

学 凯原法学院
UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

十周年院庆系列

在颇有象征意义的2012年，以历经沧桑巨变的华山路1954号为新起点，年轻的凯原法学院正在迈进另一段征程，面向东方的朝霞及世界法学教育和研究的巅峰。

多元视角的 当代中国法学研究

以国际法为视角

胡加祥 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1901
全球视角
2002
当地行动
2005
多元思考
2007
跨界沟通
2009
2011
2012



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

多元视角的 当代中国法学研究

以国际法为视角

胡加祥 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

多元视角的当代中国法学研究:以国际法为视角
胡加祥著. —北京:法律出版社,2012.4
(凯原法学论丛·十周年院庆系列)
ISBN 978-7-5118-3357-0

I. ①多… II. ①胡… III. ①法学—研究—中国
IV. ①D90-05

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第053476号

凯原法学论丛· 十周年院庆系列	多元视角的当代中国法学研究 ——以国际法为视角	胡加祥 著	责任编辑 高 山 装帧设计 李 瞻
--------------------	----------------------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.375 字数 272千

版本 2012年6月第1版

印次 2012年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3357-0

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

交通大学的前身南洋公学在 1901 年启动近代法政教育,创办了培养治国人才的特班和政治班,并且组织了清末最大规模的外国法律文献资料的编辑和翻译。但在二十世纪初那个战争与革命的时代里,强权就是真理,造反构成规范,力量对比关系决定制度设计。因此,由盛宣怀倡议、蔡元培策划实施的法学研究和教育设计方案,几年之后就被风吹雨打凋零去,幻化成在轰隆旋转的工业齿轮夹缝里不绝如缕的残梦。直到大约一个世纪之后,才终于迎来可以圆梦的机会。

上海交通大学法学院于 2002 年正式成立,2008 年冠名后并称“凯原法学院”。在校方和社会各界的大力支持下,由于全院师生的共同努力,短短十年,尤其是通过 2005 年建章立制、2007 年获廖凯原基金会捐助、2009 年推动法学教育改革和国际化、2011 年加强学科交叉平台建设的四级跳,取得了令人瞩目的成就。例如近年来采取“三三制法科特班”模式培养不同类型的涉外卓越法律人才,借助企业法务中心凝练高层次、复合型法律职业教育的

特色,刷新课程设置和教学方法以加强实务技能的训练,积极推动学术和人才培养方面的国际合作,促进海洋权益、金融司法以及法制与社会发展等问题导向的跨学科研究,注重公益精神的陶冶和社会贡献,诸如此类的亮点纷呈,为切实达到跨越式发展的目标提供了充分的条件和动力。

特别值得骄傲的是,上海交大凯原法学院尽管规模还不太大,但科研实力却很雄厚,拥有两份正式的专业期刊,出版了若干种学术丛书。教师发表学术论著的数量与质量始终保持在较高水平,无论是 SSCI 期刊论文数,还是人均 CSSCI 论文数,或者国家社科基金立项数,都居于全国前列。值此建院十周年之际,我们择出本院部分教师的部分论文、著作以及译著结集出版,以为纪念,以示庆祝。院庆系列丛书主要由科研工作负责人许多奇教授策划和殚精竭虑加以落实;学院教师代表性论文的合集则由学术委员会主席叶必丰教授细致遴选和编辑;王光贤教授在调任上海市人民检察院一分院副检察长之前,早在 2010 年晚秋,曾经主持丛书编辑出版的前期组织活动,贡献了辛劳和智慧。借此机会向以上各位及所有参与相关工作或者给予支持的同仁表示由衷的敬意和谢意。

需要强调一点,发行这套院庆系列书籍的宗旨,不仅仅是、甚至也不主要是为了展示本院教师的研究成果。我们的目的在于通过盘点过去而展望未来。在“十年磨一剑”的节点上画出这个学术共同体的坐标,进行精准的定位,以便确认重新出发的起点、方向以及步调。中国正面临空前的大变局,世界正面临深刻的结构转型,这是一个应该出伟大思想家、出杰出研究成果的时代。但由于社会变化速度太快,令人眼花缭乱,实践已经把理论远远抛在后面,目前的学术研究显得很苍白无力。我们只有清醒地认识现实、承认不足,才有可能在下一个十年里大幅度腾跃、表现出更多的精彩。在这层涵义

上也不妨说,出版院庆丛书的最大效益就是“抛砖引玉”。换言之,这只是法学界一群已经穿越篱笆的自由骑士呈给中国法治希望之星的献礼。

是为序。

季卫东
2012年初夏写于鹿鸣苑

合久必分、分久必合

——法学学科分类的意义是什么？（代序）

“法学”一词虽然是在清末民初由日本传入我国，但是法学作为一种研究社会现象及其发展规律的思想活动古已有之。我国秦代以前的“刑名法术之学”、汉代以后的“律学”都是论述以刑罚为主要内容的法律学说，强调国家制定和认可、并由国家强制力保证实施的法的功能与作用。古罗马时期的拉丁文“*jurisprudentia*”意指“法的知识”或“法的技术”，它实然地解释了法学作为解决人类社会矛盾的一种工具，与其他专业技术领域没有本质区别，属于经世致用的学问。

法学作为一种研究对象而成为启蒙和引领人们思想的重要领域首先形成于文艺复兴时期的欧洲。此时，人文主义思想向法学教育作了历史性的引渡，进而提出了人文教育的理念。这既是对中世纪狭隘的宗教教育观的摒弃，又是法学教育由神本主义向人本主义的回归。在以意大利波隆那大学为中心的罗马法复兴运动的影响下，主张人权、理性以及个性自由的人文主义思潮将法学从神学中解放出来。我们可以看到，大

陆法系国家的近代法学教育均是以罗马法以及实证法的系统概念和原理作为讲授重点,在综合运用注释法学派的教学方法和提供系统的现成教学材料的基础上,培养学生抽象的逻辑思考及理论体系构筑的能力。

相对而言,普通法系国家严格的法学教育起步较晚。尽管早在13世纪牛津大学和剑桥大学就开始设立法学院,但是在很长一段时间里,法学院只是当地教会的附庸。在维多利亚时代以前,英国大学法学院以讲解宗教法规为主。这倒不是说宗教法规在判例法的形成过程中作用不大,而是说明早期英国的法学教育有别于现代意义的法学教育,因为学生毕业以后主要是在地方上担任教区牧师,像律师这样的职业资格是通过律师公会等组织培训获得的。直到十七八世纪,律师公会的职业培训才逐渐让位于大学法学教育。恩格斯说过:“随着立法发展为一个复杂和广泛的整体,人类社会出现了新的社会分工:一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”^①统治阶级通过国家制定的法或将习惯法上升为统治阶级的法,除了运用国家权力强制执行外,还需要对法进行宣传、解释,以求得最大范围的认同。伴随着法律知识的普及和法律技术的推广,法学研究就这样走进了刚刚兴起的欧洲各大学课堂。

法学研究在中国出现是在孙中山先生领导的辛亥革命取得成功之后。当时的民国政府受法国1789年资产阶级革命后颁布的“五法典”(民法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典、刑法典)以及后来制定的宪法影响,确立了“宪法”、“民法”、“商法”、“民事诉讼法”、“刑事诉讼法”、“刑法”的立法体例。稍后又将商法内容拆散,分别纳入民法和行政法,从而以行政法取代商法。广义的六法全书还包含与之相关的各项单行条例,包括宪法法规、民法法规、行政法规、民事诉讼法法规、刑事诉讼法规 and 刑法法规。这些部门立法带动了这一时期宪法学、民法

^① 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1995年版,第539页。

学、行政法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学和刑法学的研究,从而也奠定了当代中国法学各分支学科的基本框架。

新中国成立以后,废除了“六法全书”,并根据《中国人民政治协商会议共同纲领》制定了《婚姻法》、《土地改革法》以及1954年《宪法》。这些法律确保了国家由新民主主义向社会主义过渡。毛泽东指出:“法律是上层建筑。我们的法律,是劳动人民自己制定的,它是维护革命秩序,保护劳动人民利益,保护社会主义经济基础,保护生产力的。”^①随着社会主义改造任务的结束,特别是在“文革”期间,法制建设进入停滞阶段,法学研究也无从谈起。改革开放以后,我国的法制建设与经济建设一样快速发展,除了传统的部门法学研究得以恢复外,新的部门法也不断涌现,在这方面,经济法学和环境与资源保护法学的兴起就是典型的例子。改革开放让中国进一步融入世界一体化,其标志是中国加入了一大批国际条约,国际法学研究也成为整个法学研究的一个重要组成部分。

与法制建设和法学研究一样得到快速发展的是我国的法学教育。法学是现代高等教育最古老的学科之一。经过几个世纪的发展,法学教育在世界上逐渐形成了欧洲的精英教育和美国的职业教育两种模式。这种职业定位差异演变成欧洲的法学教育侧重于通识教育,美国的法学教育则更倾向于法律职业人的培养。然而,无论是欧洲模式,还是美国模式,他们对于法学各学科之间的界限划分得并不明显。即使是在欧洲一些规模较大的法学院,最多也只有“公法系”和“私法系”之分,而且这种划分也是行政管理的成分大于学术成分。从欧洲国家法学院授予的LLB、Mphil、PhD到美国法学院授予的JD、SJD,这些学位只表明学生在法学院完成学业或研究的某一个阶段,其中Mphil、PhD和SJD学生的指导教师虽然有自己的专业方向,但并不表明学生是出自法

① 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第358~359页。

学哪一个分支学科。相比之下,我国的法学教育在借鉴欧美国家的做法时,过多地强调了一些形式的东西,包括专业学位设置基本照搬别人的东西,却忽略了法学教育的精神与实质。

我国法学学科现在分类的依据是教育部制定的学科划分标准,即法学一级学科下设法学理论,法史学,宪法与行政法学,刑法学、民商法学(含劳动法、社会保障法)、诉讼法学、经济法学、环境与资源保护法学、国际法学、军事法学十个二级学科。法学专业本科生和法律硕士研究生在一级学科范围内招收,法学硕士和博士研究生招生则是按照二级学科进行。教育部对学科划分的意义更多是体现在管理层面,但是这种行政管理模式如今俨然成了学术研究部门的划分标准。与此同时,在部门利益的驱使下,这种划分还在呈专门化、碎片化的趋势。目前,以法学二级学科为基础成立的各专业协会,其中又有不少划分出更细的专业协会,例如,宪法与行政法专业有“宪法学会”和“行政法学会”,民商法专业有“民法学会”和“商法学会”,诉讼法专业有“民事诉讼法学会”和“刑事诉讼法学会”,国际法专业有“国际法学会”、“国际经济法学会”和“国际私法学会”。这种画地为牢的做法忽略了各部门法之间的内在联系,影响到学者们的研究视角,不利于中国法学学科的繁荣与发展。

在全球经济一体化的今天,法制的本土化与国际化相互影响的现象越来越普遍。原先以规范国家行为为主的国际条约开始渗透到百姓生活的方方面面,一国的立法也越来越多地受到国际立法的影响,从某种意义上讲,国际法的研究内容早已超越了一个部门法的范畴,它与其他部门法之间的关系正随着国际交往的加深而不断融合,同时也给当代法学研究提供了一个全新的视角。

胡加祥

2011年4月5日

目 录

第一章 国际法学与法理学的关系 001

一、法理学辨义 001

二、同根同源——法理学与国际法学的思想基础 004

(一) 古希腊的法哲学思想与古罗马的法律思想 004

(二) 黎明前的黑暗——中世纪欧洲的法律思想与法学教育 008

(三) 格老秀斯的国际法思想及其对法理学的贡献 013

三、近代欧洲法律思想的交锋与国际法学的完善 018

(一) 近代古典自然法对国际法的影响 019

(二) 分析实证主义法学对国际法的影响 024

四、国际法的法理基础与表现形式 029

(一) 国际法的法理基础 029

(二) 从法理学的视角看国际法的表现形式 034

第二章 国际法学与法史学的关系 038

- 一、鸦片战争的爆发与中国古代法制史的终结 039
- 二、国际法的输入与中国近代法制史的开启 044
 - (一) 鸦片战争的失败与“变法”、“更法”思想的兴起 044
 - (二) 《万国公法》与晚清王朝 048
- 三、中华民国的诞生与国际法对中国的全面影响 054
 - (一) 民国政府的成立与国际法研究 054
 - (二) 抗日战争与国际法 059
 - (三) 雅尔塔体系与布雷顿森林体系的建立——中国全面融入世界政治经济格局 063
- 四、新中国的法制建设与当代国际法 069

第三章 国际法学与宪法学和行政法学的关系 077

- 一、国际法学与宪法学的关系 077
 - (一) 国际法与国内法关系辨识 077
 - (二) 经济全球化与规则的统一化 081
 - (三) 从国际法视角看我国宪政制度和经济制度的完善 084
- 二、国际法学与行政法学的关系 094
 - (一) 入世对我国行政决策的影响 094
 - (二) 知识产权保护——任重而道远 097
 - (三) 技术中立原则——立法超前的启示 102
 - (四) 市场准入与市场准出——多边贸易体制的双重功能 106
 - (五) 金融市场开放——犹抱琵琶半遮面 110

第四章 国际法学与民商法学的关系 115

- 一、民商法的分离与国际贸易法的形成 115

- (一) 罗马法与现代民商法 115
- (二) 法律统一运动与国际贸易法的发展 121
- 二、国际贸易法的发展对国际商法的影响 126
 - (一) 国际货物贸易法的发展与影响 126
 - (二) 国际服务贸易法的发展与影响 135
 - (三) 技术贸易法的发展与影响 141
- 三、知识产权的国际保护 147
 - (一) 知识产权国际保护的形成与发展 147
 - (二) 《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和《罗马公约》的基本法律制度 152
 - (三) TRIPs 协议对《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和《罗马公约》的完善 159

第五章 国际法学与刑法学的关系 165

- 一、从封闭性的刑法学研究到开放性的刑法学研究 165
 - (一) 刑法的“属人”与“属地”特征 165
 - (二) 国际人权法的发展与普遍管辖原则的确立 167
- 二、国际刑法学——刑法学与国际法学的有机结合 171
 - (一) 普遍管辖原则的确立与国际刑法学的形成 171
 - (二) 国际刑法的属性与特点 175
- 三、国际刑法与我国刑法的契合 179
 - (一) 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》对我国刑事法律制度的影响 179
 - (二) 国际公约与我国刑法关于洗钱罪的规定 184
 - (三) 国际公约与我国刑法关于腐败的规定 188
 - (四) 中国加入《罗马规约》之展望 193

四、我国刑法与国际法有关的其余几个重要问题 199

(一)关于外国人在我国领域内犯罪的管辖权与国际法的外交特权与豁免权问题 199

(二)外国对其本国人在我国犯罪的管辖权与国际实践 203

(三)国际法上的引渡问题 206

第六章 国际法学与诉讼法学的关系 212

一、经济全球化与诉讼法律观的转变 212

二、国际法对我国刑事诉讼法的影响 217

(一)反酷刑制度对我国刑事法律制度的影响 217

(二)国际引渡条约与我国的《引渡法》 222

三、国际法对我国民事诉讼法的影响 227

(一)国际司法救助公约与我国的法律援助制度 227

(二)《纽约公约》对我国仲裁法律制度的影响 231

四、WTO 与中国的司法审查 236

第七章 国际法学与经济法学的关系 242

一、理一分殊——经济法与国际经济法 242

二、多边贸易体制对政府行为的规制 247

(一)从政府管制到世贸组织的规制 247

(二)多边贸易体制的特点与世贸组织的职能 253

(三)多边贸易体制的执行与世贸组织的基本原则 260

(四)世贸组织对货物贸易规制的内容 267

(五)世贸组织对服务贸易规制的内容 284

(六)世贸组织对与贸易有关的知识产权保护规制的内容 288

三、与世贸组织有关的新议题 291

(一) 世贸组织与劳工标准 292

(二) 世贸组织与环境保护 293

(三) 世贸组织与竞争政策 294

第八章 国际法学与环境及资源保护法学的关系 296

一、地球——人类一个赖以生存的共同家园 297

(一) 保护环境——古老的话题、现代的命题 297

(二) 可持续发展理论——连接各国环境法的纽带 301

二、环境保护——从国内立法走向国际立法 307

(一) 环境权的出现 307

(二) 国内环境法与国际环境法 311

(三) 国际环境法的体系 316

三、在贸易中保护环境——一个环境保护的新视角 328

第九章 国际法学与军事法学的关系 337

一、军事法与国际军事法 338

二、国际军事法与国际法 343

三、世界反法西斯战争的胜利对国际法的影响 348

(一) 世界反法西斯战争的胜利对国际公法的影响 348

(二) 世界反法西斯战争的胜利对国际组织法的影响 354

(三) 世界反法西斯战争的胜利对国际人权法的影响 364

后记 376

第一章

国际法学与法理学的关系

法理学与国际法学同出一宗、同根同源,两者都是在自然法和实证法的基础之上发展起来的。从追求既超越自然又超越习俗的普遍正义标准,到主张“法律与道德分离”,法理学研究逐渐从神学的高位走向世俗的大众化领域。与此同时,现代国际法学研究在继承格老秀斯自然国际法思想的基础上,也深受《威斯特伐利亚和约》的影响。国家之间缔结的国际条约和超越各国意识形态的法律基本原则同时成为国际法的主要渊源,作为指导联合国国际法院和众多其他国际争端解决机构解决国际争端的法律依据。

一、法理学辨义

按照庞德的解释,法理学“jurisprudence”一词就其最广泛的意义来说是指法律科学(the science of law)。但是,这一术语在当今各国具体运用时又可分为三种情况:

第一,普通法系国家的法理学研究不包括政治学

和哲学的内容,这种狭义的法理学研究方法始于奥斯丁。^① 奥斯丁在1832年出版的《法理学范围之确定》一书中认为,法理学乃是诸法律的集合体,而诸法律则是规则的集合体。这种对法律所作的狭义界定也使得法理学犹如其他任何一门学科,只具有一个狭窄的范围。

第二,法国学者将法理学解释为法院的决断过程(the course of decision),与立法和学说相区别。他们认为,从罗马法学者有关法律表现形式的理论来看,唯有立法具有充分的权威,判例和学说只具有劝说性功能。包括法国学者在内的大陆法系国家学者都比较重视从法律条文中去阐释立法者的意图,认为法官的审判过程事实上是对法律的解释过程。

第三,伴随一个自然演化过程,法理学“jurisprudence”这个词日趋被用作“法律”的同义词,其职业性功能往往多于学术性功能,以致出现了类似“medical jurisprudence”和“engineering jurisprudence”这样的专业术语。这种将法理学概念职业化的趋势一方面体现了其他学科理论正在不断得到凝练,并借助于法理学的论证方法上升为一套系统的知识体系;另一方面法理学也在逐渐走出其高深莫测的象牙塔,摆脱其伦理科学的属性,开始走向世俗的大众社会。这种情况在美国表现得尤甚。^②

法理学研究诞生于古希腊的法哲学思想和古罗马时期关于自然与自然法的思想,绵延数千年,期间经历了各种思潮的洗礼,包括宗教(主要是基督教)统治时期的神本主义到文艺复兴时期的人文思想运动,逐

^① 这一点在美国表现得更为典型。美国大学法学院一般不开设哲学和政治学等课程。这些课程是由哲学系和政治系开设的。

^② [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第1卷),邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第10~13页。