

身份与契约 ——全球化背景下对国家主权的观察

车丕照

内容提要：主权是国家的身份，而非国家的权利，这种身份来自于明示或默示的约定；作为国家身份的主权是不能分割、不能让渡的；所谓“主权限制”，除非是外来的强制，其实是主权的行使方式；全球化使国家置身于更多的“契约”约束之中而并未减损国家的身份。

关键词：国家主权、主权限制、身份、契约

一、主权是国家的身份

主权是一个法律概念，因为它隐含着可被强制执行的规则；主权是一个复合型的法律概念，因为这一概念包含着两个重要的法律规则：在一国之内，主权超越任何其他社会成员的意志；在国际社会，各国地位平等。

主权既是一个国内法上的概念，又是一个国际法上的概念，但相比之下，人们通常是在国际社会的范围之内，从国际法角度来讨论国家主权问题；在国内法上，主权并不是一个特别引人关注的概念。然而，无论在国内社会还是国际社会，主权这一概念所表达的内容，与其说是权力，不如说是身份。

权力与身份是两个不同的法律概念。权力通常是指某主体从事某项可以产生法律效力的行为的能力；[1] 而身份则是指某一个体与共同体的其他成员的法律关系。[2] 我们在谈论国家主权的时候，我们所关注的通常并不是国家的某项行为是否会产生法律效力，我们关注或强调的是国家与其他国内社会成员或国际社会成员之间的关系，因此，我们关注的其实是国家的身份。[3]

国家在国内社会中的身份与在国际社会中的身份是有区别的两个问题。当我们在国内社会的框架下谈论国家主权的时候，我们意欲强调的是没有任何其他社会成员的意志会高于国家的意志，任何其他实体的权力或权利都在国家的主权之下。因此，国家主权的概念这时所表达的含义其实是代表国家的那一部分人或机构与其他社会成员的关系。当我们在国际社会的框架下来谈论国家主权的时候，我们意欲强调的是任何国家的法律地位都是平等的，没有任何一个国家可以将自己置于其他国家之上。这时，国家主权所表达的含义是国家之间的关系，至于哪些人或机构代表一个国家则在所不问。

国家主权的概念是后来所创设的，但国家的身份则是与国家同时出现的。由于主权的概念比较好地概括了国家在国内社会与国际社会的身份，因此，虽然也产生出“国家身份权”及“国家人格权”等概念，但却并未得已流行。

国家的身份应该是首先产自于国内社会。按照历史唯物主义的观点，国家是阶级分化的结果。在经济上占优势地位的阶级为了维护自己的利益、巩固自己的地位，创设出军队、监狱、法庭等国家机器。虽然统治阶级将自己的意志表述为国家的意志，并将其解释为全社会的意志，但“国家的本质特征是和人民大众分离的公共权力。”[4] 这种与人民大众相分离并且必须由人民大众予以服从的“公共权力”即是主权，也就是人们现今所说的“对内主权”。

关于国家主权的产生依据，除了历史唯物主义的解释之外，其他一些著名的思想家也对主权的产生依据作出了解释。布丹被公认为近代主权理论的创设者，他认为主权是从人民中分离出来，并超越人民。

[5] 洛克是议会主权理论的倡导人，他把一个国家中的议会作为国家主权的承担者。洛克认为议会主权的

理论基础是自然法。人们为了避免自然状态下的战争，便订立社会契约，把在自然状态中由个人行使的权利交给一个社会性权威机构去行使，这个机构就是一个立法机构。[6] 卢梭也认为国家是契约的结果，但他认为国家主权属于人民全体。“主权在民”成为资产阶级进步思想的重要组成部分，并被载入了许多国家的宪法。

无论是议会主权、人民主权还是在此之前的君王主权理论，都不能掩盖一种事实，即主权的承担者或行使者与他人是分开的。分开的主体而又存在着某种约束关系，于是人们自然会想到以契约理论对此加以说明。如果说契约理论不能科学地解释国家权力最初与人民大众相分离这一过程，那么，它至少可以在一定程度上说明现代民主社会中代表国家行使主权的政府（包括立法、行政与司法机构）与人民的一种相互制约的关系：政府必须在人民授权的范围内行事；对政府在人民授权范围内所发布的指令，人民必须服从。在这个意义上，我们可以说，在国内社会，主权是产自于契约的特定机构的身份

当国家间的交往尚属偶然的情况下，不会在国际社会中产生国家主权的概念；当国家之间的弱肉强食不仅是一种实践，而且还被某些理论所承认的时候，[7] 也不会产生国家主权的概念。国家主权的呼声一定是首先出自于相对弱小的国家；而国家主权的概念能够被普遍接受，一定是国家间的交往已成为日常现象，个别国家对其他国家的任意行事不仅不被其他国家所接受，也无法为这些个别国家带来长远的利益。事实也正是如此。被称作国际法之父的荷兰学者格老秀斯是最早从国际关系角度来论述国家主权的。他之所以更强调“对外主权”，显然是为了反对西班牙对荷兰的侵略，争取荷兰在国际上的独立身份。他还一再劝告世人，即使是最强有力的民族，也只是在一个法律社会中才感到安全。如果谁为了暂时的利益而违反法律，谁就是自我毁坏了自己未来的太平城堡。[8] 另一位著名的早期国际法学者也是以国家主权来阐释国家的平等地位的，他说：“侏儒和巨人都是人，小小的共和国和最强大的王国同样是主权国家。”[9] 各国主权平等这一国际法中的基本原则在当代国际法律文件中也一再得到重申。联合国大会1970年10月24日通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》规定：“各国一律享有主权平等。各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国。主权平等尤其包括下列要素：（a）各国法律地位平等；（b）每一国均享有充分主权之固有权利；（c）每一国均有义务尊重其他国家之人格；（d）国家之领土完整及政治独立不得侵犯；（e）每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；（f）每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平相处。”[10] 显然，该宣言对国家主权原则的阐述也着眼于国家的地位或身份的平等，也是从国家之间的关系的角度申明了国家主权的含义。

国家因主权而地位平等，主权的概念确立了各国在国际社会中的平等身份。“各个国家按照它们的性质在权力、领土等方面肯定不是平等的。但是，作为国际社会的成员，它们在原则上是平等的，尽管它们可以有任何差异。这是它们在国际范围内的主权的的结果。”[11]

如果说在国内社会中主权代表者的身份是通过契约确定的还值得商榷的话，那么，认为国际社会中各国的平等身份是通过国家间的契约确定的当不会受到太多的质疑。确立主权国家地位平等的规则是国际法规则。国际法规则的创设无非是两种方式：国际条约的制订与国际习惯的生成。国际条约是国家间明示的契约；国际习惯是国家间默示的契约。如果我们把主权平等看作是一项国际法强行规则的话，那么它也将约束那些反对这一规则的国家，在这种情况下，应认为这一规则是国际社会绝大多数成员的集体约定。

二、国家行为受到限制并不一定是主权受到限制

在国内社会，主权是最高的权力，因而可以说不受约束的权力；而在国际社会，主权仅表明一国在国际社会中具有与其他国家平等的身份，因此，主权这一概念即已表明它所受到的限制，即：一国的权力不能超越其他国家之上。这种限制可称之为“主权扩张限制”。

但我们通常所说的“主权限制”还不是这个意义上的限制，我们通常所关注的是一国主权是否可在原有范围内受到挤压（可称之为“主权不足限制”）以及如何对此加以解释。

在实践中，国家受到限制或约束的情形是很多的，从某种贸易管理措施被要求取消，到政府大选接受国际组织监督，以至领土被他国占领。上述现象有时被不加区分地一概视作“主权限制”，这其实并非准确。国家受到限制不等于主权受到限制。

我们可以把国家受到的限制分为自愿限制和非自愿限制。自愿的限制通常不会损害其他国家的利益，因而并不违背国际法规则，非自愿的限制的合法性则需要具体考察分析。

国家可以通过国内立法等单方行为和与其他国家订立条约等双方或多方行为，自愿地限制自己的行为界限。例如，一国可以单方面地放弃本国军队的组建，一国也可以通过与其他国家签订条约而放弃本国的货币发行权。当国家自愿作出上述选择时，不应将这种选择视为“主权利限制”，恰恰相反，这正是自主行使主权的表现。

在另外一些场合下，国家行为受到某种限制并不是自愿接受的，而是外来的、强迫性的，例如，其他国家对某一实行种族歧视政策的国家实行禁运或其他形式的经济封锁，一国不经另一国同意而对其领土实施占领。由于这种限制违背了受限制国家的意志，剥夺或部分地剥夺了该国在国际社会中与其他成员的平等身份，因而应视为是对国家主权的限制。非自愿的主权利限制应有合法与违法之分。简单说来，被国际法所承认的对他国主权的非自愿限制应同时符合下列条件：第一，被限制主权的国家违反了国际法的规定，例如，对他国进行侵略，从事或纵容国际恐怖行动；第二，实施限制的国家或国际组织的限制行为遵循了正当的程序，例如，依据联合国安理会的决议行事，或者在遭受他国侵略时予以反击；第三，所实施的限制与被限制主权的国家所从事的不法行为相称，即：实施限制不应超过纠正不法行为和恢复正常状态所需的程度。如果一项外来的主权利限制不具备上述条件，则应认定其为危害他国主权的违法行为。

三、全球化使国家置身于更多的契约约束而并未减损国家的身份

全球化都在哪些方面对国家带来了影响呢？人们可以列举出很多，例如：全球化使国家受到越来越多的约束；国际组织从国家手中拿走了许多权力；跨国公司在迫使国家让步；个人正在逐渐成为国际法的主体，从而可以对抗国家；环境等跨国问题需要国家间日趋紧密的合作等等。上述现象的一个共同特征就在于：在越来越多的情形下，单个的国家已经不能独立地作出决策，而在几十年之前，没有人会怀疑国家有这种独立决策的能力。于是，人们开始以“主权萎缩”、“主权让步”、“主权消亡”等言语来解释这种现象。但事实上，似乎没有哪个国家觉得自己已经力不从心。于是，我们不得不怀疑学者们的阐释是否正确。我们可以从如下几个方面来分析全球化对国家主权的影响。

（一）跨国公司和个人是否已开始动摇国家的主权者身份

全球化的一个重要表现就是贸易、投资等经济活动日益突破国界的限制以及与此相关的个人的权利保护日益受到国际社会的关注。许多跨国公司发展到今天已经具有了很强的经济实力。据统计，目前跨国公司的年生产总值已占西方发达国家总产值的40%，跨国公司内部贸易和跨国公司之间的贸易约占全世界贸易总额的60%。跨国公司还控制着75%的技术转让、80%以上的对外直接投资。全世界100个最大的经济实体中，有一半以上是公司，而不是国家。[12] 公司为了获取更多的海外利益，往往会借助本国政府的力量向其他国家施加某种压力，要求更加开放的市场和更为宽松的管理。个人也开始在国际社会寻求空间，这主要表现为人权的国际保护机制已开始形成。国际法不仅要关注国家的权利义务及其公正程度，而且还要关注个人的权利义务及其公正程度。“在世界范围内提倡人权保护，根本的目的还在于提高公民个人利用国际人权法来对抗国家和政府的能力。” [13]

但无论是国家对公司管制的放松还是对个人权利保护的增强，都不能认为是国家主权的地位的削弱。从国家与公司间的关系来看，任何一家公司都必须依据一国法律设立，取得某一国家的国籍，从而置身于某一国家的管辖之下。虽然国家对公司的管制（特别是在国际经济贸易领域）有放松的趋势，但国家与公司的管制与被管制的关系没有任何改变。国家可以通过降低关税、简化许可程序、提供财政支持等方式来鼓励公司在全球范围内合理地配置各种生产要素，获取更多的利润，但与此同时，当公司的行为可能破坏环境、限制市场竞争、违背本国的外交政策或不利于本国的国家安全时，国家对公司的强制将是毫不留情的。从国家与个人的关系来看，已有相当数量的国际人权公约的存在，但个人的法律地位首先还是由一国的国内法所确定的。依照地域来对居民进行管辖是国家同其他社会组织相区别的一个基本特征。从国际人权公约对国家所确定的义务的模糊以及国家在开放人员的国际流动方面的谨慎，就可以看出，至少在相当长的历史时期内，国家不会允许个人在国际社会取得足以挑战国家的地位。因此，国家对公司管制的放松和对个人权利的保护的增强只不过是国家在新的形势下对自己行使权力的方式的调整，而这种调整既可以通过单方面的国内立法的方式进行，也可以通过对外缔结国际条约或参加国际组织的方式进行。 [14]

（二）国际条约是否在限制国家主权

全球化的另外一个特征就是在过去的几十年时间里国际条约的迅速增多和覆盖范围的不断扩展。从1920年1月10日到1945年10月1日国际联盟实施条约登记和公布制度的25年中，在国际联盟登记的条约数目为4834项；而根据联合国2002年5月在其Internet网页上公布资料，截止到1998年4月，经联合国登记并公布的条约已超过1900卷，计40000余项，而且，新汇集的条约仍以每年100余卷的数量增长。二

战结束以来所缔结的国际条约已深入到国际社会的各个领域，从在政治到经济，从外交到军事，从人权保护到环境保护，几乎所有的人类活动领域都存在着条约所确立的规范。

国际条约的大量产生及其覆盖领域的扩大使得国家不能再像先前一样独立地进行决策，因为它必须考虑已经通过条约所承担的国际义务。但能否就此认为国际条约在限制或剥夺国家主权呢？回答应该是否定的。这是因为：

首先，如前所述，对外订立条约是国家主权的一项具体内容。正因为主权使得各个国家在国际社会中地位平等，国家才拥有对外订立条约的资格。前常设国际法院于1923年即曾声明：“法院拒绝承认，国家在缔结任何承允采取或不采取某种特定行动的条约时是放弃了它的主权……。参加国际协定的权利，是国家主权的一种属性。” [15]

其次，条约对国家的约束是国家之间的彼此约束，而不是其他实体对国家所施加的约束。通过缔结条约，国家虽然承受某种新的约束，但同时也获得它先前不曾获得的利益。

再次，条约对国家的约束并非是绝对的，且不说每个条约都可能包含例外条款、免责条款，即使是那些条约所要求的必须履行的义务，也并没有一种外来的力量可强制国家实际地履行这一义务。国家可以选择是实际地履行某一条约义务，还是不履行义务而接受他国的报复或对其他国家提供补偿。

最后，国家既然可以缔结和加入条约，也就可以在其认为适当的时候退出条约。当国家认为它参加条约所获得的利益小于它基于条约所付出的代价的话，它自可以依照条约所设定的程序退出该条约。

（三）国际组织是否在弱化国家主权

二战之后的一个新的国际现象就是国际组织的增多及其作用的增大。世界上已存在着数以千计的国际组织，大概每个国家都具有某一国际组织成员的身份。无庸质疑，政府间国际组织对成员国的影响通常甚于国际条约对缔约国的影响，但这种影响似乎已被有意或无意地夸大。例如，有人把国家主权和国际组织的关系比作一张带有大小不同洞孔的白纸，其中纸好比国家主权，原本是完整的；大大小小的洞孔则如同被各种全球的和区域的国际组织所侵吞的主权成分。 [16] 其实，这种看法是很值得怀疑的。

首先，尽管政府间国际组织通常均具有国际法主体资格，但这种国际法主体资格是成员国政府通过条约方式予以设定的，因此，国际组织尽管在主体资格方面可以同成员国的资格相分离，但它毕竟是成员国的合意的产物，成员国不会因为创设了国际组织的人格而使其自身的人格受到损伤。

其次，成员国让渡给国际组织的只能是主权者的某些权力或权利，而不是主权本身。 [17] 如前所述，国家主权其实指的是国家的身份、国家的人格；只要国家正常存在，主权就不容许有任何减损。但主权者的权力或权利，或者说主权性权力或权利是可以转让的。许多国际条约对主权(sovereignty)和主权权利(sovereign right)这两个概念加以区别，正说明主权这一概念虽然在汉语中隐含着“权力”或“权利”的概念，但它有别与法律意义上的“权力”或“权利”。

再次，即使是欧盟这种高度发达的国际组织，也没有产生销蚀成员国主权的后果。虽然欧盟的成员国已经将货币发行权这种最能体现国家主权的权力都交给了欧盟组织，但也只能将此理解为成员国选择了别样的行使货币发行权的方式。不是每个欧盟成员都必须选择欧元，而且，即使加入欧元货币体系，成员国仍有退出的权利。正如有的外国学者所指出的那样，对于国际组织，既然有加入和退出的自由，就不能说是对主权的限制。 [18]

值得注意的是，某些国际组织不仅会影响成员国的行为，也会影响非成员国的行为，例如，1991年底，欧共体部长理事会要求凡是想获得承认的前南斯拉夫的共和国向欧共体提出附有宪法副本和有关承诺的申请，由后者进行评估，而波黑、克罗地亚、马其顿和斯洛文尼亚等均按时提交了申请；再如，1999年初，北约对南联盟实施空中打击，并对南联盟进行包括海上石油封锁在内的各种经济制裁。如果说前一种情形可以解释为前南斯拉夫共和国自愿接受欧共体的限制或影响，从而是可以接受的话，那么，后一种情形则完全是一个国际组织对一个非成员国家的主权的违法践踏。

（四）其他国际问题对国家主权的影响

所受到的限制或侵蚀。的确，国家在上述各个领域中的合作已变得日趋频繁和普遍，在这种合作中，国家之间的约束也会日益加深，但是，只要这种合作是国家自愿参与的而不是外来强制的结果，那么就很难将其看作是主权的弱化，或主权被侵蚀。因为这种自愿的合作或者是通过条约进行的，或者是通过国际组织进行的，而国家通过缔结国际条约或参加国际组织的方式行使某种权力正是主权的表现。 [19]

结语：全球化使得国家间的联系日益频繁紧密，而频繁和紧密的联系需要有明确的规则，[20]于是，国际条约与国际组织便承担起确立规则的任务。当人们发现国家日益受到条约和组织的制约时，便简单地将其归结为“主权弱化”、“主权销蚀”和“主权让渡等。但事实上，由于主权其实是国家的身份，而不是某中特定的权力，因此，主权是无法“让渡”的，可以让渡的只能是主权权利或主权者的权利；主权也并没有被“弱化”或“消逝”，实际发生的只是主权行使方式的改变。因此可以说，在全球化趋势下的今天，国家只是承受着更多的契约义务的约束，而其主权者的身份并没有出现任何改变。

注释：

※ 清华大学法学院教授，博士生导师。邮编：100084

1. 依据The Oxford Companion to Law的解释，权力（power）是“the legal concept of entitlement to do something of legal force and effect”，见The Oxford Companion to Law, by David M. Walker, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp973.

2. 依据Black's Law Dictionary的解释，身份(status)是“the legal relation of individual to rest of the community”，见Black's Law Dictionary, by Henry Campbell Black, fifth edition, West Publishing Co., 1979, pp1264.

3. 已有学者指出：主权的概念一直被用来标明国家的总体功能。见：Ingrid Detter, The International Legal Order, Dartmouth Publishing Company Limited, 1998. 44.

4. 《马克思恩格斯选集》，人民出版社，1972年版，第4卷，第114页。

5. 见约瑟夫.A.凯米莱里 吉米.福尔克《主权的终结？——日趋“缩小”和“碎片化”的世界政治》（李东燕译），浙江人民出版社，2001年5月版，第22页。

6. 见程虎：《国家主权及其当代命运——一种全球化的分析范式》，载于高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第二辑），清华大学出版社，2002年1月版，第418页。

7. 例如，某些西方学者曾在国界的确定方面提出过“自然国界说”，认为各国应该以自然赋予它们的天然屏障，诸如高山、大河、海洋作为国界。没有这种天然屏障的国家有权寻求和取得这种天然屏障作为自己的国界。这种学说显然在为强国的地理扩张提供理论依据。见高树异、吴琦、李春福：《国际法讲义》（上册），1981年2月，第188-189页。

8. 格老秀斯：《战争与和平法》（绪论），北京大学出版社，1988年版，第139-140页。

9. 转引自赵建文：《关于国家主权的性质和地位的理论演进》，郑州大学学报，2000年第6期，第113页。

10. 依据《联合国章程》，联合国大会所通过的决议，一般而言，并不具有法律效力，但联大决议可以表述出国际习惯法规则。这一段规定的英文表述为：“All states enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes the following elements: (a) States are juridically equal; (b) Each state enjoys the rights inherent in full sovereignty; (c) Each state has the duty to respect the personality of other states; (d) The territorial integrity and political independence of the state are inviolable; (e) Each state has the right freely to choose and develop its political, social economic and cultural systems; (f) Each state has the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other states.”

11. [英]詹宁斯、瓦茨：《奥本海国际法》第一卷第一分册，王铁崖等译，275页，北京，中国大百科全书出版社，1995。

12. 纪玉祥：《全球化与当代资本主义的新变化》，载于俞可平、黄卫平主编：《全球化的悖论》，中央编译出版社，1998版，第35页。

13. 莫纪宏：《论国际人权公约与国内宪法的关系》，CASS-KAS国际条约与国内法关系学术讨论会（1999年，上海）会议论文。

14. 非政府组织也在某些领域对国家行为以直接或间接的影响（可参见：Edith Brown Weiss, *The New International Legal System*, In Nandasiri Jasentuliyana, Edited, *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, 1995, 67-69.）但从与国家的关系上看，非政府组织的地位与公司和个人的地位大致相同。

15. 转引自[英]M.阿库斯特：《现代国际法概论》，汪暄等译，19页，北京，中国社会科学出版社，1981。

16. 转引自曾令良：《论冷战后时代的国家主权》，载于《中国法学》1998年第1期，第114页。

17. 有学者指出：国家可以向国际组织让渡某些主权功能（sovereign functions），但这绝不意味着主权的任何部分的永久出让。见：Ingrid Detter, *The International Legal Order*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1998.484.

18. [日]寺泽一、山本草二主编：《国际法基础》，朱奇武等译，148页，北京，中国人民大学出版社，1983。

19. 例如，国家在可持续发展方面所接受的约束基本上来自条约所确立的原则，这些原则包括：睦邻与国际合作原则、共同而区别责任原则、风险预防原则、污染者承担原则等。见Philippe Sands, *International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Principles*, In: Winfried Lang, edited. *Sustainable Development and International Law*. Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1995, 62-66.

20. 美国著名国际法学者路易斯·亨金在其代表作《国家如何行为》的导言部分即开宗明义地指出：“在国际关系中，文明的演进表现为从力量走向外交，从外交走向法律。”见：Louis Henkin, *How Nations Behave*, Columbia University Press, 1979, 1.

来源：清华法学（原载《法制与社会发展》2002年第5期）

相关文章

法律全球化——是现实？还是幻想？

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720