



法律文化研究文丛

10

梁治平 主编

法理学的世界

第二版

陈弘毅
著

FALIXUE DE SHIJIE



中国政法大学出版社



法律文化研究文丛

10

梁治平 主编

法理学的世界

第二版

陈弘毅 著

FALIXUE DE SHIJIE



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

法理学的世界/陈弘毅著. —2版. —北京:中国政法大学出版社, 2012.8

ISBN 978-7-5620-4450-5

I. ①法… II. ①陈… III. ①法理学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第186348号

- 书 名** 法理学的世界 第二版
- 出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹** 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880mm×1230mm 32开本 15.75印张 390千字
- 版 本** 2013年4月第2版 2013年4月第1次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-4450-5/D·4410
- 定 价** 39.00元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

主 编 者 言

《法律文化研究文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作 10 种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

梁 序

《法理学的世界》原来有一个副标题：从香港看天下。不知为什么作者后来没有用这个副题。其实，这是个很切题的说法。弘毅教授在这本书里谈主权与人权、国内法与国际法、现代与后现代、诉讼与调解、法家与儒家、社会与国家、香港与内地，还有立宪主义、“一国两制”、违宪审查权，等等，纵横古今，出入中西，当真是立足香港，放眼天下。我读收在这本书里的文章，感觉印象深刻的，第一便是作者这种放眼天下的眼界与胸怀。

作者对法理学问题一直有浓厚兴趣，不过，他的法理学思考并非托于空言，而是建立在坚实的生活世界之上，贯穿于对历史和当下各种具体制度、活动、人物、事件的观察和分析之中。也因为此，他的法理学世界不但包容广大、丰富多彩，而且极富人间性。这一点同样令人印象深刻。

弘毅生于香港、长于香港、服务于香港，对香港爱之也切，知之也深。我一直以为，他关于香港政制、法律与社会所写的篇什最见功力。这一集收入作者讨论香港法律问题的文章4篇，均是对当下重大法律与政治问题的理论思考。作者认为，“一国两制”的构想与实践不但对香港市民有意义，对内地法学工作者也有意义。我对这种看法极表赞同，理由是：香港法制已经是中国法制的一部分，谈论中国法律者不可不注意之。进而言之，不但“一国两制”政治试验的成败将决定香港法的未来，

这一特殊经验的取得对于中国未来政治与法律的发展也将产生深远影响。

收入本书的文字，大多是作者应学术会议或学术刊物之请而写，然而，它们绝非应景之作。弘毅为人谦和，为学则极认真。他的文章兼有思想清晰、论证缜密的优长，而这正是一个好的法理学者应当具有的素质。我把弘毅教授的这部文集推荐给汉语世界的读者，相信大家会像我一样从中获得阅读与思想的快乐。

梁治平

2002年12月5日写于

北京万寿寺寓所

新版自序

本书初版于2003年，近年来已经再也没有机会在书店与读者见面。谢谢梁治平教授和中国政法大学出版社的大力支持，本书的第二版现在终于能够面世。这本第二版对初版的内容有所增补，新增的文章包括：“古今中外酷刑现象的反思”、“宗教、宗教冲突与宗教的和平共存与发展”以及“公法与国际人权法的互动：香港特别行政区的个案”。

“吾生也有涯，而知也无涯”（《庄子·养生主》）。学问的道路是艰难的，而且如逆水行舟，不进则退。但是，个人的人生道路以至国家民族的道路又何尝不是艰难的？钱穆先生为香港新亚书院创作的校歌里有这句：“艰险我奋进，困乏我多情。”谨以此共勉。“子在川上曰，逝者如斯夫，不舍昼夜”（《论语·子罕》）。人生苦短，正因如此，我更珍惜每一个与您心灵接触的缘分。

陈弘毅

香港大学法学院

2012年5月28日

第一版自序

本书是继 1998 年中国政法大学出版社出版的《法治、启蒙与现代法的精神》后的另一本集子，也是我在中国内地出版的第二本书。这两本书都是在梁治平兄的帮助和安排下出版的，他为每本书都写了序。我在这里向治平兄表示最深的谢意和敬意。

我在本书里的学术追求与前一书基本上是一致的，就是尝试从不同角度思考什么是现代法、现代法文化，以及现代人的精神世界和价值世界中与法律和权利有关的意识、价值和思想。如果现代法是一个立体的、复杂的复合体，那么我尝试做的，便是从不同的侧面去素描这个物体的图像。

本书收集的文章都是为研讨会而写的论文或书刊编辑的约稿，因此，它们之间的相互关系不一定密切，本书也并不构成有完整系统和紧密结构的学术专著。在过去几年，由于作为香港大学法学院院长的行政事务繁多，我未能专心地写任何专著。在这里我要感谢有关研讨会的组织者和有关书刊的编者，没有他们的邀请、鼓励和催促，我这几年来在学术上很可能会交白卷。他们给我机会去思考问题——与问题相关的主题都是他们设定的——和探求答案。由此可见，学问不单是个人化的追求，更是合作性的秩序。

本书的文章大致上可分为三组。第一组的 6 篇文章，描述当代西方的法学和法理学思潮，处理的课题包括人权、主权、立宪主义、法的现代性和后现代性。第二组也是由 6 篇文章组成，尝试从现代的视界回顾我们的中华文化传统——尤其是其

VI 法理学的世界

法律和政治传统，包括传统中的法家、儒家、国家与社会的关系、家庭等环节。第三组的4篇文章，则回到我作为法学工作者最切身处地的关注——香港回归祖国后“一国两制”的构想和《香港特别行政区基本法》的实施情况。我认为这个课题不但对香港市民有意义，对内地法学工作者也是有意义的，因为“一国两制”是否能成功实践，关系到台湾问题的解决——祖国完全统一的事业，以至中国走向法治和宪政的事业。

我有幸生于中华民族伟大复兴的时代，亲眼见证了香港回归祖国、实行“一国两制”的事业和中国走向依法治国、建设社会主义法治国家的事业。我想，如果我能履行作为香港的法理学工作者的责任，为这两个事业——其实它们是相关的——略尽绵力，便算不枉此生。我常提醒自己：每个人所能做到的是非常有限、十分渺小的，但绝不等于零。因此，我愿意珍惜上主赋予的生命的恩赐：

少年易老学难成，
一寸光阴不可轻，
未觉池塘春草梦，
阶前梧叶已秋声。

作为本书的读者，相信你必是有心人、同道人。谨以宋儒朱熹的这首诗共勉。

陈弘毅
2002年7月13日
香港大学法学院

目 录

主 编 者 言 / I

梁 序 / II

新版自序 / IV

第一版自序 / V

关于主权和人权的历史和法理学反思 / 1

从“皮诺切特案”看国际刑法和国际人权法的发展 / 23

从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治 / 54

从福柯的《规训与惩罚》看后现代思潮 / 75

古今中外酷刑现象的反思 / 101

论立宪主义 / 124

从英、美、加的一些重要判例看司法与传媒的关系 / 146

对古代法家思想传统的现代反思 / 164

调解、诉讼与公正：对现代自由社会和儒家传统的
反思 / 189

中国法制现代化的历史哲学反思 / 221

市民社会的理念与中国的未来 / 235

儒家思想与自由民主 / 290

2 法理学的世界

中国传统家庭哲学对世界伦理的可能贡献 / 301

宗教、宗教冲突与宗教的和平共存与发展

——唐君毅哲学的启示 / 314

“一国两制”的概念及其在香港的适用 / 327

《香港特别行政区基本法》的理念、实施与解释 / 346

回归后香港与内地法制的互动 / 403

香港特别行政区法院的违宪审查权 / 432

公法与国际人权法的互动：香港特别行政区的个案 / 452

关于主权和人权的历史和法理学反思*

“主权”和“人权”同是西方近代史的思想产物，其发展的历史轨迹是互相联系、互相影响的。在 21 世纪初的今天，尤其在西方世界于 1989 年“六四”事件后对中国实施制裁和北约在 1999 年因科索沃的亚尔巴尼亚裔居民的人权问题向南斯拉夫发动战争等事件的背景下，主权和人权的关系成了一个十分值得关注和研究的问题。本文尝试追寻主权和人权的概念及两者关系的历史脉络，并从政治思想和国际法的层面对有关问题予以梳理，然后进而探讨我们在 21 世纪应该怎样看主权和人权这些概念及两者的关系。

一、近代西方的主权和人权思想

虽然在古希腊时代的西方古典文明里可以找到“主权”和“人权”概念的雏形，^[1]但是现代意义上的“主权”和“人权”概念则只有三四百年的历史，而“主权”这个用语的正式采用，是先于“人权”这个用语的。

关于“主权”概念的较为完整和系统的论述，一般都追溯至法国人让·博丹（Jean Bodin, 1530 ~ 1596）的著作，尤其是

原刊于《二十一世纪》（香港）1999 年 10 月号，第 18 ~ 29 页。笔者取得该刊同意在此刊载修改后的版本，谨此致谢。

[1] See H. Steinberger, "Sovereignty", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10 (1987), pp. 397 ~ 418; Margaret MacDonald, "Natural Rights", in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984, ch. 1.

2 法理学的世界

于1577年出版的《论共和国》（*De Republica*）一书。要了解“主权”思想的出现，首先要明白欧洲中世纪的政治和社会格局。当时的政治和经济是封建式的，思想文化则为罗马天主教会主导。各地“国王”的权力十分有限，受到贵族（包括不同层级的封建领主）、教皇领导下的“跨国性”教会、神圣罗马帝国的皇帝以至城市新兴商人阶级等各方面政治力量的抗衡。一个粗略的估计是，^{〔2〕}在15世纪末，欧洲有约五百个半独立的政治实体，例如由封建领主管辖之地、由主教管辖之地、自治城镇等。

博丹的主权论的目的或作用，便是为王权的巩固和扩张提供思想上的依据。这种早期的主权论的关注点，是如何分析一个地域内的政治权力架构，并研究政治权力集中化的需要。主权论指出，为了维持社会的秩序，为了避免困扰民生的武装冲突，必须有一个强大的、至高无上的权威，这便是主权。所以博丹说，主权是君主“不受法律限制的对臣民的最高权力”，“是在一国家中进行指挥的绝对的和永久的权力”，主权是永久的、非授权的、不可抛弃的。^{〔3〕}这里值得注意的是，虽然博丹是主张“君主专制”的，但在他心目中，君主作为主权者的权力虽不受制于前人订下的法律，但仍受制于上帝的神圣法和自然法。^{〔4〕}在这方面，博丹的思想仍是属于中世纪的。

主权论的发展过程中的另一个重要人物是英国人托马斯·

〔2〕 Kurt Mills, *Human Rights in the Emerging Global Order: A New Sovereignty?*, London: Macmillan, 1998, p. 10.

〔3〕 参见法学教材编辑部：《国际法》，法律出版社1981年版，第68页；张琼：“略论主权与人权的相互关系”，载中国社会科学院法学研究所编：《当代人权》，中国社会科学出版社1992年版，第336、337页。

〔4〕 Steinberger, *Supra* note 1, pp. 401 ~ 402; Asbjørn Eide, “National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights”, in A. Eide and Hagtvet (eds), *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*, Oxford: Blackwell, 1992, ch. 1 at note 9.

霍布斯 (Thomas Hobbes, 1588 ~ 1679), 他代表着从中世纪到近代的思想转折。他生活在 17 世纪英国内战的动荡时代, 认为绝对王权是社会稳定和文明发展所必需的。他提出了一个震撼性的“自然状态论”, 指出在没有统治者的无政府状态里, 人只能生活在恐怖和残暴之中。在这种情况下, 通过“社会契约”, 确立一个强而有力的统治者或主权者的绝对的、至高无上的政治权威, 是人们唯一的出路。〔5〕

16 世纪宗教改革运动开始之后, 欧洲的政治和社会经历了长时期的动荡不安, 宗教和政治矛盾错综复杂, 酿成无数纠纷和战乱。1618 ~ 1648 年的“30 年战争”, 更带来前所未有的生灵涂炭。在这种情况下, 越来越多人觉得博丹等人的主权论是有其道理的。于是, 结束 30 年战争的《威斯特发里亚和约》(Peace of Westphalia, 1648), 便成为了近现代西方以主权国家为单位的国际秩序的基础。〔6〕

这种逐渐演化的主权概念可分为对内和对外两方面。〔7〕

对内来说, 主权者 (最初是君主) 在某范围的土地 (即其领土或国家) 内, 就土地上的人民和事务享有最高的、独有的管辖权, 主权者与其子民之间有直接的命令和服从的关系, 这个概念取代了封建时代的互相重叠交错的多层级的管辖权。对外来说, 每个主权者独立于其他地方的主权者, 无须听命于任何他人, 也不受他人的支配, 他可独立自主地决定其国家的事务 (包括在美洲新大陆进行殖民扩张和贸易时不再受教皇的管

〔5〕 参见邹文海:《西洋政治思想史稿》, 台北三民书局 1989 年版, 第 16 章。

〔6〕 See Steinberger, *Supra* note 1; Leo Gross, “The Peace of Westphalia, 1648 ~ 1948”, *American Journal of International Law*, Vol. 42 (1948), p. 20; J. B. Hehir, “Expanding Military Intervention: Promise or Peril?”, *Social Research*, Vol. 62, No. 1 (1995), p. 41.

〔7〕 See Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London: Routledge, 1997, pp. 17 ~ 18.

辖权的规限)。这样,欧洲便形成了主权国家分立、互相抗衡的国际性秩序。这也是近现代国际法的起点,因为国际法的主体是主权国家,国际法便是调整各主权国家之间(初时不包括被认为是未有文明的、野蛮的非西方国家)关系的法律规范。

在十七八世纪发展的国际法中一个基本原则是各主权国家的平等性。早期国际法学者克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff, 1679~1754)便曾说,^[8]“国家有如生活于自然状态中的自由的个人。由于根据自然原则,所有人均平等,所以根据自然原则,所有国家也是平等的。”除了这个主权平等的原则外,在18世纪逐渐形成的另一个与主权概念相关的原则便是主权国家之间应互相不干预他国的事务,例如放弃了以前因宗教理由对别国用兵的做法。^[9]但是,发动和参与战争的“权利”被视为主权的特征之一,从这个角度看,国与国之间仍是一个弱肉强食的世界。

上面说的是在近代兴起的主权观念。至于人权观念,虽然其精髓可以追溯至古希腊罗马时代和中世纪的“自然法”思想,^[10]但由于古希腊文和古拉丁文中并没有一个明确地表述现代“权利”观念的字眼,所以“人权”这个概念的出现,只能说是近现代的事情。^[11]近代西方人权思想,^[12]一般追溯至英国1215年的《大宪章》(但其实这份文件保障的只是教士和贵族阶层相对于国王的权利),以至英国国会在“光荣革命”后制定的《权利法案》(1689),后者主要是确立对王权的限制,建立

[8] J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 8th ed., London: Butterworths, 1977, p. 123.

[9] Steinberger, *Supra* note 1, p. 401.

[10] 参见[意]登特列夫著,李日章译:《自然法:法律哲学导论》,台北联经出版事业公司,1984年版。

[11] 参见拙作“权利的兴起:对几种文明的比较研究”,载陈弘毅:《法治、启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第118~139页。

[12] 参见张佛泉:《自由与人权》,台湾商务印书馆1993年版。

君主立宪的宪政和法治体制，并保障国会作为包涵选举产生的民意代表的议会的权力。

人权思想在西方世界的系统表述和广泛传播，要留待 18 世纪末的美国和法国革命，这将在本文下一节讨论。但从 17 世纪英国思想家约翰·洛克（John Locke, 1632 ~ 1704）的著作里，已可以看到现代人权思想的核心内容。霍布斯鉴于英国内战的惨烈而提倡君主专政，洛克则是相对温和的“光荣革命”的代言人，主张王权应受到合理的制衡，以保障人民的生命、自由、财产等个人权利，因为在他看来，人们之所以组成国家、设立政府，目的正是谋求这些权利的更有效（相对于无政府状态来说）保障。

洛克不但为现代人权理论奠下基础，而且催动了主权概念的转化，即从“主权在君”到“主权在民”的过渡。这个过渡要留待下一节谈到的启蒙时代、卢梭和法国大革命，但洛克强调君权的限制，提倡民选立法议会的权力，人民主权的概念已呼之欲出。^[13]

二、现代西方的主权和人权思想

本文采用了“近代”和“现代”的区分，“近代”是指从中世纪到“现代”的过渡，“现代”则指从 18 世纪后期美国和法国革命至第二次世界大战的期间，下一节谈的“当代”则指二次大战以后的历史新阶段。

现代人权思想诞生于 18 世纪西欧的“启蒙时代”，^[14]当时法国是启蒙运动的中心，而 J. J. 卢梭（J. J. Rousseau, 1712 ~ 1778）的政治思想对于西方人权和主权思想的发展，具有划时代的意义。卢梭提出了“主权在民”这个到了今天已变得不言而喻、不证自明的概念，即国家的主权不属于国王，也不属于

[13] See Eide, *Supra* note 4, p. 9.

[14] 参见拙文：“人权、启蒙与进步”，载注 11 所引书，第 21 ~ 35 页。

某个统治集团或统治阶级，而属于全体国民。他同时指出，自由和平等是所有人与生俱来的权利，在国家中，人的自由只能受作为人民“公意”的体现的法律的限制，而公意是在民主参与的过程中形成的，代表着社会的整体利益。在卢梭的思想里，我们既可以看到一个崭新的主权概念，又可以找到自由、人权、民主和法治这些现代核心价值的思想资源。^[15]

卢梭等启蒙运动家的思想，在 18 世纪末的美国和法国革命中起了关键的作用。这两场革命中产生的一些文献，成为了现代政治思想的圣经。例如，1776 年 6 月的《维珍尼亚宣言》（Virginia Declaration）宣称，^[16]“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。”同年 7 月的《美国独立宣言》说，^[17]“我们认为这些真理是不言而喻的：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，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，所以才在人们中间成立政府。而政府的正当权力，则系得自被统治者的同意。”

1789 年法国大革命开始时由国民议会通过的《人权和公民权宣言》，正式采用了“人权”的字眼，并且是人类有史以来对人权概念的最全面和系统的论述，所以英国学者艾顿（Lord Acton）勋爵曾说，^[18]这两页纸的宣言，其重量大于多个图书馆，也大于拿破仑的所有军队。该宣言指出，^[19]“人权”是

[15] 参见逯扶东：《西洋政治思想史》（增订 8 版），台北三民书局 1994 年版，第 15 章；张翰书：《西洋政治思想史》，台湾商务印书馆 1961 年版，第 21 章。

[16] 参见董云虎、刘武萍编：《世界人权公约法总览》，四川人民出版社 1990 年版，第 270 页。

[17] 同上注，第 272 页。

[18] Antonio Cassese, *Human Rights in a Changing World*, Cambridge: Polity Press, 1994, p. 46.

[19] 同注 16，第 295 页。