

HUADONG ZHENGFA XUEYUAN
XUESHU WENJI

华东政法学院

学术文集

2005

华东政法学院科研处 编
浙江人民出版社

HUADONG ZHENGFA XUEYUAN
XUESHU WENJI

华东政法学院

学术文集

2005

华东政法学院科研处 编
浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

华东政法学院学术文集. 2005/华东政法学院科研处
编. —杭州: 浙江人民出版社, 2006. 6
ISBN 7-213-03276-3

I. 华... II. 华... III. 法律—研究—2005—文集
IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 030884 号

华东政法学院学术文集(2005)

华东政法学院科研处 编

- 出版发行 浙江人民出版社
(杭州体育场路 347 号)
- 责任编辑 郑高洁 潘玉凤
- 封面设计 朱小英
- 责任校对 张谷年 朱晓阳 戴文英 朱银才
- 激光照排 杭州大漠照排印刷有限公司
- 印 刷 杭州星晨印务有限公司
(杭州市江干科技经济园九环路 16 号)
- 开 本 850×1168 毫米 1/32
- 印 张 18.375
- 插 页 2
- 字 数 52.5 万
- 版 次 2006 年 6 月第 1 版
2006 年 6 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 7-213-03276-3
- 定 价 30.00 元
- 如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

基础法学

当代社会视野中的自然法理论

——论自然法的过去、现在、未来 顾亚潞(3)

法律制度变迁的动力机制 潘小军(14)

论法官阐明的行使范围及救济 谢文哲(28)

构建和谐社会的基石

——依法执政 汤琳俊(46)

法律帝国中的统治者

——论法律职业共同体 张玉堂(58)

怎样对待权利

——对功利主义权利观念的反思 王永杰(70)

部门法学

完善民事执行救济的程序保障机制 牟道媛(83)

ius in re, ius in personam 与 ius ad rem

——论注释法学派及后注释法学派对债权物权区分论的贡献
..... 金可可(94)

论商法基本原则在 20 世纪的发展演变 韩 强(107)

我国事实婚姻立法研究 许 莉(126)

人身权理论的若干问题 李锡鹤(141)

欧盟刑事法律一体化趋势概论 吴允锋(167)

概念·特征·分类

——以我国刑法中情节为对象的分析 李 翔(178)

论量刑的原则 王恩海(197)

论被征信个人的权利保护 李红玲(211)

中国反垄断法实施体制研究	刘宁元(222)
试析国际税收协定中的艺术家条款	李泳(243)
中国问题金融机构市场退出的法律完善	刘俊(263)
试论消费者组织的法律构造	郑少华 谷穗(283)
金融衍生品市场的自律监管	唐波(301)
中国经济法的概念变迁	魏琼(317)
市场准入法律制度的价值目标	吴弘 徐志青(335)
社会法的本位观	董保华(353)

综合法学

国外转基因食品安全的立法实践及分析	邱格屏 陈志群(367)
中国艾滋病防治立法探究	肖建国(386)
对我国保安服务市场规范发展的理性思考	苗伟明(403)
论商标权的经营	王莲峰(427)
论立法程序中的利益表达机制	
——以我国人大立法为中心	卞琳(442)
破产收购主体研究	沈贵明(457)
论涉法文学对读者的不良影响	范玉吉(468)

其他学科

刘少奇对华中抗日根据地党的建设的理论贡献	沈济时(491)
黑白混血儿的天空	
——美国南方转型时期黑白混血儿群体生活研究	黄虚峰(503)
中国国有资本财政投融资体制的缺陷与矫正	陈少晖(515)
基于 Fireworks 软件的二例特殊应用	赵祖荫(525)
我国内地与香港高校通识课程之比较分析	马海涛(532)
借鉴与启示	
——英国构建学习型城市实践模式研究	洪颖滔(542)
关于我国利率市场化问题的研究	宣文俊(560)
风险中的 WTO 与中国贸易收益	唐晓云(573)
后记	(584)

JICHU FAXUE

基础法学

当代社会视野中的自然法理论

——论自然法的过去、现在、未来

顾亚路

一、自然法的渊源及其发展过程

在人类社会的历史发展进程中,人们往往坚信这样一种思想:人类社会必定存在某些根本性的、永恒的、不受国家法律控制的基本法则,这些基本法则是自然形成的并自发地发挥作用的,它在控制和调整人类的行为中有重要的地位。在国家出现以前,这些基本法则往往被称为“自然法”。因为自然法是一种永恒理性,因此又被称为“理性法”、“自然法则”、“自然正义”以及“上帝的法则”。自然法的学说历经几千年的历史,仍具有长盛不衰的生命力,就在于它内在的价值和理念中包含着人类追求的自由本性和人类对民主、正义、秩序、人权的美好向往,可以成为民主与法治社会的基础,它的理论学说必然对现代社会的法治产生积极的影响。

分析自然法学说的发展,大体可以分为古代自然法、中世纪自然法、近代自然法、现代自然法等几个历史阶段。古代自然法,是起源于斯多亚学派的“自然法”,自然法含义一开始就是一个语义模糊的概念,他们把 *nomos*(法则或约定)等同于“自然”,并且将“自然”用于双重的意义,一方面是指一般自然性、创造性的宇宙力量,按照目的而行动的世界思想——逻各斯;另一方面是与此意义相符合的,即人的道德从属于自然规律,他的意志服从于世界的过程,服从于永恒的必然性。上述思想通过西塞罗更准确地表达为:一方面是普遍有效的自然律(*lex naturalis*),它超越于所有人间的反复无常,超越于历史生活的一切演

变；另一方面是从这种自然律中发展了一般的道德命令，即特殊的人类社会的道德命令——自然法(jus naturals)。^①西塞罗认为：自然法既不能废除也不能改变，它适用于所有人并且是永恒不变的，是正义的来源，是衡量一切事物的标准。由此可见，自然法就是最高的理性，它根植于支配人们应该做的行为和禁止做的行为的自然之中，永远影响着善良的人们，用人类的立法来抵制自然法，在道德上是不正当的，在实践中是有害的，在任何时候限制自然法的作用是不容许的，要想消灭自然法显然是不可能的。

因此，早期的自然法实质上就是一种贯穿于自然与社会的永恒法则。他们所理解的自然不仅仅是人类的社会的道德现象，而且是那些被认为可以分解为某种一般的和简单的规律的现象。^②把人类的理性自然化、规律化，试图让自然法的道德原则同自然界一样永恒、长久。后来的自然法论者同样坚持这一自然律的思维原则，如孟德斯鸠所说：“法是由事物的性质产生而来的必然关系。”^③自然法就是人在自然状态下“所接受的规律”^④。

中世纪是神学占统治地位的时代，法学只不过是神学的分支，基督教按照神学理论对古代自然法学说进行了重新阐述和修正，主要代表人物是奥古斯丁和托马斯·阿奎那，他们采纳了斯多亚学派的自然法理论并把它和基督教教义结合起来，竭力调和自然与恩典、理性与信仰、自然法与神法的矛盾，并在此基础上创造出整套完整的社会政治哲

① [德]文德尔班：《哲学史教程》上卷，罗达仁译，商务印书馆1987年版，第238页。

② 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第31页。

③ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆1961年版，第1页。梁治平先生在对此进行解释时也强调了自然法的律则意义，他说，“这是一个自然法定义。它有两层意思。第一，可以这样来界定自然法。孟德斯鸠说，自然法‘单纯源于我们的生命’，是人类在组成社会之前接受的规律。第二，把法，首先是自然法视同规律，正可以看作自然法论者固有的思维特征”。（梁治平：《自然法——法律中的价值追求》，载《学习与探索》1988年第2期。）

④ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆1961年版，第4页。

学。奥古斯丁认为：秩序和安排来源于上帝永远的正义和永恒的法律，即神法；人法服从神法，是从神法中派生出来的。托马斯·阿奎那把法分为四种：永恒法（lex aeterna）、自然法（lex naturalis）、人法（lex humana）、神法（lex divina），并且把自然法与永恒法结合起来，指出：自然法是理性动物对永恒法的参与，是人法通向永恒法的桥梁。中世纪自然法理论试图把自然法与神法相一致，使教会法成为世俗社会法律秩序的榜样，把自然法与政治哲学和宗教信仰融为一体，通过自然法来控制世俗社会。

古典自然法学作为世俗化的法学理论，是以人文主义的思想为基础，用国家代替教会、用理性代替神意，从人的理性和社会契约论的角度去阐释自然法的本质，从人类社会起源的视野追求自然法的永恒，使自然法从理论走向了社会实践。然而，对永恒的法律追求并不是自然法的真正目的，相反，自然法的逻辑方向总是指向与自然法相对的国家制定法或者实在法、人定法。严格地说，自然法并不是真正意义上的法律，而是表达了一种法的观念，是对社会公正与正义秩序的一种信念，也是国家制定法、实在法、人定法的基础，国家制定法才是自然法的现实的、具体的展现。“各时代自然法学家有共同之处，可以认为人类社会生活所适用之行为规则并不限于国家和政府制定之法律。国家所制定之行为规则之外，尚有性质更为普遍之行为规范，适用于一切的人而非只适用于某一个人或某一时间或空间内之某一社会。此等人类行为规范并非由任何人所创制，而系根据有理性（reason）的人之基本需要而存在着；故人凭借其理性即得察知之或认识之。此等规范形成一切个别行为规则之泉源；并构成批判一切人为规则之内容为善为恶、公平与否之标准。换言之，自然法学者可说无不承认有一种较高法或理想法之存在，以为实证法之终极根据；同时此等学者亦可说无不相信绝对的价值，无不追求绝对的正义。”^①可以这样认为：正是在区分永恒的法律与国家的法律并以自然法为终极根据这一理论逻辑的意义上，自然

^① 马汉宝：《自然法之现代的意义》，载台湾大学《社会科学论丛》第17辑。

法成为一种既外在于国家法律,又导源出国家法律并要求国家法律向其复归的本体;同时,是否符合自然法,也就成为国家法律的合理性论证的主要方式。

二、近代自然法的发展

在近代自然法看来,自然法存在于自然状态中,并与人类本性密切相关。无论是霍布斯的“普遍战争状态”,还是卢梭的自由“黄金时代”,自然状态都是由自然法所支配的状态。“自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类。”^①与此同时,无论人类本性如何以及由此造成的人与人之间的关系如何,人类的自然状态都不是一种完美的状态,它或者具有各种缺陷,或者具有丧失的危险。因此,自然状态必然要走向契约状态,即以契约的形式来建构国家状态或社会状态。而在国家状态或社会状态中,调整人的行为规则不再是自然法,而是国家制定法。

从“自然状态”演变到社会再到国家或政府的逻辑进路,近代自然法面临着两方面的理论问题:它一方面必须与“国家全能理论”作斗争,“国家全能理论”自从文艺复兴以来,一直在发展并不断地被强化着。从马基雅维里的《君主论》和博丹的《共和国》发表后,最高政治权力的行使不受法律限制与约束的理论,日益被人们所强调和接受。另一方面必须同“神权政治论”斗争,反对上帝全能之说。^②这种斗争的结果就是确立起个人在社会或国家中的优先地位,人类理性成为个人凭借自然法之力量而自然地属于人的权利。^③而这种权利被自然法表述为“天赋权利”,它是人生而有之的、不可让渡的、不被他人及一切团体

① [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第6页。

② 参见[德]卡西勒:《启蒙哲学》,顾伟铭译,山东人民出版社1988年版,第231—232页。

③ 参见[意]登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,李日章译,台北联经出版事业公司1984年版,第57—58页。

以任何理由加以剥夺的权利。既然社会乃至国家都最终是个人间契约的产物,国家的权威及统治需经被统治者个人的同意,社会及国家是为了个人而组成的,那么就必须始终把人的理性与天赋权利作为法的根据与起点。这种假定个人无论在逻辑上还是在道义上都居于优先地位的思想成了自然法理论最显著而又最持久的特色,也是近代自然法理论不同于中世纪理论最明显的差异所在。^①正是存在这种差异性,使得蕴含着人类理性与个人权利的自然法通过契约的中介环节确立起了相对于国家法律的主导地位,而国家法律则应该成为这种自然法的现实的展现与运用。“法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^②

近代自然法作为“革命的理论”和“批判的武器”,在资产阶级革命中发挥了重要作用。但是对已经取得政权的统治者而言,自然法并不是理想的学说,它会对现存社会秩序形成一种潜在的挑战。在经历近一个世纪的沉寂之后,20世纪初自然法理论开始复兴。它源于对第二次世界大战的反思,对法西斯现象、战争罪行审判、国际恐怖事件等一系列事件的反思,使人们重新关注法律内容的善与恶,探索法律的终极目标。这一反思反映在法学理论中体现为对实证主义的分析法学加以清算,从而在法学理论中形成了一种以“应然法”来理解、评价“实际法”的思维进路。

新自然法主要代表人物有美国的富勒、罗尔斯与德沃金。富勒从法律与道德关系的角度把法律视为一种“使人类的行为服从规则治理的事业”,进而要求法律具有一定的道德性。法律道德性有两方面含义,即“外在道德”与“内在道德”。法的外在道德,即“实体自然法”,是指法的实体目的或理想,是人类交往和合作应当遵循的基本原则,如抽

^① 参见[美]萨拜因:《政治学说史》下卷,盛葵阳、刘山等译,商务印书馆1986年版,第490—491页。

^② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

象的正义等。法的内在道德,即“程序自然法”,是有关法律的制定、解释和适用等程序上的原则或法治原则,富勒就认为法律的道德标准应该包括:法律具有一般性与普遍性、法律必须公布、法律要有可预测性或者不能溯及既往、法律必须明确、法律不能相互矛盾、法律能够被人遵守、法律要有稳定性、政府的行为要与公布的法律一致等八个方面。^①法律的道德是使以规则治理人类行为的事业成为可能的道德,亦即是法律之能成为法律所绝对必需的先决条件。

罗尔斯从社会契约角度来强调社会结构所必须遵守的正义原则以及正义原则的选择程序。罗尔斯认为:一个由自由而平等的公民——他们因各种合乎理性的宗教学说、哲学学说和道德学说而产生了深刻的分化——所组成的稳定而公正的社会之长治久安如何可能。^②

公共理性观念起源于宪政制度中的自由平等的公民资格概念,其目标是寻找社会公共的善和基本正义,社会公共的善是有关社会整体的经济利益和政治利益合理分配;基本正义是有关宪法的根本性原则,包括具体规定政府的一般结构和政治运行过程的根本原则;立法者尊重公民的平等的基本权利和自由。^③一个社会的政治观念中的善和正义理论的判断标准要依赖公共理性,并要符合社会公共理性中的善和基本正义。

但是,公共理性的标准不适用于所有的政治理论,而只能适用于涉及宪法根本性原则的公共政治问题,主要包括:法官在做决定时所使用的言语,尤其是最高法院的法官;政府官员的言语,尤其是行政长官和立法者;公共机关的候选人及其竞选管理者的言语。^④

由于现实社会中的公共理性的内容是多元的,人们比较难以接受

① 转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第64—65页。

② [美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2002年版,第13页。

③ 同上,第241页。

④ [美]约翰·罗尔斯:《公共理性再探》,见《公共理性与现代学术》,上海三联书店2000年版,第3页。

和认可相同的观念和理论,也由于存在不同的政治观点、宗教传统、道德习惯和哲学思想,并且它们之间有时相互冲突矛盾,人们无法达成共识。如果理性的多元性是客观事实,那么人们就不可能根据同一种学说达成一致。因此,“在理性多元化的假使的既定的情况下,公民无法一致赞同任何道德权威,……他们既无法对价值的道德命令达成一致意见,也无法对某些人视为自然法的东西的旨意达成一致意见,如果这样的话,那么还有比在对所有人都公平的条件下公民自己之间所达成的协议更好的选择吗”^①?

德沃金通过确立起原则、政策与法律的关系而强调法官的司法责任。在这种关系与司法责任的确立过程中,个人权利始终具有重要地位,它不仅是法律所规定的,而且是先于法律规定而存在的。因而,个人权利是一种自然权利,是个人手中的政治“王牌”。在集体目标不足以成为否定个人希望拥有的东西或希望做的事情时,或集体目标不足以证成对个人施加损失或伤害时,个人就有权利。正是这种个人权利为法律,特别是为法官判决提供着一种终极的根据。

由此可见,新自然法是以自然法理性和个人权利来批判现实社会的法律制度。“正如美国学者 P. E. 约翰逊所说,当我们运用‘自然法’这个术语时,指的是一种方法,我们运用它以判断个人伦理或实在法的原则应该是什么。自然法的哲学家们渴望在理性和人类本性的基础上,而不是依靠神祇或先知的灵感做出这些判断。这样定义的自然法是一个比任何特定的自然法理论都更为广泛的范畴。”^②我们可以这样认为,无论是富勒的法律道德性,还是罗尔斯的正义以及德沃金的权利,这些概念都属于自然法与自然权利的范畴。特别是在罗尔斯的“原初状态”与“无知之幕”中,人的自然法意识得到了突显。也正是在这一意义上,我们可以把新自然法归结为主体的自然法。当然,新自然法与

^① [美]约翰·罗尔斯:《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,上海三联书店 2002 年版,第 25 页。

^② 转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 53 页。

古典自然法最重要的区别,就是其理论指向不再是原有的实体性法律,而是注重制定程序性法律。

卡多佐论及自然法在司法实践中的功能时,就在一定程度上淡化了自然法与实在法的差异,允许自然法在制定法律过程中扮演适当的角色。他明确指出:“自然法不再被认为是永恒静止的,也不再被认为是超越人法或者实在法之上。当其他法律渊源难以起作用时,自然法也会成为人们制定人法或实在法的材料。”^①因此,无论是在富勒关于程序自然法与程序法律的道德性的论述中,还是在罗尔斯关于正义构建程序、德沃金关于法官道德以及卡多佐关于司法过程自然法作用的阐释中,程序性法律始终是自然法关注的重心。

总之,新自然法遵循区分“自然法与国家法”的二元论思维方式,为现实社会的实在法、人定法、成文法提供着一种根源性论证。所有的实在法、人定法、成文法等法律形式都必须通过自然法标准的衡量而获得其合法性地位。正是由于这种批判性的法律思维进路,才使得自然法成为西方法律文化传统中最富有生命力的理论体系。在其发展历程中,其影响之广阔和深远胜过西方其他任何一种法学理论。而且,自然法论在西方不仅是一种法学理论,更重要的是一种社会观念,这种社会观念渗透到人的法律文化的心理结构中,成为一种稳定的法律意识。自然法的人文精神在反对封建等级特权、发挥人的主观能动性、促进人的自由平等、主张人权、促进社会生产力的发展等方面有不可低估的作用。可以这样认为,自然法理论为西方社会的民主政治与法治精神的形成与发展提供了永恒的动力。

三、新自然法理论对当代社会的影响

在社会大变革时期、特别是社会革命阶段,自然法总是作为一面正义的旗帜,主导着社会法律发展与变革的方向。英国法学家梅因认为:

^① [美]卡多佐:《司法过程的本质》,转引自波斯纳:《卡多佐的司法哲学》,载《比较法研究》2005年第4期。

如果自然法没有成为古代世界中一种普遍的信念,这就很难说思想的历史,也就是人类的历史,究竟会朝哪一个方向发展了。德国法史学家祁克也指出,“不朽的自然法精神永远不可能被熄灭。如果它被拒绝进入实体法的机体,它就会像一个幽灵飘荡在房间的周围,并威胁要变成一个吸血鬼去吸吮法律机体的血液”^①。当代德国法理学教授魏德士在论述新自然法在当代社会中的作用时指出:“在极权主义的恶法国家中,任何人援引自然法可以为革命性反抗寻找依据;反之,在自由民主制度中,任何人求助自然法等于说他试图将少数人的统治权凌驾于多数人的意志之上。在极端情况下,自然法可以为动用武力反抗现存的秩序进行法律辩护,这种辩护方式既可以是政治机会,也可能是政治风险。”^②因此,在自然法理论的历史发展过程中,尽管存在一些不可避免的局限性,但是它在总体上是闪耀着人类文明与智慧的光芒,自然法理论的许多观点已经成为无须证明的法学公理性原则。

但在社会发展、稳定、和谐成为社会主旋律的背景下,研究自然法理论是否还有积极意义?自然法理论与现存的法律制度、法治观念到底有多大的关系?这是我们要面临的理论选择。

自从宪法规定了“依法治国,建设社会主义法治国家”的方针以后,法律或法治的重要地位和作用从来没有像现在这样受到举国上下的高度关注,从法学教育的超常规发展到法学研究的空前繁荣,从各级领导带头学习法律到20多年的全民普法宣传教育,从立法的数量迅速上升到司法、执法机构以及人员的不断完备,这一切都表明,法律或法治在当代中国已经成为国家制度、社会调整、民众生活中不可或缺的重要内容。

但是这种状态下的法学研究和法治建设,或多或少地表现为追求法律实证主义倾向,更多的时候是把法律或法治作为达到某种目的的

^① [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第68页。

^② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第190—191页。

工具。在法学研究方面,更多的是从概念到概念、从理论到理论,脱离法律目的而毫无实质性内容的研究,这使得法学研究往往成为对社会某些事件或者热点的阐释。在法治的推行方式方法上,更多地追求社会效应和开展立竿见影的活动,忽视了对法律或法治目的进行基础性、深层次的探讨和研究,更缺乏对法律或法治的理性认识。在对法律或法治的功能认识上,更多情况下,把法律作为维护社会稳定、维护社会秩序的手段。

其实法治无论是作为一种治国的理念,还是作为一种调整人的行为规则,或是维护社会稳定的工具,它在法律上或理论上,都必须建立在法治合法性的前提下,建立在公民内心确认或普遍信仰法治的基础上,如果人们对法治缺乏真正的了解与认识,也就很难对法律或法治产生认同和信仰。而自然法理论主张,法律有其自身的目的,就是建立一个公正的、正义的社会,具有实现所有人的共同幸福的功能。正是由于法律要实现其目的,所以法律自身才必须具备一定的功能。因此,当代自然法理论对我们要建立的法律制度树立了一个明确的目标,使法律秩序有一个根本的根基。

实际上,自然法可以泛指自然界万事万物的自然法则,相对人类社会来说,应该表现为人类理性的基本行为准则和道德法则,它在人类社会发展阶段中,由国家通过制定法律加以规定。以自然法为人类社会法律的最终来源,其实质也就是主张人类理性的基本行为准则和道德法则是法律的存在依据和评价标准。从斯多亚学派到当代的德沃金、富勒等,无不坚持这一基本立场。但是,人类理性的基本行为准则和道德法则本身既不是从来就有的,也不是永恒不变的。如何理解这种人类基本的行为准则和道德法则自身的本源性根据,将是我们重新构建新自然法理论体系的重要起点。

当然,自然法理论也不是完美无缺的,它在理论上的不足,人们通常把它概括为两个方面:第一,从自然法的本身概念来看,它没有一个统一的、明确一致的定义,往往在不同的历史时期内表现为各不相同的内容。如古希腊早期的思想家视之为一种自然正义;斯多亚学派将它理解为遍及整个宇宙的理性;中世纪的神学家用宗教教义对它进行