



国际法前沿问题教程



主 编 宋 阳

副主编 吴银玲 刘丽英



科学出版社

国际法前沿问题教程

主 编 宋 阳

副主编 吴银玲 刘丽英



科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书以国际经济法、国际商法、国际私法为重点研究对象。通过几个大的问题群,论述了国际法目前的几个最具热点性且最具争议性的问题。分别从若干层面分析了国际经济法中的主权问题、WTO 与人权的关系问题、人民币国际化问题。又从若干方面分析了国际商法中的自治性惯例与国家立法之间的关系、国际商法与国家主权立法的分层性问题以及国际商事惯例的适用和性质问题。在国际私法章节主要分析了最密切联系原则以及若干准据法的选择方法等重要问题。

透过本书的介绍和分析可以帮助有一定国际法学术水准的法律工作者更好地了解目前国际法的前沿问题,为其进一步展开国际法相关问题的研究奠定基础。适合国际法学硕士研究生以上的学生作为教学参考书使用。同时,法律实务工作者可以以本书作为实务参考资料的工具书。

图书在版编目(CIP)数据

国际法前沿问题教程 / 宋阳主编. —北京: 科学出版社, 2018.6

ISBN 978-7-03-053658-7

I. ①国… II. ①宋… III. ①国际法-教材 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 126849 号

责任编辑: 方小丽 / 责任校对: 杜子昂

责任印制: 霍 兵 / 封面设计: 蓝正设计

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

三河市荣展印务有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2018 年 6 月第 一 版 开本: 787×1092 1/16

2018 年 6 月第一次印刷 印张: 16 1/2

字数: 384 000

定价: 78.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

目 录

第一编 国际经济法前沿问题

专题一 国际经济法与国内法关系专题	3
第一节 国际经济法内涵界定	3
第二节 国际经济法与国内经济法关系的典型学说	6
第三节 对国际经济法与国内经济法割裂论的反思	9
专题二 国际规则与国内公正司法关系专题	11
第一节 国际商事规则作为规范提供者对司法公正的实现作用	11
第二节 国际经济法规则作为一种限制工具对司法公正的间接实现作用	14
第三节 国际经济与商事法律规则和国内司法制度的良性互动	16
专题三 国家经济主权内涵变迁专题	19
第一节 主权内涵历史演进	19
第二节 二十一世纪经济主权面临新挑战	20
第三节 传统主权内涵改良理论	23
第四节 国际机制强化经济主权分析	27
专题四 WTO 法的宪政化趋势专题	33
第一节 WTO 正当性问题——WTO 宪法化理论建构的核心	33
第二节 作为制度宪法主义的 WTO 宪法化理论——规则导向的正当性	35
第三节 作为规范宪法主义的 WTO 宪法化理论——权利导向的正当性	37
第四节 作为社会宪法主义的 WTO 宪法化理论——参与导向的正当性	38
第五节 WTO 宪法化的理论整合：一种概念与两种路径	40
第六节 WTO 宪法化进路：从精英主义到人民大众	42
专题五 国际经济法中的气候变化专题	47
第一节 全球公共物品理论与气候变化关系研究回顾	47
第二节 气候变化中的全球公共物品供给的行动困境	48
第三节 应对气候变化国际统一法律制度构建的障碍分析	51
专题六 人民币国际化法律问题专题	58
第一节 人民币国际化发展应当“于法有据”	58
第二节 从人民币国际化的功能定位看法治的作用	60

第三节 从人民币国际化的发展路径看法治的作用	62
第四节 从人民币国际化的主要障碍看法治的作用	66
专题七 药物专利与公共健康问题的冲突与协调专题	72
第一节 知识产权与公共健康权利的价值冲突	73
第二节 国际知识产权造法过程中二元利益集团的斗争	74
第三节 国际硬法机制的三次“圈地运动”	74
第四节 知识产权与公共健康权协调平衡的机制设计	78
专题八 中国外汇法改革专题	83
第一节 人民币国际化的金融路径选择及其法律限制	83
第二节 推动日元国际化发展的日本外汇法改革的经验考察	84
第三节 借鉴日本经验，完善我国外汇立法，推动人民币国际化发展	88
专题九 传媒产业知识产权保护与传媒产业规制专题	93
第一节 问题研究的理论基础	94
第二节 web 2.0 条件下数字传媒产业版权的治理结构重构	96
第三节 数字传媒产业政府规制模式转变	98
第四节 互联网条件下版权保护模式的创新	100
专题十 我国参与国际规则制定专题	105
第一节 研究现状：主要内容与理论观点	105
第二节 研究评价：学术贡献与不足之处	109
第三节 研究前景：论题价值与深化方向	112

第二编 国际商法前沿问题

专题一 国际商法发展史专题	119
第一节 对国际商法发展历史脉络的梳理	119
第二节 对商法发展的历史推动因素分析	135
第三节 自治性和国家性——探寻商法发展的双螺旋遗传密码	139
专题二 国际商法中的新法律渊源专题	145
第一节 对法律渊源概念的分析	145
第二节 国际商法渊源的的特殊性	146
第三节 国际商法渊源的的特征要素与国际标准的渊源特性	148
专题三 国际商法与主权国家立法关系问题专题	152
第一节 对国际商事规则体系的初步界定	152
第二节 对商人法规则的非国家法律生成因素分析	153
第三节 国家和国家法对国际商事规则的双重支持作用	156
专题四 国际商事惯例性质专题	161
第一节 国际商事惯例的分类及效力层次	161
第二节 国际商事惯例的“事实性”特征	163

第三节	国际商事惯例在司法中的适用方法	166
第四节	普遍性国际商事惯例优先适用的例外	168
专题五	国际商事条约对国内法渗透问题探究	172
第一节	CISG 对国内民商事立法的影响	172
第二节	CISG 对中国《合同法》的影响分析	175
第三节	CISG 的超“适用范围”适用	180
专题六	国际商事条约适用问题专题	186
第一节	国际商事条约在国内优先适用的基本逻辑前提	186
第二节	国际商事条约超越国内法而被优先适用的法理依据	188
第三节	国际商事公约超越国内法适用的具体表现	191
专题七	香港仲裁裁决在我国承认程序制度专题	203
第一节	仲裁承认与执行问题概述	203
第二节	对执行香港商事仲裁裁决相关制度的评析	204
第三节	香港与内地就仲裁执行问题的权限分配	205
第四节	内地与香港关于执行商事仲裁裁决所存在的问题及 改进建议	208

第三编 国际私法前沿问题研究

专题一	国际礼让说专题福建省	215
专题二	涉外法律关系分析专题	228
第一节	涉外法律关系的基本范畴	228
专题三	最密切联系原则专题	252
第一节	《第二次重述》有关资料分析	253
第二节	最密切联系原则存在的问题	255
第三节	最密切联系原则在我国适用之困境	257

第一编 国际经济法前沿问题

专题一 国际经济法与国内法关系专题

专题要旨：探究国际经济法的内涵性质可知，与国际商法和国际公法不同，国际经济法的根本作用在于通过规范国家的经济主权行为来保护各国公民的经济权利；但同时，国际经济法的制定与实施也必须具备一定的弹性，以防止其成为强国侵犯弱国主权的工具。本专题基于国际法学界对国际法和国内经济法关系的论析，结合目前国际法一元论和二元论学说不能满足构建国际经济新秩序的客观现状。国际社会必须加强构建国内经济法与国际经济法之间的沟通机制，并通过政策平衡来实现国际与国内的双层经济偏好。

专题要点：国际经济法；国内经济法；政策平衡；经济偏好

【引论】

国际经济法与国内经济法之间的关系在学术界内被热烈探讨，前者作为规制国家管理本国内部经济的外部法律规则，如何避免与后者发生冲突？当发生冲突后又应该如何进行处理？当违反国际经济法规则时，国家究竟有无义务修改本国的国内经济法以符合国际经济法的要求？国家主权在国际经济法中所起到的地位和作用又是什么？本专题将试图通过梳理既有的相关法律理论，对上述问题给出解答。

第一节 国际经济法内涵界定

一、几种关于国际经济法内涵的典型学说

国际经济法作为一个独立的概念的产生，源自在第二次世界大战后传统国际公法体系的分化。1948年英国国际法学者施瓦茨曾伯格（Schwarzeberg）教授首先开始使用“international economic law”这一术语来指代一种新的国际法律部门，他认为：随着国家间经济交往的增多，以及国际经济组织的出现，调整国家之间以及国家与国际经济组织之间权利义务的规范非常重要，它应该作为国际公法的一个相对独立的分支。

此后，美国法学家杰塞普针对国际经济法主体的多元性提出了“跨国法”（transnational law）的新概念，其核心理念在于探讨在国际经济交往中国家与国内个人之间的关系以及一国国民与另外一国国民的交易关系；此理论试图将不能在市场中进行交易的“公共物品”与可以在市场中交易的“私人物品”的两类规则结合起来，进而再

探讨两种规则之间的相互影响与关联。其核心观点是：国际经济法的核心内涵不在于其性质，而在于其调整的社会关系^[1]。那么，不论是调整公共物品分配的法律还是调整私人交易的法律，都可以被归入国际经济法的范畴。

但是另外一些学者则坚持认为国际经济法从性质上讲只能从外部约束国家对国内经济的管理行为。例如左海聪教授认为，广义的国际经济法可以进一步细分为国际经济法与国际商法，其中国际商法是调整跨国商事主体之间交易的法律制度，而国际经济法则调整国家间经济管制的法律关系的法律制度^[2]。

二、对上述学说的评价

综合上述学说，笔者对国际经济法的内涵界定提出如下观点。首先，左海聪教授从法律自身性质出发，对广义的国际经济法的内容进行重新界定的思路是十分可取的。这是因为，在国际经济合作与交往的过程中，存在两种彼此相互交融又明显具有分界的不同秩序体系。西方学者在其著述中也认识到了这一点，提出应该对两种秩序分别加以研究。例如杰克逊教授认为：从某种意义上说，国际经济法可以分为两个适合绝大多数国际经济法领域的宽泛的路径。这两个路径可以粗略地被称为“交易性”路径和“管理性”路径。二者皆有其位置，但是这两种路径下的不同规范性质可能有实质性的差异。交易性的规范多是描述性的，从某种意义上来说是对已有交易的重述与固定；而管理性的国际经济法则注重“国家、地方、国际政府机构”的作用^[3]，彼德斯曼教授认为：国际经济自生自发的历史演进已经导致一种行为规则的分层，这种分层的体现是多种多样的，分层的直接后果便是形成了自发秩序与指导秩序两种法律秩序模式。各种不同的“法律层次”可以按照胶合板原则而相互加强和彼此增进^[4]。另一位著名学者特拉奇曼则指出“国际法的经济层面常常特指与政府有关的事务，其功能被认为是作为一种基于向社会利益集中的一种优化手段，而商事层面相对应地，经常代表了个人或者企业的视角^[5]”。

其次，从语源上看，经济一词起源于古希腊语“οικονομα”，该词的意思是管理家庭的人。色诺芬在他的《经济论》中将“家庭”及“管理”两词的结合理解为经济。由此可见经济本身便体现着国家对经济活动的干预。但是，任何国家的经济政策都可能产生蝴蝶效应，进而影响别国的经济。例如，一个国家对本国的某种产品的进口采取限制措施，那么将可能对另外一国的相同产业造成极为不利的影响，从而引起该国的报复。为了防止世界经济在这种相互报复的争斗中走向毁灭，有必要采取一种措施来对政府对经济管理的行为进行反向规制，从而在世界范围内建立起一种经济秩序的良性循环。以求每个国家在这种秩序中获得共赢性的利益。从该意义上而言，国际经济法就其本身性质来说是具有公法性质的规制性法律规范。这种规范存在的主要目的在于防止国家在管理本国对外经济事务中对主权的滥用，进而影响别国的合法权益乃至世界范围内的国际社会公共利益。

不过同时需要指出的是，虽然国际经济法被定义为公法，但它与国际商法规则却有着千丝万缕的联系。例如，彼德斯曼指出基于自发的市场秩序，在20世纪出现了大量的出口卡特尔，他们通过签订“自愿出口限制”或者各种限制性商业惯例的形式来进行出

口垄断性经营。针对这种现象各国立法都对其采取了反制措施,但是一些国家常常将自己的反垄断法进行域外适用,从而引起极大的争议。为此一些国际组织如 OECD、联合国都采取了国际经济法上的手段对国内经济法对限制性商业惯例的规制法进行反规制。虽然这种反规制的性质及效力还存在理论上的争议。但是,可以肯定的是国际经济法作为对国家管理经济手段的外部约束机制,与国际商法的私法性规则具有相互依赖的关系。

对于将国际经济法视为国际公法一个分支的学说理论,笔者认为其亦有可取之处。这是因为国际经济法作为对国家管理经济行为进行反规制的法律规范体系,不可避免地要涉及国家与国家之间的关系以及国家与经济组织之间的关系。由此,国际公法的相关规范将责无旁贷地充当起调整国际经济关系的平衡器以及解释工具的作用。例如根据《世贸组织争端解决谅解备忘录》第3条第2款的规定:该程序适于保护各成员在适用协定项下的权利和义务,及依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定。争端解决机构的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。在“美国汽油标准案”中世界贸易组织(WTO)第一次明确将《维也纳条约法公约》第31条的有关规定作为WTO规则的标准与规则框架的解释工具。由此可见国际公法的一些原则是可能适用于国际经济法的相关领域的。即便是坚持国际经济法独立学说的特拉奇曼也承认:“国际经济法与国际公法二者之间不是分立的目录,国际经济行为在某种意义上对政治关系具有溢出效应,从而使国际公法的基本制度成为了国际经济法的结构性框架”。

但是,国际公法与国际经济法之间的界限又是十分明晰的。首先,从法律关系调整方式取向上来看,国际公法将“避免争议”以保障国家共存作为整个规则体系的最高价值,例如对于南极领土的主权要求,《南极条约》便采用了一种“冻结”的处理方式,其根本出发点不在于解决争端,而是将争端搁置起来。第二,国际公法在价值选择取向上来看,将国家主权作为最高价值基准,将主权原则作为国际公法不可动摇的基石,因此有学者将国际公法的价值取向称为“葡萄园保护主义”(domaine reserve)。而国际经济法则更多体现了效率至上的理念,以及彻底解决争端进而促进国际经济合作的根本目的。例如,在国际法院管辖中将国家接受其管辖作为法院能够审理案件的先决条件,而争端解决机构则可以自动管辖成员方之间的争议,且不得拒绝作出裁判。第三,虽然《维也纳条约法公约》可以作为WTO条约的解释工具,但这仅仅是技术层面的解释规则。争端解决机构不得将任何非WTO条约规则作为其裁决案件的依据^[6],由此不难看出国际条约法的内容只具有工具性的作用,不能从根本上解决国际经济法的实体性问题。国际经济法尤其是WTO相关法律,有其自身相对独立的一套规则去对国际争端进行“定分止争”。最后,国际公法从本质上来看是不成体系的,条约与条约之间并不存在统一性的标准与内在的一致体系,国际习惯法是其根本渊源。而国际经济法则不同,随着世界贸易组织(WTO)、国际货币基金组织(IMF)等一批具有重要影响力的国际经济组织的成立,这种情形正在发生改变,例如有学者提出WTO规则已成为一种“自给自足”(self-contained)的体系,另一方面,由于缺乏必要的次级规则的指引,国际习惯法在国际经济法领域处于边缘化的尴尬地位。因此,有学者提出国际贸易管理领域一般不存在国际习惯法^[7],从而将国际公法与国际经济法的界限从法律渊源的层面彻底明晰起来。

综上所述,笔者认为国际经济法是一个独立的、自我包容的法律规范体系,其内涵

核心是国际社会调整国家管制经济行为的法律规范的总称,与国际商法那种“调整私人主体之间交易关系”的法律规范相比具有明显的秩序分层性,但是在某些层面又相互影响,共同发挥作用。

第二节 国际经济法与国内经济法关系的典型学说

国际经济法作为调整国家管理经济行为的工具,其与一国的国内的经济管制法具有十分错综复杂的关系。传统理论往往借助国际公法的理论体系,诸如用二元论以及一元论的观点来作为探讨国际经济法与国内经济法的基本出发点。笔者无意推翻此理论框架,但同时将试图对二者之间的统一性以及体系结构关系进行进一步的探索。

一、国际经济法与国内经济法二元论学说

目前在国内经济法与国际经济法的理论中有一元论以及二元论的学说对立。其中二元论认为“国际经济法和国内经济法是两个完全独立的法律体系。由于是不同的法律体系,二者无效力高低之分,某一体系的规范,不能自动成为另一体系的规范,一种体系也不能减损或变更另一体系的效力。那么当一个经济关系需要适用法律规范而该法律规范又属于国际经济法规范时,那么该经济关系不能直接适用国际经济法规则,而必须将国际经济法转化成国内经济法才能加以适用。在这种体制之下,国际经济法规则处于一种相对弱势的地位,一旦出现“宪政失败”,国际经济法规便不能有效地“锚定”(anchored)于国内经济法律体系,各种灰色区域贸易政策就不能受到法律与法院的有效控制。

在二元论学说下,国际经济法规则不能从根本上限制、分化缔约国的主权来对缔约国产生法律效力,而必须在尊重缔约国的主权前提下对其国际交往行为进行约束,但这种约束是不能直接及于个人的。这种论断显然不再适应经济全球化的今天,在全球发展理论范式下非国家行为体(包括政府间组织、非政府组织、跨国公司及个人等)在世界体系中正发挥着越来越重要的作用。而国家经济主权原则也应该在一定程度上被加以重构。WTO 规则体系大大解决了原有国际法机制的弊端,其强调国家不能以承担国家责任为代价而继续让“非法”的国内经济管制措施保持效力。在 WTO 执行过程中,以著名的美国版权案为例:在《美国版权法》被 WTO 专家组裁定为违反《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)的相关义务后,在最终的执行仲裁裁决中,由仲裁机构直接计算出私人的损失总额,并由美国政府向爱尔兰的版权所有人进行支付损失金额。但是这种补偿仅仅是临时性的,在 2004 年以前美国必须修改其国内法以充分履行相关国际经济法的义务^[8]。

事实上,学者在研究国际经济法规范时,已经注意到在某种程度上随着个人主体参与国际交往的增多,个人已经具备了某种程度上的国际法主体资格。这种情形的出现使得国际经济法与国内经济法之间的界限变得逐渐模糊与复杂。例如,曾令良教授提出在

国际知识产权保护与公共健康权保护上,国际法规则体现了一种人本化的价值取向。对国家间的对等规则提出了强有力的挑战,在新的国际经济法规则中国家要承担一种“对一切义务”。国际经济法不仅深入国家的职能方面,而且已经深入到人类活动的各个方面^[9]。伦敦经济学院的凯斯教授也注意到“国际经济法所包含的问题不只是机构、规则与实践,更重要的是应该包含‘权利’——进行贸易的权利,而这种权利显然是依托于国家中的个人的”^[10]。正如欧共体法院在“Van gend en loos 案”(1990 年)中所指出的那样:共同体法律不仅向个人规定一些义务,也意在授予他们一些权利。这些权利不仅出现于他们由条约所明确授予之处,也起因于条约以一种明确界定的方式向欧盟各成员国政府、共同体各机构所施加的义务。

国际经济法规则调整的着眼点在于国家管理经济的行为,即规制国家管理经济行为的法律规则。其规则的基本目的是约束国家经济管理的行为,使其不超出法定的范围,防止国家内部由于被利益集团捕获而产生重商主义,进而出现损害他国利益以及国际社会的公共福利的政府失灵现象。从实证的角度来看,国际经济规则,尤其是 WTO 规则,在被司法化后,其确实已经开始对国内的经济规则产生了实质性的约束作用。例如,我国原《著作权法》(1990 年版)第 4 条第 1 款规定:“依法禁止出版、传播的作品,不享有著作权,不受著作权法的保护”。后该条款被美国以违反 TRIPS 为由诉诸争端解决程序。面对国际诉讼,中国在著作权法修改时将该条款明确予以废除。无独有偶,2009 年欧盟的“反倾销条例”被中国诉诸争端解决程序,经过上诉机构的审理,裁定欧盟针对非市场经济国家反倾销调查实施的单独税率审查制度,以及该制度在对中国紧固件反倾销案中的适用违反了 WTO 规则。后欧盟于 2012 年正式修改了该条例,使得中国紧固件产品可以继续进入欧盟市场。因此,我们认为,当一个国家内部的经济规则违反国际经济法规则后,国家被“强制性”地要求修改这种国内规则,这种修改显然不能理解为传统国际法学说中的“国家自愿性地对本国法律进行改进”,而应被理解为国际经济规则要求国家赋予其内部的经济活动主体一定的自由或权利。同时这也从反方面印证了:国际经济法规则作为国际法,虽作用于国家,但是其却在很大程度上是保护国际经济交往中的个人权利的。国际经济法规则正是通过对国家管理经济行为施加外部约束,以限制国家权力的利维坦效应,最终实现人民对国家权力有限委托的根本目的。因此,在国际经济交往与合作中的个人,包括法人与自然人,间接地成为了国际经济法的主体,国家与个人在国际经济中的关系也在发生着巨大的改变,国家在国际关系中的利益不再是“给定”的,而是国内社会和国际社会中个人和国家利益互动的结果。

总之,传统的国际经济法与国内经济法的二元学说从根本上不能适应今天国际经济全球化、一体化的根本需求,更不能用来理解国内经济法和国际经济法之间的关系。在 WTO 的大环境下,国际经济法相对于国家权力的从属地位正受到严重的挑战。如果国家不能按照公认的国际经济法规则行事,其必然会被国际市场的竞争所淘汰和边缘化。

二、国际经济法与国内经济法的一元论学说

国际经济法的一元论学说的代表人物是奥裔美籍规范法学派的泰斗凯尔森教授。其

核心观点是在于无论国际经济法还是国内经济法都应处于统一的规范体系之下,并且国际经济法与国内经济法存在着效力上的级差,一个效力较低的法律规范可以从一个较高层级的法律规范中被推导出来。对于国际经济法与国内经济法的关系而言,国际经济法是一个实实在在规范,在其适用于一个国内经济法律秩序时,等于提供给国内经济法律秩序以基础性规范。这样,各不同国内经济法律秩序是以国际经济法律秩序的一般规范为根据的^[11]。

但是,该学说忽略了一个基本事实:目前几乎所有的国际关系包括国际经济关系,国家仍然是不可或缺的主导者和参加者。任何涉及国家间经济协调的活动由国际或国内体制相互配合才能成功,比如 WTO 提出任何有意义的动议,除了需要该组织内部机构采取行动,更加需要美国,欧盟,以及其他关键国家的行动。在这种情况下每个政府都会受制于其一整套国内的复杂立法体制^[12]。因此,在国际经济合作的过程中,国家的行为仍然是建立规则体系的核心,国际经济法规则不可能完全脱离国内经济法规则而发挥作用。连凯尔森自己也不得不承认“国际经济法规范多数是不完全的,它们需要国内经济法规范来约束。国际经济法是以国内经济法的存在为前提的。没有国内经济法,国际经济法便是一种无法适用的支离破碎的法律秩序”^[13]。

此外,还应当注意到的是:国际经济法作为一种法律体系,并不是一种“绝对高尚”的存在。在现实中有大量的国际经济法规则是不符合正义理念的,例如彼德斯曼教授发现在国际贸易体制中,一些国家间经常通过“自愿性的出口限制”政策达成一种妥协,从而利用国际贸易条约的灰色区域进行变相的贸易限制。正如科斯泰奇指出的:“在灰色区域安排的情况下,一般由出口国政府承担这些措施的主要责任。这就帮助了进口国政府节省了决定的政治成本而不妨碍其从获得保护的国内工业那里取得政治上的利益”。这种政府共谋以牺牲国际社会的公共福利来换取两国之间的政治妥协,毫无疑问这是一种应当受到谴责的行为模式。

此外,我国学者在研究国际经济法与国内经济法关系时提出,良性的国际经济法规则应该是旨在创设一种正义的社会秩序,那种不能建立其良性的秩序的“恶法”应该予以废除^[14]。在 IMF 的投票表决体制中,该秩序便体现为一种富国的秩序。IMF 章程将投票权分为基本投票权与加权投票权,这使得少数几个富国的表决权远远高于所有穷国之和,从而使他们直接控制了 IMF 的决策。事实上剥夺了那些更需要 IMF 帮助的发展中国家的发言权与事务参与权。这种让“贫者日贫,富者日富”的游戏规则显然不符合罗尔斯的正义观,同时也可能是国际金融体制无法进一步向前发展的重要原因。另外一些国际经济法规则制定之后长期无法修改,已经很难适应国际经济形势发展的需要。还有一些国际经济条约,如《京都议定书》由于未能处理好成员国间的利益分配而被搁置,甚至面临失效的危险^[15]。因此,我们认为如果不对这些现有国际经济体制进行改良,那么无疑会使其法律实效性为人进一步所诟病和怀疑。

第三节 对国际经济法与国内经济法割裂论的反思

实际上,笔者认为,无论是国际经济法与国内经济法的一元论和二元论,事实上都陷入了一个怪圈,那就是片面地将某一方法律规范体系的效力拔高,而试图将这个规范体系置于另外一个法律体系之上。有所不同的是,一元论强调的是国际法规则的片面优先性,抹杀了国内经济法律制度的存在意义,而二元论则试图将国内经济法与国际法的效力相区分,从而使得国际法不能直接适用,形成事实上的国内经济法效力至上主义^[16]。

如果我们为上述两种对国际经济法的认识所局限,对我们真正掌握国际经济法体系以及制定具体规则来说显然是弊大于利的。因为,上述两种观点都简单地将法律与政府等同起来,不同的是一元论强调建立国际经济领域的“世界政府”,这显然与国际关系的现实是相冲突的。而二元论又过分强调国家政府的私利,从而造成了对国际公共利益和国内民众利益忽视的“公地悲剧”。正如在国际环境法领域,著名经济学家哈丁指出:在无国际政府的状态下,公共物品的使用因缺乏一个强而有力的权威机制加以规范维护,而走向“公地悲剧”。基于个别行为者理性的计算,其享受公共物品所带来的好处,然对整体环境却会造成伤害。国家是自私而贪婪的,对于资源利益的追求无止境且彼此冲突”^[17]。因此,有必要对国际经济法规则和国家主权立法规则之间的关系进行重新界定以适应当前全球化形势下的国际问题治理需要。对此,笔者提出首先应当对国家主权立法的职能进行重新界定,必须在一定程度上对霍姆斯式和洛克式的国家职能进行改进,国家在立法时除了考虑本国政府利益以外,本国人民的人民主权和公民的基本权利应当成为国家行使立法的权力的首要考量因素,且这种满足不应仅仅局限于“不侵犯”,更应转变为主动满足。与此同时,他国民众的个人权利和国际社会的公共利益也应成为行使相关权力的合理界限。国家进行立法与司法的过程中相关权力机关必须时刻将本国承担的国际义务摆在最高位置之上。但是,国际经济法规则又绝不能成为强国干预弱国内事务的借口。世界各国都应本着一种负责任的主权行使模式来沟通处理相关的经济事务^[3]。同时,有必要强化各个国家应对全球问题的公共理性精神,在争取自由贸易获取经济利益的同时也要关注环境等其他国际公共偏好的重要性,最终作到不同价值之间的平衡状态^[4]。另一方面,我们也可以考虑在各国宪法中明确把国际经济法规则视为国家国内经济法的根本基石和最终基准,从而达到国内经济法规则与国际经济法规则有效协调的目的。

【本专题结论】

与其他国际法内的法律部门不同,国际经济法的核心理念在于构建国家间一种协调的经济管理秩序。但是,受到无可争辩的国际关系的禁锢,国际经济法仍然无法突破成员、强国以及国家经济主权主义的导向。但是,这并不意味着,在今后的国际经济造法以及司法过程中,世界各国之有识之士和善良人民不能通过努力转变既有之国际法律范式,进而创造出一种更加良好的国际社会秩序。彼时的国际经济法可能会直接通过限制国家国内经济管理的自由度,来实现国际善治。同时,国内的立法实践也会通过一种多

边模式良性地引导国际立法,最终便会创生出一种“邦联式”的法律运行模式,这种模式已然在欧洲从某种程度上被实现了。从这个意义上而言,或许全球宪政式的立法以及行政模式的实现距离我们并没有想象的那么遥远。

【本专题参考文献】

- [1] 何志鹏. 国际经济法的基本理论[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2010.
- [2] 左海聪. 国际经济法基本问题论纲[J]. 法学评论, 2009, (1): 50-51.
- [3] Jackson J. Global economics and international economic law [J]. Journal of International Economic Law, 1998, 1 (1): 8-9.
- [4] 宋阳. 国际经济法宪法化问题研究[J]. 政执法季刊, 2012, (5): 16-17.
- [5] Trachtman J. The international economic law revolution [J]. University Pennsylvania Journal of International Economic Law, 1996, 17 (1): 3-4.
- [6] Trachtman J. The domain of WTO dispute resolution [J]. Harvard International Law Journal, 1999, 40(1): 343.
- [7] 左海聪. WTO 专家组和上诉机构可适用的法律[J]. 法学评论, 2005, (5): 71.
- [8] 胡建国. WTO 争端解决裁决执行机制研究[M]. 北京: 人民出版社, 2011: 229.
- [9] 曾令良. 现代国际法的人本化发展趋势[J]. 中国社会科学, 2007, (1): 102-103.
- [10] Cass D. The constitutionalization of international trade law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade [J]. European Journal of International Law, 2001, 12 (1): 41.
- [11] 凯尔森, 王铁崖, 等译. 国际法原理[M]. 北京: 华夏出版社, 1989: 345-346.
- [12] 杰克逊. 世界贸易体制: 国际经济关系的法律与政策[M]. 张乃根译. 上海: 复旦大学出版社, 2001: 87.
- [13] 黄瑶. 世纪之交反思凯尔森的国际法优先说[J]. 法学评论, 2000, (4): 27.
- [14] 李龙, 汪习根. 国际法与国内经济法关系的法理学思考[J]. 现代法学, 2000, (1): 16.
- [15] 翟勇. 应对气候变化的理性思考[J]. 河海大学学报: 哲学社会科学版, 2008, (3): 6-7.
- [16] 宋阳. 国际经济法规则宪法化理论初探[J]. 政法学刊, 2012, (5): 11.
- [17] 左海聪, 宋阳. 超越国家利益: 对经济主权概念的反思与重塑[J]. 学术界, 2013, (4): 47.

专题二 国际规则与国内公正司法关系专题

专题要旨：司法公正不应仅仅局限为一个程序性的问题，公正司法的核心要旨便是选择和适用正确的规则。在此前提之下，相关的国际经济规则和国际商事规则可以通过不同的路径以及方式，促成公正司法的实现。同时，公正司法也会在一定程度上和各种国际规则形成良性的互动关系。因此，不能孤立地观察国际规则和国内法的关系，必须对他们之间关系的重新认识来为公正司法提供制度土壤和理念支撑。

专题要点：司法公正；国际经济规则；国际商事规则；良性互动；相互关系

【引论】

司法公正是衡量一个国家法治状况根本指标，随着社会信息技术的不断发展，案件判决的传播速度不断加快。特别是一些重要的案件以及社会敏感度较高的案件，往往会引发广大人民群众的特殊关注。因此，如何在判决中正确的适用、解释法律规则进而让社会中每个成员感受到制度的公平与公正，对于建设社会主义法治社会有特别重要的意义。

从文义解释来看，司法公正就其本身来说，其核心在于公正，司法只不过是一个前置性的限定，而公正从其字面含义来讲显然不能仅仅局限于程序层面。翻开《中国汉语大词典》，检索“公正”词条，对该词的权威解释为“公平正直”，接着便引用《荀子·正论》以及《史记·伯夷列传》的记载：“故上者下之本也……上公正则下易直矣。”“或择地而蹈之，时然后出言，行不由径，非公正不发愤，而遇祸灾者，不可胜数也”。与此相呼应地，牛津英文大辞典对于“justice”解释则为：“just and righteous”。由此可见，不管汉语还是英语对于公正的理解都着眼其“正确”和“恰当”的含义。那么，从这个意义上来讲，司法公正的内涵可能要远远大于我们对于这个概念认识的传统外延。我们在研究司法公正时，除了程序上的公正，还必须特别关注其另外一层更深的含义，那就是选择正确的规则，并正确地理解和解释法律规则，最终实现通过对法律争端的解决来实现积极的社会效果。从此思路出发，本专题拟从三个角度来探讨在经济全球化的大背景下，相关国际经济法与商法的实体性规则与一个国家司法公正的相互关系^[1]。

第一节 国际商事规则作为规范提供者对司法公正的实现作用

对于司法的法律适用而言，人们通常会产生一种先入为主的观念，那就是司法所适