



Globalization of Law

法律全球化丛书

法律全球化研究中心 组编

全球视野的 比较法与法律文化

高鸿钧 著



清华大学出版社



Globalization of Law

法律全球化丛书

全球视野的 比较法与法律文化

高鸿钧 著

法律出版社
北京

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书集作者多年研究成果,内容涉及法律全球化的主要特征和新趋势,全球化时代的比较法范式转换,以及全球视野中法律文化的语义、语境和新特征。书中内容对于反思国家法的利弊得失,把握跨国法和全球法的新动向,从而构建中国的法治模式,具有重要理论意义和实践价值。

本书适合于高等院校和科研单位的法学研究者,法律实务工作者,以及其他对于法律全球化、比较法学和法律文化问题饶有兴趣者。

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

全球视野的比较法与法律文化 / 高鸿钧著. —北京:清华大学出版社, 2015
(法律全球化丛书)

ISBN 978-7-302-3850-9

Ⅰ. ①高… Ⅱ. ①高… Ⅲ. ①比较法学—研究—世界 ②法律—文化研究—世界 Ⅳ. ①D99.08 ②D999.

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第081027号

责任编辑: 王洁

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 王荣静

责任印制: 杨 艳

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: 26.5 字 数: 392千字

版 次: 2015年5月第1版 印 次: 2015年5月第1次印刷

定 价: 46.00元

产品编号: 057003-01

前言

近年来,我关注的领域主要是法律全球化问题,其中涉及法律全球化的主要特征、法律全球化时代比较法的新趋势,以及全球视野的法律文化问题。围绕这些领域,我撰写和发表了一些文章。这些文章积累起来,大致可以汇集成一本书。这些文章,虽然侧重的领域或问题不同,但所贯穿的基本观点却大致相同。在这部文集中,除了我的文章,还收入我的两篇法律全球化的译文。

付梓之时,感谢清华大学出版社,尤其要感谢资深编辑方洁老师,没有她一直以来的关照和支持,我的写作和出版计划不可能实现。同时感谢我的学生,尤其感谢马剑银、泮伟江、鲁楠、陆宇峰、余盛峰、杨静哲、李鹿野、赵彩凤等同学。文中一些观点得益于同他们的讨论;在文章的写作过程中,他们帮我搜集了材料、提供了建议和处理了一些杂务。

本书内容尚存在一些不足之处,敬请读者批评指正。

高鸿钧

2014年1月15

前言	1
第一编 法律全球化与比较法	1
法律全球化的理论与实践:挑战与机会	2
法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向	21
美国法全球化:典型例证与法理反思	46
法律:规制与解放之间	
——读《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》	128
中国与 WTO:全球化视野的回顾与展望	161
比较法研究的反思:当代挑战与范式转换	186
第二编 法律全球化与法律文化	211
法律文化的语义、语境及其中国问题	212
文化与法律移植:理论之争与范式重构	244
法律文化与法律移植:中西古今之间	261
美国法律文化的新趋势	
——读《选择的共和国:法律、权威与文化》	280
附录一 中国文化复兴宣言	297
附录二 法律与法律思想的三次全球化:1850—2000	
..... 邓肯·肯尼迪 著 高鸿钧 译	316
附录三 “全球的布科维纳”:世界社会的法律多元主义	
..... 托依布纳 著 高鸿钧 译	384
后记	415

... ..

100

第一编 法律全球化与

比较注

10-11-12-13-14-15-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-100-101-102-103-104-105-106-107-108-109-110-111-112-113-114-115-116-117-118-119-120-121-122-123-124-125-126-127-128-129-130-131-132-133-134-135-136-137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148-149-150-151-152-153-154-155-156-157-158-159-160-161-162-163-164-165-166-167-168-169-170-171-172-173-174-175-176-177-178-179-180-181-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-210-211-212-213-214-215-216-217-218-219-220-221-222-223-224-225-226-227-228-229-230-231-232-233-234-235-236-237-238-239-240-241-242-243-244-245-246-247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277-278-279-280-281-282-283-284-285-286-287-288-289-290-291-292-293-294-295-296-297-298-299-300-301-302-303-304-305-306-307-308-309-310-311-312-313-314-315-316-317-318-319-320-321-322-323-324-325-326-327-328-329-330-331-332-333-334-335-336-337-338-339-340-341-342-343-344-345-346-347-348-349-350-351-352-353-354-355-356-357-358-359-360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370-371-372-373-374-375-376-377-378-379-380-381-382-383-384-385-386-387-388-389-390-391-392-393-394-395-396-397-398-399-400-401-402-403-404-405-406-407-408-409-410-411-412-413-414-415-416-417-418-419-420-421-422-423-424-425-426-427-428-429-430-431-432-433-434-435-436-437-438-439-440-441-442-443-444-445-446-447-448-449-450-451-452-453-454-455-456-457-458-459-460-461-462-463-464-465-466-467-468-469-470-471-472-473-474-475-476-477-478-479-480-481-482-483-484-485-486-487-488-489-490-491-492-493-494-495-496-497-498-499-500-501-502-503-504-505-506-507-508-509-510-511-512-513-514-515-516-517-518-519-520-521-522-523-524-525-526-527-528-529-530-531-532-533-534-535-536-537-538-539-540-541-542-543-544-545-546-547-548-549-550-551-552-553-554-555-556-557-558-559-560-561-562-563-564-565-566-567-568-569-570-571-572-573-574-575-576-577-578-579-580-581-582-583-584-585-586-587-588-589-590-591-592-593-594-595-596-597-598-599-600-601-602-603-604-605-606-607-608-609-610-611-612-613-614-615-616-617-618-619-620-621-622-623-624-625-626-627-628-629-630-631-632-633-634-635-636-637-638-639-640-641-642-643-644-645-646-647-648-649-650-651-652-653-654-655-656-657-658-659-660-661-662-663-664-665-666-667-668-669-670-671-672-673-674-675-676-677-678-679-680-681-682-683-684-685-686-687-688-689-690-691-692-693-694-695-696-697-698-699-700-701-702-703-704-705-706-707-708-709-710-711-712-713-714-715-716-717-718-719-720-721-722-723-724-725-726-727-728-729-730-731-732-733-734-735-736-737-738-739-740-741-742-743-744-745-746-747-748-749-750-751-752-753-754-755-756-757-758-759-760-761-762-763-764-765-766-767-768-769-770-771-772-773-774-775-776-777-778-779-780-781-782-783-784-785-786-787-788-789-790-791-792-793-794-795-796-797-798-799-800-801-802-803-804-805-806-807-808-809-810-811-812-813-814-815-816-817-818-819-820-821-822-823-824-825-826-827-828-829-830-831-832-833-834-835-836-837-838-839-840-841-842-843-844-845-846-847-848-849-850-851-852-853-854-855-856-857-858-859-860-861-862-863-864-865-866-867-868-869-870-871-872-873-874-875-876-877-878-879-880-881-882-883-884-885-886-887-888-889-890-891-892-893-894-895-896-897-898-899-900-901-902-903-904-905-906-907-908-909-910-911-912-913-914-915-916-917-918-919-920-921-922-923-924-925-926-927-928-929-930-931-932-933-934-935-936-937-938-939-940-941-942-943-944-945-946-947-948-949-950-951-952-953-954-955-956-957-958-959-960-961-962-963-964-965-966-967-968-969-970-971-972-973-974-975-976-977-978-979-980-981-982-983-984-985-986-987-988-989-990-991-992-993-994-995-996-997-998-999-1000-1001-1002-1003-1004-1005-1006-1007-1008-1009-1010-1011-1012-1013-1014-1015-1016-1017-1018-1019-1020-1021-1022-1023-1024-1025-1026-1027-1028-1029-1030-1031-1032-1033-1034-1035-1036-1037-1038-1039-1040-1041-1042-1043-1044

第一编

法律全球化与比较法

法律全球化的理论与实践:挑战与机会*

伴随经济全球化,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,并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,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“全球的法律化”。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就不会如此深远;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

* 本文发表于《求是学刊》2014 第 3 期。

球”才真正进入人类的视野,而西方列强也同时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《威斯特伐利亚合约》所建立的民族国家体系及其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

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

② 根据蒂利的统计,欧洲国家 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。[美]查尔斯·蒂利:《强制、资本和欧洲国家》(990—1992 年),魏洪钟译,80~81 页,上海,上海世纪出版集团,2007。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”。[德]伊曼努尔·康德:《永久和平》,何兆武译,13~41 页,上海,上海世纪出版集团,2005。

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

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“民族的片面性和局限性日益成为不可能”。^① 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谓的“现代世界体系”^②。

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理论意义,因而被研究法律全球化的学者所广泛引用。下面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;前两种是霸权主义的全球化,后两种进路是反霸权主义的全球化。^③

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

② [美] 伊曼纽尔·沃勒斯坦:《现代世界体系》第 1 卷,尤来寅等译,97~99、194、461~464 页,北京,高等教育出版社,1998。

③ [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》,刘坤轮、叶传星译,220~225 页,北京,中国人民大学出版社,2009。

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;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。①

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,由此,他的主张失之偏颇。同时他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”②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

① [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》,刘坤轮、叶传星译,240~385页,北京,中国人民大学出版社,2009。

② 同上,123页。

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。^①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。

^① 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,47~17页,北京,清华大学出版社,2009。

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。他如果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的重要作用,我们不得而知。

最后,根据沃勒斯坦的研究,世界体系始于 15 世纪中叶,它以西方殖民扩展为起点,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。^①

沃勒斯坦对于现代世界体系的论述,对于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是经济全球化的伴生物。同时,他

① [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》,杨雪东等译,54 页,北京,社会科学文献出版社,2001。

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 and 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不同国家政治、社会 and 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,也都存在类似沃勒斯坦划分的问题或其他问题。^① 世界体系的视角尽管存有某些缺陷,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,思考法全球化的问题。

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和反霸权主义勇气。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^②

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》。《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,但是它毕竟对于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和奠定了价值基础,成为国际人权的一个重要起点。当今世

① [美] 迈克尔·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,318~319页,南京,江苏人民出版社,2003。

② 此部分主要取自笔者的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(44),120~124页。

界大多数国家都签署和加入了上述几个重要国际人权公约,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求缔约国修改国内法律和对有关受害者提供救济。^①

需要强调指出的是,在“冷战”期间,由于“两个阵营”的对立,国际人权主要成为政治斗争的工具。随着“冷战”结束,国际社会在保护人权问题上采取了合作态度,尤其在反恐、防止核竞争与核扩散、打击国际刑事犯罪等领域,通过合作取得了重大进展。另外,当时国际人权文件所规定的基本自由和权利,已有半个多世纪,其普适性如得到国际社会的更广泛认同,就应在不同文明和国家之间的平等对话中,对这些基本权利的内容、含义和表述形式,进一步改进和扩展,使之在价值取向和话语表述上具有更广泛的包容性。

^① 曾令良、余敏友主编:《全球化时代的国际法——基础、结构与挑战》,107~108页,武汉,武汉大学出版社,2005。

第二,全球治理机制的建构与努力。关于“全球治理”^①和“国际法治”^②概念,学界存有广泛的争论。但这两个概念的提出就在某种程度上表明,全球化背景下所出现的许多问题,无法在民族国家的架构下和范围内得到有效解决,而必须从全球的视角予以考量。众所周知,在全球治理中,世贸组织和世界银行等组织扮演了积极的角色。世贸组织自成立以来,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。^③同时,世贸组织的争端解决机制非常独特,且效率极高,被誉为“皇冠上的明珠”^④。其一,争端解决机制由双层体制构成,基层为专家组,上层为上诉机构,“两审终审”,简洁高效。其二,专家组与上诉机构人员配备非常讲究,都是非争端方现任、前任 WTO 代表或学者,以个人身份任职,确保裁判中立、专业和有威信^⑤;其三,专家组报告采取“反向共识”的原则通过,即只要争议各方不一致表示反对,报告就获得通过,这使得专家组报告几乎获得了自动通过的效果,^⑥杜绝了争端方采取拖延战术;其四,争端解决机制安排灵活,允许争端方在过程中“庭外和解”,自行解决纠纷;其五,一旦争端解决机制的裁决生效,争议双方必须执行,否则 WTO 可以授权原告方针对被告方采用跨领域的“交叉报复”,给败诉方以严重威胁,甚至造成实质损失。实际上,世贸组织中负责解决争端的上诉机构具有了准司法职能,其裁决具有了准司法判决的效力。

① 参见[美]约瑟夫·S.奈、约翰·D.唐纳胡主编:《全球化世界的治理》,王勇等译,北京,世界知识出版社,3003。

② 车丕照:《全球化与国际法治》,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,799页,北京,中国政法大学出版社,2002。

③ 莫世健:《世贸争议解决机制对两岸关系的影响》,载朱景文主编:《法律与全球化:实践背后的理论》,397~410页,北京,法律出版社,2004。

④ [美]约翰·H.杰克逊:《国家主权与 WTO:变化中的国际法基础》,赵龙跃等译,160页,北京,中国社会科学出版社,2009。

⑤ [美]戴维·帕尔米特等:《WTO 中的争端解决:实践与程序》(第2版),91页,北京,北京大学出版社,2005。

⑥ 杨国华、李咏楚:《WTO 争端解决程序详解》,37页,北京,中国方正出版社,2004。

世界银行和国际货币基金组织等向发展中国家提供贷款援助时,常常附有条件,要求受援国改革政治体制和法律制度。在国内层面,它们要求实行法治,扩大公民参与范围,行政管理须透明公开、负责、廉洁和公正等;在国际层面,它们要求决策透明、广泛参与、信息畅通、高效管理以及健全财政制度等。^① 为了获得国际金融机构的援助或贷款,许多发展中国家不得不接受这些附加条件,按照有关要求改革本国的法律。事实上,许多受援国都进行了政治和法律改革,市场化和法治化的水平比以前有所提高,由此世界银行和国际货币基金组织为全球治理做出了贡献。但应该指出的是,在 20 世纪 90 年代,世界银行和国际货币基金组织所奉行的基本是新自由主义的“自由市场律令”,把接受上述政治改革的要求作为援助发展中国家的条件,结果导致了诸多弊端,如市场缺乏监管而陷入混乱和经济危机,引进大量西方的政治和法律制度由于缺乏相应的法律文化和社会条件,并不能有效运作。它们推动发展中国家进行政治和法律改革,其初衷是希望这些国家实现民主化和法治化,问题在于操之过急,且要求过于具体,没有给受援助的发展中国家预留较多的准备时间和较大的选择余地。从 20 世纪 90 年代后期开始,特别是在美国金融危机之后,世界银行开始采纳阿玛蒂亚·森和施利格里茨等温和市场派的建议,调整了方向,强调推动平等的重要性,并不把政改作为经济援助的强制性条件,而是让有关国家根据自己的条件循序渐进地进行政治变革和法律改革。^②

第三,全球游走的新商人法。早在中世纪后期,伴随着商业的复兴,西欧就出现了跨国适用的欧洲商人法(Lex Mercatoria)。最初,商人以城市为居住地从事跨国贸易,在借鉴罗马法和商事习惯法的基础上形成了

① 曾令良、余敏友主编:《全球化时代的国际法——基础、结构与挑战》,9~10 页,武汉,武汉大学出版社,2005。

② A. Santosz, The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development, in D. M. Trubek and A. Santosz (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 266~267.

自己的法律,并组成了自己的商事法庭。^① 随着民族国家的建立,欧洲化的身份性商人法相继被统一到各国的法律体系之中,成为国家法律的组成部分。在法国和德国,商人法通过法典化而被纳入了国家法体系;在英国,商人法则是通过法官的判决而被纳入了普通法体系。此后,国际商法也以主权国家作为基础,不复存在商人自我建构和发展的跨国商人法。

然而,自经济全球化以来,跨国商事活动急剧增加,贸易呈现出全球化的趋势。^② 由此,大多数国家的国内企业被卷入到全球市场的竞争漩涡中,跨国企业之间的竞争也日趋激烈,这迫使所有企业都进行战略调整,开始改革企业组织模式和运营方式。随之而来的是,合资和并购以及债务重整等活动空前活跃,跨国公司的数量、规模及其在世界商业活动的重要性,都远远超过任何历史时期。^③ 在跨国的交易活动中,发达国家的跨国公司通常认为发展中国家的法律不够“民主”和“规范”,因而力图避开那些国家的法律;发展中国家的跨国公司则认为发达国家的法律(包括国际法)主要源于西方并由西方国家所操纵,不利于非西方国家,因而也力图避开它们。为了避免风险和降低交易成本,跨国公司的交易以及其他跨国商事活动逐渐趋于法律化。鉴于国家法和国际法都无法适应跨国公司交易活动的需要,全球的新商人法便应运而生。由此,商人法在经历了欧洲化和国家化之后,又进入了全球化的过程。

根据托依布纳的研究,跨国或全球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。这种商事合同效力不是源于国家法律而是源于合同本身,即商人法源于商事合同,而该合同的效力又源于由合同创制的法律,由此就形成了一种奇特的悖论式循环。同时,新商人法

① [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,421~424页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

② [英]戴维·赫尔德等:《全球大变革:全球化时代的政治、经济和文化》,杨雪冬等译,208~262页,北京,中国社会科学文献出版社,2001。

③ 据统计,目前跨国公司的产值已占西方发达国家总产值的40%,世界上100个最大经济实体中,有一半以上是公司而不是国家。纪玉祥:《全球化与当代资本主义的新变化》,载俞可平、黄卫平主编:《全球化的悖论》,35页,北京,中央编译出版社,1998。