

清华

法治论衡

法律全球化

高鸿钧 主编

第14辑



第14辑

法律全球化与全球法律化

高鸿钧 主编
聂鑫 副主编

法治



清华大学出版社 北京

内 容 简 介

本辑为“法律全球化与全球法律化”专号,收入了肯尼迪和特文宁以及何美欢等法学名家的重要文论,还刊登了年轻学者关于法律全球化的新近研究成果,内容涉及全球治理、全球化时代的法律传播、司法审查、行政法、商法、公司法以及知识产权法等。这些研究反映了国内外关于法律全球化研究的前沿,对于思考中国的法治和法学发展具有重要的借鉴价值。

本书适合法学、经济学以及政治学等领域的研究者及相关专业学生阅读,对政府官员和关心法律全球化问题的社会各界人士,亦有重要价值。

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

清华法治论衡.第14辑,法律全球化与全球法律化/高鸿钧主编.--北京:清华大学出版社,2011.8

ISBN 978-7-302-25899-5

I. ①清… II. ①高… III. ①法治—文集 ②环境—全球化—文集
IV. ①D902-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第116315号

责任编辑:方 洁

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

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 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:32.5 插 页:1 字 数:431千字

版 次:2011年8月第1版 印 次:2011年8月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:46.00元

产品编号:037658-01

感谢台达环境与教育基金会
为本辑“论衡”提供部分资助



卷首语

法律全球化的迷思

一

全球法律化与法律全球化的表述，并非文字游戏，而是意有所别：前者意指不同社会走向某种法律之治，后者则意指某种法律之治走向不同社会；前者暗示社会治理模式演化的时间之矢；后者暗含某种法律扩散的空间之力。它们是历史的宿命还是虚假的必然？是法治地球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。

二

全球化时代既非“自然状态”或“丛林时代”，也非大同世界或永

久盛世。置身其中，我们宁愿联想到春秋战国时代：联合国类似春秋的周都，G8 类似春秋的五霸、战国的七强，西方的计量单位成为“公制”标准，英语成为“世界语”、美元成为“世界货币”，类似秦国的车同轨、书同文和统一度量衡，美国类似战国后期的秦国，而拉登炸美则类似荆轲刺秦。

当然，对于当代世界格局，任何类比都失之简单。但有一点难以否认，全球化颇有美国化之势。全球化似乎意味着世界跟着西方走，西方跟着美国走，美国跟着“华府”走，“华府”跟着“华街”走，“华街”跟着感觉走，感觉跟着贪欲走。在一些人眼中，全球的政治中心是华盛顿，控制方式是炸弹；经济中心是纽约，控制方式是金钱；文化中心是洛杉矶，控制方式是媒体。于是，“华盛顿共识”被等同“全球共识”，“滑饵街”法则被等同国际法则，“道穷厮”指数被等同全球标准指数，法律全球化被等于全球法律美国化。这种说法虽然未免夸张，却展示了令人警觉的图景。

霸权逻辑激起了反霸权的抵制，全球的法律被地方化，外来的法律被本土化，现代的法律被传统化。法律趋同的追求导致了趋异的对抗：法律民族主义对抗法律帝国主义，地方原旨主义对抗人类普世价值，狭隘的本土模式抵制世界发展潮流，朴素的民革诉求拒斥体改和宪政进程。

三

经济全球化并未增进全球平等，反而助长了贫富分化。富人无祖国，穷人守乡土，资源流动无国界，财富享受有禁区，其态势虽非东邪西毒，却成北帝南丐。南南合作不过世界“丐帮”的精神聚餐，《北京共识》也不过西医给东土开出的杂方。先发国家内强外强，借助法律输出获取经济利益，通过法律传教士传播文化价值。后发国家内弱外弱，民族国家尚未建成，即被卷入全球化的激流；国家法尚未稳固，就遭全球法的挑战；领土边界尚未划定，便面对去领土化的冲击。

强国以全球法打压国家法,弱国则以国家法抵抗全球法;强国以人权挤压主权,弱国则以主权抗拒人权;强国以去领土化延伸影响,弱国则以再领土化奋力阻击;强国发射全球主义的“飞毛腿”狂轰滥炸,弱国则以地方主义的“爱国者”挺力拦截。在现代世界体系中,强国成为中心,以金钱为筹码,称雄争霸,通过剥削实现压迫;某些弱国沦为边缘,以威权为筹码,求强求富,乃至在后发崛起的狂追猛赶中走火入魔,对内造成压迫,并通过压迫实现剥削,铸成国富民穷。于是,世界似乎只有这两种秩序:一种高喊时间就是金钱,效率就是生命;另一种高呼权力就是真理,服从就是力量。前者硬法软法齐用,软硬兼施;后者宽赦严打共存,宽严相济。

四

就不同法律体系的地位而言,尽管全球法奋力摇滚,跨国法密集踢踏,民间法不停RAP,国家法仍然昂首挺胸,一路“恰恰恰”,强撑体面。然而,国家法全控的时代毕竟一去不返,国际人权日益坚挺,对主权步步紧逼;新商人法如同候鸟,与富可敌国的跨国公司携手并肩,四处游走,国界形同虚设;世界社会尚未形成,社会世界却已穿越国家疆界,结成全球网络:绿党、赤潮、白领、黑帮各守其则,各行其道。

全球化与信息化并驾齐驱,相得益彰。信息没有国界,只有网络;没有中心,只有结点;没有等级,只拥有界面;没有历史,只有当下。在这个时代,缺席者即在场者,消费者即生产者,言说者即收听者,游戏者即被游戏者。在即时互动过程中,原因与结果、现象与本质、本地与他乡、虚拟与真实、演员与观众以及自我和他者相互交叠,彼此交融,难以辨识界域。我们似乎又回到了部落时代:到处是流动的景观,青年潜伏在丛林里,等待猎物,老人蜗居在洞穴中,给孩子们讲述神话。共时覆盖了历时,感官压倒了理性,虚拟掌控了实在,口语吞没了官话,戏说取代了说戏,性感代替了感性,恶搞解构了搞恶,这一切莫非是对神话世界的复归?神话的内容似乎不再是精卫填海

和愚公移山,而是“神马浮云”和“凤凰石头”。如果这一切并非夸张,以理性和科学为基础的现代法国家法将会面临怎样的挑战?

五

全球化虽然没有使得人类共享收益,却同担风险。生存法则的吊诡在于,幸运千呼万唤不出来,而灾难千方百计难逃脱,防不胜防。人们在金融危机中惊魂未定,甲流、核漏接踵而至,北非战火突然又起。灾难源自地方,却殃及全球,于是人类进入了风险社会。走出一种灾难的捷径似乎在于制造更大灾难,消除恐惧的妙方仿佛在于使恐惧常态化,或者以多难兴邦的修辞聊以自慰。故而新闻善于耸人听闻,一如某些媒体勇于赤身裸体。如果说冷战对峙是一种恐怖平衡,那么今日世界则面临着失去平衡的恐怖。

人类制造灾难的风险远远大于防御灾难的能力,核武的杀伤力足以多次毁灭人类。然而,人类最大的风险也许不是核武器扩散,而是克隆人问世。如果说进化论以人畜同祖的逻辑,驱除了人的神性之光,那么克隆人则会以人畜同体的结局,打破人畜界限,彻底颠覆人性尊严。当美人鱼不再是童话,牛魔王不再是妖魔,狮身人面不再是怪物,我们人类的伦理道德意义何在?我们真的会以这样的方式自我解构人类中心主义,实现众生平等的理想?

所有这一切都表明,随着交往和交流范围的扩大,人类在变得强大的同时也变得更加脆弱。在风险全球化时代,国家日益成为“事故共和国”,而全球则日益成为“风险共同体”。当此之时,国家法、国际法、跨国法以及全球法如何控制风险和应对灾难,也许是全球治理中最迫切的问题之一。

六

自古至今,世界主义和大同理想,一直弦歌不辍。然而,永久和

平只是良好的愿望,而持续战争则是严酷的现实。乌托邦一旦付诸实践就坍塌成青红帮,在野党一旦手握大权就形同黑手党,改革派一旦掌权就变成保守派,民主潮一旦得势就蜕变为专政朝。

面对种种困局,有识之士探索世界宪政和全球法治的路径,全球非政府组织和公民社会开始构建全球民主网络,国际组织强化人权保护机制,边缘群体和弱势人群吁求道义声援,一些重要后发国家“师夷长技以制夷”,继“四龙”、“四虎”之后,而成为世界舞台耀眼的“金砖”,而某些先发国家则遭到“多行不义必自毙”的报应,相继陷入了玩火自焚的困境。

与此同时,昔日独孤求败的全球霸主摇摇欲坠,改变世界经济体系的诉求不断强化,重构政治秩序格局的呼声日益高涨,诉诸图腾与血缘的部族统治纷纷瓦解,父位子承或兄终弟及的家国政治难以为继,自由、民主与公平、正义的价值得到广泛认同。由此可见,在全球化的过程中,压迫激起了反抗的灵光,规制暗藏着解放的动因,失望透露出希望的信息。

地球村是人人怡然自乐的桃花源还是血肉横飞的角斗场;是花果飘香的伊甸园还是白骨皑皑的万人坑?无论是全球法律化还是法律全球化,都难以提供满意的答案。因而,我们不仅需要追问:“全球化的法律是何种法律,法律化的全球是谁的全球?”而且需要自问:“为了人类命运和全球福祉,我们应当有何作为,必须有何作为?”

高鸿钧

2011年4月于清华园



卷首语 法律全球化的迷思	高鸿钧(7)
--------------------	--------

主题文章

全球治理之谜(上)

..... [美]戴维·肯尼迪著 刘 洋 译 高鸿钧 校(1)	
---------------------------------	--

法律播散：一个全球的视角

..... [英]威廉·特文宁 著 魏磊杰 译(22)	
-----------------------------	--

全球行政法：原则与价值的追问

..... [英]卡罗尔·哈洛 著 徐霄飞 译 毕洪海 校(58)	
-----------------------------------	--

全球化时代的美国法学院：一个比较的视角

... [美]戴维·S. 克拉克 著 张 伟 译 毕竟悦 校(94)	
------------------------------------	--

商法救国	何美欢(132)
------------	----------

中世纪的共同法基础：罗马法与教会法	苏彦新(153)
-------------------------	----------

匿名的商人法

——全球化时代法律移植的新动向	鲁 楠(164)
-----------------------	----------

误读下的新世界：晚清国人的国际法印象	赖骏楠(228)
--------------------------	----------

司法审查全球化：事实考察与机理分析	徐霄飞(260)
-------------------------	----------

中国知识产权法的美国化？

——美国模式的影响与走向	徐红菊(287)
--------------------	----------

法律移植：股东派生诉讼制度改革的经验 and

启示	朱芸阳(312)
----------	----------

法治纵论

再论环境侵权民事责任

——评《侵权责任法》第65条 罗 丽(355)

环境权构造论 王社坤(369)

英美法中是否存在所有权?

——“ownership”在英美不动产法中的真实

含义 吴一鸣(390)

刑法解释目标是个认知性问题吗? 李 强(415)

争点聚焦

婚姻的经济属性与房产权的份额分配 徐爱国(432)

中国亟宜确立新型的家制和家产制

——婚姻法解释(三)评议 俞 江(440)

个体的失败

——评婚姻法解释(三)之公开征求意见 周林刚(451)

概念的僭政

——评强世功《司法能动下的中国家庭》一文 ... 舒 窈(459)

法苑观察

英国最高法院掠影 程雪阳(465)

律师的道德难题

——美国里奥·弗兰克案 李锦辉(475)

司法治理与政治司法化

——读赫希《迈向司法治理：新宪政主义的起源

与后果》 扶 摇(486)

编后记 聂 鑫(502)

CONTENTS

Foreword: The Mysteny of Globalization of Law ... Gao Hongjun(7)

Main Topic

The Mystery of Global Governance David Kennedy, trans.
by Liu Yang, proofed by Gao Hongjun(1)

Diffusion of Law: A Global Perspective William Twining
transl. by Wei Leijie(22)

Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values
..... Carol Harlow, trans. by Xu Xiaofei,
proofed by Bi Honghai(58)

American Law Schools in the Age of Globalization: A Comparative
Perspective David S. Clark, trans. by Zhang Wei,
proofed by Bi Jingyue(94)

Using the Commercial Law for Saving Nation
..... He Meihuan(132)

The Foundation of Ius Commune: Roman Law and
Canon Law Su Yanxin(153)

Anonymous Lex Mercatoria: A New Trend of Legal Transplant in
Global Era Lu Nan(164)

A New World under Misreading: the Chinese Impression of

International Law during the Late Qing Period	
.....	Lai Junnan(228)
Globalization of Judicial Review: Factual Observation and dynamic analysis	Xu Xiaofei(260)
Americanization of China Intellectual Property Law?	
—Influence and trend of American law	
.....	Xu Hongju(287)
Legal Transplant: Experience and Insights from the Reform of Shareholders' Derivative Actions	Zhu Yunyang(312)

Comments & Reviews

Reconsideration of On Civil Liability of Environmental Torts:	
Comments on the Article 65 of Tort Law	Luo Li(355)
On the Structure of Environmental Rights ...	Wang Shekun(369)
Is there the concept of Eigentum in common law system?	
—True meaning of the term “ownership” in real property law	
.....	Wu Yiming(390)
“Objective Meaning, or Original Intention?” Is This a Cognitive Inquiry?	Li Qiang(415)

Focus on New Laws

Economic Characteristics of Marriage and Allocation of House Property	Xu Aiguo(432)
China Needs appropriately and very urgently to establish a New Type of Family System and Family Property System: Review of Exposure Draft for Judicial Interpretation III of Marriage Law	Yu Jiang(440)
The Failure of the Individual: Critics on The Third Judicial Interpretation of Marriage Law	Zhou Lingang(451)

The Tyranny of Concepts: Review of Jiang Shigong's Chinese Families under Judicial Activism.	Shu Yao(459)
---	--------------

Legal Observation

The Impression of the Supreme Court of the United Kingdom	Cheng Xueyang(465)
The Moral Dilemma of Lawyers—Leo Frank Case In America	Li Jinhui(475)
Juristoracy and Judicialization of Politics: Comments on Hirschl's Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism	Fu Yao(486)
Editor's Notes	Nie Xin(502)

全球治理之谜(上)

[美]戴维·肯尼迪 著 刘 洋 译* 高鸿钧 校

一、导言：我们所知何其少

作为本书形成基础的这次研讨会从多种方式,把宪政作为思考全球治理的出路。在过去的若干年里,许多人尝试用宪政的隐喻来

* 戴维·肯尼迪(David Kennedy),现任哈佛大学法学院教授,全球治理研究所所长。本文原载于 Jeffrey L. Dunoff and Joel Trachtman eds., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*(Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2009), pp. 37~68. 作者于 2008 年 1 月在俄亥俄北方大学佩蒂特法学院以本文为基础进行了讲座,并在俄亥俄北方大学法律评论(*Ohio Northern University Law Review*, 34, 2008, pp. 827~860.)发表了本文的前一版本。本文翻译得到了作者授权,在此对戴维·肯尼迪教授深表谢意。译者刘洋为清华大学法学硕士。

描述超越民族—国家的法律秩序。^① 我们受到某种激励,把《联合国宪章》想象成为一部宪法,在涉及使用武力等问题时尤其如此。另外一些学者则在人权逐渐成为证明权力正当性的全球性话语时,看到了一个宪法时刻。某些国际贸易法学者建议,我们可以把世界贸易组织(WTO)看做一种宪政秩序。世界贸易组织的出现,使得关贸总协定(GATT)变得更加法律化,强化了其纠纷解决机制,而且更深入地涉及国家内的法律规制。如果像彼特斯曼(Ernst-Ulrich Petersmann)的主张那样,我们倘若把人权添加到世界贸易组织国家间规制体系的实体法律“界面”——杰克逊(John Jackson)的著名称谓,那么我们就可把这一结果看做宪法化,至少在我们愿意用宪法角度来看待欧盟法律体制的意义上是如此。^② 同时,其他学者则在各国宪法之间看到了构建世界公法的关键。在他们看来,比较宪法才是我们探索在全球层面如何进行治理的前沿和中心领域。

在开始考虑凡此种种的宪法思想时,我们应当谨记,宪政仅仅是正在发展之中的关于全球治理的众多思考的一种而已。在法学界,人们正在重新想象国家之外与国家之间的法律的性质。当然,法学家并不孤单,我们在社会科学、经济学、政治学、社会学、人类学以及更多领域之中的同仁,都在重新思考权力与影响力的全球模式。

毋庸置疑,某些尝试要比另外一些显得更加对症下药的方案前景光明,但人们正在全新地思考该问题这一事实本身就具有现实意

① 参见 Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 Colum. J. Transnat'l L. 530 (1998)。该文讨论了《联合国宪章》作为全球宪法的问题。类似的观点在 Alfred Verdross & Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (3d ed. 1984) 中也有讨论。另见 Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *An International Constitutional Moment*, 43 Harv. Int'l L. J. (2002); John O. McGinnis & Mark L. Movsesian, *Commentary: The World Trade Constitution*, 114 Harv. L. Rev. 512 (2000); Ernst-Ulrich Petersmann, *Trade Policy as a Constitutional Problem: On the Domestic Policy Functions of International Rules*, 41 *Aussenwirtschaft* (1986); *The WTO Constitution and Human Rights*, 3 *Journal of Int'l Econ. L.* (2000)。

② 参见 John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, pp. 178~179, 248~250 (2d ed. 1997)。

义。它的意义在于,它反映了在我们被如何治理的问题上其实所知甚少。

实际上,我们对全球社会结构的了解非常之少。公共权力是如何被运用的,它的杠杆分布在何处,权威系于何人,以及它们之间是如何相互联系的?在任何地方我们都能看到来自于全球的、外国的、遥远的事物的影响。它们是怎样运作的?各个部分如何联系成为整体?政治的世界、市场的世界以及文化影响的世界是在一个紧凑的结构之中呢,还是松散而偶然地拼凑在一起的?是否存在多个全球秩序——说到底,多少算是陷入完全混乱,而多少是由无形之手所操控?

对于某些人而言,全球治理的问题首先来自于对实质问题的关注。世界上的贫困怎么会程度如此之深,范围又如此之广?在世界上不同文化与国家之间以及它们各自的内部如何确保安全?如果我们希望对贫困或者环境有所作为的话——如果我们要控诉或抗议抑或仅仅一般参与——我们应该去找谁?是什么力量使先进与落后的部门、文化或者国家彼此割裂开来?关于这些问题的知识为何分布得如此不均?如果我们能够得知造成影响力、财富以及知识不均衡和不平等的缘由,我们也许就能够明白怎样才能把世界变得更美好。

但是,这些问题的答案却绝非明确无疑。全球舞台上的权力是如何集结起来的?即便这种问题的答案也完全不清楚,更不用说权力的行使怎样才能公正或者有效了。实际上,我们才刚刚开始求解全球治理的谜题。单单是描绘出全球性力量的模式,以及识别出影响力的渠道与杠杆就已经是一个庞大的社会学挑战了。

同时,我们也应该看到,就在不久之前,法学界的大部分人还都自认为他们了解这一切是怎么回事。私法与公法,国内法与国际法,它们有各自的领域。全球治理就是这些为人熟知的部分的总和,每一部分则有它们领域内的专家在工作。令人惊奇的是,这种信心迅速地消失不见,而这些领域的边界也很快不复存在。

不久之前,非常普遍的情形是,国际公法学家藐视地把国际经济