

PKU INTERNATIONAL
AND COMPARATIVE
LAW REVIEW

北大

国际法 比较法 评论

第 2 卷 第 2 辑

人民自决的法理

——对一项宪政权利的复眼式观察

《世界人权宣言》在国内法与国际法上的地位

论沿海国对领海内外国船舶的刑事管辖权

WTO 与我国公共企业立法

北京大学出版社

北大
国际法◆比较法
评论

第 2 卷 第 2 辑

(总第 3 期)

北京大学法学院 编

北京大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

北大国际法与比较法评论. 第2卷. 第2辑/北京大学法学院编. —北京: 北京大学出版社, 2003. 12

ISBN 7-301-06778-X

I. 北… II. 北… III. ①国际法-文集 ②比较法学-文集
IV. ①D99-53 ②D908-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 107712 号

书 名: 北大国际法与比较法评论(第2卷第2辑)

著作责任者: 北京大学法学院 编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-06778-X/D·0803

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 25.75 印张 400 千字

2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 44.00 元

**本期刊物得到“北京大学创建世界
一流大学计划”的经费资助**

北大国际法与比较法评论编委会名单

主 编 朱利江

编 委 陈 强 胡 茜 王心安

魏 姝 吴 昊 吴 冬

《北大国际法与比较法评论》稿约

《北大国际法与比较法评论》(以下简称《评论》)是一份国际法(含国际经济法和国际私法)与比较法的学术书刊,由北京大学法学院创办,研究生独立组织和编辑。

《评论》定位于高水平的学术书刊,坚持学术自律、自主和自尊的方针,内容以论文、译文、评论、书评为主,还包括重要文件、动态、中国的实践、国际法和比较法教与学等栏目。

《评论》面向国内外征集稿件。所有收到的稿件采用双向匿名审稿制度,坚持学术水平为惟一的审稿标准。

来稿应当没有在其他期刊或者书刊中发表过。作者对自己提交的文章的著作权负责。译文请附原作者的授权书。来稿的注释体例从《评论》的注释体例。来稿请附 250 字左右的内容提要、3 至 5 个关键词;并请附文章题目、内容提要和关键词的英文翻译件。来稿请注明作者真实姓名、学历、任职单位、职称和通讯办法。

请勿一稿多投。对《评论》的任何投稿如在投稿之日起三个月内未能得到录用情况,作者可以另行处理自己的稿件。

来稿经录用后赠送该杂志两册,但是暂不支付稿酬。

来稿请寄:北京大学法学院 164 信箱《北大国际法与比较法评论》编辑部(100871)。请附软盘(存为 WORD 文件)。欢迎使用电子邮件投稿:ilreview@law.pku.edu.cn 或者 lawintl@yahoo.com 或者 lawintl@hotmail.com。联系电话:010-62751698。欢迎交流、建议或者咨询。

Note to the Contributors

Founded by Peking University School of Law in 2002, the Peking University International and Comparative Law Review (PKUICLR) is the first academic journal in the People's Republic of China specialized in international law and comparative law jointly.

PKUICLR welcomes manuscripts on current topics of interest to the international and comparative law community. We invite the submission of articles, comments, notes, recent development, cases analysis, and book reviews in the field of international law and comparative law.

Articles, comments and notes submitted to PKUICLR are preferred to be original contributions and previously unpublished. The author should be responsible for the copyright issue of the contribution. Since PKUICLR is published in Chinese, we request the author to contribute in Chinese. However, if the contribution in foreign languages is accepted for publication and the author could not find the translator, we will help to find the appropriate one with pleasure.

The manuscript of each article should include a summary of about 250 words, describing the main arguments and conclusions of the article, as well as 3 to 5 key words. Each submission should be accompanied by a resume, including the author's mailing address, telephone number, facsimile number, e-mail address, and biographical information. All submissions are reviewed by at least one independent, expert referee anonymously.

All the submissions will have no fee if accepted for publication, but we will send you two copies of the issue in which your contribution appears.

All manuscripts submitted should be typed, double-spaced, and in

duplicate, with a diskette if possible. Electronic submission is preferred, as an email attachment in Microsoft Word v. 7.0 or above. Send electronic submissions to ilreview@law.pku.edu.cn lawintl@yahoo.com or lawintl@hotmail.com. Materials may be submitted at any time of the year and, if accepted for publication, will be published at the earliest available opportunity. PKUICLR greatly appreciates all submissions and attempts to notify authors of acceptance or rejection as quickly as possible.

Please send your submission to:

Editor's Board of Peking University International and Comparative
Law Review

Box 164, Peking University School of Law

Beijing, the People's Republic of China 100871

Tel: (86-10) 6275-1698

Email: ilreview@law.pku.edu.cn or lawintl@yahoo.com or lawintl@hotmail.com

目 录

论 文

- 人民自决的法理——对一项宪政权利的复眼式观察 季卫东(1)
- 《世界人权宣言》在国内法与国际法上的
地位..... [美]赫斯特·汉纳姆著,宋永新译,白桂梅校(28)
- 论沿海国对领海内外国船舶的刑事管辖权 李红云(81)
- WTO 与我国公共企业立法 肖伟志,郭树理(109)

评 论

- 经济、社会和文化权利与国际人权申诉制度 梁晓晖(154)
- 试论国际法上的预防性自卫..... 胡馨月(180)
- 跨国公司生产行为守则与中国劳动标准..... 周长征(204)
- 人权视野中的性倾向与非歧视问题——
国家目的和个体自由利益之消长..... 赵西巨(228)

案 例 研 究

- 海洋划界习惯法的新阶段——2002 年“喀麦隆和
尼日利亚陆地和海洋边界”案述评 高健军(251)

综 述

- 国际法院司法实践(2002 年 7 月—12 月) 朱利江(265)
- 欧洲人权法院司法实践(2002 年 7 月—12 月) 胡 茜(298)
- WTO 法律发展和实践(2002 年 7 月—12 月) 吴 冬(320)

共同的课题,共同的思考——

东亚行政法学会第五届年会记述…………… 杨海坤(343)

资 料

联合国打击跨国有组织犯罪公约…………… (354)

联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防禁止和

惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书…………… (384)

联合国打击跨国有组织犯罪公约关于

打击陆海空偷运移民的补充议定书…………… (393)

► 论 文 ◀

人民自决的法理

——对一项宪政权利的复眼式观察

◇季卫东*

大圣之治天下也，摇荡民心，使之成教易俗，举灭其贼心，
而皆进其独志，若性之自为，而民不知其所由然。

《庄子·天地篇》

一、法治秩序与自决权之间耦合的可能性

关于自决的思潮发轫于康德和黑格尔之间的那段时期，最有代表性的观念雏型可以在德国理想主义哲学家费希特(Johann Gottlieb Fichte)的主体性理论中找到。他认为现实是由对理性的自知和自决的基本意志所决定的，能够具备这种意志的主体并不像康德所说的那

* 日本神户大学法学院教授。

样仅仅限于个人,也可以包括社群,例如集团、共同体以及民族,等等。^①把公共意志拟人化、自由化,是有些奇崛幻化之处的。事实上,这一论点颇像老子所说的“玄之又玄,众妙之门”那样,成为后来许多激进而浪漫的政治学说——例如分离主义、领土收复主义以及某些反体制主义——的源头活水。在有关的学说当中,特别值得重视的是民族(nations)或人民(peoples)自决的想法。然而,在苏联的缔造者列宁和美国第28代总统威尔逊(Woodrow Wilson)的大力倡导下^②,民族或人民自决的原则终于挣脱了政治浪漫主义的羁绊,被转化成国际共产主义运动和非孤立主义外交政策中的现实诉求,并作为国家内部以及国家之间关系的制度化动力装置,在20世纪推翻殖民主义统治、进行民族国家建设以及树立新世界秩序的历史过程中发挥了非常重要的功能。时至当今,国际法已经把民族自决、人民自决的原则认定为基本人权以及实证性规范的一个组成部分。此外,自决的观念还在不同程度上渗透到国内法之中,表现为地方公共团体的自治^③、企业的工人自主

① 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.

② 列宁早在1903年就提到民族自决的问题,但强调更关心的是每个民族中的无产阶级的自决,即公民的完全平等以及自由的民主的自决权。见《列宁全集》中文第2版第7卷,第88—90页。显而易见,列宁的这段论述中已经包含区分对外自决权和对内自决权的思想萌芽。但到了1914年,列宁明确提出了“工人阶级要捍卫民族自决权”的策略性口号。见《列宁全集》中文第2版第24卷,第351—352页。威尔逊则在1918年发表关于和平处理国际争端的宣言“十四条”(其中六条专门阐述民族自决问题),并对国会说明:“自决不是说说而已,它是紧急的行动纲领”。See Karl E. Meyer, “Woodrow Wilson's Dynamite: The Unabated Power of Self-Determination”, *New York Times* Aug. 14, 1991, A18. 关于威尔逊的民族自决宣言在美国外交政策中的意义, Cf. Henry A. Kissinger, *Diplomacy* (New York: Simon & Schuster, 1994) chap. 2.

③ 例如:高木征作(编):《居民自治的权利》,京都:法律文化社1973年版;飞鸟田一雄:《市民自治的宪理论》,东京:岩波书店1975年版;村松岐夫:《地方自治》,东京:东京大学出版会1988年版;寄本胜美:《自治的形成与市民》,东京:东京大学出版会1993年版;木佐茂男:《围绕地方自治的世界动向以及日本》,《法律时报》第66卷12号(1994年)。此外参阅欧洲评议会制定的《欧罗巴地方自治宪章》和地方自治体国际联盟制定的《世界地方自治宣言》。

管理^④、“村民海选”^⑤等形式的制度安排。

根据本文研究主题所涉及的范围,笔者在这里采取“人民自决”的表述,并把与此相应的、具有制度上可操作性的内容作为讨论重点。从宪法学的角度来看,人民自决的原则正好处于主权与人权、政治与法律、支配与抵抗的交汇点上,可谓枢纽,可谓关键,理应成为首要的研究对象之一。但是,令人大惑不解的是,有关这方面的文献大都集中发表在国际政治学和国际法学的领域里,与国内外的宪法研究以及比较宪法学基本上无涉。即使在讨论人民主权、直接民主、地方独立性、民族自治、“一国两制”等方面的法理根据的场合,自决权(the right of self-determination)的话语也几乎完全被拒之门外。

为什么会出现这样的局面?我认为主要存在如下三点理由:

第一,自决主张曾经体现为从反殖民统治到反现行体制的各种各样的群众运动,显示出很强的解构能量,在主观或客观上都对既定的国家秩序和国际秩序构成了非常严峻的挑战乃至威胁。例如,连倡导自决原则的威尔逊总统的国务卿兰辛(Robert Lansing)也很担心他那个“自决”会炸毁在西欧诞生并成为现行世界秩序的基础的近代国际法体系。^⑥基于类似的理由,以近代主权观为基础的宪法学和政治学也一直把有可能导致主权的解构以及重构的自决思想当成敏感而棘手的题目,采取“敬鬼神而远之”的态度。

第二,作为一种哲学理念的自决原则固然是美好的,但其思维逻辑上仍有一些暧昧不清的地方,因而在制度设计的层面很难充分实现社

④ E. G., Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice* (New Brunswick: Transaction Books, 1969) Part Two. Hans G. Nutzinger and Jurgen Backhaus (eds.), *Codetermination: A Discussion of Different Approaches* (Berlin: Springer-Verlag, 1989). Margaret M. Blair and Mark J. Roe (eds.), *Employees and Corporate Governance* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 1999). W. 莫拉夫斯基著,石川晃弘监译:《工人自主管理的两难——波兰的实验》,东京:中央大学出版部1985年版;井上雅雄著:《日本的工人自主管理》,东京:东京大学出版会1991年版;长冈克行:《企业组织的运作机制》,载山之内靖等编:《社会系统与自组织性》,东京:岩波书店1994年版,第5章(特别是188页以下);西谷敏:《劳动法中的自我决定的理念》,《法律时报》第66卷9号(1994年)。

⑤ 见《中华人民共和国村民委员会组织法》,1987年开始试行,1998年修订通过,第11条—14条。

⑥ See his diary written in Paris on December 30, 1918, quoted at *Congressional Record* page S4571 “On NATO Intervention in Kosovo (Senate-May 03, 1999)”, also published at <http://www.fas.org/man/dod-101/ops/docs99/s990503-kosovo05.htm>. 参阅季卫东:《从主权的三重结构看中国与世界的互动关系》,《二十一世纪》2000年2月号,第91页。

会对确实性和稳固性的要求,也很难充分说明保持社会结构上的制约以及国家的物理性暴力的前提条件。换言之,人民自决如果作为权利而存在,就有可能使现代法治秩序中包含的自由与纪律的内在矛盾呈现在大庭广众面前,不断对严格守法的精神提出质疑。

第三,如果对自决的主体以及效力范围不能给予严格的界定,那么逐层类推的自决诉求就很有可能导致一种无限制的自我表达权观念以及超自由主义的无政府状态,最后陷入“造反有理”的窠臼;但如果预先规定实体性标准来限制意志自由的外延,又很容易流于形式,使人民自决的原则最终名存而实亡——这就是自决边界的悖论。

毫无疑问,上述理由都持之有据,是应该得到正视的。然而,关于人民自决的危险性(第一条理由)和悖论(第三条理由),归根结底是如何防止自决权在地方分离主义的催化作用下变成不断对主权进行切割的工具,或者反过来在文化保守主义的催化作用下变成主权继续对人权进行摧残的借口之类的法理上的根本性问题。宪法学考察的对象也正是如何适当处理主权与人权之间关系的价值、程序、制度以及技术,视野互有重叠、思路可以相通。何况宪政不仅要通过法治精神来限制各种权力和行为,而且要通过民主精神来克服法律实证主义的流弊,更需要人民主权的原理作为价值的终极根据来替代超越之力的神话。在这样本质性的意义上,前面的两条理由不仅不足以构成妨碍宪法学对人民自决权进行探讨和重新解释的根据,反倒更加证实了过去在国内基本规范领域里忽略自决原则的研究确实有不妥之处。至于自决权缺乏可操作性的第二条理由(法治的逻辑困境),虽然仍然可以存续,但在欧美各国出现公民抵抗权运动和普及公民投票制民主主义之后,其说服力正在逐步减弱。

实际上,在当今的中国,台湾地区的“独立公投”动议和大陆地区的“村民海选”实践,已经把怎样界定和评价人民自决权作为一个具体的宪法性问题提到国家机关的面前,使之无法继续被仅仅理解为反对殖民主义或抵制世界单极化的政治符号。尽管民进党关于人民自决的诉求也涉及国际法,但我认为其实这首先还是属于国内法的范畴——在

中国台湾需要经过本地司法机关的合宪性审查程序^⑦,在大陆则需要经过中华人民共和国政府(它对包括台湾区域在内的中国整体的合法代表权已经获得国际协定的承认)就局部人民单方独立权的有无进行表态的法定程序。既然在现行制度的条件下大多数人都根本无法认可海峡两岸是国际关系,怎么能够对一方的自决诉求或者另一方的和平统一主张置若罔闻,不进行(国内法层面上的)宪法学探讨呢?另外,农村基层民主之类的实践经验也表明,人民自决原则只要不被滥用,就完全有可能与法治秩序形成良性的互动、组合以及协调的关系。

基于以上观点,本文把人民自决理解为一种宪政方面的基本权利,分别从国外和国内等不同角度来考察该项原则的形成和发展过程、行使自决权的主体及其他条件,在尊重领土完整以及不干涉内政等国际法规范的前提之下探讨对外自决权与对内自决权之间的相互关系和相互作用,并从中寻求在全球化时代防止民族分裂、进行体制重构、并为此而推动改宪或立宪的新的驱动装置。

二、人民自决原则的三个发展阶段

近代宪政主义,特别是20世纪宪法学,有一块最重要的理论基石,即人民主权的观念——既包括洛克(John Locke)以绝对的个人权利限制政府权力的思路,也包括卢梭(Jean-Jacques Rousseau)以普遍的公共意志支配政府意旨的思路。从这里推而论之,势必会演绎出作为集体的公民个人或者全体人民最终享有政治上的自决权的结论。但是,人民自决的思想根源和表现形态实际上更为复杂。根据美国华裔学者罗楠(Dov Ronen)的分析,自决权的形成得益于五种不同的政治主张,即:在1830年代至1880年代兴起的民族主义国民自决论、在1847年至1880年代兴起的马克思主义阶级自决论、在1916年至1920年代兴起

^⑦ 也许有人认为从民主政治的观点来看,对全民投票的结果不得进行合宪性审查。但这种论点在法理上显然有重大的瑕疵,会导致保障自由和人权的现代宪政理论无法自圆其说。在这里,人们充其量只能要求对公投内容进行事先性的合宪性审查,而不宜事后由司法机关来否决公投结果。然而事先的合宪性审查能推导出单方独立权吗?在现行宪法的体制之下,答案只能是否定的。

的少数民族自决论、在 1945 年至 1960 年代兴起的反殖民主义有色人种自决论、在 1960 年代中期以后兴起的反现代主义族群(ethnicity;本土性、次文化性集团)自决论。^⑧关于自决的这些思潮虽然互有消长,但并不存在彼此替代的关系,至今它们仍然并存而且还竞争不已。尽管如此,我们还是可以大致划分出三个不同的发展阶段。

人民自决原则发展的第一个阶段是在两次世界大战之间,形成了对外自决权(external self-determination)的理论和规范,其主要推动力来自殖民地独立运动。众所周知,是列宁和威尔逊独具慧眼,最早察觉到通过民族解放运动来达成各自理想目标的现实可能性。在某种意义上也可以说,如果没有少数民族和有色人种自决的诉求就不会有国际共产主义势力在东欧以及亚非拉地区的蓬勃发展,也不会出现战后的两极格局以及美国主导的新世界秩序。让我们先引用列宁的一段话来证明这一点。列宁在 1915 年 6—7 月间就一针见血地指出:

“在帝国主义战争中,谁如果不做社会主义的政治家,也就是说,谁如果不承认被压迫民族有获得解放的权利,有同压迫它们的大国分离的权利,谁就不能做一个‘民族的’政治家。在帝国主义时代,如果大国民族的无产阶级不采取超出和打破民族界限的、推翻国际资产阶级的革命行动,世界上大多数民族就不会有生路。”^⑨

再来看看威尔逊的说法。他用民主主义取代社会主义作为自决权概念的基础,以便说服国会和国民放弃孤立主义外交政策,介入欧洲战事并从中发扬美利坚立国精神。关于这样理解的人民自决原则,他在“给俄罗斯的口信”(1917 年 5 月 16 日)中作了如下意味深长的阐述:

“我们正在为自由、自治以及一切人民在不受强迫状态之下的发展而斗争。结束这场战争的各种解决方式的计划和实施必须服务于上述目的。……任何人民都不得被强制居住在他们所不愿接受的主权之下。除了对居民提供生命和自由机

^⑧ See Dov Ronen, *The Quest for Self-Determination* (New Haven: Yale University Press, 1988) chap. 2, esp. p. 26 Table 1.

^⑨ 列宁:《德国机会主义论战争的一本主要著作》,《列宁全集》中文第 2 版第 26 卷,第 293 页。

会的公平保障这一目的之外,领土不许变更。”^⑩

然而,倡导民族解放和人民自决犹如打开潘朵拉盒子,也会给现有的社会秩序带来诸多烦恼。作为政治家,列宁和威尔逊都不得不面临如何处理民族自决权与国内统治秩序之间关系,即国家的统一与分裂的现实问题,也无从回避国际格局大改组对本国利益的复杂影响。列宁是借助“革命阶级”和“民主”这两个中介项来摆脱两难困境的,他说:

“俄罗斯革命民主派要想成为真正革命的真正民主派,就必须同过去这一切决裂,必须使乌克兰工人和农民重新像兄弟一样信任自己,信任俄罗斯的工人和农民。不完全承认乌克兰的权利,包括自由分离的权利,就不可能做到这一点。”“我们不赞成分裂成许多小国家。我们主张各国工人结成最紧密的联盟,反对‘本国的’和其他一切国家的资本家。……”^⑪

显然,列宁所说的民族自决在本质上也就是人民自决,在某种意义上也可以说是把基于阶级分析法的对内自决权诉求作为对外自决权的价值基础或者政治上的安全阀。而威尔逊则坚持把自由和民主的价值选择作为战后重新划分领土的根据,并试图用人民主权的信念来回应民族主义诉求。但是,国际政治的演变迫使两者的现实主义立场都受到进一步的修正,结果是斯大林用民族国家中心的社会主义取代了列宁的阶级性人民自决论,罗斯福(Franklin D. Roosevelt)用国家利益至上的实力外交政策取代了威尔逊的市民性人民自决论。尽管如此,世界被压迫民族和被压迫人民的解放仍然一直被当做社会主义理论的中心课题。

在第二次世界大战结束后,由于苏联代表团的坚决要求,人民自决的原则终于被写进联合国宪章,成为新世界秩序的基础。仅从这一点来看,可以说是列宁的思想而不是威尔逊的思想占了上风。联合国宪章第1条第2款以及第55条前文做出了关于自决权的最普遍的表述:

^⑩ Ray Stannard and William E. Dodd (eds.) *War and Peace: Presidential Messages, Addresses, and Public Papers (1917—1924) of Woodrow Wilson* (New York: Harper & Brothers, 1927) Vol. 1 pp. 50—51.

^⑪ 列宁:《乌克兰》,《列宁全集》中文第2版第30卷,第313页。