

# 自決權與憲政理論

● 季衛東

## 一 法治與自決之間耦合的可能性

眾所周知，現代憲政的理想是人民主權、法治國家，在制度設計上存在着兩種基本思路——以絕對的個人權利限制政府權力的洛克 (John Locke) 的思路和以普遍的公共意志支配政府意旨的盧梭 (Jean-Jacques Rousseau) 的思路。但在十八世紀以來的現實政治生活中，民主法治的權力結構主要體現為議會本位，以選舉和審議的程序為運作的樞紐。

時至二十世紀後期，這種基本架構又受到了某些修正。值得強調的主要有兩點改進：一項是沿着洛克的思路，通過司法機關對立法的合憲性審查來切實保障人權和個體自由；另一項是沿着盧梭的思路，採取法案的公民投票 (公投) 以及行政首長的公民選舉 (公選) 的方式來拓展民主的廣度或深度，試圖在某種條件下、在某些特定的範圍內促進直接民主式的政治活動，以便更徹底地推行人民主權原則及其具體表現形態——自決權 (the right of self-determination)。因此，當

我們重新考慮中國憲政的設計時，也應該與時俱進，把代議制、司法審查制以及人民自決權作為民主化社會穩定的「鐵三角」而納入視野和議程之中。筆者已經就重組人民代表大會和政治協商會議的關係並引進司法審查制發表過些許淺見<sup>①</sup>，現在再對如何定位公民直接表決等問題進行初步的探討。

人民自決的觀念頗像老子所說的「玄之又玄，眾妙之門」，是許多浪漫主義政治學說的源頭活水。然而，在蘇聯的締造者列寧和美國第二十八屆總統威爾遜 (Woodrow Wilson) 的大力倡導下，民族或人民自決的原則終於掙脫了浪漫論的羈絆，被轉化成國際共產主義運動和非孤立主義外交政策中的現實政治的訴求，並作為國家內部以及國家之間關係的制度動力裝置，在二十世紀推翻殖民主義統治、進行民族國家建設以及樹立新世界秩序的歷史過程中發揮了非常重要的功能。時至當今，國際法已經把民族自決、人民自決的原則認定為基本人權以及實證性規範的一個組成部分。此外，自決的觀念還在不同程度上滲透

現代憲政在制度設計上存在着兩種基本思路：一是沿着洛克的思路，通過司法機關對立法的合憲性審查來切實保障人權和個體自由；另外是沿着盧梭的思路，採取法案公投以及行政首長公選的方式來拓展民主的廣度或深度。考慮中國憲政的設計時，應該把代議制、司法審查制以及人民自決權納入視野和議程之中。

人民自決的原則正好處於主權與人權、政治與法律、支配與抵抗的交會點上。在當今中國，台灣地區的「獨立公投」動議和大陸地區的「村民海選」實踐已經把怎樣界定和評價人民自決權作為具體的憲法性問題提到國家權力機關面前，使之無法繼續被僅僅理解為反對殖民主義或抵制世界單極化的政治符號。

到國內法之中，表現為地方公共團體的自治、企業的工人自主管理等形式的制度安排。

從憲法學的角度來看，人民自決的原則正好處於主權與人權、政治與法律、支配與抵抗的交會點上，可謂主權在民思想的關鍵之所在，理應成為首要的研究對象之一。但是，令人大惑不解的是，有關這方面的文獻大都集中發表在國際政治學和國際法學的領域裏，與國內外的憲法研究以及比較憲法學基本上無涉。即使在討論人民主權、直接民主、地方獨立性、民族自治、「一國兩制」等方面的法理根據的場合，自決權的話語也幾乎完全被拒之門外。

為甚麼會出現這樣的局面？我認為主要存在如下三點理由：第一、自決主張曾經體現為從反殖民統治到反現行體制的各種各樣的群眾運動，顯示出很強的解構能量，在主觀或客觀上都對既定的國家秩序構成了嚴峻挑戰乃至潛在威脅。第二、作為一種哲學理念的自決原則固然是美好的，但其思維邏輯上仍有一些曖昧不清的地方，因而在制度設計的層面很難充分實現社會對確實性和穩固性的要求，也很難充分說明之所以要保持社會制約以及國家暴力的前提條件。第三、如果對自決的主體以及效力範圍不能給予嚴格的界定，那麼逐層類推的自決訴求就很有可能導致一種無限制的自我表達權觀念以及超自由主義的無政府狀態，最後陷入「造反有理」的窠臼；但如果預先規定實體性標準來限制意志自由的外延，又很容易流於形式，使人民自決的原則最終名存而實亡——這就是自決邊界的悖論。

毫無疑問，上述理由都持之有據，是應該得到正視的。然而，關於

人民自決的危險性（第一條理由）和悖論（第三條理由），歸根結柢是如何防止自決權在地方分離主義的催化作用下變成不斷對主權進行切割的工具，或者反過來在文化保守主義的催化作用下，變成主權繼續對人權進行摧殘的藉口之類的法理上的根本問題。憲法學考察的對象也正是如何適當處理主權與人權之間關係的價值、程序、制度以及技術，何況憲政不僅要通過法治精神來限制各種權力和行為，而且要通過民主精神來克服法律實證主義的流弊，更需要人民主權的原理作為價值的終極根據來替代超越之力的神話。在這樣本質性的意義上，前面的兩條理由不僅不足以構成妨礙憲法學對人民自決權進行探討和重新解釋的根據，反倒更加證實了過去在國內基本規範領域裏忽略自決原則的研究確實有不妥之處。至於自決權缺乏可操作性的第二條理由（法治的邏輯困境），雖然仍然可以存續，但在歐美各國出現公民抵抗權運動和普及公民投票制之後，其說服力也正在逐步減弱。

實際上，在當今的中國，台灣地區的「獨立公投」動議和大陸地區的「村民海選」實踐已經把怎樣界定和評價人民自決權作為一個具體的憲法性問題提到國家權力機關的面前，使之無法繼續被僅僅理解為反對殖民主義或抵制世界單極化的政治符號。儘管民進黨關於人民自決的訴求也涉及國際法，但我認為其實這首先還是屬於國內法的範疇——如果付諸實施在台灣需要經過本地司法院大法官會議的合憲性審查程序，在大陸則需要經過中華人民共和國政府（它對包括台灣區域在內的中國整體的合法代表權已經獲得國際協定的承認）就局部人民

單方獨立權的有無進行表態的決定程序。既然在現行制度的條件下根本無法認可海峽兩岸是國際關係，怎麼能夠對一方的自決訴求或者另一方的和平統一主張置若罔聞，不進行(國內法層面上的)憲法學探討呢？另外，農村基層民主之類的實踐經驗也表明，人民自決原則只要不被濫用，就完全有可能與法治秩序形成良性的互動、組合以及協調的關係。

## 二 人民自決的三個發展階段

人民自決的觀念發軔於德國哲學家費希特(Johann G. Fichte)把自由意志的主體從個人擴大到團體(包括社群和民族)的學說<sup>②</sup>。但是，人民自決原則的直接性思想根源和表現形態實際上更為複雜。根據美國匈裔學者羅楠(Dov Ronen)的分析，自決權的形成得益於五種不同的政治主張，即：在1830-1880年代興起的民族主義國民自決論、在1847-1880年代興起的馬克思主義階級自決論、在1916-1920年代興起的少數民族自決論、在1945-1960年代興起的反殖民主義有色人種自決論，以及在1960年代中期以後興起的反現代主義的族群(ethnicity；本土性、次文化性集團)自決論<sup>③</sup>。關於自決的這些思潮雖然互有消長，但並不存在彼此替代的關係，至今它們仍然並存而且還競爭不已。儘管如此，我們還是可以大致劃分出三個不同的發展階段。

人民自決原則發展的第一個階段是在兩次世界大戰之間，形成了對外自決權(external self-determination)的理論和規範，其主要推動力來自殖民

地獨立運動。如前所述，是列寧和威爾遜獨具慧眼，比別人更早地從中察覺到通過民族解放運動來達成各自理想目標的現實可能性。在第二次世界大戰結束後，由於蘇聯代表團的堅決要求，人民自決的原則終於被寫進聯合國憲章，成為新世界秩序的基礎。

然而，在1966年兩個國際人權公約制訂後，各在公約第一條分別規定的「一切人民的自決權」的範圍都理所當然地被解釋為包括兩個公約的所有參加國人民在內，而不僅僅是指殖民地人民。1970年《關於各國依聯合國憲章建立友好關係及合作關係的國際法原則的宣言》和1975年歐洲安全保障協作會議(CSCE)的《赫爾辛基宣言》也都採用了同樣的表述並能從上下文中確認同樣的概念內涵。可以說，至遲在1976年兩個國際人權公約生效之後，任何民族國家的人民自決權也都已經變成了實證法上的權利<sup>④</sup>。值得注意的是，在這裏自決權的主體是統一國家的公民整體，而不是其中的某一部分人民。

人民自決原則發展的第二個階段是冷戰時期，除了前面介紹的實證法涵義上的權利認定之外，最重要的是出現了區分對外自決權與對內自決權(internal self-determination)的類型論。

在1970年代，人民自決原則與保障人權的訴求相結合，正式形成了對內自決權的概念。最有象徵性的事實是，聯合國人權委員會在討論兩個國際人權公約第一條關於自決權的內容時表明：自決權不僅適用於殖民地統治狀態，也是一種永恆性的、普遍性的權利；對於獨立國家的人民而言，自決權主要是對內自決權，也就是選擇社會體制和政府的權利，與個人自

人民自決原則發展的第一個階段是在兩次世界大戰之間，形成了對外自決權的理論和規範，其主要推動力來自殖民地獨立運動。第二個階段是冷戰時期，最重要的是出現了區分對外自決權與對內自決權的類型論。第三個階段是冷戰結束後，對內自決權日益成為政治和法律話語的熱點。

由和政治參與等基本人權的保障有着密切聯繫。正是由於人權保障的評價也被組合到自決權概念中去了，在1970年代末以後，「如果新興國家不能在脫離殖民統治後充分保障國內人權，那麼即使宣告獨立也不等於就有效行使了自決權」的主張開始引人矚目<sup>⑥</sup>。

人民自決原則發展的第三個階段是冷戰結束之後，對內自決權日益成為政治和法律話語中的熱點，甚至有昇華為國際性法律規範的趨勢。

在這個過程中，有一些少數民族或族群試圖借助人權保障問題作為中介環節在自決權中尋找分離獨立——即對外自決權——的根據，試圖通過民主化的途徑爭取作為自決權主體的資格。他們的邏輯是，既然對內自決權（民主）不能充分實現，那麼只好追求對外自決權（分離）。由於存在這樣爭取獨立的希望，即使沒有把握通過民主主義程序行使自決權的少數民族或族群，也躍躍欲試。

針對這種有可能危及世界法治秩序的情形，一些國際法專家（特別是歐洲的學者和政界人士）又反過來限制對外自決權，強調國際民主主義的本質是主權平等；對非殖民地的主權國家的人民，只能在像南非共和國那樣的例外事例中才承認其分離獨立的訴求；在一般場合，無論政府如何專制和獨裁，只要沒有實施制度化的種族歧視或者宗教歧視，就不能承認其人民享有對外自決權<sup>⑦</sup>。但另一方面，在政治的實踐中，聯合國已經開始把民主主義的國際保障作為新的活動目標，積極介入行使自決權以及選舉政府的人民投票的有關組織活動<sup>⑧</sup>。由此可見，在考察人民自決原則時，我們的確有必要把憲政問題與國際法的發展結合起來。

### 三 限制對外自決權的國際法規範

站在現行國際法的立場上來考察自決權的行使，可以發現無論是權利主體還是權利主張其實都是受到各種限制的。一般而言，在獨立國家的內部，人民不能任意進行對外自決——分離——的活動<sup>⑨</sup>。實際上，在自決權確立成國際法上的實證性權利的整個過程中，作為主權構成要素的領土完整（territorial integrity）的原則一直得到反覆的強調。

例如：給予殖民地獨立的宣言規定「試圖部分地或者整體地破壞國家統一和領土完整的任何企圖都與聯合國憲章的宗旨和原則不符」，國際法原則的宣言也規定該宣言關於自決權的「各項內容均不得解釋為承認或獎勵任何打着按照上述人民平等和自決的原則辦事的旗號來分割、損害一個已經擁有不分人種、信仰或膚色而代表全體人民的政府的主權獨立國家的領土完整以及政治性統一的行為」。這兩個宣言還另行規定了尊重領土完整的義務。兩個國際人權公約第一條關於自決權的規定的有關解釋，同樣一直強調自決權的行使不得損害獨立國家的領土完整。歐洲安全保障協作會議的1990年《為了新歐洲的巴黎憲章》，也再次確認了在遵循聯合國憲章以及包括關於國家領土完整的規範在內的國際法規範的前提之下的人民平等和自決權。領土完整本來是與戰爭和行使武力相關的概念，但在當今世界，它的涵義變得更加廣泛，成為與侵犯領域、分離獨立、強制措施、環境破壞等各種侵害行為相對抗的權益根據。因此，領土完整原則與不干涉內政原則之間的接近和交

站在現行國際法的立場上來考察自決權的行使，可以發現無論是權利主體還是權利主張其實都是受到各種限制的。一般而言，在獨立國家的內部，人民不能任意進行對外自決活動。實際上，在自決權確立成國際法上的實證性權利的整個過程中，領土完整原則一直得到反覆強調。

錯日益明顯<sup>⑨</sup>。當然，不干涉內政原則作為限制行使自決權的獨立機制，也一直得到強調。

行使對外自決權有各種不同的方式，可以歸結為戰與和這兩種基本類型。首先必須指出，以武力來尋求分離獨立的做法在國際法上是受到嚴格限制的。它只有在具備以下條件的情形下才能得到理解和同情，即：

(1) 存在中央政府進行歧視性統治(準殖民地狀態)或者集體性屠殺的事實；(2) 中央政府沒有進行過任何和平解決的嘗試；(3) 分離獨立運動得到全國人民的廣泛支持<sup>⑩</sup>。

其次還應該注意，即使採取和平的方式，單方面的分離獨立主張也還是要受到國際法限制的。國際法原則宣言關於自決權不得解釋為可以容忍破壞國家統一和領土完整的行為的規定，其原意實際上就是要針對部分國民的分離獨立運動設置一道防禦線。雖然後來的解釋超出起草者的意圖，把有關內容理解為一切人民都享有選擇真正能不分人種、信仰或膚色、代表全體人民的政府的權利——對內自決權，但是並沒有為部分國民任意行使對外自決權留下任何餘地。在國際法上，本國的某一組成部分沒有單方面主張分離的權利；新國家形成的有關事宜都被委諸該國的國內法；如果單方面分離的訴求與憲法不符，國際法也將以違憲視之。關於這一點，加拿大最高法院在1998年8月20日就魁北克省的分離獨立問題所作的諮詢意見闡述得非常清楚<sup>⑪</sup>。

在這裏可以看到，人民自決仍然是以國家統一和領土完整為前提的，現行國際法體系繼續堅持防止分離主義傾向的一貫立場。然而，也不能不留意到，人民自決的原則正在發生一

些內容構成上的微妙變化。隨着社會價值觀的發展，自決權的重心逐步從對外轉向對內，制止分離和獨立訴求的法理根據也將把行使對內自決權的可能性和實際狀態納入視野之中。換言之，如果對內自決權不能充分行使，那麼對外自決權的主張就可以得到同情和支持這樣一種邏輯已經開始被嵌入法律話語之中。實際上，冷戰結束後的國際社會對以民主化為基礎的善治的要求越來越高，對人道主義干涉乃至和平分離的寬容度也有所增加<sup>⑫</sup>。

#### 四 有關對內自決權的憲政設計

既然人民自決原則的重心正在轉向對內自決權，也就是說從國際法轉向國內法並且開始與憲政發生越來越密切的關係，那麼我們就有必要專門分析一下對內自決權的內容和意義。

關於對內自決權的具體內容還有爭議。有人甚至認為這一概念只適用於文明化的、民主的、產業發達的國家，與對外自決權只適用於殖民統治社會形成對照。但一般而言，對內自決權的和平行使方式主要應包括以下三種：(1) 在具備制度性條件的前提下，通過選舉改變政策、政府乃至政治體制，從而更好地滿足人民對於物質生活和精神文明以及各種自由的需求；(2) 通過憲法和法律的規定實現廣泛的自治，以達到自決權的最低目標——不受他者支配；(3) 在對內自決的前景不看好的情況下，通過與中央政府的協商以及其他壓力活動就分離獨立達成合意，或者反過來以對外自決為槓桿推動對內自決的進展。

以武力尋求分離獨立的做法受到國際法嚴格限制。它只有在具備以下條件的情形下才能得到理解和同情，即：(1) 存在中央政府進行歧視性統治或者集體性屠殺的事實；(2) 中央政府沒有進行過任何和平解決的嘗試；(3) 分離獨立運動得到全國人民的廣泛支持。

圖為山西煤礦工人慶祝中國以「一國兩制」收回香港。中國歷來強調以自治方式行使對內自決權，在港澳台問題上則採取「一國兩制」，也有學者提出以聯邦制推動憲政和民主化的思路。但是，仔細分析聯邦制的結構和功能以及前提條件就會發現，至少在現階段，中國是不宜導入聯邦制的。



中國歷來強調以自治的方式來行使對內自決權。在少數民族問題上，從1952年的《民族區域自治實施綱要》到1984年的《民族區域自治法》，都貫穿了既反對大漢族主義也反對地方民族主義的平等和團結精神。除在政治制度上不容許自由選擇之外，少數民族在經濟、社會、文化、宗教等各個領域都享有廣泛的決定權<sup>⑩</sup>。在港澳台問題上，從1979年起採取「一國兩制」方式收回被割讓和租借的領土、爭取台灣海峽兩岸的統一，也是要通過自治和共存的制度安排來回應少數者的利益訴求。然而，由於國內外政治因素的影響，中國式的廣泛自治似乎還沒有為國家統一大業以及對內自決權奠定堅實的基礎。

在這種背景之下，有些學者提出了通過聯邦制來推動憲政和民主化的思路<sup>⑪</sup>。與此相關的還有借助「制度化分權」以及「地方民主」進行操作的政治改革方案<sup>⑫</sup>。但是，仔細分析聯邦制的結構和功能以及前提條件就會發現，至少在現階段，中國是不宜導入聯邦制的。只有在民族、族群之間的關係、政治精英集團之間的關係比較安定的條件下，聯邦制才能有效發揮

其調動地方積極性的作用，而不能反過來指望聯邦制來解決民族、族群、政治集團之間的糾紛，更何況政治原理上的根本對立。這方面的例證不勝枚舉，比如美國的聯邦制非常成功，但在兩種迥異的生產方式和價值體系的衝突之下，也不免有南北戰爭那場浩劫<sup>⑬</sup>。舊南斯拉夫早就採取了聯邦制，但並未能防止民族問題引致國家分裂<sup>⑭</sup>。即使像加拿大那樣周邊很安全的聯邦國家，也難以阻擋魁北克省的獨立企圖<sup>⑮</sup>。

可想而知，在中國民主化的初期，大多數政治人物還不能充分掌握妥協的藝術，也缺乏理性的政策競爭所要求的手段和經驗，往往傾向於採取投機主義態度來打「族群牌」，以激進的本土化主張來迎合群眾、以煽情的修辭技巧來爭取選票。再加上周邊國際關係又十分複雜，不乏暗盤交易的市場。於是，政治陷入混亂的概率會大大提高，訂立完善的聯邦契約的可能性更會大大削弱，對於通過區域性公民投票實現分裂那樣的離心傾向的理性阻力也會大大減少。即使在表決中未必佔優勢的少數民族或族群也很容易受到來自對外自決權的誘惑、

鋌而走險。從此國內局勢以及周邊環境將會變得非常不安寧，在這種狀況下，即使本來有機會實現的對內自決權也有理由被擱置起來，出現事與願違的結局。

除民族區域自治、「一國兩制」以及聯邦制之外，還有沒有其他行使對內自決權的補充性方式或者更好的方式？從英國處理北愛爾蘭獨立運動的實踐經驗中，我們可以看到某種非常有趣的趨勢，自決權訴求的焦點可以從「存異·並立」式的自治轉移到「求同·分享」式的共治，爭持不下的雙方最終統一到某種互相理解和各自接受的制度之下。本來處理種族糾紛和文化衝突的通行做法是隔離——以便實現「井水不犯河水」那樣的相安無事，但隔離其實也未必能真正解決問題。使北愛爾蘭在1998年終於接受和平協議的創造性方案的構想則有所不同，其宗旨是「從社會的爭奪到社會的共有」、從分離到合作，主要內容是通過「同意的原則」(consent principle)、「社群交叉共識」(cross-community consensus)、對少數派權利的保護措施(safeguards)等制度安排來促成不同族群在對等的條件下共同參與決策，從而實現「分享權力」(power-sharing)的目標<sup>⑨</sup>。這種從分離到共有的解決方案雖然也不是沒有缺陷，但的確取得了顯著成就，有不少值得借鑒之處。

實際上，英國處理北愛爾蘭的獨立與自治問題的方案也再次證明了關於組織化社會中存在着退出(exit)和抗議(voice)之間正負相關的邏輯結構——即：抗議的作用隨着退出機會的減少而增大，而退出的機會能夠增強抗議的效果——的赫施曼(Albert Hirschman)命題的普遍性<sup>⑩</sup>。換言之，

雖然對內自決權的享有不一定就能充分阻止對外自決權的主張，但為了避免分離則必須加強對內自決權的制度性保障。在這種意義上，對外自決權可以成為推動自治化和民主化的槓桿；而政治改革就成為維護國家統一和領土完整的重要前提。

把政治改革與對外自決的問題聯繫在一起來討論，顯然視野決不會限定在多數者統治這一個方面，因為提出分離和獨立訴求的幾乎都是少數者。所以，對內自決的實質並不是單純的投票行為，而在於如何適當調整多數派與少數派的關係，維持兩者在政治交涉中地位、機會以及資源動員能力方面的對等性，以防止對少數族群的投票力進行稀釋(vote dilution)。當然，在難以擺平的場合，應該承認分治、自治——例如「一國兩制」——是一種較好的制度安排；但在理想的狀態下，社會共有——例如揚棄中華民國(第一共和)與中華人民共和國(第二共和)之間主權之爭，兩岸攜手共同締造「第三共和」——還是應該成為追求的目標。另外有一點也需要特別留意：雖然對內自決不是非採取民主表決的方式不可，但對內自決無論如何都不會在反民主的狀態下實現。自決的本質是不受他者的支配，除非這個他者是自己選擇的；如果人民不能對政府的人事和政策進行真正自由的選擇，那麼人民自決又從何談起？由此推而論之，公民投票制當然可以成為自決權的一項衡量指標。

## 五 自決權與公民投票制

人民自決的原則傾向於在議會之外的直接民主，而推行直接民主的

把政治改革與對外自決的問題聯繫在一起來討論，顯然視野決不會限定在多數者統治這一個方面，因為提出分離和獨立訴求的幾乎都是少數者。在難以擺平的場合，分治、自治是較好的制度安排；但在理想的狀態下，社會共有——例如揚棄中華民國與中華人民共和國之間主權之爭，兩岸攜手共同締造「第三共和」——應該是追求的目標。

制度性措施是公民投票。在歐美的語彙中，公民投票包含若干不同的概念，因此存在以下不同的表述形式和制度類型。即：(1) 由全國人民就涉及主權的有關問題進行直接性決策或者信任表態的專項表決式公民投票 (plebiscite) ⑳；(2) 源於美國諸州的由人民進行直接立法的徵求意見式公民投票 (referendum) 以及請願和相應的公民提案投票 (initiative)；(3) 由人民進行直接任免的彈劾和相應的公民提案投票 (recall)。從對內自決的觀點來看，對憲法修正案以及法律等進行直接投票的第 (2) 種類型最重要，也最有現實意義㉑。

首先需要明確指出，如果把對內自決權的制度框架僅僅建立在公民投票的基礎之上，那麼就很有可能出現兩個法理上的陷阱：一個是外國假借民主的名義干涉內政，另一個是在把自決權融化為個人權利之後，自決權將名存實亡㉒。因此，公投是不能無條件正當化的。

不言而喻，現行國際法上承認的人道主義干涉本來有嚴格的界定，只限於制止某國對其本國公民進行野蠻而廣泛的虐待 (例如大規模屠殺、種族歧視)。但在實踐中，該原則往往遭到濫用，成為強權侵略和佔領弱小國家的粉飾性理由㉓。當人道主義干涉與對內自決權結合在一起時，涉及面必然要擴大到政治體制和決策方式，濫用的危險會成倍增大。還會出現「民主主義對抗民主主義」的奇怪事態，即建立在國格平等基礎上的國際民主原理與建立在人格平等基礎上的國內民主原理發生正面衝突，使自決權中包含的人民自由選擇社會體制、政治制度以及生活方式的內在矛盾能推導出截然相反的複數解

釋。自決權靠投票行為來實現，卻又因投票行為而分解，這就是前一個陷阱——國際法上的陷阱——的表現形態。

國際法上承認的自決權是一種集體人權，其主體是殖民地和被壓迫民族的人民或者主權國家內部的全體公民。雖然自決權的範圍有擴大到國內少數民族、族群的傾向，但並沒有改變基本屬性的定義。然而，當對內自決的標準改變為對市民自由權的保障，並且通過一人一票的表決來判斷時，實際上自決權的主體就由複數的人民變成了單數的個人，集體人權與個體人權的界限也被抹消殆盡。在這樣的狀況下，人民自決的原則已經失去了本來的內涵，甚至不再具有存續的意義。沒有個人自決就很難落實人民自決權，而承認個人自決卻又可能挖空人民自決權，這就構成了另一個陷阱——國內憲政設計上的陷阱。

由此可見，人民自決與公民投票之間的關係十分複雜。我們不能把民主憲政還原為單純的投票行為，而且必須從參加度、計票以及治理結構這三個基本環節上分析投票權的實際運作㉔，尤其要充分考慮協商性審議 (deliberative) 以及公共選擇的整合化問題。因為不經過審議的投票容易流於盲動，而不伴隨投票的審議又容易失之清談。即使在審議之後才投票，也不能排除在不同情境下做出的選擇受制於特定的力量對比關係或者政治妥協，缺乏合理性和正當性。這就需要投票人能夠面對面交流思想的公共空間以及對投票結果之間的不一致進行協調處理的法解釋作業。

如果把部分人民的自治與公民投票結合在一起來考慮，就對外自決問

當人道主義干涉與對內自決權結合在一起時，涉及面必然要擴大到政治體制和決策方式，濫用的危險會成倍增大。還會出現「民主主義對抗民主主義」的奇怪事態，即建立在國格平等基礎上的國際民主原理與建立在人格平等基礎上的國內民主原理發生正面衝突。

題而進行的民主表決很容易呈現出制度化族群戰爭的特徵，多數族群往往有濫用公投的衝動，而少數族群會對自己利益受保障的程度感到惶恐不安。雖然可以通過規定動議簽署人數的有效性下限(例如50萬人或500萬人以上聯名等)的方式來避免濫用公投的民粹主義弊端，但僅憑民主制度本身並不足以消除這種不安，因為一定區域內多數族群對少數族群的壓抑與公民投票是可以並行不悖的，在某種意義上甚至可以說少數者勢必變成投票表決的流放者。只有在少數族群的權利和自由也得到充分尊重的前提下，族群之間的猜忌和不安才能真正緩解或者消除。因此，對於實現真正符合自由民主主義原理的自決而言，最重要的制度性因素不是多數者的支配權，而是少數族群的拒絕權——包括表達異議、爭取否決、進行抵抗等具體內容。另外，涉及主權和人權的事項也不應該簡單地由輿論的多數來決定。然而，民主政治畢竟以社會成員的均等性為前提。如果過於強調少數者的自決和自治，就意味着政治決策不再以均等的公民假定為前提，也不再拘泥於少數服從多數的遊戲規則；在這樣的狀態下，民主制何以維持？

總之，隨着少數族群作為自決權主體的可能性得到日益廣泛的認知，憲政的制度設計也不能不以族群和習俗的多樣性、多元性為出發點，探索一條通向正義的新途徑<sup>⑥</sup>。在保障少數者的權益方面，審判以及合憲性審查的各種制度往往能更有效地發揮作用。然而，在奉行人民主權觀念的社會中，面對經過公民投票這樣的直接民主程序而訂立的法律，法院是否應採取更加謙抑的態度呢？如果法官只

能嚴格遵循民意，不能對公民投票的結果進行司法審查，那麼如何防止多數者專制呢？而一旦承認司法積極主義，在公投決定場合的人民主權原則與司法獨立原則的衝突，就會比議會立法的場合更加表面化、尖銳化，這會不會超出現行制度對無序化因素的承受能力？這些都是在評價公民投票效果時不能不認真對待的問題。在實踐中的一般做法是，根據公民投票的範圍、方式以及內容等具體因素進行綜合判斷，為了防止多數族群的情緒化決定侵犯少數族群的權利和自由，司法機關對公民投票所進行的合憲性審查，甚至比對議會立法的審查更加嚴格。

如果現行制度架構不能充分尊重和適當處理少數族群的訴求，特別是在議會中的多數派與社會中的多數派並未形成恰如其分的對應關係，或者國家權力被濫用而又缺乏司法審查制作為補救措施的狀況下，少數者就很可能採取上訪、罷工、遊行示威乃至最激進的自殺式恐怖活動等方式來主張其拒絕服從的權利，甚至在一定條件下贏得廣泛支持，使多數者與少數者的關係發生局部性、階段性的逆轉。比較典型的實例有作為人民自決權的特殊表現形態的公民不服從運動。但限於篇幅，在這裏姑且存而不論。

## 六 結語：從自決到共創

本文從不同角度對人民自決原則的普遍性和複雜性進行了法理上的分析。作為二十世紀的法律發明之一的自決權，在國際法和國內法、第三世界和歐美發達國家具有不同的表現形

隨着少數族群作為自決權主體的可能性得到日益廣泛的認知，憲政的制度設計也不能不以族群和習俗的多樣性、多元性為出發點，探索一條通向正義的新途徑。如果現行制度架構不能適當處理少數族群的訴求，少數者就很可能採取各種方式來主張其拒絕服從的權利。

根據現行國際法，行使自決權的主體是作為主權者的全體人民。然而，從國內法的角度來看，人民只是一個抽象的概念和空洞的象徵，實際上體現主權的是國家或者作為選民的個人；為了落實人民主權的理念，必須承認主權性公民的基本權利並以此限制國家權力。

式，其中最典型的有兩種，即反殖民統治運動與公民不服從運動。而這兩者之間有一個中介項——公民投票制。就國際法領域而言，本來僅僅適用於殖民地和被壓迫民族的人民自決權經過解釋性轉換，分為對外自決和對內自決的不同側面或者層面，與國內法領域中的人權保障、民主政治等掛鉤，使分離、獨立的主張變成附帶條件的權利。就國內法領域而言，本來是統一的憲政秩序也因公共性抵抗權、地域性自治權以及個人自我決定權等因素的作用而呈現出多元化的景觀，並且通過對內自決與對外自決的互動關係的催化作用而反射到國際關係中，甚至在一定條件下引起分離主義要求。

根據現行國際法，行使自決權的主體是作為主權者的全體人民。然而，從國內法的角度來看，人民只是一個抽象的概念和空洞的象徵，實際上體現主權的是國家（政府）或者作為選民的個人；為了落實人民主權的理念，必須承認主權性公民的基本權利並以此限制國家權力。這種思想體現在憲法上，就是重視包括自我決定權在內的各種人權的制度安排。然而原子化的公民畢竟是無力的，於是，社群、族群、地區、地方等各種共同體也作為個人權利的掩體而引起關注。在這裏，我們可以看到以作為主權者的人民為一端，以主權性的公民個人為另一端，既強調主權獨立也強調人格自律的自決權的連續體，中間分布着地方自治權、族群共存權（polyethnic rights）、直接投票制、社會共有制等等組成部分；而主權性公民的自決權可以被理解為不斷建構、維持以及重構社會公共空間以及憲政秩序的驅動裝置。

## 註釋

① 拙稿〈漸進改革的新動力——從「化整為零」到「合零為整」〉（《二十一世紀》〔香港中文大學·中國文化研究所〕，2002年8月號）可以聊備一例。另請參閱拙著《憲政新論——全球化時代的法與社會變遷》（北京：北京大學出版社，2002）。

② Cf. Ernst Tugendhat, *Self-Consciousness and Self-Determination* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1986); Frederick Neuhouser, *Fichte's Theory of Subjectivity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) chap. 4.

③ See Dov Ronen, *The Quest for Self-Determination* (New Haven: Yale University Press, 1988), chap. 2, esp. p. 26, Table 1.

④ 詳見中野進：《國際法上的自決權》（東京：信山社，1996年），頁11以下。

⑤ 例如：田鈿茂二郎：〈人權和民族自決權〉，《法學研討》，第394號（1979）；Antonio Cassese, "Political Self-Determination; Old Concepts and New Developments", in *UN Law / Fundamental Rights; Two Topics in International Law*, ed. Antonio Cassese (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1979), 137ff; 參閱桐山孝信：《民主主義的國際法》（東京：有斐閣，2001），序章和第一章。

⑥ 例如蕭教授（Malcolm Shaw）、卡塞塞教授（Antonio Cassese）的論述。詳見註④中野，頁28-29註1。

⑦ 詳見註⑤桐山，第一章、第二章。

⑧ 參閱白桂梅：〈自決與分離〉，載《中國國際法年刊 1996》（北京：法律出版社，1997），頁45以下。

⑨ 山本草二：《國際法〔新版〕》（東京：有斐閣，1994），頁212。

⑩ 見註④中野，頁61。

⑪⑫ 松井芳郎：《從國際法的角度觀察世界》（東京：東信堂，2001），頁39；496-501。

⑬ 例如前聯合國秘書長加利（Boutros Boutros-Ghali）在關於冷戰

結束後聯合國的行為指針的總會報告《和平的課題》中指出：「絕對性、排他性主權的時代已經終結。……當今各國首腦必須理解這一點，在國內善治的必要性與世界進一步加強相互依賴性的必要條件之間尋求適當的協調」。

⑬ 詳見中華人民共和國國務院新聞辦公室：〈國務院新聞辦公室發布的《白皮書》——中國的少數民族政策及其實踐〉（1999年9月），載《中國法律年鑒 2000》（北京：中國法律年鑒社，2000），頁46-57。

⑭ 例如諸葛慕群：《憲政中國——為中國的未來設計可行、穩定和公開化的政治制度》（香港：明鏡出版社，1998），頁173-77。

⑮ 例如吳國光、鄭永年：《論中央——地方關係：中國制度轉型中的一個軸心問題》（香港：牛津大學出版社，1995）；吳國光：〈論制度化分權〉、鄭永年：〈鄉村民主和中國政治進程〉，均載《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），1996年6月號。

⑯ 王希：《原則與妥協：美國憲法的精神與實踐》（北京：北京大學出版社，2000），第4章很具體地描述了與聯邦危機有關的歷史事實。

⑰ See Sabrina Pedro Ramet, *Nationalism and Federalism in Yugoslavia 1962-1991* (Bloomington: Indiana University Press, 1992); Lenard J. Cohen, *Broken Bonds: The Disintegration of Yugoslavia*, 2d ed. (Boulder: Westview Press, 1995).

⑱ 參閱中野秀一郎：《族群與現代國家——聯邦國家加拿大的實驗》（東京：有斐閣，1999）。

⑲ Cf. S. Farren and B. Mulvihill, "Beyond Self-Determination Towards Co-Determination in Ireland", *Etudes Irlandaises* 21, no. 1 (1996); 分田順子：〈從糾紛的終結到分裂的克服——北愛爾蘭對社會共有的探索〉，載吉川元、加藤普章編：《少數民族的國際政治學》（東京：有信堂，2000），頁22以下。

⑳ Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970).

㉑ 該術語起源於羅馬法。作為決定主權事項的方式，其思想性基礎是古希臘民主主義，其經驗性實例出現在十三世紀之後。在法國大革命中，plebiscite發揮了非常重要的作用，以致人們把它理解為法國式的人民投票表決。據註㉒桐山，頁18。

㉒ 關於這一點，參閱蘆部信喜：〈修改憲法的國民投票制〉，收在他的論文集《制訂憲法的權力》（東京：東京大學出版會，1983），頁62以下。

㉓ 伯根索爾(Thomas Buergenthal)著，潘維煌、顧世榮譯：《國際人權法概論》（北京：中國社會科學出版社，1995），頁2-3。參閱橫田耕一：〈圍繞人權的國際性保障的理論問題〉，載憲法理論研究會編：《人權理論的新發展》（東京：敬文堂，1994），頁159以下。

㉔ Cf. Pamela S. Karlan, "From the Symposium on Regulating the Electoral Process; The Right to Vote: Some Pessimism About Formalism", *Texas Law Review* 71 (1993): 1921f.

㉕ Cf. James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995); Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1995); 井上達夫等編：《法的臨界 II——秩序圖像的轉換》（東京：東京大學出版會，1999）；長谷部恭男：《不可比性價值的迷宮——自由民主主義的憲法理論》（東京：東京大學出版會，2000）。