

山东大学 法律评论

第三辑

齐延平 主编



山东大学出版社
Shandong University Press



山东大学法律评论

(第三辑)

齐延平 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 第3辑/齐延平主编. —济南:
山东大学出版社, 2006. 10
ISBN 7-5607-3253-4

- I. 山…
- II. 齐…
- III. 法学-文集
- IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 105263 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东旅科印务有限公司印刷

787×980 毫米 1/16 16.75 印张 305 千字

2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷

定价:26.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论》
(第三辑)

编 委 会

主 编 齐延平
副主编 张海燕
编 辑 孙 婧 孙璿珞

目 录

大家讲坛

- 世 界 法 哈罗德·J·伯尔曼(1)
运用修复性司法的思想来实现国际纠纷的和解..... 西原春夫(6)

各科专论

- 物权概念的挑战及思考 张志坡(17)
论以反垄断法规制标准化进程中的专利联营 张 波(24)
机动车致人损害赔偿法律问题研究
——兼评《道路交通安全法》第76条的规定..... 冉克平(37)
“经济人”的“精神利益” 李 佳(56)
德国资合公司执行机关代理权之边界分析 张 杰(65)
论立法者原意 马得华(85)
信访立法的价值选择及制度构建 朱恒顺(97)
雅典民主的局限与启示
——从苏格拉底之死谈起..... 李少慧(109)
主权视角下的欧洲政治一体化分析..... 刘亚军(119)
医疗事故责任原则分析

- 一个法经济学的视角…………… 王 斐(130)
韩国民法的历史与基本原则…………… 金相容(140)

学位论文

- 五四时期人权思想研究…………… 孙 婧(147)

案例分析

- 德国联邦最高法院判例译评
——经理人持股模式…………… 王东光(165)

译 文

- 著作权的构造论
——以信息内容的传播利用为目的的著作权的单纯化
…………… [日]儿玉晴男著 牟宪魁 译(177)
瑞士联邦动物福利法…………… 杨兴 青立花 译(185)

书 评

- 认真对待法律
——解读《法律的成长·法律科学的悖论》…………… 张 菁(196)

法学随笔

- 一次性智慧、诱惑侦查与小鬼儿帮忙
——包公断狱与中国古典社会中的司法…………… 姜 峰(207)

中日公法学研讨会专题

- 日本宪法修改问题的现状 …… [日]大隈义和著 巨美霞 译(215)

宪法第 17 条的本质和审查基准论

..... [日]甲斐素直著 严丽 译(222)

行政不作为在国家赔偿法上的违法性

——行政的危险防止责任(兼顾风险的责任)

..... [日]桑原勇著 李丽莉(237)

Contents

Master' Forum

World Law	Harold J. Berman (1)
Make Use of the Thought of the Repair Judicatory to Carry out the International Dispute to Reach Agreement	Harruo Nishihara (6)

Review on the Law

Challenge and Thought on the Concept of Dingliches Rechte	Zhang Zhi-po (17)
Antitrust Regulation on Patent Pool in Standardization Strategy	Zhang Bo (24)
On the Problem of Loss Indemnity Caused by Automobile —A Critique of Article 76 of the Act Road Transportation Safety	Ran Keping (37)
The Spiritual Benefit of Economic Person	Li Jia (56)
Research on the Unlimited Representation of the Executive Organ of Capital Company in German	Zhang Jie (65)
Research on the Lawgiver Original Intention	Ma Dehua (86)
The Value Choice and System Construction of Complaint Letters and Visits Legislation	Zhu Hengshun (97)

Research on the Limit and Apocalypse of the Athens

Democracy—From the Death of Socrates Li Shaohui (109)

Research on the European Political Unity Under the

Sovereignty Angle of View Liu Yajun (119)

The Analysis on the Principle of Medical Accident

—At the Angle of Law and Economics Wang Fei (130)

The History and the Basic Principle of the Korean

Civil Law Sang Yong Kim (140)

Thesis

The Human Rights of the Period of May Fourth Movement

..... Sun Jing (147)

Comment on the Case

BGH Case Translation and Interpretation

—Manager Model Wang Dongguang (165)

Translation

Research on the Construction of Copyright—Simplification of the

Copyright Aiming at the Dissemination and Use of the

Information Content (177)

The Animal Welfare Act of Switzerland Federation

..... translated by Yang Xing and Qing Lihua (185)

Book Reviews

Treatise the Law Seriously

—Reading The Antinomy Between the Growth of Law

and the Legal Science Zhang Jing (196)

Legal Note

Intelligence, Investigation and Help by Ghost—Judge Bao's Settlement of the
Lawsuits and the Jurisdiction in Chinese Classical Society

..... Jiang Feng (207)

The Seminar on the Chinese and Japanese Public laws

- Circumstance of the Japan Constitution Amendment Problem Today
in Japan [Japan] Giwa OOKUMA, translated by Ju Meixia (215)
- The Nature of Article 17 of the Japan Constitution and Review
of the Case [Japan] Sunao KAI, translated by Yan Li (222)
- Illegality of Administrative Negative-action In State Compensation
Law — Administrative Responsibility to Prevent Danger
(Risk-considering Responsibility)
..... [Japan] Yuusin KUWABARA , Translated by Li Lili (237)

大家讲坛

世界法

[美]哈罗德·J·伯尔曼*

20 世纪,世界上的大多数民族在人类历史上第一次被带入了一个或多或少频繁相连的关系中。我们不假思索地宣告世界经济、世界技术、世界范围的交流,世界组织、世界科技、世界文学、世界学术、世界旅行、世界体育运动已经来临。我们极尽自信地宣称,一个世界社会正在形成,尽管民族的和地区性的差异仍是一个威胁。难道我们不也可以说世界法正在形成吗?

我相信,随着人类步入新的百年和新的千禧年,“世界法”这一术语已得到越来越广泛的使用。它将涵盖而不是替代边沁于 1789 年提出的“国际法”(international law)概念和菲利普·杰瑟普于 1956 年提出的“跨国法”(transnational law)概念。对“世界法”概念的最终接受,将会导致像“国际法”取代“万民法”(law of nations)那一旧概念时发生的深远变化。

在创制“国际法”这一概念时,边沁认为“万民法”概念之不当在于它结合了三个相互矛盾的因素:(1)自然法被界定为一套源于天赋理性并为各开

* 美国艾默里大学罗伯特·W·伍德罗夫法律教授,哈佛大学詹姆斯·巴尔·埃姆斯荣誉退休法律教授。

化民族共有的规则体系,而边沁认为自然法根本就不是法。^① (2)跨越国界的涉及私人交易的商事和海事规则,边沁认为它们为一国或其他主权国家可适用的国内法所统摄。(3)“这类主权国家之间的相互关系规则”,在边沁看来,它们可以单独地被称为“国家间的”(inter-national)和“法”(law)。^②虽然到1831年时边沁的新概念还被评价为“一个极为粗糙的称谓”以及“一个令人生厌的含混”^③,但它已经被广泛接受了^④,作为这一概念之表征的实证主义国际法理论也开始大行其道。

在20世纪的后半叶,这个“极为粗糙的称谓”也用来指称那些与边沁的国家主义概念并不相连的事项,不过有些勉为其难。尤其是二战以后,学者们开始寻找新的词汇,来界定超越“这类主权国家之间的相互关系规则”的法律领域。其中一个称谓是“联合国法”(united nations law),或更宽泛的“世界组织法”(the law of world organizations)。另一个称谓是“人权法”(the law of human rights)。但是,在发现一个新称谓以适应新的世界秩序的努力中,最具雄心的是杰瑟普关于用“跨国法”来替代“国际法”的主张。“‘国际’这一用语是误导性的,”杰瑟普写道,“因为它只关注一国(或者邦)同其他国(或者邦)的关系。”^⑤他认为需要一个新的术语来界定“能够适用于复杂的相互关联的世界共同体的法,这个世界共同体将发端于个别国家,最终达致所谓的‘各国大家庭’(family of nations)或‘万邦社会’(society of states)”^⑥。“‘国际’这一用语不足以描述这一问题……‘国际法’这一术语

① 边沁关于万民法和自然法的解释,来自于布莱克斯通。边沁曾见教于布莱克斯通,后来又持与之不同的见解。

② Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* 296 (Burns & Hart eds., 1970)。边沁写道:“国际这个词,是一个新词,这一点必须弄清楚……”但是他又补充说,达古梭(D'Aguesseau, 1668~1751)早就说过:“人们通常说的万国法应当表达为国家间的法。”Janis还引用了达古梭关于应当将万民法加以阐释以更适用于万民之间关系的思想。

③ Thomas Jefferson Hogg, *An Introductory Lecture on the Study of the Civil Law, in The Glandsome Light of Jurisprudence: Learning the Law in England and the United States in the Eighteenth and Nineteenth Centuries* 115 (Michael H. Hoeflich ed., 1988)。

④ 即使在边沁生前,他也已经看到了他的新词的成功。不仅仅在英语中,而且在其他语言中,边沁的“国年间法”概念都为人们津津乐道。而“万民法”这个陈旧的概念,即使在它仍被使用的场合,也通常被视为是“国际法”的同义词。

⑤ Philip C. Jessup, *Transnational Law* 1 (1956)。

⑥ Philip C. Jessup, *Transnational Law* 1 (1956)。

将无能为力”^①“[我]将使用‘跨国法’替代‘国际法’，来涵盖所有那些调整跨越国家边界的行动和事项的法。‘跨国法’既包括国际公法和国际私法，也包括其他难以完全适应于这种标准分类的规则。”^②

杰瑟普对“跨国法”的宽泛定义，与其特定内容并不一致，他仍将民族国家作为基本的参照点。杰瑟普给出的那些“跨国”法的例子，通常最终是与“这类主权国家的相互关系规则”有关的事务。事实上，“跨国”用语又回到了主权民族国家时代，当然它也指出这一时代需要被超越。但是，它并没有给出一个新称谓来描绘人类整体共同迈入的新纪元。在我看来，对于新纪元的恰当称谓是“正在形成的世界社会”，与之相应，它赖以实施治理的法只能是“世界法”。^③

世界法从一定程度上讲就是关于世界经济的法律。世界经济不仅仅是一种“跨国”经济，也就是说，它不仅包含着对外贸易、对外投资、外汇交易以及其他形式的超越国界所从事的活动，还包含着某国公民所从事的某些特定活动。例如，美国纽约州和加利福尼亚州的商业公司之间所从事的某种形式的贸易、投资和金融交易活动可以构成世界贸易、投资和金融活动的一个组成部分。众所周知，我们不仅生活在一个国际经济共同体中，更是生活在一个相互联系、相互依存的国内经济共同体中。进而言之，规制纽约州和加利福尼亚州商业公司之间经济交易行为的法律，可以是纽约州法或加利福尼亚州法，也可以是美国联邦法，即我们也可以将其称为世界法。例如，如果货物从加利福尼亚州途经巴拿马运河被海运至纽约州，则其海运提单在形式上应具有与世界上任何两个国家的公司在进出口业务中所使用的海运提单相同的法律特征。该海运提单应包括以下内容：(a) 承运人的货物收据；(b) 承运合同的证据；(c) 所有权证明文件。如果货物（不论是航海运输、铁路运输还是航空运输）采取的是信用证付款方式，则该信用证应当在形式

① Philip C. Jessup, *Transnational Law* 1(1956).

② Philip C. Jessup, *Transnational Law* 1(1956).

③ 有一部被广为使用的重要教材，名为《跨国法问题》，它将“跨国”界定为一国在贸易和货币交流中应对问题的种种方式，诸如如何控制移民，或者对威胁其利益的外国举措作出调试等。从总体来看，这些方式总是指“必然影响其他国家及其民族”的国内政策。“这种国际法律制度可被视为具有一种跨国性质。连同国际公法和国际组织规则，这些国际间的法律就形成了一个……复合体，本书称之为……‘跨国法’。”[Henry J. Steiner, Detlev F. Vagts & Harold Hongju Koh, *Transnational Legal Problems: Materials and Texts* (4th ed., 1994) iii-iv]. 尽管这一界定非常接近于我所说的世界法，但是那些“跨国”的主题通常被作者们视为只是国家间关系的问题。

上与世界范围内那些规制信用证交易的规则保持一致。世界范围内的进出口商、船舶所有人、银行家、海运保险商以及包含他们律师在内的其他相关人员组成了一个世界共同体,经过几个世纪的发展,该世界共同体已经形成或将继续形成规制他们之间形式多样的交易活动的法律。^①而这些法律的许多内容同样也可以适用于国内商事交易活动。因此,我们可以从形式上认为,适用于商事交易的法律可以是国内法,而国内法院在审理案件时会使用一些在特定交易中适用于世界贸易活动中的习惯术语,这在一定程度上便构成了世界法。

毋庸置疑,世界贸易法不仅受民族国家的法律调整,在一定程度上也受国际公约规制。然而,就其严格的商业特征而言,它主要来源于从事世界贸易主体的行为模式和规范。布莱克斯通及其前人已经准确地称之为“国际法”(jus gentium),同时他们也注意到,“国际法”这一术语的更早含义“万民法”(the law of peoples)是普遍适用的。此外,世界贸易法也可以被称为“跨国法”,但这一名称并不能彰显其适用的普遍性,也就是说,它不仅适用于经济主体在进行各种类型交易时的国外行为,也适用于其国内行为。

诚然,货物转移法仅仅是世界经济法的一个组成部分,而规制货币转移及其他相关金融交易的法律是其另外一个组成部分,规制直接对外投资的法律是其第三个组成部分。与对世界贸易活动的规制相比,国际法和国内法在规制外汇交易和直接对外投资领域发挥着更为重要的作用。然而,建立于经济主体合同实践上的习惯性世界法也在金融货币和投资领域发挥着重要作用。此外,各国国内立法的不断发展和国际协议的不断形成,对于货物转移领域世界法的形成作出了实质性的贡献。因此,当某人谈及世界法时,他不仅应包括前面所提及到的世界习惯法,还应当包括边沁所提出的国际法和杰瑟普所提出的跨国法。

人们在进行国际贸易、金融、投资及其他经济活动过程中形成了许多世界共同体,除此之外,还有其他许多类型的世界共同体,比如那些数以千计的自愿的非营利性的非政府国际组织,他们的成员来自不同的国家。这些组织往往致力于促进世界范围内医疗与健康、人权、自然与社会科学、机械

^① Harold J. Berman, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, 2 Emory J. Int'l Disp. Resol. 235(1988); Harold J. Berman & Felix J. Dasser, *The 'New' Law and the 'Old': Sources, Content and Legitimacy*, in *Lex Mercatoria and Arbitration-A Discussion of the New Law Merchant* 21-36(Thomas E. Carbonneau ed., 1990) .

工程、旅游、民权与政权、慈善与救济、环境保护、世界和平、国际法、运动和休闲以及其他一些活动的发展。^① 这些组织所代表的利益构成了国际交往的广泛基础,其包含着那些使权利和义务被普遍认可的行为模式和规范。例如,世界各主要机场的航空运输规则是一致的,这绝非仅仅是一个巧合。

经过两次世界大战,人类走到了历史的一个转折点:世界进入了一个相互依存的新时代,全球居民也同呼吸共命运。这一转折是一个历史事实、政治事实、经济事实和社会事实,并将最终渗透到大多数全球居民的意识中去。尽管法律知识的广泛普及或者我们法学院的课程被普及还有一段时间,但是我们仍然需要坚持国际法与比较法的分离,以及两者与跨国共同体的习惯法的分离。

边沁认为只有主权国家才能制定法律;相应地,国际法也只能由两个或多个主权国家的协议来达致,而不应该涵盖那些国际法的传统渊源,换言之,其既不应包括原先被视为自然法的文明世界的各种法律体系的共同特征,也不应该包括以贸易法和海事法为代表的成员为多国的跨国共同体的习惯法。现在,我们可以先将边沁的关于国际法的界定放在一边,但是我们应该寻找另外一个新的名称,它一方面能将国家之间的法律与人类共同的法律结合起来,另一方面又可以与不同世界共同体的习惯法联系起来。当我们谈及世界经济时,它不仅指国家之间的经济,还包括跨国经济;它们的构成主体不仅有国家,还有并且主要是各种经济性企业。同样,我相信,大概在 21 世纪到来之前,我们就会逐渐地谈及世界法。

(译者:姜峰 张海燕)

^① John Boil & George M. Thomas, *Organizing the World Policy: INGOs Since 1875* (Feb. 1995) (该文件发表于芝加哥国际研究联合会的年会上),分析了从 1920 年到 1988 年之间建立的 6000 多个国际非政府组织。载于 *Yearbook of International Organizations of the Union of International Associations* (1985 年和 1988 年卷)。

运用修复性司法的思想来实现国际纠纷的和解

[日]西原春夫*

引言

自2005年以来,中国将“建设和谐社会”作为国家的基本方针,并通过许多组织研讨了“建设和谐社会”的方法。当然,“建设和谐社会”的主要着眼点在于中国国内,但是,指向国内所构建的基本方针同时也具有国际意义。因此,我的理解是,中国的这一方针,对周边各国自不待言,也是以构建世界和平为目标的。

中国与日本和韩国等周边各国,不仅在政治、经济、文化等所有领域具有深厚的关系,而且在世界观上也有很多共同点,因此,对周边各国而言,中国的这一方针应该特别受到欢迎。

在我看来,仅仅主张自己的立场,是绝对不可能产生和谐的。只有互相“站在对方的立场上反省自己应有的姿态”,才可能实现和谐。这也是我们法律家从学术上研讨和谐问题时的出发点。但是,法律家的任务是在事后处理事情,因此,法律家必须特别重视的是:分析加害人与被害人的关系,并采取与这种关系相对应的措施。只要预想到今后会在一般社会中讨论“和谐”的方法,就可望从法律学上究明关于加害人与被害人的关系的精密逻辑体系。

不过,因为我是外国人,所以,没有资格参与构建为解决中国国内的问题所需的理论。但是,关于处理国际纠纷能够构建怎样的理论体系,我可以谈些看法,我想这对大家而言也是有意义的。这是因为,建设和谐社会这一方针也具有国际意义,中国的各位也不能不意识到这一问题。

* 日本早稻田大学元总长,亚洲和平贡献中心理事长,著名刑法学家。

这时,首先必须作为出发点的,是中国想构建和谐社会所面临的当今世界现状,特别是第二次世界大战结束以后武力纠纷的实际状态和国际社会对武力纠纷的反应。我不知道大家对这个问题了解多少,我的讲演也受到时间的限制,那么,就让我从第二次世界大战结束以后的大致状况开始谈起吧。

一、最近半个世纪中的武力纠纷

在20世纪的世界历史中,对其后的历史产生重大影响的关键性转折时期,无论如何,应是1945年和1990年前后这两个时期。1945年,包括由日本引起的日中战争和太平洋战争在内的第二次世界大战结束;1990年前后,则是由苏联的解体和柏林墙的倒塌所象征的东西冷战格局的终结。

回头返观1945年,可以说它不仅意味着战争的结束,而且意味着诱发那些战争的自十八九世纪以来的欧洲帝国主义在某种意义上的终结。

其理由是多方面的、复合性的,因此,在此不能详细分析,但是,可以概括地说,是因为在先进的资本主义国家之间产生了迫使帝国主义加以自制的种种事实。其中的原因,也包括德国和日本等后起的资本主义国家的行动使先进的资本主义国家意识到要自制。

我认为,给中国和朝鲜半岛造成很大不利和不平等的当时的日本政策,基本上是以那种欧洲帝国主义思想为背景的,即在260年间一直锁国的江户时代末期,以美国为首的西洋各国迫使日本开放国门,日本如果不建立强有力的中央集权国家就有变成那些国家的殖民地的危险,于是,实行了所谓明治维新(1868年)。虽然不能说日本因此就变成了与欧洲国家比肩的近代国家,但是,它确实成功地具有了欧洲国家的面目,避免了被殖民地化。

一方面,日本当时的状况成为亚洲、非洲各国摆脱殖民统治、具有独立意识的动机之一;但是,另一方面,日本同时也感染了那种帝国主义思想,对当时在发展上非常落后的亚洲采取了与欧美各国同样的行动,造成了很大的不利和不平等。

因此,1945年不仅结束了日中战争,也不仅结束了日本对朝鲜半岛和中国台湾的殖民地政策,而且,意味着作为其背景的欧洲帝国主义的终结,它成为此前一直由英国、法国、荷兰等欧洲各国进行着殖民统治的亚洲各国纷纷独立的契机。

我认为应该把1945年视为正是那种时期。而且,在这一时期,不只是表现为从殖民统治下获得解放这种消极的形式,还明确了此后不再承认大