;再到大批留洋学人与国内学者投身其中,译著林立、注本繁多,渐生吸纳、传播之热潮;终至辛亥革命后,中国的国际法学不但译著络绎而出,以国际法研究为专向的中国学人也日益聚集,中国国际法学者自撰的国际法论著更逐渐增多,既有对国际法学理论体系的综合撰述,也有对国际法学某一特定分支领域的专门研究。在进一步细化对外交法、战争法等内容的研究之上,“平时国际法”的研究广度逐渐开阔:一方面应对国家危局,对领事裁判权、治外法权、租界等展开专门研究;另一方面放眼于新领域的开拓,涉及国际条约的性质、效力、执行及缔结程序,以国际联盟为代表的国际组织之建立及功用,外国人在华与华人在外的个人相关国际法问题,对陆地以外疆域如海洋、空气空间的国家关系和国家权利的探索,以及随着两次世界大战与抗日战

争的胜利不断成长、丰富的国际争端解决与国际法律责任制度等。至此,中国国际法学基本完成了从移植西方国际法学到日渐本土化的融转过程,无论从国际法学研究深广度的纵深和拓展,还是从中国国际法人才的养育,都可见中国近代国际法学体系之初成。

可以判定,近代中国国际法学在清末即伴随着半殖民地化的历程开始了早期观念的萌生与基本理论的积累。就理论体系的搭建与学术研究的重心而言,国际法学科的结构层次不断得以细化与填充;其研究侧重则随历史阶段的推进呈现出在战时法领域与平时法领域间的移转。就学术成果的累积而言,中国国际法学逐渐实现了从外来引介向本土著述的转化,清末译著独大的情形终为民国时期专著林立且学术论文与期刊共同繁荣的景象所代替。

从学科的视角,就中国近代知识界对国际法学科立足之零星研究有所发掘与归纳,是确认中国国际法学发育状态的重要基础。围绕当时国人有关国际法学科的研究对象、研究方法与研究意义的思想留存,探寻学科研究的时代特色,也为进一步把握中国近代国际法学的成长轨迹提供理论参照。

近代学界有关国际法基本概念的观念演变与认识深化,是其在这一领域理论展开的起点。一方面,围绕国际法名称的确定,回溯国际法中文名称从“万国公法”、“公法”到“国际法”、“国际公法”的大体历程,意在整理中国学界对西方语源的学习与诠释,并展示由此而对国际法名称的改造主张。另一方面,围绕国际法定义的推敲,探讨近代中国学者所确立的国际法界定之基本要素,既为获取近代学界有关国际法概念的基本结论,也借此感知当时国际法学研究有别于今天的理论侧重。

对王权政治下的传统中国而言,建立起国际法范畴下的主体概念,是其认识民族国家形态、理解国际法平等原则的重要前提。从“天下独尊”到万国之一的观念颠覆,为国际法主体理论的成形提供必要铺垫;对欧洲国际法主体理论的承袭,为中国本土主体理论的体系化提供重要养分;对国家第一主体地位的确认,以及对“一战”后新兴主体的逐一辨析,

为国人确立鲜明主权意识,助国家厘清外交思路提供了关键的理论催化。

作为国际法得以生存的政治与法理基础,探析国家主权理论的建构与形成,是回顾这一学科在近代中国成长的必然。一则围绕清末针对不平等条约所失利权的各方著述,探寻当时国人主权意识的初步萌生;二则立足于民国学术的进一步倡明,阐发主权理论在中国国际法研究中的逐步深入与成熟;三则着眼于中国近代主权沦丧最具代表性的两大方面,通过当时国人有关租借地问题与领事裁判权问题的集中讨论,大略展现上述研究成果在维护近代中国主权中的实践应用。

自国际法输入中国时起,战时法研究就占据了近代国际法体系的显要位置。被西方“坚船利炮”打开国门的近代国人,从一开始就将了解并运用有助于应对战时危局的规则作为研习国际法的首要目标。从林则徐请译《各国律例》开始,在清末的国际法译著中,战时法研究已然成为当时中国最受关注的分支。至民国时期,战时国际法更因日本武力侵华的推进而不断引发理论关注的热潮。围绕侵略问题、宣战要件、自卫权行使等方面,为应对民族存亡之危急情势,战时国际法在近代中国实现了较为完备的理论搭建、获得了颇为丰硕的理论成果。

尽管一再被战火打断研究节奏,作为与战时法相对应的基本领域,平时国际法仍然是国家间正常交往的必要依仗,有着胜于战时法的多彩内容,并在国际法理论体系中不可或缺。外交法与条约法是其中研究投入相对较多、理论延展相对深入的代表分支。“公法”与“对外交涉”在清末往往一并出现的常态,已在一定程度上说明了当时中国从外交法入手研习平时国际法的起步。而从鸦片战争后便饱受不平等条约束缚的中国,也因之在条约法领域较早地展开了极具价值的学术探讨,并紧随西方条约法理论的新兴走向,形成了相当系统的条约法研究成果。

可以认为,近代中国国际法学已经形成明确的研究方向、清晰的理论架构、科学的研究思路、可观的学术成果。其学科体系在近代中国的初步搭建,无疑为当代中国国际法学的理论研究及学科教育都提供了良好的理论储备与制度实践。

导 论

一、研究主题

有关“近代中国国际法学”研究之破题,在“近代”的时间分野,在“中国”的空间划定,更在“国际法学”的释界。

本书中所称“近代”,系指自 1840 年鸦片战争起至 1949 年新中国成立时止的约百年间。^{〔1〕}所谓“中国”

〔1〕 关于中国近代史的起止点,史学界一直存在着不同认定。就中国近代的开端而言,有学者认为,应从明清之际(公元 1600 年前后)西方人东来对中国与全亚洲发生影响时起算,从而使中国近代的起点与欧洲的近代、清朝的建立有所重合,以增加研究方便。但另有学者反对过度强调西方的影响,提出从中国内部的变化来划分中国近代史,如以 1864 年中国最后的农民起义——太平天国的灭亡为中国近代史的开端。而有关近现代史的划分,有学者倾向以 1911 年的辛亥革命为中国近代史与现代史的分界线,使其可以和清朝与民国的分界重合。也有学者以起于 1840 年的鸦片战争、结束于 1919 年的五四运动的“旧民主主义革命”时期等同中国近代史阶段。但为使中国近代史的划分全面地反映出中国半殖民地、半封建社会的演变过程,学界普遍认为,应当将 1840 年鸦片战争至 1949 年 9 月底,中国半殖民地、半封建社会演变的完整过程,作为中国近代史的区间。这也是目前中国多数历史教科书所采用的划分方式。参见郭廷以:《近代中国史纲》,中国社会科学出版社 1999 年版;罗荣渠:《现代化新论》,

之国际法研究,应既包括西方国际法传入中国后的各种译介,也包括中国本土自编自撰之国际法著述;既包括外国学者在中国从事国际法教学、研究中国国际法问题的各项学术活动,更包括中国学者对一般国际法问题、西方国际法前沿、外国国际法研究动态、中国国际法的现实热点与学科体系进行的知识吸收、系统盘点与理论升华的全部学术历程。而所谓“国际法学”之研究,则需以“学科”为着眼点,进行如下有别于“国际法”范畴的基本研判。

国际法之观念或规则皆源于国际交往的需要,这一点正造就了国际法与国际关系领域之间极为亲密的关联。有学者明确提出,着眼于国际法的一切研究都应以国际关系为基础。这一思路有其逻辑的理性以及先验的确证,也得到了国际法学者们的基本认同与遵行。但建立在国际关系实践上的可适性研究也在不觉间带来一种倾向,即对“国际法”与“国际法学”概念使用的混同。在众多国内外学者以“国际法”为表述的专门研究中,无论其形式为教材、专著或论文,有关国际法的存在依据、解释方法、性质、渊源、条规编纂、制度设计、国别运用等内容往往都被无差别地涉及。“国际法学”作为与之不同的概念被有意无意地回避或忽略。这一情形既是国际法依凭于国际关系的现实效应,也被认为是时代变迁正在削弱国际法学固有价值的一种反映。^{〔2〕}以近代中国国际法为主题的研究也同样如此。尽管相似主旨下的研究成果已为数不少,但其探讨大多仍是在国际法的观念、理论与制度、规则混同的背景下完成的,并通常在混同中更偏重于后者。诚然,任何法律秩序都是以对现

北京大学出版社1993年版;朱栋霖、丁帆、朱晓进:《中国现代文学史》(上册),北京大学出版社2007年版;曾业英:《五十年来中国近代史》,上海书店出版社2000年版;中国史学会中国历史年鉴编辑部:《习史启示录——专家谈民国近代史》,天津教育出版社1988年版。

〔2〕 如德国学者魏智通提出:“国际法学作为国际法规则存在及内容的佐证手段的意义正在消失……国际法学越来越多地局限于对国际法的解释。”沃尔夫刚、格拉夫、魏智通:《国际法》,吴越、毛晓飞译,法律出版社2002年版,第70页。