

第五章 对欧美中心主义、自由权 中心主义和个人中心 主义的质疑

第一节 绪 论

人类在其历史发展过程中,在不同土地上,养育了不同的文明。这些文明,在今天已经完全习惯了产生于欧洲的近代文明思想及感受的我们这些人看来,包含有令人难以置信的落后的制度和习俗,其中有的甚至延续至今。对于战争中败战一方的杀害、掠夺、强奸、奴隶化,近代以前的世界各地贯行都容忍了这一切;迄今历史上,广泛存在人类对于神明以及自然的供奉习惯;对嫌疑犯和政治犯的酷刑在以往的世界各国都成为制度,今天也依然频繁发生;亚洲和非洲部分地区现在仍然进行割礼等等,这些都是文明的足迹。

但是,既然近代文明属历史上文明之一,那么,若从其他文明的角度来看或在下一代看来,今天我们的判断本身,也就一定会包含有种种局限和问题。而且,当今我们生活在以近代欧美为中心的高度产业信息文明之中,即使这样,我们也可以看到,前近代文明、甚至非欧美的各种文明中都曾有着许多优秀的思想、文化、艺术、制度。并且,非欧美文明现在也是如此。当参观

埃及,美索布达米亚的遗迹时,当叹服于孔子和佛陀的教诲时,我们应当扪心自问,现代将为后世留下些什么呢。

在今天看来是非常落后的制度和习俗,若设身于当地风土及人们的实际生活来考察的话,就决非可以这样简单地盖棺定论。印度的种性制、“以眼还眼”、“以牙还牙”之类严格的阿拉伯、穆斯林各国的刑罚制度,尽管它们动辄被欧美及日本从人权观点出发全面地否认,然而,我们却有必要理解这些制度产生并世代维持至今的社会和自然条件,并立足这一理解来评价和批判。

此外,“以眼还眼”乍一看似乎是很严厉的刑罚,但实际运用却决非如文字所形容一般。对种性制度及伊斯兰的批判,不少是都缺少这种初步知识。文明相容的观点就是要从多种文明的角度来理解事物,并且在各种迥然不同的观点互相交错中来追求最为适合现在的认识和实践。从这样的观点出发,文明相容的思维方式就要求,对于无论在表面上还是在潜在意识中被称为普遍性的某种特定思想及观点,首先就应持怀疑警戒态度。

与其他有关法律和政治的问题一样,人权理论和实践,迄今也是在欧美各国的学术及教育领域里进行研究和教育,并在欧美各国的法律和政治领域中主张、批判、议论和实现。非欧美各国,比较早的也到19世纪后期,比较迟的国家则直到最近开始的“现代化=欧美化^[1]”的过程中,才开始仿照欧美着手人权问题。而且,如第一章第四节所述,在美国和西欧为中心的知识和情报空间里,不仅人权,就是今天我们看问题的方法、思维方式以及感受方式本身,都同样不知不觉地逐渐在以欧美为模式。由此,有关人权的观念及讨论,都受欧美中心的思想方式和感受方法的支配。在这种情况下,文明相容的人权观首先必须从批

判欧美中心的普遍主义人权观的意识形态开始。

例如,在人权的普遍性对相对性或特殊性这一形式中讨论人权时,这里所设定的特殊性内容上多半是“亚洲习俗”、“伊斯兰”、“儒教的道德观”等。可以说,对“欧洲习俗”、“基督教”、“美国式生活方式”等,从来就没有人将其列举为特殊性的例证或依据。这里存在“普遍的东西是欧美观念、思想、制度,而特殊的东西则是非欧美的宗教、文化、生活方式”这样一种潜含的前提。

这在其他的问题领域也是一样。例如,从保护地球环境的观点出发,20世纪美国式的消费大量资源和能源、产生大量废弃物的生活方式,是北美大陆近代一时间狂开怒放的虚无之花。不能不认识到,这种特殊的生活方式如若在全人类普及,则不可避免地带来人类的灭亡。然而,这一看法却未能在国际社会里得到共鸣。众所默认的美国式生活方式,无论在日本,还是在抵制美国人权外交的新加坡及马来西亚,都成了支配性的思想框架⁽²⁾。经济、情报行为中,随着“国际化”的深入,世界范围内统一各种基准和标准的趋势,也就愈来愈强。而这里所谓“世界标准”、“国际规格”、“全球标准”,其大部分其实是美国或欧美的标准、基准和规格。

由此可以看出,“普遍=欧美,特殊=非欧美”的思想决非局限于欧美。非欧美的知识界人士以及政治家们尽管批判欧美的普遍主义,但在他们当中,这种思想也是根深蒂固。亚洲的政治家、官僚以及学者提倡“亚洲习俗”、“亚洲的人权”,他们中很大部分人经历留学及派驻欧美的生活,有意无意地汲取了“欧美流”的经济政策和社会开发方式以及自身的生活习惯,这许多方面与他们自己把“欧美流”作为典范并非无关。非欧美国家的领

导人在建设国民国家、产业化、现代化等方面,常常把“欧美流”当成样板,相当程度上把欧美各国看成超出其本来面目之上的理想化身,无意识中视欧美为规范和普遍,有时,这种倾向甚至比欧美知识分子都更强。

例如,亚洲各国的领导人不时以本国的文化和社会的特殊性为依据来批判欧美的人权外交,然而,在承认自己的文化和社会的特殊性、独特性的同时,他们却无意识地认可并再生了“普遍=欧美、特殊=非欧美”这一公式。只要“普遍=欧美、特殊=非欧美”成立,使某种起源于亚洲或非洲的思想或制度获得普遍适用性的想法也就无法生存。

起源于欧美的思想或制度在全世界普及、扎根,这是事实。基督教、英语、市场经济、主权国家体制等等。世界上几乎没有不能买到可口可乐的土地,麦当劳汉堡包如今成了全球性食品。我们不是身穿和服外套、朝鲜裙袍,而是身着“西服”、系领带、穿裙装。若环球旅行,则世上各个旅馆都会提供“美国式”或冠称为“大陆式”的欧洲大陆的早餐,罕有提供“日本餐”或中国风味食物,更不用说缅甸、乌干达式的早餐了。我们今天的日常生活事无巨细,都依附于起源欧美的制度,并在起源于欧美的思想、观念、感觉基础上思维、感觉、行动。

可是,这些现象并不意味着起源于欧美的思想或制度本来就具有普遍性。欧美列强的殖民地统治及大英帝国的经济霸权,法国竭尽全力向全世界普及法语、法国文化的政策,第二次世界大战之后美国经济上以及军事上的霸权、情报、文化方面的影响力等,这一系列事物的结果,带来了欧美思想或制度在全世界的普及。另外,起源欧美的思想或制度中,有不少是由于非欧美各国国民承认其价值并且积极地接收,才得以在向全世界普

及。尤其产生于美国的思想或思维方式,正如佐伯启思在其《美国主义的终结》一书中所极有说服力论述的那样,各国购买美国货、导入美国资本,与此同时也通过这些行为试图导入了美国产的思想或思维方式^[3]。

人权是这种全球化了的欧美思想或制度之一,仅限于这一意义,迄今视欧美等同普遍也并非没有道理。但是,某一制度或思想从发祥地向其他地区普及扩张过程中,其内容都不可避免地发生变化。基督教、佛教、伊斯兰教、儒教在从其发祥地向其他地区传播过程中,其内容也都发生了变化。这是所有具有普遍性或普遍化可能性特质并事实上普遍化了的宗教或思想所共有的特性。

例如基督教,我们无意识中倾向于把欧洲视为其“本家”。可是毋庸置疑,基督教诞生于巴勒斯坦,向称为“异教之地”的欧洲蔓延扩张。这一过程中,因“异教之民”欧洲人的宗教观、生活习惯、权利构造而使产于巴勒斯坦的基督教人为变容,其结果是欧洲变成了“本家”,诞生了与巴勒斯坦原产的基督教迥然不同的基督教。比如,由于血性复仇、自我救助是一般性原则,因此,基督教在以这种权力构造为前提的欧洲社会扎根的过程中,早期基督教所具有的那种绝对非战论色彩就基本上被否定,而与正战论相结合的基督教却具有了统治性地位。

佛教也一样,产生于印度的原始佛教,与在中国、日本、东南亚以及斯里兰卡广泛推广、并普遍化了的佛教之间存在着许多不同点。例如,在今天的日本,许多人只在葬仪时才联想起佛教,因为本来不存在这种仪式,故而被讥笑为“葬仪佛教”。事实上,现代日本的这种“葬仪”,所礼拜的是故人的尸体,被认为与诞生于印度的佛教特性大相径庭。7世纪产生于阿拉比亚半岛

的伊斯兰教于今天从非洲各国、巴基斯坦、印度、孟加拉至印度尼西亚,人们所信奉的伊斯兰教同样大为不同。

第二节 人权理论的变化及其意义

关于人权,情况也大致一样。正如大多数人所持的含混认识,人权的确是诞生于欧洲,是“从国家权力的侵害下保护个人”的制度。但是,这一概念,在欧美、日本等今天被视为发达国家里逐渐定型的过程中,渐渐地自由权之外还包括了社会权。美国宪法中并未规定社会权,除了涉及有着绝对影响力的工会的权利之外,社会权一直都受轻视,这反而表现了美国的特殊性、例外性(如后所述,罗斯福关于“四个自由”的演说及卡特政权的人权外交政策表明,美国自身以往并非全然无视社会权)。包括欧洲各国在内的发达国家,多数即使没有在宪法上明文规定是否把自由权以及社会权二者同样作为人权加以保护,理论上和实践上采用了包括社会权在内的人权观。尤其是80年代以后,许多学者、实务家致力于迄今多受轻视的社会权,主张这一权利不单是政治性纲领的东西,而是应该作为权利来使之实质化的事项。这种努力以欧洲为中心逐见成效。

此外,人权从当初只指从“国家权力迫害下获得自由”,而现在却包括企业、反政府集团等国家以外主体对人权的侵害。也即人权的第三者效果或水平效果。同时,不仅个人的权利,而且以民族自决权为主的集体性权利也开始被认为是人权,这体现了国际社会占压倒多数的发展中国家的希求。在今天,部分人权专家和发展中国家政府主张,应该将发展的权利、和平的权

利、环境的权利等“第三代权利”也认定为人权。这些主张在1986年的《发展的权利宣言》(联合国大会决议41/128)等部分国际人权文书已明确规定。^[4]

这一系列的变化,与世界各种宗教、马克思主义、现代国家的观念等的普遍化过程中所出现的现象一样,是伴随思想和观念的普遍化所发生的必然结果。在今天的人权讨论中,将“欧美=普遍”视为当然,或固执“人权=从国家权力的侵害下保护个人”的观念就是无视任何普遍性理念的现实普遍化过程都必然发生的变容,也是在学术上难以维持的顽固态度。自由权中心主义者常常也是人权的普遍性鼓吹者,在对以文化为根据的人权相对论进行批判时说,“文化在不断变化,以某一时期的文化内容为根据来否定人权,就是将相对性的文化加以绝对化”。这种批判本身是正确的,但是,如果是这样,那也就必须承认,人权本身也在不断变化。一方面主张文化的不断变化,而另一方面却认为人权不变,这只能是一种自相矛盾。

当然,在传统式的自由权至上主义者看来,人权包括社会权和民族自决权的这种变化,是一种令人感叹的人权堕落。的确,长期以来人们将人的要求和愿望设定为人权,并在实定法上予以规定。但是,这一过程中却存在不少问题。人权的这种扩大,对在规范上肯定至今基本上被无视或轻视的各种人的价值,具有积极的意义。但是,另一方面,在应该包括的人权的“质”的方面却有许多问题,而且,带来了所谓的“人权通胀”现象。^[5]这种“人权通胀”现象使人们对人权的意义产生疑问,同时又进一步强化了人权偶像崇拜的倾向。在将民族自决权等集体性权利规定为人权时,尽管有各种各样的理论上的尝试,^[6]但对“作为自决主体的人民是指什么”这一根本性问题,都尚未达成广泛的一

致。而且,对“第三代人权”是否是一般国际法上的规则、原则的问题,至少在现在也还存有争论。^[7]

但是,对人权概念的变化采取否定态度的人,却没有看到文明相容视点所提示的具有决定性重要意义的方面。也即,在世界人口中占压倒多数、与产生出“人权”的欧洲有不同的文化、宗教、历史环境的第三世界各国国民,正是使用“人权”这一术语来表现从殖民地统治下的独立(民族自决)、从贫困中的解放和经济发展等对他们来说最为切实的种种要求,并且在人权这一框架中来规定这些要求。这一事实如实说明,对欧美以外的人们来说,而且对世界上所有人们来说,人权在成型规定人的切实希求、希望、愿望和期望方面,是一个相当有魅力的概念。

对本来不具有“人权”这一思考方式的亚洲、非洲各国国民来说,当然有其他理念和理论来成型规定自己的切实希求和愿望。尽管如此,对表明从殖民地统治下的独立和经济发展这一最为切实的要求,他们却硬是选择使用了“民族自决的权利”、“发展的权利”等权利术语,即使可能带来各种理论和实践上的困难,他们也将这些要求作为“人权”,以对其寻求正当根据。因此可以说,在人权的普遍化过程中,人权概念对民族自决权、社会权等自由权之外的人权包容,表明了人权具有全人类性的魅力,也表明了近代欧洲产生的人权概念的胜利。然而,这却是那些重视人权的意义、特别是追求人权的纯粹形态的人常常容易忽视的一个方面,但是,人权的这种意义和魅力是一个非常重要的侧面,无论怎样强调都不过分。(当然,作为其前提,如前文所说,国际社会是一个需要“人权”这一“权利言论”,也是一个存在分裂和极大差异的社会。)

在另一方面,今天的世界,尽管享受了近代欧洲文明所带来

的许多果实,却也为其病理所烦恼。赶不上武器发展和遗传基因工学进步的道德和伦理;为无数的杀人、强盗、毒品的横行、家庭和地区社会的崩溃所烦恼不已的近代文明霸者的美国;通过一个半世纪的欧美化和现代化已成为世界第二经济大国,却为以“欺负人”为典型的人际关系疏远所苦恼的日本;嘴上讲人权和人道,却不断发生对外国劳动者和穆斯林的偏见和攻击的西欧各国;如果维持不变、必将通过地球环境破坏而带来人类毁灭的大量消费、大量废弃型的美国式生活样式及其在全球普及的倾向等等,都是这种病理的症状。

因此,在认真认识和议论由欧洲产生、且由欧美为旗手的近代文明的功罪过程中,也就不能不对同样是近代产物的人权、尤其是个人中心主义和法律中心主义的人权存在形态提出疑问。如上所述,人权对世界上所有人们来说都具有魅力,也是世界上所有人们应该受到保障的价值,正因为如此,我们就更应该努力克服人权概念中所隐藏的欧美中心主义,立足于多种文明来理解人权。将人权神圣化,避免这种批判,就只会将人权封闭为部分人的宗教,否定人权所具有的多种多样的魅力和可能性。

第三节 自由权中心主义及其相对化

自由权中心主义及其历史背景

人权中的欧美中心主义最典型地表现为固执地将表现自由、多党制在内的公民和政治性权利等同于人权一般。⁽⁸⁾而

且，自由权中心主义不仅主张真正的人权就是公民和政治性权利，而经济、社会和文化性权利不是人权。^[9]同时，它还认为，有关人权的考察和讨论都潜在地限于政府对自由权（特别是公民性权利）的侵害，而对社会权的侵害，非国家主体的人权侵害以及经济和社会构造所带来的侵害问题，都只是附带性问题。

这种倾向在人权研究者和实践活动家之间，也广泛存在。即使在人权专家之间，人权问题首先是政治犯的处刑或酷刑、以报道自由为代表的表现自由的弹压等政府对自由权侵害的问题，而不是因绝对贫困造成的饥饿或医院不足造成的死亡、疾病的问题。在他们看来，后者属于经济、社会构造和政策问题，充其量也只是一种人道问题，很少被认为是人权问题。

由此可见，由于“人权=应从国家权力的侵害下受到保护的个人权利”这种认识极强，认为人权是比公民和政治性权利都更窄的、仅仅包括公民性权利（也即狭义的自由权）的倾向也很强。在欧美的主流性论调中，频繁出现“民主主义和人权”这一表现，这种措辞方法也说明了这种倾向。因为在这里，人权只意味着公民性权利，而政治性权利与其说是人权不如说是包含在“民主主义”这一概念之中。^[10]

本来，在《独立宣言》和《人权宣言》等代表性人权宣言采纳后，欧美各国并没有就开始像今天这样重视自由权的人权。欧美各国在这些宣言采纳后的一个世纪以上的时间内，在国内对农村和劳动者阶级，在国际上对殖民地人民进行剥削和压迫，通过对这些人的人权侵害，才积累起大量财富，而且，剥夺这些人的精神价值，将其以有利于男性、白人、基督教和有产阶级的形式（也即以侵害平等原则的形式）来分配人的精神价值。只在

20 世纪后期经济上充分“发达”之后,欧美国家才将自由权利的人权视为对维持政治体制具有重要意义的象征,这些国家的政府也才开始关心起一般公民的人权。

实际上,当美国南部黑人受到私刑,英国的劳动阶级处于恩格斯所描绘的那种悲惨状况之下时,根本不存在批判美国 and 英国人权侵害的“发达国家”的国务院或联合国人权委员会。当法国殖民地统治者残酷弹压阿尔及利亚和越南民族杰出运动家时,以及当日本的特高科拷打共产党员时,也不存在批判法国和日本政府的国际大赦组织或人权观察。而且,以这种人权侵害为根据,来认定美国、英国、法国或日本的人权状况处于“部分性自由”或“不自由”的自由之家也不存在。总之,对总是忘记这一历史的发达国家,发展中国家抱有极大的不公平感,这也可以说是事出当然(毫无疑问,这完全不是要说处于发展阶段的发展中国家可以去侵害人权)。

因此,人权在欧美各国被提倡、成为重要的政治争论点以及受到宪法保障的过程,也是欧美社会逐渐脱离基督教的支配而世俗化的过程,同时也与束缚且保护个人生活的中间权力瓦解,以及将这些权力集为一元的绝对主义权力受市民阶层力量的制约开始向国民国家转换的历史过程相重叠,并且也是国民国家发展过程的持续。^[11]《独立宣言》和《人权宣言》等代表性人权宣言,也是这一过程的产物。其后开始的对人权进行实定法规定的过程是在认为促进这种倾向更为有益的时代精神中开始的一个过程。在这样的历史性背景之下,从侵害精神和身体自由等自由权之专制国家权力下的自由,才成为人权保障的最大目标。防止国家对宗教事业的介入和对个人利益范围的介入,被认为是最大的课题,因此,在 20 世纪以前,企业或恐怖主义集团等国

家之外的主体对权利的侵害,都没有被认为是人权问题的探讨和讨论对象。

从 19 世纪末到 20 世纪初期,资本主义明显表现出巨大企业和垄断的弊病,企业以及其他私人团体对人权的侵害就开始为人们所意识。在这种状况下,就开始出现了像魏玛宪法第 119 条 1 项和第 159 条规定人权保障在私人间之效力的宪法规定。而且,随着劳动运动和福利国家思想的普及,以劳动者的权利、教育权和生存权为中心的经济性和社会性权利开始得到保障,人权也开始出现了自由权和社会权的分类。尽管这种分类以及对自由权和社会权正确的认定,因国家、时期和学者表现为各种各样,但是,就一般形态来说,其主要表现为以下形式。

也就是说,自由权是“从”国家的自由,国家仅须对自由权的恣意性行动进行抑制,而不必采取任何积极行动。因此,自由权是可以通过司法程序要求国家履行义务的、最严格意义上的权利。与此相对,社会权则是“向”国家的自由,或更正确地说是“依靠国家的自由”,国家为实现这种自由必须采取积极的措施。因此,社会权就不是严格意义上的权利,充其量也只不过是政治行动纲领性规定。

这种认识不仅明确地表现在各种学术主张中,而且也默默地成为有关人权的所有言论、讨论的前提。即使在构成国际人权法核心部分的国际人权公约中,《自由权公约》规定了缔约国对其领域内和其管辖之下的所有个人尊重和确保公约所规定之权利的义务(第 2 条 1 项)。与此相反,《社会权公约》规定缔约国有义务“为渐进地达成权利的完全实现,最大限度地采取本国可利用手段”的行动(第 2 条 1 项)。⁽¹²⁾因此,在学术和实践上,

由于受到上述自由权中心主义的影响,《自由权公约》上的义务规定为是立即履行的义务,而《社会权公约》上的义务却是渐进达成的义务,过低评价社会权公约义务的倾向表现得极为明显。^{〔13〕}

本来,在西欧的宪法理论中,由于许多国家在第二次世界大战后都发生了从只重视自由权的19世纪近代市民国家原理到随着资本主义高度化所产生的社会国家原理的转换,将社会权纯粹看成是纲领性规定,从而否定其权利性的倾向,已经开始衰退。在这个意义上,极端的自由权中心主义与其说是欧美中心,不如说是美国中心主义的产物。^{〔14〕}不过,在美国占支配地位的自由权中心主义,由于上述在信息、文化和学术领域美国的压倒性影响力,于第二次世界大战后已经遍及整个世界,同样重视自由权和社会权这一在西欧学术上的全面性人权观的影响力,已经明显劣于自由权中心主义。即使在日本,战后的一般倾向表现为,大凡所有有关人权的言论都只潜含地指自由权(对专家来说,是广义的自由权;对一般人来说,只是狭义的自由权),或以自由权为中心。

即使在20世纪末的今天,而且即使在人权的专家之间,人权都还只是像《世界人权指南》中休马纳的人权定义那样,^{〔15〕}被认为是防止国家权力对人权侵害的防保墙。尽管研究者对社会权的关心也在逐渐提高,但在舆论的报道和批判、官僚和政治家的政策拟定、市民之间的对话和讨论中,人权都还只是自由权。因此,即使在今天,将自由权视为人权的核心部分的倾向,通过美国舆论的力量以及受其影响极大的各国舆论的影响,在学界、记者之间和一般市民之间都占据支配性地位。^{〔16〕}

二 克服自由权中心主义的新动向

但是,60年代之后,许多旧殖民地开始获得独立,发展中国家成为国际社会的多数,并且强烈提出自己的主张,同时,发达国家内部和国际社会都开始强调社会权的重要性和在实现人权保障上国家义务的重要性,上述状况也开始出现了变化。

(一)发展中国家对生存权的主张

第一,自由权中心主义开始受到发展中国家的严厉批判。许多非欧美国家在20世纪前期都处于殖民地统治之下,或即使保持了独立也因不平等条约而受列强剥削和干涉。这些国家在取得独立或从不平等条约下解放之后,首先所从事的事业,与19世纪到20世纪前期欧美和日本所从事的事业一样,就是经济发展和财富的积累。而且,也与19世纪到20世纪前期欧美和日本所作的一样,对这些国家来说,以自由权为中心的人权保障很难成为国家的最优先事项或最突出的象征,对一般市民来说也很难成为最大的关心事项。

在这个阶段,如果存在对人权的关心,也只限于与脱出贫困和经济发展相关的人权事项。尤其是在第二次世界大战后独立的许多亚洲和非洲国家里,饥饿和绝对贫困的状态要比现在发达国家在进行现代化过程中所经验过的饥饿和贫困更为深刻。“对濒于饿死的人来说,表现自由有多大价值呢?生存权才是最大的人权”,这种呼声不可能只是侵害自由权的发展中国家独裁政权为自己行为辩护的意识形态,它实际上也是挣扎在饥饿线上的民众呼声。在理论上无论这种主张是否正确,这都是不可

否定的事实。而且,人权不只是理论上的问题,而必须反映人们的巨大希求,并在规范上为其寻求到正当根据,因而,必须具有现实的意义,也就不能无视民众的这种呼声。

许多发展中国家的政府和知识分子尽管在人权定性方面抱有各种理论和实际上的困难,但却依然重视“发展的权利”,为使这一权利得到国际社会的承认作出了种种努力。“发展的权利”常常不是作为个人的权利而是作为国家的权利,因此对其意识形态性有必要采取批判和警惕的态度,但在另一方面,只要考虑到上述历史背景,我们应当可以理解发展中国家为什么重视“发展的权利”。^[17]不管是在发达国家还是在发展中国家,许多人权研究者对“开发独裁”型的发展中国家领导人所提倡的“开发优先,人权随后”的线路持批判态度,但同时,他们对欧美、尤其是美国所存在的自由权至上主义也开始采取批判姿态。^[18]

相反,也有人主张,对处于这一经济发展阶段的人们来说,正是为实现切实需要的生存权,也就必须保障自由权。在这个意义上,人权专家之间开始认识到人权的互相依存性。比如,有人主张,报道的自由可以防止饥饿和政策失败造成的饥饿,从而有效地保障生存权。这种主张产生了很大影响。^[19]从战后的一般经验来说,战后的苏联、东欧各国与自由主义国家相比较发展落后,以及极为压制自由权的许多亚洲、非洲国家在经济发展和财富的公平分配上都有失策,因此,为了实现社会权、尤其是生存权,就必须保障自由权。这种议论可以说有很大的说服力。

不过,这里有一点极为重要,人们是为了有效地保障生存权这一横跨自由权和社会权的权利,才强调报道的自由、政府批判的自由等自由权的重要性。即使是同样强调自由权的重要性,但这里的强调点却不同。它表明将自由权本身视为绝对化到将

自由权和社会权作视为相对的变化,也表明了寻求这些权利之全面性实现的倾向,并且,在这一人权的构造性和全面性保障的变化潮流中,对自由权进行了重新定位。也即认为,自由权只是在与社会权之全面性的互相依存关系中才具有重要意义。

(二)对社会权重要性认识的高涨

第二,不仅在发展中国家的主张中,而且在发达国家的人权理论中,社会权的重要性都开始为人们所认识。与此同时,自由权和社会权都是相对性权利的认识也在提高。这种变化,一方面表现在以西欧和北欧国家的社会国家和福利国家理论为基础的人权理论和实践中,另一方而在对保障人权的国家体制不尽相同的国际人权保障实践和研究中,也开始逐渐表现得十分明显。

如上所述,在发达国家经典的人权理论中,自由权是“从国家下的自由”,也是最适合利用司法救济的权利,而社会权则必须有充实生活保护和教育设施等的积极政策,很难利用司法手段来强制,因而也被认为不是严格意义上的权利。^[20]但是,马克思主义者和社会主义者一直严厉地批判指出,人权(比如说表现自由)对缺乏实现其物质基础的无产阶级来说只是“画饼充饥”。为回应这种批判,北欧、西欧和日本等发达国家,在20世纪通过耕地改革、社会政策、租税政策,在一定程度上纠正了阶级格差和所得格差,并不断充实劳动组合和社会保障的权利,逐渐开始实施对经济性和社会性权利的保障。尤其是在二战后的北欧和西欧各国,以德国宪法理论为其代表,人权理论不仅阐明作为对抗基于19世纪消极国家观念的国家权力之防御性权利的人权,而且也重视积极实现人权的价值。并且,这种理论逐渐开始成

为主流。^[21]

即使在美国,尽管宪法上没有对社会权的规定,而且对社会权的理解和共感也极为薄弱,罗斯福总统的“四大自由”中的脱离贫困的自由,约翰逊总统的“伟大社会”中的各种政策都具有依据积极国家观之社会政策的很强色彩。而且,积极推行“人权外交”的卡特政权,也采取了不仅重视公民性和政治性权利,同时也重视满足食粮、居住、健康和教育等人的根本需要之权利的姿态。^[22]在自由权中心主义依然很强的日本,对社会权的关心也在扎实地提高。在宫泽俊义有关日本宪法最初的体系著作《宪法 II》(有斐阁 1959 年版)中,全书 430 页仅 6 页涉及社会权,如果将这 50 年代的现象与 90 年代宪法著作中对社会权的论述相比较,就能清楚地看到这种关心的提高。

由此可见,在第二次世界大战后的发达国家中,人们逐渐开始认识到社会权的重要性,也开始强化这种人权。对社会权只是一种纲领性规定,因而很难适合司法性统治的认识,也开始有人认为,作为“国家赋予”权利的前提,国家不能侵害个人的生存和家庭成员的生存,在这个意义上,“从国家下的”自由就应该得到保护。而且,这种主张也开始得到广泛的支持。这样,尽管依然存在一定的制约,承认社会权也受司法性统治的倾向(至少在社会权所具有的自由权的侧面、权利享有上的无歧视性原则以及一定的程序保障上)表现得日益明显。^[23]

在国际平面,这种发展也很明显。《自由权公约》、《社会权公约》、《欧洲人权条约》、《欧洲社会权宪章》和《美洲人权条约》以及其他人权条约的履行确保机关和国际劳工组织在许多场合都明确地表明,许多社会权包含有排除国家干涉的消极性权利的性格,而且,社会权保障中所适用的无歧视原则以及一定的程

序保障,都是一种能立即强制履行的权利。^[24]在学术上,过去人们一般认为《社会权公约》所规定的权利是“促进性”的“纲领性”权利,公约本身也是一种“促进性条约”,但现在这种类别型的理解开始受到严厉批判。许多学术理论都认为,社会权公约中所规定的“渐进达成”的义务不是涉及公约全部条款的义务,其中有关无歧视原则等的义务是应立即适用的义务。

尤其是在社会权公约委员会成立时,委员会委员和人权研究者、实务家一道召开会议,采纳了《林布尔克宣言》。该宣言规定:“无论其经济发展的水平如何,缔约国都有义务确保尊重所有人最低限度的生存”(原则 25),并强调构成《社会权公约》的核心部分的权利具有法律义务性。这一宣言对随后的学说有巨大影响。^[25]《社会权公约》的传统性解释的代表性学者是谢韦尔布,他依据简克斯 1958 年的论文提出了“促进性条约”的主张。鉴于这一点,中惠丰批判指出,简克斯只是将像 1951 年《平等报酬条约》那样的规定促进两性平等报酬义务的条约定性为“促进性条约”,能否将这种认识转用到《社会权公约》就是一个很大的疑问。^[26]由此可见,以“自由权是能成为司法性强制对象的权利,而社会权却不适合司法性强制”、“《自由权公约》规定立即适用,而《社会权公约》规定渐进适用”等形式来简单对人权进行分类的理论,在今天已经成为脱离人权理论和实践的一种具有时代性错误的理论。

(三)国家对自由权保护的积极性义务

第二,自由权和社会权的相对性,也表现为自由权的实现需要有国家的积极政策。这一点在管理国家机关的人材训练、教育和机构性配备不充分的国家表现得尤其明显。自由权的保障

仅仅通过抑制国家权力就能实现,这种认识实际上只在配备齐了一定程度的国家机关的场合下才成立,在尚没有达到这一程度的国家里,自由权仅仅作为一种消极性权利却是无法实现。

比如,来考察一下禁止恣意性逮捕和禁止酷刑等自由权。如果警察、军人或刑务人员缺乏人权感觉,或者缺乏监视和管理这些国家官员的制度,那么,这些自由权也就不可能得到保障。对警察的恣意性逮捕、警察和监守对嫌疑犯或囚犯的暴力行为或酷刑的禁止和制约,这些对国家权力的恣意性行使的制约,需要依靠确立对警察、监守的人权教育等的教育政策以及监视和抑制恣意性权力行使的制度——其中包括确立行政权内部的权力行使监视制度和司法制度,以及为这些制度培训法律工作人员等一系列措施,同时还要有确保维持这些政策和制度的预算和机构,才可能实现。^[27]

各种人权条约的履行确保机关(各种人权委员会和人权法院)最近的实践以及以西欧、北欧为中心的国际法和宪法理论,都从这一观点出发阐明了自由权和社会权的相对性。^[28]自由权公约委员会是一个有代表性的人权条约履行确保机关,它反复要求缔约国为确保公约所规定的对在其领域内并且属其管辖下的个人的权利,不仅要求缔约国自我克制国家权力的恣意性行使,还要求采取积极纠正性措施等的积极性政策。

比如,对生命的权利(第6条),委员会在其一般性意见中指出,对“生命的固有权”这一表现不能作限制性理解。这一权利的保障要求国家采取积极的措施。并且,委员会认为,缔约国应为减少婴儿死亡率、提高平均寿命采取一切可能的措施。^[29]对禁止酷刑和残酷待遇或刑罚的第7条,委员会也认为,仅在法律禁止这种行为尚不够,缔约国必须通过对法律执行人员的指

导和训练、被拘留者的拘留场所的登记和公开等监视制度来有效地确保这一权利。^[31]

其他人权条约的履行机关也阐明了同样的见解,并且要求缔约国依此采取立法和政策措施。比如,欧洲人权法院早在 70 年代就明确判断指出,自由权不能单纯依靠国家权力的自我克制来保障,要有效地保障自由权就需要有国家的积极措施。^[31]具体地来说,在 1979 年的马克斯案件中,法院在认定《欧洲人权条约》第 8 条所规定的尊重私生活和家庭生活权利的基本目的在于排除公共权力的干涉,但同时又判定,对家庭生活的有效尊重包含着积极性义务。^[32]而且,在爱利案件中,欧洲人权法院也作出了同样的判定。该案件中,受害者因贫困不能享受律师帮助,不得不放弃裁判诉讼,对此爱尔兰是否违反了条约就成为该案的诉讼对象。法院认为,《欧洲人权条约》所意图的“不是作为理论上或空想上的权利,而是实际并且有效的权利保障”,进而要求缔约国通过法律援助制度来确保对法院的有效利用。^[33]这些判例在随后的案件中进一步继承发展(比如,1986 年约翰斯顿诉爱尔兰案件^[34]),现在已基本确立为习惯法。

(四)免受非国家主体侵害的自由

第四,人权观发生了变化。过去,人权被理解为从国家权力的侵害下保护个人,限定在一种“国家对个人”的框架内,而现在,人权却被认为是国家有义务尊重人的尊严,因此,侵害主体是否是国家这一问题已经成为次位性问题。如前所述,在 19 世纪市民国家型的古典性人权理论中,人权始终是从国家权力下获得自由的问题,国家以外主体对人权的侵害充其量也只是作为次位性问题来处理。但是,第二次世界大战后,以德国的判例

和学术为起点,人权保障在私人间效力的理论得到了长足的发展。在国际社会上,人们也开始广泛认识到,反政府集团、恐怖主义集团等非国家主体对人权侵害已成为不亚于国家权力对人权侵害的深刻问题。当初,主要人权 NGO 只侧重国家权力对人权侵害,而对恐怖主义集团或反政府武力集团等的人权侵害却采取消极态度,但后来却开始承认国家以外主体的权利侵害也构成人权侵害,并开始积极对应这种问题。

而且,因权力的恣意性行使造成的对政治犯处刑与因绝对贫困造成农民的饿死,都是对崇高生命的抹杀,本质上没有什么区别。就第三世界的现状来看,许多地区存在因农村山区的地主和佃耕农关系、性、宗教和语言等的歧视习惯和社会制度,私人关系中对人权集团性或构造性压制的现象依然十分严重,有时涉及数百万、数千万人,远远超出发达国家国民的想像。即使没有第三世界的贫困那么极端,在发达国家也存在受经济、社会 and 文化的异化和歧视的现象,许多人虽然没有直接成为国家权力侵害的对象,但自己有尊严的一生却常常没有得到保障,这也是不可否定的事实。

在这种认识逐渐扩大的过程中,人们开始认识到,人权的本质在于尊重人作为人所具尊严,也正是因为如此,无论侵害主体如何,国家的义务都应该是保障其统治下的所有个人享受人作为人所具的尊严。上述马克斯案件和爱利案件等的判决已经表明了这种倾向,但是,欧洲人权法院在杨、詹姆斯、韦布斯塔案中对这一点作出了进一步的判断。在该案件中,原告因违反英国国内法律上为合法的“闭门关系”协定而被解雇,但却申诉这种协定违反人权条约。法院认为,保障履行《欧洲人权条约》第 11 条上的集会和结社自由的义务,包含有为履行而制定国内立法

的义务。因此,法院判定,国家有积极义务对私人间关系的人权保障采取措施。^[35]防止私人对人权的侵害构成国家义务的这一见解,在法院后来有关私立学校中的体罚案件的判决,以及为防止强奸国家所应采取措施成为诉讼争论点的案件判决中,都得到了发展继承。^[36]

自由权公约委员会在探讨实现公约上权利所必须采取的措施时,也认为,为克服经济不平等的措施等,经济、社会和教育立法和政策在私人间关系和社会关系上构成有实效地保障权利的基础。^[37]这种倾向也表现在美洲人权法院的判决中。比如,在失踪案件中,法院判定,即使不能确定责任者是谁或是否是私人行为,政府都必须对人权侵害采取防止、调查和处罚措施。另外,在规定对人权侵害者进行恩赦的法律是否否定了受公正裁判的权利和受司法救济的权利成为诉讼争论点的判决中,法院也作出了类似的认定^[38]。

三 作为实现人权手段的司法权的相对化

(一)对“司法部门=人权保护最后堡垒” 理论的质疑

在上述理解之外,人们开始对司法性强制构成人权保障最终的有效手段这一传统性认识产生了疑问。的确,像对个人的自由权,有时司法权力的强制极为有效,但是,在另一方面,行政机关开明的社会政策也可能非常有效,有时通过国内、国际人权监视机关和国内、国际舆论监视的人权教育和宣传也极为必要和有效。为改善发展中国家的人权状况,尤其是社会权

的改善，就必须有国际社会全体的协力，特别是国际组织和发达国家的经济、教育和技术帮助，以及建设性的批判和提案。相反，如果司法部门的工作人员大多数缺乏对少数民族、妇女和劳动者权利保障以及废除歧视问题的理解，那么司法部门也就无法成为人权保障的最终堡垒，而只能以形式上半等的原则和契约自由为根据，将废除歧视的积极纠正措施和保护劳动者权利的社会性立法判定为违反宪法，起到抵抗改善人权状况努力的作用。

在至今为止的法学理论和实践中，司法权被认为是人权保障的最终堡垒，这几乎占据有公理性地位，人们对此也从来没有产生过疑问。在以宪法为中心的国家法理论中，人们将最大的关心放在辩证某种被认为是人权的规范性要求是否是能通过司法权来适用和强制的严格意义上的权利。即使在国际人权问题上，也有人认为，尽管“人权外交”和联合国人权委员会等有关人权的辩论和决议，似乎能起到很大作用，但国际人权保障的最终目标，却只是以欧洲人权法院为典范，对人权进行司法性统制。基于国家报告制度和个人通报制度，由人权委员会所进行的审查和建议等的制度，构成非司法性规制。面对这些规制，研究者和实务人员都认为，它们是低于司法性统制或者是“未发达”阶段的人权履行确保制度。^[39]

但是，与其他种种“一般性理论”一样，将司法性统制视为是人权保障最有实效也最为先进的制度的一般性理论，在欧美发达国家，也同样是以欧美发达国家的政治、经济体制和社会文化为潜含的前提。这种理论根本没有考虑到占世界人口百分之八十的发展中国家的现状，也没有考虑到这些国家人权保障最为有效的制度的存在形态。这种只以五分之一的人类社会为基础

所创设的“一般理论”难道真的能称得起一般理论吗？无疑，其中存有很大疑问。

即使没有冠之于“一般理论”，或其倡导者并没有这种意识，这种“一般理论”都是以其理论和学说具有一般适用的可能性为潜含的前提，并且使人们也这样理解这种理论。这也是所有一般理论都具有的问题。因此，不问古今，这种潜含的一般性主张表现在各种理论和说教中（包括穆罕默德和佛陀的教义、天主教这一本身就意味一般性的基督教的教义、黑格尔哲学和马克思主义等近现代学说）。不过，我们今天生活在“欧洲已经成为世界”的时代，今天的“一般理论”基本上都是欧美的产物。尽管实际上只是以欧美社会为基础所构思的理论和教义，却常常被论说为适合于世界全体，而且人们也常常这样理解这些理论和教义，这种状况多不胜数。后面我们将阐明，日本学界存在很强的欧美中心的思考方式，然而实际上，这不仅表现在学界，也不仅表现在日本，而是在世界各地都能见到的现象。这是因为世界还存在接受这种虚拟性一般理论支配的土壤。

通过美国法院对少数民族保护和废除种族、性歧视的判决，以及西德法院和欧洲人权法院在实质上扩大人权保护范围的判决，“作为人权保障堡垒的司法部门”这一一般观念似乎得到了进一步的加强。而且，在国际社会中，对欧洲人权法院在改善欧洲各国人权水准上的作用也给予了很高评价。但是，“作为人权保障堡垒的司法部门”这一认识抱有以下几个方面的问题。

第一，美国或德国法院的形态在世界上近二百个国家中可以说是属于例外，而不能说是一种原则性形态。“司法部门=人权保障的堡垒”的理论，根本没有以探讨在世界上占压倒多数的国家，特别是发展中国家中，司法部门在人权保障方面发挥了什

么样的机能,或者进一步说,根本就没有这种问题意识,因此,其作为一种支配性观念也就完全没有普遍的现实基础。

第二,过去,美国法院曾经判定歧视“有色人种”的法律符合宪法,“新政策”立法却违反宪法,战前的德国法院也曾经与纳粹党合作,对这种因特定时期美国和德国所存在的巨大差异应该怎样评价呢?难道仅将其归结为例外就能了事吗?

第三,法院对人权状况的改善所能起到的作用,尽管在一定社会的文化、经济和政治环境以及一定的时代背景中,的确构成对人权保障具有巨大作用的一种社会力量,但从更为客观的角度评价来看,其也只是各种社会性力量之一。比如,某一国家人权状况得到了改善,其中法院所起到的作用应该通过与人权条约委员会或联合国人权委员会、联合国防止歧视保护少数民族委员会等所起到的作用相比较,依此来判断它在改善人权状况整个过程中起到的作用。我们必须依据具体的、经验性事实来作出这种判断,而不能先验性地断言“人权法院比人权委员会更优越,或更理想”。事实上,人权法院和人权委员会各自分担不同的机能,都发挥着重要机能。这种清醒的认识能使我们抑制对“人权保障堡垒”的司法部门的过大期望,寻求三权机能的均衡分担,认清舆论和 NGO 在人权保障上所能起到的公共性机能和责任,从而促进有关实现人权的公共性制度总体的有健全性的讨论。

而且,“作为人权保障堡垒的司法部门”这一观点并没有表明经验性的事实,而只是一种被认为是应有的规范性命题。如果是这样,那么它是一种超越政治、经济体制和文化、社会意识的存在形态而具有绝对性和普遍性的命题,还是受这些要素制约的相对性命题呢?对此,也有必要予以明确阐述。一般流行

的“司法部门=人权保障堡垒”的理论根本没有我们这里所论述的问题意识,也根本没有对上述质疑作出任何回答。

假定承认“司法部门=人权保障堡垒”的理论具有一般的妥当性,即使在司法权的独立受到保障的发达国家,这种认识不成立的状况也依然存在。对这一点,我自己在日本有关外国人的人权和其他少数民族的裁判事例中所具有的经验就是一个很好的说明。至少在涉及外国人的人权和少数民族保护的案件中,日本的司法部门并没有从日本社会由来已深的单一民族神话和苟同主义倾向的束缚下获得自由。

在这类事例中,法院的作用并没有起到以判决来保障和确认外国人或少数民族的权利这一人们对司法机关所期望的机能。充其量也只不过是通过对裁判过程使这些人受到歧视的处境得以明了,从而使社会受到一定震惊,引起舆论对现行法制的批判,进而创造出由行政和立法机关采取措施来改善这种人权状况的机会。比如《外国人登记法》中的押指纹义务,至少对涉及定居外国人,无论在法理论上还是在一般市民的规范意识上,依据更高位的法律(宪法和自由权公约),人们都期待法院会作出这种义务违反宪法或无效。然而,即使就这种完全可能的判例,日本法院也没有判定现行法律违反宪法或违反条约。后来日本对定居外国人废除了登记法上的押指纹的义务,但这最终只是在舆论认为这种制度难以容忍背景下通过修改《外国人登记法》才得以实现。^[40]

(二)发展中国家的人权保护与司法部门

在发展中国家,状况就更是如此。尽管有时也有法官为抵抗政府、军队的人权侵害作出英雄式的努力,但就一般状况来

说,司法权的独立尚不充分,与行政、立法权力或军方的勾结、来自这些权力的压力、反政府恐怖主义集团的强迫等等的困难常常使司法部门无法履行其职。在这样的情况下,司法机关也就很难有效地纠正和抑制行政机关、军方和地方权势对人权的侵害。而且,在发展中国家的拥有许多人口的村落地区,利用法律手段来争辩自己的价值和利益的意识在一般民众当中尚未普及。有时受到人权侵害的受害者,也可能没有利用法律手段所需要的财力或令人信赖的律师,有时控告国家权力或村里的权势也可能为当地的气氛所止。在这样的社会状况中,“作为人权保障堡垒的司法部门”或“通过法院来强制实现人权”等的“一般理论”,就完全缺乏现实的妥当性。相反,这种“一般理论”反过来可能使人们过高地评价司法机关的作用,对“通过司法机关来为人权作保证”产生一种幻想,其结果使这种理论起到一种意识形态的机能。

当然,即使是发展中国家、像印度那样,司法机关有时与行政和立法权力相抗衡,为实现被歧视、被压制的贫困阶层“作为人的权利”(the right to be human)^[41]发挥了很大作用的例子也同样存在。但是,印度存在巨大的贫富格差、绝对贫困、贪污、军队和警察的暴力、根深蒂固的社会性歧视风习以及国内在语言和宗教上的对立等等的问题,但议会制民主主义和表现的自由在一定程度上发挥作用。在这个意义上说,印度很难说是发展中国家的典型代表。

而且,印度的人权诉讼采取了“社会活动诉讼”的形式,大幅度缓和了发达国家诉讼中所严格要求的诉讼要件和当事人资格,同时采取了将来予以改善的命令等裁决形式,有许多自己的特色。在那里,出现了与欧美国家传统的人权诉讼观念完全不

同的诉讼形态,没有人去说“人权是个人的权利,因此人权受到侵害的个人必须是诉讼当事人”、或“自由权=适合司法性强制的根源性权利,而社会权=不适合司法性强制的非根源性权利”,并由此创造出了适应最有效地实现人权这一目的的人权理论。尽管有人批判说,这种缓和诉讼形式要件、减轻受害者费用负担以及规定司法救济的新的司法机关的存在形态,可能容易造成滥用和削弱判决的实效性,但一般说来,这是一种适合印度社会现实的尝试,也受到了人们的高度评价。^[42]

从上述可以看出,印度的例子并不一定能成为否定上述在人权保障上司法权之相对性的证据。相反,印度的社会活动诉讼却是一个典型的事例,它证明司法机关在印度具体的社会状况中承认自由权和社会权的相对性,同时也说明在文化、政治和经济状况不同的各国,司法机关要对人权保障发挥有意义的作用,就必须依据各国具体情况对从欧美各国发展起来的严格的诉讼程序和诉讼当事人资格进行大胆地修改和更生利用。只有在具体分析司法机关是怎样的司法机关,其所保护的人权是什么样的人权等问题之后,才可能阐明“司法机关=人权的守护神”这一观念所具有的真正意义。

鉴于上述情况,很明显单纯依据人权是否适合司法性强制来对人权进行分类,并且对适合这种强制的人权予以更高评价,断定朝这一方向的发展就是一种进步,这种认识实际上存有许多问题。这可能强化“司法机关=人权的守护神”的幻想,对人权保障的实现产生反作用。要在全球规模实现人权,我们就有必要首先离开“通过司法权来实现人权保障”这一固定观念,学会从人权的确保履行制度、或进一步说谋求人权实现最为有效的手段是什么这一角度来掌握处理人权(当然,“通过司法机关

的有拘束力判决的强制”本身因国家、因具体的人权内容,也可能就是一个非常有力的答案)。持这种思考方式的人尚是少数,但在人权专家之间,这种思考方式逐渐得到承认。^[43]这种观点立场的变化,有助于纠正“自由权是服从司法性强制的严格且有效的权利,而社会权却是通过政策来实现、非根源性且脆弱的权利”这一区别自由权和社会权的传统理论,也有助于强化在相对性关系上来掌握处理两者的发展趋向。

四 人权的重新分类

因此,自由权和社会权具有相对性,这种认识在发达国家和发展中国家以及国际社会尽管出于不同理论,都逐渐得到承认。以这种趋向为背景,在理论上,也开始出现了取代将人权区别为自由权和社会权这一传统式分类的新的分类。有人将国家的人权义务分类为以下四个方面,第一,尊重的义务;第二,保护的义务;第三,满足或确保的义务;第四,促进的义务,并在此基础上对人权本身进行分类。爱德和凡·切佛等的见解就是其典型代表。^[44]此外,其他学者也提出了同样的分类。^[45]

依这些见解,尊重的义务是指国家避免和自我克制对个人自由的侵害;保护的义务是指国家防止和阻止他人对个人权利侵害的义务;满足的义务是指国家满足个人通过努力也不能实现的个人所需、希求和愿望的义务;促进的义务是指国家为在整体上促进上述人权而应采取一定措施的义务。这些义务在性质上并不互相排斥,各种人权义务尽管程度上存在差异,但都是权利的一个侧面,而国家负有针对这些侧面采取措施的全面性义务。

在传统的理解上,社会权使国家负有积极的义务。这种理解只强调了满足的义务,而忽视了尊重、保护和促进的义务等其他方面。而且,将自由权理解为国家的消极义务的传统性认识,也只强调了国家对自由权尊重的义务,而忽视了自由权的其他方面。这任何一种认识都忽视了国家为人权综合性实现所负义务的复合性特征。的确,对于具体的人权,某种特征可能更为突出,而其他侧面则可能表现得不明显,但这是一个应该因具体的人权进行探讨的问题,而不是一个能通过对自由权和社会权作范畴性区别来解决的问题。^[46]

这些分类在将来能否一般化,或新的分类中哪一种分类最适当,对这一问题,现在应该注意避免过急的判断,特别是作出互相排斥性的判断。这些分类决不是经过严密的理论探讨之后而作出的分类,也许可以批判说,它们只是将过去的分类换了一个说法。对新的分类中哪种类型化最为适当,应该在认定社会权和自由权的差异具有相对性的基础上,通过对个别的、具体的人权分析的积累,来作出判断。

关于这一点,这里应该注意,对上述德国宪法法院和欧洲人权法院在判决中非常广泛地承认了国家的积极义务,有人在学术上提出了反对的理论。^[47]它认为,如果国家的消极义务和积极义务的相对化能有助于扩大司法审查,那么,这种相对化就孕育着一种危险,它可能将本来属于根据民主主义原则选出的立法机关的政策判断委任给司法机关。这种批判,在针对德国宪法法院和美国联邦法院所表现的司法积极主义,其中特别是针对将社会政策积极地服从于司法审查的主张时,早已有人提出过。^[48]相反,如果国家的消极义务和积极义务的相对化,以立法裁量论的形式制约司法机关的违宪和违法审查的话,那么,发达

国家通过长期努力所构筑起的“作为人权保障堡垒”的司法机关的意义就可能受到巨大损害。在司法机关的自我抑制相当过分的日本等国家,这种现象具有现实的危险性。前面已经说到,对印度的社会活动诉讼存在种种批判意见。因此,我们不能忘记,依据自由权和社会权的相对性来全面掌握人权以及积极性义务和消极性义务的相对化,这种人权分类的方向也同样抱有各种问题。

不过,如我们前面已经说过,对“作为人权保障堡垒的司法机关”这一定性本身,有必要对其作为一般理论的妥当性提出疑问,也有必要对其根源进行再探讨。而且,司法机关、立法机关和行政机关之间适当的权力分配问题,不仅应该从国家的积极义务和消极义务这一角度,而应该将其作为21世纪国家的存在方式的问题进行综合性的探讨。当然,应该牢牢记住,发达国家在进行超现代化的过程,而发展中国家却正在进行现代化过程,新的世界将呈现出不均等的发展过程。

这些应探讨的课题具体包括以下几个方面。第一,在国家互相依存日益加深的过程中,应该怎样满足国家切实履行国际法义务这一时代要求,尤其是应该怎样在国家整体对国际义务履行的关系上来掌握:行政方批准条约而立法方赋予条约国内法效力,以及条约具体履行过程中与州和地方公共团体之间的关系等问题;第二,怎样调整以多数原理为核心的民主主义统治与保障少数民族之间的对立;第三,怎样思考联邦制或地方分权的是非,以及与此相关的“人民自决”的主体和内容;第四,社会性服务应该委任于政府和地方公共团体,还是应该委任于市场原理,也即“大政府对小政府”的问题。⁽⁴⁹⁾

在这些问题中,至少就人权来说,学者专家之间对几个方面

的认识已经达成了广泛一致。比如,不应该像过去那样区别自由权和社会权,对司法性救济、义务的立即履行性和条约义务的自动执行性格等,都不应该通过自由权对社会权这一范畴来分析探讨,而必须针对个别的权利进行详细具体的探讨。与北欧和西欧相比,自由权中心主义在日本尚具很强势力,即使这样,学术界也广泛认为,自由权和社会权的分类是出于相对和方便起见,这种分类必须注意到上述人权的复合性特征。^[50]在这个意义上说,严格区别自由权和社会权,并且只强调自由权的态度在人权学者和专家之间已经开始逐渐得到克服。

五 人权的相互依存

人权的互相依存性和人权的不可分割性,在许多国际人权文件中得到反复确认,至少在抽象原则的意义上,已经获得了国际社会的广泛支持。“不可分割性和互相依存性”这一措辞意味着,人的尊严不能仅仅靠保障某种权利来确保和实现,而必须在所有的人权以互相支持其他权利实现的形式所表现的互相作用过程中来确保和实现,这一措辞的两个方面并没有严密的区别,常常是并列使用,它表明人权之间的密切的互相依存性。^[51]不可否定,这一措辞、特别是人权的不可分割性这一术语,包含有几个方面的问题。比如,即使承认人权的互相依存性,但是否就能断定所有的人权都不可分割呢?或者,鉴于地球上资源有限和人的价值观的多样性,人权之间的冲突似乎难以避免,那么认定人权不可分割,是不是会在决定人权之间的优先位次方面造成难以克服的障碍呢?

而且,到60年代,发展中国家针对自由权中心主义提出了

经济、社会性权利,更具体地说与其是强调个人的经济性权利,不如说是强调国家经济发展的重要意义。在这个过程中,它们频繁主张“人权不可分割和互相依存性”的观念。这个意义上的人权不可分割和互相依存性的主张,就包含有回避对自由权保障的企图,具有很强的发展中国家之意识形态的色彩。发展中国家的领导者经常主张,“公民、政治权利的保障依存于国家的经济发展,如果发展中国家要尊重保障公民、政治权利,那么作为其前提,它们就必须倾力于经济发展,发达国家也应该以援助和其他形式协助这一发展,”或者“公民、政治权利的保障依存于一定程度的经济水平,因此,经济水平很低的发展中国家不能保障公民、政治权利,也是出于无奈”。这类主张,如实表明了经济性权利主张的意识形态性。

在这种情况下,1968年《德黑兰宣言》第13款规定,“人权及基本自由不可分割,因此,不能享受经济、社会性权利,也就不可能完全实现公民和政治权利。在实施人权上,实现长足的进步依存于健全且有效的有关经济和社会发展的国内和国际政策”。^[52]1977年联合国大会《为改善人权和基本自由的有效性享受的联合国体制的新方法和措施》决议(决议32/130)也强调指出,依据人权的不可分割和互相依存性,经济和社会性权利的实现是享受公民和政治权利的前提条件,为此就必须确立国际经济新秩序。^[53]由于上述历史的背景,在发达国家看来,“人权的不可分割和互相依存性”的主张就只是发展中国家为掩盖它们轻视和侵害自由权的隐身符。有的对此进行了强烈批判。

但是,到80年代之后,一方面由于在西欧、北欧的理论和实践中人们开始深刻认识到自由权和社会权的相对性,另一方面

也由于发展中国家对国际经济新秩序挫折的反省,“人权的不可分割和互相依存性”的认识有了变化,开始真正体味人权的互相依存和全面性保障人权的必要性。1986年,联合国大会采纳了《发展的权利宣言》(决议41/128),其中第6条规定,“所有的人权以及基本自由都不可分割,并且互相依存。因此,应该对实现、促进和保护公民、政治、经济、社会和文化权利予以同样重要的注意和考虑。”^[54]

而且,根据一些学者的研究,^[55]生存权等经济性权利对公民和政治性权利的依存性相当有说服力。因此,尽管在过去,“人权的不可分割性”完全是发展中国家为了强调在保障经济性权利和人权中经济发展的重要性所提出的一个概念,但现在也开始为发达国家的学者和人权NGO所积极主张,而且,这一概念也获得了新的含义。它意味着为实现经济性权利,就必须保障公民和政治性权利。比如,1992年,重视自由权倾向很强的美国NGO“人权观察”一方面介绍中国政府于1991年发行的《人权白皮书》中主张生存权是最重要的人权,^[56]同时又依据学者的研究,主张正是为了能极力减少饥谨的浩劫——保障生存权,就必须保障公民和政治权利。^[57]这一现象典型地表明,“人权的不可分割性”不仅是发展中国家强调经济性权利的武器,也是强调自由权者可使用的利剑。

这样,支撑自由权和社会权互相依存性的理论和现实基础,就逐渐在全球范围得以确立。以这一发展过程为背景,1993年的《维也纳人权宣言》第5款规定,“所有的人权都是普遍的、不可分割和互相依存的,它们互相关联。国际社会必须在全世界以公平和平等的方法、对等且均衡地对待各种人权。”^[58]这一规定承认了自由权和社会权双方具有对等的重要性,明确地阐明

了包括人权的不可分割性和互相依存性在内的全面性人权观。在这个意义上,它在理论上也是克服过去那种非生产性论争的一种尝试,具有重要意义。

当然,主要国际人权规范文件中的这种表现,是重视自由权的发达国家和重视经济性权利的发展中国家政府之间妥协的产物。但是,反过来说,这意味着“人权的不可分割和互相依存性”至少在各国政府间达成了全球性一致,也正是在这个意义上,它具有国际正统性。而且,这种认识避免了对自由权或经济性权利作片面性的强调,重视自由权和经济性权利的实现所具有的互相依存关系,主张应该谋求两者均衡的实现。在这一原则性意义上,“人权的不可分割和互相依存性”无论在学术,还是在人权委员会或人权法院的实践上都得到了广泛的支持。尽管追求实现不折不扣的“人权的不可分割性”可能会有困难,但是,人权的互相依存性的原则在今后的人权理论和实践中都将持续成为一个重要支柱。

上述种种事实表明,将人权严格区别为自由权和社会权的做法应该放在人权在发达国家诞生和发展这一历史性范畴中来理解,而且,这种做法不是一个适用于任何时代和任何情况的普遍的和超越历史的范畴。如前所述,自由权中心主义与严格区别自由权和社会权的理论互为表里。因此,这种理论的衰退也就如实表明,仅仅从自由权角度来探讨人权的立场已经逐渐丧失了其妥当性。对于这一点,目前最为重要的课题,在于怎样才能将美国这一发达国家中陷于自由权中心主义最深的国家引导向更为均衡的认识。对这一问题,我们将在后文论述美国的传教式普遍主义的问题时一并探讨。本章最后想简单地探讨一下人权理论中的个人中心主义的问题。

第四节 个人中心主义与对其克服的探索

在发达国家以及受其影响极大的国际社会中,人权至今被认为是“人作为人所具有的权利”。这一点我们在第四章中已经提到。这个定义简洁且强有力地阐明了一个普遍性的理念,揭示了实现人的精神和物质福祉的高度可能性,今后也一定会持续维持下去。但是,这一定义并不是没有问题。其中之一就在于,从19世纪后半期以来,以欧美为中心的思维框架已支配了整个世界,“人”被设想为欧美人的思维已成为一种典型范例,而其他的人却有意或无意地被排除在外。首先,如第四章所述,这里的“人”长期以来是指白人、男性、有产者、基督教徒、欧美出身者等等带有限定条件的“人”。有色人种、妇女、无产者、犹太人、穆斯林、无神论者等常常没有包含在“人”的概念之中。

在有这种限定的同时,这里的“人”而且被定性为“个人”。人权的主体到底只是被作为抽象存在的个人,而作为集合性存在的人,无论是妇女、无产阶级,还是民族或少数民族,都不可能成为人权的享有主体。人从存在于“个人”和“国民国家”之间的中间团体的解放,是将人权作为其重要组成部分的近代法律、政治理论和运动的中心课题。如果人权将集合性存在作为主体,就会被认为是背道而驰。^[59]因此,在这种认识中,“欧美=个人主义—适合人权的文化”与“非欧美—集团主义=不适合人权的文化”的对立反复出现。即使在今天,这种对立性的主张在欧美国家和非欧美国家都能见到。

的确,纵观当今世界,上述这种对立图式实际上在一定程度

上得到承认,而且,追溯历史,个人主义中的人与集体主义中的人之间的差异也为人们所承认,对这一点我们已经在别的论文中提到过。^[60]但是,这种对立图式并不是西洋对东洋的文明对立,在某种程度上,它是一种历史发展的产物。一方面,“人=个人”的理解方式,即使在欧美基本上也只是近代的产物,另一方面,个人主义传统在非欧美社会中也一定程度存在。

首先,在欧洲,长期以来人是家族的一员、基督教共同体的一员以及都市行会的一员等各种集团或共同体的一员,并没有被认为是像今日这样的独立了的个人,也没有被赋予这种意义。随着主权国家和资本主义经济将既存共同体认定为是对人作出规定和加以拘束的枷锁,并瓦解了这些中间权力之后,把人视为是从这些共同体独立出来的个人的观念才开始强化起来。这种拆析出“个人”的历史过程也是一个包含绝对主权利力与各种中间权力之间的抗争、资本主义经济对传统农村的破坏、政治和宗教分离过程中的激烈的宗教对立等血腥抗争和压制的暴力过程。^[61]

经过这种牺牲而获得的“个人的自立”给许多人带来各种利益,它使人们从身份制度、宗教权力、村落或行会的枷锁中解放出来,也使妇女从家族制度中解放出来。不过,人虽然在近代化过程中从家族、村落、都市行会、宗教团体等共同体中获得了自立,但同时又开始对使这些中间团体解体的国家抱有很强的归属意识。就好比说,近代人为了自己所归属的氏族、宗教或封建共同体并不甘心去死,但为了自己的国家他们却甘愿献出生命,死而后已。^[62]历史上,“个人”从来就不是一个抽象个人的存在,一直就是作为国家的一员所存在的个人。即使是现在,这一点也基本上没变。

查尔斯·泰勒主张,近代所诞生的“被个人化了的自我认同”的观念促使了“真实”观念的发展,^[63]然而即使在这里,同样存在“个人”观念的确立和国民国家的形成之间的并行关系。也就是说,过去,人把自己定位为社会性阶层秩序中的一员,而且这种定位被视为当然,但是,在近代化过程中,这一秩序开始崩溃,代之而出的是从个人的精神方面寻找出自我认同的“真实”理念。卢梭等人对这种转换起了重要作用,因为他们认为,每个人都有自己的衡量尺度,都是根据自身独自的方式来行动和来达成自我实现。这种提倡个人“独自性”的原理,为近代人的存在方式奠定了基础。独自性观念在这种个人主义的自我认同中占据核心地位,它不仅应用于个人,而且也应用于民族,从而也为民族主义提供了重要基础。^[64]

从上述可以看出,人作为“个人”从中间团体中获得解放的过程,同时也是获得解放的人被作为民族的一员,或将民族制度化了国民国家的一员的过程。人作为“个人”的确立过程,也是人将自己从过去的“基督教徒”或“布尔哥纽人”意识成“法国人”或“德国人”的转换过程,同时也是这种意识为他人所认识的转换过程。近代人只有作为国民国家的一员才能够享受充分的利益,谋求自我实现和确认自己一生的意义。对在法律上或在事实上被拒绝成为国民国家一员的人——无国籍者、难民、殖民地或被占领地的土著民、被拒绝享有参政权的妇女、无产者、犹太人、有色人种等等——来说,近代对人的有意义的生存来说相去甚远,而且现在也是如此。只要考虑到这一点,我们就能很清楚地看到人的自我意识转换的过程。

当然,国民国家的一员,与前近代各种团体的构成员有很大不同,在理念上是依据自己的决定行动的存在,只要个人脱离国

籍的权利受到保障,那么,个人从国民国家中的解放在理念上也能得到保障。因此,到了近代,人在理念上已经从包括国家在内的所有拘束性集团下获得了解放,而且在实际上从许多中间团体下获得了解放,作为一个个人获得了自立。^[65]人权是这一系列解放的结果,同时也是引导解放的武器。在这个意义上,人权议论中的“人—个人”的认识就有其存在基础。而且,发展中国家对集体性权利的主张常常是它们对个人权利侵害的隐身符。在这种现状下,人权 NGO 和人权活动家对“个人的权利”的偏颇就有其实践性意义。

但是,长期以来在欧美以及受其影响极大的非欧美国家,占支配地位的理论没有回顾上述“个人”在欧洲本身所具有的历史性,而是在普遍和超越历史意义上非常朴素地将人的一般和个人视为同一,并且在这一基础上批判发展中国家对集体性权利的主张。在欧美各国,正如法国人权的正式名称(《人以及公民权利的宣言》)所暗示的那样,人权在一开始就处于国家制约之下,保存着依国籍歧视的特质。^[66]这与上述近代个人的存在方式相对应,也即个人从中间团体下的解放与个人成为国民国家一员的过程互为表里,然而这一点却没有为人们所充分认识。

国民国家中的人权保障尽管在理念上是普遍的,但在现实中很大程度却是以个人对国民的归属为基础。在近代个人主义式的立宪主义中,对国民国家的归属虽然在理念上被认为是根据个人的决定,然而,毫无疑问,这只是一种虚拟。^[67]人不能选择自己归属于哪个国家再出生到这个世界。无论是采取出生地主义,还是血统主义,国家都在对个人强行科以国籍。虽然在各国宪法和国籍法上多少存在一定差异,个人能对在人权保障上具有重要意义的国籍进行自己决定都必须等到成人之后。而

目,对绝大多数人来说,即使成人之后的国籍选择在现实生活中也都不可能是一件“自己决定”的事。尽管存在这一严正的事实,但在人权理论中占支配地位的言论却把人看做似乎是从国家下完全自立的个人,同时把人权也看做似乎是独立于国家制约的存在。

在另一方面,为抗衡“欧美的个人主义”,非欧美国家提出了“非欧美(或亚洲、非洲、日本等)的集体主义”。这种争论常常是基于对欧美中心的“人=个人”观念的反驳,因此,在这个意义上依然局限于“人=个人”这一观念,而且,这种争论并不是基于对自身社会、历史中的人生观的严密探讨。

“个人对集体”这种二元论式的认识框架本身具有很浓厚的近代欧洲文明产物的色彩。非欧美各国的政府和知识分子强调“集体性权利”自身就在无意识中陷入欧美中心主义的思维方式,并且具有强化这种方式的可能性。这与强调自身文化的“特殊性”和“独自性”来抗衡欧美“普遍性”的做法同出一辙。

而且,立足于“人=个人”这一等式来强调个人自立的意義,这种争论没有看到欧美社会本身由于过度偏重个人中心主义已经显现了种种病理性社会现象。以美国首,人们极力主张共同体主义(communitarianism),而且近于这种主张的政策也在一定程度上得到了社会的支持。这表明欧美本身对个人中心主义已经抱有疑问,开始重新评价家庭、地方共同体等的价值。在对个人中心主义重新探讨的要求不断提高的现实中,一味强调“个人权利”重要性的理论就当然不可能有说服力。

“人=个人”这一单纯的等式中包含有许多方面的问题,作者本身没有准备也没有能力全面论述这些问题,但想在涉及本书主题的范围内对以下几个问题进行一些探讨。第一,由于把

人作为个人来理解的思维方式很强,将对许多人的压制和歧视的问题理解为人权问题就花费了很长时间,遭遇了很大的抵抗,而且,即使在今天,对将这些问题理解为人权依然存在很大的抵抗力。由于在占支配性地位的人权观中,“人=个人”的思维方式占主导地位,尽管殖民地统治下的人们、各种少数民族、妇女、处于农奴或隶农地位的人们、土著人等人们的尊严,长期以来受到集团性和构造性压制,但就从来没有将这些问题意识为人权问题,也没有人提出这种形式的定性。

只是在经历了一系列的新的的人权主张之后,这些问题才开始在许多人的意识中上升为人权问题。60年代后期(其象征性的国际文件是1968年的《德黑兰宣言》),发展中国家在人权这一范畴内提出提高识字率和经济发展的问題;70年代到80年代妇女解放运动和土著民权利的问题开始作为人权问题被提了出来(1979年的《废除妇女歧视条约》就是这一倾向的象征)。⁽⁶⁸⁾然而,即使在这些问题被作为人权对待之后,对集团性和构造性问题也应成为人权问题的发展中国家的主张,发达国家却表现出强烈抵抗的态度。这种状况现在也依然如故。

当然,这种抵抗态度背后尚有其他理由。第二次世界大战后,人们对将少数民族问题作为人权问题来对待采取了消极态度,其中理由之一就在于人们对战争时期纳粹德国滥用少数民族保护制度来扩大自己势力的历史尚记忆犹新。而且,西方发达国家强烈反对将殖民地统治下人民的尊严和福祉所受到的集团性否定视为人权问题。这一方面是出于保护自己的利益和既得权,另一方面也是出于一种抗拒,因为发展中国家在主张民族自决权等集体性权利时,常常没有阐明充分的理论性根据,而是依靠占据多数的力量。

但是,不可否定,涉及对人的压制和歧视的上述种种重大问题之所以长期以来没有成为人权问题,其根本原因在于只把人视为是个人,而从来就没有考虑过作为集体的人的问题这一狭隘且片面的人间观。比如像在印度,数百万、数千万的民众尽管受到社会性歧视、压制和暴力,但是由于一般民众的识字率很低,也没有经济力量提起诉讼,在这样的状况下,如果将人权严格地规定为是个人的权利,并且在救济“人权侵害”时规定诉讼法上严格的当事人资格和诉讼要件,那么,人权保障就只能以“画饼充饥”而告终。在这种情况下,更为有效的人权保障是:人权 NGO 和社会活动家应向社会申诉,不是受害者个人的人权受到了侵害,而是同样处于压制下的集团全体的人权受到了侵害,同时,立法和司法机关也应采取相应的改善措施。实际上,在印度所进行的社会活动诉讼就具有很强的集团诉讼式的色彩。这种诉讼尽管是将个人作为人权主体,但也可能利用诉讼法上的技巧使诉讼涉及集团全体。然而,这种性格认定到底只是一种拟制,人权侵害的实际状态主要涉及集团本身。^[69]

第二,“人=个人”这一认识的另一个问题,在于将人从家族、地方社会等种种社会和政治共同隔离出来被认为是作为“个人自立”的理想性进步。这种过度的个人中心主义带来今日许多发达国家所能见到的人的孤独和异化。三代同堂大家庭的瓦解和核心家庭的普遍化,一方而使儿媳妇和长子之外的儿女获得了解放和地位改善,但同时也带来了深刻的老年人问题、未能耳濡目染长辈生活智慧的子女偏向成长和不轨行为、家庭崩溃等等的的问题。个人从近邻、村庄等地方共同体获得了解放,缓和了来自以“村公所”为代表的共同体的压力,但同时由于尚未创造出“个人”互相照顾的关系和公共伦理来取代旧共同体下密切

的人际关系和伦理,也带来了都市居民的孤独和共同体伦理的瓦解。

在个人中心主义最为彻底的美国以及其他发达国家,宗教和密教吸引了许多人,人们开始以共同体主义的形式重新评价家庭和地方共同体,这种现象也正是过度的个人中心主义问题性的真实反映。人真的是如个人中心主义者所主张的那么独立、那么自立、那么无畏吗?对这一设问,经历了近代、并且极力主张个人的自立的发达国家,应该面对今日种种社会性问题认真地扪心自问。

如果只是将人看成是从各种人的集团中抽象出来的“个人”,那么就很难寻找到对这一设问的答案。反过来说,在人权历史上,任何取得一定成功的运动都通过民族、性、宗教、阶级、劳动者的地位、语言等特定的纽带把人联系在一起。换句话说,当人强烈意识到自己对一定集团的归属或具有共同的纽带时,也就能最确切、最有效地认定和表现自己追求物质和精神福祉的动机,并且集聚力量朝着这一方向努力。即使在个人权利的范畴中所理解的传统式人权中,其实际的要求和运动也采取了集团式的形态。对这一事实,我们在发展今后的人权理论过程中必须很好地咀嚼斟酌。

注 释

〔1〕 因判断近代化的指标不同,着眼于中国宋代和江户时代日本的经济和文化的存在形态和世俗化,我们甚至可以认为欧洲之外的地区已经开始了近代过程。从近代化概念的相对化这一角度来说,这种认识有其积极意义的一面(有关这种耐人寻味的主张,参见川勝平太:《日本文明と近代西洋》,日本放送出版協會 1991 年版。但是,作者本

身对川胜的学说并不持赞成意见)。不过,从人权保障和民主主义这一社会性法律和政治构造以及依此对社会构成的看法、使这种看法成为可能的科学革命、产业革命和社会的世俗化的观点来看,还是应该认为,近代化是从欧洲开始,逐渐波及到其他地区。

〔2〕 在1997年12月“防止地球气候变化”京都会议的交涉过程中,尽管只占地球人口百分之四的国家排出了全球百分之二十五的二氧化碳,是地球温暖化的元凶,但是美国却根本不愿意改变自己破坏地球环境的生活样式,这种态度受到了各国的批判。这表明,地球环境问题多多少少改变了“美国标准=世界标准”、“美国=国际公共”这种支配性印象,并且以最让人易懂的形式使人们也开始有了“美国的主张和思考方法中也有不符合国际公共利益、不能成为世界性模范的东西”这一极为当然的认识。但是,即使在地球环境的领域中,美国的舆论享有全球性影响力,它妨碍了人们获得这种极为当然的认识。对这一点,只要看一下在京都环境会议上,包括美国环境NGO在内世界各国NGO为美国企业的巨大广告宣传活动力所压倒,在美国“舆论战争”面前无能为力,就很容易明白。

〔3〕 佐伯啓思:《“アメリカニズム”の終焉》,TBSブリタニカ1993年版,第115页。对佐伯有关“美国主义”意义的论述,作者表示赞成,认为也应该注意对各国国民的思维具有很大影响的“欧美”的知识力量。这一点在第一章注10中已经谈到过。由此可见,欧美起源的许多制度以强制和非强制两种形式普及到非欧美民族,同时在接受这些欧美产物的思想和观念时,非欧美各民族的主动性有的表现为极纯粹,有的却很勉强,也有各种形态。对此参见S. Eisenstadt,“Human Rights in Comparative Civilizational Perspective”,A. Eide and B. Hagtvet, eds., *Human Rights in Perspective* (Blackwell, Oxford, 1992), pp. 93—112. 渡辺浩:《東アゾアの王権と思想》,東京大学出版会1997年版,第192—268页。

〔4〕 对第三代权利、特别是发展权利的论述有许多文献,从历史、

社会背景和解释角度对这一问题的简洁论述,可参见田畑茂二郎:《国際化時代の人権問題》,岩波書店 1998 年版,第 287—330 頁。另外参见 K. M'baye, "Le droit au développement Comme un droit de l'homme", *Revue des droits de l'homme*, V(1972), pp. 473—509; A. Pellet, *Le droit international du développement* (2^{ed.}, Presses Universitaires de France, Paris, 1987); P. Alston, "Making Space for New Human Rights", *Harvard Human Rights Yearbook*, I(1988), pp. 3—40; id., "Revitalising United Nations Work On Human Rights and Development", *Melborne University Law Review*, XVIII(1991), pp. 216—257.

[5] P. Alston, "Conjuring up New Human Rights", *American Journal of International Law*, LXXVIII(1984), pp. 607—621.

[6] 有关民族自决权与人权关系的文献很多,主要参见金東勲:《人権・自決権と現代国際法》,新有堂 1979 年版;松井芳郎:《現代の国際関係と自決権》,新日本出版社 1981 年版;J. Crawford, ed., *The Rights of Peoples* (Clarendon Press, Oxford, 1988); C. Tomuschat, ed., *Modern Law of Self-Determination* (Lijhoff, Dordrecht, 1993); M. Koskeniemi, "National Self-Determination Today", *International and Comparative Law Quarterly*, XLIII(1994), pp. 241—269.

[7] 田畑,前注(4),第 323—330 頁。R. Higgins, *Problems and Process* (Clarendon Press, Oxford, 1994), pp. 102—115. 喜金斯将发展的权利等称为第四代权利。Ibid., p. 103.

[8] Onuma Y., "In Quest of Intercivilizational Human Rights", Asia Foundation's Center for Asian Pacific Affairs, Occasional Paper, No. 2 (1996), p. 1. 阿部浩己:《七五パーセントの偽善を超えて》,载于世界人権会議 NGO 連絡会編,《NGOが創る世界の人権》,明石書店 1996 年版,第 26, 49—50 頁;同《人権の国際化》,《国際法外交雑誌》第 94 卷(1996 年),第 709 頁。另外参见本章注(18)、(23)和(24)所引用的文献。

〔9〕 比如, M. Craston, *What Are Human Rights?* (Basic Books, New York, 1964); M. Bossuyt, "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux, et culturels", *Revue de droits de l'homme*, VIII (1975), pp. 783—820; E. Vierdag, "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, IX (1978), pp. 69—105; R・ノージック(嶋津格译):《アナーキー—国家・ユートピア(上、下)》, 木鐸社 1985 年、1989 年版。

〔10〕 对这一点, 哈贝马斯提出了饶有兴味的争论, 参见 J. Habermas, "Human Rights and Popular Sovereignty", *Ratio Juris*, VII (1994), pp. 1—13. 哈贝马斯认为, "只有当法律的承受者同时也将自己视为法律订立者时, 公民才成为自律性的存在"。因此, "从规范的观点来看, 没有民主主义的立宪国家就不可能存在"。(J・ハーバーマス:《民主的立憲国家における承認への闘争》, 载于 C・テイラー等(佐々木毅等译), 《マルチ・カルチユリズム》, 岩波書店 1996 年版, 第 173—174 页。)而且, "民主主义和人权"这一措词在 1993 年的维也纳人权宣言等几个国际人权文件中也存在。但是, 国际文件的一般性倾向是, 尽可能地列举类似用语以获得具有不同法律文化和用语方法的世界各国的同意。比如, 联合国宪章、国际人权公约中也存在诸如"人权和基本自由"、"这些权利和自由"、"人权和自由"等意义重叠的表现。这其中的人权并不一定就是限定于公民性自由。

〔11〕 当然, 即使在欧美, 世俗化的程度也有很大差别。美国本来就是一个基督教相对较强的社会, 特别是在 70 年代之后, 基督教对政治、社会的影响都变得十分明显。但是, 究其原因, 由于世俗化、资本主义经济、个人的自立、妇女解放等, 旧形态的家庭和地方社会崩溃之后, 不能忍耐这种社会性异化状况的"个人"就开始以各种形式寻找精神愈治, 回归宗教也就成为愈治的一种方式。就长期的过程来看, 伴随着人权的普及和实质化的近代化过程的确与世俗化的过程相重叠。

〔12〕 山本草二編：《國際条約集》，有斐閣 1998 年版，第 57、61 頁。

〔13〕 參見中惠丰：《人權条約上の国家の義務》，東京大学大学院法学研究科博士論文，1995 年，第 2—4、28—29 頁；同《人權条約上の国家の義務》，《國際法外交雜誌》第 96 卷 1 号（1997 年），第 3 頁。

〔14〕 当然，中惠丰所批判的在理解国际人权公约时存在的自由权中心主义并不一定就是美国主张和构思的直接产物。1992 年以前美国没有批准自由权公约，现在也没有批准社会权公约，这一事实如实表明，美国本来就对利用具有法律拘束力的国际人权公约来规制本国人权问题持消极态度，而且对国际人权公约的关心也不高。不过，在国际人权公约被区分为自由权公约和社会权公约采纳时，美国的政府、学者和其他知识分子都积极地参加了对有关自由权和社会权差异的讨论，并且强调这两者的差异，提出了许多强调自由权的观点。之后，在人权领域中美国所主张的自由权中心主义逐渐开始对人权观和人权理论一般产生影响，也在一定程度上造成了过高重视国际人权公约中的自由权公约，而过小评价其社会权公约的现状。对这一点，只要注意到中惠丰所批判的美国学者满韦尔布的主张所具有的影响力，就很容易明白。

〔15〕 C. Hamana, *World Human Rights Guide* (3 ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 1992), p.4.

〔16〕 阿部浩已提醒人们注意，欧洲审议会尽管向 1993 年的维也纳人权会议派遣了主管自由权的专家，却没有派遣一个主管欧洲社会宪章的官员，前注 8（《七十五パーセントの改善を超えて》），第 50 页。这种现象有其很深的根源。如后面所述，尽管包括日本在内的各国的宪法和国际法教科书中对此有了一定的改善，然而仍旧表现出重视自由权、轻视社会权的倾向。

而且，“双重标准”理论认为，表现自由是民主主义体制的基础，因此精神自由具有优越地位，这种理论不仅在美国判例和学术已经确立，

并且对日本和其他国家也有很大影响。但是,精神自由有优越地位的主张缺少对其根据的严密探讨,脱离了具体现实状况而成为一种单纯的精神自由权利优越理论。这种理论的流行也是自由权中心主义蔓延的原因之一。因而,其也表明人权理论完全是在发达国家并以发达国家的生活环境为潜默前提而发展起来的理论。在一个存在绝对贫困、脱离饥饿为最大现实课题的社会中,就很难说主张精神自由之优越地位的理论会得到广泛的支持。

对此井上进行了很有兴味的探讨,他认为,主张经济性自由次于精神自由难道不是一种知识分子的偏见吗?而且,精神自由在很大程度上不是依存于经济性自由吗?并且,他从这一角度分析了双重标准的问题所在。参见井上达夫:《人权保障の現代的課題》,载于碧海純一編《現代日本法の特質》,放送大学教育振興会1991年版,第65—69页。

〔17〕井上达夫主张,经济性、社会性权利只有在自由权的保障在一定程度上已经实现,而且国家达到了一定经济发展水准之后才可能得到保障的“奢望性权利”,因此,经济发展水准很低的发展中国家较自由权而更强调社会权就只是一种无视这一现实的议论,其结果也就只是一种为侵害自由权作辩护的意识形态(参见井上达夫:《リベラルデモクラシーとアジア的価値》,载于大沼保昭編《東亜の構想》,筑摩書房2000年発行)。如果是以西欧或日本的社会国家式的经济性和社会性权利为前提,那么这种批判是正当的。不过,发展中国家所主张的经济性和社会性权利,相对于为缓和资本主义经济的残酷性所提出的社会国家式的社会权来说,要更为朴素,也更为涉及根本。在许多场合,它意味着用权利来表现对每天不受饥饿的生活和在经济上改善这种生活的希求。而且,如后所述,即使是对自由权的保障,也需要有国家积极的政策和预算措施,在这一点上,自由权和社会权之间的差异就只是一个相对的问题。由此看来,作为一种依据社会国家或福利国家理论对发展中国家政府的主张所作的一种外延性批判(也即,一方面同样使用经济性权利,但实际上却不是社会国家理论意义上的经济性权利),上

述井上的批判的确一定程度有效,但这却不可能成为否定以生存权为中心的经济性和社会性权利在发展中国家所具重要性的根据。

如后文所述,即使同样说社会权或经济性和社会性权利,其具体内容却因主张主体的不同而相异。因此,为了进行有效的议论,就必须首先阐明各主体所主张“社会权”的具体内容,然后再进行评价和批判。按照井上的构思,现在的发展中国家正处于现在的发达国家过去(有的在20世纪前期,有的在19世纪后期)所经过的经济发展阶段,从今往后也许将(或应该)侧重对自由权以及伴随其后的社会国家式的社会权保障。但是,即使假定如此,与现在的发达国家不同,当今世界的发展中国家领导者尽管处于很低的经济发展阶段,也一般都使用(或被强迫使用)人权这一观念来表现自己切实的希求,尽管是用不同于社会国家式的经济性权利的措辞方法来表现自己的这种切实希求,这本身难道不也是无可非议的吗?因此,即使是井上所作的意识形态批判,对其妥当性也有必要作一定保留。

[18] 注意到发展中国家的人权状况,从而提出这种见解的研究,参见H. Shue, *Basic Rights* (Princeton Univ. Press, Princeton, N. J., 1980). 另外参见R. Vincent, *Human Rights and International Relations* (Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1986); J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell Univ. Press, Ithaca, 1989); P. Meyer-Bisch, *Le corps des droits de l'homme* (Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1992); C. Muzaffar, *Human Rights and the New World Order* (Just World Trust, Penang, 1993); 申惠丰,前注13的博士论文。

[19] A. Sen, *Poverty and Famines* (Oxford Univ. Press, New York, 1981). 从文章中所阐明的意义来说,单纯地说自由权劣于生存权利是一种错误的表现。不过,复杂的理论评价与许多发展中国家民众对“有衣食,有经济生活的保障”的呼声处于完全不同的维次。

[20] 芦部信喜:《宪法学 II 人权总论》,有斐阁1994年版,第

95—99 頁。就具体的理论构成,参见前注(9)所引用的文献。

(21) 对有代表性的文献,参见 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 13., ergänzte Aufl., G. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1982), pp. 111—134. 阿部照哉等译:《西ドイツ憲法綱要》,日本評論社 1983 年版,第 141—188 頁;R・アレクシー(小山剛译):《主権的権利及び客観的権利としての基本権(1)》,《名城法学》第 43 卷第 4 号(1994 年),第 179—193 頁;同上(2),第 44 卷第 1 号(1994 年),第 321—341 頁。另外,有关对这一问题在德国基本权利理论上的争论,参见 K・ヘッセ(栗城寿夫译):《ドイツ連邦共和国における基本権の展開》,《公法研究》第 42 号(1980 年),第 1—25 頁;E・ベッケンワエルデ(森英樹译):《基本権理論と基本権解釈》,《名古屋大学法政論集》第 129 号(1990 年),第 367—394 頁;小山剛:《西ドイツにおける国の基本権保護義務》,《法学研究》第 63 卷第 7 号(1990 年),第 54—78 頁;松本和彦:《防禦権としての基本権の意義と可能性》,《阪大法学》第 41 卷(1990 年),第 243—269 頁;B・シュリンク(高田敏、松本和彦译):《原理としての基本権?》,《阪大法学》第 42 卷(1992 年),第 245—270 頁;小山剛:《私法関係における基本権の保護》,《法学研究》第 65 卷第 8 号(1992 年),第 23—82 頁;山本敬三:《現代社会におけるリベラリズムと私的自治(1)》,《法学論叢》第 133 卷第 4 号(1993 年),第 1—20 頁;同上(2・完),第 133 卷第 5 号(1993 年),第 1—29 頁;E・ベッケンワエルデ(鈴木秀美译):《基本法制定 40 周年を経た基本権解釈の現在(1)》,《北陸法学》第 2 卷第 1 号(1994 年),第 81—110 頁;同上(2・完),第 2 卷第 2 号(1994 年),第 51—90 頁;井上典之:《基本権の客観法的機能と習慣性的権利性》,载于《寛政豊翁先生古希記念論集 現代違憲審査論》,法律文化社 1996 年版;芦部信喜:《人権論 50 年を回想して》,《公法研究》第 59 号(1997 年),第 12—17 頁。在日本,对社会权及其地位的研究,继中村睦男《社会権法理の形成》(有斐閣 1973 年版)之后也有许多研究成果。

[22] R. Lillich & H. Hannum, *International Human Rights* (3rd ed., Little Brown and Co., Boston, 1995), pp. 1029—1077, esp. C. Vance, "Human Rights and Foreign Policy", at p. 1042 (万斯是卡特政权的国务卿); American Society of International Law (H. Hannum and D. Fischer, eds.), *U. S. Ratification of the International Covenants on Human Rights* (Irvington-on-Hudson, N. Y., 1993), p. 19 note 41. 而且, 在美国也不是没有像亨金、谢克塔等对社会权有一定理解的国际法学者。但是, 里根政权诞生后, 自由权中心主义成为风潮, 80 年代的美国就表现出对社会权强烈否定的态度。参见 P. Alston, "U. S. Ratification of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *American Journal of International Law*, LXXXIV (1990), pp. 372—377. 同时, 学界和 NGO 也表现出很强的自由权中心主义, 对这一问题我们将在后文中论述。

[23] P. Meyer-Bisch, *supra* n. 18, pp. 141—143; 芦部, 前注 (20), 第 83 页; A. Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", A. Eide et al., eds., *Economic, Social and Cultural Rights* (Dordrecht etc., 1995), p. 37; M. Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", *ibid.*, pp. 42, 4062; A. Eide, "The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food", *ibid.*, pp. 101—102; 申惠丰, 前注 13 博士论文, 第 38—45 页。

在日本, 尽管最高法院在处理社会权保障上依然表现出强调国家立法性裁量的倾向, 但从判例整体的倾向来看, 认为社会权只是纲领性规定的传统看法已经开始倒退, 明显表现出承认其一定权利性的发展方向。在学术上, 人们提出社会权中的“双重标准”的理论, 比判例要更进一步承认了社会权的权利性。而且, 尽管不能得到依据现行法律的司法性救济本身, 但通过以社会权为根据的诉讼, 现行法律得以改正, 社会权得强化和充实, 这种事例很多。

[24] E/1991/23, Annex III (General Comment Or. 3 (1990)),

para. 1 (p.83)); in: Craven, "The Domestic Applicability of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands International Law Review*, XL (1993), pp. 367—; J. Dhommeaux, "La contribution du comité des droits économiques, sociaux et culturels des nations unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels", *Annuaire Français de droit international*, XL (1994), pp. 637—638; M. Scheinin, *supra* n. 23, pp. 53—62; M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1995), pp. 28—29, 110—113, 181 et *passim*; 申惠丰, 前注 13《国际法外交雜誌》論文, 第 41—42、55—56 頁; 同上, 前注 13 博士論文, 第 17、38—45、88—89 頁及其所引用的論文。

在盐见案件的诉讼中, 最高法院认定, 社会权公约第 9 条“确认了社会保障的权利值得受到社会政策的保障, 同时明确了为实现这种权利必须积极推进社会政策的政治性责任, 但却没有规定向个人赋予能立即履行的具体权利。因此, 该公约并没有立即排除适用国籍条款的宗旨。”(《诉讼月报》第 35 卷第 9 号, 第 79 页)。然而, 即使社会保障的权利没有使国家负有立即履行的义务, 最高法院在形式上否定社会权公约的立即适用的判定也缺少缜密性, 令人产生疑问。因为, 如上面所述, 依据非歧视原则来适用社会保障时, 就应该理解为立即履行的义务。而且, 这种观点已经成为主流。

岩泽雄司对条约在国内法院的直接适用可能性进行了十分详细的探讨, 以社会权公约的制定过程、荷兰法院的判例以及社会权公约委员会的见解为根据, 他主张公约第 2 条 2 项所规定非歧视原则具有直接适用的具体性和明确性, 并且批判指出, 日本最高法院没有逐条探讨社会权公约直接适用的可能性, 就否定了整个条约的直接适用的可能性, 参见 Iwasawa Y., *International Law, Human Rights and Japanese Law* (Clarendon Press, Oxford, forthcoming), pp. 56—61.

[25] E/CN/. 4/1987/17 (The Limburg Principles on the Imple

mentation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), p. 3; 另外参见, 申惠丰, 前注 13《国际法外交雜誌》論文(2), 第 30—31、47—48 頁引注 26; 本章注 23、24 所引用的文献。

[26] 参见申惠丰, 前注 13《国际法外交雜誌》論文(2), 第 47—48 頁引注 26。男女同酬条约(《有关从事相同价值劳动的男女劳动者给予相同报酬的条约》(100 号))规定, “必须促使对从事相同价值劳动的男女劳动者给予相同报酬的原则适用于所有劳动者, 并在与上述方法相对立的范围内确保这一原则的适用”(第 2 条第 1 项)(参见田畑茂二郎编:《国际人权条约·宣言集》, 束信堂 1994 年版, 第 68 頁)。与此不同, 社会权公约却规定, 缔约国承诺“为渐进达成权利的完全实现, 最大限度地利用本国可利用的手段……来采取行动”(同上, 第 11 頁)。

[27] H. Shue, *supra* n. 17, pp. 37—38; P. Meyer-Bisch, *supra* n. 18, pp. 141—142; 申, 前注 13《国际法外交雜誌》論文(1), 第 11—12 頁; 同(2), 第 27—28 頁; 申, 前注 13 博士論文, 第 29—30 頁。

[28] P. Meyer-Bisch, *supra* n. 18, pp. 129—172; G. Huuf, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights”, P. Alston and K. Tomesovski, eds., *The Right to Food* (Nijhoff, Dordrecht, 1985), pp. 97—110; M. Craven, *supra* n. 24 (1995), pp. 9—16; 申, 前注 13 博士論文, 第 11—69 頁; M. Scheinin, *supra* n. 23, pp. 41—62.

[29] CCPR/C/21/Rev.1, 19 May 1989, p. 5 (General Comment No. 6 (16), para. 5). 本来, 自由权公约委员会的一般意见是针对缔约国根据自由权公约第 40 条提出的报告书向各缔约国所作出的意见, 由于出身于前苏联、东欧的委员会委员的强烈反对, 一般意见就没有针对个别缔约国, 而是对所有缔约国阐明委员会的见解。从委员会对个别缔约国的人权状况改善所能起的作用来看, 这成为一个不足之处, 但反过来说, 由于其对象的一般性, 这种意见作为公约解释的指南具有重要意义。因此, 即使不能说委员会的一般意见是对公约的有权性解释, 但这种意见在公约解释上是一种极为重要的见解。

[30] Ibid., p. 6, (General Comment No. 7 (16), para. 1); CCPR/C21/Rev. 1/Add. 3, 7 April 1992, (General Comment No. 20 (44), para. 1); A/47/40, GAOR, 47th Sess., Suppl. No. 40, Annex VI, 1994, p. 193. 另外参见申惠丰, 前注 13 博士论文, 第 71—80, 161—200, 204—280, 237—265 页。

[31] 小畑郁:《ヨーロッパ人権条約における国家の義務の性質変化(1)》,《法学論叢》第 119 卷第 2 号(1986 年),第 26—52 页;同(2·完),第 121 卷 1 号(1987 年),第 75—97 页;申,前注 13 博士论文,第 105—154 页。

[32] Eur. Court H.R., *Marckx case*, Judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, para. 31 (p. 15).

[33] Eur. Court H.R., *Airey case*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, para. 24 (pp. 12—14), para. 26, *ibid.*, pp. 14—15.

[34] Eur. Court H.R., *case of Johnston and others*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112.

[35] Eur. Court H.R., *case of Young, James and Webster*, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, para. 49. 但是,对这种判例倾向是否给予肯定,尚有一些问题值得考虑。参见小畑,前注 31。

[36] 参见申惠丰,前注 13 博士论文,第 116—117、127—129 页。

[37] 同上第 157—159、161—265 页,其中特别是第 235 页。

[38] A. Cancado-Trindade, "La protection des droits économiques, sociaux et culturels", *Revue generale de droit international public*, XCIV (1990), pp. 913—946. 申惠丰,前注 13《国际法外交杂志》论文,第 267—272、277—290 页。

[39] 当然,在学界中有人指出,第二次世界大战后,西欧各国通过国内法推进对人权的司法保障,但在国际人权法领域中却试图利用非司法方式来处理人权(参见江崎崇:《日本の裁判所と人権条約》,《国際人権》第 2 号(1991 年),第 18 页)。但是,国际人权保障中,非司法性

手段占优势的现象,并不是因为在设计国际人权保障制度时对非司法性解决方式的积极评价,而是因为在国际社会很难确立司法性解决方法,在确立用司法权来保障人权这一更为理想制度的过程中,就不得已采取了非司法性的机制,因此可以说,这是出于一种消极性理由。

[40] Onuma Y., "Interplay Between Human Rights Activities and Legal Standards of Human Rights", *Cornell International Law Journal*, XXV (1992), pp. 515—540. 大沼保昭:《单一民族社会の神話を越えて》,束信堂 1993 年版;Iwasawa Y., *supra* n. 24, pp. 133—134. 即使在将“司法权=人权保障堡垒”视为当然的宪法学中,也存在批判性意见。比如,有人指出日本司法机关对人权的保障缺少实效性,常常只限于对立法性改善作追认式的辩护。这种见解战后在很大范围内也得到了承认(参见江崎,前注 39 以及该论文所引用的文献)。

[41] 这是巴克西的用语。在为印度有关人权的社会活动诉讼提供理论根据上,他作出了很大的贡献。参见 U. Baxi, "From Human Rights to the Right to be Human", S. Kothari and H. Sethi, eds., *supra* n. 18, pp. 158—200.

[42] P. Bhagwati, "Social Action Litigation", N. Coomaraswamy, ed., *The Role of Judiciary in Plural Societies* (Pinter, London, 1987), pp. 21—30; 稻正樹:《インド憲法研究》,信山社 1993 年版,第 193—242 頁;安田信之:《‘アジア型’人権論の試み》,載于憲法理論研究会編:《人権理論の新展開》,敬文堂 1994 年版,第 119—132 頁,特别是 124—132 頁。

[43] A. Eide, "Future Protection of Economic and Social Rights in Europe", A. Bloed et al., eds., *Monitoring Human Rights in Europe* (Nijhoff, Dordrecht, 1993), p. 214; P. Myer-Bisch, *supra* n. 18, pp. 165—166, 170; 申惠丰,前注 13 博士论文,第 10—15 页。当然,评价作为人权保障堡垒的司法机关,是一个必须从各种角度进行分析和探讨的重要问题。作者没有全面论述这一问题的意图,也没有这种能力。

文章中的阐述只是限于提出问题。

[44] 参见 G. Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights", P. Alston and K. Tomasevski, eds., *supra* n. 28, pp. 106—108. (这一分类的主张根据是 E/CN. 4/Sub. 2/1983/25(A. Eide, "Study on the Right to Adequate Food as a Human Right")。对这种分类是否应将促进义务认定为第四项义务, 尽管存在一定的不同意见, 但在最近的学术意见中却逐渐得到了广泛的支持。参见 M. Craven, *supra* n. 24 (1995), pp. 109—114; R. Kunneman, "A Coherent Approach to Human Rights", *Human Rights Quarterly*, XVII (1995), pp. 327—331; 今井直:《社会権規約における締約国の義務の性質》, 载于島田征夫等編:《変動する国際社会と法》, 敬文堂 1996 年版, 第 225—226 頁; 申, 前注 13 博士論文, 第 32—45 頁。

[45] 比如, H. Shue, "The Interdependence of Duties", P. Alston and K. Tomasevski, eds., *supra* n. 28, pp. 83—95.

[46] G. Hoof, *supra* n. 44, pp. 103—109; 申, 前注(13)博士論文, 第 29—45 頁。

[47] 参见ベッケンフエルデ, 前注 21《名古屋大学法政論集》、《北陸法学》; シュリンク, 前注 21。

[48] 参见ベッケンフエルデ、前注 21《名古屋大学法政論集》, 第 373—394 頁; 同, 前注(21)《北陸法学》(2・完), 第 72—78 頁。

[49] 文章中所述的(1)到(4)的问题中,(2)一(4)的问题在学术上和社会上已经成为人们争论的对象。而(1)的问题即使在学术上也尚没有充分的讨论, 一直也没有被意识为是一个重要问题。但是, 随着国家、企业、NPO(非营利组织)等国际化和跨国化关系的进一步加强, 如果履行国际性约定的体制和文化因国家而大为不同的话, 那么, 今后就可能引起各种摩擦。比如, 条约和习惯国际法在与各国宪法、法律、州的权限的关系上处于怎样的地位? 在国内占支配性文化和规范意识中, 尊重国际义务的意识有多强? 这些问题都因国家而大有区别。这

一现象可能造成严重的问题,有的可能表现为对国际约定、义务及其履行的国内抵抗,有的可能表现为对这种国际性差异的不满。举例来说,在日本,条约具有比法律更优越的地位,因此,很难想象地方自治体会拒绝履行条约的现象。然而,与此不同,在美国,条约基本上与联邦法律处于同位,依据“后法废弃前法”的原则,从联邦与州的权限分配来看,条约义务的履行就可能由于侵害了州的权限而陷入极为困难的境界。由于这种差异,对履行国际约定的迅速性和确实性,日本就可能对美国抱有不公平感,而这种不公平感也可能作为一般民众的不满而沉淀,从而侵蚀两国之间的关系。

[50] 芦部在介绍了各种人权分类的理论之后,强调分类的相对性,并指出,不能将分类的体系视为绝对(参见前注(20),第83页)。不过,在强调自由权和社会权分类的相对性,并且对重视“从国家下的自由”的德国学说有充分理解的基础上,芦部针对“与德国在传统和国家观方面以及在宪法规定和宪法现状上,都不同的我国”,依然主张应该重视自由权(参见同上,第84—85页)。考虑到日德之间的差异,芦部采取了非常慎重的态度,对此应予以理解。但是,在另一方面,如果考虑到日本的欧美中心主义和自由权中心主义所带来的弊病,同样是以芦部的认识为基础,不是也能提出将力点放在不同方面的主张吗?

[51] C. Scott, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms”, *Osgood Hall Law Journal*, XXVII (1989), pp. 769—878, esp. p. 779. 该论文分析了从国际人权公约起草过程到德黑兰宣言的国际文件,特别是自由权公约各条款的解释,从多方面探讨了互相依存性这一概念。但是,由于它是社会权公约委员会正式开始活动以前的研究,因而,以奥斯顿(P. Alston)为中心的社会权委员会的各种活动就没有成为其分析对象。对人权的互相依存性,另外还有其他一些研究(比如, J. Donnelly, *supra* n. 18, pp. 28—45; P. Meyer-Bisch, *supra* n. 18; 申,前注13博士论文,第399—412页)。但是,这些研究在对概念的严密分析、特别是在与“不可分割性”的关系方面,都还不够充分。比

如,迈耶-毕休的著作和申惠丰的博士论文,都以“不可分割性”的观念为中心,对这一问题作了认真的研究,各自也都提供了非常有益的见地。但是,前者采用了哲学和认识论的手法来分析现行人权条约和宣言中的互相依存性概念,这种分析在多大程度有效,尚是一个疑问;而后者尽管对国际习惯做法作了包罗性的介绍,但对不可分割性和互相依存性概念的分析却有许多反复,缺少更深一步的探讨。因此可以说,国际人权法中的互相依存性概念,在这些研究中都尚缺乏缜密的分析。

[52] The Proclamation of Teheran, Proclaimed by the International Conference on Human Rights at Teheran on 13 May 1968, Art. 13, Centre for Human Rights, comp., *Human Rights: A compilation of International Instruments* (New York, 1988), p. 45.

[53] A/RES/32/130, GAOR, 32rd Sess., Suppl. No. 45, A/32/45, 1977, p. 151.

[54] A/41/128, GAOR, 41st Sess., Suppl. No. 53, A/41/53, 1987, p. 186.

[55] A. Sen, *supra* n. 19.

[56] 中华人民共和国国务院新闻办公室,《中国の人権状況》,《北京週報》第44号(1991年),第9頁。

[57] Human Rights Watch, *Indivisible Human Rights* (Human Rights Watch, New York, 1992).

[58] A/CONF. 157/23, 12 July 1993, p. 4.

[59] 对这一点,有许多学者早就指出过(早期的有高柳信一:《近代国家における基本的人権》,载于東京大学社会科学研究所編:《基本的人権の研究 I》,東京大学出版会 1969 年版,第 13—76 頁)。其中樋口陽一一贯强调了这一点(《協力・個人・国家》,学陽書房 1986 年版,第 2—38 頁;《近代国民国家の憲法構造》,東京大学出版会 1994 年版,第 35—97 頁;《轉換期の憲法?》,敬文堂 1996 年版,第 65—114 頁;《憲法 I》,青林書院 1998 年版,第 28—39 頁),同时,他批判指出,日本的学说

和判例都具有轻而易举地承认“法人的权利”的倾向(参见《近代国民国家の憲法構造》,第35—138頁;《轉換期の憲法?》,第85—86、99—100頁)。对此,我只想指出,从国际法的观点来看,这一认识涉及一个非常重要的论点,也即应该怎样看待财产权被作为人权,而且实际上发达国家的企业所占有的巨大财产所有权都在人权名义下获得正当理由这一现实,以及怎样看待对因此而产生的对财产权规制的困难。

[60] Onuma Y., *supra* n.8, pp.103, 8—9. 佛朗克批判性地引用了该论文(T. Franck, “Is Personal Freedom a Western Value?”, *American Journal of International Law*, XCI (1997), pp. 539—594), 并且主张说,宗教的宽容和思想良心的自由等个人主义的自由即使在西洋也不是生而具有,霍梅尼下令暗杀拉什迪所表现出的那种对亵渎神明的不宽容,在英国和美国都只是到最近才开始存在(尽管存在程度之差,现在也依然存在),相反,穆斯林各国也不是千篇一律,对个人自由的态度也有很大的幅度。对这一主张,我本人基本也表示全面同意。

不过,这一主张与佛朗克所批判性引用的我的主张之间并不存在矛盾。在那篇文书,我主张说,“关于人权的言论,在世界上,构成占支配地位的欧美中心的理性言论的一个环节,对拥有不同文明基础的发展中来说,就有一种不相容的感觉”(Onuma Y., *supra* n.8, p.1)。作者也认为,在欧美历史上,个人主义的自由构成一种例外(在前近代的一个很长时期内,欧洲也没有人权保障,即使到了近代,对人权的有效保障也只是到了最近才开始实现)。这一点,我在该论文中已经阐明(Onuma Y., *supra* n.8, pp.8—9),因此,在这一点上,与佛朗克并不存在对立。作者只是主张,宗教性宽容和个人的自由在西洋是“生而具有”这一佛朗克所批判的错误认识或一般印象,之所以在今天占据支配地位,就是因为人权也成为欧美中心的言论的一个环节,而丝毫没有主张单纯的西洋文明和东洋文明的两分论。

[61] *Ibid.*, pp.8—9, p.16 notes 5, 52, 54 所引用的文献。另外参见,Onuma Y., *A Normative Approach to War* (Clarendon Press, Ox-

ford, 1993), pp. 113—114, 334—338 及其所引用的文献。

[62] 有人对只将国家视为是个人的敌对者的认识进行了批判,认为“从容易使个人埋没的家族、都市、团体等集团和地区性集团下让个人获得解放的,却是国家。而且,个人主义(l'individualisme)和国家主义(l'étatisme)走过了同样的历史”(参见 E. Durkheim, *Textes*, III (Les Editions de Minuit, Paris, 1975, p. 171)。这一认识表明,人作为个人从中间团体下获得的解放与对国家的归属和从属是一个同时进行的过程,人正是因为成为国家一员才从对中间团体的归属和从属下获得了解放,也即表明了“个人的解放”是一个具有两面性的过程。卡尔指出,“不管好坏都是我的祖国”这一口号的提出,不是 17、18 世纪的专制君主,而是 19 世纪美国的民主主义者,因此,近代民族主义从卢梭的主张开始就已经具有各国民将自己与国家视同一的倾向,这种倾向逐渐冲破所有制约,在 20 世纪的两次大战中到处泛滥(参见 E·H·カー[大泽愿二译]:《祖国のために死ぬこと》,みすず書房 1993 年版,第 1—29 页)。对许多人来说,这里的“祖国”成了今天我们所说的国家(具有主权的国民国家),只是近代,而且是 19 世纪之后的事情(参见上书)。

[63] C·テイラー,“承認をめぐる政治”,C·テイラー等,前注 10,第 40—45 页。

[64] 同上,第 45 页。而且,关于这一问题,还应该考察近代国际法和国际政治理论中国内模式思考的优点和缺点。就此参见 H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Loughmans, Green and Co., London, 1927, repr., Archon Books, Hamden, 1970); E·H·カー,前注 62; H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order* (Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1989); Onuma Y., “Between Natural Rights of Man and Fundamental Rights of States”, N. MacCormick and Z. Bankowski, eds., *Enlightenment: Rights and Revolution* (Aberdeen Univ. Press, Aberdeen, 1989), pp. 134—154。大沼保昭:《国際法学の国内モデル思考》,载于広部和也、田中忠編:《国

際法と国内法》，幼草書房 1991 年版，第 57—82 頁。

〔65〕 当然，“从中间团体下解放个人”这一描述，到底在多大程度上反映了近代欧洲的实像，对此有必要作一定保留。对近代的发展程度进行自我赞美的欧洲人来说，容易将近代欧洲放在非常优秀的理念形象中来理解掌握，因此可能造成远远超出实际状态的近代主义的认识。而且，这对以欧洲为模范努力追求近代化（欧洲化）的欧洲之外的知识分子来说，更是如此。因为，皇党总是要比皇帝更激进一步。这种现象通过社会史学的手法，以及在思想史上通过对霍布斯、洛克、卢梭等对近代主义的理解进行批判性探讨，在近几年已经开始逐渐为人们所认识（比如，社会契约论认为，个人以自己为主体，根据自己的决定形成了国家。然而，在对近代的个人和国民国家的产生具有决定影响的霍布斯的社会契约理论中，契约的主体究竟是纯粹的“个人”，还是“家长”，这尚是一个疑问。同时，“法律不进家门”的格言所表明的规范意思，也十分稳定地遗留到近代欧洲，那么是不是可以说，正是由于在这种“家”的共同体之下，欧洲的个人主义就完全能够成为对主权国家的有效抵抗主体吗？这也是一个值得研究的问题。

另外，也有学者对“个人作为个体的自觉”始于近代的“一般认识”表示怀疑，主张“个体意识”的生成过程中，古罗马末期，拜占庭初期的基督教教义的形成起到了重要作用（参见，坂口ふみ：《“個”の誕生》，岩波書店 1996 年版）。也有的学者主张应该在欧洲的中世纪去探求“个人的觉醒”（参见阿部謹也：《ヨーロッパを見る視角》，岩波書店 1996 年，第 57—118 頁）。作者本身缺少判断这些见解正误的专门知识，但似乎可以说，上述这些问题给人一定启发；即使是就“近代欧洲的个人解放”、“近代欧美的个人主义”等基本上正确的判断，也有必要从各种不同的观点又使其相对化。

〔66〕 大沼，前注〔40〕，第 2—6 頁。另外参见，大沼保昭：《在日朝鮮人の法的地位に関する一考察（1）——（6）》，《法学協会雑誌》第 96 卷第 3、5 号（1978 年）、第 97 卷第 2、3 号（1980 年）。

〔67〕 大淵,前注49,第191—192頁。

〔68〕 对人权理论的这一新发展,日本学界持消极态度。这一点正如松芳郎所指出的那样(参见《人権の国際保護への新しいアプローチ》,载于長谷川正安編:《現代人権論》,法律文化社1982年版,第51—97頁、特别是第51—52頁)。这种倾向除少数例外(例如田畑,前注4、申,前注13博士論文和《国際法外交雑誌》論文),在今天也依然存在。

〔69〕 在印度的社会活动诉讼中起到了指导性作用的巴格瓦提,开始曾经参考美国的宪法诉讼,将文章中所说的诉讼称之为“公益诉讼”,但后来鉴于印度和美国情况之不同,则将这种诉讼称为“社会活动诉讼”。参见 P. Bhagwati, *supra* n. 42, pp. 20—31;另外参见,稻,前注42,第193—242頁;安田,前注42,第126—129頁。