

第四卷

珞珈法学论坛



LUO JIA
JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

Wuhan University Press

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

(第四卷)

武汉大学法学院主办

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛·第四卷/武汉大学法学院·—武汉:武汉大学出版社,
2005.7

ISBN 7-307-04572-9

I. 珞… I. 武… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 052183 号

责任编辑:郭园园

责任校对:刘欣

版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:华中科技大学印刷厂

开本:787×1092 1/16 印张:20.625 字数:496千字

版次:2005年7月第1版 2005年7月第1次印刷

ISBN 7-307-04572-9/D·632 定价:29.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

·法学专论·

论宪法之主权在民原则	程 华 (1)
宪法之道, 中庸之道	江国华 (13)
加拿大法理学述评	徐亚文 李 玲 (24)
试论古罗马的宪政思想	项 焱 (37)
行政奖励研究	胡 芬 (50)
论动产质权的善意取得	李新天 罗 昆 (75)
信息社会对个人资料的法律保护	齐爱民 (89)
论税收政策的合法化	翟继光 (98)
刑法机能界说	逢锦温 (109)
劳动关系中的“三方机制”研究	张荣芳 王桦宇 (124)
试论不能犯的几个基础性问题	陈家林 (148)
论刑事执行的检察监督	王利荣 (174)
国外检警关系模式研究	蔡 杰 刘 磊 (198)
实现正义的另一种范式 ——恢复性司法探析	吴丹红 (209)
论伊拉克战争的合法性问题与国际法的困惑	曾令良 (220)
一种重要的国际私法学说 ——克格尔国际私法“利益论”述评	邹国勇 (239)

·比较法研究·

比较与反思: 重读第 15 届国际比较法大会总报告	宋连斌 姜秋菊 (258)
---------------------------------	---------------

·博士论文精选·

比较法视野中的犯罪客体构成要件地位	童伟华 (283)
试论金融机构反洗钱法律制度面临的挑战与对策	陈道丽 (303)

法学专论

论宪法之主权在民原则

■ 程 华*

目 录

- 一、主权在民原则释义
- 二、主权在民理论的历史发展
- 三、主权在民原则在宪法中的体现
- 四、主权在民原则评析

主权在民是近代民主政治革命所提出的最具感召力的政治追求和革命目标之所在,革命胜利之后,各国宪法又以不同形式表现在宪法规范之中。但同把主权在民作为宪政革命的出发点,却有不同的后果。随着近年来对自由主义和保守主义思想的解读,有必要认真厘清主权在民原则的内涵和发展脉络,并深刻评析主权在民原则在政治实践中的推动作用和产生的局限性。

一、主权在民原则释义

主权在民原则,亦称人民主权原则或一切权力属于人民原则,指一国的全部权力来源于人民,归属于人民,置于人民的控制之下。人民主权原则的概述不符合其本意,在实践中易产生偏差,因此很多国家的宪法或宪法性文件将其阐述为主权在民或一切主权归属于国民原则。主权在民原则的基本含义是指在宪法中确认国家对内最高权力和对外的绝对权力来源于国民(或人民)、归属于国民(或人民)、受国民(或人民)支配,宪法以此为基调而确立人权内容与国家机构框架。

主权在民原则的提出是针对主权在君理论,是区别民主与专制的标志,但主权在民原则有一个发展过程。主权概念的提出是由中世纪向近代发生转变时期随着民族国家的产生

* 程华,中国人民公安大学法律系副教授;武汉大学宪法学博士。

而提出的。中外学者一般倾向于是由法国政治学家博丹首先提出的，但博丹所提出的主权概念仍是国际法上的主权概念，而不是宪法意义上的主权在民的主权概念。主权的基本内涵是指对外部力量的独立性和对于内部团体享有最高权威或支配权。主权者就是拥有主权的个人或人的组织。主权具有四个属性：^① 地位——是政治法律体系中的最高权力；次序——是政治法律体系中最后的或最高的决策权力；效力——具有影响一切行为的普遍效力；自主——统治者在与其它机构的关系上，必须享有独立性，不能隶属于它们。国际法上的主权概念，亦即主权的对外性质是具有独立性和最高性，国内法上的主权亦即主权的对内属性是指定宪法上的国家一切权力的归属，是统治体系的核心与最主要的因素。狄骥认为主权是一种具有意志的人格主体，这种意志高于其他所有意志，主权的最高性和绝对性是卢梭的一种主要观点；而洛克、孟德斯鸠等人在承认主权最高性的同时，又认为应当界限主权力。现代宪法所确定的主权在民原则一般倾向于后者。

二、主权在民理论的历史发展

主权在民原则经历了由国家主权、政治主权、议会主权到人民主权的发展过程。主权是国家在国内的最高统治权，首先是针对中世纪神学政治统治而提出的。其实早在公元前5世纪的雅典城邦政治时代就出现了关于权力归属问题的探讨，即主权问题。但古希腊的典型政体形式是以城邦民主政治为代表的，是城邦公民的权力而不是具有普遍意义的国家中的国民权力，因此雅典政府确立了信念：一切权力属于人民，人民可以在各个方面参与公共事务的管理。^② 虽然在柏拉图、亚里士多德著作中已经初步探讨了人民主权问题，但雅典的民主制是城邦政治而不是民族国家的政治，雅典的公民不能涵纳雅典地域管辖的所有居民，因此权力归属问题仍是特殊阶层的权力归属。国内意义上的主权概念兴起至少在查士丁尼对罗马法的法规汇编中就已出现。^③ 在中世纪，主权的最初含义是指独裁者统治其王国的权力。^④ 中世纪晚期，国家主权观念的兴起是与民族国家的成长同步的，西方近代民族国家的前身是城市共和国，13世纪意大利的马西利就提出了城市共和国的权力属于全体公民的思想。马基雅维利是近代最早提出国家是社会的本原而不是宗教和教会的思想家，即民族国家思想。马基雅维利认为一切权力应当属于民族国家的君主，而不是教会的教皇，国家应是最高统治者。法国人博丹在1576年的《国家论六卷》（又称《共和六书》）中首次系统明确地提出了主权理论，认为主权是“超乎于公民和臣民之上，不受法律限制的最高权力”，第一次明确将国家和主权联系起来，提出了国家主权理论。博丹的国家主权理论或世俗统治权是针对神权和教会统治权的，确定了国家概念和国家统治权的近代含义，认为主权具有绝对的和永久的性质，主权国家在国际社会中具有独立平等的地位。博丹的主权学说既表明了民族国家的独立性和自主性，又表明了国家在其自身范围的自主权属于君主。在16世纪，明确提出君主所属的国家主权理论相对于中世纪的政治传

① 邓正来主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社1992年版，第725页。

② [美]里普森，刘晓等译：《政治学的重大问题》，华夏出版社2001年版，第188页。

③ [美]戈登，应奇等译：《控制国家——西方宪政的历史》，江苏人民出版社2001年版，第20页。

④ [美]罗斯金等著，林震等译：《政治科学》，华夏出版社2001年版，第7页。

统是一次巨大的革命,博丹因提出了主权学说而开创了新的政治体系和新的政治理论传统。虽然博丹首次将主权纳入了宪制论的范畴,但因为博丹所提出的主权仍是国家主权而没有明确提出政治主权或人民主权,因此萨拜因认为,博丹的政治哲学是新旧政治哲学的奇异混合物,他已不属于中世纪,但也并未成为近代作家。^① 17世纪荷兰的格老秀斯在国家主权方面发展了博丹的学说,他以社会契约论理论阐释了国家的起源,以“国家人造”取代“国家神造”,认为所谓主权,就是说它的行为不受另外一个权力的限制,所以它的行为不是其他任何人类意志可以任意视为无效的。^② 格老秀斯已从国际关系和自然法的角度来分析主权,尤其是主权国家对外独立的特征,标志着国际法的产生。由于他将主权的对内最高性与对外独立性二者联系在一起,在承认君主主权的同时,却否认了人民主权的合理性。认为最高权力如果属于人民,人民可以限制君主权则招致祸患。格老秀斯用自然法思想解释主权,他超越了博丹将政治与法律混为一谈而明确区分了政治与法律,为其后霍布斯和洛克提出政治主权奠定了基础。此外,荷兰思想家斯宾诺莎在《政治论》一书中通过对专制政府的批判,初步提出了鲜明的近代主权在民思想,认为人们实际上应该受到这样一种方式的统治:即他们不认为自己被人统治,而认为这是遵循他们自己的意愿,按照他们自己自由选择的生活方式。^③

同博丹一样,霍布斯的主权学说也被认为是经典的主权理论,从对近代宪政国家建设的角度来看,霍布斯的主权学说更有价值。戈登指出,对于英语世界来说,熟知经典主权学说的作者不是博丹,而是霍布斯。霍布斯提出了君主的绝对主权学说,霍布斯与洛克共同以自然法和契约论为工具,为英国立宪政体论证,但运思方式的不同得以产生相反的结论而并存。霍布斯将主权同专制主义联系在一起,以政治主权代替了国家主权,认为主权是国家的灵魂,主权具有至高无上、不可分割、不可转让的性质。主权者的权力不受任何个人、团体的权力限制,人民对主权者必须绝对的服从,不可有任何反抗;主权者的权力也不受法律的限制,主权者不能将其权力的任何部分授予或转让他人;构成主权的各项权力是统一不可分割的。霍布斯以主权学说极力为君主专制辩护,但霍布斯是对国家权力性质认识最为深刻的思想家,“作为对绝对主权的辩护,《利维坦》依然是百年一遇的基于其理智的严密和逻辑的一贯而无与伦比的杰出的哲学著作”。^④ 首先,霍布斯明确以政治主权代替了国家主权,虽然他的政治主权的目的在于维护君主主权制度,但他运用的分析工具是国家契约论,这是有进步意义的,因为他承认了人的理性力量,他把契约作为个人与个人之间的协议来描述,通过这种协议,所有的人都放弃自助而把自己隶属于一个主权者。^⑤ 他依据国家契约论来解释君主主权,就从根本上否认了“君权神授”的观念。在当时的英国,菲尔麦提出了神授君主主权学说,对此洛克在《政府论》上篇已有批判。菲尔麦的学说同詹姆斯一世的“君权神授”具有同样性质,他从《圣经》等神学思想体系中探

① [美] 萨拜因,刘山等译:《政治学说史》,商务印书馆1986年版,第457页。

② 《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第145页。

③ [荷] 斯宾诺莎,冯炳昆译,《政治论》,商务印书馆1999年版,第141页。

④ [美] 戈登,应奇等译:《控制国家——西方宪政的历史》,江苏人民出版社2001年版,第24页。

⑤ [美] 萨拜因,刘山等译:《政治学说史》,商务印书馆1986年版,第528页。

讨主权的来源与归属问题。其次,霍布斯认为君主所拥有的政治主权同公民自然权利是不矛盾的,教会对世俗权威具有从属性,因此公民享有自然权利也是正当的,主权是绝对的和不可分割的,但主权的行使者应当从属于主权者。这是他与洛克的不同之处,洛克既鲜明地提出了政治主权,又进一步落实为议会主权。

洛克是议会主权的集大成者,但早在16世纪,英国的胡克就已提出了议会主权思想。在英国,几乎所有信奉自由经验主义政治思想的理论家都赞同议会主权,并将之贯彻于宪法之中。胡克认为,正当地制定法律的主权权威属于作为全体人民之代表的议会。^① 斯图亚特王朝时期的议会党人和其后的辉格党人将“光荣革命”解释为议会主权的确立。洛克是议会主权理论的奠基人,洛克以古典自然法理论为基础,认为在社会中只有立法权和执行权是最重要的权力。洛克的国家起源于社会契约论同霍布斯不同,霍布斯的契约论是为君主主权服务的,而洛克是作为分析工具为议会主权服务的。他认为,政治社会都起源于自愿的结合和人们自由地选择他们的统治者和政府形式的相互协议。^② 能够全面代表政治社会和国家主权的只有立法权,“立法权不仅是国家的最高权力,而且当共同体一旦把它交给某些人时,它便是神圣的和不可变更的;如果没有得到公众所选举和委派的立法机关的批准,任何人的任何命令,无论采取什么形式或以任何权力做后盾,都不能具有法律效力和强制性”。^③ 洛克认为立法权是每一个国家的最高权力,从而确定了主权属于议会,即议会至上理论。议会至上不是议会专断,是以分权形式和以公民的自然权利来防御议会专断,其中最重要的是以法治来防止议会专断。在此意义上,洛克的主权理论不是无限制的主权而是有限制的主权,主权的有限制是英国自由主义宪政理论的最大贡献。在这方面,洛克超越了卢梭的人民主权理论,因为卢梭的主权理论仍是绝对的无限制的主权。对洛克的议会主权理论进一步发展的是戴雪和奥斯汀。戴雪的《英宪精义》是围绕议会主权为中心而展开的。他认为,自法律视察点立论,英国政治制度所有主要特性就是议会的主权,议会主权是一件无疑的法律事实。议会的立法至尊性之原则是宪法的惟一柱石。^④ 奥斯汀提出了“法律是主权者的命令”的著名命题,主权是与独立政治社会密切相联的,立法者之所以具有最高权力,不是因为其具有首先立法的权威,而是因为其具有可以使一项法律继续成为法律的权威。^⑤ 虽然戴雪继承了洛克以来关于议会主权的理论,明确提出宪法的第一个指导原则是议会主权,议会主权原则在各国宪法中都得到了不同程度的贯彻,但议会主权原则更适于以进行妥协革命和奉行经验主义哲学的国度,而对于激进的革命来说,人民主权理论比议会主权理论更富有感召力。

17世纪英国的平等派运动是第一次围绕人民主权思想组织起来的近代政治运动。^⑥ 早在古希腊、罗马时期,尤其是古雅典的城邦民主制,已经表现出了人民主权的现实,即直接民主制的政体形式。卢梭在《社会契约论》中提出的主权在民思想是近代主权在民理

① [美] 戈登,应奇等译:《控制国家——西方宪政的历史》,江苏人民出版社2001年版,第36页。

② [英] 洛克,叶启芳、瞿菊农译:《政府论》(下篇),商务印书馆1964年版,第63页。

③ [英] 洛克,叶启芳、瞿菊农译:《政府论》(下篇),商务印书馆1964年版,第82页。

④ [英] 戴雪,雷宾南译:《英宪精义》,中国法制出版社2001年版,第115~145页。

⑤ [英] 奥斯汀,刘星译:《法理学的范围》,中国法制出版社2002年版,第218页。

⑥ [英] 邓恩编,林猛等译:《民主的历程》,吉林人民出版社1999年版,第84页。

论最系统的阐述,不仅发展了洛克的契约论、自然权利和议会主权思想,而且对法国大革命和美国独立战争都产生了直接的影响。1762年发表的《社会契约论》是卢梭的代表作,直接影响了1789年爆发的大革命,此后几个世纪其中的理论和观点无数次被引用。在卢梭的人民主权论学说中,有一个重要的概念即“公意”,公意不同于众意,即个人简单意志的相加,而是共同体的意志。卢梭向往人类的史前生活,对直接民主大加赞赏,认为社会契约是合法权威的基础,社会契约所要解决的根本问题是“要寻找出一种结合的形式,使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人,并且仍然像以往一样地自由”。^①主权是公意的运用和体现,主权是公意者的主权,因而主权来源于公意。主权是不可转让、不可分割、不能被代表的,主权是绝对的、神圣的和至高无上的。对任何共同体成员权利的侵犯,就等于侵犯了整个公意,即所有人民。既然主权是神圣的,因此任何对主权的加害,人民都有权利反抗和推翻这些加害,所以主权在民理论成为了最具革命性的理论武器。卢梭的人民主权理论不仅是对抗“朕即国家”的,而且是对抗所有对主权权威的挑战。卢梭认为主权在民,因此他把主权的一切特征都推向极致,为了充分体现和行使主权,一切暴力革命和激进运动都是可行的,甚至不惜对公民个人自由和权利的破坏。

卢梭的人民主权学说也影响了18世纪的美国独立战争,1776年《独立宣言》明确提出人民从“造物主”那里被赋予了不可转让的权利。而在此之前,潘恩直接继承了卢梭的主权在民理论,认为主权作为一种权利只能属于国民,而不属于任何个人;一国的国民任何时候都具有一种不可剥夺的专有权利去废除一种它认为不适合的政府,并建立一个符合它的利益、意愿和幸福的政府。国民是一切主权之源;任何个人或任何集团都不具有任何不是明确地从国民方面取得的权力。^②美国独立革命道路所选择的是开明民主体制,而不是君主专制体制,并且这种信念一直延续至今。对这种民主观念最热衷、最有说服力的弘扬就是杰弗逊的人民主权论。杰弗逊以自然权利思想为理论依据,论证北美人民享有主权的合理性。认为“人民是一切正义权力的源泉”,北美人民享有同英国本土人民一样的权利,“我们的祖先在移居美洲之前,是英国在欧洲领地的自由居民,享有大自然赋予一切人的权利”。^③他指出人民是国家一切权力的根源,政府是在人民同意下建立起来的,国家和政府的存在是为了保护人民。由他起草的《独立宣言》充分表达了他的人民主权思想。杰弗逊的人民主权思想是将卢梭的人民主权思想同北美革命的实际结合起来,由抽象变为具体,从理论转化为实践,同时与洛克的经验自由主义和孟德斯鸠的分权制衡理论进行有机结合,以最素朴的语言表达出来,“我认为组成一个社会或国家的人民,是那个国家的一切权威的来源;他们有靠他们认为合适的任何代理人来处理他们公共事物的自由,有撤换这些代理人的个人或他们的组织的自由,在他们愿意的任何时候”。^④18世纪末,人民主权思想在美国被认为是“常识”。在法国,卢梭的人民主权理论是由罗伯斯庇尔等人具体指导完成实践的,忠实于卢梭,难免带来偏差,而杰弗逊是亲自指导实践的,这就

① [法] 卢梭,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第23页。

② [美] 马清槐等译:《潘恩选集》,商务印书馆1981年版,第213~214页。

③ [美] 杰弗逊,朱曾汶译:《杰弗逊选集》,商务印书馆1999年版,第280页。

④ 转引自[美] 梅里亚姆,朱曾汶译:《美国政治学说史》,商务印书馆1986年版,第77页。

使得他在实践中不断修正自己的理论,使主权在民理论能够在政治体制设计方面得以充分展开。

· 主权在民原则既是准备革命的理论又是政治立宪的指导思想,在近代宪法的产生过程中,都自觉或不自觉地依据主权在民原则。进入 19 世纪,主权在民原则遇到了挑战,挑战的知识背景之一就是古典自然法思想的衰落和实证分析(功利)主义宪政理论的兴起。19 世纪的政治哲学家们认为近代的主权在民理论过分绝对化,“根据这种古典式理论,民主国家难以真正获得主权资格,因为我们的民主具有分享权力、制约权力和法治的涵义。作为主权民主的国家必然受到许多它难以摆脱的法则的制约”。^① 对主权在民原则的质疑也可以说在一定程度上是对古典自然权利学说的质疑,这表现为多方面、多角度和多层次的。

19 世纪分析实证主义法学大行其道,英国法学家奥斯汀的主权学说已从政治领域转向法律领域,而 18 世纪卢梭的人民主权论主要集中在政治领域,这意味着奥斯汀所理解的主权已经分裂,只局限于法律主权。边沁利用功利主义原则对自然法学说进行批判,根本否认自然法的存在,认为人权纯粹是胡话,绝对的主权也是不存在的;认为绝对主权同专制权力是一脉相通的,绝对主权如果不受到限制就同专制政府没有区别。法国社会连带主义法学家狄骥认为,19 世纪主权理论已经衰落,甚至认为主权只存在于古罗马帝国时代,至近代开端就开始瓦解了;他认为主权来源于民族,都在国家之中,“作为一个人格主体的民族拥有一种主观权利,根据这种权利,它享有发布命令的权力,我们称之为主权。国家是有组织的民族;国家的主权正是来源于民族的主权”。^② 此外,他还认为主权概念与某些重要事实不相容,坦率地讲人民主权只不过是强力的主权,是绝对权力的最为绝对的形式,而分权与联邦制的事实证明绝对主权是错误的,单纯的主权概念更是无助于保护个人免受专制之害。事实上这已为法国大革命中的雅各宾专政、斯大林时期的肃反运动和中国的“文化大革命”所证实。因此狄骥认为主权理论在当时已经破产,应当以公共服务的概念进行取代。

19 世纪康德与黑格尔的主权理论也是对流行于 18 世纪的人民主权理论的修正,尤其是黑格尔。康德认为,国家主权起源于文明联合体,可以一分为三,其中立法权是国家的最高权力,应永远属于人民。“最高权力本来就存在于人民之中,因此每个公民的一切权利,特别是作为国家官吏的一切权利,都必须从这个最高权力中派生出来。当人民的主权得以实现之时,也就是共和国成立之日。”^③ 黑格尔否认主权在民,而是以国家人格君主主权来代替。黑格尔认为,国家是伦理理念的现实,是客观精神,是绝对自在自为的理性的东西。国家作为一种客观精神,是任何人都必须服从的,是永恒的。黑格尔将主权等同于王权,认为国家的绝对环节就是君主,黑格尔的主权论本质是国家主权或君主主权,其目的是为普鲁士君主立宪体制服务。

进入 20 世纪,对主权在民或主权体系构成的最大挑战就是全球化运动和后现代主义。全球化运动以“相互依存”来取代“主权”,进而对主权在民提出质疑,早在 1966 年已有

① 邓正来主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 726 页。

② [法]狄骥,郑戈、冷静译:《公法的变迁·法律与国家》,辽海出版社 1999 年版,第 23~24 页。

③ [德]康德,沈叔平译:《法的形而上学原理》,商务印书馆 1991 年版,第 177 页。

学者指出,“主权之船已有漏洞”,^①甚至有人提出了“主权的终结”。虽然全球化运动和国际政治关系倾向于国家主权理论,但也影响着主权的对内影响。美国政治学家谢茨施耐德提出了“半主权”理论,认为以“人民主权”为基石构建的现代民主制度只实现了一半,“人民的统治”从来就没有真正实现过。人民主权的民主制度是一种理论设计,在实践操作中不可能进行“民众统治”。“半主权”理论同熊彼特的精英民主政治有契合之处,熊彼特也认为“主权在民”只是一种既存前提,而在实践中必然是精英阶层统治的民主政治制度。

主权在民原则的核心问题在于:国家的全部权力来源于何处?由谁掌握?并没有涉及怎样行使问题。宪法的产生及宪政的实现有一个既存前提和逻辑起点就是主权在民。主权在民原则是宪法具体制度和基本理论的基石,其他相关理论都是对主权在民原则的诠释和拓展。近代以来,主权在民原则首先是由思想家进行的理念设计,更主要的是它已经在各国的立宪制度中得到了具体体现。

三、主权在民原则在宪法中的体现

狄骥指出,除了少数的例外,19世纪的几乎所有阶级和政党都把国家主权作为一项宗教信条接受下来。^②其实更准确地说,从17世纪的英国资产阶级革命开始,到目前为止,各国宪法都以不同的方式或形式体现着主权在民原则。

第一,把主权在民原则作为宪政理念的核心提出来,引导和感召人民进行民主革命。1776年美国的《独立宣言》和1789年法国的《人权宣言》是最鲜明地体现主权在民原则的政治宣言,也可以说是著名的宪法性文件。早在1215年英国的《自由大宪章》和1689年的《权利法案》就已潜在地蕴含着主权在民原则。洛克没有明确提出主权在民,而他的自然权利思想已断然否定了“主权在君”和“朕即国家”。杰弗逊正是在洛克的著作中发现了表述得很完善的思想,并把这些思想纳入了《独立宣言》中。^③“人人生而平等,他们都从他们的造物主那边被赋予了某些不可转让的权利……如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的,那么人民就有权利来改变它或废除它,以建立新的政府。”1776年的《弗吉尼亚权利法案》第2条规定,一切权力属于人民,因之来自人民,执行法律的一切官吏都是人民的受托人和仆人,在任何时候均应服从人民。^④人民主权学说成为美国独立战争时期最有力的理论之一,为日后美国建立民主制国家奠定了理论基石。“从欧洲君主主义者们的眼光来看,就如同从启蒙思想家们的观点来看,美国开国文件对人民主权原则的宣布是一个重大的革新”。^⑤1789年8月27日,法国通过了由拉法耶特起草的《人权和公民权利宣言》(简称《人权宣言》),其中第3条规定,全部主权的源泉根本上存在于国民之中,任何团体或者任何个人都不得行使不是明确地来自国民的权力。第6条规定,法

① 俞可平等主编:《全球化的悖论》,中央编译出版社1998年版,第198页。

② [法]狄骥,郑戈、冷静译:《公法的变迁·法律与国家》,辽海出版社1999年版,第26页。

③ [美]贝克尔,何兆武等译:《18世纪哲学家的天城》,三联书店2001年版,第206页。

④ 《外国法制史资料选编》,北京大学出版社1982年版,第437页。

⑤ [美]戈登,应奇等译:《控制国家——西方宪政的历史》,江苏人民出版社2001年版,第32页。

律是公共意志的表现。《独立宣言》与《人权宣言》共同的宗旨是:政府的正当权力来自于被统治者的同意。虽然在体现主权在民的具体制度上有所差异,但主权在民思想对推动美国和法国的民主政治革命具有巨大的理论力量。罗素认为:罗伯斯庇尔在所有事情上都是他(指卢梭)的忠实信徒,这体现在雅各宾专政在忠实地践履着卢梭的主权在民原则。贝克尔指出,在法国,《人权宣言》被推崇为一个令人敬仰的民族在历史上的自由宪章,这一宪章的意义在于它以优雅而庄重的文笔,阐述了那几条朴实无华的政治公理。^①

第二,近代宪法多在序言或总纲中鲜明地表达主权在民原则,构成宪法的重要内容。法国大革命后制定的第一部宪法是1791年宪法,其宪法的前言就是1789年《人权宣言》的内容。此后法国历部宪法都以不同的方式体现主权在民原则。美国1787年宪法并没有明确体现主权在民原则,因为当时在制宪时,其指导思想很复杂,1787年宪法是共享主权的大妥协的产物。麦迪逊记录了1787年制宪的整个过程,当时有四种主要的立宪思想:^②以伦道夫为首的主张共和制和国家主义的弗吉尼亚方案;由平克尼提出的建立“自由和独立的各州之间的邦联”的南卡罗莱纳方案;以佩特森为首的,主张收回州主权,而国家政府是主权政府的新泽西方案;主张建立强大联邦中央政府的汉密尔顿方案。当时所提各种方案都没提到主权在民原则,后来由1791年美国宪法修正案“人权法案”的通过才弥补了1787年宪法的缺憾。君主立宪制国家一般不鲜明认可主权在民原则,而是以具体的权利保障内容来代替抽象的原则,英国就是通过一系列的人权立法、议会制度改革和政治体制改革,来一步步实现主权在民原则。但这种情况进入20世纪已有所改变,日本1946年宪法序言规定,“兹宣言主权属于全国国民而确定本宪法”。德国1919年《魏玛宪法》第1条规定,国权出自人民。意大利1947年宪法规定,主权属于人民。现行瑞典王国宪法规定,瑞典的一切政府权力来自人民。总之,主权在民原则直接或间接地体现在各国宪法之中,虽然在表述方式方面略有差别。

第三,我国现行宪法第2条规定,中华人民共和国的一切权力属于人民。人民与国民略有差别,人民是复数的政治概念,而国民既可指个人,也可以是复称。我国宪法并没有使用主权,而是指一切权力,其实质仍体现了主权在民原则。“一切权力属于人民”的表述在社会主义性质的宪法中体现得较为明显。如前苏联1936年宪法第3条规定,苏联全部权力属于城乡劳动者。朝鲜宪法第7条也作了类似的规定。古巴宪法规定,古巴共和国的一切权力属于劳动人民。社会主义国家宪法的一切权力就是国家的全部主权,其来源于人民,归属于人民,由人民掌握,是主权在民原则的一种表述方式。

四、主权在民原则评析

宪法确定主权在民原则既是宪法自身性质的逻辑要求,又是宪法具体制度的发展基点。对于主权在民原则要进行科学的分析和正确认识,首先主权在民原则的历史意义是确定无疑的,其次主权在民原则的局限性尤其是对人民主权不进行道德限定和制度调整,其对自由与民主的破坏也是毋庸置疑的。

^① [美] 贝克尔,何兆武等译:《18世纪哲学家的天城》,三联书店2001年版,第316页。

^② [美] 阿兰·S·罗森鲍姆编,郑戈、刘茂林译:《宪政的哲学之维》,三联书店2001年版,第155~160页。

第一, 主权在民原则是针对主权在君、主权在上帝而提出的, 因此标志着政治哲学由中世纪的神学政治递嬗为近代的民主政治。它既是革命的旗帜与动力, 又是宪政的理想与指南。美国学者贝克尔指出, 为什么 18 世纪的那些最有才智的人, 那么容易受洛克的《政府论》和卢梭的《社会契约论》的影响? 使得不同国度的那么多人的政治思想沿着同一轨道进行的那些基本观念是什么? 洛克进行了精确的回答, 持之以恒地使自己的思想朝着一个既定的方向, 就是摆脱君权神授的观念, 而确认一个常识: 人民的声音就是上帝的声音, 人民永远不会让渡他们的主权, 主权最终在于被统治者。在中世纪末期, 马基雅维利和博丹试图通过国家主权来使民族国家摆脱宗教的控制, 但直到 17 世纪, 也尚未提出一个明确的人民主权理论。在英国, 菲尔麦从《圣经》中探讨主权的源头, 霍布斯仍认为主权在君。君权神授理论主张国王的权力不是来自人民而是来自上帝……他们只应对上帝负责。^① 主权在民原则从根本上否定了权力来源于上帝或君主, 政府的权力也是来源于人民, 统治者的合法性只能来源于国民的同意。近代的主权在民原则不同于古雅典的城邦民主制, 因为当时的民主虽然是多数人的民主, 但仍将未有公民权的大多数人排除参与政治的可能, 而近代的主权在民原则是从根本上取消一切基于身份、阶级的不平等。虽然在初期具有不彻底性, 但历史已经验证了人民主权原则巨大的威力, 体现在改变身份、阶级不平等方面的力量尤显重要。

第二, 主权在民原则所内生的对不平等和权利剥夺的反抗, 使其更具革命性, 因此它是以抽象的原则还原为实践中的利刃。如果对主权在民原则进一步挖掘, 就得出了卢梭抵抗权的合理性理论, 即主权在民, 当对人民的主权进行剥夺或强制时, 人民就有权进行反抗, 甚至可以采取革命或暴力的手段, 而重新取得主权。因此《独立宣言》指出: 如果遇有任何一种形式的政府变成损害这些目的, 那么, 人民就有权利来改变它或废除它, 以建立新的政府。法国《人权宣言》第 2 条明确了反抗压迫是自然的不可消灭的人权。卢梭更是在《社会契约论》中指出, “当人民被迫服从而服从时, 他们做得对; 但是, 一旦人民可以打破自己身上的桎梏而打破它时, 他们就做得更对”。^② 在神权与个人专制面前、在暴力与压迫面前、在奴役与独裁面前, 主权在民理论其巨大的动员力量和对民主革命的推动力, 是近代以来最有影响的理论之一。罗伯斯庇尔直接用卢梭的政治语言去付诸政治实践。在美国, 潘恩和杰弗逊的激进政治理论成为独立战争时期最亮丽的风景。巴黎公社起义、十月革命和中国现代民主革命也对主权在民原则进行了不同方式的实践。

第三, 主权在民原则既是近代宪法的逻辑起点, 又指导着宪法具体制度的建立。宪政是对民主事实的确认, 其理论前提就是国家一切权力的归属问题。如果没有主权在民原则, 何来民主。在对民主的众多诠释中, 民主是建立在平等基础上的多数原则无疑是首要的, 主权在民在实践中虽然不能完全实现卢梭所论的全体公意, 但至少也应是多数人的权利。政体的基本划分方式就是以统治者的个别、少数与多数为基础, 近代宪政革命是以根本法的形式确认了权力属于多数人, 因此主权在民原则是宪政的灵魂, 是其他具体宪政制度展开的逻辑起点。选举制度、议会制度等民主制度的真正实现只能是在主权在民原则下的展开。

① [美] 贝克尔, 何兆武等译: 《18 世纪哲学家的天城》, 三联书店 2001 年版, 第 185~187 页。

② [法] 卢梭, 何兆武译: 《社会契约论》, 商务印书馆 1980 年版, 第 8 页。

第四，从古希腊的直接民主制实践开始到目前为止，对主权在民原则局限性的认识和实践偏差的纠证就一直存在。时下我国流行的绝大多数教科书都将博丹与卢梭看做主权在民原则发展史上的两个关键人物，实际上，博丹在提出主权概念和卢梭在确认主权在民原则的激进性方面贡献巨大，而宪政实现同其理论有巨大的反差。罗素指出，卢梭是浪漫主义运动之父，从卢梭时代以来，自认为是改革家的人向来分成两派，即追随他和追随洛克的人。在现时，希特勒是卢梭的一个结果；罗斯福和丘吉尔是洛克的结果。^① 罗素的评价不完全正确，但他的观点有其合理性。抽象的主权在民原则和不确定任何限制的主权在民理论，在实践中容易变形，甚至成为暴力和恐怖者手中的工具。法国大革命时期的“九月恐怖”，希特勒的暴行及至中国“文革”时期，其口号、宗旨与手段无不是借全民和人民的意志行事。从主权在民原则出发，导致专制的结果，其理论和实践中体现的惊人反差，运思方式的正确何以谬误千里？戈登指出，“除了马西利以外，人民主权的早期倡导者中没有一个人致力于澄清其意义”。^② 首先，古希腊的直接民主制，也不是全民民主，而是把众多的奴隶和不具有公民权的人排除在外。近代以降，真正的全民民主也从没有实现过，只有政治乌托邦的理论设计。卢梭认为，每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个的集体。^③ 虽然激进，却是极其危险的，因为全部权利交给集体，如果集体被一人控制，或者集体意志的错误，其后果是自明的。放弃个人独立意志，交给公意，实质上是放弃了主权，这也是卢梭是使个人为国家全部并吞的集权主义学说的鼻祖的原因。^④ 托克维尔在评论法国大革命时认为，法国革命是以宗教革命的方式、带着宗教革命的外表进行的一场政治革命。^⑤ 究其原因在于以公意代替了个人的天赋权利，将人民主权等同于集体主义，最后又以个人的绝对权威代替人民的思考。卢梭又指出：主权在本质上是由公意所构成的，它只能是同一个意志，或者是另一个意志，而绝不能有什么中间的东西。当把全部政治理想都寄托于一个公意之上时，容易导致极权民主，这同绝对君主制如出一辙。因为主权者的总意志是被奉为永远正确的，以集体的名义行使主权是最为正当的，因此法国大革命出现血腥暴政与卢梭的人民主权并不矛盾。其次，不能抽象地理解主权在民原则，主权在民原则不是绝对的，在道德上应界定合理的边界，即主权在民不是浪漫主义的政治乌托邦，不是绝对的，而是有限制的。应当承认人的认识能力的非至上性和不可知域的存在，设想充分实现主权的政治体制是不存在的，我们不要寻求最好的政治体制而寄希望于寻找一个最不坏的政治体制。因此主权在民原则还应当同具体的代议制度、公民权利保障体制、法治相配套，否则以抽象的主权在民原则去付诸实践其结果远有苏格拉底之死、中经法国大革命时期的恐怖政策、近有中国的十年“文革”运动。

第五，应当将主权在民原则放在具体历史境遇中来解释。主权在民原则在18世纪的

① [英] 罗素，马元德译：《西方哲学史》（下卷），商务印书馆1976年版，第225页。

② [美] 戈登，应奇等译：《控制国家——西方宪政的历史》，江苏人民出版社2001年版，第31页。

③ [法] 卢梭，何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第23页。

④ [法] 狄骥，钱克新译：《宪法论》，商务印书馆1959年版，第414页。

⑤ [法] 托克维尔，冯棠译：《旧制度与大革命》，商务印书馆1992年版，第51页。

启蒙运动中被推到了极致，长期以来，将卢梭同法国启蒙运动联系在一起。启蒙运动的核心思想由理性至上、个人主义、进步观念、天赋人权等内容构成，启蒙运动的本质在于个人主义的理性摆脱种种束缚人类进步的神权理念和终极信仰思想。晚近的研究表明，卢梭在本质上同启蒙运动存在深层的断裂。卡西尔指出，“卢梭并没有推翻启蒙运动，他只不过是移动了一下启蒙运动的重心”。^① 卢梭攻击启蒙运动，同伏尔泰等人决裂，因为卢梭的思想中重要的“公意”思想是抹杀启蒙运动所确定的个人主义原则。当个人自由和权利受到侵犯时，妄谈“公意”和人民主权已失去了主权在民自身的价值。此外卢梭的整个思想体系含有深厚的宗教情结，卢梭的主权在民原则之所以激进，就在于他已经将自己的理想意识形态化了，成为一种毋庸置疑的信仰体系。罗伯斯庇尔就是以宗教般的救赎热忱来践履主权在民原则的。以公意和集体意志抹杀弥足珍贵的个人自由，以信仰体系代替个人的自由思考，这都是与启蒙运动的原则相悖的，因此应当厘清卢梭的主权在民原则，他在当时的历史时期具有绝对性，是真理，是推动民主政治和反抗压迫的战斗武器，但在长时段的历史中又具有相对性，不是真理。宪法所确定的主权在民原则不是卢梭的主权在民理论的全部内容和简单移植，而是立足于宪政历史进程中的以权利与自由为前提的民主，即不能以民主之名扼杀个人权利与自由的主权在民原则。

第六，卢梭的主权在民理论对于埋葬旧制度是不可阙如的，但埋葬旧制度的目的是为了建设新制度，而新制度的建立能否彻底抛弃传统和人类长期累积的思想精华？卢梭的回答是否定的。法国大革命和中国的“文革”等激进运动对传统都是持彻底否定的态度，是以实例验证了绝对主权的破坏性。对此英国的柏克和法国的托克维尔以及 20 世纪的自由主义大师波普、哈耶克、柏林等人都有深刻的论述。柏克认为“公意”旗帜下的集权主义比君主专制更可怕，因为它插足生活的各个领域，决定摧毁这个世界旧社会的整个构架和组织，虽然它们的理想是再造新社会。它侵犯的不仅是法国社会赖以存在的权利，也是所有社会赖以存在的权利。它不是政体上的革命，它不是党派对党派的胜利，它是对整个社会的摧毁和瓦解。^② 柏克反对法国大革命的抽象原则，更反对对历代智慧的结晶所形成的传统的破坏。我国学者朱学勤指出，卢梭的人民主权思想因获得了语言暴力，以道德逻辑的独断性取代了政治逻辑的兼容性，而语言具有软性暴力的作用。^③ “人民主权”的具体言说演变为政治暴力，因而其破坏性也是巨大的。对传统的巨大破坏，实质是对传统的回归，以实现主权作为出发点而结果导致对主权的践踏，1793 年法国的“九月恐怖”在与传统诀别之时，而在重复着传统，在打倒君主与神圣的同时，又在塑造着领袖和伟大。

总之，绝对地推崇主权在民在现实中必然导致偏差，因为在古希腊人少地狭的城邦制时代尚不能充分实现全民民主，在现代情况复杂、思想体系繁纷时代，实现直接民主制是不现实的。这正是代议制（或代表制）原则所要解决的问题。对卢梭与人民主权的众多歧义在 20 世纪进一步得到澄清，尤其是柏林的消极自由和积极自由理论有助于厘清卢梭的整体思想。卢梭的主权在民思想同积极自由有契合之处，而英美经验式的、以洛克和休谟

① [德] 卡西尔，顾伟铭等译：《启蒙哲学》，山东人民出版社 1988 年版，第 268 页。

② [英] 柏克，蒋庆等译：《自由与传统》，商务印书馆 2001 年版，第 178 页。

③ 朱学勤：《道德理想国的覆灭》，三联书店 1994 年版，第 229 页。

为代表的古典自由主义，以及由约翰·密尔进一步发展的自由主义是一种消极自由，消极自由为自由确定了边界，以宽容和尊重个人为前提，主权在民原则在价值取向上应倾向于此，这也是宪法基本原则应当确定的具有本真性的主权在民原则。

宪法之道，中庸之道

■ 江 国 华*

目 录

- 一、引 言
- 二、宪法的中庸精神
- 三、宪政的中庸法则
- 四、行宪的中庸哲学
- 五、宪政的中庸境界

一、引 言

宪法之道，就是治国之道。治国之道，最难能可贵之处就在于调和国家、政府、社会之间的矛盾，中和人与人之间的冲突，所以，治理国家必须坚持“平和”、“中正”的立场。

那么，怎样的立场才可以称之为“平和”、“中正”的立场呢？或者说，如何才能够坚持这种“平和”、“中正”的治国立场呢？我的回答是“法治”；只有坚持“法治”，才可以实现“中正”的治国之道；也只有法治才可以维持“平和”的政治风范。“法治”可以谋“中正”；“中正”可以得“平和”；“平和”即政通人和、国泰民安。推而论之，法治之道，就是中正之道；中正之道，就是平和之道；平和之道就是宪法之道。

既然宪法之道即“平和”之道。“平”就是“中”，“中”就是“中正”，“中正”就是无过无不及；“和”就是“人和”，“人和”就是百姓安居乐业、各得其所、和睦共处。而“中正”、“人和”正是中庸哲学的精髓，那么，宪法之道在本质上也就是中庸之道。

中庸之道，乃天下之正道；亦人间之仁道。天道之中庸，“调衡”天地之对立；仁道之中庸，“中和”人人之矛盾。一个组织得良好的社会，一定是合乎中庸之道的社会；一个运行得良好的政府，一定是合乎中庸之道的政府；一部制定得优良的宪法，也一定是合

* 法学博士，武汉大学法学院讲师。