



中南财经政法大学
青年学术文库

人类主权的萌芽： 现代国际法的启示与回应

江 河 著

中国社会科学出版社



中南财经政法大学
青年学术文库

人类主权的萌芽： 现代国际法的启示与回应

江河 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

人类主权的萌芽：现代国际法的启示与回应 / 江河著.
北京：中国社会科学出版社，2011. 11
(中南财经政法大学青年学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5161 - 0193 - 3

I. ①人… II. ①江… III. ①国际法 - 研究 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 208811 号

责任编辑 许琳
责任校对 王兰馨
封面设计 久品轩
技术编辑 王炳图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 11 月第 1 版

印 次 2011 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 15.25

插 页

字 数 253 千字

定 价 40.00 元

《中南财经政法大学青年学术文库》 编辑委员会

主 任：吴汉东

副主任：郭道扬 张中华 陈小君

委 员：刘可风 卢现祥 熊胜绪 杨灿明

范忠信 罗 飞 朱新蓉 陈池波

齐文远 张新国 夏成才 姚 莉

杨宗辉 朱延福 向书坚

主 编：张中华

编辑部成员：姚 莉 陈敦贤 刘普生 朱冬生

本书主审：简基松

总 序

一个没有思想活动和缺乏学术氛围的大学校园，哪怕它在物质上再美丽、再现代，在精神上也是荒凉和贫瘠的。欧洲历史上最早的大学就是源于学术。大学与学术的关联不仅体现在字面上，更重要的是，思想与学术，可谓大学的生命力与活力之源。

中南财经政法大学是一所学术气氛浓郁的财经政法高等学府。范文澜、嵇文甫、潘梓年、马哲民等一代学术宗师播撒的学术火种，五十多年来一代代薪火相传。在世纪之交，在合并组建新校而揭开学校发展新的历史篇章的时候，学校确立了“学术兴校，科研强校”的发展战略。这不仅是对学校五十多年学术文化与学术传统的历史性传承，而且是谱写 21 世纪学校发展新篇章的战略手笔。

“学术兴校，科研强校”的“兴”与“强”，是奋斗目标，更是奋斗过程。我们是目的论与过程论的统一论者。我们将对宏伟目标的追求过程寓于脚踏实地的奋斗过程之中。由学校斥资资助出版《中南财经政法大学青年学术文库》，就是学校采取的具体举措之一。

本文库的指导思想或学术旨趣，首先在于推出学术精品。通过资助出版学术精品，形成精品学术成果的园地，培育精品意识和精品氛围，提高学术成果的质量和水平，为繁荣国家财经、政法、管理以及人文科学研究，解决党和国家面临的重大经济、社会问题，作出我校应有的贡献。其次，培养学术队伍，特别是通过对一批处在“成长期”的中青年学术骨干的成果予以资助推出，促进学术梯队的建设，提高学术队伍的实力与水平。再次，培育学术特色。通过资助在学术思想、学术方法以及学术见解等方面有独到和创新之处的成果，培育科研特色，力争通过努力，形成有我校特色的学术流派与学术思想体系。因此，本文库重点面向中青年，重

点面向精品，重点面向原创性学术专著。

春华秋实。让我们共同来精心耕种文库这块学术园地，让学术果实挂满枝头，让思想之花满园飘香。



2009 年 10 月

Preface

A university campus, if it holds no intellectual activities or possesses no academic atmosphere, no matter how physically beautiful or modern it is, it would be spiritually desolate and barren. In fact, the earliest historical European universities started from academic learning. The relationship between a university and the academic learning cannot just be interpreted literally, but more importantly, it should be set on the ideas and academic learning which are the so-called sources of the energy and vitality of all universities.

Zhongnan University of Economics and Law is a high education institution which enjoys rich academic atmosphere. Having the academic germs seeded by such great masters as Fan Wenlan, Ji Wenfu, Pan Zinian and Ma Zhemin, generations of scholars and students in this university have been sharing the favorable academic atmosphere and making their own contributions to it, especially during the past fifty-five years. As a result, at the beginning of the new century when a new historical new page is turned over with the combination of Zhongnan University of Finance and Economics and Zhongnan University of Politics and Law, the newly established university has set its developing strategy as "Making the University Prosperous with academic learning; Strengthening the University with scientific research", which is not only a historical inheritance of more than fifty years of academic culture and tradition, but also a strategic decision which is to lift our university onto a higher developing stage in the 21st century.

Our ultimate goal is to make the university prosperous and strong, even through our struggling process, in a greater sense. We tend to unify the destination and the process as to combine the pursuing process of our magnificent goal with the practical struggling process. The youth's Academic Library of Zhongnan University of Economics and Law, funded by the university, is one of our specif-

ic measures.

The guideline or academic theme of this Library lies first at promoting the publishing of selected academic works. By funding them, an academic garden with high-quality fruits can come into being. We should also make great efforts to form the awareness and atmosphere of selected works and improve the quality and standard of our academic productions, so as to make our own contributions in developing such fields as finance, economics, politics, law and literate humanity, as well as in working out solutions for major economic and social problems facing our country and the Communist Party. Secondly, our aim is to form some academic teams, especially through funding the publishing of works of the middle-aged and young academic cadreman, to boost the construction of academic teams and enhance the strength and standard of our academic groups. Thirdly, we aim at making a specific academic field of our university. By funding those academic fruits which have some original or innovative points in their ideas, methods and views, we expect to engender our own characteristic in scientific research. Our final goal is to form an academic school and establish an academic idea system of our university through our efforts. Thus, this Library makes great emphases particularly on the middle-aged and young people, selected works, and original academic monographs.

Sowing seeds in the spring will lead to a prospective harvest in the autumn. Thus, Let us get together to cultivate this academic garden and make it be opulent with academic fruits and intellectual flowers.

Wu Handong

目 录

引 论	(1)
第一章 人类主权萌芽的法理基础：概念和语境的重构	(6)
第一节 权利、权力与法律	(6)
一 权利与权力的博弈	(6)
二 从法律到权力	(8)
三 从权力到主权	(11)
四 法律的组织与灵魂	(14)
第二节 正义意识与法律的信仰	(17)
一 劳动异化和正义信仰的危机	(17)
二 法律的信仰与正义意识	(19)
三 法律的正义性与主权者的进化	(22)
第三节 从国家主权到人类主权	(24)
一 主权的特性及其演进的决定要素	(24)
二 国家的权利与国际社会的自然状态	(28)
三 人类主权的特征及其构成基础	(30)
第二章 人类主权萌芽的理性基础	(38)
第一节 人类主权萌芽的经济基础	(38)
一 法律与经济基础	(38)
二 经济全球化与国际法的发展	(40)
三 WTO 与人类主权的萌芽	(43)
第二节 人类主权萌芽的制度基础	(47)
一 制度、国际制度与国际法	(47)
二 联合国与人类主权的制度基础	(53)
三 新功能主义与国际法律制度的系统化	(60)

第三章 人类主权萌芽的感性基础	(66)
第一节 全球化与主权国家的危机	(66)
一 主权国家的合法性与实效性概述	(66)
二 全球化背景下主权国家的合法性危机	(71)
三 全球化背景下主权国家的实效性危机	(73)
第二节 国际市民社会与新的社会契约	(77)
一 国际市民社会的界定	(77)
二 自然视角下的国际市民社会	(80)
三 社会契约论与人类主权的萌芽	(85)
第三节 全球化与国际法的正义体系	(91)
一 正义与正义原则的概述	(91)
二 国际法中的国际正义体系	(95)
三 国际正义体系与人类主权的萌芽	(98)
第四章 人类主权在国际社会的初步实践	(102)
第一节 欧洲联盟法：区域性人类主权的实践	(102)
一 新的社会契约与法律共同体	(103)
二 法律共同体的历史基础：文化共同体	(112)
三 文化认同的理性化：欧洲公民与政治共同体	(117)
第二节 全球性人类主权制度的萌芽	(124)
一 主权与所有权	(124)
二 人类共同继承财产与人类主权者的萌芽	(127)
三 经济外部性、国际环境法与人类主权	(133)
第三节 美国霸权与人类主权的“特洛伊木马”	(140)
一 美国霸权与国际组织	(140)
二 程序霸权与话语霸权	(146)
三 美国霸权与人类主权的实效性根源	(152)
第五章 人类主权对国际法的潜在影响	(159)
第一节 人类主权萌芽与国际法的主体性与主体间性	(159)
一 哲学意义下的国际法的主体性与主体间性	(159)
二 国际人权法与人类的法律主体性	(168)
三 现代国际刑法与“人类”社会秩序的建构	(173)
第二节 人类主权萌芽与国际法的渊源	(179)

一	人类主权与没有国家的全球法	(180)
二	人类主权与国际习惯法的实践	(183)
三	人类主权与一般法律原则	(188)
第三节	国际法的碎片化与人类主权下的“次要规则”	(191)
一	国际法碎片化的概述	(191)
二	国际法碎片化的成因	(195)
三	新的“次要规则”与国际法规范冲突的协调	(198)
第四节	人类主权与国际争端解决的司法化	(202)
一	国际争端解决及其历史发展简析	(202)
二	国际司法机构的历时与共时分析	(204)
三	司法化悖论与人类主权意义上的司法机构	(209)
结论	自然法、人类主权的萌芽与世界法的未来	(215)
中外文参考文献		(219)

引 论

人类历史已经进入了 21 世纪，过去两千多年的社会发展充分说明：世界经济、科技以及人类法治影响社会的进程不断加快，各国人民之间的依赖性日益增强，国际社会逐渐在时空压缩中发展为人类休戚与共的地球村。这种历史趋势要求从事研究的学者，特别是在社会科学领域，本着可持续的研究观更为系统地去研究自己的专业问题。一定的科学研究方法来自于其研究的理论或对象，同时，研究方法的采用也会限制其研究对象或具体内容。事实上，我们的理论研究因不断专业化而局限于特定的微观领域，宏观的基础理论研究也因此而日益萎缩和枯竭。长远而言，基础理论的贫困必然使实证研究失去其理论支持，以至于许多“杰出”的研究成果不断被即将到来的现实所遗弃。

对于国际法学界来说，无论战争是否仍然继续，无论绝对的和平与正义是多么过于理想，国际法却在不到一百年的时间里，逐渐侵入了主权国家的法律禁区，不断为人类意义之下的个人创设权利，从而也为国家以及所有个人（甚至是国家元首或政府首脑）创设了国际义务。宏观比较各个部门法的历史轨迹和发展速度，不难发现，国际法不失为具有强大生命力的法律体系。任何可持续的理论研究，都应当立足于现实，汲取历史的教训，并面对人类的未来，以整个国际社会为其研究背景的国际法学者更应当具有这种使命感和人类意识。学者与政治保持一定距离是避免理论谬误性风险的前提，法律在国际社会的进化速度使部分学者不断在有生之年修正其理论错误。在某种意义上，国际法学者不但要保持自己原始的学术理想，而且也要承担起社会责任，从而使其学术思想接受历史性和人类性的审视。

国际法是主权国家通往人类法律共同体的隧道。国际法的发展日益受到来自两个方向的压力。在隧道的一端，因为国际社会的无政府状态，国际法的效力遭到非议；在隧道的另一端，众多的国际行为规则、原则和制

度逐渐发展为真正的法律规则，而具有国内法的部分特性。这些新的法律规则慢慢地独立于一般国际法的外延，例如国际贸易规则。当大多数学者在对国际法的命运发起责难时，WTO法与欧盟法并没有被纳入其视野。有关国际法、国际经济法和国际私法等学科的划分，也加强了这种怀疑或认定。沿着新功能主义的路径，“溢出效应”使传统国际法的调整空间日趋遭到打压，学者们对国际法的认识与研究来自于上述仅有的剩余领域，却忽视了那些背叛其历史的新规则体系及其背后的发展趋势，而人类主权的萌芽便是其重要发展趋势之一。

人类主权萌芽的研究是有关世界法或人类共有法思想的初步探讨，国际法的现实发展虽然并不能使主权国家确立统一的世界法体系，但是人类主权要素却逐渐萌芽于国际法的各个领域，这些新的发展趋势或社会力量又在某种程度上消除了国际法与国内法的冲突，使人类的各种法律秩序走向协调与统一。世界法思想的历史源远流长，并在康德的理论中得到了充分体现。在20世纪末21世纪初，随着国际法的主体及其调整内容的发展，国际法与国内法开始出现了交集。同时，部分新的领域已经成为国际法的专属领域。这样，国内法与国际法的关系再次成为法律研究的焦点。人类主权固然太理想化，但人类主权要素的萌芽却具有现实性，它的发展必将推动国际法的繁荣。理论上，国际法优于国内法。现实中国内法的统治地位并没有给国际法的有效性创造社会基础，国际关系有时仍然带有丛林规则的烙印。然而实证性的法律规则分析与法学研究不可相提并论，法学研究的一个重要使命是，在对现存法律秩序的实证分析和理性批判的基础上揭示法律发展的新要素或社会力量，它应该预示法律发展的必然趋势。基于上述目的，本书力图通过对国际社会的现实与国际法中的变革性要素的实证研究来分析人类主权要素及其萌芽，并就国际法对它的回应进行初步探讨。

由于人类主权是一个全新的范畴或概念，国内外在该领域的研究几乎还是一片空白。就其定义所包括的内涵与外延而言，人类主权的研究是基于世界法思想和主权理论，它是两者在共时角度上的交集。所以其研究现状暂且就沿着世界法和主权研究两种路径予以介绍。相比较而言，主权研究是一个古老而又永恒的主题，有关论著简直是汗牛充栋，而世界法研究却是比较新的探讨领域，在实证主义研究和国家主权话语体系占统治地位的时代，致力于世界法思想研究的学者不多，特别是在国内，更是寥寥无

几。就其发展目标而言,法律全球化与国际法的宪法化(国际宪政)也在一定程度上反映了人类主权萌芽的发展趋势,但因各自视角的不同,其理论研究的路径也就大相径庭。

有关主权的研究,国内基本上处于比较完善的阶段,许多知名的国际法学者对主权的特性与发展进行了系统而又全面的研究,所以将主权之研究作为博士论文的研究对象无疑会面临创新性的挑战。人类主权萌芽是介于国际法和世界法之间的发展阶段。就国际法的现实而言,人类主权的萌芽预示着国际法发展的方向,它带有一定的理想色彩。就世界法思想而言,它只是世界法得以产生的前提之一。正因为如此,欧盟法在某种意义上是一种区域性人类主权发展的结晶。国内有关世界法思想的研究多为介绍性作品或外文译著,主要论述了西方世界法思想的发展史。主权之研究发端于西方国家。自让·博丹提出国家主权概念之后,西方法学家和政治学家纷纷对主权进行了专门研究与探讨。^①在全球化时代的今天,主权研究重点主要是从人权与国家主权的关系出发,为此发达国家和发展中国家学者在理论上存在分歧,但两者都承认经济全球化对国家主权造成了深刻影响。自康德以来,欧洲许多理想主义者都曾对世界法进行了不懈的探讨,现代欧盟法的发展在某种程度上渊源于其学术理想。在现代国际法理论中,法国学者米海依尔·戴尔马斯·马蒂的《世界法的三个挑战》和美国学者罗尔斯的《万民法》等专著在一定程度上体现了人类主权思想。著名的国际法学家詹克斯、克拉克、苏恩等人也提出了“世界法”和“人类共同法”的理论。^②而在最近的法律研究文献中,部分学者逐渐开始从国际法的宪法化或国际法的全球化的纬度来论述人类主权萌芽的历史趋势。

任何法律体系都具有一定的历史性,这种历史性决定于理论的实践性,并反映其生命力。人类主权理论根源于主权国家所形成的国际无政府

① 法国著名的政治哲学家让·博丹在其著作《论共和国》(1577)中首先创立了近代意义上的国家主权学说。他认为主权是国家的本质特征和灵魂,没有主权,国家也将不复存在。博丹把主权定义为“不受法律约束的、凌驾于公民和臣民之上的最高权力”。参见〔美〕赛班(G. H. Sabine)《西方政治思想史》,李少军等译,台北桂冠图书股份有限公司1992年版,第422—423页。博丹认为主权完全不受法律约束,主权在时间上也是不受限制的,是永恒的;同时主权是不可分割、不可转让的。参见〔美〕小查尔斯·爱德华·梅里亚姆《卢梭以来的主权学说史》,毕洪海译,法律出版社2006年版,第4—5页。此后,经其他许多学者的补充和发展,国家主权的概念日臻科学和完善。

② See Clark Gronville and Sohn Louis, *World Peace Through World Law*, 1966; C. W. Jenks, *A Common Law of Mankind*, 1958.

状态和全球化中所形成的复合相互依赖性。前者构成了国际法甚至国内法发展与变革的社会基础，而后者决定了国际法与国内法的调整对象及其此消彼长的演变关系。法律是调整各种社会关系的行为规范，“哪里有社会，哪里就有法，”^① 只不过因为社会发展形态的差异，法律的表现形式有所不同而已。在原始社会或无政府状态下，由内在的精神强制所支持的习惯法调整着简单而淳朴的社会关系，而在现代社会中，外在的暴力强制所保障的成文法体系则主导着法律帝国的理论与实践。

国际社会的政治结构和内在特征决定着国际法在统一的法律体系中的特性、地位及其未来的发展趋势。传统国际法界定其特征为“弱法”，^② 这在很大程度上取决于国家主权的内在特性，或者说，它奠基于国际社会的无政府状态。然而，随着经济全球化的深入发展，国际法所调整的社会关系日益扩张，更为重要的是，在全球化这条不归路之中，人类共同面临着许多生死攸关的社会问题。这些问题的存在构成了国际政治结构及其法律体系发展与变革的肥沃土壤。自从广义上的全球化产生以来，国际法所作的系列修正和国家主权的“腐蚀”一直使国际关系得以维持。但是，20世纪人类所遭遇的两次世界大战，使各国人民怀疑国家主权的神圣性与绝对性，国际社会的组织化和国际组织的迅猛发展便印证了这种判断。世纪之交的十几年使人类法律在种种社会危机中由量变走向质变。在全球化进

① 有的也表述或翻译为“只要有社会就会有法律”，参见[美] E. 博登海默《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第226页。

② 与国内法相比，国际法的某些特征使部分学者认为，国际法是一种“较弱的法律”或“弱法”(weak law)，参见[英] 劳特派特修订《奥本海国际法》上卷，第一分册，王铁崖、陈体强译，商务印书馆1981年版，第10页；[英] 斯塔克：《国际法导论》，赵维田译，法律出版社1984年版，第21页；梁西主编：《国际法》（修订版），武汉大学出版社2000年版，第15页。国际法是“弱法”的观点受到了部分学者的质疑。“‘弱法论’的论据是不充分的，这个论点值得商榷。”“严格来说，法律本身的强制性与对法律的强制执行毕竟是两个问题，前者为法律内在属性，后者是为保证实施法律的外力采取的强制措施。两者虽有联系，但不能把两者混为一谈。因此不应把强制实施的外力的强弱作为依据，而把法律分为‘强法’和‘弱法’。从国际实践来看，国际法的强制执行措施也不总是比国内法弱的。”参见王献枢主编《国际法》（修订版），中国政法大学出版社2007年版，第4—5页；“‘弱法论’是没有充分根据的。国际法和国内法都是法律，都具有强制效力，它们只存在实施方式上的差异而并无强弱之分”。参见程晓霞主编《国际法的理论问题》，天津教育出版社1989年版，第54页。上述有关国际法是否为“弱法”的争论，因为立场的不同，两种观点都很难绝对地去驳倒另外一方，但毫无疑问，随着全球化的深入发展，国际法的“强化”是不可逆转的趋势，国际人权法、国际刑法和WTO法的发展过程便证明了这种趋势。

程中日益加强的复合相互依赖性已开始逐步瓦解国家的有效性，全球化及其所造成的国际社会问题呼唤新的法学理论来构造新的法律框架，以调整新出现的或日益复杂的社会关系，从而在解决国际问题的实践中展现其生命力。全球化背景下的法学理论变革必须根源于构成其理论大厦的支柱——主权。主权并不是国家的专属特性，它无法克服其历史特性。^① 在全球化时代，由主权国家迈向人类主权，是构造新的法学理论和国际法律框架的第一步，而人类主权在部分国际实践领域的萌芽便反映了这种历史必然性。

① 对于主权，不同的法律秩序或法律系统存在不同的认识。在国内宪政秩序中，人民主权为宪法理念所肯定，在国际法中，主权一般被认为具有国家依附性，而在人类主权视角下，主权的发展具有历史特性，它在不同的生产力发展阶段依附于不同的政治组织。

第一章 人类主权萌芽的法理基础:概念和语境的重构

第一节 权利、权力与法律

一 权利与权力的博弈

“权利”概念是与人类的历史紧密相连的。在过去的原始社会和未来的后现代社会,尽管其权利存在状态与现在的主流的权利状态大相径庭,但其存在的事实无可置疑,至多是冠以一个不同的称呼而已。人类社会伊始,每个人对自然万物都拥有一切权利,这不仅符合神法或圣经中所表达的万物是人类共同所有的观念。同时,从实然状态出发,在最初的自然状态下,人的确对万物或大自然拥有一切权利。故而所有人都被允许在自然状态下拥有万物及做任何事情,而这就是通常所说的自然将万物赐予了所有人的意味。^①跟权利的自然性相比,权力则富有社会性和派生性。只有天赋权利而绝对无天赋权力的概念。权力来源于权利,它具有公共性和派生性。在原始状态下,人的状态无非就是所有人相互为敌的战争状态。在这种战争中,人人享有对万物的权利,而正是因为每一个人对一切拥有权利,而实际上一无所有。为了避免危及安全的战争和财产的一无所有,每个人出于天性的必然,都想摆脱这种悲惨而可怕的状态。但他们为做到这点,只能订立契约,放弃自己对万物的权利。所以从权力产生的历史分析,它具有契约性。契约是两个或两个以上的人相互转让他们权利的行为,^②而权力则是人们转让他们的一部分权利以产生共同行为规则以及监督其实施的强制机关的行为的结果。在所有社会性组织中,都存在权力,无论是在传统的家庭中,还是在自愿组成的现代社团中。在不同的组织或社会法人中,权力得以维系的根基不同并不能否认权力的存在状态。人类社会的所有历史形态中,使权力得以维系的有两种因素:暴力与信仰,只有

① [英] 霍布斯:《论公民》,应星等译,贵州人民出版社2002年版,第8页。

② 同上书,第26页。