

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

类比与国际法 发展的逻辑

蔡从燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学国际法系列教材 —— 类比与国际法发展的逻辑

王 磊 著

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE PRESS



中国法学学术丛书

类比与国际法 发展的逻辑

蔡从燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

类比与国际法发展的逻辑 / 蔡从燕著. —北京:
法律出版社, 2012. 6
(中国法学学术丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3664 - 9

I. ①类… II. ①蔡… III. ①国际法—研究 IV.
①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 138893 号

类比与国际法发展的逻辑	蔡从燕 著	责任编辑 董 飞 装帧设计 李 瞻
-------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 10.125 字数 224 千

印次 2012 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3664 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社学术·对外合作出版分社

案例表

Admission of a State to Membership in the United Nations Case

Amco Asia Corp. v. Indonesia

Barcelona Traction Case

Case C – 249/06 Commission v. Sweden

Case C – 205/06 Commission v. Austria

CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. The Czech Republic

Corfu Channel Case

Determination of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area Case

Fisheries Case

Greco – Bulgarian “Communities” Case

International Status of South – West Africa Case

Japan – Taxes on Alcoholic Beverage Case

Locus Case

LaGrand Case

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) not with standing Security Council Resolution 276 (1970) Case

Libya – Malta Case

Metalclad Corporation v. The United Mexican States

Muscat Dhows Case

Namibia(South West Africa) Case

Nationality Decrees Case

Nicaragua Case

North Sea Continental Shelf Cases

Reparation for Injuries Case

South West Africa(Second Phase) Case

The Right to Information on Consular Assistance inthe Framework
of the Guarantee of the Due Process of Law Case

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United
States of America the United States Hostages in Tehran Case

Tecnicas Medioambientales TECMED S. A. v. The United Mexican
States

The United Mexican States v. Metalclad Corporation

United States – Section 301 –310 of the Trade Act of 1974 Case

中国法学学术丛书

“十二五”国家重点规划出版图书

人本法学的哲学探究 武步云 著

虚拟财产法律保护体系的构建 刘惠荣 著

控辩平等论 冀祥德 著

行政裁量治理研究：一种功能主义的立场 周佑勇 著

信息财产

——数字内容产业的法律基础 高富平 著

法律修改研究

——原则·模式·技术 杨斐 著

民法原理论稿 李锡鹤 著

人格和人格权理论讲稿 马俊驹 著

减轻自然灾害的法律问题研究(修订版) 王建平 著

和平解决国际争端(修订版) 叶兴平 著

信息财产权

——民法视角中的新财富保护模式 陆小华 著

中日法律文化交流比较研究：以唐与清末中日文化的

输出与输入为视点 张中秋 著

中国海外投资立法论纲 梁开银 著

国际商事仲裁现代化研究 赵秀文 著

正当程序中的实现真实 邵明 著

当代国际法的发展:一种从国际关系理论视角的分析

刘志云 著

基本权利原理 郑贤君 著

美国宪法解释方法论 范进学 著

民法的精神构造:民法哲学的思考 王利民 著

疑罪论 董玉庭 著

中国法律发展的法哲学反思 黄文艺 著

刑罚问题的社会学思考:方法及应用 瞿中东 著

民法典总则之理论与立法研究 尹田 著

刑事和解原论 陈晓明 著

控制腐败法律机制研究 李晓明等著

民法基本原则研究

——在民法理念与民法规范之间 董学立 著

国际统一私法总论 徐国建 著

证据基础理论的逻辑、哲学分析 张继成 著

对政府规制的规制

——市场统一法律制度研究 郑鹏程 著

在遵从与超越之间

——社会学视域下刑法裁判规范实践建构研究

张心向 著

国际航空运输责任法研究 王瀚 著

类比与国际法发展的逻辑 蔡从燕 著

社会权的可诉性及其程度研究 龚向和 著

目 录

案例表	1
绪 论	1
一、研究命题的由来	1
二、学术史回顾与评论	3
（一）国际法学者	3
（二）国际法官	23
（三）国际关系学者	24
（四）一般评论	33
三、研究目标	35
四、研究框架	36
第一章 国际法上类比的基本原理	38
第一节 国际法上类比的基础——以国内法类比为例	39
一、国内社会与国际社会的比较	41
（一）前提性问题：国际社会与国内社会的含义	41
（二）国内社会与国际社会的成员构成比较	49
（三）国内社会与国际社会的共同体观念比较	58
（四）国内社会与国际社会的治理模式比较	67
二、国内法价值与国际法价值的比较	73

第二节 影响国际法上特定类比的因素	83
一、法律因素	84
二、政治因素	85
三、主体因素	86
第三节 国际法上类比的作用——以国内法类比为例	89
一、国内法类比与国际法的发展	89
（一）国内法类比对国际法发展的影响：历史与当代的视角	89
（二）国内法类比影响国际法发展的表现	97
（三）国内法类比的风险	99
二、国内法类比与国内法的发展	102
（一）国内法的国际化	102
（二）国内法的国内法化	103
（三）国内法类比的风险	104
三、国内法类比与“一般法律”之创立	105
（一）既有学者的观点	105
（二）本书作者的观点	110
第四节 国际法上类比的两大趋势	112
一、从私法类比到公法类比	112
二、从国内法类比到国际法类比	115
（一）国际法类比的基础	115
（二）国际法类比的表现	116
（三）国际法类比的意义	118
本章小结	119
 第二章 类比与国际法体系的“公私法分立”	 121
第一节 国际法体系对国内法体系的类比	122
一、公私法分立与国内法律体系	122
（一）公私法何以分立	122

(二)公私法如何分立	126
二、公私法分立与国际法律体系	128
第二节 “私法性国际法”	129
一、“私法性国际法”的含义	130
二、“私法性国际法”的依据	131
(一)国家的自治性	131
(二)国家的平等性	132
三、“私法性国际法”的表现	139
(一)国际法效力依据	139
(二)国际法基本原则	140
(三)国际法“初级规则”	142
(四)国际法“次级规则”	146
四、“私法性国际法”的价值	151
(一)促进国际关系民主化	151
(二)促进国际法民主化	153
(三)制衡“公法性国际法”	155
五、“私法性国际法”的风险	156
(一)国际法国家化诱发的风险	156
(二)国际法双边化诱发的风险	159
第三节 “公法性国际法”	163
一、“公法性国际法”的含义	163
二、“公法性国际法”的依据	164
(一)国际公域的出现	164
(二)国际公域的“法治赤字”	167
三、“公法性国际法”的表现	173
(一)理论方面的表现	174
(二)实践方面的表现	194

四、“公法性国际法”的价值	199
(一)强化国际法的法律属性	201
(二)增强国际法治的普遍性	202
(三)促进国内法治	203
(四)促进“国际共同体”的建构	205
五、“公法性国际法”的风险	206
(一)价值体系失衡:以晚近联合国的民主实践为例	206
(二)“公器私用”:以“霸权主义公法性国际法”实践为例	210
本章小结	214
第三章 类比与国际法财产权逻辑的解构与重构	216
第一节 理解国际法的进路转换	217
一、主权逻辑的进路	217
二、财产权逻辑的进路	220
第二节 国际法财产权逻辑的解构	225
一、财产权观念的视角	225
二、财产权主体的视角	231
三、财产权规制标准的视角	233
四、财产权保护手段的视角	234
第三节 国际法财产权逻辑的重构	238
一、国际法的宗旨与国际法财产权逻辑的功能批判	238
(一)国际法的宗旨与国际法财产权逻辑的应有功能	238
(二)国际法财产权逻辑的和平功能批判	239
(三)国际法财产权逻辑的发展功能批判	241
二、类比与国际法财产权逻辑的重构	245
(一)类比与和平的国际法财产权逻辑	245
(二)类比与发展的国际法财产权逻辑	250
本章小结	257

第四章 类比与国际投资仲裁的解构与重构	259
第一节 类比与国际投资仲裁的商事化	261
一、国际投资仲裁商事化的表现	261
二、国际投资仲裁商事化的成因	265
三、国际投资仲裁商事化的风险	268
四、国际投资仲裁商事化的反思	271
（一）主权国家的反思	271
（二）国际仲裁庭的反思	274
（三）国际组织的反思	275
（四）国际法学者的反思	279
第二节 类比与国际投资仲裁的“去商事化”	282
一、国际投资仲裁的“去商事化”表现	282
二、国际投资仲裁“去商事化”中的国际法类比	285
本章小结	287
结 论	289
参考文献	293

绪 论

一、研究命题的由来

人们熟知的类比实际上是从两种意义上加以使用的,即作为一种推理方法的类比,以及一种评价方法的类比。^{〔1〕}作为一种推理方法,类比与演绎推理以及归纳推理是并列的逻辑方法,但是,与遵循“从一般到特殊”的演绎推理以及遵循“从特殊到一般”的归纳推理不同,类比是一种“从特殊到特殊”的推理方法,其基本思维过程是“根据两个或两类对象某些属性相同或相似,从而推知它们的另一个属性也相同或相似的”。^{〔2〕}不难看出,推理意义上的类比的作用在于“建构”,是事物或认识从低级阶段发展到高级阶段,从未知发展到已知过程中的一种重要的思维模式与逻辑方法,在人类社会文明进程中发挥着重要作用。康德高度评价了类比的作用,他指出:“每当理智缺乏可靠论证的思考时,类比这个方

〔1〕 这一区分受雍琦教授的启发,他认为区分“类比”与“类比推理”是有意义的。参见雍琦:《法律逻辑学》,法律出版社2006年版,第285页。

〔2〕 雍琦:《法律逻辑学》,法律出版社2006年版,第286页。

法往往能指引我们前进。”〔3〕波塞尔也指出,在科学发展的历史上,新的观点与看法几乎全是通过类比得到表达的。〔4〕与此不同,作为一种评价方法的类比,是一种以某一特定事物所具有的特定属性为标准评价另一特定事物所具有的特定属性的方法,其作用在于“描述”。虽然建构意义上的类比与描述意义上的类比是不同的,但由于建构未来往往是建立在评价现状基础之上,或者说评价现状会影响到建构未来,因而建构未来与评价现状往往无法分开,换言之,使用两种意义上的类比都是重要的。

毋庸置疑,较之国内法而言,国际法整体上是一个较为初级或者不完善的法律秩序,因而,在国际法实践与研究中运用类比——不管是作为一种推理方法的类比还是一种评价方法的类比——从根本上说符合认识事物以及事物发展的规律,因而是合理的。事实上,近一个世纪以前,赫希·劳特派特对于国际法上的私法类比所作的系统性考察,〔5〕不仅揭示了类比在国际法发展过程中发挥的重大作用,并且表明了类比对于开展创新性国际法研究具有的重要价值。

虽然率先对国际法上的私法类比进行系统性的考察为劳特派特赢得了世界性声誉,但下文的学术史考察表明,〔6〕劳特派特的研究工作,以及其他学者所作的考察并非是穷尽的、完美的。对于这一已经深刻地影响着至少迟至 20 世纪 20 年代的国际法发展的逻辑方法,21 世纪的国际法学者仍然可以提出一系列极为重要的问题:在 20 世纪 20 年代之后的八十年间,以及在未来更长久的岁

〔3〕〔德〕康德:《宇宙发展史概论》,编译组译,上海人民出版社 1972 年版,第 47 页。

〔4〕〔德〕汉斯·波塞尔:《科学:什么是科学》,李文潮译,三联书店 2001 年版,第 219~220 页。

〔5〕H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927.

〔6〕参见绪论第二目“学术史回顾与评论”部分。

月中,类比对于国际法的发展是否或者能否继续发挥着作用,这种作用是积极的还是消极的,其影响是否仅限于国际法的发展?国际法上的类比是否仍然局限于劳特派特所考察的国内私法类比,抑或可以扩大,甚至有必要扩大到其他类型或者形式的类比?国际法学者能否根据较之 20 世纪 20 年代时更加丰富的国际法实践与更加深入的国际法研究,就国际法上的类比形成或总结出某些具有普遍说服力的判断,以便更准确地认识类比在国际法发展中的作用,从而更合理、有效地发挥这种作用?尤其是,国际法学者能否根据类比,对于国际法未来发展的某些重大问题提出创造性的见解?

在本书作者看来,对于这些问题的讨论,不仅是与时俱进地发展劳特派特近一个世纪之前完成的研究工作;更重要的是,这些讨论关系到类比作为发展国际法的一种逻辑方法是否具有持续的妥当性以及未来国际法——从概念到规则,从制度到规则,以及从规范到观念——的形态,进而影响人类未来生活的图景,^[7]这就是本书研究命题的由来。

二、学术史回顾与评论

(一) 国际法学者

1. 外国学者

类比在国际法理论与实践中的运用源远流长,在劳特派特之

[7] 著名国际法学者克里斯琴·图姆夏特(Christian Tomuschat)认为,国际法在经历了沃尔夫冈·弗莱德曼(Wolfgang Friedmann)所说的“共处法”阶段与“合作法”阶段之后,已经发展到擘划“人类生活的全面图景”(a comprehensive blueprint for social life)的第三个阶段。See Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, Recueil des Cours, Vol. 281, 1999, pp. 560–72. See also W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964, pp. 60–62.