



国际关系与国际法跨学科研究文库 | 徐崇利 刘志云 主编

WTO宪政论

陈喜峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



国际关系与国际法跨学科研究文库 | 徐崇利 刘志云 主编

WTO宪政论

陈喜峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

WTO 宪政论 / 陈喜峰著. —北京: 法律出版社,
2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0998 - 3

I. ①W… II. ①陈… III. ①世界贸易组织—宪法—
研究 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 144646 号

WTO 宪政论
WTO XIANZHENG LUN

陈喜峰 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 11.5
字数 304 千
版本 2017 年 6 月第 1 版
印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0998 - 3

定价: 55.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言/1

第一章 国际法和国际组织宪政论纲/4

一、国际法的宪法化和宪政发展/5

二、国际组织的宪法化和宪政/21

第二章 WTO 宪政研究兴起的实践原因和理论 概述/28

一、WTO 宪政研究兴起的实践原因/28

二、WTO 宪政理论概述/44

第三章 WTO 研究方法论和 WTO 宪政研究/47

一、WTO 法的研究方法/49

二、WTO 法的理论模式/58

三、WTO 法的宪政范式/67

第四章 WTO 制度宪法论/70

一、WTO 制度宪法论概述/70

二、WTO 制度宪法论的基本内容/78

三、对 WTO 制度宪法论的评析/116

四、结束语/137

第五章 WTO 权利宪法论/139

一、WTO 权利宪法论概述/139

二、WTO 权利宪法论：经济宪法视角的一种批评/154

三、基本权利视角下的贸易与人权一元论/177

四、结束语/198

第六章 WTO 司法宪法论/200

一、WTO 司法宪法论概述/201

二、围绕 WTO 司法宪法论的理论和实践背景/222

三、WTO 司法宪法论的实证检验/228

四、WTO 司法宪法论的论证方法/240

五、结束语/250

第七章 WTO 宪政视角下的 WTO 基础理论问题/252

一、WTO 义务的法律性和 WTO 制度宪法论/253

二、WTO 法的自足性/266

三、对 WTO 司法宪法论的理论再建构/283

四、WTO 权利宪法论和民主合法性/295

第八章 WTO 宪法化与欧盟宪政：宪法合法性
的比较研究/315

一、欧盟宪政和宪法合法性问题/316

二、在国际公法和宪法之间的欧盟宪政/320

三、WTO 宪法化和宪法合法性问题/330

结 论/342

参考文献/345

引 言

在 WTO 理论和实践的发展中,对 WTO 的宪法化(constitutionalization)和 WTO 宪政的研究形成了一种奇特的景观。从多边贸易体制的制度变迁和法律发展来看,关贸总协定的法律化面对实践超前于规则的合法性问题,而 WTO 的制度发展引发的是规则本身的合法性质疑,并突出反映在贸易自由和其他社会价值之间的紧张关系等问题上。无论是应对哪种合法性挑战,WTO 宪政诸理论的主旨,在于以宪法和国际法相结合的原理提出 WTO 的宪法性问题,以宪法视角和宪法策略应对 WTO 的合法性危机,意图以宪法和宪政在制度设计和组织价值上的成就建构 WTO 的理想前景,指导在国际和国家层面的贸易政治和法律之间的相互依存和运行。

仅就 WTO 宪政研究的英文文献而言,已经颇具规模。其中,正面提出 WTO 宪政诸理论的学者包括 John H. Jackson、Ernst-Ulrich Petersmann、Deborah Cass、Thomas Cottier、J. O. McGinnis 等。其

他学者,则涉及运用上述某类理论进行实证研究,如 Hannes L. Schloemann;侧重 WTO 宪政方法论研究,如 Joel P. Trachtman;对 WTO 宪政某一理论路径提出批评,如 Chantal Thomas;全面批评 WTO 宪政理论的学者则以 Robert L. Howse、Jeffrey L. Dunoff 等为著。除专著外,知名期刊 *Journal of International Economic Law*、*European Journal of International Law* 以及 *Michigan Journal of International Law* 等,都刊发了相关的专辑。正如下文所揭示的,虽然 WTO 宪政的问题领域和研究已经具有一定纵深,但是,仍然缺少对 WTO 宪政理论本身全面、系统的研究,特别是建构性的批评和反思。

本书论述的重心是对 WTO 宪政理论本身的研究,在第四章、第五章和第六章区分了 WTO 宪政的三个主要代表理论,分别对其代表学者及其著述、基本内容、主要观点、理论基础、学术争论、实践背景和论证方法以及对实践的指导作用等方面,进行深入评析。欧美学者有关 WTO 宪政的理论和学说,实际上主导着这一研究领域的兴起和发展,并波及 WTO 法的其他研究方向。由于这类学者几乎都尚未对其相关著述进行系统的概论,因此对 WTO 宪政理论的文本本身的梳理不可或缺。在此意义上,本研究不仅将为 WTO 宪政的国内研究提供支撑,也是对 WTO 宪政现有理论的一种“修订”和完善,隐含了对 WTO 宪政进行具有学术思想史意味的归纳和叙事。

与此同时,本书在第三章、第七章以 WTO 的实践发展为实证对象,将 WTO 法的基础理论问题置于 WTO 宪政框架中进行分析,诸如 WTO 法的研究方法、WTO 义务的性质、WTO 法律体系的特性、WTO 争端解决中的法律适用、WTO 法和其他国际法规则的关系、WTO 法的变迁路径、WTO 法的民主合法性等问题。鉴于欧盟提供了国际组织宪法化具有足够的超国家程度的实例,本书第八章将以欧盟的宪法合法性问题作为参照,论述 WTO 宪法化的可能性和可行性,并借以考察 WTO 宪法化的发展前景。结合第二章、第三章、第七章、第八章在对 WTO 宪政的理

论路径进行评析、运用和检验的同时,也提出了笔者对 WTO 宪政的一种反思性理论建构。

尽管有自身的特性,WTO 宪政仍是国际组织乃至国际法宪政的一个组成部分。WTO 宪政研究的现状表明,如果没有对以国家为垄断的宪政理论进行解构和结合国际法的再建构,就不可能超出方法论的层面提出具有本体论意义的 WTO 宪政理论。在笔者完成“国际组织宪政研究”的基础上,^①本书第一章对国际法和国际组织宪政的理论发展进行了简要的概述,期待 WTO 宪政融入国际法宪政更为广泛的理论建构中。

近年来,由于贸易投资政治的急剧变化、WTO 的谈判功能陷入停滞、大型区域贸易协定和自贸协定的冲击、其他国际会议论坛和组织在相重叠领域的竞争,多边贸易体制面临着日益深刻的宪法危机。世人期待 WTO 提供解决方案,提升 WTO 在包容性、联动性的全球经济发展中具有的根本性、有价值的地位,实现所有国家的发展和可持续发展。这既是 WTO 宪政论能否继续指导实践所面临的挑战,也为其提供了制度检讨和理论更新的时机。

^① 参见陈喜峰:《国际组织宪政论》,法律出版社 2016 年版。

第一章 国际法和国际组织 宪政论纲

自 1648 年《威斯特伐利亚和约》以来的近现代国际法,一直关注主权、国家的同意(consent)和政府间的国际关系。对于民族国家而言,强调自足一统的宪法和奉行平等协调的国际法,貌似格格不入,所谓世界政府或者国际国家之类的设想也一直为现代国际法学所摒弃。然而,冷静思考国际法和国际法学的进程和发展,仍然可以发现某种意义上的国际宪政思想绵延不绝,近年来甚至悄然形成一种研究规模和趋势。

国际法的宪政和国际法的宪法化密切相关而有所区别。^① 后者描述一种过程,前者相当于一种精神状态或一套完整的体系。宪法化概念

^① Mattias Kumm, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, p. 931.

意味着一个逐渐发展的过程,揭示宪法或宪法性法律可以在一种动态的过程中生成和成长;宪政则意味着对正当宪法(legitimized constitution)的追求,是指一套通常与自由宪法相关联的价值,如法治和权利保障。^①因此,国际法宪法化,即出现、创制和确认国际法秩序中的宪法要素的持续过程;^②在这个过程中,国际法秩序的宪政原则、制度和程序得以确立。^③本书将根据侧重点的不同间或使用这两个概念。

一、国际法的宪法化和宪政发展

(一) 国际法宪法化理论的萌芽

国际法宪法化的思想很早就开始萌芽。古罗马时期的法学家西塞罗(Cicero)提出有一种真正的法律是“世界国家的宪法”,在自然法的意义上就是一种正义的理性(right reason)。根据西塞罗的看法,自然法放诸四海而皆准,对所有人类和国家都具有相同的拘束力。

自16世纪起,维多利亚(Franciscus Vitorius)、格劳秀斯(Hugo Grotius)以及法泰尔(Emeric de Vattel)三位国际法学者,对国际法理论多有贡献。三位学者皆认为,所有的国际法原则,并不是由人为有意的选择而产生,而是源自具有永久和普遍性效力的正义原则。对他们而言,自然法加诸所有国家共同的权利与义务之中。

格劳秀斯认为国家必须要遵守国际法,因为遵守国际法合乎每个国家的自身利益。他也认为国际社会中的国家,彼此均受制于国际法的最

^① Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford U., 2005, pp. 28-33.

^② Anne Peters, "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2009, pp. 397-411.

^③ Anne Peters, *Constitutional Fragments-On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law*, Centre for Global Constitutionalism, University of St. Andrews, Working Paper No. 2, 2015, pp. 11-12.

高规范“普遍至上的正义”(universal supremacy of justice)。而且,自然法学派的劳里默极力主张建立一个强有力的国际联合,即所谓的国际政府。^①居于自然法学派和实在法学派之间的格劳秀斯派的代表学者沃尔夫(Christian Wolff)则提出“世界国家”的主张,认为各国的总体构成一个凌驾于各成员国之上的世界国家。^②

中世纪末叶,开始出现了思想家提出永久和平计划的潮流。德国哲学家康德(Immanuel Kant)被认为第一次提出了广泛意义上的国际宪法或宪政思想。在《世界公民观念之下的普遍历史观念》(1784年)一书中,康德强调“确立一部完美的市民宪法问题,从属于受法律管制的与其他国家的外部关系问题,并且除非后者得以解决方能解决前者”。在《论持久和平:一个哲学的方案》(1795年)一书中,康德所提议的国际条约,要求将法治原则扩展到国家的政府间关系,以及其与外国公民的跨国关系中。为了保证国内和国际层面的和平,“所有能够影响他人的人都必须恪守某类市民宪法”。该市民宪法包括:第一,以国内个人公民权为基础的宪法;第二,以国家在国家间关系的国际权利为基础的宪法;第三,以世界主义权利(cosmopolitan right)为基础的宪法。康德还设想了共和国家的联邦(federation of republican states),该联邦并不旨在获得任何与国家或“国际国家”相似的权力,而只是维护和保证每个国家本身的自由。^③

这些早期的与世界或国际宪法有关的思想,与本书所述的“国际法的宪法化”之间具有简明而复杂的关系:19世纪以前,现代意义上的国家和国际社会、宪法和国际法以及宪法学和国际法学都在积极地“开疆拓域”,各自的轮廓都在逐渐萌芽、成长和舒展。例如,从16世纪开始,

① 杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第160~162页。

② 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第4、308、326页。

③ Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, 2006, pp. 223-242.

经过几个世纪的努力,国际法学逐渐从其他学科或领域中分离出来,成为一门独立的专业学科。“国家”(state)一词最早在16世纪由意大利思想家马基雅维利在其《君主论》中使用。而国际关系中的主要行为者德国迟至1871年才初步完成民族国家的内部整合,并在随后的20世纪遭遇离合。神权和主权,王权和人权,国际法和宪法早期分别关注的重心大相径庭。从某种意义上说,在19世纪以前的这类“自然法”“世界法”以及国际宪法思想,实际上是宪法和国际法等法学部门混沌初开并分道扬镳的过程,与现代国际法的宪法化强调两者之间的互动和融合形成了对比。

特别是在今天这个有60多亿人口、近200个主权国家的世界上,所谓国际宪法或宪政无疑是乌托邦。国际法学者一般认为,世界政府是对国家的否定,而世界法是对国际法的否定。然而,国际宪法或世界国家之类的设想,因为其固有的普世主义和以理性为基础的法律大同理念,具有天然的吸引力,而强调主权独立的国家宪法和国际法恰恰缺乏这种特质。这似乎是理解为什么国际法学发展的各个时期和各种流派都出现过这类思想的关键。

(二) 国际法宪法化理论的出现

20世纪上半叶,随着国际政治舞台上的主要国家先后完成了民族、国家、宪法以及主权的内部整合,因两次世界大战的深刻教训,奉行“威尔逊主义”的国际理想主义者,努力提出各类国际规则、成立国际组织,希望通过对无政府状态的国际社会的重新组合来规范各国的主权权利。

尝试将宪法规则适用于国际领域是宪法主权概念在第一次世界大战后的10年间占主导地位的象征,并在第二次世界大战后获得了简短的复兴。在日本学者筱田英朗看来,宪政或立宪主义是专制主义和无政

府主义、绝对国家主权和世界政府之间倾向“折中”的政治表达。^① 宪政希望政治权力能得到约束,但并不提倡对传统政治权威实行全面禁止。国内宪政的要旨是约束国内社会中公权力的宪法规则的主权权威。同理,所谓国际宪政也可通过约束国际社会中的公权力的国际规则的相同主权权威而获得实现。既不存在国际宪法也不存在国际立法机构的事实,与作为一种意识形态的宪政思想模式毫无关系。宪政或立宪主义的政治含义,是指对基本法律统治的信仰。例如,保护个人权利免受公权力的侵害是宪政的核心价值,而无论它是否作为一项具体的宪法规定。这种基本价值倾向也适用于国际领域,国际关系的法律化就是建立国际社会基本规则体系的一种尝试。所以,筱田英朗用“宪法的”一词表示一种“国际宪政”理论倾向;制定一套效力高于主权原则的基本规则。^②

这一时期,国际法学者也使用过宪法或宪法的措辞,在 20 世纪 20 年代,奥地利国际法学者菲德罗斯(Alfred Verdross)将国际法的基本原则称为“国际社会的宪法”,并提出了“国际法共同体”(international legal

① 所谓宪法主权是相对于君权神授、国家主权和人民主权的概念来说的,其最重要的意涵是将主权威归诸宪政精神,而不属于任何一个人、一群人、一个集团、一个机构或一个政治单位。这个理论建构在历史上经过三次的累积而成,包括 17 世纪的英国非成文宪法发展、18 世纪的美国立宪运动以及两次世界大战间的国际和平秩序运动。格劳秀斯、洛克和孟德斯鸠阐述了古典时代理性主义中的“宪法”原理。古典时期的理性主义者并不承认“国家理性”,因为国家不是一个神秘的有机体,而是法治下的个人联合体。所谓格劳秀斯传统的特征是“国际关系总体上要受法治的支配”。从广义上解释,法治并不只是意味着制定法律的主权者的存在,而是宪政或立宪主义的象征。这一思想流派将主权概念置于法律体系或者宪法规则的范围之内。换言之,宪法主权就是存在于宪法规则范围内的主权概念。See Hideaki Shinoda, *Re-examing Sovereignty: from Classical Theory to the Global Age*, London: Macmillan Press Ltd., 2000, pp. 24-35; 中文译著为[日]筱田英朗:《重新审视主权——从古典理论到全球时代》,戚渊译,商务印书馆 2004 年版。

② [日]筱田英朗:《重新审视主权——从古典理论到全球时代》,戚渊译,商务印书馆 2004 年版,第 25~26、73~93、172、182 页。

community)的“国际宪法”(international constitution)概念。^① 菲德罗斯后来在其国际法的教科书中认为《联合国宪章》属于这种意义上的宪法。^② 我国国际法学者周鲠生也在当时指出:“现代国际法的新趋势……第一是一般公法学说的革新。最近二三十年中,有一部分法学家,尤其法国的杜骥,开始攻击传习的公法学说,对于国家人格主权等向来构成公法学的基础者在根本上推翻。这派学说在新进学者中间日益得势,以致令人觉得公法学大有将建设在完全新的基础上面之势。公法学说的如此大变,一方面直接影响到国内法,同时也自然影响到国际法……许多固有的原则或理论都须得重新估价或改造,而在国际法学上形成一种新趋势。”^③

第二次世界大战后的欧洲,对世界秩序和国际法的作用具有三类认识。第一类是附随与其利益和信仰最相似的强权国家,这类认识在国际法的理解上是相当现实主义的。第二类是构建一个统一的欧洲,对于国际法的未来持双重观点,即欧洲国家所参与的一套宪法性质的法律,以及其他所有国家符合传统国际法的法律。第三类是推动按照共同价值和共同之善(common good)指导政治权力的全球法律共同体(global legal community),这经常被概括为国际法的宪政。上述三类认识大体上分别为英国、法国和德国所持有。^④

尽管不是完全一致,将现代国际法理解为一种全球法律共同体或国际共同体(international community)的奠基,一直是多数德国国际法学者的主流认识。例如,自1945年起,温格尔(Wilhelm Wengler)、莫斯勒

① See Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (The Constitution of the International Legal Community), Verlag von Julius Springer Wien, 1926.

② Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right to Veto*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 37-115.

③ 周鲠生:《现代国际法的新趋势》,载王铁崖等编:《周鲠生国际法论文选》,海天出版社1999年版,第3页。

④ See Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, 2006.

(Hermann Mosler)和图姆夏特(Christian Tomuschat)一直在海牙国际法学院讲授基本课程,后两位学者都持有这种认识。1974年,莫斯勒所讲授总论的标题为“作为法律共同体的国际社会”。^①1980年,莫斯勒指出:“任何社会,无论如何没有组织,也必须有根本的宪法规则,否则该社会就不是一个共同体而只是个人简单地集合。这就是法律所创立和发展的规律。”莫斯勒指出,“作为法律共同体的国际社会”(international society as a legal community)由所有国际法的主体构成,包括主权国家、国际组织、人民和少数者、交战团体、个人等。^②图姆夏特则较为系统地论述了国际法的宪法化。^③在图姆夏特看来,国际法逐级成为一种复合的体现,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、国际共同体的国际法四个阶段。在此意义上,“国际法可被视为人类的宪法”。^④

与之相似,1964年,美国国际法学者弗雷德曼(Wolfgang Friedman)在《变动中的国际法结构》中提出,一般来说,国际法的结构经历了从共存(co-existence)到合作(co-operation),再到共同体(community)的发展过程。共存的国际法注重以主权行为为基础的过程,合作的国际法注重世界范围内公民的实质福利,而共同体的国际法在支持共同体利益优先于个体国家利益的进程中不断进展,在国际环境法、推动国际共同体关注自决权问题的一系列规范以及人权的国际保护中得到特别体现。弗

① See Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*, RECUEIL DES COURS, Vol. 140, 1974.

② Detlev F. Vagts, "Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading", *European Journal of International Law*, Vol. 4, 1993, pp. 472 - 481.

③ See Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, Recueil des Cours, 1999, pp. 289 - 438; *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, 241 - IV RdC, 1993, pp. 209 - 240.

④ 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.

雷德曼指出,如果人类希望实现更有效的国际(社会)组织化,则国际法必须发展为宪法。^①

与之相近,1950年,在联合国成立不久后,英国国际法学者H. 劳特派特(Hersch Lauterpacht)就使用过宪法措辞,不过当时主要是对《联合国宪章》的一种比喻。其后他在《国家主权与人权》一文中表达了与“国际法宪法化”相似的观点:“可以设想根据两个不同的模式实现联邦统一的目标。第一个模式,可以是互为补充的普遍原则和区域联合原则相互结合、相互妥协的产物。主张在某个区域内实行统一的道德权威的呼声,正在日益增加,因为这样的区域联合着眼于或者说能够成为真正的法治的世界联邦的演变链条中的一个环节。以此为前提,区域性国家联合就得到了合理的证明,可能就是有益的……按照第二个模式,促进国际社会的最终统一,不仅需要在形式上有意识地采纳一个全面的世界联邦宪法,还需要逐步接受联邦制所固有的和其本质所要求的一些制度。其中,在一个联邦性质的联合内部,由该联合承认的和有效保障的保护人权制度,比那些以取消国家的国际人格为基础的主张,似乎更有实现的可能。”^②

在冷战期间,国际关系仍然主要以传统威斯特伐利亚体系为特征,仅在经济等领域获得了区域和有限程度的整合。这种体系虽然接受条约规则和习惯规则,但依赖于国家的同意,而不愿更多地接受有能力在未经同意下制定规则的国际制度和机构。因此,在国际关系制度化的两种一般模式即政府间主义和一体化中,威斯特伐利亚体系总是倾向于不损及主权的前者。尽管经济领域的一体化可以促进所谓高级政治领域的一体化,但冷战期间主要关注的仍然是和平与安全,是“国际政治法”

^① Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964, pp. 60-71, 131, 152-160.

^② [英]H. 劳特派特:《国家主权与人权》,李鸣译,载沈宗灵主编:《西方人权学说》,四川人民出版社1994年版。