

人民主权论

肖君拥 著

gong fa yan jiu

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

人民主权论

高洪源 著

人民主权论
高洪源 著
中国社会科学出版社

肖君拥 著

人民主权论

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

人民主权论/肖君拥著. — 济南: 山东人民出版社,
2005.6

(公法研究/谢晖, 陈金钊, 肖金明主编)

ISBN 7-209-03708-X

I. 人... II. 肖... III. 宪法-民权-研究-中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 052417 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.375 印张 4 插页 250 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价: 23.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄

冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持

之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

“人民主权”(the People's/Popular Sovereignty)是近代以来民主宪政国家常常使用的一个核心概念,也是我国宪法和意识形态高度认同的基本概念和原则,更是国人耳熟能详的政治词汇。然而,究竟什么是“人民主权”,如何从历史与现实、理论与逻辑的结合上理解“人民主权”,似乎又有许多问题国人还没有给出答案,需要认真对待和研究。梳理一下有关人民主权概念(原则)涉及的理论问题,举其大者而言之有如下一些:

其一,关于主权的几个概念。主权、人民主权、国家主权、议会主权、君主主权、法律主权、宪法主权等这些概念的确切含义是什么?这些关于主权及其归属的概念之间是什么关系?尤其是国人常常混用“人民主权”和“国家主权”这两个概念,却很少见到较有分量的论文来辨析两者的异同,来论证为什么这两个概念可以或者不可以混用,以及在什么条件下可以或者不可以混用。又如,“人民主权”与“议会主权”之间是什么关系?是否直接民主的政体就使用“人民主权”来表达,而代议制的间接民主并且议会地位和权力高于(大于)行政权、司法权的体制,就可称为“议会主权”。如是,那么我国人民代表大会制度上的主权就应当归属于“议会主权”的范畴,可称为“人大主权”,那么“人民主权”概念就基本上不能适用于解释我国的政体形式;如否,那么就需要重新界定“人民主权”与“议会主权”,并回答两者究竟有无区别以及有何区别等问题。

其二,关于人民主权的理论逻辑。主权权利属于人民(即所谓“主权在民”),是人民主权概念的主要含义。从这个理论逻辑出发,有以下问题值得思考:一是人民的权利从哪里来的?过去的解释是“革命取得的”,或者“宪法赋予的”。这两种观点都应受到质疑。目前较具说服力的,恐怕是“与生俱来的”,就是人作为人生而有之的,否则他就不能成其为人。二是人民的权利(至少人民权利的一部分)是怎样转化为政府的公权力,换言之,政府的公权力来自人民授予的方式是什么?在民主宪政国家,恐怕是宪法,即所谓“宪法是人民与政府之间签订的‘契约’”。三是,既然政府的公权力来自人民,那么,政府如果滥用这种权力并且达到一定严重程度,人民是否有权改变政府?四是,我国宪法实际上确认了人民主权原则,不过,宪法只规定了“国家的一切权力属于人民”(第二条),并没有规定国家(政府)的权力从哪里来的,是否意味着国家的权力是其固有的?

其三,关于人民主权的制度实践形式。主权和人民主权,都是一种政治学和法学拟制的概念。这种概念是要为现实政治和社会生活服务的,那么它的制度实践形式是什么?按照卢梭的人民主权观点,人民主权应当是指直接民主。然而,在现实政治生活中,我们看到的绝大多数国家的实例,却是代议制的间接民主体制。间接民主的代议制能不能算作“人民主权”?换言之,根据人民主权原则能不能实行代议制?

其四,关于人民主权、人民民主、多数人的统治和暴政等。人民主权常常受到诘难,最多的就是指责人民主权会导致多数人的暴政统治,而这实际上是一种容易侵犯人权的暴民政治。那么,人民主权与人民民主、多数人的统治、暴政等之间,究竟有无关系,有何关系?人民主权是否必然地产生暴政?

其五,关于人民主权与宪政的关系。美国哥伦比亚大学法

学院终身教授、宪法和国际人权法专家路易斯·亨金(Louis Henkin)曾经指出,宪政就是建立在民主、自由、人权、法治和宪法这五个基本要素基础上的民主政治。若根据亨金教授对宪政理论的解释,它与人民主权是什么关系,人民主权与宪政是统一、相辅相成的;还是相左、相反的?在我们的宪法学原理中,人民主权与宪政当然是一致的、统一的,但是,对此给出解释的充足理由是什么,学界似乎在过去还没有哪篇佳品力作追根寻源地做出有说服力的论证。

山东人民出版社出版由肖君拥博士撰写的《人民主权论》一书,是在其博士论文的基础上,经过进一步加工、充实和完善而成的。作者研究这个选题的目的,就是试图回答上述某些问题。作为肖君拥博士的指导老师和他博士论文的第一读者,我认为《人民主权论》在内容上,有以下看点:

《人民主权论》的第一个看点,是从宪政原则的角度,对人民主权理论进行了两个维度的梳理分析。一个是历史维度。作者扣紧个人(公民、人民)与国家政府的关系这根主线,通过对大量支离破碎资料的梳理,系统地论证了人民主权观念的源流与演变,尤其是近现代以来卢梭、洛克、马克思、哈贝马斯等人对于人民主权理论的贡献,并且历史地指出了人民主权理论可能产生的危险。另一个是逻辑的维度。作者辨析了人民主权与君主主权、法律主权、议会主权、威权主权,以及人民主权与民主、人权等概念的关系。通过辨析,清晰地论证了人民主权理论的要素与特征,较好地展现了人民主权这个关键词的基本含义。

《人民主权论》的第二个看点,是对人民主权原则从五个结点进行的宪政理论分析。一是民主与宪政的关系。在一定意义上,两者不是一个层面的问题,它们在内涵、渊源、价值取向、人性假设等方面存在明显的差异和张力,但在功能、政体形式的某

些方面,两者又是互补共存的。二是人民主权与基本人权的关系。人民主权是基本人权保障的前提,保障基本人权则是人民主权的目,离开了这个根本目的,人民主权就会变质。但是,主权权利常常被认为是基本人权,人民享有主权权利,就是享有基本人权;人民丧失主权,就是丧失基本人权。在这个意义上,人民主权与基本人权又是同一的概念。三是人民主权与权力分立制衡的关系。主权能不能分?按照先哲的思想,主权既不能分割,也不能让渡。如果这样解释,权力分立就不可能和不应当。但如果认为主权可以区分,在治权层面上,人民主权与权力分立就不矛盾了。当然,其中深层次的理论问题还值得进一步探讨。四是民主宪政观与自由宪政观的关系。民主与自由之间,存在一定紧张;基此形成的宪政理论,也有某些区分。能否通过人民主权原则来整合两者的关系,使之达到理性的平衡?五是人民主权框架下议会与法院的宪政关系。这是一个基于分权原则的论题,人民行使主权权利的多数人的统治,与精英化法官的少数人的权力之间,存在某些冲突。宪政却把它们配置在一起,主要的机制就是分权与合宪性审查的权力制衡。

《人民主权论》的第三个看点,是对人民主权原则进入宪法和宪政实践的历史考察。在西方国家如美国、英国、法国、德国、日本各有其宪政发展道路、实践模式、具体宪法构造和运作机制;中国清末以来的宪政实践则走上了不同的道路。值得特别关注的,是作者对世界各国宪法文本中的人民主权原则、制度形式、选举与监督体制等,做了实证分析。从历史与现实的过程中、从理性研究与实证分析的结合上,展示了世界宪政与人民主权发展的宏大画卷。

《人民主权论》的第四个看点,是对中国宪法贯彻人民主权原则的未来提出了改革的论证和构想——以人民主权原则为基

点,以发展社会主义宪政为取向,全面修改宪法(或者称制定一部新宪法)。

肖君拥博士的这本书还为我们提出一个研究视域上值得思考的问题,即在我国法学(宪法学)、政治学研究中,有许多概念名词是大家耳熟能详但又似是而非的,人民主权这个概念(原则)就是一例。其他诸如“人民”、“人民民主”、“根本制度”、“代议(代表)制”、“法治国家”、“法制和宪法尊严”、“各政党”、“国家机关”、“基本法律与法律”、“宪法实施”等等,都需要在当下依法治国和实行宪政的国情背景下,认真深入科学地做出论证。例如,人民代表大会是否属于“议会”的一个种类,如果属于“议会”范畴,那么我们将如何解释“中国不搞议会制”这样的提法,在立法机关谱系中“人民代表大会”与外国的“议会”是什么关系;如果不属于,那么中国参加“世界议会联盟”并在其中担任一定职务、在中国承办世界议会联盟大会等的活动,是什么性质的?又如,宪法规定的“各政党”显然包括作为执政党的共产党和其他参政党,而在我们的宪政现实中却把参政党正式称为“民主党派”,这里“政党”与“党派”的区别是不言自明的,引申出来的问题就是:这种“党派”的提法是否合宪?

中国的宪法学不仅应当关注宏大叙事宪法价值、规范、制度等的研究,更应当用批判理性与国情相结合的精神,进行“小题大做”的科学精密深入细致的研究;应当正宪法之本、清宪理之源,使中国宪法能够尽可能地扎根于理性的土壤和生活的实际之中。

导师为自己弟子出版的书写序,是好事也是难事。之所以说是好事,是因为看到自己培养的学生顺利成长,努力成材,即将有论著面世,发自内心的高兴;之所以说是难事,是因为按照“法治原则”,在事关发表评价性观点时,我作为与肖君拥博士

及其博士论文“有利害关系的当事人”，应当予以回避，否则对读者、作者和我本人都有失公正。好我在“序言”中已经注意到自己的角色和立场，尽量不对《人民主权论》一书进行价值评判，而是侧重于提出问题、引发思考和客观介绍。对本书享有“审判权”的，一是作为“法官”的博士论文答辩委员会，二是作为“上帝”的读者，我充其量只是一个“案情介绍人”。

李林 谨识

2005年4月于北京

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |

- | | |
|----------------------------|-------|
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论
——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 38. 语境与工具
——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 著 |

- | | | |
|------------------|---------|---|
| 39. 良宪论 | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 民权与民治的试验 | | |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 | 著 |
| 43. 宪政的理念与机制 | 季金华 | 著 |
| 44. 法律论证与法学方法 | 戚渊 郑永流等 | 著 |
| 45. 私人之间的监控与惩罚 | | |
| ——一个经济学的进路 | 桑本谦 | 著 |
| 46. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 | 著 |
| 47. 宪政主义与制度转型 | 王怡 | 著 |

法 学 论 丛

- | | | |
|-----------------|--------|----|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 | 主编 |
| 民间法(第一、二、三、四卷) | 谢晖 陈金钊 | 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 谢晖 | 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑) | 洪汉鼎 | 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘瀚 | 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 | 主编 |

公 法 研 究

- | | | |
|-------------------|-----|---|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |