

法国法译丛

全球化、法与国家

(原著第二版)

La globalisation, le droit et l'État
2^e édition

【法】让-贝尔纳·奥比 (Jean-Bernard Auby) / 著
张 莉 / 译



中国政法大学出版社

法国法译丛

全球化、法与国家

(原著第二版)

La globalisation, le droit et l'État
2^e édition

【法】让-贝尔纳·奥比 (Jean-Bernard Auby) / 著
张 莉 / 译



中国政法大学出版社

2016 · 北京

La globalisation, le droit et l'État, 2^e édition
by Jean-Bernard AUBY
Copyright © 2010, LGDJ, Lextenso éditions,
33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02
版权登记号: 图字 01 - 2016 - 2294 号

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

全球化、法与国家/(法) 奥比著; 张莉译.—北京:中国政法大学出版社,
2016. 11
ISBN 978-7-5620-6651-4

I. ①全… II. ①奥… ②张… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第037851号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 8.625
字 数 209 千字
版 次 2016 年 11 月第 1 版
印 次 2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价 38.00 元

“法国法译丛”

编委会

顾 问:

Mireille Delmas - Marty (法兰西学院、巴黎第一大学)

Pierre Delvolvé (法兰西学院、巴黎第二大学)

Jean - Bernard Auby (巴黎政治学院)

Oliver Dubos (波尔多大学)

主 编:

张 莉

编 委:

潘小娟 何 敏 郑爱青 施鹏鹏 石佳友 杨彩霞

曾荣鑫 朱 琳 秦立崴 姜 颖 王 蔚 朱明哲

| 总 序 |

法治是人类社会文明程度的标志之一。中国作为世界上最大的发展中国家，在经济腾飞之后，势必走上法治道路。如何顺应历史潮流，利用“后发优势”设计出符合中国国情的法治国家建设之路，是当代和未来几代中国人共同面临的挑战。在应对挑战的过程中，离不开对外国法律制度的研究与借鉴。在全球化的今天，翻译与研究外国法已经不仅仅是为了知己知彼、取长补短，更是为了探寻人类法治文明的真谛。

法国作为“罗马法传统的继受者”和“启蒙思想的发源地”，在现代法律制度建立和法治文明传播中起着举足轻重的作用。1789年的《人权宣言》确立了主权在民、权力分立、自由平等和人权保障等现代文明价值，它对西方近现代政治、法律进程产生了深远的影响。由拿破仑于19世纪初主持起草的《民法典》《商法典》《刑法典》《民事诉讼法典》和《刑事诉讼法》更是成为后世多国立法的蓝本或参考。

在过去的几十年间，受语言限制，中国出版界鲜有传播法国法最新研究成果的译著面世，而学术界和实务界在这方面的需求却随着“依法治国”“建设法治国家”和“国家治理体系和治理能力现代化”目标的提出而日益强烈。

此次，在众多中外法学同仁的建议和鼓励下，我们汇聚十



余位曾经长期留学法国的中青年学者，打算将反映法国当代法律发展、引领法国乃至欧洲法学研究风潮的研究成果介绍到中国。

这一项目得到了法国多位知名法学家的支持，他们为丛书书目的选择献计献策。法国驻华使馆更是在版权和出版方面予以大力支持，在此一并致以诚挚谢意。

“法国法译丛”编委会

2016年11月

| 前 言 |

这本漫谈在蒙克雷斯坦 (Montchrestian) 出版社“钥匙丛书”出版已有6年时光。这期间, 本书努力讨论的主题在事实上和观念中发生了怎样的变化?

经济、社会、文化等全球化的事实并没有停滞。即便是2008年开始的经济危机, 也没有明显改变这一趋势。当然, 各国的危机应对给人以重新掌控局面的印象。但这很快就使我们感觉到, 危机在本质上带有跨国性质, 而对危机后果的国家层面的控制带有狭隘的局限性。发达国家正在经历的经济难题无疑会造成朝向这些国家的人员流动的降低, 但这种降低只是有限的和临时的。

法律全球化也在悄然跟随着这一导致不同国家法律体系间、国际法与国内法间相互关联性增强的进程。世界贸易组织内谈判的或然性完全证实了这一点: 经济全球化不是一条静静的河流, 世界贸易组织法也不是法律全球化现象的唯一要素。

当我们观察全球化和法律全球化顽强发展的态势时会惊奇地发现, 有关这一主题的英文资料——连同意大利语等小语种资料——持续增加, 而法语论述相对稀少 (参见本书参考文献)。全球化这一主题, 由于它的政治任务及其对世界既有政治、社会、法律认知体系的扰动倾向, 一直被视为一个本质上



令人不安的话题。

同上一版一样，本书根据行文的需要，借鉴了许多非法文文献资料。如果说本书给自己设定了一个功用目标的话，那就是帮助读者转向国际——特别是英文——著述，它们为我们研究这一主题提供了大量的文献资料。

本书的目标是描述一个远未完成的进程的现状，仅此而已。全球化给世界政治、经济与法律组织形态带来了巨大的变化，这一现象令人产生只能发现其部分潜能的印象，其结果是，对这一现象的分析必然时常发展成为推测和前景展望。这一点在法律领域可能比在其他领域表现得更为明显。全球法律空间、全球法律体系还没有向我们透露其全部秘密，我们对世界法律格局的看法正一点点适应于它们逐步让我们看到的发展状况。

根据一个当代政治哲学家的观点，“教育、政治和法律难以跟上全球化世界的节奏”^{〔1〕}。这一论断完全正确，不论怎样，法学追随着全球化带来的变化。你们将会看到，本书的只言片语不过是努力理解未来事物的尝试罢了。毕竟，进行概念创新是一件显然具有相当难度的工作，它需要汇聚各种各样的良好意愿。

2010年2月

〔1〕 丹尼尔·英拉里蒂 (Daniel Innerarity):《未来及其敌人:从没有未来到政治期望》，Climats 出版社 2008 年版，第 114 页。

| 目 录 |

导 论	1
第一章 全球化包围下的法律	5
第一节 什么是全球化?	5
一、全球化现象的起源	6
二、全球化现象的本质与广度	10
三、全球化的层级	15
第二节 法律全球化	22
一、全球化对法律施加的压力	22
二、法律全球化的多种进程	28
三、法律全球化的矛盾与局限性	33
四、对法律全球化的科学假设及不同观点	35
第二章 法律全球化的范围	39
第一节 法律全球化有特色的三个例子	39
一、金融市场法	40
二、互联网法	44
三、公共合同法	49



第二节	法律全球化的基本领域	63
一、贸易		63
二、环境保护		68
三、基本权利保障		73
四、(国家) 治理		80
第三章	法律全球化机制	86
第一节	规范制定过程	86
一、规范的形成		87
二、规范的内容		96
三、规范的效力		98
第二节	规范体系间关系	106
一、不同法律体系间的渗透		106
二、不同法律体系间的竞争		115
三、不同法律体系间的融合		120
第四章	全球法律空间内的权力与正当性	125
第一节	国家与法律全球化	126
一、国家公权力的衰退		126
二、国家规制功能的维持		130
三、重新定义国家主权?		133
第二节	全球化背景下国际治理的法律形式演进	137
一、概述		138
二、治理网络的增加		139
第三节	全球化与地域多元性: 全球与地方的对话	141
第四节	多层级治理的法律维度	149
第五节	全球法律空间内的公民身份、民主与宪政化	151

一、全球公民身份及全球民主问题	152
二、全球化参与者的宪政化问题	158
第六节 法律全球化与法治国家要求	163
第七节 法律全球化中的公共事务、普遍利益、 公共（产品）物品	167
一、法律全球化中的“公共事务”与 “普遍利益”定义	167
二、法律全球化中的公共物品提供	170
 第五章 全球法律空间的运行	176
第一节 法在全球化中的作用	176
一、“法律帝国”假设	176
二、此种假设的局限性	179
第二节 全球化与法律实践	180
一、全球化中的法律职业	180
二、全球化与比较法	183
第三节 法律全球化规制	187
一、法律全球化并非不可规制	187
二、法律全球化的规制机制	189
第四节 对全球法基本运行模式的假设	198
一、结构上的多样性	198
二、网状运行模式	201
 第六章 建设中的全球法结构	204
第一节 全球化与国际法－国内法区分	204
一、功能关系的变化	205
二、概念关系的变化	208



第二节	全球化与公私法区分	210
一、超越公私法区分的表现	210	
二、公私法分立被转移的现实	212	
三、全球法中公法与私法的各自比重	214	
第七章	全球化对公法的影响	217
第一节	全球化对国际公法的影响	217
一、国际公法对法律全球化进程的贡献	218	
二、国际公法的性质发生转变?	219	
三、寻求理论更新	223	
第二节	全球化对国内公法的影响	224
一、对国内法律体系全球化转变机制的 一般性思考	224	
二、国内公法：全球化的特殊媒介	227	
三、全球化与宪法	230	
四、全球化与行政法	234	
五、全球化与公共财政法	242	
第三节	全球化对国内公法体系间关系的影响	243
结 语	245	
参考文献节录	248	
附插图目录	257	
关键词索引	258	

导 论

这里是我们的法，那里是他们的法，一边是这些人的法，另一边是那些人的法，国际法与国内法，它们相互叠加又彼此分离，英国法与法国法相互并列又严格分离……我们对法律世界的惯常看法是一种平面几何式看法。

而全球化迫使我们逐步放弃这种看法。

我们身在其中的经济、文化和技术全球化征服了法律，给它带来了混合、互联和横贯的新现象，而这一切都在改变法律的形态。对此，我们稍后会做充分的解析。这些现象将法律渐渐引向某种立体几何视角，这是一种距离欧氏（欧几里德）平面几何越来越远的一种几何学。

本书将要探讨的是全球化的法律维度。显然，这一现象具有其他维度，可以从不同的角度加以分析。当全球化给人以靠经济实力、技术手段甚至政治意愿而非法律方案来推进的印象时，看清全球化的法律样貌就是一件异常艰难的工作。全球化由不同的机制组成，调整不同的领域，是一个尚未彻底实现的现实之物，这一切令研究工作越发复杂。本书仅是一本随笔，只寄希望于能够启发某些人对这一问题的某些方面的思考。



说到研究方法，本人不揣冒昧地称其为“批判实证主义”^{〔1〕}。在我们看来“法律全球化”主题只能以一种相对或者批判的实证主义眼光加以研究。如果我们要助推对正在形成中的法律现象进行法律理解，就必须接受一种常规的实证伦理。这种实证伦理要求我们不能提出任何脱离法条、判决、习惯法则和合同实践等实定法论断的建议。另一方面，我们也不应忘记这样的事实：法律无法告知我们所有社会现实，它只是其中的一个层面，社会现实也经常以与法律明文规定相左的方式实际运行。这些情况迫使我们采取一种批判性的审慎，这种审慎应当在分析一个演进中的现象时特别得到应用，因为不仅现象中的平衡很难把握，现象本身也会颠覆一些现有法律安身立命的教义、原则和体系。当人们头脑中充满对法国《民法典》第1382条和最高行政法院应用于征收的损益对比理论的确信时，分析法律全球化将冒着忽略美好事物的风险。

当人们总是根据自己对现象的判断、从一种带有价值判断的视角讨论全球化问题——特别是法律全球化问题时，对这一话题进行冷静分析就显得越发困难。这里就不用强调那些仅仅是因全球化而引发的众多激烈争论了。围绕法律全球化，显然也存在原则性的立场交锋。有人采取激烈的敌视立场，有人相反，一路唱着赞歌。对于有些人来说，法律全球化将我们的法律体系引向某些基本原则的反面，特别是涉及福利国家的原则。对于另外一些人来说，法律全球化，至少在某些维度上，是个好东西，是一个值得朝着它挺近的目标。这也是那些积极为全

〔1〕 参见吕克J. 文根思（Luc J. Wintgens）：《法律、原则与理论：为了某种批判实证主义》，Bruylant 出版社2000年版。

球刑法、人权的国际保护而奋斗的人们的立场^[1]。这也经常是那些希望发展适合于世界生态遗产保护的全球法的环境法专家的立场。^[2]事实上,许多人以善恶二元的方式区分什么是好的全球化和坏的全球化。所谓好的全球化是体现基本权利保障和环境保护等价值的全球化,而坏的全球化是削弱国家和社会力量、威胁他们所关心的价值保护的经济全球化。作为补充,法语世界中,人们时常用“世界化”表达前者,而用“全球化”体现后者。

贯穿本书的信念是,全球化和法律全球化本身不存在好坏之分。它们改变了我们集体价值体系扎根的框架并且改变了表述和实现公共福祉的方式,这是不争的事实。但是,它们产生的效果,有的是积极的,有的是消极的^[3]。不管怎样,它们是为评判其产生的现象而值得在做出价值判断之前加以研究的事实。

关于用词,需要补充一点。法语在指代我们感兴趣的这一现象时,使用了两个语义差别较大的表述,由此也引发了巨大的语汇混乱。在其他相近语言中,往往只存在一个词语,如英

[1] 例如,并且尤其是米海尔·戴尔玛斯-马蒂(Mireille Delmas-Marty),特别参见其著作《世界法的三个挑战》,Le Seuil出版社1997年版。

[2] 如参见米歇尔·普里厄(Michel Prieur):“国际化与环境法”,载夏尔-阿尔伯特·莫朗(Charles-Albert Morand)主编:《世界化控制下的法律》,Bruylant出版社2001年版,第397页。

[3] 比如,经济全球化在促进新兴国家崛起的同时,如果没有伴随全面的重新分配战略,这个进程就会产生不平等:例如,扎基·莱迪(Zaki Laidi):《大动荡》,Flammarion出版社2004年版;经济全球化为国际繁荣做出了贡献,但它同时也解放了一些可能对某些主要保护机制构成威胁的经济力量:皮埃尔·德·塞纳克伦斯(Pierre de Senarclens)、阿里·卡赞西吉尔(Ali Kazancigil):《调节全球化:全球治理批判》,联合国大学出版社2007年版,第275页及随后各页。



语中的“globalization”、西班牙语中的“globalisacion”、意大利语中的“globalizzazzione”和德语中的“Globalisierung”。而法语交替使用“全球化”(globalisation)与“世界化”(mondialisation)两个词汇,学术界无法就二者间的差别达成共识。对于前面提到的二者差别,有些作者承认,有些作者根本不认同。

在我们看来,使用“全球化”这个词指代本书研究的现象总和是谨慎之举,它可以避免文化间的互不理解……如果坚持在全球化之余增加“世界化”一词,我们或许应当这样进行说理:全球化是一个不同体系相互开放与渗透的整体进程,它不仅表现在世界层面,还表现在其他层面。我们将会看到,即便是在法律体系内部它也能得以显现,法律全球化是人们精准定性的“多层级”、多维度的现象的总和。这样一来,我们或许可以将“世界化”说法限定在与其世界性和普世表现的部分。

既然我们的研究对象是整体进程,那么就是全球化问题。这里,我们再次强调,本书讨论的是一个未来事实之总和,我们面对的是进程而不是状态,是孕育中的系统而非既成的体系。我们更多描述的是未来发展的方向,而非稳定的法律现状。

在探讨法律全球化之前,我们将首先考察全球化如何影响法律(第一章)。随后,需要明确法律全球化的主要场域(第二章),描绘其机理,即规范及规范体系间关系的呈现方式(第三章)。紧随其后的是,全球法律空间内的权力和正当性问题(第四章)。最后,我们将冒险提出有关全球法律空间运作(第五章)及建设中的全球法体系的假设(第六章)。本书将以若干有关全球化对公法影响的补充性思考(第七章)结尾。



第一章

全球化包围下的法律

在讨论全球化如何与法律发生关系、对其产生影响之前，有必要简要说明什么是全球化。事实上，围绕这一现象的含义，分歧是巨大的，也经常存在误解。对此，我们不要有丝毫的惊讶，因为进行中的演变显然是复杂的，它扰乱了我们常规理解世界格局的方法。

第一节 什么是全球化？

全球化是一个难以定性的现象，它是一个要素系统的复杂演变过程，需要做些努力方能捕捉其总体趋势^{〔1〕}。随后的这些观察将尽量以总括的方式透过起源、性质、范围和层级来描述这一现象。

〔1〕 如今对全球化的经济学、社会学、政治学等分析数量众多。英语国家的图书馆书架甚至有不堪重负的趋势。在法文文献中，可以参阅如下书籍：艾利·科恩（Elie COHEN）：《世界经济秩序》，Fayard 出版社 2001 年版；皮埃尔·德·塞纳克伦斯（Pierre de Senarclens）：《世界化》（第 4 版），Armand Colin 出版社 2005 年版；雅克·勒维（Jacques Lévy）等：《盘点世界：世界化地理》，政治学院出版社 2008 年版；萨斯基娅·萨森（Saskia Sassen）：《全球化：社会学思考》，Gallimard 出版社 2009 年版。英文文献有：乌尔里希·贝克（Ulrich Beck）：《全球化是什么？》，剑桥出版社、Polity 出版社 2000 年版；简·阿特·斯克尔特（Jan Aart Scholte）：《全球化：一则评判性导论》，Mac Milan 出版社、St. Martin 出版社 2000 年版。