

多民族、多区域国家制宪的国际试验： 波斯尼亚和黑塞哥维那新宪法*

易显河**

摘要：《代顿和平协定》附件四通过条约的形式规定了《波斯尼亚和黑塞哥维那宪法》。这是一个多民族、多区域国家制宪的国际试验。本文首先评析该实验的合法性，然后对该《宪法》涉及区域组合、国家机构的设置及其作决定的安排等国家建构条款进行描述和分析，指出该《宪法》做出的安排大多维护“族群主权”即“族群否决权”很有可能导致决策过程陷入僵局。中央银行和宪法法院则很可能会摆脱立法和行政机关遭受的瘫痪之灾，在某些情况下或可为政治机构中可能出现的僵局提供一些有限的救济。本文最后强调理性解释《宪法》的重要性。

关键词：制宪；多民族、多区域国家；波斯尼亚和黑塞哥维那；族群主权；宪法法院

一个结构非凡的多民族、多区域国家的宪法的制定和内容往往也是非凡的。这一点在《波斯尼亚和黑塞哥维那宪法》(the Constitution of Bosnia and Herzegovina)(下称“新宪法”)^①中得到体现。新宪法是作为《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协议协定》(下称《总框架协议协定》)附件四诞生的。新宪法自该《总框架协议协定》于巴黎签署之日，即1995年12月14

* 习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会上作的报告中明确指出，要“加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威”。在这方面的努力中，他国宪法的制定和实施可以提供借鉴。因此，作者对拙文 Sienho Yee, “The New Constitution of Bosnia and Herzegovina”, 7 *European Journal of International Law* (1996), 176-92 做了一定的修改，翻译成本文，以飨读者。网站除了特别说明外，都是在1996年7月31日之前浏览的。翻译工作由梁晓辉、朱利江和易显书完成，由易显书、易显河最后校对。作者特此向牛津大学出版社以及译者鸣谢。

** 易显河，长江学者特聘教授，武汉大学中国边界与海洋研究院首席专家；湖北武汉 430072。

① 《波斯尼亚和黑塞哥维那宪法》(下称“新宪法”)是《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协议协定》(下称“《总框架协议协定》”，与各附件一并统称为《代顿和平协定》)的附件四，1995年11月1—21日在美国俄亥俄州代顿商定，1995年12月14日在巴黎签署。

日起生效。^①新宪法简洁、直白地宣布它是一部由立宪民族，即波斯尼亚族、克罗地亚族以及塞族“决意制定的”^②宪法，旨在延续波斯尼亚和黑塞哥维那共和国的存在^③并修改和替代^④《波斯尼亚和黑塞哥维那共和国宪法》(下称“旧宪法”)。^⑤不过，这是合法的修改吗？它是民主制宪过程的结果吗？新宪法的内容和结构显示它志在建立一个由两个领土实体——波斯尼亚和黑塞哥维那联邦和“塞尔维亚共和国”(Republika Srpska)组合而成的国家，同时保留各立宪民族的主权。那么，这个国家的基本结构是什么？它会成功吗？

本文将对这些问题进行评论，以期唤起讨论。本文第一部分指出，新宪法作为一部“民主”宪法，有关其合法性的一些问题可能会被提出，为此建议上述“实体”的立法机关“批准”新宪法，以缓解这些担忧，如果这一工作还没做好的话。第二部分简要描述并分析新宪法所构建的政府体系之基本结构。新宪法及其确立的法律制度所捍卫的核心价值观有助于构建“一个国家”和一个共同市场。然而，值得怀疑的是，新宪法所赋之国家权力是否已足以使国家构建获得成功。第三部分分析国家机构的决策过程。立法和行政机关的组织结构高呼“族群主权”(ethnic sovereignty)的胜利，为每个族群提供了有效否决所有实质性立法和行政决定的权力，从而很可能注定要葬送整个国家构建事业。待成立的中央银行和宪法法院很可能会摆脱立法和行政机关可能遭受的瘫痪之灾，若持工具主义立场运转，在某些情况下或可为政治机构中可能出现的僵局提供一些有限的救济。

本文最初发表后，新宪法对维持波黑的稳定起了一定的作用。但是，总体而言，上文所谈及的难题并没有得到很好的处理，以致有关波黑危机的消息时常传出。有关一个小区归属的仲裁决定引起了对宪法的一个修正。新加的后记对此进行简单的评述。

一、合法性问题

无论何种标准看，新宪法的制定和生效过程都只能用“不寻常”来形容。这一不寻常过程产生两个问题：第一，旧宪法规定的修改程序是否得到遵循；第二，新宪法是否为民主制宪过程的结果。鉴于新宪法自称是对旧宪法的修改并由各立宪民族决意制定，这些问题也就显得特别重要。

① The New Constituion, art. XII.

② Ibid., preface, last clause.

③ Ibid., art. I(1).

④ Ibid., art. XII(1).

⑤ 这明显指经修订的1974年《波斯尼亚和黑塞哥维那社会主义共和国宪法》(以下称旧宪法)。尽管自该共和国宣布独立并在名称中去掉“社会主义”后发生了很多事情，但它一直没有设法正式全面修订其宪法，直至新宪法生效(1995年12月14日)。旧宪法有四百条并有很多修正案，这给它的适用带来严重问题。1993年，一些波斯尼亚学者编辑了一部宪法合订本并称之为“选定版”(“Definitive Version”; Precisceni tekst)，发表于Official Gazette of the RBiH, 14 Mar. 1993。以下引文均引自该选定版(所选条文由Vanessa Piggot译成，非官方版本)。

(一) 可能违反修改程序的行为

新宪法第十二条规定“[t]his Constitution shall enter into force upon the signature of the General Framework Agreement as a constitutional act amending and superseding the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina”。^① 对这一条文可作出两种解读：其一，新宪法是“修改和替代旧宪法的宪法定案”，签署《总框架协定》令新宪法生效；其二，《总框架协定》是“修改和替代旧宪法的宪法定案”，签署《总框架协定》令新宪法生效。两种解读的结果其实是一样的：单是签署《总框架协定》就使旧宪法发生变革性变化。

旧宪法明显不允许这种不寻常的修改程序。提议修改旧宪法必须遵循一定的程序。修改旧宪法的立法必须“由议会在议会的联合会议上起草”^②并提交公众讨论，^③最后必须在所有议院参加的联合会议上决定。^④修正案只有经“议会每个议院代表总数的三分之二以上多数投赞成票才能通过”。^⑤新宪法的简单条件与这些要求不符。它既不要求提交议会或公众讨论，也不要求议会联合会议批准。^⑥

如果说修改旧宪法的种种程序上的手续未被不折不扣地遵守，这基本上错不了。新宪法基本上是国际社会在代顿(Dayton)讨价还价后得出的结果，而非由波斯尼亚和黑塞哥维那共和国议会起草。不过，或许有人会主张：如果波斯尼亚和黑塞哥维那共和国立法机关在新宪法生效前通过该新宪法，那么，这一通过手续，尽管不是新宪法所要求的条件，却可支持一个论点，即修改程序的实质方面事实上已被遵循，这样也许可使修改合法化。问题是，该立法机关处理这种事情的时候，从未达到必需的票数，即各议院代表总数(不仅是出席并投票的代表人数)的三分之二多数。^⑦

新宪法十有八九不是对旧宪法的合法修改。这一可能违反旧宪法修改程序的行为所蕴

① The New Constitution, art. XII.

② The Old Constitution (Definitive Version), art. 268 (2).

③ Ibid. .

④ Ibid. , art. 268(3) & (4).

⑤ Ibid. , art. 268(3). 旧宪法的改变可由宪制法或修正案作出[ibid. , art. 268(5)]. 对宪制法的投票要求是否有别于对修正案的投票要求并不清晰。如果宪制法和修正案均可对旧宪法作出实质性改变，那么两者的投票要求应当是一样的。否则，只为修正案设置的更为严格的要求将会被规避。

⑥ 有人可能认为旧宪法允许通过其他方法对它进行修订，例如通过总统运用紧急权力。参见旧宪法(选定版)第二百二十二条。但该条的要旨表明这种权力限于战争或紧急状态下的防卫和其他战时事项，不应被解释为允许对旧宪法作出变革性的改变。

⑦ 1990年选出的议会有一百零九名成员继续行使其职能，直到波斯尼亚和黑塞哥维那和平协定达成并实施(参见 Constitutional Law of 30 March 1994, art. 4, Official Gazette of RBiH, 6 Apr. 1994, at 127.)。该议会由两院组成，一个有130名成员，另一个有110名成员(参见 Official Gazette of SRBiH, 19 Dec. 1990, at 1263 (table of election results))。在塞尔维亚成员脱离议会后，还有161名成员。1995年11月30日，在联合会议上大会通过了《代顿和平协定》，85名成员出席并投赞成票。1995年12月12日，在联合会议上大会通过一项对宪法进行修改和补充的宪制法(Official Gazette of RBiH, On December 20, at 540)，92名成员投赞成票(投票信息由波斯尼亚和黑塞哥维那驻布鲁塞尔大使馆通过一封记注日期为1996年1月31日并由作者存档的信函提供)。因此，这两次会议上投赞成票的人数均不到剩余成员的三分之二。如果算上1990年议会的全体成员人数，则连简单多数都没有。

含的信息并不明朗。如果新宪法在其他方面合法,那么这一违反(行为)很可能无伤大雅且绝非致命。然而,这一违反(行为)可能令把新宪法定位为修正案的第十二条的部分内容无效。这意味着新宪法不是对旧宪法的修改,而是一部全新的宪法。旧宪法纯粹是被扔掉了,新的政体正在确立。

如此废弃旧宪法大概不会对依新宪法建立的新宪法秩序有什么影响。所有旧的政治和法律机构均已不复存在,而所有新的政治和法律机构均将在新宪法的授权下运转。如有权利义务争议,新宪法以及基于其授权制定的法律将为法院提供裁判规则。^①这一废弃本身也不会影响波斯尼亚和黑塞哥维那在国际法上作为国家的合法存续。宪法和政府的更迭通常不会影响一个国家在国际法上的人格,除非这样的更迭与这样的人格根本上不相容,但新宪法的情况并非如此。

对于宪法的弃旧从新,或许可从适用于重大危难和革命时期的必要性理论那里找到正当理由。危机时期,正规程序的细节可能需要牺牲。根据革命理论,人民为了满足国家需要自始至终有权更换其政府。这两种根据均大大地有助于支持波斯尼亚和黑塞哥维那新宪法,同时每一根据本身均足以使之合法化。一个明显的类比就是《美国宪法》与其前身——《邦联条例》(Articles of Confederation)之间的关系。《美国宪法》规定其在九个州的制宪大会批准后即生效,^②而《邦联条例》则要求任何修改必首先经“邦联议会同意,并随后经每个州的立法机关批准”。^③这样,《美国宪法》与《邦联条例》规定的修改程序之间的决裂是双重的:既涉及谁有权批准,又涉及投票要求为何。在为美国宪法辩护时,有些人同时提及必要性理论和革命理论,^④而另外一些人则强调革命理由。^⑤一些很有名望的学者认为美国的创建不依惯例,把对《邦联条例》规定的修改程序的背离形容为“革命性的修订”最为恰当。^⑥与19世纪70年代末的美国相比,波斯尼亚和黑塞哥维那的极端局面为依靠必要性理论或者革命理论提供了一个更为有力的案例。

(二)不民主的出身

除声称其是对旧宪法的修改外,新宪法还高调宣称“波斯尼亚族、克罗地亚族以及塞

① 当新政权的法律与旧政权的法律发生冲突,新政权建立的法院通常适用新政权规定的裁判规则。这可能造成不公,但法院估计处理不了这一问题。试比较:Johnson & Graham's Lessee v. M'Intosh, 21 U. S. 543, 588 (1823) (“鉴于已被成功维护的权利要求具有原始正义,征服取得所有权,这是征服者的法院所不能否定的,无论个人有何私人看法或有何疑问。”)。立法机关的定位使它更适合解决这一问题。

② US Constitution, art. VII.

③ US Articles of Confederation, art. XIII, reprinted in Henry Cabot Lodge (ed.), The Federalist (1888) 560.

④ 詹姆斯·麦迪逊似乎同时信奉必要性和革命理论。关于必要性,参见 The Federalist, No. XLIII (Madison), 载 Lodge, The Federalist 267, 275-76. 关于革命,参见 The Federalist, No. XL (Madison), in Lodge, ad., 239, 246.

⑤ See Letter from John Quincy Adams to William Cranch (Oct. 14, 1787), 引自 Bruce Ackerman & Neal Katyal, Our Unconventional Founding, 62 U. Chi. L. Rev. (1995) 475, 487-88.

⑥ Bruce Ackerman & Neal Katyal, ibid. at 478.

族，作为立宪民族(同其他民族一起)，和波斯尼亚和黑塞哥维那公民，决意制定了”^①本宪法。这显然是在间接引用来自《美国宪法》中的“我们人民”(“We the people”)这一著名典故。^②这个引人注目的短语代表的是人民主权，这无疑是最合法的权力来源。^③但是，如果该文件不是人民的努力成果，那么这一名典的出现也不能把它变为一个出身于民主的东西。

新宪法自称是一部具有民主出身的宪法，但它配得上这一称号吗？理论上说，人民可以参与宪法的起草和批准。人民可以通过公民复决或公民投票直接参与立法，或者通过其代表间接参与立法。新宪法规定的条件并不要求这两种民主方式给它注入生命力。它的生效既无须经公民复决批准，也无须经波斯尼亚和黑塞哥维那共和国立法机关、波斯尼亚和黑塞哥维那联邦立法机关或者塞尔维亚共和国立法机关批准。相反，新宪法在波斯尼亚和黑塞哥维那共和国、克罗地亚共和国以及南斯拉夫联邦共和国“签署《总框架协定》后即”生效。^④这是一个不民主的出身。^⑤

虽然根据新宪法自行规定的条件，波斯尼亚和黑塞哥维那联邦和塞尔维亚共和国立法机关“多此一举的”批准对于新宪法的生效并非必须，但这一“多此一举的”批准可被视为人民事实上的同意，且很可能可以消除新宪法中存在的弊端。这或可支持新宪法已由人民经其代表“批准”的论调。^⑥不过，这一批准是否恰当地作出，还是个问题。据报道，波斯尼亚和黑塞哥维那联邦立法机关支持《代顿和平协定》，因此亦可推测其支持新宪法，并批准了对它的签署。^⑦还有另外的版本，波斯尼亚塞族议会在1995年12月17日据报道只是“有条件地”^⑧批准《代顿和平协定》，或它决定“暂时不会支持《波黑和平协定》”。^⑨有

① The New Constitution, preamble.

② US Constitution, preamble.

③ See Univ. Declaration of Human Rights, UNGA Res. 217(A) (1948), art. 21 (“The will of the people shall be the basis of the authority of government”)(人民的意志是政府的权力基础); Int'l Covenant on Civil & Political Rights, 999 UNTS 171, art. 25. See also James Crawford, *Democracy and International Law*, 64 BYIL (1993) 113.

④ The New Constitution, art. XII.

⑤ 尽管波斯尼亚和黑塞哥维那共和国、波斯尼亚和黑塞哥维那联邦和塞尔维亚共和国在各自附于新宪法的声明中均称自己已批准新宪法，See The New Constitution, Annexes，但这些声明并非新宪法生效的条件。更重要的是，这些声明只是各政府的决定，不必然就是人民的决定。

⑥ 仅由旧宪法组建的波斯尼亚和黑塞哥维那联邦立法机关作出这样的批准是有问题的。它并不代表所有的立宪民族，由于新宪法声称它是所有民族“决意制定”的，因此无论哪一个都必须有代表权。它在1995年12月14日新宪法生效后就不再享有权力，这是可以论证的。它也不能由根据新宪法组建的新议会加以实施，因为新议会的合法性取决于新宪法的合法性。

⑦ Bryan Brumley, *Slow Day Plus Four for Fog-bound GIs in Bosnia*, AP International News, 17 Dec. 1995, available in NEXIS, CURNWS file. See Report of Croatian TV, 13 Dec. 1995, as summarized by BBC Summary of World Broadcasts, 14 Dec. 1995, available in NEXIS, CURNWS file.

⑧ Bryan Brumley, *Slow Day Plus Four for Fog-bound GIs in Bosnia*, AP International News, 17 Dec. 1995, available in NEXIS, CURNWS file.

⑨ Agence France Press, *International News*, 17 Dec. 1995, available in NEXIS, CURNWS file.

条件的批准,如果确实存在,那么在该协定生效后,是一件困扰人的事情。其中蕴含怎样的信息,并不清晰。所要提议的是,各个实体的立法机关应当细察情势,采取行动全心全意且无条件地“批准”新宪法,如果这一批准事实上尚未完成的话。对于所提议的批准活动,应当落实条件,尽快且在任何机构建立之前完成,这样它们的存在就不会被质疑。

二、国家构建的远大目标

如果说新宪法的出身给人们带来一些不安,那么它所建立的国家构建框架则令人喜忧参半。新宪法在认可臭名昭著的波黑战争造成的实质性后果的同时,志在保持并延续“波斯尼亚和黑塞哥维那”作为国际法上的一个国家。^① 为此目标,新宪法规定了国籍(公民身份)问题,保障人权,促进民主和市场经济,设立国家机构并赋予它们一定的权力,并建立一套法律制度。然而,值得质疑的是,新宪法是否给这些机构提供了构建“一个国家”任务所需要的必要力量。

(一) 联邦制结构

新宪法试图在这场持久战争的废墟上所建立的国家结构可能被称为联邦制结构最为恰当。这在其内部构成和国家机构与两个组成实体之间的权力分配上表现得非常明显。

新宪法通过在波斯尼亚和黑塞哥维那境内建立两个军事独立的领土组成单位,认可了战争的现有后果或者说将之合法化^②,尽管它自己并没有划定这两个实体的边界线(这一工作已由《代顿和平协定》其他组成部分去完成)。新宪法第一条第三款规定“波斯尼亚和黑塞哥维那包含两个实体,即波斯尼亚和黑塞哥维那联邦和塞尔维亚共和国”。另一条文规定“在任何情形下,两实体中任何一个实体的任何武装力量未经另一实体的政府以及波斯尼亚和黑塞哥维那主席团的许可不得进入或驻扎于该实体的领土内”。^③ 结果波斯尼亚塞族的武力征服被固化,每个实体的军事独立均得到保障。

两个组成实体除了在军事上独立外,各自在本实体的内部治理上也享有几乎完全的自治。各实体自行规定本实体的公民身份问题。^④ 新宪法只授予国家机构有限的权力,^⑤ 对于这些已被明确授予的权力之外的权力,新宪法规定“未被本宪法明确规定为波斯尼亚和黑塞哥维那各机构的一切政府职能和权力均属各实体的职能和权力”。^⑥

此外,各实体还拥有一定的外交权,这是联邦制国家组成成员通常没有的权力。首

^① The New Constitution, art. I(1).

^② 从这个意义上说,它可以被认为是一部“枪杆子里出来的”宪法。参见 James Cornford, On Writing Constitution, 44 Parliamentary Affairs (1991) 558 (对毛泽东讲话的意译)。

^③ The New Constitution, art. V(5)(a). “任何武装力量”可被认为包括武装警察力量。

^④ Ibid., art. I(7).

^⑤ 参见下文,第二部分第(三)节。

^⑥ The New Constitution, art. III(3)(a).

先，“在坚持波斯尼亚和黑塞哥维那主权和领土完整的前提下，各实体有权与邻国建立特殊的平行关系”。^① 其次，“经议会同意，各实体均可与他国和国际组织缔结协定。议会也可立法规定某些协定的缔结无须经议会同意”。^② “与邻国的特殊平行关系”是否须经议会批准，这并不明确。一方面，对于同类问题，此条文虽明确规定须经议会批准但彼条文对此并没有规定，因此有人可能会主张该条文既然没有规定就无须经批准。另一方面，有人也可能会争辩说，要求批准的那一条文系一般性条文，对其他条文的解释应遵从该一般性条文，因此所有与他国缔结的协定，无论形式如何，均须经议会批准。再者，何为“在坚持波斯尼亚和黑塞哥维那主权和领土完整的前提下与邻国的特殊平行关系”也不明确，这也许最终须由宪法法院来定。

(二) 新国家的核心价值观

在联邦制结构的基础上，新宪法企图建立一个具有一些核心价值观的国家。它规定了波斯尼亚和黑塞哥维那的公民身份问题。^③ 它供奉民主，尽管它的出身并非民主的范例。它的第一条第二款规定“波斯尼亚和黑塞哥维那是一个民主国家，实行法治和自由、民主的选举”。它崇拜人权。^④ 第二条第一款规定，“波斯尼亚和黑塞哥维那及其两个实体确保达到国际认可的人权和基本自由的最高水准”。新宪法还规定某些权利和基本自由“优先于所有其他法律”，^⑤ 且新宪法的修改不得对这些权利有不利影响。^⑥

流动的自由将得以保证。新宪法第一条第四款规定，“在整个波斯尼亚和黑塞哥维那境内有流动的自由。波斯尼亚和黑塞哥维那及其两个实体不得妨碍人员、货物、服务和资金在整个波斯尼亚和黑塞哥维那境内获得充分的流动自由。两个实体均不得在两实体相互间的边境上设立管制”。

(三) 国家权力和机构对阵实体权力和机构

新宪法设立了一个权力有限且权力由它列举的国民政府。这些权力适用于：1) 对外关系，即对外政策，外贸政策，关税政策，移民、难民、庇护政策与规定，国际刑法的实施，国际通讯设施以及空中交通管制；2) 实体间关系，即实体间关于刑事法律的实施，共用通讯设施，实体间运输和国家机构财政；3) 国民经济，即货币发行权与货币政策。^⑦ 所有其他权力则属于各实体，只不过主席团可以作出决定以促成实体间的合作，除非有实

① Ibid., art. III(2)(a).

② Ibid., art. III(2)(d).

③ Ibid., art. I(7).

④ 关于该问题的全面分析，参见 James Sloan, *The Dayton Peace Agreement: Human Rights Guarantees and Their Implementation*, 7 EJIL (1996), 207.

⑤ The New Constitution, art. II(2).

⑥ Ibid., art. X.

⑦ Ibid., arts. III(1), VII.

体提出反对。^① 这无疑将成为一个要求必须对国家权力作出严格解释的解释原则。

另一个重要的国家特征就是全国性法律的优位权。新宪法把新宪法和国家机构的决定置于法律等级体系的顶层,并规定各实体的法律和决定与之相违者应当让位。^② 全国性法律和国家机构的决定当然必须让位于新宪法。^③ 新宪法还规定“国际法一般原则是波斯尼亚和黑塞哥维那和各实体法律不可分割的组成部分”。^④ 这一规定所表达的意思并不清晰,因为它没有明确指出国际法一般原则在法律等级体系中的位置。法院适用不同的理论可能会得出不同的结果。^⑤ 新宪法没有直接处理条约的等级地位问题,只是规定《保护人权和基本自由欧洲公约》及其议定书所列的权利和自由在波斯尼亚和黑塞哥维那直接适用,且优先于所有其他法律,^⑥ 而如此一来,它甚至优位于新宪法的其他规定。条约作为国家机构的决定应优位于各实体的法律。

为了实施这些国家权力,新宪法设立了以下国家机构:议会(the Parliamentary Assembly)、主席团(the Presidency)、宪法法院(the Constitutional Court)和中央银行(the Central Bank)。在此只对这些机构及其权力作简要介绍,其决策过程将在本文第三部分进行分析。

议会包括民族院(House of Peoples)和代表院(House of Representatives)。民族院中三个族群各有5名代表,由各自实体级的立法机关选举产生。除首次选举依《总框架协定》附件三举行外,42名代表院议员的选举将依照议会通过的选举法举行。议会有权制定法律,决定各项岁入的来源和数量并批准主席团提交的预算以维持国家机构的运转,并有权批准条约。^⑦

主席团由一名波斯尼亚人,一名克罗地亚人和一名塞族人组成。除首次选举依照《总框架协定》附件三举行外,他们的选举将依照议会通过的选举法举行。主席团有权任命负责执行波斯尼亚和黑塞哥维那政策和决定的部长会议主席(Chair of the Council of Ministers)。尽管表现得并非十分明显,这个“部长会议”似乎只是一种“部长级别”的机构,也没有决策权。主席团有权实施外交政策、任命大使和代表、在国际上代表波斯尼亚和黑塞哥维那谈判和宣布退约、经议会同意批准条约、执行议会的决议,以及其他应由主席团行使的权力。^⑧ 明显地,主席团单独就可宣布退约。最后,“主席团的每一成员依其

① Ibid., art. III(3), (4).

② Ibid., art. III(3)(b).

③ Ibid.

④ Ibid.

⑤ See Antonio Cassese, *Modern Constitutions and International Law*, 192(III) *Recueil des Cours* (1985) 335.

⑥ *The New Constitution*, art. II(2).

⑦ Ibid., art. IV(1)-(4).

⑧ Ibid., art. V(1)-(4).

职责，拥有以文职指挥武装力量的权力”。^① 这一措辞，连同“两实体中任何一个实体的任何武装力量未经另一实体的政府以及主席团的许可不得进入该实体的领土内”这一限制一起，^② 暗示主席团每一成员应当只是他（或她）所在族群的武装力量的总指挥。主席团全体成员应选出一个负责军事事务的常务委员会以“协调在波斯尼亚和黑塞哥维那的军事活动”，并成为该常务委员会的成员。^③ 该委员会的权力未予详列，但“协调”一词明显并不意味着“指挥”。任何决定均取决于主席团成员的善意。

宪法法院有九名法官。^④ 宪法法院对各实体间、某个实体与波斯尼亚和黑塞哥维那之间，或者国家机构间因新宪法产生的争端拥有原始和排他的管辖权。它还对其他任何法院之判决拥有上诉管辖权，以及对其他任何法院提交宪法法院裁决的与新宪法有关的任何有待解决的问题拥有裁决管辖权。^⑤

中央银行是“全波斯尼亚和黑塞哥维那发行货币和制定、实施货币政策的唯一管理机构”。^⑥ 这显然是在禁止各实体发行自己的货币并防止它们拥有各自的货币政策。中央银行的详细职责将由议会决定。^⑦

（四）总括点评

上述核心价值观和法律制度有助于国家的构建和在波斯尼亚和黑塞哥维那境内促成一个共同市场。民主与人权保障可帮助国民医治创伤。对人员、货物和资金的自由流动的保障，内涵虽在人权，也无疑在为建立共同市场做好准备。^⑧ 正如其欧盟同行的经验所示，^⑨ 这种保障是强大的，且能够通过司法解释得到加强，因此很可能会成功促成一个活跃的市场。新宪法还为这一保障增加了中央银行这一全波斯尼亚和黑塞哥维那发行货币和制定、实施货币政策的唯一管理机构。所有这些，尤其算上外国援助和投资，如能得到有效实施，可帮助建立一个强大的经济体。

与核心价值观不同，国家权力虚弱，它们能否满足实现国家构建远大目标的需要值得怀疑。由于波斯尼亚和黑塞哥维那公民同时具有所属实体的公民身份，这一独特的联邦制结构将持续分化公民的忠诚。毫无疑问，许多人一定会亲近、依恋自己的实体甚于波斯尼

① Ibid., art. V(5)(a).

② Ibid..

③ Ibid., art. V(5)(b).

④ 参见第三部分第(四)节(关于法院的组成)。

⑤ The New Constitution, art. VI.

⑥ Ibid., art. VIII.

⑦ Ibid..

⑧ 新宪法的序言称各民族渴望“通过保护私有财产和推进市场经济促进总体福利和经济增长”。

⑨ 参见 George A. Bermann et al., *Cases and Materials on European Community Law* (1993) 315 (“推动实现四大自由的最强大力量是欧盟法院，它对判例法的不断发展拓宽了欧盟的权力范畴并打破了很多贸易壁垒”)。

亚和黑塞哥维那。当公民根据经议会批准的双边协定取得双重国籍时,^① 忠诚的分化将会加剧。由于这一原因,不批准任何这样的协定可能是明智的。与邻国之间可能存在的“特殊并行关系”或会引发纷争。而且,缺乏明确的国防权和统一指挥系统可能会使国家容易遭受外国武装或各实体武装的攻击。主席团联合军事事务常务委员会虽可作出决定来协调军事事务以阻止外界入侵,但对付来自波斯尼亚和黑塞哥维那内部的野心可能会有困难。考虑到国防是主权的实质特性之一,这一情况显得非常特别。

缺乏明确的征税权可能会使国家机构破产,尽管各实体有义务承担财政负担。^② 隐含的征税权可能可从议会所拥有的决定“各项岁入的来源和数量”的权力那里推断出来。^③ 决定各项岁入的来源是一种弹性的表达,可被法院合理解释为包含征税权。印证这一解释的是新宪法第八条第三款为各实体的财政责任开辟出来的例外。该条文规定各个实体应当按一定的比例提供预算要求的岁入,但“议会确定增收范围内的岁入未计在内”。^④ 这一措辞表明起草人的意图——议会应有增收岁入的权力。把征税权视作该权力的一部分是合理的。

最后,没有一个关于全国性法律的实施机制。虽然新宪法赋予国家机构决定实体间刑事法律实施问题的权力,但它没有创设任何关于全国性法律实施的统一机制而将此交由议会和主席团定夺。如下文(第三部分)的讨论所示,这些国家机构可能会被弄瘫痪。尽管新宪法要求各实体维持民事法律实施机构,^⑤ 但把法律实施工作交给它们的结果可能是危险的。公然违抗和狡辩可能会阻碍法治。最近波斯尼亚平民被绑架事件就是最好的例子。^⑥ 看来,为了法律的实施需要恢复国际压力,这最起码适用于不安定的情势。国际警察工作队(International Police Task Force)^⑦的存在也许可在一定程度上缓和这种情势,但其使命有限,而且其存在也将是短暂的。考虑到问题的重要性,希望各当局将其分歧点置诸脑后并建立一个关于全国性法律的实施机制。

三、 族群主权以及决策中可能出现的瘫痪局面

新宪法赋予国家机构的权力虚弱,这些虚弱的国家权力就算不被国家机构决策过程中可能出现的瘫痪局面弄得浑身乏力,也可能被它进一步削弱。这一潜在问题源于国家机构的组成和决策过程中广泛存在的被笔者称为“族群主权”(ethnic sovereignty)的现象。波

① The New Constitution, art. I(7)(d).

② Ibid., art. VIII(3).

③ Ibid., art. IV(4)(b).

④ Ibid., art. VIII(3).

⑤ Ibid., art. III(2)(c).

⑥ See John Pomfret, Serbs Release 16 Civilians Held for 10 Days, The Washington Post, 5 Jan. 1996, p. A24.

⑦ See Annex 11 to the General Framework Agreement.

黑每一个国家机构中，每个立宪民族——波斯尼亚族、克罗地亚族和塞族，不像其他联邦制国家的成员只是领土组成单位，都得到了实质上平等的代表，而且除中央银行和宪法法院外，每个族群在其他所有机构的所有实质性决策中都实质拥有否决权。这一结构原本大概是为了确保各族群平等，但不管是有意还是无意，都使每个族群对它认为任何重要的事项拥有了最终决策权。从这个意义上说，每个族群都享有主权。这一族群主权若得到充分利用，最终必将令整个国家机构瘫痪。

(一) 议会

族群主权弥漫在议会当中。议会由民族院和代表院组成。^① 所有立法均必须经两院一致批准，^② 因此每个议院都可阻止任何决议通过。

代表院用来代表全体民众，以全体成员的过半数构成法定人数开展工作。^③ 该院的决议通常以出席并投票的成员的过半数作出，但两个实体中任何一个实体（并非族群）的成员的三分之二多数可以冻结议案。^④ 这意味着，在该院，无论波斯尼亚族还是克罗地亚族，单独作为一个群体，都不会有足够的否决票在该院否决一项决议，除非波斯尼亚和黑塞哥维那联邦全体成员的三分之二由该联邦中的任一群体选举。这两个群体联合起来（包括双方对讨论事项达成一致，或者双方虽没达成一致但其中一个群体从另一群体取得足够多成员的支持从而形成三分之二多数的情形）便有否决权。不过，来自塞尔维亚共和国的塞族作为一个群体自己就有否决权。

民族院用来代表作为群体的各族群而非全体民众。正是在这里，族群主权最有可能抬起它那丑陋的头。每个族群在民族院均有平等的代表权。民族院将有 15 名代表，其中 5 名为克罗地亚人，5 名为波斯尼亚人，分别由波斯尼亚和黑塞哥维那联邦民族院的克罗地亚族代表和波斯尼亚族代表选出；另 5 名为塞尔维亚人，由塞尔维亚共和国国民议会选出。^⑤ 这一平等代表权没有给予任何族群否决权，但法定人数要求会给予。新宪法规定法定人数必须至少包括 3 名波斯尼亚族代表、3 名克罗地亚族代表以及 3 名塞族代表。^⑥ 如果哪个族群想要冻结任何所提议立法，其代表只需自行缺席即可。这一机制简单易用，对那些有意滥用它的人一定很有诱惑力。这确保每个族群在议会有终极决策权。

一旦代表们出席，决议通常以出席并投票的过半数票作出。两个实体中任何一个实体（并非族群）的代表之三分之二或以上可冻结决议。^⑦ 此外，每个群体过半数代表可以声明

① Ibid., art. IV.

② Ibid., art. IV(3)(c).

③ Ibid., art. IV(2).

④ Ibid., art. IV(3)(d).

⑤ Ibid., art. IV(1).

⑥ Ibid.

⑦ Ibid., art. IV(3)(d).

立法议案有损其族群重大利益，但这一声明本身并不能废掉该议案；它会启动一个协商和妥协程序。如果这个程序未能解决问题，则应将问题提交宪法法院复审，但宪法法院的复审仅限于程序的正当性问题。^①对法院管辖权的这一限制明显是为了保护立法机关实体决定的无上地位，但这一定是会引起争论的。如果这一限制给人权和基本自由带来不利影响，它很可能是无效的。^②

(二) 主席团

主席团将由三名成员组成。其中两名直接从波斯尼亚和黑塞哥维那联邦选出——一名波斯尼亚族人和一名克罗地亚族人，另一名为来自塞尔维亚共和国的塞族人。^③决议经全体成员一致同意作出，如果无法获得一致通过，则根据多数票意见作出。^④新宪法第五条二款第(四)项规定“持异议的成员可以声明某个决议有损其所代表的实体的重大利益”。^⑤一旦作出这一声明，该决议将提交有关机构处理：“如果该声明由来自塞尔维亚共和国的代表作出，则提交塞尔维亚共和国国民议会；如由波斯尼亚族成员作出，则提交波斯尼亚和黑塞哥维那联邦民族院波斯尼亚代表团；如由克罗地亚族成员作出，则提交波斯尼亚和黑塞哥维那联邦民族院克罗地亚代表团。”^⑥

如果该声明在提交后十日内被各机构成员三分之二多数票确认，那么受质疑的决议将不具效力。^⑦所谓“实体的重大利益”实质上就是“族群的重大利益”，因为波斯尼亚成员的声明仅由联邦的波斯尼亚族代表团投票表决，而克罗地亚成员的声明，仅由克罗地亚族代表团投票表决。

这一可声明某决议有损族群利益的权力明显是为了使主席团的每个族群代表能够保护其所代表的群体之重大利益。确认程序确保这种声明能真正代表各族群的立场。两者结合在一起，则确保每个群体在主席团均拥有否决权从而拥有最后发言权。

(三) 中央银行

中央银行第一届董事会任期六年，由一名董事长和三名成员组成，其中董事长为外籍，由国际货币基金组织指派，不得为波斯尼亚和黑塞哥维那或任何邻国公民；三名成员

① Ibid., art. IV(3)(e), (f).

② The New Constitution, art. II(2).

③ Ibid., art. V.

④ Ibid., art. V(2)(c).

⑤ Ibid., art. V(2)(d).

⑥ Ibid.

⑦ Ibid. 主席团的这种安排使得其在重大问题上难以决策。最近一个例子就是主席团未能在允许的期限内做出向国际法院申请重新审查其 2007 年有关灭绝种族案的判决。See Statement by H. E. Judge Ronny Abraham, President of the International Court of Justice, concerning Document entitled “Application for revision of the Judgment of 26 February 2007 in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia)”, ICJ Press Release No. 2017/12, 9 March 2017.

由主席团任命，其中两名来自波斯尼亚和黑塞哥维那联邦（一为波斯尼亚族人，一为克罗地亚族人），两人共享一个投票权，另一名则来自塞尔维亚共和国。^① 董事长可投决胜票。^② 六年以后，董事会由主席团任命 5 名成员组成。^③ 新宪法没有对当选资格和法定人数的要求作出具体规定，因此这需要在未来加以确定。

于是，这就清楚了：在中央银行决策过程中任何族群都没有否决权，而且在最初六年中央银行可避免僵局。但是，在此处，族群主权仍将盛行。因为中央银行的职责将由议会决定，^④ 而六年后，董事会成员的任命将完全由主席团控制。议会和主席团两个机构未来将不得不迎战各个族群的否决权问题。

(四) 宪法法院

宪法法院的构成和决策过程没有严格遵从其他机构的模式，尽管族群属性甚至在这个司法机构中也很惹人注目。在宪法法院的 9 名法官中，有 6 名法官来自国内，必须为合格的投票人，亦即必须为波斯尼亚和黑塞哥维那的公民和居民。^⑤ 6 名本国法官中，4 名由波斯尼亚和黑塞哥维那联邦代表院选出，另外 2 名则由塞尔维亚共和国议会选出。^⑥ 其余 3 名法官则来自国外，不得为波斯尼亚和黑塞哥维那或任何邻国公民，由欧洲人权法院院长与主席团磋商后指派。^⑦ 将来，议会可以给出另外一种选任 3 名外籍法官的方法。^⑧ 严格来说，由波斯尼亚和黑塞哥维那联邦选出的 4 名法官名额无须在波斯尼亚族和克罗地亚族之间平均分配，因此三个族群在宪法法院可能得不到平等的代表。

为何除 3 名外籍法官的情况外，这个司法机构的构成还是如此讲究族群，对此人们只能推测了。司法的理想状态应是，不管人们如何看待立法和行政机构决策，族群属性都不卷入司法决定，以及法官只以其个人身份行事，秉持公心和良知执掌司法。新宪法对此虽然没有明文规定，但我们可从其对法官的要求（法官应当是品德高尚的法学家）那里推断出来。^⑨ 即使新宪法没有提及这一点，我们也一定不能忘记这一理想是任何司法权的使命的内在要求。

最后，鉴于宪法法院的组成和法定人数要求如上所述，任何一个族群都无法在法院拥有否决权。新宪法规定全体法官的过半数就构成法定人数，因此 2 名本国法官和 3 名外籍

① The New Constitution, art. VII(2).

② Ibid. .

③ Ibid. , art. VII(3).

④ Ibid. , art. VII(1).

⑤ Ibid. , arts. VI(1)(a), (b), I(7)(d).

⑥ Ibid. , art. VI(1)(a).

⑦ Ibid. .

⑧ Ibid. .

⑨ Ibid. .

法官就能够开展工作。^① 由于新宪法没有具体规定作出裁判的投票要求，宪法法院的裁判可被推定为以投票人的过半数作出。^② 理论上说，在需要3名外籍法官形成5名法定人数的情形中，3名外籍法官如果抱团投票反对其余2名法官，则可决定某些案件的结果。^③ 因此，可能折磨立法和行政机构的僵局不会造访宪法法院。但是，外籍法官，且不说理论上他们拥有决定案件结果的权力，其存在本身就已经相当特殊，无疑有些人会认为这是外国援助，而另外一些人则认为这是外国干涉。让外国人坐在他们的最高法院席位上可能不会令人高兴，但目前这可能是一件不得不逆来顺受的事情。人们希望外来法官不仅仅是“品德高尚的法学家”（新宪法第六条第一款第(二)项），而且对波黑情势有深刻理解，这样他们才不会太过偏离波黑民众的痛苦与渴望，或者更糟地，把他们的“外来人的看法”强加给当地人民大众。给予外籍法官决定权在理论上就会给人更大的挑战。

(五) 总括点评

弥漫在政府立法和行政机关之中的族群主权很可能令政府，最终令国家瘫痪。背后主导这两个机关的最终决策之主旋律不是民主而是族群。从这个意义上说，它与新宪法第一条二款所捍卫的民主原则相抵触，尽管这些机构成员的选举在某种程度上说可能基于民主原则。它虽因标榜确保各族群的平等而有着诱人的吸引力，但最终还是一种温和的种族主义。如此一来，族群主权并不有助于培育一个认同“一个国家”的统一民族，反而会令三个民族保持分离并分化它们的忠诚。它为每个民族都提供了击倒整个国家的机会。根据历史经验，它们当中的任何一个都有可能这么做。假如前南斯拉夫的命运不足为证，^④ 人们只需看看前捷克和斯洛伐克的解体。^⑤

摆脱了可能经常光顾立法和行政机关的僵局，若持能动主义和工具主义立场，宪法法院和中央银行在某些情况下可能可为政府结构中可能存在的弊病提供一些补救。但是，这并非乐观的理由。中央银行的职责由议会分配，而议会则有可能被弄瘫痪。宪法法院有其内在局限性，因而不能接掌其他机构的权能。其亦将因缺乏一个关于全国性法律的实施机制而被绊手绊脚。其命令可能冒被违抗的风险。更重要的，一个法官统治型政府（government of juristocracy）有其缺陷，并将扳倒新宪法所捍卫的民主原则，因为法官非经

① Ibid., art. VI(2).

② 新宪法没有对裁判案件的投票要求作出规定，但应推定为按多数表决。法院可在将来根据第六条二款制定的规则中对此加以规定。

③ 外籍法官的存在不算少见，包括在中国香港的终审法院。

④ “Katarina Mathernova, Czecho? Slovakia: Constitutional Disappointments”, in A. E. Dick Howard, (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe* (1993), 57.

⑤ 1988年美国的一位宪法学者质疑“一项宪制安排能否在不可能拥有一个统一民族的情况下生存”，并直截了当地称他认为“一项基于种族的宪制安排”是不可思议的。”Remarks of William T. Coleman”, in Robert A. Goldwin & Art Kaufman (eds.), *Constitution Makers on Constitution Making* (1988), 456. 当时，动荡还没降临前南斯拉夫，Coleman先生就已把它挑选出来作为其理论的反常情形。

民主选举产生。

四、结 语

宪法决不可能完美无缺。这一不幸的事实已被知名学者们^①指出，而且或许已在新宪法中找到证据。有些缺点可以修补。而另外一些，例如决策过程的结构性问题，则不可修补。这些一直是潜在的爆点，它们在埋伏着，等待瘫痪政府。

在一个生命呱呱落地的那一刻就要预报其未来是有风险的，宪法的情况尤其如此。我们必须铭记，一部新宪法的话语“创造了新的生命，即使是最有天赋之创造者，也不可能完全预见其发展”。^② 司法机构对它的解释可能会带来改进。潜在的问题或许可被公益意识(public-spiritedness)或在国际压力下达成的妥协所防止。政府的最理想状态，尤其对立法机关而言，是其由理性地追求理性目标的理性人士组成。我们只能希望各个宪法角色将尽量为所有有关方面着想而行事。

五、 后记： 波罗芝堡特区

自 1995 年生效以来，新宪法对维持波黑的稳定起了一定的作用。但是，总体而言，上文所谈及的难题并没有得到很好的处理，以致有关波黑危机的消息时常传出。与其把波黑的稳定归功于新宪法，可能不如归功于来自外部(主要是美国和欧盟)的压力及诱惑。这样，新宪法所标榜的民主、自决都只是标榜而已。来自外部的压力或诱惑肯定不能永垂不朽；一旦撤出，波黑会是怎样的情况？新宪法会起什么作用？目前不得而知。新宪法成功了吗？要回答这个问题目前为时过早。这种情况以及上述难题，都应该给宪法制定者们一定的启示。

需要补充的是，《代顿和平协定》附件二的第五条规定，对有争议的波罗芝堡地区(Brcko Area)的归属，要通过仲裁解决。一场奇异的仲裁发生了：在来自上述两个政区的仲裁员不签字的情况下，来自第三方的主席于 1999 年决定该地区由两个政区共同拥有，并建立波罗芝堡特区(Brcko District)。^③该决定的正当性存疑，^④但据报道美国认为该裁决正当，并恐吓说，如果一方阻碍裁决的贯彻，仲裁庭将把特区判给对方。^⑤不过，波黑议

① See Henry P. Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 N. Y. U. L. Rev. (1981) 353.

② *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416, 433 (1920) (Holmes, J., for the Court).

③ <https://peaceaccords.nd.edu/provision/international-arbitration-general-framework-agreement-peace-bosnia-and-herzegovina>, visited on 21 Dec. 2016.

④ 据附件二第 5 条，该仲裁适用 UNCITRAL 规则(http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010_Arbitration_rules.html，应该用 1976 版的)，但是该规则在第 31 条(1976 年版)(2010、2013 年版第 33 条)只是明确允许对程序问题可由第三方的主席做决定，其他决定要由 majority(大多数仲裁员)做。

⑤ <https://peaceaccords.nd.edu/provision/international-arbitration-general-framework-agreement-peace-bosnia-and-herzegovina>, visited on 21 Dec. 2016.

会于2009年终于通过了新宪法的第一修正案，接受了这个仲裁决定并对特区的治理作了专门安排。^①

An International Experiment in Constitution-making for a Multi-ethnic and Multi-regional Nation: The New Constitution of Bosnia & Herzegovina

Sienho Yee (Wuhan University)

Abstract: The Dayton Peace Accord, through Annex IV, promulgated by treaty the Constitution of Bosnia and Hercegovina. This was an international experiment in constitution-making for a multi-ethnic and multi-regional State. This article first critiques the legality of this experiment and then moves to describe and analyze the nation-building provisions on territorial arrangements and on the establishment of State organs and their decision-making. It points out that the constitutional arrangements in large measure provide for “ethnic sovereignty”, i. e. , “ethnic veto”, and are likely to lead to stalemate in decision-making. The Central Bank and the Constitutional Court will likely be free from the paralysis that may plague the legislative and executive branches and may provide in certain circumstances some limited remedy for the potential impasses in the political institutions. Finally, the article stresses the importance of reasonably interpreting the Constitution.

Key words: constitution-making; multi-ethnic and multi-regional nation; Bosnia and Herzegovina; ethnic sovereignty; constitutional court

●责任编辑：屠 苏

◆

① [http://www.ccbh.ba/public/down/Amendment_I_to_the_Constitution_of_BiH_\(OHR_and_CC\).pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/Amendment_I_to_the_Constitution_of_BiH_(OHR_and_CC).pdf), visited on 21 Dec. 2016.