

图书在版编目(CIP)数据

一起迈向世界的共同法：统一与多元/(法)米海伊·戴尔玛斯-玛蒂(Mireille Delmas-Marty)著；(法)刘文玲,刘小妍译. —北京:北京大学出版社,2019.6

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-30247-7

I. ①一… II. ①米… ②刘… ③刘… III. ①国际法—研究
IV. ①D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第011127号

Les Forces imaginantes du droit (I) : Le Relatif et l'Universel

by Mireille Delmas-Marty

Copyright © Éditions du Seuil, 2004 pour *Le relatif et l'universel*

Les Forces imaginantes du droit (II) : Le Pluralisme ordonné

by Mireille Delmas-Marty

Copyright © Éditions du Seuil, 2006 pour *Le pluralisme ordonné*

- 书 名** 一起迈向世界的共同法：统一与多元
YIQI MAIXIANG SHIJIE DE GONGTONGFA:
TONGYI YU DUOYUAN
- 著作责任者** [法]米海伊·戴尔玛斯-玛蒂(Mireille Delmas-Marty) 著
[法]刘文玲 刘小妍 译
- 责任编辑** 李倩
- 标准书号** ISBN 978-7-301-30247-7
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672
编辑部 010-62752027
- 印 刷 者**
- 经 销 者** 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 34.5印张 479千字
2019年6月第1版 2019年6月第1次印刷
- 定 价** 86.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

法律的想象力量(代序)

米海伊·戴尔玛斯-玛蒂(Mireille Delmas-Marty)是法国当代著名法学家。然而对于她,国内法学界的多数人还是知之甚少,有所了解的也仅限于刑法或刑事政策学界,或比较法领域,因为她的两本著作(《刑事政策的主要体系》法律出版社2000年版和《世界法的三个挑战》法律出版社2001年版)在新世纪初经我和赵海峰等人的译介,国内读者有所知晓。而在此后,特别是在她任法兰西学院(Collège de France)“比较法与法律国际化讲席”教授之后,她的研究领域有了进一步拓展,对于当今和未来世界的法律秩序的思考更加深入,更加富有哲学意味,也更加富有前瞻性,富有想象力和感染力,对于中文读者也具有更大的吸引力。值此大作中文版问世之际,理当为之作序。

当然,这已经不是我第一次给米海伊的著作写序或作评了。第一次是为我自己翻译的《刑事政策的主要体系》作序,第二次是为赵海峰等译的《世界法的三个挑战》写书评。作序或者评论,于我既是学习的机会(毋宁说是复习、反思),也是我重新认识米海伊的契机。孟子在《万章下》中要求,“颂其诗,读其书,不知其人可乎?是以论其世也”。尽管米海伊曾经是我的授业恩师,我们的交往与学术合作也已三十多年,但要说知其人,何其难耶?起初因为她的研究主要限于刑事法律领域,这对我来说相对容易;然而随着岁月的递进,她的学问开始转向或迈进更为广阔、深邃的比较法、国际法、法哲学等领域,我就觉得跟不上了,要我现在来评说她的学问,真是勉为其难。因此,就从其人开始说起吧!

米海伊·戴尔玛斯-玛蒂于1969年获巴黎第一大学法学博士学位,1970年获得法国私法与刑事科学教授资格,1970—1977年

在法国北部的里尔三大法学院任教授，自 1977 年起任巴黎十一大教授，1990—2002 年执教于巴黎一大，1992 年当选为法国大学研究院院士，2002 年 3 月法国总统任命她为法兰西学院的教授，2007 年米海伊又当选为法兰西科学院 (Institut de France) 院士。

我第一次听说其名是在 1984 年。那时我正受原国家教委公派，在法国南部的地中海海滨名城蒙彼利埃大学法学院攻读刑法与刑事科学的硕士学位 (法文简称为 DEA)。刑事政策学是我最感兴趣的课程，授课老师克里斯蒂娜·拉塞杰教授 (Christine Lazerges) 在第一堂课上多次提到一个很长的名字，由于教授的语速奇快，而我当时的法语还未完全过关，难以将这个�名字记全，于是只好把她记成了 MDM。多年以后米海伊告诉我，她的很多学生都是这么记的。下了课我就直奔书店，买了 MDM 的两本书，一是《刑事政策的模式与运动》，二是《惩罚的道路》。囫圇吞枣地看完，虽然似懂非懂，但已然觉得这位女士真不简单，很有学问。

第一次见其人是在 1985 年 6 月。因为当时我已经确定将刑事政策作为我硕士学位论文的研究方向，因此当课程学习阶段一结束，我就立即去了巴黎。在巴黎 7 区圣-纪尧姆大街 28 号的法国比较法研究院 (这里同时也是法国刑事政策研究中心的所在地)，我拜访了法国刑法学界的泰斗、国际刑法学界的元老、新社会防卫思想的创始人马克·安塞尔 (Marc Ancel) 先生，并经这位仁厚长者的引荐，我认识了他的得意门生米海伊·戴尔玛斯-玛蒂教授，由此开始了我们之间延续至今的学术交往和友谊。

瘦瘦的身材，同样瘦瘦的脸，一头褐色的头发做成一个巨大的爆炸头，眼睛不大但炯炯有神。这是她给我留下的第一印象，而且这个印象始终没有改变。当时我就在想，这个呈放射状的爆炸头与她的学说思想是再合适不过的了；以后每当我见到她的大作问世的时候，我就会想起她的爆炸头。这个头颅里面究竟蕴藏了多少智慧呀？按照中国学界的标准，戴尔玛斯-玛蒂教授的专业领域是很难界定的——她最多只能算是个法学教授！因为她所发表出版的文章著作及所参加的研究工作，涉猎的往往不是同一个专业领域的问题。她的博士论文是《刑法中的建筑公司》，1971 年在法

国大学出版社著名的《Que sais-je?》系列丛书中出版《婚姻与离婚》,1973 在法国大学出版社《Thémis》系列丛书中出版的《经济刑法》上下卷是其成名作;此后便是在法国著名的 PUF、Seuil、Economica、Fayard 等出版公司出版的《惩罚的道路》(1980)、《刑事政策的模式与运动》(1983)、《模糊法》(1986)、《理性审视国家理性》(1989)、《刑事政策的主要体系》(1992)、《未审就罚——从行政惩罚到行政刑法》(1992)、《共同法》(1994)、《人类共同法》(1996)、《世界法的三个挑战》(1998)、《法兰西学院开讲》(2003)、《法律的想象力第一卷:相对与普遍》(2004)、《法律的想象力第二卷:有序的多元化》(2006)、《法律的想象力第三卷:权力的重建》(2007)、《反人类罪》(2009)、《风险世界的自由与安全》(2010)、《法律的想象力第四卷:迈向价值的共同体?》(2011)、《抵御、责任化和预防》(2013)、《法律世界化时代的工作》(2013)、《四面来风:世界化海洋中的航行指南》(2016)、《从大加速到大变形》(2017)等一系列学术著作。同时,她接受法国总统、总理的委托,以专家身份领衔主持或参与了法国《宪法》《刑事诉讼法典》与《刑法典》的修订工作,在其中做出了很大的贡献;曾任欧盟、欧洲议会刑法典草案起草委员会主席、欧盟反欺诈指导委员会主席,领导了欧盟第一个《保护欧盟财政利益的专家法案(Corpus juris)》的创制工作。她发起并领导了中法“刑法国际指导原则研究”“克隆人:法律与社会”以及与美国、巴西、中国、伊斯兰国家的“法律国际化”等多项重大国际合作项目,主编了《经济犯罪与共同市场》(1982)、《刑事案件揭秘》(1991)、《刑事诉讼与人权》(1992)、《欧洲刑事政策》(1993)、《欧洲刑事诉讼》(1995)、《基本权利与自由》(1996)、《欧盟保护财政利益法案专家建议稿》(1997)、《欧盟保护财政利益法案专家建议稿之实施》(1995—2001)、《国际犯罪与国内司法》(2002)、《国际犯罪与国际司法》(2002)、《共同法的变量》(2002)、《克隆人:法律与社会》(2002)、《欧洲刑事制裁的协调化》(2003)、《克隆人——法律与社会:中法比较》(2004)、《规范整合之批判》(2004)、《国际刑法的渊源》(2005)、《MDM 在巴黎一大的岁月》(2005)、《新政治想象》(2007)、《中国与民主》(2007)、《刑法协调的道路》(2008)、《法律国

际化的多维度考察：法美比较》(2009)、《恐怖主义：历史与法律》(2010)、《阿拉伯世界刑事政策的演化》(2013)、《人文主义与法》(2015)、《认真对待责任》(2015)、《环境及其变异》(2015)、《国际刑法的补充性》(2017)、《法律的宪法化：中法比较》。

综上所述，她的研究范围极其广泛，包括政治学、宪法学、行政法学、民法学、经济法学、刑法学、国际刑法、刑事诉讼法学、刑事政策学、人权法、欧盟法、国际法、比较法、共同法或世界法等。她的学术影响力遍及全球各个角落，其著作已经被翻译成世界主要语言如德语、英语、阿拉伯语、中文、意大利文、葡萄牙语、西班牙语、波斯语、瑞典语、土耳其语等。她长期担任国际刑法学协会副主席、《比较刑法与刑事科学杂志》主编等职务，同时兼任国际经济法协会理事、比利时皇家科学院外籍院士，获得英国伦敦大学、加拿大蒙特利尔大学、比利时鲁汶大学等多所世界著名学府的名誉博士学位，也因为其广泛的学术影响和杰出的理论贡献，1999年她获得法国荣誉勋位团勋章，2003年又荣获法国国家荣誉团骑士勋章。因此，虽然她是刑法出身，早期的研究教学也基本以刑事法为主，但给她巨大的爆炸头上安一顶刑法学教授的帽子显然是委屈她了。随着她学问的不断精进，她的学术地位也在不断上升，由巴黎十一大教授到巴黎一大的教授，再到法国大学研究院院士、法兰西学院教授，再到法兰西科学院院士。

本书收录的是其2002年任法兰西学院讲席教授之后在法兰西学院授课的内容。要介绍她的作品，还得先介绍一下法兰西学院。这个学院是法国国王弗朗索瓦一世于1530年创立的，1852年起划归法国国民教育部管理，但是完全独立于大学。自创立之初，法兰西学院就一直承担两项使命：尖端科学的研究中心和新知识的教学基地。法兰西学院的首要使命不是传授那些已经定型了的而是“正在形成的知识”(connaissances qui sont en train de se faire)。正像梅洛-庞蒂(Merleau-Ponty)所指出的那样，“法兰西学院从其诞生时起就承担起向其听众传播自由研究这一理念的任务，而不是讲授已经获得的真理”(Pas de connaissances acquises, mais l'idée d'une recherche libre)。学院教授基本都是学界翘楚，

具有公认的权威性,如萨特、布迪厄、福柯等学术大师都曾在此任教。其所开设的课程因此具有相当的前沿性,法兰西学院的教授每年都会讲授新的课程,这些课程与他们的研究成果或相关领域的最新发展相关联。学院“向一切人开放”,听众参加学术讲座无需任何事先的注册程序,同时也不会授予任何文凭。每年都会有近 12 万听众参加课程的学习,其中包括学生、研究人员、大学教师,普通公众甚至外国游客也可以随意去听课。他们从法兰西学院的课程中了解了最前沿的研究成果。法兰西学院目前设有 53 个教席,分为数学、物理学、自然科学、哲学、社会学、历史、语言和考古学等学科群。

“比较法与法律国际化讲席”隶属于哲学和社会学学科群。就是在这个讲席上,立足世纪之交,米海伊分析了经济一体化、人权全球化背景下法律世界化的现实性,勾勒了世界法的未来蓝图,也指明了实现法律世界化的主要路径、风险和机遇。她向世界各国学者提出的问题是:法律世界化是否可行?其在法律上是否合理或正当?其在伦理上是否令人向往?在米海伊看来,法律世界化或共同法,其实是建立在价值共同体基础之上的人类法律的趋同,而非将一国或一地的法律思想或制度强加给其他国家或民族的法律霸权主义。法律世界化的前提是承认不同国家的文化差异、法律差异和制度差异,其主要的实现方式是协调同步、和谐相容(*coordination ou harmonisation*),并在原则上达成共识,而不强求法律规则的统一或一体化(*uniformisation ou unification*)。为此,她甚至提出或运用了“软法”“模糊法”等新概念,以期作为推行法律世界化的工具。她主张,世界法不能按照国家法的模式来设计,而应该遵循“有序的多元主义”(*pluralisme ordonné, ordering pluralism*)的范式;“多元主义”以对抗霸权主义,“有序”以求将多元主义组合在共同原则周围,避免分裂与失和。她坚定不移地认为,经济权利与社会权利是人权的一部分;将经济权利、社会权利和政治权利、公民权利人为地割裂开来在理论上是荒谬的,在实践上更是有害的。在法律世界化的进程中,应该将这两部分权利重新整合,为人类建立一个共同法律秩序。保障人的基本权利的实现,将经济

和人权结合起来,使得法律世界化的两大途径即经济全球化与人权普遍化相辅相成,将是今后的主要任务。

米海伊的上述思想或设想不是从天上掉下来的,更不是其头脑里固有的,而是自有其独特的渊源。大约十年前,牛津大学出版社旗下的《国际宪法学评论》曾向十位世界著名法学家发出邀请,要求他们分别选出对自己学术生涯或思想影响最大的十部著作。米海伊接受了这一邀请,在发表于《国际宪法学评论》2010年第8卷第3期的《走向法律世界化的十个伴侣》一文^{〔1〕}中,她对自己的研究路径有过这样的描写:

我的研究主要取决于事件。我研究法律,最初是研究法国实证法,在20世纪60年代,我最早的出版物是教科书。尽管那时法国的法律体系已经开始趋向国际化,但我们并不知道,没有人告诉我们,我们也没有发现。然而,自1974年起,我开始注意到这些方面的变化,因为此时法国开始推行法律的“宪法化”(允许国会议员提请宪法委员会对法律进行审查)和法律的“国际化”(批准《欧洲人权公约》)。这些进程使法律领域发生了改变,这种改变既有规范意义(将法律秩序阶梯式、僵化的表现转变为一种互动的演进性的表现),也有价值意义(通过将人权引入法律领域而宣示一种新的人道主义)。

国际人权文件为国际化开辟了道路,而国际化也同样表现在经济领域,欧洲共同市场、欧洲经济共同体和欧洲联盟便是例证。国际化运动在冷战末期加速,因为此时全球化加深了普遍主义(universalism,或译世界主义)和主权主义(sov-er-eignty)之间的对立;世界贸易组织(WTO)和国际刑事法院(ICC)已经建立;全球风险(比如气候和核危险)使得国家之间的相互依赖日益明显,全球治理的主张开始兴起。尽管“9·11”事件导致了某种向国家主义(nationalism)的后退,但它并未阻止国际化的运动,由此将我自己的研究引向以下三个领域:影响法律形式主义的法律技术与逻辑(预见说);有关

〔1〕 本文原载于《国际宪法学评论》2010年第8卷第3期,445—452页。

法律人道主义的伦理价值(合法性);参与全球治理的主体和权力(有效性)。

为了完成《国际宪法学评论》给她安排的这项任务,她选出了十件作品(毋宁说是十个作者)。这些作品或作者,有的帮她提出了问题,有的帮她找到了实践中或理论上的答案,更多的是激发了她的想象力。

排在第一的是比较法学大家雷蒙·萨莱叶(Raymond Saleilles)的《历史学派与自然法》(*Ecole historique et droit naturel*),从中她学到了比较方法这个重新认识法律形式主义的钥匙,也汲取了人类共同法(*common law*)的概念。虽然这种人类的“共同法”来源于各国的实践,而且是附属性的,但它已经包含了“普遍性的原则”(principle of universality)。由于这种普遍性内涵丰富多样,而且不排斥“每个国家判例法”的具体运用,为此萨莱叶设想了一种“国家评判余地”(national margin of appreciation)的技术,这比欧洲人权法院的实践早了50年。

排在第二的是亨利·亚特兰(Henri Atlan)的《伦理的层次》(*Les niveaux de l'éthique*)。要想理解“国家评判余地”何以能够构建多元主义,而多元主义又是如何用互动的形式(国际法并不完全吸收国内法)和进化的形式(这个余地可以随着时间而改变)来取代法律制度固定僵化、等级森严的关系的,就必须摒弃二元逻辑。米海伊尝试将扎德(Lofti Zadeh)的模糊系统理论(theory of fuzzy)运用到国际法中,认为不明确性并不排斥法律推理的严密性,而且使用分等逻辑的方法会限制规范的不可预见性和司法的任意性。然而,在国际层面上,在一些主要原则上达成的一致并不能保证在其应用上也达成一致(并且国家之间在对共同原则的理解上也经常不一致)。为此她转而求助于生物学家亨利·亚特兰的复杂系统和生物伦理学,主要是其三个伦理层次的理论:第一层次,即能够激发道德义愤的关于快乐和痛苦的明显普世的层次;第二层次,即制度的层次,由国家法律规定而可预见,突出弘扬以相对论为特征的不同价值;第三层次,即关于普世性的超伦理(metaethical,或超法律 metalegal)层次,这个层次仍有待建立,而要建

立第三层次,就必须借助前两个层次。因此,从道德义愤上得到的推动力,通过协调的过程使不同的系统趋同而不是完全消除差异,从而实现第二层次的“使相对主义相对化”(relativizing the relativism)。而且,这一协调的过程有时也为融合做了准备,由此将自己融入了第三层次。

第三个作品是著名的国际刑法学家安东尼·卡塞斯(Antonio Cassese)的《关于前南国际刑事法庭(ICTY)埃德莫维奇(Erdemovic)案的不同意见》(1997年10月7日)。卡塞斯教授确信,国际法已经不再遵从传统的、格劳休斯时代的国家间模式,转而遵循反映康德世界主义理念的超国家模式,并通过比较的方法来寻求超国家模式的实践应用。前南国际刑事法庭(ICTY)只是试图“在确保正义的同时维持英美法系控辩式诉讼和大陆法系纠问式诉讼之间的平衡”。而国际刑事程序是从国家的刑事法概念中逐渐分离出来的,然后又被移植到了国际性的容器里,它并不是从一个统一的法律体系中产生的。由于国际刑事程序结合和融合了控辩式诉讼和纠问式诉讼的方法,因此,将一个国家法律中的概念“机械地进口”到国际刑事程序中,“可能会改变或者扭曲这些程序的特性”。在米海伊看来,这是对融合程序(the process of hybridization)的最好定义;而这种融合程序对于避免霸权主义的普遍主义(Universalism)是必不可少的。不过,融合程序仍然局限在西方的制度框架里。因为这种新的形式只有吸收新的人文主义才有意义,因此,融合程序必须向其他法律传统开放。

第四个作品是汉娜·阿伦特(Hannah Arendt)的《人的条件》。阿伦特开启了关于“人”权的讨论,人的生死,严格来讲,不是自然发生的事件,人权不应该被认为是自然的,相反的,人权是对自然的抗议。由此,人权融入了“人化”(humanization)这个使人类这一物种更加符合人道的伦理进化过程。“过程”一词尤其重要,立足于具有行动性的人类,“过程”这个词既昭示了人类事务的脆弱性,也彰显了人类事务“超乎寻常的弹性”。人权法的脆弱性在这里无需证明,而是司空见惯的:它引发人们质疑关于人权的通常解读,如关于人权是基础性范畴(founding concepts),人权是“基本权利”

(fundamental rights), 甚或是法治(rule of law)赖以建立的“基础”(base)。要想使人权在全球得到保障,就必须让人权得到所有文化的认同。正如阿伦特所强调的那样,人道是多元的:“没有任何人可以至高无上,因为不是单个人,而是人类,居住在地球之上。”

第五个作品是日本学者大沼保昭教授(Onuma Yasuaki)的《文明相容的人权观》。在1993年6月的维也纳会议上,人权的普遍主义受到了质疑,质疑来自《曼谷宣言》,因为《曼谷宣言》“表达了一种相对主义或特性主义的人权观,强调尊重国家主权……以及对不同国家和地区特殊性的认识”。虽然《世界人权宣言》也包含了多元文化甚至中国儒家文化(通过张彭春)的贡献,但这一“世界性”宣言仍然主要是一个西方文本。大沼保昭否定以西方为中心的普遍主义人权观,而主张通过“不同文明之间”(Inter-civilizations)进而是“跨越不同文明”(Trans-civilizations)的方法,尽可能地为人权的进化做出贡献,因为“人权思想的力量在于其普遍化的能量”。这种动态的历史观驱使大沼保昭强调,由于国家文化“因时而变”,所以对各国文化应予重新诠释,并对“那种狭隘的、以自由为中心的人权概念”提出质疑。人权的普遍化本质取决于人权的不可分割性,虽然人权的不可分割性因在1966年被分割为两个公约而有所削弱,但在维也纳大会上,作为“民族自决权和发展权”的人权其不可分割性再次得到肯定,而这也是大沼保昭教授所主张的。

第六个是哲学家保罗·利科(Paul Ricoeur)的《论公正》(Le juste)。文明的冲突可以称之为理性的悲剧。当理性所假定的普遍主义仍然遥远,而对话又不充分时,利科推荐了一种“翻译”(translation)的“范式”(paradigm),即在貌似纷繁复杂的地方创建相似性。奥斯特(Francois Ost)教授将这种范式运用到了法律领域,他将翻译与论辩(argumentation)和司法解释(judicial interpretation,要求在信息的发送者和接受者之间预先达成共识)做了区分。翻译与其说是增进同化,不如说是有助于构建变异,是在调和“普遍主义和历史”,因为它鼓励深度挖掘。对此,利科借助球体做了极其形象的描述:“假如我在一个球面上奔跑,公允地说,我将

永远无法发现球体的全貌，因为我主要是在综合（别人的）观点而已；但假使我在自己的传统内部做足够深度的挖掘，我将在深度上缩短与别人的差距……虽然在球面上的距离很远，但如果我挖得越深，我和另一个沿着相同路径挖掘的人的距离就越近。”（利科《自然与规则》，2005年）探寻这条不是那么显而易见的深挖的路径，或许是全球民主治理的前提之一。

第七是尤尔根·哈贝马斯（Jurgen Habermas）的《后民族结构》（曹卫东译，上海人民出版社2002年）。哈贝马斯精心构思了“世界民主”（cosmopolitan democracy）计划和“全球内政”。他强调，若要将治理扩展到整个地球，这个治理就必须包括整个地球上的居民。而早在很久以前，风险的全球化客观上就将世界团结起来了，世界成为一个建立在全人类共同面临的风险基础之上的非自愿共同体。为了应对全球风险，如气候变化，或者更为广泛的环境恶化，我们必须从一个非自愿的共同体转变为自愿的共同体，掌握我们共同的命运，并且构思适应全球治理的新工具（如温室效应气体排放指标的市场化或生态损害的法律概念）和新使命（如保护我们的子孙后代）。

第八是美国最高法院大法官斯蒂芬·布雷耶（Stephen Breyer）的《走向能动的民主》。由于缺少行政机关和立法机关，全球治理主要依靠法官。当各国的法官，特别是各国最高法院的法官们变得更加有为的时候，国际法庭（院）的数量也在猛增。就连美利坚合众国也重新认识到了各国法律之间的相互依赖，而布雷耶大法官积极援引外国司法裁决的举动也凸显了这种开放态度。他认为，在这个商业、贸易和旅游都变得越来越国际化的世界中，即便没有参议院对有关条约的批准等议会的行动，美国仍然应该履行并遵守国际法院判决的条约义务。

第九是中国早年留学法国的陈绍源（Tcheng Chao Yuen）的博士论文《孙中山及其学说影响下的中国宪政》。这篇完成于1937年的博士论文对她的启发是，寻求新的治理模式不仅限于21世

纪,也不仅仅限于西方世界。这位鲜为人知的中国作者陈绍源〔2〕,解释了孙中山是如何在20世纪初期,通过将中国古老的“宪法”与西方模式的结合,推导出了“五权”(five powers)理论的。孙中山认为,同时集立法、行政、司法权于一身的皇权“代表着一种完全的君主制,是民主时代难以忍受的一种专制政权”,他试图改革皇权,同时维持另外两个“作为中国古老制度中最佳组成部分”的考试权和监察权。孙中山的这一理论在1936年的《中华民国宪法草案》中得到了体现,创造了一个东西融合的先例。当宪法审查在欧洲还很少应用的时代,孙中山的理论就引导中国建立了一种独特的将监察院的监督职能与独立的司法权相连接的审查制度,而这种制度有助于催生全球治理。也许因为孙中山熟读《大同书》,该书极具前瞻性地勾画了一个将不同国家统一为大同世界的三阶段蓝图,也为孙中山的融合理论奠定了基础。

最后是法国诗人爱德华·格里桑(Edouard Glissant)的《海牛湾》(La Cohée du Lamentin)〔3〕。“对于我们这些来自南半球的诗人来说,我们的主题不可能是春天和草地,而是那些盘根错节的灌木丛,那些突如其来和出乎意料的地震与龙卷风……我们的诗学将是极度的过度(*excess of excessiveness*)。”我们离正义的天平所象征的平衡还很遥远!然而,正是在这种“过度”的实践中,诗人兼哲学家爱德华·格里桑在寻找一种与野蛮的全球化相对的东西:不是自我封闭,而是要弘扬一种作为“团结的多样性”(supportive

〔2〕 陈绍源(1888—1955年),福州沙县人,是一位已被历史湮没的传奇人物。1922年他34岁时赴法国留学,1924年入法国第戎大学攻读法学,于1937年6月获得法学博士学位。卢沟桥事变发生后,陈绍源放弃在法国的优厚待遇和舒适生活,于1938年春回国参加抗日战争。先后在多所学校任教,也曾在军中任职,著有《中国教育史研究》《化学讲义录》《制药化学》等。1939年,他针对日本侵略军使用毒气而撰写的《毒气学大纲》一书,是国内这一方面较早的军事著作(1986年该书被中国军事博物馆收藏)。新中国成立初,出任沙县首届各界人民代表会议代表。1951年,因政治历史问题受到管制。1955年夏,国务院外交部曾来函查询陈绍源的情况,中共沙县县委派人查找,而陈已于1955年7月逝世。

〔3〕 法国当代著名诗人爱德华·格里桑出生于法属安的列斯群岛的海牛湾(La Cohée du Lamentin)畔。

diversity, diversité solidaire)的“世界性”(法文为 mondialité)。

“团结的多样性”正是米海伊试图通过“有序的多元主义”所寻求的。格里桑洞悉变化的必然性和重要性,因此敦促我们“尽个人之所能”,同时学会“用世界的观点思考”,因为数千年来,人文科学所构建和围绕的都是他们各自的思想体系。法律体系也必须学会“用世界的观点思考”,因为单靠国家本位的法律是不能应对全球化潮流与全球性风险的。这位诗人诠释了为什么法律概念必须让位于转变过程的原因。格里桑所称的“混合原理”(principle of creolization)赋予融合以丰富的不可预见的结果;世界各地除了其原本的意义之外,也变成了“共同的地方”,成为具有全新意义的载体。

米海伊早年曾在巴黎一大东方语言学院学习过中文,现在仍坚持自学不辍,有时兴之所至,她也会说几句中文,唱几句中文歌曲,背诵一些中文的经典语句;她在我们面前背诵最多的是“庄周梦蝶”。每当此时,她的脸上就满是喜悦,眼光也已脱离尘世,飘向遥远的地方,确有那种“乘云气,御飞龙,而游乎四海之外”的神情。在她的论著中,老子的《道德经》、康有为的《大同书》、沈家本、梁启超等,都是经常被引用的。她崇拜沈家本,因为早在一百多年前的清朝,沈家本就在思考着如何进行中西法律的融合了。

基于她的中国情结,她热心于招收培养中国留学生,硕士、博士至少数十位;在她的积极倡导和游说下,1995年法国政府(后来也有欧盟的介入)启动了面向中国学生的欧洲法培训项目,至今已进行十多期,近200人受益。2000—2005年她担任欧中法律司法合作项目顾问,最早提议在中国建立欧洲法学院;她积极推动法国欧盟与中国法学界的各种交往与学术合作。特别值得一提的是,1992年底,在她的积极筹措下,由她和高铭暄教授共同主持、我居中协调的中法合作研究项目“刑法国际指导原则”正式启动,这是我国刑法学界第一个正式的国际合作项目;至结题时,已出版成果10卷,其中法国人文科学之家(MSL)出版法文本7卷(第一卷《欧洲国家》、第二卷《中国》、第三卷《亚洲国家》、第四卷《国际组织》、第五卷《总结与建议》,再加上后来的《欧洲与伊斯兰国家》《法律国

际化的进程》),中国人民公安大学出版社出版中文本3卷,引起法中两国政界、学术界的高度重视,也带动了中法、中欧更多的双边科研合作项目,如2002年与复旦大学张乃根教授合作的《克隆人:法律与社会》项目,2007年启动的由她和我共同主持的“法律国际化——中法合作研究网络”,2017年的“法律的宪法化:中法比较”等项目。

截至目前,她的众多著述已被翻译成多种语言,但翻译成中文的不多,仅有两本书和十多篇文章。这远远不能反映其丰富的学识与思想,也无法充分表达她对中国、中国法、中国法学在未来法律全球化进程中发挥巨大作用所寄予的深切期望。她和她的先生保罗(这同样是一位传奇人物)多次来中国,考察开会讲学,对中国历史、文化和法治建设事业情有独钟。我清晰地记得,2008年北京奥运会刚刚结束,她带病来北京主持在香山脚下召开的《法律国际化》研讨会。那时的她身体确实不好,身体会不由自主地颤抖,眼泪也会不期而至,但她一直在会场,主持或演讲,直到会议结束。临别时,也许预计因为健康原因,再来中国可能会很困难,她泪流不止,对我和李滨嘱咐再三,要我们一定加强比较法、国际法或法律国际化方面的研究与交流合作!那种惜别之情,那种不舍和牵挂,也让我们潸然泪下。好在回法国以后,经过一段时间的治疗和修养,她康复得很好,不仅身体健康,学术研究也是峰回路转,佳作迭出。尤其让我们感到高兴的是,本书持续关注了新时期中国特色社会主义法治建设,高度评价了习近平总书记倡议的一带一路(新丝绸之路)计划,认真探讨了法律在其中的领航员作用及其对全球法治的可能影响;书中有关人类相互依赖性、全球团结或连带性责任的主张,与习近平构建人类命运共同体五个“要”的构想(要相互尊重、平等协商,坚决摒弃冷战思维和强权政治;要坚持以对话解决争端、以协商化解分歧;要同舟共济,促进贸易和投资自由化便利化;要尊重世界文明多样性;要保护好人类赖以生存的地球家园)可谓高度契合。

本次与中文读者见面的是米海伊在全球化时代关于法律世界化的最新思考或畅想,集中展现了蕴含在她身上的强大的法律想

象力量。套用几个几年前的商业广告，如果没有想象，世界将会怎样？如果没有法学家的想象，未来的世界法治又会怎样？当然，这种想象绝对不可能是一个人的苦思冥想，而应该是无数人集体的甚至共同的想象。就是在这种思想或想象的相互激荡中，未来世界法治的曙光将悄然而至。

是为序。

卢建平

北京师范大学法学院院长

2019年3月31日于时雨园

中译本序

携手迈向世界的共同法

米海伊·戴尔玛斯-玛蒂

法兰西学院, 法兰西研究院成员

本书反映了自 1993 年起我所从事的研究与思考, 当时法律的国际化还没有引起人们的关注, 但在一些领域, 例如刑法, 就已经开始显现出这种趋势。这促使我与高铭暄等中国学者共同组织了一项有关国际法与国内法互动关系的中法合作研究计划。^{〔1〕} 该项研究计划在方法上不仅是比较性的, 即描述、认识和比较各个国家法律体系的特点, 同时也是展望性的, 即针对美国法朝着霸权式发展的趋势, 寻找一种多元的法律国际化发展的可能途径, 这种国际化尊重各个国家法律体系的多元性, 同时也促进不同国家法律体系之间的相互联系与融合。

在将近十年之后, 特别是在“9·11”恐怖袭击事件发生后不久, 我们的研究计划在 2003 年得以重启。2003 年 3 月 23 日, 我在法兰西学院的就职演讲恰逢美国启动在伊拉克的军事行动。我是在法兰西学院建立一个“比较法律研究与法律国际化”的讲席, 这在当时似乎有些不切实际。本书的主要内容反映了我在法兰西学院的讲席从事讲座的成果, 考虑到当时的情境, 我在一开始便引用了尼采在 1873 年针对德国战胜法国时所讲的这句话: “一个巨

〔1〕 本项研究计划的成果参见《刑法国际指导原则研究》(三卷本), 中国人民公安大学出版社 1998 年版。

大的胜利同时也是巨大的危险。”他说，如果胜利让人们盲目相信某种文明形式的成功，那么它也能导致人们精神的溃败，这就是危险所在。在 2003 年时，在精神的溃败之外，还有法律的溃败，《联合国宪章》规定的集体安全机制无法有效限制使用武力，恰恰表明了世界法律秩序的缺失。

尽管如此，这种法律秩序的缺失并没有妨碍法律全球化的进程，其特点是法律的扩张在人类历史上是前所未有的，任何国家，不论其多强大，都不可能持续地摆脱法律。今天，国家间的相互依赖已经变得如此坚实，人们已经不可能否认国家、地方、国际、区域间、全球性等各类规范之间相互叠加的事实，也不可能否认大量存在的各种国家性、非国家性机构，以及拥有区域或全球性的扩大化的管辖权的各种司法机构。无论是在反腐或反恐领域，以及先后出现的移民、金融或卫生健康危机方面，或者是气候变化方面，所有这些引起人们关注的问题似乎都表明，全球化已经达到一个发生翻转的临界点，它要求产生一个全球层面上的法律体系。然而，全世界的思想家长久以来坚持着那种世界和谐的梦想，从中国学者倡导的“天下大同”到康德的永久和平思想均是如此。18 世纪末，康德从他的全球观出发，主张人们在进入任何一个国家时享有不被敌视的权利。这种“普遍友善”的原则被作为普世权利的首要内容，在康德看来，其理由在于“无限地排斥是不可能的”，“不同民族之间的联系越来越密切”以至于“法律在某地被违背时，任何其他地方都会有感受”。康德的这种说法随着全球化的两个进程的不断发展而变得越发明显：一方面是各个民族之间联系的扩张，这也可以称为狭义的全球化（表现在流动、风险，甚至犯罪等方面），另一方面是价值的普遍化（例如人权、反人类罪这些范畴的出现）。

然而，历史也表明，人们的梦想也可能退化成不同部落或国家之间永久战争的噩梦；这可以表现为对恐怖主义的极端排斥以及为了安全目的而衍生出的例外措施；与移民有关的人道主义灾难，或者是由气候变暖与资源穷尽引起的全球性灾害。所有这些都是新鲜事物，只是技术进步使得上述情形进一步恶化。

当今有可能使我们转向一个全球性的法律秩序的，是以下几

种现象共同作用的结果：人口的跨越式增长（康德时代的 10 亿人到第二次世界大战结束时的 30 亿人，截至目前全球人口接近 80 亿），城市化的普及（城市人口将很快超过农村人口数量），以及飞速发展的数字化革命。我们已经无法再满足于将康德或康有为（以及由梁启超进一步发展）的世界主义与霍布斯所主张的那种战争观对立起来。因此，需要超越这种悖论式的困境，我们将其称为“人类纪的悖论”，这种说法忽略了地球和人类自身历史发展在时间维度上的明显差异，但却强调了下面这种情形，即人类变成了可以影响地球进程的力量，但人类本身仍缺乏自我治理的能力。

本书的出发点是这样一种假定，以权力为核心内容的地缘政治（权力的集中或分散）和关系模式（竞争或合作）并不能摆脱法律手段，因为后者能够用来处理相互依赖性，并在那些影响全球的领域内巩固连带性。总之，本书的关键在于主张法律手段有助于形成一种缩小的距离，是实现“趋于和平化”的力量，它不排除所有的差异和分歧，但是，对于各种不同主张，它将尝试弱化其相互间的差异，并进而将它们组织起来。

下面将首先介绍本书的基本结构，此后提出目前仍存在的几个不确定性的事例，进而尝试提出本书暗含的问题，即如何不断迈向一个趋于和平的世界性。

一、本书的基本结构

我很荣幸为本书的中文版作序。我在法兰西学院讲课的基础上先后完成的五本书，在刘文玲教授和我的学生李滨教授共同努力下翻译成中文，现在分为两卷在中国出版。这些书的主线是表明当今世界存在的挑战以及如何应对的方法。

中文版第一卷名为《一起迈向世界的共同法：统一与多元》，它囊括了我的前两部法文版著作，它们的共同主标题是“法律的想象力”，副标题分别为“相对与普遍”（2004 年出版），“有序的多元化”（2006 年出版）。从书名上看，它反映出全球化面临的巨大挑战，这就是它一方面以假定世界的单一化为目标，但实际上世界本身却

以多元性为其特征。

第二卷名为《一起迈向世界的共同法：理念与规则》，则由我《法律的想象力》这套书的第三本《权力的重建》(2007年出版)，第四本《迈向价值的共同体?》(2011年出版)和2013年出版的另一本书《抵御、责任化和预防》共同组成。

(一) 世界化的单一和多元

这一标题本身就表明了某种巨大的挑战，因为“人类家庭”的单一性既是理想也是现实。然而，多元则同时代表了机遇与风险。因而，有必要探索“相对与普遍”之间的张力，进而尝试以“有序的多元化”的方式将二者加以协调，最终找到“权力的重建”的可能性。

相对与普遍

长期以来相对论占据了法律实践的核心。与此同时，各个法律体系的自主性，根据国际法的主权平等原则获得了普遍承认。理性的理论普遍性以更为抽象的方式建立起某种“自然法”，然后则是“万民法”的出现，它们的含义则在不同时代和不同文化背景下有所不同。在规范意义上的相对和哲学意义上的普遍之间，人们曾认为存在某种断裂，它维护了政治主权和法律的自主性。

第二次世界大战以后，《联合国宪章》制定了旨在具有普遍性的规则，以此尝试疏导诉诸武力的情形。但是这些规则在本质上只限于寻求“被动的和平”，避免战争的再次发生。它既不以缩小经济和金融发展的不平衡为目的，也不缓和伦理和宗教上的冲突，因此宪章并没有为联合国提供建立“积极和平”的手段。

然而这种人为的分割变得无法持久下去，其原因主要不是意识形态上的，而是由客观情况决定的。国家间的相互依赖已经成为现实，它要求形成一个共同接受的计划。每一次恐怖主义活动，正如同每一次危机(金融、移民或气候)的发生一样，不仅没有从根本上否定联合国，反而使得建立“国际秩序”的必要性变得更为迫切，而这就是《世界人权宣言》第28条所宣告的，每个人均享有的一项基本权利，即，人人有权要求一种社会的和国际的秩序。

当普遍性以碎片化的方式被实在法所吸收时,人们发现理论与实践之间的差距,以及由各种模糊概念、缺乏效力的规范与存在冲突的价值所构成的国际法自身的缺陷。这些缺陷恰恰表明了普遍主义观念的“不周延性”。

但是,人们也发现了相对主义的局限,它无法适应于国家间不断加深的相互依赖性,并且在各种流动(资金、互联网信息)、风险(生物技术、生态以及气候和环境)或罪行(从腐败到恐怖主义或其他超越国界限制的罪行)出现全球化时停滞不前。相对主义只是在表面上存在,当它遇到客观现实时就不再具有现实意义。正因为如此,真正的相对主义应该是以客观现实为基础,纠正其观念上的不周延性,进而尝试将相对与普遍加以协调。这就是我在《有序的多元化》一书中强调的观点。

有序的多元化

为了实现将相对与普遍相协调,需要接受一种新的世界秩序观,它既不是将不同法律体系相互融合,也不是将它们完全割裂开来。这意味着既要抛弃那种统一的乌托邦式理想,也不能按照不同人群之间相互独立的模式来理解国家的自主性。换句话说,需要一种谦和的法律观,它将法律视为一种工具,通过各种司法、立法性质的自主或被动的、直接或间接的互动进程,将各个法律体系(国内的和国际的)连结在一起,而这些法律体系的相互割裂是历史造成的,这种法律观并不接受那种可能被转化为霸权的融合观。

从我们现在所处的阶段来看,即处于这种对法律秩序和法律体系观念均产生影响的转变的开端,“有序”的多元既不同于建立在相互割裂基础上的多元,也不同于通过混同这种方式实现的融合,而是在这两个极端之间的摆动,它是某种将差异“转化为相互吻合”的形态。它并不是某种已经形成的秩序,而是从表面上看是存在着矛盾的发展进程(一体化与解体化,扩张与限缩,共时性与异时性并存),这种进程是由从地方到超国家这些不同层面的互动引起的,其发展速度在不同的规范整体内部及其相互之间表现出差异。

这里有必要联想到“有序变化的云朵”这种景象。霸权式的做

法,单方面地强制实施法律移植,以及被称为超自由主义实践的流行,都是将被认为能够自动实现治理目标的私法规范体系并列在一起,但它们都无法解决一与多之间的难题。相反,“有序的多元”这种模式则主张在我们的法律体系观念中引入一种转型,从文字意义上看,就是从一种简单的模型(纵向互动)转变为复杂的模型(横向互动),或者超复杂的模型(同时包含纵向和横向的两种互动,而且是在不同层面以不同的速度发展)。

当这种转型从国家层面发展到国家间的区域性层面,甚至发展到全球层面时,它就不能仅仅受到法学者的关注了:因为在这时,这里所说的转型就要求存在某种意愿,从而回归到政治领域。在这里,我们开始构想未来发展的路径。为了避免法律国际化发展的过程在受到外来因素的干扰时会迷失自己的方向,变得无法预见和无法控制,有必要重新关注行动主体,并进而构思权力的重建。

权力的重建

这里并不仅仅是要将孟德斯鸠所区分的三种权力(立法、司法、行政)或者孙中山提出的五种权力(在三权之外还增加了监察和考试两种权力)从国内上升到国际层面。更为深刻的转变可能是要超越公私的对立,将不同的行动主体联系起来,由此,需要关注的不仅是那些机构化的行动主体,它们的权力在国内、国际组织或者地方通过各种机构而被制度化。此外还需关注的是这些主体与其他行动主体之间的关系,一方面包括经济和民间主体(表现为权力与意愿之间的关系);另一方面还包括科学领域的主体(这表现为权力与知识之间的关系)。

将权力、意愿和知识连结在一起,由此形成了一种三角关系。有可能需要从权力的制度化开始,这是从传统意义上讲的(形成行政、立法和司法权力),这是因为全球化要求在国际和国内的各个权力机构间形成新的交往关系。但权力的重构也意味着在经济主体、民间主体之间的权力再平衡,与此同时也不忽视地位不断提升的知识权力,即专家和“普通人”之间的权力再平衡(即科学知识和生活常识,包括最贫困的人口和原住民的知识之间的再平衡)。

在理想的状态下,知识启发意愿,促使人们作出理性的选择,反过来意愿也会对权力产生启示作用,其途径是通过组织权力并将其正当化,避免那种常常会发生的权力自己衍生和自我正当化的现象。在现实中,冲突的暴力和应对措施的强化往往会使现实主义占据上风。在这种情况下,知识、意愿、权力之间则形成一种不稳定的反三角形态,三者之间各自遵循不同的逻辑,当它们混合在一起时就产生了这种不稳定的形态,这与机构性和非机构的行动主体交集在一起时可能出现的情况相同。然而,不稳定性并不排除对重建的尝试。

有些人主张一种新的全球契约。但其困难在于这既是一种“多维度”的契约,它将行动主体和机构以不同的方式从不同层面和不同领域结合在一起,同时也是一种“整体”式的契约,其目的是要把所有的行动主体都囊括在内。但是这种全球契约的对立面存在于共同体内部,而不是来自外部,即,每一个行动主体都会成为其他主体的对立面。从这个整体性的全球契约出发,我们很容易滑向一种普遍化的极权主义。

正因为如此,权力的重建是不能离开法律的。可能需要尝试将治理模式与法治进行某种相互结合,这种结合一方面保留了“协调/命令”的艺术,即组织国家主体和参与权力行使的非国家主体之间互动的艺术,另一方面也保留了更为困难的“排序/命令”的艺术,它将各种权力根据不同的价值诉求进行排序。在这里,我们有可能将世界性秩序置于伦理价值和实践行动这两极之间,或者说,将其置于理念与规则二者之间。

(二) 理念与规则之间:未来共同法的两极性

我们的世界处于全球化及其引起的不断增长的相互依赖性背景下,这要求某种具有“连带性”的世界治理,这种治理是由被普遍接受的共同法所决定的,而不只是由强权和武力决定,我们提出一种理念与规则之间两极性的假定,理念促成运动并指明方向,规则付诸实践并提供手段。这种两极性似乎已经反映在共同法的历史中,例如在欧洲,共同法就是将教会法的理念与罗马法的规则联系

起来；同样，在东亚，儒家精神与封建法典的规则也被相互联系起来。中国思想不就曾让人们学会了用礼（传统或理念）来解释法（实证法或成文法），同时用法来解释礼吗？

我们是从全球价值共同体产生这个角度来关注理念的，然后通过考察如何防止伴随世界化发展进程而可能出现的去人道化现象来关注法律规则，再接下来分析如何让主要的行动主体承担起相应的责任，最后分析的是预防未来风险的问题。

迈向价值的共同体？

通过禁止战争罪将暴力人道化，这是价值共同体在国家间共同体的阴影下逐步形成的最初反应。尽管对侵略罪的惩罚还没有完全实现，国际法还是努力地在战时法(jus in bello)中引入了某些规则。第二次世界大战以后，先后出现的各个国际刑事法庭的规约中均规定了禁止违反战争法规和习惯，在此基础上，还增加了新的罪行，即“反人类罪”。

但是这一发展进程是缓慢、不持续及可能逆转的，因为反恐的强化已经在2011年9月11日袭击之后，引起了普世价值的倒退，其名义是国家生存的必要例外和为了国家利益。在“反恐战争”的口号下，美国引入了一种新的法律范式，它有可能使酷刑变得随意，将非人道的做法正当化，其根据是保卫国家安全和人民生命。打击犯罪的战争范式与战争罪（限制非人道）和反人类罪（避免人类成为犯罪的受害主体，因而将人类本身作为一项价值对待）所代表的范式相对立，它以所有人的生存或一国国民的生存为名将非人道正当化。它将导致刑法被置于伦理之下的次一级位阶——这就是将不同共同体对立起来的相对主义，或者说，是将刑法置于以仇恨为内核的伦理的首要位阶，这种以恶制恶的做法有可能促成“原教旨主义”的过度适用。

这里要强调的是“基本”权利对于建立一个真正的全球价值共同体的重要性，这将是一个同时作为国家之间和个人之间的价值共同体。在《世界人权宣言》中第一次以积极的方式提到了这种共同体，强调了共同的价值。来自不同国家的代表参与了《世界人权宣言》的起草过程，尽管如此，宣言的最初文本仍是参考了已有的

人权宣言而形成的,因此仍旧反映了西方的影响。但人权本身则不断获得发展,例如,在反殖民或将奴役行为规定为反人类罪时,其基本依据就是人权。

与此同时,在联合国开发署和世界银行的计划中,提出了“全球公共产品”的提法,诸如健康和气候。这些正在形成的全球价值承载着新的人道理念,其特点是“关系性”,而不是以人类为中心的,强调将人与其他非人的生命联系在一起,同时也将不同的人道观念联系在一起。这种人道观是多元和开放的,它并不否认文化的多元,以及相应的人道进程的多元性。或许正因为如此,全球价值共同体可以借助这种“相互的人道化”而产生,实现将共同但存在差异的价值加以分享。

因此,本书在最后一部分提出的问题是:按照什么样的规则,法律秩序可以抵御全球化进程的非人化后果,也就是说让主要的行动主体承担起责任,并由此来预防未来可能发生的风险?

抵御、责任化、预防

无论是从市场还是从人权的角度来看,全球化进程已经触及用来识别国家身份的各国法律体系。全球化并没有消除各国的法律而代之以国际法,相反,它促成了国内法与国际法的交叉,这既带来问题也包含着解决问题的方案。实际上,国内法与国际法的交叉有助于世界共同法的产生和形成,这可以说是提供了某种解决问题的方案;但另一方面,问题在于这里所说的共同法,从法社会学意义上讲,正如让·加本尼艾所说的“没有历史,不存在生长的土壤”那种情形,它仍旧过于脆弱而无法在国家间的实力关系上实现再平衡,而且它也过于碎片化,无法形成一个真正的法律体系。

这里所说的碎片化——既是纵向的(地方、国家、国家间、区域性和全球性的法律)也是横向的(人权法、商事交易法、刑法、环境法等不同领域)——似乎从根本上排除了某种逻辑性:每一个领域都有自己追求的目标,每一个层面都在寻求其自主性。例如,主导世界贸易组织的自由主义理念强调的是利润、竞争和效率,而体现在区域人权法院实践中的人文主义理念则强调分担和连带关系。

但恰恰是国家向商品和资本打开了大门，而对于人自身却采取回避的态度；它们坚持对市场的放松管制，却在移民问题上强化刑法的制裁，毫无顾忌地一方面采取开放的自由主义实践，坚持主权意识形态，为了安全名义而实施极端保守的做法，但另一方面却自相矛盾地宣扬人权的普世性和人道性。

当人权的盾牌转化为压制的利剑时，当干涉内政的行为转变为人道主义的战争时，当国际刑法被认为存在偏袒时，反人道思潮有理由去谴责法律人文主义这一谜题的无意义性及其霸权性。与此同时，经济全球化有可能为真正的市场帝国主义铺平道路，“打击犯罪的战争”结合新技术的利用则宣告了那种可怕的到处是监视的社会的来临。总之，这里待解的谜题在很多情形下其实是人道的神秘化，人文主义的老生常谈在不断被扭曲和被利用时，将宣告法律人文主义的死亡。在这种背景下，如何才能找到这样的规则来让人文理念重新获得意义？

本书最后一部分的目的并不是要重提这个时代和背景下的谜题，而是致力于让法律人文主义重新获得意义，其途径是将固定的人文主义观转变为一个不断发展的和以相互人道化为内容的互动进程。为了尝试解决“将全球化进程人道化”所带来的挑战，这里采取的方法是从三个方面让法律规则适应于全球化可能的后果：抵御非人化，让权力持有者承担责任，预防未来可能发生的风险。

此外还需说服各国的是，它们的责任并不弱化其主权，恰恰相反，这种责任在时间和空间上扩张了主权，从“孤立”的主权转变为一种“连带”的主权，其内涵是保护世界和平与安全的义务。同样，还应说服其他主体承担它们各自份内的责任，包括企业、公民、非政府组织或科学家。这是因为人们的意愿正是亨利·伯格森在讨论正义时所说的“向前跃进”的动力。当然，这也是一种向着未知的跃进，因为预防风险并不等同于预见无法预测的事物，而是按照爱德华·格里桑的说法，“在无法预见中学会生存和成长”〔2〕。由

〔2〕 E. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, pp. 25-26.

此看来,我们所处的当下恰恰是被置于各种不同的影响之下,充满了不确定性。

二、不确定的现实

全球治理是否会陷入某种“赤道低压带”的情境,丧失全部决策能力,发生进入某种混沌状态的颠覆呢?“赤道低压带”的形象比喻是说世界进入了一个多种风向交汇的区域,各种风向并存且实力相当,它会让行使中的船舶难以保持航向。这个比喻表明,全球治理中的相互之间存在冲突的各种力量可能会使治理变得瘫痪或者完全失败。^{〔3〕}

在这个正在发生变化的世界里,全球化进程是碎片化和尚未实现的,各种危机信号不断显现。当金融危机触及发达国家时,它就转变为一场全球性的危机,而且持续若干年,由它引起的连锁的不良反应和排斥反应即便是在富有的欧洲也无法避免。与此同时,还发生了健康危机(例如埃博拉病毒)和社会性危机(例如在孟加拉国发生的萨瓦区大楼倒塌事故)。2015年欧洲的移民问题转化为一场真正的人道主义危机,申请避难的人口超过百万,其中既包括为躲避恐怖主义的政治移民,也包括因经济问题而申请庇护的难民。移民本身在经济上或人道上讲都毫无疑问具有积极意义,同时因为人口原因也是无法避免的,然而移民人数却以难以承受的速度增长,致使移民被视为罪犯,同时还需要通过人道援助来应对。

为了说明这种巨大的秩序混乱,以及不同理念和模式的相互叠加的现实,本书仅提出三个具有代表性的例子:反恐战争(国家安全理念和主权模式);气候管制弱化(生态理念和普遍模式);以中国提出的“新丝绸之路”为象征的经济全球化的发展(经济理念和自由主义模式)。

〔3〕 M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016.

（一）反恐战争

2001年9月11日纽约“双子塔”遭受恐怖袭击倒塌成为全球的标志性的事件，袭击者和受害者来自不同国家，从袭击的准备到袭击事件新闻的传播都在很大程度上利用了跨国通信手段，特别是互联网。从逻辑上讲，这种全球性的犯罪理应通过全球性的司法审判来处理，例如由一个国际性的刑事法院审理以实现正义。但在政治上很难想象美国自己不去迎接这种挑战，或者不去亲自确保其安全，哪怕是以破坏自由的手段来维护安全。因此，对恐怖主义的反击首先来自国内，布什总统就是以美国的名义针对邪恶轴心宣告了反恐战争。

这种战争策略在国际法上产生了影响。恐怖主义第一次被联合国安理会定义为侵略行为。针对侵略，美国可以实施正当防卫，这种“防卫”后来又被前所未有地扩大为“预先性”防卫，用来作为在2003年对伊拉克“先发制人”的武装行动的合理借口。其后果是规训的世界化。这种国内法上的以主权为依据并以正当防卫为名义开展的反击，很快就发展过渡为全球范围内的反恐战争，包括关塔那摩监狱的建立，以及在美国本土以外更大范围内建立起来的美式“罗网”，它由各种秘密监狱以及在全球范围内非法转移被扣押人员的行动组成。

上述行动的影响延续到今天，在美国、中东或欧洲都没有例外。例如，2004年马德里地铁爆炸事件和2005年伦敦爆炸事件，乃至2015年在法国巴黎发生的歌剧院恐袭事件。法国在宣布反恐战争作为反击时，则进一步模糊了战争与和平、犯罪与战争之间的区分。这也许是因为法国或美国这些国家受到了超越国界的恐怖主义的威胁，所以才不断地背离法治国家的要求：美国是在2001年，法国则是在2015年，均宣告了进入紧急状态。法国2017年11月1日通过的法律结束了紧急状态，而代之以“新的持续性预防和反击恐怖主义的措施”，该项法律将预防视为一个独立的概念，将预防与惩罚完全区别开来，从而将预防作为一项独立的刑法制裁目标，其后果是将目前建立在责任基础上的社会转变为以怀疑为

主导的社会。由此,可能出现的是某种非人化的进程,将受到怀疑的个人从共同体中剥离出来,与将危险产品从市场中召回的做法很相似。

这是一种“哲学”断裂,它要求不断地向犯罪的源头追溯,它所施加的矫正措施并不以惩罚已经犯下的罪行为目的,而是惩罚可能犯罪的人,除此之外,还出现了一种“政治”断裂,它将惩罚延伸至预防,甚至包括在危险尚未变得明确之前就采取审慎的做法,其后果是弱化了权利的法律保障。即便只是针对恐怖主义而言,类似监视居住、检视、行政搜查和扣押、人身监视仪,以及关闭宗教祷告场所这些做法,可以如同在紧急状态下一样,仅由内政部或警署来决定实施。

上述情形的风险是有可能导致托克维尔曾经预言过的“温和的暴政”的产生。“民主的暴政将是更广泛和更温和的,它可以在不造成痛苦的前提下降低人格。”这种温和的暴政用由各种复杂细密、形式单一的规则所构造起来的网络来覆盖整个社会,“试图将人们桎梏在童年时代,将各个民族弱化成类似一群胆小觅食的动物,而政府则扮演放牧人的角色”。

当然,仍旧存在着抵御这种温和暴政的可能性,同时也不放弃打击恐怖主义。正如在有关气候变化的第21次缔约方大会上,尽管存在紧急状态,但那次会议并没有被取消,法国政府和其他195个国家的政府在巴黎举行会议,并且取得了解决全球气候变暖问题的初步方案,预示着全球治理的开端。

(二) 抵御气候变暖

气候变暖已经成为现实,其严重性得到公认,2015年发布的影响报告尤其引起公众的关注,政府间专家组的研究结果向全世界发出了警示。人类面对气候变暖而采取的行动是前所未有的,从非政府组织到普通公民再到宗教人士,从那些对主权最为重视的国家如中国到跨国企业的领导人,以及不能被忽视的科学界人士,都先后参与到这些行动中来。但是人类还没有掌握应对气候变暖的关键措施。从《巴黎协定》的内容上看,人们似乎仍旧倾向于

采取普遍主义的模式,它是建立在主权模式基础上的国际合作,国家之间存在竞争,但国际社会还是成功地将 195 个国家和 150 位国家元首结合在一起,让每一个参与方都充分承担其相应的责任,以确立公认的共同宗旨,实现将气温上升限制在 2 摄氏度以下的目标,同时通过鼓励采用可再生能源的方式使人类社会适应气候变暖。尽管如此,还应当进一步强化对各国的监督和约束机制。尽管美国表示退出《巴黎协定》,但它并没有阻止人类社会应对气候变化的进程,因为还有其他国家的承诺,如中国,不过协定的具体实施还有待未来的继续努力。

应对气候变暖还需要非国家实体承担起相应的责任,其中首要的是跨国企业的责任,因为竞争与合作之间的再平衡首先遇到主导商业活动的经济逻辑的制约。尽管很多企业自然地与应对气候变化的措施存在联系,而且通过声明表示在自愿的基础上承担责任,但这些企业都是自己来决定将要达到的减排温室气体的目标,这与各国期望自主治理和激励机制,而不是制裁的做法更为相近。自主治理(软法)意味着适用由企业的社会或环境责任引申出的规范和技术规范,或者是行业协定包含的规范(例如由国际航空和航海企业所制定的规范),或者是环境协定的规范(这些规范之所以被接受是为了回避约束力更强的立法)。所有这些规范的实施都取决于企业自身的良好意愿。然而,仅仅靠市场的逻辑还不能确保上述承诺得到遵守。正如教皇弗朗索瓦曾经有力指出的那样,当下应该放弃对市场的“迷信”了,即认为所有问题都能借助利益的增加而得以解决,唯有如此才能使必要的措施得以被采纳。

即便上面提到的那些措施被采纳,在缺乏制裁程序的背景下,其效果同样会有疑问。正如对于国家而言,应该通过实施制裁而将软法加以强化(特别是企业社会责任),当承担的义务没有得到遵守时就应适用制裁措施。但由此引起的问题是,国际法只适用于国家,那么谁来担当法官的角色?除非建立一个国际环境法庭来审理国家和跨国企业,那么就只能由国内法官履行实施制裁的职能,这在一些情况下已经有所显现。

但是,上述路径仍然显得狭窄,有必要将传统模式(主权模式和自治的自由主义模式)适应于保护气候这种全球公共产品。在这种情况下,对于国家而言,法律规则的模糊性可能导致国际法的“再国内化”,由此全面确立国家主权的地位。对于企业而言,通过立法强化企业在气候方面的责任,则有可能抑制企业自愿尽其努力。除非相反的情形出现,当企业承担起主要责任时,它们将转变为全球公共产品的护卫者,但这种从国家到企业的权力转移并不具有政治正当性。不过,这种情形却是经济的世界化的一种前所未有的发展形式。

(三) 经济的世界化和“新丝绸之路”

以经济为内容的世界化,其动力来自大国和跨国企业,从目前来看,它似乎还在西方的能动性与中国推动的实用性二者间徘徊,前者以主张适用西方有关投资的条约和仲裁机制的短期性为特点,后者则以建立基础设施和制订长期发展计划为特征。当西方将政治、经济和法律联系在法治这个意识形态之下时,中国则尝试将它们区分开来,有可能强化经济权力的自主性。当然现实的情况可能更为复杂。

中国政府自2013年提出了“新丝绸之路”(或“一带一路”倡议),为向西方的拓展开辟了两条道路,一个是陆上,另一个是海上,其交汇点可能是威尼斯。倡议的主要内容是建设基础设施(铁路、航空、港口和公路设施)。其关键内容首先是经济性的,但由于倡议本身是有数十亿欧元贷款支持的,因此,其影响已经不仅限于基础设施,而是与美国主导的跨太平洋自由贸易协定计划相对应。“一带一路”倡议由亚洲基础设施投资银行提供融资支持,其目标是要“建立一个完整的价值链,包括高科技、电子商务、金融以及法律服务”。〔4〕

该倡议的关键内容也具有政治性,包含地缘政治的精确考量,

〔4〕 A. Garapon, *Les «nouvelles routes de la soie»: La voie chinoise de la mondialisation*, 2016.

正如一些学者在最近的一篇文章中指出,英国地理学家麦金德早在1919年就说过,“谁统治东欧,谁就能控制心脏地区;谁统治心脏地区,谁就能控制欧亚大陆;谁统治欧亚大陆,谁就能控制世界”。但是,上述学者补充说:“除了陆上的控制,还有必要将对陆地统治的控制与欧亚大陆沿岸的海上交通相协调。”

对“一带一路”倡议的实质内涵已经有很多分析,在法律上看,需要进一步思考的是,它能否促成某种软法的形成,途径是组织争端解决机制,以及建立可靠的证据获取机制以便使相关司法判决能够在外国得到承认和执行。按照法国学者安托万·卡拉邦的说法,该倡议有可能促成中国的法官与其他法域的法官、国际司法机构的法官之间开展对话。但是,这种不同司法机构之间的协作仍旧比较复杂,正如李滨在其文章中提到的,这里涉及法律与权力之间的联系^[5],也涉及政治、经济和法律之间的联系。

为了更为清晰地看待这里的问题,我们可以参考弗朗索瓦·奥斯特最近出版的著作《法律服务于什么?》。该书通过将法律的各种用处、功能、意义相结合来寻求上述问题的答案,作者的主要观点是法律具有领航员的指引功能,相比之下,政治具有船长的领导功能。将这种比喻适用于全球化时,我们可以作出如下假定:全球共同体这艘航船并没有船长领导其航行(不存在一个全球政府);若干经济和政治上的超级大国可能扮演船长的角色,但在这些船长之间却无法达成一致意见。由此出现的情形是,有时船长缺位,有时若干大国争当船长,在这种情形下,法律这个领航员将要发挥其核心功能,但前提是这个法律应该是被所有人接受的、具有“普遍性”的法律。否则,当具有领航功能的法律落入船长的政治权力之手成为其武器时,就会导致持久的霸权,比如美国法的域外效力的扩张,特别是借助禁运法律和制裁海外官员腐败的法律而引起的域外效力扩张。

在过去十多年里,美国曾对外国银行或跨国企业作出不计其

[5] Li Bin, «La sécurité des investissements chinois dans le contexte de la nouvelle route de la soie: rôles respectifs du droit et de la force», à paraître.

数的处罚决定,这些决定通常是在与检察官进行磋商之后为了避免依法启动的刑事调查,使企业负责人免受监禁这种严重刑罚而作出的。罚金交付给美国财政部,其金额往往是几百万甚至数十亿美元(比如对巴黎国民银行的处罚金额为 90 亿美元)。

当然,中国的经济和金融实力能够使它寻求其他途径以摆脱美国法的域外性,这种域外性效力的产生有时只是因为合同金额以美元计算这种简单事实。例如,在 2018 年 1 月 18 日,一项石油交易就是以人民币为单位达成的,同时合同金额可以转换为黄金,由此中国或许在尝试某种再平衡,以限制美国域外效力的扩张,特别是,这种尝试可以促使其他交易主体加以效仿,例如欧盟可以尝试使用欧元开展类似交易。

尽管如此,市场本身则可能在全球事务上同时扮演领航员和船长的角色。从美国法的域外效力过渡到市场的自治,还不足以将经济的世界化实现人道化,因为那两种做法本身所引起的效果有可能是相同的。那些最弱的利益相关者在全球财富中的份额越来越少,进而可能丧失它们已经很微弱的个人自主性:比如雇员的处境越来越不稳定,原住民越来越因为资源穷竭和土地掠夺而变贫困;还有那些极端贫困人口越来越被排斥,因贫困而造成的不幸世代延续,所有这些情形都令人感到不安。

总之,美国、欧洲和中国对于经济、法律和政治之间的联系可能有不同的理解,但是它们可能对自由主义的教条却经常是都认同的(增长、利润和效率),但也都面临着同样的人类自身的非人化的风险,以及非人生命体的变异风险。对于自由主义而言,那些反对它的人民可能采取抵制措施,因为自由主义威胁到他们对“共同生活”的构想。经济发展是必要的,但当每个人只根据自己的利益来对待世界化时,它就可能产生消极后果,比如国家会将世界化视为征服土地和攫取资源的契机;而跨国企业则将地球,甚至是其他星球,仅仅视为开展经营的公平竞争场所。最近的研究还表明,在短期内(2030 年)世界范围内将形成若干“超级国家”,它们掌握着

全部权力，它们相互对立，以瓜分者的姿态行事。^{〔6〕}

要避免上述情形的出现，正如法国总统马克龙在西安的讲话（2018年1月8日）中提到的那样，“以一种对等的精神”建立新的丝绸之路。这意味着应当想象出一种“可以普遍化”的法律，其意义在于提供一种共同的法律方案，同时适用于政治和经济权力，将不同层面的世界共同体（国家、地方、超国家的区域以及超国家的全球层面）连结在一起。而这就是我本人和其他研究人员目前和今后开展的研究计划“迈向一个可普遍化的共同法”所要解决的问题。

当然，还应及时地制止掠夺者的出现，从而让目前的世界化转变为某种世界性，这种转变可以借用爱德华·格里桑的说法，它“是一种我们所有人应当进行的前所未有的尝试，是在一种真实的和令人敬畏的，将单一和多元相糅杂的方式构思出的时空中进行的尝试”。^{〔7〕}

三、迈向命运共同体的人类

我们处在所谓的人类纪，是一个人类发现自己能够影响地球未来的新时代，在这一背景下，命运共同体不再是一个无法实现的乌托邦。中国宪法在2018年的修订中增加了“推动构建人类命运共同体”的表述，就已经证明了这一点。这种大同的观念很早就出现在中国的历史中。大同的愿望是缩小生活在地球上的所有人之间的距离，这在儒家的理论中早已有所体现，此后很多文人学者，特别是清末的康有为在其《大同书》中做了进一步阐述。

中国的宪法修正案是第一次将大同这一理念转化为现实。2013年起提出的“一带一路”倡议旨在促成一种新型的世界治理模式，其必要性建立在各个领域里不断形成的相互依赖性，包括气

〔6〕 Carnets du Caps, *Le monde en 2030*, Ministère français de l'Europe et des affaires étrangères, Automne 2017.

〔7〕 E. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005.

候、移民、全球恐怖主义和金融危机等等。中国提出的“一带一路”倡议,其关键在于共享经济增长与发展。抓住这一关键本身的同时也可能会遇到某些风险,因为它可能与国家特殊性或者超国家的生态关注产生某些冲突。当然,“一带一路”计划也会促成多边合作,这在当下民粹主义和保护主义抬头的背景下显得尤为重要。

从表面上看,“世界性”或“世界整体”这样的新词汇似乎很不同,但它们的发明者,即出生在安的列斯群岛的作家格里桑和帕特里克·夏莫瓦佐(Patrick Chamoiseau),都是为了表达那种已经可以从某些片段中观察到的现实:“人类正处于一个史无前例的冒险之中,所有生命都被真实地、突然地牵涉到同一个时空之中,它是一个兼具单一和多元的错综复杂的时空。”〔8〕这种“史无前例的冒险”既是一种诗意的直觉,也是一种政治观念,它们与人类命运共同体的理念相汇合。但是,世界整体却不是一个整体帝国。世界整体表达的是一种富有诗意的团结的多样性,它将人与人之间的对等关系置于世界性的核心位置。

上述说法与大同的相同之处在于,它们并不是借助某种新的乌托邦或新的思想体系来有效“管理”世界事务,它们只是关于可能世界的某种新的叙述而已。除此之外,拉美的原住民们曾提出大地母亲的说法,它已被生态思想所接受,还有园艺学者提出的地球花园的说法,以及非洲文明中的乌班图,这些叙述都能激发人们的想象力。实际上,只有一种真正的“想象力的颠覆”才能在思考普遍的同时,不将其削减成为只属于某个集体或个人的利益,或者将其仅仅局限于我们自己的思想体系之内,而这恰恰是过去几千年中人们重复的做法。

在我看来,上述那些叙述本身包含着能够将充斥着各种冲突的全球化转变为命运共同体的三个条件,在满足下面三个条件时,命运共同体将会建立在一种共同法之上,这不是一个普遍的共同法,而是一个可以普遍化的共同法。

〔8〕 E. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, p. 23.

（一）承认相互依赖性

相互依赖首先是个事实，随着现实的发展变得越来越清晰并更加多样化，人们很难再否认它的存在：这种依赖性存在于人类群体之间（部落、国家集团、跨国企业）；存在于现在的人类与未来世代之间；也存在于人类与非人之间；以及作为“主体”的人与拥有“智能”的客体之间。但富有戏剧性的是，相互依赖性与国家主张或表现出来的独立性相对立，那种强调国家绝对独立的观点与主张连带团结的主权观念相对立。在欧洲，“民粹主义”的尝试已足够强大，以至于威胁到欧洲联合的奠基者们所构想的“联合于多样化之中”的模式。尽管如此，民粹主义的尝试只是某种幻想，它根本无法经受目前的各种社会挑战，金融危机、社会与卫生健康问题、恐怖主义、气候变化、与移民有关的人道主义危机，以及新技术发展带来的威胁等等，这些已经成为全球化的最严重问题，根本无法通过民粹主义来解决。

上述情形已经在 1992 年里约地球峰会上由正式的法律文件加以认可，当时通过的宣言中提及：“地球是以相互依赖性为特征的整体。”此后，《里约宣言》的上述说法在很多法律文件中被重复提及。2005 年，有关“相互依赖性的宣言”草案曾被提交给联合国，当时的初衷是该草案能够在《联合国宪章》通过 60 周年的联合国大会上被采纳。我对该宣言非常熟悉，因为我作为国际伦理委员会的成员参与了该宣言草案的起草，该委员会的成员中还包括法国前总理米歇尔·罗卡尔，著名社会活动家斯特凡·埃赛尔。尽管该宣言草案没有被联合国大会采纳，但它却影响了后来出现的许多决议，例如，2011 年的《世界人类责任宣言》，2013 年的《全球共生宣言》〔9〕，2015 年的《人类权利宣言》，关于气候变化的《巴黎协定》，2017 年关于环境权利的国际公约草案，以及将在 2018 年 12 月于摩洛哥开展讨论的有关移民的国际公约草案。

〔9〕 这是由法国著名社会学家阿兰·迦耶(Alain Caillé)教授联合若干来自世界各地的学者共同起草的文件。——译者注

承认相互依赖性进一步要求明确共同的目标。例如,2015年通过的有关可持续发展的17项宗旨目标;关于气候变化的《巴黎协定》将气温上升限制在1.5摄氏度或2摄氏度的目标;以及关于移民问题国际公约草案中确立的实现“安全、有序、正常和责任”的移民目标。当然,上述目标还应被进一步具体实现。由此,有必要将被迫接受的相互依赖性转化为一种共同促进的连带团结关系,其基础就是一种有关真正的共同责任的法律。

(二) 促进连带团结性

作为第二个条件,促进连带团结性在实现起来存在困难,因为它要求法律思维本身应该放弃那些习以为常的观念,其中最重要的就是那种将法律体系与国家相等同的观念。巴什拉在探寻一种新的科学精神时曾写道:“如果人们无法很快实现有序的多样性,则可以用辩证法来震动唤醒自我陶醉。”^[10]在美国总统特朗普通过各种实践表明他拒绝承认当今世界越来越相互依赖的现实这一背景下,这种唤醒很可能是十分突然的。换言之,在当下,解放“法律的想象力”是多么的迫切,正如巴什拉在提到精神的想象力时所指出的那样,这种想象力包括:深化(通过比较法和历史来实现)和在不同领域以碎片化方式的迸发(在国际法的商业、人权、气候等等领域)。

这里首先是国家之间的连带团结,因为国际法始终是由国家并且是为了国家而形成的。国际法上的创新体现在“共同和有区别的责任”上。这一责任体现在有关气候变化的各种国际文件中《联合国应对气候变化框架公约》、1992年《里约宣言》、1997年《京都议定书》、2015年《巴黎协定》,它在其他领域中也是必要的,例如涉及金融管制、有关移民管理的规定,因为它让国家承担起实现共同宗旨的责任,与此同时,允许以差别化的方式来承担责任。

考虑到各国的情况,不同规范之间的严格等级关系已经被转变为全球与国家两个层面之间的互动关系。这里的问题是,即便

[10] Gaston Bachelard, *La psychanalyse du feu*, Gallimard 1940, p. 9.

是像《巴黎协定》这样有约束力的法律文件，对于违背协定义务的行为，也无法像在国内法上一样能够直接受到制裁。不过，“软法”也可以经由不同步骤被转化为“硬法”。目前，《巴黎协定》已经规定了一个“透明度框架”，在该框架下，各国提供的信息将被公开，同时，一个专家委员会还被授权向公众公开相关信息，由此可能使有关国家受到公众意见的象征性惩罚。此外，违反《巴黎协定》义务的行为还可能受到一国国内法官的制裁，这是因为国内法官在解释国内法时会参考国际法的相关规定，例如，荷兰法院曾在 *Urgenda* 案的判决中认定国家没有恪守在《巴黎协定》下作出的温室气体排放的承诺，此后类似以国家为被告的案件不断出现在国内法院中。^{〔11〕}

这种有区别的国家责任，将各个国家孤立的主权（独立性）转变为连带性的主权（相互依赖性）。当然，抵制这一转变的力量十分强大，不同国家之间的立场也存在分歧。在欧洲，存在着反对连带团结主权的保护主义倒退，在美国，尽管尚未明确反对环境保护的承诺，但特朗普总统在一步步地拒绝共同和有区别的责任。

相反，我们看到“非国家”的行动主体的重要性在不断提升，包括经济实体和民间实体，它们与国家不同已经在全球层面上相互组织起来。这在跨国公司方面显得尤为突出。《巴黎协定》只是建议性地提出“促使金融资金流动符合温室气体弱排放的发展”（第二条），但这可以看作是对经济或金融方面的鼓励性措施提出了要求（例如包括碳排放税、温室气体排放额度的交易、绿色债券，以及银行业的“压力测试”，后者用来测试金融机构就气候变化对其稳定性造成风险时的抵御能力）。当然，还不确定的是，这种通过市场进行的自律是否有效率。

对国家而言，适用于非国家行动主体的软法也应被强化（特别是诸如企业社会和环境责任这类自愿承担的义务），其途径是当上述软法义务被违背时应当适用制裁（硬法）。但问题是，谁来担当有管辖权的法官？一种可能的方案是建立全球环境法庭，对国家

〔11〕 V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la terre*, Seuil, 2016, p. 239 s.

和跨国企业行使管辖权,例如,2014年有人建立了有关大自然权利的“法庭”,还有人在2016年针对孟山都向一个民间法庭提出了诉讼(涉及的问题是母公司和发包公司对子公司或下游公司的警示监管义务问题)。

面对来自政治和最强大的那些经济行动主体的抵制,民间行动主体能够扮演起主导角色,预示着未来世界公民的出现。在气候变化问题上,就是首先由气候问题专家和科学研究人员发出警示的。当然,也不能忽视其他“世界公民”的角色,他们也为警示气候变化付出了行动,特别是一些非政府组织,它们有的为了气候变化法律文件的制定和实施作出了重大贡献。由此,还应当进一步巩固民间行动主体的地位,使它们避免受到利益冲突的影响,确保它们一开始就能以规范的方式参与协商,并最终对促进正义实现的行动作出贡献。利益冲突的危险还应当促使人们在世界范围内明确科学研究人员和专家的地位,以确保他们的公正性和职权范围,但这对于那些拥有很少专家的领域而言则存在一定实际困难。

当然,还要避免非人化异变的风险,它与全球化相伴而生,当它导致人们按照同一个模式来统一行动时,就造成了非人化的异变。

(三) 保留差异

康德就曾担心,一个普遍性的共和国可能堕落为令人恐惧的专制。托克维尔则指出,民主的专制会使人类变得幼稚,以至于变成一群被驯化的动物。然而,没有人曾想象过市场、生物技术以及数字革命可以将追逐利润与效率的教条结合在一起,从而服务于一种温和的专制,人们很自然地参与到这种专制中去。

因此,最后一个条件是,要将那种开放式的命运叙述与那种更为狭隘的不给想象力和不可预见性留有余地的叙述区分开来,后者将人类的多样性缩减为“大市场”的格式化,利用生物技术实现对人的选择性制造,以及那种以机器增强的人格或人格化的机器人为内容的后人类幻象。

为了在承认相互依赖性的同时保留那些未知的差异,则应当

以有序多元的方式将差异组织起来并使差异之间形成某种相互吻合的关系，其核心是在相互依赖性基础上确定的那些共同宗旨目标。

这可能就是在有关文化多样性方面已有的那些规定内容（2001年《联合国教科文组织宣言》，2005年《文化多样性公约》）。一方面，《世界人权宣言》第1条规定的所有人享有平等的尊严，从而使该原则具有了普遍性；另一方面，联合国教科文组织关于文化多样性的宣言，其中第1条指出，文化多样性“对人类来讲就象生物多样性对维持生物平衡那样必不可少。从这个意义上讲，文化多样性是人类的共同遗产”，需要指出的是，该宣言是于2001年11月通过的，其背景是纽约发生的“9·11”恐怖袭击事件。同时，多元化“是与文化多样性这一客观现实相应的一套政策”（《世界人权宣言》第2条）。不过，联合国教科文组织的宣言也指出“任何人不得以文化多样性为由，损害受国际法保护的人权或限制其范围”（《世界人权宣言》第4条）。如果我们将文化多样性视为一种有生命的财富，是可以再生的，那么宣言的起草者并没有提供这样一种方案，它能将多元加以秩序化，将多元与普遍相协调。

为了构思出一种“可以普遍化”的共同法，法律精神可能需要向世界开放，这里可以借助不同的词语来表明，“可以普遍化”的共同法将包含一系列不同的过程。首先是通过对话实现协调，例如在各国立法和各国法官之间的协调。接下来更为远大的目标是一个和谐化的过程，和谐化可以类比为翻译行为，因为不同法律之间的和谐化需要承认不同国家实践之间存在相当性，这与不同语言之间的相互翻译过程很近似。例如在人权法领域，“国家自主空间”的做法可以用来判断不同国家实践之间具有相当性，还有，在国际反腐败合作领域，功能相当的观念也具有类似的作用。接下来，第三个目前还相对较少发生的过程是各个国家法律之间的相互融合以至于出现某种统一，这是一种相互融合的模式，由此产生出某些新的和出乎意料的结果，这可以用交融这个词来表达。这种融合过程能够丰富诸如“反人类”罪的定义，以及未来可能出现的灭绝生态环境的罪行这类概念，它们都建立在多样文化相互交

织的基础之上。

总之,人类命运共同体这一新尝试中的主人将是“不可克减权利的人”,它在 1993 年维也纳世界人权大会上就已经被提出。不可克减的人既不是与大自然相互分离的人,摆脱启蒙哲学的统治者,也不是后人类时代的由机器被动增强的人,而是抵御非人化倾向的人。不可克减权利的人了解自己知识的有限性、自己的不合理与不完美,进而不仅仅发展其认知能力,同时也发展其想象力、创造力和共生性。由此,为了避免进入停滞不前甚至会发生颠覆的危险区域,不可克减的人将发明出新的海上、陆上或空中道路,向着希望奋力迈进。

目 录

第一编 相对性与普遍性

总 序	3
前 言 发新牌	20
第一章 法律普遍主义的弱点或者思想不完善	41
第二章 法律相对主义局限性或事物的力量	182
结 论 超越相对性和普遍性:树立想象的标杆, 建设未来世界法律秩序	326

第二编 有序的多元化

前 言 一和多:不同的多元性	345
第一章 交互过程	363
第二章 组织级别	421
第三章 转变速度	457
结 论 正在形成的秩序?	492