

美国法全球化:典型例证与法理反思

高鸿钧*

内容提要 在法律全球化过程中,美国法大规模输往拉美国家,占领了全球新商人法,猎食了苏联和东欧等转型国家的法律改革,并对欧盟及其成员国的法律制度和法律文化发起攻势。这些典型例证表明,美国法出现了全球化的趋势。这种趋势的形成具有复杂的背景和动因。结合这种趋势,从法理学和比较法的角度反思法律与发展运动,审视法律现代化理论,拓展法律移植研究,并关注当代世界法系格局的新变化,不仅具有重大理论价值,而且具有重要实践意义。

关键词 美国法 全球化 法律与发展 法律现代化 法律移植 法系

法律在不同国家和民族之间传播和流动,古已有之,但法律全球化则是晚近的现象。法律全球化是指法律在全球范围的传播和流动,主要表现为特定国家法律的全球化,伴随全球治理而出现的法律全球化,以及世界主义法律价值的全球化。在法律全球化过程中,美国法的全球化表现突出,势头强劲,以致有人认为法律全球化实质上是全球法律的美国化。^① 这种判断虽然有失偏颇,却可从一个侧面反映出美国法在法律全球化过程中的重要地位和广泛影响。美国法是否出现了全球化的趋势? 如果答案是肯定的,那么,美国法全球化具有哪些基本特征,主要原因和动力何在,以及带来了怎样的后果? 本文拟通过四种典型的描述,例证美国法以何种方式在全球传播和流动,然后分析美国法全球化的主要背景和动因,最后结合美国法全球化问题,反思法律与发展运动、法律现代化问题、法律移植理论以及当代世界法系格局的变化。

美国法全球化与法律全球化密切关联,而法律全球化又是全球化现象的一个维度。全球化有广义和狭义之分。广义全球化是指与现代化同步而发生的现象。首先,在时间维度上,世界标准时间的确认,把世界各地带入了共时性轨道,在这种共时性全球的共振板上,地方性社会空间开始“脱域”,成为全球的组成部分。^② 其次,在空间维度上,伴随着美洲的发现和西方列强的殖民主义扩张,任何天涯海角的人类族群都无法独居一隅,孤立存在,而是被卷入了全球体系之中,成为了这个体系的组成部分。再次,在西方的现代化过程中,人文主义的追求逐渐被资本主义经济的逻辑所吞没,而资本从产生之初就不受国界的限制,向全球扩张,因而全球化首先表现为经济的全球化。最后,现代交通和通讯为世界各地的联系和交流提供了极大便利,这从技术层面推进了全球化的进程。狭义全球化主要是指20世纪90年代以来经济、技术和法律的全球流动和传播。这个过程酝酿时期始于“二战”之后,美国成为世界霸权;启动时期是20世纪80年代,英、美出现了新自由主义的转向;高峰时期是“冷战”结束的20世纪90年代,苏联和东欧等社会主义国家走向解体和开始重建,新自由主义纲领《华盛顿共识》在全球得势,

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

在本文研究中,当时在国外留学或访问的沈明、魏磊杰、翟志勇帮我搜集了许多珍贵材料;马剑银、鲁楠、赖骏楠和徐霄飞在国内协助我搜集了大量材料。没有他们的惠助,本文无法完成。在此,作者向他们深表谢意。本文是教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“英美法系与西方法制文明研究”课题(项目批准号:06JJD820014)部分成果。

① 例如海德布兰德认为,法律全球化是“跨国法治的美国化”,参见[美]W. 海德布兰德:《从法律的全球化到全球化下的法律》,刘辉译,载[意]D. 奈尔肯和[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第157页。也参见M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *Global Legal Studies Journal*, vol. 1, 1993, p. 61.

② [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,刘东、黄平译,译林出版社2000年版,第4-32页。

新型通讯和交通技术把世界链接成一个“地球村”^③。美国法全球化主要出现在狭义全球化时期。

美国法是否出现了全球化趋势?对于这个问题,人们基于不同标准和不同视角,可能会做出不同回答。一些人可能认为,美国法虽然在世界广泛传播和流动,但并没有达到全球化的程度。的确,美国法在全球的传播和流动并不均衡,一些国家或地区的法律深受美国法的影响,但还有许多国家或地区很少或根本没有受到美国法的影响。出于某些原因,一些国家或地区面虽然形式上接受了美国法,但实践中这种外来之法往往成为具文,或在情境适应中发生了意想不到的变异。另外,有些国家或地区先是引进了美国法某些制度,后来却又放弃它们。凡此种种都充分表明,美国法全球化绝非意指美国法在全球范围都得到了接受和适用,而是意指美国法出现了在全球范围传播和流动的趋势。然而,全面描述和梳理这种趋势,对于笔者来说是一种不可承受之重,因而本文拟选取四个典型,从不同侧面揭示美国法全球化的主要途径、方式和特征。

一、美国法全球化:四种典型考察

美国法全球化采取了不同的路径,并在不同的地域、场域和法律领域表现出不同的特征。本文选取四个典型来进行考察,它们是美国对拉美地区的法律输出,对全球新商人法阵地的占领,对苏联和东欧等转型国家法律改革的猎食,以及对欧洲法律的反攻。

(一) 两轮“法律十字军”南征:美国对拉美的法律输出

在世界的近代史上,拉丁美洲(本文指南美洲与中美洲地区,以下简称“拉美”)曾经沦为西班牙和葡萄牙的殖民地。在那个历史时期,殖民统治者把本国的法律移植到那里,当地原住民的法律则受到了排斥和压制。19世纪初,受到美国独立战争和法国大革命胜利的鼓舞,拉美殖民地展开了争取独立的斗争,并相继摆脱了殖民统治,获得了独立。此后,拉美国家的法律大体上形成了以下特点。第一,宪法等公法领域主要受到美国的影响,例如独立后的巴西宪法就深受美国宪法的影响。^④第二,以民法为核心的私法主要受到法国等欧陆法的影响,例如海地、玻利维亚、多米尼加以及墨西哥诸国都以《法国民法典》为蓝本起草和颁布了本国的民法典,这些民法典几乎是对《法国民法典》的翻译;阿根廷、智利、哥伦比亚、委内瑞拉、厄瓜多尔和乌拉圭以及巴西等国的民法典,除了借鉴了《法国民法典》的模式,还参考了其他欧洲国家的民法典,如巴西1916年的民法典就深受《德国民法典》的影响。此外,许多拉美国家的民法典甚至继受了罗马法。^⑤第三,在立法者、法官和法学家的地位和作用上,在法律职业和法学教育以及诉讼模式上,独立后的拉美各国接受了大陆法模式,尤其接受了大陆的法律形式主义思维模式。^⑥总之,拉美国家在独立之后,在继承殖民时期大陆法遗产的基础上,继续沿着大陆法模式前进。在拉美各国的实践中,这些移植的法律制度和法律文化遇到了各种阻力,发生了各种变异,远远没有达到预期的效果。^⑦

在西方的殖民过程中,美国不过是个后来者,仅仅分得少量“殖民战利品”。^⑧出于地缘政治的考量,美国早在19世纪后期就开始干预拉美国家的事务,并试图扶植亲美势力在一些国家取得政权。面对拉美国家所实行的欧陆法律制度,美国虽然也试图干预,但只能施加个别的影响,很难大规模地输出自己的法律。^⑨直到20世纪后期,美国才找到了适当时机,在“法律与发展”的名义下,对拉美国家进行

③ [加]麦克鲁汉:《认识媒体:人的延伸》,郑明萱译,台北,猫头鹰出版社2006年版,第128页。

④ J. Dolinger, The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, p. 804.

⑤ [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第174-176页。

⑥ J. H. Merriam, D. S. Clark & J. O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin American and East Asia*, Charlottesville: The Michie Co. 1994, p. 463.

⑦ J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980, p. 8.

⑧ 关于美国殖民的历史,参见[美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,吴懿婷译,台北,商周出版2005年版,第146-150页。

⑨ 这些影响参见前引⑧,第613页。

了两轮大规模法律输出。第一轮法律输出发生在20世纪60年代中期至70年代中期,第二轮法律输出发生在20世纪80年代中期至21世纪前几年。关于美国这两轮法律输出的缘起、过程以及后果,国外许多学者已经进行了具体描述和系统分析。本文尝试以比较的视角,展示这两轮法律输出的主要内容、方式和特征,为论证美国法律全球化的命题,提供一个典型例证。

第一,两轮法律输出的理论预设不同。在第一轮法律输出中,输出者^⑩的理论预设并不明确。作为这次输出者骨干的美国学者杜鲁贝克和加兰特,在事后反思的基础上对其理论预设进行了概括:(1)社会由个人组成,国家基于个人的同意而存在,并以实现个人的福祉为最高目的;(2)国家基于法律而控制个人的行为,国家本身也受法律控制;(3)法律旨在实现社会目标,平等保护全体成员的核心利益,所有人都有权参与法律的制定过程;(4)在法律适用上,人人平等;(5)立法机构负责立法,行政机构负责执法,法院负责司法,法院是法律秩序的中心;(6)社会成员应普遍遵守法律,官方行为尤其应符合法律规定。^⑪ 他们把上述理论预设统称为“自由主义的法条观”(liberal legalism)^⑫。在第一轮法律输出中,输出者尽管缺乏明确的目标,但就以下观点达成了基本共识:(1)法律是一种内在之善,从自由主义法条观出发的法律与发展项目,有助于推动社会发展;(2)法律具有推动社会变革的潜能,法律改革会带来所期望的社会变化;(3)法律与发展领域的研究是一种科学,有助于揭示法律的跨文化潜能和对于第三世界的效用;(4)法律与发展领域是一种在道德上值得追求的事业;(5)通过法律输出,美国能够对第三世界的发展做出有益的贡献。^⑬ 上述基本理论预设和共识的核心意旨是,法律可以改变社会行为,型塑社会关系,推动社会发展,而法律与发展项目可以帮助拉美发展中国家迅速实现现代化。

在第二轮法律输出中,输出者理论预设不但有了变化,而且变得十分明确。按照葡萄牙学者桑托斯的概括,它们主要表现为输出者的四项共识:(1)新自由主义的经济共识,其要义是全球市场化、市场自由化、财产私有化和交易合同化,为了市场有序,必须对全球经济进行法律规制,民族国家必须服从世界贸易组织和国际金融机构的规制和协调;(2)弱国家共识,其主旨是,国家权力强大,市场无法健康发展,公民自治无法壮大,为此必须弱化国家权力,以使公民社会迅速成长壮大;(3)自由主义的民主政治共识,其核心是个人主义的选举权、参政权、表达权、结社权以及对抗政府的权利;(4)以司法为核心的法治共识,主要内容是司法独立和司法公正,强化司法效能,尤其是强化刑事司法在打击犯罪和控制社会秩序方面的效能。^⑭

第二,两轮法律输出的切入点和目标不同。在第一轮法律输出中,重点是改革法学教育,即以美国的启发式教学法,代替大陆的灌输式教学法,以案例分析取代法典诠释。在法律职业模式上,用美式法律工程师取代大陆式法律卫道士,前者重在解决具体问题,后者则重在维护公正秩序。在法学基本理论定位上,用美国的工具主义法律观取代大陆的形式主义法律观。实际上,输出者推行美国法律教育模式只是一个阿基米德支点,旨在由此出发,推动拉美国家法律制度和法律文化的全面改革,最终使这些国家的法律美国化。^⑮ 在输出者看来,与欧陆法律模式相比,美国法律模式更助于保护个人自由,增强平等,尤其是有助于推动经济增长和社会发展。^⑯

^⑩ 本文主要指参与美国法输出的机构和个人,与之相对的则是作为接受方的“输入者”。

^⑪ D. M. Trubek and M. Galanter, *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, 1974, pp. 1071-1072.

^⑫ 前引⑪, p. 1070.

^⑬ 前引⑪, p. 1096.

^⑭ [葡]博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》,刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,第387-391页。作者为葡萄牙科英布拉大学经济学院社会学教授(Professor of Sociology at the School of Economics, University of Coimbra),中文本把作者国籍标注为“英”有误,特作更正。本文在引用此书时,参照了英文本。

^⑮ C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development*, *Beyond Law*, 2001, Vol. 7, p. 21.

^⑯ D. M. Trubek and M. Galanter, *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, 1974, pp. 1063, 1067.

在第二轮法律输出中,突破点是改革司法体制,其主要内容是减轻案件负担,解决审判拖延问题;推进司法独立,使之发挥积极作用;培训司法人员,提高司法质量;改进司法体制,使之便于民众运用;改革律师制度,增强职业化和专业化;改进刑事司法,有效打击犯罪。^{①7} 实质上,输出者改革司法制度在于构建形式主义的法治,借助于具有稳定性和可预见性的法律,维护市场秩序,确保财产和交易安全,为拉美等国家吸引外资和发展自由的市场经济,提供良好的环境。在推动第二轮法律与发展运动中,一位世界银行高级官员的观点集中体现了这种意向:“在市场经济中,公民、政府和私人行动者都期待和需要有效的司法制度,以解决冲突、维护秩序和协调社会关系。因为市场经济是开放型经济,交易更为复杂,正式和中立的司法制度则必不可少。没有这种制度,私域的发展和公域的现代化则无法实现”。^{①8} 在输出者看来,非洲政府的失败,拉丁美洲独裁的解体,中欧和东欧的深刻转型,都表明以下一点:没有健全的法律框架,没有独立和公正的司法机构,经济和社会发展就会面临坍塌之险。^{①9} 由此可见,司法改革的目标实质上在于推动经济和政治体制的全面改革,实行美式自由主义法治,确保经济的快速增长。

第三,两轮法律输出的性质不同。在第一轮法律输出中,资助者限于美国国际开发署和福特基金会,美方参与机构主要是美国的一些大学、美国律师协会、美国国际法学会以及国际法律中心等。为此,哈佛大学、耶鲁大学、斯坦福大学以及威斯康辛大学建立了法律与发展研究中心。在这次法律输出中,美方参与人员虽有法官和律师,但骨干是法学教授。这些教授的专业背景是比较法学者、第三世界法专家和法人类学者。实际上,奔赴拉美的“法律传教士”不过50人,而拉美国家的合作对象也主要是为数不多的大学法学院(系)。^{②0}

在第二轮输出中,资助者不仅包括美国政府和民间资助机构,还包括世界银行和美洲发展银行等国际资助机构;直接参与者主要是美国政府官员、法官和检察官,法学教授和其他非官方人员只扮演了辅助的角色。与此同时,拉美国家的合作对象也不限于大学,而主要是司法机构和其他政府机构。上述差异导致了两轮法律输出具有不同的性质,前者明显具有民间和学术色彩,而后者则凸现了官方和实务特征;前者具有技术性外观,后者则具有政治性气质。

第四,两轮法律输出的规模上有所不同。第一轮法律输出的对象主要是哥斯达黎加(1965)、巴西(1966)、智利(1967)、秘鲁(1968)、哥伦比亚(1969)。第二轮法律输出除了包括上述国家,还增加了阿根廷、玻利维亚、厄瓜多尔、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥、巴拉圭、乌拉圭、委内瑞拉。^{②1} 在资助数额上,第一轮法律输出只有5百万美元,^{②2}而第二轮法律输出则多达数亿美元。^{②3} 由此可见,美国在拉美的第二轮法律输出,无论是范围还是资助力度都远远超过了前一轮。

第五,两轮法律输出的方式不同。第一轮法律输出主要采取以下几种方式:一是成立独立的实施项目机构,例如在巴西,为了输出美国法律,美国国际开发署和福特基金会设立了法律教育研究中心。二是选择法律教育的试点,例如在巴西选取一所天主教大学推行教改;在哥伦比亚,从16个哥伦比亚法律系中选出4个法律系作为推行美国法律教育的试点,后又增加一所法学院;在智利,选择5所法学院作为试点,后来又增加2所法学院。三是通过双方法学院院、系主任和教授互访和赴美学习,传播美国法

^{①7} 法院效率低下,很多案件得不到及时审理,例如,1990年,在巴西法院受理的400百万起案件中,审结案件只有58%;1992年,阿根廷法院积压案件达100万件;1993年,厄瓜多尔法院积压案件达50万件,而哥伦比亚积压案件400万件。参见C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development, Beyond Law*, 2001, Vol. 7, p. 31.

^{①8} 前引①7, p. 28.

^{①9} 参见前引①4,第390-391。

^{②0} J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980, p. 8.

^{②1} 前引②0, p. 7; C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development, Beyond Law*, 2001, Vol. 7, p. 30.

^{②2} 在世纪50年代至60年代,美国的法律援助项目在亚洲投资5百万美元,在非洲投资15百万美元, J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980, p. 8.

^{②3} 其中美国国际开发署和司法部出资1.6亿美元,世界银行出资3.49亿美元。前引②4,第398-406页。

律教育的经验,例如输出者组织智利大学法律系的系主任参观访问美国大学法学院,并选派 18 名智利法学教授到哈佛大学法学院、耶鲁大学法学院和威斯康辛大学法学院等学习;再如福特基金会于 1967 - 1969 年,在美国斯坦福法学院连续三年举办了法律教学方法研讨班,每期十周,有 19 名智利法学教授参加了该研讨班。四是通过举办培训班,培训美国法律知识,例如,美国国际开发署在加勒比地区,举办了司法培训班,包括法官和律师等参加者多达 880 人;在玻利维亚举办了口头程序和法律诊所研讨班,有 755 名法官和律师参加;^{②④}在巴西,为使律师具有美国律师那样的法律工程师思维,输出者举办了法律与经济学课程培训班,由美国教授讲授公司法和金融法,每年约 40 人,参加者主要来自巴西的政府部门和公司律师。此外,福特基金会还资助拉美国家的学生赴美学习法律,并资助一些拉美大学的法律基础设施建设和购置美国法律图书资料等。^{②⑤}

相比之下,第二轮法律输出更侧重法律制度改革。一是美国国际开发署等推动宪政改革,促使哥伦比亚于 1991 年通过了新宪法,新宪法的特点之一是设立了具有司法审查权的宪法法院。^{②⑥}输出者通过推动拉美国家的司法改革,旨在强化司法权威,使之能够有效地制约立法机构和行政机构,尤其是对抗独裁统治。^{②⑦}二是美国司法部通过与一些拉美国家合作,改革刑事法律制度和警察制度,例如推动哥伦比亚采用了美国模式的检察制度;^{②⑧}在 1994 - 1999 年间,美国司法部的国际刑事调查训练项目,把 400 万美元用于改进洪都拉斯的警察;在巴拿马,自 90 年代以来,美国共投入 4330 万美元,其中 3360 万美元用于国际刑事调查训练项目,旨在强化国家警察力量。据统计,在第二轮法律输出中,输出者在拉美国家的资助总额中,其中 57% 用于改进刑事司法,包括警察、起诉、调查以及反毒品与反恐怖,其余用于发展人权、推进民主和改进法律基础设施等。^{②⑨}四是推动起草新法律和修改法律,例如,美国国际开发署推动了危地马拉的刑事诉讼法修改,洪都拉斯的刑法典修改以及乌拉圭的商事立法;美洲发展银行推动了洪都拉斯的法典现代化。^{③①}同时,世界银行为了改善拉美国家的贸易、金融和投资环境,侧重资助它们起草和修改宪法与商事法。^{③②}

由上述可见,美国法对拉美国家的两轮法律输出存在许多差异。但是,在这些差异背后,我们可以发现以下两点共同之处。其一,以美国法取代拉美地区流行的大陆法。正如殖民主义初期天主教传教士旨在用基督教信仰取代当地的各种宗教信仰,美国及其领导下的“法律十字军”旨在从大陆法传统中夺得拉美“法律阵地”,从而实现拉美法律的美国化。其二,以法律与发展的名义,法律都被作为推动发展的工具。第一轮“发展”还涉及经济、政治和社会之维,但到了第二轮,“发展”几乎就剩下经济效率了,而法律改革的唯一目的就是增加经济效率。此外,在规模、力度和范围上,第二轮法律输出都远远超过第一轮法律输出,如果说前者是美国对拉美地区法律的局部突破,那么后者则是对拉美地区法律的总体进攻,如果说前者尚未表现出美国法全球化的意图和战略,那么后者已经成为这种意图战略的重要组成部分。

(二)新商人法中的“特洛伊木马”:美国律师

关于美国律师的历史和他们在美国政治、经济和法律生活中的突出地位,已有广泛的论述。本文所要叙述的是美国律师当代鲜为人知的故事:他们在经济和法律全球化时代,巧妙地占领了新商人法阵

^{②④} E. Jarquín and F. Carrillo(des.), *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*, Johns Hopkins University Press, 1998, pp. 139 - 140.

^{②⑤} J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980, pp. 62 - 135.

^{②⑥} E. Jarquín and F. Carrillo(des.), *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*, Johns Hopkins University Press, 1998, p. 139.

^{②⑦} 前引②④,第 399 页。

^{②⑧} 前引②④,第 409 - 412 页。

^{②⑨} 前引②④,第 404 - 406 页。

^{③①} C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development*, *Beyond Law*, 2001, Vol. 7, p. 30; M. Rowat, W. H. Malik and M. Dakolias(eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Proceedings of a World Bank Conference, Washington, D. C. , 1995.

^{③②} 前引②④,第 405 页。

地,从而为美国法的全球化做出了突出贡献。在《法律帝国主义:在拉美的美国法律职业者和对外援助》一书中,加德纳把美国在拉美实施的第一轮法律输出项目称作“特洛伊木马”^②,把以法律学者为主体的美国法律输出者称作“法律传教士”^③。这样的隐喻十分形象生动,但用“特洛伊木马”来隐喻美国律师占领全球化的新商人法阵地,可能更为贴切。

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自己的法律,并组成了自己的商事法庭。^④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。^⑤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。^⑥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)主要源于西方并为西方国家所操纵,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,新商人法借助于合同,约定了纠纷解决的机制,而纠纷通常诉诸国际仲裁。仲裁地点及其人员的选择都取决于当事人的合同约定,商事合同建构出纠纷解决机制。裁决的执行虽然有时诉诸国家法院,但法院的介入并非基于特定国家的法律规定,而是基于国家之间具有契约性质的互惠条约。一般说来,这种纠纷“几乎没有理由要诉诸法院”,因为“仲裁员的最终裁决”“比法院判决更易于得到执行。”^⑦有的学者把这种解决纠纷机制称作超越国家法律体制的“私人化司法”^⑧。鉴于新商人法的上述特征,有人把商人法所体现的法律文化,称作超越民族和国家法律文化的“第三种法律文化”^⑨。

鉴于新商人法的效力及其纠纷解决机制均来自当事人之间的合同,这种通过合同建构的法律被称

② J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980, pp. 61, 124-126, 138, 205, 221, 240-248.

③ 前引②, pp. 7, 11-12, 211-212, 242-243.

④ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第421-424页。

⑤ [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,中国社会科学文献出版社2001年版,第208-262页。

⑥ 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》,中央编译出版社1998年版,第35页。

⑦ Y. Dezalay and B. Garth, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes*, *Law and Society Review*, 1996, Vol. 29, p. 6.

⑧ [美]W. 海德布兰德:《从法律的全球化到全球化下的法律》,刘辉译,载[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,清华大学出版社2006年版,第174页。

⑨ 前引④,第263页。

作“反身型法律”(reflexive law)^{④①}。这种法律在来源和权威上有别于国家法和国际法,表现出“自我合法化”的特征,因而被称之为“自我繁衍”和“自我发展”的“自创生”法律制度。^{④②}有人认为新商人法具有全球性、匿名性、专业性和自创生性四个特征,并认为这些特征是经济全球化和现代法律功能分化的产物。^{④③}也有人认为,商人法虽然不受国家法和国际法约束,其效力源于当事人之间的合意,因而是一种独立的法律体制,但在国际商事合同和仲裁领域,都可能涉及国家法或国际法的规则或原理,^{④④}由此,新商人法只具有相对独立的特征,还没有达到“自创生”的程度。

无论如何,新商人法至少具有相对独立的性质。晚近的研究表明,新商人法的发展并非是完全自发的,而是受到某种力量的影响和支配,这种力量就是“跨国律所”^{④⑤}或英、美律师^{④⑥}。换言之,新商人法的“自创生”只是表面的特征,实际上暗中正在受到美国法的型塑,而美国法逐渐占领新商人法,则主要归功于美国大型律所。美国大型律所之所以能够发挥这种作用,主要源于其得天独厚的背景、颇具规模的组织模式以及灵活机动的运作机制。

第一,美国律所的规模效应。在美国,以公司形式组建的大型律所始于1900年。到20世纪80年代,这些大型律所的信誉不断提高,影响力日益扩大,随着在世界各地广泛设立分所和办事处,它们以华尔街大型律所为核心,形成了辐射全球的律师网络。^{④⑦}美国大型律所的规模化和国际化,使它们本身成为了跨国法律公司,具有了全球竞争力。在全球范围的公司并购和资本市场等法律事务中,美国大型律所占据了绝对优势,不仅包揽了本国跨国公司的法律业务,而且侵入了欧洲法律市场,^{④⑧}乃至与英国联

④① 参见[德]贡特·托依布纳:《全球的“布科维纳”:世界社会的法律多元主义》,高鸿钧译,《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第261-262页。

④② 前引④①pp.3-23;关于作为自创生系统的法律,参见[德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社,2004年版。

④③ 鲁楠:《匿名的商人法:全球化时代的商法及其特点》,载《全球化时代的中国法制现代化学术研讨会论文集》,南京师范大学法制现代化研究中心和《法学研究》杂志社,2009,南京。

④④ H. J. Mertens, *Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law*, in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, pp. 31-43;

④⑤ 前引④③, p. 40.

④⑥ 前引④③, 第263-265页。

④⑦ 据统计,在2006年,20个全球的顶尖律所中,14个是美国所,6个是英国所,在收入数额上,前两位是英国的Clifford Chance和Linklaters,但是就人数和分支规模而言,美国的Baker & McKenzie居首位,有律师2975人,设分支机构70个。见R. Faulconbridge, *Negotiating Cultures of Work in Transnational Law Firms*, *Journal Economic Geography*, 2008, Vol. 8, p. 503. 关于律所扩展的六种模式,参见D. D. Sokol, *Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2007, pp. 15-19.

④⑧ 根据对2006年统计,美国顶尖律所垄断了本国所有公司并购和资本市场法律业务。在中国(包括香港地区)的28家顶尖律所中,只有三家是本地律所;从事资本市场法律业务的15个顶尖律所,全都是外国律所。在日本,18家从事并购法律业务的律所都是外国律所,在资本市场法律业务领域,从事外资运作的12个顶尖律所全都是外国律所,从事本国资本运作的9个律所中,只有6个是本土律所。在德国,从事公司并购法律业务的20个顶尖律所中,只有5个本土律所,从事证券资本市场法律业务的10个顶尖律所中,只有1个是本土律所,从事证券资本市场法律业务的9个顶尖律所中,只有1个是本土律所。在法国,从事公司并购法律业务的19个顶尖律所中,有9个是本土律所,从事资本市场法律业务的17个顶尖律所中,只有4个是本土律所。在意大利,本土律所控制了公司并购法律业务,22个顶尖律所中有18个是本土律所,但在资本市场领域,9个顶尖律所中只有3个是本土律所。在英国,在公司并购领域,涉及巨额资产的大宗交易,6个顶尖律所全是本土律所;涉及中型资产的大宗交易,20个顶尖律所中只有9个是本土律所,其余则是美国律所;在资本市场方面,涉及证券资本市场法律业务,14个顶尖律所只有6个是本土律所,涉及股权市场法律业务,14个顶尖律所中只有8个是本土律所。在上述几个国家中,从事公司并购和资本市场运作的顶尖非本土律所中,美国律所占据主要地位。D. D. Sokol, *Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, Vol. 14, pp. 10-11. 在20世纪70年代,美国律所在伦敦设立分支机构23个,80年代新增16个,90年代再增设21个,至1999年,美国72个涉外律所所有57个在伦敦设立分所或办事处。同上文, pp. 111-112. 为了抢占法律市场,美国全球最大律所之一世达律师事务所(Skadden Arps Slate Meagher & Flom)在伦敦没有客户关系的情况下,于1998年开始设立分所,其考量不再是由市场需求驱动,而是预先占领国外潜在市场,从而保持全球的竞争力。C. Silver, *Globalization and the U. S. Market in Legal Service - Shifting Identities*, *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, 1999-2000, pp. 1102-1103, 1114. 关于美国律师的全球影响,也参见前引④⑧,第620-624页。

手垄断了全球贸易中重要的法律事务。^④ 相比之下,欧盟及其欧陆各国则缺少此种大型律所,许多重要的法律事务都不得委托美国律师来办理。例如法国的金融法律业务就委托给英、美律所。^⑤ 欧陆各国的律师主要依靠个人的专业知识,相比之下,美国律师更善于团队合作。^⑥ 英国的传统律师业也不适合全球化时代的需要,因为对于跨国公司的法律业务来说,出庭律师自视过高,加之不得与当事人直接接触的行规,因而无法直接为它们提供法律服务,而事务律师显得资质不足,难以受到它们的信赖。^⑦ 有鉴于此,自20世纪70年代起,为了与美国争夺全球法律市场,英国便开始仿照美国的模式成立了大型律所,^⑧并在全球法律市场竞争中争得了一席之地。但在总体竞争力和平均律师的营业额上,英国大型律所与美国的同行相比仍然相形见绌。^⑨

第二,美国大型律所的专业化服务。美国大型律所汇聚了各路专业人才,能够为跨国公司提供全方位服务,因而常常得到跨国公司的青睐。无论涉及投资、融资、税法以及破产,还是涉及诉讼、谈判、仲裁以及替代性纠纷解决机制,美国大型律所都能提供优质服务。在为跨国公司提供战略咨询、策划投资、安排上市以及进行并购等领域,美国大型律所的能力和业绩尤为突出。^⑩

全球的竞争不断加剧,机会主义的风险行为随之增加。跨国公司等大型企业为了防止各种风险,在各种经济和贸易活动中,不得不充分运用法律保护自己,不惜代价地聘用律师为之出谋划策,希望律师能够提供周到细致的法律咨询,并能制作出详细具体的法律文件,把所有可能涉及的法律问题都包括在内,以便在出现纠纷时占据有利的地位。美国律师在这方面显示出明显的优势,因为他们注重法律的技术性、实用性、可操作性和变通性,尤其擅长起草精细和复杂的商业合同,以致一份合同往往长达数百页。^⑪ 相比之下,欧陆律师则不能提供这样周到细致的法律服务。跨国公司在全球范围从事经济和贸易活动,缺乏国家法或国际法的有效保障,因而特别需要美国律师为其提供法律咨询和起草合同。^⑫

第三,美国律师的价值取向。源于法律传统和法律文化的差异,欧陆各国的律师与法官一样,具有准公务员性质,他们的伦理取向是为社会主持公道,捍卫法律的基本价值,不愿成为法律商人,认为服务于公司企业与律师伦理相悖。相比之下,美国律师则奉行实用主义,^⑬乐于成为法律商人,把忠实服务于客户作为天职,而在论功行赏^⑭的机制和胜诉酬金制度的激励下,他们同委托客户同舟共济,以参与者的立场不遗余力地为其出谋划策和施展技能,从而与之分享利益,而不是以观察者或专家的角度,仅仅根据委托人的要求提供一般法律服务。美国律师的这种姿态和定位,虽然引起公众的一些批评,但对

^④ C. Silver, Globalization and the U. S. Market in Legal Service – Shifting Identities, *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, 1999 – 2000, p. 1095.

^⑤ 前引^④, p. 1099.

^⑥ J. R. Faulconbridge, Negotiating Cultures of Work in Transnational Law Firms, *Journal Economic Geography*, 2008, p. 505.

^⑦ M. Shapiro, The Globalization of Law, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 1, 1993, p. 42.

^⑧ J. Flood, Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2002, 43.

^⑨ 据统计,全球50个顶尖律所中有8个总部在英国,其余总部均设在美国;每个合伙人年平均收入超过100万英镑(1.9百万美元)的8个律所中,只有一个是英国律所,其余全是美国律所;同等规模的律所,美国律所比英国律所更具竞争力。前引^⑧, pp. 50 – 51.

^⑩ D. D. Sokol, Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2007, p. 27.

^⑪ J. Flood, Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2002, 64.

^⑫ J. Flood & F. Sosa, Lawyers, Law Firms, and the Stabilization of Transnational Business, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 28, 2008, pp. 493 – 494.

^⑬ C. Silver, Globalization and the U. S. Market in Legal Service – Shifting Identities, *Law & Policy in International Business*, Vol. 31, 1999 – 2000, p. 1097.

^⑭ 与英国的因循守旧型(lock – step)律所相比,美国的论功行赏型(eat – what – you – kill)律所更具竞争力,因而美国律所模式在20世纪70 – 80年代开始流行。B. Garth, Lawyers in Their Habitats: Law firms Contemplating Transnational Mergers should Start Thinking Like Anthropologist, *Legal Affairs*, Jan/Feb, 2006, p. 21.

于客户来说则无疑更具吸引力。因此,美国律所和按照此种模式组建起来的英国律所才能侵入德国的法律市场,并颇有包揽德国跨国公司法律事务之势。⁵⁹ 为了回应英、美律所的入侵,德国律所不得不进行重组与合并。德国形成的新型律所虽然没有简单模仿美国的模式,但为了具有更强的市场导向和竞争能力,无疑借鉴和采用了美国律所的许多机制。⁶⁰

第四,美国跨国公司在全球的重要地位。在全球范围,适用新商人法的主要主体是跨国公司,只有控制跨国公司的法律业务,才能掌控新商人法。美国大型律所的全球影响力也得益于美国跨国公司在全球的突出地位。据统计,到1999年,全球有4万多家跨国公司,它们控制了世界生产的40%和贸易的60%。⁶¹ 跨国公司占有世界贸易总量的2/3,约占世界技术贸易的80%。⁶² 此外,在全球数以万计的跨国公司中,最具实力和影响力的是跻身世界500强的跨国公司。根据《财富》的统计,从1995年到2009年,在世界500强企业中,美国企业所占的比例一直居于首位,高峰年份多达197家,低谷年份也有140家。⁶³ 自20世纪70年代起,尤其是金融危机以来,美国跨国公司尽管失去了某些市场份额,但在全球仍然具有很强竞争力。⁶⁴ 在内国,美国大型涉外律所拥有广泛的市场,而英国的大型涉外律所则必须寻找国外的市场。⁶⁵ 随着纽约成为了最主要的世界金融中心,美国涉外大型律所都把总部设在纽约。它们利用这种背景增加在全球金融网络的影响力,并与主要投资银行等金融机构形成了共生关系。一方面,这些金融机构委托这些律所处理重大法律业务,另一方面,全球的跨国公司在涉及法律事务时,尤其涉及同纽约金融及机构有关的法律业务中,也倾向于委托这些美国律所来处理。⁶⁶ 美国大型律所利用这种优势,包揽了大部分跨国金融和国际贸易的法律事务。更为重要的是,这些大型律所的法律实践常常为其他跨国公司所仿效。

第五,语言优势。由于英语成为最重要的国际通用语言,跨国交易合同等法律文件都采用英文文本,⁶⁷因而英、美国律师在语言上具有了优势,而这种优势增加了他们全球法律市场中的竞争力。⁶⁸

如上所述,在全球化过程中,美国大型律所几乎包揽了跨国公司的主要法律事务,并实际上建构和塑造了新商人法。从渊源上,这种新商人法虽然得益于国际模范法典或其他国际“软法”,但更多是出自美国律师之手。正是在这种意义上,夏皮罗才认为,跨国公司的自我立法及其纠纷解决机制,导致了商法的全球化,而这个领域的全球化实际上是美国化。⁶⁹ 弗拉德直截了当地指出,英国跨国律所适用的主要是英国法;美国跨国律所采用的是纽约州法,因为它们的总部设在纽约,根据该州的合同法,它

⁵⁹ D. D. Sokol, *Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, 1, 2007, p. 11.

⁶⁰ 德国1987年才允许成立公司模式的律。J. R. Faulconbridge, *Negotiating Cultures of Work in Transnational Law Firms*, *Journal Economic Geography*, 2008, pp. 501, 505.

⁶¹ 王鹤:《经济全球化和地区一体化》,载《世界经济》1999年第3期,第21页。

⁶² [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,社会科学文献出版社2001年版,第326页。

⁶³ 在世界500强企业中,美国企业所占的数字是:1995年(151家)、1997年(162家)、1999年(184家)、2000年(179家)、2001年(185家)、2002年(197家)、2003年(192家)、2004年(189家)、2005年(175家)、2006年(170家)、2007年(162家)、2008年(153家)、2009年(140家)。本数据引自《历年世界500强之国家(地区)排行!》,载 <http://yhl1945.blog.163.com/blog/static/377549392010412311915>。

⁶⁴ 前引⁶²,第384-385页。

⁶⁵ J. Flood & F. Sosa, *Lawyers, Law Firms, and the Stabilization of Transnational Business*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 28, 2008, p. 509.

⁶⁶ D. D. Sokol, *Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2007, p. 27.

⁶⁷ J. Flood & F. Sosa, *Lawyers, Law Firms, and the Stabilization of Transnational Business*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 28, 2008, p. 510.

⁶⁸ J. Flood, *Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2002, p. 65.

⁶⁹ M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 1, 1993, pp. 38-39.

们形成了适用于跨国公司的标准合同。^⑩换言之,美国大型律所把它们在纽约形成的跨国商事合同予以全球化。如此说来,新商人法虽然是通过合同建构法律,但这种合同并非属于无(国家)法律的合同,而是以美国纽约州或英国法为基础的合同。这种法律也并非与国家法没有关联,而是与美国法(或较低程度上英国法)存有潜在的关联。美国大型律所通过其跨国商事法律实践,巧妙地主导了新商人法的内容和特征,成功地使之美国化。

然而,关于美国律师占领新商人法领地,这只是故事的一半。因为,在跨国商事活动中,当事人一旦违反了合同,就会出现纠纷。合同中虽然通常约定诉诸国际仲裁机构解决纠纷,但如果国际商事仲裁机构并不认可美国律师起草的合同,就会使裁决结果处于不确定的状态。实际上,这种担心并非多余,因为国际商事仲裁曾经是欧陆学家主宰的阵地,那里盛行的欧陆法律文化。例如,巴黎国际商会仲裁院是最富盛名的国际仲裁机构。在那里,担任仲裁员的是法国和瑞士等欧陆资深法律专家。他们气质高雅,经验丰富,把仲裁视为一种义务,而不是一种职业,运用国际商事惯例、一般的公正原则以及他们的法律共识处理国际商事纠纷。^⑪在欧陆学者主导的国际仲裁中,美国律师按照“对抗制法条主义”^⑫模式所设计和起草的跨国商事合同,很难得到重视和具体履行。

在奉行“对抗制法条主义”的美国,法律文化鼓励通过正式诉讼解决纠纷,拒斥仲裁之类的解决纠纷机制。美国虽然在20世纪初期也曾采用过仲裁机制,但自“新政”之后,商事纠纷一律通过诉讼解决。随着国际贸易的迅速发展和商事纠纷的日益增多,国际仲裁市场急剧扩大,美国律师自然不甘心任由欧陆仲裁员独享这块“法律肥田”。更为重要的是,美国跨国律所在参与跨国公司的战略咨询并为其起草合同的过程中,逐渐会意识到,只有参与国际仲裁,它们才能为客户全程“保驾护航”。出于这种考量和为了争夺全球法律市场,美国律师需要设法打入国际仲裁机构。自20世纪80年代开始,美国律师以巧妙的方式进入了国际仲裁机构,并对其积极施加影响。^⑬

在国际仲裁领域中,传统欧陆的仲裁员与新闯入的美国律师形成了鲜明对照。(1)前者是教授出身的法界名流,后者是年富力强的专职律师。(2)前者致力于成为主持社会公道的仲裁断者,坚守世界主义理想,旨在维护社会公平正义;后者则致力于成为服务于公司的法律商人,奉行客户至上的实用主义,追求的是与客户分享利益。(3)前者主张封闭的协商式仲裁,意在取得各方都能够接受的结果;后者则坚持开放的论辩仲裁,使仲裁过程富有对抗制诉讼的特色。(4)前者注重一般法律原则和学理,后者注则重事实和判例。(5)前者受到信任主要在于年资和名望,后者受到信任主要在于能力和技巧。相比之下,美国律师所主导的仲裁至少在形式和导向上,能够为客户提供更多保护,争取更多利益。美国律师依靠自己的上述优势和美国律所的国际信誉,很快就受到商界精英的青睐,并在同欧陆仲裁员的竞争中占据了上风。美国律师在国际仲裁领域的成功,始于巴黎国际商会仲裁院,随后把自己的影响延伸到伦敦国际商事仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院和以及其他国际仲裁机构。鉴于美国律师的成功,传统的欧陆仲裁员也不得不改变风向,开始学习英语并采用美国律师的法律技巧。随之而来的一个结果是,国际商事仲裁发生了性质的转变,即主导权从欧陆的资深教授之手转向了美国的年轻律师之手,仲裁过程也从欧陆式权衡协调转向了美式交叉询问。换言之,美国律师成功进占了国际商事仲裁领域,把欧陆法律专家独享的国际商事仲裁领地变成了美律师主导的“海外法律市场”,实际上是把国际商事仲

^⑩ J. Flood, *Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 1, 2002, pp. 48-49, 56.

^⑪ Y. Dezalay & B. G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996, pp. 11, 34.

^⑫ 这个概念出自卡根,参见[美]罗伯特·卡根:《美国与欧洲法律之路:六个根深蒂固的差异》,高鸿钧译,载[德]沃尔克玛·金斯纳和[意]戴维·奈尔肯:《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》,清华大学出版社2010年版,第50-53页。关于这个概念的系统论述参见R. A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2001.

^⑬ Y. Dezalay & B. G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996, p. 36.

裁变成了“美式海外诉讼”。^⑦

故事到此还没有结束。美国律师一方面把国际仲裁变成对抗制诉讼,另一方面却在国内推动仲裁的广泛运用,大力发展替代性纠纷解决(ADR)机制。随后,美国转而把自己的替代性纠纷解决机制向许多拉美国家输出。^⑧历史上,在新商人法刚刚涌现时,与法国律师的态度相反,美国律师曾持坚决反对的态度,^⑨但进入全球化时代以后,美国律师却突然改变了立场,并成功地进占了这个领地。美国律师把国际仲裁变成了诉讼,却向拉美国家输出自己的替代性纠纷解决机制。这种态度和立场的转变和前后矛盾似乎令人费解,但如果我们把它们置于美国法全球化的背景下,就会发现这种转变隐含着共同的目标,那就是在诉讼和非诉讼领域同时推进全球“商事司法”和民事司法的“美国化”。^⑩

总之,美国律师通过为跨国公司起草合同,将美国法注入新商人法之中;通过打入国际仲裁机构,把国际商事仲裁变成了美式诉讼。这两个领域虽然并不等于新商人法的全部,但却是其中的主要领域与核心内容。简言之,美国律师运用“特洛伊木马”的策略,攻陷了新商人法的城堡。新商人法的美国化,无疑有利于美国律师拓展和垄断全球法律市场,有利于美国跨国公司从事国际商业活动,进而有利于美国通过法律来影响和主导全球商业贸易过程和结果,从而使美国利益最大化。

(三)“密涅瓦的猫头鹰”终于起飞:美国猎食转型国家法律改革

在现代化的转型中,俄国自18世纪初彼得大帝的激进“西化”改革之后,移植了以法国为代表的欧陆法律。但随着“十月革命”的成功和社会主义国家的建立,苏联选择了不同于西方的经济体制、政治制度以及法律模式。“二战”以后,许多东欧国家获得了独立,并建立了社会主义国家。这些国家的法律彼此之间虽有差异,并保留了许多欧陆法的传统,但在地位、内容和价值取向上都与苏联相似。这样,在世界范围的社会主义法系中,苏联法律成为了核心,东欧等社会主义国家的法律成为了重要阵地。

“二战”之后,美国以法律与发展的名义向亚洲、非洲和拉美输出法律,但是由于当时冷战的世界格局,美国法无法进入苏联和东欧等社会主义国家。换言之,密涅瓦的猫头鹰没有起飞,只是由于夜幕还没降临。

20世纪80年代末和90年代初,苏联解体,裂变为众多独立国家,爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛成为独立的国家,其他国家则组成了作为区域性组织的独联体(格鲁吉亚和土库曼斯坦后退出)。同时,东欧等欧洲社会主义国家以及亚洲的蒙古也都发生了巨变。在这期间,上述国家(以下简称为“苏联和东欧等转型国家”或“转型国家”)经历了激进的经济、政治和社会转型,随之而来的是法律体制的激进重构和改革。夜幕既然降临,猫头鹰自然会及时起飞。不过,作为智慧女神的“密涅瓦”换成了作为霸主的“华盛顿”,“猫头鹰”也不再是反思的哲学,而是现实的法律,即主要是来自美国的法律。与对拉美的两轮法律输出相比,美国对苏联和东欧等转型国家的法律输出,规模更大,内容更广,影响更深。出于本文的目的,我们仅就这场法律输出的主要参与者、重要内容以及基本方式进行概述。

首先,输出者来源多样,既有政府机构,又有民间组织,既有法律实务者,又有法学家。

第一,美国政府机构积极支持和参与这场法律输出。直接参与这场法律输出的美国政府机构包括美国国务院、商业部、司法部、联邦贸易委员会、证监会、美国新闻总署以及美国国际开发署等。为了向这些国家输出美国法,美国国际开发署设立了“东欧民主项目基金”(SEED)和“俄罗斯与新生欧亚民

^⑦ 前引③, pp. 1-61.

^⑧ C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development*, *Beyond Law*, 2001, Vol. 7, p. 30; 也参见[法]Y. 德兹莱和[美]B. 加斯:《法律与法律制度的输入与输出:国家“宫廷斗争”中的国际战略》,鲁楠译,载[意]D. 奈尔肯和[英]J. 菲斯特编:高鸿钧等译,《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第312页。

^⑨ 参见[德]贡特尔·托依布纳:《全球的“布科维纳”:世界社会的法律多元主义》,高鸿钧译,《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第251-252页。

^⑩ Y. Dezalay & B. G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996, pp. 151-181, 281-317.

主体制自由与开放市场基金”(FREEDOM)。前者用于支持市场导向的法律建构;后者旨在帮助这些国家“经济重建”、“政治转型”和“社会重构”,以在经济领域推进市场化和私有化,在政治领域实行民主化和法治化,在社会领域推动自治化和开放化。⁷⁸ 美国国务院对转型国家开展了“法治”项目,以推进它们的法治进程;司法部的反垄断局开展了竞争法项目,对几个中欧和东欧国家提供了立法咨询;美国联邦贸易委员会帮助匈牙利起草公司法与证券法。这些美国政府项目都得到了美国国际开发署的经费支持。⁷⁹

第二,美国法律界直接参与苏联和东欧等转型国家的法律变革。为了有效输出美国法,美国律师协会于1990年设立了“中欧和东欧法律项目部”(CEELI)。在美国国际开发署的资助下,它在中欧和东欧转型国家开展了广泛的法律项目,包括法官和律师制度的重建与发展,司法伦理准则的起草,刑事法律和商事法律的改革,以及法官培训等。⁸⁰ 它成立两年之后,开展的法律项目就覆盖了大部分中欧和东欧转型国家。为了实施项目,它还组织和调动了广泛的美国法律志愿者参与其中,包括数百名长期法律专家和短期法律顾问以及数千名法律咨询者。⁸¹ 与此同时,美国联邦律师协会(The Federal Bar Association)为了帮助独联体各国改革政治和法律制度,专门设立了“民主发展项目部”,帮助这些国家发展民主、完善正当程序和保护公民权利。该协会还建立了一个美国律师“智库”,其中组织了律师志愿者帮助中欧和东欧转型国家进行宪法和经济法改革。⁸² 另外,美国律师协会的“中欧与东欧的法律项目部”和美国司法部联合举办了刑法援助项目,对中欧和东欧转型国家的立法与执法提供技术帮助,并对这些国家的检察官、法官和律师进行培训。⁸³ 美国联邦法院系统在华盛顿举办了系列法律培训项目,对中欧和东欧转型国家的法官和行政官员进行培训;美国国家司法中心对来自俄罗斯等法律学者和学生进行培训,参加人数每年多达数百人。⁸⁴ 在美国一些基金会的支持下,一些美国法院同中欧和东欧国家的许多法院建立了长期关系,以“姊妹法院”和“职业之家”的名义,进行互访和交流。⁸⁵

第三,美国法学界主动参与转型国家的法律改革。马里兰大学帮助亚美尼亚起草了《破产法》。乔治城大学法学院法律中心为独立后的爱沙尼亚起草了合同法、反垄断法和消费者保护法。⁸⁶ 休斯顿大学对俄罗斯的石油立法提供了咨询。这些活动得到了美国政府或民间基金会的资助。在索罗斯基金会的资助下,中欧大学为中欧和东欧转型国家的官员提供培训课程,主要内容涉及如何发展市场经济和建构与之适应的法律制度。许多美国法学院为俄罗斯和东欧等转型国家的学生提供法律硕士(LL.M)学位,并为这些国家的立法者和法官提供专业培训项目。在“中欧和东欧法律项目部”的支持下,美国百余所法学院与中欧和中欧转型国家数十所法学院建立了长期合作关系,通过举办美国法暑期班、学者互访、选派学生到美国法学院攻读法律学位等形式,美国法的理念和制度在这些国家的法律教师和学生中得到了迅速传播。⁸⁷

第四,民间或国际基金会支持美国法输出。福特基金会积极参与了转型国家法律改革,为许多项目

⁷⁸ J. DeLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 20, 1999, pp. 185-186.

⁷⁹ 前引⁷⁸, p. 194.

⁸⁰ 前引⁷⁸, pp. 188-230.

⁸¹ 据估计,在1996年,为此付出的劳动价值达到5.5千万美元,97年达到7.7千万美元,前引⁷⁸, p. 199.

⁸² 前引⁷⁸, pp. 189, 199.

⁸³ 前引⁷⁸, p. 231.

⁸⁴ 前引⁷⁸, p. 242.

⁸⁵ 前引⁷⁸, p. 230.

⁸⁶ J. Peter Byrne & Philip G. Schrag, *Law Reform in Estonia: The Rule of Georgetown University Law Center, L. & Pol'y Int'l Bus.* 1994, pp. 449-455.

⁸⁷ J. DeLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 20, 1999, pp. 196-207.

提供了资助,其主要目标是推进民主制度的发展、法律体制的重构和法学教育的改革。^⑧ 索罗斯基金会属下的“开放社会基金会”十分活跃,在转型国家设立了许多办事处,其中的“宪法与法律政策项目部”(COLPI)参与了转型国家的政治和法律改革,涉及立法、司法、政府管理和人权保护等内容。^⑨ 马歇尔将军基金会对中欧和东欧转型国家的非政府组织提供了资助。^⑩ 此外,世界银行等国际组织和机构也参与了向转型国家输出美国法的活动。上述基金会虽然具有民间性质或有国际性质,但通常都受到美国政府的支持或影响,在向转型国家输出美国法律方面,它们与美国政府基金组织享有共同或相似的目标。

其次,输出的法律内容多样,既涉及一般法律概念,又涉及具体法律规则;既涉及公法,又涉及私法;既涉及实体法,又涉及程序法。

第一,输出美国的一般法治价值。美国国务院对转型国家设立了法治项目,每年组织举办1-2周法治会议,主要向转型国家官员灌输美国的法治理念和价值。同时,美国国务院与转型国家的政府机构合作,举办了许多高端法治会议和研讨班,主要发言人或授课者均是美国的法官、律师和法学教授。美国新闻总署还设立了“种子基金”,为中欧和东欧转型国家提供大量有关法治的图书资料。福特基金会在匈牙利举办了“权利意识”系列培训班,聘请美国法学院教授讲课,向参加者传授美国人的权利意识和权利文化。索罗斯基金会支持中欧和东欧转型国家翻译英文法学著作,为这些国家培训法学图书馆人员,还为成立美式法律诊所提供资助。^⑪ 这些项目推动了美国法治观念在转型国家的传播。此外,美国的官员、学者、法官和律师还通过访问、交流和开展具体法律合作项目,向转型国家传输美国的法治理念。

第二,输出美国的宪政原则和体制。在20世纪80年代末和90年代初,苏联和东欧等转型国家相继对宪法进行了重构或重大修改。鉴于宪法与政治体制密切关联,美国更重视对这些国家的制宪或修宪过程施加影响。例如,美国学者参与了捷克和斯洛伐克的宪法起草;美国商会参与了保加利亚宪法的起草;美国国务院、国际开发署和新闻总署对乌克兰、罗马尼亚和立陶宛的宪法制定提供了支持;美国联邦地区法院法官和乔治城大学法律中心的教授帮助立陶宛起草了宪法;^⑫“中欧和东欧法律项目部”安排美国律师和学者参与了许多新宪法草案的评议,涉及的国家包括阿尔巴尼亚、波兰、罗马尼亚、俄罗斯、乌克兰、乌兹别克斯坦等;美国联邦律师协会“民主发展项目部”为东欧各国起草宪法提供了咨询。^⑬ 当然,这些转型国家在制宪和修宪中保留了某些本国特色,如俄罗斯和其他一些独联体国家保留了先前的检察制度。与此同时,它们在移植外国的宪政体制时,也选择或借鉴了西欧国家的宪政体制,如借鉴法国的双头行政首脑制等。但是,这些国家新宪法都在很大程度上接受了美国宪政模式的影响。在政府权力的配置上,多数国家采用了总统制,其中一些国家的总统制类似美国,另一些国家的总统制类似法国,还有一些国家的总统制是美国和法国体制的混合体。实际上,一些转型国家的总统权力直接得到了美国的支持,如波兰总统瓦文萨的权力就得到了美国的力挺。在中央与地方的分权上,匈牙利和波兰参照了美国的联邦制。在司法体制上,苏联和东欧等转型国家参照了美国的模式,赋予了司法机关以独立的地位,确立了法官终身任职制度,并采用了司法审查制度。为了使司法审查体制在结构上保持独立,许多转型国家都建立了宪法法院。根据宪法,匈牙利宪法法院的权力甚至大于美国联邦法院的权力,并在司法中参考美国法院的判决。宪法法院的理念虽然源于奥地利的凯尔森,并且成为欧洲的实践

⑧ 前引⑦, p. 190.

⑨ 前引⑦, p. 191.

⑩ 前引⑦, p. 192.

⑪ 前引⑦, p. 235.

⑫ G. R. Lawrence, Are We Exporting Our Legal System?, *Federal Bar News & Journal*, Nov./Dec., 1994, p. 4.

⑬ J. DeLisle, *Lex Americana?*: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 20, 1999, pp. 226-267.

模式,但在“二战”之后,欧洲的司法审查和宪法诉讼则深受美国宪政模式的影响。在公民自由和权利方面,一些中欧和东欧转型国家出于加入欧盟的考量,在原则、精神和制度上显然受到《欧洲人权公约》的影响,但许多国家的宪法仍然深受美国权利和自由模式的影响,如匈牙利和波兰的宪法在公民自由和权利上都选择了美国的模式,捷克和斯洛伐克共和国仿照美国的《权利法案》,于1991年通过了《基本权利和自由宣言》。^④

第三,输出美国的经济法和商事法。美国商务部对转型国家开展了商法项目,内容涉及合资企业法和知识产权保护等内容。美国国际开发署资助了亚美尼亚、罗马尼亚等转型国家设计和起草破产法,并为其一些转型国家制定银行法等金融法提供咨询。美国新闻总署组织专家对俄罗斯破产法草案进行了评议。美国特别关注竞争法等与资本市场有关的法律,把制定反垄断法作为转向市场经济的关键,为此,美国联邦贸易委员会与司法部反垄断局合作,帮助许多转型国家起草相关的法律,借此向转型国家输出了美式竞争法。美国证券交易委员会对许多转型国家提供咨询,内容涉及资本市场的运行和证券交易的法律;它还举办了许多1-2周研讨会,对独联体国家提供有关证券法的专业知识和业务指导。在“中欧和东欧项目”的支持下,美国法律专家以各种方式影响转型国家的商事立法,如帮助俄罗斯、爱沙尼亚和罗马尼亚制定商业组织法,帮助爱沙尼亚和立陶宛起草确保交易安全的法律,帮助阿尔巴尼亚、保加利亚、匈牙利和罗马尼亚等国制定破产法和国有企业私有化的法律,帮助保加利亚、罗马尼亚等国制定反垄断法。此外,美国法律专家还帮助独联体和一些东欧国家制定和修改民法典。^⑤

除了上述之外,美国还向转型国家输出立法技术、法律实施、行政法、司法制度、刑事法律以及法学教育等。通过这些法律输出,美国旨在影响和推动苏联和东欧等转型国家的重要转变,即从政策主导的治理转向法律主导的治理,从计划经济转向市场经济,从欧陆法和苏联法传统转向美国法模式。

最后,输出方式灵活多样,既有直接输出,又有间接输出,既有立法输出,又有司法输出,既有经由法律实务的输出,又有借助法律教育的输出。

第一,输出者为转型国家准备法律文本,典型的做法是输出者起草了标准宪法草案,“XXX共和国宪法”,只等各国立法机构批准,然后署上特定国家的名称。^⑥

第二,输出者以各种方式对转型国家的法律重构和改革提供建议和咨询,内容涉及法治理念、宪政体制、行政执法、司法体制、民商法律以及程序证据法等。输出者的许多建议和咨询得到了接受和采用。

第三,美国政府与转型国家政府直接合作,推动美国法的输出。

第四,美国民间组织与转型国家民间组织合作,以举办研讨会和培训班以及参观访问等形式,传播美国法的理念和制度。

第五,美国律师在转型国家从事法律实务的过程中,传播美国的法律规则、程序和思维模式。^⑦

第六,输出者把许多美国法进行了“去美国化”和“技术化”的处理,宣称它们是普适价值、国际准则

^④ 关于美国对于转型国家新宪法的影响,参见任允正、于洪君:《独立国家宪法比较研究》,中国社会科学出版社,2001; R. Sharlet, *Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States, Local Realities and the Questionable Value of Foreign Expertise*, *East European Constitutional Review*, 1998, Vol. 7, pp. 59-66; J. Hellman, *Constitutions and Economic Reform in the Postcommunist Transitions, A case for Constitutional Precommitment*, *East European Constitutional Review*, 1996, 5, pp. 46-56; J. Davison, *America's Impact on Constitutional Change in Eastern Europe*, *Albany Law Review*, Vol. 55, 1991-1992, pp. 793-814.

^⑤ J. DeLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 20, No. 2, 1999, pp. 231-234.

^⑥ 同上文, pp. 179-180. 关于苏联和东欧国家在转型期间移植美国法,也参见[意]简玛尼亚·阿雅尼:《俄罗斯与东欧的法律移植:借助于机遇与声望》,魏磊杰译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第45卷,法律出版社2010年版,第269-298页。

^⑦ 关于欧洲法律思想和制度对美国的影响,可参见 M. Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World—1820-1920*, Dunker & Humblot, 1993; [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,《清华法治论衡》第12辑,清华大学出版社2009年版,第47-117页; E. Herget and S. Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, *Virginia Law Review*, Vol. 73, No. 2, 1987, pp. 399-455.

或技术性规则,然后以“普适”、“中立”和“科学”的名义输往转型国家。

第七,输出者假借“国际”、“世界”之力传播美国法。世界银行和国际货币基金组织在这方面扮演了积极的角色,常常以转型国家进行政治、经济和法律改革作为援助和贷款的先决条件,而美国的经济、政治和法律模式则成为它们推荐的样板。

由上可见,在苏联和东欧等国家的转型时期,美国法输出者抓住了这个等待很久的机会,通过各种方式猎食了这些国家的法治建构和法律改革。当然,参与这场猎食的还有欧洲(主要是欧盟和欧洲发达国家),这让人联想到秃鹫争食动物残骸的场景。相比之下,在西方世界这场法律猎食中,美国是最大的赢家。就美国法全球化总体战略而言,这确实称得上是一次战果辉煌的胜利,至少在短期内是如此。

(四) 新大陆的俄狄浦斯:美国法对欧洲法的反攻

与欧洲法律传统相比,美国法的历史不过短短 200 多年。在这期间,美国法的发展深受欧洲法律理论和实践的影响。在美国法律确立和发展过程中,许多理念和制度都源自欧洲。例如基本权利和自由不可剥夺的自然法理念,分权制衡的原则,菲尔德发起的法典化运动,19 世纪后期流行的法律形式主义,以及 20 世纪初期的社会学法学等,都可以追溯到欧洲法学理论与实践。^⑨ 美国法尽管形成了许多本土特色,并且在宪法等领域还对许多欧洲国家产生过重要影响,但在“二战”之前,对于欧洲^⑩法而言,美国主要是输入者而不是输出者。在这种意义上,欧洲的英国法和大陆法可谓美国法的“母亲”。在欧洲法律之母的孕育和滋养之下,新大陆的“法律之子”在北美土地上不断成长壮大,并呈现出超越“母亲”的发展势头和影响力。自“二战”之后,尤其是自 20 世纪末的经济全球化以来,美国法不再追随和继受欧洲法,而是大规模地反攻欧洲法,甚至使欧洲法出现了“美国化”^⑪的趋势。美国法与欧洲法之间关系的这种转变,让我们联想到古希腊神话中的那个杀父娶母的俄狄浦斯。

美国法对欧洲法律的影响,既涉及理念之维,又涉及制度之维;既涉及公法领域,又涉及私法领域;既涉及司法体制,又涉及法学教育。本部分拟从不同法律领域出发,简要考察美国法对欧洲法的影响。

第一,美国宪法对欧洲产生了影响。在宪法领域,美国宪法是世界第一部现代成文宪法。它自问世以来产生了广泛影响,^⑫其中包括对欧洲一些国家的宪法产生了影响。“二战”之后,美国宪法对欧洲宪法的影响进入了新的历史阶段。

首先,1949 年的德国基本法在理念和制度上都深受美国宪法的影响,例如法治、有限政府以及基本权利和自由等理念,联邦制、分权制衡和司法审查等制度。^⑬

其次,“二战”之后,欧洲各国相继确立了司法审查制度,即通过司法机构审查议会立法和行政立法的合宪性。纵观欧洲的违宪审查制度,主要可分为两种模式,一是德国和意大利等国宪法法院审查模式,称作“奥地利模式”或“欧洲模式”;^⑭二是北欧国家和希腊、瑞士的一般法院审查模式,称为“美国模式”。^⑮如果说美国司法审查制度对前者的影响是间接的,那么对后者的影响则明显是直接的。实际上,这两种模式在功能上逐渐接近。^⑯特别值得关注的是,自 20 世纪 90 年代以来,欧洲司法能动主义和

^⑨ 参见[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈等译,三联书店 1996 年版。

^⑩ 本文前部分已经叙述了美国法对于东欧等欧洲社会主义国家的影响,本部分“欧洲”主要是指欧盟和传统上属于资本主义体系的欧洲国家

^⑪ R. A. Kagan, Globalization and Legal Change: The “Americanization” of European Law? *Regulation & Governance*, 2007, pp. 99–120.

^⑫ 关于美国宪法的世界影响,参见 A. P. Blaustein, The Influence of the United States Constitution Abroad, *Oklahoma City University Law Review*, 1987, No. 3, pp. 435–467.

^⑬ 参见[德]赫尔穆特·施泰因贝格:《美国宪政主义和德国宪法发展》,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈等译,三联书店,1996,第 255–277 页。

^⑭ [法]路易·法沃勒:《欧洲的违宪审查》,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈等译,三联书店,1996,第 30–37 页。

^⑮ 前引^⑫,第 38–44 页。

^⑯ 前引^⑫,第 53 页。

政治司法化的风潮十分强劲,意大利、德国、希腊、西班牙以及葡萄牙等国的宪法法院或普通最高法院,在许多领域日益发挥积极的作用,这些领域主要涉及中央与地方政府权限争议,选举争议,腐败案件,新型犯罪,基本人权,以及消费者权益保护等。法院在权威和影响上颇有压倒议会和行政机构之势,因而有人把当代民主共和国称为“法官共和国”。^⑩与此同时,欧洲法院通过对欧盟法的解释,确立了欧盟法高于成员国法的地位,推动了各成员国对欧盟指令的遵守和执行。欧洲人权法院通过诉讼,为各成员国的个人或组织挑战本国法律乃至国家主权,提供了重要的人权保护机制和救济渠道。这两个法院的司法能动主义进路颇类似美国最高法院的姿态,而各成员国在这个过程中的地位及其与欧盟的关系,也颇类似美国各州与联邦政府的关系。^⑪欧盟成员国出现了诉讼日渐增加的迹象,在20世纪80年代,政府征用土地的决定常常被诉诸法院,在法国的蒙彼利埃和德国的弗莱堡,这方面诉讼的频率和胜诉率与美国康涅狄格州的纽黑文别无二致。^⑫美国学者夏皮罗认为,欧洲司法权威的这种变化是欧洲法“美国化”的结果;^⑬葡萄牙学者桑托斯则认为,欧洲司法能动主义的出现虽然有其内在原因,即主要是对自由主义民主和福利国家模式固有缺陷的回应,但也源于美国主导的经济和法律全球化的压力。^⑭

再次,欧洲的人权发展受到了美国的影响。美国宪法中的前十条修正案即《权利法案》确立了基本权利和自由,禁止包括国会在内的任何个人和机构剥夺这些权利。鉴于德国和意大利法西斯暴政和葡萄牙、西班牙以及希腊独裁政权践踏人权的教训,当代的欧洲各国都把基本人权作为宪政的核心,欧共体及其成员国也通过了体现基本人权的《欧洲人权公约》以及新近的《欧洲宪法条约》,使之成为衡量和检验成员国法律正当性的“高级法”。欧洲把人权宪法化以及把这些宪法权利司法化的做法,明显受到了美国的影响。值得注意的是,英国在宪政领域明确奉行议会至上的原则,对于公民的权利与自由的保护采取不同于美国的进路,但晚近英国宪法的发展也开始受到了美国宪法的影响,在司法审查和言论自由的保护方面尤其明显。^⑮

最后,许多欧洲国家引进了美国的某些宪政体制,如法国第五共和国引进了美国的总统制。^⑯

第二,美国市场管理法对欧洲产生了影响。涉及对市场主体的监管,欧盟(以前为欧共体)各成员国形成了不同于美国的管理风格。在欧洲,管理者被授予广泛的裁量权,管理与被管理者通过非正式的方式解决冲突,而不诉诸司法程序,例如,在英国,流行的模式是管理者与被管理实体之间进行合作;在法国,政府的技术官僚通过管理政策来协调各种问题和冲突;在瑞典和德国,管理者与行业协会等法团主义组织通过谈判来协调利益冲突。^⑰自20世纪80年代中期,欧洲这种非正式的合作型管理体制与经济自由化和欧洲市场一体化发生了冲突。为此,欧盟的“政策制定更多关注华盛顿的模式而不是柏林或巴黎的模式”^⑱,更强调管理过程的开放性和透明性,以及解决冲突的程序化和司法化。这种法条主义的管理模式有助于明确界定管理者与被管理者的权利与义务,有助于各方在发生争议时通过诉讼解决纠纷。在欧洲,不断加剧的经济竞争,企业组织形式趋于多元化,产品与服务市场趋于多样性,传统的基于内部网络和信任关系的非正式管理体制无法适应这种变化,欧盟及其成员国不得不调整管理体制,

^⑩ 前引⑭,第392-395页(新)。

^⑪ 参见[美]罗伯特·卡根:《美国与欧洲法律之路:六个根深蒂固的差异》,高鸿钧译,载[德]沃尔克玛·金斯纳、[意]戴维·奈尔肯编:《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》,高鸿钧译,清华大学出版社2010年版,第57-59页。

^⑫ 前引⑭,59页。

^⑬ M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 1, 1993, pp. 47-50.

^⑭ 前引⑭,第413-418页。

^⑮ 参见B. Caine, *The Influence Abroad of the United States Constitution on Judicial Review and a Bill of Rights*, *Temple Int'l & Comp. L. J.*, Vol. 2, 1988, pp. 59-78; W. J. Brennan(Jr.), *The Worldwide Influence of the United States Constitution as a Charter of Human Rights*, *Nova Law Review*, Vol. 15, 1991, pp. 1-9; I. Loveland, *A Special Relationship? American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, 1995.

^⑯ [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈等译,三联书店1996年版,第2页。

^⑰ D. Kelemen & C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, *International Organization Foundation*, Vol. 58, 2004, p. 112.

^⑱ 前引⑱, p. 112.

开始采取美国的法条主义模式管理财政和金融领域,以细致入微的书面合同防止风险,并开始诉诸司法解决纠纷。迫于竞争的压力,欧盟及其成员国不得不借鉴美国的模式,通过指令和法律把许多行业和领域予以私有化,其中涉及电讯、铁路和运输、健康保险和退休金等领域。^⑩此外,美国律所在帮助欧盟管理机构处理大量法律事务的过程中,暗中推动了欧盟采取美国的市场管理模式。^⑪

第三,美国侵权法对欧洲产生了影响。美国学者弗里德曼在描述和分析美国法律文化时指出,同“权利爆炸”、“诉讼爆炸”并驾齐驱的是“责任爆炸”。所谓“责任爆炸”是指工业化的进程使人们面临更多风险,并可能遭受更多损害。鉴于个人与大型企业在力量上不对称,当代美国法对于大型企业施加了更多的责任,例如生产者对于有缺陷的产品须承担严格责任。^⑫

在欧盟各成员国,根据传统法律,对于有缺陷的产品,原告可以违反合同或侵权为由,根据民法一般原则提起产品责任之诉。只有少数国家承认了过失推定和举证责任倒置原则,在多数国家,原告须承担举证责任,证明被告存有故意或过失。所有欧盟成员国的法律都没有确立严格责任原则。实践中,产品责任的诉讼存在许多障碍,即便原告举证成功,得到的赔偿数额也很低,更得不到美国那样的惩罚性赔偿。另外,在这些国家,社会保障制度十分发达,加之许多国家实行败诉方付费制度,产品责任之诉受到了进一步抑制。^⑬

在这种体制下,许多大企业往往不顾消费者利益,放胆追求利益最大化,制造了许多影响范围广泛的灾难性事件。与此同时,福利负担影响了经济效率,欧盟各成员国不得不降低社会保障水平,而这使得许多产品责任的受害者处于更加不利的地位。为了有效保护消费者的利益,欧共体在20世纪70年代就酝酿引进美国产品责任法。1976年,欧共体发布一项指令,规定在产品存有缺陷的场合,法院可适用严格责任原则。但各成员国担心这种法律会给企业带来过多负担,影响社会保障的财源,因而拒绝实施,将其搁置达10之久。伴随经济自由化的改革,要求保护消费者利益的呼声日益强烈,欧共体于1985年通过了《产品责任法指令》,其中采用了许多美国产品责任法的原则和概念,例如严格责任原则和连带责任概念,以及责任主体的范围和“缺陷”概念。该指令还规定,成员国在产品领域适用严格责任。随后,法国最高法院和德国联邦最高法院对有缺陷的产品适用严格责任,瑞士联邦最高法院亦然。在欧盟及其成员国的实践中,移植的美国产品责任原则和制度并没有产生它们在本土那样的效果。有鉴于此,欧盟对这项指令进行了修改和补充,例如输入了美国的调查规则和市场份额责任制度等。2002年,欧盟委员会提出了一项新的指令草案,旨在改进司法诉求机制,鼓励并帮助消费者个人提起产品责任之诉。^⑭在美国,集团诉讼成为保护消费者利益的重要机制。欧盟产品责任法没有确认美国那样的集团诉讼,但许多成员国却在20世纪末和21世纪初,相继通过立法和判例,引进或借鉴了美国的集团诉讼,其中包括德国、英国、荷兰、瑞典和丹麦等。^⑮此外,美国的医疗事故责任和“知情同意”概念已经被欧洲各国所采用。^⑯

第四,美国商事法对欧洲产生了影响。首先,如前文所述,主要由跨国公司适用的新商人法实际上已被美国化。在这个领域,美国法实际上“变成了共同法,并被许多国家纳入了判例法或成文法中”。^⑰其次,在“二战”之前,商业组织的基本模式是纵向整合,采取封闭的科层制管理,一个企业往往发展成为一个高度一致的巨型舰队,人、财、物集中控制,产、供、销一体化。在两次世界大战期间以及后来的发

^⑩ [美]罗伯特·卡根:《美国与欧洲法律之路:六个根深蒂固的差异》,高鸿钧译,载[德]沃尔克玛·金斯纳、[意]戴维·奈尔肯:《欧洲法律之路——欧洲法律社会学角》,清华大学出版社2010年版,第55-56页。

^⑪ D. Kelemen & C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, *International Organization Foundation*, Vol. 58, 2004, pp. 114-115.

^⑫ [美]弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第229-230页。

^⑬ D. Kelemen & C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, *International Organization Foundation*, Vol. 58, 2004, p. 119.

^⑭ 前引^⑪, p. 120.

^⑮ 关于它们的主要内容及其与美国集团诉讼的异同,参见杨严炎:《群体诉讼研究》,法律出版社2010年版。

^⑯ G. Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 242.

^⑰ M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *Global Legal Studies Journal*, Vol. 1, 1993, pp. 38-39.

展中,西方发达国家的商业组织模式发生了重要变化,从以规模取胜转向以灵活取胜,企业内外的边界开始模糊,纵向的和封闭的科层制实体,被横向的和开放的商业网路所取代,不同企业之间往往只具有个别的和临时的联系,而不具有固定的隶属关系。由此,合资经营、特许经营(franchising)、加工车间(job shop)、专利联营(patent pool)、独立承包(independent contractor)、企业分拆(spin-off)、连锁经营、保理(factoring)、售后回租(leasing)等灵活形式纷纷涌现。这些网络式、临时性和开放性商业组织灵便高效,虽然减少了管理成本,但交易也面临更多风险,为此,商业活动便采取严格而具体的法条主义进路,交易各方在合同中明确规定各自的权利和义务,并在发生争议时倾向于诉诸对抗制诉讼解决纠纷。这种商业组织模式及其相应法律最先出现于美国,欧洲随后引进了这些新型商业组织模式及其相应法律。^⑭最后,面对全球经济竞争的挑战,欧洲开始进行结构调整,由此出现了企业并购风潮,美国的大型律所广泛参与了欧洲企业的并购过程,为它们出谋划策,并处理有关的法律问题。在这个过程中,美国律师往往适用美国法律制度和实践,而欧盟及其成员国则不知不觉地接受了美国的商事法理念和制度。^⑮

第五,美国证券法对欧洲产生了影响。传统上,欧洲证券交易以灵活和非正式管理为特色,交易各方主要基于信任关系。各国政府对证券的管理比较宽松,多数国家并不要求公司在证券发行和交易时披露信息。在20世纪80年代中期,当时欧共体的12个成员国中,7个国家并不要求公司在发行股票时公布招股说明书,9个国家对内幕交易行为不予以处罚。同时,欧洲各国的证券法鼓励以非正式的方式解决纠纷,避免诉诸法院的正式程序。^⑯相比之下,美国的证券管理则显得十分严格。根据有关法律,上市公司必须披露信息。同时,法律禁止内幕交易行为,违反者受到刑事制裁,并通过诉讼方式实施证券管理和纠纷解决。随着欧盟经济一体化和自由化进程的深入,尤其是随着全球化时代资本的自由流动,证券市场的风险急剧增加,投资者的利益亟需得到更有效的保护。从20世纪90年代起,欧盟在借鉴美国证券法的基础上,对传统证券市场管理模式进行了改革。

首先,欧盟委员会通过一系列指令确立了最低标准,它们涉及债券发行、交易以及金融中介机构的的活动,明确要求各成员国的上市公司须详细披露信息。为了增加证券市场的透明度,欧盟在《内部市场一般指令》中提出了一些新的建议。同时,在2000年,欧盟理事会组成了一个“智人委员会”,筹划改进证券管理的过程。欧洲证券委员会(ESC)被授权在欧盟立法基础上制定具体措施,在功能上类似美国证券交易委员会。欧洲证券监管委员会(CESR)由各国证券管理代表组成,负责对欧盟证券委员会提供咨询,并对各国的证券管理进行协调。

其次,为了保护股东和其他投资者的利益,欧盟法律要求,欧洲证券监管委员会的决定应透明和公开,并通过许多补充措施限制监管机构的裁量权,还提倡以正式的司法诉讼解决证券纠纷。欧盟还借助欧洲法院的判决,督促成员国遵守并施行欧盟有关证券管理的指令和规定。在各成员国,通过私人诉讼来实施证券管理的机制也在得到强化。例如,在英国,公司的解体已经导致了股东提起团体诉讼;在法国,少数股东成功地阻止了施耐德电器公司收购罗格朗电器公司;在德国,数以百计的个人股东对误导信息的公司提起了诉讼。^⑰

再次,根据美国法,公司管理者不得利用管理之便获取个人利益,1988年瑞士修改了《刑法典》的161条,把内幕交易列为犯罪。1989年,欧共体理事会颁布了《禁止内幕交易指令》,2003年后,欧盟立法机构又通过立法程序,制定了《禁止内幕交易和市场操纵指令》。上述指令虽然没有适用于成员国的直接效力,需要各成员国将其转化为国内法律,但欧洲法院对它们具有解释权,并负责督促各成员国遵

^⑭ 前引②, pp. 29-40.

^⑮ 前引②, pp. 38-39.

^⑯ G. Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 239; D. Kelemen & C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, *International Organization Foundation*, Vol. 58, 2004, pp. 116-119.

^⑰ 前引②, p. 118.

守和执行它们。在欧盟指令的影响下,德国于1994年7月26日通过了《德国证券交易法》,规定对内幕交易行为施以刑事制裁,可处5年以下监禁或处罚金。^⑫自上述指令发布以来,欧盟成员国法院受理了多起涉及内幕交易行为的案件,并对违法者施以刑事制裁。^⑬

最后,在欧洲证券市场上,美国律所十分活跃。它们为大型企业公开募集资金和并购活动提供咨询。在参与欧盟及其成员国的证券法律事务过程中,美国律师将美国的证券法理念和实践输往欧洲。在他们的影响下,欧盟及其许多成员国接受了美国法的信息披露标准和机构投资者概念;德国晚近关于创业板首次公开募股招股说明书的规定,就很接近美国证券法规则。^⑭

第六,美国诉讼法对欧洲产生了影响。在诉讼法领域,英美法国家采取对抗制,而大陆法国家实行纠问制。这种差异由来已久,在刑事诉讼中尤其显著。如果把这两种刑事诉讼模式进行比较,人们就会发现它们之间至少存有以下重要差异。(1)在英美,当事人在法官面前解决纠纷,被告及其律师与检察官处于平等的地位;在欧陆,检察官代表国家权威指控被告,具有优于被告的地位。(2)在英美诉讼中,法官处于消极地位,并不主动查明事实真相,而当事人处于积极的地位,控辩双方通过“交叉询问”来厘清案件事实,陪审团负责确定“事实真相”;在欧陆,法官处于积极地位,负责查明事实真相,被告的“供认”和当事人之间确认的事实,对于法官只有参考价值,法官可以超越它们,继续调查事实,直到自己满意为止。(3)在英美,当事人之间的平等横向关系反映了个人主义的法律文化;在欧陆,控辩双方不平等的纵向关系反映了国家主义法律文化。在美国,由于刑事案件增多,一种称作“辩诉交易”(plea bargaining,台湾法学界通译为“认罪协商”)的方法应运而生,并广泛用于处理轻微刑事案件,甚至全美90%的刑事案件通过这种方式处理。^⑮所谓辩诉交易,是指被告通过律师与公诉人达成认罪协议,被告通过对一项或多项指控作有罪答辩,避免受到更严重罪名的指控和惩罚,这种协议只要得到法官批准,就发生效力。在对抗制或当事人主义的刑事诉讼模式中,这种做法容易理解,但在纠问制或职权主义的诉讼模式中,控辩双方通过协商和“交易”来处理刑事案件,是对检察官所代表的国家权威的僭越,是对法官审判权的冒犯。根据欧陆法律文化来观察,这种做法意味着对国家利益和社会正义的草率处理,因而显得不可思议。

然而,在一些欧陆国家,随着刑事案件不断增加,许多案件得不到及时审理,审判拖延成为了严重的司法问题。^⑯同时,司法公正的吁求压力不断加大,而程序公正的改革逐渐纳入了议程。自20世纪70年代开始,一些欧陆国家在刑事诉讼中引入了对抗制因素,例如意大利输入了交叉询问,允许控辩双方询问证人,法官扮演消极的角色,从而强化由控辩双方推动诉讼的机制。为了从根本上提高办案效率,德国、意大利和法国分别于1975、1989和1998年引入了美国的辩诉交易机制。当然,它们都对美国的辩诉交易进行了某些改造。在德国,辩诉交易的双方不是控方与被告,而是由主审法官与被告及其律师之间达成协议,法官的决定权很大。相比之下,意大利在刑事诉讼改革方面迈出的步伐更大,1989年的《刑事诉讼法典》尝试改变1791年以来的纠问制程序,除了输入美国的交叉询问等机制,还在该法典的第444—448条规定了辩诉交易。这些规定尽管保留了本国的特色,例如适用辩诉交易的范围很窄,法官在被告承认有罪之后,仍可根据充分的证据做出无罪判决,但意大利的辩诉交易更接近美国模式,例如辩诉交易由检察官与被告达成。出于类似的原因,法国1998年的《刑事诉讼法典》也为控辩双方的

⑫ 王玉杰:《中德反内幕交易罪机制比较研究》:载《金融理论与实践》2009年10期,第99—100页。

⑬ 主力军:《欧盟禁止内幕交易制度的立法实践及启示》:载《政治与法律》2009年第5期,第28—28页。

⑭ G. Wiegand, *The Reception of American Law in Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 238; D. Kelemen & C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, *International Organization Foundation*, Vol. 58, no. 1, 2004, p. 119.

⑮ [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2004年版,第153—154页;也参见[美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,吴懿婷译,台北,商周出版2005年版,第93页。

⑯ D. Nelken, *Comparing Legal Cultures*, in A. Sarat, *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishing Ltd. 作者讨论了意大利的司法拖延问题。

协商留下了余地。根据该法典,在一些案件的正式起诉之前,检察官可以向被告提出建议,若被告认罪并愿意对其行为进行补救,如从事社会服务和赔偿损害等,便可以不对其进行正式起诉。被告如果同意检察官的建议,则把协议交给法官批准,如果被告不同意和拒绝某些条件,检察官则须对其进行正式起诉。^⑫

美国的辩诉交易进入一些欧陆国家之后,侵扰了它们的刑事诉讼模式,挑战了欧陆国家主义的法律文化,并在某种程度上突破了刑事案件与民事案件之间的严格分界。

第七,美国法律教育对欧洲产生了影响。现代欧洲大陆国家的法律教育起源于中世纪后期,并形成了不同于英美国家法律教育的特色。首先,欧陆法学教育的具有学理化导向,例如,在中世纪大学中,罗马法研究和教学中就贯穿着经院主义哲学,^⑬在19世纪德国大学中,法学研究和教学流行的是历史主义和科学主义,当代欧陆各国大学的法学研究和讲授中,仍然具有明显的法律教义学气质。其次,欧陆法律教育旨在阐发、培植和传播法律理想,例如构建欧洲共同法(*ius commune*),建构民族国家秩序,以及推进世界主义等。最后,欧陆法律教育虽然并不排斥法律实务,但希望法律实务者成为主持社会正义的法律侠士,而不应蜕变成自利或为企业家服务的法律商人。相比之下,美国法律教育则具有重视实务的导向,在美国律师协会的主导下,法学院主要成为了“律师加工厂”,而律师则乐于成为法律商人。历史上,欧陆各国对美国的法律教育模式颇不以为然,甚至颇多微词。

然而,自20世纪70年代以来,美国法律教育对欧陆国家产生了影响。以瑞士为例,在1971-1986年间,国家基金资助171人赴外国学习法律,其中88人前往美国;在20世纪80年代,该基金资助103人赴外国学习法律,其中有64人前往美国。据统计,在瑞士国家资助的留学研究生中,其中法学研究生有2/3被派往美国学习。这些学生回国后主要从事商法和宪法领域的法律教学。这导致了瑞士法学院中具有美国留学背景的教师不断增加,例如在伯尔尼大学法学院的16名教师中,其中就有6人曾在美学习过。据估计,在瑞士法学院的教师中,取得美国法学学位的人数很快就会达到50%。^⑭不同法律教育模式不仅传授不同的知识和技术,而且传播不同的法律文化和型塑不同的法律思维。接受美国法律教育的欧洲法律学者,通常会成为美国法的传播者。

第八,美国法律职业模式对欧洲产生了影响。在法律职业领域,美国律师对于欧洲以及全球法律市场的广泛占领,引起了欧洲各国律师的不安。如上所述,英国改变了传统事务律师和出庭律师的严格划分,按照美国的公司律所模式组建了一些大型律所,以便与美国竞争重要的跨国法律业务。德国在美国律所的刺激下重组了自己的律所。瑞士的律所也深受美国的影响,关于苏黎世市律师的一项调查显示:在被调查的261名律师中,有129人在美国学习过,占总数的49%。对年轻律师的职业生涯来说,持有美国法律学位具有明显的优势,据统计,在20世纪90年代初,苏黎世市的年轻知名律师中,持有美国学位者高达60%。在伯尔尼、日内瓦和巴塞尔等大城市,律师的教育背景也呈现了同样趋势。^⑮接受美国法律教育的欧洲律师,常常会向美国律师那样思考,并把他们的知识和技能运用于实践之中,而这自然会强化美国法对欧洲各国法的影响。

二、美国法全球化的背景与动因

上文考察了四种典型,它们虽然不是美国法全球化的全部内容,但可以在很大程度上例证,当今世界出现了美国法全球化的趋势,并可以从不同侧面揭示,美国法全球化具有哪些主要过程、内容和方式。如果以上描述能够达到这样的目的,那么我们就可以围绕这四种典型来,系统分析美国法全球化的主要

^⑫ M. Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, 2004, pp. 1-64.

^⑬ 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第157-182页。

^⑭ G. Wiegand, The Reception of American Law in Europe, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, pp. 231-235.

^⑮ 前引^⑭, p. 234.

背景和动因。

(一) 美国经济地位与美国法全球化

在古代社会,自国家产生之后,围绕不同的文明轴心,世界形成了不同的文明体系,如埃及文明体系、印度文明体系、希腊文明体系、罗马文明体系以及中华文明体系。这些文明体系无论存在多久,影响范围多广,都毕竟是统治世界局部地区的帝国体系,而不是真正的世界体系。在帝国体系时代,多种文明并驾齐驱,任何一种文明无法全面控制世界;在世界体系时代,一种文明主宰了世界。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,把加工制品销往边缘区域,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。^⑩ 这里需要指出两点,第一,尽管世界体系的霸主在变换,但中心区域始终是西方。第二,霸主往往同时存在竞争者和挑战者,例如葡萄牙成为霸主时,西班牙成为竞争者和挑战者,荷兰成为霸主时,英国成为竞争者和挑战者,英国成为霸主时,法国成为竞争者和挑战者,但美国成为霸主之后,便形成了独霸世界的局面,至今没有足够强大的竞争者与挑战者。^⑪

沃勒斯坦对于现代世界体系的论述,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、社会和文化的差异。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。^⑫ 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,思考美国法全球化的趋势。

纵观现代历史,特定国家法律的域外传播或输出,同该国在世界体系中的地位密切关联。葡萄牙、西班牙、荷兰和英国把本国法律输出到世界许多国家和地区,很大程度上是凭借其在该体系中的霸主地位。同样,美国法全球化也很大程度上得益于美国在世界体系中的霸主地位。当然,美国法全球化与其他西方霸主输出法律也有所区别。第一,在殖民主义时代,其他西方霸主公开地把本国法律强加给殖民地,而在后殖民主义时代,美国则采取对外援助法律改革等隐蔽方式输出法律。第二,其他西方霸主的法律输出范围通常限于本国的殖民地或半殖民地,而美国的法律输出则呈现出覆盖全球的态势。

^⑩ [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《现代世界体系》第1-3卷,尤来寅等译,高等教育出版社1998年-2000年版。关于世界体系理论,弗兰克认为在14世纪到18世纪期间,中国是最主要货物输出国,吸引了当时世界生产的白银货币的一半,因而世界体系的重心在亚洲,核心是中国以及印度。参见[德]贡德·弗兰克:《白银资本——重视经济全球化中的东方》,刘北城译,中央编译出版社1998年版。弗兰克重视亚洲的历史地位,并挑战西方流行的欧洲中心论,其出发点和立论虽然可贵,但他在识别世界体系的中心时,以货物和货币流动方向作为主要指标,未免偏颇。自15世纪中叶以来,西方在科技领域突飞猛进,经济体制和政治制度以及价值观念经历了深刻的变革和现代转型,而这一切使得西方具备了作为世界体系中心的物质、制度和精神条件。此外,西方在“地理大发现”过程中,明确具有了世界的整体视野,并有意把世界置于自己的控制之下。相比之下,中国在鸦片战争之前不具有世界视野和影响世界的明确意图。在同欧洲等国的商业往来中,中国占有贸易顺差的优势和聚集较多的白银货币,并不足以表明已经成为了当时世界体系的中心。

^⑪ [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,社会科学文献出版社2001年版,第54页。

^⑫ [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,江苏人民出版社2003年版,第318-319页。

沃勒斯坦认为,美国在世界称霸的黄金时代是1945—1973年,此后其地位开始衰落,甚至成为“强弩之末”。^⑭ 笔者无法同意沃氏这个判断。20世纪80年代末至2008年,美国才处于世界霸主的黄金时代,因为只有到了冷战结束和苏联解体之后,美国才成为世界的惟一超级大国,《华盛顿共识》所体现的美式新自由主义才风靡全球,世界体系才出现了全面资本主义化的趋势,反体系的国家和地区才越来越少,它们日益受到国际社会的孤立。

首先,体现《华盛顿共识》的新自由主义经济全球化,为了避免无序竞争而带来的风险,需要进行全球治理。美国利用各种力量和机制,以全球治理的名义推动美国法全球化。

其次,美国利用国际组织和国际金融机构,对发展中国家施加压力。例如世界银行和国际货币基金组织在向发展中国家提供贷款和援助时,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。^⑮ 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,实际上往往是参照美国的模式进行改革。

再次,20世纪80年代以后,美国率先转向了新自由主义经济,并把经济竞争全球化,这对欧洲的福利国家模式构成了严峻挑战。在这种背景之下,欧盟及其成员国不得不强化市场机制,并引进美国的相关法律理念和制度。

最后,美国利用自己经济霸主的优势,常常通过国内法对其他国家施加经济制裁,如石油禁运,贸易限制等。许多国家出于经济的考虑不得不根据美国法的要求调整本国法,这客观上使得美国法事实上具有了某种程度适用于域外的效力。^⑯

在美国对于拉美国家的法律输出中,为何第一轮采取了较为隐蔽的方式,且具有局部试探的特点,而第二轮则采取了公开的形式,且具有全面攻取的姿态?在新商人法领域,控制权为何从欧陆法学家之手转到了美国律师之手?在20世纪90年代前,苏联和东欧等转型国家法律很少受到美国法的影响,为何此后却沦为了美国法猎食的对象?欧洲曾经是向美国输出法律的基地,为何自20世纪后半叶开始,却不得不接受美国法的影响?凡此种种,虽然存有复杂的原因,但与美国在世界体系中的霸主地位存有直接关联。

(二) 美国的世界政治地位与美国法全球化

与沃勒斯坦不同,哈特和奈格里从政治视角考察和分析了世界体系。他们认为,在全球化时代,当今世界已经形成了金字塔型帝国体制:顶层是美国、当时的七国集团和西方控制下的国际组织或机构;中层是跨国公司和民族国家;底层是以非政府组织为代表的世界公民社会。他们认为,这种全球体制与罗马帝国的混合政体具有同构性,顶层类似罗马帝国的君主制,中层类似罗马帝国的贵族制,底层类似罗马帝国的民主制。^⑰ 他们进一步指出,这种全球体制同罗马帝国政体的同构性并非偶然,而是全球政治秩序美国化的产物,而美国政体恰是罗马政体的现代翻版:总统类似皇帝,参议院类似元老院,而众议院则类似民众大会。换言之,全球政体的帝国化不过是全球政治秩序美国化的产物。相比之下,美国统辖的帝国版图远远超过了当年的罗马帝国疆土。控制全球的美利坚帝国三个中心:政治中心是华盛顿,

^⑭ [美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《地缘政治学、阶级政治学和当前的世界乱局》,载[巴西]特奥托尼奥·多斯·桑托斯等编:《霸权与反霸权:全球化的局限与地区化的进程》,社会科学文献出版社2005年版,第167页。

^⑮ 曾令良、余敏友主编:《全球化时代的国际法——基础、结构与挑战》,武汉大学出版社2005年版,第9—10页。

^⑯ 例如,美国1988年通过的一项法律就旨在“更有效地处理外国公司侵犯美国智慧财产权的问题”,1996年的一项法律强迫其他国家停止与古巴进行贸易往来,并对违反禁令的国家施加制裁。美国国会发现,如果“制订告诉外国该怎么做的法律”,有关国家是“无法抗拒的”。参见[美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,吴懿婷译,台北,商周出版,2005,第618—619页。

^⑰ [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,江苏人民出版社2003年版,第294—301页。

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。它们分别对应于帝国的君主权、贵族权和民主权。^⑭

哈特和奈格里的上述比较和分析显示出敏锐的洞察力和丰富的想象力,在某种程度捕捉到了全球政治秩序受到美国控制的趋势。但他们的描述显然包含了很多夸张成分,因为是否存在所谓“全球性政治秩序”,颇可存疑,即便回答是肯定的,全球政治秩序帝国化的类比也不够严谨,因为美国并没有能够实际控制全球政治秩序。当然,美国也许想要把全球政治秩序美国化,因为这样才与全球经济体系美国化的趋势相一致。但是,正如沃勒斯坦所指出,维持政治霸权的负担过重,会影响经济优势,故而历史上任何世界经济体系的霸主,或者不愿建构世界政治帝国,或者虽有这种野心但实际上无法得逞。^⑮但我们不得不承认。自20世纪90年代以来,在世界政治格局中,美国确实取得了霸权大国的地位。

首先,自“冷战”结束后,美国借助自己的政治实力,宣称《华盛顿共识》是“全球共识”,美国模式的民主、自由和法治是“国际标准”或“普适价值”,美国普通法是全球“共同法”。其他国家拒绝接受这些“全球共识”、“普适价值”和“国际标准”,无疑会面临很大压力,甚至受到制裁。

其次,美国以其政治实力不遗余力地对联合国等国际组织施加影响,迫使其做出对自己有利的决议或采取对自己有利的行动。在无法通过这种方式实现自己目标时,美国便常常抛开联合国和其他国际组织采取单边行动,迫使其他国家屈服或妥协。美国在国际法和国际人权领域也是如此,对自己有利者则予以承认并加以利用,对自己不利者则予以拒绝。美国这种政治强权的地位和姿态,推进了美国法全球化。

再次,在20世纪60年代的美国法律输出中,“反共”的政治目标还比较隐蔽;到了20世纪90年代,美国在对于苏联和东欧等转型国家的法律猎食中,铲除社会主义法系的政治用意已经公开。这种公开的强硬姿态,显然基于美国在“冷战”后“一股独大”的世界政治地位,而这种政治地位的后盾是其“没有对手”的军事实力。

最后,欧洲与美国都属于西方,具有共同文化、宗教和哲学背景。但它们之间也有存有区别,例如欧洲人追寻理想的天堂,美国人看重实力的现实。在卡根称作“天堂与实力”^⑯之间的较量中,美国明显占据了上风。尤其具有讽刺意味的是,大英帝国昔日曾经是北美殖民地的统治者,而现今却沦为美国在国际事务中的跟班。基于这种政治背景和力量的变化,美国法反攻欧洲就不难理解了。

(三) 美国法的世界地位与美国法全球化

如前所述,狭义全球化始于20世纪90年代,伴随经济全球化,出现了法律全球化的趋势。桑托斯在系统研究的基础上,指出了当代全球法的七种类型:(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)保护人类共同遗产的全球公域人类法。^⑰根据他的分类,与一般全球化相一致,法律全球化可以分为四种类型:一是全球化的地方主义(globalized localism),即地方法律得以全球化,而这些“地方法”基本上是世界体系中心区域国家之法;二是地方化的全球主义(localized globalism),在中心区域国家支配下的全球法或跨国法的压力下,即半边缘或边缘区域国家被迫调整当地的法律,接受全球法或跨国法;三是次级世界主义之法,其核心内容是维护被压迫者利益并推动解放诉求的人权;四是保护人类共同遗产(common heritage of humankind)之法,如保护海洋等自然资源、生态环境以及防止人类未来风险等法律。^⑱他进一步指出,在当代世界,前两种法律全球化是主要范式,表现为中心区域国家的

^⑭ 前引⑭,第325-331页。

^⑮ [美]沃勒斯坦:《历史资本主义》,路爱国、丁浩金译,社会科学文献出版社1999年版,第33-34页。

^⑯ [美]罗伯特·卡根:《天堂与实力——世界新秩序下的美国与欧洲》,肖蓉、魏红霞译,新华出版社2004年版。

^⑰ 前引⑭,第240-385页。

^⑱ 前引⑭,第221-385页。

法律流向半边缘或边缘区域国家,或自上而下的全球法律流动,因而是霸权主义的法律全球化;后两种法律全球化是次要范式,表现为自下而上的法律全球化,因而是反霸权主义的全球化。^⑭

桑托斯上述关于法律全球化的分类也许存在某种缺陷,例如根据法律全球化的路径,即自上而下还是自下而上的途径来判断是否属于霸权性质,就失之简单,因为自上而下的法律全球化可能包含许多人类法律共识和普适价值,而自下而上的法律全球化可能夹杂着地方特色的霸权和非理性因素。但是,对于我们思考美国法全球化的背景,他的分类提供了重要的线索和启示。上文所讨论的美国法全球化四种典型,要么属于“全球化的地方主义”,要么属于“地方化的全球化主义”,前者的例子是新商人法的美国化,后者的例子是美国对拉美国家的法律输出。无论属于哪种类型,都是霸权主义的法律全球化。桑托斯根据全球化压力的程度,把法律全球化分为“低强度全球化”与“高强度全球化”。^⑮按照这种分类,欧盟及其成员国接受美国法属于前者,而其他三种类型都属于后者。在法律全球化过程中,美国法全球化之所以能够具有如此重要的地位,除了经济、政治和其他原因,还主要得力于美国法在西方和整个世界法律体系中的突出地位。

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年至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,他所提炼出来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。^⑯

在《普通法世界对大陆理念的继受——1820—1920》一书中,雷曼和沃森等从不同角度考察和分析了1820—1920年间大陆法对英国和美国法的影响。在评论这部著作时,马太明确指出,这100年可分为两个时期,前50年是法国模式占据优势,后50年是德国模式占据优势;法国模式主要是以《法国民法典》为载体的自然法理念,而德国模式主要是德国的法学理论。^⑰在普通法世界,与其他国家相比,美国法的发展更多地受到了大陆法的影响,在19世纪后期和20世纪初期,尤其受到了德国法学的影响。美国首先继受了以萨维尼为代表的历史法学,随后引进了潘德克顿的概念法学及其形式主义的法律科学理念,并借鉴了德国的自由法学和利益法学。^⑱到20世纪20年代,德国法对美国法的影响明显衰退,风向忽转,美国法不再继受欧洲法,而是走向了自主发展的道路,其重要标志是美国的法律现实主义。迨

^⑭ 前引⑭,第225页。

^⑮ 前引⑭,第391页。

^⑯ 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,《清华法治论衡》第12辑,第47—117页。

^⑰ U. Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, pp. 195—218.

^⑱ 参见J. E. Herget, The Influence of German Thought on American Jurisprudence, 1880—1918, in M. Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World—1820—1920*, Dunker & Humblot, 1993, pp. 203—228; S. Riesenfeld, The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States, in M. Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World—1820—1920*, Dunker & Humblot, 1993, pp. 89—98.

至“二战”结束后,美国法在西方世界取得了明显优势,成为西方法律发展的引领者。^⑮

综上所述,笔者指出以下三点。第一,自现代以来,世界法律的传播路径主要表现为西方世界向非西方世界输出法律。第二,在西方法律体系中,处于引领地位的法律模式更容易输出和产生世界性影响。换言之,某国法律能够引领西方法律的发展潮流,就能够在很大程度上引领世界法律发展的潮流。第三,在西方法律的发展中,19世纪20年代至20世纪20年代是欧陆法时代,但此后方向改变,美国法呈现出强劲的发展势头,成为了西方法律发展潮流的引领者。美国法全球化与它在当代西方和世界法律体系中的领导地位密切相关。

(四) 美国法的自身优势与美国法全球化

除了上述原因,美国法全球化还得益于其自身的某些优势。当然,我们无法采用统一的标准来衡量各国法律的优劣。但我们也无法否认,在现代国家中,只要实行市场经济和民主政治,只要存在公民社会和多元文化,就会面临某些共同的问题。实践证明,与其他治理机制相比,实行法治能够更有效地应对这些问题,实现社会的长治久安。历史上,各国往往采取不同的法律理念和制度应对某些共同的问题,经过长期的试验,某些法律理念和制度比其他法律理念和制度显得更行之有效。于是,各国便比较的基础上借鉴其他国家的法律经验,引进其他国家某些成功的法律理念与制度。相比之下,美国在运用法律治理社会和管理国家的过程中,虽然也出现了许多教训,如歧视黑人之法和迫害政治异端之法等,但也积累了许多成功的法律经验,并在许多法律领域形成了优势。笔者以为,美国法的优势主要表现在以下几个方面。

其一,颇具活力的法学理论。在法学理论领域,美国法曾经长期吸取欧洲的法学营养,但自20世纪20年代之后,开始步入自主发展之路,并逐渐形成了法学理论的繁荣景象。根据莱因斯坦的研究,美国法的发展路径主要由法律界“领导集团”所引领。在内战前的第一个阶段,法律界的领导者是司法机构,美国法是法官之法;在内战后至20世纪20年代的工业化阶段,法官蜕变成法律界的平庸之辈,工业和金融巨头的法律顾问成为法律界的领导者,美国法是律师之法;在此后的第三阶段,法学教授的理论创造和实践活动引领了法律的发展,美国法是教授之法。^⑯ 莱因斯坦关于美国法已经成为教授之法的判断未免夸张,但这种判断在一定程度上真实反映了美国法学理论的重要地位和作用。

自20世纪20年代,西方法学理论的中心从欧洲转移到美国,先是庞德创立的社会学法学,继之而起的是法律现实主义。“二战”之后,经济分析法学、新自然法学、批判法学以及女权主义法学和批判种族法学等,在美国相继涌现,并产生了世界性影响。相比之下,欧洲法学领域虽然也有哈特、哈贝马斯和卢曼那样的大师级人物和原创性法学理论,但整体而言,美国法学理论更富有创新的活力。

美国的法律理论不仅呈现出多元并存的趋势,而且表现出明显自我反思和自我批判的意识。法律学者通过对于判例的反思性评论,刺激了美国法官反思实践和改进司法;通过对主流法律意识形态的解构,推动了美国法进行自我超越和重构。这种批判精神以及对批判的宽容,使得美国法学理论形成了很强的内在张力,有助于法学理论不断创新。另外,法律学者通过教授美国“普通法”而不是各州“普通法”,通过参与《法律重述》和编纂法典(包括模范法典),通过自己参与法律实践活动,促进了美国法律的系统化,推动了美国法在多元基础上进行整合。与欧洲各国法学相比,美国法学更注重与其他学科合作,广泛运用社会科学的各种方法,而美国法学院JD的招生模式,使得法学毕业生来自多学科的教育背景,能够从不同角度思考法律问题。因而,在美国,法学与其他学科相结合,形成了许多新兴边缘学科,如法律与社会、法律与经济、法律与性别、法律与种族以及法律与文学等。这些边缘学科挑战、超越和弥补了传统法学的许多缺陷,并推动了法律实践的不断发展和改进。

^⑮ 参见 M. Reimann, A Career in Itself—The German Professoriate as a Model for American Legal Academia, in *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World—1820–1920*, Dunker & Humblot, 1993, pp. 194–197.

^⑯ M. Rheinstein, Leader Groups in American Law, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 38, pp. 687–696.

按照邓肯·肯尼迪的观察和分析,自20世纪后期以来,美国法学思想的主流是权衡利益冲突的政策分析法学和公法新形式主义。这两种法律思想并存,有助于美国法实现灵活性与稳定性的辩证互动:奉行实用主义的工具论,可以使法律具有较大变通和回旋余地;坚持以权利为核心的价值论,可以使法律的发展不丧失原则和根基。社会法学和古典法律思想在美国的这种奇特结合,可兼得两者之长而同时能够避免它们各自的偏颇。

自“二战”之后,美国的法律思潮对欧洲产生了重要影响。其一,就一般法理学而言,美国流行的法律实用主义、法律经济分析方法以及法律社会学的实证研究方法,都对欧洲国家的法学理论研究产生了重要影响。其二,就法理的前沿问题而言,美国争论的许多问题,如基因技术的限制、网络的法律规制以及其他科技领域的前沿问题,也成为欧洲法理讨论的热点问题。其三,美国法的许多法律话语,如“阳光法”、“蓝天法”、“书本之法”、“行动之法”,“知情同意”、“隐私权”以及“性骚扰”等概念,在欧洲也广泛流行。

法学理论比法律制度和法律规则更容易传播,在信息全球化的时代尤其如此。自现代以来,西方主导着世界法律的价值、精神和话语,而这些法律价值、精神和话语主要源自西方法学理论的建构、型塑、发展和变化。因此可以说,在西方世界,某国一旦成为法学理论的引领者,就主导了西方法律的价值、精神和话语,就能够在域外的法律输出中占据优势。因此,美国法全球化与其发达的法学理论存有内在关联。

其二,有效防止独裁的宪政模式。美国的宪政模式最突出的特色是分权制衡、权利和自由至上以及发达的公民社会。

美国的分权制衡体现在诸多维度,一是在联邦政府部门,实行立法、行政和司法三权分立,它们各司其职,同时相互制衡;二是在国会内部,参议院与众议员形成了分权制衡关系;三是在联邦政府与各州政府之间,确立了分权制衡的关系。此外,在选举中、立法中和施政中,多党制的竞争和监督也是权力制衡的重要机制。

美国宪政中的公民权利与自由,主要体现在作为宪法前十条修正案的《权利法案》中。关于公民享有的权利和自由,《权利法案》没有具体列举,而是以“否定式”禁止立法机构剥夺公民的权利和自由。这种宪政模式意味着,公民的权利和自由为他们天生享有,而非由政府授予;这些权利和自由深嵌于宪法中,任何机构和个人都不得改变或剥夺,因而便具有了不可撼动的神圣性。在美国宪法的后来发展中,公民权利和自由在内容和适用范围上得到了延伸和拓展,例如隐私权、知情同意权以及公民不服从权等概念,都最先出现在美国。

美国的公民社会十分发达。实践证明,即便有良好的宪法和完善的政府体制,仍不足以保障公民的个人自由,因此公民需要自我组织起来,其中重要的组织形式是社团。托克维尔在19世纪30年代访美时,就对美国发达的社团印象深刻,并予以赞扬。^⑤今天,社团在美国得到了进一步发展,^⑥强大的公民社会是抵制暴政和保护公民权利和自由的重要堡垒,也是形成各种社会运动的重要基础。

实践证明,与欧陆的宪政模式相比,在防止政治独裁和政府滥用权力方面,美国的宪政模式显得更行之有效。在20世纪,欧陆一些国家为法西斯暴政和独裁统治付出了沉重的代价。相比之下,美国宪政模式经受住了历史的考验,因而对于世界许多国家更有吸引力。

其三,纵横捭阖的司法制度。司法体制虽然属于宪政的重要内容,但由于它在美国法律体系和政治生活中具有独特的地位和作用,值得单独讨论。在西方各国中,英国虽然以司法独立著称,但在2009年之前,最高法院属于上议院的组成部分,司法没有实现结构上的独立。欧陆各国的法院系统虽然形式上具有独立性,但始终无法摆脱科层制的行政官僚气质。相比之下,美国司法系统在结构、功能以及气质

^⑤ 参见[法]托克维尔:《论美国的民主》(下卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第635-636页。

^⑥ [美]弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第100-101、148-150页。

上都显示出更高层次的独立性。就司法机构的地位而言,在实行议会制的欧陆国家,司法机构无法与议会相抗衡;在美国,司法机构与其他两个机构相并列,虽然起初它是“三权”中的“弱者”,但在后来的发展中,它的权力不断扩展,开始对其他两权发挥监督和制衡的作用,其中最重要的制衡机制是司法审查体制。美国法院通过受理宪法性诉讼,不但使得美国宪法中的权利和自由具有可诉性,从而赋予了宪法条文以具体的法律生命,而且确认和发展出许多新型的公民权利和自由,这在沃伦担任美国联邦最高法院首席法官期间尤为突出。^⑤ 实际上,美国进入“权利的时代”^⑥与美国法院在权利和自由领域的司法能动主义具有很大关系。

在美国,司法机构通过诉讼法活动不但发挥了解决纠纷和创制法律的功能,而且还把政治问题转变为法律问题,减轻了立法机构和行政机构的政治压力。现代西方国家的整个治理过程,大体可以分为三个阶段。在自由放任阶段,承担社会治理重任的主要是各国的立法机构,它们通过反映民意的一般法律,致力于实现“同等情况同等对待”的形式理性治理。自19世纪末,市场失灵影响了经济发展,贫富两极分化使得阶级冲突激化,为了矫正自由放任的经济和形式理性法律的弊端,西方(美国稍迟)进入了福利国家阶段,鉴于议会无法担负起繁重的立法任务,行政机构便成为了这个阶段社会治理的主角,通过行政立法和行使行政裁量权等形式,致力于实现“不同情况不同对待”的实质理性治理。后来,行政权的膨胀对民主构成了威胁,招来了广泛的批评,而福利的负担也日益沉重,因而从20世纪60年代末开始,西方开始重新调整航向,一方面采取实用主义的政策分析进路协调各种利益冲突,另一方面倡行公法新自由主义,由此,司法机构从消极转向积极,从幕后走向前台,主动承担起社会治理的重任,通过把政治问题法律化,法律问题司法化,司法问题程序化,试图做到“不同情况不同对待”,“同等情况同等对待”,以程序理性的治理来协调形式理性与实质理性之间的冲突。在司法治理之维,美国具有悠久的历史,并积累了丰富的经验。托克维尔在19世纪30年代访美时,就对美国司法机构在治理社会中所发挥的突出作用印象极深,并预言“在美国,几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题”。^⑦ 伴随着司法能动主义在美国得势,美国司法系统成为了政治风口浪头的弄潮儿,社会冲突的协调者,法律纠纷的裁断人,以及法律发展的主导者。

与政治治理和行政管理相比,司法治理具有以下几个优点,一是司法借助于专业技术性,具有去政治化的效果,有助于减少和弱化政治冲突;二是司法机构的中立性和解决纠纷的程序性,有助于当时人和社会公众对于裁决结果的接受和认可,从而可防止纠纷扩大和冲突激化;三是司法机构通过具体诉讼可以把许多群体之间的冲突分解为不同的单个纠纷,而这有助于防止纠纷群体化和冲突组织化;四是司法机构在解决纠纷的过程中,借助时间的冷却效应,可以缓解当事人和公众的情绪;五是在推进社会和政治改革过程中,诉诸司法判决比通过立法和行政决策更隐蔽,从而有助于减少改革的阻力和对抗。有鉴于此,在无法实行直接民主制或民主参与不充分的现代多元社会,司法治理有助于缓解立法机构和行政机构的政治负担,并可逐渐扩展社会公众对争议问题的宽容度。^⑧ 在这个方面,美国的司法模式具有示范性效应。这样,我们就可以理解,为何当代出现了“司法权的全球扩张”^⑨趋势,为何美国的司法模式产生了全球化性影响。

其四,不断创新的商事法。美国一直具有重商主义倾向,故而总统柯立芝认为,美国的主要事业就是商业。^⑩ 一位美国教授认为,即便柯立芝的断言偏颇,以下一点也是事实:商事法是美国法律中主要

^⑤ 关于美国联邦最高法院在权利发展中的作用,参见[美]莫顿·J. 霍维茨:《沃伦法院对正义的追求》,信春鹰、张志铭译,中国政法大学出版社2003年版。

^⑥ [美]L. 亨金:《权利的时代》,信春鹰等译,知识出版社1997年版,第138-163页。

^⑦ [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第310页。

^⑧ 前引④,第423页。

^⑨ C. N. Tate & T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

^⑩ 前引⑧,第50页。

事业。^⑩与计划经济或统制型经济相比,市场经济更鼓励商业组织模式和经营方式不断改革和创新。与德国式社会主义市场经济相比,英美的自由市场经济更激励企业采取各种形式实现利润最大化;与英国的市场经济发展相比,美国的经济不仅规模更大,而且发展的空间更广,试验的机会和场域也更多。在美国,随着各种经济组织模式和运营方式的出现,与之相应的商事法也率先发展起来,如前文提及的特许经营、保理、售后回租等。

其五,当事人主义的程序法。与大陆国家的程序法相比,美国的程序法在理论上和实践中都表现出不同的特点。在美国的司法中,“正当程序”具有特殊的重要性,程序正义的价值甚至超过了实体正义或实质正义的价值。实际上,程序中心主义已经扩展到美国立法和行政决策过程中。实践证明,与欧陆的究问制或职权主义诉讼相比,寻求程序正义的美国诉讼模式,更有助于发挥当事人的积极性和主动性,更能有效地解决纠纷和保护公民的权利和自由。

其六,高度专业化的法律职业。狭义的法律职业主要是指律师业。与英国和欧陆各国的律师相比,在培养模式、专业化、组织规模、价值取向以及激励机制等方面,美国律师都显示出具有竞争力的优势(参见本文第一部分第二节的相关内容)。

在上文讨论了美国法的一些优势之后,我们应该补充以下几点。

第一,美国法的上述优势是相对于欧陆等现代国家法律而言,对于某些传统社会来说,这些优势也许并不具有借鉴价值。同时,优势并完全不等于优点,而是指它们在西方法律体系中以及在全球法律市场的竞争中,显示出很强的竞争力。美国法全球化无疑得益于这种竞争力。换言之,美国法如果不具有自身的某些优势,即便美国在世界上具有重要的经济和政治地位,它的法律也不会产生如此广泛的全球影响。历史上,许多帝国征服了广大领土,但由于其法律不具有优势,甚至落后于被征服地区的法律,因而在法律上不得不成为被征服者的“俘虏”。

第二,美国法集中体现了美国法律文化的四种基本价值,即个人主义、自由主义、实用主义以及经验主义。当代美国流行的两种主要法律范式就体现了这种内在紧张,公法新形式主义坚持自由主义和个人主义的价值,而政策分析则采取经验主义和实用主义的进路。美国法律文化这种内在冲突,^⑪反映了美国法的价值多元性和内在复杂性。一种内在一致的法律文化也许在逻辑上显得更完美,但往往无法应对现代社会中不同维度的复杂问题。

第三,美国法的一些优势同美国的历史、经济、政治、社会以及文化密切关联。脱离本土背景和环境,可能难以运作或产生扭曲的效果。但是,我们不能由此得出结论说,美国法只是美国的特产,不具有任何超越美国的价值和适用性。我们还应指出,美国的发展和日益强大得益于美国的政治和法律制度,早在美国建国刚刚半个世纪,托克维尔基于他对美国政治和法律制度的考察就断言,美国将必将成为世界强国。^⑫

(五) 接受国家的主要动因

在美国法全球化中,美国是“供方”,美国法输出者是供方法律的“推销者”,美国主导的世界经济体系 and 政治格局,是供方法律得以全球化的“市场环境”,美国法在西方和世界法律体系中的突出地位及其美国法自身的某些优势,是供方法律得以全球化的“品牌效应”。但即使具备了这些要素,如果接受国没有相应的需求,美国法也很难得以全球化。因而“需方”的需求是美国法全球化的重要动因。

第一,发展中国家在实现经济现代化和法律现代化的过程中,急于取得成功,而学习或借鉴世界上“成功”的典型便成为一条捷径。“二战”以来,德国和日本模仿美国法律模式而再度崛起,为其他国家

^⑩ 前引⑧。

^⑪ 关于美国法律文化的内在冲突参见,[法]安托万·加拉蓬:《美国法律文化在全球化中的自相矛盾地位》,陈卫佐译,载[德]沃尔克玛·金斯纳、[意]戴维·奈尔肯编:《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》,清华大学出版社2010年版,第82-103页。

^⑫ 前引⑨,第481页。

提供了成功的典范。许多非西方国家尝试通过模仿或借鉴美国法,促进经济增长,推动政治民主化,增强综合国力,对内改善国民的物质生活条件,对外摆脱在世界体系中的半边缘或边缘地位,从而跻身现代世界强国之列。欧洲国家尝试借鉴美国法成功经验解决国内各种经济、政治和社会问题,并维持在全球的竞争力。

第二,有些发展中国家为了引进外资,获得国际金融机构的贷款或援助,屈从美国或国际金融机构的要求进行法律改革,以便符合美式“结构调整”和“善政”的标准。许多拉美国家仿照美国模式进行司法改革,苏联和东欧等转型国家大规模引进美国法律,很大程度上都是出于这种考量。许多发展中国家容忍设在本国的跨国公司适用美国化的新商人法,也是基于吸引外资、引进先进科技和学习现代管理模式的考量。

第三,有些国家的法律制度运作效果不佳,或无法应对新的问题。它们借鉴或引进美国法律,旨在弥补本国法律的缺陷。例如在许多拉美国家,欧陆法律模式在实践中暴露出许多问题和弊端,引起了社会各界的广泛批评,^⑩因而这些国家希望以美国的法律模式弥补欧陆法律模式的缺陷。德国、法国和意大利引进美国的辩诉交易制度,旨在解决本国刑事案件积压和审判拖延等问题。

第四,有些发展中国家在社会转型过程中,希望博采世界法律之长,尤其关注那些“成功的”和“先进的”的现代法律模式,建构一种新型的法律体制。在这种选择中,美国法自然会落入它们的视野。苏联和东欧等转型国家引进美国法就包括着这种意图。

第五,有些国家引进美国法是出于国内不同经济、政治和社会势力之间的斗争。例如一些拉美国家引进美国法就常常出于政治策略的考量:某些执政者旨在增加自己政权的合法性,甚至运用美式法律工具主义维护独裁统治;某些商业巨头旨在谋求自己利益的最大化;某些法律人则旨在提高自己的地位和待遇。有的学者明确指出,拉美国家的法律移植背后常常隐藏着国内“宫廷斗争”^⑪。实际上,苏联和东欧等转型国家在法律建构和改革过程中,围绕着是否引进美国法或引进哪些美国法,“宫廷斗争”也十分激烈。

由此可见,在美国法全球化过程中,“供方”虽然存有某些共同的动机和目的,但“需方”的动机和目的则多种多样。

美国法全球化除了上述背景和动因,还存在其他许多影响因素,如英语作为“世界语”的影响力以及美元作为“世界货币”的突出地位,都是推动美国法全球化的重要媒介。

三、美国法全球化:反思与评析

美国法全球化不仅具有复杂的背景和动因,还涉及许多重大法理学和比较法学问题,如法律与发展运动、法律现代化理论、法律移植理论以及世界法律体系划分等。本部分拟在前两部分的基础上,反思和评析这些问题。

(一) 美国法全球化与法律与发展运动

法律与发展运动始于20世纪后期,与美国法全球化密切关联。罗德里格兹着眼于拉美国家,把法律与发展运动划分为两个阶段,第一个阶段是20世纪60-70年代美国对于拉美等国的法律援助;第二阶段是20世纪80年代中期至90年代初期全球化背景下的司法改革。^⑫杜鲁贝克与合作者从法律与发展运动自身的历程,将其分为三个阶段,第一个阶段是20世纪50-60年代西方对亚洲、非洲和拉美的

^⑩ 关于拉美法学教育和法律制度所存在问题及其批评参见,J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980.

^⑪ 参见[法]Y. 德兹莱、[美]B. 加斯:《法律与法律制度的输入与输出:国家“宫廷斗争”的国际国际战略》,鲁楠译,载[意]D. 奈尔肯和[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,清华大学出版社2006年版,第307-324页。

^⑫ C. Rodríguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development*, *Beyond Law*, Vol. 7, 2001, pp. 13-42.

法律输出;第二阶段是20世纪80-90年代新自由主义的法律全球化;第三阶段是20世纪90年代至21世纪初改进版新自由主义的法律全球化。^⑩杜鲁贝克自己在另一篇文章中,从西方国家和国际机构从事“法律援助”的不同过程出发,把“二战”后西方世界的法律输出分为两个时期,一是20世纪50-60年代的“法律与发展”时期,二是80年代至21世纪初期“法治”援助时期,他把后者再分为“法治I时段”和“法治II”时段。^⑪牛顿把法律与发展运动分为发起阶段(1960-1974),批判阶段(1974-1985),复兴阶段(1985-1995),以及后复兴阶段(1995-21世纪初)。^⑫戴维·肯尼迪从法律与发展运动背后的经济、政治和法律共识出发,把法律与发展运动分为四个阶段:第一阶段(1945-1970)是“反形式主义的社会法学”;第二阶段(1970-1980)是自由主义的宪政和司法主导的权利与政策之结合;第三阶段(1980-1995)是古典法律思想和个人权利导向的法律形式主义;第四阶段(1995-2005)是自由主义的宪政,其核心是权利、政策和司法。^⑬关于法律与发展运动的上述划分,视角不同,结论也不同。它们各有所长,但都显得过于复杂。笔者以为,法律与发展运动可分为两个阶段:第一个阶段是“二战”结束后至20世纪70年代中期,高峰是20世纪60年代中期至70年代中期,然后进入了反思和批判时期;第二阶段是20世纪80年代至现在,高峰是80年代中期至90年代中期,此后进入了反思和调整时期。第二个阶段在时间上与狭义法律全球化时代相交叠,比第一个阶段涉及的内容更多,范围更广,力度更大,包括西方对苏联和东欧等转型国家的法律输出,而所谓的第三个阶段至今并没有出现,至多正在酝酿和形成过程中。

“二战”结束后出现的法律与发展运动,虽然仍然是西方国家向非西方国家输出法律,但是与此前的法律输出不同,这时,法律输出的主导者不是欧洲而是美国,所输出的主要是美国的法律理念和制度。例如,在第一个阶段,美国把当时国内流行的法律功能主义和工具主义输出到拉美一些国家;在第二阶段,美国则把国内流行的自由主义法律模式输出到世界各地。换言之,美国国内法律潮流的变化决定和控制着法律与发展运动的基本方向。

美国在对拉美国家的法律输出中,第一阶段致力于推行法律工具主义,以取代法律形式主义,^⑭但到了第二阶段,则致力于推行法律形式主义。这看起来前后矛盾。但关键的区别也许在于,拉美流行的欧陆法律形式主义不同于美式法律形式主义,前者体现的古典自由主义,后者体现的是新自由主义;前者突出的是立法至上原则,后者强调的是司法至上原则;前者坚持的是民族国家主权的重要性,后者推动的是《华盛顿共识》的全球化。换言之,在法律与发展运动的第一阶段,美国输出法律工具主义在于冲击拉美的法律形式主义;在第二阶段,美国输出法律形式主义则在于取代那里流行的欧陆版法律形式主义。

在法律与发展运动第一个阶段之后,参与这个运动的美国学者和基金会及时进行了总结和反思,承

^⑩ D. M. Trubek and A. Santos, Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-19.

^⑪ D. M. Trubek, The “Rule of Law”, Political Choices, and Development, in David M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 74-95.

^⑫ S. Newton, The Dialectics of Law and Development, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 174-202.

^⑬ David Kennedy, The “Rule of Law”, Political Choices, and Development, in D. M. Trubek & A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 95-173.

^⑭ 韦伯对于形式法范式的概括反映了欧陆的法律形式主义典型模式:(1)具体案件的判决都是将抽象的法律规则适用于具体事实的过程;(2)法官借助法律逻辑推理能够从抽象的实在法规则出发作出前后一致判决;(3)实在法明确和潜在构成了“完整无缺”的规则体系;(4)凡是未被“建构”成法律的理论、规则或观念都不具有法律的效力;(5)每一种社会行为都受这种法律的调控,且行为者能够感受到自己在遵守、违反或适用法律规则。韦伯认为,这种形式理性的法律具有“自动售货机”的功能。当然,这种设想在实践中很难完全得到实现。参见[德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,台北,远流出版事业股份有限公司2003年版,第31页、357页。

认这个阶段对拉美等国家的法律援助陷入了西方的“种族优越论”泥沼^⑭,步入了“法律帝国主义”的误区,并宣布这场运动彻底失败。^⑮然而,这种忏悔、批判和颠覆的余音未尽,法律与发展运动的第二阶段却以更大规模卷土重来。这看起来也前后矛盾。破解这个谜题的关键也许在于,不同时期美国在世界的地位和实力发生了变化。在第一个阶段,美国虽然占据了主导地位,但主要参与者还是大学法学教授和基金会,当时世界体系主要特点还是“冷战”对峙和主权国家自主发展,因而这个阶段的美国法输出只能以援助发展为名进行局部试验。但“冷战”结束后,世界体系发生了巨大变化,美国地位空前提升,它所主导的经济全球化席卷世界。这对于美国法输出来说,无疑是前所未有的良机。于是美国朝野各界便全然不顾以前的教训,广泛调动政府、民间以及国际组织的力量,全面推进第二个阶段的法律与发展运动。在这个阶段中,美国不仅对拉美众多国家的法律发起了更大规模的进攻,而且还猎食了苏联和东欧等转型国家的法律变革。

在法律与发展运动中,美国法输出者共享几个基本预设。(1)欧陆的法律形式偏重学理性,缺乏实用性,美国实用型法律制度和工具型法律价值,更有助于拉美等发展中国家的经济发展,而改革欧陆法律文化的阿基米德支点在于法律教育;(2)只要经济迅速增长,政治民主和公民权利以及社会公平正义就会随之而来;(3)美国版新自由主义法律模式最有助于经济增长,它的主旨是经济自由化、财产私有化和关系合同化,实现上述目标的关键条件是以司法为核心的法治;(4)美国的经济、政治和社会发展得益于法律的维护和推动,其他国家引进美国法可以产生相同的效果。然而,随着法律与法律运动的深入,上述预设严重受挫,发展中国家引进美国法并没有带来所期待的经济增长,而政治民主、公民自由和社会平等也多都成为了空头支票。

以“法律与发展”名义推行的美国法全球化,为何法律的目标仅仅在于“发展”,而“发展”主要意指“经济增长”的“效率”?“现代世界体系”的视角对于回答这个问题提供了重要的启示。西方在传统社会向现代社会转变的过程中,以目的理性取代了价值理性(或实质理性),^⑯以个人本位的契约取代了团体本位的身份,以机械团结取代了有机团结,^⑰以社会取代了共同体,^⑱以“生产范式”取代了生活范式,或以系统取代了生活世界,以劳动取代了互动,^⑲“脱嵌”^⑳的经济开始凌驾于其他社会关系之上,经济效率成为了衡量社会发展的首要指标,甚至是惟一指标。一国的经济的发展程度,决定着科技和军事发展水平以及综合国力,而这很大程度上决定着它在国际经济体系中的地位和影响力。换言之,在古代帝国体系的竞争中,决定胜败的因素很多,经济落后的游牧社会常常能够征服和统治经济发达的农业社会。但自现代以来,经济是否具有效率则事关一个国家或民族的生死存亡。通过法律与发展运动,美国政府和受其控制的某些国际机构,试图把世界各国拉入美国主导的世界经济体系之中。在这种体系中,美国作为中心国家的“庄家”或霸主,可以利用金融和高科技等优势,通过操控游戏规则和程序,成为全球经济体系中的最大获利者。

基于上述观察和分析,我们可以指出以下几点。第一,法律与发展运动是现代世界体系的组成部分,法律全球化背景下的法律与发展运动,不过是美国主导的现代世界体系中的特殊表现形式。第二,

^⑭ D. M. Trubek and M. Galanter, *Scholars in Self – estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, 1974, pp. 1080 – 1083.

^⑮ 前引^⑭, pp. 1062 – 1102; J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980.

^⑯ 参见[德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,台北,远流出版事业股份有限公司2003年版,第347 – 352页。

^⑰ [法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版。

^⑱ [德]斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆1999年版,54页。

^⑲ [德]于尔根·哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东等译,译林出版社2004年版;J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2 transl. by T. McCarthy, Beacon Press, 1987; [德]哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版。

^⑳ [英]卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版。

法律与发展运动的法律输出带有霸权主义的特征,其中大部分内容体现了美国政府和民间机构的全球经济和法律战略。一些美国学者虽然不无诚意,但是他们的“法律传教士”角色,客观上成为美国法律的国际“推销员”。第三,在法律与发展运动中,“发展”主要被赋予了经济含义,甚至等同于效率,而法律主要功能在于促进经济发展和效率增加,这种偏颇逐渐受到了质疑和批判。第四,发展中国家在无力改变世界体系和国际贸易格局的情况下,接受并参与法律与发展运动是无奈的选择。这种运动虽然产生了许多负面效应,但也产生了一些正面效应,如引进的一些法律理念和制度推动了本国的经济发展和政治治理,也推动了法律制度的改革。

反思法律与发展运动,目的不在于取消这种运动,而在于对这种运动的方向和形式进行重大调整。首先,它不应把法律仅作为发展的工具,而应作为发展的构成内容。其次,发展也不应仅仅意味着经济增长,还应包括政治民主的加强,公民权利和自由的扩大,社会公平正义的增进,以及人的全面发展。再次,主导者不应是以美国为首的西方国家,而应由发展中国家根据自己的需要,自主地借鉴和引进国外法律。最后,发展中国家在借鉴和引进国外法律时,范围也不应局限于美国等西方法律,还应包括非西方国家的法律。实际上,20世纪90年代后期,法律与发展的方向已经出现了上述调整和改进趋势。^⑩

(二)美国法全球化与法律现代化

韦伯系统研究了传统社会向现代社会转型中权威类型的变化。他认为,随着社会生活的理性化,前现代的传统型权威和克里斯玛型权威被法理型权威所取代,因而现代社会不再是神治和人治社会,而是法治社会。在法治社会,法律是最高权威,社会结构、关系和生活全面法律化。在韦伯看来,法律现代化是法律理性化的过程,而社会现代化的过程也是法律化的过程,而这种法律主要是形式理性法律。^⑪ 桑托斯的相关研究也认为,现代社会的两个主要特征就是科学化和法律化。^⑫ 韦伯对现代法律的形式气质存有隐忧,但没有找到替代方案。桑托斯对现代法律的科学化、理性化和国家化气质进行了批评,并提出了参与性民主和居间法制(interlegality)的模式,以便使现代社会从“规制”中“解放”出来。^⑬ 当然,还有许多超越现代社会的理论和试验,但它们迄今为止都没有获得真正的成功。

总之,随着科学主义和理性主义的胜利,传统社会的“神治”丧失了根基;现代化导致了社会生活和价值多元化,城市化导致了人际关系陌生化,这使得德治既缺乏统一的标准又显得软弱乏力;专制的教训和民主的诉求使得人治难以长久立足。于是,现代社会都不期而然地选择了法治,自“冷战”结束后,这种趋势更加明显。实行法治意味着社会结构、关系和生活法律化。从这个意义上讲,法律全球化的过程也是全球法律化的过程。美国法输出者利用法律全球化的过程,通过输出自己的法治模式,试图把法律全球化变成美国法全球化,把全球法律化变成全球法律美国化。

如上所述,美国在对拉美的第一轮法律输出中,试图从法律教育入手,最终旨在从价值、内容和形式上改变那些国家的法治模式,从而使它们接受美国的法治模式。在第二轮法律与发展运动中,美国向拉美地区以及其他地区输出法治模式的意向毫不掩饰。美国法的输出者宣称,法治不具有政治属性,它是市场经济运作的必要架构和环境,法治与市场经济的结合可以带来所期望的经济发展。为此,世界银行作为输出美国法律的国际机构,从1993年到2004年,总共投入38亿美元,支持法治项目330个,以法律和司法改革为核心,涉及国家达到100个。^⑭ 这些项目中有些是从宏观上建构法治,有些是从微观上推动法治,主要切入点是司法改革,最终目标是把美国法治模式全球化。有关研究揭示,世界银行在

^⑩ 参见 D. M. Trubek and A. Santos, Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, pp. 7-13.

^⑪ 前引,第31、47-52页。

^⑫ 前引^⑪,第1-24页。

^⑬ 前引^⑪,pp. 530-603.

^⑭ A. Santos, The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, p. 253 (footnote(1)).

全球推行的法治项目过程中,所涉及的法治概念主要有四种。一是韦伯的法治概念,强调官方和个人行为都遵守法律规则,突出法律的形式性,不问法律的内容和价值;二是戴雪的法治概念,强调法律的至上性、适用平等性以及通过司法保护公民权利;三是哈耶克的法治概念,重视保护财产权与交易安全的法律,为自由市场经济及提供架构;四是阿玛蒂亚·森的法治概念,认为法律作为发展的构成要件,可以保护人们权利和自由,增进人们行使权利和自由的能力,主张法律本身就是目的,而不是工具和手段。^⑩我们不难发现,在上述法治概念中,韦伯的法治观反映了古典自由主义的命意,哈耶克的法治观体现了新自由主义的律令,戴雪的法治观凸显了英美法治的特色,也属于自由主义的范围,而阿玛蒂亚·森的法治观在很大程度上矫正和超越了自由主义的法治范畴。只有到1999年之后的“综合发展”时期,即新自由主义经济和法律全球化严重受挫之后,阿玛蒂亚·森的法治观才真正受到重视,并影响着法律与发展运动的最新方向。^⑪在此前的“结构调整”时期(1980-1990)和“全球治理”时期(1990-1999),世界银行所推行的法治模式主要是美国模式的新自由主义法治。

如果我们深入观察就会发现,美国法治模式全球化的背后隐藏着某些简单的逻辑:(1)社会的演进路径是由低级阶段走向高级阶段,现代社会是人类社会的高级阶段;(2)法治是现代社会的根本治道,社会现代化得益于法律现代化,而法治则是法律现代化的最高形式;(3)西方的法治模式是现代法治的典范,适用于所有现代社会;(4)在西方法治的发展中,美国法治模式显示出了更大优势,因而这种法治模式应该全球化。这些逻辑显然存在严重问题。

首先,人类社会的演进虽是不争的事实,但不同文明的演进路线并非注定从低级阶段走向高级阶段,例如,玛雅文明突然消失,埃及文明却被伊斯兰文明所覆盖,而西方文明经历了古希腊和古罗马的辉煌之后,却进入了黑暗的中世纪。无数事实表明,文明的演进和历史发展过程具有不确定性,线性进化论是一种虚假的必然性。西方文明由于各种因素的作用,从传统社会率先进入了现代社会,然后逼迫其他文明改弦易辙,进入现代化的轨道。换言之,如果没有西方的强迫和压力,非西方社会并不必然进入现代社会,它们的法律虽然会发展变化,但也并不必然经历现代化的激变。总体而言,现代社会虽然革除和纠正了传统社会的许多弊端,如公开的等级特权、神明裁判以及酷刑峻法等,但它的许多美好承诺并没有兑现,反而却引发了诸多“现代性”问题,如物质主义所导致的金钱拜物教,过度开发所导致的生态恶化,价值混乱所导致的意义丧失。因此,现代社会并不代表人类社会发展的最高阶段,福山所谓历史“终结”^⑫的断言过于绝对,明显带有西方中心主义的色彩。

其次,非西方国家的人民也可能向往现代社会,并希求自己社会实现现代化。但即便如此,由于历史、文化和社会情境不同,现代化模式也会多种多样,而不应只选择西方或其中的美国模式。同样,美国的法治理念和制度应对的是美国的经济、政治和文化问题,发展中国家常常面临不同的情境和问题。在现代世界和民族国家治理中,中心国家呈现出“外强内强”的格局,而边缘国家则面对的是“外弱内弱”的处境,^⑬在这种情况下,边缘国家推行美式“小政府、大社会”的法治模式,无疑会加剧其“外弱内弱”的情势。

最后,非西方国家在实现法律现代化的过程中,如果需要借鉴和引进美国法律,应根据本国的情境进行深度比较、充分论证和审慎选择,而不是被迫接受美国法;这些国家在借鉴和引进外国法律的过程中,如果需要美国官方或民间组织以及国际机构提供帮助,帮助者应根据这些国家的需要,以平等对话和互动协商的方式,就有关法律知识、技术和理论提供咨询,而不应以“法律传教士”的姿态向这些国家灌输“法律福音”,迫使这些国家敬拜美国的“法律自由女神”。

^⑩ 前引^⑨, pp. 256-266.

^⑪ 前引^⑨, pp. 266-277.

^⑫ [美] 弗朗西斯·福山:《历史终结及最后之人》,黄胜强、许铭原译,中国社会科学出版社2003年版。

^⑬ 前引^⑭,第82页。

但我们也必须指出以下几点。首先,现代化理论认为发展中国家的贫穷和落后是由于内部原因,因而特别重视国内现代经济、政治和文化体制的建构,而对国外环境关注不足。相反,世界体系理论和倚赖理论^⑩则认为,发展中国家的贫穷和落后是不合理和不公正世界经济体系的产物,而这源于西方殖民主义的历史和后殖民主义的世界体系,因此,后发国家无论怎样努力都没有希望。实际上,坚持“内因决定论”的现代化理论过于乐观,而奉行“外因决定论”的世界体系和倚赖理论则过于悲观,两者都有失偏颇。现代历史的大量经验和教训表明,发展中国家如果想要摆脱在世界体系中的不利地位,走向繁荣富强,理性的选择在于,一方面吁求和推动现代世界经济体系和政治格局的改变,另一方面应进行自身的现代化努力。与此同时,发展中国家要想实现法律现代化,就不应拒斥包括西方在内的法律智慧和经验,因为在封闭状态下进行的法律现代化尝试,至今没有成功的先例。

在此,非西方国家应对美国法的输出者以及各种理论家心存警惕。例如,在第一轮法律与发展运动中,一些美国法输出者不遗余力地输出美国法,但随后他们开始解构这种输出,甚至颠覆法律与发展运动,宣布这种输出陷入了西方“种族优越论”和“法律帝国主义”,彻底失败,法律具有不可移植性。首先,20世纪70年代中期,美国出现了质疑和颠覆法治的批判法学思潮,这些美国法输出者从美国自身问题出发来判断法律与发展运动,而没有顾及发展中国家在法律现代化过程中借鉴和移植西方法律的需要。其次,在拉美的法律与发展运动不过短短10年,美国法输出者宣布该运动彻底失败显然过于匆忙。他们虽然认识到,敦促并指导拉美国家“必须移输入美国法”,是一种“种族优越论”或“法律帝国主义”,但是没有意识到,自己代替拉美国家宣布“不该输入美国法”,则陷入了另一种“种族优越论”或“法律帝国主义”。

实际上,现代世界体系本身也有薄弱环节和可以利用的一些机制,而发展中国家也有某些“后发优势”。在国际和全球层面,发展中国家可以利用国际人权理念和保护机制,反对美国霸权主义的人权战略;利用国际公民社会的道义力量,抵制霸权主义的美国法全球化。发展中国家甚至可以利用霸权工具反对霸权行径,^⑪例如利用世界贸易组织等多边争端解决机制反制美国在国际贸易领域的霸权行为,利用美国视为利器的知识产权保护机制,保护本土品牌和珍惜生物品种,利用西方流行的“民主自由主义”推动民主、自由和世界主义价值的实现^⑫。在国内层面,发展中国家审慎地借鉴和自主地引进美国等西方国家的法律,有助于推进本国的法律现代化进程。合理地运用现代法律有助于推动经济、政治和社会的协调发展,进而有助于提升自己的国际地位和在世界体系中拥有更多话语权。在这个方面,过去成功的例子是日本和亚洲“四小龙”,目前的典范是正在崛起的包括中国在内的“金砖四国”。因此,发展中国家面临双重任务,一方面是在国际上挑战和改变西方所操控的世界经济体系 and 政治秩序,另一方面是推进本国经济、政治和法律的现代化。前者集中体现为反对霸权主义,后者集中体现为反对专制主义。

其次,不同国家历史和文化不同,进入现代社会的路径不同,法律传统和文化不同,当代面临的许多问题也不同,因而在法律现代化过程中,照搬美国等西方国家的法律,非但不会带来所期望的结果,反而会造成许多混乱。与此同时,所有现代社会都会面临许多共同的问题,借鉴美国等西方国家法律现代化的经验和教训,发展中国家的法律现代化就可能少走弯路,减少代价。实际上,包括美国法在内的西方法律中包含着许多精华,如民主、自由和人权等理念,它们虽然产自西方,但并非西方的特产,是人类共同的法律财富。因此,发展中国家的法律现代化面临双重任务,既要反对媚外的法律普适主义,又要反对排外的法律民族主义。

最后,不同的社会发展阶段和不同的文明类型,各有其行之有效的治理机制,试图把现代法治强加

^⑩ B. Z. Tamanaha, *The Lessons of Law – and – Development Studies*, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, p. 484.

^⑪ 前引⑩,第570–572页。

^⑫ 前引⑩,第579页。

于世界各个国家或民族,必然会招致失败,例如,美国迄今为止都没有能够迫使本国的印第安人皈依其“先进”法治。与此同时,对于现代社会的治理,法律虽然并非万能,且确立了现代法治也并非就等于实现了社会现代化,但没有现代法治,社会的现代化也难以实现和长久维系。因此,发展中国家的现代化过程面临双重任务,一方面是防止法治万能论,另一方面是避免法治无用论。

总之,非西方发展中国家的法律现代化欲获成功,至少需要三重重构:一是对本国的法律传统进行重构,二是对本国的法律现实进行重构,三是对西方法律理念和制度进行重构。这种重构是指在深度反思、具体辨析和整体把握的基础上,对古今内外的法律义理、法律制度和法律文化进行筛选、加工、升华和整合,从而形成本国的法治模式。这种法治应既具有本国传统的血脉根基,又具有现代的精神气质;既能体现本国独特的法律智慧,又能包容人类普适法律价值;既能切合本国社会的发展需要,又能为人类法律文明和世界和平做出重要的贡献。只有同时在上述几个维度和方向共同努力,现代世界体系中半边缘和边缘国家才可能改变“外弱内弱”的处境,从而走向“外强内强”之路。

(三) 美国法全球化与法律移植

美国法全球化是全球范围对美国法的移植。这种法律移植与传统法律移植既有诸多相同之处,又有许多独特之处。因而,从法律移植的角度分析美国法全球化的形式和后果,可以补充和发展传统的法律移植理论。

从发生学的角度,“法律移植”的概念主要是受到植物学和医学移植的启示,作为一种隐喻而用于法学领域。^{①9} 实际上,以隐喻的形式来描述法律“迁移”或“位移”现象的词语很多,比较流行的有三类隐喻。第一类是“机械的”隐喻,常用的词语有“输出”、“输入”、“流通”、“传播”以及“强加”等。这种隐喻主要反映了工具主义的法律观。第二类是有机的隐喻,常用的词语有“移植”、“嫁接”、“病菌”、“感染”、“刺激”等。这种隐喻主要反映了功能主义的法律观。第三类是语言方面的隐喻,常用的词语有“转译”、“沟通”、“叙述”等。这种隐喻主要反映了文化传播视角的法律观。^{②0} 运用哪种隐喻不仅取决于研究者的个人偏好和表述习惯,而且取决于他们关注的对象和研究的目标。

本文在考察美国法全球化中所涉及的四种典型,虽然都属于法律移植的一般范畴,但由于它们在形式、强度和策略上存有差异,因而呈现为不同类型的法律移植。拉美国家移植美国法,类似把美国法作为“商品”进口到本国,属于输入型法律移植^{②1};全球化时代的新商人法被美国法取代,如同美元取代其他货币而在全球流通,这种法律移植属于流通型法律移植;苏联和东欧等转型国家在很短时间内大规模移植美国法的过程中,匆忙把美国的许多法律内容翻成本国的法律语言,因而可称之为转译型法律移植;欧盟及其成员国在经济全球化的压力下引进美国法,激扰了原来的法律制度和法律文化,这种法律移植属于刺激型^{②2}法律移植。如果按照桑托斯关于法律全球化的分类,刺激型法律移植属于低强度的全球化,因为欧洲在移植美国法时,承受的压力毕竟较小。在其他几种类型法律移植中,除了拉美国家在第一轮法律与发展运动中移植美国法之外,都是高强度全球化的产物。^{②3} 流通型法律移植是美国特色法律的全球化,属于全球化的地方主义。其他几种类型法律移植,既具有明显的美国特色,又都在不同程度上假借“全球治理”、“国际标准”以及“普适价值”的名义,并得到了国际机构的支持和援助,因

^{①9} 据考证,“移植”一词在西方可追溯至1440年,是指将一株植物从一个地方移到另一个地方,1756年开始正式用于植物学中,多意指将苗木转移地点,栽植到别处。这个词语自1555年用于意指人的移动,自1813年用于意指民族迁徙,自1786年用于意指外科手术中的人体器官转移。参见[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧译,清华大学出版社2006年版,第24页注(1)。

^{②0} 前引^{①9},第22-28页。

^{②1} 关于法律输入和输出的概念,参见Y. 德兹莱、B. 加思:《法律与法律制度的输入与输出:国家“宫廷斗争”的国际战略》,鲁楠译,载[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,清华大学出版社2006年版,第307-324页。

^{②2} 关于“法律刺激”概念的含义,参见[德]贡特·托依布纳:《法律刺激:英国法的诚信条款或统一之法如何止于趋异》,马剑银译,《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第314-354页。

^{②3} 前引^{②2},第391-420页。

而属于全球化的地方主义与地方化的全球主义之混合。

与传统法律移植相比,美国法全球化过程中的法律移植具有不同的特点。首先,西方列强在殖民主义的法律扩展过程中,曾经将其法律大规模地移植到世界各地,但从规模上看,它们对世界“法律市场”的占领毕竟局限于某个(些)区域,从来没有达到美国法全球化那样的广度。其次,美国化的新商人法如同候鸟一样在全球漫游,几乎不受民族国家的主权和领土限制,这样的法律移植是一种新型法律移植,完全是法律全球化时代的产物。最后,以“全球治理”名义的美国法全球化,也不同于民族国家时代的法律移植,属于法律移植的新类型。刺激型法律移植虽然符合民族国家时代法律移植的特征,但毕竟受到了经济全球化和法律全球化的影响。

从法律移植的角度看,美国法全球化存在许多冲突,归结起来,它们主要表现为以下几点。

第一,美国法与接受国法存有冲突。在拉美国家,这种冲突表现为两个维度,一是美国法与此前引进的欧陆法之间的冲突,二是美国法与当地原住民法之间的冲突。在苏联和东欧等转型国家,这种冲突也表现为两个维度,一是美国法与社会主义法之间的冲突,二是美国法与这些国家延续下来的欧陆法传统之间的冲突。在欧陆各国,这种冲突主要表现在英美法与大陆法的理念、制度和风格之间的冲突。

第二,美国利益与接受国利益存有冲突。拉美一些国家采用新自由主义的思路,开放市场并移植美国的有关法律,意在改变进口替代工业化的困局,通过出口型经济和贸易,实现经济迅速发展。美国向拉美输出新自由主义的经济和法律,其主要目的是把这些国家纳入自己主导的全球经济体系和国际格局之中,从而更有利于本国的经济利益。苏联和东欧等转型国家移植美国法律,旨在重建本国的新型法律制度,从而实现经济繁荣,政治安定,社会协调发展。美国向这些国家输出法律的目标则主要在于占领新型法律市场,并通过法律输出来控制这些国家的法律价值和话语。哥伦比亚政府移植美国的刑事法律制度,旨在打击犯罪和维护社会秩序。美国“帮助”哥伦比亚改革刑事司法制度旨在打击贩毒活动,防止毒品流入美国。

第三,输出者目标与接受者需求存有冲突。在全球化过程中,美国法输出者强调新自由主义的“小政府,大社会”模式,但许多非西方国家没有发展起来强大的公民社会,因而弱化政府的管理职能则会导致混乱,例如俄罗斯在政府放松控制之后,黑手党活动十分猖獗;许多发展中国家在采用放任市场模式之后,出现了竞争失序状态。以下一个故事更能鲜明地反映出,法律移植的“供方”与“需方”之间差异如何之大:一个美国法律代表团在访问蒙古时,把美国证券法的材料送给主人。主人感谢之余,希望代表团回国后寄送更多这种单面复印材料,因为他们要用这些材料的空白背面解决本国纸张短缺问题!^⑨

第四,移植法律的理想与实践之间存有冲突。美国及其国际机构更多关注的是接受国是否具有了美国法的制度形式和规则文本,而很少关注这些制度和文本实践的运作效果。结果,输入的许多美国法理念和制度都难以变成行动之法。有时,移植的法律竟出现与初衷相违的结果。例如,在第一轮法律与发展运动中,拉美移植美国的法律职业虽然取得了成功,但这种成功却与初衷相违。拉美一些按照美国职业模式从业的律师利用自己的知识和技能,谋求个人利益,甚至沦为本国和外国资本家的“律师买办”(lawyer comprador),^⑩而不是在政府事务和社会公益活动中发挥积极作用。再如,拉美一些国家移植美国的工具主义法学理论,本来旨在缓解形式主义的僵化,却被政治强权和独裁政府所利用,压制民主和践踏人权,以致后来又导致了法律形式主义的反弹。^⑪苏联和东欧等转型国家引进了美式总统制,旨在使之发挥美国总统那样的职能,但由于缺乏与之相应的传统和权力制衡体制,以致出现了“总统专

^⑨ J. DeLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 20, 1999, p. 180.

^⑩ Y. Dezalay & B. G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economics, and the Contest to Transform Latin American States*, The University of Chicago Press, 2002, pp. 198-219.

^⑪ J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, The University of Wisconsin Press, 1980.

政”的局面。

第五,美国法律输出者内部存有冲突。在美国向拉美的法律输出中,输出者的动机并不一致,许多美国学者真诚地参与法律与发展运动,希望非西方国家通过移植美国法而实现法律现代化,但美国政府则很大程度出于战略性考虑,更多关注的是如何使法律输出有利于美国的利益。

第六,输出者自身前后存有冲突。加兰特和杜鲁贝克先是参与了第一轮法律与发展运动,随后进行反思和颠覆这种运动,宣布该运动是西方“种族优越论”的表现;加德纳作为美国福特基金会的项目官员,负责在拉美国家实施第一轮法律与发展运动,但在该运动受挫之后,他反戈一击,回头清算这场运动,宣称它是“法律帝国主义”的行径。美国法输出者这种“自我分裂”^⑩实际上反映出法律移植的某种困境。美国政府在输出法律时,宣称是为了帮助发展中国家改进法律,从而推动其经济快速发展,但是当一些发展中国家真正出现了快速发展态势,对美国的经济和政治地位构成某种竞争时,美国政府则开始对它们进行抑制甚至围堵。

第七,移植的话语策略与移植的真实内容存有冲突。美国法输出者在输出美国的法治模式、司法体制和法律制度时,往往宣称它们是法律“科学”或“法律工程技术”,不具有政治属性;或者宣称它们是“国际惯例”、“一般标准”或“普适价值”。实际上,这些法律的理念和制度许多都具有政治属性和美国特征。

第八,接受国精英集团和普通民众的需求存有冲突。许多发展中国家在移植美国法的过程中,精英集团和普通民众常常具有不同的目标,前者旨在通过法律移植增加权力的合法性和控制社会的能力,而后者则希望通过法律移植控制政府权力和保护自己的利益。

在此,我们有必要指出以下几点。首先,美国法全球化过程中的法律移植虽然存有上述冲突,但并非意味着这些法律移植完全失败。在法律与发展运动第一阶段,美国法的输出者从法律移植的乐观论出发,认为美国法移植到拉美国家可以产生预期效果。^⑪这种法律移植乐观论受到沃森的影响。他认为法律具有独立于社会情境的自治性,因而具有可移植性,并援引许多法律史的材料,例证这一观点。^⑫在第一轮法律与发展运动遭受挫折之后,美国法输出者开始反思并批判法律移植乐观论,然后转向了法律移植悲观论。^⑬这种悲观论曾经由孟德斯鸠和萨维尼所表达。他们认为法律是特定民族情境的产物和独特民族精神的镜像,因而法律具有不可移植性。^⑭当代法国学者罗格朗从文化之维表达了类似观点,认为法律规则由词语形式和内在意义两个要素构成,规则的词语形式可以移植,但规则的内在意义是特定文化的产物,不可移植,因为规则离开意义之维就不成其为规则。在他看来,规则一旦移植到新的情境,其目标、价值和效果都会发生变化,法律移植注定失败。^⑮值得注意的是,美国学者赛德曼夫妇作为美国法的输出者,以自己在非洲从事法移植的亲身经历,认为任何被移植的法律都不能取得

^⑩ D. M. Trubek and M. Galanter, *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, 1974.

^⑪ 美]D. 杜鲁贝克:《论当代美国的法律与法治研究运动》(上、下),王力威译,载《比较法研究》1990年第2期,第48-50页。

^⑫ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 2nd ed., 1983.

^⑬ D. M. Trubek and M. Galanter, *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, 1974; B. Z. Tamanaha, *The Lessons of Law - and - Development Studies*, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, pp. 473-475.

^⑭ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,商务印书馆1982年版,第6页;许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版。

^⑮ [法]P. 罗格朗:《何谓“法律移植”》,马剑银译,载[意]D. 奈尔肯和[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第312页。第75-94页。

在母国那样的效果,因而法律不具有可移植性,并明确提出了法律不可移植的“规律”。^{②⑨} 笔者以为,美国法律输出者从法律移植乐观论滑入悲观论,是从一个极端走向了另一个极端,都失之简单和偏颇。现代社会的法律既不完全具有脱离具体社会情境的自治性,可以轻松移植,也不完全与社会和文化情境密不可分,绝对不可移植。^{③⑨}

其次,某些学者以是否成功来判断法律是否可以移植,也存在严重问题。何谓“成功”从来就没有统一标准,如果认为成功的标准是被移植的法律取得了在母国那样的效果,就显得过于绝对,因为法律的效果在母国也会因不同时空而发生变异。在历史上,东亚诸国所移植的中国古代法律,在不同情境中无疑发生了变异,英国法律被移植到北美、澳大利亚和新西兰以及中国的香港地区,也发生了变异,德国法和美国法被移植到日本更发生了变异,但没有人认为上述法律移植不成功。移植之法律需要一定的时间来适应新的社会环境,因而法律移植是否成功也取决于时间因素,短期看似成功的法律移植,从长期看可能并不成功;反之亦然。另外,判断法律移植是否成功还取决于人们的立场和观察角度:拥护者认为是成功的法律移植,反对者则可能认为是失败的法律移植;从文本或制度看是成功的法律移植,从实效看可能是失败的法律移植;^{④⑨}从功能视角看是成功的法律移植,从意义视角看可能是失败的法律移植。在本文所涉及的美国法全球化的四种典型中,全球商人法的美国化无疑是成功的法律移植,至少到目前为止是这样。其他三种类型的法律移植虽然遇到了许多挫折,并且引起许多冲突,但是目前断定它们成功或失败都为时过早,真实的情形也许是部分成功,部分失败,但这需要时间和实践来最终证明。

再次,美国法全球化过程中的法律移植表明,在其他情况相同或相似时,法律移植的难易程度主要取决于以下变量。(1)因不同法律领域而有别:私法易于公法,私法中商事法律易于民事法律;在公法领域,技术性法律易于政治性法律,行政法易于宪法。(2)因不同名义而有别:以“普遍原则”或“国际标准”名义的法律移植,易于以某国名义进行的法律移植,借助国际机构推动的法律移植,易于一国单独推进的法律移植;(3)因主动和被动而有别:接受国主动参与的法律移植,易于被迫接受的法律移植;(4)因是否考虑当地情境和需要而有别:考量当地情境和需要的法律移植,易于不顾当地情境和需要的法律移植;(5)因法律体制和法律文化不同而有别:两个国家或地区法律体制和法律文化越接近,法律移植越容易,反之就越难;(6)因不同文化和发展阶段而有别:两个国家或地区的文化和发展阶段越相近,法律移植越容易,反之就越难;(7)因经济和政治体制以及意识形态不同而有别:两个国家或地区的经济和政治和意识形态越相近,法律移植越容易,反之就越难;(8)因国际背景不同而有别:借助全球化背景推进的法律移植,易于没有这种背景的法律移植。在上述概括中,有些例证了传统法律移植理论,有些则发展了传统法律移植理论。

最后,基于上述分析,我们应努力做出以下区别:(1)反对美国法霸权主义的全球化,但不应简单反对各国自主地借鉴和移植美国法律;(2)反对美化美国法,但不应否认美国法中某些理念和制度的合理性和有效性;(3)避免法律移植乐观论,但同时应防止陷入法律移植悲观论;(4)反对把美国法包装成“普遍原则”或“国际标准”,但并不应认为美国法完全是“地方特产”,对于其他国家毫无借鉴或移植价值。

^{②⑨} [美]安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社2006年版,第52页;[美]安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:《评深圳移植香港法律建议》,赵庆培译,载《比较法研究》1989年第3期,第5-6页。

^{③⑨} 法律是否可以移植以及移植的难易度,因不同社会类型而异,具体论述参见高鸿钧:《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年第4期。

^{④⑨} 关于何谓的法律移植,系统讨论参见[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社,2006年版,第52-74页。

(四) 美国法全球化与世界法系格局

在人类历史上,初民社会的法律主要是自发习惯法,各个氏族或部落都有自己的习惯法。那时,它们还没有从其他社会现象中分化出来,因而法律如同分布在天空中正在聚合的星云。自国家产生之后,各国都形成了自己的法律制度,这些法律虽然同宗教、政治和习俗密切关联,但毕竟具有了半独立的性质。此时,分布在世界的各国法律,如同分布在天空中独立运行的星球。

在后来的发展中,一些国家征服了广大领土,并发展成为庞大的帝国。围绕着几个帝国,世界形成了几种主要法律文明,其中影响最大的是中华法律文明、印度法律文明、希腊法律文明、罗马法文明以及伊斯兰法律文明。这些法律文明的主要特点是:(1)以帝国的首都为中心,法律适用于整个帝国的领土,伴随着帝国版图的扩展,法律覆盖的范围不断扩大;(2)通过文化传播等方式,帝国法律对周边国家的法律产生了重要影响,由此形成了法系,如中华法系和伊斯兰法系。(3)几种主要法律文明同时并存,它们之间虽有接触、交流或竞争,但总体上是各自单独发展,每种法律文明都无法支配其他法律文明;(4)在这些主要法律文明之外,还有许多自成一体的国家、民族或族群法律体制。在这个阶段,帝国的法律体系和围绕它们而形成的法系,如同天空中众星汇聚而成的星系。

进入现代之后,帝国体制被现代民族国家体制所取代,法律经历了理性的洗礼,在价值、内容和形式上都发生了重大变化。随着现代世界体系取代了古代帝国体系,世界法系格局发生了重大变化,现代西方两大法系逐渐在世界法律体系中占据了统治地位,而中华法律文明、印度法律文明和伊斯兰法律文明则受到了严峻挑战和冲击,或者被西方两大法系所取代,或者退居边缘。例如,曾经作为奥斯曼帝国统治者的土耳其在经历世俗化改革之后,放弃了伊斯兰法而加入了大陆法系的行列;在英国漫长的殖民统治过程中,印度法律制度被英国化了;中国法在经历了激进的西方化和苏联化之后,至少在制度层面退出了历史舞台。因此,现代以来的世界法系格局完全处于西方法律的支配之下,与西方两大法系相比,其他法系则显得黯然失色,只有边缘地位。20世纪50年代以前关于世界法系的划分,就明显反映了西方法系处于世界法律文明中心的格局。

自20世纪50年代之后,世界法系格局发生了新的变化,这就是社会主义阵营的形成和众多国家采用了社会主义法律理念和制度。为此,比较法学者运用法系的概念对当时的世界法律图景进行了重新描述。不同学者尽管在法系的划分标准和方法上存有差异,以致法系划分的结果多种多样,但在20世纪下半叶,关于法系划分的主流是确认世界三个法系的核心地位,即大陆法系、英美法系和社会主义法系。^⑩社会主义思潮源于西方,旨在对抗资本主义主导的世界体系。从这个角度讲,社会主义体系是反西方体系的西方体系,而社会主义法系则是反西方法系的西方法系,实质上属于西方两大法系之外的第三个西方法系。一些学者虽然承认其他法系,如印度法系、伊斯兰法系、以中华法系为核心的所谓“远东法系”以及“非洲法系”,^⑪但都主要是从法律传统或法律文化的角度,把它们用作西方三个法系的陪衬。这个时期世界法律体系的格局仍然是现代世界体系的组成部分,主要反映了“冷战”期间两大阵营的对峙局面以及西方法律传统的内部区分。

20世纪末的法律全球化,尤其是美国法全球化,对上述现代世界体系格局产生了强烈冲击,并在很大程度上改变了世界法律的图景。

第一,“冷战”结束后,苏联和东欧等转型国家的法律建构和法律改革,虽然保留了先前的某些制度,并出于法律传统和加入欧盟的考量,接受了欧陆国家的一些法律,但它们在相当大的程度上借鉴和移植了美国法,在宪政和商事法等领域尤为明显。经过美国和欧陆的法律猎食,作为社会主义法系核心

^⑩ 参见高鸿钧:《论划分法系的方法与标准》,载《外国法译评》1993年第2期,第18页。

^⑪ 如德国的茨威格特和克茨以及法国的达维德。参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版;[法]法勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版。

的苏联法律体制已经不复存在,欧洲的社会主义法系成员均已改弦易辙。在欧洲以外,除了朝鲜和古巴等少数社会主义国家法律之外,中国和越南等社会主义法系的成员也经历了重大改革,在许多领域移植了美国法^{②③}。为此,一些比较法学者已经修改了法系的划分,^{②④}暗示社会主义法系已经不复存在。当然,从严格意义上讲,由于数个国家仍然实行社会主义法律体制,因而社会主义法系继续存在,只是在世界法系格局中的地位和影响力大大减弱。毫无疑问,社会主义法系之所以走向衰弱,除了体制等内部因素,美国法全球化是重要的原因,它打破了20世纪后期三大法系“三分天下”的世界法系格局。

第二,现代以来,西方两大法系都产生了世界性影响,并各有自己的势力范围,任何一方都没有形成绝对压倒对方的优势。但是,自美国法全球化以来,英美法系的风头十分强劲,其世界影响范围和强度都压倒了大陆法系。如上文所述,大陆法系的许多领地,如新商人法领域和拉美国家的法律领地,或者被美国法所夺取,或者深受美国法影响。特别值得关注的是,大陆法系的大本营,如欧盟及其德国、法国、意大利等成员国的法律领地,也都受到了美国法的侵蚀。

第三,在英美法系内部,作为“母体”的英国法,长期以来一直具有不可动摇的中心地位,而美国法最初只是配角,后来也不过是“骨干”。然而自“二战”以来,美国法的地位和世界影响力迅速上升,与英国法具有了并驾齐驱的地位。自美国法全球化之后,它明显压倒了英国法的地位,成为英美法系无可争议的引领者。在英美法系中,今日的英国法越来越受到美国法的影响,而不是相反。

第四,法律全球化虽然并不等同于全球法律美国化,但无可否认的事实,美国法全球化影响甚至主导了法律全球化的主要方向、价值和内容,至少在美国遭遇金融危机之前是这样。

第五,在世界法律的发展方向 and 趋势上,美国法全球化的同时产生了双向影响,既导致了全球法律趋同,又导致了全球法律趋异。以美国法律模式推动的全球治理在某种程度上推动了全球法律趋同。新商人法领域的美国化,明显导致了跨国公司商事法的在全球范围的趋同。与此同时,美国法进入了不同法系或国家之后,不仅破坏了该国法律的统一性,而且在适应新情境过程中自身也发生了变异。美国法全球化导致了各个国家、不同法系以及全球法的重新分化和组合,由此世界法律显示出不断趋异的走向。

第六,法律全球化虽然客观上助长了美国法全球化,但是也导致了許多非西方和反霸权法律的全球流动,例如保护生态环境和劳动者权益的法律、长期处在西方殖民者统治下的原住民的法律以及世界主义的人权法等。^{②⑤}许多发展中国家在适应现代世界体系和当代世界法系格局的过程中,开始挑战美国在国际组织和国际金融机构中的垄断地位,挑战世界不合理的经济秩序和不平等的政治权力格局,挑战美国和其他西方国家主导的国际法和霸权式全球法。在这个方面,中国已经取得了一些值得称道的成功。另外,美国法全球化的霸权主义方式及其带来的负面效应,引起了全球反霸权力量的反思,激起了这些力量的反抗。一些国家在具备了经济、政治和军事实力之后,开始总结本国法律现代化的经验和教训,重新发掘、整理和阐释传统的文化精华和法律智慧,从而升华出现代的法律制度和法律文化。与此同时,许多发展中国家在现代化的过程中,开始利用国际平台、全球网络和世界公共领域,要求不同文明和国家进行平等的文化和法律对话,致力于形成某些全球法律共识和人类法律价值,并在此基础上推动不同法律文明的互动交流和多元共存。随着这个进程的深入,世界法系格局可能会出现大同大异与和而不同的局面。

^{②②} 20世纪90年代中期以来,美国法对中国法的影响凸显出来,在商事法等领域尤为突出,关于美国法对中法的影响,国内至今仍然缺乏系统的梳理和分析,因而本文无法进行具体描述和总体评估。

^{②③} 例如,茨威格特和克茨比较法著作第三版就去除了第二版的“社会主义法系”部分,参见 K. Zweigert & H. Kötz: *An Introduction to the Comparative Law*, 3rd ed., transl. by T. Weir, Oxford University Press, 1998.

^{②④} 前引^{②②},第318-373页。

行文至此,虽然意犹未尽,但已该收笔。如上所述,法律全球化正在改变着民族国家时代的法律秩序,而美国法全球化主导着法律全球化。历史上,秦国法曾经统合华夏诸国之法,罗马法也曾征服世界各国之法。相比之下,前者在取得成功之后不久,帝国随即走向覆灭,而后者在帝国灭亡很久之后,才取得成功;前者胜利的欢乐颂是一种文明秩序的尾声,后者凯旋的大合唱则成为一种文明秩序的序曲。美国法全球化将对世界法律格局和人类法律文明产生怎样的影响?将对美国和全人类的命运带来怎样的后果?对于诸如此类的问题,只有未来的历史能够作出回答!

Abstract: In the process of globalization of law, American law has been imported into many Latin American countries on a large scale. The global field of *lex Mercatoria* has been occupied by American law. The legal reform and reconstruction of the post Soviet Union and eastern European countries has been hunted by transplanting of American law. The recent development of law of EU and its member states has been heavily influenced by American law. These typical exemplifications show a general tendency of globalization of American law. The tendency originated from complicated causes and background. It is very significant theoretically and practically, be based upon the description of the tendency, to reconsider the moment of law and development, the theory of modernization of law, the proposition of legal transplants, and the new trend of changing of major legal systems in the world today from the perspectives of jurisprudence and comparative law.

(责任编辑:李小明)