

自然权利制度化研究

ZI RAN QUAN LI ZHI DU HUA YAN JIU

钟丽娟 著

对近代以来的人类政治文明产生真正作用的

是近代的古典自然法理论。近代自然法学说之理论内容众多，大致主要含括了自然状态理论、自然权利理论、社会契约理论、人民主权理论、分权制衡理论等。但是，在这些自然法的基本理论中，起到核心与支撑作用的范畴则是自然权利：自然状态的提出是论证自然人的权利存在的前提和条件；社会契约理论则是保障自然权利得以如何实现的政府合法性理论；人民主权理论是自然权利的本质所在；分权制衡理论是处于政府免于侵害自然权利的举措与手段。

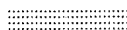
山东人民出版社



自然权利制度化研究

ZI RAN QUAN LI ZHI DU HUA YAN JIU

钟丽娟 著



山东人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

自然权利制度化研究/钟丽娟著. — 济南: 山东人民出版社, 2010. 12

ISBN 978-7-209-05559-8

I. ①自... II. ①钟... III. ①权利-研究
IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 233025 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

自然权利制度化研究

钟丽娟 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 7.75

字 数 210 千字 插页 2

版 次 2010 年 12 月第 1 版

印 次 2010 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05559-8

定 价 22.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633)8221365

序

如果有一种法学理论能够对人类的法治文明进程与人权事业发展起到巨大的推动力量的话，那一定是自然法学说。意大利国际法学家、英国牛津大学法理学教授恩特莱维对于自然法理论对人类的贡献表达得非常清楚，他说：“假若没有自然法，意大利半岛上的一个小小的农民共同体（罗马共和国）的小规模的法大概不会成为一种国际性的文明圈的普遍的法律；假如没有自然法，神的睿智和世俗的理性大概就不会相结合，从而出现中世纪综合的伟大的教会法思想；假如没有自然法，那么，大概也不会发生美国的独立战争和法国的资产阶级大革命，自由和平等的伟大思想大概也不会侵入人们的思想当中，并融入近代法典之内。”^①然而，自然法学说自古希腊诞生到现代乃至当代，业已历经两千多年的历史沧桑与不同时代的洗礼，其表现形式、理论架构、内容形态都存在着貌似相似却又巨大的差异，从古希腊斯多葛学派的自然法理论、古罗马西塞罗的自然法，到中世纪的神学自然法理论，再到十七八世纪的近代世俗自然法学说，最后到20世纪伴随“纽伦堡审判”自然法的复兴，每一个历史时期的自然法学说与理论皆具有其时代特征与价值，实际上都解决各自时代出现的人类自身所面临的权利政治问题：古代自然法理论解决的是不同等级之间的社会平等的权利问

^① A·P·D'Entreve, *Natural Law, An Introduction to Legal Philosophy*, P. 13, Hutchinson's University Library, 1951. 参见中文译本《自然法：法律哲学导论》，李日章等译，新星出版社2008年版，第9页。

题；中世纪的自然法学说将上帝的旨意解释等同于自然法，从而解决上帝意志的法律为至上的问题；近代世俗的古典自然法理论则针对封建社会政治体制的专横与非正当性而建构一种新型的政府制度并为之寻求合法性与正当性问题，其所谓的自然状态理论、自然权利理论、社会契约理论与分权理论都是基于此而设计谋筹的；现代复兴后的自然法理论则是为了解决现代法律的形式与实质价值冲突而重新提出来的，人类法学理论在经过了不断的脱魅与祛魅之后走向了形式化的概念教义，复兴的自然法就是使人类普遍道德价值的回归。因此，不同时代的自然法具有不同时代的烙印，其差异巨大，不仅如此，即使每一时代的自然法理论和学说自身也会有不同的表达。同时，自中世纪以来，自然法理论还经历了由神圣化到不断世俗化不断祛魅与脱魅的过程。已故伯尔曼教授曾指出：西方文明在其发展的进程中，发展出了独特的“法律的”制度、价值和概念，这些西方的法律制度、价值和概念被有意识地世代相传数个世纪，由此而开始形成了一种“传统”。^①这就是西方法律传统。从西方法律传统的形成到数世纪的发展，其间在经历了1075年的教皇革命、1517年的路德教德国革命、1640年英国加尔文新教革命、1776年的美国革命、1789年的法国革命和1917年的俄国革命等六次革命的浪潮激荡下，在西方法律传统中形成的法律的宗教性与神圣性日益祛魅并被不断世俗化和理性化，最终导致法律与宗教之间的关系断裂，法律传统中断，最后到20世纪出现了伯尔曼所主张的法律与宗教分离的“整体性危机”。这一过程也是西方人类社会从中世纪的宗教秩序文明逐步过渡到近现代的法律秩序文明的过程。不过，西方自然法学说和理论无论经历了怎样的时代变迁和演绎，但是有一种基本的核心理念始终贯穿其中，这就是它蕴涵的道德价值与批判精神，这种价值与精神纵穿西方政治法律文化发展

① 伯尔曼：《法律与传统》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第1页。

的历史长河并一直扮演着对现实的政治法律制度鉴真的标准角色，并进而不断推动历史文明的进程向善向好向正的方向发展。

然而，对近代以来的人类政治文明产生真正作用的是近代的古典自然法理论。近代自然法学说之理论内容众多，大致主要包括了自然状态理论、自然权利理论、社会契约理论、人民主权理论、分权制衡理论等。但是，在这些自然法的基本理论中，起到核心与支撑作用的范畴则是自然权利：自然状态的提出是论证自然人的权利存在的前提和条件；社会契约理论则是保障自然权利得以如何实现的政府合法性理论；人民主权理论是自然权利的本质所在；分权制衡理论是处于政府免于侵害自然权利的举措与手段。所以关于自然权利理论的研究长期以来一直得到各国学者的高度重视与关注。自然权利理论的研究固然重要，但是自然权利是如何被制度化的？如何进入近现代国家的法律制度之中的？其制度化的条件、方式和路径是什么？原因何在？自然权利在其制度化的过程中有怎样的教训和经验值得反思？等等，诸如此类的理论问题和实践问题都需要作出深入的学理解释与阐释，而这正是研究自然法与自然权利这一主题所最缺乏的。钟丽娟博士的《自然权利制度化研究》就是基于这样一种背景之下创作并完成的一部既具有理论深度也具有实践反思价值的力作。

该著作是作者在她的博士论文基础上精心修改而成的，阅读之后具有这样几个特点：一是作者的篇章结构设计合理。文章首先将自然权利的历史源流进行了清晰的梳理，然后对自然权利的基础、性质、内容等作了深入分析与总结，并对其进行了反思性评价；在此基础上，文章重点就自然权利制度化的原因、条件以及制度化的方式、路径进行了学理分析与论证；最后针对自然权利制度化中所面临的实践性问题进行了反思。这种思考的方式与路径是非常清晰的，使整篇文章的结构具有严谨的逻辑循序，使其结论具有相当的说服力。二是文章的创新性比较强。专门以自然权利制度化为研究的课题不多见，在国内还是首次，应当说具有填补国内理论研究之

空白的创新价值。其观点不乏创新之处，文章对自然权利何以制度化以及如何制度化的归纳与总结都有令人耳目一新之感，对制度化存在的实践问题的反思发人深省。三是文章的语言简洁、明快，可读性强。作者以女性之柔美的笔调将极具理论性、抽象性、概括性的东西写得深入浅出，实属不易。

丽娟是我指导毕业的第一个博士生，作为她的导师，在她修订而成的博士毕业论文即将出版之际，首先表示我对她的祝贺，同时也期待丽娟在今后的学术研究和教学生涯中取得更大的成绩！

是为序。

范进学

2010年11月20日于上海

目 录

序	范进学 1
第一章 自然权利之源流分析	1
一、自然权利观念的起源	1
(一) 古希腊自然法的萌芽	2
(二) 古罗马自然法的雏形	11
二、自然权利观念的拓展	17
(一) 古代文明的延续与发展	18
(二) 深层次的平等与契约	21
三、自然权利学说的形成	24
(一) 近代的思想启蒙	24
(二) 从自然法到自然权利	28
四、自然权利与人权	35
(一) 自然权利与人权	36
(二) 关于汉译“天赋人权”	41
本章小结	43
第二章 自然权利之学理分析	44
一、自然权利之基础	45
(一) 启蒙思想家的人性论	45

(二) 自然权利的人性基础	52
二、自然权利之内容	54
(一) 核心性权利	55
(二) 派生性权利	70
三、自然权利之性质	75
(一) 事实权利	76
(二) 道德权利	85
四、自然权利之评价	95
(一) 自然权利的古典批判	96
(二) 自然权利的历史贡献	106
本章小结	116
第三章 自然权利何以制度化	117
一、自然权利制度化之界定	117
(一) 制度	117
(二) 制度化	118
二、自然权利制度化之原因	120
(一) 谋求人之独立	120
(二) 实现权利由观念到实证的转化	123
(三) 为国家行为提供应然规范标准	124
三、自然权利制度化之条件	126
(一) 时代的选择	126
(二) 理念的深入人心	128
(三) 政治家的参与推动	132
本章小结	137
第四章 自然权利如何制度化	138
一、自然权利制度化之方式	138

(一) 宣言方式	139
(二) 法典方式	153
(三) 公约方式	172
二、自然权利制度化之路径	175
(一) 英国的经验式	176
(二) 美国的经验式与先验式相结合	180
(三) 法国的先验式	184
三、自然权利制度化之手段	188
(一) 斗争与武力	188
(二) 斗争与妥协	190
本章小结	191
第五章 自然权利制度化之反思	193
一、实践过程的局限性	193
(一) 受益主体的有限性	193
(二) 国家强权对人权的优越性	199
二、地方经验与普世价值之间的矛盾性	201
(一) 自然权利经验的地域性	201
(二) 地方性经验化为普世性价值的张力性	206
三、自然权利的绝对性与社会共同福祉之间的紧张性	209
(一) 自然权利的绝对性	209
(二) 绝对权利与社会共同福祉间的紧张性	211
四、自然权利保障方式的有限性	213
本章小结	215
结 语	216
一、人权理念传播是人权建设之前提	217

二、立足本国根基是人权建设之依托	221
三、人权三代同际展开是人权建设之途径	223
参考文献.....	226
后 记.....	235

第一章 自然权利之源流分析

自然权利作为一套系统的理论和学说，经历了一个漫长的演进过程。从古代自然权利观念的萌芽，经中世纪的发展，再经近代霍布斯、洛克等启蒙思想家的阐发，至十七八世纪时，自然权利已由观念、思想发展为一套完整的理论。美国当代政治哲人列奥·斯特劳斯（Leo Strauss，1899～1973）认为，“自然权利的问题与其说是关乎确切的知识，不如说是关乎人们的回忆。因此我们有必要从事历史研究，以进一步熟悉这个问题的全部复杂性。有时候我们得充当一下‘思想史’的研究者”^①。因而，在此将追溯源头，从古希腊、古罗马着手，中经中世纪，直至近代古典自然权利以及人权理论的诞生，沿着历史的足迹梳理自然权利的发展脉络。

一、自然权利观念的起源

自然权利与自然法是交织在一起的两个概念，对自然权利的探究离不开自然法这一深厚的依托背景。沿着自然法的历史轨迹找寻，我们会一直追溯到古希腊的先哲那里。作为自然法理论的发源地，自然权利的某些要素在两千多年前已经萌发。

^① [美] 列奥·施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 7 页。

（一）古希腊自然法的萌芽

1. 自然法与自然权利

自然法（natural law）是西方政治法律思想史上的一个经典概念。在西方^①，自然法观念绵延两千多年，在社会发展中扮演了极为重要的角色。19世纪英国法律史学家亨利·梅因（Henry Maine, 1822~1888）曾评价说：“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、因此也就是人类的历史，究竟会朝哪一个方向发展了。”^②但是，何谓自然法？这还要从它的源头说起。

谈到西方政治法律思想的源头与传统，人们往往言必称古希腊。古希腊是欧洲最先进入文明社会，也是最早产生国家和法的地区。之所以称为古希腊，是因为它不同于今天的希腊。今天的希腊是一个主权国家，而古希腊是一个地区而非一个国家，其地理范围主要包括今巴尔干半岛南部、爱琴海及南部海中诸岛屿和小亚细亚西部海岸。从公元前8世纪开始，在古希腊出现了许多以城市为中心的小国，这些城市小国历史上称为城邦，希腊人居住在数百个“城邦”之中。当数百个城邦国家建立后，每个国家都面临着外部战争和内部治理问题。古希腊的政治法律学说，就是围绕着解决外部战争和内部治理问题而发展起来的，其中首先关注的是内部治理问题。但古希腊是一个重智慧而轻经验的民族，并且受早期商品生产发展水平的限制，导致了希腊人没有像后来罗马人那样创造出高

① 关于“西方”一词，美国法史学家伯尔曼教授在其巨著《法律与革命——西方法律传统的形成》中曾界定过。他所说的西方（the West）是一种特殊的历史文化或文明，被认为是包括继承古希腊和罗马遗产的全部文化，与“东方”相对，后者主要包括伊斯兰、印度和远东。参见〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第1~2页。本书也是在同一意义上使用这一概念。

② 〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第43页。

度发达的法律体系。古希腊思想家们的兴趣不是重视法律的研究和运用，而是探求自然界和人类社会的哲理。

“自然”一词是古希腊哲学家的一个常用词汇，其最简单和最远古的意义是指物质宇宙。后期希腊各学派在“自然”的概念中，在物质世界上加上了一个道德世界。他们把这个名词的范围加以扩展，使它不仅包括了有形的宇宙，并且包括了人类的思想、惯例和希望。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。^① 所以，“自然（nature）对于希腊人而言，是一种人生的切近关怀，是一种人类不可违抗的神旨，自然的东西也因此而具有神性。这一基本思想反映到了当时的文学作品中，特别是当时繁荣的戏剧艺术之中，其中最具典型意义的就是古希腊戏剧家索福克勒斯的著名悲剧《安提戈涅》中”^②。当安提戈涅由于违反国王的法律为她哥哥营葬而受到国王的谴责时^③，她回答：“向我宣布这法令的不是宙斯，那和下界神祇同住的正义之神也没有为凡人制定这样的法令；我不认为一个凡人下一道命令就能废除天神制定的永恒不变的不成文律条，它的存在不限于今日和昨日，而是永久的，也没有人知道它是什么时候出现的。”正是听从于这种不可改变、永恒存在的更高的法律，她才违反国王的法律。这就是安提戈涅著名的回答。

在西方政治学和法学中，安提戈涅这一形象已经成为一个符号，它象征着运用高级法批判国家的实证法的态度和精神。在古希

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 31 页

② 杨巧蓉：《霍布斯自然权利学说探析》，山东师范大学 2005 年硕士学位论文。

③ 安提戈涅的兄弟波利尼斯为争夺王位，带兵攻打他哥哥当政的国家，结果兄弟自相残杀而死。他们的叔父克萊昂继承了王位，并宣布波利尼斯为叛徒，下令不许埋葬他的尸体，要让他得不到眼泪和坟墓。他的禁葬令代表了城邦，就是法令。安提戈涅冒着生命危险，勇敢而坚定地挑战这种法令，按照当时的仪式安葬了她的兄弟。结果安提戈涅被克萊昂处死。参见 [美] 乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》（上册），盛葵阳、崔妙因译，商务印书馆 1986 年版，第 53 页。

腊一些神话中已蕴含一种思想,即人是有一定缺陷的,而有缺陷的人制定的法律是有瑕疵的。当人们认识到这点时,就意味着人类已经有了一个判断法律好坏的模糊的标准了。此时,自然法思想已初露端倪。因而新自然法学派代表人之一雅克·马里旦(Jacques Maritain)指出:“真正的自然法观念是希腊和基督教思想的一种遗产。它不仅可以追溯到格劳秀斯……并且还可以追溯到圣托马斯·阿奎那……并且还可以再往后追溯到圣奥古士丁、教父们和圣保罗……甚至还可以追溯到西塞罗、斯多葛派、古代的大道德家和诗人,尤其是索福克勒斯。”^①

在西方法律思想史上,古希腊思想家最早使用“自然法”这个术语,并确定了自然法的基调或方法论。在古希腊思想家看来,万事万物都是有规则和秩序的,不仅自然界存在着规则,人类社会也有一种先前已经确立的整合秩序。这个整合秩序叫做自然法或者理性,有待于人们用智慧去发现。^②而自然法作为一个比较明确概念的提出却是始于斯多葛学派(Stoic School)。斯多葛学派是在古希腊城邦解体到古罗马帝国兴起这一历史时期最为重要的哲学流派。在斯多葛学派看来,正当的理性(right reason),就是自然法,它昭示人们,什么事情应该做,什么事情不可做。自然法是人类的普遍法则,永恒不变。例如,斯多葛学派的奠基人芝诺(Zeno of Cyprus, 公元前336~前270)认为:“自然法是神圣的,拥有命令人正确行动和禁止人错误行动的力量。”^③斯多葛学派关于自然法的主张对当时及后世都产生了巨大影响。

然而,自然法一词从其产生就沾染上了历史道德的不确定性。据统计,naturale一词有17种意思而jus有15种意思。两词的不同

① [法] 马里旦:《人和国家》,霍宗彦译,商务印书馆1964年版,第79~80页。

② 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37~38页。

③ 转引自丛日云:《西方政治文化传统》,大连出版社1996年版,第204~205页。

排列又会产生自然法的 255 种含义。^① 在此,我们不妨看一下《不列颠百科全书》对自然法的释义:“自然法是哲学家和法学家们常用的术语,但含义常常不是很精确的。就一般意义来说,它指整个人类所共同维护的一整套权利或正义。作为普遍承认的正当行为的原则来说,它往往是‘实在法’的对称,即与经过国家正式颁布并利用一定的制裁而强制执行的那些法规对比而言。”^② 可以说,自然法的传统有个一贯的思维模式,这就是将世界两分,即在实然世界旁边还存在一个应然世界,相应地,有一个规范实然世界的实在法和一个规范应然世界的自然法,且后者高于前者,是前者的渊源。^③ 作为与实在法(人定法)相对应的概念,自然法始终代表着正义与至善,并成为评判人定法的标准和尺度。

在西方文化中,“自然”与“本性”、“法”与“权利”总是联系在一起的,由自然法很自然地转换为“自然权利”。自然法是从自然中引申出来的规则和法律,而自然权利是从自然中发现的人的权利,因而,自然法是自然权利的渊源和依据。^④ 自然法作为西方一切法哲学流派的滥觞,其发展史便是一部人类权利观念的发展史。正像意大利法学家登特列夫所指出的那样:“正确地说,近代自然法理论根本就不是关于法律的一套理论,而是有关权利的一套理论。”^⑤ 针对 17~18 世纪盛行一时的自然权利学说,英国系统的功利学说创始人边沁(Bentham, 1748~1832)曾断言,不存在先于法律的权利,存在的只是法律所许诺的权利,没有法律也就没有

① [美] 杜兹纳:《人权的终结》,郭春发译,江苏人民出版社 2002 年版,第 23 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 37~38 页。

③ 郑永流:《法哲学与法社会学论丛》(一),中国政法大学出版社 1998 年版,第 3 页。

④ 丛日云:《西方政治文化传统》,大连出版社 1996 年版,第 206 页。

⑤ [意] 登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,台湾联经出版事业公司 1984 年版,第 57 页。

权利，因而，“权利是法律之子，而自然权利是无父之子”。其实，“自然权利并非无父，其父便是自然法”^①。自然法为自然权利的生成与发展提供了深厚的思想背景。自然权利的萌芽、提出与形成的演进成长轨迹，无不与自然法相伴相随，共同经历着历史的起伏与涨落。可以说，“自然权利的命题一直与自然法学派唇齿相依。正是自然法学派的立论基点和推演方法鼓动着人们去论证和探寻与生俱来的权利，也正是对与生俱来的权利的追求推动着自然法学说和理论的发展”^②。

2. 自然权利要素的萌发

人们通常认为近代自然权利论的思想先驱是古希腊斯多葛学派的自然法思想。英国哲学家罗素曾评论道：“像十六、十七、十八世纪所出现的那种天赋人权的学说也是斯多葛学说的复活，尽管有着许多重要的修正。”^③可以说，西方的政治法律思想在斯多葛学派那里发生了转向，而这种转向恰恰催生了自然权利的萌芽。这种转向主要体现在两方面：

其一，人的独立性替代了人的依附性。在古希腊城邦时代，个人隶属于城邦，融合于城邦，城邦的利益才是最高的善。在城邦面前，没有个体意识，没有个人要求，也没有个人领域，个人的一切均以城邦的利益为依归。正如千古冤案苏格拉底之死，就是他用行为诠释了这种观念：为维护城邦法律的权威，即使牺牲个人生命也无怨无悔。美国政治理论家萨拜因（George Holland Sabine）在其名著《政治学说史》中总结道：这一时期，“城邦耸立于一切小集团之上，耸立于各种次要的团体之上，它赋予一切集团和团体以意义与价值。最高的幸福在于参与城邦本身的生活和活动，而家庭以

① 夏勇：《论和女士及其与德、赛先生之关系》，载夏勇编：《公法》（第1卷），法律出版社1999年版，第50页。

② 何志鹏：《非自然权利论》，载《法制与社会发展》2005年第3期。

③ [英] 罗素：《西方哲学史》（上卷），何兆武、李约瑟译，商务印书馆1963年版，第341页。