

## 比较法律研究与法律全球化

米海伊尔·戴尔玛斯—马蒂 教授

李 滨 译，赵海峰 校

### 课程名称：普遍与相对<sup>1</sup>

#### 法律相对主义的局限（或事物本身的力量）

法律相对主义的最大敌人并不是普遍主义。尽管人权的“司法化”和“反人道罪”的出现，普遍主义仍然只是以零散的方式转化为实体法的，同时，普遍主义存在的种种弱点（模糊的概念，冲突的价值和缺乏实效的规范）使它并不能排除向相对主义的复归。我们甚至可以认为普遍主义的弱点有利于“帝国主义式的人道主义”的强大，它表达了一种占统治地位的相对主义观念，这一观念隐含在对普遍管辖权原则的民事或刑事适用之中。

这就是说，并不能仅仅从理论上来分析普遍与相对这一对概念，否则就会使人误认为其中一个概念的不充分性可以为另一个概念的有效性提供充分地保障。这是因为，相对主义本身并不是一个被统一化了的法律理论，它只是一个将对实践的描述——法律体系与道德界限的多样性——价值的多元化，以不确定的方式混合在一起的模糊用语，简言之，相对主义以宽容的名义允许并规定了分立主义与中立性的存在。而严格意义上的多元主义只是将不同的法律体系并列在一起而没有对它们进行融合，它同时假定各个体系之间具有政治上的独立性和法律上的平等性。但这种假定实际上与动摇相对主义基础的不平等和相互依赖性发生冲突。从这个意义上讲，相对主义最大的敌人在于事物本身的力量。

法律社会学和法学理论辞典、政治哲学辞典以及法律文化辞典都没有对相对主义做出解释。这一用语主要是指道德哲学和伦理，有关相对主义的争论则涉及关于价值问题一致性和不一致性。考虑到道德相对主义本身并非某种伦理观点，而是在描述性的相对主义基础之上形成的关于伦理的观点，或者说是一种超伦理，安妮·伐果—拉尔乔特曾经在国家伦理委员会的一次年会上对于宽容、不干涉这些道德态度提出了置疑，这一置疑可能对我们下面将要讲述的内容具有启发意义。对安妮·伐果—拉尔乔特而言，超伦理并不足以建立极端的规范相对主义，因为极端的规范相对主义“具有为了解决冲突而被转化为暴力的危险”。她得出如下结论：“难点在于发掘一个真正的交换所要求的各种条件，这种真正的交换不会引起丧失自我的恐惧。”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 本题目所包括的 2003 和 2004 年的全部课程内容已由色伊出版社出版（2004 年 9 月）。

<sup>2</sup> 安妮·伐果—拉尔乔特，“道德相对主义问题”，载《所有人的共同伦理？》，J·P·尚若主编，奥第尔·雅各布出版，1997 年，第 43 页及以下。

欧洲整合过程中存在的那些令人不满的方面表明了——有些时候甚至是以夸张的方式——为了实现上面提到的真正的交换的条件而要克服各种困难的程度。这是因为，欧洲整合的进程虽然缓慢，但它的发展程度足以使一部分学术观点变得强硬起来。这就是，以主要表现为拒绝（融合并进而统一各个法律体系）而并非寻求确保各个法律体系独立性方法为特征的宽容和多元主义的道德原则的名义，原先对各个法律体系的多样性进行的描述逐步退化成教条化了的相对主义（这种相对主义对一部分人来讲表现为单边主义，而对另一部分人来讲则表现为二元主义）。

毫无疑问地应当承认“体系”和“秩序”这些概念本身只是对各个规范性整体做出了非常不完美地表述，它们的界限是不确定和不稳定的，并超出了一国的领域范围，这种情形正如天空中的云，它们始终处于变化之中，使我们无法成功地确定其形状。但我的疑问是，上述情形是否起因于某种被颠倒了了的幻象。让·伽本尼埃所提出的多元主义的幻象到目前为止仍然与国家法始终具有优先地位的事实存在着冲突：多元主义“认为已经将两个法律体系之间的争斗拍摄下来，但它实际反映出的却只是其中一个法律体系与另一个法律体系的影子发生的争斗”<sup>3</sup>。不过，相对主义（被称为分立主义、二元主义或单边主义）的幻象在今天与下列事实发生冲突，即，尽管各个规范性整体表面上具有相互之间的非连续性，但由联合国宪章所宣示的各个国家之间完全平等与完全独立的事实并不存在。

不应当忘记的是，如果说法律与道德都具有规范性，那么在法律和政治科学之间也存在着法律和权力之间的关系。但问题是，上述关系虽然在私法上以及国际私法上表现得并不明显，但它却具有向国际公法的各个领域渗透的趋势，从而有利于政治手段而非法律手段的适用。从某种夸张的意义上讲，可以说国际私法适用似乎使人认为并不存在不平等，而国际公法则基本上表明尽管存在着不平等，但在国际范围内仍然是有法可依的。被认为不太具有实效而被低估了的国际法受到来自其相邻学科国际关系的侵害，而有关国际关系的学说理论则具有被美国本土大学所主导的特征，美国倚仗其“超级大国”地位而不对其反复践踏国际法的后果承担义务，并因而处于一种完全特殊的情境之中。

日本的国际法学者大沼保昭<sup>4</sup>在并不否认存在不平等的前提下，倾向主张国际法所具有的表达性功能（关于价值的表达与交流及其合理化与合法化）从而使国际法不被认为仅仅具有压迫功能，而这种功能则假定国际法是由审查和制裁机制保障其有效性的具有强制力的法律。通过从不同侧面考察权力的问题，大沼保昭将强者的相对主义与弱者的相对主义之间存在的差异区分开来。但即便是最强大的国家也应当顾及这样一个新的事实，即各个法律体系之间的相互独立性会由于在世界化下产生的相互依赖的情形而直接遭到置疑，因为相互依赖的情形突出表明了相对主义所具有的不仅仅是政治上同时也是法律上的局限性。

事实上，从经济流动和国际金融一体化的意义上讲，目前的世界化已不再停

---

<sup>3</sup> J·伽本尼埃，《法律社会学》，PUF出版社，1978，第214页；四马系列，1994年，第361页。

<sup>4</sup> 康昭尾沼，“国际政治中的国际法及与国际政治有关的国际法：国际社会中国际法的功能”，载《欧洲国际法杂志》，2003年，第14卷，第1号，第119页。

留于先前的水平，而进一步在法律上具有“打乱了国界”的特点<sup>5</sup>。由于同时呈现出人员与资产流动的增强和无领土、不需要实物接触的虚拟空间形成的特点，世界化采取了前所未有的法律形式，由于“全球化”这一用语具有时空扩展与整合性或全面性视野的双重含义，它无疑能够更好地表达出这种前所未有的法律形式的韵味。

所谓“国际”法的主体，不再局限于国家而包括某些私人。与此相对应的是，被限于一国领土范围内的国内法，虽然可以根据域外效力条款或国际合作协定而使其适用范围得到扩张，已不再是充分的法律框架。不论是罪犯的跨国流动，还是在虚拟化了的空间内以电子速度发生的非物质流动（货币流及信息流），以及在世界范围内到处可以感受到的各种风险的全球效应，这些情形都表明，全球化正在改变着可以用来在空间与时间上确定各种法律关系和决定各个法律体系运转的坐标。

## 1、全球化的犯罪

刑法似乎是特别倾向于相对的法律领域：“一条河流将可笑的正义分割！在比利牛斯山以内是真理，而在比利牛斯山以外则成为谬误……小偷、乱伦、谋杀儿童和亲父这些行为都曾经被视为合乎道德的行为”。在帕斯卡之后，孟德斯鸠还将自然法与实在法作出区分，他认为实在法是“如此适宜于它的适用对象，以致于一个国家的法律能够适应于另一个国家则完全是偶然的”<sup>6</sup>。不过，他仍然对相互依赖的机制做出了界定：“两个国家之间有了贸易，就彼此之间相互依存”。他补充到“虽然贸易的精神把不同的国家连结起来，但它却并不以相同的方式连结个人”<sup>7</sup>。那么，在今天，是不是商业精神要反过来将多国企业这些私人主体联合在一起或者更为保守地讲将它们之间的距离拉近，而各个国家在法律上，特别是在刑法上仍然保持相互隔绝呢？

世界贸易使各个法律体系发生趋同化，因为它更加强调竞争者之间的平等。虽然一个国家内部的不平等对世界贸易来讲并不重要，但是竞争伙伴之间的平等则是不可或缺的。为了使竞争活动在平等的条件下进行，就应当成功地建立起平等的基础（平整游戏场地）。在这方面，刑事制裁比行政或民事规则表现得更为有效。但其前提是要放弃相对主义以便在一定程度上融合各国法律有关定罪与惩罚的规定。

因此，并没有令人感到惊讶的是，自由主义在打破贸易的界限之后，通过将经济空间从政治领域分离出来而促进了管制的放松，要求回到针对上述经济空间与政治领域相分离情形而做出调整的刑法上来。由于不可能统一各国的刑法，为了完善缓慢和低效的合作，最近有关国际法的各种安排似乎更加倾向于采取将各国刑法予以融合的做法，这方面的规定涉及在一国领域之外发生的腐败行为，以

---

<sup>5</sup> A·J·阿尔诺，《法律理性批判》，第2卷，无国界治理，在全球化与后全球化之间》，LGDJ出版社，2003年，第31页。

<sup>6</sup> 孟德斯鸠，《论法的精神》，伽利玛出版社，昂星系列，第237页。

<sup>7</sup> 同上注，第585和第596页。

及更为广泛意义上的跨国犯罪，包括从诸如贩卖奴隶这种非常古老的犯罪行为到最新出现的产生于全球化并被认为与所有全球化犯罪都存在横向关系的洗钱犯罪。

从发生在国家领域之外的腐败到跨越国界的犯罪，以及无国界的恐怖主义，有关国界的观念正在逐步被削弱。

### *国界外的腐败*

有关腐败的概念仍然与各国的历史与文化有着深厚的联系。如果说孟德斯鸠将道德与民主政府相联系（腐败则是道德的丧失），伊斯兰法则区分有关腐败的世俗概念和将腐败视为“世间的混乱”的宗教概念，后者包括那些各种被认为有损于宗教训诫的行为。

相对主义最初似乎并没有公开地受到国际法规定的威胁。反腐败公约（联合国，2003年）的序言规定了同时保护国家利益（国家资源、政治稳定和可持续发展）和被认为具有普遍性的价值（民主的制度和价值，伦理价值和正义）免受某些全球化行为的损害（“腐败侵害到所有的社会和所有的经济制度”）。事实上，虽然使用复数的关键词在一定程度上削弱了它所具有的意义，但它还是表明：“腐败侵害到所有的经济制度”。在这方面，经济合作与发展组织的公约（《打击外国公务人员在国际商业交易中腐败行为的公约》，1997年）的观点更为明确：“引起严重的道德和政治忧虑的腐败影响到公共事务的良好管理和经济发展并扭曲竞争的国际条件”。

上述公约的出现是因为市场受到了影响。为了确保交易的自由与顺畅，竞争不应当被扭曲。应当让规则来代替弱肉强食关系下的纯粹暴力。这就涉及到迪尔凯姆及其有关合同的分析，他认为合同“并不能满足自身的需要”，因为合同只是由于存在着“产生于社会”的管制才成为可能<sup>8</sup>。但这种源于社会的管制并不象他所认为那样，仅仅指组织上的连带关系和具有回复功能的制裁措施。在由国际法确立了刑事制裁的全球经济空间中，刑法占有首要的地位。

这里的问题已经不再只是地理范围的简单扩展，而是要回答有关的变化是否会导致对伦理价值的偏好，而这种偏好可能将我们带到普遍主义，还是仍然要服从于经济束缚。虽然明确表达出来的宗旨是对人权普遍价值和法治与民主原则的重申，但实践则更为模糊，因为它还没有完全用对全球利益的保护来取代对国家利益的保护，而主要是表明了带有公共和私人特征的世界性、国家和区域性的各种利益之间的相互重叠。

对国家领域外发生的腐败实施打击，以典型的方式表明了普遍主义和全球化之间存在的差异。一方面，普遍主义似乎要求一个建立在垂直模式上的传统等级式的世界化法律，它将国家权力的运用技巧移植适用于超国家式的控制（如欧洲的两个法院或国际刑事法院所实施的司法控制）。但人们清楚，在刑法方面各国

---

<sup>8</sup> E•迪尔凯姆，《社会工作的划分》，PUF出版社，第9版，1973年，第193页。

之间的对抗是极为强烈的。如果要使腐败的司法控制国际化，那就要通过其他途径来实现，即通过更加横向的同时在表面上不太具有约束力的*国家间*的途径（相互评价），包括*跨国*的途径（公/私伙伴关系）来实现的。

这里就产生了有关私人化倾向的疑问，即在达成一致的表象之下可能存在着民主制约的空白。这是因为，横向整合（自律，相互评价）与垂直整合（由国家实施的司法控制）的混合，以及将诸如经合组织公约和各国刑法体系的硬法与诸如行动指南和行为标准的软法相结合的做法，导致了定义的不确定性，它影响到规范的可预见性。试图使各国法律趋同但又不消除其多样性这一努力过程的复杂性进一步加重了法律的不安定性。此外，正是为了超越国家和国际实践上存在的差异性，参与经济活动的主体提出了在公主体与私人主体之间建立伙伴关系的观念，这种伙伴关系特别是要建立在涉及武器和防御设施的交易上（这一行业的利润极高，其佣金可以达到合同金额的30%至45%）。这种伙伴关系的模式最初是被当作国家法律体系的边缘而被构思的，但它的适用范围可能会扩大，以致最终有可能使国家法反而被边缘化。经由私人控告而被工具化了的刑法，可能会转变成以确保整体运作为目的的强制手段。

发生在国家领域以外的腐败这个例子促使人们认为，国家不再是权力运用不可逾越的障碍，并有可能在以经济全球化和政治主权局限性为特征的广泛互动网络中转变为一种工具。

还需要证实的是，上述观点是否可以同样适用于其他领域，特别是跨国界的非法交易。

### *跨国界的非法交易*

贩卖奴隶与贩毒并不是始终都被界定为犯罪的；它们是随着国界开放而不断得到发展以后才被界定为犯罪的。对这种罪行化的发展过程可以这样解释，即由于贩卖行为的客体由于其危险性而遭到禁止（贩毒以及贩卖武器和具有污染性的垃圾，等等）；也可以这样解释，即贩卖行为的客体不属于交易的对象，如文化财产（贩卖艺术品），人体产品（贩卖人体组织）或人类自身。因此，受到禁止的不是商品而是商品化，这方面具有代表意义例子的就是贩卖奴隶和人口。

上面的两个例子虽然远未穷尽跨国非法交易的问题，但它们提醒人们这些行为虽然在今天受到了制裁，但它们并不是自始至终都被禁止的。不应当忘记的是，废除奴隶制最初只是一国的国内事务（各国是根据其商业利益而对贩卖奴隶表示支持或反对），同时，对平等的承认以及后来才出现的所有人都具有平等的尊严这些普遍性的观念只是在相当晚近的时期才转化为实体法的。法国大革命尽管坚持人权的普遍性，但只是在1794年才废除了奴隶制，而在几年后（1802年）则又被波拿巴所恢复，最终则是在1848年才予以彻底废除。“新的奴隶形式”的出现，即被称为“当代的”奴隶制（联合国第二号议定书规定的包括家庭奴隶、性奴隶或与非法劳工联系在一起的奴隶形式），并没有完全消除国家利益的遗迹。因此，将这些奴隶形式规定为犯罪可以说既是对国家利益的波动也是对普遍价值出现做出的回应。

将贩毒行为定为犯罪，并进而制裁对贩毒获利进行清洗的洗钱犯罪，其背景是“反毒品战争”。在美洲，对毒品的超量消费曾经促使大型卡特尔组织采取越来越复杂的做法以在国家经济中，例如特别是在哥伦比亚，通过进出口公司、不动产公司和面纱公司这些途径来收回并重新注入数目可观的巨额资金。金融周转圈的国际化已经开始令美洲国家领导人感到不安，他们在寻求其他方法来取代在追回资金方面的有效性受到怀疑的刑法手段。诸如“回收资金”或“斩断蛇头”这样的口号促使民事和刑事程序发生混合以及重新构建资金的周转，这就要求采取将主要的金融和银行中心联系在一起以制定协调一致的政策的全局策略。

这里要区分两种运动。一是对各主要非法交易的逐步定罪化过程，这一过程由于表现出某种相对主义（指向国家利益）与普遍主义（援引人权与人道）的混合而仍不明朗；另一个则是可以称为“超定罪化”的运动，因为它促使越来越具有打击犯罪性质的刑法规定的出现，从而表现为相对主义的倒退并有利于倾向统一的犯罪制裁。但这种“超定罪化”的运动的目的并不是要保护普遍价值而是为了使针对随着金融全球化而产生或被激活的洗钱和有组织犯罪这些新概念实施的打击具有可操作性。

有关对反洗钱罪规定的强度与其在回收资金方面发挥的微不足道的效果之间存在着惊人反差，人们由此开始怀疑这个显然无效的策略，即，它真正的宗旨并不是要使在政治上被更合理地称为有组织犯罪的这个领域内刑法的强化得到合法化。

令人担忧的是，“有组织犯罪”或“犯罪组织”这个主要是犯罪学而非法律概念的起点和终点被忽略了。在没有国际定义的前提下——因为例如反跨国有组织犯罪的巴勒姆公约（联合国，2000年）或反腐败的梅里达公约（联合国，2003年）都只是以某种迂回的方式援用那些被认为是“严重”的犯罪组织而做出规定的——有组织犯罪这一概念就只是一个立法者可以用来在任何领域实现强化打击犯罪的空洞表述。

由此，有组织犯罪的概念会成为所谓的“特洛伊木马”，它使“超定罪化”或更为确切地讲对犯罪“过分打击”的模式渗透到刑法体系中去，这一模式涉及的特殊程序（拘留的延长和超出一般规定期间的临时羁押，以使犯罪人获得免于处罚为条件与其进行的交易）适用范围的扩大以至对原先只是由情报和反间谍部门使用的新型侦查手段（卧底行动，非法的域外逮捕，在建筑物中使用窃听设备或卫星定位仪器）的运用。

上述“超定罪化”模式最初是美国为了获取证据和情报而通过相互协助条约这种双边方式加以运用的，美国并没有因为上述措施不尊重嫌疑人和受害者的基本权利而感到尴尬，这种模式目前已经被移植适用于多边的法律体制，但是由于这一“超定罪化”模式本身观念的缘故，有关人权保护的法律文件始终没有得到应有的重视。如果说刑法的相对主义可能会在上述跨国犯罪的领域内逐步消失，那么这种消失并非以普遍主义而是以占主导地位的超级大国具体实践的名义实现的。

这种充满火药味但未必有效的“超定罪化”概念，在打击无国界的恐怖主义问题上同样占据了优势。

### *无国界的恐怖主义*

假如有一种犯罪与一国的国界有着密切的联系，那么这种犯罪就是恐怖主义。不能忘记的是恐怖主义这一用语是在法国大革命时期出现在法律话语之中的，当时的制宪会议在面临外国入侵和国内危机的情形下，以“恐怖统治”的名义制定了一系列特别措施。但是，恐怖主义已经转变为针对国家的恐怖同时国家恐怖主义也并未因此而消失的事实，并没有使给恐怖做出公认的定义变得容易起来。虽然刑法上的大多数归罪都同时具有打击和表达的双重意义——惩罚杀人行为同时也是对生命权的承认，正如惩罚盗窃行为同时就是对财产权的认可——，被定罪为“恐怖主义”的行为可能是针对人或物而实施的，还包括那些同时对人和物实施的恐怖主义行为；就此而言，恐怖主义并没有表明任何特殊的价值，将恐怖主义定为犯罪仅具有打击的含义：即强化打击那些与危害国家利益有关联的有组织的暴力行为。

因此，并不令人惊讶的是，在没有公认的定义的前提下，恐怖主义并不属于国际刑事法院的管辖范围，除非一些恐怖主义行为被认定为构成反人道罪。

但实践本身却发生了根本的变化，这就是随着世界各地电视系统对 911 袭击的转播，这一事件以某种不可逆转的方式加深了人们有关跨国恐怖主义向无国界的恐怖主义转化的记忆。如果说恐怖主义组织利用了包括技术、金融和传媒在内的所有全球化的手段，那么恐怖主义本身则从此被视为对全球化的直接威胁。因此，恐怖主义成为 2004 年达沃斯论坛上的讨论主题之一则绝非偶然。

曾经反对法律国际化的相对主义在这里似乎被全球化宣告了破产。不论是将犯罪嫌疑人或罪犯从欧洲的一个国家遣送到另一个国家，还是将恐怖主义视为侵略行为或将其作为战争行为予以打击（联合国 2001 年 9 月 12 日和 28 日的两个决议，美国 2001 年 10 月 26 日制定的国土安全法），从某种意义上讲，911 事件后实施的法律文件将逐步消除在打击犯罪上的国家界限。

虽然有关国家拒绝将恐怖主义纳入国际刑事法院有权管辖的各种罪行之中，但还是出现了某种以促进国际间合作为目的的“非政治化”运动。人们看到，从 80 年代以来，国际刑警组织虽然有关其地位的规定不允许它介入政治性和恐怖主义事件，但它的活动范围仍然得到了不断地扩张。在未来的十年中，恐怖主义问题将明确地被纳入欧洲警署的权限范围之内（1995 年关于欧洲警署的公约，该公约于 1999 年生效）。最后，真正重大的变化发生在欧洲，这就是 2002 年 6 月 13 日同时通过的打击恐怖主义的框架决议和建立欧洲逮捕令的框架决议，这两个框架决议针对包括恐怖主义在内的 32 种犯罪行为取消了原有的引渡程序并要求将犯罪嫌疑人遣送于请求国。

因此可以说，国际恐怖主义向全球恐怖主义的过渡表明了法律相对主义的倒

退，甚至是失败，但这并不意味着有利于普遍价值（尊重人权并不是打击恐怖主义犯罪的首要考虑），但这种倒退或失败的原因则在于全球化了的观念。

各国对 911 袭击事件的反应不仅仅是重新强化刑事打击的力度，同时还表现为对恐怖主义的非政治化产生更为激烈的置疑。将为恐怖主义提供经济支持的行为规定为犯罪和刑事打击的全球化，使在美国和欧洲都发生了内部安全和外部安全之间区分的消失，或者说，战争与和平之间区分的消失。

通过指出 911 袭击“是对国际和平与安全的威胁”，联合国（2001 年 9 月）的上述决议标志着内部安全与外部安全之间区分，同时也是刑事打击与战争之间区分逐步消失这一过程的起点。从 2001 年 10 月 26 日起，在美国被简称为国土安全法<sup>9</sup>的法案扩大了总检察官的监督权力，赋予其采取行政监听和警察羁押的权力，这表明了刑事司法特别规定得到强化，这些权力的适用范围还超出了对恐怖主义行为的调查，该法案所使用的“告密与卧底”的用语（国土安全法，第 213 节）允许联邦政府在所有联邦刑事案件调查中提出“秘密搜查”的请求。但该项法案还在更深层次的意义标志上标志着刑事打击向“国际反恐战争”的过渡。例如，根据一项在英国被称为“法律黑洞”的条款的规定，大多数外国犯人都被关押在美国本土之外的关塔那摩军事基地。为了不给予被关押者战俘的地位，美国政府援用了最高法院在一个古老的决定中使用过的“非法战斗员”这一奇怪称谓<sup>10</sup>。国土安全法在更大的程度上允许用卧底行为代替调查并排除适用刑法体系中的保护性规定。通常在外交事务领域中有权采取监听和行政安全搜查行动的联邦情报部门，则从此可以根据国土安全法通过利用行政领域较为宽松的标准而介入到犯罪调查中来。国土安全法的有关规定甚至授权各个国家部门之间的情报交换，这一规定可以使通过监听和其他秘密搜查获取的情报在不受任何司法控制与保护的前提下被泄露。国土安全法的宗旨显然超出了刑事调查的范围，它是要通过利用相互链接的数据库而将情报全球化。

最后，2004 年财政法在情报方面又迈出了补充性的一步，这就是允许联邦调查局在没有司法授权的前提下通过简单的行政程序来获取金融机构的数据信息，需要指出的是，该法将保险公司、旅行社、不动产公司、股票经纪人以及珠宝商、赌场和汽车特许经营人都视为金融机构。

这种将安全与情报混淆在一起的同时涉及国际安全和国内安全事物的做法也发生在欧洲。除了自 2001 年起各国通过的强化反恐怖主义的立法外，还可以看到的是与欧洲一体化的三个支柱相对应的三种警察行动之间发生的混淆（有关财政的警察行动，该行动构成第一个支柱的组成部分并受到反欺诈公署的领导；维护和平的警察行动，该行动属于第二个支柱的组成部分并主要是由宪兵以对危机做出非军事和军事管理的名义来承担；最后是属于第三个支柱组成部分的欧洲警署及其开展的行动）。上述三个领域的警察行动的相互混淆似乎是得到了那些主张“将外部安全投资转向内部安全”的国家的支持。这种混淆带来的风险是，促使有关人员以外部安全事物的名义干涉有关内部安全的事务，或者相反地，当

<sup>9</sup> 通过提供阻止和截断恐怖主义所需的适当工具而联合和强化美国的 2001 年法案，第 107—56 号法律公报。

<sup>10</sup> 美国联邦最高法院在 2004 年 6 月 28 日做出的判决中分别承认了美国犯人（哈姆迪与其他人诉拉姆斯菲尔德，拉姆斯菲尔德诉帕迪拉）及外国犯人（拉苏尔与其他人诉布什）享有的一些权利。



欧洲反欺诈公署决定对有关恐怖主义的财政活动实施调查时，则会将有内部安全的事务（本属于欧洲警署的权限之内）纳入到有关欧盟财政管理的事务中来。

所有这些情形都表明了犯罪的全球化与涉及金融或信息的非物质流动是密不可分的。

## 2、非物质流动

911 袭击事件典型地表明了恐怖主义、金融流和信息流之间的相互联系。如果说“全球”犯罪确实存在过，这不仅是因为受害者和犯罪人分别具有不同的国籍，犯罪所指向的目标是全球性的；而且更主要地是因为犯罪人全面掌握了对全球化主要工具的利用。因此，可以认为互联网通信使 911 袭击的准备和实施成为可能，而 911 事件的组织者本身同时也是非常老练的金融资本主义的参与者。这就是刑法学者开始放下对恐怖主义者以及受害人的心理进行犯罪学的研究而热衷于分析经济、金融的非物质流以及银行的有关规定。

如果说“非物质”比“物质”显得更为中立，那么必须指出的是，这要取决于中立所具有的含义，因为中立并不是非运动的；恰恰相反，中立的力量在于其灵活性和摇摆性以及罗兰·巴特在提及“振动时间”这一问题时所讲到的“振能”，在这方面，他举出了玩桌球人的击球动作这个例子，即“这种准备击球的动作从表面上看是犹豫的，但实际上则是非常灵巧的”<sup>11</sup>。全球化不再仅仅指人和物从一个区域到另一个区域的流动，而是在非地域化的空间内自我发展着，互联网上信息流动或者金融市场上的相互交换正是由于其非物质性而必然是全球化的。

在上述情形下，特别是对于全球化的犯罪而言，法律的相对主义显现出局限性。正因为如此，“全球治理”成了为治理没有世界政府的全球化而被提出的十分具有吸引力的话语。但实践却几乎并不与上述宗旨相吻合：国家法仍然具有重要的作用，通过区域性或世界性的多边协定制定的全球策略有时候也是以单边的方式被强加的。还需要明确的是，上述不同的策略是怎样相互结合在一起，例如金融流动与信息流动相结合，从而以实用主义的名义唤起对相对主义的超越的。

### 金融流动

在金融问题上，目前在世界范围内存在着无法解决的由税收和银行天堂引发的各种问题，法律在这些税收和银行天堂不发挥任何作用，这一情形有利于犯罪网络的运转并对竞争规则造成了扭曲。

上述税收和银行天堂并非只是在今天才出现的，但是，自 1985 年放松管制以来，在税收征管薄弱的金融区域进行的直接投资得到了大幅度的增加。不过，如果说全球化促进了投资向税收和银行天堂的流动，全球化也使这些税收和银行天堂相反变得更加难以维系，原因在于它们引发的负面的连锁反应（多米诺骨牌

---

<sup>11</sup> R 巴特，《中立，法兰西公学讲座》，1977—1978，色伊出版社，2002 年，第 174 页；另参见《中立的主动》，同上，第 116 页及以下；《思想范围与权力》，同上，第 126 页及以下。

效应),“黑名单”就是在这种情形下产生的,这就是通过“黑名单”的做法来点明那些税收和银行天堂并对它们予以谴责。虽然不同的黑名单所涉及的利益性质并不相同,但还是应当对各种黑名单做出协调,这些通过建立“黑名单”而需要保护的利益包括打击犯罪(财政行动小组),保护税收的考虑(经济合作与发展组织)以及金融稳定(金融稳定论坛)。各种需要保护的利益之间的差异使人们对集中在几个核心事项上的关键问题产生了怀疑,这是因为人们忽略了这样一种事实,即离岸的税收和银行活动场所不仅为重要的犯罪行为所利用,同时也被多国企业在尝试规避税收规则及其本国公司法的过程中所利用。从银荣案到帕玛拉特案,最近出现的金融丑闻事件似乎使所有的法律体系都遭到置疑,这就是各国分散和不稳定的立法规定不仅使法律表现出无能,同时还引起了因适用域外效力条款而扩大国家管辖权的风险。实际发生的情况是,法律由原先存在着空白而变得为过为繁,从法无规定而发展到规范的泛滥。

法国法就表现出这一特点,各种法律改革措施(2001年关于新的经济管制的法律,2002年有关有限责任公司的立法,2003年关于金融安全和促进经济发展的立法)形成了非刑法化的局面,在经济刑法由于适用于大多数公司违法行为,特别是滥用公司财产行为的佩尔潘二号法律所引入的“有罪辩护”程序而被削弱的情形下,上述非刑法化趋势的影响范围则变得更加广泛。

如果说规范的泛滥并不能保证其有效性的话——现有的法律文本正因为如此而要求进行改革——,毫无疑问的是,这种规范泛滥本身也伴随着在金融市场没有世界政府的情形下各国立法的分散性。当然,目前主要的世界性立法规定是美国的萨班—奥克斯雷法案(2002)。在法国对有关金融管制的法律非刑法化和欧洲将各国金融立法加以融合的同时,美国却通过制定适用于所有在美国上市企业的立法而开始了将金融管制的规范罪行化与国际化的运动。

有人指出“在由于市场的相互关联而产生法律冲突的领域内,经济公法被大规模地引入并伴随着典型的诉讼政治化”<sup>12</sup>,这一情形模糊了国际私法传统理论中通过公法与私法的严格划分而形成的确定性,并表明有必要对传统的法律分类进行更新。相反地,属于国际公法性质的由世界贸易组织争端解决机制处理的诉讼,尽管被认为具有国家间的性质,但它“非常直接地涉及到参与经济活动的私人的利益,甚至与私人的利益相混淆在一起,以至于国家显然在事实上成为这些私人利益的代言人”<sup>13</sup>。

这里出现了私法的政治化和公法化,以及公法的私法化:人们可以就此衡量经济和金融的全球化在多大程度上打乱了我们已经习惯了的并认为不会改变的法律秩序。但对于上述现象并不可能花时间来从整体上来重新思考。在由各个法律体系所构成的黑板上,人们很少去擦掉一些线条,而是在这些线条之间或者在其边缘主动地去添加一些内容,从而渐渐地改变整个图画。当对图画做出的修改变得十分明显而不能再被忽视时,人们就会对这个图画赋予一个尽可能庄重和肯定的名称,这就是“全球治理”。

<sup>12</sup> H·慕伊尔·瓦特,“市场的全球化与国际私法的和谐”,载《处于幻想与乌托邦之间的全球化》,达鲁兹出版社,2003,第245页。

<sup>13</sup> H·瑞兹·法布里,“国家间经济争端解决的司法化”,载《仲裁杂志》,2003年,第3期,第897页。

不同于仅限于公司法这一私人领域的“公司治理”以及意味着在国家公共事务管理方面制定良好的实践规则的“良好治理”，“全球治理”使人认为存在着一个我们将要讲授的一个学科，但目前这个学科还只是停留在梦想的阶段<sup>14</sup>。简单地讲，处于不断演变之中的全球治理首先表现为通过非物质流动而释放出的能量。它看上去不是某种固定的模式而是一种运动，一种可以增多交互界面的将事物予以转化的动力，是某种不可思议的交汇地点，在这里公与私、硬与软相互交错但并非相互结合。

在想象出以某种方式将影响环境的噪音转化为某种尽可能和谐的复调音乐之前，还需对其他领域进行考察，特别是以互联网为特征的信息流动这一领域，在该领域中，留给国家法的相对主义观念的空间似乎在更大程度上被削减。

### 信息流动

从金融流动到信息流动，这种变化所涉及的问题既不是放松管制也不是减少约束，而是出现了一个不能被看作是某种区域的空间（因而具有虚拟性），它不具有私人性质，也不具有公共性质，而只是处于法律以外的一个空间。在这方面，法律相对主义的问题并非以与以往相同的方式被提出，这是因为，在这一领域中，自我约束出现在国家规范之前。但这种自我约束不再足以解决由于信息流动而产生的问题，各国因而不可避免地对这种情况做出回应，这就要求在自我约束之外还应增加由各国司法机构适用的具有较强约束力的民事、刑事立法规定。在这方面，美国制定了千年数字版权法案（1998年10月28日），从而将其本国的知识产权立法根据新技术的需要做出调整，中国则制定了互联网管理的规定（2000年10月1日），而法国也在2000年（对证据法的调整，实施网上服务和数字电视的条件，远程公共拍卖）及2004年（数字经济）通过了三项有关的法律。但自911后，在欧洲层面上国家法被超越，国际化逐渐得到强化（2001年欧洲理事会关于网络犯罪的公约，2002年欧洲联盟的指令，2003年关于制定“打击侵害信息系统行为”的框架决议的建议）。在世界范围内，关于信息社会的日内瓦首脑会议（2003）最终通过了“建立信息社会”和迎接“新千年的世界挑战”的宣言，呼吁由联合国秘书处建立一个关于“互联网管理”的工作组。

还应当明确的是如何在没有指挥中心的数字网络中实施上述宗旨：这些数字网络中既不存在权利主体，也没有权利客体，而只是被视为某种“通道”或者说是某种“轨迹”（形成于网络服务提供商，储存器，数据编辑者以及最终用户即网民之间）。这里尽管存在着无形的使国家法被超越的事物本身的力量，但对这种“虚拟”空间仍然需要实施“约束”或“管制”（但这些动词无疑是太严格了），在这个虚拟空间中，信息流动是按照其轨迹“实时”发生着的。

虚拟空间的出现提供了准无限链接的可能性，这种链接是按照由信息处理速度加快的节奏进行的，而各个法律体系却是以有限和稳定的时空框架为前提

---

<sup>14</sup> 按照M·福柯的观点，新的政府技术正如所有技术一样，在它的历史和发展过程中表现为三种形式：首先是梦想，然后是实践，最后成为一门学问，载《说和写》，伽利玛出版社，1994年，第4卷（1980—88），第821页。

的。网络与法律的对立虽然有利于网络自身初期的蓬勃发展，但随着冲突的出现，目前则引起了为虚拟空间所特有但却违反法律本身存在条件的法律问题，这些法律问题具有同一时间多处存在的特征。互联网由于其在同一时间多处存在的特点而不可能对其实施空间定位，国家实施的管制因而会被规避，但这并不是因为理念的缘故而主要是在于客观事物本身的力量，从互联网本身的性质上看，它似乎必然要求实施自律：正如同金融流动的情形，在信息流动中由各个主体形成的三角关系表现得十分明显，这就是在公权力主体，市民社会和参与经济活动的主体之间形成的关系。

同一时间多处存在性也成为在可以同时适用的不同法律体系之间实施权限划分方面一个重要的障碍，它增加了潜在的管辖权冲突并要求实施“共同管制”以实现在传统的管制方式（更接近欧洲的观念）和在美国占有主导地位的自律手段之间寻求平衡，自律手段之所以在美国占有主导地位，原因在于美国实施的自由经济政策和赋予各州缔结契约与建立合同关系的宪法体制。

在同时享有管辖权的多个司法机构间存在着冲突的风险，其原因在于网络本身所具有的同时时间多处存在的现象。不论是适用属地原则（根据法国刑法典第113条之2第2款的规定，“在一项构成犯罪的事实发生在该领域内时”，有关的犯罪行为则被视为发生在本国之内）还是积极的或消极的属人原则，信息交换具有的同时时间多次出现的特点似乎可以赋予国内刑事法官准普遍性的管辖权。对于民事法官而言，标准的选择则特别困难：从普遍管辖的某种可能性中推导出现存的所有法律的可适用性将导致产生彻底的法律不稳定性；而来源地的标准则会使美国法占据主导地位，并有利于各种指向“信息天堂”的欺诈性逃避，而这种情形并不是纯粹的假设；而依据信息所针对的“目标”（依信息载体所使用的语言，表达的方式，关于网址的概念，信息发出的性质来确定）这一标准则可以赋予法官重要的权力。

一些诸如雅虎网站有关纳粹言论的事件还表明，在信息具有的同时时间多处存在这一特征之外，以普遍价值的名义主张网络结构本身就是保障由美国宪法规定的具有准绝对意义的表达自由这一哲学论断也增大了互联网管制的困难。针对法国法官在雅虎案中做出的决定而出现的暴力抗议证明了在虚拟世界中承认文化相对主义要比在现实世界中更为困难。

“实时”交换的迅速性也增大了法律管制的难度。互联网并没有满足于引入信息在同一时间多处存在的现象，而是进一步增加了即时性，这种即时性改变了新闻法曾经谨慎地在出版者、作者和生产者之间确立起的被称为“连锁式”的责任制度。在网络上，同一主体可以在事实上扮演不同的角色，因此将有必要依照建立在共同价值基础之上的同一规则来确定他的责任。从数字网络具有的表明了事物本身力量的不可抗拒的动力出发，我们应当回归到人权的普遍性上来。在关于信息社会的全球峰会上通过的宣言（2003），在规定了诸如表达自由、私生活和人与财产的安全受到保障这些公民权利和政治权利以外，还增加了经济、社会和文化权利的内容，并强调指出所有人都有权获得信息——以及更广义上的进行信息交流的权利——是人的发展所需要的条件。

互联网上的信息流动具有的同时时间多处出现性和即时性的特点无疑将会促进所有人对互联网的利用；但上述特点也带来了可能同时影响到全球各个角落的“全面事故”或称为“整体事故”的风险。在能源供应方面的分散化生产造成了巨大的短缺危机之后，人们首先想到的新的全球风险就是电子病毒的扩散，面对这种风险，各国国内法提供的答案似乎是非常不充分的，甚至是毫无用途的。从这个意义上讲，互联网表达了另一种形式的全球化，这种形式的全球化具有引起全球风险的特点。

### 3、全球风险

风险将我们从虚拟空间带回到现实的空间。但风险显然使我们疏远了法律领域，因为它们的首要特征就是不确定性。所有的风险都意味着某种危险性，也就是说某种损害的存在，当然也包括潜在的损害：人们并不知晓这种损害是否会成为现实。同时，人们至多只是尝试着估算当危险性确实存在时事故发生的可能性（实在风险），或者是某种行为成为危险的可能性（潜在风险）<sup>15</sup>。

因此，这里的宗旨并不是要消除所有的风险——与罪行不同，风险本身并不构成坏事而恰恰相反是生活的组成部分——，而是要区分“可接受的”与“不可接受的”风险。换句话说，就是要根据潜在的损害来评价风险可以被接受的程度，然后确定一个决定的界限（可接受的/合法的或不可接受的/非法的）。不确定性与不准确性相联系，偶然性与模糊相联系，这是因为危险性已经确定的行为，如果其损害，包括潜在的损害，只是达到较弱的程度，那么该风险仍然是可接受的；但相反地，其危险性尚未确定的行为，如果其潜在损害后果是严重的和不可回复的，那么该行为也可以被判定构成不可接受的风险。假如确切地讲，全球化并没有制造我们所说的新的风险，但它仍然增加了可适用的法律体系，同时每个法律体系都按照自己的方式来确定严重性的标准以及做出决定的界限，而全球损害具有潜在的严重和不可回复的特征，通过要求同时考虑到实在的和潜在的风险而加大了其不确定性。

对不确定性的关注不应导致在恐惧的基础上建立一种最终阻碍科学研究和政治决策的伦理。这是因为，无疑应当在普洛米休斯式的冒险和畏惧的屈服之间寻求平衡。拒绝将普洛米休斯妖魔化并不是要将他奉为英雄，而只是要借此表明技术风险在与自然风险的互动关系中所表现出的复杂性，并整合一种时间，这种时间既不属于电子交换的“实时”，也不属于为各个国家空间所有的历史性时间，而是一种需要借助新的修饰语来指明那种能够在较长时期内抗拒外来影响的时间：这就是“可持续性”。因此，全球化促进了全球预防政策（针对实在的风险）和谨慎政策（针对潜在风险）的形成，这里涉及的风险包括生物技术或生态的风险。

#### *生物技术的风险*

---

<sup>15</sup> 关于这种区别，参见《谨慎原则》，Ph·库利尔斯基，G·维内编写的报告，奥迪尔·雅各布出版社，1999年，第18页。

生物技术首先会关涉到每个社会的价值，并因而反映了价值相对主义与人权或人道观念的普遍主义之间存在的冲突。但受到科技相互依赖和经济增长影响的全球化要求在损害成为可能之前在对实践做法实施管制时应遵守公认的原则。这就是应当接受的前瞻性文化：从实在风险到潜在风险，以被称为“谨慎原则”的新的实践智慧的名义做出的决定，应当同时涵盖可能性和不确定性。“谨慎原则”同“全球治理”一样都是某种不可思议和令人产生误解的用语，它们使人认为存在着某种共同的概念，可是这些概念却在科学上和法律上都似乎还没有形成。

在美洲大陆和更为克制的欧洲之间由于转基因组织问题（如在瑞士由诺瓦提斯或者在美国由蒙桑托这些企业制造的转基因玉米）所引发的紧张关系表明了相对主义的局限和寻求充分的解决方案的困难。公认的国际规范将是必要的，但是相互之间没有协调甚至有时是相互冲突的各种规定的同时并存，不但没有建立起真正的秩序反而进一步促成了无序。

世界贸易组织在理论上赋予了各国做出自由评判的余地，这就使各国能够针对诸如转基因产品的进口而提出存在生态或卫生方面的风险。但提出风险异议的条件是严格的，同时各国做出自由评判的余地也是很有限的：必须有“科学检测”证明危险或者潜在风险的可能性，同时还应包括对能够支持上述假定的研究的发展，以及一个旨在确保以类似的方式处理近似风险的“连贯性检测”；最后，还要证明所指出的风险与采取的措施之间具有相称性。正是由于存在着上述规定，争端解决机构在大多数情况下都是否定了有关国家提出的进口产品具有风险的异议观点。

不过，转基因组织的流通同时涉及国际商法和国际环境与健康法（1992年在里约热内卢召开的关于地球资源的峰会上通过的生物多样性公约以及在卡塔赫那协商并在蒙特利尔通过的公约议定书，上述文件于2003年10月生效）。不同于世界贸易组织将各种限制贸易的措施都视为例外的做法，卡塔赫那议定书确立了进口国事先同意的原则并同时认可了要求进口方承担评估风险义务的可能性。上述世贸组织和生物多样性公约在有关确定进口方和出口方责任方面不同规定之间存在的冲突，只有通过建立二者之间的互补性并为“国际性生物警惕”的出现做准备才可以得到解决。

生物警惕的观念并不为全球化所独有。它成为确立“谨慎”原则的基础，我认为该原则更多地带有前瞻性观念的特征而并非怀疑一切，后者倾向于认为情况会变得更为糟糕并因而导致消极不作为。谨慎原则这一观念遭到了强烈的批评，但批评的原因并非在于观念本身而在于其不十分灵活的既有法律性（原则）又含糊不清（谨慎）的表述上；但是，上述观念在国内和国际层面上已经被广泛地接受，以至于目前要想对它做出改变显然已经太晚了。但至少还是可以进一步详细说明谨慎/前瞻所具有的含义，它们既是制约决定作出的行动原则，也是要求确立一种新型责任的归责原则。

作为行动原则，谨慎/前瞻要求在建立对有关重大风险威胁的不确定性进行研究与评估的程序这一问题上做出政治答复。从一国或区域性范围上看，上述问题可以得到解决，但在世界范围上，由于不存在承担责任的世界政府而增大了困

难。卡塔赫那议定书规定要在那些尚不存在对转基因组织进行评估和管理机制的国家（大多数发展中国家）建立有关这方面的国家框架，尽管如此，仍然需要建立起一个国际网络，特别是各国还要在下面这个主要问题上达成一致，即，究竟是将谨慎限于一种行动的政治原则从而仅仅约束国家，还是将其视为某种“普遍责任”的渊源而承认该原则对公、私主体的可适用性。

这种新型的无过错责任要求在风险的理论之外，还应考虑到一定程度的不确定性：应当指出的是，在目前的科学知识水平上，还没有实现根据一系列明确的标准来确定某种警戒线，这里需要的“证据”并不是确切的事实而只是那些短暂的和不断演变的迹象。在普遍管辖权这一模式基础上，可能会实现由主张过去责任（对过错的惩罚）或现时责任（对损害的回复）的国内法观念向主张未来责任（对生命的维护）的全球观念的过渡，这种过渡赋予各国司法机构相应的管辖权，但前提是这些国内司法机构必须适用公认的规则并拥有行使管辖权的充分手段。

假如全球风险不断促使向普遍主义的回归，那么当生物技术风险过渡到生态风险时，这种回归运动则会进一步得到强化。

### 生态风险

从生物技术风险到生态风险，二者之间的对称性并不明显，因为前者将注意力集中在风险的来源上（生物技术），而后者则是指威胁到生态平衡或生态体系的损害。但二者之间这种相背的情形并不阻碍将某些生物技术风险纳入到更广义上的生态风险中去。其条件就是要考虑到二者之间的互动关系，认识这种互动关系要求具备生态平衡或生态体系的观念。虽然生态最初是指对不同动物与植物之间的互动关系及其各自内部开展的研究，但随着“生态主义者”成为保护环境的有力支持者，生态则具有了更广的含义，成为将生态研究扩展至人类社会的新词。

有人已经指出“对地球居民之间互动关系的分析不能再停留于支配人类社会的各种制度，在这个规范、符号和财富制造者的俱乐部里，非人类只是作为点缀而存在的，它们的功能就是修饰那个由话语占有者垄断了场景的剧场”<sup>16</sup>，不仅如此，还需要指出的是，在这个规范制造者的俱乐部里并不总是存在着谦虚的态度。对此，看看下面的内容就会相信了：联合国环境大会（斯德哥尔摩，1972年6月16日）通过的宣言在其序言中指出，我们（即“人”）是“世界上最为珍贵的”。二十年后，关于环境和发展的里约热内卢宣言将“人”替换为“人类”，但仍将我们置于“有关可持续发展的各种考虑的核心”，认为地球是“人道的家园”。但里约宣言通过指出地球“是相互依赖的整体”而表明了法律相对主义的局限，并声明要建立一个“全球伙伴关系”，这种关系要求“在国家、社会的关键部门和人民之间建立起新的合作水平”。这种表面含义模糊的说法似乎指出了有必要对规范水平做出改变，因此传统的合作变得不再充分，从而需要确立公认的规范，至少是得到部分整合的规范。在里约缔结的三个公约（生物多样性，气候变化和沙漠化）在这方面初步形成了第一个国际框架，前两个公约还得到了欧

---

<sup>16</sup> Ph·戴斯柯拉，自然人类学教授，“法兰西公学就职讲座”，2001年3月29日。

洲联盟的支持。

就资源穷竭的风险而言，国际法同时顾及保护环境（对资源的保护和可持续利用）、促进发展（对于利用资源的利益的公平分摊）和保护知识产权（因为生物的可专利性已经得到认可）等各种不同的宗旨。正因为如此，发展中国家基于保护本国生物资源主权的顾虑而在里约峰会上拒绝使用“全人类共同遗产”这一表述。选择使用更为中立的“人类共同忧虑”这一表述方式与发展中国家受到现有集体权利（原产地名称，集体商标，证明商标）的启发而寻求新的知识产权的做法相一致，这些新的权利将被纳入到国内立法之中并由国内法官来实施。所有这些似乎都表明全球化使环境法远离了价值普遍主义的争论，从而使其不可避免地通过商业和经济活动的途径得到实施。这种现象似乎在气候改变这一问题方面表现得尤为明显。

不论在对气候现象的认识上存在什么样的不确定性，例如对气候变化的预测，但因为温室效应气体不断增加而导致的气候变化则似乎是以某种不确定的、缓慢但也可能以无法预见的方式爆发的节奏进行着，而人类活动则是导致温室效应气体增加的决定性因素<sup>17</sup>。

从全球角度来看，针对上述问题而提出的各国国内或区域性的法律解决方案似乎是微不足道的，因此必须建立一套比关于气候变化的里约热内卢公约更为详尽的国际法规定，但由于所涉及的各种利益的极为多样性而使构思这种国际规定变得格外困难。相关的法律和经济国际规则直到京都议定书（1997）的出现才得以确立。该议定书的宗旨是减少治理污染的成本，这一宗旨是通过允许那些治理污染成本高昂的污染者从治理污染成本相对较低的污染者那里购买污染许可证的方式来实现的。上述机制的做法是，参照各国在 1990 年的情况确定其排放量配额，借此确定 2008 至 2012 年可允许的废气排放总量。协定为此还实施了排放许可证的无偿分配，经过分配的许可证则可以在污染者之间相互流通。从这个意义上讲，京都议定书制造了一种在那里可以相互协商交易的“许可证市场”。虽然人们为上述做法建立起所谓的“实施污染权利的市场”而感到遗憾，但该制度至少还是对污染行为施加了通过制裁措施来保障实现的各种限制。

但上述规定的主要缺陷是美国的缺席。尽管美国是建立许可证市场的先行者并且最早建议在京都议定书中确立这一制度（以避免实施生态税），但它还是退出了京都议定书的制定过程。相反的，欧洲联盟则承担起提前适用京都议定书的责任，但这一做法对其他国家的驱动效应尚未显现出来。在里约热内卢提出的“全球伙伴关系”还远远没有建立，这种关系要求的不仅仅是单纯的合作，而是寻求一种协调一致，这种协调一致已经表露出某种世界政府的端倪。

在经济效率问题背后隐退的是保护集体利益的政治问题，这一问题在实质上与私人主体相关。在私人主体的影响下，国际环境法使用与诸如谁污染谁付费或谁利用谁付费这些原则有关的“经济工具”，从而涵盖了责任法（民事，行政和刑事），税法（生态税），认证法（生态标签）或财产法（由京都议定书创立的从

---

<sup>17</sup> E·巴尔德，气候与海洋变化教授，“法兰西公学就职讲座”，2002年11月7日，第15页图表3，第42页；专题座谈会，“面对气候的人类”，法兰西公学，2004年10月12至13日。



知识产权到许可证市场这些与财产有关的法律制度)。

但市场与环境之间的辩证关系(市场秩序承认保护环境的必要性,同时环境法也接受了经济制约)会使问题的解决方案渐渐被法官的随意性所取代。重新从政治意义上解决问题对于确立诸如“全球集体财产”或“人类共同财产”这些概念要求的价值选择的合法性是必要的。为了实现这一点,毫无疑问的是不应当过早地放弃各国国内法律体系的相对主义,但要通过接受“超越相对和普遍”而努力突破相对主义与普遍主义之间的对立。

总之,布景虽已设置好,但节目还没有上演,同时想象的努力也是必要的,但这种想象不是为了以教条的方式反对全球化,而是为了在事物本身力量的基础上构思出解决问题的答案。由比较研究揭示的不可削减的多样性与国际法律秩序的单一性之间存在的辩证关系,虽然有些乌托邦,但它已经在国际法上表现出来,接下来需要做的是,将这种辩证关系转化为一种开放性的和不断演化的综合概括。我认为这样一种“秩序化的多元主义”是避免霸权主义的秩序与虚弱无力的无序这种双重威胁的唯一可行路径。这也就是我将在 2005 年尝试探索的路径。