

关于法律和全球化研究的 几个有争议的问题

朱景文

(中国人民大学法学院法律与全球化研究中心主任、教授、博士生导师 北京 100872)

摘要:本文论述了法律和全球化研究中的几个有争议的问题:全球化仅限于经济领域还是也包括政治、文化和社会领域;中国如何对待法律移植;中国如何对待国际条约;全球化是否意味着非国家化、去国家化,全球化与全球治理的关系;在全球化的条件下,应该如何看待各个国家的法律制度之间的关系。

关键词:全球化;国内法的国际化;国际法的国内化;全球治理;中心与边缘

中图分类号: D990; DF90 文献标识码: A 文章编号: 1001- 8263(2010) 01- 0103- 06

一、法律全球化的实质

全球化是从经济领域开始的。上世纪 80 年代以来,无论社会主义国家,还是资本主义国家都发生了市场导向的经济变革:主要资本主义国家为了提高自己的竞争力,开始削减六、七十年代的福利国家政策,重视市场的作用;而大多数社会主义国家或前社会主义国家则发生了从计划经济向市场经济的转轨,这就为整个世界形成统一的市场创造了条件。与此同时,第三世界国家与发达国家之间的关系也发生了变化,它们之间的相互依赖越来越大。根据世界银行统计,世界各国、不同地区国家的 GDP 对对外贸易和外国直接投资依存度越来越大。无论发展中国家还是发达国家,无论是高收入、中收入还是低收入国家,都获得了明显的增长,一个国家的国内生产总值一半以上是靠国际贸易拉动,国外投资占 GDP 的比重越来越大,民族经济越来越与世界经济一体化。

经济一体化不单纯是经济的,它必然以国家的政策与法律的变革为先导,同时又进一步推动了国家政策与法律的变革。有没有健全的法律保障系统,已经成为判断是否具有良好的投资环境的关键性因素之一。而这些法律改革的基本原则

和最终目的就是增加法的可预测性、可计算性和透明度,即实现法治,以保证资本的跨国界的自由流动,保证世界范围内的贸易自由。

全球化首先发生在贸易、投资领域,很快转入到金融领域、跨国公司治理、劳动标准、技术标准、知识产权、信息透明度,又波及到跨国犯罪、反恐、反腐败、反人道主义犯罪、保护文化多样性、人员跨境流动、国际互联网、环境治理等一系列涉及到全球每个国家、每个组织甚至每个个人的问题。在所有这些领域,不是单靠一个国家的力量能奏效的,而必须通过所有国家的共同努力,必须进行规范性的治理。在全球治理的所有领域都无例外包括法律问题,这样就形成了与上述领域相适应的法律全球化。

所谓法律全球化只不过是其他领域全球化的制度化表现,没有其他领域的制度化的发展,法律全球化无从谈起。而没有法律的确认和保证,其他领域的全球化只是一句空话,或处在较低的水平。但全球化作为一种趋势在各个领域的表现和发展程度是不一样的,即使在经济领域,也表现出不同的特点。涉及到跨境的贸易和生产领域,全球化的趋势很明显,但是许多产品并不进入国际贸易领域,只供本国乃至当地消费,很难说受到全

球规则的影响。即使进入全球贸易的领域,为了保护文化的多样性,不被占主流的产品或服务所吞并,本地的产品和服务仍然有很大的发展空间。在国际政治领域,冷战结束之后,美国一极独大,反对单极化、反对霸权的多极化的趋势则更为明显,但仍然可以在反恐、反人道主义犯罪、反腐败、人权、外交,乃至战争问题上产生共同的规则。所谓法律全球化并不是全球所有领域都按照一个统一的规则行事,它所制约的主要是跨国领域的活动。全球化的趋势只是表明人类活动的空间领域的扩大,并没有也不可能代替主权国家,大量的人类活动仍然是在国家、本土的领域内。

法律全球化主要有两种方式,一种是国内法的国际化,另一种是国际法的国内化。国际法的国内化,是一种较强意义上的法律全球化,即有关国家具有统一的规则,它凌驾于主权国家的法律之上,主权国家的国内法必须根据它的标准加以调整;而国内法的国际化,则是一种较弱意义上的法律全球化,并不一定有统一的国际规则、全球性的法律的出现,只不过表现为一种世界性的法律潮流,而这种潮流的源泉则是某一国家或地区的法律制度。但是,这两种意义上的法律全球化又是相互联系和相互转化的,国际组织的规则体现了某些国家在世界经济与政治秩序中的主导地位,而这些规则的来源往往又是这些国家或国家之间的有关规则。^①

二、国内法的国际化:中国的法律移植

国内法的国际化,有的学者称之为“全球化的地方主义”(globalized localism)^②,即在一国或一个地区范围内通行的法律制度由于某种原因而在更广泛的领域,在全球流行。这种形式的全球化,往往与某一国家或某些国家在世界经济或政治中的主导地位相关。而就接受国而言,或者出于依附地位,或者出于文化影响,接受这些制度和规则。

近代以来,在世界范围内这种形式的全球化曾经发生过两次:一次发生在私法领域,即19世纪中叶以来直到20世纪从欧洲开始扩展到世界的仿照法国民法典和德国民法典的编纂法典运动;另一次发生在公法领域,即二次世界大战以来

在欧、美兴起扩展到亚非拉第三世界国家的以建立宪法法院或宪法委员会和司法审查制度为标志的潮流。^③

就发展中国家而言,这类国内法的国际化也曾发生过两次:一次发生在上世纪50、60年代,美国和欧洲一些国家以“援助第三世界国家”为名,派“和平队”或类似的组织到那里去,传播美国或西方的法律模式,参与这些国家的立法和法学教育,这就是法律与发展运动^④;另一次发生在90年代,与经济全球化相联系,随着争夺市场和投资的国际竞争的加剧,在世界范围内,特别是第三世界国家和前苏联及东欧国家,出现了一股以市场导向和减少管制(deregulation)为目的的法律改革潮流。国际货币基金组织、世界银行和来自发达国家的法学家和经济学家被派到第三世界国家和前苏联和东欧国家,设计和策划那里的经济、法律改革,“与国际通行作法接轨”。

中国改革开放以来在各个法律领域立法过程中广泛借鉴了国外相关立法、法律移植。^⑤如在宪法领域关于人权、法治、私有财产保护的原则,刑法的三大原则,罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则、罪刑相一致原则,法人犯罪、危害国家安全罪、财产来历不明罪等具体制度;刑事诉讼法中的无罪推定、对犯罪嫌疑人权利保护、对庭审方式的改革;行政法中的行政救济制度、行政处罚中的法治原则和合理性原则、立法听证会制度;民法中无过错责任等制度;婚姻法中的离婚过错赔偿制度、探视权制度、有关家庭暴力的处理等等,都是借鉴了国外有关立法的基础上制定的。

中国的法律移植反映了世界各国立法的普遍潮流,在政治、经济、文化等领域的一些问题具有共同性,因此可以借鉴其他国家处理同类问题的经验。但是,中国制定有关立法并不是由于国外的规定,而是中国自己的客观需要,如果不是中国改革开放本身社会关系的新变化,仅仅是外国存在有关立法,根本不可能产生中国的立法动机。如果不借鉴国外立法,中国通过自己的实践摸索,最终也可能制定出类似的法律规定,但可能需要更长的时间,法律移植大大缩短了中国摸索的过程。中国的法律移植,借鉴其他国家立法不是照

搬照抄,而是结合自己的国情,作出适合中国国情的解释。以宪法原则为例,实际上中国对法治、人权、私有财产保护都有符合中国国情、中国基本社会制度的自己的解释。如法治既有普适性的一面,在中国又把法治赋予社会主义的内涵,看做是与中国共产党的领导、人民当家作主有机联系的整体;人权受到中国宪法和法律的保证,但又受到一定物质生活条件和文化发展水平的制约,公民基本权利的行使不得侵犯其他人、社会和国家利益;对私有财产的保护则被纳入到社会主义基本经济制度的框架内。

三、国际法的国内化:国际条约在中国

国际法的国内化,有的学者称之为“地方化的全球主义”(localized globalism)^⑥,即国际组织的条约、规章为内国所接受,转变为对内国具有法律拘束力的规则。由于越来越多的国家加入到某一国际组织中,从而使该组织的规则成为全球性的规则。比如,世界贸易组织在世界经济中的作用越来越大,其目标不仅在于排除对外商的歧视措施,而且试图调节“国界背后”的政策内容和国内市场结构。^⑦对内国来说,加入某一国际组织,必须承担相应的义务,往往必须对自己国家或地区原有的法律制度加以调整,以适应国际规章、条约的要求。

从地区范围来看,1952年欧洲煤钢共同体成立时,成员国就决定把原来属于成员国主权管辖范围内的煤炭和钢铁的生产和经营权力转交给凌驾于它们之上的欧共体;1957年签定欧洲经济共同体条约时,成员国又决定把更广泛的经济权利转让,按照欧共体法,实现人员、资本、服务和商品流动的四大自由,使欧共体真正成为一个没有经济边境的世界;1992年成立了欧盟,实现了更大范围的一体化。欧盟法在其发展过程中逐步形成了欧盟法效力优先原则,即欧盟法的效力高于成员国法,包括成员国宪法和法律,以及欧盟法的直接效力原则,即欧盟法对成员国具有直接效力,不需要成员国特殊的批准程序。

改革开放以来中国加入了大量的国际组织,签署了大量的国际条约,制定和修改了与国际条约相适应的大量法律和法规,认真履行自己的国

际承诺。择其要者:在国际贸易领域,中国2001年加入世贸组织,自1999年底以来,按照中央的统一部署,中国所采取的措施包括:(1)清理、修改加入之日前已生效的法律文件,适应世贸组织规则;(2)统一实施WTO规则,对成员方实行国民待遇原则;(3)执行透明度原则,凡是影响贸易的法律、法规、司法判决和行政决定都必须公布,不公布不得实施;(4)加强司法审查;(5)遵循非歧视原则。在知识产权领域,1980年中国成为世界知识产权组织的成员国,加入《建立世界知识产权组织公约》以来,中国陆续加入了有关版权、专利、商标等一系列国际知识产权条约,为履行自己的国际承诺,中国先后多次修改《专利法》、《商标法》和《著作权法》;在公民政治权利领域,中国政府已于1998年签署了《公民和政治权利国际公约》(等待全国人大常委会审议批准),2004年把“国家尊重和保障人权”和对公民合法的私有财产的保护写进宪法修正案;先后修改刑法、刑事诉讼法,对生命权(免于酷刑)、人身自由权(非法监禁、超期羁押)、公平审判权、收容、劳教制度等进行改革。在经济社会文化权利领域,中国在1997年签署《经济、社会和文化权利国际公约》,2001年全国人大常委会批准加入该公约,除了保留条款之外,2004年宪法修正案确定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”,中国在社会保障制度、医疗保险制度、义务教育制度立法方面有了重大进展。在环境领域,1992年中国签署《联合国气候变化框架公约》,1993年批准了这一公约。1998年中国签署《京都议定书》,2002年核准了这一议定书。中国政府已经采取了七项措施应对气候变化:组建了国家气候变化协调机构;积极参加有关气候变化的国际谈判;采取一系列减缓温室气体排放的政策措施,认真履行《联合国气候变化框架公约》下承担的具体义务。根据公约的有关规定,正在制定《应对气候变化国家战略》;开展气候变化的科学研究;成立了清洁发展机制审核理事会,并发布《中国清洁发展机制项目暂行管理办法》;开展对气候变化方面的宣传、教育活动。在卫生领域,中国是世界卫生组织的成员国,近年来在对非典、艾滋病、禽流感的防治方面中国认真履行

行自己的国际义务,先后制定《传染病防治法》(1989, 2004),《突发公共卫生事件应急条例》(2003)等。中国政府加大了公共卫生领域的投入,尤其是对广大农村地区的投入;中国加强国际合作的措施包括:建立疫病防治通报机制、开展经验交流与合作研究、加快卫生领域合作进程、协调出入境管理措施等。

四、全球化与主权国家的作用:全球治理问题

有一种说法,全球化是非国家化、去国家化。这是一种误解。

我们注意到,在全球化研究中上世纪末本世纪初所提出的全球治理的概念。所谓全球治理,是指对某一全球性的问题通过不同的层次的努力,通过多种不同的方法所进行的综合治理。^⑧全球治理的概念强调治理主体的多层次性和治理方法的多样性。在我看来,全球治理的概念是对片面强调非国家化、去国家化的全球化概念的纠偏和深化。

以往的法律理论几乎全部集中在以国家法律为中心的层次,国际法也是以主权国家的政府间组织构建,非政府的层次除了涉及到国家社团法的内容外,只是作为政府法律调控的对象。而全球治理则包括几个不同的层次:世界性的国际组织,区域性的国际组织,国家(包括中央和地方政府),非政府组织。应该指出,全球治理概念的提出主要是针对国家治理方式的不足:这种不足有的通过国家权力的授予或延伸得到补充,如国家参加的世界性和区域性的国际组织,有的通过消解国家权力得到调节,如非政府组织。

世界性的国际组织,如联合国、世界贸易组织、世界银行、国际货币基金组织、国际劳工组织、世界卫生组织、世界旅游组织、世界知识产权组织等,其权力来源是国家权力的授予或转移;区域性的国际组织,如欧盟、北美自由贸易联盟、东南亚国家联盟、非洲国家组织等,其权力的来源也是国家权力的授予,但是其成员国与区域性国际组织的关系往往比与其它类型的国际组织的关系更为密切。换句话说,这些授予或转移的权力原来都属于国家主权利力的范围,借用欧盟《阿姆斯特丹

条约》的提法,只是由于(1)所考虑的问题具有跨国性,成员国的措施对它不能满意地加以调整;(2)只由成员国采取措施或缺少共同体的措施会与共同体的要求相冲突或破坏其他成员国利益;(3)共同体层次上的措施由于规模或效果上的原因比成员国层次上的措施会产生明显的利益。^⑨

国家在全球治理中担当着任何组织或个人都不可替代的角色。尽管,随着全球化的进程,国际组织、非政府组织的作用在日益加强,在某些领域甚至对国家主权起到限制的作用。但是,国家仍然是全球治理的各个层次中最为重要的角色。在当代,全球治理的任何一个问题,从经济、贸易、金融、会计、知识产权、跨国公司、劳工,到公民的政治、经济、文化权利、与反人类犯罪、腐败、恐怖主义的斗争,到保护文化多样性、跨境信息流动、信息公开、跨境人口流动、公共卫生和环境,离开国家的作用是根本不可想象的。从某种意义上说,全球治理之所以要发挥国际组织和非政府组织的作用,只是为了弥补单纯依靠国家治理的不足,而不是取代国家治理。国家仍然是现代国际关系中的最重要的主体。这是由于,首先,国际组织虽然有各种不同的形式,但是以主权国家为成员的国际组织在其中起着最重要的作用,它们所颁布的任何规章或决议都必须经过主权国家的同意,主权原则仍然是国际关系的最基本的原则;其次,非政府组织虽然在国际和国内治理的许多领域都发挥着重要作用,但是在当代任何非政府组织都必须受到有关国家法律的约束,从登记、注册到开展活动都要受到国家法律的管制。现在的问题并不是国际组织、非政府组织取代国家的作用,而是在承认国家主权的原则的基础上,通过什么方式使国内与国际,政府与非政府的治理连接。

非政府组织的治理权力不是来自国家权力,不具有运用国家权力的特征。这种治理权力不同于产生于国家权力授予或延伸的国际组织和亚国家组织,而是在国家权力产生之前就存在,在国家权力产生之后作为独立于或制约国家权力的力量仍然发挥重要的作用。所谓非政府国际组织包括跨国公司和非营利性的非政府组织。当代国际关系制度化的另一个表现是非政府组织越来越多地

参与到国际法的创制和实施的过程中。在威斯特伐利亚模式中, 国家是国际法的唯一主体, 非政府组织是通过国家的中介才可能参与到国际关系中。而在当代无论是跨国公司, 还是非营利性的非政府组织, 在国际法、国内法的形成和实施中都起到越来越大的作用。

值得注意的是, 在全球治理的三个主要层次上, 国际组织的治理、国家治理和非政府组织的治理, 并不存在着所谓“国际化”、“国家化”或“非政府化”的问题, 或者换句话说, 国际组织的治理并没有“化”掉国家、非政府组织, 国家的治理也不可能“化”掉国际组织或非政府组织, “非政府组织”或公民个人更不可能“化”掉国家和国际组织, 形成一统天下的局面, 而是各有各的势力范围和作用领域, 既有矛盾又有协调, 如何形成一种合力治理全球问题, 是摆在全球治理面前的主要问题。

五、全球视角: 中心和边缘的不同角色

全球化研究要求我们从全球的视角而不是单个国家的视角看待不同国家的法律发展, 有的处于中心, 成为全球化的受益者, 有的处于边缘, 成为受害者, 不同的国家, 同一国家的不同群体对全球化、特别是对制定全球性的规则有很不相同的态度。例如, 世贸组织关于环境标准、劳动标准以及保护知识产权的谈判, 最近关于农产品贸易的谈判, 在环境领域关于温室气体排放量的谈判, 在人权、反恐领域关于双重标准问题, 我们到处可以看到不同国家处在不同地位的不同考量。

从全球视角观察各国法律发展的进程, 追溯古代、近代和当代, 从中都可看到中心与边缘的不同角色。

在古代, 贵族与平民的斗争, 罗马人与非罗马人的斗争相互交织在一起, 共同构成了古罗马社会和法律发展的两条主线。平民的胜利, 贵族不得使平民沦为奴隶, 使罗马成为一个由自由人组成的平等社会, 罗马社会不再按照等级身份排列, 这成为罗马法作为“商品生产者社会的第一个世界性的法律”的主要原因。但是, 平民的胜利又使罗马失去了奴隶劳动力的主要来源, 于是只有靠对外不断的发动侵略战争, 扩大自己的疆界, 扩充

奴隶劳动的来源。当我们谈到古罗马的繁荣、罗马法的辉煌时, 与它相依的是被征服的海外行省, 罗马公民的平等是建立在对被征服的非罗马公民的不平等的基础上。

在近代, 1648 年的威斯特伐利亚体系被看作是现代国家关系史的开端, 它建立在主权国家平等的基础之上。但是, 威斯特伐利亚体系只限于主权国家之间, 而不包括主权国家和它们的殖民地之间的关系, 也就是说它只是整个世界秩序的一部分。对于被这些国家所征服的殖民地、半殖民地, 则根本没有平等的主权可言, 被排斥在威斯特伐利亚体系之外。世界秩序的另一部分是列强对世界其他地区的殖民扩张。

在当代, 帝国体系和殖民体系都不复存在。二战结束以后, 亚洲、非洲、拉丁美洲国家纷纷摆脱了殖民主义统治, 建立了独立的、平等的主权国家, 17、18 世纪以来所形成的宗主国-殖民地的构架被打破。这些新独立国家的法律制度都是威斯特伐利亚体系所确定的民族国家模式的继续。这样, 世界就形成了一个由主权平等的国家组成的统一的世界法律秩序。但是, 今天我们似乎又看到了罗马帝国的阴影。一方面二战后西方国家的法律制度发生了结构性的变化, 由于财产、种族、性别、身份等因素所带来的法律上不平等正在减少, 弱势群体事实上的不平等正在通过社会福利和社会保障制度得到救济, 人权的保障制度、社会的民主程度和公众参与水平正在提高, 尽管在所有这些方面远远不是完善的。但是另一方面, 第三世界国家却面临越来越悲惨的境地。在全球化的条件下, 一方面我们看到依靠廉价劳动力、环境污染、低水平的社会保障措施的产业, 在西方国家的法律上是明确禁止的。生产同样的产品, 由于劳动力和环境的成本, 在西方国家要比在发展中国家大得多。这样就出现了全球性的产业转移, 转向劳动力价格低、环境保护水平差的第三世界国家。而在第三世界国家为了争取投资而带来的发展机会, 彼此之间又进行了压低劳动力价格的竞争, 一些国家的发展不得不以牺牲劳动者的人权和环境为代价。在全球范围内, 随着产业的转移, 出现了人权和环境的双重恶化。换句话说,

今天西方国家公民所享有的社会经济文化权利和社会保障水平的提高, 清洁的环境的另一面则是第三世界国家的人权与环境的恶化。这正像罗马的繁荣, 罗马公民所享有的平等权利是以对罗马行省的掠夺、以对非罗马公民的不平等的权利为代价一样。当我们赞扬罗马法的崇高时, 不要忘记罗马对行省的掠夺; 同样, 在我们赞扬当代西方国家法律制度, 它的社会保障、人权和环境保护水平时, 也不能忘记它赖以存在另一极, 第三世界的人权与环境的状况。不错, 第三世界国家在发展中确实有自己的问题, 但是把这些问题不分青红皂白一股脑地都推给第三世界国家的政府和人民, 对于一切有良知的学者, 这公平吗? 谁是这些问题的肇始者? 不要忘记, 我们共同生活在一个地球, 其中每一部分的发展都依赖于其它部分。当代的全球化不能再重复古代和近代依靠军事征服、强权政治解决问题。全球的问题, 不是把一部分国家的意见强加给另一部分国家, 不能只考虑一个国家或一部分国家的利益, 而是需要考虑各个国家的具体情况, 互相沟通, 互相谅解, 达到双赢、多赢, 尤其是在制定全球性的规则方面。“同一个世界, 同一个梦”。让我们分享全球化给世界所带来的成果。

注:

①参见朱景文《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》第三篇, 中国人民大学出版社2002年版。

②See Boaventura de Sousa Santos, *Towards A New Common Sense, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995, pp.250- 378.

③See M. A. Glendon, M. W. Gordon, & C. Osakwee, *Comparative Legal Traditions*, West Publishing Corp. 1985, pp.328- 54.

④美国的法律与发展运动开始于50年代, 60年代到达高潮, 70年代随着越战和水门事件而走向低潮。另外, 法国、英国、比利时也对它们的前殖民地国家进行了类似的法律援助项目。See Report of the Research Advisory Committee on Law and Development of the International Legal Center, *Law and Development: The Future of Law and Development Research*, New York: International Legal Center, 1974; Thomas M. Franck, (1972), “The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?”, 12 *Wisconsin Law Review*, pp.767- 801; James A. Gardner, *Legal Imperialism*, The University of Wisconsin Press, 1980.

⑤中国法律移植的形式包括三种: 第一, 在改革开放初期主要是在涉外领域, 如涉外经济、贸易、婚姻、继承、犯罪、诉讼等; 第二, 随着改革深入, 在完全属于国内事物没有涉外因素的领域, 借鉴国外相关立法; 第三, 随着全球化的进程, 中国加入越来越多的国际条约, 国际标准对中国立法起到重要作用。这里所说的国内法的国际化主要指第二种形式。参见朱景文主编《全球化条件下的法治国家》第28章, 中国人民大学出版社2006年版。

⑥See Santos, *Ibid*.

⑦参见克里斯多夫·阿尔普《全球化与法——一个形成中的交接点》, 《南京大学法律评论》1997年第1期。

⑧参见[英]赫尔德等《治理全球化——权力、权威与全球治理》, 社会科学文献出版社2004年版, 第14-15页。

⑨Cited in Stephen Weatherill & Paul Beaumont, *EULaw: the Essential Guide to the Legal Warkings of the European Union*, Penguin Books, 1999, the 3rd ed., p.28.

〔责任编辑: 李 杏〕

Some Disputes on the Study of Law and Globalization

Zhu Jingwen

Abstract: This paper focuses on some disputes on the study of law and globalization: if the globalization only exists in the sphere of economy or in the sphere of politics, culture and society, too? how did China treat “the internationalization of domestic law”, legal transplantation? how did China treat “the domestication of international law”, international treaties and customs? if the globalization means denationalization or not? what is relation between the globalization and global governance? under the globalization, how to treat the domestic laws in the different states and their relation?

Key words: globalization; internationalization of domestic law; domestication of international law; global governance; center and margin