



厦门大学法学学术文库

国际组织宪政论

Constitutionalism of International Organizations

陈喜峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



厦门大学法学学术文库



厦门大学哲学社会科学繁荣计划资助项目

国际组织宪政论

Constitutionalism of International Organizations

陈喜峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际组织宪政论 / 陈喜峰著. —北京: 法律出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9986 - 6

I. ①国… II. ①陈… III. ①宪法—研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 220499 号

厦门大学
法学学术文库

国际组织宪政论

陈喜峰 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 19.75 字数 291 千

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9986 - 6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任

宋方青

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

朱炎生	朱福惠	刘志云	何丽新	陈晓明
李兰英	李国安	张 榕	林秀芹	周东平
徐国栋	徐崇利	蒋 月	廖益新	

总 序

学术的提升需要传承积淀、厚置根基,深厚的历史底蕴是一个学科发展的重要因素。从1926年起,厦门大学有了法科,厦门大学的校园里开始有了法律人的足迹。作为厦门大学的学子,厦门大学法律人始终秉承“自强不息,止于至善”的校训精神,坚持“学术建院、民主建院”的治院方针,发扬“严谨治学、求实创新”的传统学风,经过几代人的努力,春华秋实,厦门大学法学院在人才培养、科学研究、社会服务和文化传承与创新等各个方面均取得了令人瞩目的成就。

今天的厦门大学法学院,已汇集了一批优秀的中青年骨干教师,并形成了一支结构合理、实力雄厚、后劲充足的学术梯队,拥有法学博士后科研流动站、法学一级学科博士学位授予权和硕士学位授予权、法律专业硕士(JM)学位点,形成了从本科到博士后的完整的法律专业人才培养格局,为国家的法制建设、法学昌盛和社会进步,做出了积极的贡献。2012年,教育部学位与研究生教育发展中心进行了第三轮法学学科评估,在全国650余所法律院校中,厦门大学法学学科办学实力排名第十。

学院坚持“加强优势学科、培育特色学科、支持基础学科”的发展思路,努力优化学科结构布局和资源配置,

提升学科的核心竞争力。近五年来,学院建设了应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地,涉外卓越法律人才教育培养基地,国家知识产权培训(福建)基地三个国家级基地,以及教育部“法学教育实践基地”、福建省高校人文社会科学研究基地“国际经济法研究中心”等省部级基地。学院积极引导开展跨学科研究,组建了优势学术团队,建立了“中国崛起与国际法发展”研究团队、“社会治理与软法”研究团队、“国际税法与比较税制”研究团队、“公证法律与自动化”研究团队、“经济犯罪”研究团队、“法律认知神经科学”研究团队,以及福建省高等学校人文社科创新平台;“厦门大学财税金融法治研究中心”、“立法研究中心”,促进了学科研究交叉,推动了学院学科平台创新。厦门大学国际法学科属于国家重点学科。2012年,厦门大学法学学科同时入选“福建省特色重点学科”和“福建省省级重点学科”。

厦门大学法学院现正朝着建设国内知名、国际上有较大影响的高水平研究型法学院的宏伟目标努力奋进。成绩属于昨天,未来仍需开拓。厦门大学法学院的使命与价值,在于培养人才、传承文明、创新知识、探求真理、服务社会、引领未来。只有不断推动法学学科发展,实现新的跨越,我们才能真正担当起法学教育的使命。

2016年10月,厦门大学法学院将迎来90岁的生日。值此之际,我们将本着“回眸历史轨迹,继承优良传统,展示办学成就,凝聚发展动力,再谱辉煌篇章”的宗旨,隆重举行系列庆祝活动,并以此为契机,出版系列专著作为90周年院庆的献礼,再续南强华章。

“闻道有先后,术业有专攻”,本系列专著都是厦门大学法学院专任教师的科研成果,他们各有专攻,有着良好的法学教育背景,我们希望这套专著能够从一个侧面展示厦门大学法律人的风采。

宋方青

2016年4月20日

目 录

引 言 /1

第一章 全球宪政的法学路径 /2

- 一、全球宪政研究的理论法学路径：宪政全球化 /5
- 二、全球宪政研究的宪法学路径：跨国宪政 /11
- 三、全球宪政研究的国际法学路径：国际宪政 /14
- 四、国际宪政面临的主要挑战 /33

第二章 国际组织宪政的理论建构 /45

- 一、宪政的国际法和国际法的宪法化 /45
- 二、国际宪法学和国际组织宪政研究 /56
- 三、国际组织的宪法、宪法化和宪政 /60

第三章 国际组织的条约宪法 /67

- 一、国际组织条约宪法的概念和意义 /69
- 二、国际组织条约宪法的理论基础 /75
- 三、国际组织条约宪法的双重性质 /92

第四章 国际法的自足制度 /97

- 一、国际法自足制度的源与流 /98

- 二、国际法自足制度的外延、内涵和特征 /102
- 三、国际法自足制度的垂直效力和水平效力 /115
- 四、结论 /134

第五章 国际组织的职能宪法 /136

- 一、国际组织职能宪法的理论基础 /137
- 二、国际组织职能宪法的理论起点：国际组织的国际法律人格 /144
- 三、权力的来源和性质：国际组织的权力和国家主权 /154
- 四、国际组织权力的依据和分类 /159
- 五、结论 /173

第六章 国际组织的宪法成长和宪法变迁 /175

- 一、国际组织的宪法制定和宪法修改 /177
- 二、宪法变迁的基础理论 /190
- 三、国际组织宪法变迁的可能性和特殊性 /200
- 四、国际组织宪法变迁的内涵和形式 /213
- 五、国际组织的宪法解释 /217
- 六、国际组织的宪法惯例 /227
- 七、国际组织宪法变迁的合法条件和界限 /232
- 八、结论 /236

第七章 国际组织的权利宪法 /238

- 一、国际组织权利宪法的内涵 /240
- 二、基本权利与国际组织的权利宪法 /247
- 三、民主权利与国际组织的权利宪法 /272

结 论 /291

参考文献 /295

后 记 /311

引 言

当代国际法的新发展以国际法不成体系和宪法化为双重特征,而国际组织宪政既是推动国际法宪法化发展的主要动力和现实表现,也是彰显和克制国际法不成体系的重要途径。受“冷战”结束以来国际政治关系的嬗变和经济全球化的影响,以联合国为核心的国际法秩序需要诉诸和正在体现国际社会所接受的宪政价值,欧盟宪政的实践和世贸组织理论研究的宪政转向则成为引人注目的国际法现象。其他一些国际组织,特别是各种政府间的国际争端解决机构,也出现了类似的实践和理论发展。在此背景下,本书主要从国际法与宪法相结合的视角提出、论证和归纳国际组织宪政理论中的国际法问题,重点研究国际组织宪政的理论基础、研究路径、应有内容以及发展模式,并针对其现实表现和发展趋势作出实证分析。本书针对国际组织及其国际组织法在宪政方面的新发展,揭示国际组织宪政发展的一般规律,阐明其与国际法和国家宪法之间的相互影响,力图提出国际组织研究的新理论模式和新研究方法。

第一章 全球宪政的法学路径

20 世纪 90 年代以来,随着经济全球化和全球问题日益成为一种共同知识,国际社会的基础和结构也发生了深刻的变迁,对所谓宪政的全球化、跨国宪政或者国际宪政(international constitutionalism)的研究日盛。对此,为方便理论框架的构建起见,可以一并概括为“全球宪政”(global constitutionalism/Konstitutionalisierung des Völkerrechts)。

全球宪政的内涵颇为丰富,与其他全球问题的研究一样,其所涉问题和理论路径涉及多个学科乃至交叉学科,成为国际社会科学界的共同课题。其中,法学路径尤其引人注目。^① 例如,自 1996 年起哈佛法学院几乎每

① 近年来的文献参见 Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*. Kluwer Law International, 1998. Frowein, *Constitutionalism in the Face of the Changing Nation State, Constitutionalism, Universalism and Democracy? A Comparative Analysis*, Christian Starck ed. 1999. Andrew Hurrell, *International Law and the Changing Constitution of International Society, The Role of Law in International Politics*, M. Byer (eds.), 2000. Pease, Kelly-Kate S., *International Organizations: Perspectives on Governance in the Twenty-first Century*. 2nd ed. Upper Saddle River, Prentice Hall, 2003. *Transnational Governance and Constitutionalism*, Ed. By Christian Joerges, etc. Hart, 2004. Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism, Issues in the Legal Ordering of the World*

年都举行“全球宪政”研讨会,自1997年起德国马克斯·普朗比较公法及国际法研究所一直从事联合国的宪法分析和宪政改革方面的研究,自2005年1月起瑞士巴赛尔大学法学院开始的“全球宪政”研究项目,自2006年起“国际宪政”成为瑞士世界贸易研究院的规划课题,自2007起年荷兰阿姆斯特丹大学法学院推出了“新兴的国际宪法秩序”系列博士候选人论文项目等,自2011年起德国汉堡大学领衔的“未定型的宪政:发展国际关系的三重论证”项目工作坊,结合国际法、政治学和社会学,对全球治理和宪政进行跨学科研究。^①欧洲让·莫内项目则常年关注欧盟及国际法宪政的进展。

2003年以来英文知名期刊《国际宪法杂志》、《莱顿国际法杂志》、《欧洲国际法学刊》、《国际经济法学刊》以及《印第安纳全球法杂志》等,分别刊登了“欧盟宪政时刻”、“国际法的宪法化”、“全球宪政”、“世贸组织宪法”专辑。2012年,《全球宪政》(*Global Constitutionalism*)期刊得以创立。^②

欧洲学者克拉贝尔斯等人在2009年出版的《国际法的宪法化》(*The Constitutionalization of International Law*)中,将国际法的当下发展建构为一种宪法化的过程。这种过程既以实体法的纵向化(verticalization)、国际法的去形式化(deformalization)和不成体系(fragmentation)为背景,也与其存

Community, Martinus Nijhoff, 2005. Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, 2006. Nicholas Tsagourias (eds.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Hardback, 2007. Christine E. J. Schwobel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011. Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012. Ernst-Ulrich Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century: Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, Hart Publishing, 2012. Marise Cremona, *Reflections on the Constitutionalization of International Economic Law*, Martinus Nijhoff, 2013. Jose Smith, *International Law, Constitutionalism and Global Governance*, Koros Press Limited, 2014. Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Reprint Edition, 2014. Joel P. Trachtman, *The Future of International Law: Global Government*, Cambridge University Press, 2014. Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge University Press, 2014.

① <http://www.globalconstitutionalism.de/index.php/en/home-page/homepage-long>, revisited on June 30, 2016.

② <http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=GCN>.

在着一定的相竞争关系,对于宪法化的世界可能和应当具有何种意义具有解释力。为此,该著述指明了国际法体系具有与国家宪法相比的宪法特性,确认了国际组织结构中的宪法趋势和面临的挑战,并阐述了其标准设定程序、实施和司法职能。^①而美国学者丹洛夫和塔齐曼在同年出版的《规制世界? 宪政、国际法和全球治理》(*Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*)中认为,国际宪政依托于联合国、欧盟和世贸组织等全球治理位置,宪政、国际法和全球治理为其主要发展和争论问题提供了跨学科的分析。^②2011年出版的《国际法视角的全球宪政》(*Global constitutionalism in international legal perspective*)认为,宪政事关某些社会、政治、文化、经济和法律的理念体系,英文的“ism”后缀表明了对此种理念体系的信仰或践行。以国际公法的视角,可以考察全球宪政的多重理论路径,特别是揭示其某些缺失和提出改进建议。^③2014年出版的《全球宪法化过程中的宪政》(*Constitutionalism in Global Constitutionalisation*)认为,宪政提供了一种治理秩序和一套规范性价值,包括法治、分权和民主正当性等。这些规范性价值调整了制宪权(constituent power)和宪法规定权力(constituted power)拥有者的关系。在国内体制中,这样的宪法法律秩序属于常见;全球宪法化试图在全球治理层面确认两类权力的拥有者,以提供超出国家范围外的宪法话语和叙事。^④

从研究现状和趋势来看,全球宪政的法学研究大体上形成了三个联系密切而迥然不同的路径:第一,以法理学和比较法学对所谓“法律全球化”、“法律多元主义”(legal pluralism)、“全球法”(global law)和“社会宪政”(society constitutionalism)理论研究为代表,形成了理论法学的“宪政全球化”研究。第二,以宪法学的比较立宪主义(Constitutionalism or Constitutional

① Jan Klabbbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Hardcover, 2009.

② Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman, *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009.

③ Schwobel, Christine E. J., *Global constitutionalism in international legal perspective*, Koninklijke Brill NV, 2011.

④ Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge University Press, 2014.

Government) 为路径、以国家宪法为本位的“跨国宪政”研究。第三,以国际关系的全球治理理论和国际法学的国际法宪政理论为基础的“国际宪政”研究。另外,传统上国际法和宪法的“类推”(analogies)比较,以及制度经济学和宪政经济学对作为“制度之制度”的“宪法”分析,是一种单纯方法论意义的研究。

以上路径,虽然在所研究问题、研究方法和初步形成的理论模式方面大相径庭,但致力于论证的主要命题之一是共同的:通常被认为与国家密不可分的宪法和宪政如何扩大到非国家的国际或跨国层面。以此,形成了非国家的宪政研究或所谓“后国家宪政研究”这一富有挑战性的法学新“问题领域”。正如瑞士国际法学者彼特斯(Anne Peters)等认为,全球宪政是指一种思潮和政治设想,倡导诸如法治、制衡、人权保障和民主等宪法原则的施行,旨在改善国际法秩序的有效性和公平性。全球宪政倡导非国家的宪法,试图祛除国家和国家宪法之间的魅影。^① 总体上看,全球宪政是一种确认和倡导在国际法领域适用宪政原则的议程,全球宪法化是国际法逐渐出现宪法特性的过程,^②为国际法的未来发展提供了特定的方向。^③ 因此,本章旨在阐明全球宪政研究中与国际法和国际组织宪政研究有关的主要法学路径,并重点分析国际宪政的前提、内容、成因、解释和所面临的主要挑战。

一、全球宪政研究的理论法学路径:宪政全球化

法理学和比较法学作为基础理论性质的部门法学,为全球宪政研究提供了基础的研究方法,而且在一定程度上论证了非国家层面施行宪政的可能性。广泛地说,任何国内法包括宪法都可以与国际法相互影响,因为国内法和国际法本来就是相互联系的两个法律体系。从方法上看,一般认为,规范比较、功能比较与文化比较是三种影响较大的比较方法。其中,功能比较

^① Anne Peters, The constitutionalist Reconstruction of International law: Pros and cons, *NCCR Trade Working Paper*, 2006, pp. 1-2.

^② Anne Peters, The Merits of Global Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer, 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.

方法是德国学者茨威格特和科兹等人在批判规范比较方法的过程中提出来的。一种新的比较方法。功能比较方法认为,在法律上只有那些完成相同任务、相同功能的事物才是可比较的。另外,各种不同的法律制度,只要它们要解决相同的事实问题,即适应相同的法律需要,就是可比较的。因此,可能性是功能比较方法的基本原则,对法律影响、法律借鉴或法律移植等法律实践提供了有力的分析工具。

主要在法理学和比较法学基础上形成的所谓“法律全球化”理论,对全球宪政研究提供了直接的路径。一般认为,法律全球化反映的是世界各国各地区的法律在内在精神上、原则上和主要标准上以及重要程序上越来越多地接近、协调、吸收甚至部分统一或同一的现象。法律全球化是“全球分散法律体系向全球法律一体化的运动或全球范围内的法律整合为一个法律体系的过程”,其结果“将产生真正的全球法或世界法”。^① 强调法律全球化是一种过程,则法律全球化可以大体分为法律趋同化和法律一体化。所谓法律趋同化,是指调整相同类型社会关系的法律制度和法律规范趋向一致,既包括不同国家的国内法的趋向一致,也包括国内法与国际法的趋向一致。所谓法律一体化,是指全球范围内法律规范的相互联结,是一种程度较高的趋同化。强调法律全球化的结果,则认为人类共同法、全球共同法甚至世界法在逐渐出现和形成。^② 总体上看,法律全球化理论指明了国内法与国内法之间、国内法和国际法之间相互影响、借鉴甚至移植的事实,为民族国家和国际社会转向全球社会(global society)的法治视野提供了理论背景。

法律全球化理论有力地证明了国内法和国际法严格分离已经成为历史,国内法和国际法在理论上与实践中都是相互影响、借鉴甚至移植的,从

① 朱景文:《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版。

② 萨莱伊和朗贝在1900年巴黎比较法国际大会上提出了共同法思想,英国国际法学者詹克斯在1958年提出“人类共同法”(the Common law of mankind)的概念,法国学者赛尔则使用了“人类的法”(droit des gens)。所谓人类共同法或全球共同法的主张各自都有激进的和稳健的区分。例如,“人类共同法”中较为稳健的理论认为,人类共同法研究并不是要在各民族国家之上强加某种具有价值普遍性的共同法,而是通过比较研究,总结出各国法律规则、法律制度的相同之处,通过学说和法理来影响各国立法,通过影响各国国内立法而使其法律得到改善。“全球共同法”中较为稳健的理论则将“共同”的范围扩大到国内法和国际法之间的相互影响与借鉴,在程度和力度上并不高于法律趋同化或法律一体化。

而使国内法和国内法、国内法和国际法逐渐趋向一致或一体。法律全球化理论对全球宪政研究的理论意义在于,它为非国家宪政的可能性提供了一种范围。法律全球化的范围,就其广泛意义上将必然包括国内公法(这里主要指宪法和行政法)的国际化,即使某些公法原则和规则“上升”到国际层面,为国际法所承认、确认或制定。也包括国际法的国内化,特别是某些国际法规则和原则对国内公法的限制和保障。从而使公法和国际(公)法这两种“公法”在纵向上产生趋同,进而推动纵向的“公法的全球化”。

例如,由金斯伯里(Benedict Kingsbury)和斯图尔德(Richard B. Stewart)等人倡导的全球行政法(global administrative law)项目,将全球治理模式理解作为一种规制性行政(regulatory administration),从事全球规制和治理中的可问责性、透明度、参与性以及权力的审查等问题的研究。^①全球行政法包括促进或以其他方式影响全球行政机构可问责性的机制、原则、惯例和支持性的社会认同,特别是保证这些机构达到透明度、协商、参与、合理性和合法性方面的适当标准,以及对其形成的规则和决定进行有效审查。

全球行政法目前主要有两种发展路径,即在全球行政中适用国内行政法的“自下而上”的模式和“自上而下”构建国际机制的模式。其富有本体意义的主张之一是,当作为全球规制机构的国际组织从事规制活动时,应适用与国内行政法中相似的公法原则。否则,国际组织的合法性有所欠缺,其决议在国内法中甚至可能遭到国内法院的司法审查。^②在纵向的公法全球化的意义上,全球行政法可以说是全球宪政的一个组成部分。

可问责性可问责性近年来,随着理论法学自身的发展,以法人类学为基础的法律多元主义和宪法多元主义(constitutional pluralism),以及全球法理论,提供了可以适用于全球宪政研究的新路径。

^① <http://www.iilj.org/GAL/default.asp>.

^② See Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 15–61. Nico Krisch and Benedict Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 2006, pp. 1–13. Michael S. Barr, Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 1, 2006, pp. 14–46. Sabino Cassese (ed.), *Global Administrative Law*, Irpa, Roma 2008.

全球社会的出现加剧了多样化,国际法的规范性制度促进了不同领域的协调以及全球或区域层面的国际合作。法律多元主义者认为现代社会是由不同的法律参与者组成的以各种不同方式发生争议和关联的多元秩序,在各种多元的国家乃至国际规范系统之间的各种复杂和冲突的关系中,法律在不同的跨国领域运行。与法律多元主义相比,宪法多元主义是更近的发展。在不到三个世纪里,宪法成为民族国家的专有物,而民族国家也被认为是具有制宪权和通过最高法的惟一法律实体。而在全球化时代,宪法多元主义者提出,国家宪法、区域(例如欧洲)宪法和正在出现的全球宪法之间,形成了多重宪法秩序之间的共存(co-existence)和互动。^①这些宪法秩序之间并不存在正式的等级,相反彰显了价值的多元性和文化的多样性。^②

“全球法”是全球经济和社会过程的产物,与全球经济、技术和社会过程存在着结构联系,根据它们的迫切要求而产生和变化,因此“全球法”是“社会的法律制定”,而不是“政治的”和“国家的”。^③在全球宪法和全球行政法的新趋势中,全球法在国际法的结构中主张不依赖于国家的同意,表现为对全球公共物品的法律追求。全球法影响了法律如何在全球化时代证成自身,并改变了对法律伦理及法律权威的理解。^④

全球法的视角应用于国际法上,就形成了一种网络国际法的观念。全球化的一个方面就是出现了全球范围的技术上专门的合作网络:贸易、环境、人权、外交、交通、医药、犯罪预防、能源生产、安全、本土合作等一些超越国界的并很难通过传统的国际法加以监管的生活和专家合作领域。^⑤一方面,专门规则和规则体系经常通过政府间的合作,尤其是在政府间专门组织的帮助下诞生的。结果是诞生了一些国际法制度,它们的基础存在于多边条约和国际组织的基础条约以及为每个网络的需要和利益量身打造的而很少考虑外部世界的习惯模式之中。另一方面,这种情况的发生有时是非正

① Evgeni Tanchev, *The Treaty on the Constitution for Europe and National Constitutions in the Age of Constitutional Pluralism*, *Forum Constitutions European*, FCE 9/05, 28. 2005, p. 1.

② Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, pp. 45 - 70.

③ 胡永君:《全球化背景下的国家与公民》,载《法学研究》2003年第3期。

④ Neil Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, 2014.

⑤ Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, 1996, pp. 67 - 150.

式的,是主要行为者采取了产生期望的或被其他方面仿效的一些行为形式或标准化的解决办法。有时是通过国家或地区的法律法规之间的协调和趋同,例如通过合同形式或责任规则的日益标准化来实现。^① 因此,最佳的结果不过是达成了由各种制度所组成的网络,这是一种由国家的、国际的和跨国法律所组成的混合体。由此,现代国际法呈现出一种“网络国际法”的表象。

在法律多元主义、全球法理论上,形成了多种导向全球宪政研究的社会学路径,尤其以社会宪政理论为著。法社会学是介乎法学和社会学之间的边缘学科,德国学者尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)、贡特·图依布纳(Gunther Teubner)等人以系统论思想为理论起点,思考社会中的法律现象,建构了一种别具特色的法社会学理论。

在社会学理论中,用“系统”(system)这一术语来描述社会、将社会理解成一个系统,社会构成单位所具有的结构和形式是由它们与作为一个整体的、系统的社会之间的关系来说明。对法社会学而言,一项重要课题是如何在复杂性(complexity)的多元社会中理解法律。卢曼等人将系统论运用于社会系统包括“法律系统”的研究之中,法律是现代社会功能分化(functional differentiation)所产生的社会“分支系统”或“子系统”(subsystem)。社会分支系统包括政治系统、法律系统以及其他“社会部门”所构成的功能分化系统,法律系统和其他的功能系统一样,都是依据系统与环境的区分而构造起来。因此,卢曼等阐明的系统论法社会学,特别强调法律与社会整体及其内部各种要素之间的关系和作用,将“法律体系”直接建构为“法律系统”,并对其形成、运行和功能进行客观研究。

法社会学提出了全球社会的一个基本假定,即领土作为社会区分的原则已经为(非领土)的功能性所取代,全球法经历着从领土分化到功能分化或者说部门分化(sectoral differentiation)的过程。^② 自法国大革命开启工业现代性的大门,全球社会功能系统的分化的进程迅速加快。威斯特伐利亚

^① 联合国国际法委员会第五十八届会议工作报告:《国际法不成体系:国际法多样化和扩展引起的困难》,2006年,第118页。

^② M. Koskeniemi, P. Leino, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 553-579.