

# 承认的国际法

[法] 埃马纽埃尔·图尔姆-茹阿内著\* 朱明哲\*\*译

**摘要：**一个新的国际法分支在冷战结束后逐渐形成，被称为“承认的国际法”（droit international de la reconnaissance）。它纳入了1990年以来同时出现在各国国内和国际社会上的新的社会和文化范式：对身份认同的承认。这种新国际法产生于冷战后国际社会对去殖民化历史的积极反省之特定背景中。目前，承认的国际法已经体现在各种国际条约和国家行动之中，并且因此成为实证国际法的一部分。传统国际法中存在国家中心主义偏见，强调物质补偿，因而无法完全满足这一国际法上新分支的诉求。

**关键词：**文化多样性 国际法主体 承认 国际条约法

## 一 承认的国际法产生的历史与学理背景

国际社会一直是异质而文化多元的，只不过人们很晚才全面接受这一事实。最近，无条件地承认他者之尊严和身份认同的现象便在这样一个国际社会中出现。不过，一种和承认相关的国际法并不是突然出现的，而是经过了许多阶段的演化，并且和承认本身一样，包括了各式各样的接受。这种演化凸显了部分与殖民之尴尬遗产有关的复杂而独特的过程。在冷战以前，对国际层面之承认的期待主要表现为平等地位和权利的诉求，而在冷战之后，该期待则往往表现为相反的诉求——对保持自身特殊性之权利的诉求。国际法能够给上述诉求的法律回应与诉求本身的分离并不令人惊讶，因为确实可以通过不同的方式获得或给予承认。承认绝非能够通过一种统一过程实现。国际社会的不同状态、其成员在某一时刻的不同期待、对承认之拒绝的不同性质，都会导致承认表现为不同的现象。

### （一）从“文明国家”的国际法到后殖民时代的国际法

在非殖民化（décolonisation）之前，国际法本身是被批判和谴责性的法律，反映了国家之间不平等的权力关系、一个政治阶级的优越感，还有一个时代深藏不露的种族主义。国际法曾经是拒绝承认和进行统治的工具，完全建立在“文明国家”和“不文明国家”之间基础性的不平等

\* 法国巴黎政治大学国际公法教授。原文为法文版，发表于法国2012年第4期《一般国际公法评论》（Revue générale du droit international public）。

\*\* 中国政法大学比较法学研究院讲师，法学博士。

之上。具体而言,传统国际法建立了一套“文明标准”,任何希望成为国际法主体的群体都必须符合这套标准,而它不过是“欧美文明”标准罢了。<sup>①</sup>一些国家正是通过承认的法律技术,才最终成为了“欧美文明”标准下的国际法主体。承认可以通过单方行为、个别行为或者集体行为表示,那些“文明国家”以此表示它们认可被接受的政治实体已经具有足够的文明程度和成熟度,可以加入“文明国家”的共同体,由此,这个政治实体成了一个完全的“文明国家”、完全的“主权国家”、完全的国际法主体,它的新地位也为所有其他主体所接受。<sup>②</sup>换言之,一个政治实体曾经因为“不够文明”而遭受区别对待,而上述承认行为结束了这种排斥和不适格状态。<sup>③</sup>因此,承认在传统国际法上是至关重要的一个行为,是进入“文明国家”俱乐部从而成为国际法主体的那句“芝麻开门”。但承认也曾是限制性和歧视性的。当时的承认行为并不是对他者及其身份认同之构成差异的承认。相反,它是对一个国家或民族在价值观和文明程度上与欧美国家相似性的承认,而人们本来从民族文化角度出发认为他们与欧美国家不同。加入“文明国家共同体”和获得地位与权利的平等是通过强制同化完成的,也就是说,其条件是这些新加入者至少在表面上放弃和欧美国家在文化和文明上的不一致,并表现出可接受程度的“文明良知”。<sup>④</sup>

类似地,民族独立与解放运动后,对所有国家平等地位的承认也成了对新建立国家之身份认同承认的最佳表达。独立运动让过去遭受外国统治和殖民的国家得以成为国际法主体,但所依据的已经不再是“文明标准”和从前关于承认的法律技术了,而是联合国大会1960年12月14日的1514号决议《关于给予殖民地国家及民族独立之宣言》中的民族自决权。解放了的民族成为了新的国家,因此自动获得了法律人格和法律能力,并具有了和曾经的殖民者平等的法律地位。如此,传统国际法中关于半开化/不开化的非自主国家的观念所带来的歧视效应就消失了,同样消失的还有地位不平等。对于那些受外国统治和殖民的国家而言,成为国际法主体、与其他政治实体——特别是过去的殖民者——一样的法律主体,本身就是承认其身份认同的重要方式,因此,在法律意义上,也终于得以作为和其他主体具有同样尊严之主体。<sup>⑤</sup>对法律地位的承认结束了殖民时期的不平等对待,其根源是平等权,而非保持不同的权利。

然而,发展中国家与发达国家的紧张关系中,前者在文化和经济上处于受支配地位的事实仍然是不可回避的现象。解放了的旧殖民地仍然处于西方经济霸权之下,一方面希望实现现代化,另一方面又希望找回其身份认同,这种纠结将在当今后殖民时代的世界中一直存续。出于这一原因,部分国家对承认的诉求将不断发展,至今已经成为通过法律保护它们的文化权利;对于其中某些国家来说,还有对历史上因为殖民而消失身份认同所经受的损害进行补偿的要求。这些国家的新诉求本身是一个更普遍运动的一部分,后者将会影响整个冷战后的国际社会,在此则表现为保持不同的权利。

① Cf. James Lorimer, «La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, vol. 16, p. 335.

② Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international (éd. abrégée)*, Session de La Haye, Paris, Pedone, 1928, p. 70.

③ 特别参见洛里默提出的三种承认类型。James Lorimer, *Principes de droit international*, traduit par Ernest Nys, Bruxelles et Paris, C. Muquardt et A. Marescq aîné, 1885, p. 104.

④ Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1922, pp. 30 – 31.

⑤ 关于把他者以其所是之方式在法律上予以承认的重要进程,参见 Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, traduit par Pierre Rusch, Paris, Cerf, p. 132 ss; Charles Taylor, *Multiculturalisme: Différence et démocratie*, traduit par Denis-Armand Canal, Paris, Flammarion, 1992, p. 44 ss.

## (二) 冷战后的新范式

冷战后，社会科学界开始广泛关注一个新的现象。从1990年开始，身份认同的觉醒和多种对承认的当代渴求普遍出现，以至于可以认为一个承认的范式已经产生了。也就是说，一种新的表象体系开始影响和调控国内外行动者在这一领域内行动与交往的方式。这一现象产生了如此重要的影响并不令人惊讶，因为不论其表现形式如何，反映的是对承认的根本需求。我们已经共同认为这种需求是人和群体最根本的现实之一，而且得益于冷战的结束和新全球化的发展，对此种需求的意识愈发清晰。<sup>①</sup> 理论家在20世纪90年代首先开始沿着两条思路分析和讨论承认的需求：(1) 在文化多元的社会中践行一种尊重文化差异的政治；(2) 目前所有民主社会都存在着的拒绝承认现象。在第一条思路中，泰勒(Charles Taylor)就指出，在那些成员族裔越发多元的社会中，身份认同和文化差异问题正是为承认进行斗争的中心，这些斗争孕育了难以计数的政治和社会冲突，并且凸显了一种“善意对待差异”的承认政策之必要性。<sup>②</sup> 至于第二条思路，霍耐特(Axel Honneth)的著作启发对建立在轻蔑和不尊重之上的总体秩序的反思。<sup>③</sup> 从对黑格尔观点独特的重新解读出发，霍耐特指出希望可以避免所有的蔑视并且达致一种在三个不同方面都得以实现的真正承认：寻找邻人之爱的私人和家庭领域，希望通过生产力而赢得社会尊重的合作和工作领域，期待法律之尊重——即对地位和权利的平等法律承认——的政治与法律领域。<sup>④</sup>

借鉴了这些思想的学者或重述/深化关于身份的理念，或把它和正义的要求相联系。不妨认为，对承认的需要源自以下想法：个人或群体同时期对待他们个体和集体身份认同的承认，<sup>⑤</sup> 而且这种身份认同部分由他们和其他人的关系调整。关于身份认同的理念实际上要回溯到从心智上表现自我和他者系统之中，深深植根于每个个体和每个集体之中，并且定义了该个体或群体。在个体的层面，定义一个人并不仅是因为与其他人拥有平等的尊严而获得的共同身份认同，还有他在文化和特殊价值方面的归属。人的身份认同因此和个人或集体所成长的各种文化系统、各系统间的交换和代际发展有着紧密联系。<sup>⑥</sup> 而且，从社会学的分析来说，对承认这一身份认同的需求是人类基础性的要求，不能仅仅用对其自身利益的追求来定义人，也不能把人简化为功利主义者眼中的“经济人”，因为事实是人至少同样期待因为其所是而得到他人的认可和尊重。<sup>⑦</sup>

因此，有些学者认为不正义不仅存在于社会与经济秩序中，也存在于文化秩序中。<sup>⑧</sup> 文化秩

① Tzvetan Todorov, *La peur des barbares: Au-delà du choc des civilisations*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 129 ss; 从社会学角度对此问题进行的分析, 参见 Caillé A. (dir.), *La quête de reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, Paris, La découverte, 2007。

② Charles Taylor, *Multiculturalisme*, *op. cit.*; Patrick Savidan, *Le multiculturalisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009。

③ Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*

④ Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 113 ss; Paul Ricoeur, *Parcours de la Reconnaissance-Trois Etudes*, Folio, 2005, pp. 293 – 340. 从这些基础研究出发, 人们在道德、政治和社会哲学, 以及社会学、人类学和精神分析学的领域内进行了不同的分析。

⑤ Bruno Ollier, «Les identités collectives: comment comprendre une question politique brûlante?», *in Les identités collectives à l'heure de la mondialisation*, Paris, CNRS, 2009, p. 8 ss.

⑥ Stuart Hall, *Identités et cultures: politiques des cultural studies*, traduit par Maxime Cervulle, Seconde Édition, Revue et augmentée., Editions Amsterdam, 2008.

⑦ Alain Caillé, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, Paris, La découverte, 2009, p. 5.

⑧ Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, traduit par Estelle Ferrarese, Paris, La Découverte, 2011, p. 13.

序中的不正义准确地说源于广义上所称“拒绝承认”。造成对承认之拒绝的正是对上述共同或个别身份认同的蔑视以及对一种文化价值、一种生活方式以及个人因其人格而享有的尊严的蔑视和对其身体完整性的损害。<sup>①</sup>对承认之拒绝可能造成边缘化、歧视、文化支配等行为,以致个人、群体甚至一些国家不仅不能感到自己在国内社会或国际社会是一个完整的成员,还无法因其自身或身份认同而得到尊重,而且不能根据他们的文化偏好而生活和交往。因此,对承认的拒绝会引发激愤、自尊的缺失感、羞耻感以及不正义感,这些情感又会造成无法忍受的痛苦,并可能极端化以致引发我们所知最激烈的冲突。为了避免此类后果并满足对每个人之身份认同最本质的需求,现在必须能够保障他人和整个社会对这种身份认同的尊重。既然这里所谈的损害是文化性的,就必须修改社会的文化或象征性表现。以此为目的,人们设计出了一系列政治和法律层面措施,从赋予平等的地位到提高不受尊重的身份认同的社会地位,沟通和表现模式也发生了改变,以期凸显不同的身份认同、保护或推进受歧视群体或个人之文化产品。

于是,在国际层面上,我们就更容易理解为什么现在的趋势是通过种种关于身份认同和文化的法律措施以回应不同的对承认之拒绝。让这些措施得以出现的意志也或多或少为人所知。国际法在这一领域中一个足够重要的发展就这样呈现在我们眼前。

### (三) 一种新的法律

正当在冷战后变得越来越复杂、越来越不稳定的国际社会纷纷出现对身份认同和文化之承认要求时,承认的国际法作为国际法上的一个新分支出现了。它本身并非出现于国际层面。但在我们看来,它同时得益于法学的语言中形成的各种身份和文化要求和国际法在这一方向上所提供的种种法律方案。因此,完全可以讨论其意义,并以“承认的国际法”为名,描述一系列因为起源于对承认的需要而与众不同的机构、话语、实践、法律原则。目前,这些问题还并未得到足够的理论研究和分类探讨。而且,这一承认的国际法表现为发展的国际法不可分割的一部分。对于一个正义的、不仅公平而且建立在对他人之尊重上的国际社会而言,承认的国际法也是本质性的组成部分。

目前国际法希望回应的对承认的需求到底包括了什么?其显然不同于殖民地解放时期建立在通过国家之间平等地位与权利来保障的“平等尊严”政策之上的第一次承认过程。用图海纳(Alain Touraine)极具启发性的话来说,现在各国家、各群体和少数族裔,希望国际法承认他们是“平等但不同的”。<sup>②</sup>这和取得解放的殖民地不同,不仅仅要求不考虑区别而给予所有国家同样法律地位的平等,还要求对一些导致差异的特别之处在法律上得到承认。换言之,新的承认不再满足于在国际法获得单纯的平等地位和由此而来的权利,更要求国际法尊重特性。国际法需要承认文化或群体的归属本身是独特的,并且是身份认同的构成性要素,于是一系列彰显特殊性的权利便呼之欲出了。<sup>③</sup>其结果是,晚近为国际法所接受的关于承认的规则不像关于发展的规则那

① 人们如今已经习惯于用拒绝承认来指称一系列可能看上去性质完全不同的不正义和苦难的经验。我们有意识地在此处把其他作者认为大有区别、不一定要在不正义这个角度考虑的那些经验混合在一起。至于其他的视角,参见 Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 161 ss; Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, op. cit., p. 83 ss.

② Alain Touraine, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997.

③ 对于两种不同的承认方式的区分,参见 Charles Taylor, *Multiculturalisme*, op. cit., p. 56 ss.

样具有暂时的性质。发展的国际法在大部分情况下因为各国之间不同的状态而出现，目的是实现各国条件的平等，而目标一旦实现马上就会让这些规则失去用武之地。承认的国际法则不然，其中的规则所欲实现的目的乃是现有差异永久存续下去。考虑到两者的这一区别，我们能更清楚地意识到新的承认所带来的是一种完全不同的关于身份认同的认识，不再包括以前那种地位平等之中的身份认同，而是一种特殊的认同——每个国家、群体、个人都可以主张自己归根结底是与众不同的。<sup>①</sup> 殖民地解放时期和冷战时期的国际法还完全立足于关于形式平等和权利平等的抽象自由主义原则，冷战后国际法已经变得不再那么抽象，而且逐渐在法律上确定了以维持不同、保持文化身份认同为基础的关于承认的国际政策。

## 二 承认的国际法的适用范围

为了说明如何以及为何在一些个案中人们用国际法回应身份认同与文化产生的问题、对承认的要求，有必要研究目前的法律实践。囿于文章篇幅，无法探讨所有的法律实践，仅聚焦于承认的国际法所包括的三个领域，展现了让身份认同与文化得以存续的三个方面。（1）承认文化多样性，对抗与全球化相伴而生的文化支配现象的领域。（2）基于保护群体或个体文化身份而赋予个别权利的实践。（3）承认与弥补历史上曾经出现的罪行与损失，在这一领域，身份认同在时间而非空间中建立，国家、民族或个人试图重建其“叙事身份”（*identité narrative*）。对这些领域的研究明确地展现一种关于差异的法律性质逐渐出现在国际法上，与法律地位的平等性并行。这一发展贴切地回应了我们所处时代深刻的需求。

### （一）文化多样性的法

人口的流动与混合、商业往来与冲突让人类社会同时承载了不同的文化，所以民族文化的多元性是人类历史上尤其古老的一个事实。冷战后的国际法开始把这一内在于人类生活的多样性纳入考虑，因为人们在关于文化多元性的事务上形成了共识以及必须共享全人类之遗产的新信念。通常用来解释这一广泛共识的因素包括承认范式带来的新吸引力、文化共享的要求，还有通过它们得以展现的身份认同，其中有些已经濒临灭绝。联合国教科文组织 2005 年在巴黎通过的《保护和促进文化表达多样性公约》（以下简称《文化多样性公约》）就是对上述因素的确认。人们有时会误以为该公约的重点在于保护文化领域的经济利益。虽然经济利益确实是公约的重要内容，但《文化多样性公约》的意义远不止于此。冷战后，政治主导的世界向文化主导的世界转变，身份认同问题、文化问题和经济问题纠缠不清，对文化身份认同的尊重也成了新的需求，适应这一转变的必要性同样体现在该公约中。

联合国教科文组织一直认为，文化多元性这一无可争议的事实是其活动的基础。尤为重要的是教科文组织如何逐渐把这一多元性的事实转变为一个关于多样性的法律原则。早在 1972 年，瑞典斯德哥尔摩召开的联合国环境与发展大会上，与会各方便把自然生物多样性和文化多样性两个主题联系起来，认为西方发展模式同时威胁了这两项事实。同年，联合国教科文组织通过了

<sup>①</sup> 我们此处的启发主要来源于这部出色的著作。Alain Renaut et Sylvie Mesure, *Alter ego. Les Paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier Montaigne, 1999, p. 9 ss.

《保护世界文化和自然遗产公约》，保护各民族文化财产成了该组织积极推行的政策。20年后，在巴西里约热内卢召开的地球首脑会议随后引入了保护“文化生态系统”之协调的概念，这一概念虽不新颖，却极具启发。在里约，《生物多样性公约》得以通过，2005年的《文化多样性公约》看起来与它遥相呼应。1995年，联合国教科文组织提出了“创造多样性”的概念，以促进“所有形式、所有方面的人类发展”为目标。<sup>①</sup>但出于新千年全球化发展引起的担忧，“文化多样性”的概念得以精确化并加强，并且《世界文化多样性宣言》第1条庄严宣布这是“人类共同遗产”。在2001年联合国教科文组织大会上一致通过的这一宣言也成了象征该领域范式转换的一份核心文本。<sup>②</sup>可以看到，对自然界和生命的类比再次出现，因为该宣言认为文化多样性“对于人类而言就如生物多样性对于生命体”一样重要。虽然文化多样性和生物多样性之间的类比在原则层面不无疑问，<sup>③</sup>其策略目的却至为明显：提醒我们，人们总是关心一些动物或生物种类所面临的危险，却绝没考虑过评价少数人群的艺术和语言面临的威胁，而后者也会损害人类的文化遗产。同样在2001年，联合国把5月21日定为“世界文化多样性促进对话和发展日”。联合国开发计划署于2004年发布了题为“多样化世界中的文化自由”的年度报告，并把“文化多样性”当作“我们的时代所面临的最根本的挑战之一”。<sup>④</sup>作为这一系列发展的最终结果，联合国教科文组织于2005年10月20日通过了《文化多样性公约》，并于2007年3月18日生效。

《文化多样性公约》的意义不容忽视，文化表达的多样性本身成了需要遵守的规范。民族文化多元性曾经是普遍接受的事实，但如今塑造了一个规范，一种为了保持和推进这种“多元性”事实而存在的“多样性”法律原则，并且产生了一系列新的权利和义务，远远超越了以前“文化例外”的范畴。在“文化表达多样性”<sup>⑤</sup>原则面前，“文化例外”原则实际上已经相当边缘化了，即便仍然在世界贸易组织框架内发挥作用。事实上，在两个原则之间确实有延续性，但并非处于同一个层面，而且文化例外原则的适用范围要窄得多。文化多样性或文化表达多样性原则的目的首先是在面对一种单一的文化模式可能借越发广泛的贸易自由化取得统治地位的时候，保护每个国家内部的各种文化和文化政策。所以，它也和文化例外原则一样，立足于各国排斥大量进口支配性文化产品的必要性逻辑中，因为工业国家或发达国家对贫困国家的市场支配确实会威胁当地的文化表达多样性。同样，支持这一原则的思想也主张，文化产品和文化财产不是一般类别的商品，所以不应该适用商业领域的一般制度。

除了和文化例外原则的相似之处，文化多样性原则无论在性质、范畴，还是思考当下问题的方式上，都体现出和前者深刻的不同之处。首先，最能说明其特性的乃是《文化多样性公约》

① 世界文化和发展委员会报告，Notre diversité créatrice, Paris, Ed UNESCO, 1996. URL: [http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=15019&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=15019&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), 最后访问时间: 2012年12月15日。

② See [http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=34321&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=34321&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (last visited on December 15, 2012).

③ Jürgen Habermas, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, p. 226 ss; 把文化和生物系统等量齐观的做法很可能让人们产生文化也应该像生物那样处在进化论支配下的想法，因而备受争议。Cf. Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale deux*, Paris, Plon, 1996, p. 385 ss.

④ The United Nations Development Programme; *La liberté culturelle dans un monde diversifié*, 2004. See [http://hdr.undp.org/en/media/hdr04\\_fr\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/hdr04_fr_complete.pdf) (last visited on December 15, 2012).

⑤ 尽管《文化多样性公约》对“文化多样性”和“文化表达多样性”进行了区分，并且实际上只涉及第二种，我们这一概括性的研究则不强调两者的区别，而是作为同义词对待。

延续了2001年《世界文化多样性宣言》第1条中表达的观念，在序言部分把文化表达多样性原则建立在一种明确把个人和群体之身份认同与文化相连的文化观念之上。<sup>①</sup> 这种观念毫不含糊地让人明白，一种文化对另一种的支配会严重损害个人和群体赖以建立其特征和独特性的部分。《文化多样性公约》随后把“文化财产”定义为“身份认同、价值、意义”的象征性载体，这一定义确认了文化和身份认同之间根本性的关联。类似地，第4条第2款在定义文化内容的概念时也涉及了身份认同。第3条为适用该原则圈定的广泛范围实际上意味着，如果人们认为所有事物都可以包含文化，那么它的适用范围完全具有继续扩张、乃至无限的可能性。实际上，“文化表达”这样的用语极其模糊，人们不可避免地要对《文化多样性公约》所包括的对象进行相当具有主观性、广泛的解释，而不限制在音响或电影制品领域。至于该公约所确定的法律制度，和文化例外完全相反，文化表达多样性原则并不是一个商业自由化系统中的例外，其本身是一般性的。所以说，文化例外表现为一种有利于受制约的保护主义的斗争，而文化多样性成了一般适用的规则。以下是关于这个一般性法律制度三个更具体、具有高度说明意义的因素。

首先，《文化多样性公约》所有的权利和义务的分配，都围绕着第2条第3款所确立之给予每一种文化平等尊严和尊重的原则。然后，正如该公约本身的用语所显示，追求的目标同时有两个方面：文化表达的多样性不仅应该得到保护，还应该得到促进。保护不同文化表达的任务从法律上要求各国采取保护它们的创造、财产和文化产品的国内措施，从而对抗商业自由化。但促进多样性的目标则要求人们做得更多，因为该原则意味着多样性本身就具有内在的好处，并且使国家负有义务一直鼓励文化领域的多样、异质和百家争鸣。最后，还需要指出的是，按照第5条第2款，国家负有同时在其领土之内和国际关系两个方面践行多样性原则的义务。<sup>②</sup> 在外部关系方面，多样性原则要求对每个国家的所有文化一视同仁，而且每一种文化有要求其他主体尊重其独特性的权利，该原则同样确立了（首先属于国家的）自由地决定、保存其文化政策的权利。也就是说，在尊重基本人权的前提下，每个国家在法律上有权为了保护本国文化而限制其公民接触外国文化。但是，在国内层面，各国又都有法律义务不仅保护而且促进其领土内的文化多样性，因此必须尊重更小范围内或原住民文化，也必须尊重个人创造和表达的自由。另外，联合国教科文组织对《文化多样性公约》首要任务的阐述很能说明问题：“确保艺术家、文化专业人士、全世界的文化从业者和公民都能创造、制作、传播和享有广泛的文化产品、服务和活动。”<sup>③</sup> 不难看出，国际法十分明显地倾向于保护个人的权利，并且在更广泛的意义上把人类理解为自由的主体，作出选择的可能性应该交到个人的手上。

无论如何，文化多样性和文化表达多样性原则已经毫无疑问地获得了国际法基础原则的地位，而且体现了新的承认范式。全球化现象势头迅猛，而且极具同质化效应。面对这一情形，多样性原则保护着那些不同的和独特的文化，从而避免一个单一文化模式一统天下。就算这一原则在事实上同样位居各国保护其经济利益、文化产业之策略的核心，多样性原则保护不同文化的本

① See <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf> (last visited on December 15, 2012).

② 特别是其中第6条、第7条、第8条、第10条、第11条。还需要重视的是，本公约第5条第2款的用词是“当缔约方在其境内实施政策和采取措施以保护和促进文化表现形式的多样性时，这些政策和措施应与本公约的规定相符”。此处的“相符”有别于“一致”。

③ Cf. <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/cultural-diversity/2005-convention/the-convention/what-is-the-convention/> (last visited on December 15, 2012).

质能让我们在殖民史和后殖民史视野下讨论国际法的作用。几个世纪以来,那些长期受支配、边缘化的民族的习惯、文化、传统都无法得到承认,多样性成为国际法上的原则就是为了结束这种状况。正因如此,《文化多样性公约》看上去是一个决定性的法律工具,在使用得当的情况下,可以显著改变自我表现的模式和文化与象征性发展的结构。如今,这些模式和结构仍在世界范围内支配着每一种文化或文明在法律上的地位和最终可以取得的尊严。现在需要的不再是被动地接受一种文化模式的统治,也不是努力形成一种普世文化,因为多样性原则追求的恰恰是所有现存文化的多元性。此外,所有人和民族在其文化中确立其身份认同也就有了意义。假设每个人都可以因为给予少数族裔成员的特殊权利或文化权利而确定自己的文化认同,那要是恰好他认同于一个在文化上受支配的群体,又该如何?最后,至少在法律上,这象征着一个决定性的转折。从此,全部关于承认的法律规则都成了对一种特殊形式的不正义的弥补,因为现在的转折意味着:从前同时具备自由主义、多元主义和形式主义性质的传统国际法不足以回应给予每个人之文化足够尊重的需求;传统国际法通过尊重每个国家文化与经济方面之平等主权性自由而建立所谓文化上的“中立性”,根本无法实现,而且实质上把一种或数种强势文化或强势文化身份认同强加于人。如果说,法律上对文化多样性的认可通过视角的转换让各国在文化领域的主权平等可以得到落实,自由主义的传统国际法中的形式主义还是会让它悬置。换言之,文化多样性原则成为一项法律原则才最终为各国之间更广泛的平等提供了必要的工具。

## (二) 通过权利得到承认

在后殖民时代和冷战后的国际社会框架中,承认的国际法并不仅仅限于对客观的文化多样性的法律确认。它还表现为个人或集体的主观权利的形式,这些权利必须得到国家的保障,让个人或群体得以保存和推进身份认同。<sup>①</sup> 这些权利是文化多样性权利不可或缺的补充,后者反过来又是有效行使不可或缺的保障。<sup>②</sup> 要让每个人的尊严和需要特殊保护的的特殊性都得到尊重,仅仅有对文化多样性的法律保障本身是不够的,还需要一套主观权利的赋予。让每个人拥有主张从国家得到保护的权力,也让最脆弱群体(少数族裔或原住民)在面对各国之多数群体时有足够的法律手段保留自己的身份认同。<sup>③</sup>

这些主观权利已经展现出了变革的可能,同时带来了新的视角和新的难题。具体说来,需要区分不同种类的权利,每一种都以不同方式阐明了一些最不为人知的关键目标。首先把那些赋予特定群体的权利或者因为群体归属而赋予个人的权利归为一类:少数族裔和原住民权利。然后,还可以区分出哪些个人无论归属于哪个群体都会享有的各种权利,其来源多种多样,可能属于文化权利,也可能属于人权或者妇女权利。所有这些权利分类所展现的图景是,承认的实践多种多

① 对权利的承认是一种承认的方法,霍耐特和利科曾经作过分析,但是他们认为应该得到承认的是那些所有人都能分享的公民、政治、经济和社会权利,而非特殊权利。Cf. Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 133 ss; Paul Ricœur, *Parcours de la Reconnaissance-Trois Etudes*, op. cit., p. 311 ss.

② 关于文化多样性原则的解释无论如何都不能有悖于人类自由和基本权利。关于倒退回文化封闭的担忧,参见 Amartya Sen, *Identité et violence*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 159 ss.

③ 通过这样的方式,有些理论家提出的让这些群体在实现个人或集体计划时拥有更多自主性的目标也就可以达成了。Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit., p. 254; Alain Caillé, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, op. cit., p. 167-168. 所以,在国际法层面上,保持差异的权利并不一定和人权对立,反而可以补充人权领域对于人之自主和人类能力的目标。



样，人们使用各种各样的法律工具，回应着既相似又不同的需求，并且一直在出于尊重每个人和每个群体之特殊性之主张和出于保护其平等尊严之主张之间摇摆。在此仅以少数族裔权利为例，谈一谈因为文化群体归属而赋予个人的权利。<sup>①</sup>

一个不容争辩的事实是，冷战结束后，保护少数族裔权利的法律工具越来越多。随着人们重新认识承认的价值，许多国际法的新规范应运而生，赋予少数族裔成员立足于对其文化身份明确认可之上的独特且不可替代的权利。这些规范适用的范围还面临不同程度的局限，而且目前而言大部分源自欧洲国家之间的条约。其中包括了欧洲安全与合作组织（OSCE）1990年哥本哈根会议文件，联合国1992年《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》，1992年通过的《欧洲区域或少数民族语言宪章》，欧盟1993年确立以决定一个国家是否有资格加入欧盟的《哥本哈根标准》中也包括了保护少数族裔的条款，还有1995年欧洲《保护少数民族框架公约》。

其中，1992年的《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》是唯一一份专门针对该领域问题、具有普遍适用特征的文本，而且它还是因为东欧新出现的国家能够加入联合国才得以通过的。<sup>②</sup>该决议的基础就是冷战后新出现的承认范式，所以第1条毫无障碍地把身份认同视为少数族裔所面临问题的核心，而国家负有尊重并且促进少数族裔身份认同的义务。该宣言规定，为了让少数民族群体的成员得以保持身份认同，享有那些在两次世界大战之间湮灭无闻的特别权利，包括使用语言、信奉其宗教并举行仪式、享受其文化等诸种权利。就在该宣言发布之后一年（1993年），联合国大会要求联合国人权事务高级专员关注该宣言所规定之少数族裔权利的保护和促进情况，并与各国就此事项展开对话。与此同时，当时的反对各种歧视和保护少数族裔次级委员会成立了一个工作组以积极开展关于这一问题的对话和反思。最终，人权委员会也以加强保护对少数族裔成员特殊权利为目标，重新解释了《公民权利和政治权利国际公约》第27条，并且在世界范围内逐渐开展了推进此种权利之保护的总体进程。

欧洲层面，欧洲国家在十多年间已经起草了一系列法律措施，借以定义各国少数族裔的特殊权利。1995年的《保护少数民族框架公约》吸收了围绕着对身份认同之承认而出现的新范式。其序言部分强调：“一个多元化且真正民主的社会不仅应当尊重少数民族成员在种族、文化、语言和宗教等各方面的身份认同，而且应该创造使这种身份认同能够得到表达、保存和发展的适当条件。”<sup>③</sup>

以哥本哈根会议文件举例说明，<sup>④</sup>在第四部分，规定非歧视原则是少数族裔成员所享有的一项人权。然后，提出了一系列国家必须尊重的少数族裔成员特殊权利来补充该原则，特别是

① 关于其他权利的讨论，参见 Emmanuelle Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?: le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 208.

② 该宣言的起草只花了15天，但联合国用了14年才让各国对文本达成一致。其内容都是概括规定，而且实践中太多限制条件使之不具有强制力。Résolution AG/47/135 du 18 décembre 1992, Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. See <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/076/56/IMG/N9307656.pdf?OpenElement> (last visited on December 15, 2012).

③ 参见 <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/157.htm>, 最后访问时间: 2012年12月15日。但是，该框架公约把保护的范限制在少数民族的范围，而1992年的《宣言》还保护民族、宗教和语言的少数群体。

④ Document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de la C. S. C. E., 29 juin 1990. See <http://www.osce.org/docs/french/1990-1999/hd/cope90f.pdf> (last visited on December 15, 2012).

“完全自由地表达、保留和发展他们种族、文化语言、宗教方面之身份认同，并以各种方式保存或发展他们的文化的权利”（32.2），使用母语的权利（32.1和32.3），创造并维持自己的“教育、文化、宗教”机构，并因此得到公共资助的权利（32.2），“信仰宗教并举行其仪式”的权利（32.3）。所有的这些权利都意味着国家负有保护并确保其实施的积极义务，此时便必须考虑这些权利的经济与社会面向了。

我们不应该低估这些权利的意义以及在法律层面所带来改变的丰富程度。首先，关于少数族裔的新国际法恢复了两次世界大战之间关于少数族裔权利的欧洲法传统，但把新的承认范式以决定性的方式纳入其中，因为1918年以后让与少数族裔权利乃是出于彼时发生的新领土变动之原因，而非直接以保护不同的权利为目的。然后，1945年《联合国宪章》和1948年《世界人权宣言》逆转了此前的趋势。然而，和1945年以后往往暗示着以同一种模式塑造所有人的国际法发展截然相反，如今能够保护少数族裔的不再仅仅是以不加歧视之方式由所有人所享有的权利，更有那些仅仅因为其归属而赋予少数族裔群体成员的特殊权利。这些权利回应着新的对承认的诉求，保障了那些让一个少数族裔如此独特的因素，所以也更根本地保障了其成员保持不同的权利、根据其文化以不同的方式生活的权利。换言之，人们正式承认，在平等性之中，还存在着一种保持不同的权利——人们完全可以平等但不同。如果说1945年《联合国宪章》和1948年《世界人权宣言》的文本说明人们当时认为，想要保证少数族裔如他们所希望的那样生活，只要不加歧视地保证诸如表达自由、意见自由、宗教自由、集会自由等个人权利就已经够了，现在则改变了法律策略，除了那些所有人都在形式上享有的权利之外，还加入了直接保证他们实现文化差异、并因此定义他们身份认同的因素。例如，虽然自由表达的权利可以不加歧视地适用于所有人，实践经验证明这种权利不足以保证语言上的少数群体保留自己的语言。<sup>①</sup>相反，一种使用其语言教学和表达的特殊权利之存在则可以长久保持语言的存续，因为它创造了让该语言始终与时俱进的有利条件。有鉴于此，1992年的《欧洲区域或少数民族语言宪章》在序言部分甚至强调，在公共和私人生活中使用区域或少数民族语言是一种“不可剥夺的权利”。<sup>②</sup>还需要强调的是，为了适应这些新发展，对非歧视性原则的新解释也出现了。新解释的目标是比以前更多地把个人所面对的具体文化语境特殊性纳入考量，以致有时不再试图用一致的方式对待不同的人，而是根据他们族群归属的不同而给予不同的对待。<sup>③</sup>无疑，如何令人满意地论述始终具有优先性的非歧视原则和那些少数族裔特殊权利之间的关系，仍然是一个棘手的问题，因为两者的关系始终没有明确的界定，而且会在解释适用的时候造成特别微妙、需要小心处理的问题。但承认的方式之难点和重点都在于此。关于两者关系的论述，一方面，在每个个案中既避免少数族裔封闭在他们自身的文化区别之中，又保证他们以“平等但不同”的方式得到承认；另一方面，要避免法律形式主义，从而最终加强与多数族裔在条件上的平等。

① 此处不妨回顾国联的常设国际法院在那个少数群体成员的特殊权利终于得到承认的时代作出的判决。CJJI, Avis consultatif du 6 avril 1936, Affaire des Ecoles minoritaires en Albanie, Rec. C. P. J. I., 1936, série A/B, pp. 17 ss.

② See <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/148.htm> (last visited on December 15, 2012).

③ 参见人权委员会1994年第23号关于27条的总体观察§6.2：“国家有时需要采取积极手段以保护少数群体的身份认同和少数群体成员与其他成员一起保持他们文化、语言和从事宗教活动的权利。”

### （三）对历史过错的补偿

最近几年，基于承认的另一种当代诉求表现为补偿种族主义、殖民主义、帝国主义所犯下历史罪行的要求。在后殖民社会中对“他者”的承认，难道不正是通过接受展示了那些对“他者”之否定的共同历史、接受补偿历史上曾经出现之损害的必要性而实现的吗？

此类诉求已经由第三世界国家在民族解放斗争中提出，“新国际经济秩序”就是一种表现。然而不可否认的是，冷战结束后，这些诉求的重要性大大加强了。这种对承认的诉求在数量上确定无疑地增加了，而且根据不同的历史侵害类型而展现出的多样性也在增加：在中东欧国家，德国纳粹的受害者提出了新的补偿要求；在亚洲，日本帝国主义侵略的受害者也提出了类似的要求；还有那些如新西兰的毛利人和澳大利亚的原住民提出的要求；非洲人民则针对奴隶制与殖民的历史提出了补偿的诉求。当史学揭示了这些毁灭与奴役的事实，这样或那样的群体自我组织起来，希望有关国家承认其所为之历史罪行而负有的责任，并给予赔偿。

过去的罪行不幸地造成了数不胜数的受害者及其后代，这些人期待获得承认，但这些对补偿的要求到底应该在法律中获得何种位置呢？加拉蓬（Antoine Garapon）曾发问：我们能够纠正历史的错误吗？<sup>①</sup> 今日又是否真的有一种关于历史损害之赔偿的国际法，甚至一种要求赔偿的权利呢？这些决定性的疑问提出了对于纠正历史错误、补偿遭到损害的身份认同之可能性的难题。为此，2001年在南非德班召开的世界反种族主义大会和2009年在瑞士日内瓦召开的反对种族主义审查会议提出了相应的法律和政治回答，既承认了此类关于承认的诉求中可能展现的所有根本利益，又限定可以在国际法上得以实现的范围。

2001年《德班宣言》提出了许多值得深入探讨的原则。尤其是以下三个既承接了一系列妥协、又开启了该领域进展的原则：（1）“奴役和奴隶贸易特别是跨大西洋的奴隶贸易是危害人类罪”（第13点）；（2）正式承认“这些历史上的不正义（奴役和殖民）不可否认地加剧了贫困、欠发达、边缘化、彻底的排除、经济的弱势、不稳定和不安全，这一切都影响了数量众多的人，特别是在发展中国家”；（3）“有关各国”必须“纪念过去惨剧的受害者”。

德班和日内瓦会议接受的原则并没有强制力，《德班宣言》本身也明确提出，有关国家负有一种“道德义务”寻找适当方法弥补过去殖民主义和奴役之实践所造成的损害后果，而不是法律义务。虽然如此，这些原则仍让人能够全面研究大部分国家在这些问题上的倾向以及可能在日后实现的法律途径，因为就此问题所提出的大部分主张都指涉对国际法规范的违反，而且日后在诉讼中考虑德班会议所提出的方向时，将会援引现存之国际法秩序。

首先需要研究的是，在奴隶制无论于国际法还是国内法上都完全合法的那几个世纪中所行之奴役，今人到底能否把它们看作一种罪行——甚至危害人类罪，从而以此要求有关国家为此负责。对殖民体系的反思也有同样的问题，殖民在几个世纪内都是“欧美文明标准”国际法上合法的行为。面对此类涉及今昔之辩的问题，国际法上一个经典的答案乃是，法律不能回溯既往地适用。所以，不存在回溯既往的责任。只有在一个国家的行为违背了行为当时负有的国际义务的时候，该国家才负有国际法上的责任。正因为如此，《德班宣言》第13点折衷地提出“奴役和

<sup>①</sup> Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire?: colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, O. Jacob, 2008.

奴隶贸易，特别是跨大西洋的奴隶贸易，是危害人类罪，而且本应该一直如是”。<sup>①</sup>对《国家对国际不法行为的责任条款草案》第13条第5款的评论也确认了这一法律原则的存在，以及国家对国际义务的违反仅仅存在于它在不法行为发生时就已经负有该国际义务的情况下。国际法委员会在其关于第13条的报告中具体指出，就算在适用新的国际强行法规范的情况下（奴役可以受此类规范规制，殖民可能可以），也不能课以此种回溯性国家责任。<sup>②</sup>1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》中也没有规定这种责任。但坦白地说，就算从形式的观点来看，上述否定观点本身作为总体规则来说无可反驳，人们却不应该忘记，一直存在于国际法上的不可回溯原则在纽伦堡审判、东京审判和一些最近的国际刑事审判庭实践中早就遇到了重要的例外。<sup>③</sup>

如今，唯一的可能性是国家自愿同意就“那些在出现的时候并不构成国际义务之违反的事实”承担回溯性的责任。<sup>④</sup>对过去之犯罪的自愿承认和对赔偿的负担可以通过国际条约建立，比如在曾经的殖民者和被殖民者之间签订双边条约。2008年8月30日在意大利和利比亚之间签订的友好条约便是一例，目前而言也是国家与国家之间条约的孤例。其他例子还有美国政府与苏族（Sioux）处理历史争端之规则、加拿大各省政府与原住民代表所签订的70个关于承认历史上的掠夺、确认原住民新地位的条约。

另一个需要研究的议题则是确定这些历史责任的方式。在《德班宣言》中，造成损害的事实是多种多样的：死亡、奴役、强制劳动、掠夺自然资源、没收土地、摧毁文化和生活方式、当代的欠发达状态。但现在缺乏详细的法律归类。根据《德班宣言》最一般性的倾向，倒是不妨指出一种双重损害。存在一种对精神秩序的伤害，根源在于许多人民所经受长达数个世纪的侮辱、拒绝承认。加剧这类精神损害的，是因为资源掠夺、蓄奴制度和带来剥削与土地侵占的殖民体系所造成的物质损害，那些旧殖民地和原住民所遭受的欠发达状态皆来源于此。根据《德班宣言》，殖民主义不仅造成了过去苦难，也造成了“当今世界许多地方长期的社会和经济不平等”（第14点）。所以，它还造成了和过去的损害紧密相联的现在的损害。但这样一来我们又面对许多困难了。如何准确估量今日之损害多大程度上能归结于过去的损害？比如，把一些国家的欠发达状态归结于过去的殖民行为，那么这些争取到了民族解放的国家自己对导致欠发达状态的许多因素就没有责任吗？当需要确定历史责任的限度时，困难进一步增加：特别是在殖民和奴役问题上，当人们面对的是一些已经普遍化、同时牵涉不同的原因和行动者的广泛剥削体系时，如何确定造成损害的事实中确实有哪些具体行为直接应该由殖民国负责？自然，这些仍是严格意义上形式主义者会提出的问题，但并不是无关紧要的，而且会让我们对历史罪行责任承担原则的反思更加复杂。

附带的困难来自补偿方式问题。对这些责任以何种方式承担？在数代人之后，如何确定哪些

① 联合国官方中文文本中，该句翻译为“奴役和奴隶贸易特别是跨大西洋的奴隶贸易是危害人类罪”，法文文本中则有“本应该一直如是”的字样。至于两个文本不一致的原因，尚不清楚。——译者注

② CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, et commentaires y relatifs*, 2001, Art. 13, § 5, p. 143. See [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf) (last visited on December 15, 2012).

③ Danilo Zolo, *La justice des vainqueurs: De Nuremberg à Bagdad*, traduit par Etienne Schelstraete, Paris, Actes Sud, 2009, p. 231.; 过去也曾经发生过和现在种族灭绝或反人类之犯罪相似的灾难。Cf. Gellately R. et B. Kieman (dir.), *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003.

④ CDI, *op. cit.*, § 6, p. 144.

人有权获得补偿？实际上，《德班宣言》将这一问题以简化的方式处理。因为讨论的是国家与国家之间的责任问题，所以应当得到补偿的就只不过是曾经受殖民的国家，有责任赔偿的则是曾经的殖民者。在原住民问题上，往往也同样认为是特定的群体有权获得赔偿，而国家有责任赔偿。但赔偿责任问题可能复杂得多，比如在造成损害的人是私人公司的情况下，或者在个人主张自己是受掠夺和歧视者的后代从而要求赔偿时。而且，关于责任的国际法提供了多种可能的赔偿形式：恢复原状、金钱赔偿和抵偿。无论在德班框架内还是在个别行动的实践中，我们看到了所有三种形式。在恢复原状方面，常见的做法是归还掠夺的文化物品，有时候还涉及到人体标本。<sup>①</sup>比如根据2002年3月6日的特别法，法国向南非的科依科依人（Khoekhoe）归还了欧洲人曾经蔑称为“霍屯都的维纳斯”（la Vénus Hottentot）的萨尔提·巴特曼（Saartje Baartman）遗体，并最终于2006年5月根据他们传统的仪式安葬。从此，类似对保存在西方国家博物馆中的人类遗体归还的请求越来越多，并成为了一个信号，说明历史上曾经遭受身份认同伤害的群体重新获得承认的诉求。这些诉求同时建立于对所有人平等尊重和对区别的接受基础上。

不过，在大部分情况下，人们采取了另外两种补偿形式。赔偿是最常见的方式，不但必须与不法行为所造成的经济损失相符，也要与受害者承受的精神损失相符。但是，当我们谈论的是长达数个世纪之间的经济掠夺和人格否认时，怎样才能计算出一个足够的经济赔偿数额呢？如果认为损害还因为曾经的罪行所造成的欠发达状态而一直延续，赔偿数额的计算只会变得更加棘手。面对这些巨大的困难，最现实的方法无疑是谈判出一个关于发展援助项目的协议。前述意大利和利比亚2008年的协议就属此列。意大利通过此条约表达其对殖民利比亚30年历史的歉意，并以在25年间向利比亚投资50亿欧元的方式进行经济赔偿。在此个案中，财政手段是对历史侵害的赔偿，所以不同于其他形式。法律视角下由前宗主国向殖民地国家以单方或双方合意之方式提供的经济援助有所不同。此处涉及的财政援助实际上需要在对历史上造成的损害之承认前提下进行讨论，而意大利接受了这一前提，把经济援助作为对受害的身份认同之象征性赔偿，从而重新成了得以修复的历史的一部分。<sup>②</sup>

此外，在一些存在历史损害的场合，经济赔偿有时会令人感到不足，甚至根本不合适，所以一些国家或受害者彻底拒绝经济赔偿。一些非洲国家认为，转一笔钱就可以让过去奴隶贸易和殖民主义的罪恶得以弥补的想法本身就是堕落和卑鄙的。出于同样的理由，拉科塔族（Lakota）印第安人也拒绝了美国政府为了非法占领布拉克山（Black Hills）所支付的赔偿——对他们而言，接受这笔钱就意味着接受了对他们心中圣地的抢夺。诚实地说，如果经济赔偿得到接受，它可以帮助人们弥补造成身份认同损害的历史过错，但前提是赋予该赔偿意义的必须是一套“关于正义的论述”<sup>③</sup>和对大规模人格否认之事实的承认。出于此等考虑，可以肯定的是，抵偿（satisfaction）是一种对类似程度和性质的非物质损害更合适的补偿方式，因为直接指向的是对侵害的象征性赔偿。抵偿可以表现为相当多的形式，如承担责任、表达悔恨、正式致歉，或请求原

① 关于这种方式的恢复原状，参见 l'article 11 al. 2 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. 参见 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement>, 最后访问时间: 2012年12月15日。长期以来，相关讨论主要涉及对文化财产的归还和在联合国教科文组织内部建立政府间委员会。

② 这也是为什么摩洛哥国王穆罕默德六世1999年提出的关于适用第一种赔偿手段作为对酷刑和失踪的受害人之补偿的想法不具有可行性。Cf. Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire?*, op. cit., pp. 214-217.

③ Cf. Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire?*, op. cit., p. 229.

谅。美国弗吉尼亚州在2007年便率先就黑奴和对印第安人的剥削以及对其最根本权利的侵犯表达了公开的道歉和“深刻的悔恨”，并成为第一个这样做的美国联邦州。德国也在德班会议上就其殖民政策正式致歉。类似地，人们可以看到，美洲人权法院在涉及拉丁美洲原住民的多场诉讼的判决中，采取了较为罕见但无疑更有效的方式，比如举办文化展示、设立基金、建造纪念碑、设立纪念日、建造纪念博物馆或创立帮助原住民的组织。<sup>①</sup>

如人们所见，只有认识到这种种诉求深嵌于当代的承认范式之中的事实，才能阐明其实现的方式，并全面探索最佳回应。这一事实揭示，上述与历史相连的诉求如今看来如此丰富、充满动力，此前相当长的时间中却深陷静默。澳大利亚总理在1992年一段广为人知的演讲中曾经提出，人们看待原住民的方式已经发生了改变：

“我们开始承认，事实上是我们曾经作出了剥夺原住民的举动。我们曾经把传统上属于他们的土地夺走，也摧毁了传统的生活方式……我们曾经犯下罪行……我们国民中的一部分因为历史中的不正义，现在向另一部分致歉，表达悲痛与深深的悔恨，希望对方能够接受并给予原谅。”<sup>②</sup>

的确，对历史罪行承认的要求并不全然是新的。过去也曾出现过类似的例子。另外，也显然有其他因素可以解释目前对此类行为突然出现的执着热情，特别是人权话语的扩张，惩罚那些“属于无法辩护”、无法赦免的犯罪的愿望。<sup>③</sup>但是要求承认历史罪行由因为一种新的思想产生而得到极大的强化，那就是拥有对群体、个人自身的身份认同，并且现在通过历史和过去而认识现在的新方式得到强化。现在不再仅仅以所处的地位和现有的文化来定义自我，而是同时回顾群体、国家和共同体在历史上经历了什么、有何种记忆。<sup>④</sup>按照利科（Paul Ricœur）的说法，在时间序列之中，个人身份认同形成于群体规划内部，从而遭受“那些人们践行的针对某些群体的具体歧视”。<sup>⑤</sup>个人和群体身份认同的时间面向不仅仅使之成为了自己的历史，而且这一历史不会仅仅是对其存在的叙事，同样形成了一代又一代人共同记忆中流传下来的历史。殖民历史上发生的罪行否认原住民作为人的资格，其恶果延续至今。作为这些原住民后裔的个人、群体，都内化了一种负面的、妖魔化的自我形象，并因此也成为受害者。于是，拒绝承认的后果代代相传，无法弥补。<sup>⑥</sup>当人们意识到这种否定至今仍然是受害者或者其后代的梦魇时，自然而然会产生对正义的主张。也就是说，要求相关国家承担责任，并且要求对历史罪行进行赔偿，从而实现对他者的承认。对责任的承担和补偿必须消除那些在历史中形成的对污名化与贬损的总体情感，其方式则是敬畏受害者的记忆，或在平等尊严和对民族、文化之不同的尊重中重塑其人格。

① 这也是人权委员会2002/5号决议的观点。参见 <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4cb69425a268e0f4c1256c1b0045f03f?Opendocument>，最后访问时间：2012年12月15日。

② Cité in Martine Piquet, *Australie plurielle : Gestion de la diversité ethnique en Australie de 1788 à nos jours*, Paris, Editions L'Harmattan, 2004, pp. 215 - 216.

③ Paul Ricœur, *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubli*, Paris, Seuil, 2003, p. 609.

④ 当代的哲学家、社会学家和人类学家重新重视身份认同和记忆之间的关系，并且进行了深入的研究。Cf. Joël Candau, *Mémoire et expériences olfactives : anthropologie d'un savoir-faire sensoriel*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 9 ss.

⑤ Paul Ricœur, *Parcours de la Reconnaissance-Trois Etudes*, op. cit., p. 331.

⑥ Paul Ricœur, *Parcours de la Reconnaissance-Trois Etudes*, op. cit., p. 332.

而且在这个问题上，我们已经无法回到以前的状态上。在我们的时代，新的承认范式已经形成，所以逃避历史责任问题已经是不可能的事情了。造成这种责任的是对人之身份认同的否定之大规模犯罪，并且现在仍在产生作用。那些完全误解了承认之方式的人嘲笑那些悔恨的情绪，有些国家和政府至今没有意识到我们的时代所形成的新范式价值和冷战后的国际正义的范围已经让历史性承认之诉求无法拒绝。与此同时，我们也将接受，并没有一个简单的解决方式。德班会议就是一个例证。人们现在意识到，通过一次国际会议就想实现无边无际的关于认同的目标肯定是一个错误，更好的方式是通过国内、双边或地区层面寻求解决。所有的事项都取决于具体的语境和曾经发生的损害之范围，以及在回应中对身份认同的损害、对非物质性损害的补偿进行处理的方式。人们还意识到，国际法可以对此作出贡献的限度并不仅仅来自于法律与正义的秩序，也来自于爱、社会意识、教育和道德。这一面向对于决定承认的国际法究竟在哪些范畴发挥作用至关重要。承认的理念是法律和正义永远无法完全实现的目标，因为它意味着对他者如其所是的接受，无法仅仅通过法律来计算和衡量。<sup>①</sup> 此外，对于此处所说之重要历史罪行，法律之所以无法对承认之期待提供一个完全令人满意答案还因为其中存在着政治、道德和历史的重要性。当我们触及历史罪行问题时，解决方案不仅限于法律秩序，还涉及社会、政治、教育和文化秩序。历史过错和犯罪毁灭了从前的政治、道德结构以及文化表现，并形成了在规则、实践和制度层面对原住民的污名化。要想让殖民地人民和殖民者后裔从中获取知识和教训，除了可以对一个具体的历史罪行的具体案例实现正义的要求之外或是通过对那些关于责任的一般性承认的文本进行形式主义思考所得出的法律回答之外，还必须在教育、教学上加大投入，并创立新的机构。在这个意义上，有必要区分（1）与司法决定、悔恨情绪表达或责任承担相连的关于正式承认的国际法话语，（2）关于摧毁和重建的历史、教育、文化的工作，无法以法律文本或司法决定的方式呈现。<sup>②</sup>

### 三 新生的承认的国际法之困难和疑问

承认的国际法也会引发一系列困难和疑问。关于承认的法律是全新的，体现了一种新的必然性：在国际法上，不仅要承认每个人平等的尊严，而且要承认文化、多样性和身份认同的重要性，如此方能尊重让个人、女性、群体、民族之生命与历史具有意义的事物，结束那些摧残着他们的拒绝承认。人们得以负担那些以象征或文化之形式提出的要求，而不仅仅限于那些在发展的国际法中占据核心地位的、通过理智计算定义的物质利益。由此也证明了，在过去二十多年间，国际和国内层面都出现了不可忽视的对正义之要求的重新分配。<sup>③</sup> 然而这一新进展提出了一些并未完全解决的问题。如何在国际层面以法律形式满足当代的承认需求？如何全面考虑需要承认和保护的身份认同？我们谈论的是谁的身份认同？对特定文化和身份认同的法律保护如何与其他的法律部门相容，特别是人权和国际经济法？事实是，作为我们时代特征的“对身份认同的渴望”

① 霍耐特和利科都主张，在“主体之间承认的秩序”中，存在着先于或超越法律的认知结构。Paul Ricœur, *Parcours de la Reconnaissance-Trois Etudes*, op. cit., p. 295.

② 或许现在关于大规模的犯罪仍有修正主义的认识，但目前人们也在反对这种倾向。Cf. Johann Michel, *Gouverner les mémoires: Les politiques mémorielles en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 135 ss.; Martti Koskeniemi, *La politique du droit international*, traduit par Hélène Cadet, Paris, Editions A. Pedone, 2007, p. 227 s.

③ Cf. Caillé A. (dir.), *La quête de reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, op. cit., p. 5.

会带来复杂的后果。它确实体现了长时间污名化受害者的那些群体、国家或个人对承认的正当期待,也在国际法层面提供了可能的解决方案。但是也不能忽视,全球化的世界也剥夺了个人、群体和民族的特性,有时要求不论如何都要实现社会确定性,于是那些极端的原教旨主义身份认同主张为了自我实现,可能通过不断增加关于承认的法律而最终侵犯了个人的基本权利。<sup>①</sup>

就各文化平等尊严的原则而言,其基础是2005年《文化多样性公约》和其他国际法文本中确立的多样性原则,却在整体秩序方面造成了问题。该原则在国际法秩序上确立了各种文化之间严格的等值性,然而问题是人们远远无法认为所有的文化实践都具有相等的价值和同样的尊严。例如,真的能认为如阴唇切除术这种文化实践和其他的实践具有同样的尊严吗?正如泰勒(Charles Taylor)所指出的,对这一问题的肯定回答会让我们陷入夸张且极具争议的严格文化主义之中。<sup>②</sup>所以说,保存每一种文化实践的完整性是有界限的,其界限就在于对所有人基本权利的尊重,不是对每一种文化的平等尊重,而是对每个人作为人之尊严的尊重,人的尊严才是此处所有理论建构的基础。其中,2003年生效的《非洲人权与民族权利宪章》之特别关于妇女权利的议定书第5条b款规定,所有传统上的有害行为,特别是阴唇切除术,因为有悖于妇女人权而必须禁止。<sup>③</sup>换言之,因为这一地区性的规则存在,人们称为“强文化主义”的那种特殊主义论调也就变得无效了。而且同样的规范也在2001年的《世界文化多样性宣言》第4条和2005年《文化多样性公约》第4条中得到确立,其清晰地提出,文化多样性的诉求不能以人权之损失为代价。

话虽如此,此处仍有必要讨论所谓“弱文化主义”,因为沿着其理论对人权本身进行文化解释可以让问题继续扩展。需要了解人权在国际法层面到底扮演了何种角色,又是否成就了一种文化帝国主义。虽然因为篇幅和主题的关系,对这一问题不能展开深入全面的探讨,但至少可以提出一点意见。需要区分两种不同的问题:各种文化平等尊严的问题和各种文化实践和表达的平等尊严问题。因为没有哪种文化可以简化为一两种在其内部生成的文化实践,而且仅仅通过拒绝一种文化实践或表达就否定产生它的文化是倒退、与新国际法精神相悖。人们往往忽略了这种区别。但建立于承认之上的后冷战、后殖民时代,有必要捍卫保障了各文化之间平等尊严的法律原则。虽然不会因此放弃关于每个人平等尊严的法律原则,但是也不能在这一问题上让步:任何一个文化都不能在法律上主张优于其他文化并采取与多样性原则相悖的霸权主义政策。实际上,谴责一些文化实践或表达中令人失去尊严之特征,无论在发达国家还是发展中国家都同样存在,目的是彻底贬低一些文化之整体,或反对文化之间平等尊严的原则、反对让一般人权适应这些文化的正当需要。<sup>④</sup>

此外,人们也不能忽视承认的国际法事实上(而非法律上)受到国际经济法的支配。直至今日,经济规则的运用都让此时最强大的群体和私有经济主体实现其经济和文化上的双重主导,

① 以下著作在该议题上特别重要。Amin Maalouf, *Les Identités meurtrières*, Paris, Le Livre de Poche, 2001, 189 p; Amartya Sen, *Identité et violence*, op. cit.; Arjun Appadurai, *Géographie de la colère: La violence à l'âge de la globalisation*, traduit par Françoise Bouillot, Paris, Payot, 2009.

② Charles Taylor, *Multiculturalisme*, op. cit., p. 61.

③ See [http://www.achpr.org/francais/\\_info/women\\_fr.html](http://www.achpr.org/francais/_info/women_fr.html) (last visited on December 15, 2012).

④ Cf. Celestine I. Nyamu, "How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries", (2000) 41 *Harvard International Law Journal* 381, p. 381.



而无视承认的规则。《文化多样性公约》的规则要得到实施，需要在适用上优先于世界贸易组织的商业规则，或者至少与后者相匹配。只要世界贸易组织依然把严格得多的文化例外作为文化领域唯一的法律规则，而世界第一大经济体美国继续通过双边条约的法律技术限制承认的国际法适用范围、促进自由贸易，联合国教科文组织 2005 年关于文化表达多样性的原则就前景黯淡。《文化多样性公约》生效后，美国就通过与第三世界国家签订双边协议，用经济利益换取对方放弃公约所规定之保护和推广民族文化的国内措施。此种政策之中的犬儒主义立场彻底摧毁《文化多样性公约》对文化承认和身份认同尊重设立的重要规定。再举另一个例子，少数民族和原住民对他们遗产、传统艺术、森林、原始居住地等权利也很难得到保证，只要像石油公司、矿产公司和林业公司这样的国内和跨国的私人经济体仍可以通过完全“合法”的方式（比如明显对投资人有利的投资协议）获取这些资源。<sup>①</sup> 比如在拉丁美洲，许多企业都意识到，鼓励减少投资规制的全球化和新自由主义经济体系为他们开拓了新的市场，但原住民权利显然受到了威胁。<sup>②</sup> 有些企业恰恰因此陷入争议甚至诉讼，如在危地马拉活动的格拉米斯采金公司（Glamis Gold）和蒙大拿采金公司（Montana）、在玻利维亚和秘鲁活动的西班牙国家石油公司、在厄瓜多尔的德士古（Texaco），但现在仍然有无限可能用社会法、原住民权利和人权，在法律上限制那些在国际投资法上全然合法的活动。

《文化多样性公约》谈判阶段已经讨论过不同的法律领域关系的问题。参与谈判的各方非常明白，因为存在着各国在经济上的不平等，如果现有的竞争法可以优先于文化多样性法的话，文化表达多样性原则只是不能带来什么实质结果的纸上谈兵而已，<sup>③</sup> 所以曾试图不但把各国之间发展水平的不同纳入考量，更在公约中规制一些国际经济法上的问题。有不少的规则是关于发展问题的，把合作原则、优先对待原则、对发展中国家的支持基金引入该公约中（第 2 条、第 13 到 18 条）。但目前该基金尚囊中羞涩，而且如果发达国家有意利用关于合作的规定影响发展中国的文化取向，这些规定反过来会变成新文化帝国主义自我实现的工具。<sup>④</sup> 所以，新的国际法本身的后果也并不明朗，而且有可能在实践中变成对贫困国家的新限制。而且，《文化多样性公约》第 20 条和第 21 条规定了它和缔约国所签订的其他国际条约（包括经济和财政方面的条约在内）之间的关系。第 20 条规定，公约和其他的国际条约“相互支持、相互补充、互不隶属”。既然互不隶属，那么各缔约国便不能因为签订了其他的条约而拒绝履行《文化多样性公约》，但反之亦然，不能以该公约为由改变其加入的其他国际条约。此处涉及的是对条约法常规适用。所以需要讨论的只是“相互支持”、“相互补充”以及可以在现有各公约规定之间找到相容性解决办法的假设。然而，规则之间，相关机构之间的相容性实际上可能以提出一个共同的经济方案来实现，从而让多样性法律原则具有实效。但我们不应止步于此。更值得关注的是，现在根本不知道如何才能协调保存和推进文化多样性的法律与国际经济法之间的关系。且至少现在所有的迹象都表

① Cf. Frédéric Deroche, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre: Un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, 2008.

② Cf. Janeth Warden-Fernandez, "Indigenous Communities' Rights and Mineral Development", (2005) 23 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 395.

③ Cf. Elsa Comby, «Quel type de coopération peut être engagé entre pays du Nord et pays du Sud», in H. Ruiz Fabri, (dir), *La convention de l'UNESCO sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques*, Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 255 – 266.

④ H. Ruiz Fabri, «Conclusion à deux voix», op. cit, p. 276.

明,在两者的潜在竞争中,世界贸易组织的新自由主义国际经济法会像它在其他国际法中那样,实实在在地占据上风。

出于同样的原因,如果不能消除这一阻碍着文化多样性和身份认同发展的经济和文化霸权,那么承认的国际法在一些领域面临着缺乏实效的风险,而且在很大程度上无法改变对文化和身份认同的损害。这样,承认的国际法就展现出了特别令人关注的、一个甚至会为怀疑所有这些法律发展的立场提供论据的面向,因为人们可以认为,在主流的、不关心身份认同和文化的新自由主义世界秩序中,它实际上是以迂回、隐秘的方式,进一步剥削了个人、国家、群体和处在边缘的个体,后者得到的不过是一种自己比以前更受尊重的印象罢了。<sup>①</sup>我们原初的目的可能在实践中彻底丧失,以至于继续使用这些法律工具无异于倒持太阿,原本对承认的诺言在现实中则造成对人们本欲反思和改革的现存秩序之“自愿服从的形式”。<sup>②</sup>

## The International Law of Recognition

[France] Emmanuelle Tourme-Jouannet Translated by Zhu Mingzhe

**Abstract:** Following the cold war, the global society has had to face cultural and identity claims which have created new tensions within legal equality and cultural differences. Indeed, disadvantaged states, but also minorities of all kinds (natives, ethnic groups and women), feeling stigmatized, tend today to have their own dignity, their identity and also their specific rights acknowledged. Some of them are even looking for compensation arising from infringements of their identities and forfeiture of their properties. To provide an answer to those claims, subjects of the international society have built up a new area of law called the “international law of recognition”. The aim of this article is to give rise to such an evolvement and to spot legal practices related to this new right of recognition. Consequently, the author offers to submit their presuppositions and their implications to a critical analysis.

**Keywords:** Cultural Diversity, Subject of International Law, Recognition, International Treaty Law

(责任编辑:郝鲁怡)

① 根据社会所期待的形象塑造自我,不过是自愿服从的一种形式。承认的“意识形态形式”应当与此种“正当化的形式”区分开。Cf. Axel HONNETH, Olivier VOIROL, Alexandre DUPEYRIX, et Pierre RUSCH, *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2008, p. 245 ss.

② Cf. Axel HONNETH, Olivier VOIROL, Alexandre DUPEYRIX, et Pierre RUSCH, *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2008, p. 245ss et 286 ss.