

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第12卷·第1辑(2011)

主题研讨

易平

蔡从燕

张智勇

季烨

赖骏楠

国际法研究新进路

导言

国际法律体系中的“公私法分立”

论区域贸易安排的所得税协调机制

国际投资条约中投资定义的扩张及其限度

十九世纪的“文明”与“野蛮”——从国际法视角重新看待甲午战争

论文

章永乐

李启成

张传玺

薛启明

亚历山大的威胁与共和政体的优越性

清末民初刑法变革之历史考察——以人口买卖为中心的分析

早期普通土地法上的Breve de Recto与Novel Disseisin

动产善意取得功能辨

评论

艾佳慧

吴佩林

胡稼

米海依尔·

破产程序中的合约安排——现行破产管理人制度检讨

案的整理与研究

话到法官的地位提升

书评

黎敏

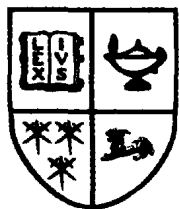
对抗制刑事审判的起源、权力构造及其政治本质

——以约翰·朗本的历史研究为例



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 12 卷 · 第 1 輯 (2011)

《北大法律评论》编辑委员会



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论·第12卷·第1辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京:
北京大学出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 10249 - 7

I. ①北… II. ①北… III. ①法律 - 文集 IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 047805 号

书 名: 北大法律评论(第12卷·第1辑)

著作责任者: 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10249 - 7/D · 1383

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 20.5 印张 383 千字

2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《北大法律评论》第 12 卷 · 第 1 辑(总第 22 辑)

目 录

编者按语	(1)
------------	-----

主题研讨:国际法研究新进路

易 平 导言	(7)
蔡从燕 国际法律体系中的“公私法分立”	(12)
张智勇 论区域贸易安排的所得税协调机制	(66)
季 烨 国际投资条约中投资定义的扩张及其限度	(85)
赖骏楠 十九世纪的“文明”与“野蛮” ——从国际法视角重新看待甲午战争	(109)

论文

章永乐 亚历山大的威胁与共和政体的优越性	(132)
李启成 清末民初刑法变革之历史考察 ——以人口买卖为中心的分析	(149)
张传玺 早期普通土地法上的 Breve de Recto 与 Novel Disseisin ...	(177)
薛启明 动产善意取得功能辨	(200)

评论

- 艾佳慧 破产程序中的合约安排
——现行破产管理人制度检讨 (229)
- 吴佩林 近三十年来国内对清代州县诉讼档案的整理与研究 (259)
- 胡 铎 新立法者培根 (273)
- 米海依尔·戴尔玛斯-玛蒂 王建学 译 余履雪 校
从法官间的对话到法官的地位提升 (291)

书评

- 黎 敏 对抗制刑事审判的起源、权力构造及其政治本质
——以约翰·朗本的历史研究为例 (304)

- 编后小记 (315)

Peking University Law Review
Vol. 12 , No. 1 (2011)

Contents

Editors' Notes	(1)
-----------------------------	--------------

Symposium : New Approaches to International Legal Scholarship

Yi Ping

Introduction	(7)
--------------------	-------

Cai Congyan

“Public-Private Law Division” in International Law	(12)
--	--------

Zhang Zhiyong

On the Income Tax Coordination Mechanism of Regional Trade

Arrangements	(66)
--------------------	--------

Ji Ye

The Expanding Trend and the Limit of Definition of Investment

in International Investment Agreements	(85)
--	--------

Lai Junnan

“Civilization” and “Barbarism” in the Nineteenth Century :

Rethinking the First Chino-Japanese War from the Perspective

of International Law	(109)
----------------------------	---------

Articles

Zhang Yongle

- The Threat of Alexander the Great and the Superiority of the
Republican Regime (132)

Li Qicheng

- Historical Research on Penal Reform during the Late Qing Dynasty and
the Early Republican China; An Analysis on Human Trafficking (149)

Zhang Chuanxi

- Breve de Recto and Novel Disseisin at the Early Common Law ... (177)

Xue Qiming

- To Seek Ratio Legis: A Rejustification for Bona Fide Acquisition
of Chattels (200)

Notes & Comments

Ai Jiahui

- A Contract Theory in the Bankruptcy Proceedings: Reviewing the
Current Bankruptcy Assignee Institution (229)

Wu Peilin

- A Review of the Study of Lawsuits Archives of Zhous and Counties
in Qing at Home for the Recent 30 Years (259)

Hu Jia

- Bacon: The New Lawmaker (273)

Mireille Delmas-Marty Translated by Wang Jianxue Proofread by Yu Lvxue

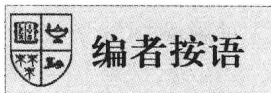
- Du Dialogue à la Montée en Puissance des Juges (291)

Book Reviews

Li Min

- The Historical Genesis of Adversary Criminal Trial and Its
Power-Structure and Political Essence; A Historical Research of
John H. Langbein as an Example (304)

Afterword (315)



《北大法律评论》(2011)

第12卷·第1辑·页1—6

Peking University Law Review

Vol. 12, No. 1, 2011, pp. 1—6

编者按语

本辑《北大法律评论》包括四个栏目：“主题研讨”、“论文”、“评论”和“书评”。

“国际法研究新进路”主题研讨是《北大法律评论》第一次如此密集地发表国际法文章，也是本刊近年来又一次尝试在作者尚未定稿之前，举办作者与学生编辑共同参与的写作研讨会——讨论初创草稿甚至想法构思的结果。所谓“进路”(approach)指的是人接近事物与真理时选择的方式。新材料、新方法是学术创新的传统途径；广义地说，新角度、新知识(跨学科)、新思路等都能促进学术创新。正如“一千个观众眼中有一千个哈姆雷特”，不同的研究者对认识国际法的“新”方式也很可能有各自的理解。这也是此次主题研讨组稿所希冀达到的格局——各有新意。但这份课业实际上如何，最终还是得交由读者来评定。

以往的国际法研究侧重于讨论国际法对国内的影响，这一趋势在中国加入WTO前后尤为突出。然而，国际社会关系与法则作为各国具体实践的有机整合，在客观上不可避免地受到国内法的实践与理念的影响。遵循这样的逆向思维，继《国内公法对国际法的影响》之后，蔡从燕推出了《国际法律体系中的“公私法分立”》。尽管国内系统不能简单地平行推广到国际系统，但是作者对国际法的公私法属性的含义、依据、表现、作用与风险的探索，无疑展示了作者执着的理想主义情怀。

张智勇的《论区域贸易安排的所得税协调机制》新意在于跨越了WTO体制、区域贸易安排与税收协定。实际问题不是单一法律能够解决的，而是牵涉诸多平行的法律种类。比如文章讨论的所得税措施，它分为以贸易保护为目标

的所得税措施和本身不服务于贸易目标但对贸易会产生间接影响的所得税措施。并不存在一个南北国家都适用的多边税收协定,因此,对影响国际贸易的税收主权行为只能寄希望于区域贸易安排。药方何在?文章认为,区域体制的路径中,对于所得税法趋同的几个国家来讲,可以考虑缔结区域性的税收协定;税收协定自身具备引入最惠国待遇条款的可能;对于区域内的逃税避税问题,区域安排的成员还可进一步完善税收情报交换机制。

季烨的《国际投资条约中投资定义的扩张及其限度》则属于“旧题新作”、“小题大做”。投资的定义恐怕是每本国际投资法教科书第一个要论述的问题了。文章指出投资定义从文本到实践的扩张:“投资”的定义现已涵盖直接、间接投资及现代有经济价值的合同与其他交易;从实践来看,ICSID 仲裁庭对投资定义的解释日益泛化。更进一步说,投资定义的扩张实质上意味着 ICSID 的“管辖权溢出”。那么,这样一个主要来自发达国家的白人专家们组成的 ICSID 对投资者与发展中国家投资纠纷的裁决如何获得合法性,将是一个问题。此外,与蔡从燕的文章观点一样(国际公法某种意义上是国内法中所言的私法),季烨的研究对国际投资法教科书的重修有借鉴意义。

中日甲午战争成为中华帝国崩溃的关节点。似乎从此以后,西方列强乃至日本帝国不断地与清朝展开法律文书上的“文明—野蛮”的纸面战争。而根据赖骏楠的《十九世纪的“文明”与“野蛮”——从国际法视角重新看待甲午战争》所展现出来的中日对待西方“文明”标准的不同理解与反应,中国早在甲午之前就已经注定成为“文明”竞争中的失败者。正如文章分析,19 世纪的国际社会的文明标准不过是依据鼎盛的西方列强自身利益制定出来的一套标准,而摆在非西方的弱小国家面前的艰巨任务就是如何在使得自己更加“文明”,从而进入“国际社会”。很不幸,中国不仅没有理解与重视这张“文明”的船票,反倒怀着玫瑰色的想象来憧憬着这个“和谐的国际社会”。相反,日本领悟了西方文明的内涵,并在甲午战争中提交了一份优秀的课业。但是,这场竞争根本没有结束。中国在经历了几次战争之后,似乎拥有了日本当年的领悟,拼尽全力去提升自己的“文明”,以获取各种国际俱乐部的入场券。当年对于“文明”话语的理解与实践的激情也许渐渐消退了,但是新的话语正在不断推陈出新。中国改革三十年的经济成就似乎表明其在“改革开放、自由市场”话语上提交了一份出色的课业,也承诺在“民主、宪政”话语上交上一份满意的答卷。但是,“文明”的影子似乎还在中国人的心中徘徊,毕竟“文明”不只是简单的制度、商业、文学、政法,更是 21 世纪的“文明冲突”背景中的一整套族群生活方式。对于这一话语的回答,我们不仅要提交给他人,更重要的是给自己的内心一份交代。

如果说哲学史不是历史,其自身就是哲学,那么政治/法律思想史同样也就是政治/法律思想自身的一种呈现。章永乐的《亚历山大的威胁与共和政体的优越性》借“反事实”(counterfactual)历史写作的范例,为我们展示了古代政治/法律思想的一种并不为我们熟知的容貌。而恰好是这种“陌生”的思想容貌,让我们有机会窥见现代政治论域中可能被遮蔽的问题。“如果亚历山大大帝侵略意大利,结果会如何”这样一个反事实问题,实质上仍是一个政体比较问题,即亚历山大的君主政体能否战胜罗马共和国的共和政体。但本文所关注的三位古代思想家——李维、普鲁塔克与马基雅维利,并没有进行纯理论的类型学分析,而是把历史上真实的范例(exemplar)或“义例”纳入到政治思想中来(或者反过来说,把他们的政治思考浇注到历史事实中去),把个人(亚历山大大帝)和政治共同体(罗马共和国)都看做是有朽、脆弱的存在,去考察他们存在的稳定性究竟取决于机运(τύχη, fortuna)还是美德(ἀρετή, virtus)。虽然与古人对于命运无常的感叹相比,今人对于自身的境况更为自信,甚至有人自负到了提出“历史终结论”的地步。但我们所生存的现代社会还远未获得不朽的保证,现代人依然还在惊涛骇浪中航行。因此我们回到古代,回到章永乐所说的“西方文化的母体”,从根本上说是为了获得一种更为切实的历史感,并澄清我们当下的生存处境。

法律与社会之间的关系,是在于前者必须顺应后者的发展程度,抑或前者必须承担起引导后者发展的使命?这一个经久不衰的法学问题,也是一个仁者见仁,智者见智的问题。李启成《清末民初刑法变革之历史考察——以人口买卖为中心的分析》借助对清末民初禁革人口买卖方面的刑法改革的分析,以法律史的实证眼光,对这一问题提出了自己的见解。在作者看来,《现行刑律》的规定重于现实,却失于缺乏保障个体人格尊严的理想;《新刑律》虽则注重理想,却脱离了社会实际。他进一步指出,在很大程度上,兼顾现实和理想的禁革人口买卖立法在清末民初都未出现,是近代中国人口买卖屡禁不止的法律原因。

对国内学界而言,张传玺《早期普通土地法上的 Breve de Recto 与 Novel Disseisin》主题看似生僻,但实际上涉及对早期普通法性质的关键认识。在该文中,作者首先就有关公证令状(breve de recto)及其相应诉讼形式——公证之诉——与新近剥夺占有之诉(novel disseisin)关系的研究做了紧贴主题的回顾。作者指出,早期成果如梅特兰的研究将对这两种诉讼的考量局限于实体法层面,这在无形中忽略了从机制角度对诉讼进行验证的步骤。密尔松则更关注机制问题,其对这两种诉讼的研究乃是置于封建制度下管辖权的“立体世界”之中。在学术史回顾的基础上,作者对这两种诉讼的性质及关系作出了细致的分析。他指出,如果摒弃梅特兰式的从诉讼所展现的实体规则的对比为出发点的

思路,而是分别地看待这两种诉讼相互间及其与其他诉讼间的管辖关联,梅特兰所描绘的实体规则的递进体系就会崩塌瓦解,隐于诉讼形式后的封建性与管辖权的变动实质将得以显现。换一种眼光来看待,会有新的问题,以及新的答案。

动产善意取得制度,即在无权处分情况下把动产所有权分配给善意取得人的制度,无论在中国还是在其他大陆法系国家似乎都是已经充分讨论的话题,论者大多从保护“动的交易安全”和信息成本角度进行泛泛的正当化论述,或者从比较法的角度讨论其构成要件,无甚新意。在这种背景下,薛启明的《**动产善意取得动能辨**》另辟蹊径,让人眼前一亮。文章先破后立,首先采用严谨的经济分析方法令人信服地证明了当前通说(即交易安全说与信息不对称说)之不可取,然后提出并分设各种情况论证了动产善意取得制度的真正功能,即降低当事人对标的物法律关系的认知成本:因为后者的降低可以帮助实现效率分配,从而是法律所追求的目标,而以善意取得制度在取得人直接占有为要件的情况下可以达成这种目的。以此为基础,再辅以比较法解释与案例分析,文章针对动产善意取得制度的构成要件设计指出,受让人的合理信赖并不以出让人占有标的物为前提,受让人也不能在取得单纯的间接占有时善意取得。

由人民法院还是债权人决定谁当企业破产管理人,各国破产法有不同见解。艾佳慧的《**破产程序中的合约安排——现行破产管理人制度检讨**》从法律经济学的研究进路分析表明,将破产企业的控制权分配给法院,是一种次优的制度选择,既损害公平,又无助于效率。具体来说,法院模式的界权成本为债权人模式下的界权成本,加上律师事务所、会计师事务所、清算事务所为获取破产管理人资格可能付出的寻租成本,轮候、抽签、摇号等随机指定方式带来的契合成本等事前的效率损失,以及因法院怠于监管而带来的高昂代理成本等事后的效率损失。而债权人模式的界权成本仅为破产立法成本,加上债权人集体行动成本,以及破产管理人一旦违约可能带来的诉讼成本。文章还能给我们进一步的启发,除了破产管理人制度可以由私法自治之外,破产程序中当事人之间的其他私法自治约定是否同样能排除破产法的适用并得到法律承认?

清代地方诉讼与治理已经成为近年来中国法制史领域的一个热点问题。与此相伴随的是学界对清代州县诉讼档案日益广泛且深入的挖掘。在相关档案不断得到收集、整理,且相关研究成果不断涌现的情形下,总结并反思近几十年该领域的研究状况便显得尤为必要。吴佩林的《**近三十年来国内对清代州县诉讼档案的整理与研究**》便是在这一方向上的努力。吴佩林在文章中介绍了近三十年国内学界对包括巴县、宝坻、南部档案在内的清代州县档案的整理成就及现状,并就材料趋向与方法反思、司法中的各类行为主体、官方裁判依

据、官方制度表达与司法实践以及少数民族地区司法数个方面,较为全面地介绍了相关学术研究的成果。针对目前该领域存在的若干问题,他提出了包括以官方力量整理档案、将档案与其他资料相结合、注重不同地区的比较研究在内的应对措施。

培根乃是古典政治哲学向现代政治哲学转变的重要哲学家。而在这场古今之变中,最为关键的一个主题莫过于宗教问题。对于宗教问题,霍布斯开出了“利维坦”这一绝对君主的药方。但是卢梭不满足于此,在进行理性化的设计论证之后,《社会契约论》的最后提出了“公民宗教”的解决方案,企图在现代社会彻底解决宗教问题。这一方案似乎延续了培根在《新大西岛》中提出的宗教与科学的解决方案:宗教是“人类社会的主要维系”,但教派间“冲突矛盾的意见”必然使得那些无神论者和世俗之人要“离开教堂”,“一点点儿哲学使人倾向于无神论,这是真的;但是深究哲理,使人心又转回到宗教去”。胡稼的《新立法者培根》即是对《新大西岛》的全面解读,试图在培根的视野中回答上述问题。培根其实触及宗教战争之后,宗教自身面临的古今之争问题。总而言之,宗教在受到自然哲学的冲击之后,必定要放弃启示宗教的可能,而转向了理性宗教。这才能理解培根为何说人们在“深究哲理”之后,却“使人心又转回到宗教去”。也许,培根的这句话已经预示了19世纪共产主义的兴起。犹如洛维特和熊彼特评价的,共产主义本质上就是用理性包装起来的宗教!由此,马克思是《新大西岛》中作为立法者的先知还是作为礼法执行者的科学家呢?这留待读者自己回答。

当国内学界还在热衷于讨论美国的司法审查制度时,美国的司法审查问题已经悄然发生了变化。立法与司法的冲突,或者说大法官们的司法审查引发的反多数难题问题,已经进一步演变成为法官与国际法的关系问题。如果细心地阅读近年来美国联邦最高法院的判决,特别是死刑、酷刑案件,我们会发觉法官们进行论辩的依据早已不局限于美国宪法文本、最高法院的先例,而是拓展到欧洲的判决理由。由此引发的司法主权问题成为当下美国宪法学界争议的一大焦点。波斯纳在2005年为《哈佛法律评论》撰写的前言中更是严厉批评美国最高法院堕落成为欧洲的政治法院,成为一个不讲法,不依法(自身的法律)的司法部门。其实,这一指责背后延续了比克尔在20世纪50年代提出的司法部门问题,即最高法院已经从最不危险的部门,变成了最危险的部门。这一趋势也同样体现在了欧洲的法官的身上。他们更加突破自身的“本土”身份,通过对话提升了自己的地位,依赖国际法和他国判例获取了更多的权威。米海依尔·戴尔玛斯-玛蒂的《从法官间的对话到法官的地位提升》就从欧洲背景出发,比较分析了欧洲与美国对于法官援引国际法的不同实践方式。尽管译文中多数的案例与观点因为有着浓厚的欧洲背景而较难被我们理解,但此文展示出

来的问题是每一个现代民主国家必须认真对待的。这一世界化趋势是否会如同美国的司法审查制度一样,以另一种“改革春风”的形式吹遍我们的大江南北呢?拭目以待!

依托对新发现的《中央刑事法院档案》的敏锐解读,朗本的著作实际上探讨了英格兰刑事司法的“发生学”问题,即作为审判制度多样性形态中的一个重要类型的对抗制刑事审判,在历史上到底是怎么发生的,它的形成与变迁史又具有怎样的现实政治启示。黎敏的《对抗制刑事审判的起源、权力构造及其政治本质——以约翰·朗本的历史研究为例》认为,朗本继承了韦伯以来的一个法律社会学思想传统,体现在他首次从制度的社会权力结构视角考察了普通法刑事审判程序权力构造的理性化过程。朗本还开创性地提出了“律师主宰化”乃是对抗制刑事审判在权力结构上的本质特征,这个理论进路为司法史研究打开了新的视野。



主题研讨：
国际法研究新进路

《北大法律评论》(2011)

第12卷·第1辑·页7—11

Peking University Law Review

Vol. 12, No. 1, 2011, pp. 7—11

导 言

易 平*

今日国际社会,隐然弥漫着一种浓重的危机意识。冷战后的世界,并没有如福山当初所预言的那样走向“历史的终结”。即便承认资本主义在意识形态的较量中暂居上风,即便承认民主、人权、平等、公正等正在形成“全球共同价值”,但世界似乎并没有因此而变得更加美好和充满希望。无论在全球层面还是地域层面,国际层面还是国内层面,国家层面还是个人层面,新老问题层出不穷,深刻的对立和危机几乎席卷了世界每一个角落。激烈的民族矛盾、宗派冲突、边界争端、分离运动此起彼伏,挑战着传统的国家主权与安全保障,甚至连历来被视为“低政治”的经贸、能源、环境、海洋等各个领域,也隐隐透出杀气和血腥。可以说,“后冷战时代”的二十年,既是一个西方主导下的“国际共同体”理念、“国际立宪”呼声与“全球治理”构想高歌猛进的时代,又是一个不具有明确的规划方针和建设性框架、各种解体性因素潜滋暗长的混沌时代。统合与离散这两种相反方向上的运动趋势同时得到推进,当代国际社会呈现出一种复调发展的特征。

不仅在理念与现实的对照层面,即便在现实层面之中,同样呈现出复调发展的特征。以全球化为标志的当代国际社会并非“其大无外”,而是与多个“外部世界”并存。可以说,起源于基督教国家的“欧洲国际法”,伴随着资本主义

* 北京大学法学院教师,东京大学法学政治学研究科法学博士。

殖民扩张进程和第二次世界大战后反殖独立运动的展开和完成,已经在地理适用范围上覆盖了全球,然而今天的国际社会仍然难以说是普遍的。借用“英国学派”代表人物赫德利·布尔(Hedley Bull)对“国际社会”所做的著名定义,“如果一群国家意识到它们具有共同利益和价值观念,从而组成一个社会,也就是说,这些国家认为它们相互之间的关系受到一套共同规则的制约,而且它们一起构建共同的制度,那么国家社会(或国际社会)就出现了”。换言之,由共同的利益和价值观念所支撑的共同规则与制度才是一个国际社会的核心特征,而国家之间的相互交往和互动关系虽然是构成国际社会的必要条件,却不是充分条件。按照这一定义,那些彻底拒绝接受国家基本秩序原理的恐怖主义集团,无疑在极端意义上构成了游离在当代国际社会之外的“外部世界”。与此同时,作为近代国际法之发祥地的欧洲国家,当世界上绝大多数国家开始接受这套规则的时候,却试图超越国际法之基本原理——主权原则,迈向欧洲共同体(欧盟)。另外,从文化或功能主义的角度来看,从事跨国活动的各种非国家行为体,如大型跨国公司、NGOs、全球性媒体、泛伊斯兰组织乃至国际共产主义运动等,并非主权国家体系的直接产物,且未必认同后者所确立的基本秩序原理,却在全球范围内发挥着重要的影响力,它们在某种意义上也构成了当代国际社会的“外部世界”。因此,在今天,传统意义上的“国际社会”即国家间(inter-national)社会,实际上与反国家(anti-national)社会、超国家(supra-national)社会、跨国家(trans-national)社会等各种“非国际”的“外部世界”并存于同一时空之中,而非彼此排他或前后取代的关系。换言之,我们今天身处的“国际社会”,与其说是由主权国家构成的、均质夷平的普遍社会,不如说是一个复调发展的多元重层结构体。

那么,对于国际法学研究来说,当代国际社会的这种复调发展特征具有什么样的意涵呢?概括来说,冷战后的国际法学研究在这一背景之下呈现出三大变化趋势。首先是传统国际公法中“公”“私”观念的界定面临新的挑战。传统国际公法在本质上被认为具有“私法”特征,可是第二次世界大战后出现的“强行法”、“对一切的义务”、“人类共同遗产”、“普遍管辖权”甚至“国际犯罪”等概念,都表明传统国际公法,作为协调和处理公权力主体——国家——之间“私法”关系的法律规范体系,已经不再能够满足需要。冷战后,伴随着意识形态上两极对立格局的解体以及全球市场经济一体化的动向,“国际共同体”、“国际立宪主义”、“全球治理”、“全球行政法”等概念日益成为国际法学研究中的热门话题甚至流行语。虽然“世界国家”、“世界政府”的终极构想在多数人看来既不可得亦不可欲,但不可否认的是,当代国际公法中出现了具有“公法”性向的要素。而如何界定并分梳这种新的“公法国际法”(international law as public law)与传统的“私法国际法”(international law as private law)之间的结

构性关系,正是本辑主题研讨中蔡从燕的论文《国际法律体系中的“公私法分立”》所关注的问题。该文敏锐把握住了后冷战时代国际社会的发展动向,借鉴国内法学中相对成熟的研究成果,试图摆脱传统分析路径,在新的社会现实的基础上重构国际公法的理论体系。当然,今日国际社会的现实是否足以支撑“公私法分立”的理论主张,这一观点是否难免于“国际法的国内法思考模式”之嫌还有待商榷,但问题的提出本身依然有着重要的价值与意义。

另一方面,与全球化的统合趋势相反,各个功能领域中“自足机制”(self-contained régime)的高度分化,国际争端解决机制在种类、数量上的激增以及相互间竞合关系的出现,又使得国际法学者对国际法体系的破裂即“不成体系化”产生了深刻忧惧。这种离散化的现实发展趋势,同样带来了对于国际法“公”“私”性质的反思与重构。尤其是在国际贸易和国际投资这一类最具“私法”色彩的领域之中,传统理论以各国拥有其固有的市场法律规范和规制方针作为前提,并以调整和协调各国法制间的差异、解决由此产生的争端作为其主要任务。然而冷战后全球市场和“跨国法律进程”(transnational legal process)的深入展开使得这样一种调整模式已经不再能够满足需要,传统理论必须调整自身以回应世界规模市场经济的要求。在国际社会中,作为公权力代表的国家不再是国际法的唯一主体和法律权威的唯一来源,私主体(跨国公司、业界团体、利益集团、甚至个人等)越来越多地参与到国际经贸法律规范的制定、修改、适用和执行的全过程之中。在许多功能领域中设定统一基准和共同规范以及对其实施进行监督管理和争端解决的任务,被交给了一批具有高度专业技能的“技术专家”,甚至连公权力也不得不在很大程度上依赖于这些私主体所保有的资源和技术,只有通过它们的协调合作,才能对这些专门领域行使有效的统辖规制功能。在这些领域中,无论在主体层面还是规范层面,“公”和“私”的界限不再泾渭分明,各国的国内法律规范与国际法律规范之间发生了复杂的互动和渗透,法律的遵守、适用和实施的含义都发生了变化。这些都对传统国际经贸体制提出了挑战。本辑主题研讨中张智勇的论文《论区域贸易安排的所得税协调机制》和季烨的论文《国际投资条约中投资定义的扩张及其限度》,正是在这种高度专业化和功能分化的背景下,指出现有的国际贸易投资法律体制的不足,并结合中国未来的发展道路,探讨新调整机制出现的可能性。尽管这两篇文章并没有深入分析在私主体参与下规范形成过程的正当性界限,以及这些新调整机制将对国际法整体带来的后果和影响(即如何将这些新的变化纳入到国际法学的 *topos* 之中,而不是把它们仅仅视为高度自足的“国际机制”,在一个封闭的界域之内对其进行法律分析),但恰恰在这一点上,它们反映了全球化统合趋势下的离散化动向在当代国际法学研究中的悖论式存在,这也是国际社会的复调发展特征在法学认知模式中的体现之一。

冷战后国际法研究的第二大变化是国际法史领域开始获得关注,例如出现了所谓“正统史观”——以《威斯特伐利亚条约》作为近代国际法和国际关系之起点的思维定式——的批判与反思。该条约缔结后三百多年来,人们往往把各种国际法现象归结为要么是对这一模式的继承或发展,要么是对它的偏离或超越。但这些认识都共有一个前提,即“威斯特伐利亚模式”是衡量和评价其后所有时代国际法、国际关系之发展变迁轨迹的一个原始基点和准据尺度。对于这种通行了几百年的“正统史观”,冷战后出现的诸多历史研究表明,《威斯特伐利亚条约》的起点地位其实是后世话语建构的产物。不仅如此,在英语世界中还出现了一批从宏观角度重新梳理近现代国际法史、试图建立新史观的体系书,这其中既包括美国和欧洲学者撰写的英文著作,也包括一些在 21 世纪初期被译介到英语世界中的德文国际法史著作。此外,在欧洲还诞生了关于国际法史的专门杂志。

冷战后不同国家和地域的学者从事的国际法史研究虽然侧重点各不相同,但都有一种共同的关切,即为欧洲中心主义的“单线发展观”提供一种相对化的视角:承认当代国际社会的原型之一产生于近代欧洲,但否认当代国际社会仅仅是欧洲国际社会的地理扩大版,而是认为在漫长的历史发展过程中有诸多变量因素,欧洲国际社会始终与“外部世界”并存并受到后者的制约与影响。换句话说,国际社会的复调发展特征不仅体现在前述共时性视角下的“横向”关系之中,更体现在历时性视角下的“纵向”关系之中。本辑主题研讨中赖骏楠的论文《十九世纪的“文明”与“野蛮”》,正是在这种历时性视角之下,以甲午战争为契机进行的反思。该文把同一主题交错置于中国、日本与西方的三方视角之下,通过比较观照,突显出 19 世纪的“文明”话语在甲午战争中所扮演的关键角色,并一语道破“中国不仅输在了枪炮上,更输在了国际法的话语上”。而决定话语正当性的,正是这套“文明”话语背后“非文明”的现实政治权力结构。当然,作为问题的另一面,当时的中国与日本同样作为欧洲国际公法的“外部世界”,在这场巨大的“遭遇战”中所表现出的截然不同的应对方式,是否构成了“欧洲国际社会”扩张过程中的变量因素,是否与西方的观念和制度之间构成了实质意义上的政治互动,作者并没有详加探讨。但作者细腻的分析笔触和翔实的史料列举可以引发读者对此问题的进一步思考。用一位朋友刘晗的话来说,国际法史的写作本身就是特定的国度在特定的当下处境中面向未来的行动。经验性的历史研究提供的素材,正是在特定的现实关切之下才获得它们的具体定位。回顾国际法史上的“文明”话语,或许有助于我们思考中国应该如何构建适合自己的国际法叙事,在复调前进的历史旋律中贡献一个音符甚至一个声部。

冷战后国际法研究的第三大变化是出现了国际法与相关学科的交叉研