

全球化视野下的 中国刑法原理

齐文远 童德华 周 详 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

全球化视野下的 中国刑法原理

齐文远 童德华 周 详 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全球化视野下的中国刑法原理 / 齐文远, 童德华,
周详著. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2450 - 4

I. ①全… II. ①齐… ②童… ③周… III. ①刑法—
法的理论—研究—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 155773 号

全球化视野下的中国刑法原理
QUANQIUHUA SHIYEXIA DE ZHONGGUO
XINGFA YUANLI

齐文远 童德华 周详 著

责任编辑 徐蕊
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 18.75
字数 445 千
版本 2018 年 7 月第 1 版
印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

上海分公司/021 - 62071639/1636

西安分公司/029 - 85330678

深圳分公司/0755 - 83072995

重庆分公司/023 - 67453692



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2450 - 4

定价: 56.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

这是一本写给刑法专业研究生的书。为了提高人才培养质量,中南财经政法大学刑法学科团队研究决定出版几本帮助本专业研究生增强问题意识和学术创新能力的参考读物。《全球化视野下的中国刑法原理》便是其中的一本。需要指出的是,这本书只有少量篇幅是首次问世,其他绝大部分内容在过去十多年曾以专题论文形式发表在一些学术刊物上,这次出版时只是做了些简单的文字处理而没有进行大的改动,因此就使得本书在体系方面存在一些不足,特别是不像教科书那样严谨和全面,此外,几位作者之间的行文风格以及具体见解也都完全一致。对此,恳请读者诸君批评指正。

本书使用《全球化视野下的中国刑法原理》为书名,是因为全球化已成为我国刑法理论研究的一个不可避免的话题。正如本书内容中所具体展开的那样,当前刑法学中几乎所有的争议都与全球化有关。这一方面是因为我们处于一个不以个人意志为转移的全球化时代,另一方面则是由于全球化这一概念具有广泛的包容性。实际上无论我们是否认可或者是否意识到,全球化的视野已经成为我国刑法学人的一种思考方式,或者说成为一种必不可少的研究范式。所以我们认为,尽管反对全球化和赞成全球化的声音在刑法学界和在其他领域一样针锋相对,交锋此起彼伏,甚至发生一些诸如英国通过全民公投“脱欧”等小插曲。但实际上全球化是不可逆转的,世界各国的联合反恐和反腐败法律合作也表明刑法全球化已经成为不争的现实,而且运用全球化这一视角,将有利于消除我国刑法学与其他国家刑法学之间的隔阂,强化互联互通,通过比较鉴别、取长补短而促进刑法学科发展,也将有助于我国刑法学人在与国外同行的对话交流中能取得刑法全球化讨论之话语权,从而到国际舞台上去讲好中国故事以贡献中国人的智慧。另外,刑法全球化视角对我国所提出的“一带一路”战略的实施也将起到十分重要的推进和保障作用。

本书三位作者均系中南财经政法大学刑法学科的教师,且因同事关系或师生缘分经常在一起交流见解,切磋学术,实际上本书中的许多观点都是在我们合作研究中形成的。仅就初稿执笔而言,本书第一、二、三、四、八章由齐文远教授撰写;第六、十、十二、十三、十四、十八章由童德华教授执笔;第五、七、九、十六、十七章由周详教授撰写;第十一、十五章由周详教授和齐文远教授合作完成。全书最后由齐文远统稿。当然,本书的问世还得益于苏彩霞教授以及其他很多同事和同学们的鼓励,出版社的大力支持以及编辑徐蕊老师的辛勤付出和细致编校。在此谨表谢忱。

作者 谨识
2017年12月

目 录

第一章 刑法全球化与中国刑法学的应对	(1)
一、“刑法全球化”概念的提出	(1)
二、法律全球化概念的分析	(4)
三、刑法研究视角的转换:刑法全球化思维	(8)
第二章 全球化背景下中国刑法学的基本立场	(16)
一、中国刑法学的应然品格	(16)
二、中国法学如何走向世界	(23)
三、中国法学走向世界的路径:“实践法学”的提倡	(25)
四、教义主义抑或实践主义:中国刑法学的路径选择	(29)
第三章 社会治理现代化与刑法观的调整	(34)
一、“三位一体”的刑法观之形成	(34)
二、“三位一体”刑法观的中国展现	(36)
三、“三位一体”刑法观的中国展开	(42)
第四章 对我国刑法走向的思考	(51)
一、有所作为与有所不为:刑法应对社会风险的路径选择	(51)
二、建构我国刑事法治应避免过度犯罪化倾向	(57)
三、制定“刑法修正案”应遵循的原则	(64)
第五章 “民生法治观”下刑事立法的风险评估	(73)
一、民生法治观的提出	(73)
二、危险驾驶入刑时的民生保障旗号	(73)
三、危险驾驶入刑理由的质疑	(75)
四、保障民生视角下危险驾驶入刑的负面效应	(78)
五、违法驾驶行为不入罪的替代法律措施	(83)
第六章 刑法理念与制度的序列性问题	(87)
一、理念与制度序列性争端之由来	(87)
二、刑法的基本理念与理解上的偏差	(88)

三、理念稀缺与制度瑕疵之间的权衡之一:事实层面	(91)
四、理念稀缺与制度瑕疵之间的权衡之二:规范层面	(93)
五、结语	(96)
第七章 刑法教义学的概念及其价值	(97)
一、刑法教义学的概念界定	(98)
二、刑法教义学与规范刑法学的关系梳理	(99)
三、学界对刑法教义学价值的批判及笔者的初步回应	(102)
第八章 刑法的效力范围	(108)
一、刑法的时间效力与溯及力问题	(108)
二、刑法的空间效力问题	(111)
三、刑事司法协助	(126)
第九章 形式和实质的犯罪论问题	(138)
一、刑法形式解释论与实质解释论之争	(138)
二、四要件与三阶层犯罪论体系共生论	(154)
三、规则与行为功利主义违法观之争论	(168)
第十章 事实推定在盗窃无形物犯罪中运用的司法判例分析	(189)
一、裁判事实及其争议	(189)
二、推定与罪刑法定原则	(190)
三、事实推定的类型与基本要求	(193)
四、推定窃电量的有关规定和裁判之评价	(194)
第十一章 犯罪客体研究的实证化思路——以传播淫秽物品罪的客体界定为例	(197)
一、犯罪客体问题的还原	(197)
二、传播淫秽物品罪客体之界定	(198)
三、犯罪客体(法益)解释论机能的实际体现	(202)
第十二章 罗克辛的客观归属论之形成及其评价	(205)
一、刑法中现代客观归属论的理论前奏	(205)
二、罗克辛的客观归属论形成之根据	(208)
三、罗克辛的客观归属论的基本构造	(210)
四、罗克辛的客观归属论的评价	(214)
第十三章 刑事责任的解构与重构	(218)
一、刑事责任在刑法中的地位	(218)

二、刑事责任的含义	(220)
三、期待可能性与责任能力的关系	(221)
四、违法认识可能性与期待可能性的关系	(223)
五、小结性说明	(227)
第十四章 刑事替代责任制度比较研究	(229)
一、序说	(229)
二、历史回溯	(229)
三、代理责任制度	(233)
四、转嫁刑事责任制度	(237)
五、存废的基本观点	(238)
第十五章 “累犯加重犯”研究	(243)
一、问题的提出	(243)
二、刑法司法解释立法化现象的评价	(243)
三、“累犯加重处罚”的合理性	(245)
四、盗窃罪“累犯加重处罚”的合法性	(246)
第十六章 网络社会与刑事司法公正	(251)
一、网络民意影响司法裁判的内在机制分析	(251)
二、网络社会民意对我国民主政治制度的影响	(255)
三、网络民意与司法公正的复杂关系	(258)
四、“网络社会”中的大众话语与精英话语之间的矛盾与沟通	(264)
第十七章 大众死刑观的塑造与废除死刑的路径分析	(270)
一、死刑存废之争中民意论题研究的困局	(270)
二、网络社会中媒介对民意的塑造功能	(271)
三、东西方各种媒介塑造死刑观的比较分析	(272)
四、中国废除死刑的具体路径	(278)
第十八章 死缓制度的合理性反思	(281)
一、死缓制度的适用易导致多种弊端	(281)
二、死缓制度并不具有明显的人道性价值	(283)
三、死缓制度与现代法治理念相冲突	(285)
四、死缓制度在逻辑上不能自治	(286)
五、结语	(289)

第一章 刑法全球化与中国刑法学的应对

一、“刑法全球化”概念的提出

经济全球化即经济活动超越国界,通过货物贸易、资本输出、技术转让和提供服务而在全球范围导致各国之间成为一个相互联系、彼此依存的有机经济整体,被认为是当代世界经济的重要特征。^{〔1〕} 伴随着经济全球化的发展进程,任何国家的法律包括刑法都不可避免地受到冲击而被要求或多或少地进行变革,而在我国这样的发展中国家,呼声则尤其强烈。尽管这种呼声还不够和谐。例如,改革开放以来,不少中国学者在法理学和不同的部门法研究中明确提出我国应该通过“移植”西方国家的法律而“与国际接轨”,还有一些学者虽然没有这样明确立论,但认为中国法律的发展完善应沿着“现代化”、“国际化”的路径进行;^{〔2〕} 与此同时,也有学者持不同意见,主张中国法律的变革应立足于“本土资源”,认为在法律上根本就不存在什么各国公认的“轨”,因而所谓“国际化”实际上不过是全盘西化的代名词,但要求中国法律全盘西化根本行不通。^{〔3〕} 笔者认为,存在这种不和谐的声音是正常的,这是因为我们对来势汹涌的全球化浪潮及其客观要求的认识需要一个过程。但客观规律是不会以人们的意志为转移的,我们唯一能做的就是尽快认识它,调整自己的观念来适应它。因此,在中国刑法应当如何发展完善这个问题上,我们应当坚持“刑法全球化”的理念并以此来指导对具体刑法理论的研究。

自20世纪80年代以来,在西方社会中,全球化问题已成为人文社会科学领域的重要话题,全球化理论也正在成为“显学”。实际上,在此之前,早在工业化时代到来之际,全球化即已逐渐开始成为整个世界发展的趋势,并且这一点已经为先贤们所注意到。马克思在他的《德意志意识形态》一文中就曾经指出:“大工业创造了交通工具和现代化的世界市场……首次开创了世界历史,因为它使每一个人的需要的满足都依赖于整个世界,因为它消灭了以往自然形成的各国的独立状态。”^{〔4〕} “过去那种地方的和民族的自给自足和闭关自守状态,被各民族的各方面的互相往来和各方面的相互依赖所代替了。物质的生产是如此,精神的生产也是如此:各民族的精神产品成了公共的财产。民族的片面性和局限性日益成为不可能,于是由于许多种民族的和地方的文学形成了一种世界的文学。”^{〔5〕} 虽然当时马克思没有直接使用“全球化”这一术语,但国内外研究全球化问题的学者都公认马克思的“世界历史”和“世界文学”观念是全球化理论的先导。

〔1〕 参见刘培刚主编:《网络经济学》,华东理工大学出版社2014年版,第205页。

〔2〕 参见田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2001年版,第1页以下;苏彩霞:《刑法国际化的若干问题新探》,载《法商研究》2004年第5期。

〔3〕 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第13页。

〔4〕 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1977年版,第66~67页。

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

全球化问题已经成为当今学术界研究的重心和敏感问题。说它是重心,是因为当今世界的一切重大经济、政治、社会、安全和文化问题,都与全球化问题密切相关。说它敏感,是因为全球化问题与民族国家利益和前途密切关联,全球化使民族性及民族认同的主题比以往任何时候都更为凸显。全球化在广度、深度、强度、密度四个维度上推进,形成了当代全球化的强势语境,使社会科学的话语体系问题界域都发生了重大转换。联合国教科文组织最近出版的《世界社会科学报告》指出:“全球化理论是社会科学领域的一次主要的范式转换,社会科学绝不可能再与从前的一模一样了。”〔6〕学者们一方面清算各自学科中的传统,辨别原有的理论缺陷;另一方面则以革新迎接挑战。他们不仅密切关注现实中全球化带来的各种影响及由此所产生的各种现象,而且调整着原来的理论基础以更合理地解读变化万千的世象。并且,“全球化”一词正逐渐开始从学术界进入日常生活。原本一个从许多字典里都难寻觅的生僻之词,现在成了很多人信手拈来的热词,全球化似乎已从过去的一个用以简略地概括世界未来趋势的专业词汇变成了整个社会各个层面竞相流传的时尚用语。

然而就在学者和民众广泛地使用“全球化”一词的时候,对究竟何谓“全球化”,却并没有形成统一的看法。正如德国学者于尔根·费里德里希所指出:“全球化这个概念具有多种含义。目前它基本成了一种标签,用以描述任何一种方式的国际关系和市场的国际化。就是在科学的著作中,也被理解为多种不同内容,没有统一的定义”〔7〕最近,面对如此众多领域(既包括金融、通讯、网络、基础设施、公司企业组织、交通运输业、商业与服务业的流通,也包括人们的消费行为、价值体系、民族国家的作用、人口增长、全球政治等)的巨大变化,国际化、跨国化概念对于描述目前的发展及测量这些发展的意义已经很不合适。故“全球化”这一概念的普遍流行与被赋予各种不同意义绝对不是时髦现象,它反映了人们对目前这种变化进程的关心及根据各自对这种进程的理解与把握调整自己的生存方式的需要。此外,由于经济全球化与社会的全球化充满着复杂性,这种复杂性既表现在全球化形式和实现方法上的多样性,又表现为影响和制约全球化形式与实现方法的因素的广泛性,例如,民族文化因素以及经济和社会的变迁既不断受到全球化的影响,同时又反过来影响着全球化的形式与实现方法,故并没有一种长期有效的、固定的全球化模式,所以在今天很难找到一个为人们所普遍认同的定义。

由此可见,对一个方兴未艾的现象,从各个角度去把握它,既是一种迫不得已,也是一种必然。企图找到统一的定义,就目前而言是几乎不可能完成的任务。

但是,概念是逻辑的起点,是理论研究的基石,所以对基本概念的辨析和选择不是一个可有可无的东西,而是一个首先应当解决的问题。

对全球化概念大致有如下几种界定:〔8〕(1)从信息通讯角度,全球化被认为是地球上的人类可以利用先进的通信技术,克服自然地理因素的限制进行信息的自由传递。例如麦克卢汉在他对传播媒介独特理解的基础之上提出的“处处是中心,无处是边缘”之“地球村”(global village)恐是这种认识角度的始作俑者,而且这种认识影响了许多把全球化归于技术进步的学者。(2)从经济角度,全球化被视为经济活动在世界范围内的相互依赖。特别是形成了世界性

〔6〕 转引自程光泉:《全球化理论谱系》,湖南人民出版社2002年版,第1页。

〔7〕 参见程光泉:《全球化理论谱系》,湖南人民出版社2002年版,第8页。

〔8〕 除特别注明的外,本段落所引用观点均出自杨雪冬:《西方全球化理论:概念、热点和使命》,载《国外社会科学》1999年第3期。

的市场后,资本超越了民族国家的界限,在全球自由流动,资源在全球范围内得到配置,整个世界形成一个共同市场。这种认识把经济全球化的根本动力归结为市场的发展,从而把国家在理论上推到了全球化障碍的一面。这是多数人持有的全球化观念。(3)从危及人类共同命运的全球性问题角度,全球化被视为人类在环境污染、碳排放以及核威胁等共同问题下达成的共识,如在应对气候变化方面,从哥本哈根世界气候大会上发达国家与发展中国家的尖锐对立到巴黎气候大会上达成普遍共识,被认为是全球化的重大进步。(4)从体制角度,全球化被视为资本主义的全球化或全球资本主义的扩张。比如沃勒斯坦在提出的“世界体系论”中认为“世界体系是一种世界经济,因为这个体系各个部分之间最基本的联系是经济的,尽管这种联系在某种程度上被文化联系以及最终被政治安排和联盟结构所加强”,“现代世界经济体是而且只能是‘一个资本主义的世界经济体’”。^[9]英国学者斯克莱尔则直接提出全球化就是以资本主义为核心的全球体系在世界范围内的扩展。另一位左翼学者阿尔博更是明确地说道:“全球化必须不仅被视为一种经济规则,而且是一种社会关系体系,它植根于社会权力特有的资本主义形式中,而且这种权力控制在私人资本和民族国家手中。基本上讲,全球化意味着市场作为一种经济规范者日益普遍化。”他还进一步强调“全球化只是资产阶级的国际化”。(5)从制度角度,把全球化看作是现代性的各项制度向全球的扩展。英国学者吉登斯是这方面的突出代表。他认为全球化不过是现代性从社会向世界的扩展。它是全球范围的现代性,因为“现代性骨子里都在进行着全球化”。(6)从文化和文明角度,把全球化视为人类各种文化、文明发展要达到的目标。比如罗伯森认为:“作为一个概念,全球化既指世界的压缩,又指认为世界是一个整体的意识的增强。”^[10]汤姆林森认为:“全球化处于现代文化中心地位;文化实践处于全球化的中心地位。”^[11]再如费舍斯通在给某一专题杂志写的导言中提出了全球文化(global culture)出现的可能性。他认为全球文化的相互联系状态的扩展也是全球化进程,它可以被理解为导致全球共同体——“文化持续互动和交流的地区”——的出现的原因。它不仅表明世界是统一的,而且表明这种统一不是简单的单质,而是异质或多样性共存。这一派学者更强调全球化是一个动态的、矛盾冲突的过程,它没有一个单一的逻辑,而且也不会出现其他学者所说的某种统一、一致的局面。值得注意的是,20世纪90年代以来,越来越多的学者成为这种观点的拥护者。除此之外,还有学者用更加极端的眼光看待“全球化”这一概念,把它看成是西方化、美国化的代名词,有的还形象地把“全球化”称为“可口可乐化”、“麦当劳化”。

综上所述,当下对“全球化”概念的认识正处在一个众说纷纭、褒贬不一的阶段,现在还无法对这一概念给出一个统一的定义。但尽管如此,通过认真分析除了那些极端见解外在各个层面对这一术语的具有代表性的定义描述,我们仍然可以大致简单归纳出“全球化”的几个特征:

第一是多样性。即世界体系内的国家、社会、个人之间的联系和相互沟通方式选择的多样化。

第二是相互依赖性。全球化并不意味着其他国家依赖于某一两个国家或者大多数发展中

[9] [美]沃勒斯坦:《现代世界体系》(一),罗荣渠等译,高等教育出版社1998年版,第465页。

[10] [美]罗伯森:《全球化:社会理论和全球文化》,梁光严译,上海人民出版社2000年版,第11页。

[11] [英]约翰·汤姆林森:《全球化与文化》,郭英剑译,南京大学出版社2002年版,第1页。

国家对少数发达国家的依赖,而是表明世界范围内各国之间相互依存的增强、相互依赖的扩大。

第三是不平衡性。全球化是多维度的,同时是一个不平衡的过程。其中除了全球经济初见端倪之外,还没有出现也很可能永远不会出现所谓全球统一政治体系、全球统一道德秩序、全球统一法律制度或者全球单一文化的社会。

第四是矛盾性。即全球化是一个多样性和统一性的矛盾过程,也是一个文化冲突与融合的过程。当然其主要方面强调的是同质化、趋同化,但它也并不绝对排斥多元化和差异性。

第五是不确定性。全球化本身要求“开放性”和“模糊性”,拒绝用一种“确定的”、“封闭定型的”眼光来看待事物。

二、法律全球化概念的分析

(一) 法律全球化的背景

众所周知,迄今为止全球化还主要是明确体现在经济上的全球化。但经济全球化必然对各国法律产生巨大的影响。随着中国“入世”谈判和参加世界贸易组织以及加入两个人权公约,我国法学界也开始极为关注全球化问题。但在经济全球化对法律影响的深度和广度、强度、方向以及如何对此界定等方面,学术界的见解却大相径庭。学者们先后使用不同的语词来界定该现象:从最初的“法律移植”、“法律接轨”到“法律国际化”、“法律现代化”、“法律趋同化”,然后是一些学者开始频繁地直接使用“法律全球化”概念作为便利的分析工具。

然而“法律全球化”就像前文的“全球化”概念一样,往往也是在不甚清晰的诸多层面上被使用的,这不但引起概念上的混乱并因此导致对这一概念的滥用,而且因为概念上的不明确引起了一些无谓的论争。所以一些学者明确反对法律全球化的提法,认为法律全球化经不起法理的推敲。学者们对法律全球化概念的质疑主要是基于以下两点理由:

第一,法律全球化提倡者未能声明被全球化的法律是指国际法还是国内法,是私法还是公法。如果是国际法的全球化,那么这是一个国际法和国内法的关系的老问题,无须用“法律全球化”来混淆视听;如果是国内法的全球化,那么如何可能使各国的国内法全球化?也许最后的结果只能是美国国内法的全球化,并导致出现“美国商法已经变成全球化的普通法”的局面;如果说法律全球化指的是在国际法和国内法之间创立的一种无须国家参与、介入的“法律”,那么这纯粹是一个空想,这种所谓的“法律”根本无强制力,完全就不是法律;如果说这里面包含全部法律,则违背法理中关于法的本质原理,过分夸大“各国共同意志”,抹杀了法的国家意志本质和国家间的利益冲突和矛盾。^[12]

第二,法律是主权的体现,作为主权象征的法律是不可能全球化的。经济全球化切实可行,而法律全球化是西方霸权的体现。因为法律毕竟不同于经济,从经济全球化也不能自然推导出法律全球化。因此,经济全球化并不必然导致法律全球化,在承认经济全球化的同时应当继续坚持政治多元化和法律多样化。所谓“不受任何国家控制的”、“没有国家的”、“全球化法

[12] 参见慕亚平:《对“全球化”理论的剖析》,载《中山大学学报》2003年第3期。

律”基本上只能是不切实际的幻想。^[13]

笔者认为,法律全球化的反对者提出的质疑的确是有价值的,它提醒我们应对这一概念是否恰当进行更为深入的思考。不过我们认为这些质疑还不足以成为彻底否定法律全球化概念的充分理由。诚然,法律全球化的内涵和外延在一段时间内还不是很完善,但这是因为法律全球化作为一个描述法律发展趋势的分析工具还正处在形成过程中,它还只是一个发展中的概念,因此虽然该概念目前还是模糊的、不确定的,也是应当被允许使用的。实际上,有哪个法律概念在产生初期不是如此?又有哪一概念不存在一定程度的模糊性、不确定性呢?“法律国际化”、“法律现代化”、“法律趋同化”等描述法律发展趋势的术语都存在这个问题,但这并不妨碍学者们频繁地使用这些概念。当然我们并不否认存在法律全球化概念被曲解为以西方强国的价值观和法律话语来一统天下,实际上也确实存在这种极端的认识,然而全球化是我们无论乐不乐意都必须面对的客观现实,全球化意识只是这种现实的反映而并不是这种危险存在的原因,这种危险性也绝不会因为我们放弃了法律全球化这个概念就自动消失。即便没有这一提法,西方的价值观也完全可以借助于别的概念、理论或者其他东西而影响人们。其实,正如前文所述,多数学者主张的全球化并非单一化,而是多维度的、多元化的,并不会抹杀民族国家的多样性和差异性,故提倡法律全球化思维并准确把握法律全球化概念的含义倒是可以帮助我们更好地防范上述危险。因此,那种认为法律全球化的意思是美国等主要西方国家法律的全球化甚至认为主张法律全球化就意味着实现西方霸权主义扩张目的观点,恐怕是有些过于夸大其辞了。

(二) 法律全球化概念的含义

我国赞成法律全球化提法的学者对关于什么是法律全球化目前尚没有统一的看法,从学术著述中看,大体上有如下几种定义^[14]:

1. 法律全球化指的是“法律趋同化”、“法律一体化”。持此种观点的学者认为,法律全球化的意思是指全球范围的法律理念、法律价值观、法律制度、执法标准与原则的趋同化。在具体的内容上,有的学者主张法律全球化意味着法律的全方位趋同,也有学者认为法律全球化只包含具体法律规则的趋同,即仅仅是与全球化的经济联系较为紧密的那部分法律制度规则才相对容易达到全球化,而政治、文化等方面的法律内涵则很难全球化,所以他们认为:“法律全球化主要是指法律规则的全球化”。^[15]所谓法律的趋同化就是指“不同国家的法律,随着社会需要的发展,在国际交往日益发达的基础上,逐渐相互吸收,相互渗透,从而趋于接近甚至于趋于一致的现象。这一现象不仅限于私法领域,它已扩展到公法领域。”^[16]所谓法律一体化,是指“全球范围内的法律规范相互联结,各国之间的法律规范是互不隶属的,国际法与国内法也被一些人看作两个不同的法律体系。然而在现实生活中,我们已清楚地看到这些法律规范正

[13] 参见罗豪才:《警惕法律全球化理论》,载《中国经济时报》2000年6月20日。另参见沈宗灵:《评“法律全球化”的理论》,载《人民日报》1999年12月11日第6版;赵维田、田海英:《评“法律全球化”的呓语》,载陈安主编:《国际经济法学论丛》(第4卷),法律出版社2001年版。

[14] 参见姚天冲、毛牧然:《“法律全球化”理论刍议》,载《东北大学学报》(社会科学版)2001年第1期;王生卫:《法律全球化研究的文化视角》,载《理论观察》2002年第5期。

[15] 陈金钊、张其山:《法律全球化的境遇》,载《山东公安专科学校学报》2002年第6期。

[16] 翁国民:《全球化与国际商事合同规则的国际统一》,载《中外法学》2001年第3期。

在互为一体,国际法与国内法之间的界限正在变得模糊不清,而这种联结的实践就在于国际法高于国内法的信念已得到普遍的确认。”^[17]

2. 法律全球化是全球性的国际政治、经济、文化的反映与定型。持这种见解的学者认为:“法律全球化是正在进行的世界经济、政治、文化全球化过程中的法律表现,不存在脱离这一社会内容的独立的法律全球化。在社会生活领域全球化的过程中,法律全球化实际起到使这一过程规范化、定型化的作用,在某种意义上,法律全球化既是经济、政治、文化全球化的结果,又是他们的保证。”^[18]

3. 法律全球化是法律文化、法系的趋同过程,是超越国界的法的契合力和影响力。持这种观点的学者认为,法律全球化是指一定的国家和地区在一定的法文化传统中相互借鉴和移植而表现出的法超越国家界限的影响力。“法律全球化,从其表征形式和特征来说,主要是指相关的国家和地区在彼此承认和尊重国家主权的独立的前提下,基于相同的国际法利益或相近似的文化传统在法的制定和实施过程中表现出来的契合力与影响力。”^[19]

4. 法律全球化就是法律的西化或美国化。这种观点认为法律全球化是西方国家特别是美国向全球推行其法律价值和法律制度的过程。全球化是以西方国家为主导的全球化,在这个过程中,西方国家的优势地位非常明显。从历史上看,西方国家的私法价值和宪政色彩在全球得到支持;从现实看,西方国家强大的科技实力和经济基础为推行其固有的法律制度和价值理念奠定了基础,而发展中国家由于其自身历史原因则只能被动地接受和积极应对这种全球化。因此,法律全球化也就表现为一种私法和公法的西方化或美国化的特点。

5. 法律全球化是以经济全球化为基础的法律的非国家化进程,服务于建构无国界的全球统一大市场的需要。这种观点主张,“非国家化”意味着国家主权在该领域不断弱化的过程。“法律全球化”是指一种在全球化的市民社会出现的、由私法主体(包括但不限于跨国公司、工会、新闻媒介联合体等)创设的、介于各国国内法与国际法之间的“无国家的全球法”的法律现象。其表现形式包括技术标准、职业规则、跨国公司内部组织规章、人权、契约、仲裁及其他商法的制度。^[20]

6. 法律全球化是指“法治全球化”。持这种见解的人认为,在世界范围内,多数国家以法律取代行政结构、关系网络作为调整社会关系的主要手段,即实行法治,随之而来的是律师、法官、诉讼在社会生活中的地位和作用的凸显。^[21]

认真分析上述各种对法律全球化的不同观点,我们可以得出如下几点认识:

第一,法律全球化和全球化概念一样,也是一个多维概念。“全球化乃是一个具有多维语义指向,可以从多种角度加以辨识、探讨和认识的概念和动态演进的过程。它既是一个实践的政治命题,还是一个思想文化命题,总体上反映着社会在近世以来无论在数量还是在质量上都同时经历了巨大跨越。”^[22]法律全球化概念在多种层面和范围上被使用和描述,本身就说明了

[17] 车丕照:《法律全球化——是现实,还是幻想》,载《国际经济法论丛》(第4卷),法律出版社2001年版。

[18] 朱景文:《法律全球化:法理基础和社会内容》,载《法理学论丛》(第1卷),法律出版社2000年版。

[19] 陈晓岚、汪进元:《论法律全球化与中国的法制发展》,载《光明日报》2001年9月14日。

[20] 姚天冲、毛牧然:《“法律全球化”理论刍议》,载《东北大学学报》(社会科学版)2001年第1期。

[21] 参见沈宗灵:《评“法律全球化”理论》,载《人民日报》1999年12月11日第6版。

[22] 冯玉军:《法律与全球化一般理论的研究述评》,载《法苑》2002年第7期。

要简约地界定这个概念是十分困难的。所以不是不能使用该词,而是当我们使用“法律全球化”的概念时,要区分是在哪个层面、哪个角度的法律全球化。例如,按程度和规模将法律全球化划分为三个层次:广义上的法律全球化始于法律移植,狭义上的法律全球化始于全球法律交流与趋同达到一定的规模和程度,而最狭义的则指整体的“世界法”的形成。^[23]又如,主流的观念大体上是在狭义的层面谈法律全球化的:“法律全球化是全球化分散法律体系向全球法律一体化的运动或全球范围内的法律整合为一个法律体系的过程。这个统一法律体系当然并不意味着全球适用完全统一的法律,而是在基本的法律原则的基础上,将全球法律统合为一个规范等级体系。”^[24]可见,真正坚持制定没有国家的“世界法”的法律全球化是极个别人的观点。

第二,尽管法律全球化概念在内涵和外延上尚有很多不甚明晰的地方和争议的地方,但是该概念强调法律话语的趋同性、普遍性是其基本内容。国际性、现代化和普适主义是法律全球化的关键成分,而理性化是贯穿其中的基因。因此,法律全球化所体现的主要是法律规则在范围上的拓展和观念上的认同。全球化、世界化和普遍化,往往是作为同义词来使用的术语。它们相互之间的含义、色彩虽有所不同,但这些术语都是表述一种运动、一种正在进行的过程。全球化和世界化侧重于“空间上的传播”,普遍化侧重于“观念上的认同”。所以,西方学者们在谈及经济时,往往将其称为“全球化”、“世界化”,而在谈到人权时,则将其称为“普遍化”。就人权而言,它实际上是一种观念的载体。按照联合国前秘书长加利先生在1993年维也纳会议上所作的表述,人权正在成为我们具有普通意义的共同语言。^[25]尽管各国、各民族之间法律文化有巨大的鸿沟,各国各自为政、意识形态分歧突出的法律实践同未来的全球化秩序之间也存在非常大的差距,但全球领域的法律改革却势在必行,各国、各地区的法律实践和法律文化都必然不同程度地趋于国际化。

第三,主流的法律全球化观念并不否认各国法律的个性、本体性,恰恰相反,是在明确承认这种个性与本体性的基础上来探讨法律全球化问题的。“从更为根本的意义来说,这是一个法律文化趋同的时代,即随着时间的流逝,法律制度得以更为相似。法律文化,即不同国家的公众对法律的态度也必然如此。趋同反映了经济的相互依赖,以及世界文化的融为一体。当(国际)社会有相似的经历,呈现出交通与通讯的统一世界时,它们的法律制度也必然走到一起。”^[26]由此,法律全球化以一定程度而言是法律文化相互渗透、相互影响的过程,法律全球化的过程不仅是主权国家对全球性法律文化的认可与吸收的过程,也是不同国家的法律文化的传播与进化过程,在这个过程中,全球性的法律文化所孕育的价值不仅得到了张扬与巩固,而且传播这种全球性法律文化价值的各国强势文化和弱势文化存在此消彼长的过程,本土性的法律文化在与全球性的法律文化交融中不断地发生变化。所以罗伯逊强调全球化包含了本土化,提出“本土化的全球化”,亦即把全球性的东西本土化。所以“我们应当拒绝把‘全球化过程’当作一种法定的变化来看的观点,而应当把全球化一言以蔽之称之为一种全方位的历史性

[23] 参见王维林:《法律全球化:一种概念的考察》,载《北华大学学报》(社会科学版)2004年第2期。

[24] 周永坤:《全球化与法律思维方式的革命》,载《法学》1999年第11期。

[25] [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《世界法的三个挑战》,罗结珍等译,法律出版社2001年版,第9~10页。

[26] [美]劳伦斯·M.弗里德曼:《存在一个现代法律文化吗?》,载《法制现代化研究》(第4卷),南京师范大学出版社1998年版,第415~416页。

变革。”^[27]

第四,即便法律全球化概念确实存在容易成为西方法律霸权主义和新干涉主义的借口、有可能弱化国家主权以及不符合传统法学理论的基本观点等弊端和倾向,我们也必须对其加以研究而不能像鸵鸟一样持回避态度,因为只有如此,才能找到有效的手段以防止不利于我国及我国人民利益的结果发生。而且从思维上看,法律全球化要求法学家要有全球的眼光,要求我们睁大眼睛看世界,这与国家改革开放的大政策是一致的。在这方面,我们不得不惊叹19世纪末德国法学家耶林富有远见的预言:“尽管现在谈论凌驾于国内法之上的普遍性的统一法,无异于天方夜谭,但通过比较法在国内适用外国法和国际法现象,这是需要认真研究的现实问题。”^[28] 100多年前的德国学者就已经认识到这一点,今天的我辈学人更不能瞻前顾后,畏首畏尾。换言之,我们在坚持国家主权原则、反对霸权主义的前提下,还是可以吸收法律全球化的研究思路和成果的。

当然,包括刑法在内的公法,与私法相比存在很大的差别。因此,能不能提出公法乃至刑法的全球化?如果能的话是在什么层面上的全球化?为什么我国刑法学界对其很少提及?这些都是值得进一步探讨的问题。下面,笔者拟根据个人的一些思考来试图回答这些问题。

三、刑法研究视角的转换:刑法全球化思维

很多学者在承认法律全球化概念的同时往往对公法特别是刑法能不能全球化持保留见解,或者抱着一种语焉不详的暧昧态度。这也是对法律全球化概念持否定立场的学者的一个批判理由。

法律全球化理论是从分析法律现象入手的。有的学者根据当前的法律发展的现状,明确将法律全球化限制在私法领域。^[29] 一些人注意到近年来商法在一些领域的非国家化现象,因而提出了法律全球化就是法律发展的超国家化或非国家化,也即法律来自“不受任何国家控制的经济或政治势力”、是“超国家的法律”、是“独立于国家之外的立法过程”,即由“私政府”制定的。美国加州大学(伯克利)法学教授夏皮罗称之为“私自创法”制度。^[30] 这种将法律全球化归结为法律的非国家化进程的学者,由于认识到公法领域内国家主权强制力,所以他们将这一理论限定在私法领域,如契约法和商法等。这就将公法排除在“法律全球化”之外。而批判者则用根本就不存在完全脱离国家主权的法律(尤其是公法更为明显地反映出法律的这个特点)作为反对理由。

而肯定公法全球化的学者,也往往将其表述为宪法全球化和行政法全球化^[31],而没有明确刑法能不能全球化。将法律全球化视为美国法的全球化的学者也认为:美国宪政制度的成

[27] [英]阿尔布劳:《全球时代:超越现代性外的国家和社会》,高湘泽、冯玲译,商务印书馆2001年版,第146页。

[28] 转引自邓建中、刘馨:《法律全球化与共同法发现的思考》,载《法制日报》2004年10月28日。

[29] 姚天冲、毛牧然:《“法律全球化”理论刍议》,载《东北大学学报》(社会科学版)2001年第1期。

[30] 陈金钊、张其山:《法律全球化的境遇》,载《山东公安专科学校学报》2002年第6期。

[31] 美国印第安大学法学院的阿曼教授在1992年的《全球化时代的行政法》和1997年的《面向新世纪的行政法》两本书中提出并阐述了“行政法全球化”。参见于安:《全球化时代的行政法》,载《环球法律评论》2002年秋季号。我国有学者也开始使用“行政法全球化”这个概念来分析问题。参见吴鹏、范学臣:《公共管理与行政法的变革》,载《中国行政管理》2003年第12期;吴瑞坚:《新公共管理放松政府管制取向与行政法发展》,载《云南行政学院学报》2001年第2期。

功经验及美国行政法在制度创新方面的领先地位,使各国将其作为仿效对象与范本,公法全球化与公法美国化在此意义上重合。^[32]我国有学者认为在法律全球化的研究中要注重全球化和各部门法关系的研究:在全球化时代,经济关系的发展要求实现法律的全球化,这种全球化不仅包括经济法律规范的全球化,还包括民事法律规范、诉讼法律规范,甚至涉及宪法、行政法等领域。^[33]刑法能不能全球化,在该学者笔下也没有明确。另外,在晚近以来举办的有关法律全球化的国际学术会议中也可以看出这一点来,比如2004年10月在中国召开的“中德日法学研讨会”,以“法律全球化与共同法发现”为主题,就人权、法哲学、法律史、民商法学、行政法学、法学教育与司法制度等多个具体法学领域中的理论和实践问题进行了学术研讨。但也没有明确提及刑法学层面上的“共同法”讨论。

也有些学者虽然没有明确否认,但对刑法的全球化持一种暧昧态度,如有学者提出:“入世以后,经济全球化的触角不仅涉及了与外贸有关的国际法、经济法和民法,而且涉及宪法、行政法、诉讼法,甚至刑法的某些内容。”^[34]可见,在这里,经济全球化的触角虽然涉及刑法的某些内容,但这种有限影响是否就等于刑法的全球化,作者并没有给出明确的回答。实际上,不少认为全球化包含公法全球化的学者在该问题上采取的都是既不明确肯定也不明确否定的态度。所以反对“法律全球化”提法的学者就抓住这一点,认为:“我们主张经济全球化会对法律产生巨大影响的观点,但却不赞同由此必然导致‘法律全球化’的说法。”^[35]

至于在刑法学界的内部,有一些学者已经开始注意到经济全球化、法律全球化对刑法的影响。但是和法理学界一样,也是尽可能地避免使用“刑法全球化”的概念。他们通常采取诸如以下的类似表述:“有组织犯罪——全球关注的问题”、“经济全球化与犯罪控制对策”、“在全球视野中审视中国刑法问题”、“法律全球化中的刑法现代化——刑法现代化的一个问题”、“全球化时代的刑事犯罪对策”。^[36]由于从逻辑上讲,刑法受到全球化的影响并不等于刑法全球化本身,所以,实际上刑法的全球化问题无论在法理学界还是在刑法学界内部都是个悬而未决的问题。

笔者认为,经济全球化不仅仅只是对刑法有影响,刑法本身也有全球化的问题。与其逃避这个事实,不如正视刑法全球化对传统刑法理论的挑战、冲击和由此带来的机遇。

在笔者看来,之所以有必要提出“刑法全球化”的概念,主要是基于以下几点理由:

1. 刑法全球化是经济全球化的必然要求。一般来说,经济关系是一种物质关系,属于经济基础的内容,而刑法则属于上层建筑的组成部分,根据经济基础与上层建筑的关系原理,经济

[32] 姚天冲、毛牧然:《“法律全球化”理论刍议》,载《东北大学学报》(社会科学版)2001年第1期。

[33] 刘锦:《二十一世纪法律研究的一个新课题:法律全球化》,载《中国法学》1999年第6期。

[34] 周翠彬:《经济全球化与法制现代化》,载《律师世界》2002年第3期。

[35] 李茂军:《浅析经济全球化对法律的影响——兼评“法律全球化”理论》,载《中国青年政治学院学报》2002年第3期。

[36] 参见马克昌:《有组织犯罪——全球关注的问题》,载《法学论坛》2004年第5期;陈杰人:《在全球视野中审视中国刑法问题》,载《法律与生活》2005年第19期;储槐植、蒋建峰:《经济全球化与犯罪控制对策》,载《山东公安专科学校学报》2002年第2期;莫洪宪、胡隼:《“经济全球化与犯罪发展趋势”学术研讨会综述》,载《江西公安专科学校学报》2002年第5期;张建升、张坤明:《探寻全球化时代刑事犯罪的应对之策——第十七届国际刑法学大会专题决议述要》,载《人民检察》2004年第11期;尤广辉、时延安:《法律全球化中的刑法现代化——刑法现代化的一个问题》,载《山东公安专科学校学报》2003年第1期。除了尤广辉、时延安在文中使用了“刑法全球化”的用语,其他文章都没有明确肯定“刑法全球化”的概念。

全球化必然会导致包括刑法在内的法律全球化。具体从一定的经济基础决定一定的上层建筑的角度讲,全球化,尤其是经济全球化带来了经济关系和社会关系的根本性变革,这种变革必然会逐步反映在刑法观念中;再从一定的上层建筑必须反映与保护一定的经济基础的角度看,“法的关系正像国家的形式一样,它们既不能从本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反它们根源于物质的生活关系”。^[37]“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已”。^[38]这里我们姑且不去分析市民社会的现代化刑法观念,即使按传统的理念将刑法立法理解为纯粹的政治立法,那么这种情况下刑法也必须反映和记载全球化的经济关系的变化现实。

2. 犯罪的全球化现象是刑法全球化的事实基础。唯物主义认为不是人们的意识决定人们的存在,相反,是人的社会存在决定人们的意识。当前,跨国的走私犯罪、毒品犯罪、贩卖妇女与儿童犯罪、有组织的犯罪、邪教犯罪、恐怖主义犯罪、金融犯罪、洗钱犯罪、环境犯罪,还有利用现代化的高科技手段的计算机犯罪以及腐败犯罪等现象都已经或者逐渐趋向全球化了,而全球化的犯罪具有一种不同于传统犯罪的“蝴蝶效应”,^[39]在控制、打击这些全球化的犯罪时,传统的刑法模式也已经显示出力不从心的态势,故只有采取全球化的刑法模式才能解决这一现实问题。这正如恩格斯在《卡尔·马克思〈政治经济学批判〉》一文中曾精辟指出的那样:“历史从哪里开始,思想进程也应当从哪里开始,而思想进程的进一步发展不过是历史过程在抽象的、理论上前后一贯的形式上的反映,这种反映是经过修正的,然而按照现实的历史过程本身的规律修正的。”^[40]可见,既然已经出现了全球化的犯罪现象,那么“刑法全球化”观念的产生在逻辑上就是可以成立的。换句话说,观念的逻辑是事物自身逻辑的反映,刑法全球化的思维也不过是犯罪的全球化发展现实的反映。所以尽管刑法全球化和法律全球化、经济全球化一样,还有很多基本的问题处在争议之中,还处在不确定状态之中,但“刑法全球化”概念的提倡却表明了我们主动积极地试图研究、把握全球化给刑法带来的前所未有的问题的态度。我们不能等到其他解决全球化问题的理论都尘埃落定的时候才去消极地接受或者坐享其成,而必须现在就开始我们自己的思考。

3. 承认这一概念并积极参与相关对话有助于还刑法全球化之本来面目。笔者认为,关键问题不在于该不该有刑法全球化的思考,而是在于面对多维的全球化观念,我们应当持怎样的刑法全球化的观念。的确,在当下刑法学术界,究竟有多少人对刑法全球化持认可态度还是个问题,但我们不承认或者说反对“刑法全球化”这个概念或观念的态度,改变不了刑法全球化历史趋势这个事实本身。这就像阴雨天不见太阳,并不意味着太阳不存在,并不意味着太阳对人类的各种意义和机能的消失。而且这种不承认会使我们丧失参与讨论的机会,不利于我们对以刑法全球化之名推行西方霸权主义、新干涉主义价值观的言论进行针锋相对的反驳,不利于

[37] 《马克思恩格斯全集》(第13卷),人民出版社1960年版,第8页。

[38] 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1971年版,第122页。

[39] “蝴蝶效应”是著名的混沌理论的一个术语。美国气象学家洛伦芝(Lorenz)于20世纪60年代提交一篇论文,题目为《一只蝴蝶拍一下翅膀会不会在得克萨斯州引起龙卷风?》,他在论文中提到,亚马逊流域的一只蝴蝶扇动一下翅膀,所引起的微弱气流对地球大气的影响可能随时间增长而不是减弱,可能在几周后在美国得克萨斯州引起一场龙卷风。洛伦芝把这种现象称作为“蝴蝶效应”,意思即一件表面上看来毫无关系、非常微小的事情却可能带来巨大的改变。

[40] 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1971年版,第122页。