

教育部人文社会科学一般项目最终成果 项目编号：13YJA890026



Lex Sportiva

Lex Sportiva 研究

谭小勇◎著

Lex Sportiva——国际体育组织为维护世界体育秩序以及实现全球体育行业自治而创建的超国家的体育法律体系，即全球体育法。



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

教育部人文社会科学一般项目最终成果 项目编号: 1

Lex Sportiva

研究

谭小勇◎著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

Lex Sportiva 是国际体育组织为维护世界体育秩序以及实现全球体育行业自治而创建的超国家的体育法律体系,即全球体育法。本书是教育部人文社会科学一般项目最终成果(项目编号:13YJA890026)。全书共 10 章,主要重点探讨了 Lex Sportiva 几个基本问题:一是回答了是谁创造了 Lex Sportiva 一词的基本问题。二是明确了 Lex Sportiva 一词的基本含义。三是讨论了 Lex Sportiva 法律体系的存在性。四是论证了 Lex Sportiva 的合理合法性。五是考察了 Lex Sportiva 的基本属性。六是探索了 Lex Sportiva 之创生路径。

本书主要读者对象是从事体育法学研究的学者,体育法学、体育管理方向的研究生,选修体育法学的体育学及法学本科生。

图书在版编目(CIP)数据

Lex Sportiva 研究 /谭小勇著. — 上海 : 上海交通大学出版社,2016
ISBN 978-7-313-15622-8

I. ①L... II. ①谭... III. ①体育法—研究 IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 185898 号

Lex Sportiva 研究

著 者:谭小勇

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:韩建民

印 制:凤凰数码印务有限公司

开 本:710mm×1000mm 1/16

字 数:315 千字

版 次:2016 年 8 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-15622-8/D

定 价:58.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:16.75

印 次:2016 年 8 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:025-83657309

前 言

Lex Sportiva 是国际体育组织为维护世界体育秩序以及实现全球体育行业自治而创建的超国家的体育法律体系,即全球体育法。狭义的 Lex Sportiva 是指 CAS 在实践中形成的判例规则实体,而广义的 Lex Sportiva 则包含了体育组织章程、规则等内容体系。但 Lex Sportiva 刚刚步入而立之年,仍然只是一个年轻的法律体系。Lex Sportiva 作为一种新成长起来的法律秩序,就像国际法刚出现时那样,由于它与传统法律秩序的差异以及传统法学理论对其解释的局限性,一直以来都被认为它披着一层神秘的面纱。针对 Lex Sportiva 到底是怎样的一种法律秩序,学界以及国际体育司法机构都没有给出一个确定的描述。本书对 Lex Sportiva 作为“法”的存在性、法属性、类型归属、合理合法性、生成路径、效力,以及对法学理论的推进等方面进行了考察与探索,为体育法学基础理论的构建甚至整个法学理论的发展注入新的活力,为我国体育治理制度建设提供国际视野,并对我国体育仲裁制度建设及体育法制建设具有深远的现实意义和应用价值。

显然, Lex Sportiva 研究是基于全球化、全球治理及全球法理论而提出的崭新课题。在这一新的体育法学领域的研究中,笔者重点探讨了以下几个基本问题:

第一,谁创造了 Lex Sportiva 一词。有学者认为, Lex Sportiva 这一术语是由 CAS 的秘书长 Matthieu Reeb 在 CAS 出版的 1983—1998 年裁决汇编中创造的。而经过考证, Lex Sportiva 一词应该是由萨马兰奇先生及 CAS 创建者们在 ICAS 成立之前创造的。

第二, Lex Sportiva 一词的基本含义。按中文语法分析, Lex Sportiva 是由两个词义单位组成的词组,即“体育”与“法”,意指“体育的法”,或者“体育中的法”,用英文可以表示为“Law at Sport”,以译为“体育中的法”较合理。如果将其从字面意思引申的话,也可以将 Lex Sportiva 译为“所有关于体育的法”。从创造者的角度看,可以理解为——由 ICAS 及 CAS 主导的以维护全球体育法律秩序为主旨的世界体育法律体系,是全球体育法。从学理的角度可以将其理解力为:“Lex Sportiva 是国际体育组织为维护世界体育秩序以及实现全球体育行业自治而创建的超国家的体育法律体系,即全球体育法。”

第三,讨论了 Lex Sportiva 法律体系的存在性。显而易见,一个活灵活现的 Lex Sportiva 法律体系已经存在,并正在体育全球化浪潮中起着越来越重要的维护世界体育发展秩序之不可替代的作用,肯定存在 Lex Sportiva 法律秩序的观点也已经成为主流。

第四,论证了 Lex Sportiva 的合理合法性。本书以合法性理论为基础,从国际体育组织政治合法性问题入手,以法社会学、法人类学为视角,从它的法价值性、有效性、合社会规律性、程序正义、规范稳定性和可预测性等方面论证了 Lex Sportiva 作为一种全球法律秩序独立于任何国家而存在,是一种“非国家法”,具有合理合法性。它的出现,突破了政治学的法律观和实证主义法学的框架与桎梏,提供了新的法律样本。

第五,考察了 Lex Sportiva 的基本属性。Lex Sportiva 作为全球体育法治实践中发展而来的秩序规则,从法哲学视角看,它作为维护体育正义的秩序规则,无疑成为法的基础;从法人类学和法社会学来看,突破“国家中心主义”的法律观,打破法律与国家的必然联系性则为 Lex Sportiva 成为“法”提供了理论基石,尤其是法律多元主义更是为 Lex Sportiva 成为一种“法”而提供了理论空间;同时,国际体育仲裁的司法化也反证了 Lex Sportiva 的法的属性。本书还对 Lex Sportiva 属于全球体育法进行了论证。

第六,探索了 Lex Sportiva 之创生路径。Lex Sportiva 法律体系的创制主要通过习惯、从不同的法律规则、CAS、判例法与法典编纂、自创生等路径。

第七,本书讨论了 Lex Sportiva 的一般法律原则、CAS 发展与 Lex Sportiva、Lex Sportiva 与 Lex Mercatoria、Lex Sportiva 及中国体育治理发展愿景等问题。

体育法学在我国虽然起步较晚,但发展势头良好。目前,有一大批法学界和体育学界的学者投身于体育法学研究,也有了一大批高质量的成果,为我国的体育法学学科建设以及体育法治实践做出了贡献。作为上海政法学院体育法学研究中心的成员,也很乐见其成为我国体育法学研究领域非常活跃的研究团队,更希望《Lex Sportiva 研究》能够为我国体育法学研究添砖加瓦。

著 者

2016 年 6 月于上海青浦区野马浜

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 选题背景——全球化及全球法发展	(1)
第二节 Lex Sportiva 研究的现状	(12)
第三节 Lex Sportiva 研究的价值及意义	(18)
第二章 Lex Sportiva 之源与流	(20)
第一节 谁创造了 Lex Sportiva 一词	(20)
第二节 Lex Sportiva 的词义	(23)
第三节 Lex Sportiva 理论思想之“源”	(29)
第三章 存在一个 Lex Sportiva 法律秩序	(50)
第一节 关于 Lex Sportiva 法律秩序存在性的争论	(50)
第二节 省思 Lex Sportiva 法律秩序存在性争论	(57)
第三节 关于 Lex Sportiva 是什么的简要回答	(69)
第四章 Lex Sportiva 之合理合法性论证	(73)
第一节 Lex Sportiva 合法性之理论基础	(73)
第二节 国际体育组织政治合法性问题	(83)
第三节 Lex Sportiva 的法合理性	(92)
第四节 Lex Sportiva 之合法性	(99)
第五章 Lex Sportiva 的基本属性考察	(110)
第一节 Lex Sportiva 的“法”属性	(110)
第二节 Lex Sportiva 是全球体育法	(121)
第六章 Lex Sportiva 法律秩序之创生	(136)
第一节 法律的创生	(136)
第二节 Lex Sportiva 法律秩序的创生	(143)

第七章 Lex Sportiva 之一般法律原则	(152)
第一节 Lex Sportiva 中的一般法律原则概述	(152)
第二节 基本人权原则、公平原则、诚实信用原则、比例原则和禁反言原则	(153)
第三节 遵循先例原则、内部救济用尽原则与体育自治原则	(159)
第四节 正当程序原则	(166)
第五节 体育特殊性原则	(170)
第八章 CAS 发展与 Lex Sportiva	(176)
第一节 CAS 的产生	(176)
第二节 CAS 的发展	(177)
第三节 CAS 的构成	(179)
第四节 CAS 与 Lex Sportiva	(181)
第九章 Lex Sportiva 与 Lex Mercatoria	(189)
第一节 Lex Mercatoria 概述	(189)
第二节 Lex Sportiva 与 Lex Mercatoria 的相关性	(197)
第三节 Lex Sportiva 与 Lex Mercatoria 的区别	(205)
第十章 Lex Sportiva 及中国体育治理发展愿景	(209)
第一节 Lex Sportiva 的发展愿景	(209)
第二节 Lex Sportiva 对我国体育治理的启示	(214)
参考文献	(241)
索引	(259)
后记	(261)

第一章 导 论

第一节 选题背景——全球化及全球法发展

什么是 Lex Sportiva? 时至今日,学界还没有定论。有人认为 Lex Sportiva 是体育法,也有人认为是“国际体育法”,还有人认为是由国际体育仲裁院 (Court of Arbitration for Sports, CAS) 推动和发展起来的国际体育仲裁规则,也有不少学者认为 Lex Sportiva 是全球体育法。当然, Lex Sportiva 是什么还需要充分论证才能做出回答。因此,在开篇之时还不能直接对这些观点给出基本观点,而有待在后面的章节中进行专门的论述。但发现不管是持什么观点,都是基于全球化及全球治理和全球法发展为背景而展开的。也就是说, Lex Sportiva 研究是基于全球化、全球治理及全球法理论而提出的崭新课题, Lex Sportiva 研究的选题也正是以此为背景。

一、全球化现象及全球化理论——全球化的发展

当今世界,特别是在 20 世纪 80 年代以来,全球化已经来到面前。随着世界科技的快速发展,以信息技术为支撑的信息高速公路建设,使人类逐步摆脱自然地理因素的限制而进行更广泛的信息交流,以致世界成为地球村;资本等经济活动跨越民族国家疆域界限,在全球范围自由流动,在市场推动下的全球资源配置,人类已经感受到国与国及人与人之间的相互依赖性越来越强;地球村民面对发展带来的全球性问题和危机,需要达成共识,共同行动,共同面对,形成了命运共同体;由经济全球化发展(扩张)带来的政治、文化交流融合^①。总之,全球化是 21 世纪人类社会发展的显性特征,体育的全球化也是裹挟在其中的一部分,全球化是体育全球化的大背景。

全球化现象和全球化理论并不是同步产生的。有的学者就认为“全球化”作为一种现象可以追溯到人类早期的活动,全球化现象在现代民族国家出现之前就已经开始出现了,有人认为始于近代,也有人认为始于 20 世纪末期的经济全球化。例如在中古世纪的中国就已经开始与西方国家开展通商贸易,用输出丝绸和茶叶

^① 杨雪冬. 重新校正人类的位置:西方全球化理论的简要评介[J]. 马克思主义与现实, 1997(2):63-65.

的商业途径来赚取大量外汇,18 世纪的德国学者就因此将这条道路取名为丝绸之路,后来奥斯曼土耳其帝国崛起,通商贸易受阻,西欧国家为不受制于土耳其,纷纷从海上探寻新的丝绸之路(海上丝绸之路),这些商贸活动均可视为早期的全球化现象。还有如国际科技和体育及文化交流与传播、宗教活动、战争及殖民统治等等。戴维·赫尔德(D. Held)和安东尼·麦克格鲁(Anthony McGrew)等人在其合著的《全球大变革》一书中把全球化的起源追溯到了人类早期,认为全球化始于欧亚大陆、非洲以及美洲大陆出现分散的定居农业文明中心^①。罗兰·罗伯森(Roland Robertson)认为全球化在 15 世纪初期至 18 世纪中期的欧洲就已经开始发生^②。总之,全球化现象早已发生,但这并不意味着全球化理论的产生,甚至在 20 世纪 60 年代以前“全球化”(Globalization)这个单词也不存在。

有学者认为:1960 年,由于马歇尔·迈克卢汉(Marshall Mcluhan)在其著作《交往的探索》中提出了“全球村”(global village)的概念而成为全球化一词的发端^③。但“全球化”(Globalization)一词则首先载于《增长的极限》(*The Limits to Growth*)一书^④。《增长的极限》是受罗马俱乐部^⑤的委托,以麻省理工学院丹尼斯·米都斯(Dennis L. Meadows)为第一作者,由四位年轻学者组成的研究小组于 1972 年提交的一份研究报告,也是罗马俱乐部成立后的第一份研究报告。《增长的极限》曾被誉为 20 世纪震惊世界并畅销全球的图书之一,对长期流行于西方的高增长理论进行了深刻反思,认为现代社会人们无止境的追求经济和效益的增长,忽视了环境的承载能力和人类社会的可持续发展,并深刻阐释了环境的重要性以及资源与人口之间的基本联系,成果非常严肃地指出了生活于地球的人类在若干年后将面对资源枯竭、环境恶化、气候变暖等问题,其结果将是无法生存。该研究成果不仅为人类自身发展环境敲响了警钟,提出了走全球合理均衡可持续的发展之路是解决全球性环发问题的最终出路,也为探索全球发展问题提供了“全球化”

① [英]戴维·赫尔德(D. Held),安东尼·麦克格鲁(Anthony McGrew),等. 全球大变革:全球化时代的政治、经济与文化[M]. 杨雪冬,等,译. 北京:社会科学文献出版社,2001: 575.

② 明栋才. 当代西方全球化理论研究综述[J]. 重庆社会科学,2007(10):97-100.

③ 王东,黄婉毅,李宏伟. 全球化理论的真正源头[R]. 财经政法资讯,2002(2):53-54.

④ 焦津洪. 经济全球化及其对国际经济法的挑战[J]. 国际经济法论丛,2000(8):16.

⑤ 罗马俱乐部(The Club of Rome),成立于 1968 年 4 月,由一批来自世界各国的经济学家、教育家和科学家在罗马谕训学院成立,是一个非正式的国际协会,该组织在企业界佩切依博士的资助下,讨论现在和未来人类的困境这个问题。其工作目标是关注、探讨与研究人类面临的共同问题,使国际社会对人类困境包括社会的、经济的、环境的诸多问题有更深入的理解,并提出应该采取的能扭转不利局面的新态度、新政策和新制度。

视角和方法论。但是从理论深度上阐述“全球化”思想并作为一个热词被广泛使用还是在 20 世纪 90 年代以后,“全球化”理论也随之成为学界的热点和时尚。

全球化理论出现在 20 世纪中后期。目前,关于“全球化”的理论观点可以用百花齐放来形容。罗兰·罗伯森以历史的、动态的视角观察全球化现象,并从时空压缩和整体意识的角度去认识全球化,他认为:“全球化是指世界的压缩(compression),是一种世界政治、经济、文化在强大压力下的压缩过程。世界是一个整体的意识在增强。”^①沃勒斯坦(I. Wallerstein)在他提出的著名的“世界体系”理论中认为:全球结构是一种“生产模式”,是一种空间共存关系,并认为应该把全球“关系”、“世界体系”作为分析单位,而不要以独立的民族国家的经济、社会、政治为分析单位^②。吉登斯(A. Giddens)则从现代性角度去审视全球化,他将全球化视为现代性的全球扩展,并认为:全球化不仅仅是,甚至并不是一个经济现象,而是世界范围社会关系的紧密化。全球化包含民族国家体系、全球经济体系、世界军事秩序和国际劳动分工四个向度^③。斯克莱尔(Sklair)在其著作《全球体系社会学》中提出:要用全球体系来替代民族国家,并指出世界存在文化意识形态、政治和经济等三种跨国惯例(Transnational Practices),他在这里特别强调了文化的作用^④。罗宾·科恩和保罗·肯尼迪在合著的《全球社会学》里把全球化看作人类社会“全方位的一体化”^⑤。还有“依附理论”“全球公民社会”以及入江昭(Akira Iriye)提出的“一个基于全球意识的跨国网络”^⑥的全球共同体理论等。也有学者对“全球化”理论进行反思后认为:全球化的实质就是“西方化”“美国化”“资本主义化”。在进一步认识“全球化”的同时需要坚定地迎接它的挑战,消除全球化扩张带来的消极影响。

关于全球化的内涵问题,由于它的高度复杂性和观察这一社会现象的多层次和多视角,学界还不能达成一致的认识。但从目前看,一般认为学界已经形成了几种具有代表性的全球化理念。从全球化理论发展态势看,全球化是一种理念,也是

① [美] 罗伯森. 全球化: 社会理论和全球文化[M]. 上海: 上海人民出版社, 2000: 11.

② 罗惠敏. 全球化理论综述[J]. 社会, 2004(3): 22-26, 33.

③ 安东尼·吉登斯. 失控的世界——全球化如何重塑我们的生活[M]. 南昌: 江西人民出版社, 2001: 14.

④ 杨雪冬. 重新校正人类的位置: 西方全球化理论的简要评介[J]. 马克思主义与现实, 1997(2): 63-65.

⑤ [英] 罗宾·科恩, 保罗·肯尼迪. 全球社会学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2001: 49.

⑥ [美] 入江川. 全球共同体[M]. 刘青, 颜子龙, 李静阁, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 2009: 10.

一种人类社会发展的进程。如果从总体上把握的话,全球化是指全球联系不断增强,人类生活在全球规模的基础上发展及全球意识的崛起,国与国之间在政治、经济贸易、军事、信息、环境等各方面的互相依存和共生,全球化也可以解释为世界的压缩和视全球为一个整体和系统。原来局限于各个不同国家疆域内的各种社会活动及相关制度正在跨越国界的篱笆,而成为地球村。从物质形态看,全球化是指货物与资本的跨国跨区域流动。从全球化的发展历程看,它经历了跨国化、局部的国际化以及全球化几个发展阶段。经济全球化是其最初形态,从地区性、国际性的经济管理组织与经济实体(跨国公司)的出现,逐步发展为以及文化、生活方式、价值观念、意识形态等精神力量的跨国交流、碰撞、冲突与融合。因此,全球化是一个以经济全球化为核心,包含各国各民族各地区在政治、经济、文化、科技、信息、军事、安全、意识形态、生活方式、价值观念等多层次、多领域的相互联系、影响、制约的多元概念,是由一元多体到多元一体的发展过程。因此,也有人认为全球化的概念可以从狭义和广义两方面去理解。狭义上的全球化,仅指经济全球化,是指生产、贸易、投资、金融等经济行为超越一国领土界限的大规模活动,是生产要素的全球配置与重组。而广义的全球化,是经济领域的全球化现象的发展结果之一,即由经济领域的全球化所导致的各国之间在法律、社会管理体制等各个领域的全面的相互作用,产生全球融合的趋势^①。

当今社会的全球化正在飞速发展,势不可挡。在生产社会化不断深入发展、信息技术的大变革、世界资本的全球融合和流动等强大动力推动下,全球化趋势已经不可逆转。^② 现在最为关键的问题也许不是如何反对全球化,而是如何融入全球化浪潮中去,研讨全球化的影响,以趋利除弊。毋庸置疑,全球化对世界事务产生了深刻影响。一方面,全球化在世界资源的优化组合和配置、促进全球市场形成及市场竞争一体化、全球社会在信息一体化中受益、推动经济社会及政治转型和重组现代社会及世界秩序、促进世界文化交流和融合等方面都产生了积极的影响^③;另一方面,全球化也可能带来消极影响,在全球化背景下,一些西方发达国家利用在联合国、IMF、WTO 的地位及发达的信息技术向不发达国家推行霸权,以损害发

① 黄炼. 全球化学术探讨[J]. 国际政治, 2000(3): 8.

② 关于全球化发展和形成的动因问题存在必然论和怀疑论两大派别。持必然论者认为:全球化本身是一个历史的、自然的发展过程,是无情的自然力量使然,是不可抗拒和不可逆转的。而持怀疑论者则认为,信息技术的变革或资本主义是全球化的动因,是以信息文明为基础的资本的集约化和技术的发展。参见:明栋才. 当代西方全球化理论研究综述[J]. 重庆社会科学, 2007(10): 97-100.

③ 戴维·赫尔德,等. 全球大变革:全球化时代的政治、经济与文化[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2001: 456.

展中国的政治、经济、文化主权和利益。现今的一些高端研究成果也似乎正在证明全球化带来的一些弊端,如法国经济学家托马斯·皮克提(Thomas Piketty)在其著作《21 世纪的资本论》(*Capital in the Twenty-First Century*)中就认为,经济增长成果的分配不平均在市场经济里正在拉大,且有加速的趋势。市场经济的一体化以及资本全球化运作而获得的资本效益远超实体经济的收益,导致贫富差距拉大,形成全球不公和制造新的动乱、文明的分解、民族对立和冲突。

全球化是一个长期的人类历史发展转变过程,它的主要特征是:在经济全球化的基础上,在全球范围内产生的一种内在的、不可分离的和日益加强的相互联系^①。全球化已经出现,不管你持什么态度,是欢迎还是害怕,是承认还是否认,就如世界贸易组织前总干事雷纳托·鲁杰罗(意大利语:Renato Ruggiero)所言“阻止全球化无异于想阻止地球自转”一样,它已然存在。全球化已经对全球事务产生深刻影响,已经在很大程度上对世界公民的行为及思维方式和文化生活产生影响,能够做的只能是积极应对全球化,研究全球化现象,了解和掌握全球化规律,以积极应对全球化发展。

二、全球治理理论的兴起

毋庸置疑,全球化引发的国际社会结构性变革,给全球带来了发展机遇,也带来了全球性的问题和危机。如:全球金融体系一体化带来金融秩序混乱及金融危机、贸易摩擦及争端、在体育全球化过程中出现的奥委会代表资格和国际球员转会及劳资纠纷等问题、跨国恐怖活动带来的国际安全问题等等。而在全球化背景下,处理这些问题和危机时越来越显示出国家能力的脆弱性,从而使一些全球性、区域性、多国间或者是政府和非政府间的国际组织参与到这些问题和危机的协调和沟通及合作过程之中。在全球化运动中,使除国家行为体以外的国际政府组织(IGOs)、国际非政府组织(INGOs)、跨国界的全球社会运动(GSMs)等都成为全球社会的重要行为体,出现了国际社会行为体多元化现象^②,特别是国际非政府组织起着非常重要的不可替代的作用。随着全球化步伐的加快,全球性问题和矛盾的日益增多,为解决这些问题和危机,全球治理问题也随之被人们所重视。

放眼当今世界,可以这样认为:全球化已经是“不可逆转的潮流”,而全球化发展引发了全球性问题和危机的增多与解决这些问题的体制机制的能力不足的矛盾。随着全球化对国家中心的解构及国家治理模式的变革,如何举全球之力来解

^① [美]入江川. 全球共同体[M]. 刘青,颜子龙,李静阁,译. 北京:社会科学文献出版社,2009:1.

^② 胡键. 全球社会运动的兴起及其对全球治理的影响[J]. 国际论坛,2006(1):1-5.

决这些问题,避免全球规模的“市场失败”及“国家失效”,就成为世界范围内的一个现实而迫切的重大课题^①。显然,一方面,在全球化进程中,全球问题和危机的解决远远超出国家治理能力所及的范围,而要建立一个强有力的全球政府来解决这些问题是不现实的;而另一方面,随着全球化脚步的加快,国家角色的转变、政府改革力度的加大、公民社会的复兴及非政治组织的崛起,使世界社会公共事务处理主体呈现多元化和复杂化的协调互动的特点,以及在全球事务处理过程中人们对国际组织及公民社会自由、民主、公正、平等基本价值观的广泛接受,使国家治理转化为全球治理具备了现实基础和成为可能^②。因此,寻求化解全球化带来的问题和危机的体制和机制,需要在全局框架内进行,需要全球视野、全球意识和全球治理^③。可以说是全球化催生了全球治理理论的萌芽,全球治理理论是解决全球问题的必然选择。当然,这种治理机制并不一定意味着要建立一个世界政府,任命“地球村”长老,设立权威而复杂的组织,而是更多地通过非政府组织和跨国行为体来协调和管理全球事务^④。它是一个多元的复合治理结构,它打破了单一的国家政府治理结构。正是为解决全球化所带来的全球问题和危机,国际社会提出了全球治理理论^⑤。

治理(Governance)一词在西方语言系统中的涵义非常宽泛而不严谨,它源于拉丁语和古希腊语的引导(steering)一词,有统理(govern)、控制、引导或操纵之意,通常与“统治”(government)交互使用^⑥。直到1989年世界银行在题为《南撒哈拉非洲:从危机走向可持续增长》的年度报告中第一次使用治理危机(Crisis in Governance)一词之后,治理才被赋予新的词意,而且这里的治理与统治的涵义迥异。治理的主体包括公共权力机构及私人机构,或者是两者的合作,而统治的主体是公共权力机构;治理的权威主要源于合作主体之间的互动,而不一定是政府,而统治的权威则来源于政府;治理的权力运作向度是多元的、上下互动的过程,而统治则是自上而下的过程;治理以信任为基础,遵循的是正式规则制度和非正式规则

① 季卫东. 宪政新论——全球化时代的法与社会变迁[M]. 北京:北京大学出版社, 2005:368.

② 孙琪煜. 论全球治理的困境与出路[D]. 济南:山东大学, 2013(5):12.

③ 李兴. 论全球治理与中国外交新思维[J]. 毛泽东邓小平理论研究, 2006(1):55-57.

④ Nigel Dower, World Ethics. The New Agenda[M]. Edinburgh University Press, 1998: 189.

⑤ 王小民. 全球问题与全球治理[J]. 东南亚研究, 2004(4):65-68.

⑥ 张农寿. 多元责任与制度秩序:全球治理的制度性分析[D]. 长春:吉林大学, 2006(6): 57.

制度的统一,而统治需则要遵循正式而统一的规则。^①

目前,关于全球治理的理论还没有形成统一的认识,全球治理还只是一个发展中的概念而没有固化,是国家治理和善治在全球层面的扩展,与其相类似的概念有“世界政治的治理”“世界范围的治理”“国际秩序的治理”“全球秩序的治理”等等^②。在全球治理理论发展和兴起的过程中,全球治理的概念最早是由美国学者詹姆斯·罗西瑙(James N. Rosenau)在20世纪90年代初首先提出的。在此之后,全球治理便作为一种新的理论成为世界各国学者以及世界银行、联合国等组织研究和讨论解决全球问题的热点,并在较短的时间内成为全球性的话语系统。

全球治理理论创始人之一詹姆斯·罗西瑙在其著名成果之一《没有政府的治理》(*Governance without Government*)一书中指出,全球治理是一种非国家中心的治理状态,是“没有政府的治理”^③。“全球治理是国际政治中一系列活动领域里的管理机制,它们虽未得到正式授权,却能有效发挥作用。尽管国际社会处于无政府状态,但是通过个人与个人之间的利益调整,组织与集团之间的利益调整以及国家之间的利益调整,最终能形成人类的共同利益。”^④该理论也被称为“两枝理论”或“双重结构理论”,主张“以联合国及其相关制度为中心,拓宽多种国际机制与跨国合作政策的网络”^⑤。新自由主义代表人物之一的奥兰·扬(Olan R. Young)则认为:“全球治理”是各种国际机制,包括政府间机制以及非政府组织参与的国际机制的总和^⑥。我国最早关注全球治理的学者之一俞可平教授认为:全球治理是指通过具有约束力的国际规制(regimes)解决全球性的冲突、生态、人权、移民、毒品、走私、传染病等问题,以维持正常的国际政治经济秩序^⑦。著名学者安东尼·麦克格鲁(Anthony McGrew)认为:全球治理不仅意味着正式的制度和组织——国家机

① 岳春宇. 如何理解全球治理理论中的“治理”[J]. 河北省社会主义学院学报, 2008(1): 84-86.

② 俞可平. 全球治理引论[J]. 马克思主义与现实, 2002(1): 25.

③ 刘小林. 全球治理理论的价值观研究[J]. 世界经济与政治论坛, 2007(3): 107-112.

④ Rosenau, James N., “Governance, order and Change in World Politics”, in Rosenau, James N. and Cerny, Emes-otto eds., *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992; 5. // [美]詹姆斯·罗西瑙. 没有政府的治理[M]. 张胜军, 等, 译. 南昌: 江西人民出版社, 2001: 2.

⑤ Rosenau, James N. *Toward an Ontology for Global Governance* // Martin, Timothy J. Sinclair, eds. *Approaches to Global Governance Theory*, Hewson, Albany: State University of New York Press, 1999.

⑥ Oran R. Young. *International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society* [M]. Ithaca: Cornell University Press, 1994.

⑦ 俞可平. 全球治理引论[J]. 马克思主义与现实, 2002(1): 25.

构、政府间合作等制定(或不制定)和维持管理世界秩序的规则和规范,而且意味着所有其他组织和压力团体——从多国公司、跨国社会运动到众多的非政府组织都追求对跨国规则和权威体系产生影响的目标和对象。显然,联合国体系、世界贸易组织以及各国政府的活动是全球治理的核心因素,但是,它们绝不是唯一的因素。如果社会运动、非政府组织、区域性的政治组织等被排除在全球治理的含义之外,那么,全球治理的形式和动力将得不到恰当的理解^①。1992年由联合国有关机构和多位国际知名人士发起成立了“全球治理委员会”(Commission on Global Governance),并发表了《我们的全球之家》(*Our Global Neighborhood*)的行动纲领,尤其是在1995年联合国成立50周年之际发表的一份报告——《天涯成比邻》中,阐述了具有一定权威性的全球治理理论,该组织认为:治理是各种公共或私人机构和個人管理其共同事务的诸多方式之总和。从全球角度来说,治理事务过去主要被视为政府间的关系,而现在必须作如下理解:它涉及非政府组织、公民的迁移、跨国公司以及全球性资本市场^②。全球治理有如下基本特征:一是,治理不是一整套规则,甚至也不是一种活动,而是一个过程;二是,治理过程的基础不是控制,而是协调;三是,治理不仅涉及公共部门,还包括私人部门;四是,治理不是一种正式的制度,而是持续的互动^③。

关于全球治理理论及其概念,国际上还处于争鸣期,但对其基本内涵已经取得了较为一致的认识,可以初步概括为:第一,全球治理是由包括政府间国际组织、非政府间国际组织、跨国公司、社会团体等构成的多元行为体参与的过程,并特别强调在国家行为体之外还存在着非国家行为体组成的“第二社会系统”;第二,全球治理不是单一的国家层级的治理过程,它还包括国家与其他跨国行为体及非国家行为体之间,在全球及地区和次地区领域协调利益的多层次的管理过程;第三,从权力向度上看,全球治理与主权国家利用绝对权力的强迫式管理不同,而是一种非暴力、非统治的治理机制,是一个自主的行为体系,是一个扁平化的治理网络^④。总之,全球治理是由社会各个层面的权威机构组成的,既在国家之内,又高于国家;既通过国家,又不局限于国家界限内的新体系^⑤。

① 俞可平. 全球化:全球治理[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2003:130.

② [瑞典]英瓦尔·卡尔松,[圭]什里达特·兰法尔. 天涯成比邻[M]. 赵仲强、李正凌,译. 北京:中国对外翻译公司,1995:2.

③ The commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*. Oxford University Press, 1995:2.

④ 王媚. 全球治理与联合国[D]. 北京:外交学院,2006(6):7.

⑤ De Alcantara, Cynthia Hewitt. Uses and Abuses of the Concept of Governance; regimes as Intervening Variables. *International Organization*, 1982, 36(2):5.

三、全球治理中的法律秩序重构——全球法(世界法)的发展

全球化为人类社会带来了发展和繁荣,也带来了霸权、革命、战争、金融危机、贸易摩擦、民族国家之间的冲突、意识形态的矛盾、国内矛盾的加剧等等影响世界社会和谐稳定的一系列问题。从全球化发展现状看,也许人类从中获益是其表象和浅薄的,而全球化导致的乱象才可能是深刻的。为维护人类社会在全球化中所获得的收益,并保持可持续的稳定发展,人类社会自身就需要共同应对全球化带来的全球社会结构的变革及全球问题和危机的挑战。在此大背景下,以人类整体论及利益共同体和市民社会为理论基础的全球治理理论随之兴起。全球治理是由多元行为体共同参与及平等对话和协商合作的规则机制和方法,但从长远来看,全球治理如果想取得成功,还必须从传统的相对收益观中解脱出来,寻求更优的制度和解决方案^①,将全球治理的关注点导向治理全球化及全球问题的路径和制度安排,使其充分体现更多的实践性和技术性^②。全球化对以民族国家为基础的原有法律体系产生了严重影响和重大冲击,重构全球法律秩序走法治全球化之路也就成为解决这一问题的必然选择。当然,全球法律体系的重构,并不意味着国家法律体系的瓦解和崩溃,而只是一个包括国家法律体系在内的多元的新法律形态。

法律之治全球化,法学界将之理解为法律的全球化,亦即一种全球法或者世界法。全球法(世界法)作为观念和理论是在20世纪90年代提出的,但其思想基础可以追溯到古希腊时期自然法思想理论,从全球法和世界法理论发展脉络看,它经历了从自然法到万民法再到世界法及全球法的发展历程。

自然法(natural law 或 law of nature)的思想源于古希腊人对大自然的认识与理解,他们认为大自然是不可侵犯的,而“自然法”的基本理论思想的明确表达则出现在希腊晚期,自然法思想家们认为,“世界是统一的,有相同的本质和规律,作为人类规律的法律是与人类的共同本性、理性和社会性相一致的。作为大自然物种之一的人类有共同的本性和规律,那就意味着世界各国的人们有一种共同的法律。”^③自然法奠基人之一及法学理论家孟德斯鸠(Charles de Secondat, Baron de Montesquieu)认为:“法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;各个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类的理性适用于个别的情

① 余博闻,“后危机时代”的全球治理[J]. 新视界,2014(2):82-83.

② 蔡拓,全球学:时代呼唤的新学科[J]. 中国治理评论,2013(1):127-144.

③ 严存生,自然法、万民法、世界法——西方法律全球化观念的历史渊源探寻[J]. 现代法学,2003(6):175-181.

况。”^①自然法是一种法理念和法理想,并不是某种实在法。虽然,它从世界的统一性及人类本性和规律的统一性角度来审视法律,并认为世界存在一种普遍适用的法,但并不强调国家之间实在法的统一,反而认为实在法应该是因时因地制宜,不能将一国的法律照搬到另一个国家。

万民法(ius gentium)有“各民族共有的法律”之意,最初是罗马人依据自然法理念创立的一种调整罗马公民和异邦人之间以及异邦人和异邦人之间民事法律关系的罗马法,是罗马帝国的实在法及私法体系的重要组成部分。罗马法学家盖尤斯(Gaius)在其著作《法学阶梯》中指出:“所有受法律和习俗调整的民众共同体都一方面使用自己的法,一方面使用所有人所共有的法。每个共同体为自己制定的法是它自己的法,并且称为市民法,即市民自己的法;根据自然原因在一切人当中制定的法为所有的民众共同体共同遵守,并称为万民法,就像是一切民族所使用的法。”^②万民法在中世纪与现代的“国际法”相类似,被认为是“根据所有国家或多数国家的意志承认的一种强制性的权力”^③。德国哲学家康德(Immanuel Kant)以人的本性为视角来关注法律问题,他认为法律是道德律的特殊表现形式,法律所规范的人类社会状态就是法治状态,所形成的社会就是普遍法治的公民社会。众多种类和非常不同的法律,将来会趋于统一,形成单一的由世界政府贯彻实施的世界法^④。当代的“万民法”观念则有所不同,他们认为“万民法”的涵义是指规制人民相互间政治关系的特殊政治原则,并不主张一种世界政府或世界国家,而是主张一种自由人民的联盟^⑤。从目前来看,“万民法”的思想基础是法律大同理念,是调节国家与国家或民族与民族之间关系的国际法。

全球法(世界法)的概念是从万民法理念发展演化而来的。早期的全球法或世界法主要是探寻一种能包容全球所有法律的法,适用于全球的法,其思想脉络延续了建立世界政府的思维模式,认为各种法律以及各国法律最终会走向统一和同一,国家界限将打破,国家法将消失。20世纪中叶之后,当人们面对追求建立单一世界政府的思想遇到挫折以及受到多方质疑的现实情况下,更多的人开始对建立世界政府这一命题进行反思,并逐渐放弃这一空想,构建法律多元主义观念下的全球法理论体系。在社会活动的运行中,非常容易发现社会的管理职能不是政府所独

① 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 张雁深,译,北京:商务印书馆,1982:6.

② 盖尤斯. 法学阶梯[M]. 黄风,译,北京:中国政法大学出版社,1996:2.

③ 西方法律思想史资料选编[C]. 北京:北京大学出版社,1982:139,141-142.

④ 康德. 历史理性批判文集[M]. 何兆武,译,北京:商务印书馆,1996:13//严存生. 自然法、万民法、世界法——西方法律全球化观念的历史渊源探源[J]. 现代法学,2003(6):176.

⑤ 罗尔斯. 万民法[M]. 张晓辉,等,译,长春:吉林人民出版社,2001:38.