

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：相对与普遍

法律普遍主义具有的弱点

我希望通过对相对与普遍之间的张力进行的研究作为本课程的起点，我认为这种张力关系恰恰内含在本人主持的法律比较研究与法律全球化这一讲坛的名称之中。

一方面，法律的比较研究在其最初阶段曾经促成了法律相对主义观点的形成。各个法律体系核心所体现出的实体法的相对主义与理性的抽象普遍主义，曾经在相当长的时期内和平共存。从希腊哲学到启蒙运动，“自然与万民法”所具有的不容置疑和遥不可及的形象曾经使人们误认为可以结成事实上的联盟，这是因为，自然法和万民法非但远远没有威胁到法律实践或者使其直接或间接地遭到置疑，反而为法律实践本身赋予了理论上的合法性。从实践上看，国际法就是建立在各个法律体系之间相互平等的基础之上的。

另一方面，法律的全球化现象——这一现象超越了*国家/的*法律而越来越多地涉及*跨国*和*超国家*的法律实践——，促使一些具有普遍性的法律概念被赋予了实体法上地位。虽然上述现象刚刚兴起，但它已经被相对主义观点的支持者视为一种挑衅。

我并不试图在普遍主义与相对主义两种观点之间进行协调，而是通过分析二者间的紧张关系来认真地分别对待上述两种观点，我的分析是建立在有关事实，特别是法律方面的事实基础之上的，澄清这些事实将成为本课程的起点以及对有关现状的说明。

一个新的格局

这里提出的新的格局，之所以称其为新，是因为相对与普遍之间的关系已经发生了变化。相对和普遍之间的关系最初被看作是普遍主义理论与可观察到的实践所具有的明显相对特征之间的简单并存，但是，面对全球化带来的挑战，上述观点逐渐变得难以继续支撑下去，全球化要求对一些法律问题提出共同的答案并因而引起

一种被颠倒了冲突：针对具有普遍性的概念的出现，相对性观点则构建起自己的理论并转变为学术话语。体现在等同于国家本身的法律概念中的相对（对凯尔森来讲，法治国的表述似乎是一种同语反复）和已经出现在实体法教科书上并以零散的方式获得法律效力的普遍之间存在的冲突已经成为公开的事实。人权、反人类罪、人类共同遗产、商人法、电子法或经济法等这些零散的法律分支，都以在全球范围内普遍适用为其使命。新近出现的一些具有超国家特征的法律规范体系，如欧洲人权公约或欧共体法已经引起法学者的警惕，他们带有某种忧虑地发现，法律与国家之间同一性被割裂的事实同时发生在区域和全球范围内。

法律全球化的挑战已经改变了法律本身的面貌。虽然从历史上看，目前的全球化并不是第一次出现，但它所具有的借助技术使得空间距离和国家界限失去意义的特征却是前所未有的。全球化不仅超乎寻常地同时有利于地方诉求和国家扩张，而且还伴随着从冷战结束时起就出现的影响包括经济、金融、科学和文化以及人员流动在内的全部交换活动的私人性质的跨国策略的发展。全球化还标志着主权原则和国家地域范围的弱化，以及对国家法律体系的超越，而世界性的机构在此时却没有做好交接的准备。当然，还是存在着一些区域性的机构，不过它们的存在对全球化却产生了断层效应，这是因为在法律整合的潜力方面，不同的区域性机构之间存在着差异。同样地，全球化也有利于——从犯罪网络到社会排斥，以及包括技术风险在内——那些由单个国家，即便是最强大的国家，也不能解决的带有全球性特征的障碍。

由国家法构成的体系在作为公共机构、私人经济实体和市民社会之间联络纽带方面的必要性并没有被削弱。同时，具有普遍性特征的新的法律概念似乎也不是要取代国家法，而是以互补和互动的方式与后者相结合。但上述情形足以使过去已经形成的平衡被打乱。相对与普遍之间的冲突在被颠倒的同时，也变得更加紧张起来：虽然实体法上的多边整合正在积极进行，但被视为教条和学理的却是相对主义。

当然，积极进行的多边整合只是片面的、不断演进和非连续性的，因而不能被看作是一个以其自身协调性来取代原有国家体系协调性的超国家“体系”。目前的多边整合只是在具有不同约束力的各种规范空间的交叉地带促使产生了一些新的概念，因此，还不足以在超国家的层面上形成一个由桑蒂·罗马诺从制度性含义上所指称的“法律秩序”。从这个意义上讲，根据旧有的模式，将多边整合构思为实质上仍为国家的及国家之间的法律则是不充分的。

因此，需要对有关困难进行全面的清理，这就是本课程第一部分所要讲述的*法律的普遍主义具有的弱点*（2003），第二部分则讲述*法律相对主义的失败*（2004）：观念的不完整性在先，事物本身的力量在后。

即使已经转化为实体法，普遍主义仍然具有其新颖性。由于普遍主义并没有规定具体和固定的规范内容，因此它还是与纯粹理性相关联并指明应当实现的宗旨及其途径。这种天生的不完整性并不足以将普遍的法律概念视为谬误而加以拒绝，反

而可以促使它们被视为理性的观念，正如康德所指出的那些不具有“确切的构建性”用途但却具有“杰出的和必不可少的调整用途，将知性指向特定目标”¹的观念。它们是具有指导性的而非虚假的观念。

但是，上述人权、人道（这里是指有关反人道罪和人类共同遗产这些用语里所包含的人道含义）或市场（指商人法、电子法和经济法的交叉）这些概念已经成为实体法的一部分：这些概念具有构建性的用途，同时也与实践理性相关联。

根据法律体系有效性所要求的标准，模糊性无疑是上述概念所具有的弱点。这是因为，构想中的法律普遍所包含的含义不确定的概念、相互冲突的价值和在相当大程度上不具有实效的规范恰恰与由合理性（形式有效性）、合法性（实质有效性）和效率性（实践有效性）三者构成的标准相对立。

1、含义不确定的概念

我们这里以人权、人道和市场这三个概念为例，尽管各自的性质不同，但它们都具有影响其形式效力的不确定性或缺乏确定性的特征，这种情形的危险在于可能会造成作为法律不安定性同义语的不可预见性。

人权

如果说人权从整体上并不是普遍的，但至少可以说人权概念本身是可以普遍化的。但世界人权宣言的制定和实施却都没有使相对的多样性被统一性所取代。

联合国大会在 1948 年 12 月 10 通过的“国际”人权宣言——该宣言只是在其制定过程中才表现为“世界”的——，主要是表达了某种理想而不是现实。该宣言的起草正值第二次世界大战刚刚结束和世界进入冷战、反殖民运动以及后来的苏联解体和国家大量增加（从原有的 58 个国家增加到 190 个国家）这一时代进程的开端。在对宣言草案投票的 56 个国家之中（洪都拉斯和也门投了弃权票），绝大多数国家（48 个国家）投了赞成票。在投反对票的国家中，六个国家属于前苏联和东欧国家，它们反对宣言采用的过分个人主义的概念；其他两个国家（南非和沙特阿拉伯）则是为了保留其关于种族隔离和妇女地位的观念。

在宣言起草的两年内，政治气候的不断恶化使得 1948 年 12 月成为通过宣言的最后时限，否则就有在几个月后被历史所遗忘的危险。政治的紧张和伦理方面的争论导致了法律上的各种分歧并最终使有关宣言的起草工作未能取得全面的成功（参见下文，人权之间的价值冲突）。

¹ 康德，《纯粹理性批判》，先验辩证法，二，429，伽利玛出版社，昂星系列，第一卷，第 1248 页。

因此，在宣言的实施方面，即便是象在欧洲这样具有同一性的区域范围内的尝试中，宣言的文本在判例上并没有得到一致的适用。这就是欧洲承认各国“国家评判的余地”，该做法试图在人权的普遍性和各国国家传统的相对性之间作出调和。简单地讲，这里所说的不确定性可以被区分成两个方面：世界人权宣言所规定的人权在定义上所具有的概念不确定性，以及由这种概念不确定性所导致的实施上的不确定性，后者包含在承认国家评判余地的做法之中，这是因为国家评判的余地会因空间和时间的不同而有所区别，并因而决定着世界人权宣言的具体适用。

因此，不应当对人权法的“普遍”特征发生误解：“普遍”并不是指吉尔·德布雷兹和费里克斯·嘉塔里所说的在规律性和持久性意义上“最为空泛和没有意义”²的形式或永恒价值。前面所提到的那些概念，并不存在任何的规律和永恒，但也不是它们所反向复制的权力格局的倒影，而更类似于描绘社会现实图景的线条。因此，在有关人权的实体法方面，普遍与相对并不相互对立。

例如，欧洲人权法院在通过国家评判余地的做法来承认各国保有某种与其他国家相区别的权利时，也就接受了国家法的多样性，即一定程度上的相对主义。欧洲人权法院的做法取得了某种成功，但如果进一步从隐喻的意义上探讨，我们会发现欧洲人权法院的实践可以比作一个由许多指向不同方向的线条所共同绘成的图画，而各个线条的指向则与处于同一图画上不同位置的各个观察者相对应。根据保罗·尤塞罗的研究成果，他从关于圣·罗马诺战争的三个版本出发，指出线条方向的多样性不仅没有导致混乱，反而为观众本身创造了动力，因此，我认为模糊可以使人权更加趋向普遍并尝试解决菲利普·马劳里提出的“意图在不具有超验性的前提下超越法律”³的悖论。但人权只是因为其所具有的特殊性质才超越了法律的：人权初始的、更深层次的规定性使其规定性在空间和时间上表现出可变性，而这种可变的规定性使人权较为容易地适应多样和不断演变的现实。

对上述观点需要进一步论证，因为在受到人权影响的各个法律部门里，模糊最初是被当作某种干扰因素而存在的。即便在法律的普遍主义看来，人和人道虽然从表面上都基于同一现实，但人权的普遍主义并不是与已经转变为法律范畴的人道完全吻合的。

人道

人道具有糟糕的名声。它的普遍性被视为集权的并对个人的存在构成威胁，但同时也被看作是反抗性的，因为它使国家主权感到不安。毫无疑问，这也就是人道相当晚近并以零星的方式在法律领域内出现的缘故：并不存在可以区分人权和人道的特别的法律概念。但是，在今天，如果这一概念存在于“国家的虚构”之中，这是因为人道并不仅仅是一个梦：正如勒内—让·杜比所指出的，这个概念已经成为

² 吉尔·德布雷兹，费里克斯·嘉塔里，《什么是哲学？》，德·米内出版社，1991年，第90页。

³ 菲利普·马劳里，“欧洲人权公约与法国民法”，载JCP, 2002年，I, 143。

一个参照基准，它在历史上的出现“并不混同于乌托邦光芒四射的期盼”，而是“宣告了一个需要构建的现实”⁴。

然而，正像一个需要抢救的受害者，人道并不能在法律上清晰地与作为其构成因素的人相区分。在战争法上，“人道主义”法被定义为国际公法上一个以人为核心的分支。根据日内瓦诸公约，战争法的范围被逐步扩展到武装冲突法，其职能是保护平民、俘虏和战斗人员（1977年第一号附加一定书）。更为晚近的则是在发生自然灾害下或“具有同样性质的紧急情形”下被承认的“人道主义干涉”法。由于其效力而具有普遍性的人道主义法（绝大多数国家均批准了日内瓦诸公约）使人权法得到健全。由于富有人道感情，人道主义法建立在无国界的人民团结的基础之上，但人道主义法并没有因此而肯定人道具有相对于需要救济的个人的独立性。

人道作为一个专门的法律范畴的出现是由于纽伦堡法庭规约中规定的“反人道”罪，从而使该罪名逐步与战争罪相分离的结果。与大多数由各国内法加以界定因而可能在不同的法律体系中有所区别的“一般”犯罪不同的是，反人道罪是从全球范围内作出规定的。但与战争罪的区别是，战争罪是以国际法的名义保护战斗人员，反人道罪则具有超国家法的地位，从而表明其保护具有普遍性质的“人道”的意愿，尽管还不清楚应当如何对“人道”下定义。

被视为反人道罪的各项禁止性规定的共同点毫无疑问是它们所具有的整体性。这是因为，纽伦堡规约规定的是“针对所有平民”的犯罪，而在其他的法律文本中，也存在着类似的表述。总之，对包括灭绝种族罪在内的反人道罪的控诉意味着，人，即便作为集团的一个小成员，在任何情况下都不应丧失其作为个人的性质，被仅仅简化为集团的一个可以置换的组成成分并因此而被忽略。人需要感受到归属的需要，但并不应因此而被封锁和束缚在其所归属的集团之中，否则他就会丧失作为人类成员的地位。这种对受害者实施的非人化抹煞了其相异性，即每个人都具有的作为个体的特性和对人类共同体的平等归属。

但从目前的生物技术角度看，出现了通过灭绝和改变性质的方式实施的新的非人化。这就是说从原先的消灭生命过渡到制造生命，从而印证了米歇尔·福柯所称的生物权力：“最高的权力不再是杀戮而是从一个个体到另一个个体的生命制造”。死亡的权利和对生命的权力能够导致“对社会优生秩序的整理”⁵。为了将优生学以及后来的复制性克隆人作为犯罪加以禁止，法国的立法者创造性地规定了一种新型的犯罪即“反人种罪”，其危险则是将人化过程与我们人类尚未实现的人道化相分离。法国立法者的选择不同于与将生物演化（人化过程）和人道学习（人道化）这两个进程一直交叉混合在一起的历史，这表明，人道本身仍然是一个有待建构的法律概念。对“人道”进行定义需要寻找到一个方向，对自然规律的整理以及道

⁴ 勒内—让·杜比，“国家虚构之中的人道”，法兰西公学讲座、论文与课程，朱里亚出版社，1991年。

⁵ 米歇尔·福柯，《了解的愿望》，伽里马出版社，1970年。

德的水平线。但毫无疑问地是，人道的定义只有在考虑到人类后代繁衍的前提下才是可能的。

康德在他关于世界历史⁶的看法中就曾有先见地意识到上述问题，特别是他的第二个观点“对人类而言，运用理性的天赋只应在人作为一个物种而不是个人的情形下才可以得到全面的发展”。这种思想促使康德进一步强调指出被他认为是具有某种怪异和神秘的事实，即“前代人似乎只是为了后代人的利益才做出艰辛的努力，……同时，只是最晚近的后代人才应当有机会享用由无数前代人所创造的成就（事实上，这种情形的出现并不是有意识追求的结果）”。

然而，从目前的具体情形来看，我们可能已经进入这样一个发展阶段，即人们在有意识地保护对一个可居住的世界的期望。生物技术因此而受到置疑，同时在更广泛意义上，出现了“可持续”发展这一建立在人道概念基础之上的新话题，它超越了人权（仅针对当代人）从而包含了后代人的权利。

当然，如果将后代人的权利包含进去，这里的问题就不再仅仅是通过保护反人道罪的受害者来捍卫人道，而还应当赋予受害者各种权利，特别是要承认应受保护的财产以及共同福利。

与罗马法上的善良家父相联系的财产概念，通过某种奇特的方式与国际法上作为权利主体的人道概念相伴产生。财产这一用语本身因为具有双重含义而显得有些含糊，一方面，财产从其内容上看具有金钱性（被称为财产的物能够用金钱来衡量其价值），另一方面，从其能够承载的意义上看，财产又具有象征性（财产具有人格的属性，因此是不可剥夺的）。但财产也表达了一种跨越国家和时间的整体性，但这种整体性并非自然形成的：财产的跨越国家的整体性特征与法律体系的地域性原则相冲突，后者排斥对由财产引申出的空间和资源实施共同管理的思想；对于跨越时间的整体性而言，当与后代人相联系时，这种整体性就会与决定着不同文明的发展速度的多样的时间性相对立。

人类共同财产的概念远远不具有普遍性，毫无疑问，它需要一个普遍化的长期过程，这种普遍化在现阶段则要求承认国家具有在空间和时间上的评判余地。人类共同财产的概念比人权或反人道罪的概念更为模糊，它的含义因时间和空间的不同而不可避免地发生变化。人类共同财产的概念从其出现之时，它的模糊性就已经被认识到，但这种模糊性可能会解释它向人类共同福利这一概念的演变。

在经历了许许多多的生态灾难之后，人类共同财产这一用语才由马耳他大使于1967年第三次海洋法大会召开前夕提出。1982年的海洋法公约描述了人类共同财产这一概念的主要特征：不得被私人所有，非歧视性和各国参与管理，这样一种体制要求具备能够确保所有人获得资源的规则，同时，保护资源和实施上述制度的机

⁶ 康德，《从宇宙的观点看世界历史的思考》，伽里玛出版社，昂星系列，第二卷，第187页及以下。

构的费用支出应由所有人承担。但各国基于本国领土和主权的考虑，目前则更倾向于使用“世界公共财产”这一用语以指代包括气候、水、空气或生物多样性等各种不同性质的财产并由此而引申出涉及政府、企业、地方和非政府组织行为在内的多边主义。但是，在经济概念（指向市场）和政治概念（指向共同财产）之间，有关世界公共财产的法律体制仍然有待加以确定。

这里对市场的重新援用表明了另一种形式的全球化，这种全球化对私人经济实体赋予了更为重要的角色。由此而引起的变化是巨大的，毫无疑问的是，这种趋于私人化的全球化模式与国家相对主义更加难以协调。这是因为，以市场为中心的全球化不仅增大了概念模糊性的风险，同时还宣示了作为人权及人道概念基础的分享精神与市场所具有的竞争精神之间存在的新的对立。

市场

二十多年来，“市场法则”这一表述似乎是在实践中形成的，但这既不意味着市场是一个普遍的概念，同时，也不表明存在着一套有关市场的独立的法律体系。

市场首先表明了一个需求和供给相对应的场所。同时，市场也是一个被拟人化了的事实：人们谈论市场是否健康，还有市场的“暴政”，以致市场被视为最终会成为国家的替身，因为市场本身具有在空间扩张的动力，这种动力已经通过市场与民族国家之间的对立而表现出来。

从世界范围来看，有关市场的法律并不仅仅局限于国家之间的法律：它还包括了国家法以外的全部规范（非国家的或跨国的），即商人法和更为广泛意义上的电子法；而世界贸易组织通过贸易自由化而要求构建起某种超国家的秩序，而这就是未来将要形成的经济法。刚刚提到的商人法、电子法和经济法这三个概念尽管在表面上是对称的，但它们所表达的概念并不具有相同的性质。商人法的私人性质源于曾被称为“行会法”⁷的商事惯例和规则，电子法则表明其非国家性，与这两者不同，经济法则被一些人认为是用来调整私人经济权力和建立世界竞争秩序的，因此，它是由各国在国际公法多边协定的基础上建立起来的。

同时，还需要考察上述概念的普遍性问题。无国界的市场似乎是指商品和服务在空间的散布而并不具有作为普遍性核心的意义分享的含义，但作为市场基础的模式却表明了对普遍性的某种诉求。在贸易、信息或金融等领域，尽管其发展规律因部门和区域不同而有所区别，但全球化本身却伴随着一种新的社会组织模式的出现，这种组织模式的成员使用着普遍性的话语。当商业价值获得了普遍性的地位时，作为商业价值对立面的非商业价值的普遍性问题也就随即出现了。

⁷ E·朗贝尔，“比较法和超国家法的渊源，统一立法与比较法理学”，载《纪念弗朗索瓦·吉内的关于法律渊源的研究文集》，1935年，第三卷，第478页以下（特别是第498页）。

这里的问题涉及有关可参照的法律体系：内含在一个自发秩序之中、其基础在于自律的市场概念是否因而不应该被纳入一个与国家或地区性、世界性的国家共同体有关联的有组织的秩序之中？从各个有秩序到无秩序，这里存在的不仅仅是简单的文字游戏，而是一个影响到所有由市场所衍生出的概念的风险。从自发秩序到有组织秩序的过渡只有在对世界经济秩序作出界定并对同时受到世界经济影响的各个法律秩序的多元性作出整理的条件下才可以实现。否则，普遍的市场将很可能导致世界的无秩序。

世界的无秩序可能通过以下几种途径出现。首先是市场的独立性这一途径，即市场所主张的普遍性并没有采纳整体性的观念，也就是说，这种主张只考虑到市场，不仅把市场作为一个普遍的概念同时还将其视为一个真正独立的法律秩序，这种将法律断然割裂的概念所造成的结果，不是“解散国家”就是将市场概念置于国家之上并瓦解国家在经济方面的政策。这就是商人法这一表述本身受到批判的缘故（我认为这种批判似乎也应当适用于电子法），因为它使人认为商人法就是一个反映商人社会存在的真实的并被认为是完整的法律组织；但事实上，商人法“仅仅是国际贸易上出现的各个分散的组织，而不是一个统一的组织”⁸。另一途径则是回到相对主义的观点上来，但这种做法并不能解决各国法律秩序适用本国的法律规则和关于公共秩序的概念来判断诸如合同及仲裁这些世界贸易手段的有效性所带来的困难。在上述两种情形下，可适用的法律规范的不确定性将会表现为非法主义的发展。

不过，一些有能力的国家仍然可以分别具体情形提出专门的解决方案。美国为了避免放弃主权同时对其国内法上公共秩序的局限作出补救，而在漠视国际法的前提下，发展中其本国法域外效力的概念，这就是说，美国法的适用不以其与本国领域有直接或间接的联系为条件。

为了摆脱相对主义/帝国主义的两难境地，一些观点主张援用建立在不是单个国家而是国家集体和由国际商人构成的私人集体共同基础之上跨国的（或非国家的）公共秩序。与国际贸易有利于一个促进法律世界主义发展的开放性社会的观念相同，上述观点也引出伦理方面的顾虑。这里的困难是，在实践中，国际贸易法律首先追求的是最直接和实际的关键问题，而只将伦理和共同利益问题视为例外。另外，道德和伦理规范很少在国家之间达成一致。在没有达成一致的前提下，仲裁则不能以无法确定的跨国秩序的名义来援用这些规范。当然，如果确实应当适用道德规范，那就只能借助仲裁人的内心信念来实现。上述情形则又回到了相对主义，问题的解决方案因而仍然是国家性的。

为了突破上述困境，一些需要进一步区别的方案已经被提出，以实现仲裁的独立性加以相对化并使其成为“全球化下私人性的国际法官”，它的使命不仅是维护商品自由交换的价值，还应包括普遍的道德价值。但令人难以信服的是，上述情景能够在没有国家的或超国家的制裁措施的前提下自发地形成，这是因为，尽管可

⁸ P·拉伽德，“商人法之批判分析”，载《国际经济关系法》，哥尔德曼文集，第125页及以下。

以将公共秩序的观念相对化，但将其界定为具有跨国的性质仍然需要割裂公共秩序这一概念本身与各个国家之间的关系。这里不是要放弃自发秩序的悖论以寻求在各国支持的前提下组织世界秩序，而是要促使世界秩序逐步转化为具有超国家的性质。

上述探索方案曾以世界贸易组织为起点进行过尝试。例如随着中国加入世界贸易组织，人们已经注意到，有关的加入议定书要求中国采取的改革措施并不仅局限于简单的技术性调整。由加入议定书所确立的三项原则（统一适用、透明度、对行政行为的司法审查）所产生的效果已经呈现出普遍性，并且毫无疑问的是，这些效果将长期存在。如果说世界贸易组织的规定至少潜在地表现出其效率，这首先是因为贸易本身具有相互依赖性，从而要求强大的法律互动（更主要地是基于事物本身的力量而不是理念的缘故）。但这种效率无疑也来源于法律自身，因为法律具有赋予世界贸易组织的法律以世界性的双重动力：一方面是法律规则的统一化（单一协定的原则确保了一个真正的多边主义，而不再是一个由大量双边协议所构成的网络或者是由各国根据需要而任意选择缔结的协定）；另一方面是这些统一化的规则具有受到世界贸易组织控制的相对于全部国家性和区域性下位规则的优先地位。

非法主义并不仅仅存在于贸易法和经济法之内。非法主义还使人们想到在世界贸易组织或其他国际组织，如国际劳工组织或世界卫生组织，包括联合国（人权分委员会或公民权利与政治权利委员会）等领域内存在的对人权和人道的侵害。这就意味着需要对世界法持有一种整体而非割裂的观点。

总之，对探索非霸权的法律普遍主义所固有的模糊是可以予以适应的，但条件是不过分强调构成普遍的各个概念的独立性从而对普遍加以分割。这也就是说要成功地超越不同价值之间的冲突。

2、存在冲突的价值

法律普遍主义的弱点不仅仅是形式上的。从合法性的意义上讲，法律普遍主义提出了一个重要的问题：在不存在价值共同体的前提下是否可以建立一个法律共同体？这是因为，从人权到由协商一致或由市场所形成的各种法律形式，上面提到的各种概念都已经可以在不同的效力层面上并依据不同的程序向国内或国际法官提出相应的请求。通过在实体法上实施规范性的普遍主义，上述概念以全球化的法律共同体的存在为前提。

在主张上述法律共同体可以通过某种实践智慧或者渐进式的建设主义而创立一种价值的共同体之前，还应当考察那些潜在的冲突：存在于各项人权内部之间的冲突，还有存在于人与物、人与市场之间，或者像世界公共财产那样，存在于市场与人道之间的“混合性”冲突。

各项人权内部之间存在的冲突

各项人权对于价值并没有表达出相同的观点，它们之间反而存在着各种各样的紧张关系。米歇尔·威利曾因解构和阐明各项人权相互之间的不相容性而名噪一时，他指出：“每一项所谓的人权都是对其他权利的否定，同时各自独立地被实践，并引起非正义的结果”⁹。

最能够衡量上述“非正义”的手段在于有关法律文件本身及其在公民权利、政治权利（……的权利）和经济、社会与文化权利（要求获得……的权利）之间所采取的两分法，这种两分法表达了在自由和主张享有权利的诉求之间的原则区别：这就是赋予主体针对国家提出权利主张的要求权与由传统自由所构成的行为权之间的区别。还需要明确的是这种两分法究竟意味着在要求权和行为权二者之间存在着不可逾越的对立还是相互补充的关系，再有，与前者情形相反的是，属于同一类的各项权利之间是否必定可以相互协调。

在由同一法律文件所规定的各项权利之间，有关权利限制的观念，特别是明确体现在欧洲人权公约及其判例之中的权利限制在这方面提供了一条思考的主线。大多数的公民权利和政治权利实际上都存在限制性或例外性的规定。通过把在战争或其他特殊时期所允许的临时例外条款与其他具有惯常性的，以有限例举方式规定的或通过赋予各国做出评判余地而产生的权利限制相结合，我们就可以将有关的权利划分为四个层级。

位于最高层级是应得到绝对保护的权利，对于这些权利，欧洲人权公约既没有作出任何限制也不允许任何例外或减损性规定存在：这类权利涉及禁止酷刑和非人道或污辱性的待遇或惩罚，以及禁止奴隶和集体流放，在这些禁项之外，联合国的公约还规定了禁止在未征得同意的前提下实施医学或科学试验以及在各种场合都应当承认个人的法律人格的义务。在具体权利的例举，可以看到属于这一层级的权利所表达的价值可以用意义最为重大的话语表述为对人的尊严的尊重。属于受到准绝对保护的权利则是指某些在特殊情形下可以暂时不予保护的权利，但在特殊情形之外，对这些权利的保护则既不应有例外也不应受到限制：这就是免受歧视的权利，无罪推定以及更广义上的各项保障性权利（合法性，获得司法保护和程序公平）。最后，所有其他在表述上附有例外或限制的权利则受到相对的保护：受到较强的相对保护的权利是指那些带有规定了有限例举的例外性条款的权利（这主要是指生命权和迁徙自由）；受到较弱的相对保护的权利则是指有关限制性规定并没有受到限定和允许各国对限制性规定作出评判的权利（例如尊重家庭生活和隐私，思想、信仰与宗教自由，表达自由，集会、结社或结婚的自由，以及对财产权的保护）。

上面提到的各项人权之间存在的效力等级关系暗含着其间存在的冲突的一般类型，这是因为受到绝对保护和准绝对保护的权利在任何情形下不仅应当优先于公共秩序与国家利益，而且还应优先于其他权利与自由。同样地，受到较强的相对保护

⁹ 米歇尔·威利，《法与人权》，PUF出版社，1983年，第13页，另参见，法律哲学概论，Dalloz出版社，1975年，第83段及以下。

只是在条约所规定的例外情形下方可受到限制。但是，在欧洲人权公约承认了“为了确保对他人权利与自由的承认”而对权利施加限制这一原则的情形下，附有“对民主社会所必要的限制”这类一般条款的权利（较弱的相对保护）则会导致个体之间的权利冲突。有关欧洲人权公约的判例虽然表现出一些变动，但在保护表达自由和强调非歧视方面，却对有关民主生活的共同观念作出了界定，这一观念将有助于建立政治意义上欧洲的公共空间。

从世界范围上看，在人权的基础上协调中国和西方各自关于表达自由的观念似乎是较为困难的，或者说，更为困难的是要在非歧视问题上协调美国（积极的歧视）和伊斯兰世界（对妇女的消极歧视）所持有的不同观念。这就是世界人权宣言所回避的但并没有在区域性的人权保护公约中得到进一步解决的宗教问题。从联合国的法律文本及欧洲、美洲和非洲人权公约中所体现的世俗的人道主义与并没有将法律与宗教相分离的伊斯兰宣言及阿拉伯宪章相对立。这里存在着受到宗教启示的真理与被证明的真理之间的对立：冲突似乎是无法逾越的。但至少应当避免将上述冲突与另一种冲突相混淆，这就是通常与宗教冲突交织在一起的将公民权利与政治权利和经济、社会和文化权利相对立的冲突。

然而，世界人权宣言同时赋予所有人公民权利与政治权利和经济、社会与文化权利，它宣布这些权利“对于人的尊严和人格发展是必不可少的”（第 22 条）。通过承认所有人都享有平等的尊严，世界人权宣言暗示着各项人权作为一个整体都是不可分割的。但是，从冷战开始，人权内部之间的冲突则不断深化，导致了在 1966 年分别通过了两个关于人权保护的公约，各国则可以分别地批准上述两个公约（即便在欧洲，欧洲社会宪章也是独立于欧洲人权公约的）。

需要指出的是，上述两分法更主要地反映了某种历史性的制约而不是两类权利之间的存在的性质区别。判例（主要是指欧洲）表明，通过某种“弹跳式”的解释，不同权利之间的冲突是可以被转化为互补关系的。这是因为，判例认为当一项社会或经济权利遭到违反并因此造成对公民权利和政治权利的侵害时，对社会或经济权利的违反就可以受到法律的制裁。欧洲人权法院从 1979 年起就指出“在公民权利与政治权利和经济、社会与文化权利之间并不存在严格的区分”，并以程序公正的名义对获得司法援助的权利作出了间接的规定，随后，又以非歧视的名义，对包括居住权在内的其他社会权利作出了规定。

通过在公民权利与政治权利方面确立国家所应承担的积极义务，欧洲的判例并没有局限于构建各项人权之间的互补性；而是进一步阐明了世界人权宣言所暗示的两类人权之间不可分割的性质。考虑到各项人权内部之间的冲突由于存在着由人权、人道与市场之间的对立所造成的“混合”冲突而变得更为严重的事实，在世界范围内移植欧洲判例的上述做法则显得更为必要。

混合冲突

随着人权与其他通过协商一致和市场所形成的各种法律形式的出现，普遍主义已经具有了规范性，但这种转化仍然是支离破碎的。为了使已经转变为规范各个部分之间能够相互适应，还需要建立一个价值的共同体，但法律的各个不同侧面之间的相互隔绝使其各部分都保持着自身的合理性同时也与其他部分并不发生联系。

一些经济学家通过作出某些激烈¹⁰或具有细微区别¹¹的批评，在有关未来世界秩序的讨论中全面阐明了强调商品价值（与市场相联系）与强调非商品价值（人权与人道）的各个法律概念之间发生冲突的重要性。但有关的讨论并不仅仅限于法律规则的内容；它还涉及关于正义的两种观念，即存在相互竞合的程序正义与实质正义，判断二者之间究竟是冲突的还是互补的关系并非易事。

商品价值与非商品价值之间的区别因从国家空间向国际空间的过渡而变得模糊。一方面，国际贸易的对象所覆盖的范围显然超出了国内法上对贸易行为的严格界定。另一方面，由于有关人员、商品、服务和资金自由流动的原则对法律效力等级的颠覆，有关国际贸易关系的法律调整似乎并不适用于非商品价值。对于诸如欧洲联盟的区域性组织或者世界贸易组织的国际性组织，非商品的价值并未完全被排除。非商品价值甚至还可以用来使一些限制性措施合法化；但就具体情形而言，由于非商品价值是被视为限制性的规定而存在的，所以，对其作出的解释是严格的，同时在有关规范的效力等级中也被置于次要的位置。因此，在实践中，与市场有关的各个概念（以其各种不同的形式）已经得到了普遍的适用。但相反的是，表现为不同形式的人权和人道虽然得到普遍地宣告，但它们仍然要依赖于国内法律秩序，从而存在着被国内法认定为与自由流动原则不符的危险。

当然，在欧洲的区域空间内对于上述情况存在着需要区别的方面。欧共体法院虽然是“有关国内法措施与共同体法不符性控制机制的有力臂膀”，但它同样对尊重基本权利表示出关注，其中包括欧洲人权公约规定的各项权利，该公约已经被视为对共同体法具有启示意义的渊源。此外还应注意到前面提及的欧洲人权法院对人权保护所作出的推动。最后，关于欧洲未来的条约还建议将欧洲联盟宪章纳入到未来的欧洲宪法之中，从而赋予宪章在欧共体空间范围内的法律效力，并同时使欧洲联盟加入欧洲人权公约，这将无疑使欧洲人权公约能够在欧洲人权法院的控制下直接地适用于共同体的机构。由此，关于欧洲未来的宪法就可以建立起一个确保商品价值与非商品价值之间实现相互平衡的欧洲公共秩序。

与欧洲相比，世界的情形由于强烈不对称的、有利于商品价值的国际化进程而更具冲突性。一方面，由关贸总协定及后来的世界贸易组织协定所施加的，并由一个准司法机构所保障实施的自由流动的原则，通过要求各国取消贸易壁垒（贸易的国际化）而促进了商品在空间的传播（以及商品定义的扩展）；另一方面，非商品

¹⁰ 约瑟夫·E·斯蒂格利茨，《巨大的幻灭（全球化及其失望）》，伐亚尔出版社，2002年。

¹¹ 阿玛蒂亚·森，“理性的白痴”，载《伦理与经济》，PUF出版社，1993年；《一个新的经济模式（作为自由的反展）》，奥蒂尔雅各布出版社，2000年。

价值的对抗则由于保障机制的不充分和在一个比欧洲更为不统一的空间内所发生的互动的复杂性所弱化。

在国家、跨国和超国家的公共秩序之间，一个真正的世界秩序的轮廓仍然有待界定。如果说上述三种途径都已经得到尝试，那么只能说似乎任何一种途径都不能令人满意地解决冲突。第一种途径与国家法之间的相互分裂相矛盾，国家法之间的分裂则导致选择最为有利于市场法律体系。由仲裁专家所建议的第二种途径则以国际贸易参加者的良好意愿为前提，因此其解决冲突的有效性是值得怀疑的。这样就只剩下第三条途径，那就是一个未来的超国家秩序。这种超国家的秩序在某种程度上被认为是将区域性模式移植于世界性的过程，它将以市场（世界贸易组织/世界知识产权组织）和/或人权（联合国）为起点引起对企业适用非商品价值的结果。

假定有关超国家秩序的原则能够被接受，那么还需要建立有关的保障机制，这就引起另一个有关程序正义与实质正义的争论，从表面上看，这个争论似乎不太具有冲突性，但却潜在地与寻求建立未来世界法律秩序所存在的冲突同样敏感。

由于约翰·罗尔斯将正义从利益中解放出来以及为正义问题提供程序上的解决方案的尝试，有关的问题不再为具有普遍性的法律概念所独有。但问题本身却在国际范围内呈现出前所未有的重要性，即在国际范围内，在以共同方式讲述法律方面达成一致似乎要比对法律规则所蕴涵的价值达成一致更为容易。

获得公正的审判是一项人权，但是*民事诉讼跨国规则*却是由美国法律学会制定并得到了国际统一私法学会的赞助。这项由私人起草并受到了美国法律影响的法律草案，为那些希望利用该规则解决与跨国贸易活动有关的私人纠纷的人员（企业、仲裁员或国家）提供了一个寻求普遍程序的选择方案。这实际上也表明了目前追求“程序伦理”思潮的模糊性。

目前是法学者将罗尔斯的理论予以移植适用并使之极端化的，正如哈贝马斯通过不再将程序按照政治的方向理性化，而是相反地将政治根据程序予以理性化，从而程序转变为政治的模式。这就是我们今天从大量作者阐述的哲学家的程序化“构想”过渡到所谓的程序“伦理”，包括“程序民主”，以至于危险地使人们相信正义的程序足以确保得出正义的结论。

随着世界性刑事和商事司法机构（如在世界贸易组织内部建立的争端解决机构）的发展，寻求有关程序的共同法是必要的，在不否定这一必要性的前提下，上面进行的分析则要求确定谁是程序进步的受益者，这种程序的进步在任何情况下都不能主张取代实体的进步。

总之，价值之间存在的冲突无疑将成为今后几十年国际社会面临的重要挑战。其解决方案可能是仅仅将目标局限于构建一个世界性的治安公共秩序，如果联合国拥有必要的手段，这一秩序将建立在多边的集体安全的基础之上，否则，如果目前

美国的安全观胜出，那么有关的安全秩序则是建立在单边的基础之上。另一种可能是，尝试通过各个世界性和区域性的多国组织之间的联系，建立一个由世界人权宣言第 28 条宣告了但却尚未实现的真正的世界法律秩序；而这种世界法律秩序只有在将市场、人权和人道相结合的前提下才是可能的。

但是，仅仅将有关的法律文本堆积在一起和纸上谈兵地建立各种联系是不够的。还应当确保法律规范本身的实际效力，这是各个法律体系获得实践有效性的前提。

3、缺乏实效的规范

规范的实践有效性——评价规范所产生的效果——似乎是最为显而易见的，因为规范的实践有效性代表着法律向事实的回归，但就“效果”的含义而言实践有效性也是最模糊的，并且，当判断规范有效性的标准被简化为规范所产生的效果这个唯一标准时，也可能是最为危险的。由于受到以将法律界定为约束机制为前提的实证主义者的青睐，规范的实践有效性可以导致产生纯粹规范性的现实主义。而其危险在于，或是对任何能够持续地表现出其效力的规范体系的有效性都按照这个唯一标准予以合法化，或是相反地拒绝承认所有尚未表现出其实效的体系。

根据我们这里所坚持的多元化观点，规范的实效仍然不失为判断其有效性的标准之一。这种多元化的观点可以用来同时避免“对事实的简单崇拜”（没有被适用的规范就是不存在的）和教条主义（只要规范是由有权机关正常通过的，它是否得到适用并不重要）的陷阱¹²。但多元化的观点并不能充分地进一步指明规范具有何种效果。

这里涉及“规范”由其衍生词所反映出多义性：一方面，*规范的*和*规范性*暗示着一种理想状态，即“应然”；另一方面，*正常的*、*正常性*、*正常化*则是指行为的一般状态，即“实然”。在前一种情形下，实效首先是工具性的；而在后一种情形下，当规范传达或灌输了某种关于正常性的观念时，实效可能就具有了独立于任何法律义务的象征意义。例如，世界人权宣言虽然不具有法律约束力，但在全世界范围内，任何人权遭到侵犯的受害者都会援引该宣言来维护自己的权利。

尽管存在上述区别，具有普遍性的各种概念仍然没有形成一个真正的体系，同时，法律渊源的分散和救济机制的不充分，大大增加了这些概念在缺乏实效方面的风险。

法律渊源的分散

法学者虽然既非地质学家亦非水源勘探者，但他们愿意使用水流或江河这一具有强烈演绎色彩的表达方式来说明法律，不过，法学者也同样对这种拉丁与西塞罗

¹² J·加本尼埃，《弹性的法律》，第四版，LGDJ出版，1979年，第99页及以下。

式并没有宽恕自然主义怀疑的过分诗意的形而上学表示出警惕。凯尔森曾经特别地对上述观点作出批判：“可以用这些词语指示所有法律创制的手段，或者说所有上位规范与其所创设的下位规范之间的关系”¹³。最后，他总结指出，“‘法律渊源（或法律的渊源）’含义的多样性使这一用语本身表现为实际上并不能被利用”。

但我恰恰认为这种多样性，特别是在国际法上表现得更为突出的多样性，具有重要的意义，因为它解释并深入地表达了规范性普遍主义所具有的弱点。接着就需要尝试对这种渊源的多样性进行首先是拓扑式然后是分类式的定位。

拓扑这一用语是属于数学的一个组成部分，它研究表面看起来具有直觉特征的关于持续与界限的概念。这里对拓扑的援用促使对那些具有部分独立渊源的规范空间相互之间所表现出相邻关系现象进行分析。但这里的类比仅仅停留在这里，这是因为持续与界限的用语只是在其通常的含义上被使用，而并非要构建一个关于具有普遍性的规范渊源的理論。

正如我们已经看到的，有关的规范渊源是以分散和没有预先规定好的方式表现出来的，我们不能将这些规范渊源与单一的法律秩序联系在一起。首先，国际秩序本身就表现为由多个非整体性的法律秩序所构成的，这种国际秩序与各种国际组织的存在相联系并且是在一定程度上是由二十个左右的国际司法机构（区域性和世界性的）来保障实施的。但是，规范性的普遍主义也与国内规范相联系，因为，不论其是否承认国际规范的直接适用，国家总是国际法在适用方面的主要主体。尽管存在着由于规范渊源的分散所造成的非连续性，各个规范空间相互之间仍然建立起邻接的关系，这种邻接关系由于规范渊源的分散存在地理或方法论上的区别而有所不同。

人权规范的地域范围与市场规范的地域范围不同。我们已经指出这种区别，特别是在欧洲，这种水平层面上的分散性引起积极的相邻关系效果，即欧洲人权公约的实施增强了欧共体法的实效：可以说，斯特拉斯堡的法院成为欧共体为使其法律规定在各个成员国得到有效执行的“救护车”。但从世界范围来看，前面提到的相邻关系的效果似乎更为有限：并不存在可以成为世界贸易组织救护车的世界性的人权法院。相反的是，由于仅局限于世界贸易，世界贸易组织似乎并没有将保护人权的法律文本纳入自身体系的意愿。不过，在国家、区域性和世界性规范的纵向分散中，上述相邻关系的效果是存在的。较为明显的是，当这种纵向分散引起不同规范之间的效力等级关系时，规范文本的工具性实效就可能得到强化。但这种实效主要是有利于市场的。

就反人道罪而言，返回对国家法的适用有时会造成有关规范在整体上丧失其实效，也就是说由于国家法上各种间接形式的自我赦免而对犯罪人免于制裁。不过，这里还要提及区域性的规范。美洲国家间人权公约的实施机构通过将国际罪行吸收为严重侵犯人权的行为而判定各种直接和间接的自我赦免违反了美洲人权公约，这

¹³ H·凯尔森，《法律的纯粹理论》，Ch·埃斯曼译，达鲁斯出版社，1962年，第313页。

一做法有利于强化普遍规范的实效。因此，被国家规范弱化了的世界性规范的实效可能通过区域性规范而最终得到保护。

如果在解释具有普遍性的概念时不仅局限于参照国际法，而是同时利用比较的方法，那么，除了地理上的分散之外，规范渊源还存在着方法论上的分散。在这方面，国际法上那种排他的教条主义观念的更新显然是针对实践上那些大胆做法（即上文提到的那种新表现出来的被颠倒了冲突）所作出的保护性反应。对这些实践的观察表明，由于需要强化那些普遍性规范在其国际定义不明的情形下的实效，比较的方法所具有的重要性得到了提升。在被系统化这一前提下，寻求“公分母”将澄清对含义不明确的规范的适用（工具性实效），并避免对法官主观性所产生的怀疑（象征性实效）。

总之，拓扑所主要表明的并不是规范性的普遍所具有弱点而主是其不断增大的复杂性，这使得评估本身变得不确定并具有变动性。特别是相邻并不是所存在的唯一关系。在纵向分散中，各种渊源并不具有同样的规范效力。规范的效力等级关系在其涉及类似市场那样得到了完全整合的概念的时候是明确的。而当涉及不同概念的规范性程度时，例如当考察国际刑法和人权各自所具有的效力时，这种规范的效力等级关系就不明确了，换句话说，效力等级关系在规范分类学上是不明确的。

从分类学上讲，强调建立在法律效力（强制力和约束力）基础之上的实效的“现代”观念将让位于带有英语中有关软法的观念特点的“后现代”的法律。在法语中，“软法”这一词语有两种翻译：软法和弱法，它们表明了法律的弱点或者在中立意义上所具有的灵活性，从而影响法律的强制力（规范强度在强与弱之间的过渡变化）或法律的约束力（制裁强度在硬与软之间的过渡辩护）。我虽然对这种法律复杂化不感兴趣，但仍然应该承认的是，尽管软和弱这两种尺度在大多数情况下被混淆在一起，但二者的区分可以使各种法律渊源所显示出的不同法律效力得到进一步梳理。

在我看来，刚刚形成的法律普遍主义无疑使软和弱的区分表现得更为明显，这就使得区别本身更具有意义了。我们可以从人权问题上看到软和弱的区分意义：“不可克减”的权利的绝对或准绝对强制力并不能保障在人权规范遭到违背时具有约束力的制裁措施能够得到有效地实施。还可以从相反的角度认识到这一点，这就是商人法或行动指南这些不具有强制力但在有关当事人选择适用以及由仲裁员或法官间接地对其违反行为实施制裁的前提下即具有约束力的规范。

就强制力而言，国际法首先受到因为其规范是建议性的（宣言、建议、纲领等等）或者是强制性的（国内法上的宪政、立法或条例规范，共同体法的指令和条例，或者国际公约与条约）这种等级变化的影响，这种等级变化使规范的强度因为规范自身性质不同而发生变异。此外，还存在着被描述为规范稀释的现象，这表现为权利与义务主体范围的扩大。

就我本人的观点而言，我不认为上述情形存在某种病理，因为这是法律普遍主义自身所追求的对所有事和所有人（的和对世的）有效的抱负。国际法规范的这种稀释现象无疑会不可避免地导致规范效力的等级变化，这是因为从目前来看，似乎还无法确保如此广泛适用的规范的实效都具有相同的规范强度。但这里的困难主要并不在于规范效力的变化而在于这种变化本身所隐含的权力划分。引起问题的是权力分配上存在的不平等，特别是在由国家构成的寡头势力之外还存在着主导市场运作的私人寡头，在这种情形下，弱的规范强度（不具有强制力的规范）与有约束力的制裁措施的缺失相结合使最为强大的企业或国家从中获益。

法律的约束力依赖于具有回复或惩罚功能的对规范对象带来约束的制裁措施。当需要对长期垄断合法约束措施和作为执行国际法的主要主体的国家实施制裁时，人们会认为在没有一个世界政府和世界警察的前提下，很难对其施加制裁。但不论如何，制裁因为其司法性以及救济机制的存在而区别于暴力（弱肉强食的规则）。

救济机制的不充分

国际刑事法院的建立可能标志着一个转折点，因为正是通过对禁止事项的制裁一个共同体才被赋予其同一性并建立起属于自己的共同记忆。国际刑事司法的实质功能并不是要建立起一个尚未形成的世界秩序，而是要通过开导公众的观念将对犯罪的控诉转化为对未来秩序的建立。但是这一进程才刚刚开始，同时它“支持法律反对暴力”的愿望只是在暴力“不是特别强大”的前提下才可能实现，这就使我们再次被带入到关于法律所具有的力量争论中来。

当然有关的救济机制并不只局限于刑法领域。有关的分析应包括世界法所发生的各种司法化的形式，同时还要注意到以上议院司法委员会对皮诺切特案的决定作为标志的国内法官全球化的这一反向进程。

仍然属于例外的世界法的司法化通常以国家间的协议为条件。由联合国宪章创立的作为保障国际法实施的普遍和一般司法机构的海牙国际法院，仍然是一个以任意和协商一致为管辖权行使前提的司法机构，一个权能受到国家的限制并且由国家根据其良好愿望提出诉讼的单纯的仲裁院。

规范渊源的分散至少还导致了司法机构或者从更为广泛意义上的审查机构的多样化，以及救济机制对作为个人或集体的私人性质主体的开放。

只有刑事司法机构才是具有强制的而不是以自愿为条件的管辖权的真正的世界性司法机构。但建立世界性的刑事司法机构的困难——国际刑事法院是在被推迟了将近一个世纪以后才建立的（1919年的凡尔赛和约中就已经出现了建立国际刑事法院的想法）——印证了国际法处于一种建立在所有国家意愿之上的无实效的普遍主义和由几个超级大国施加的帝国主义式的实效之间的狭小回旋余地之中。实际上，国际刑事法庭的建立并不是根据需要各国批准的公约而是具有强制力的联合国安理会的决议。但这些国际刑事法庭仅具有在空间和时间上受到限制的专门权能。

相反地，国际刑事法院则可拥有永久和普遍的权能，但事实上，这种权能只对已经批准了罗马规约的国家才具有强制力。国际刑事法院只是在严格限定的条件下才对第三国国民拥有管辖权。

尽管存在着上述各种谨慎的规定，但美国在反对国际刑事法院的攻势上所表现出的强硬，如果不是针对国际刑事法院的实效，则至少是对其潜力而言，仍然间接地构成敬意。但这种强硬态度也表明了国际社会在模仿区域性法院的做法强化人权的司法性上所遇到的困难。

在人权问题上，出现了相对于市场的差距。作为规范渊源分散的结果，在欧洲领域存在的欧洲理事会和欧洲共同体的区分同样也发生在联合国与世界贸易组织之间。但其间存在的重要区别是欧洲已经在其领域范围内建立了两个司法机构，即欧洲人权法院和欧共体法院，它们之间的相互交流开始形成一种能够被制度化的共同治理并为解决商品价值与非商品价值之间的冲突提供了便利；而在世界范围内，上述两分法却伴随着严重的不对称性。随着由世界贸易组织建立的司法性和准司法性争端解决机制的强化，以及相比而言由联合国所建立的人权保护机制的停滞，这种不对称性将会增大。

不过，私人作为国际法上积极或消极的主体而出现，这是一个重要的新生事物。但对有关救济的组织远非一致和单义的，而这正是上面提到的价值冲突的反映。如果私人被允许提出各种救济请求，其共同的结果就是国家被弱化，但这并不表明——远非如此——一个真正的价值共同体的出现，而主要是一个利益共同体的出现，而这些利益之间即使不是相互对立的，那么至少也是相互之间具有完全不同的性质。

就企业而言，商品化似乎与司法化同时进行。随着竞争的增加，对利益进行衡量的必要性要求求助于调控机关的（司法或准司法）权力。随着在欧洲联盟范围内对要求获得法官审判的权利的强化，上述情形由国内法延伸至区域性的国际法。由于一些国家承认投资者直接提出国际仲裁解决争端的可能性，司法化的情况似乎也在世界范围内逐渐形成。从长远来看，尽管存在着反对意见，但缔结同时保护投资者免受外国投资的政治和经济风险以及保护国家免受过于强大的多国公司的种种苛求影响的多边投资公约的问题依然存在。

不过还是需要避免商品价值与非商品价值之间的冲突。通过赋予投资者针对国家提出救济请求的权利而承认其具有国际法上积极主体的地位，也应从逻辑上为其确立在违反国际人权法或国际人道法时作为被动主体所应承担的责任。如果不能做到这一点，由于为非国家的主体提供救济途径所导致的不对称性很可能深化不平等，激化价值冲突并最终弱化规范性普遍主义的实效及其合法性。

为了避免加重经济活动主体和目前仅享有十分有限的诉讼权的一般民事主体（个人和非政府组织）这种私人之间在严格意义上的人权法或人道主义法上存在的不对称性，曾经有人建议将国际罪行的范围扩大至跨国企业可能直接对其负责的事

项领域：生物技术（复制性克隆）或对人类共同利益的损害（污染）。在最为严重的各种情形中，刑法可以在非国家的主体之间建立某种平衡，特别是罗马条约强化了受害者在国际刑事法院内享有的地位。

此外，刑法还可以根据普遍管辖的原则而被“全球化了的”的国内法官所适用。随着国际法规范被纳入到国内法中来，国内法官则根据乔治·塞勒早在二十世纪三十年代就已经预见到的某种“功能上的二分法”事实上转化为（区域性或世界性）国际法的守护者。这种转化的条件根据有关的国内法是否承认国际法的直接适用而有所区别，但只要案件本身属于一般的（属地或属人）管辖范围之内即可。更为令人感到惊讶的是，“法官的全球化”会使其管辖权扩张至那些与该国没有任何联系的事实（由外国人在本国以外针对外国受害人所犯有的行为）。这种普遍管辖权应当根据正常的逻辑以保护普遍价值为目标。但在实践上，上述普遍管辖权仍然只是例外地被国际法所认可或要求，而在实施上则更为罕见。

在国际刑事法庭的建立提供了可资效仿的对象之后，同时根据前面已经提到的邻接效果之一，国内法官们开始清醒地适用此前一直被他们所忽略的法律文本。我们由此发现，普遍管辖的途径不仅要求存在明确和具体的国际基础，而且还需要对不同的法律体系予以融合，而在世界范围内这种融合仍然极为渺茫。

因此，需要利用第二种并非选择性的而是补充性的途径，这就是在世界的不同部分（科索沃，塞拉利昂，东帝汶以及最近的柬埔寨）所建立的混合性的司法机构。这些司法机构由一部分国内法官和一部分来自外国及具有代表性国家的不代表其所属国而代表国际社会的国际法官所组成，这种混合性司法机构的组成反映了为解决具有普遍性的规范缺乏实效的问题所作出的想象的努力。这种混合性司法机构向诸如美国这些发达国家的扩张可以使后者转变为实施法律多元主义的工厂。但条件是这些司法机构的扩张并不成为使国际刑事法院边缘化的借口。

作为结论，法律普遍主义的主要弱点在于价值冲突，而这些价值在整体上的相容性则要求建立一个世界法律秩序的思想。然而，各种价值之间的协调既不能从属于传统的法律概念也不能仅仅利用有强制力和约束力的法律那种单纯的手段。

我们可以尝试着回到相对主义和不同体系的相互独立性上来。但是，在全球化和相互依赖的当今时代，假装出来的独立有导致在事实上依赖最强大国家的法律体系的危险：从多元化的相对主义有时会滑向帝国主义式的相对主义，后者倾向于与帝国主义的普遍主义观念相混淆。这至少是明年的讲座将要通过审视法律相对主义在不断扩张的全球化下的局限来证明的问题。在观念的不完整性之后是事物本身的力量。

总之，尽管种种表面现象的存在，相对主义并不是现实主义的。现实主义将是求诸法律的想象力来突破困境的。不论是模糊的概念还是不具有实效的规范，法律普遍主义的各种弱点可能就是要通过坚持认为模糊、软、弱这些概念如同隔离这种

复杂性的栏杆，从而开辟出另一条道路以尝试从整体上建立未来的价值共同体。无疑应当从概念的不完整性中获取营养以避免遭受事物本身力量的制约。