



宪政原论

社会主义宪政基础理论研究

XIANZHENG YUANLUN

肖君拥◎著

中国社会科学出版社

本书以马克思主义为指导，以社会主义宪政理论为基础，以中国宪政建设为研究对象，对宪政问题的基本原理以及我国的宪政建设问题进行了深入研究。全书共分五章，第一章为绪论，第二章为宪政的起源与演变，第三章为宪政的理论与实践，第四章为社会主义宪政的理论与实践，第五章为社会主义宪政的展望。本书力求做到观点明确、论据充分、逻辑严密、行文流畅，力求做到理论联系实际，为我国的宪政建设提供理论参考。



宪政原论

社会主义宪政基础理论研究

XIANZHENG YUANLUN

肖君拥◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政原论：社会主义宪政基础理论研究/肖君拥著. —北京：中国社会科学出版社，2010.7

ISBN 978-7-5004-9105-7

I. ①宪… II. ①肖… III. ①宪法—法的理论 IV. ①D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 179176 号

责任编辑 张 林
特约编辑 张冬梅
责任校对 周 昊
封面设计 李尘工作室
技术编辑 戴 宽

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 7 月第 1 版 印 次 2010 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16

印 张 14.5 插 页 2

字 数 215 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 宪法(宪政)与权力	(1)
第一节 权力及其起源.....	(1)
第二节 宪法与宪法权力.....	(4)
第三节 宪法作用的一种解释:以规范(制度)实现规范 (秩序).....	(7)
第二章 宪法(宪政)与人民主权原则	(10)
第一节 人民主权原则的宪政理论解读与误读	(10)
第二节 人民主权理论的类型化分析	(12)
第三节 人民主权原则的正当性与合理性	(36)
第四节 人民主权宪法原则的制度贯彻	(40)
第三章 宪政的理论逻辑	(49)
第一节 宪政的概念及其正当性问题	(49)
第二节 人民主权、基本人权与权力制衡.....	(59)
第三节 民主宪政观与自由宪政观之间的张力	(63)
第四节 人民主权还是宪法至上:议会与法院之间的 矛盾与调谐	(73)
第四章 宪政与法治	(81)
第一节 中国近代宪政运动与法治缺失	(81)

第二节	新宪政运动及其窘境	(91)
第三节	宪政与法治:一种本土模式的探究	(101)
第五章	宪政与民主	(107)
第一节	对民主的诘问	(107)
第二节	法治与民主的哲理之维	(125)
第三节	宪政与民主的逻辑关联	(138)
第六章	宪政与政党	(144)
第一节	利益、利益冲突与政党	(144)
第二节	政党法治的演进	(157)
第三节	政党与宪政现代化	(173)
第七章	宪政与人权	(177)
第一节	人权立宪的历史沿革	(177)
第二节	宪政与人权的哲理解析	(184)
第三节	宪政中国的人权理论变革	(198)
第八章	宪政与社会主义法治理念	(211)
第一节	社会主义法治理念的由来与内涵	(211)
第二节	中国社会主义宪政的逻辑建构	(217)
第三节	贯彻社会主义法治理念以推进宪政建设	(222)
后记	(228)

第一章

宪法(宪政)与权力

第一节 权力及其起源

法学界素来好谈权利，却忽视对权力问题的应有关注。实际上，公法学者研究的起点、过程以及结局，都离不开对权力现象的认识和对权力本质的思辨。然而，权力是什么^①？权力是权力拥有者（人或者机构）的行为自由或支配影响力。拥有权力，意味着“一个人或一些人在社会行动中甚至不顾他人反对也能贯彻自己意志的任何机会……不管这种机会是建立在什么基础之上”^②。权力是人类社会关系中一方对另一方产生的心理或行为反应，在社会关系中处在优势地位的一方，向处于相对劣势的一方发出威胁、强制或其他类型的行动，

^① 现代社会中的公民对权力（power）的直觉，大抵与权利（right）一样，再熟悉不过了。一提起“权力”，人们的脑海中立刻浮现出一位威严的长者、一位强壮的军官或者一位向仪仗队频频挥手的政治家。是的，他们拥有力量，能对他者产生实在或潜在的控制，拥有“能够做出某种行为的能力”（刘军宁：《权力现象》，香港商务印书馆有限公司1991年版，第3页）。人们对权力存在着或厌恶或喜好或好恶参半的复杂情感，但是，“权力本身无所谓好，也无所谓坏”（〔美〕阿尔温·托夫勒：《权力变移》，周敦仁等译，四川人民出版社1991年版，第1页）。权力现象是人类生活中最常见的社会现象之一，其最直观的表现就是一个人对另一个人的支配，譬如，士兵对将军的服从，上级命令下级，家长呵斥小孩，等等。

^② 〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》（上卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第81页。

劣势方在心理或行为上表示抵抗、服从或不做表示，以实现优势方的意志或利益。如果把权力的拥有、行使者称为权力主体，把权力行使的相对方称为权力客体，权力主体或许可以通过“控制、统治、命令、影响、支配、强制、指挥、操纵、领导、指导、威胁、说服、诱导（奖赏）、禁止、维持、支持、创设、变更、取消、安排或分配等方式作用于权力客体”^①。权力主体对权利客体的心理或实际影响，既可能基于其主动的行为，也可能来自权力客体因对权力主体的恐惧而产生的服从，或者两方面因素兼而有之。

为方便对权力现象的深入理解，或许可以根据权力主体的归属不同，把权力划分为个人权力、团体权力和国家权力；根据权力的特征，似乎又可把权力划分为强权力和弱权力、事实权力和规范权力、原生权力与次生权力、基于特定职务的权力（制度性职权）和基于广泛身份的权力（观念性权力）等^②。

权力的起源，以及权力主体对权力的保有，是多种因素作用的结果。最初，基于体力、武器的优越可能会导致权力客体对权力主体的服从；后来，基于经验（比如专家）或者佯装经验（比如巫术）也可能获得权力；基于对经济资源的垄断性控制可能会获得权力；基于某种社会角色（血缘、姻缘、地缘、学缘、业缘等）可能会取得权

① 马起华：《政治理论》，台湾商务印书馆1977年版，第137页。

② 有学者依据权力客体的不同，把权力划分为指挥、规范、操作、评判权力，或政治、经济、文化权力，或中央、地方权力；依据权力存续的长短，划分为长期、短期、临时权力，或世袭、终身、任期权力；依据作用效果的不同，把权力划分为良性、恶性权力，或扩张性、收缩性、适中性权力，或创造型、保守型、中庸型权力。参见陆德山《认识权力》，中国经济出版社2000年版，第71～89页。英国著名哲学家罗素（Bertrand Russell）认为，权力可划分为对人的权力和对物的权力、个人的权力和组织的权力（《权力论》，中译本，商务印书馆1991年版，第23、27页）；美国学者丹尼斯·朗在《权力论》（陆震纶等译，中国社会科学出版社2001年版）中把权力区分为“行动权”（power to）和“控制权”（power over）；托夫勒在前揭《权力变移》中把权力区分为暴力形式的低质权力（low-quality power）、财富形式的中质权力（medium-quality power）、知识形式的高质权力（high-quality power）；美国学者加尔布雷塞在《权力的剖析》中把权力的来源归为为人格、财产和组织，相应地把权力划分为应得权力（condign power）、报偿权力（compensatory power）和制约权力（conditioned power）。

力；基于财富的占有或放弃可能会换取权力；基于信息资源的垄断或在所谓“信息不对称”状态下也可能会获得权力；基于结社（比如组成松散或紧密型的团体、政党）^①也可能获得权力。假如某个人或某群人能同时拥有以上权力资源的部分或全部，那他（们）一定会被看做是“强大的”权力主体。可以说，权力资源的有无、大小决定了权力的有无、大小，权力资源的稀缺与垄断才使权力的价值得以体现^②。

权力与国家是相互依存的，权力也最易为国家所集中。国家权力因此高居权力金字塔的顶部，国家权力也是历代思想者最为注意的对象^③。有学者把国家权力称为“主权”，认为国家权力是绝对的、超越法律、无所不能的权力，而且它应该由国王来执掌。不幸的是，这种观念影响了人类好几个世纪，是近代最为流行的政治理论预设。对国家权力的认识，有一个从感性到理性、从具体到抽象的发展过程。有多少专业或业余的思想者试图从方方面面来对国家权力进行观察与研究！在马克思主义经典著作中，一般认为国家是人类经济发展到一定阶段后才出现的产物，而权力现象早在氏族社会就已经存在。随着人类社会的发展，社会形成了对立的剥削阶级和被剥削阶级，在经济上占统治地位的阶级为维护自身的利益，对被统治阶级以及统治阶级内

① 这一点，当代中国人应该有深刻的体会，结社的确能为个体权利与自由的保护提供现实的途径，譬如各级消费者协会的纷纷设立。美国学者加尔布雷思（J. K. Galbraith）较早年在《权力的剖析》（刘北成译，台湾时报文化出版公司1992年版，第51~66页）一书中指出“组织已成为现代社会最重要的权力来源”，并分两章对此进行客观地分析。

② 国内外普遍发生的“权力寻租”现象似乎验证了这一命题的正确性。

③ 国家权力具有如下特征：一曰派生性，即宪法上的国家权力，是治权，而不是政权，按主权在民的原则，政权由人民掌握，国家权力的最终所有者是人民，而国家机关只是国家权力的具体行使者。二曰能力性，即宪法上的国家权力，是权力的保持者“在任何基础上须使其他个人屈从或服从于自己的意愿的能力”（参见[英]A. 布洛克等编《枫丹娜现代思潮辞典》，社会科学文献出版社1983年版，第453页）。三曰力量性，即宪法上的国家权力，是“一种组织性之支配力……是制定法律、维持法律与运用法律之力”（参见谢瑞智编《宪法辞典》，台湾文笙书局1979年版，第61页），是以国家机器为后盾的，以国家强制力为支撑的力量。四曰物质性，即宪法上的权力不过是国家以税收等形式从社会提取的物质财富的转化形式（参见[美]康芒斯《制度经济学》，中译本，商务印书馆1962年版，第348~349页）。

部的部分人实施统治和强制，这种实施统治、压迫和强制的力量便是国家权力。

权力意味着控制与服从，但它并不是一种赤裸裸的暴力，也不完全是一种“温柔的”说服。权力因来源或目的与手段的“正当”才获得“合法性”。否则，权力便会受到动摇。“权力的合法性只不过是出于本集体的成员或至少是多数成员承认它为权力……不合法的权力则不再是一种权力，而只是一种力量。”^①作为一种最具有代表性的权力现象，国家与社会的权力应该如何行使才是符合“合法”或“正义”标准的，在理论上还存在很大的分歧。有一种代表性的观点认为，“领导者必须要重视公共福祉……权力接受了统治权利所强加的限制措施”^②。的确，在经受了许许多年民主教育和民主意识灌输的人看来，没有绝对的权力，不光是因为它必会导致绝对的腐败和堕落，还有它的非正当性、虚妄性以及客观不存在。

第二节 宪法与宪法权力

人们制定宪法的原初动机，乃是基于对权力的不信任。权力具有双重性，一方面，人类社会维持秩序需要一个公共权力作为保障，但另一方面公共权力如行使不当或被滥用就会贻害社会与公民。罗素曾云：“一方面，因为政府是必需的：没有政府只有很少一部分人有望继续生存，而且只能生活在一种可怜的贫困状态中。但是，另一方面，政府也会带来权力的不平等，并且那些拥有极多权力的人会利用这种权力来满足他们自己的欲望，而这些欲望是与一般人的欲望截然相对立的。”^③权力会异化，对权力持不信任的怀疑态度自古就有。

① [法] 莫里斯·迪维尔热：《政治社会学》，杨祖功等译，华夏出版社1987年版，第117页。

② [法] 让-马克·夸克：《合法性与政治》，佟心平等译，中央编译出版社2002年版，第47页。

③ [英] 罗素：《权力论》，勒建国译，东方出版社1988年版，第164页。

“权力有作恶的滥用的自然本性：这一原则由西方人士所信奉，最迟同文字、文明一样古老。”^① “国家尽管是必要的，但却必定是一种始终存在的危险或者（如我斗胆形容的）一种罪恶。因为，如果国家要履行它的职能，那它不管怎样必定拥有比任何个别或公众团体更大的力量；虽然我们可以设计各种制度，以使这些权力被滥用的危险减少到最低限度，但我们绝不可能根绝这种危险。”^② 因此，必须制定宪法、实施宪政，推行分权与制衡，对权力进行控制和制约。

孟德斯鸠指出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止……要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”^③ 对权力的怀疑，是源于对人性的怀疑。麦迪逊说：“如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了……毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但是经验教导人们，必须有辅助性的预防措施。”^④ 布坎南认为，“在设计政治制度及对宪法确定若干检查和控制条款时，每个人必须被当作无赖”。西方思想家关于权力为恶的思想，建立在抽象的人性论基础之上。以马克思主义的历史唯物主义观点来看，缺乏科学性。但应该认识到，基于人性恶假设的制度设计无疑促成了西方民主体制的形成和发展。恩格斯曾谈到，“这些（原本为保护人们共同利益而设立的）机关，而其中主要的是国家政权，为了追求自己特殊的利益，从社会的公仆变成了社会的主人。这种情形不但在世袭的君主国内可以看到，而且在民主的共和国内也可以看到”^⑤。因此，需要防止国家和国家机关由社

① [美] 格尔哈斯·伦斯基：《权力与特权：社会分层理论》，关信平等译，浙江人民出版社 1988 年版，第 8 页。

② [英] 卡尔·波普尔：《猜想与反驳》，傅季重等译，上海译文出版社 1986 年版，第 500 页。

③ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。

④ [美] 汉密尔顿、麦迪逊等著：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年版，第 264 页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 334～335 页。

会公仆变为社会主人。

宪法是人类理性为规范国家权力而设计的制度。一切管理国家的权力“不是授予的就是僭取的，此外别无来源”^①。宪法的历史，是国家权力逐步受到合法授予和制度约束的历史。近代宪法的雏形——英国1215年《大宪章》规定，国王征税要经由封建主组成的“大会议”批准，这开了以契约文件方式限制国王权力的先河。英国此后在经历17世纪革命的洗礼后，建立了议会制的君主立宪政体^②，国王的权力受到了法律和宪法惯例限制。美国在独立后，为缔造一个由俗人而非“天使”统治的共和国，立即着手制定宪法来规范国家权力，使共和国能够完善建制和长久存续。法国宪法的变迁，记载了一个有着浪漫与现实精神的民族为保障公民权利和限制国家权力的曲折与磨难，其作为宪法序言的《人权与公民权宣言》为世界性的民主革命运动带来了极其深远的影响。中国宪法实践的开端，虽然是为了延缓晚清政权的衰亡，但也体现了要对国家权力进行法律规范的努力。自1912年民国临时约法颁行以来的所有宪法或宪法性文件，都用了很大的篇幅来规范国家权力。从世界各国制定和实施宪法投入的极大热情来看，归根结底，是想通过宪法的运行来确认、保障国家权力由事实状态转化为能被理性宪法加以理性规制的规范状态。因此，“宪法是人民权利的保障书”命题之后还应该补上一句：宪法是国家权力的指南书。

宪法意义上的权力，是把所有存在于国家与社会、能对国家与社会存续发生重大影响的权力纳入宪法规范的范围。宪法要宣告国家的公共权力源自何处，国家的公共权力如何分配，国家的公共权力行使的规

① [美] 潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆1981年版，第250页。

② 英国通过革命与妥协在近代巩固建立了“King/Queen in Parliament”（君临议会）的宪政体制，根据著名宪法学家戴雪（A. V. Dicey）关于政治主权与法律主权的划分，议会享有法律主权，国君与人民共同享有政治主权，国家的权力实际控制在下议院以及由下议院多数党组成的政府。而根据英国另一著名宪法学家白芝浩（Walter Bagehot）的解释，君临议会的宪法模式被称为是这种君主立宪制的“尊严部分”（the dignified parts），责任内阁制度是君主立宪制的“效用部分”（the efficient parts），在白芝浩看来，英国宪法分为两部分，即尊严部分和效用部分，前者用以体现国君与人民的尊严，后者用以对国家与公共事务实行有效治理。See Walter Bagehot, *The English Constitution*, Fontana/Collins, (1976), p. 61.

则,国家公共权力违(宪)法行使的后果。宪法的一项重大使命,就是要保障国家公共权力的“合(宪)法”和“规范”行使。其一,要保障国家公共权力的合理存在。对国家公共权力不管如何定性为“善”或者“恶”,它都是“必要”的,因为它在管理公共事务方面的独特职能无可替代。宪法要承认其存在的价值并给予其规范意义上的保障,保证国家公共权力避免受到其他种类权力的侵蚀而降低自己的行动能力。其二,宪法要保障国家公共权力的规范化行使。国家公共权力的规范化行使具有多重意义,一是保持权力有效率行使的需要,二是不侵犯公民权利与自由的需要,三是建设“法治国家(社会)”的需要,并且可以为其他类型的权力行使起到示范与表率作用。国家公共权力的规范化行使,必然会对所有社会权力运行提供榜样的指引^①。

第三节 宪法作用的一种解释:以规范(制度)实现规范(秩序)

人类为什么要设计像宪法这样的制度规范^②? 一个具有明显功利性的答案是,依凭宪法可以使人们的社会生活实现规范化的秩序状态。这种思维在西方保守主义看来,有点触犯“自生自发社会秩序”

^① 不过,有一个“权力”悖论经常引发人们的思考:为了建立某种规范实现秩序状态,权力得以出现并开始作用。但权力的异化又需要对权力进行规范以实现持久、动态的秩序,似乎循环往复、治乱相因。

^② 在汉语中,“制”意指节制、限制,“度”意指尺度、标准,制度概念因而可理解为节制人们行为的尺度,制度是维系团体生活与人类关系的法则,是人类为实现安全与秩序而建立起来的系统的、有组织的规则,是众所公认的社会行为模式并能指导人们社会关系和社会行为。一个广为人们接受的“制度”概念,是指“在特定的社会活动领域中围绕着一一定目标形成的具有普遍意义的,比较稳定和正式的社会规范体系”。参见郑杭生主编《社会学概论新论》,中国人民大学出版社1987年版,第253页。德国学者柯武刚、史漫飞认为,制度是人们制定的规则,为一个共同体所共有、总是依靠某种惩罚来加以贯彻(没有惩罚的制度毫无用处),其作用是抑制人际交往关系中可能出现的任意行为和机会主义行为,增进社会秩序。参见其著《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2001年版,第32、33页。

理论的禁忌，或许可称得上是一种“理性的过度膨胀”或者“致命的自负”^①。尽管人类迄今因为过度相信自己的理性能力已经受到了许多来自自然与社会的报复，但要使人类鉴此反缚自己的双手回到史前“无为”状态恐怕既无必要，亦无可能。

宪法是人类理性设计的产物，但宪法同时不完全是靠制度的移植与设计能够得到价值实现的，宪法在实践中实际取得的效果与特定国家的经济、政治、文化、历史以及宪法本身等条件还有十分紧密的关联。从英国、美国、法国以及中国等国家的宪政历史来看，无论是成功的经验还是失败的教训，都验证了这一观点的可信。“人是理性的社会动物”几乎是亚里士多德以来所有思想者对社会科学研究的一个命题预设。今人在思考时可能会对此提出许多的质疑与反证，但无可

① 这里必须要说到当代著名思想大师哈耶克（Friedrich A. Von Hayek, 1899—1992）。他一生的主要著作有：*The Road to Serfdom*（1944）；*Individualism and Economic Order*（1949）；*The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*（1952）；*The Constitution of Liberty*（1960）；*Studies in Philosophy, Politics and Economics*（1967）；*Law, Legislation and Liberty*（1973/1976/1979）；*The Fatal Conceit: the Errors of Socialism*（1988）；*Order—with or without Design?*（1989）；等等。哈耶克沿袭了从亚当·斯密以来的演化理性主义思路，甚至受到了康德主义的深刻影响，构建了他庞大的“自生自发社会秩序”（spontaneous order）理论体系，在晚年他又将之改造成“人类合作的扩展秩序”（the extended orders of human cooperation）理论体系。简略地说，哈耶克认为“在各种人际关系中，一系列具有明确目标的规范的产生，是极其复杂但又很有条理的。但是这（规范）既不是什么设计的结果，也不是发明的结果，它出自许多未明确意识到其行为会有如此结果的人（们）的各自行动”（F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960, pp. 58—59；[英]哈耶克：《自由秩序原理》，上册，邓正来译，三联书店1997年版，第67页。着重号为引者所加）。如果在理解上没有错误，哈耶克的规范观念是一种来自“适应性进化”的结果，与达尔文主义的适者生存、自然选择有重大区别的是，对社会演进产生决定性影响的因素是个人通过学习、模仿而传播延续下来的整体文化遗产，而不是个人生理的且可遗传的特性的选择。所有人们所能刻意设计以及能够和已经创生的东西，“也只不过是由他们所发明的规则系统中怀有改进现存秩序的目的而进行的”（转引自韦森《社会制序的经济分析导论》，上海三联书店2001年版，第44页）。哈耶克的“内发秩序”理论博大精深，体现了对西方古典自由主义立场的捍卫。需要指出的是，我们在感佩其对社会制度的极强洞察与反思领悟能力的同时，也应该看到其学说观点还有偏颇、玄妙的一面，无论其积极面与消极面都尚待深入研究与揭示。

否认的事实是，人类的理性与实践能力带来了社会的繁荣和相对有序^①。人类有追求秩序的目的，基于其现实和有限的理性思考能力，自然会选择以制定规则并实施规则为手段来达致目的。从伦理上讲，这种路径的选择非不应被指责为“不道德”，应该还算得上是最文明的办法，至少它避免了流血。因为，“我们渴望得到好的统治者，但历史的经验向我们表明，我们不可能找到这样的人。正因为这样，设计甚至使坏的统治者也不会造成太大的损失的制度是十分重要的。”^②“制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面。”^③

宪法是国家的根本法已经成为人们的常识。理论上说，宪法在实现（秩序）规范职能方面主要是基于其在指引、预测和评价方面具有优越的制度功能，能够使国家的权力运行与公民的权利用得到保障与约束^④。尽管宪法的制定与实施决定于该国的实际政治力量（对比），但宪法必定在构建一国的政治体制、确认一系列民主制度、规范国内的政治关系方面充当“确认书”、“调整器”的积极角色。现代的民主国家倘若在宪法的制定或者规范宪法权力的运行方面存在明显的缺失，必然将遭到他国的轻蔑以及来自本国力量的抗议。所以，在实现权力秩序（权力的规范性行使）的思路选择上，不能寄望于各种条件的现实成就，因为理想的条件是现世人（the living）永远无法企及的，欲想无为而治也不可能，从现实主义出发，人们应该还是倾向于以制度来实现秩序，虽然制度也不是万能的。

① 中国人常能随口说出“没有规矩不成方圆”，这是对规范（制度）的作用与意义的强调，体现了对规范（制度）重要性的深刻认识以及一定程度上对秩序（规范）状态的期待。

② [英] 卡尔·波普：《猜想与反驳》，傅季重等译，上海译文出版社1986年版，第491页。

③ 《邓小平文选》，第2卷，人民出版社1994年版，第333页。

④ 宪法对国家权力的规范与约束，可以用生活中很多的比方来加以说明。例如，交通标志的红绿灯、双黄线等规范汽车的行驶，铁轨对火车行驶的制约，等等。看似实施了严格的限制，同时也为其设立了保障。

第二章

宪法(宪政)与人民主权原则

第一节 人民主权原则的宪政 理论解读与误读

人民主权意味着国家的一切权力来源于人民的授予，国家权力尊重和保障公民的权利与自由，人民能自主、平等地参与国家权力的运转和公共政策的形成，人民能对国家权力进行有效的监督和控制，人民是一切国家权力的最终拥有者。只有如此从“起点”、“过程”、“归属”多方位阐述，才能真正领会人民主权理论与原则的精髓。人民主权原则在中国的宪政理论体系中处于十分重要的基础地位，也被主流的意识形态所认同。不但如此，它在当今世界的民主浪潮中，同样为西方国家所普遍接受。

人民主权理论是一个众所周知、耳熟能详的观点，但也是一个备受争议、多有误解的话题。从历史的角度考察，主权概念的正式提出，已经是16世纪下半叶。主张人民是国家主权的终极拥有者，源自洛克与卢梭的学说。人民主权理论是一个革命的理论，它为资产阶级开展革命以及建立资本主义政权提供了理论上的正当理由，由此，人类迈入了一个新的社会形态。与资产阶级革命相似的是，20世纪轰轰烈烈开展的无产阶级革命，其理由还是以“人民主权理论”为基础。

就在很多人刚刚体会到人民主权理论的所指、对它有所认识时，

“自由主义”、“精英主义”和“保守主义”理论对人民主权理论的批判又开始了。对人民主权理论的攻击与谩骂，主要是指责该理论的虚伪性、对自由的侵害、会导致“多数的暴政”^①。

宪法学理论中的有些问题存有许多争议，但在有些问题上不管是前提假设还是逻辑展开，是有共识的。谈到国家公共权力的最终归属，几乎所有的宪法学研究者不会否认乃是系于“所有的‘人’”。世界几乎所有的成文宪法都在文本中确认国家的权力（主权）属于该国全体人民或者应该属于人民。宪法的制定和颁布要经过人民的同意，人民有权制定和修改、废除宪法，人民有权对国家权力进行参与和监督，人民对违反宪法行使的国家权力有权提出抵抗和抛弃。在宪法里，人民总是一个崇高甚至神圣的字眼，因为他们能“说了算”。至于说为什么大家会有如此相似的认识或立场，想必不会是共同信仰“人民”的权力，因为这样回答带有“唯心”色彩。但是，接受与主张人民主权理论或多或少是源自“观念的力量”，尽管历史可以解释为是人民的创造。

对人民主权理论的讨论，越深入可能困惑越多。但是，在宪法上能解决很多的问题。比如，因为人民主权，所以国家的创设与运转必须服务于公民人权保护的目；因为人民主权，国家的权力必须在宪法框架的约束下得以合法、有效地行使；因为人民主权，国家的权力必须是有限制的、负责任地行使；因为人民主权，所有的国家权力就像是来自人民的信用委托，必须保护委托（受益）人的利益。

宪法学上，把人民主权理论视为不证自明的“公理”，似乎有偷

^① 托克维尔担心，生活在民主国家的人，对舆论的信赖将形成一种以多数为先知的宗教，民主社会中起支配性影响的权威是“人民”、“群众”、“公众的意见”，公众不是用说服的办法，而是以全体精神强制个人服从，此所谓“多数的暴政”。“在这个世界上，只要以人民的名义，暴政也能成为合法的，不公也能变为神圣”，而事实上，多数的暴政“并非像大家至今所想的那样是多数人的统治，而是依靠多数得势的少数几个人的统治，这些人可以不经与人民商量而径以人民的名义行事，把人民踩在脚下，反而要求人民对他致以无限感激”。See Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Vol. 2, pp. 9-12, 303-315, Western Classics Series, China Social Sciences Publishing House Chengcheng Books Ltd. (2000).

懒的嫌疑，因为它并没有告诉理论的受众“为什么主权要属于人民”。此外，关于人民主权理论本身的研究，对反人民主权理论的研究，宪法学尤其是中国目前的宪法学界似乎做得还很不够。不仅如此，很多研究在对中国宪政现实开展理论与制度分析时，常常面临“回到人民主权理论”（源理论）的情形。“人民主权”的概念是什么？“人民主权”在思想史与学术史上是如何形成、流变的？为什么要批评“人民主权”？为什么要反驳对“人民主权”的批评？“人民主权原则”在民主与宪政理论体系中处于何种地位、如何认识其间的复杂理论关系？“人民主权原则”对现代宪法所设立的各种制度又有哪些影响？“人民主权原则”在宪法制度上还应该有哪些符合逻辑的制度构造？现有的研究对“源理论”以及依据“源理论”对中国问题的“应然”（ought to be, sollen）与“实然”（is, sein）所进行的讨论是非常欠系统、深入的。

第二节 人民主权理论的类型化分析

一 卢梭的人民主权理论

卢梭早在1754年的《献给日内瓦共和国》的论文中，这样设想“人民主权国家”：“在那里，主权和人民只能有唯一的共同利益，因为政治机构的一切活动，永远都只是为了共同的幸福，这只有当人民和主权者是同一的时候才能做到”^①。1762年，卢梭以发表《社会契约论》一书为标志，全面地确立了人民主权的理论。卢梭认为，人民订立契约建立国家，故人民是国家权力的主人。国家为了社会全体成员的利益，必须具有“普遍的强制性力量”，具有支配社会各成员的绝对权力，这种权力，在符合“公意”时便就是主权。

^① [法] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆1962年版，第51页。