

第二章 国际社会中的 自然权思想

第一节 絮 论

人权是思考现行法律、政治、社会以及进行各种制度设计时最重要的观念之一。人权观念来源于近代欧洲的自然权思想。自然权思想不仅给人权同时也给近代法思想和制度带来了巨大影响。它一方面构成近代多数宪法在思想源泉上所依据的社会契约学说的主要部分，同时，它作为思维的规范性框架，深刻影响着人们对国际社会各种制度存在方式的思考和行动。没有自然权思想的存在，也就不会有国家基本权观念、人民自决权观念、国家平等观念、国际人权法这一系列国际法观念和制度的诞生。在国家基本权、国际人权保障思想的背后，我们可以看到，优秀的思想家巧妙地把自然状态下的个人自然权观念发展成为探索国际社会制度的思维框架，从而通过每个人格都所具有的自然权这一思维形式来理解国际关系——不过，这表现为各种各样的形式。

另一方面，把自然权观念引入国际关系也带来了很多问题。19世纪，人们提出了国家基本权理论，但在现实国际社会中，这一理论却具有使国家绝对化的机能。这就是一个典型的例子。

然而,问题却不限于此。国家的拟人化和国际法的国内思考模式——例如,尽管在国际社会中作为法律的裁判规范所起作用相当有限,人们却以国家法为模式,设法构筑作为裁判规范的国际法理论。这种做法所具有的问题本身,与在国际关系中导人自然权思想有着密切的关系。而且,国家的拟人化和国际法的国内思考模式在今天依然占有支配性地位。

第一章提到,在思考现实人权问题、寻找其实际解决办法、或探索人权在21世纪里的根本意义时,我们应该看到,一方面,有着形形色色的文化、历史、宗教和历史经验的各民族正在经济的资本主义文化潮流中建立国民国家,而另一方面,经济和情报业已超越了主权国家体制,在这样的历史进程中,我们应该将人权理解为保护个人基本价值和利益的思想、制度。从这样的观点出发,本章阐述个人的自然权观念这一思维框架导人国际关系的过程,并从近代思想源流与国际现实相互冲击的角度,辨明这种思维框架所具有的意义和问题^[1]。

第二节 个人的自然权及其在 国际关系上的投影

一 维多利亚和格老秀斯

如果把国际法单纯地定义为调节各国关系的法律,则可以在中国、埃及、美索不达米亚等文明里看到“条约”最原始的形式。不过,这些古代的“条约”在缔结主体(并非国家而是支配者)、形式、主要担保者(条约缔结人所信奉的神明)等许多方面

与现代条约不同。另一方面,如果像今天这样把国际法作为覆盖全球的法体系来分析时,则到19世纪末至20世纪初欧洲国际法扩张到全世界为止,也就不曾存在国际法^[2]。但是,这种欧洲法观念的原型可以在维多利亚、格老秀斯、瓦泰勒等理论里找到一定的根据。

国际法诞生于何时,这一质疑与如何看待当今国际法问题相关,其本身并不构成学术性上有积极意义的问题^[3]。与此相关的重要问题是,无论是至今被称为“国际法之父”的格老秀斯,还是持对立主张的维多利亚,都无法从他们的理论中看到国内法和国际法的区别(后文将论及,相应地在瓦泰勒理论中,却可以观察到二者的区别)。

众所周知,在国际法上,维多利亚理论的重要意义在于他有关印第安人的两个特别讲义。维多利亚在讲义中,在论述西班牙人与美洲大陆原住民印第安人以及其国家(或政治体^[4])的关系时,没有就个人关系和国家间关系作出任何区别。也即,维多利亚称前者为西班牙人“*Hispani*”,而称后者为印第安人“*indis*”或野蛮人“*barbari*”,这种称法横跨个人和国家两个平面^[5]。在论述对印第安人的正战和征服依据时,维多利亚举出了不正当权原之后,又列举了正当的权原,作为其结果,他论证了西班牙征服印第安人的正当性,但是,这并不意味着他的讲义从最初开始就对个人和国家作了严格的区别。

从当时欧洲的实际情况及学术状况来看,维多利亚的这种基本立场可以说是出于必然。当时,欧洲中世纪以来的分权构造尚未得到完全克服,而且,近代意义上的国家和个人都尚未成型。另一方面,维多利亚肩负着向尘世上的人释明基督教教义,并将他们引入正路的使命。原理上,其传教对象是普遍的,包括

当时正在美洲大陆行进征服的征服者以及人格上尚未与国家分离的君主。

格老秀斯的立场与维多利亚略有不同，他不是向一方当事人说教，而是从第三者的观点出发，试图构筑正义的理论，也即法的理论。

在《战争与和平的法》中，格老秀斯的研究目的在于尽力减少战争的惨祸和限制政治实体间的暴力。他的理论性手法之一，是承认最高支配者间的关系具有与私人间关系不同的效果（也即，以正式战争中的交战者权利的形式，给所有国民以法律保护）^[6]。在此范围内，格老秀斯理论中就存在将国家间关系理解为不同于私人间关系（或私人和国家间关系）的分析视点。

然而，格老秀斯认为，这类国家间关系终究归属一元性正战论的框架，而且，国内关系和国际关系位于同一延长线之上，从属于同一规范原理^[7]。更重要的是，格老秀斯在分析国家和个人关系时，把人视为政治性、社会性存在（*zoon politikoon*），并将君主的权力设定为如自封权力之家长式权力的延长线之上，因而，他局限于这一欧洲传统的认识框架，也就没有对个人与国家、国内法与国际法加以区别^[8]。在此意义上，格老秀斯与维多利亚一样，他们对国际法的国内法模式思考，并不是在区别二者基础之上通过仿效国内法理论来构筑国际法理论。

另一方面，格老秀斯采用了很多资料来构筑他的法学理论，其中特别是大量活用罗马法的用语、概念和理论。在当时的欧洲，罗马法号称“书面理性”，不论在各国内外法（理论）、还是在国际法的国内模式中，都占有很重要的位置。格老秀斯有时指责罗马法规则违反自然法，有时将其内容脱胎换骨，然而，实际上却很大程度以罗马法为依据来论述具体的规则^[9]。

被引用的罗马法中，不用说市民法上的规则，即使是万民法上的诸规则，基本上也只是罗马的国家法，其调整的是罗马市民之间、市民和外国人之间、外国人相互间的关系。格老秀斯大量地采用了这些国内法上的制度及其基础观念，并将它们作为具体要素来构筑自己的法理论。后来，这些又作为格老秀斯的国际法理论，被后世的国际法学者所承袭。这样，罗马国家法的万民法，作为自然法和诸国民的法就被用作为调整国家间关系的法。在此意义上，可以认为，格老秀斯也是通过国内法模式来思考国际法的（当然，在这里称之为国内模式是否适当，尚有疑问）。

对罗马法的依存，并不限于格老秀斯的理论。近代欧洲国际法在其逐渐成为一个独立的法学部分的过程中，有许多学者都试图对其做体系性概括。他们也都主要是依据了罗马法。因为国际法要作为一个崭新的学问诞生，当然也就不可能是“无中生有”。国际法从向罗马法吸取营养表现为以下多种形式，（1）于个人之间和国家之间都能同时适用的场合；（2）不作修改即可作为国家间规则适用的情况；（3）将当时许多欧洲国家的国内法规则作为适用于国家之间的法律的情况等等。格老秀斯认为，上述（3）的情况并非真正意义上的诸国民的法律，调整国家关系的法仅限于上述（1）和（2）的情况^[10]。但是，实际上（1）、（2）、（3）之间的区别却并不明显。这种现象在吉提尼斯等欧洲国际法成型期间的学者理论中也同样可以看到。这些学者在采用罗马法为国际法规则时，有时手法明了，有时则相当隐晦^[11]。

二 从霍布斯到瓦泰勒

迄今国际法的国内模式思考最重要的作用是把国家拟人

化,将其相互关系比拟为个人之间关系,如同国内法调整个人关系一样,国际法调整诸国家间关系。后文将提到,这种思维方式对人而言很自然,事实上也得到很多学者、思想家的认可。其中霍布斯认为,个人的自然权是绝对的权利,并且将拟人化了的国家间相互关系类比为自然状态下的个人间关系。这种认识给后世带来了巨大影响。

第一,对于人的观念,霍布斯瓦解了将个人视为是政治性、社会性存在的那种欧洲政治思想的传统观念,将人视为是从一切社会性和政治性制度中抽象出来了道德上不特定的个人,并且以此为基础构筑起了他自己的理论。这些个人放弃了他们原本所有的自然权而设立了国家^[12],这样,拟人化了的国家就作为暴力和正统性的独占者出现于世。也正是在这里,被相互析离出来而相互对立的个人与国家的对立这一近代式关系也表现得清清楚楚^[13]。

第二,自然状态下的个人自然权,是为了自我保存而依据自我判断与理性无所不为的权利^[14]。设立了国家的同时,个人就开始从那种自然状态转向社会状态,然而,国家间关系却依然处于自然状态之中^[15]。将国际关系看作自然状态的这种思维方式,给后世的政治理论、法学理论整体带来了巨大影响^[16],国际法学也通过国家自我保存权与个人正当防卫权的类比论证自卫权的存在等形式对此予以继承。而且,国际政治学和国际关系论,以现实主义的认识形式,继承了将国际关系视为自然状态这一认识框架。

第三,霍布斯把自然法则分为人的自然法和诸国家的自然法。根据霍布斯理论,适用于人时被称为自然法的法律,当适用于诸国家全体时,则称为诸国民的法^[17]。适用于国家的自然法

是诸国民的法、或进一步说是国际法的这一思维方式，则为后世自然法主义的国际法学者所继承。而且，在19世纪后期，随着自然法理论的凋零，人们就根据这一思维方式主张，国际社会中的自然法就意味着国际法的虚无，其结果，这一思维方式就成了国际社会里不存在法这一主张的依据。

由上可见，在霍布斯看来，个人间关系与国家间关系并不是像格老秀斯所认识的那样处于同一维度的连线之上。国际关系处于独立于诸个个人关系的不同维度之上，而且，通过拟人化的主体间关系，具有可以与个人间关系相类比的特性^[18]。

当然，在霍布斯那里，国家间关系不是被虚拟成处于国家状态下的个人关系，而是被拟制成为处于自然状态下的个人关系，并且，实定国际法的存在也被否定。尽管如此，他将国家间关系拟制为个人间关系，并且认定它处于自然状态。这种思考方法导致产生了“国际社会是未发达的国内社会”的认识，从而进一步导致、并且加强了应将国内社会作为思考国际社会各种问题的规范性模式的思考方式。这种思考方式被经过一些修改之后，为普芬道夫、沃尔夫、瓦泰勒等对国际法的发展具有很大影响的思想家所继承。并且，以不同的形式为19世纪之后的实定法主义的国际法学所继承，对国际法学的理论构造产生了巨大影响。

首先，普芬道夫将“人为态或道德态(*eutia moralis*)”的概念作为构筑其自然法学理论的出发点。“人为态”是指“对理智的存在物或行为所施加的样态或性质，它决定人的自由意志的行动方向，保障文明生活的次序和美。”如果从实在类推的角度来看，可以称之为“人为体”(法人)(*persona moralis*^[19])。国家是为克服单个个人所具的脆弱性而成立的复合性人为体，其互相

关系，尽管与霍布斯那种“万人对万人的斗争”所归结的状况不同，具有一定的规范性关系，但却也处于自然状态^[20]。而且，普芬道夫引用且完全赞成霍布斯的主张^[21]，认为适用个人间关系的自然法在各国间关系上即是各国民的法律。

沃尔夫也承袭了自然状态下的个人间关系与国家间关系类比的思考方式。他认为，国家可以看成是自然状态下的个人，来源于自然状态的权利义务也同样归属国家^[22]。当然，沃尔夫与普芬道夫、瓦泰勒不同，认为适用于个人的自然法与适用于国家的自然万民法不是同一个法律，在他的构思中，存在一个与由所有个人构成的社会所不同的、以各个国家为其成员的“极大国家”(*civitas maxima*)^[23]。但是，沃尔夫将这个“极大国家”与其成员国之间的关系基本上比拟为现实存在的国家与其构成成员的个人之间的关系。在这一意义上，沃尔夫从国内法来思考国际法的模式也就更为彻底。

并且，沃尔夫是从对自我的义务这一根本性概念来构筑其自然法理论的。他认为，所有的人都有自我保存和自我完善的至高义务，因而也享有作为实现这一义务之手段的各种权利。这样，他的这一理论对义务与权利作了很好的体系性阐述，对19世纪的国家基本权理论产生了很大影响^[24]。

从霍布斯到普芬道夫、再到沃尔夫，他们继承发展了国家间关系与个人关系的类比理论。这种类比到了瓦泰勒就得到了更进一步地阐明，他的著作《国际法》(*Droit des gens*)影响巨大而被广泛接受。他认为，“人生来平等，如同自然赋予了每一个人权利义务一样，由人组成、并被视为是在自然状态下共存着的复数自由人的诸国民(*nations*)原本也就平等，由自然赋予同样的义务和权利^[25]”。依此，瓦泰勒就明确地将自然权概念导入到

了国家间关系。

瓦泰勒认为沃尔夫的“极大国家”仅是空想而加以否定，但是，在通过比拟个人间的权利义务关系来说明国家间的权利义务这一点上，他的理论却与沃尔夫属于同一类型。例如，他指出，“国家与个人一样，可以根据明确约定和协定以及条约获得权利和承担义务。由此产生仅适用于契约当事人的协定国际法^[26]。”同时，瓦泰勒十分强调国家的平等，认为国家力量上的强弱不具有任何意义^[27]。这也同样是把国内社会中人的平等理念不加变动就导入国家间关系所得出的一个结论。

如上所述，17世纪至18世纪，霍布斯、普芬道夫、沃尔夫、瓦泰勒给国际法学的发展带来了巨大影响，他们提出了把国家间关系比拟作个人间关系，并从个人权利义务观念引出了国家权利义务观念的思维方式。不过，这些理论家，除沃尔夫之外，并没有将国家作为直接的模式，而只是将先于国家存在的自然状态作为模式，尽管如此，这种认识导致产生了将国际社会视为理应向其模范类型的国内社会靠近的一种落后社会的观念。这样，在霍布斯之后的自然权、自然法学者那里，就已经存在后世国际法学中的国内模式的思维框架，并且具体表现为拟人化了国家的权利义务形式。

当然，对这一时代国际法学的发展作出过重要贡献的还有其他学者，比如，宾刻舒克。他们重视国家实践，在他们的学说里，就不存在上述那种自然权和自然法学者所主张的国内模式的思考方法。但是，这些学者在构筑其理论上同样大量利用了罗马法、国内法、国内判例等制度和概念，在此意义上，也在很大程度上依据了国内模式的思考方式。^[28]不过，从国际法理论的侧面来看，这个时代的学者是否已经有了诸如“实证主义”之类

明确的理论或方法论,尚不能说没有疑问。这些学者的理论,如同格老秀斯的理论,诞生于国际法的创始阶段,因而基本上也都主要依据了罗马法等国内法。这是霍布斯以后的许多学者所共通的一个侧面。

三 国际社会中的国家权利的观念

(一)国家基本权利理论及其意义

19世纪,自然法理论全面衰落,国际法领域中,法实证主义或实定法中心主义开始占据支配地位。但是,这时期的国际法学,作为其理论结构的重要支柱,提出了“国家基本权”这一重要概念,事实上继承了自然权概念。以这一概念的形式以及其他形式,依然保留了国内模式的思考方式。

在国际法学向实定法中心主义发展的过程中,G·F·马尔丁斯是颇具影响的学者之一。他认为国家具有“绝对性权利”和“后天性权利”两种权利。前者是国家生来具有的权利,国家不消亡就不会消失的权利^[29]。显然,这种绝对性权利出自于自然状态下的自然权的思考模式。但是,马尔丁斯的“绝对性权利”概念不再是根据自然权或自然法理论来阐明,而是完全作为实定法上的权利来定义的。

马尔丁斯的“国家的绝对性权利”概念,在19世纪,为实定法中心主义的国际法学者所继承,在国家的基本权利(fundamental rights of states,droits fondamentaux des etats)理论中得到了更详细更完善的表述。国家的基本权理论,得到了19世纪的许多著名国际法学者的赞同,成为支配性学说。19世纪前期待

代表性国际法学者克琉伯于 1819 年的著作《欧洲现代国际法》中陈述道，“国家的权利正是在自然的自由状态中独立生存着的人所具有的权利”^[30]。而 19 世纪后期代表性国际法学者威斯特雷克(Westlake)，在 1894 年的《国际法原理》中引证沃尔夫和瓦泰勒，指出，“由于国家被视为处于自然状态的个人，而人生来平等，因此，国家也生来平等”^[31]。基于以这种趋向，20 世纪代表性国际法学者奥本海在 1905 年的《国际法》初版中指出，“1880 年以前的所有法学学者都一致认为，国际社会的成员享有所谓国家的基本权”^[32]。

国家的基本权或马尔丁斯等所说的绝对权或自然权概念，正如克琉伯和威斯特雷克所说，是以个人的自然权为典范的概念。而这些实定法中心主义的国际法学者，不管是明示或是默示，都是以国家法为典范，来具体阐述国际法的规则和原则。在这个意义上可以说，这些国际法学者的构想中，国内模式具有很重要的地位。到 19 世纪，这种“国家基本权或绝对权”的理论开始占据支配地位。这主要基于以下理由：

第一，19 世纪到 20 世纪初，欧洲十分强调国家的绝对性。尽管不同国家情况有所不同，强调国家的至高性是这个时代一般潮流，而国家享有不可侵犯的基本权或绝对权威自然权的主张，正好迎合这一潮流。反过来说，国家享有基本权或绝对权这一主张本身，又加强了国家至上主义的时代潮流。

第二，19 世纪至 20 世纪初叶，德国法学以萨维尼、耶林为代表的优秀法学者辈出，对国际法也开始产生很大影响。包括现在基本上不研读德国法学文献的美国学者在内，当时主要的国际法学者多少都研究了德国法学，并受其影响^[33]。拥有如此强大影响力的德法法学，不用说不同时期因学者的不同而有诸

多不同点，但一般说来，具有以下共同点：(1)这一时期德国法学的主要学者，把法学从政治和社会现实中析离出来，试图将其构筑成一个抽象的权利义务体系。这个时代的代表性学者萨维尼，创立了“历史法学”，这是一个割断了与现实历史联系的概念法学；(2)克服了当时在许多方面依然残存的家产国家概念，把国家认定为权利义务的承担主体，并赋予其抽象的法律人格；(3)当时存在一种很强倾向，人们热中把国内私法、其中特别是私法法学中最具权威的民法学封为法学之后，并使之成为所有法学的典范。

当然，就上述几点存在个别对立及异议，然而，德国法学因为正是有过隆盛时期，历史上也就遗留下许多激烈的争论。如众所周知，围绕法人的性质，法人实在说与法人拟制说之间展开了激烈的论争。对视民法为“法学之后”的观点，其他国家法学进行了反驳。即使在寻求独立体系的国际法学领域中，也围绕国际法的定性展开了激烈的论争。

但是，国家的法律主体性被作为抽象人格本身，从未被否认过。根据特利贝尔著于 1899 年的《国际法与国内法》，国际法大致被理解为以下四种法律：(1)作为私法；(2)作为具有优越地位的私法；(3)作为类似于私法的法；(4)作为公法。而占支配地位的见解是通过类比国内个人之间关系来掌握国家间关系的观点^[34]。因此，尽管国际法学者之间也存在争议，但该四种见解中任一种都以国内法为模式，在这一点上，他们也就表现出共通的思维方式。

而且，1927 年，劳特派特发表了《国际法的私法性渊源及类推》一书，积极地主张国际法应该在国内私法上寻找依据。在该书中，劳特派特明确阐明，尽管表面上，以实定法为中心的国际

法学之主流性见解，否定从国内私法中寻找依据，但是，实际上，却通过“事物的本性”、“一般法学原则”、“逻辑的必然性”等其他名义，采用了国内私法中的种种概念和规则，并且在仲裁裁判的裁决和国家实践中也都大幅度地引证了国内私法^[35]。

劳特派特积极支持从国内私法寻找依据的主张，在理论上和实践上，并非没有问题^[36]。但是，通过广泛地涉猎和引用文献和仲裁判决，他充分论证了自近代国际法形成期以来，就已经存在依据国内法的做法。对这一事实的论证本身，相当有说服力。该书明确指出，不仅在自然法主义的国际法中，即使在19世纪至20世纪初占支配性地位的实定法中心主义的国际法中，也同样存在很强的类比欧美国内法、尤其国内私法的思维方式。在此意义上，该著作也是一座铭刻这一事实的纪念碑。

第三，19世纪后期至20世纪，随着国际交流、尤其国际经济活动的展开，条约数目也飞跃增加，多边条约的缔结也成一般现象。而且，人们开始灵活使用仲裁裁判，因此，判例的积累也疾速增长。另外，在犯罪人引渡及对外国人的保护等方面，国家实践的定型化程度也有了相当地进展，用习惯法来度量国家实践的基础已然准备齐当。人们开始认为，国际社会里存在能够类比国内法的法律体系。而且，由于存在各国政策主管人员、裁判官、学者所能利用的“实定法”规则，这一认识也就得以进一步加强。

另一方面，这些条约规定、判例和国家习惯的积累，却还远远不足以创造出覆盖所有领域的全而性国际法规则。但是，到了19世纪，人们开始重视“实证主义”，对自然法理论的一般妥当性提出了疑问。从这一一般思潮看来，自然法也就已经不可能被作为一般法而得到广泛承认。也许正是因为如此，人们才

通过实定国际法理论,来主张并广泛接受“国家的基本权(绝对权、自然权)”等本来起源于自然权概念的理论。由于国家的基本权被认为是“因国家的存在而存在”的东西,因此,它也就被认为是无须依据个别条约规定及仲裁裁判,也无须依据自然法理论,而是能作为“一般法”存在的东西^[37]。

即使这样,依然存在一些无法确立具体国际法规则的领域。对这种领域,有人提出“法的欠缺”观点,为了填补空缺,他们就主张应该适用国内法所通用的原则来补充^[38]。如上所述,条约规定、仲裁裁判的判决和国家惯例的定型化虽有了一定程度的积累,仍旧不足以覆盖国际法的所有领域。这一状况,促使人们不仅通过系统性法典化形式,而且也通过自然权概念式的“国家的基本权”概念形式,接受依据国内法来确立国际法的做法,同时,也促使人们通过在发生法的欠缺时补充适用国家法规则的形式,进一步加强了这一做法。

(二)国家基本权理论的争执

在另一方面,国家的基本权理论也存在许多严重的问题。

第一,在社会契约论中,个人的自然权是引导国家设立的方法概念,然而,国家基本权则是现存国家现实所具有的实定法概念。在个人的自然权中,即使是在霍布斯所描绘的“万人对万人的斗争”状态下,也存在避免这种悲惨状态的出路。也就是设立国家。或者更进一步说,正是因为假设了国家的设立,霍布斯才得以把个人的自然权构成为绝对性权利。而且,也正是因为现实中确实存在着国家,并且个人自然权已经不再得到承认,人们才仅在假定式的方法概念上容忍了“绝对无制约的自然权”的“谬论”。

国际社会的状况则完全不同。不存在社会契约论中国家的对应物，也即不存在世界国家。因此，通过赋予各个主体绝对性自由权就无法确立回避“万人对万人之斗争”的道路。在这种状况下，绝对无制约的自然权这一“谬论”则只能停留在谬论之上。为避免这种推论，国家基本权理论就只能成为在逻辑上无以首尾一致的东西。

第二，在区别何为国家“基本”权、何为非“基本”权上，不存在共通的客观性标准。被作为国家基本权所提出的具体权利，因不同的学者则有所不同。许多学者认为，主权、安全以及自我保存、独立、平等等权利是基本权，然而，就这些权利的属性及相互关系，却一直争论不休。除此之外，就国家的存在、名誉、国际通商、国际交涉、领土主权、领土保持及取得、防卫等是否属于“基本权”，也存在很大的争论^[39]。

第三，每一个学者论及基本权的形式也繁杂多样，自由随意。例如，很多学者把不干涉原则当作独立权的一个环节来论证，然而，利维尔、菲利莫尔等人却是一意例证不干涉原则受制约或被否定^[40]。独立权却正好相反，它常常是在涉及列强对弱小国家的干涉时被作为这种干涉作辩护的正当依据。另一方面，独立权没有被认为是本源性的基本权，而只不过是作为二次性的或派生出来的权利。也正是通过这种形式，独立权就被用作为列强侵犯弱小国家权利作辩护的正当依据。这种论理也同样适用其他基本权，而且，事实上也是以这种方式来论证的。

鉴于这些问题，后世的国际法学者对国家基本权理论进行了尖锐的批判。主张实定法主义的许多国际法学者认为，国家没有什么“基本”权利，所具有的不过是作为在不同历史时期中

实定国际法秩序上的形式多样的权利。他们主张，在实定国际法秩序中，不可能区别国家的基本权利和派生性权利^[41]。

最后，由于存在滥用的危险性，国家的基本权理论也因此受到批判。如前所述，国家的基本权理论一方面以19世纪欧洲国家至上主义倾向为后盾，同时也强化了这种倾向。例如“国家的自我保存的基本权利”曾经变成为侵犯弱小国家权利作辩护的正当依据。人们经历了第一次世界大战这一形式的国家暴力的勃发，从那以后国家基本权理论的影响逐渐淡化，以往的支配性地位日益削弱直至销声匿迹^[42]。

（三）“国家权利义务”定义的探索

另一方面，自然权概念本来就包含处于自然状态中独立的权利主体之间的平等观念。鉴于这一点，19世纪至20世纪前期，以中南美各国政府和学者为中心，人们试图以此为核心概念来定型认定国家的权利和义务。中南美各国经济上从属于美国和欧洲各国，国家安全上则从属于美国，每每为欧美各国的干涉所苦。因此，无论是对中南美各国政府，还是对其国际法学者来说，定义国家独立、主权平等、不干涉等国际法原则，由此牵制欧美诸国的干涉，就都具有重大意义。

这些中南美各国的政府和学者，针对国家基本权、尤其国家自我保存权的绝对性解释常常被用于为大国践踏弱小国家权利作辩护之正当依据的现状，对这些概念采取强烈抵制的态度。他们试图通过强调国家的平等和不干涉原则，以“国家的诸权利与诸义务”的形式来重新构筑国家基本权理论。同时，他们也试图通过删除国家基本权理论中“基本 fundamental”这一形容词，来消除该理论中国家至上主义的属性。在西半球，中南美各国

虽然采纳了提倡“国家权利义务”的一系列条约和决议。然而，这些条约和决议多数都避免了使用“基本”这一措词。而且，这些条约和决议强调，一国的权利不得侵害他国的权利^[43]。

在这些尝试中，最重要的是 1933 年《关于国家权利义务的蒙特利尔条约》。该条约由美国和中南美各国等 14 个国家缔结，其序文表明，这些国家“希望缔结有关国家权利及义务的条约”。第 4 条规定，“国家在法律面前平等，享受同等权利，并且，在其行使上具有平等的能力。各国的权利，并非来源于该国为确保其权利行使所拥有的能力，而是根据国家是国际法上具有人格权的存在这一单纯的事实”。而且，第 8 条规定，“任何国家无权干涉他国内政或外交事务”^[44]。这样，该条约明确地阐明了国家的权利义务观念。长期以来，美国一直拒绝在美洲各同间关系上承认不干涉原则是国际法上的义务。而通过条约，美国首次承认了对这一原则。在这个意义上，该条约对于中南美各国来说，尤其具有划时代的意义。

1949 年，联合国国际法委员会起草了^[45]《关于国家的权利义务的宣言》的草案。该草案也是立足于这一思想。草案具体地设定了 4 项权利和 10 项义务，并用“法律上的平等”取代了传统上的“平等权”。而且，该草案将国家权利仅单纯地规定“权利”或“起码的 basic”权利，避免了使用问题重重的“基本权 fundamental rights”这一措词，同时，也没有将议论甚多的自我保存权规定为国家所具有的权利。草案通过规定应自我克制诉诸战争的义务和具有一定限制的自卫权，来取代了自我保存权。草案甚至认为，应该在“国际法的新的发展条件下，以符合《联合国宪章》的形式”来规定国家的权利和义务。

但是，这种尝试一方面规定了国家的权利，另一方面又试图

规定国家的义务，这种做法本身引起了许多理论上难以解决的问题。针对国际法委员会的草案，凯尔逊批判性地指出，“一般国际法规范对国家课以义务，并依此来赋予其他国家以权利。……将某一原则定义为义务，而将另外的原则定义为权利，这种做法导致部分互相重复的定义，从而也就缺乏一贯性”^[46]。这个草案，最终未能在联合国大会上获得通过。

山上可见，通过国家的权利和义务形式来确定国际法的一般原则定义的观念，主要见于 20 世纪前期中南美各国的主张，尽管 1949 年联合国国际法委员会草案也就此作了尝试，但这一观念依然未能作为一般国际法概念被广泛接受^[47]。在第二次世界大战后最重要的国际法文件《联合国宪章》中，第 2 条以“原则”的形式规定了宪章的核心性规范，但大多数都表现为成员国义务的形式。1970 年联合国大会以全会一致采纳了《国际法原则宣言》，然而，该宣言基本上也仅是将国际法中的核心性规范表现为国家在国际法上的义务，除此之外，也只是增补了人民的权利（人民的同权和自决权）规定而已^[48]。

第三节 国际关系中的“个人自然权”

一 人权的国际保护⁽⁴⁹⁾

如上所述，到第二次世界大战后，国家基本权的理论，以及根据国家权利义务来确定基本原则的观念已经从国际法中销声匿迹了。但这并不意味着，这一观念在其实质上为人们所拒绝。

而且,通过与个人之间关系的类比来理解国家间关系的观念也没有被放弃。同时,个人的自然权这一思维框架也没有在国际关系上失去其影响力。事实正好相反,个人的自然权这一思维框架,在第二次大战后,以各种各样的形式继续存在于国际法、国际政治、国际关系的观念和制度之中。其中以具体形态表现得最为明显的是,利用国际性机制来保障人权的思想以及以此为基础的制度。

国际人权保障是现代国际法最为显著的特性之一,然而,在国际人权保障的确立很久以前,各国就已经通过宪法对自然权进行了实定法规定。因此,国际人权保障也就表现为这一趋势向国际社会的波及和扩张。自美国《弗吉尼亚州宪法》和法国《人权宣言》问世以来,欧美各国开始在本国宪法中规定人权保障,这种动向同时也逐渐向非欧美国家波及蔓延。《大日本帝国宪法》尽管设定了依据法律且仅限“臣民的权利”的制约,但却也规定了对人权的保障。

19世纪缔结的多数两国间通商航海条约都规定了保护对方国国民的权利,依此,当本国国民权利受到侵犯时,国家就可以向对方国追究责任。第一次世界大战后,联盟国家与波兰、捷克斯洛伐克等国之间缔结了有关保护少数民族的条约,通过这些条约,这些国家中的少数民族就被置于国际联盟的保护之下。而且,第一次世界大战后设立的国际劳工组织(ILO),通过缔结ILO条约以及建议要求遵守国际劳工准则,从事了对许多国家的劳动者权利的保护。

但是,第二次世界大战以前,国际人权保障还相当有限,并且很不完善。既无《世界人权宣言》、《自由权公约》、《社会权公约》等一类的全面性国际人权宣言及条约,国际法的教科

书也几乎不涉及国际人权保障的问题。而且，“有色人种”、妇女、无产阶级等，通过种种形式被置于人权保障之外。日本曾在凡尔塞会议上提议在《国际联盟规约》中规定种族平等条款，尽管这一提案在一次接一次的修正之后几乎成为全无实效的规定，然而澳大利亚、英国等却依然强烈反对，最后也就只能以遭拒绝而告终。在当时，拷打刑事被告人、政治犯、迫害“有色人种”和宗教少数派、未成年及女性的非人道的长时间劳动等，是在任何国家都可以看到的现象。纳粹德国对犹太人的大屠杀、日本军队在二次大战中的残酷行为以及苏联等国家的种种非人道行为，都非常明确地说明了人权保障中存在的不完善方面。

经过这样的悲惨经历，第二次世界大战后，各国制定了包括远比大战前更为完善的人权保障条款的宪法，创立了没有种族、性别、社会地位、民族身分歧视的确保人权保障的机制。在行政权力及军方权力曾逞猛威的日本、德国、意大利等国家中，人们导入了严格的法治机制。在如种族歧视成为全国民性病症的澳大利亚及美国等国家中，人们为治愈这种宿疾，也在立法、行政、司法领域中推行了这样那样的政策。

这种趋向也同样明显地表现在国际社会当中。过去，《国际联盟规约》甚至没有设定形式上的种族平等条款，然而，与此不同，《联合国宪章》规定联合国的目的是，“为根除种族、性别、语言以及宗教等所有的歧视，助长并奖励尊重人权以及基本的自由，由此达成国际合作”（第1条3项）^[50]，而且，在事实上，联合国在国际人权保障上发挥了很大作用。1948年，联合国大会采纳了《世界人权宣言》，1966年采纳了《社会权公约》和《自由权公约》，这些就是其典型事例。以欧洲为始，世界各地区（不过，

除亚洲之外)也都建立了地区性人权条约及其履行确保机制,虽然存在程度上的差别,但它们都在各自发挥作用。另外,在禁止酷刑、废除性别歧视、废除种族歧视等个别领域,也制定了多边人权条约,并且,通过履行监督的委员会和 NGO 的活动,进一步推动了人权保障活动的展开。在第二次大战后的世界中,国际人权保障已经成为国际法的主要领域之一。

国际人权条约和国际人权宣言,与各国内外的人权保障相互影响、互相刺激、互相补充。人权先进国所制定的优秀的人权法及其作出的司法判决,促成了人权条约的缔结、联合国大会或主要国际会议对人权决议的采纳,并且成为各种履行确保程序的范例。另一方面,人权条约、宣言及其履行确保程序,通过国际性监督、公开人权侵害事实、采纳建议、人权法院的判决等形式,对矫正各国仅仅依靠其国内行政、立法、司法程序无法矫正的人权侵害能发挥很大作用。一般说来,这些国际性程序所提起、审议和纠正的多数事例,都发生在人权保障基准很低的国家,但是,即使是人权先进国,也同样有可能成为国际性监督和纠正的对象。甚至可以说,正是由于人权先进国中一般人的权利意识也较高,人权 NGO 在向国际性程序提出这些国家的人权侵害申述方面,也就表现更为活跃。

毋庸置疑,这种人权观念根植于个人的自然权观念。保护人权这一观念本身是这样一种认识的表现:远在国家成立以前,人就已然拥有了不可剥夺的权利,虽然国家通过实定宪法保护了这些权利,但这只不过确认人所具有的那些前国家性的权利而已。^[51]在战后,这种权利的前国家性,通过对第二次世界大战中的大规模人权侵害的彻底批判和反省,已经得到许多国家的广泛支持,成为各国宪法强化人权规定以及产生人权条约、宣言

的思想背景。

个人的自然权观念与第二次大战后国际人权保障的互相结合，并不仅仅限于前者构成后者的背景。第二次世界大战后，国际人权保障开始为个人在国际性机制中能以自己的名义主张自己的权利，并谋求自己权利的实现开设了各种途径，也正是在这个意义上，国际人权保障在国际平面上确保了个人自然权中的个人法主体性，具有重要意义。

在第二次世界大战前，个人或少数民族的权利即使受到保护，这些制度的主要目的却并非在于保护该个人或少数派。由于对外国居民以及国内少数民族的权利侵犯，常常造成与该外国人的本国，以及拥有与该少数民族属于同一民族占多数的他国之间关系的恶化，甚至可能导致国家间的对立，因此，这些权利保障制度的首要目的，也就在于维持和平稳定的国家间关系。所以，当通商条约下受到保护的外国人的权利被侵害时，该外国人的本国是否追究该外国人所居住之国的责任，就完全取决于本国政府的裁决。对个人而言，基本上不存在通过向国际性程序申诉来争取自我权利的手段。

与此不同，在第二次世界大战后的国际人权保障中，虽然存在很多制约，但个人不仅可以在国内法上，而且也可以在国际法上凭借自己的手来抗争对自己权利的侵害。例如，对《自由权公约的第一选择议定书》的缔约国，个人可以直接向自由权公约委员会通报自己所受到的人权侵害。根据 1998 年生效的《欧洲人权公约第 11 议定书》，个人可以直接向欧洲人权法院提起人权侵害。如果从个人角度来看，自己的权利保护就表现为在同一平面上所连续存在的国内和国际的救济程序，具体地说来，就是从自己所处领域国的行政程序开始，到司法程序

上的救助，再到联合国以及各种人权条约上的人权委员会、或人权法院的救助。

当然，从全球规模来看，这种国际人权保障体制尚不完善，而且，其不完善程度似乎令人绝望。但是，个人权利的“自然性”从国内维度到国际维度得到一贯性承认，而且，其保护机制也在国内平面和国际平面表现为一个连续性程序，因此可以说，国际人权保障不仅在理论上，而且在具体的制度上也开始逐渐健全。这种趋势被认为不可逆转，而且，这种趋势在 21 世纪里也将持续下去。

是否承认“个人的自然权”观念，这是自边沁以来的法哲学以及其他许多领域所争执不休且意味深长的理论问题，这种状况至今也是如此。但是，即使“自然权”在理论上只是一种“本来的谬论、修辞上的谬论、愚蠢的谬论”，然而，这种“谬论”却唤起了人们的意愿，促使人们为建立国际人权保障制度而奔走不息。这样，自然权这一“谬论”，也就与许多国家宪法中的人权保障相辅相成，将自然权构筑成了一个贯通国内社会和国际社会之人权保障的实体性制度。“个人的前国家性权利”这一无可救药的空想，在今天，却成了在拯救人们于酷刑、保护难民、纠正种族歧视及性别歧视等方面发挥作用的一种制度。

也正是在这里，我们可以看到本章第四节所述“权利”、“自然权”、“人权”等措词表现所具有的诉求力量，以及它们在诉诸人的根源性感情，并作为实现人之价值的媒介手段上所具有的强大力量。相反，也正因为具有这种能量，也就更有必要使权利绝对主义、权利至上主义的思想相对化。这些我们将在第五章之后从多种角度来讨论，在这里，我想简单地论及与国际社会里自然权思想相关的其他一些问题。

二 人民的权利与国家平等的原则

(一) 人民的权利

在国际社会中,把个别人格作为权利主体的自然权利的思维框架具有很广泛的影响,其中一个领域就是人民的权利(*the rights of people's*)的观念。

第二次世界大战后,国际社会中所发生的最大事件,就是持续四个世纪之久的殖民地体制的崩溃。非殖民地化一方面以人民的自决观念为基础,与此同时,也具有强化自决观念的机能。这种自决的观念,在第一次世界大战后,首次由列宁以及威尔逊作为民族自决的原则而被提了出来。在这一观念中,每一个人不由出生或身份决定自己的命运,而是根据自己的意愿决定自己的命运这一自然权思想,通过将其主体从个人变更为民族这一集团性实体,也就在国际维度里得到了承认^[52]。不过,第一次世界大战后,其实际适用对象只限于曾受败战国并处同盟国支配之下的欧洲诸民族,因此,也就丝毫没有动摇全球规模的殖民地体制。

第二次世界大战后,人们更加强烈地提出了自决观念,从而也就扩大了它的适用范围。处于殖民地统治下的世界人民,尤其是亚洲、非洲各民族,通过获得独立以及其他方式,主要从欧洲诸国对他民族统治下获得了解放。在初期阶段,自决并未被认为 是国际法意义上的权利,而仅被认识为是国际政治的原则之一。然而,通过 1960 年《给殖民地人民独立宣言》、1966 年的《国际人权公约》、1970 年的《国际法原则宣言》、1981 年的《关于

个人以及人民的集团性权利的非洲宪章》等的采纳及其实施措施，自决才逐渐具有了人民的集团性权利的属性。

1960年12月，联合国大会以赞成80、反对0、弃权9的票数通过了《给殖民地人民独立权利宣言》的决议，该决议规定，“所有的人民拥有自决的权利，依据该权利可以自由确定其政治地位，自由地寻求经济、社会以及文化的发展”（第2款）^[53]，明确指出自决是所有人民的权利。该宣言还规定，“不得以政治、经济、社会以及教育条件尚未完善为由推迟独立”^[54]。它从正面否定了19世纪以来欧美诸国为其殖民地统治作辩护所鼓吹的“给没有开发的、野蛮的土地带来文明”这一“文明使命”的意识形态。这在国际社会的存在形态及其认识框架的转换上，都具有划时代的意义。该宣言是作为联合国大会决议获得通过，在国际法上也就被认为只具有建议性效力，因而，有人对自决权作为实定国际法上的权利性提出了疑问。

对此，1966年作为多边条约被采纳、1976年生效的国际人权公约中的《社会权公约》和《自由权公约》在其相同的第1条中规定，“所有的人民都拥有自决的权利。在这一权利的基础上，所有人民都可以自由地决定其政治地位，同时自由地追求其经济、社会以及文化的发展”^[55]。这一规定，给自决权的确立带来了很大影响。随着自决权之权利性的确立，人们逐渐开始确立起一种共识，认为自决权不仅适用于殖民地统治下的人民，而且也适用于世界上所有处于他民族统治下的人民，同时，自决的形态不局限于国家独立，也可以是与既存国家的合并等其他种种形式^[56]。

1970年，联合国大会上以意见一致形式采纳了《国际法原则宣言》，人们认为它的多数条款体现了一般国际法，其中“人民

的司权以及自决的原则”规定，“所有的人民有权不受外部的干扰而自由地决定其政治地位，自由地追求经济、社会及文化的发展，所有的国家有义务按照联合国宪章尊重该权利”。《国际法原则宣言》的采纳过程中，一些亚洲和非洲国家提出自决权的适用条件应当限于从殖民地的独立，但是，包括中南美各国在内的多数国家强烈支持自决权的普遍适用，从而采纳了上述一般性定义形式。这样，人民的自决所表现的观念，就并非停留于从殖民地统治下独立这一对外的自决，而且也包括人民按照自己的意志自由地选择自己的政治、经济、社会体制方式这一对内的自决。因此，人民的自决，在非殖民地化过程结束之后，仍旧具有深远的意义^[57]。

人民的权利的研究者主张，在自决权之外，还存在其他可定性为人民的权利的东西。具体地说，他们例举了以下一些权利，也即人民作为集团所享受的权利（比如，《灭种罪条约》所保护的利益）、人民对自然资源的永久主权、民族、宗教、种族意义上的少数者所具有的权利等等^[58]。尽管这些权利，有人指出天然资源的永久主权是属于国家的权利，而少数者的权利却是属于个人的权利，提出了各种争论，然而，大致说来，这些权利都可以设定成由区别于国家和个人的人民这一权利主体所享受的权利。

人民的权利这一观念，并没有如同国家的基本权理论立足于个人的自然权类比那样，或者说，也没有因人权保障在其思想背景上来源于个人的自然权这一直接关系，而与个人的自然权观念之间存在任何关系。不过，即使是自决权这一人民的权利典型形态，无论在其前国家性方面，还是在以自负其责的形式决定自我存在形式构成涉及人的所有社会理论之根本理念这一意义方面，它都处于产生于近代欧洲的个人自然权观念的思维延

长线上。

就权利的前国家性意义上的个人自然权来看，虽然我们说人民的自决权是国际法上的权利，但这却并不意味着人民的自决权是由国际法制定出来的权利，而是意味着它是先于实定国际法本来与人民的存在所共同存在的权利。因此，对《给殖民地人民独立宣言》及《国际人权公约》等规定了人民的自决权的国际法文件，就不能认为是它们创设了自决权，而应该解释为它们只不过是确认了本来已然存在的自决权。由于国际社会中本来就不存在统一和支配社会全体的“国家”，因而，自决权的这种前国家性也就从来没有主张过，但是，作为人民的自决权的特性，应该承认它具有这种意义上的“自然”性。不过，更正确些说，与其说是前国家性，不如说是前人为制度性。

在这样的理论构成中，各国宪法中对人权的实定法规定和国际法中对自决权的实定法规定，基本上表现为相同的构造。因而，我们也必须在这种逻辑构造中来理解自决权被规定是国际法上的人权这一现实（参见《国际人权公约》共通第1条）。而且，也应当认为人民的生存权利和少数者的权利，都具有这种意义上的前国家性。这样一来，我们就可以认为，与单纯地把国内平面上的个人的法律人格以国家形式投影在国际平面的国家基本权理论相比，人民的权利就在其思想性维度上与个人的自然权观念有着更密切的关系。

由于这一权利的内容具有自然权性质，主张人民的权利的也就多为自然权理论家，并且，他们都以自然权理论来构筑他们的理论体系，因此，人民的权利也就表现为每一个个人根据自己的主体意识决定自己的生存方式这一观念在国际社会上的投影。人民的权利首先表现为对外自决的观念，通过将处于他民

族统治之下的从属人民认定为权利主体的人民,从而获得了国际社会的承认。而且,即使对外自决基本实现之后,人民也仍然有要求确立能正当地实现自我意思之体制的权利,也即具有对内自决的权利,并且,权利的这一侧面也获得了广泛承认^[59]。

20世纪后期至21世纪,人民的权利由于表现为一国内部少数民族的权利、土著民的权利,而在国际政治上引起了极深刻的问题。90年代,前南斯拉夫以及卢旺达所发生的悲惨性武力冲突明确地告诫人们,在人民的自决权问题上,客观地定义至关重要的自决主体、也即“人民”是何等艰难,而且,很多情况下,一国内受排挤、受凌辱的少数民族由于不堪忍受压制而要求自决(经常表现为诉诸武力),但占多数一方的民族则每每凭借实力来阻止这种自决,由此常常引发悲惨的内战。在这里,我们不能全面分析这一问题,但可以肯定地说,在上述事实中,明显存在根据自我意识决定自我命运这一个人自然权在国际平面上的投影。因此,这些事实也正是这种占一支配性地位的思维方式——以此为基础的国际社会的制度设计所存在的问题——在现实中的反映。^[60]

(二)国家平等的原则

最初,自然权观念包含了权利主体之间的平等观念。社会契约论的主要倡导者中,有人把这一平等论述为现实问题^[61]。但是,普芬道夫等思想家在将自然权观念导入国际法领域时,他们首先是将平等认定为规范性观念。例如,普芬道夫是在强调了人的规范性平等之后,才将其导入国家之间的关系^[62]。瓦泰勒也认为,“因为人是平等的……而诸国民(nations)是由人所构成,并且被认为是处于在自然状态下所共存的许多自由人,故而

他们原本平等，自然授予了他们以同样的义务和权利。（国家）是强大抑或弱小……并不是一个问题”^[63]。19世纪，许多实定法主义国际法学者也把平等权列举为国家基本权之一。

对这种国家平等论，有人批判说，现实中的国家在实力及“文明程度”上都存在巨大差异，因此，所谓平等论就只不过是一种空想而已。对这种批评，部分主张国家平等的学者试图通过承认列强的特权地位，以及承认限制平等原则的势力均衡为国际法上的一项原则这一妥协方式来应付。更有其他论者把平等理解为纯粹的形式概念，他们甚至认为典型的不平等条约也是自由且独立之国家间的合意，因而有其存在的正当理由^[64]。虽有种种理论争鸣，然而很难得出结论说，国家平等论者构筑起了能够填平“国家的平等权”和现实上的国家不平等之间的鸿沟，并有说服力的理论。

规范性观念中的国家平等和现实上的国家不平等之间的鸿沟，是当今国际社会依然继续存在的重大问题。更有甚之，比如，比较一下美国和太平洋诸岛国（瑙鲁、基里巴斯等人口从数千至数万、数十万不等的国家）就可以清楚地看到，当今国家间力量之差，不论在经济或是军事方面，远远大于谈论国家平等原则与现实国家力量之间差异的19世纪的欧洲时代。联合国承认五个常任理事国可以在安理会上行使否决权，国际货币基金、世界银行等几个国际组织也采用了加权投票制。以往，国际社会采用了严格以平等原则为基础的全体一致的原则，这一原则使创设常设仲裁法院的尝试受到挫折。但是，在今天，这种全体一致的观念，无论是在条约的采纳，还是在条约的保留方面，都没有能维持下来。

尽管如此，人们仍旧认为国家平等观念是当今国际法最重

要的原则之一。以《联合国宪章》为首的第二次世界大战后主要国际法文件,基本上无例外地规定了该原则,或确认了该原则。《联合国宪章》和 1970 年的《国际法原则宣言》甚至倡导了人民同权的原则。19 到 20 世纪初叶那和“文明国”和“非文明民国”的主流性区别,被认为是可憎的殖民地主义的意识形态而遭否认。国际法的主要教科书也都将国家平等原则作为国际法的基本原则^[65]。

在平等原则所具有的这种独特地位的背后,存在着战后世界上覆盖全球的民主化倾向。从正面否认民主主义的轴心国,于第二次世界大战败北以后,战后都将民主主义作为指导思想。平等观念在这种全球性民主化过程中一直占据中心地位。而且,除了极少数例外,战后无论哪一国,都没有承认从正面否认平等的主张。那些例外是指,一直到 80 年代,南非共和国推行过种族隔离这一国家政策,而一直到 50 年代,澳大利亚则以“白澳主义”形式推行过对“有色人种”的歧视政策。

在民主化进一步发展这一整体状况下,人们开始主张,平等原则并不是社会现实的反映,而是一种在不平等社会里帮助实现触手可及的平等价值的规范性概念。国家平等原则和人民同权的原则也非例外。正因为国际社会是一个极度不平等的社会,若非坚持不断地主张规范性的平等原则,那么,国际社会就会成为一个“胜者为王”的社会。因此,为阻止社会的这种倾向,也为能在其最后限度内防守平等的价值,人们就一贯主张平等原则。

如上所述,无论是自决权这一典型的“人民的权利”的思维方式,还是把国家间关系虚拟成个人间关系来解说平等原则重要性的理论,都没有摆脱以国内社会为模式来认识国际社会的

思考方式,而且也没有摆脱以近代国家社会为模式来考察国际社会种种问题的思考方式,表现为用国内模式来认识国际法和国际关系的思考方式。这种国内模式的思维框架,无论在理论上还是在实践上都存在不少问题。如上所述,我已经在别的论文中对这些问题进行了分析和探讨^[66],这里只确认这种国内模式思维框架的优点。最后,我想分析探讨一下“权利”以及“人权”这些措词和思考方式所具有的诉求力量和魅力。

第四节 “权利”的诉求力

如本章前面所述,当联合国国际法委员会试图就“国家的权利和义务”作出概念定义时,凯尔逊从规范理论的观点对其作出了批判。的确,在国际法委员会所列举的内容中,权利和义务互相重叠,全无逻辑地罗列在一起,因而,凯尔逊的批判也就有其说服力。1970年的《国际法原则宣言》基本上是从国家义务观点就一般国际法原则进行了有秩序地排列。这一点也从反面证实了凯尔逊批判的正确性。

然而,《国际法原则宣言》也把各国选择政治、经济、社会体制的权利和完全为主权所固有的权利等一些国际法的一般原则定性为国家的权利。战后国际社会中,相当多数的国家主张,应将“对天然资源的永久主权”规定为实定法,他们也是通过人民或国家的权利的形式来论述这一主张。^[67]发展的权利以及和平生存权等“权利”,在多大程度上是体现了国际社会全体规范意识的实定法上的权利,尚是一个很大疑问,但是,这些权利由在具有公共性权力的国际组织决议中得到认可,也被规定在多边

条约之中,最终甚至可能在国际法上被确立为人民或国家的权利。因此,假使在规范逻辑上,如凯尔逊所言,将国际法上的观念认定为是国家的权利这一做法完全不对,然而,通过权利框架来定型定义某一规范性主张的做法却是迄今屡屡可见,而且,今后也未必绝迹。

这是为什么呢?其一,即使从规范逻辑的观点来看,凯尔逊的意见也并非完全正确。的确,若国际社会里不存在左右社会全体利害的公共价值,只存在表现为对立当事人之间相互关系的法律关系,那么,凯尔逊所谓“一方的权利是另一方义务的反映”的认识也许正确。可是,随着诸国间相互依存关系的不断深化,国际社会的公共价值——其具体内容和担保手段上依然有种种对立以及问题——表现为有影响力的存在时,上述意见的妥当性就开始动摇。我们应该意识到,凯尔逊是在1950年对国际法委员会《国家的权利义务草案》作出上述批判的,因而,这一批判也是以约为五十年前的国际社会以及当时的认识为背景的批判。

当然,对这种认识,很有可能有人提出以下的反驳:历史上,国际社会中出现过“全体利益”、“共同价值”、“人类共同利益”、“客观制度”、“国际性联带”等种种理念,人们也提倡过“超越主权国家”、“克服原子论式的国际社会”。可是,这些主张却每每以幻灭而告终。今天,人们所提倡的“国际社会的共同价值”、国际法上的强行规范观念、“人类的共同遗产”的观念、经济及情报的“全球化”等等,都不过是那类虚幻的现代翻版。主权国家并存这一现代主权国家体制相当牢固,故而所有这些“流行”理论及观念早晚都将走向破灭^[68]。

如第一章所述,我自己也认为,从发达国家与发展中国家发

展的不均衡看来,单纯地将 21 世纪认定为是克服主权国家之时代的认识是一种错误。因为,国际法是有关主权国家之间关系的法律这一基本构图不会简单地崩溃,上述那种清醒的认识包含一定的真理。当今的主权国家克服论几乎都属欧美发达国家的学者、记者及活动家的观点,而正在走向认真建立国民国家的世界大多数人们,也即占世界人口百分之八十的发展中国家人们,根本就没有产生过这种念头。而且,即使是在那些相对积极地承认应该为国际社会“一般利益”及“公共价值”而限制主权的发达国家中,超越主权的动向也遭遇了相当复杂和巨大的抵抗力量,它们远远超出了那些“国际社会一般利益”论者的预见。

可是,就国际法上“权利”问题,尚有另外一个事实值得考虑。也即,通过权利框架来定型定义某一主张或要求本身,能够成为寻求实现这些主张或要求的巨大动力和支撑。尤其是对那些被排除在社会种种价值之外,备受异化和歧视的人们来说,用“权利”来定型定义自己的要求,就能阐明这些要求的正统性,并且指出实现这些要求的具体的、具有最终强制性的方法。因而,这种定型定义,也就极有魅力。

将个人的自然权定性为受国家宪法保障的人权这一确立实定法过程的历史,也如实地证明了这一点。把人权纳入宪法规定的想法,最初产生于为了保护受国家权力滥用之威胁的个人。由于人们对由国家权力造成的迫害有着活生生的记忆,也就期待宪法中的人权规定能对国家权力构成一种制约。这种期待也就成为创造出现代国家宪法中的人权规定以及其实现机制的一大重要原因。当人们提出经济和社会性权利构成第二代人权时,这种社会权利与其说是抗衡国家的权利,不如说是应该通过国家来实现的权利。然而,即使是在这里,人们也是将国家与个

人放在对立关系之上,认为前者强、而后者弱,因此,基本的认识框架并不曾改变。由此可见,通过将个人这一弱者的要求定型定义为权利甚至人权,并且通过法律机制谋求其实现,这样一种思维形式也就是近代国家所共同的东西。

至今有很多学者主张,国家的法律秩序是一种垂直性构造,而国际法秩序却呈现为水平性构造^[69]。在国际社会里,不存在优于国家的超国家性的权力。因而,在这个意义上,这种主张也就正确无误。当然,联合国成员国尽管自己不同意,也可能受安理会决议的拘束,甚至可能成为军事措施等强制措施的对象,但是,这是因为成员国自愿加入了包含这种可能性的联合国(宪章第25条和第7章),因而在这一限度内,也就在形式上是依国家平等原则行事。

然而,现实中没有任何社会存在比国际社会具有更为极端的主体之间的阶层构造。一国对他国军事征服之后的殖民地统治、数不胜数的不平等条约、保护国、列强的炮舰外交及其从不间断的干涉等等,这些历史事实十分明显地呈现了现实国际社会所具有的阶层性^[70]。从占国际社会压倒多数的小国看来,有限的几个大国就宛如在国内社会中身为弱者的个人所面临的具有绝对优越立场的国家权力。过去是这样,现在也依然是这样。多数弱小国家的意见由于缺乏力量——用国际法上更为练达的辞令来说,也就是缺乏“实效性”——也就根本无法实现。因此,我们应该认为,弱小国家把自己的主张定型定义为“权力”的做法——每每被发达国家有识之士嘲笑为落后于时代的“主权”也属其一——也就属于理所当然。

以往,倡导国家的权利和义务,最为迫切地援引不干涉原则以及提倡主权及独立权的,主要是为强大的欧洲诸国及美国的

压迫、干涉所苦的中南美各国学者和政府⁽⁷¹⁾。而今天最强烈地要求承认种种规范观念为国家或人民的权利的，则是发展中国家、特别是亚洲、非洲的学者和政府。发展中国家的有识之士并非不知道所谓“国家”、“人民”的权利有可能被当政政府滥用的危险。然而，过去受殖民地统治，如今更受大国、超级大国强权政策的压迫，常常被迫做出让步，这样一种被害者意识就转化为一种不可扼止的冲动，驱使这些有识之士以及发展中国家奔走于对国家或人民的权利的定型定义。

然而，把社会成员的要求定性为权利的社会，实际上未必就是理想的社会。这样的社会常存在如下问题，(1)必须维持庞大的法律机构，并且以选配优秀人才以及实际费用的形式，负担运行这一机构的成本；(2)利用司法方式解决纠纷，当事人只能是胜诉或败诉，然而，这种“全部所有或一无所有”的方式造成沉重的心理负担；(3)容易过低评价法律思维方式以外的价值及品德；(4)社会全体容易受这种法律对立和胜败思想的侵蚀。罗纳德·德沃金是阐明“权利”哲学的代表学者，即使他也认为，“权利的概念……在政治社会发生分裂，协调、诉诸共同目标已不起任何作用的情况下，也就最自然地为人们所利用”⁽⁷²⁾。

在“权利”思想表现得最为激烈的美国社会中，近年来人们开始批判“权利言论”(rights talk)，取而代之主张追求“品德”。这种趋向的加强也表明，那种要求修正彻底的权利中心思维方式的主张已经深入人心。梅阿里·格莲顿是这一主张的代表学者。他强烈批判了过度拘泥权利这一美国的社会病，并列举美国社会“权利”思想框架的特征如下：(1)把权利绝对化，助长了社会纠纷，阻碍对话的倾向很强；(2)不愿意触及与权利相对应的责任，倾向于对那种只享受福祉国家的利益、却不承担个人及

公民义务的做法采取宽容态度;(3)强调以独立的个人为前提的顽固的个人主义,助长了冷遇社会弱者的生活环境;(4)轻视培育个人及公民的品德这一市民社会的重要课题;(5)不是将个人视为向社会开放的存在,而是常常趋于将其视为对社会封闭的存在,因而也就经常放弃矫正个人缺点的学习课程等极有帮助作用的手段^[73]。

在另一方面,不可否认,通过权利框架来定型定义个人尤其弱者的主张和要求,并且通过法律机制来谋求其实现,这种做法对保护每一个个人,实现其福利起到了巨大作用。尊重法律以外的纠纷解决办法的社会,常常是一种在和气、调和、常识、社会共同意识或礼让等名义下,使个人价值和福利遭受牺牲和压制的社会。由于存在物理性的强制力量、经济力量、知识及情报影响力等阶层结构,而受压抑的也必然对此进行反抗,因此,只要存在通过正当且有效的方法来表现和实现自己的要求这一希求,则将这些主张和要求定型定义为权利的尝试,也就不会止步不前。

正是由于德沃金认识到现代美国社会是那种分裂了的社会,他才在此基础上指出,权利的概念,在诉诸共同目标已不起任何作用情况下,也就最自然地为人们所利用。^[74]作为对这种分裂社会的处方笺,德沃金提出了重视权利这一“杀手锏”的方法,也即所谓通过权利的相互作用来寻找社会统一的可能性。我自己对德沃金的这一想法深感疑问。尽管对格莲顿式的意见抱有同感,然而,作为一种现实认识,德沃金的主张却是一个正确的观点^[75]。而且,今后,“权利言论”也将继续在美国存在下去。

阿瑟·施莱辛格对现在美国社会的分裂状态抱有一种危机

感。^[76]但是，无论这种分裂多么巨大，都尚无法与国际社会的分裂程度相比。无论 80 年代里根经济下的美国国内所得格差有多大，也不管美国社会在思想上的龟裂如何巨大，与国际社会中发达国家与最贫困国间的差别，以及在思想、宗教、文化方面所存在的差异相比，它们都尚属细枝末叶。与国家平等这一国际法上的基本原则背道而驰，今天的国际社会里，超级大国和弱小国家之间的差别，在独立国家之间的关系上，是史无前例的^[77]。多数发展中国家在这些实际存在的差别、歧视和压抑下挣扎，带着一种深深猜疑和被害者意识来看待国际社会和国际关系。这些国家迄今不断努力通过权利框架来定型定义自己的切实要求，今后也一定会继续这样做。因此，国际社会中权利思想的蔓延，也正是国际社会的这种分裂和差别的表现。

注 释

[1] 不过，这些问题中，就用国内模式来思考国际法学的意义和问题，我已在别的文章中讨论过（参见大沼保昭：《國際法の国内モデル思考》，载于田中忠、庄部和也编：《國際社会と国内法》，勁草书房 1991 年版）。而且，由于不直接涉及本书主题，这里舍弃不谈。

[2] 不久将出版的“〈國際社会〉の誕生と國際法”（拟题）一文里将谈到这个问题，敬请参看大沼保昭编《資料讀解〈國際法〉》（东信堂，1996 年）3—6 页（大沼执笔（第一章解说））。

[3] Onuma Y., ed., *A Normative Approach to War* (Clarendon Press, Oxford, 1993), pp. 1, 357, 大沼保昭序 | 同编《战争と平和の法》(补正版, 1995 年)3—4 页, 同 | 绪语 | 同上 565—569 页(作者是在英文版中陈述自己的最终见解的, 这里为了方便参考而主要使用日文版)。

[4] 这里不深入探讨“国家是什么”这一有争议的问题。对内的支配服从关系确立在正统性之上，而且具有实力能够对外抗争；这

样一种人的团体称之为国家或政治体或其他名词，不过是词汇选择而已。

[5] F. Vitoria, *De indiis reletio prior* (Coloniae & Francofurti, 1696, Latin Texts & Translation by J. P. Bate, The Classics of International Law, No. 7, The Carnegie Institution of Washington, Washington, D. C., 1917), pp. 217(304) et passim. 维多利亚解释说，国际法被认为是调整从个人关系自立出来的国家间关系的法，哈根马赫对此给予了准确的批判(P. Haggenmacher, "La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international," A. Truyol Scrra et al., eds., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria* (Bruylants, Bruxelles, 1988), pp. 27—80).

[6] 河西直也《战争法》大沼编辑，前文提到（见注3）391—446页。

[7] 大沼保昭《战争》同上 117—118页。

[8] 大沼保昭《结语》同上 539—541页。

[9] 大沼保昭《合意》同上 346页。

[10] H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (Amsterdam, 1646, Latin Texts & Translation by Francis W. Kelsey et al., The Classics of International Law, No. 1, Clarendon Press, Oxford, 1925), I, I, 14(1); II, viii, 1(2), 26.

[11] 参见 H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longmans, Green and Co., London, 1927, repr., Archon Books, Hamden, 1970), pp. 8—17.

[12] T. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1958), pt. I, chs. 13, 16; pt. II, ch. 17.

[13] 不过，对这一般性理解，需要有一定的保留，参见成瀬治：《近代市民社会の成立》，东京大学出版会 1984 年版，第 103—107，

109—125 页。

[14] T. Hobbes, *supra* n. 12 pt. I, ch. 14, p. 84.

[15] *Ibid.*, pt. II, ch. 13, p. 82.

[16] 例如 S. Hoffmann, *The State of War* (Praeger, New York, 1965); H. Bill, *The Anarchical Society* (Columbia Univ. Press, New York, 1977), pp. 24—25, 46—51 et passim; *Peace and War* (Weidenfeld, London, 1966) 等, 同时参见 C. Beitz, *Political Theory and International Relations* (Princeton Univ. Press, Princeton, 1979), pp. 14 et passim.

[17] T. Hobbes, *De cive* (The English version, critical ed. By H. Warzender Press, Oxford, 1983), ch. XIV, iv. 同时参见 J. Brierly, "Le fondement du caractère obligatoire du droit international," *Recueil des cours*, XXIII (1928), p. 507.

[18] 菅波英美认为霍布斯(甚至普芬道夫、沃尔夫、瓦泰勒, 以及 19 世纪始至 20 世纪初强调国际法的独自性的部分学者)是 "domestic analogy" (国内类比理论) 的反对派 [H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals* (Cambridge Univ. Press, Cambridge 1989) pp. 12—13, 22]。而且, 他还指出, 霍布斯在叙述主权者处自然状态之后, 明确指出国家的情况下不可能发生相随个人自由而来的悲惨境遇。因此可以说, "国家间关系并非完全类比于个人之间关系的认识, 在霍布斯那里已经存在" (*Ibid.*, p. 12)。但是, 菅波视作问题的认识 "*relations between states are not fully analogous to those between individuals*" 这一认识却并非仅限于霍布斯。这是那些菅波认为是 "domestic analogy" 支持者所共通的一种认识。也正由于有这种认识, 他们才认为国际社会是落后的社会, 国际法是不成熟阶段的法, 因而, 也才主张它们应当分别向国内社会和国内法看齐、或发展。所以, 以上述观点为基础, 认定霍布斯等人为 "domestic analogy" 的反对者的认识, 就尚是一个疑问。菅波把 "domestic analogy" 限定在狭义的自觉性类推之上 (*Ibid.*, pp. 24—29), 确实, 霍布斯(甚至普芬道夫等)不曾承认过这种狭义意义上

的“domestic analogy”。但是，这却不能成为认定霍布斯、普芬道夫等人是“domestic analogy”的反对者的妥当理由。

[19] S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium Libri octo* (Amstelodami, 1688, Latin Texts & Translation by C. H. Oldfather & W. A. Oldfather, The Classics of International Law, No. 17, Clarendon Press, Oxford, 1934), 1, i, 2, 3, 12.

[20] Ibid., II, ii, 4.

[21] Ibid., II, ii, 23.

[22] C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (Francofurti, 1764, repr., The Classics of International Law, No. 13, Clarendon Press, Oxford, 1934), Præfatio (n. 1).

[23] Ibid., Prolegomena, Section 10.

[24] 基德尔认为，“沃尔夫是在论证国家的权利和义务上具有完善体系的最初的学者”。〔G. Gidel, “Droits et devoirs des nations,” *Recueil des cours*, X(1925), p. 565〕。阿尔法罗也同意这一说法，参见 R. Alfaró, “The Rights and Duties of States”, *Recueil des cours*, XCVII (1959), p. 123；参见柳原正治：《ウォルフの国際法理論》，有斐閣 1998 年，第 79、86 页。

[25] E. Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (Londres, 1758, repr., The Classics of International Law, No. 4, The Carnegie Institution of Washington, Washington, D. C., 1916, préliminaires, Section 18).

[26] Ibid., préface (pp. xxi xxii).

[27] Ibid., préliminaires, Section 18.

[28] H. Lauterpacht, supra n. 11, pp. 15—16. 例如，讨论国际法上的规则时，宾刻舒克大量地采用了荷兰国内法令 (Ibid.; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, revised ed., Macmillan, New

York, 1954, pp. 168—172).

[29] G. Martens, *Precis du droit des gens moderne de l'Europe* (Nouvelle éd., Guillaumin et Cie, Libraires, Paris, 1864), II, liv. IX, Section 340. 康德给后代的哲学、法学、道德理论以莫大影响,他把权利划分成自然权或生来权(*naturliches oder angeborenes Recht*)和后天性权利,前者强调与人的存在不可分离的关系,这也影响了后代的国际法学者的基本权理论(不过有学者持相反意见,如 H. Conrad, *Individual und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. Und beginnenden 19. Jahrhunderts* (C. F. Müller, Karlsruhe, 1956), pp. 16—18)。

[30] J. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe* (J. G. Cotta, Stuttgart, 1819), pt. 2, tit. 1, ch. 1, sec. 37.

[31] J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (Univ. Press, Cambridge Mass., 1894), p. 86.

[32] 参见 L. Oppenheim, *International Law* (Longmans, Green and Co., London, 1905), p. 158. A. Pillet, "Recherches sur les droits fondamentaux des états," *Revue générale de droit international public*, V (1898), pp. 67—68.

[33] 例如 19 世纪的代表国际法学者之一惠顿把国际法定性为不完全的实定法,萨维尼在实效等问题上受其影响很大。

[34] H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (C. L. Hirschfeld, 1899), p. 212 n. 1.

[35] H. Lauterpacht, *supra* n. 11, pp. 17—42 et passim, esp. 30—42.

[36] 参见人沼,前注(1),第 75—76 页。

[37] 例如克柳伯把绝对权定义为,“国家,并且正因为是国家,由于作为法人(*personne morale*)的这一自由人格,而相应他国所拥有的权利”(J. Klüber, *supra* n. 30, sec. 36)。

[38] 这一点上,后来围绕《国际常设法院规约》第 38 条 1 项 c 款

“一般法律原则为文明各国所承认者”，展开了激烈的论争，这里舍其不谈。

[39] 1890年代耶林内克等大学者曾批判国际法的私法模式思维以及国家的基本权的观念(G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892), pp. 296—314), 奥本海则于1905年的《国际法》一书中罗列这些学说，并加以批判(L. Oppenheim, supra n. 32, pp. 158—159, 159 n. 1)。

[40] A. Rivier, *Principes du droit des gens*, I (Librairie de droit et de jurisprudence, Paris, 1896), pp. 255—407; Lord Philimore, "Droits de devois fondamentaux des états," *Recueil des cours*, I (1923), pp. 40 et seq.

[41] 例如J. Brierly, supra n. 17, pp. 427—473.

[42] 1985年发表的D. Feldman, "International Personality," *Recueil des cours* (1985 II), 及其所引用的若干文献,依然保留了“国家基本权”的思想。pp. 382—383。

[43] 参见E. Root, "The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law," *American Journal of International Law*, X (1916), pp. 212—221, esp. 215; R. Alfaro, supra n. 24, pp. 163—171; J. Ruda, "States, Fundamental Rights and Duties," *Encyclopedia of Public International Law*, X (North Holland Amsterdam, 1987), pp. 469—470.

[44] 山本草二编:《国家条约集》,1998年版,有斐阁1998年,第42页。

[45] A/CN.4/W.5, "Draft Declaration on the Rights and Duties of States," I.L.C., Yearbook 1949, II, pt. 2.

[46] H. Kelsen, "The Draft Declaration on Rights and Duties of States," *American Journal of International Law*, XLIV (1950), pp. 264—265. 该问题与国际法上国家所具有的权利是什么意义上的权利这一基本问题相关。霍菲尔德把权利义务划分为权利与义务(right-

duty)、特权与无权(privilege-no right)、权力与责任(power-liability)、豁免与免责(immunity-disability)4个类型，并说明了这4种形式的相互关系[参见 W. Hoteld, *Fundamental Legal Conceptions* (Yale Univ. Press, New Haven, 1923), pp. 23—114]。但是其中，对于被认为是国际法上最为典型的(当然，并非仅限于此)消极性 right(权利)，权利的关系用义务这一措词就能充分表现，也就没有必要使用权利这一措词。其他形式的权利义务关系是否存在与国际法，以及是否具有机能，是国际法上重要的问题，在当时，这一问题似乎在尚未充分进行理论性研讨就被放弃了。

(47) 参见 J. Ruda, *supra* n. 43, p. 176.

(48) 山本编，前注(44)，第 35—37 页。

(49) 有关国际人权保障，参见本书第 3 章第 3 节及其引用的文献。这里只做最小限度的陈述。

(50) 山本编，前注(44)，第 10 页。

(51) 权利的这种前国家性，不用说是一种法理上的拟制(参见 E. Kamenka, "Human Rights, People Rights," J. Crawford, ed., *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988), p. 127)。但是，重要的事实是，这种空想并未因虚伪而被否认，反而因其深入人心，根据这种拟制创设了现实的制度，因此，在现实中发挥了一定作用。对于自然法思想、自然权观念、社会契约与现实中采纳的人权宣言(美国的弗吉尼亚州宪法及独立宣言、《法国人权宣言》等)之间的关系，如众所周知，自耶林内克发表《人权宣言论》一书以来，就有各种争论。有关自然法思想、自然权观念和人权宣言、特别是美国的人权宣言之间的关系，参见種谷春洋：《近代自然法学と稀利宣言の成立》，有斐閣 1980 年版，尤其参见 281—389 页。

(52) 以马克思、列宁主义为立场，列宁作出了《和平布告》(1918 年 11 月 8 日)，阐明了民族自决的观念。这一观念与自然法、自然权观念、社会契约论等“布尔乔亚意识形态”，在其作为基础的阶级历史观、

历史唯物观上，属于全然不同的思维方式。然而，不可否认，在否定封建主义、绝对主义等个人无法决定自己命运的体制，以及自决的主体是处于他民族统治下的民族等方面，列宁所主张的民族自决观念也就表现为自然权思想在国际性维度的投影，而自然权思想是以根据个人的主体性选择作出政治性决定为核心。有关马克思、列宁主义的民族自决权，参见松井芳郎：《现代の国際関係と自決権》，新日本出版社 1981 年版，第 21—28、104—114 页及其所引用的文献。

[53] 山本編，前注(44)，第 54 页。

[54] 同上。

[55] 同上，第 60—61 页。

[56] C. Tomuschat, "Self-Determination in a Post-Colonial World," *id.*, ed., *Modern Law of Self-Determination* (Nijhoff, Dordrecht, 1993), pp. 1—3.

[57] 松井芳郎：《友好関係宣言と自決権の普遍的適用》，载于林久茂等编：《国际法的新展開》，东信堂 1989 年版，第 153—188 页，尤其是第 155—168 页。

[58] J. Crawford, "Some Conclusions," *id.*, ed., *supra* n. 51, pp. 170—202.

[59] 松井芳郎：《人権の国際的保護への新しいアプローチ》，载干長谷川正安编：《现代人権論》，法律文化社 1982 年版，第 58—67 页；松井，前注(57)，第 164—180 页。

[60] M. Keskenniemi, "National Self-Determination Today," *International and Comparative Law Quarterly*, XLIII (1994), pp. 241—269; D. Clark and R. Williamson, *Self-Determination* (St. Martin, New York, 1996)，参见大沼论文，前注(1)。

[61] T. Hobbes, *supra* n. 12, pt. 1, ch13(p. 80).

[62] S. Pufendorf, *supra* n. 19, III, ii.

[63] E. Vautel, *supra* n. 25, préliminaires, Section 18.

(64) 关于国家平等原则的意义和问题,参见田畠茂二郎:《国家平等思想の史的系譜》,同文书院 1958 年版,第 5—41 页;P. Anand, "Sovereign Equality of States in International Law," *Revue des cours* (1986-II), pp. 52—100.

(65) 参见如 R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, I(9thde., Longman, Harlow, 1992), pp. 339—379 及其所引用的文献。

(66) 大沼,前注(1)。另外参见 C. Beitz, *supra* n. 16, pp. 8 et passim; Suganami, *supra* n. 18, chs. 5—9.

(67) 山本編:前注(44),第 448—449 页。

(68) 历史上,有许多这类批判,其中最出色的是 E. H. Carr, *The Twenty Years' Crisis, 1919—1939* (Macmillan, London, 1949) (E. H. 卡尔(井上茂译):《危機の二十年》,岩波书店 1952 年版),对于期待国际法在现实世界里起积极的作用的所有研究者来说,该书很值得一读。

(69) 例如里查得·霍克把两个社会的区别图式化为水平秩序 (horizontal order) 对垂直秩序 (vertical order) (R. Falk, "International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order," *Temple Law Quarterly*, XXXII(1959), pp. 295—296)。

(70) 罗伯特·塔克指出,“国际体系的历史是非常不平等的历史”。R. Tucker, *The Inequality of Nations* (Columbia Univ. Press, New York, 1977)。在国际法中,平等原则是在这一不平等社会里为尽可能达成平等的规范,但是,同时这一原则为了能够具有实效,也不能无视不平等的现实,并且必须明确,在这种情况下,平等原则也可能具有隐蔽现实的意识形态作用。对这些我们都必须明确阐明。尤其是国际政治学者没能充分研究国际法的政治性机能这一重要课题,在这种现状下,也就不能断言“国际法学的工作就是用规范性理论说明平等原则,而国际政治学的任务则是处理不平等这一现实”。

(71) 国家的基本权理论是便于大国为其恣意和强权行为进行辩

护的理论，大国政府及学者也持主张这一理论，但是，其中德国学者则特别强调对其进行国家绝对主义式的解释，这是因为他们对 19 世纪至 20 世纪初叶英国霸权抱有一种被压迫感。（例如，V. Bruns, “Völkerrecht, als Rechtordnung,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I(1929), p. 14)。

[72] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass., 1978), p. 184 (R. ドゥウォーキン(木下毅等译);《权利論》, 木铎社 1986 年版, 第 243 页)。

[73] M. Glendon, *Rights Talk* (Free Press, New York, 1991), pp. 14 et passim.

[74] R. 德沃金, 前注(72), 第 243 页。

[75] 长谷川晃对权利概念作了以下定义：“为了从公正观点来保全在有关社会种种利益的政治性决定中有可能受损逸的各个个人行为境域，而以向政府及他人赋课个别的、且第一次性尊重义务的形式所要求的一种规范装置”，而且，使权利概念得以成立的这种价值构造，“在具有通过调整和协同农独立判断采取行动的个人感觉及各个个人的多种意见来形成集团及社会这一协同感觉……的人们的集合中”，其条件也就得到满足。（长谷川晃：《格利·価値·共同体》，弘文堂 1992 年版，第 219 页）。这种思考，也许阐明了权利应最好地发生作用的环境，但是，在现实中，追求“权利”时所处的环境却可能是正好相反。

[76] A·施莱辛格(都留重人译):《アメリカの分裂》,岩波书店 1992 年。

[77] 不可否定，本来，这种差别过去一直被理解为处于殖民地统治下殖民地统治国的国内关系上的问题，从来就没有表现在独立国家间的关系之上。但是，亚洲、非洲各国获得独立之后，这种格差也就明显地在独立国家之间的关系上呈现出来。这种认识，也同样适用于“国际社会从 19 世纪同质的社会演变成了 20 世纪后期的异质的(或分裂的)社会”这一广为传说的命题。这里所谓“同质”的 19 世纪“国际社

会”，实质上只是欧洲各国的社会，或充其量也不过是欧洲和美洲各国所构成的社会。亚洲、非洲各国被认为是殖民地或“非文明国”，被排除在“国际社会”成员之外，因此，19世纪世界所有存在着全球规模的巨大异质性，不过，这种异质性只是没有为思考过“国际社会”的那些欧关知识分子所意识到而已。这里应该指出的问题是，今日的人们，包括欧美人及其他许多人，已经无意识地陷入了一种欧美中心的思维方式，因为他们都继承了上述那种偏执的认识，并从过去来描述今天世界的存在方式，然却根本不以此为怪。