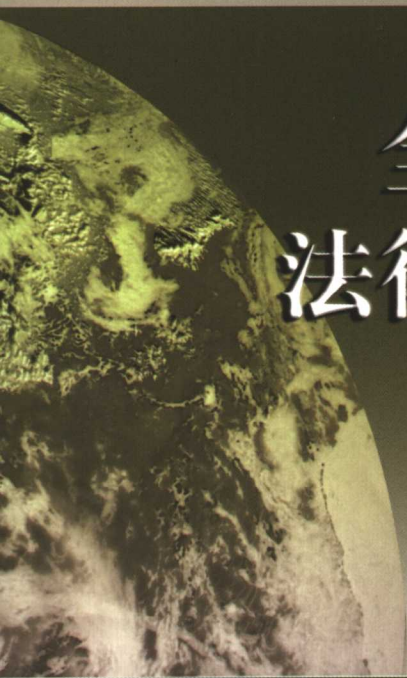


QUANQIUHUA JINCHENGZHONG FALÜ WENHUA DE TONGGOUYU YIZHI

张策华 著



全球化进程中 法律文化的同构 与异质

QUANQIUHUA JINCHENGZHONG
FALÜ WENHUA DE TONGGOU YU YIZHI

中国矿业大学出版社

China University of Mining and Technology Press

QUANQIUHUA JINCHENGZHONG FALÜ WENHUA DE TONGGOUYU YIZHI

张策华 著



全球化进程中 法律文化的同构 与异质

QUANQIUHUA JINCHENGZHONG
FALÜ WENHUA DE TONGGOU YU YIZHI

中国矿业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

全球化进程中法律文化的同构与异质/张策华著.

—徐州:中国矿业大学出版社,2005.11

ISBN 7-81107-191-6

I. 全… II. 张… III. 法律—文化—研究—世界
IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 112577 号

书 名 全球化进程中法律文化的同构与异质

著 者 张策华

责任编辑 罗时嘉

责任校对 齐 畅

出版发行 中国矿业大学出版社

(江苏省徐州市中国矿业大学内 邮政编码 221008)

网 址 <http://www.cumtp.com> E-mail: cumtpvip@cumtp.com

印 刷 淮阴新华印刷厂

经 销 新华书店

开 本 880×1230 1/32 印张 11.375 字数 315 千字

版次印次 2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

定 价 24.00 元

序

欣闻张策华博士的博士学位论文《全球化进程中法律文化的同构与异质》即将付梓面世，我谨致以学术上的热烈祝贺！

全球化是我们这个时代的主流性的发展趋势。尽管形形色色的反全球化浪潮此起彼伏，甚至有人耸人听闻地宣称全球化进程已经“终结”，但是，以新的科技革命为基础的全球经济一体化的浪潮以及由此所引发的其他诸多领域的全球变革趋向，乃是进入 21 世纪以来全球发展的最为显著的特征之一。当然，我们也不能不注意到，与全球化进程相伴而生的全球性分裂趋向，似乎愈益成为当今世界生活的重要现像；伴随着全球化浪潮的“地区化”走势，亦正显示其蓬勃的生机与强大的活力。

因此，从发展哲学的视角来看，全球化进程中确乎存在着同构与异质的矛盾运动。这一相反相成的全球发展的内在逻辑，向人们展示了当代全球变革进程的丰富性与多样化。在这样的时代背景下，法律文化发展必然面临许多值

得关注与思考的新情况、新问题。人类法律文化在全球化进程中出现的同构与异质的对立统一的现像,从一个侧面反映了全球性法律文化重构的历史走向。张策华博士的这一著述对此给予了富有逻辑力量的理论回应。

我衷心祝愿张策华博士在既往的研究基础上,矢志不渝,潜心钻研,继续深化全球化与法律文化发展的课题研究,为全球化时代中国法学的进步与发展作出不懈的努力。

公圣祥

2005年8月于南京

目

录

导论 问题和方法	1
一、问题的设定	1
二、国内外相关论题的研究概况	5
三、论题的理论目标	12
四、论题的方法论选择	16
第一章 全球化与法律文化的理论解析	19
一、全球化的法理维度	19
二、法律文化的理论界说	40
三、社会变迁与法律文化发展	59
四、全球化背景下法律文化发展的基本矛盾	75
第二章 全球化与法律文化的同构性	95
一、法律文化同构性的理论界说	95
二、全球化语境中法律文化同构性的基本表征	110
三、全球化语境中法律文化同构性的结构与功能	128
四、法律文化同构性的社会基础	145

第三章 全球化与法律文化的异质性	161
一、法律文化异质性的理论界说	161
二、法律文化异质性依存的社会条件	172
三、全球化语境中法律文化异质性的机理和价值	195
四、全球化语境中法律文化异质性的独特品质	209
第四章 全球化与全球性法律文化重构	227
一、全球性法律文化重构的基本理念	227
二、全球性法律文化重构的支持系统	249
三、全球性法律文化重构的实现机制	265
四、全球性法律文化重构的基本形态	284
结语 全球化背景下的中国法律文化发展	307
一、发展与全球性法律文化发展	307
二、全球化语境里中国法律文化发展的特点	315
主要参考文献	337
后 记	352

导 论

问 题 和 方 法

一、问题的设定

人类社会进入公元第三个千年之初,全球化作为事关社会发展和民族生存的重要话题,已愈来愈受到众多有识之士的关注。从 16 世纪至 18 世纪中后叶西方对外扩张、19 世纪至 20 世纪工业社会大扩展直到 20 世纪 80 年代以来全球经济一体化等,人类已经历了三次全球化浪潮。无论是从时间维度还是从空间维度来说,全球化早已将人类笼罩其中,我们无法回避远遁。全球化是包括经济、政治、文化、法律等领域在内的全方位的运动形态,人们的思维方式、生活习性、生存手段、生命状态等等无不处于全球化的背景下、全球化的语境里、全球化的进程中。全球化是一种客观存在,是人类社会发展的必然趋势。它在历史范畴和现实状态中展示的多姿多彩,为人类文明的发达绵延增添靓丽的色彩。

20 世纪 80 年代以来,国际社会的运行方式愈加纷繁,社会协作和社会分工愈加明朗,跨国公司实施跨越国界和区域界限的经营战

略,推动了全球优质资源的配置和生产要素的重组。进入 90 年代后,“我们见证了非凡的技术变化,这种变化以数字化、信息技术和正在扩展的生物技术为核心。”各种先进技术的飞速传播,为全球政治、经济、教育、文化等领域的互动交流构筑了跨国平台。世界贸易组织、国际货币基金组织、世界卫生组织、世界粮食组织等一系列国际机构的建立和运作,标志着全球化时代已经日益呈现兼容民族国家传统文明的态势。“在一些高度工业化与官僚化的社会里形成了一种推动法律向偏离现代国家原则方向发展的力量”,“法律特权被授予非国家组织”。^①处于这样一个波澜壮阔的历史进程和时代背景之下的全球化,对于世界的经济、政治、文化、法律等各个领域的影响和作用,是人们始料未及的。由此出现的法律文化的同构、异质和全球性重构现象正是我们的兴趣所在和关注、考察的热点问题。

在全球范围内发生的法律文化重构现象主要表现在以下方面:一是世界性多种结构的行业、跨行业、地域、跨地域的国际组织主动渗透到国际事务和国家事务中,国际社会形态与国家社会形态的形式与内涵发生了深刻变化,法律文化的生存语境处于新的裂变与重构当中。二是作为强大社会生产力的科学技术不断创新推介,全球资本要素扩张蔓延,经济贸易快速生长,产业标准化施行和经济政策的趋同协调,从国际法领域衍生出来的法律规范演化为超越政府政策干预的法律规则文本。[有学者提出“温特制”的观点来解读经济全球化现象,认为美国的微软公司和英特尔公司共同构筑的温特制(wintelism)平台,即以前者的视窗系统和后者的微处理器互相咬合搭配,凭借实力和快速的创新,不断抛开对手,在自己成长的同时也赚取了大量利润,并引导整个产业不断升级,而掌握标准和引导升级的企业则成为行业的金字塔顶端企业。这种温特制的生产模式给人们以启示:高新技术的无形产业最终将控制有形的标准化的制造业产业,标准

^① 〔美〕H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社 2002 年版,第 8 页。

和游戏规则的制定、贯彻将左右全世界产业的运行,在经济全球化参与者双赢的过程中实现自己对于世界经济的控制。换个角度讲,温特制给了标准制定者以左右他国的力量。它使美国成为经济全球化的主导,它以高新技术创新为基础,以控制世界资源(人才、资金、稀缺的自然资源)的流向和经济产出(进口、出口)的流向为手段,以产品标准和商业游戏规则的制定来保证自己在世界经济中的根本利益,因而在经济全球化中获得了最大的利益]。^① 三是人们对社会目标与文明价值重新审视,个人身份与社会认同机制的逻辑框架重新转换,随着反恐、能源、环保、太空开发、生态平衡等问题日益全球化,法律多元特征更加明显。四是法律文化的选择与解释表现在民主政治的推进、人权自由的呼唤、法律成果的共享等方面,彰显出法律文化多样性统一的辩证魅力。这种全球性的法律文化重构现象是法律适应全球市场和服务世界体系的需要,产生了超国家、超阶级、超意识形态的作用力。诚如英国学者戴维·赫尔德教授所言:“在变化着的区域和全球秩序进程和结构中,传统的国家主权和自主概念正在被重新讨论和重新表述。”^② 全球化的过程并不在于以各主权国家实行某种统一的方式来进行,而是以主权政治逐渐相对地让渡它的部分主导作用的高度矛盾的方式实现的。尽管国际关系、国际私法、国际公法、国家间政策法律的协调仍然以民族国家为中心,但是全球化时代的冲突法却是建立在多元体系的矛盾激荡之中。这种对传统政治国家权威的背离情形昭示着我们将要或正在经历一场巨大的变革,这场变革将重新安排新世纪的政治与经济框架。^③ 这就为全球性的法律文化重构这个研究课题奠定了社会物质和人类精神的双重基础,

^① 参见黄卫平、朱文晖:《温特制:美国新经济与全球产业重组的微观基础》,载于《美国研究》2004年第2期,第11~24页。

^② [英]戴维·赫尔德:《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612页。

^③ 冯玉军:《法律全球化与本土化之争及其超越》,载于《云南大学学报》2003年第1期,第1~2页。

为我们创建全球化进程中法律文化理论体系的多维图景开辟了新的疆域,给我们探讨法律文化的特质与能动提供了更加广阔的法律视野。所以在全球化的广宇之中,从分析和阐述全球化的一般理论逻辑入手,探寻法律文化在全球化语境里所呈现的独特品格和基本特征,着力透视解析全球化条件下法律文化同构性、异质性的社会文化基础及其表征,力图透过全球化背景下法律文化重构运动的现象,描绘出全球性法律文化重构的理论图景,为当代中国法律文化发展的战略选择提供借鉴与支持,这是具有一定创新精神和较强时代意义的,也是富有挑战性和开放性的理论研究工作。

进入了 21 世纪的当代中国,已经明显地加快了社会主义市场经济建设的步伐,建设社会主义法治国家成为治国方略,依法治国成为时代强音。结伴而来的是,在全球化的浪潮之下特别是加入 WTO 之后,我国所面临的法律意识的淡漠、法律技术的匮乏、法律环境的尴尬和法律文化的困惑已经严重制约着我国政治文明、市场经济、文化、教育等各方面建设。柏拉图讲,“一个人不应该以统治得好、而应该以服务得好而感到骄傲——并且首先是服务于法律”。^① 梁治平先生认为,当今中国“固然制定了不少的法律,但人们实际上的价值观念与现行法律是有差距的,而且,情况往往是,制度是现代的或接近于现代的,意识则是传统的或更近于传统的”。^② 从这个意义上说,研究全球化与法律文化重构这个论题,能够顺应我国现阶段法律成长与法律发展的趋势,合乎当今法理学研究的要求。首先什么是全球化? 全球化在其历史进程中所面临的挑战、所具备的特质、所产生的意义是什么? 二是全球化对世界法律文化格局产生什么样的影响? 全球性的法律文化重构是否构成一种全新的格局? 三是在全球化背景

^① [古希腊]柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社 2001 年版,第 175 页。

^② 梁治平等:《新波斯人信札——变化中的法观念》,中国法制出版社 2000 年版,第 98 页。

下主权国家特别是发展中国家凭据自身条件如何应对变化?当然对于像我国这样的第三世界国家而言,提出法律文化新格局及其制度体系 and 价值追求的走向等等只是架设一种基础工程,我们所能做的和目前需要做的就是夯实基础,需要更多弹奏的是理智辩识之后的和弦,而不是一味追求空灵虚缈的“独弦操”。因此,在研究该选题的过程中,我们始终紧扣全球化这个主题,致力于分析全球化的背景,分析法律文化同构与异质的具体内涵、基本特质和相互关系,运用同构与异质这对矛盾分析工具,系统地比较不同历史状态和区域状态的法律文化、东西方法律文化、中外法律文化的种种因素,研究和论证法律文化成长和社会基础、价值目标和发展走势,从法律文化角度阐释全球化背景之下重构的形态与意义等问题,从而能够比较全面地解读和铺设全球性法律文化重构的法理线路,发掘其法理意义,展示其时代启迪。特别是结合考察中国传统法律文化和中外法律文化的比较研究,试图探索全球化背景下的中国法律文化发展的认识规律和战略选择,把握其总体特质,为全面实现中国法律文化现代化、建设社会主义法治国家提供有价值的东西。

二、国内外相关论题的研究概况

关于全球化的学术研究已成为社会科学领域的一门科学,关于法律文化的研究也一度成为法学界的热门课题。学者们对全球化、法律文化这些社会问题不同的观察角度和思考层面,开阔了我们的学术视野,丰富了我们对于全球化进程中法律文化现象的认识。对于全球化的概念阐释、特征描述和功能演绎等等,国际学界长期以来存在着诸多观点,其理论建构著述颇丰。美国匹兹堡大学社会学系罗兰·罗伯森教授从20世纪60年代以来一直致力于全球化和全球性这类主题的研究,他最早把全球化概念引入社会学,提出了传统社会学的转型问题,使这一领域的学术视野朝向世界文明发达史。他认为在认

识全球化并对其作出判断时,理应保持一种道德的态度,从人类整体利益出发,运用跨学科方法去透视它,这样就会清醒地看到全球化在人类悠久的历史当中,从播种、萌发、起步、争霸向现今不确定阶段不断演进。他强调从根本上说全球化及其定义是一个有争议的过程,但在相对新近的时代里推进的形式已经相当确定,这可从他设定的四重性图式中的成分即民族社会、自我、由社会组成的国际系统和一般意义上的人类之间的关系来看,它是可以确认的一个动态的连续性模式。^① 德国科隆大学社会学研究所所长于尔根·弗里德里希斯博士认为,全球化这个概念具有多种含义,仿佛一种标签可用以描述任何一种方式的国际关系和市场的国际化。即使在科学论著中它也被理解为各种不同的内容,没有统一的定义。困难首先在于这个专业术语描述的既是一种状态,又是一个过程。还有人经常把全球化的后果也当成定义的组成部分之一。他认为“全球化被理解为世界范围内经济活动的网络联系”,“全球化的过程首先不是别的,而是这种网络化的增长”。[于尔根·弗里德里希斯先生把不断强化的网络化概括为三个要点:① 依赖性的设想。这种经济活动的网络化对于所有参与者都产生反作用。全球化的经济发展不仅调控各民族的发展,而且还调控各城市与城市地区的发展。② 转移的设想。由于科技产业革命导致的信息传送成本、运输成本大幅度降低,跨国公司把它的部分生产部门以及部分服务监督职能机构转移到低工资国家,从而获得更大的利润。信息技术、运输技术越是发展,这种国际网络就越扩大。③ 集中化的设想。全球化的势头越猛烈,越是把企业的各部分业务活动转移到世界各地的许多生产基地,对于监督控制和协调工作的要求也就越强烈。而这种协调组织工作的任务也就更多地集中到少数几

① 参见[美]罗兰·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35~45页,第261~269页。

个国家的大城市中,使这些城市发展成为极其专门化的服务中心]。^①20世纪80年代后期,欧洲委员会建立了由葡萄牙、比利时、意大利、美国、日本、加拿大、法国、瑞士等国的专家学者组成的里斯本小组,集中进行全球化问题研究,他们认为全球化涉及的是组成今天世界体系的众多国家和社会之间各种联系的多样性。它描述的是这样一个过程,在这个世界部分地区所发生的事件,所作出的决策和行动,可以对于遥远的世界其他地区的个人和团体产生具有巨大意义的后果。全球化包括两种不同的现象,即作用范围(或者扩大)和强烈程度(或者深化)。一方面,这个概念被解释为席卷这个星球大部分地区的乃至在世界范围内发生影响的一系列过程,所以这个概念具有一种空间范围的内容。另一方面,它又意味着组成世界共同体的各个国家、社会彼此之间的交往和交换关系、横向联系和彼此之间相互依赖性进一步加强。这个过程在不断深化的同时又不断向外扩展。全球化远远不仅是一个抽象概念,它说的是现代生活的一个众所周知的特性。^②目前国际学界关于全球化的讨论和表达主要有四种主题:一是全球化仅仅涉及描述全球范围的环境危机。环境破坏的作用是全球性的,在世界范围内形成的环境危机网链使人们休戚与共、命运相系。二是全球化被理解为西方经济制度对发展中国家的扩张与征服。资本主义市场经济体制和民主政治体制在此过程中得到张扬和传播,同时传统文化受到压抑与冲击,不发达经济系统在工业化国家占优势的世界市场体系中遭遇排挤。三是全球化意味着工业经济对发展中国家扩张所引起的反作用,使得世界市场一体化和竞争力不断增强,加剧了工业化国家各企业、部门和地区适应新变化的压力。四是随着经济、通讯和运输体制的全球化,投机资本主义的垄断形式

① 参见〔德〕于尔根·弗里德里希斯:《全球化——概念与基本设想》,载于张世鹏、殷叙彝编译:《全球化时代的资本主义》,中央编译出版社1998年版,第2~5页。

② 参见里斯本小组:《竞争的极限——经济全球化与人类的未来》,张世鹏译,中央编译出版社2000年版,第49~58页。

及畸形发展所带来的贫困失业、恐怖犯罪、毒品交易等也随之国际化。如果从对全球化的认识和态度而言,国际上存在着乐观主义、悲观主义和现实主义三种代表性观点。乐观主义者认为只有顺从适应全球化才能拯救和提高现有的富裕水平,而悲观主义者则抱怨由跨国公司和其他全球行为体所造成的民族自治状态、祖国情感和民族特点的丧失。一部分人要求对地域经济做必要的结构调整,以产生或获取强大的竞争力,而另一部分人则控诉全球化的后果,拒绝通过削减福利、反调整、私有化、减少社会生产中的国家份额等来向全球化屈服。除此而外还有全球化的怀疑派和全球化的现实主义者。^①

对于全球性法律文化现象和全球性法律文化重构问题究竟应该采取何种研究立场,何种认识路径,如何评价全球性法律重构的意义及其后果,发达国家和发展中国家的学者争议颇大。比如当前国际争端解决机制出现美国化倾向,WTO 争端解决上诉机构采用美国联邦最高法院或上诉法院在类似情况下对宪法或国会立法的法律解释方法,这无疑表明了美国式法律文化对 WTO 规则体系的影响。^② 目前一些重视发展中国家的学者和广大发展中国家的学者正密切关注处在世界边缘的文明形态的前途与命运问题,如《全球化意味着什么》作者、印度贾瓦哈拉尔·尼赫鲁大学迪帕克·那雅教授,《世界一体化的挑战》作者、埃及社会学家萨米尔·阿明,《东方学》作者、美国哥伦比亚大学爱德华·W·萨义德教授等一批学者的参与无疑拓宽了法律文化理论的研究视野,使得全球性法律文化重构研究课题的理论成果更为全面客观。在对全球性法律文化重构的研究方面,国际学界的理论观点主要有三大类:一是必然论。认为经济全球化必然带来全球性的法律文化建构,世界范围的法律理念、法律价值、法律制

① 参见〔德〕赖纳·特茨拉夫主编:《全球化压力下的世界文化》,吴志成等译,江西人民出版社 2001 年版,第 4~11 页。

② 张乃根:《反思 WTO:全球化与中国入世》,载于《当代法学研究》2001 年第 3 期,第 63 页。

度、司法原则和执法标准的趋同化势在必行。二是怀疑论。认为市场经济的全球性扩张改变不了世界各国经济发展水平的多样性,在此情况下,国家职能的调整并不总是意味着主权的弱化,民族国家法律文化的异质性依然突出,对建立普适于全球各地的“世界法律”体系表示怀疑。三是调和论。通过对全球化问题的实证研究和客观分析,辩证地看待经济关系的全球化要求国际法律规则的趋同发展,要求增强国际政策的协调性和世界秩序的均衡性。^①

全球化与法律文化方面的研究亦是近年来我国法学界研究的热点。沈宗灵先生提出:“经济全球化是当今世界经济发展的重要趋势,是不以人们意志为转移的客观现实,但‘法律全球化’却基本上是西方国家一些法学家不切实际的幻想。”[沈宗灵先生的基本理由是:首先,倡导这种理论的人忽视了当今世界不仅存在经济全球化趋势,还同时存在政治多极化趋势。“法律全球化”否认世界多极化趋势,企图建立清一色的“法律王国”,因而是错误的。其次,法律是国家意志,即国家主权的体现。国际(公)法是由参与国际关系的国家通过协议制定或公认并适用于国家之间的法律,国际法律关系的主体主要是国家。但西方鼓吹“法律全球化”的法学家们所主张的“法律全球化”则是指来自不受任何国家控制的经济或政治势力、是“私政府制定的”,甚至是没有国家的,这显然是不合常理的幻想。最后,由于法律的创制活动本身是一个专门、复杂的工作,一般的“私的部门”难以胜任该项工作,而西方学者们利用美国在世界经济中的地位,鼓吹所谓“法律全球化”就是法律的“美国化”,实际上体现了其霸权主义的本质,是“世界国家”之类思想的翻版。]^②朱景文先生认为全球化是一个过程,它表现在社会生活的各个领域,包括政治、经济、文化和法律领

^① 参见冯玉军:《全球化与中国法制的回应》,四川人民出版社2002年版,第59~87页。

^② 参见沈宗灵:《评“法律全球化”理论》,载于《人民日报》1999年12月11日,第6版。

域。如果认为只有在经济领域存在全球化,而在法律领域不存在的话,那么自然会提出一个问题:经济全球化难道没有法律表现吗,难道经济的全球化离开法律形式能够得到巩固和保证吗?经济全球化没有法律保证是不可想像的。同样,如果承认存在经济全球化的现象,如果承认马克思列宁主义的一句名言“政治是经济的集中表现”,那么也就必须承认全球化同样有它的政治方面。当然,全球化在各个领域中表现的程度是有差别的,而且全球化也不是惟一的趋势,除了全球化的趋势之外,也同时存在与它相反的、对抗的趋势,如政治多极化、文化多样化、法律本土化等。但是,这些趋势之间的关系不是固定不变的,而必将随着整个世界形势的发展而变化。^① 公丕祥先生则通过追溯中国法制现代化的历史进程,得出结论说:“时下正在展开的经济全球化进程,深刻地改变着全球法律生活的基本面貌,重新塑造着每一个国度或民族的法律架构。在这一全球性重构的时代进程中,中国既有的法律系统必将发生显著的变化,固有的法律价值准则也将面临着新的挑战,现行的法律机制有待调整与革新,以期适应正在发生剧烈变化的全球经济与社会环境。看不到或者绝对排斥全球化趋势对中国法制变革进程的影响,这显然是历史的片面。”^② 国内法学界大多数学者主张客观地、全面地看待全球化问题,既不能全盘接受发达国家霸权式的法律文化同构,也不应轻易否定全球性法律文化重构的现象和趋势的存在。有的学者只同意“经济全球化”的提法,不同意“政治全球化”和“法律全球化”的提法,认为各国的立法属于国家主权行为,经济全球化并不必然带来“法律的全球化”。

对于全球性法律文化现象的分析和全球性法律文化重构的探讨,我们可以追溯到马克思主义经典作家的理论研究。马克思主义经典作家的代表性著作《德意志意识形态》既是马克思主义哲学形成的

① 朱景文:《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第566页。

② 公丕祥:《全球化与中国法制现代化》,载于《法学研究》2000年第6期,第32页。