



专稿

“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”： 辨析与比较

张乃根*

摘要：“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”不只是术语的表述问题，而是涉及国际法的区域性与普遍性的重大理论与实践问题以及对历史的评价。国外有关“文明间”或“跨文明”国际法的研究认为，1895年《马关条约》对打破中国“朝贡制”进而形成新的全球社会国际法起到促进作用，但回避该条约的不平等性，并主张日本主导的“亚洲国际法”。实际上，这是日本“脱亚投欧”，侵略亚洲邻国，推进欧洲中心论的国际法伴随殖民化扩展到亚洲的后果。国内学界对国际法的普遍性与区域性有所研究，但对亚洲相关国际法研究不够。通过对国际法与国际社会、“亚洲国际法”“国际法在亚洲”的辨析可知，历史上未曾有过“亚洲国际法”；日本靠侵略亚洲邻国，将具有殖民的历史局限性的、欧洲中心论的国际法复制到亚洲，最终彻底失败。相比之下，美国建国后通过将国际法纳入联邦宪法下的国内法律体制，形成“国际法在美国”，并通过促进和平解决国际争端机制，尤其是主导起草《联合国宪章》，对全球普遍性国际法作出了贡献。这超出区域和国别国际法范畴。由此引发对“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”的进一步思考，启示中国特色国际法理论研究，应立足中国，放眼世界。

关键词：亚洲 国际法 文明间 区域性 普遍性

一 问题：由来与国内外相关研究

（一）由来：“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”的问题

2023年10月由复旦大学举办的“上海论坛”有一个子论坛“亚洲国际法的贡献及其未来”。根据该论坛的说明，“虽然亚洲各地区各领域国际法实践的研究著作十分丰富，但对于“亚洲国际法”贡献的整合性研究却寥寥无几”。^① 笔者应邀与会，并就和平共处五项原则的提出和发展作为中国与其他亚洲国家对国际法的合作贡献，作了发言。然而，该论坛前后，笔者对“亚洲国

* 张乃根，法学博士，复旦大学特聘教授，中国国际法学会副会长，亚洲国际法学会咨询理事会理事。

① 上海论坛2023子论坛“亚洲国际法的贡献及其未来”由复旦大学法学院承办，合作方为中国政法大学和韩国高丽大学。参见上海论坛网，<https://shanghaiforum.fudan.edu.cn>，最后访问时间：2024年4月7日。

际法” (Asian international law) 的表述有不同看法,除了与论坛举办方及与会专家交流,之后还进一步就“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”(international law in Asia)的问题展开研究。笔者认为,这不只是一个术语的表述问题,而是涉及国际法的区域性与普遍性的重大理论与实践问题以及对历史的评价。如下文将要扼要分析的亚洲区域及其历史说明,不存在一个“亚洲国际法”,而是国际法传入亚洲的问题。然而,本文旨在评析有关“文明间”或“跨文明”观及其“亚洲国际法”问题,不展开对“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”的全面分析,更无意进一步研究亚洲各主要国家,包括历史上曾长期处于殖民统治的国家或地区与国际法的关系。^①

(二) 国外研究:“文明间”或“跨文明”观及其“亚洲国际法”问题

国内外学界对此已有很多研究,迄今分歧很大。已故日本东京大学著名国际法学者大沼保昭(Onuma Yasuaki)教授在2000年发表的《国际社会的法何时诞生?》一文中,第一次比较系统地从其主张的“文明间”(intercivilization)或“跨文明”(transcivilization)观点出发,^②论证在1895年中日甲午战争后的《马关条约》废止中国与朝鲜等邻国之间的“朝贡制”而产生全球社会的国际法。“这一事实对于作为全球社会的国际社会之建立和作为该国际社会的法之国际法的诞生,至关重要。”^③诚然,该文以探讨国际法的历史及国际法的概念为起点,尝试论证20世纪之前,欧洲地区基督教文明、伊斯兰世界和东亚地区中华文明及相应“区域的国际体系”(regional international systems)之共存,并认为“西方列强谋求将亚洲各国从以中国为中心的朝贡制下分离出去,置于以欧洲为中心的国际社会框架影响下”,然而却强调“对以中国为中心的东亚体系之最终打击不是来自西方列强,而是日本”。^④至于西方列强以及“脱亚投欧”的日本在19世纪末对中国和亚洲其他国家的侵略和殖民或半殖民的行为,该文却予以漠视。虽然,大沼保昭教授曾研究东京审判,对日本自明治维新后“脱亚投欧”,走向对外侵略扩张的军国主义历史及思想基础,持反省和评判的立场,^⑤但是,他在论证“文明间”“全球社会的国际法”时,却只字未提《马关条约》的不平等性以及日本对朝鲜和中国台湾地区的侵略。似乎,这对“跨文明”国际社会的国际法形成具有促成意义。2007年,亚洲国际法学会成立。大沼保昭教授在评述其产生及其意义时,回顾2003年时任联合国国际法院法官小和田恒(Owada Hisashi)提议并与他商议筹备该学会,说道:“我不能想象他会对我早已有之‘亚洲国际法’感兴趣,觉得他是

① 以反殖民主义为研究特点的“第三世界国际法”(TWAIL)理论对此有很多研究,包括印度学者。See “Third World Approaches to International Law (TWAIL)”, in Emmanuel Roucouas, *A Landscape of Contemporary Theories of International Law* (Brill, Nijhoff, 2019), pp. 204 – 207.

② 在该文之前,大沼保昭教授曾发表《探求文明间人权:从亚洲视角看普遍的对相对的人权》等文,侧重人权研究。See Onuma Yasuaki, “Inquest of Intercivilizational Human Rights: Universal vs. Relative Human Rights Viewed From an Asian Perspective”, in D. Waner (ed.), *Human Rights and International Law* (Kluwer Law International, 1997), pp. 43 – 78.

③ Onuma Yasuaki, “When was the Law of International Society Born? — An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 1, p. 52.

④ Onuma Yasuaki, “When was the Law of International Society Born? — An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 1, p. 52. 该文在中国中心或进贡制的上下文中,多次提及“台湾”(p. 10, p. 11, p. 14),与韩国、越南等并列。这也折射了该文对台湾作为中国不可分割的领土以及对于中日关系的特殊性,所持漠视乃至不可容忍的混淆态度。

⑤ 参见〔日〕大沼保昭:《从东京审判到战后责任思想》(第4版),东信堂1997年版。该书第1版于1985年出版。另参见宋志勇:《评大沼保昭的〈从东京审判到战后责任思想〉》,载《二十一世纪》2001年4月号(总第64期),第144页。

一位‘主流派’的国际法学者，具有受到西方思想影响的国际法看法。”^①在此，他似乎将其“文明间”或“跨文明”国际法的观点与“亚洲国际法”的想法相联系。在他看来，一方面，当时（19世纪末）日本废止中国的“朝贡制”，冲破东西方文明界限，促进“全球社会的国际法”，具有普遍性；另一方面，当时（21世纪初）在亚洲，“日本具有领先性，并且自20世纪70年代起保持着世界第二大经济体的地位”。^②因此，随着亚洲国际法学会的成立，他的“亚洲国际法”理想亦可实现，这又体现了区域性。在这两方面，日本都起到了不可或缺的作用。可见，如何看待大沼保昭教授的国际法思想，是一个非常复杂的问题。早在约20年前，他来访复旦大学，笔者和他就有过面对面的坦诚交流。^③他是一个令人尊敬的学者。然而，对其观点，尤其是所谓“文明间”国际法的观点，笔者持有保留意见。

2017年，大沼保昭教授出版了他一生最后的学术著作《跨文明世界的国际法》。^④亚洲国际法学会为此组织过一个专题研讨会。来自世界各国或地区的代表性学者对该书发表了各自看法。中国国际法学者、北京大学李鸣教授认为：“跨文明视角所涉问题不仅事关合法性，而且与可能性有关，因而是国际法理论的有价值创新。”^⑤美国国际法学者、耶鲁大学赖斯曼（W. Michael Reisman）教授等认为：“对于当代国际法学者的主要责任在于澄清目标的学术任务的观点，我们持肯定立场，但是，我们反对聚焦少数文化和文明价值用作比较和统一目的。”^⑥也就是说，“同意大沼保昭探讨对国际法学者追求未来目标的澄清，然而，大沼保昭也许过高看重了跨文明方法对于解决该学科面临复杂问题的能力”。^⑦法国国际法学者、巴黎大学马塔索莫图（Florian Couveinhes Matsumoto）教授认为：大沼保昭的探索“本质上具有相当的困难”，因为这“看似包含革命的立场，他的书似乎更多是改良主义，只有少数看起来是‘真正’跨文明的”。^⑧“他的著作在寻求跨出欧洲中心的传统之同时，仍依赖某些自由主义的假设，如大沼保昭关于国际经济法的观点所揭示的。”^⑨看来，对其研究视角或方法，褒贬不一。笔者无意对这位具有国际影响力的当代日本国际法学者的理论作全面分析，而是结合他对“亚洲国际法”，或者说，日本在19世纪末对于促成所谓“全球社会的国际法”和当代对于亚洲地区国际法研究的作用之看法，对相关问题进行辨析和比较，以此获得对于中国的国际法学界之启示。

① Onuma Yasuaki, “The Asian Society of International Law: Its Birth and Significance”, (2011) 1 *Asian Journal of International Law* 71, p. 73.

② Onuma Yasuaki, “The Asian Society of International Law: Its Birth and Significance,” (2011) 1 *Asian Journal of International Law* 71, p. 71.

③ 当时他来访，赠送了《探求文明间人权：从亚洲视角看普遍的对相对的人权》和《国际社会的法何时诞生？》等文的刊印本。

④ Onuma Yasuaki, *International Law in an Transcivilizational World* (Cambridge University Press, 2017). 大沼保昭教授因病于2018年10月16日去世。

⑤ Li Ming, “The Transcivilizational Perspective: A Legitimate and Feasible Approach to International Law”, (2019) 9 *Asian Journal of International Law* 165, p. 165.

⑥ W. Michael Reisman, Tomo B. Takaki, “How Shall We Fashion International Legal Goals and Criteria for Appraisal in a World of Many Civilizations and Cultures? Review of Onuma Yasuaki’s *International Law in a Transcivilizational World*”, (2019) 9 *Asian Journal of International Law* 177, p. 177.

⑦ “Editorial Preface”, (2019) 9 *Asian Journal of International Law* 153, pp. 153 – 154.

⑧ Florian Couveinhes Matsumoto, “The End of the History of Liberalism and the Last ‘Transcivilizational’ Man? Onuma’s Attempt to Define a ‘New’ International Law”, (2019) 9 *Asian Journal of International Law* 185, pp. 185 – 193.

⑨ “Editorial Preface”, (2019) 9 *Asian Journal of International Law* 153, pp. 153 – 154.

(三) 国内研究：国际法的普遍性与区域性以及国别问题

中国国际法学界前辈王铁崖教授对国际法的普遍性与区域性有过精辟论述。他于1990年在海牙国际法学院以《中国与国际法：历史与当代》为题讲课，认为：“近代国际法的来源在于西方文化，但是它已经扩展到整个世界。国际法在多文化世界中如何更有效地适用和发展，是当前一个值得深入和广泛研究的课题。”^① 30多年过去了，这依然是一个重大课题。他主编的新中国第一本国际法教材认为：“国际法这个名称指的是一般国际法，而区域国际法是世界某个地区所特有的国际法。”^② 后来，王铁崖教授又主编一本《国际法》教材，其中包含同样的观点，并进一步认为：“在普遍国际法之外有区域国际法。所谓区域国际法是指于世界某个区域的国家在它们彼此关系中发展起来并适用于它们的原则、规章和制度的总体。”^③ 如“美洲国际法”或“拉丁美洲国际法”“非洲国际法”和“亚洲国际法”。该教材未提供相关出处，因而至少“亚洲国际法”的提法由来尚不得而知。王铁崖教授专著《国际法引论》更进一步阐释了这一问题，并赞同尼日利亚学者伊莱亚斯（T. O. Elias）和法国学者福萨内尼（Lazard Forsaneanu）的看法。“所谓非洲国际法和亚洲国际法只是非洲和亚洲国家对于一些国际法问题的看法或主张，并不构成一种独立的体系。这种看法或主张对于国际法的发展是会有贡献的。”^④ 譬如，中国和印度首先倡导的和平共处五项原则“曾被认为构成亚洲区域性国际法”。^⑤ 可见，在大沼保昭教授提出“文明间”或“跨文明”国际法以及“亚洲国际法”之前，早在20世纪50—70年代，国外学者已经在讨论区域国际法问题，而且似乎更侧重于探讨一定地区和国家对国际法发展的贡献。这是本文将分析的“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”的问题之一个方面。

不过，近40年中国的国际法研究对这些问题的关注不够。以《中国国际法年刊》发文为例，自1982年创刊以来，尚无一篇相关论文，甚至“亚洲”用语几乎也没有出现过。^⑥ 中国国际法学界主要期刊《国际法研究》《国际法学期刊》和《武大国际法评论》等，也鲜见此类主题论文。原因何在？令人深思。中国在亚洲，中国国际法学界应对亚洲相关国际法有所研究。2011年8月，亚洲国际法学会第三届双年会在北京举行。时任国务委员戴秉国和中国国际法学会时任会长李适时在会上致辞，谈到“推动亚洲国际法的大发展”^⑦ 和“亚洲国际法学的可持续发展”^⑧，均强

① 王铁崖：《中国与国际法：历史与当代》，载邓正来编：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社2003年版，第222页。该文的英文本载于Hague Academy of International Law, *Recueil des cours*, Vol. 221 (1990 - II)，中文本载于《中国国际法年刊》(1991)。

② 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1981年版，第2页。根据“说明”，包含这一部分导论内容的第一章由王铁崖、赵理海和朱其武撰稿。

③ 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第5页。根据“说明”，包含这一部分绪论内容的第一章由王铁崖撰稿。

④ 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第43页。王铁崖教授所赞同的看法，参见T. O. Elias, “Africa and International Law”, in Elias (ed.), *New Horizons in International Law* (Sijthoff & Noordhoff, 1979)。

⑤ Lazard Forsaneanu, “Les cinq principes de coexistence et le droit international”, in *Annuaire française de droit international*, 1956, 2, pp. 150 - 180, 转引自王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第43页。

⑥ 《中国国际法年刊》历年目录，参见中国国际法学会官网，www.csil.cn/Year/List.aspx?CIId=35，最后访问时间：2024年4月8日。

⑦ 戴秉国：《在亚洲国际法学会北京双年会开幕式上的致辞》，载《中国国际法年刊》(2011)，法律出版社2012年版，第5页。

⑧ 李适时：《亚洲与国际法：共同开创一个新的时代——在亚洲国际法学会北京双年会开幕式上的致辞》，载《中国国际法年刊》(2011)，法律出版社2012年版，第8页。

调亚洲已经并将对国际法作出的贡献。近年来，中国的国际法学者积极探讨“国际法的中国理论”，主张“形成中国风貌、中国特色、中国气魄，体现中国对建设和谐世界所应该具有的理念与贡献”^①；研究“当代中国国际法基本理论的传承与创新”^②和“中国国际法哲学的自主建构及其规范化进路”^③。这些探讨和研究旨在促进和提升中国特色国际法理论的水平。这种国别性国际法理论与国际法的普遍性、区域性又有什么关系？通过比较诸如美国自独立后接受欧洲地区国际法，到逐渐提出具有美国特点的国际法理论等，也许会有所启示。

二 辨析：国际法与国际社会、“亚洲国际法”“国际法在亚洲”

（一）国际法与国际社会的辨析

讨论大沼保昭教授提出的“国际社会的法何时诞生”以及“亚洲国际法”的问题，首先须辨析国际法与国际社会的概念。史学界公认，大约在公元前4000年—公元前1000年期间，人类形成最初的主要文明及发祥地，如非洲北部的古埃及文明及尼罗河流域、欧洲南部古希腊的克里特文明及地中海区域、亚洲近中东的古巴比伦文明及幼发拉底河与底格里斯河流域、亚洲南部的古印度文明及恒河流域、亚洲东部的古中国文明及黄河与长江流域、美洲中部的古玛雅和安第斯文明及加勒比海与太平洋沿岸地区。^④人类文明从来就是多元的，没有高低之分，更无任何中心。古代国家与法律随着文明形成而产生。如存世最早的石刻《汉穆拉比王法典》称巴比伦王拥有“统治全人类之权”。^⑤这与古代中国王权的“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”^⑥观念十分相似。其实，文明古国受地域限制，所谓“普天”“全人类”，只是王权所辖领地及人民；互相之间几乎没有交往，也无统治与被统治之关系。

史料记载最初的文明古国之间交往具有“国家间”（interstates）关系并缔结条约的，可追溯至约公元前1600年—公元前1200年的近中东地区，赫梯（Hittites）帝国与其他国家的条约。如公元前1259年赫梯国王哈图斯利（Hattusili）三世与埃及国王拉美西斯（Ramesses）二世的和约。据说原本以阿卡德语（Akkadian，楔形文字）刻在银板上，存世的两份陶质复制本，其中一份被译为埃及语，复制在埃及寺庙墙上。^⑦当时，近中东地区群雄争霸，形成北方的赫梯帝国、南方的埃及帝国和东方的亚述（Assyrian）帝国三大强国。^⑧这与古代中国战国时期（公元前475年—公元前221年）诸侯各国争霸相似。《史记》“苏秦传”和“张仪传”所述“苏（秦）为合

① 何志鹏等：《国际法的中国理论》，法律出版社2017年版，第345页。

② 张乃根：《论当代中国国际法基本理论的传承与创新》，载《国际法研究》2022年第6期，第3—18页。

③ 江河：《中国国际法哲学的自主建构及其规范化进路》，载《武大国际法评论》2024年第1期，第79—95页。

④ 参见杰弗里·巴勒克拉夫主编：《泰晤士世界历史地图集》，中文版编辑邓蜀生，生活·读书·新知三联书店1985年版，第52—67页（2. 最初的文明）。

⑤ 《汉穆拉比王法典》，载《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第17页。

⑥ 《孟子集注卷九》，载朱熹：《四书章句集注》，中华书局1983年版，第306页。

⑦ See Amnon Altman, *Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law: The Ancient Near East (2500 - 330 BCE)* (Nijhoff Publishers, 2012), p. 112.

⑧ See L. S. Stavrianos, *The World to 1500: A Global History* (Prentice-Hall, Inc., 1970), p. 76.

纵，张（仪）为连横也”。^①其中多处提及诸侯国间合纵“（盟）约”。^②

然而，这些古代的条约主体不同于如今的条约法^③所说国际法主体为《联合国宪章》规定的“主权平等”之国家。在古代（广义包括欧洲中世纪、中国封建时期等），还没有“主权平等”的概念，上述条约因而也不能与国际法相提并论。

辨析国际法与国际社会的概念，最好的方式不是始于古代，而是以当代国际法与国际社会为起点，回溯其渊源。当代国际法以《联合国宪章》为基础，调整包括193个联合国会员国在内，所有得到普遍承认的主权国家之间关系。^④国际社会由这些国家所组成。众所周知，该宪章根据第二次世界大战期间反法西斯联盟最主要的国家，即，中国、苏联、美国和英国签署的《普遍安全的四国宣言》（《莫斯科宣言》）^⑤规定的“主权平等的原则”为基石，由四国起草，并发起成立联合国，经旧金山联合国大会讨论通过。该原则不仅体现于联合国大会“一国一票”制，而且在该成立大会的全部九次全体大会上，包括4个发起国在内的50个国家代表团，均平等地依次发言。^⑥联合国之前，曾有第一次世界大战后的1919年《凡尔赛条约》及其国际联盟、拿破仑战争后的1815年《维也纳和会最后议定书》及其“欧洲协作”制度、三十年战争后的1648年《威斯特伐利亚和约》。“历史学家很久以来就已承认从1648年威斯特伐利亚到1919年凡尔赛的条约形成了欧洲国际宪法的基础。”^⑦虽然《威斯特伐利亚和约》没有明确规定“主权平等”，但是，该和约缔结时，作为缔约方的神圣罗马帝国内德意志等各王国已拥有主权。这体现于该和约采用帝国各邦“全权大使”（Plenipotentiary Ambassadors）和“全权代表”（Plenipotentiaries）的表述。^⑧这为欧洲国家之间独立主权的国家关系创立了先例。“只有在1648年结束三十年战争的《威斯特伐利亚和约》建立了国际关系新秩序后，才开始古典的欧洲外交时代（所有现代外交的直接渊源）。”^⑨

在《联合国宪章》之前，从《威斯特伐利亚和约》到《凡尔赛条约》，国际法主要调整欧洲地区各国之间关系（参加凡尔赛和会的国家已不限于欧洲，可是，美国未批准《凡尔赛条约》

① 《张仪传》，载《二十四史·史记汉书》，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第262页。

② 《苏秦传》，载《二十四史·史记汉书》，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第256页。

③ See Vienna Convention on the Law of Treaty, 1155 U. N. T. S. 331. 中文本《维也纳条约法公约》（1969年5月23日），载国际问题研究所编译：《国际条约集（1969—1971）》，商务印书馆1980年版，第42—77页。该公约序言重申《联合国宪章》的原则，包括“所有国家主权平等及独立”。

④ 目前尚有个别此类主权国家未加入联合国，如库克群岛（1997年7月25日与中国建交）。参见外交部官网，https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/2193_674977/200812/t20081221_9284708.shtml，最后访问时间：2024年4月11日。

⑤ 中文本《中苏美英四国关于普遍安全的宣言》（1943年10月30日于莫斯科），载世界知识出版社编：《国际条约集（1934—1944）》，世界知识出版社1961年版，第403—404页。

⑥ Plenary, in *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, Volume I, (United Nations Information Organizations, 1945), pp. 111—685.

⑦ Bardo Fassbender and Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), pp. 71—72.

⑧ Treaty of Westphalia, 24 October 1648, Preamble, Article 119, Yale Law School, https://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp (last visited on 14 April 2024). 中文本《威斯特伐利亚条约》（1648年10月24日），载世界知识出版社编：《国际条约集（1648—1871）》，世界知识出版社1984年版，第1—32页。

⑨ Sir Ivor Roberts (ed.), *Satow's Diplomatic Practice* (Oxford University Press, 6th edn, 2009), p. 10.

及加入国际联盟，中国拒绝签署《凡尔赛条约》^①。也可以说，这主要是“欧洲国际法”和“欧洲国家的国际社会”。但是，国际法本质上具有全球性。格劳秀斯（Hugo Grotius）最初问世的国际法论著《论海洋自由》是对“基督世界自由独立的国家”而言，然而，其论题本身超出了欧洲国家之间关系的范畴。海洋是全球的；海洋自由是对所有国家和人民而言。格劳秀斯描述了古代从欧洲罗马经非洲好望角，到印度洋及诸岛的“东方航线”（the route to the East）。这也是格劳秀斯所说的“所有人依国际法均可自由航行”，^② 近几百年来能够成为普遍接受的“习惯国际法的原则”，^③ 并编纂为《联合国海洋法公约》的“公海自由”第一项“航行自由”^④ 规制之缘故。有学者还认为：格劳秀斯的“伟大之处在于他非常关注那些（在印度洋自由航行的）亚洲习惯，以逻辑的论证、基督教的神学和悠久的罗马法权威，加以论述”。^⑤ 当时，格劳秀斯认为，东印度（实际上是东南亚）地区：

这些岛屿，如今，而且一直有其自己的国王、政府、法律及其制度。当地居民允许葡萄牙人与他们进行贸易，就如他们允许其他国家的人享有同样的特权一样。……在当地统治者的首肯下进行贸易，这就充分证明他们是作为外国人而非统治者到那里去的。^⑥

也就是说，不仅荷兰与葡萄牙是主权平等的国家，而且允许他们通商的东南亚国家也是有自己主权的国家。显然，这个时候，格劳秀斯以非神学自然法为依据提出的国际法不仅适用于欧洲国家，也至少适用于亚洲国家。诚然，同样受到主权平等的国际法理论影响而缔结的《威斯特伐利亚和约》只是欧洲三十年战争的参战国之间战后的条约，但是，“公海自由”的国际法不只是“欧洲国际法”，而具有全球性，其实际适用的范围也不限于“欧洲国家的国际社会”，却是不争的历史事实。格劳秀斯的国际法理论及《威斯特伐利亚和约》所体现的各国主权平等原则，如今成为《联合国宪章》规定的首要国际法原则，构成普遍国际法的基石。

当然，历史也记载着16世纪中叶时，西班牙、葡萄牙在美洲、亚洲建立了殖民地；17世纪后，荷兰、英国和法国也纷纷建立海外殖民地。^⑦ 18世纪中叶格劳秀斯学派代表人物瓦特尔（Emmerich de Vattel）认为：欧洲人在地理大发现所到达的新世界中，当地部落对这些广袤地域的不确定占有不能构成真正和合法的占有，欧洲国家“可以合法地拥有这些地域并建立殖民

① 中文本《凡尔赛条约》（1919年6月28日），载世界知识出版社编：《国际条约集（1917—1923）》，世界知识出版社1981年版，第72页。编辑注：因《凡尔赛条约》（对德和约）有关山东问题的条款受到中国人民的坚决反对，中国代表团“不得不拒绝签字，但为了取得国际联盟原始会员国的资格，中国代表团曾在圣日耳曼（对奥地利）、纳伊（对保加利亚）和特里阿农（对匈牙利）和约上签字并且批准了圣日耳曼和约”。中国签署和批准的这些和约均包含国际联盟盟约。

② Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas*, translated by Ralph van Deman Magoffin (Oxford University Press, 1916), p. 7.

③ David Anderson, *Modern Law of the Sea, Selected Essays* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 5.

④ 《联合国海洋法公约》（汉英），海洋出版社1996年版，第44页（第78条公海自由）。

⑤ R. P. Ananda, *International Law and the Developing Countries: Confrontation or Cooperation?* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp. 8-9.

⑥ [荷] 格劳秀斯：《论海洋自由》，马忠法译，上海人民出版社2005年版，第14页。

⑦ [美] 斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：1500年以后的世界》，吴象婴、梁赤民译，上海社会科学院出版社1992年版，第145—157页。

地”。^① 这种以欧洲人所谓“合法”(lawful)的眼光看待世界的“国际法的欧洲中心论是错误的,不完整的。这不仅通常无视伴随西方规则的传播而来的暴力、残忍和傲慢,而且这种传播导致其他法律文化的毁灭”。^② 这种殖民主义的国际法以“欧洲中心论”(Eurocentrism)为基础,已经随着第二次世界大战后,尤其20世纪60年代兴起的非殖民化运动而被历史所摒弃,但是,殖民主义残余尚在。^③

对于国际法的产生与发展过程中,尤其是与海洋法密切相关的国际法具有的全球性,与欧洲国家海外扩张与殖民过程中形成国际法的欧洲中心论,我们应给予全面的、客观的分析。那些依据非神学自然法(格劳秀斯时代欧洲最先进的思想)的国际法原则和历经数百年而成为习惯国际法,如公海自由的原则,具有普遍的国际法属性。如今,这些普遍的国际法被编纂为多边的条约法而体现其全球性,适用于全球范围的国际社会,理当加以肯定。类似的普遍国际法及其理念,不宜简单归入“欧洲国际法”或“国际法的欧洲中心论”。譬如,格劳秀斯《战争与和平法》第二卷第16章“论解释”,不仅“创立了一个完整的解释条约的规则体系,并且这个体系对后来的国际法学影响颇大”。^④ 联合国国际法委员会编纂《维也纳条约法公约》的条约解释条款及其评注虽“未明确提及他的(即格劳秀斯的《战争与和平法》——笔者注)条约解释这一章”,^⑤ 但正如该公约草案第四任特别报告员沃尔多克(Humphrey Waldock)认为,须编纂的条约解释“有两种规则,其一是‘条约须加以整体解读’等一般性规则,其二是限制的技术性规则”。^⑥ “这一编纂路径与格劳秀斯‘论解释’所最早阐述的条约解释规则体系基本一致。”^⑦ 可见,在联合国之前,那些具有全球性的普遍国际法原则和规则,已超出了欧洲的范畴,是源于欧洲的普遍国际法中的积极部分,在各国主权平等的国际社会具有普遍适用性。以殖民主义为特点,欧洲中心论的国际法具有消极性,已经被摒弃,并将被彻底铲除。

(二)“亚洲国际法”的辨析

上文对具有全球性的普遍国际法与基于欧洲中心论的欧洲国际法及其不同国际社会,进行初步的旨在全面、客观的辨析之后,下文将辨析“亚洲国际法”问题。亚洲在地理上习惯分为东亚、东南亚、南亚、西亚、中亚和北亚。^⑧ “亚洲国际法”是对整个亚洲,还是对亚洲的部分地区而言?

- ① Emmerich de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick (The Carnegie Institution of Washington, 1916), p. 85.
- ② Bardo Fassbender and Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 2.
- ③ See *Legal Consequences of Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2019, p. 25. 国际法院认定:“毛里求斯的非殖民化未以符合人民自决权的方式进行,导致英国对查戈斯群岛的继续管理构成其应负国际责任的不法行为。” See *Legal Consequences of Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2019, p. 47, para. 177.
- ④ 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第335页。有学者认为“《战争与和平法》中实际上并无‘和平法’的实体内容”。参见马忠法:《〈战争与和平法〉的国际法思想、不足及其启示》,载《中国国际法年刊》(2022),法律出版社2023年版,第269页。这是有失偏颇的看法,因为该书(尤其第2卷)包括条约解释在内的许多内容都是公认和平法“实体内容”。
- ⑤ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2015), p. 61.
- ⑥ *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. I, United Nations, p. 23, para. 36.
- ⑦ 张乃根:《条约解释的国际法》,上海人民出版社2019年版,第157页。
- ⑧ 参见《世界地图册》,地图出版社1972年版,第3页。

如前所述，西亚的古巴比伦文明、南亚的古印度文明和东亚的古中国文明时期，尚无主权平等的国际法和国际社会。限于篇幅，本文着重分析中国和其他亚洲国家与国际法的关系。自距今约5000年前，历经分封制的夏、商、周，到公元前221年设立36郡的中国第一个统一帝国——秦朝，中国的涵义及其范围不断变化。^①最初在史书中所述“中国”，是指春秋时期（公元前770—公元前476年），黄河长江流域中原地区的汉族居住地，周边少数民族居住地被称为“戎夷”；^②东汉时期（25年—220年）以东夷、南蛮、西南夷和西羌称之，^③这些少数民族地区先后融入“中国”。宋朝（960年—1279年）开始将高丽、日本、天竺等称为“外国”，并且，史书也比较详细记载部分外国对中国的朝贡。比如，高丽曾为“冀州（现河北、辽宁等地）之地”。“唐末中原多事，遂自立君长。”“高氏之位，遣使朝贡。”^④这种朝贡带有虽脱离中国，但仍不无服从之意。又如，日本“自后汉始，历经魏晋宋隋，皆来贡”。^⑤这更多出于对中国文化的崇仰，而非臣服。至于天竺，汉朝时期，中国“遣使天竺，问佛道法，由是其教，传于国中。梁武帝、后魏宣武时，皆来贡献。隋炀帝志通西域，诸国多有至者，唯天竺不通”。^⑥直到唐朝，天竺前来朝贡。这是友好来往，并无其他用意。可见，在宋朝称邻国为“外国”时，中国与其他国家之间的朝贡关系，并非只是“中华帝国和附属国家的关系”。^⑦本文无意详考古代中国的朝贡制度，但是，至少从史书最初有关记载看，朝贡蕴含服从中国权威、崇仰中国文化或友好来往的多种意义。这与后来国际法上平等主权国家间权利与义务关系，存在很大区别，难以相提并论。亚洲不限于中国，上述中国与邻国关系的习惯，也难以构成“亚洲国际法”或其一部分。

与本文有关的国外研究，多半限于清朝时期的朝贡制度，并以此分析中国与国际法的关系。如日本东京大学的东亚国际关系史教授川岛真（Shin Kawashima）为《牛津国际法史手册》撰写的“中国”部分，认为朝贡制度：“指的是邻国‘国王’敬仰（中国）皇帝的品德，说明确实达到了教化。只要遵循（朝贡）规则，朝廷并不干涉这些国家内部事务。”^⑧大沼保昭教授谈到东亚的“中国中心”（Sinocentric）朝贡制度时，也认为其“根本哲学为品德治理”。^⑨因此，这种朝贡制度，即便在表示服从中国权威的情况下，也是与中国文化对外影响密不可分。这很难说形成规范性国际关系，或者说国际法。

史书记载，到了清朝，中国开始将外国称为“邦交”，包括俄罗斯、英吉利、法兰西、美利坚、德意志、日本和其他欧洲、美洲国家以及个别非洲国家（如刚果）。其说明简述包括：“甲

① 谭其骧主编：《简明中国历史地图册》，中国地图出版社1991年版，第13页。

② 《史记 汉书》，“史记五 秦纪”，载《二十五史》卷一，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第24页。原文为：“（秦）缪公怪之，问曰‘中国以诗书礼乐法度为政，然尚时乱，今戎夷无此，何以为治，不亦难乎？’”

③ 《史记 后汉书》，“东夷传 南蛮西南夷传 西羌传”，载《二十五史》卷二，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第287—292页。

④ 《宋书》（下），“外国传 高丽”，载《二十五史》卷八，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第1589页。

⑤ 《宋书》（下），“外国传 日本国”，载《二十五史》卷八，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第1600页。

⑥ 《宋书》（下），“外国传 天竺”，载《二十五史》卷八，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第1597页。

⑦ 王铁崖：《中国与国际法：历史与当代》，载邓正来编：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社2003年版，第233页。这一看法主要参见费正清等学者对清朝朝贡制度的研究。

⑧ Shin Kawashima, “China”, in Bardo Fassbender and Anne Peters (eds.), *Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 454.

⑨ Onuma Yasuaki, “When was the Law of International Society Born? — An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective”, (2000) 2 *Journal of the History of International Law* 1, p. 20.

午马关之约，丧师割地，忍辱行成。而列强据利益均沾之例，乘机攘索，险要尽失。”^① 清末中国被迫接受欧洲中心论的国际法下不平等条约。此时，朝鲜、琉球等曾经的朝贡国家尽失。

前述大沼保昭教授认为《马关条约》废止中国与朝鲜等邻国之间的“朝贡制”而产生全球社会的国际法。实际上，此时日本“脱亚投欧”而成为“列强”之一。通过不平等条约，日本侵占朝鲜和中国台湾地区，完全是将欧洲中心论的国际法强加于中国。所谓“全球社会的国际法”就是欧洲中心论的国际法。这与“亚洲国际法”、或亚洲的部分地区的国际法，毫无关联。

综上，在清朝末年之前，就中国与其他国家关系而言的亚洲、或亚洲一部分的国际法并不存在。一方面，那些具有全球性的普遍国际法在清朝末年之前已经存在；另一方面，在欧洲列强（以及“脱亚投欧”的日本）对亚洲国家逐步实施殖民或半殖民化过程中，将不平等条约强加于亚洲国家，形成欧洲中心论的国际法及其国际秩序。在这两方面的制度性映照下，看不到“亚洲国际法”的踪影。

最近国外有学者对“泛亚洲主义”（Pan-Asianism）及其与国际法的关系展开研究，认为：日本在第二次世界大战期间侵略中国和其他亚洲国家，鼓吹臭名昭著的军国主义“大东亚共荣圈”，却美其名曰“解放”西方殖民地。但是，在20世纪初，处于英国殖民统治的印度曾利用“泛亚洲主义”争取民族独立，“推进一种将亚洲从西方帝国主义下解放出来并提供可替换文明的规范性论证”。^② 这似乎表明：同样观念可能会被用于截然不同之目的。在《马关条约》及日本对朝鲜和中国台湾地区的侵占这一背景下所谓“产生全球社会的国际法”，与公海自由、条约解释规则此类具有全球性的普遍国际法，也是大相径庭。前者，随着第二次世界大战之后的非殖民化而被历史抛弃；后者，基于其全球性而具有普遍性、持续性，过去、现在和未来将继续适用。

（三）“国际法在亚洲”的辨析

如果根据以上所述，历史上未曾有过“亚洲国际法”，那么“国际法在亚洲”是否成立？亚洲国际法学会首任会长小和田恒在评述欧洲国家对亚洲和非洲的殖民历史时，客观地指出：“菲律宾成为西班牙的殖民地；印度尼西亚也成为荷兰殖民地；印度、马来西亚和缅甸被英国统治；印度支那落入法国治下，中国也成为欲推行殖民统治的对象。在这样的情势下，日本也曾受欧洲列强的侵略性推进的影响。”^③ 可以说，这是欧洲中心论的“国际法在亚洲”的历史情况。然而，17世纪初，格劳秀斯所主张的公海自由以及伴随的贸易自由，对于亚洲国家而言，当时意味着是哪一种国际法——具有全球性的普遍国际法，抑或欧洲中心论的国际法？可见，“国际法在亚洲”，须辨析的是“什么国际法，在什么时候的亚洲”。

史书记载：葡萄牙人于明朝正德初年（1505年）“至舟山、宁波、泉州”；隆庆初年（1567年）“至广东香山县濠镜，请隙地建屋，岁纳租银五百两，实为欧罗巴通市粤广之始”。^④ 葡萄牙

① 《清史稿》（上），“邦交志序”，载《二十五史》卷十一，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第587页。

② Mohammed SHAHABUDIN, “Pan-Asianism, Anti-Imperialism, and International in the Early Twentieth Century”, (2024) 14 *Asian Journal of International Law* 1, p. 1.

③ Owada Hisashi, “Asia and International Law: The Inaugural Address of the First President of the Asian Society of International Law, Singapore, 7 April 2007”, (2011) 1 *Asian Journal of International Law* 3, p. 8.

④ 《清史稿》（上），“邦交志八”，载《二十五史》卷十一，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第614页。这得到《全球通史》的佐证：“1514年，葡萄牙商人与广州通商，1577年，他们又在澳门设立了永久的商业根据地。”参见〔美〕斯塔夫里阿诺斯：《全球通史：1500年以后的世界》，吴象婴、梁赤民译，上海社会科学院出版社1992年版，第77页。

在中国捷足先登时，以经商为名，虽租地建房，尚无殖民统治。前述格劳秀斯所说“在当地统治者的首肯下进行贸易，这就充分证明他们是作为外国人而非统治者到那里去的”。^①这也适用于葡萄牙商人最初在中国进行贸易的情况。

然而，葡萄牙人在抵达中国之前，已经在印度施行殖民统治。“1509年至1515年任葡萄牙的印度殖民地总督阿方索·德·亚伯奎（Alfonso de Albuquerque）就是这一殖民帝国的缔造者。”^②这说明格劳秀斯在17世纪初提出的公海自由及贸易自由的原则既是具有全球性的普遍国际法，也是当时欧洲具有“应然”（as it ought to be）性质的国际法。16—17世纪，葡萄牙与西班牙靠枪炮在已征服的亚洲部分地区和南美洲推行殖民统治。在一时尚未征服的地方（如中国），葡萄牙人似乎比较尊重东道国。

对于中国而言，清朝政府当时既不了解格劳秀斯的国际法学说，也没有将葡萄牙人在澳门租一小块地建房做生意，当作一回事。对于已被殖民的亚洲国家而言，则已深切感受到欧洲中心论的国际法，虽然当时主要是受西班牙维多利亚（Francisco de Vitoria）的早期国际法学说影响。被称为“格劳秀斯的前驱者”^③之一的西班牙萨拉芒卡大学神学教授维多利亚，在1539年题为《论印第安》（*De Indis, On Indians*）的演讲中指出：“人类有权在全世界旅行和经商。如果西班牙人没有恶意地行使这一权利，并且如果印第安人恶意地加以阻止，就会产生西班牙人可以正当对他们动武的情况，并剥夺其持有的东西和自由，推翻其政府。”^④于是，对当地的征服和殖民就变得理所当然的。英国发动鸦片战争，也是基于这一欧洲中心论的国际法。

1842年，中国在第一次鸦片战争中失败，导致《南京条约》等“第一批不平等条约的订立”，^⑤随着1864年由美国传教士丁韪良（William M. P. Martin）在清朝“总理各国事务衙门资助下”，将美国学者惠顿（Henry Wheaton）的国际法著作译为《万国公法》并出版，^⑥欧美国际法学说正式进入中国。值得注意的是，清朝道光29年（1850年），在澳门的葡萄牙人“拒不交租”；光绪12年（1886年）中葡签订通商条约，“由中国坚准葡国永驻管理澳门”，^⑦澳门完全被葡萄牙侵占。因此，对中国而言，欧洲中心论的国际法是在19世纪中叶前后扩展到中国。可以说，当时中国与其他亚洲国家所接触的国际法，主要是欧洲列强推行殖民主义的工具。即便像惠顿《万国公法》这样的普遍国际法论著，也带有鲜明的欧洲中心论色彩：“万国法，或国际法，作为所理解的文明的基督教国家间法，可定义为由永恒正义的理性推导，源于独立国家之间现存社会性质的行为规则所构成；这一定义及其修改可依据一般同意所确立。”^⑧鸦片战争前后进入中国的国际法及其学说，虽有上文所述具有积极一面的普遍国际法，但更多的是消极一面的欧洲中心论国际法。

① [荷] 格劳秀斯：《论海洋自由》，马忠法译，上海人民出版社2005年版，第14页。

② L. S. Stavrianos, *The World Since 1500: A Global History* (Prentice-Hall, Inc., 1971), p. 97.

③ [英] 劳特派特修订：《奥本海国际法》（上卷第一分册），王铁崖、陈体强译，商务印书馆1981年版，第61页。

④ Francisco de Vitoria, *De Indis and De iure belli*, Edited by Ernest Nye, I Vol (Washington 1917), 转引自 Hedley Bull & Adam Watson (eds.), *The Expansion of International Society* (Oxford Clarendon Press 1984), p. 84.

⑤ 《中国近代史》编写小组：《中国近代史》，中华书局1977年版，第29页。

⑥ [美] 惠顿：《万国公法》，[美] 丁韪良译，何勤华点校，中国政法出版社2003年版，第6页。该书原著为 Henry Wheaton, *Elements of International Law: with a Sketch of the History of the Science* (Carey, Lea & Blanchard, 1836)。

⑦ 《清史稿》（上），“邦交志八”，载《二十五史》卷十一，上海古籍出版社、上海书店1986年版，第610页。

⑧ Henry Wheaton, *Elements of International Law: with a Sketch of the History of the Science* (Carey, Lea & Blanchard, 1836), p. 46. 中文本《万国公法》没有严格按照原著翻译，缺少原著第一卷第一章第11节的“国际法定义”。

1929年，“第一部由中国人编写的有关国际法学的专著”（周鲠生《国际法大纲》）问世。该书序曰：

本书的底稿，系作者在北京大学授课时所编之讲义案，它的目的在依简明的解说，供给初学者以国际法之基本的知识。故内容重在陈述确定的原则，务避免争论之点，理论上详细的讨论，当以让诸教师的补充及专著的参考。似此一种教科书性质的刊物，当然说不上何等原始的贡献；书中所述原则，大抵依据西方先辈学者的著作，不过偶尔参以作者自己的观察。^①

从该书的篇章结构及主要内容看，显然，这主要是普遍国际法在中国的传播。但是，该书已经体现了中国学者的视角，如强调：

独立权是主权国家之特征。凡属于国际社会之主权国家，以此资格，当然享有独立权。……在国际社会之国家，一方面享有独立权，同时即负有不侵害他国独立之义务；各国的事务彼此应当都不干涉。非干涉主义（non-intervention），可说是国际法之一个基本原则。^②

第二次世界大战期间，作为世界反法西斯联盟的主要国家之一的中国与美国、英国、苏联共同起草《联合国宪章》。^③ 这是中国，也是代表主持正义的亚洲国家对国际法所作出的历史性贡献。中华人民共和国成立后与亚洲邻国倡导和平共处五项原则，^④ 以及第一部国际法学术专著（周鲠生《国际法》^⑤）和第一本国际法教材（王铁崖主编《国际法》^⑥）对国际法基本原则的阐述，都充分体现了中国对国际法的实践与理论的重大贡献。上述全球性的普遍国际法也是第二次世界大战后亚洲各国取得主权独立和领土完整的一个缩影。

三 比较：北美国际法抑或国际法在北美

本文旨在评析大沼保昭教授的“文明间”国际法理论，尤其是剖析其所谓《马关条约》促成“全球社会的国际法”的观点，辨析“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”等问题。本文认为，在回顾历史的同时，探寻当代中国如何守正创新具有特色和普遍适用性的国际法理论，有必要比较借鉴位于北美洲大陆的美国如何从接受已有的普遍国际法，到提出新的相关理论。从英国在北美殖民地统治下独立的美国得天独厚，东西海岸面对浩瀚的大西洋和太平洋，南北

① 周鲠生：《国际法大纲》，周莉勘校，方正出版社2004年版，“序”。

② 周鲠生：《国际法大纲》，周莉勘校，方正出版社2004年版，第42—43页。

③ Helmut Volger (ed.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations* (Martinus Nijhoff Publishers, 2nd edn, 2010), pp. 220 - 223.

④ 和平共处五项原则第一次载于《中华人民共和国政府代表团和印度共和国政府代表团谈判公报》（1954年4月29日），载《中华人民共和国对外关系文件集（1954—1955年）》，世界知识出版社1958年版，第10—11页。

⑤ 周鲠生：《国际法》（上、下），商务印书馆1976年版，第167—247页。

⑥ 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1981年版，第48—83页。

与墨西哥和加拿大接壤。鉴于美国是当时北美唯一独立的国家及其代表性，下文所说“北美”以美国为代表。摆脱英国殖民统治后独立建国至今近240年，美国既承接了英国等欧洲国家的国际法，也发展了具有自己特点的国际法。全面研究美国与国际法的关系，理应包括其建国初期的“门罗主义”（Monroe Doctrine）^①和冷战后美国主张的“例外主义”（exceptionalism）^②等。然而，如此全面研究并非本文主题应涵盖的内容。本文意在通过简略比较美国独立后从如何接受欧洲地区国际法，到逐步提出体现美国特点的国际法主张的历史过程，促使我们进一步思考“亚洲国际法”，抑或“国际法在亚洲”的问题，并启发中国特色的国际法理论守正创新。这是本文的落脚点。

（一）国际法在美国的适用

美国独立后由邦联制转变为联邦制的1789年宪法第1条第8节第10款规定联邦国会的权限之一是“规定和惩罚海盗罪，在大海上所犯的重罪，和违背国际公法的罪行”。^③这是人类近代史上第一部将“国际公法”（law of nations）纳入国内法的成文宪法。有“宪法定制人”之称的麦迪逊（James Madison）对此阐释道：

判决和惩罚公海上所犯的海盗罪、重罪以及违反国际法的罪行的权力，同样适当地属于全国政府，……联邦条款中有关海盗罪和重罪问题上的规定，至多不过是建立法庭来审理这些罪行。给海盗罪下定义，也许可以毫无不便地留给国际法去处理，虽然其立法上的定义在大多数的国内法里都能找到。^④

在他看来，根据国际法惩罚海盗罪等，已经是各国公认的做法。因此，这不是美国独有的，而是普遍的国际法实践。然而，美国宪法中规定有“国际法”，其意义嗣后并不限于惩罚海盗罪等。1815年，美国联邦最高法院首席大法官马歇尔（John Marshall）在一起支持私人诉求的捕获法案件中指出：“本法院遵循系美国法律一部分的国际法。”^⑤1900年，同样在一起捕获法案件中，美国联邦最高法院论证在战争中应区分交战国渔民与战斗人员的习惯国际法时，也明确：“国际法是我们法律的一部分，并且必须在有管辖权的法院得到遵循和执行，如同其对经常审理的是非曲直问题作出裁决一样。”^⑥亨金（Louis Henkin）教授评论道：

在1776年独立时，国际法就成为“我们的法律”一部分。人们看到国际法是作为普通

① “门罗主义”被认为是“国际关系问题上第一个显著属于美国的主义”。参见《詹姆斯·门罗：门罗主义》，载康马杰编：《美国历史文献选萃》，中国香港地区今日世界出版社1979年版，第57—62页。

② “例外主义”认为“美国即便不是优越于其他国家，也是独特的”。言外之义，美国违反现行国际法是可允许的例外。See Jason A. Edwards and David Weiss (eds.), *The Rhetoric of American Exceptionalism, Critical Essays* (MacFarland & Company, Inc., Publishers, 2011), p. 1.

③ 康马杰编：《美国历史文献选萃》，中国香港地区今日世界出版社1979年版，第29页。

④ 《第四十二篇（麦迪逊）》，载〔美〕汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第214—215页。

⑤ *The Nereide*, 9 Cr. 388 (U.S. 1815).

⑥ *The Paquete Habana*, 175 U. S. 677 (1900).

法的一部分纳入我们的法律。在18世纪，国际法就是英国法的一部分，并且，英国法包括国际法，适用于其殖民地。当美国独立时，殖民地的英国法（包括国际法）就作为普通法在美国被“接受”了。^①

可见，美国从建国起就将已经在英国及其殖民地适用的国际法，作为其国内法的一部分。其实，像惩罚海盗、区分平民与战斗人员的习惯国际法，也是在欧洲公认的国际法。^②换言之，至少就美国宪法所规定以及实践中作为美国法律一部分的“国际法”而言，不是“美国的国际法”，而是“国际法在美国”。

美国宪法不仅将国际法纳入，而且在第2条第2节第2款和第6条第2款，分别规定：“总统有权缔订条约，但须征求参议院的意见和取得其同意，和出席的参议员中三分之二的赞成”；“本宪法，依本宪法所制定之合众国法律；以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国的最高法律”。^③在1890年的一起案件中，联邦最高法院解释1800年美国与法国的友好通商协定允许双方公民继承在对方的土地所有权问题时指出：这一缔约权的范围是宪法未禁止的一切事项，只要这是“与外国谈判的事项”。^④在1928年的另一起涉及联邦与州的权限案件中，该法院解释联邦政府拥有缔约权，“只要这首先涉及国家利益，并且这只有通过国家与他国协调行动方可保护”。^⑤可见，美国联邦政府拥有极为宽泛的对外缔约权，并且，对美国生效的条约与国会立法具有同等地位。有学者分析美国宪法有关国际法和条约的规定，认为：“这有利于新的国家融入欧洲中心的‘文明国家’社会。”^⑥

综上，美国宪法的国际法及条约规定及其解释表明：美国一开始就将国际法纳入其国内法，无论从延续其英国殖民地时期的普通法，还是基于联邦主义，都体现了“国际法在（北美）美国”（融入欧洲社会），而不是“（北美）美国国际法”（不同于欧洲的国际法）。

（二）美国对国际法的贡献

同时，应看到美国独立迄今的历史也提供了很多对于普遍国际法的贡献例证。譬如，1794年美国总统一华盛顿任命时任联邦最高法院首席大法官伊杰为全权代表与英国外交大臣谈判签订了两国友好通商条约，即著名的《杰伊条约》（the Jay Treaty）。其第5条规定，双方成立一个三人委员会裁决密西西比河航行引起的争议：“由英国国王和美国总统及美国国会参议院获准，各任命一位委员，并由这两位委员提名第三位委员。如有异议，则各提名一位，通过抽签选择其一。”^⑦第7条规定成立五人委员会解决因当时英法交战而没收宣布中立

① Louis Henkin, “International Law as Law in the United States”, (1984) 82 *Michigan Law Review* 1555.

② 譬如，在 *The Paquete Habana* 案中，美国联邦最高法院概述了从15世纪初到19世纪末在欧洲各国通行的不捕获交战方渔船的习惯国际法。

③ 康马杰编：《美国历史文献选萃》，中国香港地区今日世界出版社1979年版，第33页、第36页。

④ *DeGeofroy v. Riggs*, 133 U. S. 258 (1890).

⑤ *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 (1928).

⑥ David M. Golove & Daniel J. Hulsebosch, “The Law of Nations, and the Pursuit of International Recognition”, (2010) 85 *New York University Law Review* 932.

⑦ The Jay Treaty, signed at London, 19 November 1794, Yale Law School, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp (last visited on 5 May 2024).

的美国公民船只等财产损失引起的争议。该委员会审理解决了诸多此类争议，总共裁决给予美国公民 1165 万美元补偿。^① 这被认为是美国与英国之间通过第三方解决双方争端的“最早范例”。^② 其实，更具代表性的第三方解决争端是 1893 年的“北令海仲裁案”。该案仲裁庭由美英各任命 2 名仲裁员，再由法国、意大利和瑞典各任命 1 名仲裁员，共 7 名组成。这是初步具有实质性第三方仲裁的国际争端解决。^③ 美国还与法国、墨西哥、海地和智利等国通过类似仲裁，解决双边争端。^④ 这为不久后海牙和平会议决定成立常设仲裁法院提供了实践经验。

美国主导下起草《联合国宪章》是对普遍国际法的历史性贡献。1941 年 8 月，美国在参战前夕与英国达成的《大西洋宪章》，第一次明确提出战后建立一个“广泛和永久的普遍安全制度”。^⑤ 1943 年 10 月，美国与苏联、英国、中国签署的《莫斯科宣言》第一次明确“根据一切爱好和平国家主权平等的原则，建立一个普遍性的国际组织，所有这些国家无论大小，均得加入为会员国，以维持国际和平与安全”。^⑥ 该宣言确立的“主权平等”基本原则为嗣后起草《联合国宪章》奠定了坚实的国际法依据，“应该是战后将要建立的国际组织之基础”。^⑦ 1943 年 12 月，美国首先提出一份有关未来新的国际组织“计划纲要”（Outline Plan），与英国、苏联讨论后，修改为《一个普遍性国际组织的美国提案建议》（United States Tentative Proposals for a General International Organization），正式送交英国、苏联和中国，征求意见。^⑧ 四国同意以此为基础，在美国华盛顿特区的敦巴顿橡树园开会，以期完成未来国际组织宪章的起草。经过约两个半月的起草，以四国名义向 1945 年 4 月在美国旧金山召开的联合国成立大会提交《一个普遍性国际组织的敦巴顿橡树园建议》，^⑨ 并经大会讨论通过，即《联合国宪章》。

美国对普遍国际法的贡献，尤其是主导起草《联合国宪章》，已经超出了区域影响，因而既非“国际法在美国”，也非“美国国际法”，而是全球性的普遍国际法。正如当年格劳秀斯创立国际法学说及其对《威斯特伐利亚和约》的影响，不限于欧洲一样。

① See Thomas Willing Balch, “The United States and the Expansion of the Law between Nations”, (1915) 64 *University of Pennsylvania Law Review* 1.

② John Norton Moore (ed.), *International Arbitration: Contemporary Issues and Innovations* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. vii.

③ See Award between the United States and the United Kingdom related to the rights of jurisdiction of the United States in the Berling’s sea and the preservation of the fur seals, 15 August 1893, reprinted in *United Nations Reports of International Arbitration Awards*, 2007, Vol. 28, pp. 263–276.

④ See Benjamin Allen Coates, *Legalist Empire: International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century* (Oxford University Press, 2016), p. 30.

⑤ 《大西洋宪章》（1941 年 8 月 14 日），载《国际条约集（1934—1944）》，世界知识出版社 1961 年版，第 337 页。

⑥ 《中苏美英四国关于普遍安全的宣言》（1943 年 10 月 30 日于莫斯科），载《国际条约集（1934—1944）》，世界知识出版社 1961 年版，第 403 页。

⑦ Hans Kelsen, *Peace Through Law* (University of North Carolina Press, 1944), p. 12.

⑧ See Helmut Volger (ed.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations* (Martinus Nijhoff Publishers, 2nd edn, 2010), p. 221.

⑨ “The United Nations Dumbarton Oaks Proposal for a General International Organization (For the Use of the Delegates)”, in *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Volume III (United Nations Information Organizations, 1945), pp. 1–23.

四 余论：中国特色国际法理论研究

通过对大沼保昭教授的“文明间”或“跨文明”的国际法观以及“亚洲国际法”的看法之辨析，可知他虽未特别强调“亚洲国际法”，但有意或无意流露出19世纪末以来日本主导“亚洲国际法”这一优越感。然而，历史证明：日本靠侵略亚洲邻国，将具有殖民的历史局限性的、欧洲中心论的国际法引入亚洲，最后只能落得“身败名裂”的下场。所谓打破“朝贡制”而形成“全球社会的国际法”，实际上是日本通过“脱亚投欧”，将其在亚洲的殖民地和势力范围并入第二次世界大战前整个世界范围，带有强烈殖民烙印的欧洲中心论的国际法体系。战后尤其是随着非殖民化运动，这一体系早已崩溃，日本主导“亚洲国际法”，也一去不复返。在21世纪成立的亚洲国际法学会，意味着亚洲应对当代国际法作出更大贡献，而非重建日本曾主导的“亚洲国际法”。^①

比较而言，美国独立后将先前英国在北美殖民地时期就作为普通法适用的国际法，基于联邦主义而纳入美国宪法体制下的国内法范畴，形成“国际法在美国”的制度体系。两百多年历史的美国对国际法的贡献，尤其是主导制定《联合国宪章》，凸显其历史性贡献。可见，一个地区或国家在已有国际法体系中发展，通过对全球性普遍国际法的积极贡献，更有可能成就具有本地区或本国特色的国际法理论，这种理论既非“推倒重来”，也非“孤芳自赏”。

上述对“亚洲国际法”抑或“国际法在亚洲”的辨析与比较，启示中国特色国际法理论研究，应该立足中国，放眼世界。20世纪初以来中国的国际法学界前辈周鲠生、王铁崖教授等均曾留学西方国家，其国际法理论带有明显的实证学派特点。上文提及周鲠生教授的代表作《国际法》被认为是“现当代中国最经典、最权威、最具代表性的国际法著作”。^②王铁崖教授晚年专著《国际法引论》都属于实证国际法学说。中国与亚洲邻国倡导，并缔约确立的和平共处五项原则，以不同方式载入与中国建交的183个国家而成为具有习惯国际法地位的国际法基本原则，也是实证国际法。如今推动构建人类命运共同体的理念涵盖了《联合国宪章》的基本原则，具有内在的制度化因素^③，不无实证国际法的特点。其实，实证国际法及其学说是20世纪初以来，尤其是第二次世界大战后以《联合国宪章》为基础的国际法体系及其国际法阐释的特点。^④“中国特色”不等于“中国独有”，如同美国宪法及其司法实践将国际法纳入国内法体制，具有美国特色，也不是美国独有的一样。这对于认识中国特色的涵义，尤为重要。

① 根据亚洲国际法学会的介绍，该学会的宗旨是：（1）作为亚洲及其他地区的国际法学者和实务者的活动中心，促进国际法的研究、教学与实践，加强与其他国际学术团体、区域和国家学会及组织的伙伴关系；（2）促进和鼓励国际法的亚洲视角；（3）推动“国际法在亚洲”的普及和得到尊重。See About ASIANSIL, <https://www.asiansil.org/about-us/> (last visited on 25 May 2024).

② 黄进：《高山仰止，景行行止——在纪念周鲠生先生诞辰130周年座谈会上的致辞》，载《武大国际法评论》2019年第2期，第6页。

③ 参见张乃根：《试论人类命运共同体制度化及其国际法原则》，载《中国国际法年刊》（2019），法律出版社2020年版，第3—29页。

④ “国家的同意是国际法的基础。”这是实证国际法的基本观点。参见〔美〕路易斯·亨金：《国际法：政治与价值》，张乃根等译，中国政法大学出版社2005年版，第36页。

中国共产党领导下的社会主义制度，决定了马克思主义对包括中国的国际法实践及其理论在内的制度及其意识形态的指导作用。这是中国特色，但也不是中国独有。^① 对于国际法领域的马克思主义的理论指导，应就马克思主义与国际法的关系开展与时俱进的全面、深入研究。马克思主义产生于西方文化土壤。如今西方国际法学界对马克思主义有关理论的研究成果^②值得我们比较分析，这对于丰富、深化我们的已有研究，不可或缺。近四百多年来国际法与国际社会的经济基础及其上层建筑之间决定与被决定以及反作用的关系，亟待与时俱进地运用马克思主义唯物史观与辩证法作全面、客观和深入的剖析，贡献当代中国国际法学界的智慧。

中国五千多年文明史为国际法研究提供了深厚无比的中国文化底蕴，尤其是约 2500 年前春秋战国时期儒家、法家和道家等阐释的“德治”“法治”和“道法自然”等伦理哲学和法律思想，构成分析当代国际法问题的中国视角。无疑这具有中国特色，但是，这种对人类社会制度安排的伦理、哲学和法律思考，在其他文明的政治形态中也有类似思想。譬如，众所周知的古希腊哲人柏拉图（Plato）、亚里斯多德（Aristotal）的正义论，法治观和自然法理论。这是不同文明的共鸣。通过文明互鉴的中西文化比较，可以从中获取更多的思想精华，充实我们对当代国际法的认识，以期作出更多的中国贡献。

与其他在第二次世界大战后逐步摆脱殖民统治而独立的许多亚洲发展中国家类似，鸦片战争之后的近代中国有过不堪回首的历史经历，因而产生对国际法的共同诉求。这包括主张和平共处五项原则、第三世界的发展中国家团结起来反对殖民主义、帝国主义和一切霸权主义。“第三世界的国际法”（Third World International Law）早已是当代国际法学界具有相当影响力的学派。^③ 中国特色国际法理论不能没有发展中国家应当享有的权益要素。这一特色既可以说是中国的，更应该是广大发展中国家的共性。

总之，如同亚洲应当对当代以《联合国宪章》为基础的普遍国际法作出更大贡献一样，日益走近世界舞台中央的当代中国更应当作出更多贡献，尤其是要“积极参与国际规则制定”。^④ 这是中国特色国际法理论研究的题中之义。应强调，相比欧洲、美洲和非洲，亚洲是具有更丰富的古代文明，并呈现现代社会经济文化多样性的区域；同时，在第二次世界大战以来的当代国际秩序中，亚洲绝大多数国家属于发展中国家，对国际法的亚洲视角研究，可对全球普遍性国际法贡献亚洲智慧。作为亚洲地区的文明古国之一和当代亚洲第一经济大国的中国，同样可从中国视角研究地区性和全球性的国际法问题，已经并将进一步贡献中国特色的国际法实践和理论。对具有中国特色、守正创新的国际法理论的研究，应该一分为二地看待普遍国际法调整平等主权国家间关系的积极性，去除那些欧洲列强带有殖民主义特征的西方文明中心论国际法的消极性，加强研究并携手推进构建人类命运共同体，践行共商共建共享的全球治理观及国际法规则。

① 在当代国际社会中，还有越南等国家的宪法规定以马克思主义为指导思想。

② See China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxism Theory of International Law* (BRILL, 2005); Paul O'Connell and Umut Özsü (eds.), *Research Handbook on Law and Marxism* (Edward Elgar Publishing Limited, 2021).

③ See Sundhya Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and Politics of Universality* (Cambridge University Press, 2011).

④ 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》（二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），载《人民日报》2024年7月22日，第1版。

Asian International Law or International Law in Asia: Analysis and Comparison

Zhang Naigen

Abstract: The expression about “Asian international law” or “international law in Asia” is not only related to the terminology, but also the critical issue in the theories and the practices regarding the regional or universal international law as well as the historical assessment. The foreign research on “intercivilization” or “transcivilization” holds that 1895 treaty between China and Japan was very significant for the birth of international law for the global society without recognizing the inequality of this treaty, meanwhile, it argues that Japan had led to have the Asian international law. In fact, the 1895 treaty was resulted from Japanese aggression in Asian countries to follow the European colonization expanded into Asia. Chinese domestic researches are not enough on the Asia and international law and its universality or regionality. By analysis of the international society with the international law, Asian international law and the international law in Asia, it would be understood that there was no so called Asian international law in history. Japan imitated the European colonization to treat Asian countries and finally fell down after the World War II. In comparison with the United States after independence incorporating the international law into its domestic legal system under the federal constitution, it formed “the international law in America” instead of “American international law”, and contributed to the global general international law by promoting the mechanism of peaceful settlement of international disputes and in particular, taking the leadership to draft the Charter of the United Nations. The United States’ contribution goes beyond the regional or national categories of international law. It is remindful to consider something further about “Asian international law” or “the international law in Asia”, and indicates that the China’s studies of international law shall have the Chinese characteristics with the global viewpoints.

Keywords: Asia, International Law, Intercivilization, Regional, Universality

(责任编辑: 谭观福)