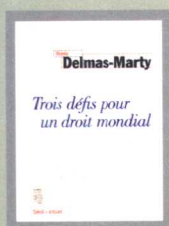


法国现代法学名著译丛



世界法的 三个挑战



〔法〕米海依尔·戴尔玛斯-马蒂/著
罗结珍 郑爱青 赵海峰/译
赵海峰/校

世界主义的幻想
法律的世界化是可能的吗？
法的世界化是合理的吗？
法的世界化是令人向往的吗？
一个可居住之世界的希望

法律出版社
Maison des Sciences de l'homme, Paris

法国现代法学名著译丛

世界法的 三个挑战

〔法〕米海依尔·戴尔玛斯-马蒂/著

罗结珍 郑爱青 赵海峰/译

赵海峰/校

本书出版的资助来自：
法国文化部全国书籍中心
法国外交部
法国大学研究院

Ouvrage publié avec le concours
du Ministère français de la Culture—Centre National du Livre
du Ministère français des Affaires étrangères
et de l'Institut Universitaire de France

法律出版社

Maison des Sciences de l'homme, Paris

京权图字:01 - 2000 - 2949

Trois Défis Pour un Droit Mondial

Mireille DELMAS MARTY

©Editions du Seuil, 1998

经法国 Seuil 出版社授权,本社享有本书全球中文版发行权

图书在版编目(CIP)数据

世界法的三个挑战/(法)戴尔玛斯—马蒂著;罗结珍等译.
—北京:法律出版社,2000.10
(法国现代法学名著译丛/赵海峰主编)
ISBN 7-5036-3244-5

I. 世… II. ①戴…②罗… III. 法律—研究 IV. D9
ISBN 2-7351-0902-X
Editions de La Maison des Sciences de l'Homme
法国人文科学之家
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 72117 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶 松

责任校对 / 杨昆玲

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/A5

印张/5.875 字数/140 千

版本/2001 年 1 月第 1 版

2001 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3244-5/D·2963

定价:14.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

总 序

米海伊尔·戴尔玛斯-马蒂

巴黎第一大学教授 法国大学研究院成员

比较法的发展是法之世界化成功的条件。所谓成功的世界化是指这种世界化既尊重各国制度的不同点,又致力于使各国制度围绕共同原则逐步接近。换句话说,要想避免单极的世界化实现稳定的多极化,也就是多元主义而非霸权主义的新目标,比较法是必不可少的。

愿本丛书进一步激发中国法和法国法的比较研究,这一愿望是合乎情理的。中法之间存在着一个渊源流长的相互交流的传统和相互了解的真切愿望。早在1964年,法国就与中国建立了外交关系,两国的交流日益紧密。1997年由江泽民主席和希拉克总统签署的联合声明,宣告了两国建立面向21世纪全面伙伴关系进入一个新的阶段,法律领域的合作尤其如此。这方面的交流已经涉及了从国家行政学院(法国国家行政学院和中国国家行政管理学院)的合作到法官的培训(法国全国法官学院和中国法官学院),再到律师的交流(巴黎律师公会和中国全国律师协会)之广泛领域。与此同时,法国最高法院和中国最高人民法院的最高等级的会见,巴黎商业法院和北京高级人民法院的交流也在不断地进行着。

自1979年以来,中国所有的法律领域都经历了密集的立法运

动,法官和律师的人数不断增加,作用越来越重要。正如最高人民法院副院长端木正先生在1996年所写的那样,密集的立法运动中,中国的立法者使用了比较法的办法,但不是机械地使用,这就避免了“倾向一头”,仅仅吸收一种模式的弊端。

法国需要对中国法制建设有更好的了解,很多法学者为此作出了努力。例如,1995年纪尧姆和谢朝华律师就用法文出版了《中国商法》(Larcier出版社)一书,并不断增补新的内容。陶景洲律师继1987年出版了《中国经商指南》以后,又于1999年出版了《中国商法总论》一书(Economica出版社)。同样,作为由爱克斯-马赛大学组织的几次中欧税法研讨会的延伸,中国和艾克斯的研究课题组对中国税务立法进行了翻译。另外,法国重要的法律杂志《法院报》(Gazette du palais)从1995年起开辟了若干《中国和法学》专号。与此同时,中国的刑法和刑事诉讼法的主要改革,也在1998年高铭暄和赵秉志教授所撰写的有关中国刑法典改革的文章中以及陈光中教授所撰写的关于中国刑事诉讼法典改革的文章中得到了介绍,这些文章均被翻译成法文发表于法国《刑事科学与比较刑法杂志》(该杂志在法国和所有法语国家发行)。

中国法学者们也表现出对了解法国(按照中文字面的意思,“法国”可以理解为“法律的国家”)法的兴趣。根据中法间达成的协议,巴黎大学每隔两年接收并培养一批希望了解法国和欧洲法律的年轻法学者,他们是在中国进行了一年的法语培训后来法国的。我们的一些法典(尤其是《新刑法典》和《刑事诉讼法典》,罗结珍译,国际文化出版公司)已经被翻译成中文。1993年至1998年,一项以制定刑法的国际指导原则为宗旨的研究集合了中欧的两个课题组(中国课题组由高铭暄教授领导,法国课题组由我本人在最高法院院长皮埃尔·特律什和最高行政法院法官布歇的参与下领导),这一课题的研究成果特别丰富,已经作为系列丛书用法文和中文出版(刑法国际指导原则研究系列丛书,高铭暄、米海依尔·戴尔玛斯-马蒂主编:

第一卷:《经济犯罪和侵犯人身权利犯罪研究》,1995年9月;第二卷:《经济犯罪和侵犯人身权利犯罪的国际化及其对策》,1996年9月;第三卷:《刑法国际指导原则研究》,1998年1月。均由中国人民公安大学出版社出版;在法国,由人文科学之家出版社用法语出版,共五卷)。

更为雄心勃勃的是由中国法律出版社发起、赵海峰先生(中国人民大学客座副教授、原中国最高法院法官)和齐福勒先生(法国人文科学之家欧亚事务专员)积极热情的参与、并得到法国文化部(全国书籍中心)和外交部赞助的《法国现代法学名著译丛》项目。该出版项目预计在几年内完成,翻译书目由中法法律界人士组成的学术委员会研究确定。预计将翻译并用中文出版法国法律教科书、法学理论书籍和重要案件记述,内容或者是有关法国法的,或者是有关比较法的(尤其是欧洲国家的法律比较),或者是有关欧洲超国家法的(以经济法为主的欧共体和欧盟法,以伦理为主的欧洲理事会法),还有国际法的。

我希望也能组织编译一套中国法的法语翻译丛书,因为我们的目标在于增进不同国家法学者的相互了解。就像中国驻法国大使吴建民先生在1999年7月巴黎第一大学校长为中国的年轻的法学者所举行的招待会上所说,中法关系目前所处的阶段为我们提供了一个有利于两国更高层次的互利合作的极好良机。在讲话中吴大使极为恰当地引用了11世纪前的一个中国诗人罗隐的诗句作为结论:“时来天地皆同力,运去英雄不自由”。

祝贺法律出版社在很好的时候抓住了这个机会,希望本丛书在中国公众中获得最大的成功。

中文版序言

米海伊尔·戴尔玛斯-马蒂

巴黎第一大学教授 法国大学研究院成员

18世纪,著名哲学家艾马纽尔·康德(Emmanuel Kant)曾梦想世界各国间的“永久和平”;20世纪初,伟大的法学家沈家本也创造了能使中国法律与西方法律“会通”的世界法律“大同”。目前,我们距他们的理想仍然甚远。但是,在经济和人权的双重压力下,法律的一些部分已经国际化。这一国际化的进程通常是由危机发动起来的。1948年通过“世界”(普遍)人权宣言表明,第二次世界大战的冲击是法之世界化的开端;1998年的“亚洲金融危机”也许将对经济法领域的世界化运动作出贡献。但这些危机常需要紧急的反应,因而无利于深思熟虑。所以,法的世界化进程是断断续续的,并且非常混乱。

这就是我们试图分析具有国际性质的法律和司法的风险(一)和机遇(二)的必要性之所在。

(一)

1.1 第一个风险是矛盾,即两个主要法的世界化进程之间的矛盾。这两个进程,一方面是经济的全球化(多表现为以霸权型的划

一的趋势),另一方面是人权的普遍化(与经济的勤苦相反,多表现为四分五裂或至少是破碎的趋势)。

在经济方面,可以引致霸权主义的法律技术是多种多样的。例如,如果外国人的行为在一个国家的国内领土上有“实质性的影响”,那么,法律的域外效力(根据该国国内法惩治外国人在国外的行为)是正当的。相反,如果对该国国内领土的影响是非直接的和不确定的话,这种域外效力就是违反国际法的(这就是为什么大家批评美国1996年有关国际贸易的“阿马托-肯尼迪法”和“赫尔姆斯·伯顿法”的原因)。霸权主义也可能是通过出口一国国内法的途径实现的,即通过交付事先制定好的法典,一不占领土地,二不对经济和社会的发展进行投资,仅向其输入决定社会组织法律制度,就可以决定别国的文化和经济形式。还有一种更为粗暴的方式,就是通过市场,通过受制于国际资本的非法律区的出现,来消解一种法律制度。

在人权方面,一定不要忘记的是,1948年的“世界人权宣言”的普遍性曾经受到那些自信从宣言中看到了西方文化霸权特征的人的质疑。而实际情况是,《宣言》起草委员会是国际性的,它由爱丽诺·罗斯福(Eleanor Roosevelt)主持,除了法国的法学家勒内·卡森(René Cassin),还有中国的哲学家、起草委员会副主席P.C.张,黎巴嫩人查尔斯·马立克(Charles Malik)报告员等。《宣言》承认所有的文化,条件是这些文化承认所有人的平等尊严。实际上,这种人权的多元主义更多地是导致支离破碎和四分五裂,而不是霸权主义的风险。

首先是受到保护的不同类别的权利之间的分裂。根据世界人权宣言,在公民权利和政治权利与经济、文化和社会权利之间既没有等级之分,也没有优先和居后之别;人权的普遍性正是建立在这种人权的不可分割的基础之上的。但是,实践的发展并非如此。继世界人权宣言之后,又通过了1966年的人权两公约(即《公民权利与

政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》，它们把权利划分成两个整体)。然而，并非所有的国家都批准了这两个公约，一些国家给予一项公约以优先，其他一些国家又倾向于另一项公约，这就造成了事实上的分离。这种现象由于另一种分离而更为加重，那就是监督机制的不同。其中对公民和政治权利的监督制度比对经济、文化和社会权利的监督发达得多。无论从联合国的规模上还是从类似欧洲这样一个区域的范围内都是如此。

但是，还有一种以隐形的方式导致人权破碎化的情形，即在一定程度上将人权“重新国内化”。它是通过在批准公约时采用保留的手法限制公约的效力的办法实现的。我们也许应当排除那些对基本权利的种种保留，不过直到如今这些保留还是允许的。

1.2 除了一方面趋向统一、另一方面趋向分散的这两种世界化进程的矛盾之外，还出现了第二种风险，即不连贯的问题。它首先表现为规范来源的增加，其中既有来自公共机构的，也有来自私营机构的。在国际贸易领域，我们可以观察到，国内法和国家间的法律，都朝着有利于仲裁员适用的商人法(Lex mercatoria)的方向发展。同时，我们也注意到(来源于私营机构的)规范化的重要份量，以及企业伦理和行为规范的扩张。

当国家插手人权问题时，便在互相交叉的多重的不同层次进行干预。例如，智利独裁者皮诺切特(Pinochet)案件，在西班牙、比利时和法国法官的要求下，英国上议院撤销了这位智利前国家元首的豁免权，这不仅说明了国内法院具有重要作用，而且引渡，即“国际”合作也是必要的。国际常设刑事法院的即将设立(1998年7月18日于罗马通过的联合国公约)又增加了一个超国家层次的机构，但国际解决并不排除其他方法，因为公约序言明确声明，国际常设刑事法院将是各国“国内刑事法院的补充”。另外，“区域”性水平上的国际化也在发展，无论是在人权方面(欧洲、美洲、非洲、阿拉伯的公约或宪章)，还是在经济方面(东盟、北美自由贸易区、欧盟、拉美南

部地区共同市场、非洲商法协调组织…))。

然而,这种来源的多样化导致了各种水平上的法律规范的激增。其中经济领域的这种现象似乎显得自相矛盾,因为在这一领域,口号就是“非规则化(也译为‘非管理’和‘不规制’))”。但是,如果认为非规则化是规则化的反面,那就是一种语词的误解了。实际上,这是一种重新安排,即根据其他措施、激励、谈判和灵活性(与临时性、不断发展和可修改的规范相伴而来)甚至以自我管理为主的重新安排。不过,这一灵活性本身就容易导致法律规范的激增。何况,这一“软法”并不总能取代经典法,即基于禁止、限制和惩罚的“硬法”,在很多情况下,它只是“硬法”上的添加物。这种叠加构成了“软法的悖论”。

与此并行的是,在人权领域出现了第二种我们可以称之为“模糊法的悖论”。不论是纳入宪法性法律的权利还是写进国际人权文书的权利,其新颖之处在于,人权变成了可以与立法者甚至国家相抗衡的东西。如果某个法律限制了权利,可以对它进行删改;如果国内的实践侵犯了人权,可以对它判决谴责。目的在于树立不可逾越的界石。但是,当某些法律,即使不算完全不可确定,至少也是没有明确的界定时,这就涉及到“模糊”法。结果是要承认法官在运用这些概念时有一个“解释余地”。同样,当一个国家将人权包括进其国内法的时候,也要承认其“国家评判余地”。这些措施虽然是以预防专制为本意的,但也同样具有削弱某个制度的风险。

但是,这些风险也是应当抓住的机遇。因为在法制的现状和演变中,如果不引入“软”法所带来的灵活性,以及对“模糊”法的容忍,要想在区域范围内、尤其是世界范围内制定一个共同法,也许是不可想象的。

(二)

换句话说,表面的混乱包含了种种潜在的因素,可以使我们去重新组合一种秩序。也许这正是一个良机:法律上可以向一种新的、但更为复杂的规范秩序观念转变,政治上可以向世界范围的真正的民主结构转变。

2.1. 法律上,这是一个与国家秩序重叠的世界秩序。“重叠”而不是取代,因为目标肯定不是消灭国家和国内法。在以全面发展私益机构来确保对公共利益的尊重,以及组织与保护个体和集体权利这两方面,国家机器从未象现在这么必不可少。

在这些条件下,不可能按照一个国家的模式——即使是联邦制的或者邦联制的——来设计世界法,而应当根据本书所建议的“规制的多元主义”的模式去设想。“多元主义”是为了对抗霸权主义的风险,承认各国传统的多样性;“规制”则是围绕共同的指导原则组织一个合成体系,以同时避免分裂和不连贯。也正是在这个意义上,中国课题研究组和欧洲研究组已经在1993年和1998年间,在刑法法(经济犯罪和侵犯人格尊严犯罪)领域进行了合作研究^①。正如两个研究组在课题研究结束时所观察到的那样,国际化首先意味着国际合作的加强,而国际合作的效率则在很大程度上取决于在共同定义上的一致。这就是为什么“越来越重视各种法律制度间协调性的原因之所在”,这种协调应当以多元的方式(技术性的规则可以仍然

^① 刑法国际指导原则研究系列丛书,高铭喧、米海依尔·戴尔玛斯-马蒂主编:第一卷:《经济犯罪和侵犯人身权利犯罪研究》,1995年9月;第二卷:《经济犯罪和侵犯人身权利犯罪的国际化及其对策》,1996年9月;第三卷:《刑法国际指导原则研究》,1998年1月。均为中国人民公安大学出版社出版。

是不同的)建设起来,但应当围绕共同原则建立秩序”^①。在更长远的将来,对特定领域如反人类罪领域的法律的统一,意味着各国对一致规则的认同。由联合国安理会创立了前南斯拉夫和卢旺达两个国际刑事法庭,对其运作进行观察与对国际常设刑事法院创立后的运作进行观察,都是有用的,可以“从中吸取必要的教训,为未来作好准备”^②。

合作、协调,甚至是统一,我们两个课题组刚刚进行了探索,但富有成果的法中合作由于中国法学者对该书的翻译所作的贡献而得到了延伸:罗结珍,郑爱青,以及以其高水平的比较法能力和对法语洞察入微的知识接受本书校读工作的赵海峰等等。他们因此也参与了对一个多元主义的并尊重各国传统的法律秩序的追求。

2.2.在政治上,应当在世界范围内创设民主架构,首先就是行使权力:如行政权、司法权和立法权的机构,这些目前在世界范围内都有待建设。但同时也应当为正在产生中的世界市民社会预留位置。即使世界公民仍然无处可寻,国际劳工局已经强调人口增加,以使企业“必须考虑到他们营业的社会和环境的影响”,并具体到一般来说“由非政府组织和在地方工人组织与国际职业秘书局相联系的联盟”所表达的上述这些要求^③。这些创举与人权方面的先锋,如第四世界——救助贫困者组织、国际人权联盟等相结合,致力于描绘出未来世界公民的轮廓。这些组织也为1998年全球各地庆祝世界人权宣言50周年的活动作出了贡献。这些活动不仅是缅怀过去的一种简单仪式,也是借机为未来建构一个人类的集体记忆。

正是基于同样的前景,并试图打开一条道路,本书在第三个千

① “刑法国际化的途径和方法,共同原则的制定和实施”,《刑事科学和比较刑法杂志》,巴黎,1999年,第187页。

② 同上引。

③ BIT, 1998年11月,因特网站为 www.ilo.org/public/french/docs/gb273/sdl-1.htm

年的黎明分析了法的世界化所引发的三个“挑战”：这一世界化在实践上是否可行？在法律上是否合理？最后，在伦理上是否令人向往？为了初步作出回答，本书给出了三条线索：承认经济和人权之间的相互依赖，学习规制多元体系和争取使民主在世界范围内取得进步。在宣布这样一个计划的时候，反观目前的现状，成果似乎非常可怜。但不能放弃的另一个理由是：‘人类’变为法律词汇（通过禁止“反人类罪”和保护“人类共同继承财产”）仅有 50 年的时间。那么，让我们给人类以机会吧。

法国现代法学名著译丛编辑说明

《法国现代法学名著译丛》是一套规模较大的翻译丛书,入选书目都是法国当代重要的法学著作。为了决定翻译的书目,中国和法国的15名法律界人士成立了科学指导委员会,法国的委员主要是巴黎第一和第二大学的著名教授,法国司法和行政法院的法官、律师等;中国的成员则大多是著名教授、专家和从事法国法研究的人员。另外,法律出版社和法国人文科学之家出版社组成了一个编辑委员会,负责具体落实翻译工作。作为科学指导委员会的执行委员和编辑委员会成员,我接受委托,对该丛书的缘起和有关情况作以下说明。

该套丛书的翻译和出版是法律出版社贾京平总编辑的想法。记得在1996年,在法国定居的朋友高明先生(原中国最高人民法院法官)向我谈起法律出版社希望在法国组织翻译法国法学著作丛书,在中国出版的意向。我极感兴趣。于是我们与我的博士论文导师、法国著名的法学家戴尔玛斯—马蒂(Mireille DELMAS-MARTY)教授商讨实施的步骤和方案。注意到翻译计划对中法法律交流和对中国建设法治国家进程中的作用,当时的法国最高法院院长特律什(Pierre TRUCHE)先生对此事也十分重视;特律什院长和戴尔玛斯—马蒂教授在繁忙的工作之中抽出时间,与我和高明先生一起开会商量翻译出版事宜,令我们十分感动。按照会议和法律出版社的意见,分别在中国和法国成立了科学指导委员会,中国指导委员会成员、最高人民法院原副院长端木正教授对该项目给予了热情的支持,

指出,“无论我国立法工作、经贸交往、教学研究皆需参考各国法制,而法国在世界上,特别在欧盟中及世界法语国家中,皆有不可忽视的影响,因此我表示积极支持贵社此项重大倡议”。1998年6月10日,我和高明先生代表法律出版社在巴黎召集了法方科学指导委员会会议,委员们经过讨论,最后确定了一个20本法学著作的翻译书目,会议并决定由我组织编纂一本法汉法律小词典。

该计划也得到了法国人文科学之家(Maison des sciences de l'homme)的重视,尤其是欧亚专员齐福乐(Jean - Claude THIVOLLE)先生加盟了计划的实施,使这一项目成为法律出版社和法国人文科学之家出版社(巴黎)的合作项目。在法国人文科学之家的帮助下,本项目获得了法国外交部、文化部全国书籍中心等机构对翻译和出版的部分宝贵资助。

本丛书以法律高年级大学生、硕士、博士研究生以及教学和研究人員、立法、司法和律师等机构的实务人員为读者对象。翻译书目选择的标准之一是权威性,入选的书目大多是法国有代表性的和有定评的著名法学著作,是在大学中广泛使用的教材和研究主要参考书;标准之二是全面性和深度,入选书目内容涵盖了法国法学学科的主要部门,包括欧洲法和国际法,入选的书籍以全面深刻著称,不少书籍长达八九百页、上千页,不是概要性的书籍;标准之三是求新,由于上述书籍广为流传,所以有的几乎每一两年再版一次,有的已经出到18版。在翻译过程中,我们将随着法文原著出版的情况,选取最新的版本翻译。根据法国法学界的传统,每次书籍再版,作者均要重新修订,加入新的立法、判例和学术观点等新内容,以使读者对有关的新发展保持贴近的了解。以求新为标准,我国的学术界对法国法发

展和研究的现状也会有最新的掌握。^①

参加本丛书翻译的人员,大多是精通法语的法律学人、学者和实务人员,而且为了确保翻译的质量,要求每本书均需经过翻译和校对两道程序。由于不少译者现在法国,翻译中出现的很多问题都可以和法文作者本人直接讨论。

法学的发达,需要相当时间的积累和养成。巴黎第一大学民法学家盖斯坦(J. GHESTIN)教授针对法国民法在法国法学中的地位,曾骄傲地说,由于法国民法学研究源远流长,所以民法总论大有取代私法总论甚至法学总论的趋势。^② 新中国的法学研究历史短暂,全面地了解和借鉴其他国家的法学理论和知识技能为我所用,应是中国法学走向更高阶段的必不可少的条件。尤其是改革开放多年以来,由于语言不通等方面的原因,我国对大陆法系,尤其是法国法律制度了解十分不足,资料陈旧,而且往往相互抄袭。本项目的实现,希望能为我国学术界提供一套系统的参考资料,加上不少学者(尤其是罗结真教授的翻译工作和尹田教授等的研究工作)^③已经作出的研究和翻译,成为了解当代法国法的百科全书。

赵海峰

2000年7月

① 我国的法学研究,在改革开放以来获得了繁荣,研究的深度和广度都达到了相当的程度,学术规范也日益走入正轨。我们尤其希望我国也有更多的不断更新的法学教材和专著能出到十版、八版以至更多(而不是仅仅重印或者几乎同样的内容作出几本书重复出版),成为经得起考验的法学名著。当然,由于涉及市场,这一学术目标需要法学界和出版界的共同努力。

② 盖斯坦(J. Ghestin):《民法原理—总论》,L. G. D. J. 出版社,1994,第1页。

③ 关于中国对法国法的翻译和研究,参见赵海峰:“中法法律研究、翻译简介”,法律与经济,1999年第2—3期, www.jiaoyuchu.online.fr/magazine/loiéco/。

学术委员会成员

法国学术委员会成员

皮埃尔·特律什(Pierre Truche)原法国最高法院院长
米哈伊尔·戴尔玛斯—马蒂(Mireille Delmas - Marty)巴黎第一
大学教授、法国大学研究院成员
罗伯特·继饶蒙(Roberd Guillaumont)里昂上诉法院律师
依夫·居荣(Yves Guyon)巴黎第一大学教授
保罗·布歇(Paul Bouchet)法国最高行政法院法官
雅克·盖斯坦(Jacques Ghestin)巴黎第一大学教授
菲利普·福沙赫(Philippe Fouchard)巴黎第二大学教授

中国学术委员会成员

端木正	中山大学教授,原最高人民法院副院长
曾宪义	中国人民大学法学院院长,教授
高铭暄	中国人民大学教授
陈光中	中国政法大学教授
梁慧星	中国社会科学院研究员
尹 田	北京大学教授、法国法研究中心主任
贾京平	中国法律出版社总编辑