

第六辑

国际法与比较法

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

论丛
R E V I E W

主 编 李双元

■ 论西方自然法的几个基本问题

■ 从国民待遇原则看世界贸易组织法的发展

■ 不当得利制度比较研究

■ 外资银行市场准入制度比较研究

——兼论我国外资银行市场准入制度存在的问题与对策

■ 试析美国不方便法院原则的分析方法

中国方正出版社

INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW
REVIEW

国际法与
比较法
论丛

李双元 主编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

国际法与比较法论丛·第6辑 / 李双元主编. —北京: 中国方正出版社, 2003.3

ISBN 7-80107-636-2

I. 国… II. 李… III. ① 国际法-文集 ② 比较法-文集
IV. ① D99.53 ② D908.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 017290 号

国际法与比较法论丛

(第六辑)

李双元 主编

责任编辑: 许 睿

责任校对: 丁新丽

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66158711 出版部: (010) 66510958

网址: www.bj114.com.cn

责编 E-mail: XR@FZPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 889×1194 毫米 1/32 开

印 张: 19.5

字 数: 535 千字

版 次: 2003 年 3 月第 1 版 2003 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有, 侵权必究)

ISBN 7-80107-636-2

定价: 35.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

目 录

[法 哲 学]

论西方自然法的几个基本问题

..... 吕世伦 张学超 (1)

[WTO 法]

从国民待遇原则看世界贸易组织法的发展

..... 王贵国 (37)

危地马拉水泥反倾销案(WT/DS156)评析

..... 左海聪 (69)

[民 法]

不当得利制度比较研究 李先波 (141)

动产担保制度比较研究 陈本寒 (202)

消极生命权利论

..... 李新天 朱琼娟 彭国辉 (259)

担保物权的竞合问题之探讨

..... 贲 寒 戚燕芳 (321)

[竞 争 法]

欧洲足球比赛电视转播权转让中的竞争法

问题研究 郭五军 裴 洋 (345)

主 编 李双元
主编助理 欧福永
熊之才

[国际经济法]

与投资有关的贸易措施(IRTMs) 曾 炜 (411)

外资银行市场准入制度比较研究

——兼论我国外资银行市场准入制度存在的问题与对策

..... 李金泽 (444)

以 BOT 方式投资公用事业的若干法律问题

..... 苏祖耀 (505)

[国际刑法]

《联合国打击跨国组织犯罪公约》述评

..... 苏彩霞 (525)

[国际民事诉讼法]

试析美国不方便法院原则的分析方法 徐伟功 (563)

瑞士民事管辖权及判决的承认与执行制度初探

..... 欧福永 王素娥 (594)

《国际法与比较法论丛》稿约 (615)

CONTENTS

Jurisprudence

- On Several Issues of Western Natural Law
..... Lü Shilun Zhang Xuechao (1)

WTO Law

- Analysing the Development of WTO Law from National
Treatment Wang Guiguo (37)
- Guatemala—Anti—dumping Investigation (WT/DS156) on
Cement and its Comments Zuo Haicong (69)

Civil Law

- A Comparative Study on Unjust Enrichment Li Xianbo (141)
- A Comparative Study on the Guarantee System of Movable
Property Chen Benhan (202)
- On Passive Life—right
..... Li Xintian Zhu Qiongjuan Peng Guohui (259)
- On the Concurrent Issues of Real Rights for Security
..... Ben Han Yan Fang (321)

Competition Law

- On the Competition Law Issues of the Transferring of TV
Broadcasting Rights in European Football Match
..... Guo Yujun Pei Yang (345)

International Economic Law

- Investment – Related Trade Measures(IRTMs) Zeng Wei (411)
- A Comparative Study on the Market Access System of Foreign
Bank Li Jinze (444)

On Several Legal Issues of Investing in Public Utilities on BOT
..... Su Zuyao (505)

International Criminal Law

United Nation Convention on Striking the Transnational
Organized Crime Su Caixia (525)

Law of International Civil Procedure

The Analysis Method of American Forum Non Conveniens
Doctrine Xu Weigong (563)

On Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments
System in Civil Matters in Switzerland
..... Ou Fuyong Wang Su'e (594)

Soliciting Article Notice (615)

[法哲学]

论西方自然法的几个基本问题

吕世伦* 张学超**

目 次

- 一、西方自然法的历史变迁
- 二、现代自然法的主要特征
- 三、自然法为什么会产生在古希腊
- 四、西方的自然法观念何以历经几千年而不衰
- 五、自然法观念的历史地位

在西方，自然法观念绵延两千多年，几乎贯穿于法律发展的各个时期。在社会大变革、特别是革命时期，自然法总是作为一面旗帜，主导着西方社会法律发展的大方向。梅因说过：“如果自然法

* 吕世伦：中国人民大学法学院教授、博士生导师。

** 张学超：中国人民大学法学院博士研究生。

没有古代世界中一种普遍的信念，这就很难说思想的历史、因此也就是人类的历史究竟会朝哪个方向发展了。”^①

作为西方政治文化中的核心观念之一，自然法概念在不同的时期内涵虽然有别，形式也不断变化，但自然法的思想传统及政治意识形态却独具魅力，根深蒂固，经久不衰。从总体上说，它是一种积极的力量，推动着西方民主和法律制度的完善，促进社会的进步。

一、西方自然法的历史变迁

无论是在西方哲学史，还是在伦理学史、政治学史和法理学史上，自然法都占据了十分重要的地位，两千多年来一直为哲学家、法学家研究的重要课题。它历经古希腊罗马时期的自然主义的自然法、中世纪的神学主义自然法、近代理性主义自然法及现代社会自由主义自然法几个阶段。尽管不同的时期，自然法在形式上被人们或称为“正义”、或“道德”、或“神意”、或“理性”、或“人性”，但它们在道德思考和对价值的追求上却存在共同的因素。他们都承认法是自然（不以人的主观意志为转移）的东西，人们必须服从它；至善至美的自然法是衡量一切人定法是非善恶的标准；自然法不过是作为人性的理性或称自然理性的体现。

（一）古代自然主义自然法

古希腊自然法的萌芽时期可追溯到荷马时代。当时由于科学不发达，人们习惯从朴素的直观出发看待自然现象，认为城邦及其立法、道德、风俗习惯及奴隶制度都和江河湖海、山川草木一样自然生成。任何人都不能违背，强调“与自然相一致的生活”。我们将这种自然法称为自然主义的自然法。自然主义的自然法指的是一种能被人的理性所发现却不能被人的意志所改变的客观自然秩序。在古希腊思想家看来，万事万物都是有规则秩序的，不仅自然界存在

^① [英] 梅因：《古代法》，商务印书馆 1996 年版，第 43 页。

着规则，社会之间、民族之间、个人之间的关系也都是它们先前已经确立的整合秩序，这个整合秩序或者叫做“自然法”，或者叫做“理性”。^①他们认为，正义是对这种秩序的根本服从，幸福就是过正义的生活。人是以自然的一个有机组成部分的身份而进行自我反思的，追求的是自然的同一，而不是人作为独立于自然的主体对个人的主观权利要求。这种观念在社会政治生活中的集中表现，就是希腊人顽强的“城邦主义”观念。即，城邦（国家）及其伦理、道德，特别是法律具有神圣性，绝对不得违背。如，赫拉克利特把法律看作是“神的法则”的体现。智者学派反复强调“与自然相一致的生活”，包括与城邦相一致的生活。苏格拉底宁愿死在狱中也不肯逃走，为的是要恪守法律。柏拉图说：“我们认为应该有办法仿效‘黄金时代’的生活，如同传说的那样，在家庭和国家方面，都要服从我们内心的那种永恒的质素，它就是理性的命令，我们称之为法律。”^②特别是亚里士多德，更直截了当地提出人天生是“城邦动物”，只有神和牲畜才不属于城邦，不归属于法律的管辖。斯多葛学派建构了较明确的自然法学说。该学派第一次将自然、法律和人的平等相联系，并认为来自人类自然的理性就是自然法。自然法是一切法律的来源，是判断法律好坏的惟一标准。罗素对斯多葛学说曾给予高度评价：斯多葛学派的伦理观、知识观、自然法和自然权利说在西方的影响深远，“像 16、17、18 世纪所出现的那种天赋人权的学说也是斯多葛学派的复活，尽管有着许多重要的修正。”^③

罗马时代，适应多民族现实及商品经济发展的需要，客观上要求不断强化自然法的实证性，国家立法较为发达，这一点虽与古希腊不同。但罗马人的自然法观念并未改变，罗马法学家都是自然法

① 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 1996 年版，第 40 页。

② 西方法律思想史编写组：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 23 页。

③ [英] 罗素：《西方哲学史》上卷，商务印书馆 1963 年版，第 340 页。

的信奉者，至少到今天还未找到一份历史资料能证实哪位是拒绝自然法的。罗马法学家将法分为自然法、市民法和万民法，认为不管是万民法，还是市民法，都应反映自然法的要求。自然法便是正义，包括分配正义和平均正义。自然法是最根本的法，市民法应以自然法为根据。万民法在一般情况下，应与自然法相一致。西塞罗将自然法观念系统化为古代自然法的最佳文本。他认为，自然法是一种“与自然保持和谐的真正理性”，“是上帝的权力和命令的表达”。^①在西塞罗的理论中，自然法这一称谓本身所蕴涵的客观性与古希腊人所赋予正义的属性相吻合，自然法是普遍适用、永恒不变的。国家与个人的最高行动准则均在自然法当中。一切人类社会的立法都必须服从自然法。“真正的法是符合自然的理性。它永恒不变，并具有永恒的适用性……即使是元老院、公民会议的决定也不能摆脱它所设定的义务。这个法，不管是在罗马或雅典，不管是现在或将来，都没有什么不同，对一切国家和一切时代都具有不变的效力。”^②西塞罗的正义观是以善为出发点的，“公正的首要功能是使一个人不做伤害他人的事情，除非是为了邪恶所激怒。”^③真正的法律来源于推动人类以善为标准而行动的本能，而这种本能是不能用法律文字来表述的，只能由理性的人去感知。他曾讲道：“最高的法律是万事存在的，发生于成文法未制定、国家未成立之前。”^④在这里，“最高的法律”指自然法，“成文法”即指人定法。他认为，那些本非来源于自然法的法律也许具有自然法的形式特征，但决不具有自然法的真正特征。人民和国王可以制定法律，但

① Carlyle. R. W. & Carlyle. A. J., *A History of Medieval Political Theory in the West*, 6 vols, Edinburg & London: W. Blackwood and Sons, 1903—1936, Volume One. pp. 5—6.

② [古罗马] 西塞罗：《国家篇》，转引自 E. Bodenheimer, *Jurisprudence* (revised edition) Harvard University Press, 1974, p. 13.

③ 徐爽春译：《西塞罗三论——老年·友谊·责任》，商务印书馆 1998 年版，第 3 页。

④ 西方法律思想史编写组：《西方法律思想史》，北京大学出版社 1983 年版，第 59 页。

除非这些法律来源于自然法这一终极性的法律，否则，他们是不具有真正法律性质的。卡莱尔指出：“对西塞罗来说，自然法理论是社会正义的一种形式，是整个人类社会结构赖以建立的基础。”^①

（二）中世纪神学主义自然法

神学主义自然法经历了两个发展阶段：第一阶段的代表人物是圣·奥古斯丁。他将斯多葛派、西塞罗的自然法理论加以神学主义的发挥。他认为，神法是最高的理性、永恒的真理。神的理性、神的意志就是一种秩序。他说：“你（天主）的法律即是真理。”^② 这里的神法，指的是整个生物界的自然习惯、自然规律，是万物的秩序，是人服从上帝的那种永恒的法律。自然法则是“神法在人的意识中的表现而已”，从而自然法就降格为第二等级的法。人法是神法的派生物，服从神法是人的义务。奥古斯丁从“原罪说”的观念出发，认为自然法和人法实际上都是人向上帝赎罪的法。第二阶段的代表人物是托马斯·阿奎那。他的自然法学说融合了奥古斯丁的神学主义法律思想和亚里士多德的自然主义自然法思想，是神学自然法学说的集大成者。他将法分为永恒法、自然法、人定法和神法，自然法是从神意出发并以神意为归宿。他认为，“自然法是理性动物对永恒法的参与”，将自然法说成是上帝与人之间表现人与自然（包括社会化了的自然）关系的那部分永恒法，自然法已不再是最高的法。这一点是与奥古斯丁殊途同归的。值得注意的是，阿奎那主张君主权力要受法律的约束，指出：“就法律的支配能力来说，一个君主的自愿服从法律，是与规定相符合的。”^③ “无论何人，如为他人制定法律，应将同一法律应用于自己身上。我们根据先哲的意见了解到，你应当使自己受你所颁布的同一法律的支配。”“按照上帝的判断，一个君主不能不受法律的指导力量的约束，应

① Carlyle. R. W. & Carlyle. A. J., *A History of Medieval Political Theory in the West*, 6 vols, Edinburg & London: W. Blackwood and Sons, 1903—1936, Volume One. p. 6.

② [古罗马] 圣·奥古斯丁：《忏悔录》，商务印书馆 1981 年版，第 40 页。

③ [意] 托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》，商务印书馆 1982 年版，第 122—123 页。

当自愿地、毫不勉强地满足法律的要求。”^① 此时，阿奎那理论多少受到亚里士多德理论的影响，受文艺复兴的启发，增加了世俗主义色彩。他曾明确指出，在自然法的这种规定之中，保全人的生命、维护人的各种本能、维持社会秩序这三大基本要素，是与自然的倾向和上帝的意愿相一致的。这一点同把人看作自然的奴隶的古希腊自然法理论和把人看作上帝的奴隶的奥古斯丁的自然法理论相比，是一大进步。人开始有了一定的独立性。

（三）近代理性主义自然法（古典自然法）

中世纪后期，随着文艺复兴、宗教改革及商品经济的发展，出现了一种与中世纪神学世界观对立的法学世界观，称为古典自然法学说。与中世纪的经院主义的自然法不同，古典自然法具有以下显著的特征：第一，古典自然法完成了将神学逐出法学领域的思想飞跃。在中世纪，以阿奎那为代表的神学政治论者强调维护“上帝创造”的社会秩序，其基本特征就是以上帝为中心来构建国家权力体系，维护封建的专制制度。而古典自然法学家则认为，自然法直接从人的共同本性中推导而来，并不依赖于神学。这种观念的提出，完全从人的理性出发来构建政治理论体系，推翻了神学政治论赖以存在的哲学基础，从此，“代替教条和神权的是人权，代替教会的是国家”。^② 第二，中世纪经院哲学家认为自然法的范围仅限于少数几项抽象的首要原则。而古典自然法学家则认为可以直接由人的理性推导出具体而详细的规则体系，认为理性的力量普适于所有的人、所有的国家和所有的时代，而且在对人类社会进行理性分析的基础上能够建构起一个完整且令人满意的法律体系。

启蒙思想家们一般采用自然状态、天赋人权、自然法、契约论的观点来说明人类社会的原始状况。他们从人的“自然理性”说出发，特别强调人的天赋权利或自然法的权利，强调国家和世俗法律

① [意] 托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》，商务印书馆 1982 年版，第 123 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 21 卷，人民出版社 1965 年版，第 546 页。

(人定法)来自社会契约——平等的、具有自然理性的个人之间的相互协议。他们提出了民主、自由、博爱、权利等观念以及国家的产生等问题,从而在此基础上提出“人人在法律面前平等”的原则。霍布斯、斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠、卢梭等启蒙思想家都高举自然法和自然权利的旗帜,积极进行资产阶级革命斗争。古典自然法学说以“理性”为基点,是在排除朴素直观的自然主义及蒙昧的神学主义基础上发展起来的。他们认为法现象不是根植于纯自然或神,而是根植于人本身的理性意识。正如格劳秀斯所言:“自然法之原理,无不本身就是昭然若揭的,几乎跟我们用五官去知觉的事物一样明显。”^①人之所以能够认识和运用自然法,就在于人有理性。将自然法视为理性的建构,意味着自然法是绝对有效的、不证自明的,即使上帝也不能改变。洛克更是坚定的自然法论者。他强调自然法是理性法,是不成文的,除在人们的意识之外无处可找。^②

古典自然法倡导理性主义、分权学说及社会契约理论,成为革命的理论武器。从权力意义上理解自然法,这种精神是同整个时代的精神相一致的。法律面前人人平等、契约自由等自然法原则,在古典自然法学者看来是每个公民的权利,是神圣不可剥夺的。所有这些原则既是法的原则,又是道德的原则,是人与人和谐相处所必须的。古典自然法学说在历史上起过巨大的启迪人类的作用。不仅促进了资产阶级民主和法治的建立,而且成为美国的《独立宣言》、法国的《人权宣言》及《法国民法典》等法律宣言书和基本法典的理论基础,甚至成为近代资本主义的许多法律原则的源泉。对此,意大利学者登特列夫评价到:如果没有自然法,恐怕不会有美国或法国的大革命,而且自由与平等的伟大理想,恐怕也无理由进入人们的心灵,再从而进入法律的典籍。可以说,古典自然法学说是西方自然法思潮发展的顶峰。

① [荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,第1卷,商务印书馆1958年版,第39页。

② [英]洛克:《政府论》下篇,商务印书馆1995年版,第84页。

(四) 现代社会自由主义自然法

现代自然法出现于 19 世纪末 20 世纪初。由于它是在自然法的“复兴”口号下进行的,因而又被称为复兴自然法。与古典自然法学宣扬的个人主义、自由主义的所谓“个人本位”不同,现代自然法逐渐趋向“社会本位”、但又保留个人主义和自由主义的基础,故曰社会自由主义。现代自然法学说虽然分为神学和非神学(世俗)两大类,其各个代表人物的思想风格和具体论述也差异很大,但是,他们在维护自然法观念的崇高地位和绝对权威上却是大体一致的。例如,现代自然法的最大代表人物、法国的马里旦从本体论的要素,即由物的本性所产生的必然性出发,认为自然法的本质就是来源于不变的人性,是人的本质要求的规则化,因而自然法肯定是万古不易、必须服从的。他还将人权学说与自然法观念紧密联系起来,坚持认为自然法观念正是人权学说的哲学基础,正是实在法甚至国际法的精髓,是其中经久不衰、永世生效的部分。当代世俗自然法理论大家,也是如此。富勒提倡道德的自然法论。他严格区分法的“外在道德”和“内在道德”,明确指出:法的外在道德即“实体自然法”,指法的实质目的或理想,如人类交往和合作应当遵循的基本原则、抽象的正义等等。法律的内在道德(程序自然法)不能解决法律是否正义的问题,而法律的外在道德是与正义原则一致的,法律不能独立于其实质目的——正义原则而存在。罗尔斯提倡正义的自然法论。他虽然没有直接应用自然法一词,但他的正义论被西方学者推崇为 20 世纪法哲学、政治哲学、道德哲学和社会哲学的“最伟大的成就”,其社会正义原则作为一种实体正义的价值标准,不仅仅在于论证和说明现行社会、政治、法律制度,更重要的是以此作为对现行各种制度进行评价和批判的基本标准,实际上赋予了“正义原则”以类似自然法观念那样的崇高地位和绝对权威性。德沃金提倡权利的自然法论。他则始终坚持将自己的理论体系严格建构在其著名的权利论的基础上,用合乎正义的个人权利来衡量法律的成败得失,使权利成为其理论的核心概念,从而使其理论成为西方传统的自然法观念,特别是近代西方资产阶级革命时期

盛行的自然法观念所极力倡导的权利观念的当代版本。

二、现代自然法的主要特征

(一) 在绝对自然法与相对自然法的对比中，以相对自然法为主

传统自然法包括自然主义自然法、神学主义自然法、理性主义自然法，大都主张自然法在时间上、空间上的不变和永恒。即“永远如此，到处如此”，具有先验性和绝对性。如古典自然法学家试图从某个绝对原则演绎出所有的法律规则和法律制度，基本上属于绝对自然法。19世纪末20世纪初，现代自然法的复兴，开始由绝对转向相对。德国新康德主义法学派的领袖什坦姆列尔提出“内容可变的自然法”，便开了相对自然法之先河。现代自然法以相对自然法为主，认为自然法是可以容纳不同观点的普遍形式，其内容是可变的，可以是正义、平等、自由、效率，也可以是知识、财富、避苦求乐的功利。^① 相对自然法学者或者公开声明自然法的可变性，或事实上把自然法看作可变性的东西。前联邦德国法学家H·印古斯哈将相对自然法概括为“‘现在，在这里的’自然法。”“现在”，讲的是时间性；“在这里”，讲的是空间性。这两个方面的限定性，同传统自然法强调时间与空间的绝对不变是不同的，具有明显的向社会法学派和分析实证主义法学家靠近的倾向。马里旦的社会自然法理论和比利时的达班的分析自然法理论就是这种倾向的标志。“近几十年来，自然法学家与实证主义法学家开始缓和彼此之间的对立状态。较之过去，每方都表现出更愿意接受由另一方提出

^① 严格来讲，相对自然法萌芽于中世纪神学自然法。如，奥古斯丁说，上帝在不同的城邦和城邦的不同时期，可制定不同的法律。继而是阿奎那，他将自然法放在永恒法之下，看成是神法与人法的桥梁。认为随着时间的推移，神法和人法都有可能甚至有必要对自然法加以补充。如私有制、奴隶制度不是自然法规定的，不符合原始基督教的教义。但是社会的发展证明对世界有好处，所以就不能将其看成违背自然法，而是人的理性确认的、对自然法的有益补充。

的某些学说的修正形式。”^①

(二) 在形式自然法与实体自然法的对比中，以实体自然法为主

古典自然法以自由、平等、民主等作为自己的宗旨，尤其强调自然法实证化的惟一途径就是通过理性人之间的协议，因而契约形式成为合法性的基本根据。不仅政治关系如此，民事关系亦复如此。所以，这种自然法大体上属于形式自然法。正如韦伯曾讲道的：“自然法的原则可以分成若干类。我们仅研究与经济秩序密切相关的原则。使实在法具有合法性的自然法可以与形式或实体的条件相联系。当然，两者并非泾渭分明，因为不可能存在纯形式的自然法，这种自然法将成为空洞无物的东西。不过，区别还是比较明显的。第一种是在17、18世纪，因上述已提到的因素影响下产生的，以‘契约理论’的形式表现，尤其是这一理论中的个人性。所有的法律都来自于制定，而制定则依赖于理性的协议。”^②他认为，这种协议有两种属性：一是其真实属性，是实在发生的，来源于自由个人之间的契约；二是其理想属性，“法律的合法性在于它的内容与自由协议形成的理性秩序观念相一致。”^③韦伯进而指出，17、18世纪的古典自然法的本质是“自由”或称“契约自由”。“自然”和“理性”是合法的实体性标准。这种自愿的理性契约成为自然法结构最普遍的形式原则。从自然法的观点看来，“作为‘自然法’，属于具有一般约束力的规则，‘连上帝也不能改变之’，任何法律秩序也不可与之相抵触。比如，只有一种货币符合‘事务的本性’，即通过商品的自由交换获取的货币。15世纪的有些狂热者认为，根据自然法，国家应该分解，否则，纸币‘人为’创设的非法性将

^① [美] 哈罗德·J·伯尔曼：《论实证法、自然法及历史法三个法理学派的一体化趋势》，《法学译丛》1989年第5期，第12页。

^② [德] 马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，中国大百科全书出版社1998年版，第289页。

^③ 同上。