



Globalization of Law

法律全球化丛书

法律全球化研究中心 主编

法律全球化：中国与世界

高鸿钧 鲁楠 余盛峰 编



清华大学出版社



Globalization of Law

法律全球化丛书

法律全球化研究中心 主编

法律全球化：中国与世界

高鸿钧 鲁楠 余盛峰 编



清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书是一部关于法律全球化问题的文集,汇集了近20年来中国学术界在该领域的前沿成果,其内容包括法律全球化与国际法治,跨国法与国际法的新趋势,公法与私人的调适与回应,以及法律全球化与中国法四个方面,涉及宪法、行政法、商法、知识产权法、刑法、环境法和国际法等诸多法律领域。全书对法律全球化的理论与实践,对传统法范式的冲击进行了全面、深入的反思,同时提供了新颖的战略思考。

本书适合研究并关心法律全球化问题的学者、法律工作者,以及国际关系学界人士阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法律全球化:中国与世界 / 高鸿钧,鲁楠,余盛峰编. —北京:清华大学出版社,2014

(法律全球化丛书)

ISBN 978-7-302-36926-4

I. ①法… II. ①高…②鲁…③余… III. ①法律—全球化—研究
IV. ①D902

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第136638号

责任编辑:方洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:宋林

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:32 字 数:477千字

版 次:2014年7月第1版 印 次:2014年7月第1次印刷

定 价:50.00元

产品编号:054300-01

前 言

一、社会的演进:从古至今

有文字记载的人类文明史,已有数千年之久。在这期间,人类在社会和政治组织形式上,进行了各种探索和尝试,并取得了诸多有益的经验。事实上,各个族群、民族或国家演进的速度参差不齐,范式也多种多样。例如,某些族群、民族或国家只经历早期的时段随即退出历史舞台,某些族群、民族或国家时至今日还停留在第一个阶段,而某些族群、民族或国家在特定时期则保留了三个阶段相互交叠的特征。就总体而言,迄今为止,人类主要经历了三个阶段,即氏族、部落时期,邦国、帝国时期,以及民族国家时期。这种历史进程是“演化”的奇迹,也是人类心智和努力的结晶。

在氏族、部落时期,主要结构是血缘身份制,血缘的远近决定着人们关系的亲疏,而神话世界观则成为秩序的心理聚合剂;在邦国或帝国时期,主要结构是等级身份制,等级的高低决定着人们关系的尊卑,而宗教世界观则成为秩序的精神连接符;在民族国家时期,主要结构是契约身份制,契约的取舍决定着人们关系的分合,而法学世界观则成为秩序的道德基准线。当然,在中国的帝制时期,占主导地位的是一种作为世俗世界观的儒教,并非一种宗教世界观。不过,这种世俗世界观,并无碍于在功能上为等级身份制秩序提供正当化的理由。

在帝国时期,无论按照何种标准衡量,与其他古代帝国相比,中华帝国都不显落后。实际上,在古代文明中,中华文明一直是世界几个主要文明核心之一,并为人类文明的发展做出了突出贡献。

然而,自中世纪后期,西方的城市开始复活,商业日渐复兴,希腊的人

文精神和罗马的法律遗产，经过重构性阐释获得了新的意蕴，进而催生了新型人文法治观。与此同时，基督教开始了重大改革，新教伦理实现了对天主教的超越，不仅把个人从教会的统治下解放出来，使每个人成为直接面对上帝的独立个体，而且废止了抑商舍财的禁令，使勤劳致富成为一种善德。此外，各国持续的内外战争，不仅需要源源不断的资财，而且需要国内有和平与稳定的环境。前者迫使各国发展经济，而市场经济则在竞争中逐渐成为主导形式；后者则要求各国建立稳固的政治体制，而宪法政治则在比较中显示出突出的优势。于是，西方各国在彼此的竞争中和持续的探索中，逐渐挣脱了传统的束缚，开始步入现代化之路。这种现代化国家在组织形式上，所采取的是以宪法政治为基础的民族国家模式，以市场经济为特征的经济体制，以契约自由为核心的个人主义观念再加上以法治为主要机制的社会治理模式。

西方的现代化过程并非一场轻松的生日派对，而是经历了艰辛的临产剧痛。与此同时，1648年《威特斯伐利亚和约》所确立的国际法体制，虽然界定了民族国家之间的关系及其和平解决争端的方式，但是并没有为西方带来和平的局面，战争仍然成为国际政治的继续，经济则成为战争的坚强后盾，而国际法规则不过是优雅的具文。然而，民族国家及其国际法体系，一旦越出了非西方世界，则显示出前所未有的威力，甚至呈现出所向披靡的态势。于是，世界历史首次出现西方独霸世界的格局。这足以让人类联想到，人类产生后逐渐强大到可以成为万物主宰的情境。但就人类不同文明而言，它们曾是交替兴衰，此消彼长，没有任何一个文明能够“一股独大”，足以控制整个人类，而弱势文明和落后国家，倒常常能够击败强势文明和先进国家。

然而，正如先前的各种政治和社会组织形式一样，民族国家模式也不是终极模式。在20世纪后期，除了联合国等众多国际组织的建立，许多跨国家、超国家和全球性组织也相继涌现出来。随着“冷战”的结束，借助于现代交通工具和通讯载体，经济全球化不期而至，而法律全球化也随之展开。但是，对于这种刚刚出现的政治和社会组织模式及其可能催生的新型秩序，我们无法从整体上把握它的特征，它的整合媒介和观念法则也尚不清晰。但我们却可以断定，人类秩序模式正在从民族国家时期向另

一种形态转变,与满足国家需求相应的政治、经济、社会体制及其国际法规则,也正在发生深刻的转变。

冷兵器遇到火枪炮,屡战屡败,赔款割地,以致西方列强明火执仗,登堂入室,烧杀劫掠。面对这种超级外敌,晚清皇帝没有理由不惊慌失措,更没有底气像乾隆朝见英使马戛尔尼那样自信和傲慢。与此同时,即使李鸿章那样的外交老手也惶恐不安。他在《复议制造轮船未可裁撤折》云:“惟欧洲诸国,百十年来,由印度而南洋,由南洋而中国,闯入边界腹地,凡前史所未载,亘古所未通”,“胥聚于中国,此三千余年一大变局也。”这亘古未有之“大变局”,实质上就是传统社会遭遇了现代社会,帝国体制及其对外的朝贡关系遇到了民族国家及其国际关系。

然而,身处时局的朝野精英,对天下大势和天国危机的认识远不那么清楚。但是,他们对内外挑战的回应,却标示出“大变局”的性质和方向。1864年,官办同文馆刊印西人丁韪良所译惠顿的《万国公法》,便反映出清政府知晓民族国家之间国际法规则的迫切心理。而同时出现的洋务运动,则旨在通过发展民族工商业,迅速富国强兵,以抵御洋人的坚船利炮。鉴于甲午战争的惨败,朝野有识之士则意识到“师夷长技”囿于器物之维,不免失之偏狭。他们随后筹划戊戌变法,尝试在政治制度上采用源自西方的体制,把帝国的专制君主制,转变成现代民族国家的君主立宪制。这次变法虽然胎死腹中,但日俄战争的结局,即一个采行宪制的蕞尔小国,以其政治制度的优势,竟然战败体制落后的庞大帝国,终于震醒了统揽朝政的顽固派。他们被迫决定改变帝制,采行宪制,而其后的选派大臣出洋考察和制定宪法大纲,都是这种变法改制的重要举措。然而,他们的变法改制已错失良机,历史把机会交给了新的力量。清王朝在辛亥革命的冲击下,黯然退场。

新政权诞生伊始,便着手重建宪政国家。但令人惋惜的是,随后出现的恶性党争派斗,尤其是军阀操控,使方兴未艾的宪政试验,旋即被帝制复辟、军阀专政以及列强侵夺的风暴所吞没。继之而来的外敌入侵和接连不断的内战,使“中华民族到了最危险的时候”:如果说晚清的危机只是赔款割地,而其后的危机已是分裂甚至亡国。

1949年之后,中华民族终于从危机中走了出来。在经历了种种教训

之后，中国开始摆脱苏联的模式，在新的历史情境下接续近代以来的未竟事业，从人治转向法治，从计划经济转向市场经济，并在对外开放中逐渐熟悉并适应了民族国家时代的国际规则，开始在世界舞台上发挥日渐重要的影响。近30年来，中国法治取得了重大进展。在国内，立法、执法和司法都借鉴并移植了许多外国法律的经验 and 智慧。在国际事务中，中国签订了大量国际条约和公约，不仅逐渐熟悉并能够运用国际“游戏规则”，而且在许多领域对国际法的发展有所贡献。

二、法律全球化：当代趋势

法律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。法律全球化是全球化的重要组成部分，与科技和经济的全球化密不可分。

在当代，无论人们对“全球治理”和“国际法治”概念如何表示怀疑，都不得不承认，在全球化背景下所出现的许多问题，无法在民族国家的范围内得到有效解决，必须从全球的视角予以考虑。实际上，当代世界在全球治理和国际法治领域已经取得了重大进展，这主要表现在以下几个方面。

第一，《联合国宪章》是世界共同遵守的基本规范。它是迄今拥有缔约国最多的一项国际公约。就此而言，它具有最广泛公认度和最普遍的接受性，因而也最具权威性。然而，在相当长的时间里，《联合国宪章》主要被视为政治宣言，其效力很大程度上取决于联合国的协调能力和各国之间的政治博弈。为适应全球治理的新要求，联合国制裁机制开始强化，《联合国宪章》也开始具有了法律的性质。伴随着全球治理和国际法治理念和制度的强化，它与《世界人权宣言》以及其他重要的国际人权公约，一道构成了国际法治的基本构架，具有了“准世界宪法”的性质。违反它们不仅会受到国际社会的谴责，而且会受到联合国的经济乃至军事的制裁。按照哈贝马斯的建议，如果各国都能够接受人权原则，并把保障基本人权作为本国的宪法基本原则，那么，只要各国遵循宪法基本原则，并备有违宪审查机制，主权与人权的冲突就可消解，而各国之间的冲突也会减少。当然，这只不过是一种理想。

第二，自联合国成立以来，国际法的许多任意性规范开始变成了强制

性规范。《联合国宪章》规定的义务是“不可加以贬抑的”强行规范。国家主权的绝对性受到了限制,国际条约开始强调国家的责任,反对国家滥用主权,要求国家主权应具有合法性,遵守国际法的原则和精神。再次,近几十年来,国际条约的数量迅速增加,覆盖的领域不断扩大,涉及经济、政治、人权、环境、海洋、外空等,调整的社会关系也日趋具体。例如,传统的国际条约在于约束国家,而现在几乎所有的国际条约都会对私人行为产生影响,在经济领域和人权领域的国际条约已将主体扩大到个人。根据1969年《维也纳条约法公约》的规定,强行规范高于一般规范,与之抵触的国际条约无效,由此,一般国际法强制规范的地位得到了确立;强行法适用于整个国际社会,一个国家不能以其没有参加某一条约而作为拒绝遵守该条约中强行规范的理由。如果说这些国际法中的强行规范在“冷战”时期尚无法获得实际的效力,那么随着“冷战”的结束和全球化时代的到来,保障这些强行规范施行的国际环境开始形成,相关机制也在形成过程中。许多学者呼吁,进一步强化联合国的地位和作用,甚至主张赋予联合国以民族国家那样的立法和执法权威,从而成为“世界政府”。但也有人担心,在缺乏世界公民社会的情况下,“世界政府”可能被某些霸权国家所操控,蜕变成“世界利维坦”。

第三,国际司法机制正在强化。长期以来,由于缺乏世界各国公认的强有力的司法组织,国际法成为了一只“没有牙齿的老虎”。联合国和其他国际组织很大程度上也是协调者,缺乏执法实际能力,国际法院在司法方面的作用一直不尽如人意。根据《联合国宪章》的规定,安理会的决议具有法律的效力,可根据宪章第7条的规定采取强制措施,并可对拒绝执行国际法院判决的国家采取强制措施。但是由于“冷战”对峙和安理会的否决机制,安理会在许多重大问题上无法达成一致意见。“冷战”结束后,安理会的地位明显加强,在许多重大国际问题上开始取得一致,由此采取行动的力量大为增强。同时,国际法院的作用也在强化,在审理国际案件方面比以前更有作为。特别值得注意的是,伴随着《国际刑事法院规约》(1998)的生效,2002年国际刑事法院正式成立。该法院的管辖范围虽然以加入该规约为前提条件,其管辖的犯罪种类仅仅涉及少数几个罪名(灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪),不过,成员国一旦加入该规约就须接

受国际刑事法院的强制管辖。根据该规约的有关规定，有权启动国际刑事法院审判程序的可以是缔约国，也可以是安理会。更为重要的是，国际刑事法院可自动启动审判程序，即检察官启动（由国际刑事法院检察官办公室启动）。这意味着，国际刑事法院可跨越主权国家的界域对某些犯罪行为实行自动管辖。目前，这个法院的判决尚难执行，实际作用也很有限。但有望在不远的将来，它能够在国际刑事领域扮演更为重要的角色。

除了全球治理，法律全球化还包括所谓全球法律的地方化。它主要是指，联合国、国际组织和国际社会层面的法律被各国全部或部分承认或接受，通过这种承认或接受，全球性的法律成为各国法律的组成部分。这主要表现在以下几个方面。

其一，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》、《公民与政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》。《世界人权宣言》虽然政治性多于法律性，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各种世界人权文件，提供了精神源泉，奠定了价值基础，从而成为国际人权的一个重要起点。国际人权文件除了规定一般权利和自由，其中《公民与政治权利国际公约》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，是人之为入应享有的权利，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。据此，任何缔约国的法律若与之相抵触，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。我们高兴地看到，中国已经签署并批准了《经济、社会和文化权利国际公约》，同时签署了《公民与政治权利国际公约》，而批准这个公约只是时间问题。

其二，自世贸组织成立以来，缔约国必须根据有关协议调整自己的法律制度，例如取消内部行政规定，修改知识产权保护法，改革司法制度等。世界银行和国际货币基金组织在向发展中国家提供贷款和援助时，常常附有条件，要求受援国改革政治体制和法律制度。它们突出强调善治或良政原则（the principle of good governance or good administration），要

求有关国家在国内实行法治、扩大公民参与范围、行政管理透明公开、负责、廉洁和公正等；在国际事务上决策透明、广泛参与、信息畅通、高效管理以及健全财政制度等。

法律全球化还包括地方法律的全球化。所谓地方法律的全球化，主要是指原本是地方性的法律，经由某种途经被全球化了。这主要表现在以下两个方面。

首先，根据邓肯·肯尼迪在《法律与法律思想的三次全球化》一文的分析，在1850—2000年的150年间，所谓法律与法律思想的全球化，实际上是西方法律全球化。在西方法律与法律思想中，先是德国法律与法律思想的全球化，继则是法国法律与法律思想的全球化，最后是美国法律与法律思想的全球化。他的分析虽然忽略了英国法律与法律思想对世界广泛影响，但毕竟从一个重要维度，揭示了地方法律的全球化过程、性质、内容和原因。

其次，新商人法穿越国家领土，成为四处游走的法律“候鸟”。早在中世纪后期，伴随着商业的复兴，西欧就出现了跨国的商人法。至20世纪后期，跨国商事活动迅速增加，跨国企业的数量、规模及其在世界商业活动的重要性，都远远超过历史任何时期，而主权国家的法律，不适合规范跨国企业的商事活动，内国或国际的纠纷解决机制也不便于跨国商事纠纷的解决。因此，跨国企业便在商业实践中形成了新商人法。根据德国学者托依布纳的研究，这种新商人法有别于国家法和国际法，是一种“自我合法化”的法律，它不依赖国家或国际的法律和传统的法院，是一种“自我繁衍”和“自我发展”的“自创生”法律制度。新商人法的有效性不是来自国家或国际权威，而是来自商人的合同。这种商事合同是一种无法律力的合同，其效力不是源于法律而是源于合同本身。它通过一种被称作“外部化”的机制，创设了通过仲裁解决纠纷的机制，而仲裁员的最终裁决，比法院判决更容易得到执行。有人把这种解决纠纷机制称作国际性私人化司法，但有人认为，所谓新商人法，实际上操控在美国律师手中，其内容和形式都深受美国法律的影响。这种法律无论是源自商人之间的协议，还是美国法律的变种，都逃脱了政治权威的监控，而为了追求所谓的“双赢”，国际商人常常置环境和人权问题于不顾，因而新商人法已然成为一

种“腐败法”(托依布纳语)。如何监控这种法律,已成为法律全球化时代的新问题。

最后,美国等西方国家通过“法律与发展”项目推销西方的法律。早在 20 世纪 60 年代,美国等西方国家就开展了法律与发展项目,其主要目的是向发展中国家输出法律。它们为此成立了许多专门研究机构,将美国或其他西方国家的法律理念、制度和法学教育模式移植到许多亚洲、非洲和拉丁美洲的发展中国家,还向这些国家派遣教师和政府法律顾问以及为其培训法律人才。20 世纪 80 年代中期,美国发起了新的法律与发展项目,在 1993—1998 年间,美国不惜巨资,资助 184 个国家进行法律改革。新一轮法律与发展项目是在经济全球化的背景下实施的,美国试图通过法律输出占领世界法律市场,并通过推广美国法律的试验进而实现世界法律的美国化。这些项目尽管没有取得完全的成功,但毕竟影响了许多拉美受援国法律发展的方向和法律改革的进程。实际上,这种法律全球化很大程度上是美国法律的全球化。

法律全球化带来了许多问题,引发了许多争论。如何应对经济全球化和法律全球化的挑战,对于包括中国在内的世界各国,不仅是个学术和理论问题,而且是个实践和战略问题。

三、中国的回应:学者视角

综上所述足以表明,民族国家时代虽然尚未结束,但民族国家时代的国内和国际秩序,正在受到跨国家、超国家和全球化趋势的冲击。与此同时,人类政治和社会的组织形式,世界秩序的结构,以及国际关系的格局,都处在深刻的转变之中。同其他发展中国家一样,中国也被卷入“时空压缩”的历史旋流中。它们面临的挑战是,现代民族国家的建构尚未完成,全球化的大潮迎面而来,由此必须同时应对两个历史时期和两种秩序的挑战和冲击,因而被迫进行持续的冲浪式改革。历史上,当这些国家运用帝国时代的思维和规则,应对民族国家时代思维和规则的挑战,曾经陷入了被动之境;同样,如果这些国家仅仅运用刚刚学会的民族国家思维和规则,应对跨国家、超国家和全球化的挑战,那么不免要在新的历史情境下

重蹈覆辙,成为全球化的受害者和牺牲品,而这正是西方某些霸权国家新的帷幄之计。因此,如果说面对民族国家的挑战,帝制时代的人们惊呼“狼来了!”那么,面对全球化的挑战,刚刚跨入民族国家门槛的人们会再度惊呼“狼来了!”

不过,我们欣慰地看到,中国的有识之士,对当代天下大势的变化,已经不再如晚清的前辈那样茫然、盲目和盲动,而是对“狼来了”具有了明确的认知和具体的筹划。仅就法律界而言,中国学者早就从不同的维度,对法律全球化的趋势进行了深入和具体研究,并就中国如何应对法律全球化的挑战,提供了许多有益的方略和建议。为了便于相关的研究和教学,我们把中国学者研究法律全球化的重要成果,汇聚起来,集成《法律全球化:中国与世界》一书。

四、本书内容

本书分为四编。第一编是《法律全球化与国际法治》,所选四篇文章从不同角度,对法律全球化的理论与实践,进行了宏观讨论。作者从法理学和国际法角度,对法律全球化的含义、价值取向及其对法律移植的影响,进行了系统研究。朱景文教授认为,法律全球化是正在进行的世界经济、政治、文化全球化过程的法律表现,不存在脱离这一社会内容独立的法律全球化。社会学意义上的法律全球化为我们更深入地认识全球化现象的社会经济根源提供了有意义的素材,提出了当代全球化研究需要多学科的知识 and 跨学科的思考,但不能在概念上提出非国家的法的主张。车丕照教授从国际法的角度,对法律全球化的寓意和趋势进行了论述,并针对何为“国际法治”和“国际法治”是否可能等争论,进行了具体辨析。於兴中教授认为,全球化可能是一首史诗,也可能是一场梦魇,但现在我们还无法看得很清楚。什么是全球化?在全球化的过程中,法律到底起什么样的作用?假定法律全球化是一种必然趋势,那么被全球化的到底应该是什么样的法律制度和理念?以及如果我们接受法律全球化的观点,那么由谁来推动法律全球化,谁来接受这样一种全球化?针对这些令人困惑问题,於教授进行了分析,并提出独到的见解。

第二编是《跨国法与国际法的新趋势》，车丕照教授对全球化背景下的国家主权，进行了深入探讨，指出了在当代世界中国家主权的实际地位，认为全球化使国家置身于更多的“契约”约束之中，而并未减损国家的身份。徐霄飞博士分析了司法审查全球化的事实和机理，从一个侧面展示，全球化如何推动了宪政理念与制度的广泛影响。鲁楠博士对当代新商人法进行了系统研究，并运用卢曼和托依布纳的法律系统论，分析了新商人的全球化及其“自创生”特性，指出了在全球化时代非国家法的生成机制。魏磊杰博士对苏联及解体后独联体等转型国家，在法律改革过程中饥不择食地吞食西方输送的“法律商品”进行了反思，批判了西方借助法律全球化之机，推行法律霸权主义的做法，并指出法律移植的正确路径。余盛峰是清华法学院的在读博士生，他的文章讨论了全球信息化秩序下，法律所发生的革命性变化，并就中国法律和法学如何应对这种变化，提出了重要的建议。杨静哲博士的文章，分析了法律全球化背景下法律的多元论，并指出民族国家时代，这种多元论如何对国家法一元论构成了挑战。

第三编是《法律全球化：公法与私人的调适与回应》，几位作者从不同角度对全球化时代公法的重要变化，进行了分析。姜明安教授对全球化时代“新行政法”进行了深入研究。他认为“新行政法”之“新”，体现在其调整范围、调整方式和手段以及法源形式都不同于传统行政法。“新行政法”形成和发展源于民主化、市场化、信息化、全球化的世界潮流的推动，中国改革开放导致的经济、政治体制和法制模式的重大变革，宪政、人权、法治理念在整个国民意识中的生长和逐步普及，以及中国公法学者与法律实务界的合作与互动。他指出，目前，“新行政法”无论在中国，还是在世界，都还处在不断发展的过程中，其发展趋势如何，有待我们进一步关注和研究。王明远教授的文章认为，为了应对全球性环境问题、保护人类的共同生态环境利益，需要建立和强化类似于国内政府的他治机制，针对环境问题对各国和各种国际机构的环境行为进行全局性的干预、治理和监督。陈喜峰副教授研究了世贸组织的宪法化和欧盟的宪政性质。他认为，欧盟宪政的现实表明，传统的条约体系，一旦拥有可解释和执行的司法机制，就可能在一定程度上向实在的宪法制度转变。世贸组织的决策层面不存在实质意义的次级立法，尚未发展出如同欧盟那样能够较为充

分协调政治和法律关系的机制,是世贸组织宪法化的根本缺失之一。齐飞博士对世贸组织争端解决机构的造法机制进行了具体分析。他认为,WTO争端解决机构的造法能力,在于它作为一个常设国际争端解决机构,具有增强成员方承诺的可靠性的特性,也在于其争端解决机构自身通过机构建设和法律技术手段,增强自己的造法能力。面对世贸组织争端解决机构的造法,成员方可以采取一些有效的反制手段。云昌智博士对全球市场一体化与国际竞争法的关系进行了具体分析,指出经济全球化对国际竞争法具有重要影响,提出中国应该采取的应对之策。陈东副教授以国际商事仲裁和世贸组织的体制为典型例证,通过分析认为,跨国经济法的某些领域存在若干所谓“美国化”的表征,而这是全球化进程中,美国以经济实力为依靠推行其文化霸权的一个侧面。

第四编是《法律全球化与中国法》,《中国与WTO:全球化视野的回顾与展望》一文,两位作者指出,在法律全球化背景下,中国“入世”过程如何推动了政治、经济和法律改革,因而成为通过开放推动改革的范例。他们建议,中国未来应致力于通过改革推动进一步开放。值得一提的是,这种以改革为中心的思路,同中国新一届政府全面进行改革的方略不谋而合。公丕祥教授的文章系统论述了全球化与中国法制现代化的关系,他认为在法律全球化背景下,中国作为发展中国家,应当捍卫法律主权,反对新的法律殖民主义,防止中国法律发展的“边缘化”趋势。他还指出,全球性法律重构的进程,非但没有形成全球法律发展的一体化趋势,反而加剧了全球社会的内在分裂,强化了以民族国家为构成单位的全球法律发展多样性的演进趋向。储育明教授和朱庆副教授的文章,深入分析了美国独立董事制度的特征和运行环境,并对中国移植美国独立董事制度的实际效果进行了具体分析,指出了目前的问题和困惑,并提出了解决问题的思路。徐红菊在《中国知识产权法的美国化?》一文中,分析了中国知识产权法如何深受美国法的影响,但她认为这种影响上没有达到“美国化”的程度,美国法并未在中国知识产权制度中占据“主导”与“支配”的地位。她认为,中国知识产权法对美国法吸纳的主要方式是法律移植,目前已经由20世纪的被动适应阶段,进入到对所移植法律的主动调整阶段。

我们必须指出,本书所收集的文章,只能代表中国学者论述法律全球

化的重要研究成果，但远不是这个领域的全部成果。一些相关的文章虽然重要，但由于某些原因，没有收入本书。还需要指出，各篇文章的作者，对于法律全球化问题，立场和观点存有很大差异，对于其中的是非得失，需要读者来判断，并有待于未来实践的检验。另外，敏锐的读者会发现，在我们的文集中，明显缺乏类似“私法与法律全球化”的一编。我们曾经尝试搜寻这方面的文章，但是这个领域尚缺乏系统的研究。例如，中国商法学者承认，法律全球化时代的中国商事法深受美国法的影响，但我们没有找到系统和全面研究这个问题的文章。我们相信，在不远的将来，私法领域定会有许多相关的研究成果问世。在本书有机会出修订版时，我们希望能够弥补这一缺憾。

值本集付梓之际，我要首先要感谢本书的作者诸君。没有他们的慷慨授权，我们的计划将成为无米之炊。朱景文、公丕祥、车丕照、於兴中和姜明安等资深教授的支持，对我们编印本书，尤其是巨大的鼓励。同时，我们也感谢清华大学出版社方洁老师，没有她一如以往的支持，本书的构想无法变成现实。最后，本书的收集、联络和具体编辑等工作，都得益于鲁楠和余盛峰的辛劳。对于他们两人的合作和贡献精神，我深表谢意。

借此前言结尾，胡诌几句，聊抒感怀：

其 一

暗惊寒去春早来，掩卷无语叹兴衰。
半枕黄梁赴青鸟，一粒金丹化雾霾。

其 二

街角柳冠笼绿烟，巷陌又开二月兰。
梦里尘霾拂不去，醉中飘向碧海天。

其 三

无暇对镜叹白头，新辞旧梦说还羞。
谢罢楠峰贤弟子，挥笔一笺地沟油。

高鸿钧

2014年3月25日

目 录

前言	1
----------	---

第一编 法律全球化与国际法治

法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向	高鸿钧	2
法律全球化:法理基础和社会内容	朱景文	27
法律全球化与国际法治	车丕照	41
自由主义法律价值与法律全球化	於兴中	95

第二编 跨国法与国际法的新趋势

身份与契约——全球化背景下对国家主权的观察	车丕照	102
司法审查全球化:事实考察与机理分析	徐霄飞	113
匿名的商人法——全球化时代法律移植的新动向	鲁楠	138
后苏联时代的法律输送:行为逻辑、问题及最新动向	魏磊杰	178
全球信息化秩序下的法律革命	余盛峰	209
法律多元论:轨迹、困境与出路	杨静哲	231

第三编 法律全球化:公法与私人的调适与回应

全球化时代的“新行政法”	姜明安	252
应对全球性环境问题的困境与出路:自治还是他治?	王明远	263

WTO 宪法化与欧盟宪政: 基于宪法合法性的比较	陈喜峰	288
论 WTO 争端解决机构的造法	齐 飞	322
全球市场一体化与国际竞争法——问题、理论以及分析线索 初探	云昌智	344
跨国经济法的“美国化”及其本质	陈 东	378

第四编 法律全球化与中国法

中国与 WTO: 全球化视野的回顾与展望	鲁 楠 高鸿钧	406
全球化与中国法制现代化	公丕祥	431
公司法“一体化”视野下的独立董事制度: 定性、困惑与出路	储育明 朱 庆	457
中国知识产权法的美国化? ——美国模式的影响与走向	徐红菊	470
编后记		493