

外国法制史研究

(第15卷·2012年)

超国家法的历史变迁

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

上海市人文社科研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目（学科

外国法制史研究

（第15卷·2012年）

超国家法的历史变迁

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

超国家法的历史变迁 / 何勤华主编. —北京: 法律出版社, 2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5125 - 3

I. ①超… II. ①何… III. ①超国家法—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 158552 号

外国法制史研究
(第 15 卷)

超国家法的历史变迁

何勤华 主编

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 8 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17.25 字数 458 千

印次 2013 年 8 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 - 5125 - 3

定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

1945年第二次世界大战以后,人类的法律发展呈现出一些新的特点,其中最为重要的一点,就是各个国家、各个地区的法律之间日益趋同。不仅传统的英国和美国、法国和德国之间,乃至世界两大法系即英美法系和大陆法系之间法律的交融和汇合日益密切,差别不断缩小,就是原本差异十分巨大的东西方法律之间,其区别也不再显得那么突出、明显。而在这一世界各国法律趋同化的发展浪潮中,超国家法的作用十分显著。

所谓超国家法,本书的各位作者提出了许多看法,阐述了各自的理解。我们认为,在最一般的意义上,超国家法,就是指超出国别、民族乃至某个地区的法域,如东盟法、欧盟法和世界贸易组织(WTO)法,等等。由于这样一种性质的法域的存在,就在原本世界法律秩序(国际法和国内法)的格局内,出现了一个个兼具国际国内法、汇通政府民间法的法域,并在经济贸易、文化教育、军事合作、政府行为、民间交流等各个方面出现了众多需要各国政府、民间学者,乃至国际组织、机构,国际条约、公约所要面对、解决的新的法律问题。

针对上述世界法律发展的新趋势和新潮流,全国外国法制史研究会常务理事会,在吸收参考国内学界关于超国家法研究成果的基础上,商议决定2012年的外法史第二十五届年会以“超国家法的历史变迁”为主题,以推动对这一领域的学术研讨。常务理事会的决定,得到了大部分会员以及学术界的认可和响应,诸位同人向会议提交了一批很有见地的研究成果;本书所收录的,就

是其中最为优秀的一部分。这些论文涉及了超国家法与人定法和自然法的关系,超国家法变迁的思想理论基础,古代希腊和罗马的超国家立法,从万民法到国际公法,欧洲超国家法形成的文化脉络,《威斯特伐利亚和约》的国际法地位,以及东亚共通法、北欧法、欧盟法等的历史和现状等,很好地诠释了上述会议的主题。

2012年9月25~28日在成都四川大学法学院召开的本届年会,由于各方的努力开得十分成功。代表们秉着平等对话、追求学术的真诚,就会议涉及的相关问题展开了充分的、热烈的、言犹未尽(由于时间关系)的讨论,取得了诸多共识。关于会议(包括本书)的详细内容,在本书所收录的各篇主题论文和专题论文中,都已经有了充分详细的展示,故笔者对此不再赘述。本书的编辑,一如本研究会所编辑出版的前14卷《外国法制史研究》的风格和传统,分主题论文、专题论文和附录等部分。

本书的编辑,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有研究会的副会长李秀清、秘书长陈颐、副秘书长冷霞,以及华东政法大学法律史专业的周伟文、于明、胡骏、于霄、王婧、孙晓鸣等教师,李洋、陈阳、朱颖、汪强等博士生和何元龙、王思杰、李海有等硕士生;陈颐副教授承担了主要的组织审稿工作。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者见谅。

本次年会的召开,得到了四川大学法学院的大力支持。尤其是四川大学法学院院长唐磊教授、副院长里赞教授,对本次会议的召开给予了全身心的帮助;法学院赵华老师的细心周到、不辞辛劳的组织工作,使会议能够得以顺利进行。本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法大学的学会活动经费的资助,并得到了法律出版社社长黄闽先生的全力支持,本书的责任编辑董飞老师则为本

书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学
外国法与比较法研究院

2013年3月25日

论 文

- 向 东/查士丁尼罗马法中的典质制度及其现代运用 /223
- 郭义贵/“英雄时代”的法律——略论西欧中世纪早期的庄园法 /246
- 于 明/中世纪西欧的司法与国家治理 /257
- 李 栋/试述中世纪欧洲的封建制度及其英格兰的改造 /283
- 肖崇俊/中世纪欧洲保险法探源 /304
- 肖光辉/西方政治哲学中的自然法精神 /317
- 程 波/论马基雅维里和布丹关于国家存续意义上的“国家理性”和“主权理论” /340
- 李丽辉/近代日本法律对天皇制的塑造 /356
- 蔡 迪/德意志邦联与德意志民商事法律统一 /376
- 王铁雄/论财产所有权观的历史变迁 /389
- 王华胜、黄信瑜/商法浪漫史,虚幻还是真实? /417
- 汪 强、杜军强/中国古代弹劾制度的运作机理——以清末御史江春霖弹劾奕劻案为中心 /441
- 马剑银/英美法在近代中国:1840—1949——过程与影响 /462

研究会纪事

- 全国外国法制史研究会第二十五届年会议程(成都·2012) /521
- 全国外国法制史研究会第二十五届年会出席代表名单
(以姓氏拼音字母为序) /525
- 全国外国法制史研究会第二十五届年会提交论文目录 /529
- 全国外国法制史研究会 2011 年度优秀论文获奖名单 /533
- 朱 颖/全国外国法制史研究会第二十五届年会综述 /535
- 全国外国法制史研究会理事增补名单 /544

目 录

序 /1

主题:超国家法的历史变迁

张飞舟/超国家法是人定法回归自然法的先兆 /3

胡 骏/试论雅典帝国时期的超国家立法 /15

翟小功/从市民法到万民法:文化认同基础探析 /32

徐国栋/从万民法到国际公法——一个语词学的考察 /43

李明倩/《威斯特伐利亚和约》国际法地位再考察——以和约与主权原则的关系为中心 /58

李道刚/欧洲超国家法形成的文化脉络 /77

谢冬慧/超国家法变迁的思想理论基础——以欧盟法为例 /89

李鹿野/法律全球化视角下的欧盟能动司法 /100

[荷]简·M.施密茨著 孙 宇 赵立新编译/

欧洲视域下的北欧法:若干比较性的考察 /126

张小虎/试论东亚共通法——一种“超国家法”的过去、现在与未来 /140

余盛峰/超国家宪政的历史演进 /168

贺 鉴 章育良 曾 龙/

论“超国家法”对集体人权的保护——以非洲区域人权法对第三代人权的保护为例 /180

王思杰/论 20 世纪以来的国际刑法 /194



主题：

超国家法的历史变迁

超国家法是人定法回归自然法的先兆

张飞舟

“只是为了恢复和重新实行最初的社会性的自然法律,才要定出人为的法律”。^①

——[法]摩莱里

人定法本应是自然法的一种特殊表现形式,或者说它本身就是为实现自然法而存在的。然而,人类是有限的生物,其对于自然法则^②的认识也很有限。几千年来,按照人类自己的标准,“人定法”虽然有了长足的发展,但却与自然法渐行渐远,以致经常违反自然法则,也经常受到自然法则的惩罚。大自然默不作声,却能够养长万物,支配万物(包括人类)。但因其不能言说,就不能及时、主动、有效地纠正人定法的偏差;大自然只是在人定法背离自然法则之后才惩罚人类。可是,等到人类有所醒悟,往往为时已晚。

最初的人定法源于自然法,以自然法为根据,受自然法指导。古希腊、罗马的自然法学家声称人定法来自自然法,中国古代儒、墨、道等思想流派则表明法律源自“天”、“天道”、“天志”、“道”等。无论是古希腊罗马的自然法,还是中国古代的天、道,实际上指的都是自然法则、自然规律。先祖们对自然的崇敬感、神圣感使得其制定法律时尽量顺应自然法则,至少不违背自然法则。但几千年来,人定法已逐渐背离了自然

① [法]摩莱里:《自然法典》,黄建华、姜亚洲译,商务印书馆1982年版,第50页。

② 由于古希腊、古罗马的“自然法”通常与“自然法则”、“自然规律”及今天所说的“大自然”、“自然”等大致同义,而且后来各类自然法学派对于“自然法”概念内涵的认识基本一致,故本文所说“自然法”、“自然法则”、“大自然”、“自然”等也有相仿的含义。

法,最终使得人们失去了对于法律的崇敬感、神圣感。当初人们由于敬畏自然,从而才连带地也敬畏能代表自然法则的人定法;然而,当人定法不断地违背自然法则时,人们对于人定法就逐渐丧失了足够的信任和尊重,甚至完全丧失了对法律的认同。以西方社会为例,美国学者伯尔曼描述了西方人普遍对于法律不信任的严峻现状:“西方法律传统危机,主要是一个精神危机,及法律的认同感和目标的失落,以及它的历史性的丧失。……20 世纪之前仍和政治理论相辅相成的法律道德和历史理论,如今不是沦为政治理论的附庸,就是被弃如敝屣”^①。让我们想象一下,究竟是什么原因导致西方人将对于法律的认同感丧失到“弃若敝屣”的程度?毫无疑问,法律本身出了问题。最大的问题就是,人定法与自然法越来越远,甚至经常在破坏自然法则。那么人们将法律信仰弃若敝屣也就顺理成章了。

人定法必然要回归自然法,这不仅是摩莱里的论断,也是事物发展的必然规律所使然。“物极必反”。人定法已经发展到“必反”的“极点”了。

后现代主义兴起以来,许多国家都流行着“回归自然”的风气,人们厌恶了被高科技、高楼房、高消费、高污染、高频率统治的“高级”大都市生活,转而追求田园风光、山水情趣。人们似乎更喜欢赏自然景观,吃天然食品,穿粗布衣服,住乡间木屋,用农家肥料,听原生态歌曲……法律也悄悄发生着方向性的变化。保障自然界的生态平衡,关爱动植物,限制转基因食品,限制克隆人的技术,限制大规模杀伤性武器的研发、使用等观念逐渐反映在法律中。一切似乎都在往回走,向着相对和谐、简朴、宁静、无污染的远古时代。

所谓“超国家法”主要是对欧盟法而言的。作为一种超国家法,欧盟法显现出人定法回归自然法的某些明显征兆。超国家法(supranational law),既有别于传统国家法(national law)也有别于传统

^① [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 10 页。

国际法(international law),有很多标志都能显示出超国家法是人定法向自然法回归的前兆,本文仅从四个方面展开论证:

一、“超国家”本身就是自然法的特点之一

超国家法的特点是“超国家”,自然法的特点也是“超国家”。自然法适用于所有人类及动植物,当然也适用于所有国家,所以是超国家的。国际法虽然也貌似“超国家”,实际上其创制者并非大自然,而只是缔约的主权国家,因而严重地受制于缔约国家,根本没有“超国家”。自然法的“创制者”却直接是大自然。固然,欧盟的“超国家法”也是成员国共同创制的,但其最基本的立法依据却是“和谐方能共生”的普遍的自然法则,而非个别国家的狭隘私利。西方自然法学派普遍认为自然法的特点是正义、理性,而正义、理性应该表现为“和谐共生”而不是“弱肉强食”。欧盟法超越了国家法与国际法,作为一种“超国家法”,通行于如此众多的国家,而这些国家在历史上有的曾互为仇敌,且语言、人种、货币、法系都有不同。这些国家心甘情愿地牺牲自己国家部分主权,服从一些统一的“超国家法”。现在每个欧盟成员国国民都既是本国公民,也是欧洲公民,欧盟内部已实现了“四大自由”(商品、服务、资本和劳动力流动自由),仿佛一家人一样。一家人内部当然就可能实现相对的“和谐共生”,而不是“弱肉强食”。欧盟有自己的立法、司法、行政等机关,还将在共同防御方面实现一体化。这种模式的确与传统的国际组织不同,其法律也与传统国际法有别。虽然它还不是真正意义上的自然法,但已可看出自然法的端倪,也可以称之为回归自然法的征兆。

从某个角度看,法的发展轨迹是:自然法—人定法(国家法、国际法、超国家法)—自然法。

二、由“人类中心主义”向“自然中心主义”和“生态中心主义”的过渡显示出向自然法回归的趋向

《圣经》确立了“人类中心论”,而现代西方却兴起了“自然中心论”

(亦称生物中心论)。基督教认为人类是世界上最尊贵的,因为只有人类是上帝按照上帝自己的样子创造出来的。其他一切造物,都是上帝为人类而创造的,即其他百事万物存在的唯一价值、理由就是为人类服务,任由人类支配、索取、挖掘、利用。这种思想又导致近现代西方国家发展大工业、高科技以求征服自然,向自然无节制的索取。结果是,自然未曾被征服,却破坏了人类自身生存的自然环境。自然法则也毫不留情地惩罚了自封为万物之灵而能够征服自然的人类。然而,西方人领导的这个发展模式、潮流似乎已不可更改,恰如一辆高速奔向悬崖的车,已经在车上的人一开始还挺得意,以为自己终于搭上了通往光明的车。及至发现前边可能是悬崖,想跳车将即刻被摔死,继续行进也是死,但会迟些时候死,于是就只能听天由命了。但是人们并没有认识到还有一条路:一直减速直到停下,然后改道而行。当代的“自然中心论”却认为,人类不过是万物之一,并非万物主宰,人类应该与万物和睦相处。

欧盟国家格外强调保护自然环境、自然资源,这可谓对西方传统发展模式的一种反思,也是一种补救。“绿党”(Green Party)^①成员在欧盟各有关机构包括立法机构中占有了一定比例,绿党的立法指导思想是“任何法律都不能超越自然的承受力”。^② 欧盟的许多法律都尽力保护自然环境,以可持续发展为目标,保证循环经济模式的确立和运行。这就取代了传统上为了尽快发展经济、科技、军事而破坏自然生态平衡,恶化自然环境,最终也殃及人类自身的惯例,向着与自然和谐相处、天

① 绿党:1972年成立的新西兰价值党是世界上最早的绿党。绿党在20世纪后半期开始在欧洲兴盛,最著名的就是德国绿党。欧洲大部分的国家都有绿党。全球绿色革命引起绿党作为一种政治力量在全球的崛起,绿党是提出保护环境、生态优先、非暴力、基层民主、反核原则等政治主张,积极参政议政,开展环境保护活动,对全球的环境保护运动具有积极的推动作用。全球的绿党都有一个特性,就是他们提倡生态的永继生存及社会正义。这使得绿党明显地与传统的资本主义派与社会主义派大不相同。

② 参见李景治、张小劲:《政党政治视角下的欧洲一体化》,法律出版社2003年版,第197页。

人合一的方向行进。

三、欧盟成员国都被要求废除死刑是“人定法”消亡的前奏

提到欧盟法,人们都知道它是一种没有死刑的法。欧盟是世界上唯一要求所有成员国都废除死刑的国际组织。一个国家加入欧盟的重要条件之一就是废除本国的死刑。人定法的消亡必然导致自然法现“兴盛”。而“废除死刑”运动就是人定法消亡的明显标志。“死刑”是“杀人偿命”原则的体现,“杀人偿命”又是人类存在了几千年的一条重要法律。死刑的废除,就意味着“杀人偿命”这么重要的一条长期存在于各个时期、各个民族、各个国家的重要法律被废除了。而这一条法律的被废除,预示着将来所有法律都要被废除。这是因为:废除了死刑,就更有理由废除徒刑,因为徒刑剥夺人的自由,而自由是高于生命的。说到自由的价值,有些西方人的名言是深入人心的。法国文学家罗曼·罗兰认为“不自由,毋宁死”,荷兰思想家斯宾诺莎认为,不自由就成其为人,匈牙利诗人裴多菲更认为“生命诚可贵,爱情价更高。若为自由故,二者皆可抛”。既然自由比生命更有价值、更高贵,那么,剥夺生命权的死刑都可以被废除,剥夺价值更高的自由权的徒刑就更应该被废除。生命权和自由权都是重要的人权,要保护这些人权,就得既废除死刑也废除徒刑。这两种重要刑罚被废除之后,剩下的拘役、管制也是一定程度剥夺自由权的,也得废除;再往下推,罚金是剥夺人财产权的,而财产权也是重要的人权,所以,罚金刑也要废除。如此一来,所有刑罚就都将被废除。刑法是由犯罪与刑罚两部分组成的,刑罚既然废除了,犯罪的概念在法律上也就无必要存在了,那么,整个刑法也应该被废除掉。

刑法废除之后,民法也必须废除,因为:第一,刑法上既然可以“杀人不偿命”,民法上就更可以“欠债不还钱”,这是合乎逻辑的,毕竟命比金钱价更高。取了别人的命,自己都可以不偿命,欠了别人的钱,为什么就不能不还钱?第二,刑法是民法的保障,没有了刑法,谁还会去遵守民法呢?比方有人欠债不还钱,民事判决可以判他还钱,如果拒不执

行民事判决,民事法庭就可以强制执行;如果他还是表示不还钱并以暴力、威胁的方法阻碍强制执行,他就触犯了刑律,构成妨碍公务罪。欠债者正是畏惧最终可能到来的刑事处罚才不得不遵守民法的。正如法国刑法典的起草委员路微在描述刑法典重要性时所说,如果没有强有力的刑法典,没有很严厉的刑事制裁手段,那么民法的实施就得不到保证。这个道理是显而易见的。所以,刑法的被废除必然导致民法的被废除。那么,刑法、民法都被废除了,其他部门法诸如宪法、行政法、商法等一概也都没有必要存在了。整个人定法都没有了,自然法就必然占主导地位了。可以看出,废除死刑运动绝不简单地只是死刑问题,而是整个人类法律(人定法)消亡的前奏!因而,当人们热烈地讨论死刑废存问题时,其实也是在讨论法律要不要被废除的问题。具体地说,也是在讨论死刑废除之后要不要逐渐废除所有法律的问题。欧盟国家对一些重要法律(比如“杀人偿命”这条古今中外曾施用的法)的废除,合乎逻辑地会引导出其他法律也将被逐渐废除,最终就必然导致整个人定法的消亡。因此,要求所有成员国都废除死刑的“欧盟法”,就预示了人定法回归自然法的方向。

四、欧盟法的“和为贵”精神是回归自然法则的体现

笔者在法国学习欧盟法时,有一次老师为了向我们说明欧盟法的精神:在黑板上写了几个词: cooperation; harmonization; unification; integration,即合作化、和谐化、一体化、统一化。这些口号的精神正好体现了中国儒家“和为贵”、“和谐共生”、“和而不同”的“和合”文化。千百年来曾经互相残杀,打作一团的欧洲,如今却极力追求“和为贵”的境界,这其实是一种回归自然状态的征兆,是返璞归真的表现。这是在经历了无数次战争尤其是第二次世界大战之后才悟出的道理。虽然在自然状态下,人类也有争端、战争,但相对而言,所谓文明社会的战争更为激烈、频繁、残酷。在原始状态下,固如英国哲人霍布斯所言,人与人的关系就像狼与狼的关系一样,但总还能隐约体现出一种原始平等。如血亲复仇、同态复仇等都是较对等的。狼通常是不吃狼的;而在文明社

会,人却经常吃人。据此看来,文明社会似乎比野蛮社会更野蛮,而野蛮社会倒是比文明社会文明了许多。所以,返回自然法则指导的状态未必是坏事,因为那时会相对和平得多。欧盟国家认识到这些道理之后,就决心改弦更张,决心走出一条新路:至少要在欧洲内部做到不再互相残杀。

当然,欧盟的超国家法也是不彻底的,毕竟还没有真正返回自然法。虽然欧盟内部是不再互相残杀了,有些欧盟成员国却为了自己国家的私利经常跟着美国对美欧之外的国家大开杀戒。欧盟的法律还会在很长的一个阶段内保持这个特点,即对欧盟内部要维护和谐共生原则,对欧盟外依旧将弱肉强食。所以,笔者只认为欧盟法(超国家法)仅是人定法回归自然法的前兆,而并未回归自然法。这种回归自然秩序的前兆还只反映在欧盟内部。但这已经足以给人类莫大启迪了。能在这么多国家内部实现和平、避免战争(自欧共体到今日至欧盟,其内部已有半个世纪没有战争了),已是很大的成就。

在人类历史上,总有极少数具有超前意识的智者及时发现了人定法发展的方向性的错误,并指出人类要重新重视自然法。其实这方面中国的老聃觉悟得很早。他完全否定了人为的各种法律制度,认为“道法自然”是唯一正确的方向。回归自然法的前兆表现为两个特征:超国家、取法自然。回归自然,以自然为师。自然法是超国家、超国际的,人定法通常都属于国家法或国际法范畴。而今,“欧盟法”虽为“人定”,却既不属于传统的国家法,也不属于传统的国际法。将其直接归到“自然法”也不合事实。因为自然法非人类所定,不能说超国家法就是自然法。但将超国家法视为向自然法回归的“前兆”却未尝不可。

无论迟速,人定法终究会消亡。此乃“否定之否定”规律所使然。这样,“法”就走了一条清晰的路线:自然法—人定法—自然法。法律消亡之后,人类关系将靠道德伦理、习惯等调整,正如原始社会一般。而道德伦理、习惯正是最接近自然法的。

人定法在回归自然法之前,必然经历一个同化过程,亦即人类各民族、各国家法律必然经历一个非常接近,基本相同的阶段。在这个同化