

認識民主政治根基

西方文明中的 法治和人權

陳弘毅 著



商務印書館

西方文明中的 法治和人權

陳弘毅 著

商務印書館

西方文明中的法治和人權

作 者：陳弘毅

責任編輯：蔡祝音

出 版：商務印書館（香港）有限公司

香港筲箕灣耀興道3號東匯廣場8樓

<http://www.commercialpress.com.hk>

發 行：香港聯合書刊物流有限公司

香港新界大埔汀麗路36號中華商務印刷大廈3字樓

印 刷：陽光印刷製本廠有限公司

香港柴灣安業街3號新藝工業大廈6字樓G及H座

版 次：2013年4月第1版第1次印刷

© 2013 商務印書館（香港）有限公司

ISBN 978 962 07 6506 3

Printed in Hong Kong

版權所有 不得翻印

自序

正如現代科學一樣，現代法治和人權的思想和實踐是文明的成果，是寶貴的精神財富，也是人類文明的共同遺產，具有普世價值和普適性。正如二十世紀大儒牟宗三先生曾經指出，雖然以法治和人權為基礎的現代政治理念和體制“先發自於西方，但是只要它一旦出現，它就沒有地方性，只要它是個真理，它就有普遍性，只要有普遍性，任何一個民族都該承認它。中國的老名詞是王道、藏天下於天下，新名詞則是開放的社會，民主政治，所以，這是個共同的理想。故而民主政治先發自於西方，但我們也應該根據我們生命的要求，把它實現出來，這就是新外王¹的中心工作。”²

本書所探討的便是“先發自於西方”的法治和人權，所以書名是《西方文明中的法治和人權》。法律和權利的理念是如何在古代的西方文明裏萌芽的？現代的西方文明是如何把法治和人權保障發揚光大和付諸實踐的？法治和人權的理念和制度保障的歷史發展，是否可理解為人類文明的成就和人類在歷史中試錯、累積和總結經驗、反省、學習和進步的表現？作為二十一世紀的中國人，面對來自西方的法治和人權思想，我們應該如何自處？這些都是我希望在本書中與讀者一起思考的課題。

十分感謝商務印書館的陸國榮博士建議把我關於這方面的文章結集成本書，以配合和補充同時期由商務印書館替我出版的《法治、人權與民主憲政的理想》和《中國傳統文化與現代民主憲政》兩書。也十分感謝商務印書館的其他同事，包括符俊傑先生、張宇程先生、蔡祝音小姐、楊安兒小姐、馬穎妍小姐和張元小姐，他們都投入了認真和專業的工作。我把這三本書獻給所有關心祖國的法治、人權和民主憲政進程的香港市民，並向他們致敬。

陳弘毅

香港大學法律學院
2012 年聖誕節

註釋

- 1 儒家傳統中有所謂“內聖外王”之說，“內聖”是指內在心性修養為聖人，“外王”是指外在建功立業，成就正義仁愛的王道，牟宗三先生的“新王道”的提法由此而來。
- 2 牟宗三：《治道與政道》（台北：台灣學生書店，1996年增訂新版），“新版序”，第21頁。

目 錄

自 序.....	iii
第一章 文明與法治	
西方法律政治史上的私法與公法.....	2
權利的興起：對三大文明的比較研究.....	14
第二章 古代、現代與後現代的法治進程	
從哈貝馬斯的哲學看現代性與現代法治.....	36
從福柯的《規訓與懲罰》看後現代思潮.....	59
古今中外酷刑現象的反思.....	87
第三章 人權與主權	
關於主權和人權的歷史和法理學反思.....	112
公法與國際人權法的互動：香港特別行政區的個案.....	135
從“皮諾切特案”看國際刑法和國際人權法的發展.....	178
第四章 法治的實踐	
當代西方法律解釋學初探.....	212
從英、美、加的一些重要判例看司法與傳媒的關係.....	239



第一章 文明與法治



西方法律政治史上的私法與公法

在西方政治和社會思想史上，“公”（public）和“私”（private）這對概念原來是法律上的概念，可追溯至古羅馬法。¹ 根據查士丁尼大帝（Justinian）時期編纂的《羅馬法大全》（*Corpus Juris Civilis*）中〈學說匯纂〉（Digest）的記載，羅馬法學家烏爾比安（Ulpian）曾指出：“公法（*jus publicum*）是關於羅馬國家的規定，私法（*jus privatum*）是關於個人利益的規定。”² 這部《大全》中權威性的〈法學階梯〉（*Institutes*）一開始也對公法和私法作了同樣的劃分。³ 具體來說，羅馬法中的公法，主要是關於政府的組織、行政和司法機關的運作、國家宗教祭儀等活動及刑事事務。私法方面，則包括關於人身關係、家庭、繼承、財產、合同、侵權等方面的法律。⁴ 相對來說，羅馬帝國的私法比公法發達得多，例如《查士丁尼法典》（*Justinian's Code*）中，前九卷都是私法，最後三卷才是公法。⁵ 羅馬法學家的研究物件也集中在私法問題上，所以在〈學說匯纂〉的 50 卷中，關於公法的文摘只見於第一卷和最後一卷。⁶

公法與私法

關於古羅馬法中公法和私法的區分，當代著名法學家達維（Rene David）和布賴爾利（John E.C. Brierley）曾評論：“羅馬法提出了公法和私法的劃分，但這樣做的目的在於撇開公法——如果真的存在了公法的話。換句話說，法學家們謹小慎微地避開了這個危險的禁區。”⁷

在帝國時期羅馬是帝王專制統治的政體，皇帝的敕令便是法律，法律並不約束統治者或限制其權力。⁸ 在一個由統治者壟斷，並使用武力以強制執行其意願的國家（State）裏，法律是統治的工具，一方面用來解決人民之間的糾紛，另一方面懲罰危害社會治安或政權的犯罪分子，而統治者本身則不受法律約束，這種情況在人類文明史中可算是常規（現代的法治主義和民主憲政則是例外情況）。從法制的實際運作角度來看，羅馬法並未突破這一常規。

法律是公義之學

但從思想、概念和哲學的層面看，羅馬法學卻是人類法律文明史上的一個重大突破。古希臘哲學家曾熱心探討公義（justice，或譯作“公道”或“正義”）的問題。羅馬法學家繼承和發揚了這個傳統，認為法律就是講公義之學，法律是鑒別某事情是否公道的標準。⁹ 在古希臘哲學的斯多噶派（Stoics）的“自然法”思想影響下，著名的羅馬法學家西塞羅（Cicero）寫道：

“真正的法律，乃是與大自然相符合的正理；它是普遍適用的，不變而永存的；它以它的命令召喚人們負責盡職，以它的禁制防止人們為非作歹……試圖更改這種法律，乃是一種罪過；企圖廢除它的任何一個部分，也是不被容許的……在羅馬和雅典不會有不同的兩套法律，在現在與未來亦復如是，一種永恆不變的法律將適用於一切民族與一切時代……”¹⁰

羅馬世界裏的職業法學家從事的是法律諮詢和著述工作，在他們眼中，法律不只是一種統治工具，更是公義的體現；公義蘊藏在自然

世界中，是客觀存在的，人類可以憑其理性思維追尋它、探索它、實現它。而系統完整、條理分明、思維嚴謹、分析精密的羅馬法，尤其是後來在帝國時期適用於羅馬管轄範圍內的各地方、各民族的“萬民法”（*jus gentium*），可算是這自然法的體現。因此法律是莊嚴的、偉大的、值得尊敬的，它的權威並不來自它的暴力強制性，而來自它的理性、正義性。¹¹ 這整個系統，便是古羅馬文明遺留給人類的其中一項寶貴的文化遺產。

傳承至今的法律體制

西羅馬帝國覆亡後，西歐經歷了數世紀的“黑暗時代”，穩定的政治和法律秩序不復存在。現代西方法律文明的起點，可追溯到 11、12 世紀時期古羅馬法的研究在西歐學術上的復興。¹² 中世紀的歐洲大學所教授和鑽研的主要學科中，法學佔有重要的位置——包括《羅馬法大全》和以古羅馬法的架構為模式建立的教會法（尤其是《教規大全》，*Corpus Juris Canonici*）。¹³ 在案件的審理上，羅馬法的原理也漸漸開始被應用，於是羅馬法聯同教會法、日爾曼的習俗、封建法、地方習慣法、新興城市的城市法和商法、新興國家君主的國家法（王法），開始塑造這個一直伸延到今天的羅馬日爾曼法系傳統，又稱大陸法系或民法法系（*civil law family*），其中尤以羅馬法的影響最為深遠。¹⁴

中世紀時期，歐洲大陸鑽研古羅馬法的學者，人才輩出，一代一代的學者把研究推展下去。首先是註釋法學家學派（*glossators*）（西元 11 世紀末至 13 世紀中葉），然後是評論法學家學派（*commentators*，又稱 *postglossators*）（13 世紀後期至 15 世紀），還有人文主義法學派（*legal humanism*）（16 世紀）和自然法學派（*natural law school*）（17、18 世

紀)。¹⁵ 中世紀學者就古羅馬法的研究，集中在私法方面，¹⁶ 對於他們來說，羅馬法便是關於個人之間，關於人身、家庭、財產、合同、侵權等問題的法律規則。羅馬法的偉大、羅馬法的智慧，在於它指出了自然中關於如何公道地處理這些問題的真理，這些真理是憑理性思維發現的，是四海皆準的。¹⁷

中世紀中期羅馬私法的復興，有其社會和經濟的基礎。經過多個世紀的蠻族入侵、動盪和混亂後，歐洲社會開始穩定下來，商業、海上貿易和手工業迅速發展，市場、城市、商人和市民階級開始興起。¹⁸ 正如古羅馬法適應了帝國統治那遼闊的地中海地區上，貿易和商品經濟的需要，在中世紀中期，古羅馬法的復興也是與再次興起的商業文明互為因果的。¹⁹

中世紀的歐洲歷史發展趨勢，除了商業的復興外，另一條主線便是以民族為單位的國家興起。政治權力較集中於帝王的制度，逐漸取代原來的權力高度分散的、多元的、地方性的封建制度。在這方面，復興中的古羅馬法也扮演了一定的角色。雖然正如上面所述，羅馬法中的私法遠較公法發達，但羅馬人在區分公法與私法的同時，強調了羅馬國家和帝王的權威與至上，羅馬統治者的權力，凌駕於私人關係之上。從這個角度看，羅馬法（公法部分）中關於政府的地位、權威和權力的概念，是有利於中世紀新興君主政體的統治權力的鞏固和合法化的。²⁰

從帝王專政到憲治觀念

但正如上面提到，羅馬帝國時期的皇權是近於絕對和無限的，不受任何更高的成文法所約束，而現代西方公法的基礎，卻是以法律（包

括憲法) 限制統治者的權力及規範其行使的這個原則。從羅馬的帝王觀念到現代的憲治觀念的過渡或躍進, 是怎樣達到的呢? 在這方面, 我們要看看歐洲從中世紀進入近代史時的政治和思想發展。

首先, 古希臘羅馬時代開始萌芽的“自然法”概念, 與中世紀的基督教思想融合, 成為一套更完整的學說。例如在中世紀最偉大的神學家湯瑪斯·阿奎那(St Thomas Aquinas) 的思想體系裏, 便有“永恆法”(eternal law)(神所訂立的法則)、“神聖法”(divine law)(人透過神的啟示而得以認識的)、“自然法”(natural law)(人的理性思維能夠發現的法律真理)和“人間法”(human law)(人自己制定的法律)等四個層次的法律概念。²¹ 即使在中世紀晚期專制君主和國家主權思想崛起的時代, 一般的意見仍認為一個本身享有立法權力的君主, 仍須受更高的神聖法和自然法所約束。²² 舉例來說, 他不可無理地、任意地侵犯其子民的財產權, 因為財產權被認為是自然法所認可的。²³

其次, 中世紀中期政治和經濟權力分散於君王、貴族地主、教會和城市市民階級的情況, 對後來君主國家政體興起時, 權力再集中的過程構成各種阻力, 使近代歐洲各民族國家的中央政府集權的程度, 低於世界其他文明的王國或帝國。國家內各種社會和思想力量的互相牽制、抗衡、結盟或競逐, 形成了一種獨特的局面, 於是只有有限權力的君主政體, 逐步出現。例如英國 13 世紀的《大憲章》(1215 年) 和 17 世紀革命產生的著名《權利請願書》(1628 年) 和《權利法案》(1689 年), 便是這種權力鬥爭過程中用法律文件的形式固定下來的成果。這些法律文獻, 對國王的權力作出了限制, 保障了其他社會力量的權益。²⁴

第三, 宗教改革時期關於宗教團體組織的理論和實踐, 對近代西

方民主政治的發展，也有一定的貢獻。一些新教教徒相信，教會管理層的成員，應由信徒選舉產生，後來這原則引申至社會的政治架構。在這方面，最著名的例子是 1620 年一羣百多位的英國清教徒在移民北美洲途中，在船上以全體成員簽署文件的形式，訂立了《五月花公約》（Mayflower Pact）（“五月花”是他們所乘的船隻名稱），作為他們將在美洲建立的新社會約法，²⁵ 這約章是依照當時教社的教約（covenant）而訂立的。教約是教社成立的基礎，基於其成員的同意，具有契約的性質。

第四，西方近代國家的政治和公法的理論依據趨向成熟的階段，便是 17 世紀英國的霍布斯、洛克的關於“社會契約”和“自然權利”的概念，及 18 世紀法國啟蒙運動中孟德斯鳩、盧梭等關於“分權制衡”、“主權在民”、法律作為“總體意志”（general will，或譯作“公意”或“共同意志”）的體現等原則。最清晰地表達這些思想的，是美國的《獨立宣言》（1776 年）和法國大革命時期訂定的《人和公民權利宣言》（1789 年）。人權、自由、法治、憲政、分權、民主、議會享有立法權並由人民選舉產生、法律之下人人平等、司法獨立，所有這些現代西方政治和公法的基本概念和原則，都是這個啟蒙時代的產物。²⁶

形成明確的公私法

在 19 世紀的歐洲，私法和公法都有突飛猛進的發展，各自形成了明確、完整的秩序和體系。在私法方面，在 1804 年制定的《法國民法典》（又稱《拿破崙法典》）是《羅馬法大全》以來最具影響力和被認為是最偉大的私法法律文獻，它以法典的形式，把私法中所有基本概念和主要規則，很有條理和邏輯地表達為精簡的法律條文。繼法國之後，

其他歐洲大陸國家也相繼制定類似的民法典及關於其他法律部門的法典。²⁷

在公法方面，繼美國和法國在 18 世紀末期首先訂立了成文憲法後，在 19 世紀，憲政主義和立憲運動席捲歐洲各國。²⁸ 它們都制定了憲法（大部分採用君主立憲的模式），以法律條文來界定政府的結構和它與公民的關係，法律既賦予政府權力，也限制這權力的運用，於是政府的權力置諸法律和獨立的司法機關的控制下。這種對統治者的行為和其手中強制性權力的“馴服化”，對人類文明史上不斷出現的專制、專政和暴政的防範，確是西方法律文明（在公法方面）的偉大成就。

現代公私法的定義

我們現在所理解的公法和私法的分野，也是在 19 世紀的歐洲大陸形成的。它的思想背景，不單包括啟蒙時代的政治思潮，也包括亞當史密斯創立的古典政治經濟學。²⁹ 根據該經濟學，個人在市場上自由地以平等主體的身分進行交易，不但滿足了他們個人的利益，也透過市場、價格、競爭等機制（所謂“無形之手”）促進了社會整體的利益，使資源的運用達到生產上的效益和分配上的效益。在模式中，政府的角色在於（也僅在於）維持治安、組織國防、保障產權、執行私人間訂立的合同（契約）及提供私人企業沒有興趣供應的“公共品”（public goods）。

在這一構想的影響下，私法的領域，便是市場經濟和公民社會（即非由國家政府控制的團體或個人的活動）；公法的領域，則是國家和政府。公法規定政府的組織，規範它的運作，從而保障各種人權和產權。而私法的基本原則，則包括私人間訂立契約（合同）的自由，財產

權益不容侵犯，侵權行為所引致的法律責任決定於過失（疏忽）的存在等。³⁰ 私法是關於平等的主體，以自己自由意願所創設的法律權利和義務關係，而公法則是關於統治與服從的從上而下的權威行使，公法的規範有它的強制性，國民沒有選擇餘地，必須遵守。私法的目的，是保障私人的利益；公法則保障公共的、集體的、社會的利益。³¹

私法的公法化

但到了 20 世紀，法學界漸漸達成一種共識，便是認為現代法律發展的大趨勢，是“私法的公法化”，³² 私法和公法的界限變得模糊。越來越多具體情況，同時涉及公法（如刑法、行政法）和私法（如合同法、侵權法）的規範和法律後果，越來越多新興的法律部門（如勞動法、反壟斷法、城市規劃法、證券法、環境保護法等等），同時具有公法和私法的性質。這種法律發展方向的原因是多方面的。例如政制的進一步民主化（享有普選權的社會階層逐步擴大），使政府面臨壓力，要求它干預或參與市場的運作，以促進一些原本處於不利地位的階層的利益。在社會主義思潮的影響下，國家為人民提供各種社會保障和服務，“福利國家”因而誕生。資本主義的性質也在改變，大型股份企業和大型工會的出現，使政府需要立法去規定它們的結構和相互的關係。此外，現代科技日新月異，需要政府立例管制以保障公共利益和安全的事項亦越來越多。

總括來說，我們回顧西方法律政治史後，或許可以就私法和公法的問題觀察到以下幾點：

（1）私法比公法容易發展，這是不難理解的。在一個以國家（State）形式出現的社會裏，統治者採用私法去解決其子民之間的糾

紛，審判他們之間的訴訟，調整他們之間的關係，這種活動並不直接涉及統治者自身的利益。公法則有約束統治者、規限他們權力的傾向，所以統治者沒有明顯的理由去大力發展公法。

(2) 從西方法律史看，私法的發達在時間上遠遠早於公法，這似乎是歷史的事實。上述第一點可能是解釋這事實的其中一個理由。

(3) 私法的原則被認為是蘊藏於自然世界中關於公義的真理，人類可憑理性思維去理解它、發現它，這種從古羅馬時代一直延續至中世紀，以至近代西方的思想，大大增強了法律在西方社會（相對於例如中國傳統社會）的尊嚴和權威。

(4) 私法的概念對後來公法的發展有一定的貢獻，“社會契約”的構想便是一個很好的例子。³³ 契約原是私法的概念，由兩個個人互相同意向對方承擔義務，並賦予對方權利而產生的。契約對雙方都有約束力，如其中一方悔約，對方便不再受契約約束。社會契約的理念是與此平行的：眾多的個人為謀求他們的共同利益，更有效地保障他們的權利，而締結社會契約；成立政府，政府有義務保障人權，如政府違反這義務，人民有權不再接受它的管治。

(5) 像羅馬法這樣高度發達的私法出現，以至私法發展有助於後來的公法發展，這兩點似乎都不可算是歷史的必然發展方向，而是有高度的偶然性。例如古希臘羅馬的民族性格和獨特的推理思維方式，是古羅馬法高度發達的其中一個主要因素〔我們在其他古文明裏並未找到類似的法律（私法）體系〕。又例如近代西方公法和法治、人權等理論和實踐上的突破，也不是由於私法發達的自然結果，而有其獨特的、可說是偶然性的政治、經濟、宗教以至地理的因素。私法的發達可能是後來公法發展的必須條件，但決不是足夠的條件。

(6) 當代公法和私法互相滲透和融合的趨勢，或許可理解為啟蒙運動的深化。啟蒙的意義，主要是人類憑其理性思維，對其身處的社會狀況進行批判性的反思，從而謀求建立一個更公道合理的社會，人類能更幸福地生活的社會。啟蒙時代、法國大革命時代的要求，是政治權力必須受到公眾的控制，政治權力的行使必須合理化。20 世紀的社會主義、福利主義以至各種爭取人權的運動所要求的，是各式各樣的權力（不單是正式的國家政治權力）應置諸大眾監督之下，也應合理化，而私法的公法化可以說是這過程在法律層面的反映。