

## 寧要社會主義的草，不要資本主義的苗？

◎ 龔刃韜

不久前，我偶然在「中國選舉與治理」網站上看到北大法學院教授朱蘇力的一篇文章，題為〈社會主義法治理念與資本主義法治思想的比較〉<sup>1</sup>。由於這些年我也在北大法學院給研究生講授與法治有關的專題課，對朱蘇力的文章從題目到內容都感到很荒謬。為了確認原文並找出「原出處」，通過首次進入中共中央政法委主辦的「中國平安網」才瞭解到，原來這篇文章來自2008年6月17日朱蘇力以「北京大學法學院院長」的頭銜在中央政法委主辦研討班上所作專題講座內容。除了大法官們、大檢察官們外，「中央政法委機關全體同志及中央政法各部門有關同志聽取了講座」<sup>2</sup>。可見，此專題講座對中國司法界或政法界高層領導的影響應當是很直接的。

又據2006年12月6日《人民日報》以及其他官方媒體相關報導，由中宣部、中央政法委、司法部及中國法學會聯合舉辦「百名法學家百場報告會」，重點對各省黨政幹部、政法幹警進行法治宣講活動。朱蘇力作為「百名法學家」之一，已到全國各省市巡迴演講了與上述講座基本同樣的觀點。因此朱蘇力在中央政法委的專題講座內容並不是他臨時發揮而是精心準備的結果。然而，由於朱蘇力在有關法治及人權這些重大問題上有許多明顯違反常識的錯誤，恐有誤其長官和誤人子弟（至少對北大法學院學生而言）之嫌，我覺得有必要在這裏指出幾點。

### 一、法治理念是隨消滅封建制度而產生的嗎？

朱蘇力認為法治是歐洲消滅封建主義地方秩序之後才產生的，他這樣說道：

「各自為陣」的小型社會秩序和法律無法滿足商品交換對更大範圍內的統一市場的要求，成為市場經濟發展的一種障礙。新興的資產階級要實現其經濟利益和政治理想，必須消滅封建主義地方秩序，在更大區域內形成統一的國家，並形成不矛盾的、明確的和普遍適用的規則體系。由此產生的法治的理念，隱含的也就是法律面前人人平等、法律的公平效率等等理念。

然而在歐洲歷史上，法治（rule of law）的理念並不是在消滅封建制度之後產生的，而恰恰是在中世紀封建時代的英國出現的。1215年的英格蘭《大憲章》（Magna Carta）被公認為法治原則的最重要歷史淵源<sup>3</sup>。《大憲章》主要是由封建大貴族及教士強迫濫用權力的國王約翰簽署的文件，因而也是一個確認封建習慣和國王封臣的各種自由或權利的封建契約性文件。但《大憲章》首次明文規定了國王在法律之下並須服從法律的原則。英國憲法史學家梅特蘭（F.W. Maitland）指出：當時的英國反叛貴族們「不是要求修改法律，而是要求遵守法律，特別是應由國王來遵守。……我們應注意如此長、詳細和實際的文件意味著應該有一個

法的統治 (reign of law) 的存在」<sup>4</sup>。英國法史學家霍爾茲沃斯 (W. Holdsworth) 也指出《大憲章》所表明的一個原則，就是英王不是絕對君主，換句話說國王的權力不是絕對的。所以《大憲章》限制權力條款是第一次試圖用法律用語準確表達立憲政府的重要思想<sup>5</sup>。儘管《大憲章》並沒有立即在英格蘭確立法治，但卻埋下了法治理念的種子，在經歷了幾個世紀後，終於在17世紀的英國光榮革命後得到確立和發展。

在英格蘭封建時代之所以能產生法治觀念，原因在於英格蘭具有比較特殊的封建社會經濟結構：當時的英格蘭既存在著比歐洲大陸國家更為強大和中央集權化的王權，同時也存在著能與國王抗衡的貴族勢力。此外，在中世紀的歐洲，羅馬教會與世俗君主並存的二元結構對削弱英王權起到了一定作用，所以也有教士代表參與了起草《大憲章》。正是在封建時期形成的法治傳統對促成近代英國最早發展資本主義有著十分重要的作用。

朱蘇力又認為「促成西方法治理念的另一個要素是現代民族國家的興起和確立，表現為主權國家」，所以朱蘇力這樣講道：

與基於傳統和『君權神授』的封建國家不同，民族國家強調政治共同體，強調國家主權的至高無上，強調由國家制定和頒佈統一的規則，強調國家為保證規則執行所必需的暴力的合法壟斷。由此也就產生了主權至上、法律至上、依法治國的理念。

事實上，在近代歐洲民族國家的產生並沒有直接促成法治，相反卻出現了君主專制的國家制度。「主權至上」與法治也是完全不同甚至相反的概念。近代以來歐洲多數國家都經歷了從封建制走向中央集權制的歷程，各國君主專制也達到高峰，17至18世紀就是歐洲絕對主義王政時期，而「君權神授」理論也正是在這一時代盛行。法國波旁王朝的君主專制是這個時代的典型代表<sup>6</sup>。正因如此，才出現了英國光榮革命、啟蒙思想運動和法國大革命以及其他國家的市民革命。在歐洲歷史上，法治首先是在反對君主專制以及其他形式的專制過程中逐漸確立起來的。

## 二、盧梭是「法治學說的代表人物」嗎？

朱蘇力在講座中認為「法國資產階級革命時期的法治學說的代表人物是孟德斯鳩和盧梭」。關於盧梭，朱蘇力說道：

盧梭強調，法治的目的在於自由，但他的自由並不是消極的，而是任何公民都不能拒絕的；為實現真正的法治，盧梭甚至認為，應當強迫那些拒不服從公意的人服從公意，也就是要『迫使他們自由』。

盧梭是「法治學說的代表人物」嗎？盧梭1762年在其政治哲學代表作《社會契約論》中提出來的一個最重要的觀點就是「公意」(volonté générale)<sup>7</sup>。雖然「公意」被法國憲法學家讓·里維羅 (Jean Rivero) 解釋為大多數人的意志<sup>8</sup>。但是，由於盧梭把「公意」強調得至高無上，這就產生了以下結果。第一，在「公意」的最高指導之下，公民只有被迫服從的自由而沒有真正的個人自由。第二，為了更好地表達「公意」，盧梭認為國家之內不能有派系存在。第三，不能有派系意味著禁止結社自由和不允許反對派的合法存在。第四，盧梭認為「公意」最終出自一個天才的「偉大的立法者」(un grand législateur)<sup>9</sup>。實際上，盧梭心目中的立法者不僅是超凡脫俗的天才，而且是一個神<sup>10</sup>。絕對服從「公意」實際

上就是服從一個非凡立法者的意志。可見，盧梭政治哲學的核心思想絕不是甚麼「法治學說」，而是一種帶有專制主義色彩的學說。法國大革命時期實行恐怖統治的雅各賓派主要領袖羅伯斯比爾就是盧梭的忠實信徒<sup>11</sup>。羅伯斯比爾認為在革命時期採取恐怖統治是「嚴厲的、堅決的正義，從而它是美德的表現」<sup>12</sup>。難怪英國哲學家羅素認為「希特勒是盧梭的一個結果」<sup>13</sup>。

### 三、19世紀後半葉德國對法治有重要貢獻嗎？

朱蘇力認為19世紀的德國對法治有過「重要貢獻」，他這樣說道：

19世紀末，才通過鐵血政策完成了德國的統一，進而完成了法治的統一。德國法治思想的一個重要貢獻是「民族精神」，強調法治要在本國文化基礎上回應本國需要；另一個思想是「法治國」，特別強調國家為公民提供福利性權利，在制度安排上則強調行政權力與行政行為的合法性和可預測性，強調嚴格執法。

首先，雖然德國1871年統一並建立了德意志帝國（史稱第二帝國），但德國的統一並不是「法治的統一」，因為統一後的德國並沒有真正確立法治，而是承襲了專制的普魯士邦憲法慣例。德國政治和軍事領導仍然集中在皇帝（或其任命的首相）手中，首相只對皇帝負責，而不對議會負責。因此，儘管德國表面上採用了君主立憲並有了一定程度的司法獨立，但在政治體制上還沒有完全擺脫專制<sup>14</sup>。事實上，1871年帝國憲法（亦稱「俾斯麥憲法」）直到1918年一直被實施，其特徵就是沒有關於個人基本權利的規定。

其次，所謂「民族精神」（Volksgeist）由18世紀德國哲學家赫爾德（J.G. Herder）提出<sup>15</sup>。19世紀德國法學家薩維尼（F.C. Savigny）受赫爾德影響，認為法律是一個土生土長的、自生自滅的非理性發展的過程，是「民族精神」的體現。生活在德國分裂狀態下的薩維尼提到「民族精神」主要是為了創造一個「從民族→民族精神→國家精神→民族國家」的範式<sup>16</sup>，與強調限制國家權力的法治理念毫無關係。事實上，在19世紀德國「民族精神」不僅沒有對法治有過甚麼重要貢獻，反而浸透了國家主義、民族主義、泛日爾曼主義、種族主義、反猶太主義等精神<sup>17</sup>。這種「民族精神」在很大程度上也是20世紀產生極權主義納粹政權的一個重要的精神基礎<sup>18</sup>。

再次，朱蘇力認為19世紀德國對法治的另一貢獻是「特別強調國家為公民提供福利性權利」。這大概是指1883至1889年鐵血首相俾斯麥在任期間制定的幾個社會保險立法。雖然這些社會保險措施對社會權的產生有過影響，但立法的主要目的是為了保全勞動力和消滅社會主義的影響，換句話說是德國政府在國會1878年通過《反社會黨人非常法》，即鎮壓德國工人的社會主義政黨之後而採取的社會安撫措施，所以與法治並無直接關係，更談不上對法治的貢獻。

最後，至於德國的「法治國」思想是否對法治有過貢獻，這要看具體的歷史時期。恰恰在19世紀後半葉德國的「法治國家」（rechtsstaat）理念發生了重要的變化，即由德國「民族精神」取代了自由主義，由實在法學取代了自然法學，原來的「法治國家」原理轉變為「形式性法治國家」（formelle rechtsstaatsbegriff）原理<sup>19</sup>。據此，只要政府依法行政和法院依法審判，就是法治國家，而不必考慮法律本身的內容是否是壓制個人自由。因此19世紀末

德國版的「法治國家」就是「依法治國」或「依法律統治」（Regierung nach Gesetzen）<sup>20</sup>。

1933年德國納粹黨獲得政權以後的許多重大行為在形式上也都有法律作為依據。例如1933年廢除代議制的《授權法》、確立納粹一黨制的《禁止新建政黨法》、1935年迫害猶太人的《紐倫堡法》，等等。至少在形式上希特勒的納粹德國也曾是「依法治國」。可見，「依法治國」（rule by law）或「依法律統治」（Regierung nach Gesetzen）與法治（rule of law）有著本質的區別<sup>21</sup>。

#### 四、人權概念是因為歐洲國家小才出現的嗎？

朱蘇力在講座中有這樣一段話：

而且由於歐洲的政治現實——國家較小，因經濟社會發展水準不同各國公民權利不完全相同，當越來越多的各國公民因種種原因跨越國家之邊界，無法訴諸公民權要求他國保護，這就催生了對個人權利有一種更為普遍化的表達，這就是最早的『人權』概念。

看來，朱蘇力認為歐洲國家由於國土較小，各國發展水準不同，為保護其在外國的本國公民的權利，所以才出現了人權概念。歷史事實是這樣嗎？

稍微有一點兒國際法常識的人都知道，外國人的法律地位與人權的國際保護是兩個完全不同的領域：保護本國公民在外國的權利屬於外國人法律地位問題，是傳統國際法上早已存在的制度，特別是19世紀以後，西方工業化國家為了保護本國在外投資者的利益，十分強調保護本國在外公民的權利，因此外國人的法律地位問題成了傳統國際法上國家責任制度的主要內容。人權的國際保護是第二次世界大戰以後才進入國際法領域的。

人權觀念是近代以後首先在西方國家出現的。英國光榮革命後確立的法治為保障個人自由提供了最初的制度基礎。英國思想家洛克將英國法治及其個人權利抽象為政治哲學上的普遍原理<sup>22</sup>，因而是最早系統論述人權概念的思想家。1776年英屬北美殖民地在反對英國殖民統治的獨立戰爭過程中制定出了6月12日《佛吉尼亞權利法案》、7月4日《獨立宣言》等人類史上最早上的人權法案和人權宣言。受北美權利法案影響，1789年8月26日法國大革命初期的國民制憲議會通過了《人和公民的權利宣言》<sup>23</sup>。因此，人權概念首先出現的地方並不都是「國家較小」的地方，更與保護本國在外國民無關。

#### 五、強調司法獨立就會破壞中國法治建設嗎？

朱蘇力在講座中有一段特別引人注目的話：

還必須注意，在當下，至少有些國際勢力並不希望中國強大和崛起，甚至希望中國分裂，想用西方的法治民主觀來改革中國的政治法律結構。通過強調三權分立或片面強調司法獨立來弱化黨的領導，甚至排斥黨的領導，其實是某些國際政治勢力破壞中國社會主義建設和破壞中國法治建設的核心內容之一。對這一點，必須要有充分的警惕。

儘管上述這段話顯示出朱蘇力有著相當敏銳的政治嗅覺，但卻不禁令人回想起「文化大革命」中「四人幫」橫行時的棍子式的語言。從冤假錯案受害者和因非法定理由而被法院拒之

門外的權利受侵害者的角度來看，朱蘇力的這段話還讓人聯想到2008年四川地震大批中小學校舍倒塌導致成千上萬學生死亡的事實披露後，知名文人余秋雨呼籲遇難學生家長不要請願投訴以免成為「海外媒體反華宣傳藉口」的「含淚勸告」。

我實在不能理解為甚麼「片面」強調司法獨立就會「弱化黨的領導，甚至排斥黨的領導」？難道強調司法獨立還有「片面」和「全面」之分嗎？難道包括憲法在內的中華人民共和國所有的法律不都是在中國共產黨領導下制定的嗎？難道中國現在還有反黨的法律嗎？難道法官遵循中國現行憲法第126條規定「依照法律規定獨立行使審判權」就會產生反黨的結果嗎？

我更不能理解為甚麼強調司法獨立怎麼就成了「某些國際政治勢力」「破壞中國法治建設的核心內容」？難道因為資本主義國家強調司法獨立，所以中國自己就不能強調司法獨立了嗎？難道司法獨立也有姓「資」姓「社」之分嗎？實際上，就連社會主義理論的精神始祖卡爾·馬克思對司法獨立都有著非常肯定的態度。馬克思明確指出：「法官除了法律就沒有別的上司」（Der Richter hat keinen Vorgesetzten, als das Gesetz）<sup>24</sup>。難道在黨章國憲上都表明信奉馬克思主義的中國，法官還需要法律以外別的上司嗎？難道中國的司法改革竟然要以反對強調司法獨立為其特色嗎？依我看，為了真正實現司法公正，在從制度上消除司法腐敗和提高法官素質的過程中，確立司法獨立應當是中國司法改革的基本目標。反對強調司法獨立才會導致破壞中國的法治建設，更何況中國自身的法治建設本來就不是為了給外國人展示的。

在現代國際社會，作為人權司法保護的前提——司法獨立已經成為政治文明的標誌之一。例如，「作為所有人民和所有國家努力實現的共同標準」的1948年聯合國《世界人權宣言》第10條規定：

人人完全平等地有權由一個獨立而無偏倚的法庭進行公正的和公開的審訊，以確定他的權利和義務並判定對他提出的任何刑事指控。

1998年10月5日中國政府簽署的1966年《公民及政治權利國際公約》第14條第1款也有類似的規定。顯然，《世界人權宣言》和《公民及政治權利國際公約》都要求各國採取司法獨立的制度，以保證每個人都能享有公正審判的權利。

司法獨立是法治的核心內容之一，也是衡量一個國家是否確立法治的一個重要指標。在文明社會享受公正審判是每個人的基本權利。但沒有司法獨立就不可能有司法公正，這不僅是中外歷史的普遍教訓，也是文明社會的一個基本常識。中華人民共和國成立以來，在缺乏司法獨立方面就有著很深刻的歷史教訓。

例如，在1957年中國共產黨號召黨外人士幫助黨整風時，法學界、政治學界不少有識之士都由於提出反對以黨代政，提倡法治以及強調司法獨立等建議<sup>25</sup>，而被劃為「右派」分子，受到長期的政治迫害。同樣，在司法界包括最高人民法院及最高人民檢察院在內也有一大批堅持獨立審判的法官及秉公執法的檢察官被劃為右派分子，受到批判和打擊。當時連重述1954年憲法第78條「人民法院獨立進行審判，只服從法律」規定都會構成「右派言論」。由於沒有法治，相當數量的「右派」分子未經任何司法程式就喪失了人身自由，被強制勞動教養二十年之久。<sup>26</sup>

又如，在「文化大革命」時期，法院更不可能獨立進行審判，因而出現了大量的冤假錯案。在這10年中，各級法院共判處了刑事案件126萬件，其中「反革命」案件28萬件，普通刑事案

件98萬件。經過「文革」後覆審，所謂「反革命」案件絕大部分都屬於錯判，普通刑事案件10%也屬於錯判<sup>27</sup>。所有這些顯然都是沒有司法獨立的情況下造成的慘痛的歷史教訓。更不用說「文革」期間全國各處都有私設公堂的普遍現象。真不知有多少人成了槍下冤魂！也不知多少家庭從此家破人亡！

即使中國實行經濟改革開放政策以來，因缺乏司法獨立以及司法腐敗引起的司法不公現象一直是廣大民眾極為不滿的社會焦點問題，同時也是中國社會不穩定或不和諧的原因之一。作為一名中國的法學工作者應該很好地反思現代中國社會的這些歷史教訓。在晚年進行反思的文藝理論家王元化就曾指出，中國學術界存在的主要通病就是在談問題時常常脫離歷史的教訓，因而所謂的「學術性研究」也變成了戲論<sup>28</sup>。我以為作為中國的法學者，更需要的是常識和良知，而不是政治嗅覺。

## 六、甚麼是「社會主義法治理念」？

朱蘇力講座的主要篇幅是講「社會主義法治理念」。對此，朱蘇力有這樣一段話：

社會主義法治理念是在中國社會主義建設和發展中，特別是在改革開放的經濟、社會發展中，在當代中國政治和法治實踐過程中逐漸形成與發展起來，是對中國法治建設的經驗教訓的一個初步總結。這一理念與中國，與社會主義，以及與法治分不開。

這段話是把對中國的法治建設的經驗總結等同於「社會主義法治理念」。這也似乎等於說凡是當代中國的政治和法律實踐都是社會主義法治實踐。難道中國已成了社會主義的化身？朱蘇力的這個論點不過是一種迴圈式的自己證明自己，也是「存在即合理」的黑格爾哲學的歪用。朱蘇力在講座反覆多次強調社會主義或中國要走社會主義道路，但都沒有對甚麼是「社會主義」做出解釋。問題在於對「社會主義」這一概念都不清楚，為甚麼非要在法治之前冠以「社會主義」的名稱呢？

朱蘇力在講座中間接引用了鄧小平關於一部分先富起來以及共同富裕的話<sup>29</sup>。中國改革開放三十年來，隨著經濟持續高速增長告別了過去平均主義式的普遍貧困和封閉的時代。與此同時，一部分人也確實先富起來。然而，中國還遠遠沒有實現「共同富裕」，卻成為世界上貧富兩級分化最為嚴重的國家之一。中國社會各階層貧富之間的巨大差別至少遠遠超過所有西方資本主義國家。因此，從「共同富裕」的角度來看，在中國社會主義還只是一種可望而不可即的美好理想。

1989年5月16日，鄧小平在會見蘇共中央總書記戈巴契夫時坦誠地說道：「多年來，存在一個對馬克思主義、社會主義的理解問題。……經過二十多年的實踐，回過頭來看，雙方都講了許多空話。馬克思去世以後一百多年，究竟發生了甚麼變化，在變化的條件下，如何認識和發展馬克思主義，沒有搞清楚」<sup>30</sup>。既然對馬克思主義都沒有搞清楚，自然對甚麼是社會主義也不會搞得很清楚了。

過去中國主要受蘇聯模式影響，誤以為社會主義就是計劃經濟、公有制、按勞分配、一黨制領導等那一套原則和制度。但是這些曾被認為正統的原則和制度，除了維持黨的領導之外，其他都被中國近年來的實踐部分地或全部地否定了。例如，中國在計劃經濟沒有取消的情況下也引入了有中國特色的市場經濟體制。中國現在不僅允許發展私有制，而且數十萬億元的

國有企業資產也以各種形式被轉移到少數私人手中（其中不乏國企領導、各級黨政官員及其子孫）。按勞分配也體現為按權力、按資本、按等級、按身份地位分配。據財經方面媒體報導，從2008年以後的幾年之內，中國以國有企業為主的上市公司有上10萬億元的內部股及原始股被陸續解禁，將以現金的形式流入少數人的腰包<sup>31</sup>。這是在任何時代的資本主義國家都無法想像的掠奪現象！由於中國缺乏對權力的有效制約，早已變成社會主人的「社會公僕」們濫用職權、享受特權以及腐敗程度也遠遠超過所有西方資本主義國家的政府官員。根據總部設在柏林的國際透明組織（Transparency International）歷年的年度報告，中國在廉潔程度上排行榜上始終明顯地落在西方資本主義國家後面<sup>32</sup>。所以，若從公平正義的角度來判斷，大概誰都說不清楚究竟甚麼才是社會主義了。難怪歷經百年滄桑的103歲的學者周有光這樣寫道：「社會主義沒有公認定義。誰是社會主義國家，只能以『自稱』來認定，不管別國是否同意」<sup>33</sup>。

由此可見，在朱蘇力的講座中，所謂「社會主義法治理念」本身就是一個缺少明確定義的概念。難怪朱蘇力在講「社會主義法治理念」時也只是對「社會主義」繼續說著空話。

關於中國法治實踐的經驗教訓，朱蘇力提到的幾條總結更像一篇政治報告：即第一是「必須依法治國」；第二是「必須執政為民」；第三是「必須公平正義」；第四是「要求法治服務大局」；第五是「必須堅持黨的領導」。如果這幾條是由中國執政黨領導人從政治的角度提出來的，那是容易理解的。但朱蘇力卻試圖從法學的角度對這幾條任意地加以發揮，結果弄巧成拙只能給政治領導人起幫倒忙的作用。

就中國而言，雖然提出「依法治國」（rule by law）相對於無法可依、有法不依以及以言代法是一個歷史進步，但與國際社會公認的法治（rule of law）仍然有區別。「執政為民」不是法學用語，而是政治領導人的主張或承諾，與民主還有明顯的差距。至於「公平正義」的概念早在兩千多年前就被古希臘哲學家們提出，此後長期為西方哲學、法學、倫理學以及神學上的議論主題，而在中國只是在貧富差距越來越懸殊的最近才得到強調。朱蘇力還以「居港權」這一未必恰當的例子來解釋「顧全大局」，即司法判決在一定情況下應讓位於政策或政治的考慮<sup>34</sup>。至於「堅持黨的領導」，按照朱蘇力的邏輯卻得出不能「片面」強調司法獨立的奇怪結論。

總之，說來說去，朱蘇力根本就沒有對「社會主義法治理念」說清楚，通篇都是對領導人意志的揣摩和恣意詮釋，並散發著蔑視法治的氣息。正因如此，朱蘇力也無法對他的講座主題「社會主義法治理念」與「資本主義法治思想」的區別講清楚。

下面，就讓我們看看朱蘇力是如何對法治的所謂兩種理念進行區別的，他這樣說道：

社會主義法治理念和資本主義法治理念有歷史的繼承，但也有一些重大、根本的差別。重大差別的形成，並非簡單的是法律思想、文化傳統不同，甚至也不完全因為社會制度或意識形態不同，因為社會主義法治仍然借鑒了也可以借鑒資本主義法治的某些經驗；歸根結底，從歷史唯物主義的觀點來看，根本區別在於不同的法治實踐回答的是不同時代不同國家的法治根本問題不完全相同，有些甚至有重大分歧。

本來，從歷史發展的角度來看社會主義應是一種區別於資本主義的社會制度和意識形態，但朱蘇力卻認為「社會主義法治理念」與「資本主義法治理念」之間的重大差別「不完全因為社會制度或意識形態不同」，這就充分暴露了朱蘇力的命題本身就是一個偽命題，因為朱蘇

力已從根本上否定了自己提出區別兩個理念的基本前提。可見，朱蘇力所強調的「社會主義法治理念」與「資本主義法治理念」之間的區別完全是機會主義的，且帶有明顯的政治動機。

那麼，「社會主義法治理念」與「資本主義法治理念」之間的根本區別究竟在哪兒呢？按照朱蘇力的說法：「根本區別在於不同的法治實踐回答的是不同時代不同國家的法治根本問題不完全相同」。這種故弄玄虛式的病句，也許只有朱蘇力自己才能讀懂。

## 七、作為國際社會共識的法治理念

2008年2月2日中國政府首次發表的《中國的法治建設》（白皮書）明確承認：「法治是政治文明發展到一定歷史階段的標誌，凝結著人類智慧，為各國人民所嚮往和追求」。

作為人類文明發展成果和國際社會共識的法治理念的內容主要包括：在法律制度上對國家或其政府以及一切公權力進行限制和控制，任何掌握公權力的機關、組織和官員都必須嚴格遵守法律，對嚴重違法的官員無論職務多高都可追究司法責任；未經法律程式不得剝奪任何人的自由；任何人在其權利受到侵害後都有權尋求司法補救及其他方式的補救；司法獨立以及律師自治，等等。

與此同時，真正的法治還必須是良法之治，而判斷是良法還是惡法的標準就在於是法律是保障個人自由還是壓制個人自由。壓制自由的法律儘管有法律的形式，但實質上是違反法治精神的。對此，卡爾·馬克思曾明確指出：「法（Recht）是自由的肯定存在」。而壓制自由的「書報檢查制度正如奴隸制一樣，即使它千百次地作為法律（Gesetz）而存在，也永遠不能成為合法的」<sup>35</sup>。

上述這些關於法治的共識不僅可從由各國法學家、法官和律師組成的國際法學家委員會（International Commission of Jurists）的1955年《雅典決議》和1959年《德里宣言》<sup>36</sup>以及從國際律師協會、泛美律師協會、泛太平洋律師協會、美國律師協會、國際工會聯合會等組織於2007年發起的「世界正義工程」（the World Justice Project）裏找到依據<sup>37</sup>，而且還可以從聯合國文件中找到依據。

例如，2002年聯合國人權事務委員會增進和保護人權小組委員會的文件就對法治作了明確的解釋：法治的主要特徵是利用法律限制和控制權力的使用，以保障自由。為此，法治要求至少從三個方面來限制國家權力：第一是物質限制，涉及尊重和保障基本自由和人權；第二是職能限制，採用分權形式；第三是時間限制，其表現形式為人民的意志通過自由和公正的選舉來定期重新表達<sup>38</sup>。

第二次世界大戰以後，作為國際共識的法治理念通過一系列國際人權條約特別是1966年《公民權利和政治權利國際公約》進一步詳細地體現出來。因此，作為國際社會共識的法治不應該有姓「社」姓「資」的問題。

然而，對於作為國際社會共識和政治文明標誌的法治理念，朱蘇力似乎一直不大認同。朱蘇力是以譯介美國法學家波斯納（R.A. Posner）的法律經濟分析理論和提倡所謂中國的「法治及其本土資源」而在相對閉塞的內地法學界知名的，同時也在某種程度上迎合了國內近年來更加顯現的崇美媚外和民族主義混雜的社會風氣。波斯納的法律經濟分析是一個沒有倫理學

基礎的實用主義法學理論，其特點是偏重經濟效率（追求財富最大化）並漠視公平正義和人的尊嚴，因而在美國本土受到部分右翼的或保守的政客及財閥的賞識，但也成為受美國法學界批判最多的學說（所以引證率也最高）<sup>39</sup>。恐怕波斯納本人做夢都不會想到他那套理論竟然在信奉社會主義的中國被追隨者們捧紅起來。

倘若朱蘇力僅限於應用波斯納的理論，為減少「交易費用」而提倡利用中國（非司法訴訟形式的）民間傳統方式解決鄰里之間「私權的衝突」，那也就又當別論了。但是，朱蘇力對中國的「本土資源」明確冠以「法治」的前提，而且從朱蘇力的一些論點特別是對陝西省「黃碟案」的著名評論可以清楚地看出他所說的「本土資源」確實與公權力有著密切的聯繫。

所謂「黃碟案」是指2002年8月18日陝西省延安市寶塔區警方接到電話舉報說有一對夫妻在其住所看色情（成人）影碟，四名員警在沒有出示警官證、搜查證和逮捕證的情況下於夜間突然闖入這對夫妻的臥室強行搜查和抓人<sup>40</sup>。雖然事後當地警方已向當事人賠禮道歉和經濟補償，但朱蘇力仍然認為「員警干預有合法基礎」，因為這對夫妻在家看「黃碟」「侵犯了」那個舉報人「不看黃碟的權利」，是舉報人為了減少「交易費用」而「打電話讓警方干預」的，因此「是兩個私權的衝突」<sup>41</sup>。然而，沒有任何證據表明舉報人「不看黃碟的權利」受到了侵犯，因為該舉報人並沒有被要求共同觀看「黃碟」，被舉報的那對夫妻也不可能對鄰里公開播放「黃碟」，所以不排除該舉報人是那對夫妻隱私偷窺者的可能性。儘管如此，朱蘇力堅持從他杜撰出來的舉報人的「權利」受到「侵犯」出發，引伸出員警即使違反法律程式侵犯公民私生活也具有「正當性」的結論。朱蘇力對待政府及其員警行使公權力的態度也由此可見一斑。

無論從法理還是從道德角度來看，朱蘇力的論點都不值得一駁。但值得人們注意的是，朱蘇力在這裏「活學活用」美國人波斯納法律經濟分析理論，以減少「交易費用」為由將「私權的衝突」與公權力「巧妙」地聯繫起來。這就暴露出朱蘇力提倡所謂中國「法治及其本土資源」的一大特色：即只要存在「私權的衝突」並由「衝突」一方「舉報」或告密，公權力的行使就具有不受法律約束的「合法基礎」和「正當性」，就可以任意侵犯「衝突」另一方的個人權利和自由。這哪里是法治的「本土資源」？這分明是專制和極權的「本土資源」！

現在的問題是朱蘇力提倡的所謂中國「法治及其本土資源」與他本人在中共中央政法委研討班講座的内容有甚麼聯繫呢？所謂中國的「法治及其本土資源」到底應該姓「社」還是姓「資」呢？朱蘇力所提倡的中國法治的「本土資源」主要源於中國歷史上形成的「民間法」或地方民俗，因而可惜不大好歸屬於朱蘇力反覆突出強調「堅持共產黨的領導」為特色的「社會主義法治理念」了，但恐怕更不能歸屬於強調遵守法律程式和尊重個人自由的「資本主義法治思想」。

中國自秦始皇統一中國以來兩千多年的歷史是一部專制的歷史，皇權至上而不受法律約束，輔弼皇權的官僚統治階層也擁有任意欺壓人民的各種特權，作為被統治的大多數人從無個人自由和權利可言。中國先秦時期出現的儒家提倡「人治」、「德治」而毫無法治理念，而以韓非為代表的法家雖然也曾提到「法治」一詞<sup>42</sup>，但這種「法治」只不過是為專制君主提供的主要以嚴刑峻法和陰謀權術來駕馭臣民的統治手段而已。因此中國法家的所謂「法治」實際上是君主專制的代名詞。在我看來，中國從來都沒有過法治的「本土資源」，但卻非常富有專制主義的「本土資源」，因為法治不僅是人治的對立物，更是專制的對立物。

朱蘇力在講座中強調：「堅持社會主義法治理念，儘管不能神經過敏，但一定要保持一定的

政治警惕和政治敏感」。朱蘇力一方面對在反專制過程中形成的「資本主義法治思想」保持著近似神經過敏的「政治警惕和政治敏感」，而另一方面卻對有著長期專制歷史的中國「法治及其本土資源」情有獨鐘。孰先進孰落後，大概不必給出答案了。再有，儘管朱蘇力所說的「社會主義法治理念」與他主張的中國法治「本土資源」有本質上的不同，但卻都有一個共同點，就是要抵制作為國際社會共識的法治理念。

### 結論：法治、人權不是資本主義國家專利品

法治與人權都是人類文明長期發展的產物，儘管一些觀念及制度在歷史上首先出現在西方國家，但並不因此而成為西方資本主義國家的專利品。1948年《世界人權宣言》序言指出：

鑒於為使人類不致迫不得已鋌而走險對暴政和壓迫進行反叛，有必要使人權受法治的保護。

顯然，《世界人權宣言》所提到的法治既不姓「資」也不姓「社」，而是指作為國際社會共識的法治。人類近代以來的歷史經驗也告訴我們：只有確立法治，國家才能實現長治久安；只有在確立法治的國家，人權才能受到有效的保護。

應該承認，西方資本主義國家歷史發展過程中積累的經驗教訓中既有「糟粕」也有「精華」。前者如西歐各國資本原始積累過程中剝奪農民土地的「羊吃人」的圈地運動、工業化時期的血汗工廠制度、童工制度、19世紀70年代以前對勞動者結社自由的普遍壓制、以及直至第二次世界大戰前尤其在美國社會顯著存在的弱肉強食的社會達爾文主義，等等。後者如限制政府權力、司法獨立、新聞出版自由、民主選舉制度，等等。

令人遺憾的是，這些年來中國社會把西方資本主義國家自身早已拋棄的許多「糟粕」都毫無保留地撿過來發揮「餘熱」。但奇怪的是，朱蘇力主張「社會主義法治理念」並不是為了對西方資本主義歷史上的「糟粕」在當代中國社會的氾濫現象提出警告，而是專門為了對以司法獨立、保障人權為主要內容的「資本主義法治思想」提出「必須要有充分的警惕」。

學習和借鑒外國的先進制度和經驗並不等於要簡單移植某一特定外國模式或照搬某個外國人的理論，應該考慮到中國的國情，但不能因此就拒斥一切國家先進的制度和經驗。當然，對於某些西方國家在人權方面採用雙重標準的外交政策，或者利用民主、人權等口號追求本國利益並違反國際法（例如美國布希政府為了控制石油資源於2003年發動對伊拉克的軍事入侵），那就應區別對待了。

然而，特別是對於許多已形成國際共識的理念或人類進步文明的價值如法治、人權、民主等，如果統統都貼上「資本主義」的標籤加以排斥，那只是自甘落後的虛弱或愚昧的表現。如果再對某些落後和愚昧現象又貼上中國特色「社會主義」的標籤，那就是對社會主義這一崇高理想的褻瀆。

簡而言之，朱蘇力的這篇講座稿從頭到尾既沒有講清甚麼是「社會主義法治理念」，也沒有講清甚麼是「資本主義法治思想」，甚至對法治和人權這些基本概念都缺乏起碼的常識！因此，朱蘇力沒有也不可能對所謂「社會主義法治理念與資本主義法治思想的比較」這一題目提出有說服力的論證，其結果只能讓人回想起中國「文化大革命」時期流行的那句荒唐口號：寧要社會主義的草，不要資本主義的苗。

## 註釋

- 1 通常在該網站首頁登出的文章都要停留數天，但朱蘇力這篇文章很快就被撤出首頁了。我注意到文章後面線民的評語幾乎都是批評性的且還相當尖銳，這也許是該文被迅速撤出首頁的原因？中國選舉與治理網站，<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=130716>
- 2 中國平安網站，[http://www.chinapeace.org.cn/pabb/2008-06/17/content\\_48588.htm](http://www.chinapeace.org.cn/pabb/2008-06/17/content_48588.htm)
- 3 *Select Documents of English Constitutional History*, Edited by G.B.Adams and H.R.Stephens (London: Macmillan & Co., Ltd., 1910), 42-52.
- 4 F.W.Maitland, *The Constitutional History of England*, Edited by H.A.L.Fisher (Cambridge: Cambridge University Press,1908), 15.
- 5 W. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol.2, 4th Edition (London: Methuen & Co.Ltd., 1936), 216.
- 6 [英] 布藍達·拉爾夫·路易斯 (B.R. Lewis) 著，榮予、方力維譯：《君主制的歷史》（北京：三聯書店，2007），頁79。
- 7 J.-J. Rousseau, *Du contrat social: ou, principes du droit politique* (1762) (Paris: Editions Garnier Freres, 1962, 246-247.
- 8 Jean Rivero, *Les droits de l'homme* (Paris: Presses universitaires de France, 1978), 48.
- 9 J.-J. Rousseau, *Du contrat social: ou, principes du droit politique*, 252-253; 260-263.
- 10 [法] 愛米爾·塗爾幹 (E.Durkheim) 著，李魯寧譯：《孟德斯鳩與盧梭》（上海：上海人民出版社，2003），頁105-108。
- 11 在羅伯斯庇爾當政時期，盧梭的遺體被決定應當被奉祀入先賢祠。羅伯斯庇爾獲得了歐洲任何一個君主都不能與他相提並論的絕對權力。[英] 阿克頓 (E.E.D.Acton) 著，秋風譯：《法國大革命講稿》（貴陽：貴州人民出版社，2004），頁308-309。
- 12 [法] 羅伯斯比爾 (M. Robespierre) 著，趙涵輿譯：《革命法制與審判》（北京：商務印書館，1965），頁176。
- 13 [英] 羅素 (B.Russe11) 著，馬元德譯：《西方哲學史》下卷（北京：商務印書館，1976），頁225。
- 14 與英國、美國等國家相比，19世紀德國司法獨立程度仍然較低，例如法院院長幾乎全都是由前從屬於政府的公務員、檢察官來擔任的，因此與政府有特別密切的聯繫。候補法官可以根據司法部長的決定被解雇或調離，他們的職業生涯完全依賴於上級法官的善意。德國法官只是工資很低的公務員。F. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Leamington Spa; Dover, NH.: Berg, 1986), pp.260-262. [德] 卡爾·艾利希·博恩 (K.E.Born) 等著，張載揚等譯：《德意志史》第三卷上（北京：商務印書館，1991），頁279-283。
- 15 [美] J.W. 湯普森 (J.W. Thompson) 著，孫秉瑩、謝德風譯：《歷史著作史》下卷，第三分冊（北京：商務印書館，1996），頁180-188。
- 16 黎四奇：〈對薩維尼「民族精神」的解讀與評價〉，《德國研究》2006年第2期，頁59-63。
- 17 [德] 克勞斯·費舍爾 (K.P. Fischer) 著，蕭韶工作室譯：《納粹德國：一部新的歷史》上冊（南京：江蘇人民出版社，2005），頁22-47；克勞斯·費舍爾 (K.P. Fischer) 著，錢坤譯：《德國反猶史》（南京：江蘇人民出版社，2007），頁104-132。
- 18 [美] 威廉·夏伊勒 (W.L.Shirer) 著，董樂山 等譯：《第三帝國的興亡——納粹德國史》上

(北京：世界知識出版社，1979)，頁141。

- 19 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit : Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte* (Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991), 149–150.
- 20 *Ibid.*, 153; 又參見鄭永流：《法治四章》（北京：中國政法大學出版社，2002），頁103。
- 21 事實上，德國直到第二次世界大戰以後，基於對納粹極權體制的反省，重新審視19世紀後半葉變質的「法治國家」理念，經過制定聯邦德國《基本法》及建立憲法法院，才開始對法治做出自己的貢獻，因而進入被稱之為「公正法治國」的時代。鄭永流，《法治四章》，頁130–146。
- 22 [英] 洛克 (John Locke) 著，葉啟芳、瞿菊農譯：《政府論》下篇（北京：商務印書館，1964），頁5–6；59–61；77–80。
- 23 然而，儘管有18世紀末的權利法案或人權宣言，西方國家並沒有真正保障所有人的權利和自由，而是長期偏重保障部分人的特權，即男人的特權、白種人的特權、富人的特權以及殖民主義者的特權。直到第二次世界大戰以前，即使在西方國家也談不上對人權的普遍尊重。龔刃韜：〈關於人權與國際法若干問題的初步思考〉，《中外法學》1997年第5期，頁23–24。
- 24 *Karl Marx / Friedrich Engels Gesamtausgabe* (MEGA) (Berlin : Dietz, 1975), Bd.I, 154.
- 25 北京大學法律系國家與法的理論教研室編：《政法戰線上的右派言論彙集》（1957年12月印），頁5；231；241；249；256。
- 26 反右運動之後，本來就不存在司法獨立的中國司法走向了更加錯誤的方向。1958年在「大躍進」時，司法機關在辦理案件中，不再各司其職，各負其責，遵循法律程式，「公、檢、法」機關一度合併為「政法公安部」，聯合辦案。僅僅推行兩年的律師制度也被廢除。1960年還取消了檢察院。楊一凡、陳寒楓 主編：《中華人民共和國法制史》（哈爾濱：黑龍江人民出版社，1997），頁780–782。
- 27 同上書，頁787。
- 28 王元化：《沉思與反思》（上海：上海辭書出版社，2007），頁40。
- 29 這是鄧小平1985年10月23日會見美國時代公司組織美國高級企業家代表團時對提問的回答，原話如下：「只要我國經濟中公有制占主體地位，就可以避免兩級分化。當然，一部分地區、一部分人可以先富起來，帶動和幫助其他地區、其他的人逐步達到共同富裕」《鄧小平文選》第三卷（北京：人民出版社，1993），頁149。
- 30 同上書，頁291。
- 31 蘇培科：〈平准基金未必救得了中國股市〉，《中國經濟時報》2008年11月11日；任洪劍：〈大小非真正的壓力還未來臨〉，《證券市場紅週刊》2008年9月13日，引自和訊網站，<http://stock.hexun.com/2008-09-13/108831123.html/>
- 32 <http://www.transparencyinternational.org/publications/annualreport/>
- 33 周有光：〈人類歷史的演進軌道〉（2008年7月12日），中國選舉與治理網站，<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=130977>
- 34 朱蘇力以「居港權」為例談所謂中國法治經驗只能更引起香港法律界的反感和不愉快回憶。1999年1月29日，香港終審法院在「吳嘉玲訴入境事務處處長」和「陳雅錦訴入境處處長」兩案終局裁決中，認為基本法第22條的立法本意是容許居港未滿七年的人在內地所生的子女享有居港權，因此香港人所生子女都享有居港權，不論婚生或非婚生，亦不論是否生於中國。同年6月26日，在擔心人口壓力過大的香港特區政府請求下，中國人大常委會對《基本法》第22條作出解釋，只有香港人在內地所生婚生子女才享有居港權，非婚生子女及出生時父或母仍未成為香港居民的則沒有居港權，因而基本否定了香港終審法院的判決。這個人大常委會的解釋在香港遭到許多法律界人士的批評，認為違反司法獨立和侵犯人權，並擔憂香港的法治受到動搖。

- 35 *Karl Marx / Friedrich Engels Gesamtausgabe*, p.150.
- 36 *The Rule of Law in a Free Society: A Report on the International Congress of Jurists* (Geneva: International Commission of Jurists, 1959), 2-14.
- 37 The World Justice Project, <http://www.abnet.org/wjp/>
- 38 E/CN.4/Sub.2/2002/36, 6, para.22.
- 39 中國大陸法學者對波斯納的理論主要限於譯介或其應用，而對這一理論本身缺乏分析和批判，比較起來臺灣的法學者林立對波斯納理論的研究更值一讀。林立：《波斯納與法律經濟分析》（上海：上海三聯書店，2005），頁79；101；221；411；413-433；439；459。
- 40 該案具體案情如下：2002年8月18日陝西省延安市寶塔區公安分局萬花鄉派出所民警根據一個告密者有關一對夫妻在其住所看淫穢錄影的電話舉報，在晚上11點左右突然進入這對夫妻住所，帶走了丈夫張某並將從現場搜到的3張淫穢光碟連同電視機、影碟機一起帶回派出所。經過扣押財物、將張某刑事拘留，11月5日被刑拘16天之後的張某被寶塔公安分局以取保候審的形式釋放回家。12月5日下午，寶塔公安分局解除對張某的取保候審，並宣佈撤銷該案。12月25日，張某向寶塔公安分局提出國家賠償申請書，並要求公安機關恢復名譽、賠禮道歉，處理相關責任人。
- 41 朱蘇力：〈當代中國法理學的普性及不足〉（西南政法大學五十周年學術講座），中國民商法律網站，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13261>。此文後來還刊載在北大法學院《中外法學》2003年第3期，頁287以後。
- 42 對韓非思想的分析，可參見《顧准文集》（貴陽：貴州人民出版社，1994），頁399-401；又參見王元化，前引書，頁168-203。

龔刃韜 北京大學法學院教授

---

《二十一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二十一世紀》網絡版第八十期 2008年11月30日

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第八十期（2008年11月30日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。