

# 理想主义还是新帝国主义？

——当代国际法宪政化理论批判

程卫东

**内容提要：**冷战结束后，一些西方特别是欧洲的国际法学者主张国际法宪政化，将宪法的一些价值与原则引进国际法，增强国际法对国家及其行为的约束力。但是，从马克思主义关于法的社会基础、法的本质以及国家观等角度来分析，国际法宪政化在理论上均存在重大缺陷，国际法宪政化缺乏必要的社会基础，同时也是对国际法性质与国家本质的一种误读。世界主义的国际法宪政化理论并没有充分反映现实中国家的复杂的利益计算，只是一种近于乌托邦的理想，而规范性的国际法宪政化则是一种变相的欧洲/西方中心论。无论哪种形式的国际法宪政化理论，都不是国际法改革的方向。国际法改革还是应该植根于国际社会的实际情况，从更好地在新形势下实现国际法的功能角度出发，去完善、创设国际法规则。

**关键词：**国际法 宪法 宪政化 国际共同体

## 引言：国际法宪政化——西方国际法学界的一个热门话题

自威斯特伐利亚体系建立以来，两个规范国家及其行为的法律体系逐渐形成：一是宪法，在一国之内规范政府的组成与行为；二是国际法，在国际关系中规范国家间行为。<sup>①</sup>两个法律体系在功能、原则、规则、立法与适用等方面迥异。从实践效果来看，宪法所取得的成就巨大，在国家机构组织形式、权力运行机制、公民权利保护等方面，发挥着越来越重要的作用，宪法在一国之内的权威地位得到了普遍的承认与尊重；而国际法虽然在规范国家行为、维护国际秩序、促进国家间合作等方面也发挥着重要作用，

<sup>①</sup> Federico Fabbrini, "The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective", *European Journal of Legal Studies*, Vol.6, Issue 2, 2013, p.11.

但是,国际社会对国际法的性质与约束力存在不同的理解,国际法的有效性、稳定性与权威性一直受到挑战。如何进一步完善国际法,使国际法在规范国家行为、维护国际秩序方面发挥更大的作用,一直是很多国际法学者探讨的一个重要议题。将宪法理论与实践同国际法结合起来,主张国际法宪政化便是其中重要的探讨方向之一。

国际法宪政化在很多西方国家都有支持者,但其思想之源在欧洲,特别是康德的世界主义观。<sup>①</sup>1926年,德国国际法学家菲德罗斯提出了国际法律共同体宪法化的概念与理论,<sup>②</sup>但此后半个多世纪,由于二战与冷战的国际背景,国际法宪政化不论在理论上还是在实践上,都影响甚微。随着冷战的结束与全球化的发展,20世纪90年代之后,国际法宪政化日益成为国际法学界讨论的一个热门话题,并在欧洲国际法实践中日益产生重要影响。

到目前为止,不论是关于国际法宪政化的概念还是具体内容,国际法学界并不存在共识,不同学者对之理解不同,提出了不同的理论。大体来看,国际法宪政化理论可以分为两大类:一类是描述性的理论,将国际法发展中的某些现象,特别是国际组织法与国际强行法的发展,视为国际法的一种宪政化现象;另一类是规范性理论,将国内宪法理论的基本概念移植到国际法律秩序中,用宪法理论改造国际法理论,用国内宪法的价值和原则改造国际法,使国际法具有某种国内宪法的特征与功能。<sup>③</sup>描述性的国际法宪政化理论是借用宪法理论的相关概念来描述、分析、探讨国际法发展中出现的新现象、新特征,虽然其最终目的也是促进对国际法的变革,但它最主要的目的还是用宪政化理论来认识国际法现状与发展的特征,对国际法的改造力相对较弱。而规范性理论的目的则在于改造现有国际法,使之在法律原则、规则、效力方面具有新的特征。规范性国际法宪政化理论从形式上看是对国际法本身的改造,实质上是对国际法与国家的关系、国家之间的关系、国家与个体之间关系的一种新主张与重塑。两种国际法宪政化理论本身都有很多值得探讨的问题,但考虑到规范性国际法宪政化理论对国际法与国际关系在实践上具有更深远的影响,本文批判的主要是规范性的国际法宪政化理论。

国际法宪政化理论虽然众多,但在很多方面,特别是在以下三个核心观点上存在共性:第一,从社会基础上看,由于全球化导致国际社会转型,国际社会已逐步形成一

<sup>①</sup> Jürgen Habermas, *The Divided West*, Cambridge, Malden: Polity, 2006, p.115.

<sup>②</sup> Christine E. J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2001, p.7.

<sup>③</sup> Thomas Kleinlein, "Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol.81, No.2, 2012, p.81.

个国际共同体或在全球化时代应该构建一个国际共同体,因此,国际法只有通过宪政化才能适应国际社会转型的需要;第二,从核心内容上看,国际法应吸收国内宪政的价值与原则,将国内宪法的理念移植到国际法体系之中,特别是民主、法治、人权等价值;第三,从目的上看,国际法宪政化是要建立一个新的国际法律秩序,在这个法律秩序中,国际法对所有形式的政治权力都给予限制,特别是对国家行使权力的合法性进行规范与限制。

从表面上看,国际法宪政化理论探讨的目的似乎是将宪法的优点纳入国际法,通过改造国际法来增强国际法的效力,以更充分发挥国际法的作用。但是,法律即政治,<sup>①</sup>不同的法律总是反映了特定政治目的与政治利益。宪法与国际法是在不同政治背景下制定的,反映了不同的政治目的与政治利益,将二者结合起来,以一种抽象的宪政化来改造国际法,既不具有理论上的合理性,在目前条件下,也不具有实践上的可行性。对此,以欧洲为代表的很多西方国际法学者是很清楚的,但他们仍致力于探讨国际法宪政化的理论与实践。这一方面反映了部分国际法学者对国际法所抱有的理想主义信念,另一方面也反映了一些学者对国际法所抱有的工具主义观。

国际法宪政化理论以理想主义的普遍价值为导向,具有很强的欺骗性,必须以马克思主义理论、观点与方法,对之进行深入的批判性分析,才能认清其本质,进而在此基础上对国际法的发展与改革提出具有现实合理性的理论与观点。

## 一 国际法宪政化缺乏必要的社会基础

任何法律都植根于一定的社会基础,正如马克思所指出的:“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。”<sup>②</sup>国际法,如同国内法一样,其产生与发展都是与一定的社会条件相联系的,只有以社会为基础的国际法才能适应国际社会的需要,才能发挥国际法应有的功能。

要正确认识国际法的社会基础,首先应明确什么是国际法。国际法的权威之作《奥本海国际法》将国际法释义为“对国家在它们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体”,<sup>③</sup>这表明国际法是调整国家间关系的法律规范。从历史起源看,国际法是随着

<sup>①</sup> [美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,北京:中国政法大学出版社2005年版,第5页。

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯全集》(第6卷),北京:人民出版社1961年版,第291-292页。

<sup>③</sup> [英]詹宁斯·瓦茨修订:《奥本海国际法(第一卷·第一分册)》,王铁崖等译,北京:中国大百科全书出版社1995年版,第1页。

欧洲基督教秩序的衰落和新兴主权国家的兴起而发展起来的。它在某种程度上拯救了欧洲,使欧洲在主权国家之间形成了一种新的共存秩序。欧洲的国际法秩序伴随着非殖民化运动而获得了全球的认可,并在全球范围内发挥着重要作用。从这个意义上讲,主权国家并存,相互之间因互动形成各种关系,由此形成一个国际社会,这是国际法赖以产生与存在的最根本的社会基础。<sup>①</sup>国际法是在国际社会基础之上产生的法律。它之所以产生并具有存在的价值,就是因为国际法能够调整国家之间的关系,为之提供一个准则,使国家能够共存、合作,为各国发展提供必要的国际环境。

现有的国际法体系都是在这个社会基础上形成并发挥作用的。这样的体系,由于缺少国内法体系所依赖的国家,因此,它在法律的系统性、全面性、内在一致性、效力等方面无法与国内法体系相提并论而具有天然的不足。但这种不足是由其社会基础所决定的,不是简单地通过法律本身的改革就能够克服的。

国际法宪政化理论试图以国内宪法的资源改革国际法,使之具有与国内法同等的效力。为论证其合理性,国际法宪政化理论试图为之寻找或构建一个社会基础,就是国际共同体或类似的共同体。这些理论认为,冷战结束后,随着全球化快速、全面而深入的发展,国际社会面貌发生了根本性的转变,其中一个重要方面就是,传统的以国家为中心的国际秩序走向多元化,国际社会正在成为一个国际共同体。所有关于国际法宪政化的讨论都基于这样一个共同的前提,即认为存在一个或者应该构建一个国际(全球)共同体,这个共同体具有共同的目标和普遍的利益。<sup>②</sup>这样的国际共同体需要具有普遍约束力的法律,传统的以国家为中心的国际法必须进行宪政化改革才能适应新形势的需要。据此可以认为,国际法宪政化理论是否站得住脚,一个核心问题是它所依赖的社会基础,即国际共同体是否真实存在。

国际共同体在国际法中其实是一个由来已久的概念,16世纪葡萄牙国际法学家苏亚雷兹就提到国际共同体概念,认为在传统的主权国家之上存在着一个普遍的共同体。康德的世界主义与永久和平论也是建立在国际共同体概念基础之上。<sup>③</sup>但早期国际共同体概念更多的是理论上的概念,缺乏现实基础,对国际法的发展影响甚微。而由于全球化推动国际社会交往更加频繁、密切和广泛,交往主体也从国家扩展到非国家主体,这为新的国际共同体概念的复兴提供了更多的现实资源。当代国际法领域关

<sup>①</sup> 梁西:“国际法的社会基础与法律性质”,《武汉大学学报(社会科学版)》1992年第4期,第32页。

<sup>②</sup> Samantha Besson, “Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy”, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman eds., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York: Cambridge University Press, 2009, p.392.

<sup>③</sup> Aoife O’Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.212.

于国际共同体的讨论,主要有两种类型:一是以国家为基础的国际共同体;二是世界主义共同体。

美国学者托马斯·弗兰克是国际共同体新理论的代表人物之一。他将共同体概念建立在持续交往与交易的社会系统之上。在人类进入新世纪之时,弗兰克认为,由于日益增长的相互依赖意识,很明显,国际社会出现了一个全球共同体。<sup>①</sup>虽然国际共同体并不导致国家的终结,但它与国家共存。而且,国际共同体的出现,要求有相应的新规则及创设新规则的合法程序,共同体必须保证共同体体系内的公平性,每个成员都必须按法律的要求行事。弗兰克将共同体的理念作为其思考国际法未来发展的一个重要基础,并在此基础上提出了国际法民主规范论(国际法宪政化的一个重要方面)。<sup>②</sup>

弗兰克的国际共同体论被认为仍是一种基于国家主义的理论,因为他的共同体概念仍然强调连贯性、国家间互惠与共享的道德价值与命令等。<sup>③</sup>不过,他强调这样的共同体是以规则为基础的共同体,<sup>④</sup>国际法宪政化在其中能发挥重要作用。

世界主义的共同体观则更为彻底。它认为国际共同体不是以国家为基础的,而是一个单一的世界共同体。它的核心观点是:一个全球性的共同体是建立在不同形式的机制基础之上,这些机制代表整个人类,并维护公正与权利;这个共同体是以权利为基础的共同体;它寻求建立的国际法是一种公平的、参与式的,强调国际机构与个人在国际法律秩序中能够发挥重要作用。<sup>⑤</sup>

不论是以国家为基础的国际共同体还是世界主义国际共同体作为国际法宪政化的社会基础,都存在根本性缺陷。世界主义国际共同体在现实中并不存在,随着人类交往的增加,人权保护得到了越来越普遍的承认,国际组织在国际事务中也发挥了日益重要的作用,但这些变化并未导致一个单一的国际社会的出现。在国际治理中发挥重要作用的国际组织仍然是国家间组织,并未形成一个以权利为基础的共同体;而且对于全球政治与人类生活来说,国际组织还是从属性的。国际社会并未形成一个能够代表全人类的政治组织与政治机构。马克思主义认为,法律在本质上不是立法者的主观意志,而是事物本质的外在反映。<sup>⑥</sup>世界主义的国际共同体只是一个观念上的共同

<sup>①</sup> Aoife O' Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, pp.214-215.

<sup>②</sup> Thomas M. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", *American Journal of International Law*, Vol.86, No.1, 1992, p.46.

<sup>③</sup> Aoife O' Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, p.217.

<sup>④</sup> Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1990, p.91.

<sup>⑤</sup> Aoife O' Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, pp.217-219.

<sup>⑥</sup> 公丕祥主编:《马克思主义法律思想通史》(第一卷),南京:南京师范大学出版社2014年版,第122页。

体,并未反映当今世界的本质,在此基础上主张国际法宪政化,也就成为无源之水、无本之木。

而弗兰克所谓的国际共同体本质上还是以国家为基本组成单位的国际社会,只不过因为在全球化推动下,国家之间的相互依赖程度日益加深,越来越多的事务具有了国际性、全球性的特征。从治理角度看,不仅国家的决策与行为的影响越来越超出国界,对其他国家甚至整个国际社会都产生了越来越重要的影响,同时,由于越来越多的事务本身具有了跨国或国际性特征,国际组织参与治理与决策的事务与情形也越来越多,传统上在国家层面治理与决策的事项,日渐转移到国际层面,对国家和个人生活都产生了重大影响。由此产生了很多新的法律问题,特别是如何制约国家行为对国际社会的负面影响,以及如何解决国际层面决策的合法性等。但是,国际社会的变化是否必然导致国际法宪政化,取决于变化的性质,取决于变化是否改变了国际社会的性质。

如何认识全球化带来的国际社会的变化?全球化是否导致国际社会在性质上发生了根本性的变化?答案是否定的。作为一个宪法意义上的政治共同体,至少要具备两个条件:其一,共同体成员拥有共同的、相互依赖的利益与目标;其二,将成员组织起来以实现这些目标。<sup>①</sup>虽然在国际社会中,国家之间及个体之间共同利益越来越多,在很多方面也拥有共同的目标,但是一方面,国家与国家之间在很多重大利益上存在竞争甚至冲突,个体的重大利益仍然依赖于国家;另一方面,国际社会成员之间只是存在有限的共同利益。现有的国际组织及其他国际机制只是以国家同意与认可的方式组织起来的,用于处理共同利益与共同面临的问题,并未将人类政治与社会生活中的其他方面交由国际组织或国际机制来处理。国家而不是国际组织是实现特定范围内成员共同目标的政治单元。全球化使得人类共同利益与共同目标不断增加,基于此,二战结束后,国际法不论在范围还是约束力上,都得到了前所未有的发展。但是全球化的结果并未在全球范围内形成一个如同国家范围内成员的共同利益与目标,也未使得日益相互依赖的国家与个体共同构成一个国际政治共同体。<sup>②</sup>因此,现有的国际社会基础不足以支持一个在效力上高于国内法的国际宪法。

国际社会的变化,必然会导致法律上相应的改变,而改变分为质变与量变。法律的量变是指在一定类型的历史条件下法律在内容上的更新与体系上的调整,但法律的根本性质不变;而法律的质变是指由于社会生产方式发生了根本性的变革而导致法律

---

<sup>①</sup> James Bohman, "Republican Cosmopolitanism", *Journal of Political Philosophy*, Vol.12, No.3, 2004, pp.340-341.

<sup>②</sup> Samantha Besson, "Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy", p.398.

类型的历史更替。<sup>①</sup>当代国际社会的变化并没有导致国际社会性质的根本改革,建立在国际社会基础之上的国际法也不会发生质的变化,走向宪政化之路。

综上,从马克思主义关于法律社会基础的观点分析,国际法宪政化理论不是基于现实的国际社会基础,而是基于一种想象的或错误认知的国际社会基础,因而不可能取得成功。

## 二 国际法宪政化理论对国际法性质的认知错误

把宪政引入国际法,大体上有三个策略:其一,语义学策略,即通过调整宪政语言,使之能够适应国际秩序的特殊性;其二,对应性策略,即在国际法领域寻找宪政功能、宪政要素或宪政实质;其三,伦理-实用策略,即通过将法律上的探讨延伸至伦理与实用领域,并使用宪政方面的语言。<sup>②</sup>第一种策略并非从实质上改变对国际法的认识或改造国际法,它只是将国际法上一些原则性规定视为国际法上的“宪法”。<sup>③</sup>第二种策略是一种类比的方法,它借用或参考国内宪法上的概念或要素来分析国际法,实际上是国际法分析的一种方法。而第三种策略则属于规范性重构的方法,包括伦理与实用之间很多不同的理论,其共同点是从伦理与实用的角度重新设计国际关系,重塑国际法。<sup>④</sup>

伦理-实用策略是实质性主张国际法宪政化的策略,其实现途径与核心内容是将国内宪法的原则与价值移植到国际法中,让国际法具有如国内宪法一样的上位法的效力,从而使国际法对国际法主体特别是国家具有法律约束力。这既是对国际法性质的一种误读,也是对宪法价值的一种误解。

国际法与宪法虽然都是随着主权国家的兴起而发展起来的,但由于二者在立法方式、调整对象、规范目的等方面存在根本性区别,二者内在的法律原则与规则体系也完全不同。国际法固然是调整国际关系的法律,但在国家之上一直不存在一个高于国家、能够对国家行使类似于主权利力的机构。因此,传统国际法形成的依据是国家的同意,条约的缔结和习惯国际法的形成均是如此。虽然强行法规范的出现,在一定程度上冲击了以同意作为国际法立法前提的传统认知,但“国际法只对已经同意的国家

<sup>①</sup> 公丕祥主编:《马克思主义法律思想通史》(第一卷),第212页。

<sup>②</sup> Oliver Diggelmann and Tilmann Altwicker, “Is There Something Like a Constitution of International Law?”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.68, No.3, 2008, pp.632-633.

<sup>③</sup> [美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,第43页。

<sup>④</sup> Oliver Diggelmann and Tilmann Altwicker, “Is There Something Like a Constitution of International Law?”, p.639.

具有约束力这一原则仍然是国际政治体系的公理”。<sup>①</sup>这意味着国际法是一种功能性的法律,而不是依据既定法律原则构建起来的具有严密逻辑结构、内在一致性和体系完整的法律。

国际法作为一种规范性秩序的出现,根本原因在于实现某些社会功能的需要,其中最基本的就是国家的共存与合作。实际上,每一个由不同的差异性单元组成的社会,都需要某种共存的法律或规则。在现代国家出现之前就存在着万国法(jus intergentes),用以规范不同民族性团体之间的关系,保障它们的共存。现代国际法自始也具有这样的目的,而且从未改变过,那就是确保在一个多元化的社会中国家之间的共存与合作。<sup>②</sup>国际社会各政治体之所以需要共存,是因为共存乃是每个政治体存续之前提,只有共存,才能确保每个政治体的存在。一个无序的国际社会则让每个政治体的生存时刻面临巨大的危机,而且要为存续付出巨大的代价。国际法之产生与存续,就是要在国家之间建立一种秩序,使得国家能够共同生存。同时,不同的国际社会与不同的国际关系,对于单个国家的利益及整体国际利益也会产生不同的影响。合作是各方利益及整体国际利益最大化的最佳也是唯一的途径。国际法为合作提供了必要的规则以及解决冲突与纷争的机制。正是在这个意义上,哈贝马斯指出,国际法与国家宪法在本质上有所不同,它的目的是协调与塑造权力之间的关系,而不是建立一个新的政府性的权力机构。<sup>③</sup>

只要国际法产生与发挥作用的社会基础没有改变,国际法的核心基本功能就不会改变。冷战结束以来,国际社会虽然发生了深刻的变化,但是,如上所述,这种变化并没有从根本上改变国际格局,国际社会仍然是由众多存在巨大差异性的国家组成。而且,二战后由于非殖民化运动以及冷战结束后苏联与南斯拉夫的解体,诞生了很多新国家,国际社会内部的差异性不是减少,而是在加大。国家之间的共存与合作仍然是国际社会要实现的基本目标,甚至比以往更为重要。没有国家间的共存与合作,一切其他目标都无从实现。

因此,国际法是规范、协调国际社会多元性、差异性的一个工具性法律。<sup>④</sup>国际法的这种基本属性决定了国际法体系的很多基本特征,特别是国际法的目的、内容与规则的制定或形成。从目的上而言,国际法是为国家在国际社会中的行为提供基本规

① [美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,第36页。

② Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *The American Journal of International Law*, Vol.77, No.3, 1983, p.418.

③ Jürgen Habermas, *The Divided West*, Cambridge, Malden: Polity, 2006, p.133.

④ Gunther Hellmann, "Power and Law as Ordering Devices in the System of International Relations", in Stefan Kadelbach et al. eds., *System, Order, and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p.468.

范,致力于解决国际社会面临或存在的共性问题;从内容来看,国际法主要涉及国家间关系与国际行为的规范;从制定或形成过程来观察,国际法主要是源于国家的意志。国家既是国际法规范的主要对象,也是国际法的创立者。

而宪法与宪法秩序则不同,它是宪政化的结果。宪政化的过程包括了宪政要素的出现、创设或确认。<sup>①</sup>但宪政化并不是一个纯粹主观的过程,而是基于特定的历史条件。各国宪法的规则与原则,实质上与其要实现的宪政功能直接相关。国内宪政是在一定的领土范围内,通过宪法组织国家、规范国家的政治权力、提供政治行为准则、为治理提供合法性、维护国家的统一,以及保护个人权利等。这些功能与国际法要实现的功能显然完全不同。虽然从维护国际秩序、和平与安全角度看,一国国内的行为也具有重要意义,但宪法的功能主要还是限于一国之内。正是在这个意义上,即使存在某种类型的国际宪政的讨论(如语义策略),它与国内宪法的讨论也没有直接的关联。<sup>②</sup>

国际法宪政化是试图将部分国家的宪政经验延伸到全球层面,认为它们也适用于国际社会及所有国家。托克维尔早就警示过这是一种无效推论,即从某一命题可能(区域性地)对任何一个分析单元都是真的这一事实,我们不能得出结论说,它可能(世界性地)对全部单元都是真的。<sup>③</sup>实际上,每个国家的宪法都不能从抽象的宪法概念、宪法理论去理解,而是要放诸各个国家特定的历史与现实基础上去认识。

马克思、恩格斯正是从现实的生产方式与交往活动出发去揭示法律的本质。在《德意志意识形态》一文中,马克思与恩格斯指出:这种唯物史观,“不是在每个时代中寻找某种范畴,而是始终站在现实历史的基础上,不是从观念出发来解释实践,而是从物质实践出发来解释各种观念形态”。<sup>④</sup>从唯物史观出发去理解各国宪法,就能理解每个国家宪法的特殊性。当然,由于时代特征、不同文明之间的交流与借鉴,不同国家宪法在很多方面也表现出了一些共性的内容,如民主、法治、尊重人权等。但在这些共性之下又各有自己的特殊性,如在民主方面,不仅存在着资本主义民主与社会主义民主之分,而且不同西方国家之间也存在着不同的民主形式。正如赫尔德所言:“全世界所有的政治制度把自己说成是民主制度,而这些制度彼此之间无论是在言论还是在行

<sup>①</sup> Karolina Milewicz, “Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Towards a Conceptual Framework”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16, No.2, 2014, p.628.

<sup>②</sup> Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential Fundamental International Norms and Structure”, *Leiden Journal of International Law*, Vol.19, Issue 3, 2006, p.597.

<sup>③</sup> [美]乔恩·埃尔斯特:“宪法选择的后果:对托克维尔的反思”,[美]乔恩·埃尔斯特、[挪]朗内·斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,北京:三联书店1997年版,第96页。

<sup>④</sup> 《马克思恩格斯文集》(第1卷),北京:人民出版社2009年版,第544页。

动方面都常常迥然不同。”<sup>①</sup>每个国家都是从自己的国情和现实状况出发,实施民主、法治与人权,因此,并不存在一个绝对的关于民主、人权、法治的标准。<sup>②</sup>而国际法宪政化理论从国内宪法中抽出一些抽象的价值与原则,以此改造国际法,完全是对宪法价值与原则的一种有意或无意的误解。

此外,国家宪法中都包含多项价值与原则,这些价值与原则并不存在一个逻辑严密或先验的等级秩序,只有享有主权的国家能够依靠国家力量,在这些价值与原则发生冲突时进行平衡、协调及做出选择,如在反恐情形下,国家安全与公民自由之间的价值平衡。而在国际法领域,不存在这样权威的力量,能够对不同价值与原则进行选择与平衡。将国内宪法上的价值与原则引进国际法,在各价值与原则发生冲突时,只会导致国际法的失灵甚至国家间的冲突与对抗。因此,正如一些学者指出的,宪政只能在国内法律秩序内形成,将之移植到国内法律秩序之外不具有合法性,都是一种幻想。<sup>③</sup>

规范性的国际法宪政化是对国际法功能的一个挑战,特别是它打破了关于国际法意识形态中立的要求,使得国际法本身成为一个争议的对象。如果国际法变得不稳定,其功能必将遭到破坏。由于国际法调整与规范的国家彼此之间在价值、意识形态、社会历史条件等方面存在差异,这在客观上要求国际法除了与其功能相关的价值,如和平、平等之外,不能赋予其具有意识形态特征的价值,意识形态中立是对国际法的一个基本要求,也是国际法的一个基本特征,是国际法概念中的应有之义。<sup>④</sup>而国际法宪政化将国内宪法价值与宪法原则引入国际法中,实际上赋予了国际法以某种意识形态。但是,在国际社会中,并不存在共同认可的普遍的宪法价值与原则。在此情形下,国际法宪政化必然导致国家之间的一种冲突与竞争,导致不同国家对国际法的不同态度与立场。国际法宪政化不仅不能强化国际法的作用与功能,相反,它会导致国际社会的分裂与冲突,这与国际法的功能相违背。当然,这并不是说,国际法不能发展出以《联合国宪章》为代表的现行国际法所包含的和平、平等之外的其他价值与原则,但国际法任何新的价值与原则的形成,必须以国际社会实践、以国家的共识为基础,而不是通过一个所谓的宪政化过程来创设。

① [英]戴维·赫尔德:《民主的模式》,燕继荣等译,北京:中央编译出版社2008年版,第1页。

② 从欧盟与成员国间关于法治的争议中就可以发现,即使在欧盟内部,欧盟与成员国之间、成员国之间在法治的理解上也存在着差异。参见程卫东:“多元法律秩序与欧盟法治的局限性”,《欧洲研究》2016年第1期,第1-14页。

③ Neil Walker, “Taking Constitutionalism beyond the State”, *Political Studies*, Vol.56, Issue 3, 2008, pp.520-521.

④ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, p.420.

哈贝马斯认为,宪政是政治权力法治化的终点,<sup>①</sup>而政治权力法治化需要社会共识。现在的国际社会并没有形成一个国际共识,国际社会只是由各个国家为单元的集合体,在这个集体中,并不存在对所有政治权力法治化的共识。因此,哈贝马斯本人对国际法宪政化并不乐观。<sup>②</sup>从马克思主义法律性质观点来看,国际法宪政化将宪法与国际法的性质混为一谈,自然是沒有出路的。

### 三 国际法宪政化理论对国家本质的误读

从表面看,国际法宪政化的目的是建立一个全球秩序。但是,传统国际法实际上已经在国家之间建立了一个全球秩序,国际法宪政化实际上想要的是一个不同于现有国际秩序的新秩序。宪政化讨论的核心是政治权力,国际法宪政化理论的最终目的还是回到对主权国家的限制与规范这个根本上来。

传统国际法对国家本身就是一个外部制约,但仅在实现国际法基本功能意义上并在国家同意的基础上,对国家进行制约。国家是一国之内公权力享有与行使的主体,除对外关系领域外,国家对内享有高度自治的权力。国际法宪政化论者认为,传统国际法对国家行使权力的限制还不够,试图将国家置于国际法更大的约束之下。它的核心要义是,一个国家政府的合法性由国际标准而不纯粹是由国内标准来确定。<sup>③</sup>这既是对国际法功能的高估,也是对国家本质的一种误读。

马克思主义经典作家第一次科学地揭示了国家的本质。恩格斯指出:“实际上,国家无非是一个阶级镇压另一个阶级的机器,而且在这一点上民主共和国并不亚于君主国。”<sup>④</sup>国家在表面上是作为凌驾于社会之上的力量而发挥管理作用,但实质上它是实行阶级统治的社会公共权力机构,是阶级统治的政治形式;国家同时也是特殊的暴力机器,这暴力机器既维护社会秩序,也用来对付外敌。<sup>⑤</sup>根据马克思主义国家观,只要阶级存在,国家就不会消亡,国家仍然是国际社会的基本组成单位。

需要指出的是,虽然在一个国家之内,国家代表了统治阶级的特殊利益,但同时,国家采取了“虚幻的共同体形式”,<sup>⑥</sup>代表全体成员的共同利益,国家以某种形式保

① Jürgen Habermas, *The Divided West*, p.131.

② Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, p.140.

③ [英]苏珊·马克斯:《宪政之谜:国际法、民主和意识形态批判》,上海:上海译文出版社2005年版,第43页。

④ 《马克思恩格斯文集》(第3卷),北京:人民出版社2009年版,第111页。

⑤ 李崇富:“马克思主义国家观”,《中国社会科学》2013年第9期,第5-6页。

⑥ 《马克思恩格斯文集》(第1卷),北京:人民出版社2009年版,第536页。

障全体成员的利益,提供社会管理等公共职能。绝大多数人都从属于某一个国家,并依赖国家为其提供保护。国家自诞生以来,即成为个体认同的最主要的对象,爱国主义成为一种普遍的美德。因此,每个国家在国内是维护特定阶级利益的工具,在国际上也是全体国民利益的代表。马克思、恩格斯指出:“因为国家是统治阶级的个人借以实现其共同利益的形式,是该时代的整个市民社会获得集中表现的形式,所以可以得出结论:一切共同的规章都是以国家为中介的,都获得了政治形式。”<sup>①</sup>国家的主权也同样如此,它不只是国家的一种抽象属性,而是人民主权在国家形式上的体现,主权与国家是合而为一的。国家主权行使方式与合法性,只能由代表全体国民的意志来决定,在正常运行的国家,这个全体国民的意志通常体现在一国宪法之中。

每个国家的主权都有相应的国内宪法上制度性的安排,国内主权的体现与行使,都与国内宪法相关。在一国之内,主权行使的方式与合法性,都由该国的宪法来规范,不管一国宪法性规定如何,主权都是独立于而不是包含于某一个更大的宪法体系。<sup>②</sup>虽然国家对内对外都负有义务,但是这两种义务的性质是不同的。对内,国家对于其政治合法性负有义务,这个合法性从根本上说是国内宪法上的合法性;对外,除基于条约的特别义务外,国家主要负有维护国际秩序的义务。德沃金认为,国家还负有改善国际体系的义务,<sup>③</sup>但很显然,国家对外的一般性义务主要是消极义务,即不得破坏国际秩序,不得危及国际和平,只要其对内行为不影响国际秩序与和平,国家并不就此对国际社会负有义务。

国际法宪政化主张以国际法作为国家合法性的标准,认为政府作为国家代表的身份能够在国际上得到承认,将不仅取决于政府是否已经行使国家管理权,而且还取决于该政府是否是民主政府。<sup>④</sup>这实际上否定了每个国家自由地决定如何组织国家、如何行使国家主权的权力,是国家虚无主义观在国际法领域的表现。<sup>⑤</sup>

国际法宪政化理论主张通过国际法宪政化对国家行为进行规范的一个重要依据是,由于国际交往的增加与全球化的深入发展,传统的国内事项与对外事务之间的界线模糊了,全球治理背景下权力机制与法律渊源的变化,使得传统的国内法与国际法区分受到了挑战。<sup>⑥</sup>但是,国内事项与对外事务日益关联,二者之间界线模糊,并不意

① 《马克思恩格斯文集》(第1卷),第584页。

② Alan James, “The Practice of Sovereign Statehood in Contemporary International Society”, p.39.

③ Ronald Dworkin, “A New Philosophy for International Law”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol.41, No.1, 2013, p.16.

④ [英]苏珊·马克斯:《宪政之谜:国际法、民主和意识形态批判》,第44页。

⑤ 关于国家虚无主义的批判,详见辛向阳、王珊珊:“论国家虚无主义思潮的危害及应对策略”,《马克思主义研究》2016年第7期,第146-152页。

⑥ Federico Fabbrini, “The Constitutionalization of International Law: A Comparative Federal Perspective”, p.11.

意味着国家主权在性质上发生了任何变化。虽然因治理与国际合作的需要,在很多领域与事项上,国家主权的行使受到了一定的限制,甚至在某些领域放弃了某种现实的对外主权,但这并不影响国家的法律上的主权。<sup>①</sup>国家接受对主权的限制也并不是出于某种外在的原因,而是出于国家的利益,目的在于与其他国家在共同认可的制度框架中开展合作。

国际法宪政化的讨论主要是在欧洲背景下出现的。很多人以欧洲一体化为例,说明在区域层面上实现法律宪政化是可行的。确实,欧洲一体化具备了宪政化的某些特征,并取得了巨大的成就。<sup>②</sup>但是,有两点须特别注意:其一,欧洲在区域层面的宪政化是在欧盟成员国同意的情况下进行的,没有成员国的同意,就没有欧盟的宪政建设。欧盟宪政秩序并不是简单地对欧盟法进行宪政化实现的,它的基础是成员国的同意,而不是从外部强加给欧盟成员国的。其二,欧盟宪政化只是在欧盟层面构建一个类宪政的秩序,对欧盟成员国权力行使构成了一定的限制与制约,但欧盟法仅在其权能范围内对成员国有约束力,欧盟宪政秩序并不是一个在层级上高于成员国的宪政秩序。当欧盟的决策与成员国主权相冲突的时候,欧盟并没有限制成员国行使主权权力的能力;当欧盟成员国脱离欧盟时,欧盟的宪政对该国也就不再具有约束力。因此,欧盟的宪政化并不是国内法意义上的宪政化,它实质上是为实现欧洲一体化目标在成员国一致同意的基础上建立起来的一种区域法律秩序。简单地将欧洲一体化中的宪政建设类推到国际范围内,显然不具有现实基础,其最基本的原因是,国际社会不存在欧盟成员国之间那样的共识。

以宪政化的国际法作为判断国家主权行为合法性的依据,不仅从马克思主义国家理论来看是错误的,而且从实践上来看,也是行不通的。宪法之所以取得了国家根本法的地位,一方面是它反映了统治阶级的意志,上升为国家的法律;另一方面在于它有国家机器保障其实施,具有完善的实施机制。而国际社会并不存在这样的机制,也不存在超国家的政治体或超国家的机制。在一个相互依赖日益加强的时代,国家虽然有义务共同行动,但并不意味着国家将成为等级秩序中的下级,服务于超国家的政治体。<sup>③</sup>国际组织在其职能范围内,依照法定的程序,对国家作出具有约束力的决定。但是,任何国际组织,包括联合国,所拥有的权能与功能都是有限的,并不存在世界政府。

<sup>①</sup> [丹]乌尔夫·赫德托夫特:“刍议主权:欧洲重建、全球挑战与小国命运”,[加拿大]刘易斯·波利、[加拿大]威廉·科尔曼主编:《全球秩序:剧变世界中的机构、制度与自主性》,北京:社会科学文献出版社2009年版,第171页。

<sup>②</sup> 程卫东:“《里斯本条约》:欧盟改革与宪政化”,《欧洲研究》2010年第3期,第1-17页。

<sup>③</sup> Jürgen Habermas, *The Divided West*, p.135.

而且,现有国家间国际组织也是以国家为单位的,形式上国家之间是平等的,但不同国家在国际组织中的实际地位与作用并不平等,赋予国际组织更多的权能则有可能使国际组织成为少数国家或大国对其他国家行使权力的工具。实际上,由于不具有全球范围内代表人民意志的机构与机制,国际治理与国际组织的决策都面临着民主赤字问题。<sup>①</sup>以本身在民主上存在着严重缺陷的机构来判定一个国家政治上的合法性,只会导致更多的问题。因此,国际机构权力应限于对民主合法性要求较少的领域,如实施和平、保护基本的人权等。<sup>②</sup>而国际机构之外,更不可能存在一个能够依据国际法判定其他国家行为合法性的权威性的政治权力。因此,从实践上说,国际法宪政化也不可能在宪法意义上发挥制约国家的功能。

#### 四 结语

国际法宪政化理论试图根据国际社会发生并正在经历的重大转型对国际法进行改革,从这个意义上说,它具有一定的进步意义。但是如上所述,从国际法基础、国际法的本质以及国家性质等角度来看,国际法宪政化在理论上均存在重大缺陷,在实践上也是行不通的。

当然,不同的国际法宪政化理论在理论基础及提出理论的出发点上不尽相同。大体而言,世界主义者对国际法宪政化抱有一种理想主义情怀,但是,他们的理论并没有充分反映现实中国家的复杂的利益计算,<sup>③</sup>只是一种近于乌托邦的理想。还有一部分理论则是变相的“欧洲中心论”。一方面,国际法源于欧洲,很多欧洲国际法学者认为,国际法同欧洲其他传统如基督教、启蒙、欧洲文明、自由贸易、人权保护等一样,具有普遍意义;另一方面,他们坚信欧洲的自由民主国家方案无可替代。<sup>④</sup>

实际上,从国际法发展史可以看出,欧洲人从一开始并没有把国际法作为一项全球性的普遍事业,而是只适用于欧洲文明国家之间的法律,并利用国际法服务于殖民运动与帝国主义事业,国际法实际上只是一种欧洲法或欧美法;只是在世界范围内的非殖民化运动过程中,新独立的国家利用国际法中的主权原则、平等原则来保护来之

<sup>①</sup> Adoife O' Donoghue, "International Constitutionalism and the State", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.11, No.4, 2013, p.1039.

<sup>②</sup> Armin von Bodgandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, Vol.47, No.1, 2006, p.239.

<sup>③</sup> Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential Fundamental International Norms and Structure", p.608.

<sup>④</sup> Martti Koskeniemi, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", *The European Journal of International Law*, Vol.16, No.1, 2005, p.115.

不易的独立与自主,国际法才成为一种全球性的法律。<sup>①</sup>在此过程中,西方国家也被迫承认了非西方国家平等的国际法主体地位。

但是,在国际法成为真正的全球性国际关系准则时,欧洲等西方国家仍然试图从西方的视角看待非西方国家。特别是欧洲,由于已经不具备如同美国一样的实力,欧洲试图利用软力量维持在世界事务中的主导地位,将欧洲准则输出为世界准则,是欧洲采用的重要策略。国际法宪政化便是其中之一,它是欧洲传统国际法观与殖民时期国际关系的逻辑在当代国际法的应用。从这个意义上说,国际法宪政化理论实质是一个具有帝国主义目的与色彩的理论,如一些西方学者认为,民主国家应尽力在世界范围内促进民主,甚至包括使用武力。<sup>②</sup>而限制非西方国家的自主权是帝国主义国际法的主要特征,<sup>③</sup>这种理论实际上是为包括欧洲在内的西方世界重新掌控主导世界的权力服务的。

无论是乌托邦式的国际法宪政化理论,还是帝国主义的国际法宪政化理论,都不是国际法改革的方向。国际法改革应该植根于国际社会的实际情况,从更好地在新形势下实现国际法的功能角度出发,去完善、创设国际法规则,否则国际法不仅不能维护国际秩序,维护国际和平、安全与合作,反而有可能使自身成为国际纷争的焦点,从而与国际法的初衷背道而驰。

(作者简介:程卫东,中国社会科学院欧洲研究所副所长、研究员;责任编辑:宋晓敏)

---

<sup>①</sup> Onuma Yasuaki, *International Law in a Trans-civilizational World*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2017, pp.55-57.

<sup>②</sup> [英]苏珊·马克斯:《宪政之谜:国际法、民主和意识形态批判》,第1页。

<sup>③</sup> B.S. Chimni, "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", in Susan Marks ed., *International law on the Left*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008, p.64.