



现代主权论

陈序经 著

张世保 译

张伟生 金欣 校

清华大学出版社



现代主权论

陈序经 著

张世保 译

张伟生 金欣 校

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

现代主权论 / 陈序经著. -- 北京:清华大学出版社, 2010.9

(法意 / 许章润主编)

ISBN 978-7-302-23848-5

I. ①现… II. ①陈… III. ①国家—主权—研究 IV. ①D992

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 178173 号

责任编辑:李文彬

责任校对:王荣静

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:21 字 数:269 千字

版 次:2010 年 9 月第 1 版 印 次:2010 年 9 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:32.00 元

产品编号:039363-01

敬献家严继美先生

凝练法意

“法意”主编者言

法律是一种规则体系,同时并为一种意义体系。任何规则必蕴涵有一定的法理,载述着一定的道德关切,寄托着深切的信仰。凡此种种,一言以蔽之,曰法意,它们构成了规则的意义世界,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下,甚至滥觞于相应的法意,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过,就人类迄今为止有限的历史来看,诸如公平正义,仁爱诚信,安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰,构成所谓世道人心,关乎人的生存和尊严,却恒定而不变,万古而常青。这是人世生活本身的要求,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在,那么,法律之道即生存之道,法意即生活的意义,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受,同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫,“有法不依”现象的普遍

存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于“法意”的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组,旨在度集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐释法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域;体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

出版说明

读者在本书中或许会发现一些错误,这原因是出在当时打印的环节上,我的粗心和“忙碌”或许也是原因之一。以此观之,我将拙著公之于众,如果有一个出版理由的话,那是我对读者智力和理解的信任。

在出版这本书中,岭南大学陈受颐(S. Y. Chen)教授所作的贡献难以估量。我希望我的衷心感谢对他的长时期的期待是一个补偿。

陈序经

1929年6月于广州

前 言

许多有价值的著作在这个研究中没有被运用。我非常遗憾没有找到凯尔森(Hans Kelsen)的《主权问题和国际法理论》(*Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Völkerrechts*)。马特恩(Johannes Mattern)教授的《国家、主权和国际法的概念》和沃德(Paul W. Ward)的《主权:近代政治观念的考察》是在本书完成之后出版的。但我确信有关现代主权论的主要方面都已论及。

我深深感激许多作者和学者,特别是伊利诺大学的一些老师们。是在加纳(James W. Garner)教授的建议下,我才从事这项研究的。社会学系的海耶斯(Edward C. Hayes)教授、哲学系的麦克卢尔(Matthew T. McClure)教授、政治学系的伯代尔(Clarence A. Berdahl)教授,从他们的著作、演讲和个人建议中,我都得到了很多帮助。

更重要的是,我要感激政治学系的费尔赖(John A. Fairlie)教授,没有他的持续指导和热情帮助,本书是不可能完成的。当然,这并不是说本书的错误与缺点不由本人单独负责。

陈序经(Su-Ching Chen)

伊利诺大学

1928年4月1日

目 录

引语	1
导论	3
第一章 主权理论的历史	7
一、导论	7
二、古希腊的主权概念——亚里士多德	8
三、罗马时期的主权概念	10
四、中世纪时期的主权概念	11
五、近代的主权概念	13
六、反动运动	24
七、结论	33
第二章 联邦国家中的主权	36
一、导论	36
二、州主权论	36
三、联邦主权论	45
四、各种妥协理论	49
第三章 联邦国家中的主权(续)	64
五、结论	86
第四章 国际关系中的主权 主权的特征	87
一、导论	87
二、主权和国际法	87

三、主权的本质	94
第五章 国际关系中的主权 归宿和批评(续)	113
四、主权的归宿	113
五、近来对主权观念的攻击	134
六、结论	138
第六章 主权与法律	139
一、导论	139
二、分析学派	140
三、自然法学派	161
第七章 主权与法律(续)	164
四、历史学派	164
五、经济学派	173
六、社会学学派	181
第八章 主权与法律(续)	190
七、结论	215
第九章 主权与职能组织	217
一、导论	217
二、德国学者	218
三、英国学者	221
四、法国学者	241
五、美国学者	247
六、结论	253
第十章 拉斯基和其他	255
一、拉斯基	255
二、其他学者	271
结论：一个观点	281
参考文献	295
译名对照表	314
译后记	322

引 语

所谓传统的主权理论的基本原则大致可以归结为两点：(1)主权在本质上是不可分的。(2)主权是法律渊源，因此正当的法必须有最高主权者在后面做支撑。在主权于联邦国家，特别是于国际关系的运用之中，第一条原则已经受到批评。那些无论是在国内还是在国际上增长和发展的职能组织都导致许多学者否认第一条原则以及该原则暗含的主权是国家的基本特征的原则。第二条原则则长时期地被那些自然法学派的拥护者所挑战和怀疑；但是，在形式上，它主要受到来自历史法学家，法理学中的经济学派，最主要的，来自社会法学家们的批评和怀疑。

关于第二条原则的反对意见认为，法律如果不是最高主权者做后盾，在严格的意义上就不能称之为法的说法，已经没有实际的意义。现在已经很少有人(即便有)认为法是且一定是主权的产物。最近的讨论一直主要关乎主权在其本质上是否可分这一问题。这种讨论的答案是肯定的。这有历史方面的证据、现存的事实、普遍接受的道德标准，还有哲学中的比较合理和充分的观念。

以下的内容或许可以为这方面的研究作一个简单的概括。必须提到的是，章节的顺序并不一定与概括严格保持一致。

本论文的主要目的是对现代主权论做一鸟瞰。从第一章到最后一章，我都必须尽可能如实地对那些作者的思想予以描述而不对其

做出批评。要达到这个目的,引用是非常自由的。我自己的观点则在结论中;但是必须补充的是,这些观点并没有什么独创性。

达到这个主题的方法有两种:一是按时间顺序论述;二是根据主题论述。主题是更被强调的,在同一主题下再采用按时间顺序论述的方法。

导 论

主权这一概念,一般认为是布丹(Bodin)于16世纪最先使用的。但最近一些权威人士证明早在15世纪,法国的一些作家就开始使用了,特别是在波马诺(Beaumanoir)及诺索(Loy Seau)的著作中。^①也许还有一些人在古代的文学作品中也发现了这一概念,并宣称在15世纪之前已经有人使用主权这一概念。不管是谁最先使用这一概念,一个无可争辩的事实是:主权这一概念已存在很久,并一直以来是人类思想史上最为重要的概念之一。

让我们回到罗马帝国时代。当皇权鼎盛时,皇帝被认为是主权的所有者,并且是“荣誉的源泉,法律的制订者,争端的裁判者”。^②他就是上帝。他的行为是不会出错的,他的话就是最后的决断。将近千年后,在卡诺莎(Cannossa)发生的一幕中,亨利(Henry),那个时候欧洲最伟大的国家的国王,也必须跪在主教的面前。一些学者甚至

^① Carlyle, *A History of Mediaeval Political Theory*, 第三卷, *Political Theory from the Tenth Century to the Thirteenth*, 1916, 50~84 页。也参见加 Carner, *Political Science and Government*, 1928, 第八章, 156 页。Villet, *Etablissements de Saint Louis*, 第二卷, 370 页。Carr de Malberg, *Theory generale de l'etat*, 第一卷, 73~74 页。

^② Sumner, *Folkways*, 1913, 82 页。

宣称,罗马皇帝的幽灵正从他的坟墓里走出来。^①

另一方面,浪漫派的知识分子们,例如领袖但丁(Dante),则坚信这种权威应当在君主的手上。他的这种预见在亚威农(Avignon)上演的一幕中被明确地反映出来。^② 君主可以做上帝和教皇所做的一切,因为他就是主权的拥有者。君主和教皇之间的长期的战斗结束了,但关于主权的战斗仍在继续。不过战斗的双方变成了国王和人民。《大宪章》、《权利宣言》,仅仅是几个明显的例子。人们现在清楚地意识到,路易十四的时代已经过去,但这并不意味着关于主权的战斗就已结束,相反,它充分显示出这种战斗的重要性。

正因为如此,当代的政治家习惯于把主权当做头等大事来讨论,用最大的热情来谈论主权,视主权为他们深爱的祖国的灵魂和生命。他们说,人们有了它,就没有什么可以畏惧的;没有它,则没有希望。军事家们,把它看得比任何东西都要重要,他们愿意用所有臣民的生命去捍卫它。就连普通的民众,也为主权的荫庇而感到自豪,他们轻视国外那些不幸生活在主权残缺的国度里面的人们。

更为重要的是,主权是如此重要,以至于它被当做公众话题,并被各个领域的博学之士讨论。许多学者都宣称主权问题是他们各自的研究领域中一个专有的主题,还有一些学者则宣称如果没有他们的参与,主权问题就不可能得到解决。法学家把主权视为诉讼终审

① 格列高利七世(Gregorius VII, 1021—1085)宣扬教皇权力高于一切,不仅有权任命主教,而且可以废除君王。为了与神圣罗马帝国皇帝亨利四世争夺主教任免权,1076年宣布革除亨利教籍。亨利无奈,于次年1月亲赴卡诺萨(Cannossa,意大利北部城堡)向教皇“悔罪”。1084年亨利进占罗马,格列高利出走,死于萨莱诺城(Salerno,意大利南部西岸港口)。——译者注。

② 公元1309年,教皇宝座从罗马被迁到靠近法国的亚威农(Avignon),教廷留在该地,直到1376年,这段时期在历史上被称为“教皇巴比伦被掳时期”(Babylonian Captivity)。“被掳”是因为这时期的教皇都在法王控制之下;“巴比伦”是因为前后持续约七十年之久,正如旧约时代的以色列人被掳到巴比伦一样。这段时期,所有教皇都是法国人。继法王腓力给教皇制强烈的打击之后,“巴比伦被掳”更进一步削弱了教皇的特权。因为在亚威农的教皇们,完全听命于法国国王,其他各国人民不再尊重教皇。——译者注。

权(final power),认为主权问题是一个法律问题,只有他们才能处理它。^① 政治学家们,从主权的特征、归宿和结果考虑,宣称他们最有资格研究它。哲学家们,把主权的最为基本的和一般的原理作为国家存在的最终依据,认为他们才是解决主权问题的关键角色。经济学家们将主权看做仅仅是经济现象的结果,认为如果不从他们所从事的领域去考察主权问题,我们将永远不可能理解它。^② 伦理学家们,把主权作为人类的固有权利来谈论^③,认为主权就其本质来说,是一种道德问题。心理学家认为主权不过是一种对公共观念,即选民、各反对党、各阶层、各利益团体的态度、冲动与观念的无序的、潜意识的影响,因此他们认为主权问题在本质上是一个社会心理学问题。^④ 而那些社会学家,把主权作为各种社会势力的一个产物,以此来分析主权的发展和状况,坚持认为主权问题必须从社会学的观点来加以研究。^⑤

如此之多的争论,也导致在关于主权的起源、作用、本质和归宿等的问题上出现了形形色色的观点。在起源上,有的人认为主权起源于家庭;有的人认为在原始游牧部落里面没有主权的存在;^⑥有的人认为主权在部落联盟时期才产生;^⑦更有人甚至认为主权的观念直到现代国家产生的时候才出现。

关于主权的作用,许多人认为主权是国家的特征,并且是最为基本的特征,如果没有主权,就没有国家可言。但另一方面,许多人却坚持认为国家只不过是一种社会组织方式,一个国家可以拥有主权,

① Commons, "A Socioological View of Soverergnty", in the *American Journal of Sociology*, 第5卷, 1~3页。

② Loria, *Economic Foundation of Society*, English translation by Lindley M. Keasbey.

③ Laski, *Authority in the Modern State*, 28页, 32~63页。

④ Williams, *Foundation of Social Science*, 18~19页。

⑤ Barnes, *Sociology and Political Theory*, 131页。

⑥ Gunplowocz, *Outline of Sociology*, translated by Moore, 124页。

⑦ Giddings, *Principles of Sociology*, 285页。

其他组织也可以拥有。

关于主权的本质,很多人坚信主权仅仅是一种权力,哪里有权力,哪里就有主权。然而,有的人却宣称主权不仅仅是权力的集合,因为权力只不过是实现主权的手段。另外有些人把主权看做理性甚至上帝,认为在人类组织中是不能发现主权的。还有人认为主权不过是一个虚构的、空洞的东西。

不仅如此。随着研究的深入,许多学者已经开始探讨主权是否可以被分割、被限制和被侵犯,是否是绝对的、有效的和至上的,如此等等。对于这些问题,各方观点并不一致。至于主权的归宿,有的时期,它在皇帝手里,而有的时期在君主那里,有的时期还在人民手里。有时候,它完整地存在于一个政府中,有时候存在于议会中,有时候它存在于国家的立法机构那里,有时候它在选民手中。

总之,不仅是在过去,更是在现在,主权一直是人类思想史上的一个最为重要的概念之一。最近,对传统主权概念的攻击,也许被一些人看做是整体主权观念的丧钟,但事实是,有力的攻击越多,讨论也就越为宽广。至于结果如何,则只有时间才能告诉我们。

第一章 主权理论的历史

一、导论

本论文的主要目的是对现代主权理论作一纵览。但是没有任何一种理论能够孤立地存在。一种理论往往和另外一种或几种理论联系在一起,甚至这些理论相互之间有激烈的冲突。如果我们把其中一种理论称为新的理论,那么要理解这种新的理论,那些相关的背景知识是必要的,也是必须的。一个明显的事实是:许多理论家希望对一种理论进行改进或修正,从而使这种理论相对而言成为新的理论,那么对该领域其他人的研究工作有一个完整的理解对他而言就是必须的。在一个学者提出一种新的理论之前,不论他是否意识到,都已经受到了其他观念的影响。一个人的观念可能同影响他的观念不同,甚或有很大的不同,但如果我们不去研究一下那些影响他的观念,则想真正理解他的观念是不可能的。事实上,所谓新的理论一般都出自那些旧的理论。旧的理论 and 新的理论是一种母子关系,没有母,就没有子。

让我们举一个例子来证明。一般认为分权理论是美国的宪法之父们提出和推动的。但如果我们仅仅研究他们是不能很好理解这种理论的,我们还必须研究孟德斯鸠、洛克,甚至波利比奥斯(Polybius)