CJCL

www.comparativelaw.com.cn

2014年卷

中国比较法学

法律全球化：中国与世界

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

主　编◎高鸿钧
执行主编◎王志华　于　明

中国政法大学出版社

CJCL

www.comparativelaw.com.cn

2014年卷

中国比较法学

法律全球化：中国与世界

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

主　　编◎高鸿钧
执行主编◎王志华　于　明

中国政法大学出版社

2015·北京

声　明　　1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国比较法学. 法律全球化:中国与世界:2014年卷/高鸿钧主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015.9

ISBN 978-7-5620-6184-7

Ⅰ.①中… Ⅱ.①高… Ⅲ.①比较法－中国－文集 Ⅳ.①D920.0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第198046号

出 版 者　中国政法大学出版社

地　　址　北京市海淀区西土城路25号

邮寄地址　北京100088信箱8034分箱　邮编100088

网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）

电　　话　010-58908524(编辑部)　58908334(邮购部)

承　　印　固安华明印业有限公司

开　　本　720mm×960mm　1/16

印　　张　21.25

字　　数　340千字

版　　次　2015年9月第1版

印　　次　2015年9月第1次印刷

定　　价　55.00元

卷首语

孟德斯鸠的《论法的精神》，视野极广，材料颇丰，但他的社会学分析却夹杂着许多道听途说，几乎成为分析社会学。梅因的《古代法》研究，言必有据，论则精炼，然他的历史学法，不过是西方和印度法的法学历史。今天，有关古代各国法制的研究，显然更加深入和广泛，对当代世界法律的了解，也更加准确和及时。

在社会现代化过程中，西欧首先以民族国家模式，取代了传统的帝国和邦国。由此，帝国或邦国之法，也被民族国家之法所取代。这种法律以主权为“主机”，以理性为源代码，以“民意”为动力，形成了覆盖国家领土的“法网”。由此，国家法是唯一法律。国家之外的国际法，不过是国家法的延伸；而国家之内的习惯法，至多只有“替补队员”的位置。

然而，在20世纪的最后几十年，伴随着经济全球化，法律也出现了全球化趋势。由此，民族国家时代的法律范式受到了严峻挑战。在国家之上，全球化和跨国法势头强劲：国际人权法日渐蚕食国家法的主权，欧盟法等跨国法公开鲸吞国家的领土，而候鸟般四处游走的新商人法，则试图超越国家主权和领土的双重禁锢。在国家之下，各种地方法和非官方法律文化开始登录全球网络，公开反对“妾身未明”的地位，挑战国家法的霸权。于是，在当代世界，全球法、国家法和地方法同时共存，

它们既彼此竞争又相互补充。

对于上述三种法律，我们不应作出孰优孰劣的简单判断。仅就全球法而言，它既有反霸权主义之法，也有霸权主义之法；既有保护公民权利之法，也有侵害公民权利之法。中国已经被卷入全球化过程，其法学理论和法治实践，也已深受法律全球化的影响。因此，从比较法的角度，深入研究法律全球化的趋势，揭示法律全球化的复杂原因，分析全球法、国家法和地方法的关系，不仅有助于改进中国的比较法学和一般法学理论，而且有助于推进中国法治实践的发展。

为此，中国法学研究，很久以前就开始关注法律全球化问题。2014年11月22~23日在上海召开的比较法学年会，议题即“法律全球化：中国与世界”。本次年会共有一百五十多位专家学者与会，提交论文六十余篇，从一般理论、司法、公法和私法等维度，对法律全球化问题进行了深入和广泛的讨论。这次会议推进了国内对于法律全球化问题的研究。本辑文章主要选自这次年会参加者所提交的论文。

本次年会由华东政法大学外国法与比较法研究院承办，上海市法学会外国法与比较法研究会协办。在这次年会的举办过程中，华东政法大学校长何勤华教授给予了鼎力支持；比较法研究会常务副会长李秀清教授，作为承办本次会议的东道主，带领她的团队，默默工作，无私奉献。没有他们的努力，就不会有这次年会的成功举办。在此，我代表比较法学研究会诚致谢忱。与此同时，本辑的编辑和出版，全由本研究会秘书长王志华教授主持，由副秘书长于明博士予以协助；其中辛苦，自不待言。

自比较法学研究会成立以来，在前辈学者沈宗灵、江平和刘兆兴教授的领导下，中国的比较法学得到了飞速发展，许多比较法学新秀脱颖而出，大批比较法学著作相继涌现，各种比较法学活动越来越多。对于中国比较法学界“三代领导人”的重大贡献，我们深表敬意和谢意。但与此同时，我们也感到一种巨大的责任和压力。显然，我们必须努力工作，把前辈学者所开创和发展的中国比较法事业不断推向前进，为中国法学和法学发展作出应有的贡献。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

作为研究会年刊的《中国比较法学》是《比较法在中国》的延续，一如既往地秉承自由之意志、独立之精神，不仅选登每届年会论文，而且已成为中国比较法学的重要园地。

高鸿钧

2015 年 5 月 10 日

目录

高鸿钧　卷首语…… 1

法律全球化专题

高鸿钧　法律全球化的理论与实践：挑战与机会 …… 3
郭道晖　法治中国在法治世界中的角色 …… 20
倪正茂　法律世界化：比较法学研究的逻辑皈依 …… 26
鲁　楠　全球化时代比较法的优势与缺陷 …… 38
泮伟江　法律全球化的政治效应：国际关系的法律化 …… 67
陆宇峰　宪法新进展：全球社会宪法的形成与碰撞 …… 82
张文龙　全球恐怖主义：幽灵、正义与寓言
——“9·11”事件的断想 …… 94
刘双舟　法律市场的全球化及其影响…… 103
李求轶　日本比较法学的实验场
——法律全球化视野下的法整备支援…… 108

比较法理论与比较司法制度

李晓辉　比较法研究中的世界法律地图…… 123
杨静哲　“法律多元”的诞生及其制度背景 …… 131
王志华　苏维埃国家与法理论的历史演变…… 153
种　林　最高法院司法解释：中法比较研究…… 174
陈　刚　摇摆中的“司法”及其伦理危机 …… 188
韦华腾
张　元　广东与美国各州民间保安体制之比较…… 201

比较公法与比较私法

杨　平　美国、法国和中国的违宪审查模式中政治理念的比较…… 229
罗智敏　意大利公共参与的经验与启示…… 238
上官丕亮　废除死刑的全球化与中国死刑罪名立法的宪法控制…… 254
张　彤　两岸四地私法冲突与协调的路径…… 275
王春梅　归入与裂变：中国民事主体制度法律移植的路径转向…… 291
何　隽　迈向卫生公平：WTO 中的药品知识产权 …… 306
于　明　全球化时代的比较法学
——中国法学会比较法学研究会 2014 年年会综述 …… 320

附录：中国法学会比较法学研究会负责人及常务理事名单…… 332

法律全球化专题

法律全球化的理论与实践：挑战与机会*

高鸿钧 **

伴随着经济全球化，法律出现了全球化的趋势。法律全球化对民族国家时代的法律构成了挑战。本文尝试回顾法律全球化的过程，考察法律全球化的主要表现，分析法律全球化的主要理论范式，进而提出中国应对法律全球化的建议。

一、法律全球化：简短的回顾

众所周知，至少自20世纪晚期开始，世界各国尽管历史、文化和社会制度多种多样，但越来越多的国家都选择了法治之路。法治意味着经济管理、政治运行和社会生活都依循法律规则，而这种世界范围的社会治理法治化的趋势导致了“全球法律化”。与此同时，法律开始跨越主权国家的疆界，在跨国和全球范围“游走”，从而导致了“法律全球化”。简言之，全球法律化意指不同社会走向法律之治，暗含着人类社会治理模式演化的时间之矢，即法治文明取代其他文明；而法律全球化则意指某些地域性或行业性法律走向不同社会，标示出法律扩散的空间之力，即跨国法和全球法日益扩展。没有全球法律化的背景，法律全球化的影响远不会如此深远；没有法律全球化的影响，全球法律化只会停留在不同的地域层面。

然而，法律全球化趋势是历史的宿命，还是虚假的必然？是法治地球

---

* 本文原发表于《求是学刊》2014年第3期。

** 清华大学法学院教授。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

村的昭示，还是神话乌托邦的幻觉？是众生平等的未来福音，还是弱肉强食的现实梦魇？凡此种种，见仁见智，论说纷纭。

广义的全球化可以追溯到哥伦布发现新大陆的时代。自此之后，“全球”才真正进入人类的视野，而同时西方列强也开始把自己的势力扩展到全球范围。

从时间之维考察，全球化与现代化并驾齐驱。从传统社会向现代社会的转型源于西方。这种转型始于文艺复兴，途经宗教改革与启蒙运动，定型于民主宪政体制的确立。传统的特权身份制社会转向现代社会的主要标志是：以法律上人人平等的权利结构，取代了不平等的等级权力结构；以个人自治为基础的契约关系，取代了传统的人身依附关系；以效率导向的形式合理性价值追求，取代了非理性或实质合理性的价值追求；以非人格化的科层制管理，取代了传统社会人格化的个案裁量；以外求的旨在满足感官欲望的世俗追求，取代了内信的、以获得心灵安宁为依归的性灵追求；以相互冲突的多元文化，取代了整齐划一的宗教意识形态。[1] 西方的现代化过程，也是其以帝国和城邦国家为主要政体的传统秩序解体的过程，取而代之的是自1648年《威斯特伐利亚和约》所建立的民族国家体系及以此为基础的国际秩序。这种民族国家和国际秩序并没有缓解而是激化了西方各国之间的冲突和争斗。[2] 它们还把冲突和争斗的范围扩大到非西方地区。在西方列强的干预和影响之下，非西方世界的大部分国家或地区也相继被卷入这种现代化历程，并以西方民族国家的模式取代了传统的政治和社会秩序。因此，世界范围的现代化也“在经历着全球化的过程”[3]。

西方社会的现代化与其资本主义的产生和发展相耦合。马克思和恩格斯在1848年的《共产党宣言》中就断定，资本会无限扩张、跨越国家疆界，因为“不断扩大产品销路的需要，驱使资产阶级奔走于全球各地”，而世界市场的开拓，“使一切国家的生产和消费都成了世界性的”，由此，“民

---

〔1〕 高鸿钧：《现代法治的出路》，清华大学出版社2003年版，第246～247页。

〔2〕 根据蒂利的统计，欧洲国家自16～19世纪一直深陷战争之中，20世纪虽然频率有所下降，但两次世界大战在规模和影响范围上远远大于以前的战争。参见［美］查尔斯·蒂利：《强制、资本和欧洲国家（公元990－1992年）》，魏洪钟译，上海世纪出版集团2007年版，第80～81页。鉴于民族国家之间的政治分立、恶性竞争和频繁战乱，早在18世纪末，康德就冀望通过“自由国家的联盟”打破民族国家壁垒，结束世界的“自然状态”，实现“永久和平”。参见［德］伊曼努尔·康德：《永久和平论》，何兆武译，上海世纪出版集团2005年版，第13～41页。

〔3〕［英］安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2000年版，第56页。

族的片面性和局限性日益成为不可能”。[4] 伴随着资本主义生产方式的世界性传播，此前分散的社会和独立的民族国家，逐渐被卷入美国学者沃勒斯坦所称的“现代世界体系”[5]。

凡此种种，都可以看作是全球化的早期预言。实际上，直到20世纪的最后10年，全球化才在某种程度上成为现实。首先是科学技术和经济的全球化，随之而来的是法律的全球化。法律的全球化是指法律开始跨越国家的疆界，在世界范围传播、流动。作为全球化的重要组成部分，法律全球化与科技和经济的全球化并驾齐驱。

二、法律全球化的主要理论范式

在当代世界，关于法律全球化的著述很多，理论也丰富多彩。相比之下，葡萄牙学者桑托斯和美国学者邓肯·肯尼迪的法律全球化理论，较为系统且影响很大。此外，美国学者沃勒斯坦的“现代世界体系”理论虽然并不直接论及法律全球化，而主要涉及经济全球化的格局及其后果，但对思考法律全球化也具有重要的理论意义，因而被研究法律全球化的学者所广泛引用。以下我们分别讨论这三种理论。

首先，根据葡萄牙学者桑托斯的分析，当代法律全球化有四种路径：一是全球化的地方主义（globalized localism）；二是地方化的全球主义（localized globalism）；三是世界主义（cosmopolitanism）；四是人类共同遗产（common heritage of humankind）的保护。从目前的情势看，前两种进路是主要路径，后两种进路是次要路径；前两种进路是霸权主义的全球化，后两种进路是反霸权主义的全球化。[6]

桑托斯认为，国家法与国际法的二元划分，是对真实“世界地图”的扭曲。当代世界存在三重主要的法律空间，即地方法、国家法和全球化法。不幸的是，国家法被视为现代社会唯一之法，而国际法不过是国家法在领土以外的延伸。针对晚近全球法的发展，桑托斯指出了七种主要类型，并分析了它们的特征。它们是：①民族国家治理的全球化法；②以欧盟法为典型的跨国法；③伴随资本全球化和跨国公司而形成的新商人法；④由于

---

〔4〕《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1974年版，第254～255页。

〔5〕［美］伊曼纽尔·沃勒斯坦：《现代世界体系》第1卷，罗荣渠等译，高等教育出版社1998年版，第97～99页、第194页、第461～464页。

〔6〕［葡］博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》（第2版），刘坤轮、叶传星译，中国人民大学出版社2009年版，第220～225页。

移民全球化而产生的移民法；⑤经历殖民统治历史的原住民法；⑥以国际人权等为核心内容的次级世界主义（subaltern cosmopolitanism）之法；⑦全球公域中生长出的保护人类共同遗产的人类法。在他看来，上述七种全球法中，判断其属于霸权主义的全球法还是反霸权主义的全球法，关键取决于两个因素：一是看它们的形成是自上而下还是自下而上；二是看它们所代表的利益是核心国家还是边缘国家，是压迫者和排斥者还是被压迫者和被排斥者，是局部统治集团还是全人类。[7]

桑托斯对于当代法律全球化的考察和分析，全面、系统、敏锐并富有洞见。反霸权主义的立场，维护世界弱者权益的情怀，以及追求解放的世界主义精神，贯穿他的字里行间。但是，桑托斯的理论存在明显的缺陷。其一，他把自上而下的法律全球化等同于霸权主义的法律全球化，把自下而上的法律全球化等同于反霸权主义的法律全球化，这种划分显然过于简单。实际上，自上而下的法律全球化包含着国际人权和民主与法治的全球化，而自下而上的法律全球化也包含着许多反理性宗教或社会习俗的全球扩散。其二，桑托斯把边缘力量和民间法律作为全球的解放动力，而低估了它们对于现代民主和法治的破坏性。因此，他的主张失之偏颇。同时，他的关于共同体美德的共和主义追求、法律政治化的主张、偏爱非正式法制的情怀，尤其是对“爱心法庭”和“啤酒法官”[8] 的向往，就显得过于理想化。其三，桑托斯所主张的对抗性后现代主义，其核心在于用多元对抗一元，用边缘对抗中心，用抗争对抗压迫，用民主对抗市场，用经验常识对抗意识形态，用反霸权对抗霸权，用世界主义对抗帝国主义。就这些主张而言，他显然过分看重全球化过程中对抗的作用，而忽视了沟通、对话与协调的内在机制。他把民主与市场对立起来，显然忽略了两者之间的互惠关系。

其次，美国学者邓肯·肯尼迪从西方法律和法律思想的内在发展过程出发，系统考察了 1850 ~ 2000 年间西方法律范式的转变。他把这段历史分为三个阶段：1850 ~ 1914 年间古典法律思想支配阶段；1900 ~ 1968 年间社

---

〔7〕［葡］博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》（第 2 版），刘坤轮、叶传星译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 240 ~ 385 页。

〔8〕［葡］博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》（第 2 版），刘坤轮、叶传星译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 123 页。

会法学思想得势阶段；1945～2000 年间政策分析进路与公法新自由主义并存阶段。显然，他所提炼的范式主要着眼于法律思想和价值取向，且认为不同范式之间的转换存有交叠时期。根据他的叙事，第一阶段以个人为本位，强调形式平等，重视以法典为基础的私法，“英雄人物”是起草和诠释法典的法学教授，引领者是德国；第二阶段以社会为本位，强调社会正义，重视以特别法为特征的社会法，“英雄人物”是社会法学权威学者、立法者和行政官员，引领者是法国；第三阶段是前两个阶段两种范式的混合，政策分析进路是对第二个阶段范式的继承与延伸，采取实用主义方法权衡和协调利益冲突，而公法新自由主义则是对第一阶段范式的复归与拓展，重视以宪法权利为核心的个人权利，“英雄人物”是挥舞司法能动主义利器的法官，引领者是美国。他进一步指出，在西方向世界输出法律的过程中，不同时期输出的是作为西方主导范式的法律。按照上述三个阶段划分，第一阶段输出的是德国法模式，第二阶段输出的是法国法模式，第三阶段输出的则是美国法模式。[9] 在他看来，源自西方的现代社会治理历程也主要经历了三个阶段：一是与自由放任时期相对应的立法治理阶段（现代之初至 19 世纪末，美国则到 20 世纪 30 年代）；二是与福利国家时期相对应的行政治理阶段（19 世纪末至 20 世纪 70 年代末）；三是与新自由主义时期相对应的司法治理（juristocracy）阶段（20 世纪 70 年代至今）；第三个阶段，恰与新自由主义所主导的经济全球化和法律全球化时期相耦合。

肯尼迪通过反思和梳理法律制度和法律思想 150 年间的全球化历程，明确地指出一个事实，即这期间法律的全球化不过是西方法律的全球化。他敏锐地捕捉到西方法律全球化的不同阶段和相应的主导国家及其“英雄人物”。但是，他的理论也存在一些缺陷。其一，为何把法律全球化的上限时间定为 1850 年，而不是更早。实际上，从 16 世纪开始，西方国家在殖民扩张过程中，就把本国的法律输入到殖民地，其中明显的例子是英国把本国的法律输入到印度和北美地区。其二，在他所描绘的三次法律全球化中，扮演主角的分别是德国、法国和美国，而英国却与之无缘。如果他把法律全球化的上限时间提早到 1650 年，那么此后 200 年的引领者恐怕就非英国莫属了。至于他为何忽视英国在西方法律全球化中的重要作用，我们就不

---

〔9〕 参见［美］邓肯·肯尼迪：“法律与法律思想的三次全球化：1850—2000”，高鸿钧译，载《清华法治论衡》第 12 辑，清华大学出版社 2009 年版，第 47～17 页。

得而知了。

最后，根据沃勒斯坦的研究，世界体系始于15世纪中叶，它以西方殖民扩张为起点，以资本主义经济为动力，最终控制了世界。伴随着现代世界体系的形成，世界各国组成了一个复杂的系统，其中分化为中心区域、半边缘区域和边缘区域；处于不同区域的国家或地区，在分工上扮演不同的角色。中心区域控制着世界体系中的贸易和金融市场，利用边缘区域提供的原材料和廉价劳动力，把加工产品销往边缘区域，并通过操控世界金融市场，大获其利；边缘区域向中心区域提供原材料、廉价劳动力和销售市场，并服从世界金融市场的游戏规则，因而处于十分不利的地位，变得日益贫穷；半边缘区域介乎前两者之间，对于中心区域，它扮演着边缘区域的角色，对于边缘区域，它扮演着中心区域的角色。这个经济体系虽然把世界连成一体，却没有与之对应的政治体系；虽然具有自己的中心，但中心霸主却处在变动中。世界体系的最初霸主是葡萄牙，随后是西班牙；自16世纪中叶以后，荷兰成为霸主；到了19世纪，英国取代荷兰成为霸主；20世纪中叶，美国成为霸主。[10]

沃勒斯坦对于现代世界体系的论述，为从经济视角理解全球化提供了重要启示。法律全球化很大程度上是经济全球化的伴生物。同时，他从现代世界体系的角度揭示了不同国家在全球分工和利益分配中的地位和命运，其中蕴含着反霸权的立场和对边缘国家所寄予的同情。但是，他过分强调了经济因素，对其他因素关注不足。例如，他关于中心、半边缘和边缘区域的划分，就可能掩盖同一区域的不同国家政治、社会和文化的差异。同时，这种划分也会掩盖同一国家不同地区的差异。例如，一个中心区域的国家可能存在贫民区，而边缘区域国家也可能存在富人区。当然，关于世界体系的其他主要划分，如三个世界的划分和南方与北方之分，也都存在类似于沃勒斯坦划分的问题或其他问题。[11] 世界体系的视角尽管存在某些缺陷，但它有助于我们从世界历史的宏观背景与全球总体格局出发，思考法律全球化的问题。

---

〔10〕［英］戴维·赫尔德等：《全球大变革——全球化时代的政治、经济与文化》，杨雪冬等译，社会科学文献出版社2001年版，第54页。

〔11〕［美］麦克尔·哈特、［意］安东尼奥·奈格里：《帝国——全球化的政治秩序》，杨建国、范一亭译，江苏人民出版社2003年版，第318~319页。

敏锐的读者会发现，上述所选取的三种法律全球化理论，其作者在西方都属于“左翼”。实际上，笔者并不偏爱西方的视角或“左翼”的立场，而是看重他们对经济和法律全球化的批判精神及其反霸权主义勇气。更为重要的是，当代其他学者尚没有提出系统的和影响广泛的法律全球化理论。

三、法律全球化的主要表现[12]

在当代世界，法律全球化的现象虽然错综复杂，但以下表现尤为突出。

第一，国际人权的普遍性与强制性得到强化。在人权领域中，联合国和国际组织已经形成了许多标准人权文件。其中最重要的人权文件是《世界人权宣言》、《公民和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》。虽然《世界人权宣言》的政治性多于法律性，缺乏强制实施的普遍效力，但是它毕竟为国际人权的发展和其后的各种世界人权文件提供了精神源泉并奠定了价值基础，成为国际人权的一个重要起点。当今世界大多数国家都签署和加入了上述几个重要的国际人权公约，并通过宪法、法规和司法实践确认实施这些人权公约。

国际人权文件除了规定一般权利和自由，其中《公民和政治权利国际公约》第4条第2款还规定了七种不得克减的基本权利：生命权，免受酷刑和不人道待遇权，免受奴役权，人格权，不因债务而受监禁权，思想、良心和宗教自由权，以及不受溯及既往的法律惩罚之权。这些权利被认为是道德性质的权利，是人之为人应享有的权利，因而具有普适性和不可剥夺性，对于主权的绝对性构成了实质性限制，加入公约的主权国家不得拒绝承认或对这些基本权利予以改变或施加限制。据此，任何缔约国的法律与之相抵触，必须进行修改；任何缔约国不得侵犯或剥夺这些权利，否则就会受到国际社会的谴责乃至联合国的制裁。同时，许多国际性的人权执行机构相继成立并开始有效运作，例如联合国大会、经社理事会、联合国人权委员会、联合国人权事务高级专员公署、人权事务委员会、反对酷刑委员会、消除种族歧视委员会、儿童权利委员会以及消除妇女歧视委员会等。与此相应，国际人权保护的救济措施也得到了强化。这些措施包括缔约国报告程序、缔约国间控诉制度以及个人申诉制度等，国际人权组织有权要

---

〔12〕 此部分主要取自笔者一篇旧作的相关内容，对原来内容进行了某些修改。参见高鸿钧：“法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向”，载《中国社会科学》2007年第4期，第120～124页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com