

2009年春季卷 总第18卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 张成敏

東吳法學

倪徵暎題



关于全球化与国家主权重新定位的一点思考——韩国的选择——李钟秀

法律全球化话语的逻辑——以李林、周永坤、邓正来为例——魏敦友

最高法院——篡夺者还是受让人？（刘练军译）——查尔斯·A·比尔德

晚清时期领事裁判权下的涉外诉讼机制——吕铁贞

关于《德国民法总论》翻译的若干商榷——章正璋

松陵门第旧高华——费青记事——高积顺

學大吳東

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2009年春季卷 总第18卷

東吳法學

倪徵暎題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2009 年春季卷: 总第 18 卷/周永坤主编.
北京: 中国法制出版社, 2009. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1349 - 7
I. 东… II. 周… III. 法学—文集 IV. D90 - 53
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 115480 号

《东吴法学》2009 年春季卷 (总第 18 卷)

DONGWUFAXUE 2009NIAN CHUNJIJUAN (ZONG DI 18 JUAN)

策划编辑/冯雨春 责任编辑/赵宏 封面设计/云羽
主编/周永坤
经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2009 年 9 月第 1 版

印张/ 22 字数/ 373 千

2009 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1349 - 7

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010483

邮购部电话: 66033288

东吴法学
Soochow Law Review
2009 年春季卷
总第 18 卷



主编 周永坤

副主编 张成敏

学科编辑

法理学:庞 凌

法律史学:方 潇

宪法学:上官丕亮

行政法学:章志远

民法学:方新军

刑法学:李立众

诉讼法学:胡亚球

经济法学:朱谦

国际法学:董炳和

编务编辑:戚薇丹

曹保山

英文编辑:孙国平

英文校阅:邱晓磊

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号

苏州大学王健法学院

Kenneth Wang Law

School, Soochow University

《东吴法学》编辑部

联系电话

0512-65227483

编辑部电子信箱

dwfx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

关于全球化与国家主权重新定位的一点思考

——韩国的选择 [韩]李钟秀 孔金萍译(1)

法律全球化话语的逻辑

——以李林、周永坤、邓正来为例 魏敦友(10)

法律论证图式研究 焦宝乾(24)

民事释明权制度的知识考古 刘 磊(43)

法律与社会

——哈特《法律的概念》的社会学解释 徐继强(63)

公共政策与利益衡量

..... 胡玉鸿 钟 毅(75)

中国宪法实施研究模式评价

——以研究假定、论证(逻辑)、论题指

向与论证策略为核心 韩秀义(93)

最高法院——篡夺者还是受让人?

..... [美]查尔斯·A·比尔德 刘练军译(116)

立法的人性化解读

——以行政立法为视角 郑雅方(140)

“紧急状态”意涵之辩

——兼评我国现行法律文本和学术论著中的

“紧急状态”法律概念问题 陈 聪(153)

质询权法律规范之分析 曹 雪(169)

中国传统司法众生相

——以“三言二拍”为视角 李凤鸣(179)

从女子的再嫁看清代司法审判

——以判例判牍为中心 郭瑞卿 张祥奎(190)

晚清时期领事裁判权下的涉外诉讼机制 吕铁贞(203)

维护伦理与发现真实

——明清民事证据制度的选择 蒋铁初(219)

晚清华洋诉讼与中国传统司法

诉讼制度之转型 蔡晓荣(231)

韩国物权法的发展与展望 金玟中(244)

“形成抚养关系”的法律适用问题研究 高为民(260)

关于《德国民法总论》翻译的若干商榷 章正璋(271)

反倾销法上的最佳可获得信息规则初探…… 陈立虎(278)
金融安全与国际金融法的新思考…… 潘抱存(297)

松陵门第旧高华
——费青记事…… 高积顺(311)
家父,慈谿郑保华
——追忆一位著名法学家的人生足迹 … 郑家永(341)

东吴名家
…… 费 青(345)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 18

Spring 2009

No. 1

CONTENTS

On Globalization and Re - position of State Sovereignty

——South Korea's Perspective Li Zhongxiu, Translator: Kong Jinping(1)

The Logic of the Text of Legal Globalization Wei Dunyou(10)

On Legal Argument Methods Jiao Baoqian(24)

Exploration on the Interpretation System in Civil Litigation Liu Lei(43)

Law & Society

——A Sociological Perspective on H.L.A Hart's The Concept of Law ... Xu Jiqiang(63)

Public Policy and Interests Weighing Hu Yuhong Zhong Yi(75)

Comments on the Research Patterns of Chinese Constitution's Implementation

..... Han Xiuyi(93)

The Supreme Court——Usurper or Grantee

..... Charles A. Beard, Translator: Liu Lianjun (116)

On the Humanization of Legislation Zhen Yafang(140)

Contention on the Connotation of“State of Emergency”

..... Chen Cong(153)

Analysis of the Legal Norm of the Right to Inquire

..... Cao Xue(169)

Panoramic Images of Traditional Chinese Judiciary

..... Li Fengming(179)

On Qing Dynasty's Judicial Adjudgment from the Perspective of Women's Remarriage

..... Guo Ruiqing Zhang Xiangkui (190)

The Mechanism of Litigations involving Foreign Factors under Consular

Jurisdiction in Late Qing Dynasty	Lv Tiezhen(203)
Ethics – safeguarding and Facts – finding	Jiang Tiechu(219)
Chinese – Foreign Litigations in Late Qing Dynasty and the Transition of Traditional Chinese Litigation System	Cai Xiaorong(231)
The Development and Prospect of South Korea's Real Rights Law	Jin Minzhong(244)
On the Application of Law of “Forming – Fostering – Relationship”	Gao Weimin(260)
Some Discussions on the Translation of <i>General Outlines of German Civil Law</i>	Zhang Zhengzhang(271)
On the Rule of BIA in Anti – dumping Law	Cheng Lihu(278)
New Thoughts on Financial Security and International Financial Law	Pan Baocun(297)

关于全球化与国家主权重新定位的一点思考

——韩国的选择

[韩] 李钟秀* 孔金萍**译

内容提要：本文围绕全球化潮流下的主权概念的变化展开论述。自 *Jeans Bodin* 首次提出国家主权概念以来，建立在近代民主主权国家以及国家间相互认可基础上的国际和平秩序，近年来由于欧盟的成立以及韩美自由贸易协定的签订等，正在悄然发生变化。各国围绕制约国家主权问题展开了激烈争论，尤以德国联邦宪法法院 *Maastricht* 判决中的争论为代表，韩国国民主权情结导致对此意见分歧很大。笔者认为主权维护和平的本质意义至今没有改变，只是过去以主权不可侵略、不可分割的方式，而现在以共同主权、分化主权的方式。

关键词：全球化 国家主权 共同主权 分管主权

一、导言

当下，整个世界都在经受全球化飓风的洗礼，韩国也不例外。特别是最近韩美两国为缔结 FTA 协定（*South Korean - U. S. Free Trade Agreement*，韩美自由贸易协定）所进行的协商，在围绕全球化问题展开深入讨论的同时，也引出了国家主权这一重要问题。而我们社会所固有的理念偏差导致对这一问题的看法大相径庭。比如，对于政府推动缔结韩美 FTA 协定，有人认为这是对国家主权的放弃或者侵害，也有人对政府试图收回之前移交给美国的战时作战指挥权的做法表示强烈反对。在此过程中，国家或者政府应该为主权做些什么呢？

上述分歧的关键在于如何把握主权概念。我们社会，主权概念何以如此重要，此为本文要讨论的第一个问题，也是本文论证的出发点。

* 韩国延世大学法学院副院长，教授。

** 正在韩国延世大学攻读博士学位的中国留学生。

第二次世界大战结束后不久即成立的联合国,打破了旧的国际秩序,建立了新的国际秩序。特别是全球范围内,自由贸易的迅速发展,一方面加速了以跨国贸易为标志的全球化,另一方面也促进了区域经济一体化。其中,最具代表性的事例当属欧盟的成立。多国以构建经济共同体为目的而成立的欧盟,现在已不仅仅是国家间的联合体,正在为发展成为统一的联邦制欧洲国而不懈努力。在此过程中,德国等欧盟成员国的主权受限的正当性问题被突显出来。^[1]这也是本文要讨论的第二个问题。当下,国家主权问题成为国际新秩序的纽带,在建立国际新秩序的过程中,国家主权问题应该如何定位,这一问题将在结论部分得到解答。

二、主权与主权国家的一般理解

(一) 传统主权概念的提出与国民国家的成立

Jean Bodin 首次提出主权概念^[2]的契机是宗教战争的爆发引起中世纪的单一信仰共同体解体。Bodin 面临的课题是:在经历了因宗教而引发的内战后,如何才能使不同的宗教组织在同一区域内和平共处,而解决方案就是提出了主权概念。在 Bodin 看来,主权概念是实现和平共处的关键所在。^[3]

传统主权概念由对外主权和对内主权两部分构成。对外主权指本国相对于其他国家的独立,即对外的独立性;对内主权指的是主权是一国之内法律上的最高权力。此种意义的主权概念是近代国家成立过程中的核心概念:作为一种权力垄断,武装的主权意义上的国家权力担负着保卫内外和平的重任,也正因为此国家被赋予了相关权力。

自以主权为基础的绝对国家成立以来到 17 世纪末期,欧洲出现了“国家间的共同体”组织,该组织成员国相互承认在各自领土范围内只有本国才能行使在本国的管辖权,这成为国家主权发展过程中的中心现象。由此在“1648 年威斯特法伦条约 (westfalen)”的基础上,形成了被称为“威斯特法伦模式 (Westfalen Model)”的国际

[1] 在德国,有关此问题的事例请参照 K. Hailbronner, Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied - Deutsche Erfahrungen, in: Festschrift für H. Maurer, C. H. Beck, 2001, S. 97 ff. 在此 Hailbronner 指出了德国法与欧盟法之间大大小小的冲突。例如: Tanja Kreil 事件中,德国法规定:不允许女子参加带武器的兵役。欧盟法院指出这一规定违反了欧盟法保障男女平等的原则;德国传统以来奉行的规定——只允许贩卖依照纯粹性请求规定 (Reinheitsgebot) 制造出来的啤酒——被判违反欧盟法,结果德国允许贩卖欧盟成员国的所有啤酒;在 Deggendorf 纤维工厂事件中,“补助金的受益人在特定条件下不得撤回”的德国诉讼法上的规定因违反欧盟法不能在欧盟法院主张;为了解决德国宪法法院所作出的判例——外国人在德国没有地方选举权——与欧盟法的冲突,修改德国基本法。

[2] J. Bodin, Six livres de la République, 1576.

[3] [德] G. Haverkate, Verfassungslehre, C. H. Beck, 1992, S. 31 ff. 在此 Haverkate 洞察了保卫或促成和平的努力和打破内外和平的做法。

新秩序。该模式是由领土国家——国家之外不存在任何其他权威——亦即主权国家确保国际秩序的建立和发展^[1]。

像这样，以主权概念为核心，通过国家和民族间的结合，国家思想的影响不断扩大和深化，直到第二次世界大战后，人类才建立起以自由和人权为中心的和平共处的国际新秩序，并为此付出了惨重代价。自此以后，人类开始超脱传统的以主权国家的相互承认为基础的互不干涉内政原则，国际上，对自由和人权的认知水平不断提高，以探索国际新秩序和保障人权为目的国际介入也具有了正当性。^[2]

（二）国际秩序、国家外部环境的变化与国家主权的消退

第二次世界大战后，政治层面——联合国，经济层面——关税贸易总协定（GATT）的创立标志着人类走上了通过建立缔结国际性条约以谋求国际和平与发展的新道路。特别是随着资本的积累和技术划时代的进步，生产力不断发展，促进了世界贸易和消费，由此也促进了世界的无国境化。此外，飞机等交通工具和互联网信息共享的飞跃发展，大大缩小了世界的时空范围，形成了所谓的“地球村”。诚然，当今的世界化并非单一原因而是多方面原因综合作用的结果，^[3]但是至少可以认为以上所述是根本原因。

在这样的情况下，国际法及“适用于国家间的排他性的法”的地位不断受到挑战，结果是个人和集团作为国际法主体的地位得到了认可。即当今世界宪法国家开始“开放化”甚至“超国境化”^[4]，因此，传统意义上的主权领土以及领土国家在相对意义层面的重要性正在消失。交通便利，个人出行越来越频繁，越来越经常地脱离传统意义上的领土国家，所以作为判断某一主权国家公民标准的国籍和公民权等词汇及其意义正在逐步消失，现在的主权越来越不具有专属于本国的正当性。是否可以这样认为：过去的主权概念——以对本国领土和国民具有排他性的垄断权力为标志——今天已经开始发生变化，作为主权基础的国家正在消退，也就是说，主权和国家只有在一定条件下才可以等同。

三、韩国主权问题的特殊性

（一）主权情结和主权概念的世俗化

从制宪宪法到现行宪法，无不以“作为悠久的历史和传统……”开头，对我们而

[1] [德] D. Held / A. McGrew / D. Goldblatt / J. Peratton (丕丕刚翻译)，全球化的变化，创作和批评者，2002年版，第17页。

[2] 请参考：H. Maurer, Idee und Wirklichkeit der Grundrechte, in: Juristische Zeitung, 1999, S. 689 ff.

[3] [德] D. Held / A. McGrew / D. Goldblatt / J. Peratton (丕丕刚翻译)，前著，第83页。

[4] [德] R. Schimdt, Der Verfassungsstaat im Wandel, in: Festschrift für W. Brohm, C. H. Beck, 2002, S. 542。

言, 主权国家的独立性和整体性, 就像我们的宪法开头所描述的那样, 怎么强调都不为过。这一方面是由于日本等周边国家的多次军事威胁, 另一方面也是因为我们有过长期的主权被侵略甚至丧失的苦难历史。因为过去的历史, 主权问题在我们国民的心目中打上了深深的烙印, 这也是政治论争中, 获得主导权者屡试不爽的核心论点。久而久之, 绝不容忍对统治权的限制或者毁损成为一项不可动摇的政治禁忌, 特别是解放战争之后, 南北韩的分立和对峙, 以及定性为内战的韩国战争, 使得以宪法第 3 条领土条款——“韩国领土包括韩国半岛及其附属岛屿”——为中心的领土主权问题, 成了根深蒂固的政治禁忌。

另外, 在民主不具有正当性的过去, 权威主义政权抵制民主化势力——为了确保自由和人权而反对政权——强调国家主权。久而久之, 在韩国, 主权概念得以世俗化, 以至于在日常生活中也被广泛使用。比如, 文化主权、经济主权、消费者主权、观众主权、情报主权、军事主权、核主权、导弹主权、通信主权、能源主权、粮食主权以及检疫主权等, 社会上几乎所有的重要事项都被冠以主权, 对主权强调的深刻性和重要性已经渗透到了日常生活中。但是, 主权概念的世俗化是否仅仅说明该社会议题目前在政治、国家层面的重要性? 这使得确认主权概念的传统性变得相当困难。

(二) 韩国社会主权论争的现状

日本太平洋战争战败后, 韩国解放了, 1948 年韩国政府成立, 国权恢复。此时, 对我们国家而言, 主权象征着对外的独立, 我们越来越感受到其意义的重大。即一方面, 世界认可我们是独立的主权国家, 但另一方面, 解放后持续至今的南北韩分立的情况下, 在领土问题和主权独立问题方面, 与东西德分立时的“德国问题”^[1]类似, 我们社会有“韩国问题”, 我们也在寻求“韩国问题”的解决。可以肯定的是, 历史上, 德国通过国家统一解决了“德国问题”, 同样, 我们也会通过南北韩统一来解决“韩国问题”。

众所周知, 过去在权威主义政权下, 主权与国家权力之间的正当性问题是非常空洞的。1987 年 6 月持续到现在的韩国社会民主化, 为国家权力的正当性问题至少在形式上提供了解决的途径。之前的民主化运动提出了“争取直接选举总统”的口号, 这种口号至少包含了国民希望在创设国家权力的过程中, 确保主权者地位的民主化的意愿。

巴黎革命以后出现的“国民主权论”和“人民主权论”的争论, 一直是我国进步法学派讨论的中心。这种论争出现的首要原因是统治权力缺乏民主正当性; 其次,

[1] 这里“德国问题”指的是因分立而造成的东西德两个德国的法的地位、德国的主权性、柏林的特殊的法的地位等余下的法的、政治的疑问没有解决的状态。请参考: W. Weidenfeld/K. R. Korte, Die deutsche Frage, in: W. Weidenfeld/K. R. Korte (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Einheit, 1992, S. 129 ff.

左右派的对立以及现行的代议制度没能发挥应有的作用，导致推定意志与国民真实意志的背离也是原因之一。权威主义主权下，有了国家统治权才有人民的自由，而我们国家不是通过市民革命，而是借助外部力量直接建立起的宪法国家。所以，以上论争的根本分歧又回归到国家统治权力是否具有正当性的问题上。当下有关民主主权的讨论是有关民主制宪国家的统治权力乃至国家权力的正当性问题的再现。^[1]现在，我们对该论争的实际意义仍然疑心忡忡。

总之，在实现了形式民主化的今天，可以认为主权问题是国家权力是否具有民主正当性问题的再次提出。即一方面明确阐明现行的代议制度下，作为主权者的国民没有直接行使国家权力，但是国家权力最终又来源于国民；另一方面，代议制度确保代议机关行使国家权力并承担最终责任。但是，如果代议制度，缺乏能够让代议机关承担责任的机制和实质，这就又归结到国家权力的终极正当性问题。于是，就有了要求国民——主权者——介入统治权力行使的正当性。

所幸过去我们对权威主义的镇压进行了反抗，联合了批判民主化的政治力量，推选金大中当选总统获得成功，首次实现了政权的和平交接。现在的李明博政府又顺利地完成了第二次交接。这样有关国家权力正当性问题的讨论至少在形式方面告一段落。尽管如此，其他方面特别是市民对政府经济政策和国家经济政策的不满依然存在。为解决对社会稀缺资源分配办法不满而引发的纠纷，需要形成以法律制定权和法律执行权为代表的对内主权，这些意味着对内要弱化主权。

民主化以后的历代政府，特别是在处于全球化的风口浪尖的情况下，在制定法律和执行法律的过程中都自觉地走上了政府职能自我弱化的道路。特别是1997年金融危机中，经济崩溃导致部分经济主权的丧失，在此过程中，在有关主权的全球化的讨论中，我们社会全体的注意力转移到了经济领域。

今天韩国的市民社会特别是市场，在新自由主义反对国家介入的情况下，仍然要求国家和政府承担无限责任。即市民社会抓住其自身自律性的特点，在国家与社会分工不同的大原则下，仍然要求政府、国家对经济成长和社会福利承担无限责任。这样，市民社会和市场，一方面认可国家对社会一定程度的干预，另一方面，也要求国家承担相应的责任。

结果，现行正当的民主主义下，代议政治的主导者——各政党的无能和无责任感，必然导致代议制度以失败而告终。如此一来，拥有主权、处于决定地位的国家将不能主导或参与不断变化的国际秩序，以至于陷入连正当性都被否认的恶性循环中。

[1] [德] U. Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Mohr Siebeck, 2004, S. 511.

四、主权的发展趋势

(一) 共同主权、分管主权与国家主权的并存

修正传统意义上的国家概念的讨论源于欧洲联合的开始。众所周知,起初的欧洲联合,现今已发展成为欧盟。以前欧洲共同体(EC,简称欧共体)是多国通过缔结条约而组成的松散的联合体。与欧共体不同,欧盟制宪正在商讨中,欧盟正在为成为一种新形态的独立国家——联邦主义构造的国家——而努力。德国联邦宪法法院认为:建立在 Maastricht 基础上的欧洲联合是强化了的多国结合体。^[1]这种国家形态的出现,是否意味着对国家主权的限制,或者民族国家形态的消退乃至灭亡,至今仍有争议。

二战后,国民和包括人权在内的国民的自由和权利,而非国家,成为宪法国家的重心,自此国家的形式和实体开始发生了变化。单独国家以及欧盟等超国家的出现并占据主位,标志着主权概念发生了变化,不再指由本国垄断,共同主权、分管主权的问题也集中突显。如果还停留在 J. Bodin 以来对主权的理解,固执地认为不可分性是主权的本质属性,共同主权、分管主权现象则意味着对主权的侵害以及主权国家的解体。

前面所提及的 Maastricht 条约签订过程中,德国联邦宪法法院在拒绝绝对意义上的主权时,明确指出,国家任务的认可及行使国家权限的权利最终应回归给国民,对国民负责的民主主义原则是基本原则。即再次确认了国民是与国民自身相关的国家权利的出发点。并指出,德意志的地位是“缔结条约的主体”,其自身性质也被提高到“从固有权利中发展而来的主权国家主体”^[2]。德国及其他单独国家,作为条约的主体,为了完成原本由单独国家所担负的部分任务以及共同行使此范畴内的自身主权而结成欧盟,以部分放弃主权的不可分性为代价换来了主权外延的扩大,在此过程中,欧盟成员国仍然是一种主权主体。

以上所述,不是既存的封闭的宪法国家的没落,相反是合作式、开放式宪法国家发展的开始,这也意味着无国境化的开始。欧盟等新的联邦主义国家模式以及超国家组织,因为是经由宪法国家的主权者——独立国家的国民的同意而成立的,确保了民主正当性,因此这些组织的成立也具有了正当性。德国为了保障自身及其他成员国作为国家的主体性,强化了补充性原则,强调欧盟行使权力时应当遵循比例性原则。补充性原则是指欧盟在行使专属管辖范围之外的权利时,仅得在单凭成员国自身无法圆

[1] BVerfGE 89, 155 vom 12. 10. 1993.

[2] [德] E. Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität, in: Juristische Zeitung, 2000, S. 1124.

满完成的情况下才能行使。比例性原则确保共同体采取措施必须在为达成条约目的且必要的限度之内实施。

（二）为确保和平而努力的主权

以上各种情况都是围绕主权问题展开的。有人认为目前的情况是对主权的毁损或者侵害，在一味坚持国家主权绝对性的前提下，前述情况可以认为是对主权的侵害。但是，如果认为主权是权力，它原本就是为了保卫和平而存在的，这样的本质现在没有改变，将来也不会改变。在此意义上，主权的本质自古至今都没有改变。与过去相比，不同之处在于需要维护和平的国家外部的环境发生了变化——仅靠一国之力无法解决、且日益严重的全球污染问题的出现，使得各国之间经济相互依赖关系日益增强，各国共同危机意识增强，相互之间纠纷增多。这种情况客观上也要求各国共同寻求国际化解决问题的途径。当今世界，仅靠一国不能解决所有问题，世界各国都处于错综复杂的命运共同体环境中^[1]。特别是在全球化的强力推动下，资本运作加速了无国境化的发展，更加速了国家职能的萎缩。所以，可以这样理解：为探索全球环境问题的解决方案、推动经济的发展，所进行的缔结国际协约、条约的活动，以及为了监督条约履行而成立国际机构和经济合作体等活动，都可以看作是在既存条件下为了新的世界和平而作出的努力。

所以，有人提出“国家间缔结条约的结果并非是放弃行使国家权力”^[2]。在此主张下，国家间签订条约、成立国际机构并以此来约束本国、他国，与其说是弱化或者侵犯主权，不如说是主权的作用范围在扩大，已经扩大到了超越国境的程度。对普通市民而言，欧盟等机构的成立，意味着国民在原有的本国市民权的基础上增加了欧盟市民权，最终扩大了生活领域。反之，就会主张绝不能重蹈以前作为败权国家的覆辙。所有争论的出发点都是，国民拥有主权，为了解决共同的危机，拥有国家主权的独立国家需要决定主体，强调由这些主体来决定最佳解决方案。保卫和平是主权的本质，这是由来已久的课题，即使在当今世界，主权与独立国家仍然是有待讨论的话题。

五、结语

全球化的劲风下，我们也面临着前所未有的、艰巨的挑战。如果因为担心技术进步带来的危险，不顾世界统合的步伐，抵制技术进步，就会跟不上全球的发展，

[1] [德] D. Held / A. McGrew / D. Goldblatt / J. Peratton (仝译刚翻译)，前著，133 页。

[2] [德] L. Wildhaber, Festschrift für Eichenberg, 1982, S. 143 f. (R. Schimdt, Der Verfassungsstaat im Wandel, in: Festschrift für W. Brohm, C. H. Beck, 2002, S. 537 中再引用)。

社会会因国家的束手无策、袖手旁观而逐步走向危险。^[1]全球化还会伴之以资本的自由流动带来的超国境化现象,以及意欲规制此现象的既存国家权力的弱化。所以,全球化的潮流要求建立国际化制度——能追究在全球范围内主导资本流动的跨国企业等经济主体的终极责任。特别是大量生产促进了社会消费的发展,为防止因此而导致的全球范围内的环境污染,特别是为了统一规制投机资本背后的跨国企业并追究其责任,需要继续赋予国家以法律制定权和法律执行权,尤其需要缔结国际条约、建立确保国际条约履行的国际机构。深层意义上,就像为了监督企业,国内市民团体组织起来一样,为了监督跨国企业,需要来自单独国家的市民团体的国际化联合以至形成国际化市民团体。

曾经遭受日本等周边国家主权侵略的经历是我们社会对主权问题过敏的主要原因。正因为此,尽管当今社会国际环境发生很大变化,我们仍然停留在传统的主权概念上,一味地强调国家整体性的主权概念,特别是过去权威主义政权下,否定国家权力的势力依然很强大,导致现在的国家和政府没能做出必要的行动和决定。这样一来,围绕韩美签订 FTA 协定问题,在社会意见分歧很大的情况下,必然导致国家不能通过公共舆论获得理解,市场合意无法使社会全体信服。

众所周知,当今作为一个整体发展起来的欧盟,其成员国与我们一样,也曾有过主权被侵略的历史,国与国或者民族与民族间也曾发生过战争。全球化在某种意义上也意味着相应区域的经济一体化。在此意义上,与其说欧盟是政治性的联合,倒不如说是在经济关系占压倒性优势的情况下发展起来的。东亚将来也会要求结成类似的区域共同体。原因就在于,抛开政治关系,结成经济共同体,至少会让所有亚洲国家获得经济利益。

类似范式的区域性机构或者联合体的成立,并非主权的消极化,相反,是主权主动化的开始。平等的主权国家结成区域共同体,这些超越个别国境而成立的区域共同体,将会构建新的国际秩序。在不断变化的环境下,为了主权的国内、国际和平,我们一直强调由各国共同解决纠纷。这样,因为国家拥有是否缔结国际条约的决定权,所以国家依然是有效的主体,国家的国民作为能对国家追究责任的终极主体依然存在,即主权和国家依然是有效主体。只有借助主权才能实现和平的道理是不言而喻的,和平虽然很遥远,但是我們不应因此而却步,以此作为结语。

(编辑 上官丕亮)

[1] [德] U. Volkmann, Relativität des Staates - Staatsbegriff und Staatesverständnis im Spiegel der Jüngerer Geschichte, in: JuS 1996, S. 1064.

Abstract: This paper deals with the changing meaning of the sovereignty in the flow of recently increasing globalization. As is generally known, since Jean Bodin advocated the concept of *suprema potestas*, the formation of modern states holding sovereignties and the reciprocal recognition of the sovereign states have mainly operated to establish the international pacific order. Yet by establishing the EU and concluding Free – Trade – Agreements (FTA) among states, several states have raised hot legal issues with regard to the matter that the power of legislation has been restricted, which symbolizes the sovereignty. For representative instance, the argument in Maastricht case of Federal Constitutional Court of Germany was so. In particular, Korea tends to strongly stick to the sovereignty due to the bitter experience of the forfeit of the sovereignty, so that this matter is more controversial. However, as the concept of the sovereignty, which had been considered inviolable and impartial, was newly reorganized as the cooperative and divided sovereignty, the international order also has been changed through the globalization. Within this change, considering that the sovereignty originated from the operation which originally secured the peace, I believe that the sovereignty still has its genuine meaning of securing the peace in the international order.

Key Words: globalizationstate sovereignty; cooperative sovereignty; divided sovereignty

法律全球化话语的逻辑

——以李林、周永坤、邓正来为例

魏敦友*

内容提要：全球化问题是现代世界的基本特征，它完全不同于此前民族国家时代的结构。对当代中国学人来说，尤其重要的是，全球化问题为一百多年来驱之不去的中国问题的重新开掘及其纵深拓展展示了一个新的历史性契机。中国问题在一百多年的时间里苦苦挣扎，却在很长的时间里以西方模式为依凭，魂魄茫然不知所归，然而，中国问题在全球化论题中获得了全新的意义，其内在的意涵在于中国在全球化时代将赢得自身的主体性品格。中国法学对全球化问题的思考与表达是中国现代学术思考全球化问题的一部分，它也是中国现代学术自身建构的一部分，它在一定程度上反映了中国法学发展的自身的内在逻辑与层次。本文以李林教授、周永坤教授以及邓正来教授为例，系统地考察了中国法学是如何介入全球化问题以及中国法学在一个全球化时代是如何赢得中国现代法学学术的自主性品格的。

关键词：全球化 现代化 靠拢论 统合论 建构论

全球化正在改变着人们的思维方式。它要求人们突破传统的乡土观、民族观、国家观……是以全球思维替代传统思维方式的年代了，虽然人类必将经历痛苦的自我折磨。

——朱厚泽（载俞可平主编：《全球化的悖论》，中央编译出版社 1998 年版，第 5 页。）

为了发现自己在变迁着的秩序中的位置，一个人所必须作的仅仅是摆脱强加给自己的解释，按照自己的观点思考——正象今天的每一个群体所必须作的那样；他可以组成一个政治联盟，但要怀着对自身地位的意识。

——卡尔·曼海姆：《文化社会学论集》，辽宁教育出版社 2003 年版，第 121 页。

全球化不单是指不断增强的相互联系的客观性，它还指文化和主观性。因此，用很简单的话说，我们谈论围绕世界的观念产生的问题时，是“自为”而谈论。世界确

* 广西大学法学院教授、百色市人民检察院副检察长。