



XIAMEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

厦门大学 法律评论

2008年下卷
总第十六辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

厦门大学 法律评论

2008年下卷
总第十六辑

编辑委员会

丁丽瑛 古祖雪 齐树洁 朱崇实 朱炎生 李琦
陈立 陈动 徐崇利 曾华群 廖益新

编委会主任 徐崇利

主 编 李琦
编 辑 游钰 王天民

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第16辑/李琦主编. —厦门:厦门大学出版社, 2009. 6
ISBN 978-7-5615-3286-7

I. 厦… II. 李… III. 法学-研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 093862 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:20 插页:2

字数:290 千字 印数:0001~2000 册

定价:22.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

编辑者言

编辑者将怀着对读者和作者的温情与敬意,持守对学术和法治的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》参与转型中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的话语平台包括:

学术专论,比较法—域外法—台湾法,立法建议—法条评析,实务见解(包括但不限于判解研究,及于司法与行政),法律教育,学位论文,学术观察(如书评、学术批评、学术现象之检讨)。在必要和可能时,编辑者也将就某一特定主题以专题研讨展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限,惟专论以不少于两万字为宜。编辑者希望作者因此得以从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。

所刊稿件若因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》发表的文章均可能为《高等学校文科学术文摘》所转载或摘编。

《评论》已加入《中国期刊全文数据库(CJFD)》,所有在《评论》发表的文章均被同步编入 CJFD。

编辑者就此敬请作者于惠赐大作时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、所在机构、学位、职称、通讯方式,并附英文标题。作者的以上相关信息,在文章刊发时也将一并载明,以便读者与作者之通联。

稿件注释请依照《评论》所刊论文的注释体例。

目 录

编辑者言

【专 论】

国际社会理论与国际法原理	徐崇利/001
君主制宪法下的司法权:对司法独立的一种考察	钱宁峰/042
《土地储备管理办法》解析与质疑	李 强 崔 健/074
默示预期违约与不安抗辩权制度比较	李 军/097
民事责任微调机制研究	黄 龙/122
审查逮捕程序中的案件讨论机制研究 ——以四个基层检察院为例	郭 松/163

【主题讨论:基本权利的司法保护】

德国和美国对基本权利的司法解释比较	刘 国/195
加拿大最高法院之“奥克斯标准”:基本权利的限制与反限制	徐继强/216

【域 外 法】

论英美法系抵销制度的实现方式	赵信会/238
----------------	---------

【立法建议】

中国大陆企业所得税与个人所得税一体化的法律思考 ——以股利所得经济性双重征税为中心	高汪瑜/252
--	---------

【实务见解】

“案件事实说”与中国民事司法实践

梁开斌/267

【学术观察】

国家干预与言论自由之促进

——对《言论自由的反讽》的质疑

林国合/292

Table of Contents

Notice to Contributors

Special Contribution

- Theory of International Society and Principle of International Law Xu Chongli / 001
- Judicial Power under Constitutions of Monarchy:
An Observation on Judicial Independence Qian Ningfeng / 042
- Analysis and Question on Measures on Land Reserve Li Qiang Cui Jian / 074
- Comparison of Implied Anticipatory Breach of Contract and Precarious Right to Defense Li Jun / 097
- Study on the Micro-adjustment Mechanism of Civil Liability Huang Long / 122
- On Discussion Mechanism in the Process of Examination of Arrest: Taking Four Basic Procuratorates for Example Guo Song / 163

Topical Discussion: Judicial Protection of Basic Rights

- Comparison on Judicial Interpretation of Basic Rights in Germany and America Liu Guo / 195
- “Oakes Test” of Canadian Supreme Court: Limitation and Counter-limitation on Basic Rights Xu Jiqiang / 216

Foreign Law

On the Realization Mode of the Set-off Rules in
Common Law System

Zhao Xinhui / 238

Legislative Proposals

Legal Thoughts on the Integration of Enterprise
Income Tax and Individual Income Tax in Mainland
China: Focusing on Economic Double Taxation
on Dividend

Gao Wangyu / 252

Views from Practice

Theory of Law Case and Chinese Practice of Civil
Justice

Liang Kaibin / 267

Academic Observation

State's Intervention and Promotion of the Freedom
of Speech: Question on the Irony of Free Speech

Lin Yuanhe / 292

《厦门大学法律评论》总第十六辑
厦门大学出版社 2008 年 12 月版
《国际社会理论与国际法原理》
第 001 页～第 041 页

国际社会理论与国际法原理

徐崇利^{*}

目 次

- 一、导论
- 二、国际社会理论与国际法原理：基本特点
- 三、国际社会理论与国际法原理：发展趋势
- 四、国际社会理论与国际法原理：比较分析
- 五、结论

一、导论

对于国际法的研究,传统的分析实证主义方法仍占据统治地位。分析实证主义主要运用概念和逻辑等形式分析的方法解释国际法“是何”(What)的问题。这种“纯法律的分析方法”固然突显了国际法的法律之特

^{*} 徐崇利,1966 年生,厦门大学法学院教授,国际法专业博士生导师,法学博士,电子邮箱:clxi@xmu.edu.cn。

色,但是无法阐明像国际法“为何/如何”(Why/How)之类的问题,^①包括容易割裂国际法与国际关系之间的联系。近20年来,在美国,一种以国际关系理论分析国际法的研究方法开始复兴。显然,依该交叉学科的方法探讨国际法与国际关系之间的关系问题,可以济传统分析实证主义方法之困。

虽然以国际关系理论分析国际法的方法在美国最为发达,但其并非为美国所独占。国际社会理论就是在美国之外发展起来的一种颇具影响的国际关系理论学派。该学派历来重视对国际法的研究。国际社会学派主要由英国学者以及在英国受过高等教育或担任教职的英联邦国家学者组成,因此又被称为“英国学派”。国际社会理论源于上世纪50年代末。1959年,一批来自学术界和外交界的人士在英国发起成立了“国际政治理论英国委员会”(简称“英国委员会”),开始以定期会议的形式开展学术研究,直到上世纪80年代中期终止。此后,国际社会理论得到了进一步的发展。该学派特点是:深受格劳秀斯学说的影响;采用传统的人文主义方法;以介于“国际体系”和“世界社会”之间的“国际社会”为核心概念;因循的是现实主义和自由主义国际关系理论的“中间道路”,即理性主义的进路;对于国际秩序与国际正义、主权和人权等基本价值之间的冲突,倾向于采取“二元论”;等等。

总的来看,国际社会理论是一种折衷的理论,但各学者的具体偏向有所不同。英国学派秉承的传统研究方法和立基的折衷学术立场决定了其对国际法能持比较客观的态度,反对任何形式的绝对主义——既拒绝国际法虚无主义,也排除国际法至上主义,由此,可以发展出比较丰富的国际法理论,也使其有别于其他国际关系理论学派的国际法理论。例如,英国学派的创始人之一曼宁认为,由主权国家构成的国际社会服从于国际法,是最好的一种社会建构,也是构成国际秩序的基础。曼宁指出:“像乐队按照贝多芬创作的作品演奏一样,英国社会是按照英国普通法运作的,而主权国家的超民

^① 参见 R. J. Beck, *International Law and International Relations: The Prospects for Interdisciplinary Collaboration*, *Journal of International Legal Studies*, Vol. 1, 1995, p. 146; Anne-Marie Slaughter, *International Law and International Relations*, *Recueil des cours* 285 (2000), Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 25.

族外交社会也是按照国际法运作的。”^②但是曼宁又认为,不能夸大国际法的功能。在国内,是宪法为政治提供基本规则;而在国际社会,是国际政治为国际法提供了框架或环境,使得国际法能够扮演应有的角色,而不是反过来国际法为国际政治提供框架。如果坚持要认为国际法为国际政治提供框架,也应记住其不是像国内法为国内政治提供环境那样。在国内,法律是政府的至交,二者一道为共同体的存在提供正式的框架;而国际法虽说不可能不与政府相关联,但不可能与政府一起提供这样的框架。

二、国际社会理论与国际法原理:基本特点

国际社会理论具有如下基本特点,这些基本特点也反映在其对国际法原理的分析上。

(一)传统主义的研究方法与国际法

上世纪50~70年代,国际关系理论曾出现了科学主义对人文主义的论战。这种论证的结果是跨大西洋国家之间在国际关系理论研究方法上的分道扬镳,最典型的表现是科学主义成为美国国际关系理论的主流方法,而人文主义的研究方法成为欧洲国际社会理论的一大特色。

科学主义以结构为中心,采取“阐释”(explanatory)的方法,是一种实证的、分析性的和抽象的理论;而人文主义的方法以人类为中心,坚持“解释”(interpretive)的方法,是一种规范性的、历史的和具体的理论。英国学派认为,国际政治不是自然科学,社会事实不同于自然现象,不可能发现规律和说明相互间的因果关系,在许多情形下只能采取“解释性的理解”,而无法采取“原因性的说明”。^③国际政治是具有自身特点、问题和语言的“一个人类经验的领域”,国际关系理论用以解释人们在国际关系中的思想和行为,国家是人类的一种组织,不可能脱离人类而存在。相应地,英国学派把国际关

^② C. A. W. Manning, *The Nature of International Society*, G. Bell & Sons Ltd., 1962, pp. 108~109.

^③ 参见秦亚青:《国际关系研究中科学与人文的契合》,载《中国社会科学》2004年第1期。

系看成是人类社会关系的一个特殊分支,是在特定的历史时空中存在的,具有特殊的语言、规范和价值。既然国际政治关涉人类世界规则、规范 and 价值的判断与选择,那么必须采取“哲理的、历史的和法律的”分析方法。^④ 在实践中,国际关系中的许多重要问题来自于人们自身不同的价值观念,面对国际秩序与国际正义、主权与人权等相互矛盾的政治价值与目标等难题,只有采取人文主义的方法,才能解释国际关系实践者的思想和行为。其中,“国际法一直是国际社会理论方法之知识结构的核心。这在格劳秀斯的中心地带明显如此。从格劳秀斯到瓦特尔,再到奥本海,欧洲的国际法伟大传统代表着现代国际关系研究的最为重要的知识传承之一。”^⑤ 正如英国学派的先驱怀特指出的那样:“如果政治理论是对国家进行思索的传统,那么国际理论可被假定为对国家社会或国家大家庭或国际共同体进行思索的一个传统,而这种思索以往是在国际法下把握的。”^⑥ 该学派最重要的代表人物之一布尔也曾断言:“既然存有国家和其他行为体认为它们应受约束的规则,那么毫无疑问,据此我们才可以讨论国际社会。”^⑦

晚近,一些英国学派的学者开始引入科学主义的方法。例如,新生代的领军人物布赞借鉴了美国主流国际关系理论中的“结构”理论,创立了英国学派的结构理论,从而使得国际社会理论更加“科学”。然而,尽管如此,传统的哲理的、历史的、法律的分析仍然是国际社会理论的根基。因为“该学科历史的和法律的方法有着统一的和内在的逻辑,不可能轻易地像选摘樱

④ H. Bull, *International Theory: The Case for a Classical Approach*, in K. Knorr & J. N. Rosenau eds., *Contending Approaches to International Politics*, Princeton University Press, 1969, p. 20.

⑤ A. Hurrell, *Keeping History, Law and Political Philosophy Firmly within the English School*, *Review of International Studies*, Vol. 27, 2001, p. 492.

⑥ M. Wight, *Why Is There No International Theory?*, in M. Wight & H. Butterfield eds., *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics*, Harvard University Press, 1966, p. 18.

⑦ H. Bull, *International Law and International Order*, ANU Lecture, 16 July, 1969.

桃那样去适应政治科学即时的目的”。^⑧ 可以预见,英国学派将继续理解国际法的角色,并体认法律与政治之间知识对话的重要性。从上世纪90年代以来,在美国,国际关系理论与国际法学的交叉研究发展迅速,但在英国学派的学者看来,其中许多最有影响的著作对国际法律规则和国际法律秩序的分析视野太窄,过于强调理性主义。^⑨ 然而,在与美国学者的论战中,可以明辨对方理论的缺失,促进国际社会理论的发展。例如,不能像美国主流的制度主义学派那样,对国际法采取纯合同理论的分析。国际法律体系应是一种内在的、历史发展的制度和相互联结的规范性体系。对国际法采取只针对具体问题和历史虚无主义的分析方法,将难以理解规范是什么,因为国际法律规则对行为体的规范性意义取决于论证和解释的内在结构。同时,也将难以理解规范如何运作,因为国际法律秩序开启了内化和社会化的进程,这也是建立在理性主义基础上的制度主义理论始料未及的。

(二) 折衷主义的理论基底与国际法

自怀特始,英国学派一般把国际关系理论的传统分为三种:一是马基亚弗利式的现实主义,重视国际“无政府状态”,从一个铁血者和道德虚无主义者的视角看待世界,强调权力与利益是“控制或惩戒”的因素;二是康德式的自由主义(革命主义),重视国际社会之“道德统一性”,从一个颠覆者、自由者和具有使命感者的视角看待世界,强调普遍人权和人类共同体观念是“能动和激励”的因素;三是格劳秀斯式的理性主义,重视“国际对话与交往”,从遵从法律和秩序者以及信守承诺者的视角看待世界,强调秩序、规则、制度和国际法是“开化或调节”的因素。

例如,对于国际法的遵守,现实主义、理性主义和革命主义三种国际关系理论的看法不同。理性主义认为,在国际社会,国家之间交往的基础是遵守国际义务,不违背承诺,以及国际条约具有拘束力。简言之,就是“约定必

^⑧ A. Hurrell, Keeping History, Law and Political Philosophy Firmly within the English School, *Review of International Studies*, Vol. 27, 2001, pp. 489~490.

^⑨ 需要指出的是,美国两大主流国际关系理论学派——新现实主义和制度主义所指的理性主义是狭义的,仅强调工具理性,假定行为体是自利的,并采取成本/收益的分析逻辑;而英国学派所指的理性主义是广义的,既包括工具理性,也包括价值理性。

需信守”。那么,约定为何必须信守呢?也许可以用功利主义的理论来解释,但最古老和最深入的解释是遵守约定代表着道德规范,符合内在的正义标准。如果理性主义对待国际法的遵守强调采取“约定必需信守原则”,那么现实主义主张的是“情势变迁原则”,认为任何条约义务的设定都是暂时的,国家的重大利益发生变化,条约就不可能得到继续遵守。在19世纪上半叶之前,国际条约都是无限期的。然而,自19世纪下半叶以来,随着从理性主义转向现实主义,从自然法理论转向实证法理论,国际条约多为有期限的。与此同时,“情势变迁原则”也被普遍默认。革命主义则往往主张,应以意识形态为标准识别国际义务,以便决定是否给予遵守。例如,在欧洲曾有过这样的政治原则,即对异教徒无须守信。^⑩

国际社会理论虽然也吸收了现实主义和自由主义的成分,但主要秉承了理性主义的传统,其理论基底是理性主义——既关注国家如何行为,也关注国家应该如何行为。

从伦理取向上看,国际社会理论也呈现出了中庸的色彩:既不像自由主义那样推崇道德主义或完美主义,也不像现实主义那样,主张价值中立乃至道德虚无主义;而是采取根据具体形势进行道德选择的非完美主义或情势伦理,倾向于强调责任伦理而非信念伦理,推崇政治审慎与道德义务的平衡。^⑪

现实主义强调国际体系的无政府状态,理性主义虽也承认“无政府状态”这一概念,但认为经过国家间的对话和交往,可以成就制度化的国际秩序。这种国际秩序不是要像现实主义那样主张应建立“世界政府”,也不是像自由主义那样推动建立国际社会的“道德统一体”。现实主义强调权力政治,认为战争和冲突不可避免,对国际关系的未来持悲观的态度;理性主义相信人类是具有理性的,能识别善恶,并从错误中吸取教训。据此,即使没

^⑩ 详见 M. Wight, *International Theory: The Three Traditions*, G. Wight & B. Porter eds., Leicester University Press, 1991, pp. 238~241.

^⑪ 详见陈志瑞、周桂银、石斌主编:《开放的国际社会——国际关系中的英国学派》,北京大学出版社2006年版,第58~68页。

有共同的政府,国家之间也会通过合理的管理,渐进改良和演化,达至和平共处。换言之,理性主义并不否认国家之间暴力现象的存在,但认为通过国际法和道德等的作用,战争是可以控制的;但又不像自由主义那样,满怀乌托邦式的乐观主义,相信世界会自动趋向和谐,并标举普世主义,贬低国家的作用。

现实主义对国际法的作用基本上持否定的态度,使得国际法沦为权力的“婢女”。相反,自由主义则过高地追捧国际法,使得国际法承受难以承受之重。以理性主义为基底的国际社会理论把国家看成是“权力国家”(Machtstaat, power state)与“宪政国家”(Rechtstaat, constitutional state)的结合体,承认权力和法律都是国际关系的重要特征。例如,联合国体制就可说明权力和法律两大因素是如何并存于国际社会之中的。在安理会中,只有五大常任理事国具有否决权。这非常明了地承认了世界政治中不平等权力之现实,反映了现实主义的“权力和不平等”之因素。相反,联合国大会是按国家间平等原则建立起来的:每一个国家在法律上都享有与其他国家平等的地位;实行一国一票制,由多数国家而不是强权国家议决事项。这些都反映了理性主义的“共同规则和规范”之因素。此外,联合国也承认个人在国际事务中的重要性,已经建立了关于公民、政治、社会、经济和文化基本权利的国际法律框架,体现了连带主义和普世主义的价值观。总之,秉持中庸之道的国际社会理论可以比较恰如其分地反映国际法在国际社会的客观地位和作用。

(三) 国际社会的核心概念与国际法

与现实主义、理性主义与自由主义分别相对应的三个概念分别是“国际体系”、“国际社会”和“世界社会”。

按照国际社会理论,当两个或多个国家相互间具有足够联系,并且对彼此的决策产生足够的影响,以至于使每一方的行为成为另一方考虑的必要因素时,就形成了“国际体系”。国际体系通常与国家间的权力政治有关,并把无政府状态下国家间的权力结构及其作用过程作为其理论的中心。

而“国际社会”是指,一群国家不仅在一国的行为是其他国家必须考虑的因素之意义上构成了一个体系,而且通过对话,同意在彼此间的关系中按

共同规则和共同制度行事,承认各国在维持这些安排上具有共同利益和共同价值而建立起来的一种社会。由是观之,国际社会不但包括国际体系内国家互动之机械的一面,而且强调了国家之间通过建立和维持规则和制度进行社会建构的另一面。例如,在冷战时期的国际社会,东西方集团之间的关系就差不多退化到了一种“国际体系”,每一方的外交政策都立足于对另一方意图和能力的算计。冷战结束之后,俄罗斯加入了西方主导的国际组织,并接受了相应的国际法律制度,诸如八国集团、经合组织、国际货币基金组织、世界银行等。为此,俄罗斯不得不考虑共同的利益和遵守体现在这些国际组织以及相应国际法律制度中的共同价值和共同义务。一言以蔽之,俄罗斯不得不又回到以西方为中心的“国际社会”。可见,国际制度是英国学派思想的核心:首先,国际制度构建了国家社会的基本内容。此外,国际制度是英国学派学者所指国际秩序之基础。同时,英国学派对国际制度的特定理解也是其区别于其他有关主流国际关系理论学派(如制度主义学派)的一个标志。

然而值得注意的是,英国学派强调国际制度,不是说该学派认同作为一种国际制度的国际法创造了国际社会,并成为改变国际社会的动力,而是说国际法首先能够界定出国际社会存在的建构性规则,而后又能推断出国家之间在国际社会中共存的基本规则,并提供某种使彼此间正式关系得以发展的言语框架。因此,英国学派对国际法的兴趣不在于国际法是什么,而是国际法意味着什么。国际法可成为国际社会存在的证据,凡是有社会的地方就存在法律,但国际法并没有给出国际社会存在的原因。正是国际法为英国学派学者提供了一种非常有用的工具,使他们能像矿工使用矿灯那样挖掘出国际社会的方方面面,即国际社会可以借助于国际法建构出来的国际法律体系而得到观察。^⑫

至于国际社会的形成是否需要在各国间存在共同的文化为前提,在英国学派内部则是一个有争议的问题:有的学者认定这是一个必备条件。例

^⑫ J. D. B. Miller & R. J. Vincent eds., *Order and Violence: Hedley Bull and International Relations*, Clarendon Press, 1990, p. 54.

如,怀特强调“国家体系的存在和维系有赖于一种共同的文化和价值观”;^⑬有的学者则主张,即使没有共同的文化,只要国家之间存在共存的现实需要以及其他共同的基础,在理性基础上的长期互动、相互承认和相互协调,从功能的角度观之,国际社会也可以成就。^⑭

总之,国际体系是国际社会的前提,是一个比国际社会更低位阶的概念,国际体系可以在国际社会没有产生的情况下存在。或者说,国际社会是比国际体系演化层次更高的一个形态,虽有国际体系,但可能尚不足以形成国际社会。一个国家是国际体系的成员,但未必就是国际社会的成员。反之,国际社会如已形成,则必有国际体系的存在。

“世界社会”是以个人和非国家组织(如跨国公司、非政府组织等)为本位的人类普遍共同体,它所关注的并不是国家社会的共同目标或共同价值,而是由全世界个人作为一个整体的全球社会的认同和安排。对于何为世界社会,在英国学派内部,认识比较混乱,但在以下两点上看法是一致的:第一,在本体论上,世界社会和国际社会不同,前者反映的是国家之间的关系,而后者强调的是个人、跨国公司、非政府组织等非国家行为体之间的关系。第二,对世界社会起维持作用的部分是共同文化,部分是一种建立在理性和自利基础上的社会体制。^⑮而如上所述,国际社会的存在是否需要共同的文化,则是有争议的一个问题。

对于世界社会与国际社会之间关系的理解,英国学派内部也有分歧:该学派比较早期的学者多认为,二者存在矛盾,世界社会中非国家行为体的发展会削弱国家主权这一国际社会赖以建立的基础。该学派晚近的学者则主张,不应将世界社会与国际社会对立起来,由个人和非国家组织跨国交往形

^⑬ M. Wight, *Systems of States* (H. Bull ed.), Leicester University Press, 1977, p. 17.

^⑭ S. Burchill, A. Linklater, R. Devetak, J. Donnelly, M. Paterson, C. Reus-Smit & J. True, *Theories of International Relations*, 3rd ed., Palgrave Macmillan, 2005, pp. 90~91.

^⑮ B. Buzan, *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalisation*. Cambridge University Press, 2004, pp. 44~45.