

国内公法对国际法的影响

蔡从燕*

内容提要：国际法包括私法意义上的国际法和公法意义上的国际法。近现代国际法本质上是一种私法意义上的国际法，但国际交往的日益频繁与复杂必然要求建立某种形式的等级制与集中化架构，公法意义上的国际法应运而生。作为一种后发的法律秩序，国际法受到较为成熟的国内法的影响是很自然的。在借鉴国内公法发展国际法时面临某些重要的障碍，也会产生不可忽视的风险，应该予以充分的注意。国内公法日益影响国际法的趋势对于中国的国际法理论与实践将产生重要的影响。

关键词：国际公法 等级制与集中化

作为一种后发的法律秩序，国际法在形成与发展过程中受到国内法的影响是很自然的。影响国际法的首先是国内私法。在1927年出版的《私法渊源及其在国际法上的类比》一书中，赫希·劳特派特对于他所认为的“在整个国际法领域中几乎没有哪一个与之在理论与实践方面具有同等重要性但得到更少的系统性关注的问题，即私法渊源及其在国际公法上的类比”〔1〕现象予以了深入研究。不过，晚近，国内公法越来越多地影响着国际法的发展。本文拟对这一重要现象进行初步的研究。

一、国内公法影响国际法的理论基础与实践背景

（一）国内公法影响国际法的理论基础

虽然国内私法影响国际法具有重要的价值，但也存在重要的缺陷。为了纠正这些缺陷，有必要接受并促进国内公法对国际法的影响，从而发展公法意义上的国际法。

1. 国内私法影响国际法的风险

国际法学者普遍承认私法以某种形式影响了国际法。有学者甚至认为，“所谓的国际公法，

* 厦门大学法学院教授。

本文是作者承担的国家社会科学基金项目“国际法上的类比——国际法理论与实践的方法论研究”（项目批准号：08CFX052）的研究成果。

〔1〕 H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London and New York: Longmans, Green and Co. LTD, 1927, p. 5.

实际上属于私法性质，或者甚至比国内私法还要私”，〔2〕只是“更高级的私法”。〔3〕作为国际法学开山之作的《战争与和平法》不仅被认为是一部私法论著，〔4〕甚至被认为只是一部私法论著。〔5〕许多国际法学家，比如菲德罗斯、〔6〕卡塞斯〔7〕也认为国际法具有明显的个人主义特征。对于这种受到国内私法强烈影响的近代国际法乃至现代国际法，我们不妨称之为私法意义上的国际法。

国内私法对国际法的影响确有重要价值。首先，以平等精神为圭臬的国内私法促使近代国际社会在规范国际关系时确立了国家主权平等原则，从而为国际和平与安全提供了重要的法律保障；其次，罗马私法的发达程度为世人公认，在制度、规则与概念层面对于作为后发法律程序的国际法具有明显的借鉴作用，推动了国际法的发达。

国内私法影响国际法也产生了两个方面的风险。

首先，根据私法平等精神构建的国际法难以持续、有效地保障主权国家对和平与安全的需求。国内私法的公法化运动表明，随着社会关系的规模化、复杂化、差异化，强烈的个人主义特征使得私法往往异化为一部分社会成员对另一部分社会成员实施强制的工具，私法的良好运行端赖于完善的公法的有效支撑。就国家而言，虽然高度组织化的国家的理性高于个人，但也不能排除国家行动的个人主义倾向。近代国际法的诞生只给欧洲大陆带来不到二百年的和平的历史，以及法国大革命后建立的维也纳体制表明，私法意义上的国际法无法持续、有效地保障主权国家对和平与安全的需求。

其次，国内私法垄断着对国际法的影响简单化了现实中复杂的国际关系，因为国际关系不只体现为国家间关系，还日益体现为国家与私人间，以及国家与国际组织间的关系。后两类关系往往是根据私法原则进行规范的，混合仲裁制度就是如此。迄今为止的混合仲裁制度基本上是根据商事仲裁制度建立的，据此私人与国家当事方享有同等法律地位。〔8〕晚近，由于国家与私人间争端大量出现，不少国际组织及国际法学者意识到混合仲裁制度忽视了作为公共利益维护者的国家与私人间存在的重大差别，把商事仲裁制度简单类比于混合仲裁制度是错误的。〔9〕这种状况正在发生改变，比如目前超过 20 个双边投资条约规定寻求设立投资仲裁上诉制度。〔10〕2002 年《南方共同市场关于争端解决的奥里沃斯议定书》更是明确规定设立仲裁上诉机制，表明该组织的争端解决机制与商事仲裁制度分道扬镳。

2. 国际法的应然构成：私法意义上的国际法与公法意义上的国际法

鉴于私法意义上的国际法存在明显缺陷，国际法应该由私法意义上的国际法与公法意义上的国际法两部分组成。前者建立在传统的主权平等原则基础之上，已经接受了罗马私法的影响；后者建立在某种等级制与集中化架构基础之上，正在受到国内公法的影响。二者殊途同归，缺一

〔2〕 参见上海社会科学院法学研究所编译：《国际公法》，知识出版社 1981 年版，第 77 页。

〔3〕 参见前引〔1〕，H. Lauterpacht 书，第 81 页。

〔4〕 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 132 页。

〔5〕 这是摩塞尔的观点，参见前引〔1〕，H. Lauterpacht 书，第 16 页。

〔6〕〔奥〕阿·菲德罗斯等：《国际法》（上册），李浩培译，商务印书馆 1981 年版，第 161 页。

〔7〕 Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 13—15.

〔8〕 国际投资仲裁甚至被认为纯粹只是国际商事仲裁的一种形态。See Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration*, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1990, p. 389.

〔9〕 See Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 124—130; OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor—State Dispute Settlement Procedures*, April 2005, p. 2.

〔10〕 ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, October 22, 2004, p. 14.

不可。

首先，私法意义上的国际法在当下仍然具有重要的价值。这是因为：第一，虽然二战以后国际社会组织化程度日益提高，但国家间关系仍然是国际关系中最重要组织部分，这就决定了私法意义上的国际法在维护国际和平与安全，以及实现国际法治方面仍然发挥着重要作用；第二，社会契约论者之所以主张自然状态中的任何人对自己的同类都没有任何天然的权威，显然是因为平等是自然状态中的人们维护自身安全的最基本的保障。据此，在国际社会仍然处于弱组织化状态下，私法意义上的国际法对于维护国家自身及国际和平与安全都具有特殊的作用。

其次，在国际关系规模扩大化、主体多样化、内容复杂化、利益多元化背景下，私法意义上的国际法难以持续、有效地实现主权国家对和平与安全的需求。新的国际关系现实客观上要求建立某种形式的等级制与集中化架构，由此发展公法意义上的国际法。在这方面，由于欧洲大陆长期深受战乱之苦，因此近代欧洲思想家在探索通过建立某种等级制与集中化架构以实现长期和平时非常积极，从而为欧洲一体化进程提供了生生不息的思想灯塔。比如，圣一皮埃尔认为建立统一的欧洲邦联是实现永久和平的手段与途径，康德则把由自由国家构成的联盟确立为永久和平的三大条款之一。^{〔11〕} 康德针对和平联盟与和平条约所作的评论深刻地间接揭示了公法意义上的国际法对于维护国际和平与安全的重要性。康德认为，和平联盟与和平条约的区别在于，“后者仅仅企图结束一场战争，而前者却要永远结束一切战争”。^{〔12〕} 一些国际法学家也认识到某种等级制与集中化架构的重要性，比如凯尔森就指出集中化是确保和平的一种手段。^{〔13〕}

值得注意的是，19世纪建立的维也纳体制、20世纪初期建立的国际联盟体制和20世纪中期建立的联合国体制都有力地表明，具有必然性的等级制与集中化架构既可能建立在规则基础上（联合国体制倾向于“规则之治”），也可能建立在权力基础上（维也纳体制与国际联盟体制倾向于“权力之治”），前者有助于促进国际法治，具有较强的可持续性，后者无助于促进国际法治，具有明显的脆弱性。注意到这一点至关重要，因为不去谋求建立基于“规则之治”的等级制与集中化架构，基于“权力之治”的架构就将取而代之。

总之，私法意义上的国际法与公法意义上的国际法是不可分割的两大部分，它们在维护国际和平与安全，实现国际法治方面不可替代、不可或缺。如果说国内私法成功地推动了私法意义上的国际法发展的话，那么国内公法在推动公法意义上的国际法的发展方面显然还处于初步的阶段。

（二）晚近国内公法影响国际法的实践背景：从冷战期间到后冷战期间

公法的存在必须以某种等级制与集中化架构为政治前提。由于国际社会处于无政府状态，因此公法意义上的国际法的发展端赖于这种状态的改变。改变国际社会无政府状态的全球努力始于国际联盟的建立。不过，国际联盟的仓促成立本身表明20世纪初期的国际社会并不具备实质性改变国际社会无政府状态，建立某种较高等级的等级制与集中化架构的政治意愿。从组织法的角度看，国际联盟大会，尤其行政院的决策机制表明绝对主权平等观念在当时仍然占据主导地位。^{〔14〕} 因此，在建立公法存在与运行所必须的等级制与集中化架构方面，国际联盟的成效并不明显，这也就决定了国际联盟在发展公法意义上的国际法方面不可能发挥重要作用，而这在某种

〔11〕 胡瑾等：《欧洲早期一体化思想与实践研究》，山东人民出版社2000年版，第2、10页；〔德〕康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆1990年版，第113页以下。

〔12〕 同上引，康德书，第116页。

〔13〕 Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Massachusetts: Harvard University Press, 1942, p. 123.

〔14〕 除非另有规定，国际联盟大会与行政院均实行一致同意之议事规则。特别是，行政院的决议只具有建议性质，对于会员国并无法律拘束力。参见《国际联盟盟约》第5、15、16条。

意义上也决定了国际联盟在成立不到三十年后就“寿终正寝”。

与国际联盟相比,经过国际社会精心筹划成立的联合国在构建等级制与集中化架构方面取得了重大进展。尤其是,根据《联合国宪章》第七章,安理会负有维护国际和平与安全的主要职责;根据《宪章》第15、17条,大会有权审查安理会及联合国其他机构的工作报告,尤其是预算报告。正因此,许多西方学者把《宪章》看作是国际社会的“宪法”。^[15]

不过,联合国仍然没有为发展公法意义上的国际法提供充分有效的制度保障。虽然安理会在维护国际和平与安全方面担负主要职责,拥有最高权威,从而在这一领域建立了高度的等级制与集中化架构,但《宪章》第27条却规定安理会常任理事国对于非程序性事项拥有双重否决权。这实际上是根据私法精神建构常任理事国之间的关系,而这种关系削弱乃至否定了经由安理会机制建立的等级制与集中化架构,导致安理会并未完成对国际联盟行政院的彻底改造。实践表明,近半个世纪的冷战导致安理会实际上陷于瘫痪状态,联合国体系乃至整个国际法成为了国际政治纷争的牺牲品。显然,由于在发展公法意义上的国际法方面缺乏坚实的政治基础,国内公法影响国际法的可能性与必要性难以充分地表露出来。

冷战的结束使得国际社会在发展公法意义上的国际法方面产生了更大的政治意愿,这使得国内公法影响国际法的背景发生了重大变化。具体说,冷战后公法意义上的国际法的发展,或者说国内公法在影响国际法方面有两个新的背景:

第一,从国际性等级制与集中化架构的内部维度看,冷战后国际组织在趋于活跃的同时其运作中的权力制衡问题也日益受到关注。兹以联合国安理会的实践予以说明。与冷战期间几乎陷于瘫痪不同,冷战后的安理会非常活跃,在国际和平与安全领域通过了一系列决议。安理会表现出日益强烈的“自组织性”,即该机构基于默示权力理论,不断通过运用目的解释之条约解释方法证明安理会行动的合法性,从而谋求扩大其行动范围。然而,国际社会对于安理会是否准确地、忠实地履行《联合国宪章》赋予的职责,直言之,是否越权行动,始终争议不断。比如,针对1991年通过的对伊拉克实施强制性措施的第687号决议、1991年通过的对波黑实施武器禁运的第713号决议、1992年通过的要求各国敦促利比亚引渡涉嫌参与1988年美国泛美航空公司飞机爆炸案之利比亚特工的第731号决议以及对利比亚实施制裁的第748号决议、1993年通过的建立前南斯拉夫国际刑事法庭的第808号决议与第827号决议,不仅当事国家,而且其他一些会员国都质疑安理会行动的合法性与正当性。^[16]由于默示权力理论是国内宪政实践的产物,因而安理会的实践被认为关系到联合国的宪政问题,在联合国体制内建立公法意义上的国际法的必要性及迫切性逐步浮出水面。

第二,从国际性等级制与集中化架构的外部维度看,传统上被排除在外的“人民”日益意识到他们是直接的利益攸关者,由此为发展公法意义上的国际法提供了强大动力。如所周知,在整体主义认识论的支配下,传统上国家垄断着国际法规则的创制与实施,而组成国家的“人民”被淹没了。以联合国为例,虽然《联合国宪章》是以“联合国人民”而非“联合国会员国”的名义制定的,但整个《宪章》对前者几无片言只语。^[17]类似地,虽然WTO日益深刻地影响了“人

[15] E. g., Laurnce R. Helfer, *Constitutional Analogies in the International Legal System*, 37 *Loy. L. A. L. Rev.* 193, 2003; Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, The Hague: Recueil Des Cours, Vol. 250 (1994), pp. 258-262.

[16] See Mohammed Bedjaoui, *The New World Order and the Security Council*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 37-53.

[17] See Gaetano Arangio-Ruiz, *The "Federal Analogy" and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, 8 *EJIL* 1, 18-19 (1997).

民”的生活，但后者对于WTO的运行几无任何置喙之余地。冷战结束后，国际组织日趋活跃不仅日益深刻地影响着作为成员方的主权国家，同时也日益深刻影响着作为主权国家构成要素的“人民”，其中国际经济组织的影响尤其直接而深刻。由此“人民”日益强烈地表达出参与这些等级制与集中化架构的意愿，他们希望通过打破主权国家垄断等级制与集中化架构的传统，成为了影响国际法的基本动力与发展公法意义上的国际法的重要力量。有学者正确地指出，“创造和拥护国际法的力量，如果不提我们每个人的力量的话，那将是无从谈起的。”^[18]

总之，国内公法影响国际法的背景已经发生了积极变化，以下从国际法理论与实践两个层面讨论这种影响的初步表现。

二、国内公法影响国际法的初步表现

（一）理论层面的表现

1. 国际宪政思潮的勃兴

在卡塞斯看来，国际共同体中存在两种不同的法律模式，即以国家主义为基础的格老秀斯模式与以世界主义为基础的康德模式。^[19]根据前文对国际法应然构成的理解，格老秀斯模式实际上指的是私法意义上的国际法，而康德模式实际上指的就是公法意义上的国际法。

从思想史的角度看，康德模式的光芒从来生生不息；从国际法实践的角度看，支配近代国际法发展却是格老秀斯模式，以至于在《战争与和平法》问世整整三百年后的1926年，菲德罗斯才使用了“宪法”一词——这是国际法学者首次使用“宪法”一词。在菲德罗斯看来，国际法的“宪法”是指调整共同体基本秩序，即共同体结构、组织及职能分配的规范。^[20]由于注意到《国际联盟盟约》第20条规定《盟约》项下的义务具有优先性，^[21]劳特派特也指出《盟约》具有“高级法”的特征。^[22]20世纪40年代，布赖尔利认为，19世纪以来，国际社会出现了某些国家，而非单个国家拥有共同利益的普遍性国际事务，这促使国际社会制定出相应的制度。他认为，虽然还不能认为这些制度为国际社会制定了“宪法”，但可以认为是国际宪法的开端。^[23]在1964年出版的一部经典著作中，弗莱德曼更是把“国际宪法”列入国际法的新领域之一。他尤其强调对国际宪法的研究不应局限在对法律文本的分析，而应结合实践进行。^[24]

尽管如此，在冷战结束之前，国际宪政问题并未引起国际法学者的普遍关注，关注此问题的少数学者所持有的观点也比较温和。突出的例子是，莫斯勒认为国家同意原则是创建与发展包括国际法律体系在内的任何法律体系的基本原则，并认为1970年联合国大会通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》构成最主要的国际宪政要素。^[25]这种把国家同意作为建构国际宪政基本原则的观点与当前日益强调国家责任的趋势相比显然是相当温和

[18] [日]松井芳郎等：《国际法》（第四版），辛崇阳译，中国政法大学出版社2004年版，第291页。

[19] 前引〔7〕，Antonio Cassese书，第21页。

[20] 参见前引〔15〕，Bruno Simma书，第21页。

[21] 《国际联盟盟约》第20条规定：“（一）联盟会员国各自承认凡彼此间所有与本盟约条文相抵触之义务或谅解均因本盟约而告废止并庄严保证此后不得订立类似协议。（二）如有联盟任何一会员国在未经加入联盟以前负有与本盟约条文抵触之义务，则应采取适当措施以摆脱该项义务。”《联合国宪章》第103条的规定与此类似。

[22] H. Lauterpacht, *The Covenant as the "Higher Law"*, 17 B. Y. I. L 54, 57-60 (1936).

[23] J. L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford: Oxford University Press, 1942, p. 66.

[24] Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York: Columbia University Press, 1964, pp. 153-155.

[25] Hermann Mosler, *The International Society as A Legal Community*, The Hague: Recueil Des Cours, Vol. 140 (1974), pp. 32, 40-44.

的。博格丹迪认为，正是冷战导致了莫斯勒对国际宪政持一种悲观主义的态度。^{〔26〕}

冷战结束以后，国际宪政成为西方国际法学界中最时髦的话语与研究议题之一。20世纪90年代，在海牙国际法高等研究院讲授的国际法课程中，当代世界级的国际法学家至少四次直接涉及国际宪政问题，即图姆夏特讲授的《缺乏或违背国家意志而产生的义务》（1993）、^{〔27〕}弗兰克讲授的《国际法与制度中的公平》（1993）、^{〔28〕}辛玛讲授的《国际法中双边主义到共同体利益的发展》（1994）、^{〔29〕}图姆夏特讲授的《国际法：确保人类在新千禧前夕的生存》（1999）。^{〔30〕}当前西方学者主要在两个层次上理解国际法上的“宪法”：形式上说是指那些高于“一般”规则的规则；实质上说是指调整共同体生活的基本规则的那些规则。^{〔31〕}

从研究对象看，西方学者针对WTO与联合国的宪政研究最为活跃。这一现象不难理解。就前者而言，堪称“经济联合国”的WTO所具有的影响是多数国际组织所不可企及的。由于建立了拥有强制管辖权的争端解决机制，WTO被认为给国际宪政主义带来了曙光，^{〔32〕}成为某些西方学者研究国际宪政的类比范例。^{〔33〕}对后者来说，如何控制安理会的行动成为许多学者乃至政治家关注的焦点话题。西方学者普遍认为，应该对安理会的行为实施司法审查，只是他们尚未能提出一个全面的方案。^{〔34〕}

限制权力与保护人权是国内宪政理论的逻辑起点、基本目标及制度价值。在国际宪政研究的议题选择方面，西方学者显然受到了国内宪政理论与实践的影响。由于限制权力是以有效的权力制衡机制为前提，因而如何完善国际组织的组织法建设就成了许多西方学者关注的重要议题。同时，许多西方学者把保护人权与某些宗旨并非保护人权的国际组织的运作相挂勾，严厉批评WTO、国际货币基金组织及世界银行等对于国际经济体制与普通公众利益具有重大影响国际组织漠视或侵害人权，认为应该把人权纳入国际经济决策议程。^{〔35〕}但是，目前国际经济组织，尤其多边国际经济组织对此非常谨慎。^{〔36〕}

另一些西方著名学者对于晚近兴起的国际宪政思潮不以为然。比如，丹诺夫毫不客气地指出

〔26〕 Armin von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, 47 *Hard. Int'l L. J.* 223, 224(2006).

〔27〕 Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against Their Will*, The Hague: Recueil Des Cours, IV, 1993.

〔28〕 Thomas M. Franck, *Fairness in the International Legal and Institutional System*, The Hague: Recueil Des Cours, III, 1993.

〔29〕 前引〔15〕, Bruno Simma书。

〔30〕 Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind of the Eve of A New Century*, The Hague: Recueil Des Cours 281 (1999).

〔31〕 前引〔15〕, Bruno Simma书, 第260页。

〔32〕 Laurnce R. Helfer, *Constitutional Analogies in the International Legal System*, 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* 201 (2003).

〔33〕 See specially Ernst-Ulrich Petersmann, *How to Reform the United Nations: Lessons from the International Economic Law Revolution*, 2 *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 185, Fall/1997—Winter/1998.

〔34〕 前引〔15〕, Bruno Simma书, 第281页。

〔35〕 See specially Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights and International Trade Law: Defining and Connecting the Two Fields*, in Thomas Cottier et al. (ed.), *Human Rights and International Trade*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 29—94.

〔36〕 CAI Congyan, *Human Rights Conditionality in International Economic Relations: A Chinese Lawyer's Perspective*, 1 *JEAIL* 71, 79—83 (2008).

被普遍认为引领当今国际宪政潮流的 WTO 宪政只是一种幻象。^[37] 加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯认为,国际法学者不遗余力地把在国内公法中已经发展良好的理论运用于本学科,是为了帮助他们证明联合国机构行动的合法性。^[38] 但是,国际宪政的确已成为当前西方国际法学界无法回避的话语。^[39] 针对国际宪政展开的学术论争不是应否,而是如何实行国际宪政,进而国际宪政大业能否以及如何借鉴国内宪政的理论与实践经验。不仅如此,较之 1964 年时国际宪法还只是被弗莱德曼列为新领域,目前西方学者的志向显然更为深远。就象法斯宾德所说的,他们期待在国际法下出现新的次级学科,即国际宪法。^[40]

2. 全球行政法思潮的兴起

20 世纪 60 年代时,弗莱德曼也把国际行政法列入国际法的新领域之一。不过,他所理解的国际行政法仅指国际组织内部涉及人事方面的法律规范。^[41] 从国内行政法的理论与实践角度看,弗莱德曼对国际行政法的理解显然过于狭窄,这是与他对国际宪法的理解是有关的。^[42]

根据一份重要的文献目录汇编,^[43] 可以发现西方学者对国际行政法的关注大致始于 2000 年前后。此后,纽约大学法学院启动的“全球行政法研究项目”为这种分散的学术旨趣提供了展示平台。^[44] 鉴于参与本项目研究的学者构成的多元化,我们可以认为全球行政法已经成为国际法学界一股新兴的学术思潮。

综合既有的文献看,西方学者倡导全球行政法研究有两个基本背景:第一,希望对某些行政法实践予以纠偏。这是因为国际法学者注意到主权国家负责对外事务的行政机构日益脱离于代议机构的约束,国际组织中行政性机构缺乏制约的问题更为突出;第二,希望对某些行政法实践予以体现,即把新兴的履行行政性职能的主体或机制——比如现实中业已广泛存在的非政府组织、非政府组织与政府间国际组织之间的合作机制——纳入国际法体系之内。倡导全球行政法的基本目的在于把多层次、多主体的国际性行政行为纳入法治化轨道。总体看,国际法学者希望从两个路径出发实现国际行政活动的法治化:在国内层面上扩大国内行政法的适用范围,如对行政机构的对外事务行为实施有效的司法审查;在国际层面上借鉴国内行政法的经验规范国际组织的运作。

在国内公法体系中,宪法决定着公权力的宏观配置,行政法则决定着行政权的具体行使,缺

[37] 丹诺夫与支持 WTO 宪政的两位著名学者,即彼德斯曼及特拉奇曼展开了一场颇为引人关注的学术论战。参见 Jeffrey L. Dunoff, *Constitutional Concepts: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law*, 17 EJIL 647 (2006); Jeffrey Dunoff, *Does Globalization Advance Human Rights*, 25 Brook. J. Int'l L. 125 (1999); Joel P. Trachtman, *The Constitution of the WTO*, 17 EJIL 39 (2006); Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: The Need to Clarify Their Interrelationships*, 4 JIEL 3 (2001).

[38] Gaetano Arangio-Ruiz, *The "Federal Analogy" and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, 8 European Journal of International Law 2 (1997).

[39] 为了向杰克逊教授在研究多边贸易体制方面所做的卓越贡献表达敬意,一些西方知名学者编辑了题为《国际经济法新方向》的纪念文集,在全部 33 篇论文中,列入宪政专题的论文就有 10 篇。参见 Macro Bronckers & Reinhard G. G. (eds.), *New Directions in International Law*, London: Kluwer Law International, 2000, pp. 1-176.

[40] Bardo Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, in Ronald St. John Macdonald & Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 838.

[41] 前引 [24], Wolfgang Friedmann 书,第 159 页,第 162 页。

[42] 弗莱德曼认为,国际组织本身及其不同机构的功能、职权及权力分配均属国际宪法的涵摄范围。前引 [24], Wolfgang Friedmann 书, p. 153.

[43] Dave Gunton et al., *A Global Administrative Law Bibliography*, 68 Law & Contemp. Prob. 357 (2005).

[44] 受到该项目的支持,在不到一年时间内,《法律与当代问题》(Law & Contemp. Prob.) 第 68 卷第 3-4 期 (2005)、《国际法与政治学刊》(N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.) 第 37 卷第 2 期 (2005) 以及《欧洲国际法刊》(EJIL) 第 17 卷第 1 期 (2006) 以专栏形式刊登了近 30 篇论文。

乏其中之一都不能实现法治化。虽然全球行政法的学术研究还是初步的,但这一思潮的出现表明西方学者在促进国际法治方面的思考正在趋于深化。

(二) 实践层面的表现

晚近国际组织所做的决定或国际争端解决机构所做的判决/裁决中越来越多地出现了宪政要素。以司法审查权为例,WTO争端解决机构(DSB)拥有对成员方的贸易政策的司法审查权,其审查范围与标准受到国内司法审查制度,尤其美国司法审查制度的深刻影响。然而,在建立司法审查制度方面,并非所有的国际组织都像WTO那么幸运,围绕着国际法院能否及如何对安理会行动行使司法审查权发生的纷争实际上表明了国际组织在借鉴国内宪政实践方面所面临的困难。

根据《联合国宪章》第24条、第六、七章规定,安理会在联合国体制内属于执行性机构或行政机构。冷战后,安理会采取的多次行动被认为明显超越执行职能,而行使了造法职能。突出的例子是,在伊拉克入侵科威特后通过的第687号决议中,安理会不仅授权会员国使用武力解放科威特,并且要求伊拉克销毁大规模杀伤性武器、划定伊科边界、确认伊拉克遵守裁军条约、建立联合国赔偿委员会并由该机构负责处理伊拉克战争赔偿事宜。辛玛认为,第687号决议已经取代了一份和平条约。^[45]换言之,安理会的决议取代了伊拉克与科威特之间可能的缔约行为。

从国内法的角度看,法院对行政机构的行为实行司法审查是很常见的。不过,在国际法上,《联合国宪章》与《国际法院规约》均未直接涉及国际法院对安理会行动的司法审查问题,而联合国的创立者是拒绝赋予国际法院此项权力的。^[46]冷战期间,国际法院从未在诉讼案件中表明其在司法审查问题上的立场;^[47]冷战后,安理会行动的合法性频频受到严重质疑显然影响了国际法院对司法审查权理解,从而促使法院在诉讼案件中直接或间接地表明其态度。这种变化首次体现在*Libya v. United States*案(1992)。该案中,虽然国际法院以《宪章》第103条规定的义务优于其他条约义务为由驳回了利比亚的主张——安理会第748号决议违反了利比亚在《蒙特利尔公约》项下享有的权利,但不少法官认为国际法院不仅有权利而且有义务考虑安理会决议的合法性问题。时任代理院长的欧达法官甚至认为,如果一国根据“一般国际法”诉称其主权权利受到侵害,则法院可能会行使司法审查权。^[48]该案备受国际法学界的关注,被认为是国际法院首次暗示在诉讼案件中行使司法审查权。^[49]

在咨询管辖案件中,国际法院对司法审查权的态度也更为积极。2004年7月9日,国际法院就以色列在被占巴勒斯坦领土上建立“安全墙”的合法性发布咨询意见。^[50]法院认为没有发生针对以色列的武装攻击,因而《宪章》第51条不能构成以色列建造“安全墙”的法律依据。

[45] 前引[15], Bruno Simma书, p. 275.

[46] See Kathleen Renee Cronin-Furman, *The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking A Complicated Relationship*, 196 Colum. L. R. 435, 445 (2006).

[47] 不过,国际法院在两个咨询管辖案件中涉及到了该问题:在*The Certain Expense*案中,国际法院指出:“在国内法律制度中,往往存在着确定立法或政府行为的有效性的某些程序,但在联合国架构内这种类比程序是不存在的。在《宪章》起草过程中,有关在解释《宪章》方面赋予国际法院最终权威的建议未获接受;……因此,诚如在1945年时预计的那样,每个机构至少首先是自行确定其管辖权。”(*Certain Expenses Case*, 1962 ICJ Report, p. 168);在*The Namibia*案中,国际法院明确指出:“毫无疑问,法院对于联合国有关机构所作的决定没有司法审查权。……当然,在履行司法职能时有关反对意见被提了出来,则在确定这些决议的任何法律后果之前,法院在推理时将考虑这些反对意见。”(*Namibia Case*, 1971 ICJ Report, p. 45)由于国际法院发布的咨询意见并无法律拘束力,因此上述两案对于解决国际法院的司法审查权问题并无实质性价值。

[48] *Libya v. United States Case*, 1992 ICJ Reports, pp. 133-170.

[49] Geoffrey R. Watson, *Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court*, 34 Harv. Int'l L. J. 1, 27 (1970).

[50] *Legal Consequences of Construction of Wall in Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, I. C. J.

2001年“9·11事件”发生后安理会一致通过的第1368号决议及第1373号决议允许对非国家实体支持的恐怖主义行为行使单独或集体自卫权，^[51]国际法院发表的该咨询意见实际上否定了安理会的这两个决议。当然，认为国际法院将确定地对安理会的行动进行司法审查为时尚早。一些学者对于国际法院在“安全墙案”中发表的咨询意见提出了批评。他们认为，无论从机构的民主性角度，还是从对国家实践的敏感性角度看，安理会在适用《宪章》第51条方面均优于国际法院。^[52]我认为，前一个理由显然不能成立，因为它与国内司法审查面临的批评如出一辙，而这种批评丝毫未阻碍各国普遍确立法院的司法审查权；后一种理由则值得慎重考虑。

冷战后国际社会面临的许多新挑战对安理会维护国际和平与安全的能力与效率提出了更高要求，而国际法院的司法审查客观上会制约安理会的积极性。或许正因如此，主张赋予国际法院司法审查权的西方学者坦承目前还无法提出一个综合性方案。但可以肯定的是，联合国在借鉴国内法院的司法审查制度时必须铭记其维护国际和平与安全方面的根本职责，国际法院的司法审查无论如何不能违背这一职责。虽然自 *Libya v. United States* 案后在诉讼案件中并没有直接涉及司法审查问题，但从现任院长希金斯大法官此前所持的观点看——安理会在“法律的范围内行事”，而国际法院“根据法律行事”，^[53]国际法院未来在司法审查问题上的立场可能趋于谨慎。

总之，虽然国内公法对国际法的影响已经不局限在学术层面而发展到了实践层面，但这种影响还只是初步的，能否进一步深化有赖于在理论上澄清或消解某些问题。下文将讨论与此有关的若干重大问题。

三、国内公法影响国际法过程中的若干重大问题

（一）国内公法影响国际法与国际社会的结构性问题

如果说由于平等是国家间关系与私法主体间关系共同具有的属性，因而国际社会的无政府状态在逻辑上并不妨碍国内私法影响国际法的形成与发展，并且这种影响基本上没有招致国际法学者乃至国家实践反对的话，那么，由于国内社会与国际社会之间存在着结构性差别，长期以来，国际法学者普遍认为国内公法对于国际法缺乏借鉴价值。详言之，国内公法所赖以存在的国内社会处于政府状态下，拥有最充分的等级制与集中化特征；与此不同，国际社会处于无政府状态，缺乏发展公法所必要的结构性社会基础。由此，国内公法影响国际法缺乏足够的正当性基础。这进而导致国内公法与国际法在学术上处于长期分离的状态，在中国国际法学界尤其如此。

然而，上述理由是不能成立的。首先，公法的发展史表明，近代民族国家的出现并非是公法诞生的前提条件，只是公法发达化的前提条件。从公法基本功能的角度看，任何存在等级制与集中化架构的共同体中，都必然要发展某种形式的公法，舍此无法确保共同体的规则之治以及维护受共同体运作影响的所有人的利益，将导致共同体最终解体。因此，从等级制与集中化架构的一般意义上说，国内社会与国际社会之间存在的结构性差别不应该构成国内公法影响国际法的障碍。

其次，不同国家的等级制与集中化架构是不同的，而这种差别并不妨碍公法在各国的普遍建立。尤其是，20世纪80年代以来，西方国家中崛起的新公共管理运动，尤其北欧国家实施的以

[51] UN Security Council Resolution 1368 of 12 September 2001; UN Security Council Resolution 1373 of 28 September 2001.

[52] 前引 [46], Kathleen Renee Cronin-Furman 文, 第 458 页。

[53] Rosalyn Higgins, *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*, 64 Am. J. Int'l L. 1, 16 (1970).

扩大地方自治为主要内容的政治改革使得等级制观念趋于淡化，西方国家的公法在这一新背景下正在进行自我改造，出现了所谓的公法私法化趋势。同时，晚近国际社会的等级制与集中化趋势明显加强，WTO的成立更是一个巨大的进展。

可以认为，国内社会与国际社会的等级制与集中化特征此消彼长，正在共同迈向一种“中道”的社会结构。托克甚至认为，国内公法与国际法在等级制与集中化方面的差别只是“程度意义上的，而非类别意义上的”。^[54]在此情况下，借鉴国内公法的经验发展公法意义上的国际法的合理性显然增加了。

进一步的问题是，国内公法影响国际法的结果是否会导致国际社会中出现更多的类似于国内社会中的等级制与集中化架构？逻辑上说，这是可能的。因为公法和等级制与集中化架构之间是相互建构的，虽然后者的存在是前者诞生的前提条件，但前者也会影响后者的发展。以WTO为例，上诉机制的成立使得更多的国内公法规范被引入WTO体制，促进了争端解决的法治化运作。同时，WTO上诉机制也对国际投资法产生重大影响，促使国际社会考虑借鉴WTO的经验，建立国际投资仲裁上诉机制。^[55]

国际社会中出现等级制与集中化特征特别突出的某些制度或机制，由此在一定范围内实质性地改变国际社会的无政府状态对于发展公法意义上的国际法是必要的。这些制度主要指国际争端解决机制，而非国际法创制机制。主权国家更倾向接受集中化的法律实施机制，而非集中化的法律创制机制，这是因为国家主权受限制的程度从根本上说取决于国际法的创制，而非国际法的实施。传统的以国家同意为基础的国际法创制机制可以从源头上控制国家主权受限制的程度，因而主权国家在此问题上很难放权；集中化法律实施机制所适用的只是在国家同意基础上创制的国际法，对国家主权的侵蚀程度相对较小，因而主权国家在此问题上更可能达成一致。

国际法的实践初步证明了这一点。早在1907年第二次海牙和会期间，一些谈判方就企图通过《海牙第二公约》把《海牙第一公约》为常设仲裁法院确立的自愿管辖权改变为强制管辖权，但这一努力未获成功。二战以来，虽然国际社会在建立集中化的国际法创制方面仍然未获明显进展，但国际争端解决机制建设却取得显著进展，晚近甚至出现了被西方学者称为国际争端解决机构扩散化的现象。特别是某些争端解决机制，如WTO争端解决机构以及随后成立的国际刑事法院都拥有强制性管辖权，较之常设仲裁法院没有强制管辖权及常设国际法院与国际法院只拥有选择性强制管辖权前进了一大步。事实上，WTO之所以被认为给国际宪政带来了曙光，根本原因是在于其建立了一个拥有强制管制权的争端解决机构，而非较之GATT时期制定更多、更自由化的多边贸易规则。

（二）国内公法影响国际法与国家主权平等问题

如所周知，国内公法与等级制及集中化是不可分割的，因此国内公法在影响国际法过程中必然会触及到国际法的一项基本原则，即国家主权平等。

自近代国际法产生以来，国家主权平等几乎是一个不证自明的定理。《联合国宪章》与1970年《国际法原则宣言》是确认国家主权平等的最重要的两份国际法律文件，二战后新兴的发展中国家尤其强调国家主权平等。从思想史的角度说，国家主权平等是国际法学者乃至国家实践采用

[54] Christopher A. Whytock, *Thinking Beyond the Domestic—International Divide: Towards a Unified Concept of Public Law*, 36 *Geo. J. Int'l L.* 155, 158—159 (2004).

[55] See ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, October 22, 2004, Annex; US Bipartisan Trade Promotion Authority Act (2002), Article 3802(b)(3); 2005 US—Uruguay Bilateral Investment Treaty, Annex E. 对这一问题的最新的集中讨论，参见 Karl P. Sauvant (ed.), *Appeals Mechanism In International Investment Disputes*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

了自然法学派的一个主张，即自然状态中的人们之间是平等的。比如，普芬道夫认为：“自然状态下的所有的人都是平等的，国家是国际法上的人格者，因而它们也是平等的”。^[56] 沃尔夫也指出：“所有国家相互间是天生平等的。因为国家被认为是像自由的个人生活在自然状态中。由于所有的人是天生平等的，因此所有国家彼此之间也是天生平等的。”

问题是，对于作为国家主权平等制度渊源的国内私法来说，自然状态中的平等是否完全地映射为现实状态中的平等？答案是否定的。虽然民事权利能力平等是各国民法共同遵循的基本原则，但各国民法同样规定了禁治产等制度，反映个人间存在着事实上的不平等。随着社会分工的日益深化以及法律对社会分工所做的反应，民事权利能力的平等原则正在持续地受到侵蚀。事实上，自然法学派对于自然状态中的人们间平等关系的假设以及国内私法认可这种假设的主要意义在于，确保民事法律主体的平等是一项原则，而不是一项例外，据此公权力在试图否定这种平等时必须提供充足的理由。综观私法发展史，可以发现各国私法主要注重两类权利的平等：第一，某些被认为具有特别重要的权利（基本权利平等）；第二，对权利受到侵犯时给予平等的救济（救济权利平等）。

许多国际法学者对于绝对的国家主权平等也提出了质疑。比如，布赖尔利认为，把国家平等理解成所有国家在法律上都享有平等的权利，这是与事实不符的。正确的理解是，国家平等意味着它们可以获得平等的法律保护。^[57] 王铁崖先生持类似的观点。他认为平等包括法律前平等（equality before the law）和法律上平等（equality in the law）。作为国际法的基本原则，国家平等是指国家在法律前平等，各国都平等地享受国际法所授予的权利，国际法原则、规则和制度应该平等地、不偏不倚地适用于一切国家。但这并不意味着国家在法律上都是平等的，《联合国宪章》容许一些国家在法律上享有特殊地位并不妨碍大小国家一律平等的原则。^[58] 事实上，从前文对国际法应然构成的分析中可以看出，主权平等本身并非国家追求的终极目的，而只是国家保障自身以及国际社会和平与安全，实现国际法治的手段，而主张绝对主权平等并不利于这些终极目标的实现。

从国际法实践角度看，不同国家拥有不同的国际法权利并不是一个新鲜事物。在安理会决策机制中只有五大常任理事国才拥有双重否决权，许多国际组织实行的加权表决制使得某些国家拥有更多的权利。20世纪60年代，时任联合国秘书长吴丹也曾经建议对于那些微型国家只赋予联系成员方地位，^[59] 这一建议虽然没有正式为联合国所采纳，但一定程度上影响了联合国对某些微型国家的接纳。^[60] 诚然，现实中存在的某些国家权利安排只是政治妥协甚至压力的结果，并非经民主慎议后达成的，但坚持绝对主权平等并非当前国际社会的主流。

事实上，差异化的国家权利安排并不意味着没有被赋予特定国际法权利的国家的利益就不能获得平等的表达与保护。以安理会改革为例，虽然并非所有的国家都能够成为安理会成员尤其常任理事国，但通过改革安理会议事制度可以有效地维护非安理会成员国的利益，实现非安理会成员国对安理会决策的实质参与。比如，在决策中加强与非安理会成员国的协商、建立透明化的决

[56] Cited from R. P. Anand, *Sovereign Equality of States in International Law*, The Hague: Recueil des Cours, 1986, II, p. 53.

[57] 前引 [23], J. L. Brierly 书, p. 91.

[58] 王铁崖:《国际法引论》, 北京大学出版社 1998 年版, 第 219 页。

[59] Introduction to the Annual Report of the Secretary-General on the Work of the Organization, 20/UNGAOR, Supp. No. 1A, UN doc. A/60001/Add. 1, 1965.

[60] 比如, 圣马力诺于 1992 年加入联合国, 摩纳哥于 1993 年才加入联合国, 而基里巴斯 (1979 年独立)、汤加 (1970 年独立) 及瑙鲁 (1968 年建国) 这三个国家均直到 1999 年才加入联合国。

策机制等。^{〔61〕}

可见，不管作为国家主权平等源流的国内私法的发展，还是从国际法理论与实践的角度看，国家主权平等原则都不会，也不应当成为国际法借鉴国内公法的障碍。

当然，国内公法影响国际法绝不意味着国家主权以及国家主权平等是不重要的。首先，迄今为止国际关系仍然主要表现为国家间关系，因而国家主权平等原则仍然具有根本的重要性，而差异化的国家权利安排只能是例外的。其次，差异化权利安排的正当性基础主要是事实上的不平等。由于事实上的不平等不是静态，而是动态的，因而差异化权利安排也不应该是静态的，而应该也是动态的。直言之，任何国家都可以通过自身的发展，改变事实上的不平等，从而在更多的方面主张法律上的平等。^{〔62〕}

（三）国内公法影响国际法与国际法中的民主问题

公法与民主是不可分割的，缺乏民主就不可能有真正意义上的公法，民主直接影响到公法制度的建构与运作。虽然国际法中民主问题的出现不当然就是国内公法影响国际法的结果，但国内公法影响国际法的深化必然会使民主问题在国际法中占据越来越重要的地位。

从学术史的角度看，根据政治特征判断某个国家能否在国际共同体中获得某种资格的学术主张早已有之。在《捕获法》中，格老秀斯主张荷兰人可以合法地抢劫“穷凶极恶的敌人”，就是一种“以国家的内部政治或道德特征为基础，从法律上对它们进行区分的国际法观念”。^{〔63〕}虽然这种观念在《捕获法》之后从未销声匿迹，^{〔64〕}但直到冷战结束前，民主问题并未真正地进入国际法学者的视野。^{〔65〕}冷战的结束改变了民主问题游离在国际法学者视线之外的学术传统。不少西方政治人物及学者认为，冷战的结束不仅表明东西方阵营对抗的结束，并且表明市场经济体制对国家经济体制，以及所谓民主体制对非民主体制的胜利，其代表性的学术话语就是亨廷顿提出的“民主第三波论”以及福山提出的“历史终结论”。

值得注意的是，受到晚近一些国际关系学者和国际政治家提出的一种观点——民主政体对于国际和平是至关重要的——^{〔66〕}的影响，一些国际法学者指出，国际法学以往只注意到康德在《永久和平论》中提出了确保永久和平的三个条件中的后两个条件，即所谓“联邦条款”和“世界公民权利条款”，而忽视了第一个条件，即各国建立共和政体（共和条款）。^{〔67〕}他们认为，当前国际法上正在形成一套民主治理的规范，民主正在获得国际人权的地位，“民主政府”正在被列为国家获得承认的一个标准，而民主国家应当竭尽所能地在全世界促进民主。^{〔68〕}不少知名学者，如弗兰克、克劳福德、赖斯曼等，主张应该根据其内部政治特征，即民主抑或非民主政体，

〔61〕 参见中国外交部：《中国关于联合国改革问题的立场文件》（2005年6月10日），第四部分之三；中国常驻联合国代表王光亚在第58、59、69等届联大会议上的发言。

〔62〕 在这方面，近年来中国等发展中国家要求增加在国际货币基金组织（IMF）中所持基金份额是一次突出的实践。以中国为例，1980年中国恢复在IMF的席位时所持基金份额仅占全部份额的2.34%，相应的可投票数仅占总票数的2.28%。随着经济实力的不断增强，中国强烈要求增持基金份额。虽然发达国家一再阻挠，但2008年3月28日，IMF执董会还是通过了份额和投票权改革方案。根据这份改革方案，中国所持基金份额将增至3.997%，可投票数将增至3.807%。

〔63〕 Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 4.

〔64〕 霍尔认为，“国际法是现代欧洲特殊文明的产物，并且形成了一个高度拟制的体系。不能认为不同文明化的国家会理解或承认该体系中的原则，这些国家只能被认为是西方文明的继受者而屈从于它。” William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, 6th edition, Oxford: Clarendon, 1909, p. 39.

〔65〕 [英] 苏珊·马克斯：《宪政之谜：国际法、民主和意识形态批判》，方志燕译，世纪出版集团2005年版，第33页。

〔66〕 See Report of the Secretary-General to the Security Council, *The Causes of Conflict and the Promotion of Durable Peace and Sustainable Development in Africa*, April 1998, para. 77.

〔67〕 前引〔65〕，苏珊·马克斯书，第41页；前引〔11〕，康德书，第109页。

〔68〕 前引〔65〕，苏珊·马克斯书，第1页。

对主权国家进行区分,并以此证成某些大国拥有特权,如进行武力干涉的正当性。^[69]一些学者更是按照西方国家的政治模式详细地勾勒出他们所惬意的国际宪政图景。比如,彼德斯曼认为联合国当前进行的改革缺乏宪政理论的指导,主张应该限制只有那些接受国际人权公约、议会制、强制性第三方裁判机构,以及旨在实现民主和平的新的集体安全体制的国家才能加入联合国。^[70]换言之,联合国应该把那些被认为“不民主”的国家驱赶出去。

但是,从国际实践方面看,无论国际联盟还是联合国,都没有把主权国家的政治特征作为是否赋予其会员国资格的判断标准。^[71]直言之,主权是加入国际联盟或联合国的唯一条件,而政治体制纯属一国内部事务,不容他国置喙。不过,冷战结束之后,联合国的确明显加强了对会员国政治体制问题的关注。虽然目前并未接受一些学者提出激烈的主张,即以建立所谓民主政体作为加入联合国的条件,而主要体现在向会员国及某些非国家实体提供选择援助,^[72]但推进会员国的民主进程已经成为联合国的重要的组织目标与经常性工作。在这方面,安理会1994年第940号决议具有历史性意义,它是首次援引《联合国宪章》第七章为恢复海地的民主体制而授权进行武力干涉。实证考察表明,安理会根据《联合国宪章》第七章做出的许多决议都涉及会员国的民主进程问题,这些决议草案绝大多数是由少数发达国家起草的。^[73]

促进会员国的民主进程也被联合国人权委员会、联合国大会,以及秘书处列为重要的工作目标与内容,它们通过做出非约束性决议,或开展其他行动表达对会员国政治体制的关切。^[74]以欧盟为代表的某些区域组织的实践则激进得多。1991年12月16日,欧盟委员会通过的《关于承认东盟与前苏联地区的新国家的指南》把“法治、民主及人权”确立为国家承认的条件之一,从而根本上改变了国家承认方面的传统实践。《马斯特里赫特条约》第J.1条把“发展与巩固民主与法制,尊重人权与基本自由”确立为欧盟共同外交与安全政策的基本目标,建立民主体制由此成为加入欧盟的前提条件。

总体来看,在国内法影响国际法的过程中,民主问题主要在两种情形下出现:

第一,国际组织如何处理与所谓非民主体制会员国的关系问题。笔者认为,对此问题不能一概而论,应该根据国际组织的基本宗旨而定。就联合国来说,联合国的基本宗旨是维护国际和平与安全,因此除非会员国的政治体制威胁到《联合国宪章》第七章规定的国际和平与安全,否则联合国以会员国实行特定的政治体制为由进行干预就是不正当的,进而把建立民主体制规定为接纳新会员国的条件也是不正当的。与此不同,由于《马斯特里赫特条约》之后的欧盟把促进民主作为组织宗旨之一,欧盟把确立民主体制作为相关国家加入欧盟的前提条件并无不当。

第二,国际组织如何完善自身的民主治理问题。随着国际组织职能的不断扩大与作用的不

[69] See Gregory H. Fox & Brad R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 25-47, 91-122, 239-258.

[70] 前引[33], Ernst-Ulrich Petersmann文, pp. 190-191, 211.

[71] 但在国际联盟与联合国成立及运作早期有这种争论。比如,前社会主义国家苏联直到1934年才获准加入国际联盟。在旧金山会议期间,一些谈判代表拒绝接受弗朗哥法西斯政府执政的西班牙,西班牙最终无缘作为创始会员国加入联合国。

[72] 1992年,第42届联大会议通过第46/137号决议成立提供选举援助的机构,1994年第49/675号决议正式把该机构命名为“选举援助司”。1989年至2005年间,联合国收到了请求给予选举援助的官方请求363次。*Overview Information*, at <http://www.un.org/Depts/dpa/ead/overview.html>.

[73] Edward Newman & Roland Rich, *The UN Role in Promoting Democracy: Between Ideals and Reality*, New York: United Nations University Press, 2004, pp. 65, 69.

[74] 比如,1991年,联合国大会通过了“增强定期与真正选举的原则的有效性的决议”(GA Res. 45/150, UN GAOR, 45th Session, Supp. No. 1, UN Doc. A/45/1(1991))。又如,1999年,联合国人权委员会通过了“促进民主权利的决议”(CHR Res. 1999/57)。向有关国家派遣监督选举的国际观察团已经成为秘书处的一项经常性工作。

增强，国际组织在改善内部民主与外部民主两个方面普遍面临着强大的压力。前者要求国际组织内部机构的行动应该遵循民主原则，后者是指国际组织在处理与其以外的行为体，特别是全球市民社会的关系时应该遵循民主原则。晚近，包括联合国、WTO、国际货币基金组织在内的国际组织都在采取一些措施以促进自身的民主治理，国内公法的某些规范，比如透明度要求等正在被越来越多的国际组织所采纳。值得注意的是，某些西方国家或学者热衷讨论的是第一种情形下的民主问题，而很少关注第二种情形下的民主问题，暴露出明显的意识形态倾向，应予坚决批判。

总之，对于在国内法影响国际法过程中涌现出来的民主问题，国际社会不能简单地予以肯定或者否定，而应当根据不同的情况或是坚决拒绝所谓的民主诉求，如干涉主权国家政治体制；或者积极地回应民主的期待，如加强对市民社会的开放与合作。^[75]

（四）“谁的”国内公法影响国际法

如所周知，影响国际法的首先是罗马私法。这是因为罗马私法所反映的市场经济关系很大程度上具有跨时空性。经由《法国民法典》、《德国民法典》以及《瑞士民法典》，罗马私法影响了全世界的民事立法。尤其是，晚近市场经济体制的全球范围内的接受使得各国私法很大程度上实现了趋同化，由此可以认为影响国际法的私法基本上反映了各国的法律实践，进而可以说，各国在实质上大体平等地参与了私法意义上的国际法的形成与发展进程。与此不同，作为公法发达化的基础或者与之密切相关的政治制度、政治文化本身就是属于上层建筑。根据历史唯物主义的观点，虽然经济基础对于上层建筑具有决定性作用，但上层建筑在一定条件下可以自在于经济基础，从而呈现出多样性。现实世界中，各国政治制度之间的差别远远超过经济制度之间的差别，即便拥有相同经济制度的国家的政治制度也往往大相径庭。

鉴此，“谁的”国内公法影响国际法就是一个至关重要的问题。在这方面，答案几乎是没有任何悬念的，那就是少数西方国家的公法完全主导了国际法的发展。以联合国法律体系为例，《联合国宪章》的草案拟定及谈判过程几乎完全操纵在美国之手，^[76]有学者甚至认为《联合国宪章》以及许多联合国机构的组织章程“90%都是美国人创造的”。^[77]从多边贸易体制的经验看，杰克逊与彼德斯曼坦言，推动多边贸易体制宪政化进程的主导力量就是美国与欧共体。^[78]

应该承认，西方国家的公法在影响国际法方面发挥主要作用具有某些合理性。如所周知，现代意义上的公法无论从思想还是从实践方面看源于西方：前者源于西方的启蒙运动，后者源于美国、法国制定的成文宪法。历经百余年社会变迁的洗礼，西方国家的公法在价值体系的完整性以及规范体系的科学性方面确实是非西方世界的公法所能媲美。不仅如此，根本上说，西方国家的公法是人类社会在规范公共关系与公共秩序方面所建构的知识体系的组成部分，因此，从促进国际法治的角度看，西方发达国家的公法作为影响国际法的主导力量是无可厚非的。

但是，这完全不意味着西方国家的公法可以无条件地、无限制地、排他性地移植于国际关系领域，更不能基于权力政治规则，以国际法为媒介甚至为幌子强行推销它们的公法。这是因为：首先，西方国家的公法本质上仍然是一种“地方性知识”，尽管这种知识较之同样作为“地方性知识”的非西方世界的公法具有一定的优势，但无论从逻辑、经验，还是道德角度上说，都不能

[75] 参见中国外交部：《中国关于联合国改革问题的立场文件》（2005年6月10日），第四部分之一。

[76] 详见 Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nation: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 2-5.

[77] José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 67.

[78] 参见 [美] 杰克逊：《世界贸易体制——国际经济关系的法律与实践》，张乃根译，复旦大学出版社2001年版，第373页；Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism and WTO Law: From a State-Centered Approach towards a Human Rights Approach in International Economic Law*, in Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick (eds.), *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 32-33.

排除非西方世界的公法在影响国际法方面发挥作用。其次,在各主权国家普遍没有政治意愿,并且没有必要建立世界国家的情况下,国际法也不能完全吸收在民族国家语境中生成与发展的公法,包括西方国家的公法,而这一点与公法的西方或非西方属性并无关系。

四、结论与启示

为了更好地维护国际和平与安全,实现国际法治,国际法应当包括私法意义上的国际法与公法意义上的国际法。由于奉平等精神为圭臬的罗马私法契合了三十年战争后欧洲社会重建交往秩序的内在要求,因而近代国际法的形成与发展受到罗马私法的强烈影响,私法意义上的国际法应运而生。不过,随着国际社会交往日益频繁而复杂,出现不同形式的等级制与集中化架构,发展公法意义上的国际法势所必然,否则这些等级制与集中化必将为权力政治所笼罩,私法意义上的国际法也必将权力政治所破坏,国际共同体也将瓦解。因此,认为国际法是“更高级的私法”的主张虽然揭示了在特定历史时期里国际社会对国际法基本精神的追求,并且这种追求在当前仍然具有极为重要的现实意义,但它不能反映当代国际社会对国际法的全部期待,也不符合国际法的客观现实。

作为后发的法律秩序,国际法在发展过程中借鉴较为成熟的国内法是很自然的。不过,由于现代意义上的公法的出现以高度发达的等级制与集中化政治制度(国家)为前提,因而以此为借鉴发展公法意义上的国际法与传统的私法意义上的国际法之间必然存在着一种紧张的关系。正确地理解这种紧张关系不仅关系到国内法影响国际法的正当性,而且关系到未来国际共同体的形态。尤其值得注意的是,由于公法赖以存在的政治制度本身就属于上层建筑,因而各国公法在法律价值、制度规范方面都存在许多重要的差别,这就产生了不同国家在参与发展公法意义上的国际法方面的公平性问题,在权力政治现象频仍的当今世界,这种公平性尤其容易受到漠视、损害。随着国际关系的日益复杂以及国际性等级制与集中化架构的作用日益突出,维护国际和平与安全,实现国际法治,乃至维护私法意义上的国际法,都迫切需要发展公法意义上的国际法。在这个过程中,虽然国内公法与国际法并不具有完全的同构性,但前者对于后者无疑具有重要的借鉴价值。

对于中国国际法学界来说,这一重要的理论与实践动向可谓挑战与机遇并存。一方面,它使得中国学者在与西方国际法学者进行学术对话的同时,也要与西方国内公法学者进行学术对话,因为西方国际法学者正在大量地借鉴它们国内的公法学说。另一方面,这一动向也为中国国际法学者与国内公法学者之间建立跨学科的学术互动,打破长期以来两个领域的学者基本上处于相互隔绝的状态提供了机遇。

这种互动甚至也有利于中国国内公法理论的发展,因为中国对外法律实践鲜有进入国内公法学者的研究视野。与此同时,这一动向对于我国的国际法实践也会产生重要的影响。这是因为,作为国家主权平等原则的坚定捍卫者,中国素来主张各国,尤其弱小国家拥有平等参与国际事务的权利。本文的讨论表明,中国应该更深入地理解国家主权平等的含义与价值,积极地参与促进建立公正的公法意义上的国际法的发展,避免少数西方国家以国际法为媒介甚至为幌子把它们本国的公法制度强行推销给非西方国家。这是中国作为一个负责任的大国可以且应当对国际社会做出的贡献,与中国强调维护弱小国家的权利的传统也是不矛盾的。

Abstract: It is very clear that, private law has great impact on the emergence and development of international law. The reason is that, international law regulates the relationship among sovereign states, and sovereign rights equality is the fundamental principle of international law. Thus pri-

vate law, derived from Rome, which also emphasizes the equality among private persons, was quickly introduced into the construction of new order of international relationship in modern time. Private law is the earliest source of the theories and systems of international law, and has facilitated the prosperity of international law.

However, along with the further development of international relationship, the more and more frequency and complex of international intercourse, and the more and more important positions of international organizations and private persons in international relationship, some kind of ranked and centralized mechanism should be established to adapt to the new reality of international relationship. So it is also necessary to learn from the theories and doctrines of public law. This paper suggests that, there are already some indications of the influence of public law on international law. As far as theories are concerned, constitutionalism in international law has been widely discussed, and global administrative law has spring up. In practice, the element of constitutionalism emerges more and more frequently in determinations of international organizations and rulings and judgments of international court and other agencies to settle international disputes. But such practices are limited.

There exist some hindrances for international law to learn from public law, such as the sovereign rights equality principle, democracy in the international society, and so on. These hindrances should be paid attention to. The movement that public law has more and more influence on international law has great significance to Chinese theories and practices of international law.

Keywords: international law, private law, public law, new order of international relationship
