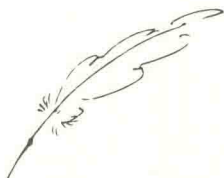


西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

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

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、张陆昆◎译



上海人民出版社

文
景

Horizon

社科新知 文艺新潮

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



HERMES

在古希腊神话中，赫耳墨斯是宙斯和迈亚的儿子，奥林波斯神们的信使，道路与边界之神，睡眠与梦想之神，死者的向导，演说者、商人、小偷、旅者和牧人的保护神……

出版说明

1985年，卡尔·施米特以96岁高龄逝于慕尼黑，盖棺被定论为“20世纪最重要的政治思想家”，“最后一位欧洲公法学家”。施米特的写作生涯长达60余年（第一篇文章发表于1912年，最后一篇文章发表于1978年），在20世纪诸多重大政治思想事件中扮演了重要角色。虽然主要以公法学家身份闻名学界，有“20世纪的霍布斯”之称，据说施米特还代表了欧洲精神中的一种重要传统。无论赞同还是反对其思想立场，政治思想家无不承认，施米特乃“宪法和公法领域最重要的人”（阿伦特语），其论著“最具学识且最富洞见力”（哈耶克语），“如今甚至开始盖过韦伯的光芒”（《法兰克福汇报》，1997年7月11日）。

“施米特文集”以编译施米特的主要论著为主，也选译有代表性的研究文献。

古典文明研究工作坊

西方典籍编译部甲组

2013年5月

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務。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

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



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。 13

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

14 管人类也能以劳作赢得鱼类、珍珠等多样海洋的宝藏，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 (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]。

15

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——分别贏取了海洋。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》 (Etymologia) 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 and 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，是先于公民法之分、“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。 19

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，四百年以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]) 和外国的一种形态。^[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。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



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

24

[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。

25 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。即便是那些独立自主的结盟者，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一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

28

[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'église 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 Verbe 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。