



中国崛起 背景下 国际经济法 理论的发展

李 涛 著

人民日报出版社

中国崛起 背景下 国际经济法 理论的发展

李 涛 著

本书由河北经贸大学学术著作出版基金资助

人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国崛起背景下国际经济法理论的发展 / 李涛著.

-- 北京: 人民日报出版社, 2019.3

ISBN 978-7-5115-5904-3

I. ①中… II. ①李… III. ①国际经济法—研究

IV. ①D996

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第058583号

书 名: 中国崛起背景下国际经济法理论的发展

作 者: 李 涛

出版人: 董 伟

责任编辑: 袁兆英

封面设计: 邢海燕

出版发行: 人民日报出版社

社 址: 北京金台西路2号

邮政编码: 100733

发行热线: (010) 65369509 65369527 65369846 65363528

邮购热线: (010) 65369530 65363527

编辑热线: (010) 65363105

网 址: www.peopledaily.com

经 销: 新华书店

印 刷: 河北盛世彩捷印刷有限公司

开 本: 710mm × 1000mm 1/16

字 数: 200千字

印 张: 12.25

印 次: 2019年4月第1版 2019年4月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5115-5904-3

定 价: 45.00元

前 言

理论是认识世界的窗口，是改造世界的工具，因而理论研究对于法学学科来说是极其重要的。就像民法中的诚信原则、刑法中的罪刑法定原则能够为整个民法、刑法领域提供立法、司法和公民行为的思想依据一样，国际经济法也应当有这种能够统摄整个国际经济法规则体系的原则指引。然而，当前世界范围内学者们的一个共识是，国际经济法是由碎片化的、互不协调的、不成体系的、甚至是相互冲突的部门规则构成的，国际经济法学是缺乏基础理论的。

如何发展国际经济法理论？这是一个需要东西方学者共同思考的问题。作为国际经济法学科先驱的西方学者彼得斯曼以“公民驱动”的宪政思维为基础、以人权保护为进路、以国际经济体系的多层司法治理为核心，创立并发展了独树一帜的国际经济法宪政理论，为国际经济法这门“规则丛生”的学科首创性地提出了一种规范性假设，并将国际经济法的学术探讨从规则层面引入更深层次的基础理论层面。随着中国在世界舞台上的崛起，中国已不可避免地需要参与到全球经济治理机制的创新发展中。在这一时代背景下，对同样以民众权益为出发点并代表着西方思维方式的彼得斯曼国际经济法宪政理论进行对比研究具有较高的学术意义。

本书以回顾西方宪政思想对国际经济法理论的渗透为切入点，以分析彼得斯曼国际经济法宪政理论的内涵与本质为主干，并结合中国传统思想和中国引领的“一带一路”等国际治理实践反思国际经济法的理论发展问题。第一章结合中国崛起的背景分析国际经济法理论研究的不足。第二章从更广视域下考察西方宪政思想对国际法、国际经济法理论研究的影响。第三章为彼得斯曼学术理论的概览。



第四章关注的是彼得斯曼的学术理论的思想来源。第五章对“人权”“正义”和“司法复审”这三个彼得斯曼整个理论体系中最为重要的概念进行解读。第六章探讨彼得斯曼国际经济法宪政理论与国际经济法实践的衔接问题。第七章剖析彼得斯曼的理论在中国崛起背景下的普适性问题。

中国的情况与彼得斯曼的理论设计是大相径庭的，表现为自上而下的范式不但在中国是强有力的现实存在，而且在中国崛起于的脚步中也显露端倪。就国际经济法基础理论研究而言，彼得斯曼虽然具有“开拓者”精神的，但他的理论观点也有片面性的一面。国际经济法的理论的发展有赖于东西方学者间更多的对话与沟通。

本书主体部分脱胎于作者在山东大学完成的博士学位论文，导师姜作利教授提供了颇具助益的指点。爱人颖和两个孩子豆与球见证了作者从凌乱不堪的资料堆中孵化出本书的过程。限于时间与自身水平，本书必有纰漏和不足之处，作者自身也未能提出一种论证严密的国际经济法理论。本书意在抛砖引玉，希望能引起中国学者对这一问题的更多理解、更深思考。由于时间仓促，难免挂一漏万，不当之处，还望读者多多批评指正。

目录

CONTENTS

第一章 中国崛起背景下的国际经济法·····	1
一、国际经济法的概念·····	1
二、国际经济法的历史发展与中国的崛起·····	10
三、中国的崛起对国际经济法理论研究的启示·····	14
第二章 国际经济法中的宪政主义探源·····	17
一、宪政·····	17
二、国际宪政·····	20
三、国际经济法宪政·····	36
第三章 彼得斯曼的学术理论概览·····	48
一、彼得斯曼简介·····	49
二、彼得斯曼的学术理论的积极意义·····	52
三、彼得斯曼的学术理论的发展轨迹·····	56
四、西方学者对彼得斯曼的学术理论的批判·····	68
第四章 彼得斯曼的学术理论的思想来源·····	81
一、自由主义经济理论·····	82
二、秩序自由主义理论·····	84

三、公共选择理论与公共产品理论	86
四、康德的多层宪政思想	90
五、罗尔斯的正义理论	94
六、述评	96
第五章 彼得斯曼的学术理论的概念解读	98
一、人权	99
二、正义	103
三、司法保护	110
四、述评	121
第六章 彼得斯曼的学术理论与国际经济法实践问题	123
一、彼得斯曼的理论与欧洲一体化实践	123
二、彼得斯曼的理论与世界贸易组织发展	128
三、彼得斯曼的理论与国际法碎片化问题	134
四、述评	140
第七章 中国崛起背景下对彼得斯曼的学术理论的反思	143
一、人权法的要求：自下而上抑或自上而下	147
二、国际经济法正义的要求：权利先行抑或义务先行	155
三、法院作为人权和正义卫士的可能性拷问	162
四、彼得斯曼的理论与中国思想之差异的价值观根源	168
五、结论	170
结 语	173
参考文献	174

第一章 中国崛起背景下的国际经济法

中国的崛起在世界范围内都是一个热点话题，然而，崛起的中国对世界会有怎样的影响在很多语境下都没有现成答案。本书选择了国际经济法这一学科为视角，试图探寻中国崛起背景下国际经济法理论研究路径的走向。从1949年新中国成立，到1978年改革开放大幕的开启，到2001年加入世界贸易组织，再到2015年“一带一路”倡议的正式提出，中国崛起的过程也是逐步融入并影响全球经济体系的过程。这一过程同样伴随了国际经济法的形成、发展、成熟与调整。中国的崛起与国际经济法的很多问题相伴而生。

一、国际经济法的概念

国际经济法是随着跨国经济交往的发展而产生并发展起来的一个法律分支。然而，学者们对于国际经济法的概念与范围并没有形成较为一致的看法。例如，霍亨维尔顿（Ignaz Seidl-Hohenveldern）认为国际经济法是“指与国际法主体间的经济交往直接相关的国际公法规范”，他的这一概念表述很明显忽略了与“经济活动间接相关的国际法规范”。^①比德曼（David Bederman）认为：国际经济法“至少包括（1）私人国际商务活动的背景规则，（2）全球贸易及货币体系的结构，

^① Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3rd revised edition, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 1. 在霍亨维尔顿的这本书中，国际法的主体是一个广义的定义，包括国际组织、跨国企业、非政府组织及个人等。



和(3)国际发展与投资的准则。”^①奥斯特(Anthony Aust)则认为,国际经济法“是二战后订立的关于贸易、商务和投资活动的大量双边和多边条约的总称”。^②只要稍加考虑就可以看出这三位学者给出的国际经济法定义是相互不一致的。在比德曼阐述国际经济法的概念范围时,他显然是把《联合国国际货物销售合同公约》包含在内的。但是在霍亨维尔顿的国际经济法概念中并非如此,而且他也没有具体说明怎样区分哪些是能够直接影响经济交往的活动,哪些是不能够直接影响经济交往的活动。奥斯特没有把国际货币基金组织的规则作为国际经济法的一部分,但是在比德曼和霍亨维尔顿的国际经济法概念中包括该规则。

查诺维茨(Steve Charnovitz)则是通过对国际经济法中的“国际”(international)、“经济”(economic)和“法”(law)三个单词的逐一解释确定了国际经济法的概念范围。“国际”意味着这里的法律是用来调整跨越国界的事务的,而随着跨界事务越来越多,这一法律部门的范围也越来越大。“经济”是指由各经济主体参加的并涉及货物和服务的生产、分配、贸易和消费的有机系统。各国经济的相互依赖性表明发展世界经济是极其重要的,而承认世界经济的重要性就意味着要考虑什么样的政策措施(例如,货币措施或税收措施等)最有益于促进经济增长和增进人类福祉。如果法律对于调整这种国内或国际措施是必要的,这种法律就成为国际经济法的一部分。国际经济法中的“法”主要包括国际条约、国际习惯及一些软法。与国际法的其他领域有所不同,国际经济法更多是实在法而不是习惯法。在确定“国际”“经济”和“法”这三个单词的含义后,查诺维茨认为国际经济法涉及的领域包括外国投资者权利、反假冒、政府补贴、商品及原材料、竞争、自然资源保护、著作权、货币与汇兑、海关、发展援助、双边征税、政府采购、多边经济制裁、专利、卫生措施、服务规制、国有企业、技术标准、电信、自然人流动(《服务贸易总协定》第4类服务)、商标、透明性、过境、银行、交战国占领、民航、腐败、移民、能源安全、征收、渔业、林业、互联网、海事、可憎贸易、人口、性交易、主权贷款、空间、统计、度量衡、跨境破产、野生动

^① David Bederman, *International Economic Law*, New York: Foundation Press, 2001, p. 141.

^② Anthony Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 372.

植物贸易等。^①这是一个大得惊人的规则体系。

中国教科书在对某一部门法在学术意义上下定义时则往往会采用“是调整……的法律规范的总称，具体涉及……等部门”这一阐述模式。例如，在梁西主编的国际法教科书中，国际法被定义为“在国际交往中形成的，用以调整国际关系（主要是国家间关系）的，有法律约束力的各种原则、规则、制度的总称”，^②包括领土法、海洋法、空间法、条约法、战争法、国际组织法等具体部门。然而，中国学者对于如何应用这一模式对国际经济法的概念内涵和外延进行系统表述没有形成一致意见。国内学界一般认为有“小国际经济法”和“大国际经济法”两种相互对立的学派。^③“小国际经济法”学派认为：国际经济法属于国际公法的组成部分，是调整国家、国际组织之间在国际交往活动中发生的经济关系的国际法规范的总称；国际经济法的主体包括参与国际经济关系的国家和国际组织，而不包括各国法人、非法人经济实体和自然人。“大国际经济法”学派则认为：国际经济法是调整所有国际经济关系的法律规范的总称；国际经济法的主体既包括参与国际经济关系的国家和国际组织，也包括从事民间经济交往的各国法人、非法人经济实体和自然人，国际经济法是“国际社会中的经济关系和经济组织的国际法和国内法规范的总称，是一个新兴的独立的法的部门”。^④目前，中国各种版本的国际经济法教材大都认同“大国际经济法学派”的观点。^⑤

本书后面章节重点探讨的是彼得斯曼（Ernst-Ulrich Petersmann）的国际经济法宪政理论，因此，这里还要重点关注一下彼得斯曼对于国际经济法概念的阐述。在彼得斯曼的早期著作《国际经济法的宪法功能和宪法问题》中，他也曾试图以中国学者的概念模式对国际经济法加以定义。他提到，国际经济法的概念外延可以根据所涉主要经济部门及各国与国际经济法的“法律分层”进行概括。按照这

① Steve Charnovitz, *What is International Economic Law?*, 14 *Journal of International Economic Law* 3(2011), at 4-5.

② 参见梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社2000年第二版，第3页。

③ 参见廖德功、李春玲：《国际经济法的范围辨析》，《现代法学》1991年第4期，第42页。

④ 姚梅镇：《国际经济法是一个独立的法学部门》，载《中国国际法年刊》1983年卷，第373-385页。

⑤ 参见余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社2009年版，第4-8页。



一方式，国际经济法指通过各国国内经济法（私法与公法）与国际经济法（私法与公法）对货物、服务、人员、资本、支付的跨国流动进行调整的法律体系，具体涉及贸易法、竞争法、税法、保险法、运输法、劳动法、公司法、投资法、资本规制法、货币法等法律部门。然而，他进一步指出，国际分工的“功能一体性”以及对于调整跨国经济活动的各国与国际法律的更大确定性和协调性的需求使得对传统法律学科分立的超越成为必要，因此需要把相关的规则、程序和其他协调机制整合成一个更加协调一致的“国际经济法”。^①

然而，在此后彼得斯曼浩繁的学术作品中，笔者却很少见到彼得斯曼对国际经济法的概念内涵和外延进行深入分析。不过，在其2012年出版的《二十一世纪的国际经济法》一书中，彼得斯曼通过梳理学术观点及国际、地区实践归纳了五种不同的国际经济法概念：^②

（一）第一种国际经济法概念：“规制国际经济的国际公法”

一些国外国际经济法教科书将国际经济法定义为确定国家和国际组织间规制货物、服务、人员、资本的流动和相关支付的权利义务关系的法律。^③彼得斯曼认为：这实质上是将国际经济法定义为“规制国际经济的国际公法”；这种定义方式所体现的是“主权即正义”（sovereignty as justice）的霍布斯式的理解，而这种理解在联合国、世界贸易组织的法律实践中依然大行其道；考虑到联合国成员国已经认可人权义务，这一理解未能有效反驳“主权即正义”的伪善性，未能认清公共产品多层治理的“基础设施不足”（infrastructure gaps）问题；^④在这种理解下，

① 参见 [德] 彼得斯曼：《国际经济法的宪法功能和宪法问题》，何志鹏等译，高等教育出版社2010年版，第57-59页。

② E. U. Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of International Public Goods*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, pp. 78-91.

③ Quoted from A. H. Qureshi and A. Ziegler, *International Economic Law*, London: Sweet & Maxwell, 2007, at ix: “This book focuses on that branch of Public International Law which is concerned with international economic relations between States” .

④ E. U. Petersmann, *Need for A New Philosophy of International Economic Law and Adjudication*, 17(3) *Journal of International Economic Law* 639(2014), at 650.

植物贸易等。^①这是一个大得惊人的规则体系。

中国教科书在对某一部门法在学术意义上下定义时则往往会采用“是调整……的法律规范的总称，具体涉及……等部门”这一阐述模式。例如，在梁西主编的国际法教科书中，国际法被定义为“在国际交往中形成的，用以调整国际关系（主要是国家间关系）的，有法律约束力的各种原则、规则、制度的总称”，^②包括领土法、海洋法、空间法、条约法、战争法、国际组织法等具体部门。然而，中国学者对于如何应用这一模式对国际经济法的概念内涵和外延进行系统表述没有形成一致意见。国内学界一般认为有“小国际经济法”和“大国际经济法”两种相互对立的学派。^③“小国际经济法”学派认为：国际经济法属于国际公法的组成部分，是调整国家、国际组织之间在国际交往活动中发生的经济关系的国际法规范的总称；国际经济法的主体包括参与国际经济关系的国家和国际组织，而不包括各国法人、非法人经济实体和自然人。“大国际经济法”学派则认为：国际经济法是调整所有国际经济关系的法律规范的总称；国际经济法的主体既包括参与国际经济关系的国家和国际组织，也包括从事民间经济交往的各国法人、非法人经济实体和自然人，国际经济法是“国际社会中的经济关系和经济组织的国际法和国内法规范的总称，是一个新兴的独立的法的部门”。^④目前，中国各种版本的国际经济法教材大都认同“大国际经济法学派”的观点。^⑤

本书后面章节重点探讨的是彼得斯曼（Ernst-Ulrich Petersmann）的国际经济法宪政理论，因此，这里还要重点关注一下彼得斯曼对于国际经济法概念的阐述。在彼得斯曼的早期著作《国际经济法的宪法功能和宪法问题》中，他也曾试图以中国学者的概念模式对国际经济法加以定义。他提到，国际经济法的概念外延可以根据所涉主要经济部门及各国与国际经济法的“法律分层”进行概括。按照这

① Steve Charnovitz, *What is International Economic Law?*, 14 *Journal of International Economic Law* 3(2011), at 4-5.

② 参见梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社2000年第二版，第3页。

③ 参见廖德功、李春玲：《国际经济法的范围辨析》，《现代法学》1991年第4期，第42页。

④ 姚梅镇：《国际经济法是一个独立的法学部门》，载《中国国际法年刊》1983年卷，第373-385页。

⑤ 参见余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社2009年版，第4-8页。



(1) 国际社会中所存在的冲突和对抗是必然存在的现实；

(2) “自上而下”的全球治理模式存在着难以避免的局限性；

(3) 私国际法为协调和解决不同国家间、不同国际治理机制间的冲突提供了有益借鉴；

(4) 运用私国际法之概念在解决公、私治理模式之冲突方面具有优势。^①

彼得斯曼将理解国际经济法的这一方式归纳为“国际私法之冲突法”方式。国际私法之“冲突法”原则（如密切联系原则、国外判决的相互承认原则）对于解决相互竞争的公、私治理机制之间的协调问题可以发挥重要作用。在不同法域的法律之间产生冲突时，一国法院一般会尊重自己立法机关颁布的法律，但他们也会保护依据其他法域的法律所拥有的合法利益。彼得斯曼对这种国际经济法的“国际私法之冲突法”理解表明了不同意见。他认为：公、私国际法所要应对的问题（例如，法律方法的民族主义问题、对外国人的不对等法律地位问题）表明将国际经济法理解为“冲突法”是远非合理的。所有联合国成员国对于人权的确认和其他宪法约束要求把国际经济法的合理性建立在公民的人权和宪法权力之上，而非仅仅出于经济实用主义或私法原则的考虑。对于确定是否承认国外管辖、解决冲突的法律法规及冲突的国际治理机制的“冲突法”原则不能替代对于国际经济法是否符合“人权一致性”（human rights coherence）的必要评审。他们不能替代在按照正义原则和政府的人权义务适用和解释国际经济法时的人权和宪法原则的法律和司法平衡。^②

（四）第四种国际经济法概念：没有宪法约束的“全球行政法”

有一些美国和欧洲的行政法专家认为：“现在很多的全球监管机制——尤其

^① R. Wai, *Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation*, in Joerges and Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford: Hart, 2011, p. 230.

^② See E. U. Petersmann, *The Future of International Economic Law: A Research Agenda*, in Joerges and Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford: Hart, 2011, Chapter 18.

是在贸易、投资、金融、经济规制等方面——可以理解为行政行为。”^① 因为国际经济治理的目的不仅在于规制国家的行为，也在于规制私人行为，因此国际法的传统国家间范式（inter-state paradigm）需要演变为多元的、普世的监管方式。

彼得斯曼认为：“全球行政法”概念的出现与国际机构行政行为的“责任性不足”密切相关，但是，国际组织只具有有限的职能，其实施行行政管理行为的法律环境与一国国内宪法和行政法体系根本不同。首先，全球行政法原则的法律地位——不管是作为一般法律原则，习惯法或者是国际条约法基本原则——都是备受争议的。其次，国际组织法不具备民族国家对行政法的宪法约束和议会控制。另外，除了特定例外情形（包括：联合国和国际劳工组织行政法庭对于国际公务员的保护、《联合国海洋法公约》第 XI 部分关于深海海底采矿的规定、世界知识产权组织关于网络域名争端的仲裁制度、世界银行协查小组），受到不利影响的个人几乎难以从国际组织获得救济途径。最后，很多国际组织的运行基于政府间协商而非独立的行政议事规则。它们的复审和争端解决程序（例如，多边环境条约的遵守机制（compliance procedures）通常是政治化的，欠缺独立性，不能达到正义行政（administration of justice）的目的。^②

（五）第五种国际经济法概念：以消费者利益和人权为本的多层宪政规制

彼得斯曼总结的第五种国际经济法概念被称为“以消费者利益和人权为本的多层宪政规制（multilevel constitutional regulation）”，这一概念模式来源于彼得斯曼对欧洲地区多层治理经验的总结。彼得斯曼认为：“国际经济法的多层宪政方式”强调国际经济法（作为提高消费者利益和人权水平之工具）的合法性和有效性取决于与人权法相一致的多层治理之多层宪政约束。欧洲法院（European Court of Justice）、欧洲自由贸易区法院（European Free Trade Area Court）、欧

^① Quoted from R. Stewart and R. M. Rattón Sanchez Badin, *The WTO and Global Administrative Law*, in C. Joerges and E. U. Petersmann(eds), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford: Hart, 2011, chapter 16.

^② E. U. Petersmann, *Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication*, 17(3) *Journal of International Economic Law* 639-669, at 657(2014).

洲人权法院 (European Court of Human Rights)、各成员国国内法院、议会和政府合作之下所遵从的就是这一方式。它们在适当尊重宪政民主国家的合法多样性前提下,将国际经济法发展并解释为以公民利益为本、以保障法治为目的的“世界主义法”(cosmopolitan law)。如同国际法对于国内法的优先性受限于民族国家的宪政约束一样,宪政民主国家可以追求比联合国人权法规定的最低标准更高的国内人权保护水平。基于宪法的根本法地位,宪法实施后批准通过的国际条约在国内法律体系中可能是低于宪法的。但是,当国际层面出现对自由、非歧视、法治等法律价值的保障时(正像国际经济法的一些领域展现的那样),国际经济法应当纠正和限制民族国家的“宪政失灵”(constitutional failures)和“政府失灵”(government failures)(表现在对外国产品、服务、人员和投资的歧视性做法);根据宪政民主精神这种纠正和限制是正当的。因此,欧盟经济法授权欧洲公民在国内法院援引并执行共同市场自由和其他欧盟法基本权利,以对抗国内对于公民间跨境互惠经济合作的不当限制。所有国家的国内宪法应当将国际法规则并入到国内法律体系中以保障对人权的尊重,人权法为此提供了正当理由。在欧盟,“多层经济规制”依据在法律上有所不同的多层宪政体系(multilevel constitutional systems)得到形成和发展。法律和司法评价取决于经济规制是依据欧盟宪法(由欧盟法院解释)、欧洲经济区法(由欧洲自由贸易区法院解释)还是欧盟人权法(由欧盟人权法院和多样化国内宪政体系中的国内法院解释)来进行。^①

彼得斯曼曾评论指出,“理论界和实务界对于国际经济法的介绍和分析如同‘盲人摸象’,都是从各自的立场出发只看到表象而未认清本质”。^②因此,很显然,彼得斯曼是不赞同上述前四种国际经济法概念模式的;其赞同的是第五种概念模式,即以消费者利益和人权为本的多层宪政规制。在他看来,国际经济法的“正当”理解是一种以公民为导向的、自下而上的宪政方式(citizen-oriented “constitutional bottom-up approach”)。他认为:只有这种方式才能够

① E. U. Petersmann, *Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication*, 17(3) *Journal of International Economic Law*, 639(2014), at 653.

② E. U. Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of International Public Goods*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 78.

有效保护人权并约束国际公共产品供给方面的集体行动问题。根据普世宪政主义（cosmopolitan constitutionalism），对于国际公共产品多层治理之正义原则的逐步澄清和发展依赖于世界主义的审慎性、参与性宪政民主，而这种宪政民主的成功实现取决于积极的公民主导（active citizenship）和对于权利滥用的民主抗争。由31个成员国组成的欧洲经济区共同市场及法治体系表明了将多样化的国内、国际宪法规则和制度联结起来的可能性。如果不能将国际规则与这些国家的国内宪政基础相连，自上而下的国际经济法理解就不可能有效地保护人权和消费者利益。因为人权既保护个人行使基本自由的权利也保护集体行使基本自由（例如，公司财产权、由工会行使的劳动者集体权利等）的权利，因此人权和宪法也保护集体行使基本权利的相关必要制度。例如，它们能够保障私有财产、私有公司、私有媒体、民间市场发挥调节供应与需求的公民驱动的信息机制的作用。如果没有对市场竞争的立法（包括宪法）和行政上的保护和规制，如果没有对个人权利的司法保护，在经济市场中无所不在的公与私利益冲突将无法得到有效避免或解决。^①

至于彼得斯曼所理解的国际经济法概念具体应当涉及哪些法律部门，彼得斯曼在《国际经济法的宪法功能和宪法问题》之后的学术作品中未有提及。不过，其学术作品中多次提到“全球劳动分工”（global division of labour）一词，又考虑到其采用的是经济学和法学交叉研究的方式，所以可以认为，只要涉及国际劳动分工就是其所言国际经济法的适用领域，而不必计较与具体法律部门的一一对应关系。可以看出，彼得斯曼所理解的国际经济法是一种大国际经济法。但这种大不应仅仅体现在范围、规模等属性上，而是更多体现在其围绕国际经济秩序所阐述的问题的根本性和普遍性上。

从以上开来，学者们对于国际经济法概念的内涵和外延的解读各不相同，但大都认同国际经济法是与国际经济法各主体的跨国经济活动息息相关的法律部门。像彼得斯曼等学者更是回避了对国际经济法所涉具体法律部门作出界定。本书认同国际经济法概念的这一处理方式，也不对具体涵盖的法律部门作出明确说明。

① E. U. Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of International Public Goods*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p.82.



二、国际经济法的历史发展与中国的崛起

对于国际经济法是什么时候形成的及如何发展起来的，学者们同样有不同看法。有中国学者认为，国际经济法是随着布雷顿森林体系下的“国际货币基金组织”“国际复兴开发银行”和“关贸总协定”的出现而发展起来的。^①也有学者认为，国际经济法在资本主义发展到垄断阶段的时候就已出现。^②更有学者认为，国际经济法的最初萌芽可以追溯到中国的夏、商、周及西方的古希腊、罗马时期的调整跨国私与私、公与私经济关系的法律规范。^③然而，不容否认的是，对当今世界有重要影响的一些国际经济法规范是在第二次世界大战后随着各国经济交往和相互依赖的日益加强逐步发展起来的。

二战结束初期，欧洲各国受战争创伤较大而急需经济复兴和发展，美国则因受战争影响较小而力图通过协调各国经济关系确立自己的霸主地位。在美国的策动下，1944年7月在美国新罕布什尔州的布雷顿森林召开了联合国货币金融会议，在该次会议上签订了《国际货币基金协定》和《国际复兴开发银行协定》。1947年10月，23个国家在瑞士日内瓦签订了《关税及贸易总协定》。这三个协定分别致力于发展世界范围内货币、金融和贸易领域的国际合作，并促进国际货币金融关系的稳定和自由化及贸易的发展。布雷顿森林体系下的这三个协定确立了战后国际经济法法律体系的基本框架，也标志着国际社会进入了以多边条约调整重大国际经济关系的新阶段。然而，由于这三个协定的初衷是为了保护战胜国免于全球经济衰退的影响，很多发展中国家的利益未能得到应有的反映和尊重。

20世纪60年代，非殖民运动风起云涌，很多新独立国家进入世界经济体系，要求经济平等的呼声也日渐高涨。随着联合国发展中国家成员国的数量逐步超过发达国家，联合国大会于1974年相继通过了《建立新的国际经济秩序宣言》《建

① 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1991年版，第411-413页。

② 参见姚梅镇：《国际经济法是一个独立的法学部门》，载《中国国际法年刊》1983年卷，第378页。

③ 参见陈安主编：《国际经济法》，北京大学出版社2013年第6版，第3页。

立新的国际秩序的行动纲领》和《各国经济权利和义务宪章》三个文件，反映了发展中国家争取经济权益、寻求经济平等的愿望要求，标志着发展中国家为建立国际经济新秩序在法律制度建设方面的新突破。与此同时，面对 20 世纪 70 年代的世界经济动荡与低迷，西方国家也在尝试通过强化经济协调与合作来应对挑战，应运而生的七国首脑会议（G7）逐步建立起通过定期、不定期磋商协调各国经济政策、稳定全球经济的制度化合作模式。

20 世纪 80 年代末 90 年代初，随着冷战的结束和市场经济体制在全球范围的推行，真正意义上的世界经济具备了得以形成的条件。各种不同类型的国家不约而同地加入全球化大潮中，它们在认可国际经济法律规则的历史作用的同时，也迫切希望重塑国际经济法律体系。关贸总协定乌拉圭回合经过 8 年的谈判后，于 1994 年 4 月 15 日通过了《建立世界贸易组织协定》。世界贸易组织规则体系反映了发达国家和发展中国家通过谈判相互斗争的结果，增加了服务贸易、技术贸易、知识产权等方面的内容，是比关贸总协定更有效、更全面、更健全的国际法律制度，代表了国际经济法发展的新突破。

然而，自 2001 年以来，世界贸易组织多哈回合谈判却几近陷入停滞。作为世贸组织历史上议题最广泛、参与方最多的一轮多边贸易谈判，由于发达国家和发展中国家之间难以调和的利益需求，多哈回合自 2003 年墨西哥坎昆部长级会议以来一直处于失败的边缘。国际货币基金组织作为全球重要金融机构所遭受的批评也越来越多。20 世纪 90 年代的亚洲金融危机暴露了国际货币金融制度存在的问题，国际货币基金组织没有对相关国家提供应有的帮助。2008 年全球金融危机和 2009 年欧洲债务危机的发生表明国际货币基金组织不能有效监督发达国家金融市场的潜在风险。尽管近年来国际货币基金组织也进行了一系列改革，例如通过调整配额和投票权增加以中国为代表的新兴经济体的话语权，但是，国际社会对其救助机制的便利性和灵活性并没有充分的信心。世界银行作为多边发展银行同样因援助效果欠佳而面临改革呼声。尽管在经过 2010 年的投票权改革后，新兴经济体的投票权得以提高，但是，世界银行仍然存在内部治理不顺、受美国过多干预等问题。二战后确立国际经济法基本框架的“布雷顿森林体系”三驾马车俨然已是窒碍难行。

在全球性国际经济组织遭遇困境之时，一些区域性合作机制逐步发展起来，

并对国际经济法律体系的演进产生影响。欧盟发展成为一个具有国家间和超国家双重性的国际组织；其他的区域性组织，如东南亚国家联盟、北美自由贸易区、亚太经合组织、南方共同市场，在深化地区性合作的过程中也展现出各自不同的特色。国际经济治理体系的演进还表现为国际经济协调中心的转移。从 G7 升级而来的二十国集团（G20）吸纳了中国等新兴市场国家，逐步从全球经济治理的边缘走向中央，成为促进全球经济合作的重要力量。这些改变意味着遭遇权威性、有效性危机的国际经济法律体系也在不断寻求变革。

二战后国际经济法的历史发展过程也是中国逐步打开国门融入世界经济体系并崛起于世界的过程。新中国诞生之时，由于美国等国家对中国推行经济封锁，中国采取了向苏联等社会主义国家“一边倒”的对外经济政策。冷战背景下的这一选择也使中国丧失了融入美国主导下的国际组织、国际经济体系的可能性。1978 年十一届三中全会后，中国进入了实行改革开放、加快经济建设的新时期。1980 年，设立深圳、珠海、汕头、厦门经济特区，着力打造中国内地与国际经济联系的“窗口”与“桥梁”，成为我国对外开放的先导试验基地。到了 80 年代，中国沿海地区对外开放由点到线、由线到面逐步展开，进一步开放了大连、天津等沿海港口城市，并开辟了长江三角洲、珠江三角洲等沿海经济开放区。1992 年以来，中国开始在全国范围内全面推进对外开放，逐步形成了全方位的对外开放格局。2001 年中国加入世界贸易组织加速了中国融入全球经济体系的步伐，中国积极按照世界贸易组织规则修改国内法律法规，使中国的开放转变为法律框架下的开放，为参与全球化进程奠定了基础。改革开放四十年见证了中国持续而强劲的经济增长，使中国跃升为世界第二大经济体，成为影响世界格局的中坚势力。

中国崛起于世界的过程同样也是中国从被动接受国际经济规则到主动参与国际经济法的创新发展转变的过程。中国本是关贸总协定的创始缔约方，但是由于新中国的成立和冷战的原因，中国的缔约方地位在很长时间内没有得到恢复。直至 1995 年世界贸易组织成立后，中国的“复关”谈判转化为“入世”谈判。2001 年 12 月 1 日中国加入世界贸易组织后，中国积极履行入世承诺，大力发展开放型经济，并逐步建立起了与世贸组织规则相一致的市场经济法律体系。在中国加入世界贸易组织 10 年后，“中国关税总水平由 15.3% 降至 9.8%，达到并超过了世界

贸易组织对发展中国家的要求。中国服务贸易开放部门达到 100 个，接近发达国家水平。”^① 中国积极利用世界贸易组织争端解决机制解决与其他成员国的纠纷。2002 年 3 月，中国同欧盟等其他 7 个成员国一起对美国的钢铁产品保障措施提出申诉，这是中国第一次以申诉方身份参与争端解决程序，并最终获得了胜诉。截至 2018 年 11 月，中国作为申诉方启动争端解决程序的案件有 20 起，作为被诉方有 43 起，^② 中国实现了与争端解决程序的密切接触，俨然已从一个稚嫩新生转变行家里手。中国积极参与多哈回合谈判，在谈判进程一再受挫之际，先后提交 100 多份提案；中国“既倡导发展中国家应获得特殊和差别待遇，也希望贸易自由化得到进一步推进”，^③ 体现了中国为维护多边贸易体系所做出的努力。

中国的崛起带动了中国金融开放程度的提高，在逐步融入国际金融体系的同时，中国也积极参与到国际金融规则体系的变革中。20 世纪 90 年代以来，世界频发金融危机，使世界经济陷入停滞不前。面对破坏性巨大的金融危机，现行国际金融规则体系难以有效应对。国际货币基金组织、世界银行等全球性金融机构把自由主义经济思想奉为圭臬，甚至在向发展中国家发放贷款时，也以开放市场和金融自由化作为条件。一些发展中国家正是在推进金融自由化的过程中发生了金融危机，改革国际金融制度并建立国际金融新秩序逐渐成为国际社会的共识。2010 年，中国提出了“加快建立公平、公正、包容、有序的国际金融新秩序”的改革倡议。作为反馈，中国参与创建了金砖国家新开发银行（“金砖银行”），发起成立了亚洲基础设施投资银行（“亚投行”）。金砖银行和亚投行均以基础设施建设为重点支持对象，而基础设施建设的不足在一定程度上是金砖国家和亚洲地区经济发展的障碍。中国推动设立金砖银行和亚投行，是分享中国经验的好机会，为国际金融治理提供了创新性的理念。

为进一步加强各国经济对接并促进世界经济发展，中国还提出了“一带一路”

① 胡锦涛：《在中国加入世界贸易组织 10 周年高层论坛上的讲话》，《人民日报》，2011 年 12 月 12 日，第 2 版。

② 参见世界贸易组织网站：https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm。

③ 刘宏松：《中国在 WTO 多哈回合谈判中的倡议行为探析》，《国际观察》2012 年第 3 期，第 40 页。



倡议。“一带一路”倡议致力于亚欧非大陆及附近海域的互通互联，以基础设施建设作为优先领域，以投资贸易合作为重点内容，遵循开放包容、合作共赢的战略原则，是维护全球自由贸易体系和开放型世界经济系统的重要举措。“一带一路”强调互惠和谐的东方传统文化，以“义利兼顾”与“中庸尚和”作为处理国际经济合作的准则，代表了东方文化对国际经济治理理念的补充，是对长期以来西方自由主义思想支配国际经济法体系的必要拨正。在 G20 历次峰会中，中国也发挥了越来越重要的作用。中国捍卫多边主义，坚持包容导向，倡导创新发展理念，促进世界共同发展。中国积极参与 G20 进程展现了中国对全球经济治理的关切，不断发出的中国声音也为国际经济法律体系的演进与变革提供了智慧与经验。

中国崛起的原生驱动力在于中国经济的崛起，表现为中国经济对世界经济的贡献从小到大，对世界经济的影响力从弱到强。中国的崛起是一个逐步融入全球经济体系的过程，中国经济现在不但对世界经济持续发挥着“压舱石”的作用和主引擎的作用，中国的发展路径对全球经济治理体系的变革也越来越具有导向意义。长期以来，西方发达国家掌控了国际经济制度的主导权，西方自由主义思想也被充斥到世界贸易组织、国际货币基金组织和世界银行等国际机构中。这些机构当下面临的问题无疑表明了西方自由主义的片面性和不完整性。在这种历史背景下，中国崛起的历史进程和中国引领的“一带一路”等国际治理实践在一定程度上代表中国文化在影响力上的提升，这种东方发展模式和东方价值观的逐步认同也将推进国际经济法的变革与发展。

三、中国的崛起对国际经济法理论研究的启示

国际经济法学在世界范围内都是一个新兴的学科。西方对国际经济法的研究始于 20 世纪 30 年代末或 40 年代初，施瓦曾伯格（Georg Schwarzenberger）对早期国际经济法研究的发展做出了重要贡献。后来经过杰克逊（John H. Jackson）等学者的努力，国际经济法作为一个独立学科分支的地位逐步得到学界的认可。^①中

^① 参见莫世健主编：《国际经济法》，中国政法大学出版社 2014 年第 2 版，第 9-11 页。

国对于国际经济法的研究是随着改革开放大幕的开启而逐步发展起来的。四十年来，由于中国法律体系的发展在很多方面都受到了国外发展经验的影响，中国的国际经济法研究也难免受到了国外研究的影响。

很早以前就有国外学者指出，国际经济法是一个没有基本原则和基础理论为支撑的学科分支。^①一些国际经济法学的教科书介绍了大量的规则、制度和原则，但我们很难看到它们之间的有机联系以及这些规范背后的理论依托，而规则的简单堆砌是不能确保一个法律部门的稳固确立的。^②本书后面章节主要探讨了彼得斯曼的国际经济法宪政理论，该理论试图为整个国际经济法学科提出统摄性的规范性主张。在这一点上，彼得斯曼的理论呼应了国际经济法学科发展的内在要求，因此，全面梳理其理论观点是必要的。但是，彼得斯曼的理论又是代表西方思维的一家之言，而国际经济法这门全球化时代的学科是需要全球学术界共商共进的，尤其是东西方之间的学术对话更显必要。彼得斯曼曾明确表示其愿意接受来自不同文化背景的学者对其理论的评判。^③为了展现其理论的全球视野，其著述中也多次对中国有关问题作出评述。^④然而，鲜见有中国学者对其评述予以回应。因此，从国际经济法理论发展的视角看来，在全面梳理彼得斯曼理论的基础上对其理论展开对话是具有较高学术意义的。

学术理论的发展与全球经济治理实践的发展并不是全然无关的，学者们的理论观点经常会被反映到国际经济治理的具体实践中去。例如，国际经济法另一位学科奠基人杰克逊教授关于国际贸易体系的制度建构理论观点就被吸收在了世界贸易组织的创新性制度结构中去。彼得斯曼也具有在欧共体委员会法律服务处、德联邦对外贸易处、关贸总协定秘书处的丰富实务经历，并在多个贸易争端案件中担任专家组成员或主席。因此，研究其著述必然会对领会西方国家（尤其是欧

① Steve Charnovitz, *What is International Economic Law?*, 14 *Journal of International Economic Law* 3(2011), at 6.

② 车丕照等：《关于国际经济法基础理论研究的思考》，《法制与社会发展》1995年第2期，第60页。

③ See E. U. Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, Oxford: Hart, 2012, p. 41.

④ 详见本书第七章部分第152页、第166页有关内容。



盟)关于国际经济治理的立场观点大有裨益。随着中国在世界舞台上的崛起和“走出去”“一带一路”等发展战略的逐步推进及构建人类命运共同体理念的提出,中国有必要更多地参与到全球经济治理机制的创新发展中。然而,如何跨越东西方理念上的鸿沟并由此达成更具建设性的对话则是一个不容忽视的问题。在这种背景下,对代表着西方思维方式的彼得斯曼国际经济法宪政理论进行研究也就具有了较强的学术反馈意义了。

在笔者看来,国内学界对国际经济法理论问题的研究相对于中国崛起于世界的现实要求而言是滞后的。国际经济法虽然在国内很多法学院都被列为核心课程,但是课程内容“都侧重于回答‘是什么’这样的问题,而对于‘为什么是这样’、‘还可以怎样’、‘应该怎样’以及‘我们应该怎样’这样一些问题都缺乏深入的探讨”。^①然而,这种理论研究的滞后所带来的消极影响是显而易见的。譬如,为什么欧盟一直在《中国加入世界贸易组织议定书》第15条所提到的“市场经济地位”上不断纠缠?^②这与欧洲国家对于市场自由的高度崇尚不无关系,这也正是彼得斯曼国际经济法宪政理论的一个重要方面。这种市场自由理念能够反映到世界贸易组织规则中与西方思想在经济、法律理论方面的强势地位不无关系。然而,在笔者看来,这种不分具体情况的理论扩张又是极为偏颇的。如果能够通过理论对话破除“市场经济地位”在理论上的合理性基础,则中国也无须努力为自己努力贴上“市场经济标签”了。因此,国内学界对于国际经济法的理论发展任重而道远。

① 车丕照等:《关于国际经济法基础理论研究的思考》,《法制与社会发展》1995年第2期,第59页。

② See generally Andrei Suse, *Old Wine in a New Bottle: The EU's Response to the Expiry of Section 15(a) (ii) of China's WTO Protocol of Accession*, 20 *Journal of International Economic Law* 951(2017).

第二章 国际经济法中的宪政主义探源

尽管改革开放以来中国逐步崛起于世界是一个不争的事实，并且随之会对国际经济治理体系产生影响，但是在思索中国崛起背景下的国际经济法理论发展这一问题前，有必要认识到，国际经济法较之于国际法是一个新兴学科，本书后面章节所考察的彼得斯曼国际经济法宪政理论也只是众多国际宪政主义流派中的一支。人类往往只有跳出事物本身，只有在系统之外看问题，才能认识事物的整体面貌和根本性质。因此，对于国际经济法理论问题的探讨离不开更广阔视域下对西方宪政思想和国际宪政主义的考察。于是，本章下面的叙述也将采用一个落入俗套却又显必要的方式——从大到小、从远及近。

一、宪政

宪政所要解决的是公权力与个人之间的协调，对于这个问题，西方政治、法律思想经历了从古希腊的柏拉图、亚里士多德，到近代的洛克、孟德斯鸠、卢梭、密尔、康德，直至当代的罗尔斯、德沃金、哈耶克等为数众多的哲学家、思想家的阐述，形成了一个一脉相承但又不断发展的西方自由主义理论体系。下面是西方宪政思想流变过程中几位主要思想家的理论观点回顾。

洛克（John Locke）是英国的思想家，代表性作品是《政府论》。他主张政府只有在取得被统治者的同意，并且保障人民拥有生命、自由和财产的自然权利时，其统治才有正当性。^①洛克相信只有在取得被统治者的同意时，社会契约才会成立，

① 参见黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社2004年版，第178页。



如果缺乏了这种同意，那么人民便有推翻政府的权力。洛克认为，必须制约和均衡权力，法律的功能就是保障自由。^① 洛克被视为自由主义理论的奠基人，其思想对于后代宪政思想的发展产生巨大影响。

孟德斯鸠（Baron de Montesquieu）是法国启蒙思想家，代表性作品是《论法的精神》。孟德斯鸠突破“神授君权”的观点，认为人民应享有宗教和政治自由。孟德斯鸠在洛克分权思想的基础上明确提出了“三权分立”学说，对后世美国宪法、法国宪法的制定产生重大影响。^② 孟德斯鸠对于自由的法律思想对后世的影响非常深远，他认为，“自由是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事，他就不再自由了，因为其他人也同样会有这样的权利。”^③

卢梭（Jean-Jacques Rousseau）是英国的思想家，代表性作品是《社会契约论》。他认为，人类最初处于原始的“自然状态”，在这个时间，不存在私有制和不平等，私有制使人与人之间产生不平等，国家是因订立契约而产生，人民是制订契约的主体，由此他提出“人民主权”的思想，国家主权不能分割，也不能转让，一切人权的表现和运用必须表现人民的意志，法律是“公意”，在法律面前人人平等，君主不能高于法律。^④

康德（Immanuel Kant），德国人，是启蒙运动后期杰出的思想家，代表性作品是《论永久和平》。康德的思想继承了洛克、卢梭等关于个人人权的学说，并在此基础上有所发展。康德宪政思想的核心在于人性自由，康德从天赋人权的角度出发阐明了人权来自人本身的属性，又从公权力角度强调国家对个人权利的保护作用。同时康德希望建立一个有权力制约平衡制度的法治共和国，并在此基础上构建一个由共和国组成的永久和平的世界国。康德主张国家与国家间的权利争议不要再通过战争来解决，而是通过国际公共法律来调整，通过文明的诉讼程序来解决国际争端。所有的国家在国际交往中都应该遵循这些公共的法律，这些法

① 同上注，第 188-89 页。

② 参见何勤华：《西方法律思想史》，复旦大学出版社 2005 年版，第 93 页。

③ [法]孟德斯鸠：《论法的精神：上》，张雁深译，商务印书馆 1963 年版，第 154 页。

④ 参见吕世伦：《西方法律思想源流论》，西安交通大学出版社 2016 年版，第 77-78 页。

律康德称之为世界法。^①

密尔(John Stuart Mill)是英国的思想家,代表性作品是《论代议制政府》和《论自由》。功利的原则是密尔法哲学的核心。他认为快乐是人们行为的唯一目的,又是衡量一切好坏的标准,政治与法律的好坏与否也是看其能否促进人的快乐。密尔与此前自由主义思想家最大的不同是他不片面地强调限制政府的权力。他认为,为了个人自由,政府可以并且应当干预社会,片面强调个人自由,任由个人打着自由的旗号去侵犯他人自由是错误的,实际上就是对自由的不尊重。密尔的自由主义在整个自由主义发展史上具有承上启下的地位,它的自由主义思想成为由古典自由主义向新自由主义过渡的桥梁,在西方自由主义思想史上具有重要的地位。^②

罗尔斯(John Bordley Rawls),美国政治哲学家、伦理学家,代表性作品是《正义论》和《万民法》,其杰出贡献在于系统地阐述了传统的正义观念。罗尔斯之前的思想家更重视自由问题的研究,罗尔斯则把这一认识向前推进了一步,他认为,自由和平等都是最重要的政治价值,而且二者有一种内在的联系,没有平等的自由只是一种形式的自由,因此二者必须联系起来解决。罗尔斯的正义理论最显著特点是提出了“作为公平的正义”的概念。他说,“正义的主要问题是社会主要制度分配基本权利和义务,决定由社会合作产生的利益之划分的方式。……一个社会体系的正义,本质上依赖于如何分配基本的权利义务,依赖于在社会的不同阶层中存在着的经济机会和社会条件。”^③这就是说,正义实质是一种社会合理地确定各种权利义务的原则,它主要体现于社会的政治制度中。正因为这种正义是针对社会的基本结构而言的,因此社会结构的不同范围就有不同的正义,有直接应用于基本结构内部的各机构和团体的局部正义,有应用于社会基本结构或自身或一个国家的国内正义,有应用于全世界的全球正义。^④

① 参见黄基泉:《西方宪政思想史略》,山东人民出版社2004年版,第351-54页。本书的第四章第四部分对康德的世界主义宪政思想也有更加详细的介绍。

② 参见何勤华:《西方法律思想史》,复旦大学出版社2005年版,第207-08页。

③ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第5页。

④ 同上,详见第四章第五部分。



二、国际宪政

从思想史看，人类对于国际宪政的追索可谓源远流长。早在近代国际法产生以前，西赛罗（Marcus Tullius Cicero）就提出有一种真正的法律是“世界国家的宪法”，这种真正的法律就是一种正义的理性；其观点具有明显的自然法思想的特征。格老秀斯认为，国际法源于具有永久和普遍性效力的正义原则。康德提出了“世界公民权利”的概念。他认为：“一个普遍的和平的联合体”的理念是一种“法律原则”，这个原则源自人人都生活在地球上，因此人人处于“土地的共同体”中；作为这个共同体的一员，人人都享有“世界公民的权利”；^①这样，人人不但是国家公民，而且是世界公民，而世界公民的权利在于维护和平。德国国际法学者图姆夏特认为，国际法将经历共存的国际法、合作的国际法、作为全面指导社会生活的国际法和国际共同体的国际法等四个阶段，在此意义上，“国际法可被视为人类的宪法。”^②

当代西方两位著名的政治哲学家哈贝马斯和罗尔斯就在 20 世纪 90 年代不约而同地加入了国际宪政问题的讨论，两位学者分别在其发表的《论康德的永久和平观念》和《万民法》中对相关问题进行了阐述。哈贝马斯认为，康德的和平思想具有极其重要的实践意义；除国家权利和国际权利之外，康德提出了第三种权利“世界公民权利”，这是权利理论中的一场意义深远的革命。哈贝马斯还在 2006 年发表的《国际法的宪法化与国际社会宪政的合法性问题》一文中，明确提出“国际宪政的哲学基础源自康德的世界主义哲学”的观点。^③罗尔斯也指出，“我的基本观念，遵循了康德在《永久和评论》中的概述和‘和平联盟’的思想”。^④

① 参见 [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版。

② Christian Tomuschat, *International Law as the Constitution of Mankind*, in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, U. N., 1997, pp. 37-50.

③ Jürgen Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society*, 15(4) *Constellations* 444(2008).

④ [美] 罗尔斯：《万民法》，张晓辉等译，吉林人民出版社，2001 年版，第 10 页。

有人认为,国际宪政问题是二十一世纪的国际哲学家面临的核心议题。^①学者们对于国际宪政主义(global constitutionalism)的解读也是形态万千;不过,他们大多试图借用国内宪政主义的语词解读国际法的发展,以求将国际主义、一体化和政治的法律控制进一步推向深入。^②对于国际法宪政化的讨论仍然处在一个历史的起始阶段,国际宪政主义还没有成为一股能够左右国际时局的思潮,也没有成为一种新的国际法哲学范式。然而,不容否认,国际宪政主义是发源于学术界(而不是立法者)的一种新的思维动向,它具有一定的解释(描述)(interpretative or descriptive)功能和构成(创造)(constitutive or creative)功能。^③

学术界对于国际宪政问题的讨论是与全球化的纵深发展密不可分的。全球化表现为在经济、科学、政治及法律等领域越来越多的问题超出了国境的范围及相关的全球性网络的出现,以及由此导致的日渐突出的全球相互依赖性。全球化使得很多国家行为超出了国内宪法的调整范围,全球问题促使各国通过国际组织进行合作或缔结双边、多边条约,很多以前比较典型的国内政府功能(例如对于民众安全、自由、平等的保障)正部分被转移到更高的国际层面。并且,一些非政府机构(无论是在国内进行具有国际影响的活动或从事跨国活动)^④被授权从事传统上由政府履行的职能。这些发展趋势的结果就是,“治理行为”(governance)逐渐超出国内宪法的调控范围,国内宪法不再具有规制全部治理活动的的能力,国内宪法也难以实现其保障整体基本秩序的愿景。总之,国内宪法不再是“完全的宪法”,而是需要由国际层面的宪政机制予以补充。

① Philip Allot, *The Emerging Universal Legal System*, 3 International Law Forum Du Droit International 12(2001), at 16.

② Jan Klabbbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The constitutionalization of international law*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 4.

③ Andrzej Jakubowski, Karolina Wierczyńska, and Karolina Wierczyńska(eds.), *Fragmentation Vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, London and New York: Routledge, 2016, p. 15.

④ 例如,在2003/04年美国对伊拉克占领期间,一些联邦承包商或分包商(Blackwater USA、Kroll Inc.、Custer Battles、Titan corporation等)的雇员从事雇佣兵、警察、警卫、狱警及讯问人员等工作。



（一）国际宪政的研究路径

国际法领域的宪政理念尚未形成规范化的表述，其内涵一直以来也是众说纷纭的。^①学者们有时将其称之为“国际宪政主义”（international constitutionalism），有时则称之为“国际法的宪政化”（constitutionalization of international law）、或“国际宪法”（international constitution），而即便是对于同一表述，学者们又会加以不同的解读。例如，约翰斯顿（Douglas M. Johnston）将国际宪政视为国际乌托邦主义的一种模式，^②而法斯本德（Bardo Fassbender）支持将国际宪政视为一种规范性和制度性进程。^③但是，学者们对于国际宪政的解读都免不了受到对国内宪政之概念理解的影响。斯琴贝尔（Christine E. J. Schwöbel）认为，根据学者们分析国际宪政的不同侧重点，国际宪政包含四大维度：

第一维度被称为“社会宪政主义”（social constitutionalism）^④。其将国际法视为一种维持国家和非国家主体在国际社会中共存的秩序。对于这一观点而言，宪政主义被视为保障和促进衍生于国际法的社会关系网络的规范性基础。其核心关注点在于通过民主参与限制权力滥用、国际行为主体的责任性及个人权利的保

① See C. E. J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden: Nijhoff, 2011; J. Klabbers, *Setting the Scene*, in J. Klabbers, A. Peters and G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, p. 15; J. Klabbers, *Constitutionalism Lite*, 1 *International Organizations Law Review* 31(2004), at 49; M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. L. Dunoff and J. P. Trachtman(eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 258. See also R. Collins, *Constitutionalism as Liberal-Juridical Consciousness: Echoes from International Law's Past*, 22(2009) *Leiden Journal of International Law* 251(2009)(认为国际宪政主义是欧洲中心主义的反映)。

② D. M. Johnston, *World Constitutionalism in the Theory of International Law*, in R. St. J. Macdonald and D. M. Johnston(eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Nijhoff, 2005, p. 27.

③ B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 529(1998), at 552.

④ C. E. J. Schwöbel, *Situating the Debate on Global Constitutionalism*, 8 *International Journal of Constitutional Law* 611(2010), at 613-617.