

# 新自然法学与人权理论

[作者] 陈根发

[单位] 中国人民大学法学院

[摘要] 本文探讨“不死鸟”的自然法复兴的根本原因，阐述了“法的自然法”、“多元文化主义的自然法”和“新仁学”等现代自然法形态与人权理论的关系。作者认为，在新自然法学的框架内，西方和东方的人权概念和范畴并不存在对立或不可逾越的鸿沟，这正是新自然法学对现代人权理论的最大贡献。

[关键词] 不死鸟，自然法，人权，新仁学

试图避免主观和任意的近代自然法理论并没有达到其原初的目的，这是因为自然的概念受到了不同的解释。在古代，自然法曾被看成是大自然的法则，在中世纪则被看成是神的法，在近代被看成是人类自然的法，由此人们对自然法的机能甚至产生了相反的理解。在人类历史中，自然法有时成为人们反对专制政治和法律的口号，有时又能成为维护现存统治和秩序的工具。但是从十七、十八世纪开始，自然法学者所主张的来自人类本性的自然法和自然权不断被写进实定法，并且在十九世纪出现了反形而上学的高潮，自然法学因此衰退，法实证主义应运而生。对自然法的不信，主要是近代的产物，对自然法之正义的最大打击，产生于自然法学的内部，即它不是来自对自己的否定，而是产生于对自己的解释和修正。但是，自然法的正义之某种信仰能够顽强地流传这一事实本身，应该指示着真理的核心。[1] 二十世纪的新黑格尔主义和新康德主义哲学加强了哲学的形而上学化，反映在法哲学上是导致了自然法学的复活。新自然法学经过批判主义的洗礼，一脱近代启蒙自然法学的僵硬态度，在承认若干根本原理普遍妥当性的同时，主张有弹性的、可变的自然法理念，并且带有新托马斯主义和“新仁学”的色彩。

## “不死鸟”的自然法

从取代诸学之王的形而上学的孔德（Auguste Comte，1798-1857）以来，实证主义逐渐占据了王座。这一思潮也当然波及到法学领域，当时的许多法实证主义者宣告“自然法将寿终正寝”。但是，在第二次世界大战后的激荡时期，已被宣告死亡的自然法复活了，变成了法学中的“不死鸟”（phoenix）。[2] 20 世纪初期的自由法运动的倡导者法国法学家惹尼（François Geny，1861-1944）是今天“自然法复活”的最大先驱者。美国的庞德曾把惹尼看成是源自托马斯·阿奎那的新经院派社会哲学的“第一人”。日本的著名自然法学家水波朗在接受庞德观点的基础上认为，惹尼在打破 19 世纪法国“注释学派”的法实证主义、提倡“自由科学地探求”优越于成文法的自然法的同时，沿着苏格拉底、柏拉图和亚里士多德的学说，以基督教的教义和神学为基础，开创了新托马斯主义法哲学。[3]

但是，在第一次和第二次世界大战期间，国家主义和军国主义占据了德、意、日等国民的意识形态，法实证主义思潮在法西斯主义的推动下走向极端，自然法思想几乎陷入窒息状态。第二次世界大战后，在欧洲特别是在西德，自然法再一次兴起，关于新自然法的探讨主要来自天主教伦理学者和法哲学家的倡导。天主教的新自然法学在德语圈内再一次被麦思纳（Johannes Messner）和富赫斯（Josef Fuchs）等学者提起，与第一次世界大战时期自然法再生的代表人物卡拉茵（Viktor Carthrein）和罗曼（Heinrich Rommen）根据阿奎那的理论再次确认天主教的自然法论不同，麦思纳和富赫斯等学者已经脱离了静态分析，开始

动态性地把握自然法，并认为自然法不以自己为目的，而是追求人类本性的高层次目的的手段。如麦思纳在其名著《自然法》中，认为自然法不是固定不动的规范体系，而是根据人类本性的欲求和理性形成的秩序原理。富赫斯也在其大学讲义《自然法》中，认为自然法和自然道德律应该是神的意志的体现，自然法不是从固有自律的、理念价值王国演绎出来的东西，而是具体的、此时此地的神的戒律，是面向实现神的拯救事业的东西。[4]六十年代，天主教伦理学者和法哲学家之间，围绕战争、社会化与正义、人种、生育限制、堕胎等紧急问题展开了前所未有的热烈讨论，为自然法的历史性问题和研究提供了新的启示。其中在 1965 年闭幕的第二次梵蒂冈会议上提出了“教会的现代适应”宣言，在传统自然法学最坚决的主张者和辩护者天主教内部，“自然法的重新思考”开始高涨。在争论较大的“生育调节”问题上，最后梵蒂冈当局下达了不许使用口服避孕药的“回勒”，但对“家族计划”采取了缓和的态度，即在一定条件下允许使用自然的方法避孕。

基督教的新教由于追求神与人之间的直接关系，排斥作为中介的教会，因此重视神的福音，根据基督的福音以“爱”代替被超越的“戒律”。因此，一般的新教教徒都否定被解释为戒律的自然法。但是也有例外，曾任日本东京国际基督教大学教授的新教神学家布伦纳（Emil Bruner，1889-1966）在其 1943 年出版的《正义》一书中，却主张回到马丁·路德和卡尔文所理解的“基督教的自然法”。布伦纳认为，基督教的自然法仅仅是根据《圣经》、有罪的人类可以在神的创造秩序中看到的、没有被罪污染的“永久的正义原理”，而“每一种正义的实证秩序都是真正的公正与可能的公正之间的妥协”。据此，他称实证法律制度的“相对正义”为“动态的正义”，而称神的创造原则为“静态的正义”。[5]在第二次梵蒂冈会议上，基督教诸派在“世界教会主义”的方针下，对如何看待自然法的“戒律”进行了思想交流，其中新教的自然法论对天主教的影响较为显著。正如众所周知的，新教斥责把人和神隔开的天主教会，唤醒神与人的直接关系。其中，对神的信仰和基于“爱”的人类的热心应答成为了伦理的评价基准。这样，新教所主张的“应在实定法中实现自然法”的思想通过世界教会主义对天主教也产生了积极影响。其结果是，虽然出现了全面否定自然法的极端论，但是多数神学者却转向了新自然法论。

## 新自然法学与人权理论

### “法的自然法”与人权理论

20 世纪七十年代，自然法学者提出了“法的自然法”，有时也称“法学上的自然法”[6]，其目的是走向具体的“起作用的自然法”道路，进而摸索从“法的自然法”发展到法律的自然法，从“具体的自然法”发展到看得见的自然法的可能性。换言之，就是要探索实定法中一般的“法的原则”，或研究成文法中“被写出的自然法”。有的学者认为，所谓“被写出的自然法”是指自然法的原理、原则被规定到法律中的情况，即“作为成文法的自然法”。因为今天在许多国家，成文法化的立法技术日益发达，并且成文法化比非成文法的状态更能确保其实效性。当然，这是针对法制完备的法治国家而言的，在法制尚未完备、法律秩序欠缺的欠发达国家中，由于实定法的秩序容易被无视，因此可能把不成文的自然法作为对专制进行斗争的重要思想武器，此时可能产生“自然法的抵抗权”。[7]今天，虽然法治国家的法律制度也还存在弱点，但是按照法治国家已有的人权法规、世界人权宣言和联合国宪章的人权规定等国际公约，也能推动国际社会对专制国家的不法性实施声讨和制裁。随着国际人权观念与和平思想的高涨，有关人权与和平的许多自然法思想已经从不成文的习惯法形态发展到了成文法和实定法的形态，“被写了出来”。[8]有的学者进一步认为，不仅“被写出的自然

法”内在于成文法，而且“内在于实定法的自然法”也存在于习惯法，因此在考虑“法学上的自然法”时，应同时考虑成文法和习惯法。

二十世纪后半叶，人权理论的发展是以权利章典的世界性规模的增殖为特征的，并且是在宪法和国际法水平上同时展开。1948年12月10日在联合国大会巴黎会议上通过了《世界人权宣言》，作为第二次世界大战以后应该确立的基本人权的共同基准，为不仅作为国内问题而且作为国际问题的人权确定了方向。在1950年的欧洲人权条约（ECHR）批准后，具有长期普通法传统的英国也采取了ECHR国内法令化的步骤，于1988年批准了人权法令（The Human Rights Act 1988）。从此，以英国政府为对象的个人申请的人权侵害案件，就是不到欧洲人权法院总部（法国的）斯特拉斯堡，在英国国内也能得到同样的救济。[9]战后日本自然法的复兴，也是以把自然权引进到实定法秩序为特征的，换言之，即是承认对自然权开放的实定法构造。其中的尝试之一是法国1946年第四共和国宪法对1789年国民议会通过的《人权和公民权利宣言》所作的再次确认，而赋予人权以永久不可侵犯的性格并把自然权思想明文化的日本新宪法也具有代表性。的确，日本现行宪法前文中关于“人类普遍原理”的规定、第19条所述的“良心的自由”和第97条表述的“基本人权的本质”等都是对人类自然权的直接规定。

## 多元文化主义的自然法与人权理论

自然法学者主张的来自人类自然本性的制度，从人类学的角度看，都是具有文化相对性的认识。实际上，自然本性的概念如同海神普洛透斯的床铺一样，是可以自由伸缩的。今天，在新自然法学中格外重视实践理性的原因之一，就是要把自然本性的概念从议论者的恣意性中抢救出来。因此，如果把自然法看成不是超越文化逻辑的普遍法，而是理解为各种文化相互间的辩证的、能动发展的过程的话，目前我们拥有的自然法就具有多元的、暂时的和假设的特征。因为，自然法是适应各个时代的要求，通过与不同文化的接触，不断被解释和自我塑造的。西欧文明圈中形成的自然法观念通过与非西欧文明的接触，可以拓展出新的地平线。例如，以往西欧的自然法观念中欠缺的人与自然环境的共生关系，可以从东方儒教的天人合一、老庄思想的天道说和印度的“梵我一如说”中得到补充。再如，“人的尊严”的概念也有可能从东方思想中得到有意义的修正。因为以往的“人的尊严”这一概念是以《圣经》的人类观为背景的，是脱离自然秩序的概念。今天，“人的尊严”已在生命伦理领域中被普遍使用，其意义毋宁意味并提倡人类向自然秩序的回归，拒绝由于科学技术的操作和思想、制度的操纵使作为自然一部分的人类过分脱离自然秩序的思想。这样的重新解释也可以到非西欧的思想中去学习和借鉴。[10]

因此，揭示“多样性中的普遍性”是现代自然法学的目标，也是多元文化主义的立场。在这一界限内，多元文化主义与自然法学具有共同的基本立场，问题是如何找出普遍性。传统的自然法和新自然法都认为，普遍性是先于和超越多样文化传统的，这事实上给文化同化主义提供了借口，容易成为抑制文化多元性的意识形态并发挥作用。普遍性应通过文化传统的相互交流和融合逐渐发现，实际存在的自然法规范也经常具有一定的可塑性，即便如此，其高度的客观性和历史安定性也足以约束人类根据主观设计制定的实定法。如人权的规定是文化的产物，虽然根据时代情况具有可塑性，但因为其高度的客观性和安定性，因此对实定法具有充分的约束机能。托马斯·阿奎那虽然承认在经验性的人类行为、习惯、制度中，人类的本性是可变的，但认为这种变化的根底中存在不变的人类本性。事实上，正因为存在这种超越性的人类本性，才可能发生经验性人类本性中的变化。换言之，人类本性因为其超越性才有历史性，而通过人类本性的可变性到达不可变的顶点时，自然法的历史性道路才被打开。由于托马斯承认人类本性在一定程度上的可变性，因此自然法具有可变的侧面。实际上，

永恒法的“分有”是在人类历史中分配的，因此在历史性具有可变侧面的情况下，自然法也应该是可变的。[11]

多元文化主义的自然法与追求多样文化的相互承认和对话为基调的现代立宪主义是一脉相承的。初期的自然权论者，特别是格老秀斯、霍布斯、普芬道夫、洛克等倡导的自然权论，首先要解决的就是欧洲内部的各国及其与其他国家之间由于深刻的文化差异而产生的政治法律问题。如格老秀斯主张的所有的人都具有自我保存的权利，禁止恣意伤害他人和掠夺，但是他的课题局限在了“从根底上具有不同文化的人们，为了交涉和共存”所需要的“最低限度的出发点”。[12]罗尔斯倡导的“政治的自由主义”也是在承认人们的价值多元性的基础上，解答了作为自由平等的市民是如何构筑、维持“得以公正地协动”的社会。[13]詹姆斯·塔利（James Tully）在承认文化多样性的基础上，提出：“现代宪法，必须追求肩负各种各样文化的主权性市民根据相互承认和同意所进行的对话的实践形式。”[14]实际上，罗尔斯、塔利和强调自律性实定法秩序权威的法实证主义，在“如何构筑、维持社会的协动结构这一课题”面前，可以排列到同一平面上，共同构成现代立宪主义和多元文化主义自然法的思想基础。[15]因此，基于自然法和宪法的人权理论也应该是多样的。如日本新宪法“直截了当地表达了传统自然法的思想，据此，违反自然法的实定法，即使是宪法性规定也不能承认其效力”，从中可以“明确地看出新宪法是以自然法的理论为基础的”。它是以“文化内容的丰富性”和“积极的政治理想的表明”为特征的，是“属于二十世纪宪法范畴的”宪法，它在“法的调整以外，还具有政治哲学的教育意义”，特别唤起了有关文化、教育、劳动等方面的权利，这些权利“与实定法上的权利在旨趣上是不同的”。[16]

我国十届人大二次会议审议通过的宪法修正案，把“国家尊重和保护人权”正式写入了宪法。这是我国人权理论的重大发展，它与国际社会的人权宪法化和成文化化的趋势是一致的。正如我国有的学者所指出的那样：“把应然权利写入宪法，是我们的国家、民族和人民自信的表现。”[17]人类的应然权利，一直是法哲学或自然法学探究的权利形态，正如新自然法学所揭示的那样，这些权利实际上已经开始在有关人权的国际公约和各国宪法的修改中不断地“被写了出来”，并出现了多元化倾向。

## “新仁学”与人权理论

有的学者从孔子及其儒家的自然法学说中开发出了“新仁学”及其人权理论，并且得到了日本学者的共鸣。如杜钢建教授在研究《论语》的“爱人”之“仁”时指出：《论语》对礼的强调是对仁的首肯和深信不疑为前提的。仁与礼的体用关系正如法与法律、自然法与实证法的关系一样，是不可颠倒的，仁对于礼是第一性的。如果缺乏这种认识，对于现实生活中的“非法之法律”和“背仁之礼”就只能听之任之而无所作为。[18]因此，在中国要确立人权主义精神，就必须回归《论语》倡导的“仁道”，人道思想也是现代人权主义的理论基础。还有的学者认为，虽然传统的仁学不可能成为世俗的权利之学，从传统的仁学中也推导不出人权的概念，但是以传统仁学为代表的中国传统文化某些道德原理是可以继承和发扬光大的，如“仁”、“义”、“礼”、“智”、“信”，在原理上与现代人权的原理就有许多可沟通之处。[19]

日本学者铃木敬夫在介绍“新仁学思考”时，把中国现代的人权思想归结为诉诸“良心自由”的人权主义，同时对中国宪法与现代自然法的冲突提出了自己的见解。他认为，中国宪法序言中规定的“四项基本原则”可以说是根据中国历史的风土性培育出的社会主义法的特色，这是“大公无私”的精神即是以“公”而牺牲自我作为革命忠诚心的思想土壤的特色，是重视“忠”的“为人民服务”的法思想。与诚实于自己的良心相比，更提倡服务于哪怕是违背良心的自我牺牲的“忠”的观念，意味着特定价值观的绝对化，这种超个人主义的

思想与拉德布鲁赫提倡的尊重人权的主体性和价值相对主义的立场是不同的。[20]在个人的尊重和天赋人权观念稀薄的社会背景下,杜钢建主张以“人权法哲学”克服敌视天赋人权观的“人权虚无主义”。这一主张是想再生以“仁”的观念为基础的传统儒学中包含的古今相通的法思想,克服把阶级性的价值绝对化的人权观,排除阶级性的独裁。因此,立足于这一“新仁学”的价值宽容主义与现在中国的“从属于社会主义法的人权观”是存在冲突的。[21]现代国际法学家大沼保昭教授在研究儒教与人权的“协和性”关系时也指出:“中国自身尚没有对这一课题作认真研究,但杜钢建等部分学者也在从事这种研究,主张孔子、孟子的教导中存在与言论自由、抵抗权和宽容等现代人权相关的要素。”[22]

在古代中国的思想中,无疑存在超越实定法之上的“道德法”观念,自然的自由观念在儒、道、佛三家特别是宋明理学完成的“三教一理”的人格完善学说中,一直被看成是人间的最高境界,只是由于从一开始东方就与西方隔绝、缺少交流,才没有归纳出“自然法”和“天赋人权”等概念。但是,“西方的人权观念与中国的传统没有根本的冲突”,如中国传统的“和谐”观念不仅与人权相容,而且可以统摄、改进传统的西方人权。与德国的马克斯·韦伯和美国的批判法学家昂格尔等学者看不到“礼”与自然法的相同与相似、批评中国古代缺乏自然法及其观念的态度不同,东方的新自然法学不仅直接从传统的儒学中汲取有益的观念和思想,而且通过“新仁学”的思考,揭示了东西方人权思想的同一性。

## 结语

哈佛大学的魏因勒卜(Lloyd L. Weinreb)教授指出:“尽管自然法是一个知识的问题,但归根结底它非常接近于信仰。总之,既然我们都认为它是一个值得关注的问题,那么权利的哲学属于自然法—这一原因也许值得我们注意。”[23]人类的权利历史表明,特别是近代以来,“人们具有了这样的共识,即作为最高的法则,自然法的意义在于它维护人的自然权利和自由。”[24]并且,“公道的观念必然包括那激励的神圣的仁爱这一成分,仁爱是使法律美备。”[25]从历史的角度看,马克思主义法律思想本身就是马克思、恩格斯在批判和汲取了古典自然法学派及其在德国的“翻版”的康德、费希特、黑格尔以及费尔巴哈的理性主义法律观的基础上产生的。[26]因此,研究和汲取自然法学、特别是新自然法学思想,也是当代马克思主义人权理论的课题之一。

虽然,关于人权的概念,国内理论界尚没有形成统一的定义。[27]但可以肯定的是,它与自然法的观念密切相关。新自然法学提倡的“法的自然法”、“多元文化主义的自然法”和“新仁学”的主张,为我国的人权概念和理论提供了丰饶的土壤。江泽民也曾指出:“充分实现和享受人权是全人类追求的共同理想。促进和保护人权是各国政府的神圣职责。任何国家都有义务遵照国际人权文书,并结合本国国情和有关法律,促进和保护本国人民的人权与基本自由。”[28]这种兼顾国际人权内容和本国特殊性的人权观,是对人权的普遍性与特殊性的辩证阐释,它与新自然法学的基本主张也是一致的。可以说,在新自然法学的框架内,西方和东方的人权概念和范畴并不存在对立和不可逾越的鸿沟,而是有许多可沟通之处,这正是新自然法学对现代人权理论的最大贡献。

## 参考文献

[1] (美)艾德蒙得·卡恩(Edmond Cahn):《正义感—以人为中心的法律观》,(日)西村克彦译,信山社,1992年,第5页。

[2] (日)阿南成一等编:《自然法的复权》,创文社,1989年,第3页。

- [3] (日)水波朗:《托马斯主义的法哲学》,九州大学出版会,1987年,第9页。
- [4] (日)阿南成一:《现代自然法论的课题》,成文堂,1991年,第248页。
- [5] 吕世伦主编:《现代西方法学流派》(上卷),中国大百科全书出版社,2000年,第33页。
- [6] (日)永帕鲁图:《自然法论的研究》,有斐阁,1972年,第14页。
- [7] (日)松冈诚:《抵抗权的法哲学考察》,《创价法学》1992年第21卷2、3号,第234页。
- [8] (日)松冈诚:《法的自然法的可能性》,三岛淑臣等编《人的尊严与现代法理论》,成文堂,2000年,504页。
- [9] (日)宪法理论研究会编:《立宪主义与民主主义》,敬文堂,2001年,第51页。
- [10] (日)葛生荣二郎:《多元文化主义与自然法》,三岛淑臣等编《人的尊严与现代法理论》,成文堂,2000年,第330页。
- [11] (日)稻垣良典:《托马斯·阿奎那》,劲草书房,1979年,第198页。
- [12] (日)井上达夫、松浦好治等编:《法的临界—法的思考的再定位》,东京大学出版会,1999年,第154页。
- [13] (日)田中成明:《法理学讲义》,有斐阁,1994年,第231页。
- [14] J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, 1995, pp. 30.
- [15] (日)长谷部恭男:《不能比较的价值迷途—自由民主主义的宪法理论》,东京大学出版会,2000年,第66页。
- [16] (日)田中耕太郎:《和平的法哲学》,有斐阁,1954年,第58页。
- [17] 信春鹰:《尊重和保障人权实现社会全面进步》,《明法》2004年春季卷,第8页。
- [18] 杜钢建:《新仁学—儒家思想与人权宪政》,香港京狮企划有限公司,2000年,第4页。
- [19] 夏勇:《人权概念起源—权利的历史哲学》,中国政法大学出版社,2001年,第248页。该书附录的论文《人权道德基础初探》已被日本铃木敬夫教授翻译成日文,发表于《北海学园大学法学研究》1995年第30卷。
- [20] (日)铃木敬夫:《中国的人权论与相对主义》,成文堂,1997年,第312页。
- [21] (日)铃木敬夫:《法哲学的基础—拉德布鲁赫的法哲学》,成文堂,2002年,第150页。
- [22] (日)大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第332页。
- [23] Edited by Robert P. George, *Natural Law Theory*, Clarendon Press Oxford, 1992, pp. 301.
- [24] 吴玉章:《自由主义权利观念的产生》,载夏勇编《公法》第1卷,法律出版社,1999年,第230页。
- [25] (德)司丹木拉:《现代法学之根本趋势》,张季忻译,中国政法大学出版社,2003年,第159页。
- [26] 吕世伦、张学超:《论西方自然法的几个基本问题》,载李双元主编《国际法与比较法》第6辑,中国方正出版社,2002年,第35页。
- [27] 王立行等:《人权论》,山东人民出版社,2003年,第3页。
- [28] 江泽民:《关于人权与主权关系的发言》,《人民日报》2000年9月8日。

<http://www.iolaw.org.cn/temp/cn/shownews.asp?id=11457&cat=3>