

## 从“天下”到“世界”：晚清战争法的古今之变

冯争争

**内容提要：**中国古代战争法是中国古人天下观的产物。天下观对中国古代战争法形成与发展的意义，在于它规定了人们对于战争定义的思考路径、对于战争中敌我关系的认识，并决定了对战争行为进行规制的特有思路，型塑着中国传统的战争行为模式。因此，中国古代两千多年的战争法亦可被视为“天下”战争法。晚清时期，天下战争法因清廷军事上的失败逐渐走向解体，其直接动因是西方殖民者带来的欧洲战争法。天下战争法与欧洲战争法的冲突，体现在战争观念、战争主体、交战规则和战争约束机制等方面，背后隐藏的则是不同的政治哲学体系、知识—权力架构和世界理想图景。晚清战争法的古今之变，经历了从“天下”到“万国”再到“世界”的历程，其间不仅贯穿着中国的主体性思考和判准，也作为一种参与式建构力量，形塑了现代战争法的全球化形态，为新时代探寻治理战争的中国方案提供了理论资源和实践参照。

**关键词：**天下 万国 世界 战争法

冯争争，国防大学讲师。

作为在战争和武装冲突中调整交战国(方)之间以及交战国(方)与中立国(方)之间关系和交战行为的有拘束力的原则、规则和规章、制度的总称，<sup>[1]</sup>战争法主要包括战争权规则和战时法规则。战争权规则主要解决“谁有权发动战争”，包括战争主体、宣战、休战、结束战争等；战时法规则指向“如何进行战争”，主要用以调整交战方及其与中立方之间在战争手段和战争对象方面的权责，包括不杀害平民、不虐待杀戮俘虏、不使用特定武器以及中立方不得资助交战方等。一般认为，战争法是主权国家特别是现代民族国家出现之后，为规范乃至消弭战争而产生的国际条约体系，其理论基础乃是近代欧洲的理性主义思想。不过，在此之前，国际社会虽然不存在一个以公约为基础的战争法体系，但却存在大量惯例和习惯法形式的战争规则。正如沃尔泽(Michael Walzer)所言：“我想把我们

[1] 参见中国军事百科全书编审委员会编：《中国军事百科全书·军事法》(第二版)，中国大百科全书出版社2014年版，第308页。

据以对战争行为作出判断的,由行为准则、风俗习惯、职业法规、法律原理、宗教和哲学原则、互惠协议组成的相互关联的有机整体称为战争规约(The War Convention)。”<sup>[2]</sup> 本文正是在这一宽泛的意义上使用战争法的概念,即把人类历史上,在不同的文明形态存在过的、具有习惯法性质的战争规则,均称为战争法。

中国古代战争法形成于先秦,主要以“军礼”等习惯法形式存在。《司马法》《荀子》《左传》等文献是记载这些战争规则的主要载体。中国古代战争法的主要内容包括但不限于:取天下者皆以兵、御强卫弱、天下致治的战争目的论,仁者无敌、大刑用甲兵、以治为胜的战争制胜论,礼乐征伐自天子出、无故不兴兵、节力慎战的战争限制论,仁者爱人、秋毫无犯、不违时、不历民病的人道主义论。<sup>[3]</sup> 中国古代战争法是中国古人天下观的产物。从天下的视角来认识和理解战争,是中国古人独特的宇宙观、世界观在战争领域的投射。天下代表了人们所能认识和想象的世界的全部,是高于国家之上的、最大的空间单位和文化单元,<sup>[4]</sup> 其对于中国古代战争法形成的意义,在于它规定了中国古人对于战争定义的思考路径、对于战争中敌我关系的认识,并因此决定了对战争行为进行规制的特有思路,型塑着中国传统的战争行为模式。<sup>[5]</sup> 因此,本文将中国古代战争法称为“天下”战争法。

天下战争法发展和繁盛于春秋,是调整华夏地区战争行为的规范和准则。这一时期,天下战争法获得了包括观念、制度、实践诸方面的完整的形态。战国之后,制度形态的“天下战争法”逐渐式微,但依然作为观念形态、知识体系而长久地影响着中国两千多年的战争实践。及至 1840 年,鸦片战争开启的接连失败,使得晚清政府和士大夫阶层不得不学习、接受近代欧洲战争法。这一学习过程,也伴随着从“中国的天下”到“世界的中国”的认知转变,天下战争法因此受到了根本的冲击。本文以天下一万国—世界为晚清战争法演变的内在逻辑和理据,以战争法的观念流变、主体更迭、行为规则和约束机制为分析框架,考查西法东渐背景下,天下战争法如何在与西方的对抗与共谋中走向崩溃与重建,力图清晰地展示晚清时期战争法的古今之变,为探寻新时代治理战争的中国方案提供可资借鉴的理论资源与实践参照。

## 一 动因:欧洲战争法的形成与扩张

晚清时期,天下战争法因列强入侵和清廷军事上的失败而走向解体,其直接助推力是西方殖民者带来的欧洲战争法。欧洲战争法脱胎于中世纪的十字军东征。为宣扬基督教

[2] [美]沃尔泽著:《正义与非正义战争:通过历史实例的道德论证》,任辉献译,社会科学文献出版社 2015 年版,第 42 页。

[3] 参见[美]丁魁良:《古代中国的国际法》,载王健编《西法东渐:外国人与中国法的近代变革》,译林出版社 2020 年版,第 70-93 页。

[4] 参见梁治平著:《为政:古代中国的致治理念》,生活·读书·新知三联书店 2020 年版,第 10-85 页。

[5] 参见熊梅:《敌友观与中国古代战争法》,《中国军事科学》2020 年第 2 期,第 108-115 页。

教义,宗教统治下的欧洲以“千禧年主义战争观”指引战争实践,<sup>[6]</sup>通过区分此岸与彼岸、正义与邪恶,采用“无限战争”的方式对异教徒进行杀戮,使欧洲长期处于黑暗统治之中。地理大发现之后,启蒙运动、科技革命和军事革命相继在欧洲展开。在此基础上,16-18世纪,欧洲各国通过殖民运动和奴隶贸易快速崛起,建立了为数众多的军事—财政国,<sup>[7]</sup>极大地增强了战争能力和汲取能力。这种类型的国家更加崇尚暴力和殖民,认为军事化(Militarization)等于文明化(Civilization),<sup>[8]</sup>相互之间为争夺教宗权、属地权和继承权不断发动战争。“在野蛮国家与野蛮国家之间,战争总是不断发生,一个国家总是不断侵略和掠夺另一个国家”,<sup>[9]</sup>导致各国财富无法增进,国家间秩序混乱不堪。“社会秩序的完善来自武力与法律的结合,但二者若要结合,法律就必须指引武力。”<sup>[10]</sup>1648年欧洲各国通过《威斯特伐利亚和约》(Peace of Westphalia),勉强建立起大国均势下的欧洲和平,开启了战争法的理性时代。然而,对于外部世界,特别是“新大陆”,则仍然进行无序的战争,也就是霍布斯看到的“所有人对所有人的战争”。<sup>[11]</sup>为避免欧洲国家间冲突,教宗起初通过划分“界线”的方式对全球进行分割,葡萄牙、西班牙等国各自在其范围内进行殖民,一定程度上缓解了欧洲争夺外部世界的战争烈度。

伴随新兴殖民帝国的兴起,世俗统治逐渐取代神明统治,传统宗教文化和伦理道德失去了对战争的约束力,导致欧洲国家间冲突再起,传统欧洲战争法走向重塑。18-19世纪,英国率先完成工业革命并作为海洋帝国强势崛起。然而,其面临的情势却是陆地与海洋已被划分完毕的全球。为满足殖民扩张的野心,英帝国以“新教伦理”和“海盗精神”挑战传统基督教体制和国际秩序,不仅提出陆地必须基于“占取”而非“发现”和“划界”才能获取,还强调海洋是自由的,不适用领土取得的战争规则,由此引发新一轮全球殖民战争,也推动了欧洲战争法的近现代转型。1814-1815年,欧洲确立了维也纳体系,形成了以“协调磋商”为核心的战争约束机制,由此,“形式平等”的战争法得以蓬勃发展。这一时期,根据适用对象的不同,欧洲战争法可以划分为三个等级或类型。

### (一)适用于欧洲各国之间的“程式化”战争法

为争夺土地和财产,欧洲各主权国家特别是大国可以合法地拥有战争发动权;战争类似于武士之间的决斗,开始与结束必须遵循宣战、休战、撤退或投降等程式化法则;战争的目的和手段受到严格限制,各国只能进行有限战争,战争对象只针对敌方军队,不得杀害平民、不得屠戮战俘和毁坏财产;战争失败仅代表失去战利品,不会招致法律上的惩罚,战

[6] 千禧年主义战争观,是指基督教教徒通过在战争中殉道来洗脱原罪,从而进入天堂的一种现世路径,这种战争观建立在基督教教义的末日审判历史观之上,其要义在于鼓励教徒通过战争消灭异己。参见陈刚:《有限战争:18世纪欧洲战争的形态、法律根基及其消亡》,载《政治与法律评论》(第九辑),法律出版社2020年版,第212-233页。

[7] See Christopher Storrs, *The Fiscal-Military State in Eighteenth - Century Europe: Essays in Honour of P. G. M. Dickson*, University of Dundee, 2009.

[8] See Charles Tilly, *Coercion, Capital and European States, AD 990 - 1990*, Wiley - Blackwell, 1992, p. 122.

[9] [英]坎南编著:《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》,陈福生、陈振骅译,商务印书馆2011年版,第238页。

[10] [法]卢梭著:《政治制度论》,崇明等译,华夏出版社2013年版,第250页。

[11] [英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第99页。

后不得进行歧视性制裁。“程式化”战争法是为阻却欧洲大国间冲突设置的理性化、人性化和法律化规则,是基于主权国家建构的非歧视性战争法,一定程度上维持了“大国均衡”下的欧洲和平,体现了人类战争法的文明和进步。如 1815 年拿破仑战败后,法国仅进行赔偿却不会失去其大国地位,也没有招致战争法的审判,就是欧洲各国适用“程式化”战争法的结果。<sup>[12]</sup>

### (二)“文明国”对“未开化”民族和国家的“征服式”战争法

欧洲各国自诩为“文明国”,以战争的方式征服其认为是“未开化”的民族和国家,并进行所谓的“教化”,实质上是通过暴力进行全球殖民以维护其商贸利益。只不过,在能力尚不足以完全征服这些国家时,只能通过战争迫使对方签订“不平等条约”,以加强对当地政府的控制并强行将其纳入不平等的全球市场体系。因此,与这些国家进行战争不必讲求欧洲国家间的“程式化”战争法,可以不宣而战,也可以针对平民。“西方国家征服世界凭的是一手拿武器,一手拿法律(道理)。野蛮的军事实力用国际法的道德和法律权威来证明自己征服世界是一种殖民教化工程,这样的合法性论证反过来又将全球性的杀戮和掠夺变成一种高尚的事业。”<sup>[13]</sup>我们看到,列强在对晚清的历次战争中,不仅充满了战争的诡诈,也伴随着对平民的血腥残害和对财产的肆意破坏。

### (三)“文明国”对“野蛮人”的“毁灭式”战争法

对于美洲印第安人等所谓的“野蛮人”,欧洲强加的战争法更加野蛮,不仅不讲求“有限”战争目的和“程式化”战争法则,而且对所谓的“野蛮人”进行种族屠杀并占取其土地。“从这条线开始,迄今的欧洲国际法所推动的战争禁令也失效了,为占取而行的征战肆无忌惮……,这里不存在战争的法律限制,所行的只有弱肉强食的丛林法则。”<sup>[14]</sup>这一类型的战争法,完全回到了野蛮的“无法”状态,从根本上颠覆了人类社会已形成的“文明”与“野蛮”的判准,进行的则是不区分军人与平民和不顾及后果的无限战争。如西方列强经常使用的“海岸封锁”战争手段,虽然源起于海洋帝国遏制大陆国家的地缘政治封锁战略,却被变本加厉地运用于对美洲、非洲等“无主土地”的征服,直接将战争灾难引向所谓“野蛮人”的全体。

“文明”“未开化”“野蛮”的种族区隔和“程式化”“征服式”“毁灭式”的战争法类型划分,源于欧洲中心主义下的文明等级标准,背后隐藏的则是自由主义政治哲学。“如果一个民族缺乏在战争状态中以死相博的自由精神或亮剑勇气,怎么能赢得对手的尊敬并以平等的主人身份立足于这个世界呢?”<sup>[15]</sup>在霍布斯、卢梭、孟德斯鸠等人的著述中,对以“力”为根基的战争法等级区隔均有明确的阐释,其实质为一种基于社会达尔文主义的“弱肉强食”式世界图景,“只有在斗争中彼此获得承认的主权者才能构成平等的国际法

[12] 参见[英]艾瑞克·霍布斯鲍姆著:《革命的年代:1789-1848》,王章辉等译,中信出版社2017年版,第117页。

[13] Lydia H. Liu, *The Clash of Empire: The Invention of China in Modern World Making*, Harvard University Press, 2004, p. 120.

[14] [德]卡尔·施米特著:《大地的法》,刘毅等译,上海人民出版社2017年版,第63-64页。

[15] 参见强世功:《地理、自由精神与欧亚大分流》,《读书》2020年第3期,第10-11页。

主体,进入到国际社会俱乐部”。<sup>[16]</sup> “兵乎兵乎,人身之衣也,营垒之壁也,文明之标志也,土地文明之运取器也”。<sup>[17]</sup> “文明国”的判准是通过科技、金融、商贸积聚起来的赤裸裸的战争暴力,并且“对战争的法律评价会根据战争的结果做出,换言之,战争被承认为改变土地占有权的合法手段”。<sup>[18]</sup> 因此,所谓欧洲战争法,不仅处于渐进发展、变动不羁的状态,更是严格区分对象和等级的,其精神实质是根植于人性中“动物性”之上的枪炮殖民主义和商业资本主义,只不过单纯的暴力只能“征服”而无法“支配”,才有了战争法的建构,目的是为暴力殖民披上正当性合法性外衣。而掌握战争正当性合法性建构的知识—权力架构,则成为欧洲各国建立帝国和霸权的基础。当然,战争的目标——财富——由基于“土地”转向基于“商贸”和“金融”,以及战争合法性由宗教的伦理道德转向主权国家的政治法律,<sup>[19]</sup>也是近现代欧洲战争法转型的重要因素。

欧洲战争法伴随殖民运动而扩张至全球,并深刻地改变着自身形态。19世纪中叶,晚清遭遇的欧洲战争法是英国欲凭借强大的军事实力打造“日不落帝国”的战争法,是欧洲列强打造“中心—边缘”世界殖民体系的战争法。通过东西方战争能力对比,可以看出,这一时期西方对清廷所施加的战争法,必然是针对“未开化”国家和民族的“征服式”战争法(见表1)。<sup>[20]</sup> 只不过,中国民众的奋起抗争以及由此带来的战争能力变化,让殖民者不得不调整其策略,有时也部分地适用“程式化”战争法进行诡辩。因此,晚清面临的战争法冲击,实质上是“程式化”与“征服式”战争法的一种中间状态。“虽然,公法一书久共遵守,乃仍有不可尽守者。盖国之强弱相等,则籍公法相维持;若太强太弱,公法未必能行也。”<sup>[21]</sup> 由此,晚清中国开展的一系列反侵略战争并非毫无意义,而是防止“亡国灭种”的必然抗争,也是战争法走向全球化和现代化的一种参与式建构力量。

表1 公元1000年以来东西方战争能力对比<sup>[22]</sup>

时间	西方	东方
1000	0.06	0.08
1100	0.07	0.09
1200	0.08	0.09
1300	0.09	0.11
1400	0.11	0.12

[16] 强世功:《哲学与历史——从党的十九大报告解读“习近平时代”》,《开放时代》2018年第1期,第24页。

[17] 康有为:《物质救国论》,载姜义华、张荣华编校《康有为全集》(第八集),中国人民大学出版社2007年版,第74页。

[18] [德]卡尔·施米特著:《大地的法》,刘毅等译,上海人民出版社2017年版,第71页。

[19] 关于“资本主义与战争的法理学”的详尽论述,参见强世功著:《立法者的法理学》,生活·读书·新知三联书店2007年版,第337-343页。

[20] 欧洲对中国文明的认知和判断经历了“文明→半文明(衰败文明)→半野蛮→野蛮”的复杂过程,但总体上将清王朝视为“未开化”和“半文明”的观念占据主流。参见[美]络德睦:《中国在近代国际法话语中的形象及其变迁》,汤霞译,载《政治与法律评论》(第10辑),当代世界出版社2020年版,第20-66页。

[21] 郑观应著:《盛世危言·公法》,华夏出版社2002年版,第60页。

[22] See Ian Morris, *The Measure of Civilization: How Social Development Decides the Fate of Nations*, Princeton University Press, 2013, pp. 180-181.

(续表 1)

时间	西方	东方
1500	0.13	0.10
1600	0.18	0.12
1700	0.35	0.15
1800	0.50	0.12
1900	5.00	1.00
2000	250.00	12.50

## 二 挫败：从“王者无外”到“以夷制夷”

鸦片战争之前,天下战争法被清廷承继而得以延展。清廷进行战争是以“天下致治”为追求的,战争是清廷作为“天朝上国”征伐不义邦国和族群的正当性“刑罚”手段,而约束战争的则是“天下共主—藩属国—化外各邦”的礼法等级体制。因此,战争法集中体现在“大刑用甲兵”所标识的法律观念和法治实践之中。也就是说,破坏天下秩序是进行战争的合法理由,而战争作为“刑罚”手段,只针对违反仁义道德的行径,对无辜平民的人身和财产则必须加以保护。<sup>[23]</sup> 因此,与欧洲战争法相较,天下战争法代表的是性质完全不同的政治哲学体系、知识—权力架构和世界理想图景:天下战争法虽然也讲文明等级,探求的却不是“征服”和“利益”,而是“天下致治”的和谐世界理想图景;在清廷的知识体系中,中国代表着天下,而清廷居于中心,是道德和正义的化身,占据道德制高点的同时也就掌握了合法的“以征不德”的战争权力;而战争建立在“共同体主义”的政治哲学之上,不存在平等的“敌国”,只有“化外蛮夷之邦”的“差序格局”,清廷担负的则是实现“大一统”的昭昭天命。当然,欧洲战争法也同样有中心意识和普遍主义观念。“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。”<sup>[24]</sup> 只不过,此时欧洲战争法与天下战争法已然形成了对峙,而儒家文明对野蛮武力的驯化,在西方人看来恰恰是对“自由”精神或“主人”精神的扼杀。<sup>[25]</sup> 因此,两种均以自我为中心的战争法遭遇时,必然发生激烈的碰撞和较量。

[23] 战争所具有的刑罚性质,使其获得了为维护天下秩序而存在的法理依据。晚清战争实践中,天下战争法特别是“大刑用甲兵”有着大量体现。参见台湾三军大学编著:《中国历代战争史》(第17册),中信出版社2013年版,第48-327页。

[24] [德]卡尔·施米特著:《大地的法》,刘毅等译,上海人民出版社2017年版,第16页。

[25] 参见强世功:《没有帝国的帝国史》,载[英]约翰·达尔文著《帖木儿之后:1405年以来的全球帝国史》,黄中宪译,中信出版社2021年版,“推荐序”。

### (一) 战争法观念：德性天下与理性世界

天下战争法背后的观念极为复杂,其证成的逻辑理路在于“修齐治平”展示的超越地域和种族的共同体想象。共同体的性质是政治的还是文明的,或可争论,但整体性普遍性却不容质疑。处于整体性普遍性政治/文明中心的“天朝上国”,必须承担“一天下”的职责,才能连接个体和家族并为其提供存在价值和意义上的终极关怀。战争的根本目的包括“治国”(主要指农耕区),但更重要的是包括“平天下”(非农耕区或半农耕区),<sup>[26]</sup>因此,天下战争法表征的是一种驯服“蛮力”的共同体德性,战争仅被视为整合共同体的工具和手段。反观欧洲战争法,在摆脱了宗教神学束缚后,科学主义大行其道,如同个体拥有的自然权利一样,政治共同体(主权国家)也拥有进行战争的自然权利,可以为任何目的开战,战争不是基于德性而是基于理性,是分配财富、解决纷争的一种正当方式,只有在“不可欲”的境况下,战争“欲望”才会因“恐惧”而达致边界,进而寻求约束战争的和平机制。因此,欧洲战争法的本质是理性世界中基于科学主义的形式化战争法。

早在鸦片战争之前,中西战争法就有了碎片化的交流。1648年,意大利神父马提尼(Martin Martini)将西班牙法学家苏阿瑞兹(Franciso Suárez)有关国际法的著作译成中文,开启了国人初识欧洲战争法的序章。1662年,荷兰殖民者与郑成功签订投降条约,可谓近代早期双方通过战争实践的互识。1689年,中俄战后签订《尼布楚条约》划分边界,坚持天下观的清廷以天朝上国自居,认为“平等”有辱国体,因而条约的中方文本中,皇帝排在俄国大公之前,而俄国文本则正好相反。<sup>[27]</sup>实际上,《尼布楚条约》是近代中国基于平等主权签订的和平条约之一。1834年,英国派律劳卑(William John Napier)为驻华商务第一监督,由于其以西方盛行的平等主权国家之间的“平行款式”递交文件而让两广总督卢坤震怒,认为这是对天朝的“蔑视”。在此之后,清廷也不承认律劳卑的地位,仍将其视为东印度公司的大班看待。

1838年,义律(Charles Elliot)投递来华任职文书,因封面无“禀”字样,被两广总督邓廷桢“原封掷还”。<sup>[28]</sup>水师提督关天培对此也持相同态度。当英国驻印度司令马他仑(Frederick Maitland)借此向清王朝展示武力而要求“面叙”时,直接被关天培以“天朝禁令,向不准兵船总领入口”予以回绝。同时,义律作为商务监督动辄以“水师船只随时来粤”相威胁,显示出欧洲通过战争解决国家间纠纷的法则,并引发了双方的正面交锋。1839年7月,林则徐在广州禁烟期间,为准备对英战争,专程邀请美国人伯驾(Peter Parker)翻译瑞士法学家瓦泰尔(Emmerich de Vattel)的著作《万国法》(Law of Nations, Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns)中的若干片段,其内容涉及战争、敌对措施和战时封锁、禁运等,<sup>[29]</sup>为国人了解欧洲战争规则,沟通德性天下与理性世界提供了起点,林则徐、魏源等人也成为国人了解西方战争法的先驱。

[26] 参见苏力著:《大国宪制:历史中国的制度构成》,北京大学出版社2018年版,第190页。

[27] 参见林学忠著:《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2019年版,第42-44页。

[28] 参见茅海建著:《天朝的崩溃:鸦片战争再研究》(修订版),生活·读书·新知三联书店2017年版,第8-9页。

[29] 参见魏源撰:《海国图志》(卷83),岳麓书社2010年版,第1991-1992页。

## (二) 战争主体: 专制皇权与立宪君主

鸦片战争前夕,英国是君主立宪政体,而“闭关锁国”的清廷则延续着传统的帝国形态。实际上,欧洲多数国家当时也处于帝制时期,只是在 1848 年欧洲革命之后才转向了君主立宪或民主共和的现代国家政体。不同政体的国家,战争发动主体及宣战、休战和结束战争的规则是不同的。晚清中国,“礼乐征伐自天子出”,皇帝绝对地拥有战争发动权,战争如同刑罚,是德治的附属品,是专属于皇帝的法权,文武官员只能严格地按照皇帝的命令行事。而君主立宪政体下的英国,战争发动权在内阁,英国女王仅为象征性代表发布命令,而议会则在财政和军队规模等方面制衡内阁的战争权。中英两国战争发动权的差异,反映出天下战争法试图通过君主的道德品性和开战正义来限制战争,而欧洲战争法则通过分权制衡和正当程序的设计对战争进行规制。同时,清廷战争发动主体的内在“封闭性”,也在一定程度上限制了士大夫阶层的战争视界。

鸦片战争期间,林则徐根据译文和情报,认为沿海发生的冲突是清廷与未获英王命令而私邀来华的英舰及走私商船交战,而不是与英国进行战争,并于 1840 年 1 月向英国女王发出《致英国国王檄》,从道义上谴责鸦片贸易的“邪恶性”,希望英国女王加以制止,而文字中所表露的则完全是天朝上国的心态:“洪惟我大皇帝抚绥中外,一视同仁,利则与天下共之,害则为天下去之,盖以天地之心为心也。”<sup>[30]</sup>事实上,1839 年 10 - 11 月,致力于打造“日不落帝国”的英国政府已然作出侵华决定并开始调集军队,这甚至早于 1840 年 4 月英国议会以 271 票对 262 票通过对华战争相关议案半年之久。

此外,作为现代民族国家,英国进行战争是以专业主义为指导的,实行政令、军令和后勤的职业分工。而清廷的“皇帝—军机处—督抚”战争运行机制中,各种军事权力是相互交织的,是为了皇帝有效控制军队而以牺牲战斗力为代价的权术。因此,以林则徐为代表的士大夫阶层,不仅不清楚英国对华战争的性质与目的,也不了解英国对外战争的运作方式;同时,从英国投递的《巴麦尊致中国宰相书》,<sup>[31]</sup>可以看出,英国对中国的战争运行机制也不甚清晰,清政府并没有设置宰相,而军机处也仅仅是帮助皇帝处置战争等事项的辅助机构。战争主体和战争权力配置的不同,必然导致双方对彼此的战争方式、行为和手段的认知存在重重阻碍。

## (三) 交战规则: 目的正义与手段正义

天下战争法的交战规则,源于厚仁、重德、崇义的军事伦理,重实体而轻程序,一般以道德习惯为形式,注重的是战争的“目的正义”。“中华王朝不能随意对周边的民族集团随意进行军事侵略,即使诉诸军事行动,也只限于受到侵略之时。其目的也只在于恢复‘天下’秩序,而不在于占领领土或进行经济掠夺。”<sup>[32]</sup>而欧洲战争法的交战规则,强调的是为获取利益和占取资源而进行战争的“正当程序”,以及为避免灾难性后果对武器使用进行的限制,注重建立在形式平等和成文条约之上的“手段正义”。战争中,中英双方充满了对彼此交战规则的误解。

[30] 参见中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》(第一册),上海人民出版社 1987 年版,第 643 - 646 页。

[31] 参见[美]马士著:《中华帝国对外关系史》(第一卷),张汇文等译,上海书店出版社 2006 年版,第 697 - 709 页。

[32] [日]王柯著:《从“天下”国家到民族国家:历史中国的认知与实践》,上海人民出版社 2020 年版,第 321 页。

1840年6月,英国率先对中国沿海实行了海洋帝国常用的“封锁海岸”战法,希望借此使清廷屈服。同时,道光皇帝思考的战策也同样是“封海”,目的却在于切断英军的接济——不战而屈人之兵。可见,不仅英国对中国自给自足的自然经济产生的战争方式不甚了解,中国对西方“封锁海岸”的近现代战争样式也没有什么观念。1840年7-8月间,中英在乍浦、厦门、崇明发生军事冲突。然而,双方对此的判断却大相径庭。林则徐基于“知彼万不敢以侵袭他国之术窥伺中华”的观念,以为是英国商人“私约夷埠一二兵船”,英国军队“未奉该国主调遣”,不是开战,也不是中英之间的战争;<sup>[33]</sup>而英军则按照外相巴麦尊(Henry John Temple Palmerston)的训令“在珠江建立封锁”“占领舟山群岛并封锁该岛对面的河口;以及扬子江口,和黄河口”等要求实施作战,<sup>[34]</sup>并多次进行不宣而战的炮击,以为清政府很快就会投降。其间,英军实施投书行动(即投递《巴麦尊致中国宰相书》副本)一再受挫,并将其归结为清军不了解交战规则之中“休战白旗”的意义。实际上,“天朝”的对外体制中,“人臣无外交”,其文书上包含的“亵渎圣明”字样,一旦被清廷官员收受呈交,则该官员必然受到“大不敬”之罪的论处。

甚至,在第二次鸦片战争中,咸丰认为《天津条约》有损国威,声言要“亲统六师,直达通州,以伸天讨,而张挞伐”,<sup>[35]</sup>并且在“天罚”的正义战争观念下,下令捕拿外国交涉代表,杀死39人中的20人,以彰显其战争决心,从而引发了双方的激烈冲突。英法联军认为清国皇帝违反休战协定,属违反战争手段正义的“野蛮”国家行径,并以火烧圆明园作为报复。实际上,清廷战争实施者的身份是“臣民军队”,而英国的则是具有个体权利和民族观念的“公民军队”,因此,杀戮敌方战争谈判代表,之于皇帝而言意味着行使生杀予夺的无上皇权,而欧洲战争法基于平等观念则视之为纯粹的野蛮行径。

#### (四)约束机制:道德义务与法律责任

中英双方对于战争约束机制的理解也大相径庭。第一次鸦片战争后,英方要求以“和约”的形式结束战争,以避免将来的纷争,试图通过将双方的权利义务写入法律(条约),以明晰各自的权责。战败后的清政府被迫于1842年和1843年分别签署了《南京条约》和《虎门条约》,只不过这两个条约被清廷视为“城下之盟”,是违“礼”的和非“法”的,不具有道德上的约束义务,更谈不上维持和平。

签订《南京条约》时,英方提出,英军退出长江,但仍占据舟山与鼓浪屿,直到中方遵约将赔款“全数交清”和开放五口,方肯退兵,将其获得的利益视为“战利品”;而清廷则认为天朝的“恩赐”才是结束战争的基础。1843年11月,中法签订《黄埔条约》期间,法国外交部长密令法国使节拉萼尼(Théodore de Lagrené)在邻近中国的地方寻找一处港口,作为法国海军在中国海域活动的基地。谈判中,拉萼尼提出,“如果中国愿意提供一处地方(虎门)供法国驻兵,则利于法国在必要时给予中国军事援助”。<sup>[36]</sup>对于这一欺骗行径,

[33] 参见茅海建著:《天朝的崩溃:鸦片战争再研究》(修订版),生活·读书·新知三联书店2017年版,第114-115页。

[34] 参见[美]马士著:《中华帝国对外关系史》(第一卷),张汇文等译,上海书店出版社2006年版,第709页。

[35] 参见蒋廷黻著:《中国近代史》,江苏人民出版社2017年版,第53页。

[36] 参见张建华:《中法〈黄埔条约〉交涉——以拉萼尼与耆英之间的来往照会函件为中心》,《历史研究》2001年第2期,第83-95页。

清廷则根本未予理会,因为“援助”对于清廷的礼法等级观念和体制无异于莫大的羞辱。

第二次鸦片战争中,因无法抵挡英法联军的进攻,清廷被迫于 1858 年接受了《天津条约》。然而,在条约签订过程中,清廷却欲反悔,还出其不意地向英、法兵舰开炮。然而,当 1859 - 1860 年清廷与太平天国的战争情势紧急时,其反倒愿意承认《天津条约》。<sup>[37]</sup>可见,条约对于清廷的拘束力仅限于“缓兵之计”的战争策略,不可能带来约束战争的效果。况且,第二次鸦片战争期间及之后的一段时期,沙俄以武力相威胁,通过签订条约的方式,非法侵占中国 144 万平方公里土地,更加让所谓的和平条约显得苍白无力,也丧失了其约束战争的意义。

因强迫而缔结的条约是否有效,在当时颇具争议。列强认为,既然承认战争是国家的合法权利,如果否认因强迫而缔结的条约效力,则和约无法成立,战争不能及早结束,只能以更加残酷的方式进行到底。清廷基于朝贡体系下以“羁縻”和“怀柔”等方式实现和平的习惯,认为符合仁义道德的约定才有效力,被迫签约是“霸道”而非“王道”,不能约束将来的战争。可见,二者对条约的认知并不在同一套知识体系之内。

#### (五) 小结

面对战争失败的残酷现实,天下战争法体系开始出现松动。这一时期的战争文献中,虽然体现天下观念的“夷”仍然占据主导地位,却急剧走向萎缩。在《道光朝战策》(1835 - 1850)和《咸丰朝战策》(1851 - 1861)所刊载的 139 篇战策中,<sup>[38]</sup>涉及外国的称谓,使用与“夷”相关的语词远远超过“英国”“各国”等词汇,如“夷禁”“夷人”“夷器”“英吉利夷”等。然而,到了 1860 年,“夷”的使用次数急骤减少,“各国”一词不仅为传教士使用,也成为士大夫阶层对外国的称呼。<sup>[39]</sup>战争失利让清廷认识到了西方船坚炮利,因此,各种“剿夷”方案经由士大夫阶层改造,走向了学习西方器物的“以夷制夷”战争策略。也正是急迫情势下对“夷技”“夷法”的学习,推动了天下战争法走向其变体——“万国公法”。

### 三 变体:万国公法的中国化改造与运用

1860 - 1895 年间,清廷通过学习和运用万国公法以应对接连不断的战争。只不过,这里的“万国公法”,并非纯粹意义上的西方战争法,<sup>[40]</sup>而是清廷和士大夫阶层因循经世

[37] 参见蒋廷黻著:《中国近代史》,江苏人民出版社 2017 年版,第 50 - 55 页。

[38] 参见张晓生著:《中国近代战策辑要——道光朝战策》,解放军出版社 2018 年版,以及张晓生著:《中国近代战策辑要——咸丰朝战策》,解放军出版社 2018 年版。

[39] 参见金观涛、刘青峰著:《观念史研究:中国现代重要政治术语的形成》,法律出版社 2010 年版,第 227 页。也有学者认为,清廷官方法律文件中“夷”字出现次数的减少,是因为 1858 年中英签署的《天津条约》第 51 条规定了“嗣后各式公文,无论京外,内叙大英国官民,自不得提书夷字”。参见刘禾著:《帝国的话语政治:从近代中西冲突看现代世界秩序的形成》(修订译本),杨立华等译,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 39 - 44 页。

[40] 这一时期,由于受到美国“门罗主义”等观念影响,以及美国对国际战争包括中国战争事务的介入,欧洲战争法在全球化进程中掺入了更多美国因素,因而“欧洲战争法”逐渐被更多地称为“西方战争法”。较之于欧洲战争法,西方战争法的内涵更加丰富,覆盖范围更加广泛,但二者的精神实质是一脉相承的。关于“门罗主义”及其对战争法的影响,参见章永乐著:《此疆尔界:“门罗主义”与近代空间政治》,生活·读书·新知三联书店 2021 年版。

致用之道对其予以中国化改造后的变体,战争实践中,天下战争法则仍然占据主导。面对三千年未有之大变局,清廷和士大夫阶层不得不接受主权、平等、形式理性等西方战争法观念,天下战争法的等级、中心、唯一真理性作为“地方性知识”逐渐被弃置。然而,天下战争法中的“仁、义、礼”所代表的公平、正义、和平等思想,则几乎完全被融入了万国公法之中。因此,学习和运用万国公法,虽然一定程度上侵蚀和瓦解着天下战争法的观念形态和知识体系,却并未摆脱传统的窠臼。同时,湘军、淮军等军事集团的兴起,改变了专制皇权的战争权力配置,成为这一时期天下战争法转型的内在结构性因素。

### (一) 战争主体的变革

第二次鸦片战争后,清廷意识到西方的练兵之法远胜于己,并逐渐窥探到西方列强不愿某一国家独占中国而愿意将制造武器和训练军队的方法传授自己,而且在签订《北京条约》后,英法两国依约从北京撤退了军队,这让清廷看到通过学习“夷技”和“夷法”以增强实力的希望。“夫欲制胜于人者,必尽知其法,而后能变通,变通而后能克敌”,<sup>[41]</sup>清廷由此开启了以学习洋务为目标的自强运动。1861年,清政府成立总理衙门,原意是总理与外国事务的衙门,实际上也负责处理战争、议和等事项,成为政治、军事、外交无所不管的机构。从战争法的角度看,这一变革虽然仅仅着眼战争事项的集权,且并未触动皇帝对战争权的控制,但专门处置战争与议和事项机构的出现,反映出在西方战争法的冲击下,晚清政府变革战争主体的组织体制以适应近现代主权国家间战争形态的趋势。更为重要的是,这一时期,湘军、淮军等“私属军队”的崛起,实际上侵蚀了战争主体——专制皇权的权力结构。自此,清廷的军事权威逐渐下移,发动战争的权力受到地方“私属军队”方方面面的掣肘。在“中体西用”策略之下,战争主体组织体制变革和“私属军队”崛起,对天下战争法的权威性和稳定性造成了极大冲击。

### (二) 战争法观念的去中心化

1863—1865年,在总理衙门主持下,赫德(Robert Hart)和丁韪良(William Alexander Parsons Martin)先后翻译了惠顿(Henry Wheaton)的《万国公法》(Elements of International Law: With a Sketch of the History of the Science)。丁韪良认为,清政府在鸦片战争中对西方战争法十分无知,如,不知全权代表为何物、破坏休战、囚禁英国全权代表等,<sup>[42]</sup>希望通过翻译弥合中西战争法的鸿沟,借以教导清政府遵守战争规则——“最好的治疗是教之以荆棘”。<sup>[43]</sup>其中,《万国公法》第四卷“论交战条规”,包括“战始”“敌国交战之权”“战时局外之权”(战时中立)以及“和约章程”等战争法内容,为士大夫阶层了解西方基于主权、平等和形式理性建构的战争法提供了依凭,这对中国、日本、朝鲜、越南等东亚国家提升对西方战争法的认知有着广泛而深远的影响。<sup>[44]</sup>清廷组织翻译《万国公法》,并非将其视为“天下”的替代物,而是将其作为战争交涉的工具,实现“中体西用”的战略目标。为

[41] 夏东元编:《郑观应集》(上),上海人民出版社1982年版,第109页。

[42] 参见林学忠著:《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2019年版,第50页。

[43] W. A. P. Martin, Interesting from China, *New York Times*, 8 January 1864, at A4.

[44] See John Peter Stern, *The Japanese Interpretation of the "Law of Nations", 1854 - 1874*, Princeton University Press, 1979.

此,清廷还专门将《万国公法》分发各省、州、县,要求“使军民等人尽知之,不为无补于事。”<sup>[45]</sup>然而,这种做法客观上助推了西方战争法在中国的传播。1883年,丁韪良等人将法文版《陆战法规手册》(Les Lois de la Guerre sur Terre)译为《陆地战例新选》出版,为清廷学习和运用西方战争法处理战争问题提供了依据。1884年,丁韪良的《中国古世公法论略》(International Law in Ancient China)一文,以西方的视角论述了中国古代战争法,开启了中西战争法比较研究的先河。这一时期,《国际法评论》(Commentaries upon International Law)等包含战争法内容的国际法著作越来越多地传入中国。正是在翻译和学习的过程中,“主权”“万国”“国际”等思想逐渐被人们接受,而清廷作为政治/文明“中心”的观念形态和知识体系则受到了根本性冲击。

### (三) 交战规则的去等级化

在组织翻译和学习的同时,清廷也将万国公法运用于实践。1864年4月,普鲁士公使李福斯(Guido von Rehfues)来华进驻时,在天津大沽口突然命令其所乘兵舰拿捕了三艘丹麦商船作为捕获品(其时,普鲁士正与丹麦交战)。此事引起总理衙门的抗议,认为其侵犯了中国的主权和平等权利。当李福斯辩称“扣留该船,系属按照欧罗巴所定军法(战时国际法),其扣留处所相去海岸远近,亦属万国律例准拏敌船之处”时,总理衙门一方面强调“至欧罗巴所定军法,则不能强中国以必知”,另一方面借助国家一律平等原则据理力争:“外国无论与何国有隙,在中国洋面扣船,即属轻视中国。所以本王大臣等不能不向贵大臣理论者,非为丹国任其责,实为中国保其权。”<sup>[46]</sup>在清廷的压力下,李福斯承认错误,释放了丹麦商船并进行赔偿,事件才宣告解决。事实上,早在1856年,克里米亚战争(1853-1856)结束后,英、法、俄、普鲁士等国就签订了《巴黎海战宣言》(Paris Declaration on Naval War),明确约定了战时海上捕获和封锁问题。<sup>[47]</sup>然而,清廷并未注意到此规定,即使知晓,也不大可能援引,因其担心一旦承认西方战争条约,中国就会被动地成为适用对象,会被人束缚手脚。可见,此时的清廷并未全盘接受西方战争法的理念和精神,而是隐晦地视其为平等国家之间战争交涉的策略和手段,但天下战争法去等级化趋势已然十分明显。

1873-1885年,中法因越南问题进行战争交涉是清廷公开援引万国公法的开端,也进一步推动了战争法去等级化。1884年7月,法国出兵越南,对福州港进行封锁,总理衙门随即用万国公法与之抗衡。在《总署致各国公使请将法人违约之处转报各本国照会》的官方文书中,清廷提出:“以上法国所行各节,不惟按之万国公法实有不合,且于各国均为失信。惟我中国办事均系十分履约,一本万国公法而行。”<sup>[48]</sup>实际上,中法战争前后,清廷及其重要官员几乎都援引万国公法争夺战争话语权(见表2)。

[45] 参见祁兆熙:《游美洲日记》,载钟书河等标点《西学东渐记 游美洲日记 随使法国记 苏格兰游学指南》,岳麓书社1985年版,第265页。

[46] 参见林学忠著:《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2019年版,第253-256页。

[47] 《巴黎海战宣言》主要内容有:永远废除私掠船制度;对于装载于悬挂中立国旗帜船舶的敌国货物,除战时违禁品外,不得拿捕;对于装载于悬挂敌国旗帜船舶的中立国货物,除战时违禁品外,不得拿捕;封锁须具实效,即须由足以真正阻止船只靠近敌国海岸的兵力实施,否则封锁不能成立。参见邢广梅:《国际海上武装冲突法形成的标志——1856年〈巴黎海战宣言〉》,《军事历史》2007年第1期,第39-42页。

[48] 参见王彦威纂辑:《清季外交史料》(卷44),书目文献出版社1987年版,第799页。

表2 清廷及其重要官员援引万国公法情况<sup>[49]</sup>

名称	内容
清廷	不特情理所必无,亦与公法显背。(第一次出现“公法”一词的上谕)
总理衙门	法人吞越,显背公法,专尚诈谋。朝廷不得已而用兵,非徒保护属邦,实以遏绝外侮。
两江总督刘坤一	忽以捕盗为词,狡焉思启,其如万国公法何?
浙江道监察御史丁振铎	弃信蔑义,反复自由,实乃无耻之尤!抑何公法之与有?
云贵总督刘长佑	即以西人所立万国公法而论,亦罪有必问。举众国之公法以破其诈。
钦差大臣左宗棠	照万国公法,闭关绝约,撤回彼此公使、领事,照会有约各国,告以誓与决战。
翰林院侍讲周德润	始则援万国公法不灭人国之义折之。
山西巡抚张之洞	诘问法国公使、兵官,责以公法,示以战意,为之居间调处。
河南道监察御史刘恩溥	则是法人违悖公法,弃好寻衅,并非兵端自我而开,则师直为壮……
兵部尚书彭玉麟	告以各国通商有年,彼此利益,各守条约,无诈无虞,此万国公法所从出也;“采公法而可战”。
云南巡抚唐炯	伏愿明发谕旨,将法人胁迫藩封,显违公法,败盟毁约之罪,布告中外,大申天讨。
广西巡抚倪文蔚	其名仇越南,而实欺中国,揆之万国公法,亦所不容。种种欺侮,悉出地球公法之外。

在中法战争中,无论是宣战、拿捕,还是中立、保护侨民,清廷均明显体现出平等适用万国公法的意图。以战时侨民保护为例,中法战争中,清政府不仅向法国商人和官员颁发居留许可证并禁止虐待法国人,同时,对要求离境的法国人还护送其出境。反观法国,基于种族主义和文明等级,认为亚洲国家没有白人必须尊重的那些权利,拒不承认清政府在战争方面的权利,这也对清廷完全接受和运用万国公法造成了极大困扰。

#### (四) 条约体系的“迷雾”状态

这一时期,战争约束机制逐渐走向了条约体系。第二次鸦片战争后,清廷通过1861年与普鲁士、1862年与葡萄牙、1863年与丹麦及荷兰、1864年与西班牙、1865年与比利时、1866年与意大利、1869年与奥地利,以及此前与英、法、美、俄等国签订的条约,初步建立了与西方国家之间的“条约体系”。尽管,这些条约称为“通商条约”“通商章程”或“贸易条约”,主要用于中外通商、互派公使等,但客观上对约束战争发挥了一定作用。甚至,在1858年《中美天津条约》和1871年《中日修好条规》中,还明确规定了“若他国有不公轻藐之事,一经照知,必须相助”“若他国偶有不公及轻藐之事、一经照知,必须彼此相助”等互助条款。<sup>[50]</sup>当然,清廷几乎都是在被迫的情形下签约的,“但它毕竟没有像在第

[49] 参见田涛著:《国际法输入与晚清中国》,济南出版社2001年版,第296-300页。

[50] 王铁崖编:《中外旧约章汇编》(第一册),生活·读书·新知三联书店1982年版,第90、317页。

一次鸦片战争后那样还能拒绝某些西方国家的缔约要求,可以视作是在西方国家的压力之下被动地接受了以条约作为国家之间交往的法律形式。”<sup>[51]</sup>然而,战争实践的“事实”与条约规定的“价值”之间的区隔,让清廷及其官员始终对万国公法处于“可持”与“不可持”<sup>[52]</sup>——也就是万国公法对战争能否发挥作用的“迷雾状态”。19 世纪中后期,西方战争法形态由自然法急遽走向实证法,战争法越来越多地成为国家间军事实力消涨的直接反映和表达,因此,条约对战争的约束作用与各国军事实力的变化紧密关联。

#### (五) 小结

“英国的大炮破坏了皇帝的权威,迫使天朝帝国与地上的世界接触。与外界完全隔绝曾是保存旧中国的首要条件,而当这种隔绝状态通过英国而为暴力所打破的时候,接踵而来的必然是解体的过程,正如小心保存在密闭棺材里的木乃伊一接触新鲜空气便必然要解体一样。”<sup>[53]</sup>这一时期,清廷对西方战争法有了进一步认知,也逐渐从实践中了解了西方战争法。只不过,天下战争法观念根深蒂固,不会在短期内隐退,所以,“万国”必然受制于“天下”,而“天下”也不得不依附于“万国”,万国公法的实质是天下战争法在与西方战争法的碰撞中一同融入世界战争法的过渡状态。只不过,对于“超大型政治实体”而言,其转型并不如日本等小型政治实体“脱亚入欧”那般决绝,而是受制于多重复杂交互的历史传统与社会现实。同时,也应当看到,如果把清廷与列强签订的一系列条约归入“战争法”或者“国际法”范畴的话,那么,无论是基于天下形成的“前见”,还是对“不平等”条约的抗争,都使得中国的判准在世界战争法中有所反映,中国作为被动的主体实际上参与了世界战争法的建构,尽管其力量微弱而容易被人们所忽视,但这种无意识的互动始终影响着世界战争法的进程。

### 四 解体:基于世界主义的“救亡图存”

天下战争法解体的直接动因在于甲午战争的惨败。自此,“文明之天下”“华夷隔绝之天下”经由“中外联属之天下”而走向崩溃,<sup>[54]</sup>国人不得不从新的知识资源中探寻“救亡图存”之道,也就此开启了中国以“世界主义”为构图的战争法建构。需要注意的是,不同于 19 世纪英国的“圈内”挑战,20 世纪初,美国和日本的崛起,特别是其战争实践,将西方战争法的等级和类型推向了趋同。然而,趋同的内容却不是“程式化”战争法,而是基于弱肉强食的“征服式”战争法。战争法从形式理性转向歧视性和惩罚性——战胜国不仅可以获得赔款和生存空间,还会以反战争的人道理由裁定战败方为战争罪犯,进而在道义上法律上施以惩罚。<sup>[55]</sup> 美国和日本的挑战,让传统欧洲战争法也不得不降格为一种

[51] 张建华:《清朝早期(1689-1869年)的条约实践与条约观念》,《学术研究》2004年第10期,第88页。

[52] 参见田涛著:《国际法输入与晚清中国》,济南出版社2001年版,第205-219页。

[53] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社2012年版,第780-781页。

[54] 参见丁凤麟、王欣之编:《薛福成选集》,上海人民出版社1987年版,第555页。

[55] 参见刘小枫:《欧洲文明的“自由空间”与现代中国——读施米特〈大地的法〉割记》,《中国政治学》2018年第2期,第21-64页。

“地方性知识”而走向没落,新的基于社会达尔文主义意识形态的“歧视性惩罚性”战争法逐渐成为世界战争法的主流。

### (一) 天下观念的隐退

1894 - 1895 年,中日因朝鲜问题爆发甲午战争,清廷继续沿用万国公法与之抗争。实际上,清廷和日本争夺的“对象”并不相同。在清廷的视界中,中国与朝鲜的关系由传统基于天下的藩属关系已经演变为近代国际法承认的宗主国与属国关系。朝鲜对清廷而言,意义不仅在于战略屏障,也是清廷“大国”地位的象征。而日本经历全盘西化后,迅疾走上了对外殖民道路,其战争目标则在于“现代性的阴暗面”,即强国对弱小国家的“征服”,企图将朝鲜纳入其所谓的“大东亚”殖民体系。“对日本之大国地位的承认是在 1894 年(中日战争)和接下来的 1904 - 1905 年日俄战争,日本赢得了这两场战争,因此被允许加入由诸大国组成的国际法小圈子。日本将自己对中国这个大国实施的惩罚性征战视为具有决定意义的事件。”<sup>[56]</sup>日本的加入,标志着欧洲战争法经由西方战争法形态走向了世界战争法。而甲午战争的惨败,也让清廷感到凭借万国公法无力解决“弱肉强食”的国际政治现状,想要平等屹立于世界民族之林,必须进行彻底的变法。由此,在晚清法律移植运动的“礼法之争”中,法理派与礼教派展开激烈论战,<sup>[57]</sup>不仅颠覆了传统礼法等级秩序,也彻底解构了天下战争法的知识体系和哲学基础。此外,天下战争法观念的隐退,也与这一时期更多的西方战争法著作涌入紧密相关。据不完全统计,这一时期,仅名称中直接与战争法相关的著作和译著就多达十几部(见表 3)。

表 3 20 世纪初主要战争法著作译书籍<sup>[58]</sup>

时间	作(译)者	书籍名称
1904 年	王鸿年译	《国际中立法则提纲》
1904 年	王鸿年纂	《战时现行国际法规》
1904 年 3 月	吴振麟著	《局外中立国法则》
1905 年	[日]有贺长雄讲;张知本译	《局外中立》
1905 年 8 月	[日]中村进午编;张福先译	《战时国际公法》
1905 年 9 月	陈嘉会编	《战时国际公法》
1905 年 11 月	江庸译	《战时国际条规辑览》
1906 年	[日]绪方维一讲;赵象谦译	《战时国际公法》
1906 年	王鸿年编译	《国际中立法提纲》
1907 年	[日]有贺长雄著;严猷章译	《战时国际公法》
1907 年	[日]美浓部达吉著;熊范舆等译	《战时国际公约》
1907 年	[日]中村进午讲授;方庚源等编辑	《战时国际公法》

[56] [德]卡尔·施米特著:《大地的法》,刘毅等译,上海人民出版社 2017 年版,第 170 页。

[57] 参见梁治平著:《礼教与法律:法律移植时代的文化冲突》,广西师范大学出版社 2015 年版,第 13 - 36 页。

[58] 参见林学忠著:《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 2019 年版,第 113 - 122 页。

(续表 3)

时间	作(译)者	书籍名称
1907 年	[日]中村进午著;善化黄赞元编辑	《战时国际公法》
1907 年 7 月	[日]中村进午讲授;金保康编	《战时国际公法及局外中立》
1908 年	[日]高桥作卫著;徐锴等译	《(最近)战时国际公法论》
1911 年 5 月	[日]岩井尊闻讲授;熊元翰等编著	《平时·战时国际公法》
1911 年 6 月	[日]岩井尊闻讲授;汪庚年编辑	《战时国际法》
1911 年 8 月	[日]中村进午著;陈时夏译	《战时国际公法》

## (二) 专制皇权的解构

从戊戌变法到预备立宪,从君主立宪到民主共和,包含着中国“救亡图存”的努力。如何平等地存于世界成为国人的聚力点。“竞争之世岂有文明哉?但见为武明耳。”<sup>[59]</sup> 战争的组织体制依然是晚清变革的重要内容。1901 年,清廷企图改革官制以自保,遂将总理衙门改为外务部。此后,为统一编练军队,清廷相继设立了练兵处、陆军部和海军部,目的是通过改造组织体制来更好地控制军队并促进其战争能力提升。从理藩院到总理衙门再到外务部,以及现代战争机构——陆军部、海军部的设立,变化的不仅仅是名称,更是战争主体的权能。特别是新军和军阀集团的兴起,让这一变革失去了本原意涵,也偏离了清廷预设的轨道。1900-1901 年,八国联军侵华期间,李鸿章、刘坤一、张之洞、袁世凯等官员实行“东南互保”,事实上瓦解了清廷作为战争主体的政治军事权威,让其丧失了引领战争组织体制革新的能力,而与天下战争法赖以互存的战争主体——专制皇权,也在这一历程中逐渐解构。以“新军”起义为导火索的辛亥革命,只不过是战争主体解构的结果和明证。

## (三) 局外中立的怪胎

探索世界战争法的瓶颈,还在于中国的内外交困。1904-1905 年,日俄两国为争夺中国辽东半岛和朝鲜半岛的控制权在我国东北进行了一场战争。其间,中国连平等主权国家的地位和权力也不敢觊觎,这主要表现在其怪胎般的局外中立立场上。在日俄即将开战之际,朝野上下展开了激烈辩论。袁世凯认为“附俄则日以海军扰我东南,附日则俄分陆军扰我西北,不但中国立危,且恐牵动全球”,于是提出了“日俄果决裂,我应守局外中立”的主张。<sup>[60]</sup> 这并非袁世凯对战时中立规则的无知。战争之前,日本使臣就遣人将局外公法告知袁世凯。其中,“不得干预战事”“不得允战国借境攻敌”“不得任听战国在境内交战及修战备”等内容,均是战时中立的典型表述。<sup>[61]</sup> 这也表明一场在中国领土上进行的牵涉中国主权利益的战争,清廷根本就不具备局外中立的前提和条件。只不过,迫于美、英、法、德、意等国压力和自身军事实力不济,清廷不得不选择此种不伦不类的战争法立场。“天下”既已崩塌,“世界”又无立锥之地,积贫积弱的清廷只能做出这样无奈的抉择。

[59] 康有为:《德国游记》,载姜义华、张荣华编校《康有为全集》(第七集),中国人民大学出版社 2007 年版,第 433 页。

[60] 参见张晓生著:《中国近代战策辑要——光绪朝战策》(四),解放军出版社 2018 年版,第 277 页。

[61] 参见张晓生著:《中国近代战策辑要——光绪朝战策》(四),解放军出版社 2018 年版,第 278-280 页。

#### (四) 参加世界保和会的努力

为维持和平以换取改革图强的时间和空间,1899年和1907年,清廷先后两次派代表团参加世界保和会。第一次世界保和会于1899年在荷兰海牙召开,共26个国家、138人参会,清廷派遣杨儒、陆徵祥等5人参加。会议议决了《和解公断条约》(*the Convention for the Pacific Settlement of International Dispute of 1899*)《陆地战例条约》(*the Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land*)等条约和声明,并决定设立公断院,即常设仲裁法院。清廷批准了相关条约和声明,还缴付25股头等费用,并派伍廷芳为公断院公断员。1907年,第二次世界保和会召开,世界57个主权国家中的44个派遣约300名代表参加。参会前,清政府驻意、德、奥、比利时等使节纷纷提出参会主张,涉及陆战条例、海战条规、限制兵费以及战时中立、战争赔偿等内容。陆徵祥率领11人代表团参加,代表团围绕战争法阐明立场和观点,积极参与战争条约谈判。为清政府派遣的公断员任期是“一等国”还是“三等国”地位,代表团还与日本等国发生了激烈交锋。相关战争条约和声明的最终形成(见表4),包含着中国的参与和努力,也成为日后中国学习和运用世界战争法的重要参照。

表4 第二次世界保和会订立的条约及声明<sup>[62]</sup>

序号	名称
1	《和平解决国际纷争约(1899)》( <i>Convention for the Pacific Settlement of International Dispute of 1899</i> )
2	《限制用兵力催索有债契约债务条约》( <i>Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts</i> )
3	《战争开始条约》( <i>Convention Relative to the Opening of Hostilities</i> )
4	《陆战法规及惯例条约》( <i>Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land</i> )
5	《陆战时中立国及其人民之权利义务约》( <i>Convention Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of war on Land</i> )
6	《战争开始时敌国商船之地位条约》( <i>Convention Relative to the Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities</i> )
7	《商船改充战舰条约》( <i>Convention Relative to the Conversion of Merchant Ships into War Ships</i> )
8	《敷设机械自动水雷条约》( <i>Convention Relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines</i> )
9	《战时海军轰击条约》( <i>Convention Respecting Bombardment by Naval Forces in Time of War</i> )
10	《日来弗红十字约推行于海战约》( <i>Convention for the Adaptation to Maritime Warfare of Principles of the Geneva Convention</i> )
11	《海战中限制行使捕获权条约》( <i>Convention Relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Rights of Capture in Naval War</i> )

[62] 参见林学忠:《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2019年版,第323-324页。

(续表 4)

序号	名称
12	《设立万国捕获物审判院条约》( <i>Convention Relative to the Creation of an International Prize Court</i> )
13	《海战中立国之权利义务约》( <i>Convention Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War</i> )
14	《禁止自气球上放掷炮弹及炸裂品声明文件》( <i>Declaration Prohibiting the Discharge of Projectiles and Explosives from Balloons</i> )

其中,1、4、10 及 14 为修正第一次保和会内容,其余为新约。清政府于 1909 年 10 月 18 日批准了其中的 1、2、3、5、9、10、13、14 条。

### (五) 小结

“东方与西方,有决然不同之态:西方于同一世界中,常有各国并立;东方则每每有即以一国当一世界之感。故西方常求其力之向外为斗争,而东方则惟求其力之于内部自消融”。<sup>[63]</sup> 晚清战争法的古今之变,充斥着西方战争法体系的自我矛盾,如同罗马对内共和对外殖民一样,<sup>[64]</sup>一方面,在列强的坚船利炮和铁蹄践踏之下,中国几乎丧失了所有作为平等国家的权利,另一方面,西方却处处宣扬主权国家无论大小一律平等,这种内在的冲突和张力始终伴随并困扰着晚清战争法的近现代转型。1895 年之后,“世界”一词的使用次数急骤增加,先后在 1898 年超过“万国”、1903 年超过“天下”,而“国家”“民族”等用于肯定国家主权和世界主义的词汇,也在这一时期纷纷超过“天下”。<sup>[65]</sup> 天下战争法经由其变体“万国公法”而走向没落,同步开启的则是基于“世界主义”的新型战争法的艰难建构。

## 五 结 语

从“天下”“万国”到“世界”,晚清战争法的古今之变是中国三千年未有之大变局的重要组成部分。其间,传统中国战争法由德性主导的“目的正义”理路,逐渐接受西方理性战争法的“手段正义”主张,天下战争法也在融入世界战争法的历程中逐渐式微。然而,恰恰是中国的犹疑和抗争,使得天下战争法在之后的战争实践中依然可见其余绪。因此,与其将“天下”到“世界”视为晚清战争法的古今之变,倒不如视之为全球化时代“法律的现代性剧场”。<sup>[66]</sup> “天下”在与“世界”的复杂纠葛中,以一种中国的“主体性参与”一同推进了战争法的近现代化。然而,必须看到的是,20 世纪人类经历的两次世界大战灾难以及核战争的恐怖,力证西方主导的战争法无力建构有效的全球战争治理机制。

[63] 钱穆著:《国史大纲》(上),九州出版社 2011 年版,第 23 页。

[64] See Edward Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, Ferd De Fau & Company, 1906, Vol. 1, pp. 214 - 222; Vol. 2, pp. 49 - 55.

[65] 参见金观涛、刘青峰著:《观念史研究:中国现代重要政治术语的形成》,法律出版社 2010 年版,第 238 - 251 页。

[66] 参见强世功著:《法律的现代性剧场:哈特与富勒论战》,法律出版社 2005 年版。

人类进入 21 世纪,世界正经历百年未有之大变局。在经历了最为彻底的新一轮全球化之后,人类的命运从未像今天这样紧密地联系在一起,各国关于治理战争的价值共识也从未像今天这般接近。时下,战争正迅疾走向信息化智能化形态,网电战争、空天战争、意识形态战争等新型作战样式不断涌现,这几乎完全瓦解了以“手段正义”为根基的“理性”战争法。那么,以“目的正义”为视界,以仁、义、礼为价值追求的“德性”战争法,能否穿透历史长河重新复活?<sup>[67]</sup> 能否为人类规制战争带来曙光? 这不仅取决于对仁、义、礼当代价值的阐释和践行,<sup>[68]</sup> 也取决于“天下”对“世界”的吸纳和超越,以及人类对归宿的自我想象。

[本文为作者参与的 2018 年度国家社会科学基金项目“中国古代战争法研究”(18XFX004)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] The ancient Chinese law of war was the product of ancient Chinese people's view of the All-under-heaven. The significance of the view of All-under-heaven to the formation and development of the ancient Chinese law of war lies in the fact that it stipulated the people's approach to the definition of war and the understanding of the relationship between the enemy and ourselves in war, determined the unique thinking of regulation of war behavior, and shaped the traditional Chinese mode of war behavior. Therefore, the 2,000-year-old ancient Chinese law of war can also be regarded as the "All-under-heaven" law of war. In late Qing Dynasty, the All-under-heaven law of war gradually disintegrated as a result of the military failure of the Qing Government, and its direct cause was the European law of war brought by the western colonists. The conflict between the All-under-heaven law of war and the European law of war was manifested in the concept of war, the subject of war, the rules of engagement, the restraint mechanism of war, etc., but behind it were different political philosophy systems, knowledge-power structures and the ideal pictures of the world. The ancient-to-modern transformation of the law of war in late Qing Dynasty had gone through the process from "the All-under-heaven" law of war to the law of war of "the nations" and then to law of war of "the world", which not only embodied Chinese subjective thinking and judgment, but also serves as a participatory construction force in shaping the globalization of the modern law of war. As such, it provides theoretical resources and practical references for exploring the Chinese plan for the governance of war in the new era.

---

---

(责任编辑:支振锋)

---

[67] 关于新天下主义的阐释,参见赵汀阳著:《天下的当代性:世界秩序的实践与想象》,中信出版社 2016 年版;许纪霖著:《家国天下:现代中国的个人、国家与世界认同》,上海人民出版社 2016 年版。

[68] 参见阎学通:《道义现实主义的国际关系理论》,《国际问题研究》2014 年第 5 期,第 102 - 128 页。