

戴尔玛斯—玛蒂访谈

米海伊·戴尔玛斯—玛蒂，2003年起担任法兰西学院比较法律研究与法律国际化教席教授

问：自从就职演讲以来，您的课程进展情况如何？

答：作为我所在教席的核心主题，法律国际化并不是国内法或国际法上的一个法律范畴，而是将国内法和国际法加以改变，以及用其中一个改变另一个的一种运动，同时在相对与普遍之间制造某种紧张。我的起点是对法律普遍性的研究。有关市场、人权或人道的法律，自身都存在着许多缺陷：模糊的概念，没有实效的规范和冲突的价值^①。在普遍主义失败之前，存在着向把法律视同于国家这种传统观念复归的尝试。应当将这种法律相对主义与新出现的全球化现象相对立。全球化的形式是多样的：其中包括流动的全球化——通过互联网实现的资金和信息流动；风险的全球化，主要是由当今的生物和生物技术引起的；犯罪的全球化，包括跨越国界的在经济领域（腐败）和对人身造成损害（恐怖注意）的犯罪。面对上述全球化现象，相对主义如果将眼光仅限于一国之内，那么就不能提供解决问题的答案。例如，为了限制人类活动对气候造成的影响，解决问题的答案就应当至少是区域性的，甚至是全球性的。

上述过分碎片化但同时又过快统一，包括以霸权方式实现一体化的世界的严重法律秩序混乱，促使形成这样一种假定，即解决问题的建议正在形成。为了解决上述流动、风险、犯罪的三种全球化现象带来的问题，被建立起来的共同法不限于简单移植国内法的模式。在世界范围内，将法律规范看作金字塔的比喻与想象已经不能再发挥其功能。从这个意义上讲，重建应当通过法律形式主义的更新来进行。这就是我说的法律多元主义^②，它是指一种建立秩序的过程，而不是一种稳定化了的秩序模型（即被秩序化了天空中的云这一比喻）。

问：为什么要抛弃金字塔模式，和一种由国内的、区域的与国际的不同级别规范构成的法律观念？

答：存在着不同的组织层面：国内地方的、国家的、区域的、世界的。但是这些不同层面并不是根据等级化原则被封闭在一起的，因为不同层面的规范并不总是存在的。以刑法为例，有关的管辖权首先是国家的。但现在出现了国际刑事法庭（前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭）和具有混合性质的法庭（如科索沃和柬埔寨），以及世界范围内的国际刑事法院，但是，并不存在欧洲层面的刑事法院。相反，竞争法则主要是存在于国家和区域层面之上。同样地，从一个层面到另一个层面往往存在表面的连续性——例如，有关大气质量的问题就要符合国内地方、国家、区域、全球（京都议定书）这四个层面的规范——但是，这种连续性并不一定得到保障，因为，这需要在每一层面上都存在着相应的监督机制。

规范实施监督机构的存在，如斯特拉斯堡的欧洲人权法院，并不能充分确保规范的效力等级。在那些尚不存在欧洲共识的领域（堕胎、亵渎宗教和其他触及道德和宗教的问题上），欧洲人权法院承认各国自由裁判的余地，从而维持了各国在实施公约方面存在的差异。只有当这些差异超出了由欧洲法官们自己划定的判定与公约相符性的界限时，欧洲的法官们才以欧洲规范的名义对国家的实践予以否定。

问：在一个完全体系化的规范结构尚未形成的前提下，存在着一个实用的体系，它能够更好地适应实践的制约？

答：实用是对的，但适应实践制约的过程是缓慢的，因为并不是所有的国家都接受这种法律变化。法律的国际化限于发生于横向的交换，特别是一国法官与另一国法官之间的对

话：一些国家的最高法院研究其他国家最高法院的判例并在其自己的判决中加以引用。即便是被认为非常国家主义的美国联邦最高法院，最近也开始在那些对未成年人、精神病人实施死刑的案件中援引欧洲人权法院的判例。这种做法首先使法官能够强化自己对法律理由的说明，但同时也表明法官对在一些重要辩论中体现出来的思想的关注——例如在死刑方面，尽管美国法官并不在效力等级意义上受其他国家法院判例的约束。这样在法官之间形成的网络远远不同于金字塔的模式。

问：这种模式是否与所有的法律体系都相容？例如，是否与古兰经法相容？

答：当然，对话本身不可能解决所有的冲突，特别是宗教的冲突。您的问题将我们带到寻找价值共同体的问题上来，我也是刚刚开始触及到这个问题（这将是我要出版的第四卷书）。但可以从全球化的参与者这个角度来回答上述问题，对此我曾经进行了叫做“权利重建”^⑥的思考。这项工作首先涉及的是各种公共权力——立法、行政、司法——之间在国家之间、区域和世界范围内相互组织的方式。行政权力在欧洲是弱的（因为在欧洲委员会和由各国组成的理事会之间存在权力划分），同时，在世界层面上受到一些超级大国的阻滞。在立法权上，欧洲议会已经获得了一定的自主性，但是在公约仍然是由各国政府谈判订立的世界范围内还不存在着与它相对应的机构。但是，在世界各处均发生着法官权力增加的现象。然而，由于各国坚持以其同意为行使管辖权的条件，因而由联合国宪章设立的国际法院仍然与仲裁庭相类似，从而妨碍了它扮演世界最高法院的角色。但是，在联合国宪章之外，法官的权力得到了发展：这或是表现为根据 1994 年成立的世界贸易组织，它的争端解决机构具有准司法的性质，对成员国有约束力；或是表现为人权方面的各个区域性的人权法院；或是表现在刑法领域的国际刑事法院之内。各个世界性的司法机构（上面列举的机构并非是穷尽的）能够促进围绕共同价值逐步趋同。

问：在国际化的进程中其他社会成员者扮演了什么样的角色？经济制约是不是主要的动力？

答：在这方面，我们看到的是市民社会的强大，这里市民社会这一用语涵盖了各种不同的利益方面。社民社会的成员，非政府组织和工会开始相互组织起来，非政府组织的影响力有时是决定性的，如在国际刑事法院的建立方面。而经济领域的成员不管是在制定规范方面还是在实施规范方面，都远远不是最强有力者。投资者在受到损害时可以在仲裁机构控告国家违反了投资的法律，即解决国际投资争端中心。同样，企业世界贸易组织的作用是间接的，它们通常是提供信息（法庭之友），而国家则通常是企业的代言人。为了回答您提出的问题，可以说，经济法和商法强化了人权法的影响。需要承认的是，使中国于 2002 加入世界贸易组织的议定书包含了一系列导致改善法治的承诺。例如，所有的法律都必须公布，行政处罚——包括未经审判的关押——应受到司法审查。

尽管如此，商业的自由化并不足以保护所有的人权。恰恰相反，一些人认为法律国际化的两个因素——价值的普遍性和经济的全球化——是分开的，甚至是对立的。一边是有利于经济交换的全球化的法律，另一边则是法律的一个全球化，这种全球化被视为围绕共同价值的一种融合。在我看来，将上述两个方面结合在一起是可能的，但是，由于商业、经济和金融组织并不确保对人权的尊重，以及价值的普遍性可以通过霸权的方式被强加于人，从而使实现上述结合成为困难。

问：谈到价值问题，您提出了我们是否以及如何迈向共同体。

答：根据对价值的尊重是趋于容忍还是提出要求，禁止的规定朝两个方向发生变化。还应把禁止的规定进行区分，即有的是由保护人权的法律文件规定针对国家的，有的则是由

刑法规定针对个人的。在前一种情况下，国际法会要求去罪化，而在后一种情况下，则会导致入罪化。在同性恋的问题上，一些国家，如英国，曾把它作为犯罪来处理，这种情况曾被提交到欧洲人权法院来处理。起初，欧洲人权法院表现出较大的容忍，以成员国享有自由裁判的余地为根据允许英国的做法，然而到了 70 年代，欧洲人权法院则以英国的做法破坏了对私生活的保护为由判定其违反了公约。

但是一种相反的入罪化运动，促使各国对破坏普遍价值的行为加以定罪，如战争罪或“反人类”罪，从罪名上看，这些犯罪都具有普遍性的特征。

问：如何就人道的普遍标准达成一致？难道不存在不同意见吗？例如对某些生物技术利用的犯罪特征，如克隆人。

答：对人道并不存在普遍和抽象的定义，从而把反人类罪和普通犯罪区分开来。核心的因素是，关于“向一群平民发起普遍和经常化的进攻”的要求，同时，这种进攻被作为是实施一个像基地组织那样的，“以这种进攻为目的”的国家或组织的政策。这样就强调了反人类罪的集体特征，同时作为结果，受害者的非个人化成为一个决定性的因素，即受害者被简化为属于某个宗教或种族等集团的成员。

生物技术引起了这样的问题，即是否通过制造生命，即行使一种由米歇尔·福柯所指的生物权力的方式而使人道受到威胁。这一问题促使我们去解释人道—价值的构成原则。有关的法律文本和判例通过确立区分的原则，从而表明了每一个个体都具有自己的特殊性，同时，通过确立一体化的原则，也表明了每一个个体都平等地属于同一共同体的成员。由此，可以这样界定反人类罪，即所有以普遍和经常方式做出的，旨在于否定个体特殊性和平等作为共同体成员这两个原则的行为。以克隆手段实现人的复制的个别行为还不能被视为反人类罪（不过法国法将这种行为界定为反人种罪），但是，以普遍和经常的方式实施人的复制则可能构成符合上述定义的反人类罪：克隆通过表明其减少基因不确定性的意图，而使个体特殊性的原则受到质疑。

问：那就是说我们在某些价值上达成了一致。

答：这种一致还表现在 1948 年通过的世界人权宣言上。在这个宣言中，尊严平等权和生命权被置于作为人权基础的各种价值之首的位置。但是，在处理“生命/死亡”这一对范畴时，对一些重要的问题如安乐死、堕胎、受精卵的地位，杀人和死刑等存在着不同的认识。这种情况同样出现“人道/非人道”这一对范畴上。在最近一次与皮埃尔—埃田·威尔（Pierre-Etienne Will）组织的关于中国死刑与自杀问题的研讨会上，我们发现欧洲和中国对非人道的判断标准并不同。在中国，残酷和不人道的刑罚在 1905 年就被废除了，其原因不是因为罪犯身体上施加的痛苦，而是因为人们认为肢解身体是不人道的。还需要提到的是涉及对动物、生物多样性和生态体系等存在不同认识的“人/非人”这一对范畴。

我在今年将围绕上述三对范畴开展工作，通过对可以看得见的分歧进行分析来尝试某种可能的融合。法律的途径，尽管并不全面，但对于解决问题是非常具有启示性的。例如，在国际人权保护法律文件中规定的禁止残酷、不人道和侮辱性的待遇。在法国的新刑法典出现之前，法国的刑罚，那些被用来惩罚罪严重犯罪的刑罚，被认为是“肉刑和过分的”，即残酷和侮辱性的，从而违反了人权，关于死刑执行方式残酷性的讨论证实了这一点。法律解释方法在酷刑的问题上也具有启示性。911 袭击标志着一个转折点：袭击行为本来可以被界定为反人类的行为，但这样的话就是要承认这些行为的普遍性特征，对这些行为的审判就需要通过美国政府并不认同的普遍管辖权来实现。美国政府倾向于提出一种新的口号，即打击恐怖主义的战争。这种主张不是对人道的攻击，而是对各国国家利益的某种进攻，刑法被军事化了，国家防御的宗旨使酷刑的使用被正当化。在这种情况下，我们看到的是，对非人道

予以禁止的战争罪与反人类罪作为一方，与导致将非人道正当化的打击恐怖主义的战争作为另一方之间相互对立。

问：对恐怖主义的讨论存在混淆。一方面，恐怖主义被认为是非人道、不正当的而被谴责，另一方面，人们又尝试着通过将其视为一种形式的战争而予以正当化。

答：各国从未对恐怖主义达成一致意见，因为各国对可以将恐怖主义正当化的理由没有达成一致意见，正如对于二战期间的反抗行为各国没有达成一致的情形——德国将对战争的反抗界定为恐怖主义行为。大多数的刑事定罪都表明了一种对价值的承认，如杀人罪表明的是对生命价值的承认，而盗窃则是对财产权价值的承认，对恐怖主义定为犯罪，有时是表明了它是对国家以及全球安全的侵害，有时则是表明它是对人的生命、尊严以及某些财产的侵害。作为一个法律范畴，恐怖主义是对从谋杀到反人类罪一系列犯罪的叠加。将恐怖主义作为一种独立的犯罪要比将其视为一揽子犯罪来审理更好，因为在后一种情况下，具有象征意义的犯罪严重性可以导致以打击坏人的战争的名义来将非人道合法化。

问：在什么情况下，国际法可以独立于国家之间力量关系的影响？

答：国际法受制于国家之间力量关系的影响，但是国际法也存在各种重新平衡的手段，特别是，国际法的主体并不局限于国家。应当注意到国家间、区域性和世界性组织以及非国家实体自主性的不断增加。在国家之间形成的国际法之外，目前还出现了一种跨国法：通过合同和仲裁条款，企业在它们之间形成的自己的法律。另一方面，则相反地出现了超国际法：世界贸易组织的争端解决机构，各个人权法院，以及国际刑事法院，它们都置于国家之上。

但是，演变本身并不是连续的。尽管人权被纳入国际法看起来是不可逆转的，但是，911事件的出现则树立起某种禁忌。同样在欧洲，英国内政部长在欧洲理事会议会上指出，如果欧洲人权公约阻碍了某些打击犯罪的实践，那么英国就应排除公约的适用。在任何时候，国家间的力量关系都会威胁到国际法律秩序。但国际法律秩序以令人无法想象的方式抵制了这种威胁。

问：理论思考是否对实践以及法律的建设有影响？

答：法律首先是一种技术。法学教授的功能是教会有能力的职业者运用现有的法律。但是，法律越是不稳定，使法官在不放弃法律的严格性的前提下想象解决问题答案的理论思考就越加变得必要。即便是我所从事的像法律的国际化这种如此广泛的研究，对实践也存在影响。例如，在最高行政法院最近一个反映国家和国际规范空间重叠的判决中，政府顾问在其结论中就使用了秩序化的多元主义这一表述，以强调复杂互动的必要性。另一个更具有意义的事例是，去年最高行政法院发表了一个关于将复杂视为法律不安全性的渊源的报告。

在法兰西学院，我发起建立了法律国际化工作网，该工作网将理论家和实践家结合在一起。许多像美国最高法院布雷尔（Breyer）法官那样影响了法律演变的最高法院、最高行政法院和宪法法官的法官们，成为法国—美国工作网的成员，此外，还建立了法国—巴西工作网，很快还会建立法国—中国工作网。在工作网中，他们可以相互交换分析观点和提出那些适应法律国际法关键问题的建议。这就是将理论与实践相结合的一种方式。

问：通过确定规范，法律建立在过去的思维模式之上。但是社会和价值发展迅速。在价值发生变化的同时，如何确定规范？

答：在法律上，总是存在着各种意义上的不完美。在*秩序化的多元主义*一书中，我提出了对事务的调整一再调整。应该去思考一种变动的法律，这种法律是不断平衡和趋于稳定但并非固定不变。这就是我从事工作的实质：将研究的对象引入到一种过程中来，以法律的

动力的用语来思考。体系和秩序这样的表述已经变得不充分。我们使用新的用语来表达那些形成和变化的规范空间，这就是互动和渐进的整合进程，整合的速度，其变化导致产生多时性和异时性现象。

当我给比较刑法专业的博士生讲课时，我从刑事政策的模式出发，来研究其变化的进程。今天我的做法颠倒了过来。研究法律的国际化，就是要从观察运动来发现其指向的未来秩序模式。可以想象不同的模式：统一的普遍化的世界模式，但是这种模式是通过最强大体系的霸权扩张来建成的；相反的是，由过分的主权主义导致的秩序混乱，并引起争吵和战争；或者是一种超自由主义的自发产生和自治的秩序。也可以想象各种多元化的秩序：不完美的，不稳定的，总是没有被完成的，在我看来，这些秩序在政治上是最现实的，但在法律上则是最复杂的。为了坚持朝着这个方向工作，应当了解在法律领域里存在的推动事务发展的力量。这是一种文化的革命，但是我相信为了构建一种适应于全球化的法律这种革命是不可避免的。

因为我们需要法律。为了将价值加以等级化，为了使侵犯价值的人承担责任，道德是不充分的。我研究的对象是一种正在形成的价值共同体，这种共同体即便不是普遍的，但至少是可以被普遍化的，但并不限于国际刑法领域。它还涉及人权，面对市场的强大动力，通过世界公共福利这一新的范畴，人权与市场的结合是可能的，但并没有得到确保。法律并不取代政治和经济，但是，没有了法律就不可能以持久的方式建立任何事务。建立作为一个动词自然地出现在我的头脑里，但是，还应当指出其实质内容的方面，即建筑、基础——所有固定化的比喻。今年，我的课程将以“一个没有基础的共同体的迷”为起点。这是一个迷，因为人权本身就是一个变化的过程，而不是一个基础性的概念。正像在认识论上那样，在法律上需要一种对有关基础的思想的批判。

采访者：马克·基尔什（Marc Kirsch）

米海伊·戴尔玛斯—玛蒂 2007—2008 年讲授：
课程：*法律的想象力（续）。迈向价值的共同体：基本权利*
（2008 年 3 月 11 日起）每周二 14 点 30 分
两次学术研讨会（2008 年 6 月 4 日和 25 日）

^① 参见，戴尔玛斯—玛蒂，*法律的想象力*，第一卷，普遍与相对，巴黎，瑟伊出版社，2004 年。

^② 参见，戴尔玛斯—玛蒂，*法律的想象力*，第二卷，秩序化的多元主义，巴黎，瑟伊出版社，2004 年。

^③ 参见，戴尔玛斯—玛蒂，*法律的想象力*，第三卷，权力的重建，巴黎，瑟伊出版社，2004 年。

以上访谈内容由李滨翻译