

武汉大学学术丛书

# 论自然国际法的基本原则

罗国强 著

武汉大学出版社

## 作者简介

---

罗国强 (Steel Rometius)，武汉大学国际法研究所副教授、硕士生导师，法学博士、华东政法大学博士后。

2000年毕业于上海财经大学国际经济法专业，获法学学士学位。2003年毕业于武汉大学国际私法专业，获法学硕士学位。2006年毕业于复旦大学国际法专业，获法学博士学位。2006年7月至2008年8月任教于华东政法大学国际法学院。2008年9月至今任教于武汉大学法学院。

在 *Yearbook of Private International Law* (瑞士)、《比较法研究》、《法学评论》、《法学》、《法商研究》、《政治与法律》、《法学论坛》、《中国刑事法杂志》、《国外社会科学》、《浙江大学学报》、《浙江社会科学》、《学海》、《国际金融研究》、《财经科学》、《国际观察》、《中国国际法年刊》、《中国国际私法与比较法年刊》、《国际经济法学刊》等核心刊物上发表文章40多篇，其中多篇文章被《人大复印资料》(国际法学)全文转载或被《高等学校文科学报文摘》转载。

独著：《国际法本体论》，法律出版社2008年版；《离岸金融法研究》，法律出版社2008年版；《涉外法律实训教程》，武汉大学出版社2009年版。独编：《法律英语：中英双语法律文书中的句

法歧义》，复旦大学出版社 2008 年版。合译：《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版；《论捕获法》，上海人民出版社 2006 年版。

# 序

---

现代“法学”一词，来源于西方，是古代罗马法学家留给人类的一笔历史文化遗产。<sup>①</sup> 基于法学形态的不同，东西方法哲学的基本理念和原则一度可谓是背道而驰的（实际上即使西方法学乃至同一个大陆法学之内，各个国家的法学也呈现出各种不同的特点），然而，从形态的角度上来看，法学首先是一个历史的概念，将法学视为一种静止的状态是不符合事实的。<sup>②</sup> 这就意味着，在全球化的背景之下，法学将会出现深刻而巨大的发展和变化，东西方法哲学基本理念和原则在 21 世纪实现融合与扬弃、并在一个新的基础上实现否定之否定是颇为可能的。诚如季羨林先生所言，到了 21 世纪，西方文化将逐渐让位于东方文化；这种“取代”不是“消灭”，而是在过去几百年西方文化所达到的水平的基础上，用

---

<sup>①</sup> 参见何勤华：《西语“法学”一词的起源及其流变》，载《法学》1996 年第 3 期，第 12 页。

<sup>②</sup> 参见何勤华：《法学形态考》，载《法学研究》1997 年第 2 期，第 16 页。

东方的整体着眼和普遍联系的综合思维方式，以东方文化为主导，吸收西方文化中的精华，把人类文化的发展推向一个更高的阶段。<sup>①</sup>应该说，这一论断对法律文化也是适用的。

因此，罗国强博士尝试运用历史和比较的方法，从一个扬弃后的自然（国际）法体系的角度，将源于东西方不同法律文化的正义、公平、平等、善意、和谐这五大法哲学基本原则整合起来，是一次顺应当代法学发展趋势的有益探索。

罗国强博士一直致力于从事法哲学和国际法学的研究，从2007年到2009年，他以《五大法哲学基本原则之今昔——历史、比较与扬弃》为题，在华东政法大学法学博士后流动站进行博士后研究，在此期间我担任他的合作导师。2009年底，他所提交的同名博士后研究报告以全优的成绩获得通过并顺利出站。

在罗国强博士的博士后研究报告中，他以扬弃后的自然法为视角，将研究范围聚焦在五大法哲学基本原则的历史发展与扬弃之上。他认为，要对这五大法哲学基本原则作出清晰的梳理，从而厘清脉络，就需要从其发展源头入手，比较各国各派的不同主张与实践，并最终作出自然国际法视角下的界定。为此，他查阅了大量的中外文资料，从古代（包括古希腊、古罗马、中世纪）、近代（古典自然法学派、古典实在法学派）、现代（新实在法学派、新自然法学派、法社会学派以及其他具有价值取向的学派）三个方面，从国内法学者和国际法学者两个角度，详细分析正义、公平、平等、善意等法哲学基本原则的发展史。

同时，他深入解析了为诸子百家所共推的、作为中国法律文化基本特征的和谐原则的发展，并说明了和谐原则属于自然法基本原则的理由及其与其他四项原则的关系。在此基础上，他提出正义就是各得其所、扬善抑恶；公平就是己所不欲、勿施于人，居中裁判、平之如水；平等就是同类主体的权利义务在形式上普遍相同；善意就是与人为善、诚实信用；和谐就是和而不同、天人合一。最

---

<sup>①</sup> 参见《季羨林全集》（第七卷），外语教学与研究出版社2009年版，第539~543页。

后，他试图阐明各原则之间的层级与联系、尤其是发生冲突时的优先顺序，并结合有关的法律实践作出一些实证分析。

应该说，在当今中国法学界，这样的尝试，尽管有诸多不尽完美之处，仍然是值得鼓励的。罗国强博士思维敏捷、勤奋执著、才气横溢，虽然年纪很轻，但已是硕果累累。这一次，在完成博士后研究报告的基础上，又花了一年多的时间修改和完善此项研究内容，最终形成了今日之书稿，并准备将其呈现在学界同仁面前接受批评和指正。我作为罗国强博士后的合作导师，对此感到欣慰。故而在本书付梓之际，略致数语，是为序。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2010年11月15日

# 内 容 摘 要

---

扬弃后的自然国际法，是理性对国际社会规律的认识，是调整国际社会关系的发现性规则，具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。正义、公平、平等、善意、和谐这五项基本原则构成自然国际法的第一层级渊源，这五大基本原则不仅具有以上自然法属性，而且是引申出其他自然法原则并进而展开整个自然（国际）法体系的基石。

在经历了古代、近代、现代的发展之后，一方面，正义、公平、平等、善意、和谐这五项法哲学原则的基本要素已经清晰可见，对正义、公平、平等、善意、和谐的内涵、外延、特点的探讨已经相对成熟，这使得有关的伦理道德观念深入人心；另一方面，从自然国际法的角度对这五项自然法基本原则性质的理解仍然存在偏差。

正义是自然法的第一项基本原则，正义就是各得其所，扬善抑恶。正义是一种积极的利益与价值调和。公平是自然法的第二项基本原则，它是指己所不欲，勿施于人；居中裁判，平之如水；公平是一种消极的利益与价值调和。平等是自然法的第三项基本原则，它是指同类主体的权利义务在形式上普遍相同；平等是正义与公平的形式要求，是主权的直接理论依据。善意是自然法的第四项基本

原则，它是指与人为善，诚实信用，它是一种实践理性。和谐是自然法的第五项基本原则，它是指和而不同，天人合一，它是源自中国传统文化的实践理性；和谐包括人与人的和谐与人与自然的和谐两方面，它兼顾了全局与个体、长远与短期；它采取了独特的人与自然关系的视角，沟通了人类社会与自然界的联系。

自然法的五项基本原则相互关联、相互制约，从而构成了一个辩证的体系。五项基本原则可以分为两个层级，第一层级为价值判断理性，包括存在派生关系的正义、公平、平等三原则；第二层级为实践理性，第二层级原则以第一层级原则为基础，其中善意原则主要源自正义原则，和谐原则主要源自公平原则。一般来说，对于不同的情势，需要适用不同的基本原则；当数项基本原则共同作用于某种情势的时候，各原则的侧重会有所不同。当五项原则发生冲突之时，前一项原则优于后一项原则。自然法正是从这五项基本原则展开，发展到一般法律原则，再具体化为强行法的。

自然国际法基本原则并非孤立，而是与实在国际法存在着互动关系的。自然国际法的基本原则也决定着实在国际法，实在国际法也对自然国际法的基本原则起着反作用。

就自然法的基本原则的运作而言，在国内法上，其通过国家意志的作用，转化为实在法而发挥作用；在国际法上，其主要通过国家意志的合意，转化为实在国际法而发挥作用，同时也可以通过其所衍生的第二层级与第三层级渊源在特定条件下直接作用于国际关系而发挥作用。

法的价值是实在法的直接指导因素，独立的法价值建构对法的独立地位至关重要。国际法作为“法”而非单纯的政策工具，有且应当有其独立的基本价值，那就是：正义、公平、平等、善意以及和谐。法的价值应当正确地反映自然法的基本原则，自然国际法的基本原则需要被构建为实在国际法的基本价值，这是自然国际法基本原则最为重大的实践意义所在。

关键词：自然国际法；正义；公平；平等；善意；和谐；价值



# Abstract

---

Natural law, after sublating, is the perceptual knowledge of laws on the development of society, it is discovered rules applied to social relations. It is supra-positive, abstract, general, impartial, progressive and transformable. The five fundamental jurisprudential principles—justice, equity, equality, *bona fides* and harmony are the first level of sources of the sublated natural law. They not only bear the characters of natural law but also act as the foundation stone of the whole structure of the natural law.

After thousands of years' development, the five fundamental jurisprudential principles have shown their basic elements to us, people have devoted into the discussion of their connotation, denotation and characters and made many achievements, which make relative moral or ethical beliefs commonly accepted. On the other hand, from the perspective of natural law, there are still some deviations in the understanding of these five fundamental jurisprudential principles.

Justice means *suum cuique*, helping the good and depressing the evil; it is a positive means which reconcile benefits and values. Equity means not doing to others what you would not wish to have done to you

and judging impartially; it is a negative means which reconcile benefits and values. Equality means the same kind of subjects shall formally have the same rights and obligations; it is the formality requirement of justice and equity and is the direct theoretical foundation of sovereignty. *Bona fides* means doing good and keeping faith to others; it is a kind of practical reason. Harmony means uniting but keeping differences with peoples and getting along well with the nature; it is a practical reason which derives from Chinese traditional culture.

These five principles compose a dialectical system. The five principles can be classified into two levels, one is value-judging reason which comprises justice, equity and equality, the other is practical reason which comprises *Bona fides* and harmony. The first level is the foundation of the second level. Equity comes from justice, and equality comes from justice and equity; *Bona fides* mainly comes from justice, and harmony mainly comes from equity. Generally different principles apply to different situations, even they apply to the same situation, they have different emphases. When conflicting, the former principle shall take precedence on the latter.

Natural law just develops from these five principles to general principles of law and to *jus cogens*.

The five principles are not isolated, they have a dynamic relations with positive law. The fundamental principles of natural law decide positive law, while positive law reacts to the principles.

In the aera of national law, the fundamental principles of natural law will be transformed into positive law through the will of states; in the aera of international law, they will mainly be transformed into positive international law through the agreement of states, and their derivations—the second the third sources of natural law can be applied to international relations directly in certain circumstances.

The values of law are certain abstract subjective beliefs or inclinations imposed to positive law. As “law”, not just tool of foreign or na-

tional policy, law has and should have independent basic values. The values of law should correctly reflect the fundamental principles of natural law, while the fundamental principles of natural law should be constructed as basic values of positive law, that is the most significant practical value of the fundamental principles of natural law.

**Key Words:** Natural law; International Law; Justice; Equity; Equality; *Bona fides*; Harmony; Value

# 目 录

---

序.....	1
内容摘要.....	1
Abstract .....	1
第一章 导论.....	1
第一节 研究内容与方法.....	1
第二节 自然国际法的再界定.....	4
第三节 五大法哲学基本原则的自然法属性 .....	32
第二章 作为自然法第一项基本原则的正义 .....	36
第一节 词源 .....	36
第二节 正义原则的历史发展与比较 .....	38
第三节 扬弃后的再界定 .....	55
第三章 作为自然法第二项基本原则的公平 .....	63
第一节 词源 .....	63

第二节 公平原则的历史发展与比较 .....	64
第三节 扬弃后的再界定 .....	76
第四章 作为自然法第三项基本原则的平等 .....	82
第一节 词源 .....	82
第二节 平等原则的历史发展与比较 .....	83
第三节 扬弃后的再界定 .....	95
第五章 作为自然法第四项基本原则的善意 .....	107
第一节 词源 .....	107
第二节 善意原则的历史发展与比较 .....	109
第三节 扬弃后的再界定 .....	119
第六章 作为自然法第五项基本原则的和谐 .....	127
第一节 词源 .....	127
第二节 作为中国法律文化独有特色的和谐 .....	128
第三节 自然国际法视野下的和谐原则 .....	139
第七章 自然国际法基本原则的体系、运作及价值构建 .....	151
第一节 自然国际法基本原则之间的关系 .....	151
第二节 自然国际法基本原则与实在国际法的互动关系 .....	155
第三节 自然国际法基本原则的运作 .....	165
第四节 自然国际法基本原则与国际法的基本价值 .....	177
结 论 .....	189
主要参考文献 .....	191
后 记 .....	200

# 第一章 导    论

---

## 第一节 研究内容与方法

### 一、研究内容及其意义

正义、公平、平等、善意等法哲学基本原则，乃是当今世界广为接受的基本道德规范、基本伦理标准和基本社会价值所在。尽管人们对它们的性质存在分歧，但即便是最激进的实在法学派，也无法否认这些基本规范对法的重要意义。而自进入 21 世纪以来，得到中国大力倡导以及国内、国际社会积极响应的和谐原则，也正在逐步发展为国内法和国际法的基本价值。从历史渊源来讲，前四项基本原则基本上是源自古老的自然法理念，第五项基本原则则主要出自中国传统法律文化。

需要说明的是，本书认为这五大法哲学基本原则，既是自然法的基本原则，也是自然国际法的基本原则。且不说在法哲学史上，

将国际法等同于自然法，乃是一度颇为流行的做法。<sup>①</sup> 即便在如今，尽管国际法已经成为独立的法律部门与法律学科，但若要重新界定自然国际法<sup>②</sup>，那么毫无疑问，不论是否采用笔者的思考进路和界定方法，都至少应当承认，自然国际法拥有与自然法一样的基本原则。因此，本书在探讨这五大法哲学基本原则的时候，有的时候不会刻意强调其自然国际法属性，而是将其放在整个自然法的领域内来讨论。

本书欲将这五项法哲学基本原则作为一个整体，从一个新的视角、运用新的方法来研究。这一研究内容，具有一定的创新性与进步性，并在一定程度上具有某种时代意义。

不难发现，从法律史学的角度来研究这五项基本原则的论著已经很多了，有关的论述一般是分散的，着重于介绍单个原则的历史演进与发展。本书试图改变这一研究进路，将五大法哲学基本原则作为一个整体，通过梳理其发展演进的历史，寻找各原则之间的联系，探究各原则的不同历史阶段所蕴含的合理因素与成分，从而为在自然法的基础上理解这些原则作出准备。应该看到，这五项原则在其发展历史中不是相互割裂的，而是存在着错综复杂的联系的。这种联系影响了这五项原则的具体内容及其相互之间的关系，如果

---

① 霍布斯曾经在《论公民》中将自然法分为人之间的自然法和国家之间的自然法，并指出后者通常被称为国际法；他还认为，自然法一旦适用于整个国家或民族的时候，就称为国际法。而普芬道夫则完全赞同这一主张。See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 1, p. 226.

② 笔者认为，自然国际法是自然法在国际层面的表现形式，是自然法在某种特定的环境下调整某一类特定的社会关系而体现出来的特定状态。自然国际法具有一切自然法所具有的共性，同时也具有自己的特性——那就是着眼于“国际”层面。决定自然法的，是社会规律，决定自然国际法的，是国际社会规律；而国际社会规律正是社会规律的有机组成部分，是普遍的社会规律作用于国际层面的特定表现形式。由此，自然国际法与自然法在本质上是相同的，在内容上也是相通的，只不过在作用的环境和着眼的重点上面有所区别；两者分享着共同的渊源结构，只不过在特定渊源的具体调整对象和调整方法上存在差异。参见罗国强：《论对自然法的否定之否定与国际法的构成》，载《法学评论》2007年第4期，第42页。

我们仅仅单独地研究某一项基本原则，往往不能取得对自然法基本原则体系的全面认识，并且非常容易在理解这些原则的内涵和外延的时候出现偏差。因此，本书所尝试的这种整合性的研究，具有一定的前沿性与必要性。

还应当看到，在过去的 20 世纪，无论是国内法还是国际法，都获得了很大的数量上的发展，但是在法律的实效上，各国的国内法上都有着诸多难以破解的难题、难以调和的利益冲突、难以妥善解决的争端。而这一点在缺乏中央权威的国际法上尤其突出。

重述法哲学的基本原则，对于提高社会各界对法律的认识，加强社会各界对法律的理解，弥补现有法律制度的不足，促进法律制度的完备和改善，具有较大的意义。法哲学基本原则乃是一切法律制度的基石和出发点，如果我们对法哲学基本原则的来龙去脉、准确含义有了充分的理解和认知，就可以更为充分地发挥自己的主观能动性，更加合理地推动具体法律部门的发展。

为达到上述目标，本书要对这五大法哲学基本原则作出清晰的梳理，从而厘清脉络。

## 二、研究方法步骤

本书拟主要运用历史和比较的方法，研究五大法哲学基本原则的变迁与发展。本计划的研究范围，将聚焦在五大法哲学基本原则的发展历史上。尽管这五大法哲学基本原则有很多人讨论，但这种讨论一般是孤立的，且多数并未进行全面的梳理。

就具体的方法与步骤而言：

首先，本书拟对自然法的发展历程作出梳理，在此基础上，本书将重新界定自然法，阐明扬弃后的自然法的概念与特点，并论证五大法哲学基本原则的自然法属性。

其次，本书拟在大量掌握、阅读与翻译外文文献的基础上，从古代（包括古希腊、古罗马、中世纪）、近代（古典自然法学派、古典实在法学派）、现代（新实在法学派、新自然法学派、法社会学派以及其他具有价值取向的学派）三个方面，从国内法学者和国际法学者两个角度，详细分析正义、公平、平等、善意等法哲学



基本原则的发展史。

再次,本书拟在大量掌握、阅读古文文献的基础上,解析为诸子百家所共推的、作为中国法律文化基本特征的和谐原则的发展,并说明和谐原则属于自然法基本原则的理由及其与其他四项原则的关系。

复次,本书试图在充分扬弃的基础上,对法哲学五大基本原则作出新的自然国际法上的界定,并阐明各原则之间的层级与联系,尤其是发生冲突时的优先顺序;同时,本书拟通过多种方法,阐述法的运作模式,并探讨法哲学基本原则在实践中所起的作用,从而为人们正确运用法哲学基本原则来影响和调整社会关系提供范式。

最后,本书将从这五大法哲学基本原则的实践意义入手,将如今被普遍混同起来的法的基本价值与基本原则区别开来,并将有关的研究从探索自然法基本原则引导到构建实在法基本价值上去。

## 第二节 自然国际法的再界定

本书所要论述的五项法哲学基本原则,都属于自然国际法的范畴。因此,要充分论述这些基本原则,就需要阐明什么是自然法、自然法包括哪些渊源层级等基本问题。为达此目的,充分地梳理西方自然法的流变是非常必要的,但仅仅这样做还不够。笔者希望在充分梳理和借鉴前人研究成果的基础上,对自然法和自然国际法作出新的解读和界定,说明五大法哲学基本原则的(新)自然法属性,并将五大法哲学基本原则放入这一新界定的自然国际法范畴内来进行讨论。

### 一、西方自然法思想的流变

自然法思想是西方法学思想的基本理念。本书拟从客观的角度,介绍西方自然法思想的流变,从而为全面认识与深刻理解西方法学思想、进而更好重构自然法规范体系作一铺垫。

#### (一) 古代:自然法思想之初生

自然法是最古老的法哲学范畴。早在古希腊,人们就认为有连宙斯也要服从的“运命”、“必然”与“定数”这些冥冥的存在。

根据米利都斯学派的哲学，构成实际的基本元素都有扩大自己领土的倾向，然而总有一种必然性或自然律永远地校正着这种平衡。<sup>①</sup>该学派的代表赫拉克利特斯（Heraclitus）提出“逻各斯”（Logos）一词，他认为万物都是根据逻各斯而产生的，但民众对这一范畴往往却是无知的。<sup>②</sup>李家善先生指出，这个“逻各斯”是指事物的客观规律，也就是古希腊的朴素唯物主义所揭示的自然法。<sup>③</sup>

柏拉图的《共和国》将正义原则（自然法）与工具性的法分开，正义原则是基本法，不是统治的工具而是统治的原则。<sup>④</sup>柏拉图认为，正义作为国家的基本法，就意味着一个人应当做他的能力使他所处的生活地位中的工作。在他所畅想的共和国中，统治者、军人以及生产阶层三大等级都要固守自己的天职（分别是统治的职责、辅助统治的职责以及生产的职责），恪尽职守而不干涉任何他人的事务，正所谓“各守本分、各司其职，就是正义”。柏拉图进而阐述说，就法律诉讼而言，正义就是指人应得到并关注那些理应属于他的东西，即“各得其所”。<sup>⑤</sup>在《法律》中，柏拉图指出，人定法是根据神的旨意制定的，包括统治者在内的人类都要服从神的权威。<sup>⑥</sup>

与柏拉图认为正义先于善并通过善实现不同，亚里士多德坚称，正义是从属于善的，达致善的本质乃是政治组织的主要目标。他把正义分为分配正义（Distributive Justice）与矫正正义（Corrective Justice），其中分配正义的主要意思就是“为各人所得的归于

① 参见[英]罗素：《西方哲学史》（上卷），何兆武等译，商务印书馆1963年版，第33、52~53页。

② See Michael Gagarin and Paul Woodruff, *Early Greek Political Thought from Homer to the Sophists*, Cambridge University Press, 1995, p. 151.

③ 参见李家善：《国际法学史新论》，法律出版社1987年版，第47页。

④ See Plato, *Republic and Other Works*, Jowett translated, Anchor Books, 1973, p. 137.

⑤ See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, pp. 120-128.

⑥ See *The Law of Plato*, Pangl translated, The University of Chicago Press, 1980, 624a-625d.

各人”。<sup>①</sup> 亚里士多德反对柏拉图式的僵化的“各守本分”的正义。<sup>②</sup> 尽管亚里士多德与柏拉图在自然法的内部结构上有不同观点，但这不影响他对自然法的外延与特性的精辟阐发，“自然的正义在任何地方都具有相同的效力，并且不依赖于接受。法律的正义是指那种制定时可采取不同形式，一旦制定后便具有决定意义的正义。”<sup>③</sup> 亚里士多德明确地将政治正义划分为自然正义（自然法）与法律正义（实在法），并提出自然法的永恒性、普遍性与不变性，堪称自然法理论的创始人之一。<sup>④</sup>

稍后的斯多葛学派对自然法理论作了更为系统而明确的阐述。这一哲学派别崇尚自然与理性，认为“普遍的规律”也就是“正当的理性”，是渗透于万物之中的，是与宇宙最高的首脑同一的。其代表人物克吕西波斯（Khrusippos）在《论主要的善》中宣称，“主要的善就是以一种顺从自然的方式生活”。在他们看来，整个人类都是在自然法的指导之下理性生活的，尽管有的人并不情愿如此。<sup>⑤</sup> 斯多葛学派将自然法作为其哲学体系的中心，他们认为自然是弥漫整个宇宙、等同于神的支配原则，自然法同理性是一回事，自然法这种理性乃是法律与正义的基础，自然法具有普遍性、适用于世界上各个角落。<sup>⑥</sup>

古罗马人推崇斯多葛学派，西塞罗更是很好地继承了这一学派的精髓。西塞罗认为，理性是人区别于动物的本质属性，自然法是唯

<sup>①</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Thomson translated, Penguin Books, 1976, pp. 171-188.

<sup>②</sup> See Aristotle, *The Politics*, Penguin Books, 1981, p. 226.

<sup>③</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Thomson translated, Penguin Books, 1976, p. 189.

<sup>④</sup> 参见张乃根：《西方法哲学史纲》（增补本），中国政法大学出版社2002年版，第48页。

<sup>⑤</sup> 参见〔英〕罗素：《西方哲学史》（上卷），何兆武等译，商务印书馆1963年版，第322~325页。

<sup>⑥</sup> 参见何勤华：《西方法学史》（第二版），中国政法大学出版社2000年版，第23~25页。

一正确的理性,是永恒不变和普遍适用的;人定法因具体环境的不同而不同,但是必须符合自然法。<sup>①</sup> 他还在《关于最高的善和最大的恶》(De Finibus Bonorum et Malorum)中提出,理性是衡量正义与不正义的标准,按照理性给予每个人以应得的东西,这就是正义的态度。<sup>②</sup>

罗马帝国的法学家们承认自然法的基础地位,《学说汇纂》开门见山地说:“法源于正义”,“法是关于善和公平的艺术”。<sup>③</sup> 在《法学概论》里,自然法、万民法、市民法被认为是罗马私法的三重起源,但值得注意的是,这里面的“自然法”被界定为适用于生物界的自然法则,反倒是万民法被界定成理性为所有人规定的规则。<sup>④</sup> 可见这一时期,自然法被部分学者推演为调整整个生物界的客观规律,实际上超出了“法”(调整人类社会关系的规范)的范畴,未超出的部分由万民法继承。

步入中世纪,基督教全面影响了社会关系,自然法理论也受到教义的影响。奥古斯丁在《上帝之城》中提出,国家必须服从教会,世俗法律必须服从上帝的永恒法,从而用永恒法取代了自然法,用上帝取代了斯多葛学派的“理性”。<sup>⑤</sup> 托马斯·阿奎那在其《神学大全·论法》中,融合了奥古斯丁的神学法律思想和亚里士多德的自然法思想,提出了经典的神学自然法学。阿奎那在自然法之上又加入了所谓“永恒法”,他认为永恒法是唯一正确的理性,但是这种理性不是人类的理性而是上帝的理性,其他的法都来源于永恒法。这实际上是抽空了自然法的内核,也正因为如此,阿奎那对自然法的定义就不得不很晦涩:“在理性动物中,对永恒法的参

<sup>①</sup> See Cicero, *On the Commonwealth*, Macmillan Publishing Company, 1976, pp. 197-216.

<sup>②</sup> See Cicero, *On Moral Ends*, Cambridge University Press, 2001, pp. 117-125.

<sup>③</sup> *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Cambridge University Press, 1904, D, 1, 1, 1, 1.

<sup>④</sup> See *The Institutes of Justinian*, Oxford: The Clarendon Press, 1949, pp. 3-14.

<sup>⑤</sup> See Augustine, *The City of God against the Pagans*, Cambridge University Press, 1998, pp. 938-942.

与，就称为自然法。”阿奎那认为从某种意义上讲，自然法是一种习惯，因为人们始终坚持遵守这些规则；他还宣布，自然法的内容可以随着时间的发展而增加或减损（但涉及基本原则的内容不得减损），从而有所变化。<sup>①</sup>在阿奎那的“托马斯主义”中，自然法的理念得到了存续，绝对的自然法观被否定以保证自然法始终符合永恒法，人的理性得到了一定程度的肯定，实在法被要求服从自然法并最终服从永恒法。

及至中世纪后期，封建的神权不再适应逐渐兴起的资本主义生产方式，社会变革暗流涌动，被束缚在神法之中的自然法逐渐向人的理性回归。到了16世纪，一些自然国际法学的先驱纷纷阐述他们的主张，他们虽然不敢断然宣告自然法与神法的决裂，但其论述为这一天的到来创造了理论条件。

苏亚利兹在《法律及神作为立法者》中指出，自然法不依赖于神的意志，它既不是戒律、也不是上位者意志的体现，而是体现应然状态的法律规范；民间关系首先受神圣来源的自然法支配，而辅以万民法，万民法是由自然法发展起来的实在法，是自然法与市民法之间的中介；自然法揭示善恶、赋予人们扬善抑恶的义务，这体现了神的本性之不可分割的两方面，即对善恶的合理判断以及神描述正当行为的意志；抑恶是消极的自然法规则，扬善是积极的自然法规则。<sup>②</sup>苏亚利兹把国际法分为自然法的国际部分和国际意义的万民法两部分，而且其所阐述的自然法观已经具有摆脱神法束缚的因素，这为后来的格老秀斯对自然法与国际法进行实质性的变革创造了条件，只是囿于时代的局限，苏亚利兹尚未与宣扬神法至上的托马斯主义完全决裂。

可见，在古希腊和古罗马时代，自然法一开始就具有等同于规律或者神的权威，这种权威被归结为理性。自然法被认为是实在法

---

<sup>①</sup> See St Thomas Aquinas, *Summa Theologia*, Cambridge University Press, 2006, Vol. 28, p. 23, p. 77, p. 93.

<sup>②</sup> See Francisco Suarez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Oxford: Clarendon Press, 1944, pp. 189-190, pp. 199-200, pp. 223-232.

的基础，具有永恒性、普遍性与不变性。在中世纪，自然法被作为神法的一部分保留了下来，但到了中世纪后期，自然法理论又出现向人的理性回归的迹象。

## （二）近代：自然法思想之繁盛

文艺复兴运动后，古典自然法学派逐渐兴起。在实在法学实力相对孱弱的近代，自然法学居于主导地位，并对西方法学的发展起了至关重要的作用。这一时期，自然法既是实在法的基本素材，又是实在法的指导原则与评价标准，部分自然法还被直接适用于社会关系以填补实在法的空白。以国际法为例，在国际法发展的近代阶段，自然国际法占据主导地位，实在国际法在自然国际法的影响下逐步发展。那些作为实在国际法体系基础的关于国际法主体、领土法、外交法、条约法、海洋法、战争法的习惯与条约，很多都取材自罗马万民法。比如，关于国家承认与继承的习惯法就是来自罗马法的人法。又如，国际法上关于领土的习惯法（包括领土性质、领土范围、领土取得及救济方式）都是借鉴罗马财产法而得来的。此外，在实在国际法缺乏的情况下，部分自然国际法被直接适用于国际关系，当时的国际仲裁法庭就不乏直接适用一般法律原则来判案的先例。<sup>①</sup>

格老秀斯在其开山巨著《战争与和平法》中明确地将自然法从神学中解放出来，他宣称，即便上帝不存在或者不关心人类事务，自然法也能存在；自然法是不可改变的，在这个意义上，上帝也不能改变它。格老秀斯认为，自然法是正当理性的命令，它既调整人类意志之外的事物也调整由人类有意识的行为所导致的后果，国际法分为自然国际法与意志（实在）国际法。<sup>②</sup> 经过被誉为“国际法之父”和“自然法之父”的格老秀斯的创造性整理与阐

<sup>①</sup> 参见罗国强：《国际法本体论》，法律出版社2008年版，第55页。

<sup>②</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, pp. 39-40. 对格老秀斯《战争与和平法》更全面的介绍，参见罗国强：《从〈战争与和平法〉看“和平崛起”的国际法基础》，载《比较法研究》2005年第6期，第95~97页。

述，自然法理论就此重新焕发了生机。

霍布斯尽管多次声称自然法并非真正的法律——除非其属于圣经中的训诫，但他承认自然法是永恒不变的真理，认为自然法是在理性基础上签订的和平的合适条款。他在其代表作《利维坦》中指出，自然权利是每个人所享有的运用自身能力、按照自己的意愿来维持自身本性的那种自由，而自然法是人们为了自保而注意到的某些限制其自然自由或权利的戒律。<sup>①</sup> 在其较早时候出版的《论公民》中，霍布斯论证道，所谓正确理性，就是在人类自然状态下，一个人自己的关于其损人利己行为的真实思维活动；自然法就是正确理性为了尽可能长久地保持人的生命和肢体所发出的关于应做什么、不应做什么的指令，只有努力保持理性思维的人才能发现自然法；自然法是永恒的、不可改变的，其所禁止的永远不会合法，其所要求的也永远不会不合法；自然法与道德律是一回事。尤为值得一提的是，他从“自我保存与安全”这一基本的理性指令出发，列举了 19 条自然法戒律，开始了探索自然法基本框架的初步尝试。<sup>②</sup>

普芬道夫一方面不同意格老秀斯将自然法与神法从内容到形式层面完全而彻底地剥离的做法，因其认为理性的命令若要具有法律

① See Thomas Hobbes, *Leviathan*, Collier Books, 1962, pp. 102-132.

② 这 19 条自然法戒律包括：（1）能寻求和平则和平，不能寻求和平则自卫并寻求援助；（2）信守协议；（3）若有人基于你的诚信给予你某项利益，毋失信于人；（4）每个人都应虑及他人；（5）若有人致歉并要求宽恕，则在得到对未来的保证的情况下，应宽恕其过去；（6）惩戒应只考虑未来的善而不考虑过去的恶；（7）每个人都不应侮辱他人；（8）每个人都应被视为与任何其他人是平等的；（9）己所欲，施于人；（10）赋予他人权利时应公平对待双方；（11）不可分物应尽可能共同使用，每个人应各取所需；（12）不可分且不可共用的物，应轮流或抽签决定其使用；（13）不可分或不可共有的物归先占者所有；（14）和平解决争端的调解人应享有豁免权；（15）当事方有权益争议的，应将其提交第三方仲裁；（16）人不应在自己的案件中充当法官或仲裁人；（17）对争端当事方的其中一方获胜有物质或精神利益期待的人不应担任案件的仲裁人；（18）在案情缺乏明确证据时，仲裁人或法官可依据对双方公平的证言，自主决定如何裁判；（19）仲裁人应保持独立性。See Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, pp. 33-57.



拘束力，至少在形式上必须以一个上位者（上帝）的存在为前提；<sup>①</sup> 另一方面则承继了西塞罗的主张，认为自然法是基于人类的社会属性，即纯粹的理性，自然法是普遍的、基本的法。<sup>②</sup> 他界定说，自然法是关于社会性的法，是教人如何做才能成为人类社会的一名有用成员的规范；由此，最具根本性的自然法就是，每个人都应竭尽全力培养并维持社会性。<sup>③</sup> 普芬道夫还指出，自然法与人类的自然和社会属性是如此地和谐以至于人类缺了它就不会有良好而和平的社会组织结构，自然法基于自身对全体人类的持续的功效而具有一种天然的利益和效用，自然法能够经由人类所特有的、作为人类普遍特性来考虑的思想天赋而被发现和理解；理性本身并不等于自然法，而仅仅是指通过其正确运用借以发现自然法的手段；自然法是真正的法律而不仅仅是一种道德指南，只要还存在着法，自然法就不应被终结，自然法不依赖于国家间的合意，主权者必须服从自然法。<sup>④</sup>

莱布尼茨认为，自然法就是保障或者促进自然社会关系的规则。自然法上的权利分为三个等级，第一等级是交换正义中的严格权利（即不伤害他人），第二等级是分配正义中的公平（即对所有人行善，狭义上可称之为仁慈），第三等级是普遍正义中的虔诚（即恭顺诚实）。由此，自然法的渊源也就得到了体现。而国际法的基础与自然法一样，也是这些原则。<sup>⑤</sup>

洛克相信，自然法是一种理性的要求，是适用于所有人的永恒

---

① See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 1, p. 215.

② See Samuel Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, Oxford: Clarendon Press, 1931, Vol. 2, p. 208.

③ See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Cambridge University Press, 1991, p. 35.

④ See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 1, p. 112, p. 219, Vol. 2, p. 179.

⑤ See Leibniz, *Political Writings*, Patrick Riley translated and edited, Cambridge University Press, 1972, pp. 77-79, pp. 171-175.



规则，但是他反对每个人都可以成为自然法执行者的说法，主张建立社会契约（实在法）来执行自然法。<sup>①</sup> 由此，他着手论证了一套自己的自然法体系：首先，自然法就是道德法，即通过自然之光所揭示的天命；其次，自然法并非先验地存在于人类思想中，也不是来自于传统，更不是由人类的共同意志所决定的；再次，理性是指在一项明确而固定的逻辑顺序之下，从已知推向未知、举一反三的思维推理能力，人类需要运用理性、通过思维活动，来获取关于自然法的知识；复次，人类受到自然法的拘束，并且这种拘束力是普遍而永恒的；最后，个人的利益并非自然法的基础。<sup>②</sup>

孟德斯鸠认为，法就是规范地球上所有人民的人类理性，自然法是调整人类自然关系（即人类社会形成之前的关系）、源于人类自然本性的规范；自然法优于其他一切法；自然法是永恒的，实在法不能违反自然法。从社会契约论的视角出发，孟德斯鸠总结出了四项自然法规则：和平、寻求发展、请求慰藉、渴望社会生活。<sup>③</sup>

伏尔泰把自然法看做人定法的基础和根据，认为自然法就蕴含在人类自身的利益和理性之中。他指出，一个社会要存在下去，就必须有一些规律，无论在什么地方，都存在着一些自然法则，它们是社会的永恒联系和根本法律。面对着各国人定法的缺陷和社会秩序（尤其是国际秩序）的混乱，伏尔泰畅想了一套独立于所有人定法之外的自然法：各享其成；各敬父母；各自无权控制邻人的生活。<sup>④</sup>

作为稍后的德国哲理法学派的代表人物，康德与黑格尔都承认某种高于或先于实在法的法的存在。康德倾向于将自然法等同于道德律，但是他所说的道德不是建立在经验人性基础之上的规范，而

<sup>①</sup> See John Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett edited, Cambridge University Press, 1988, pp. 270-277.

<sup>②</sup> See Locke, *Political Essays*, Mark Goldie edited, Cambridge University Press, 1997, pp. 79-133.

<sup>③</sup> See Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Cambridge University Press, 1989, pp. 6-8.

<sup>④</sup> See Voltaire, *Political Writings*, David Williams edited and translated, Cambridge University Press, 1994, p. 16, p. 107.

是一种建立在理性命令基础上的“绝对规范”(the Categorical Imperative),这种理性就存在于他所称的先验的、应然的“本体的”(Noumenal)世界之中。康德指出,理性就是一种使生灵超越其自然本能的能力,是其在运用自身各种能力的过程中所遵循的规则和意图。<sup>①</sup> 康德虽然称自然法为道德,但是他所说的道德律实为一种理性法。

值得一提的是,黑格尔在《法哲学原理》中提出了“抽象法”(Abstract Right)概念,他认为,抽象法是自在的法,是人们自然享有的普遍权利,实在法是被国家以法律形式加以确认的法律权利;实在法必须反映和符合抽象法,抽象法可以通过国家的介入转化为实在法。他进而指出,尽管自然法与实在法是不同的,但不应夸大这种区别,相反,两者之间的关系就像《法学概论》(即法学基本原理)和《学说汇纂》(即法学全书)一样。<sup>②</sup> 黑格尔不仅指出了自然法的抽象性,而且重视自然法与实在法之间的联系,他的论证为自然法与实在法之间的转化搭建了桥梁。

可见,在近代,尽管托马斯主义残存着一些影响,然而自然法基本上又重新被归结为人类的理性或规律,自然法维持了其一贯的高于实在法、普遍适用、永恒不变的特性。尽管一开始古典自然法学派倾向于认为自然法很大一部分由特殊而具体的规则构成(这显然是受了罗马法的影响),但经过黑格尔的论证之后,自然法的抽象性及其与实在法之间的可转化性逐渐被认识到,自然法的基本框架开始被研究。

### (三) 现代:自然法思想的衰落与复兴

现代资本主义社会主义市场经济的发展,客观上需要更多、更完善的制定法,适应于这种需要,实在法无论是在国内社会还是在国际

<sup>①</sup> See Immanuel Kant, *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*, New York: Liberal Arts Press, 1949, pp. 38-64.; *The Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1965, pp. 39-44.

<sup>②</sup> See Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, Wood edited, Nisbet translated, Cambridge University Press, 1991, p. 29. 括号内的说明为笔者所加。从该书的题目以及内容来看,黑格尔基本上是将 right 一词作为“法”来使用的。

社会、无论是在量上还是质上，都出现了井喷式的发展。由此，实在法学进入了一个飞速发展的时期，并取代自然法学占据了学术的主流地位。而与之相伴随的，就是自然法学的衰落。

尽管实在法学占主流是社会发展到现代阶段的必然，但即便是如此，完全弃自然法于不顾的、片面的实在法本体思维仍然是错误的和有害的。实际上，尽管这一时期自然法不再被直接适用于社会关系（至少在国内法中是如此），但即便这样，自然法仍然保持着对实在法的指导、评价作用，自然法规则仍然在被转化为实在法。仍以国际法为例，到了国际法发展的现代阶段，实在国际法逐渐繁盛，占据了主导地位。在极端实在法主义的影响下，自然国际法一度不再被直接适用于国际关系，已经被上升为条约法的，适用于外层空间、南极、国际海底区域的“不得据为己有”原则、“公共利益”原则以及“人类的共同继承遗产”原则，都是由万民法中的“共有物”等概念以及罗马财产法发展而来的。虽然被直接适用于国际关系的情况大大减少了，但是出于实在国际法的结构性缺陷，自然国际法时常被用来解释实在国际法，部分自然国际法也仍然有可能被直接适用于国际关系。比如，“马尔顿条款”（Martens Clause）规定，即使缺乏相应的国际协定，平民和战斗人员仍然受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配，显然，这里的“国际法原则”并非实在国际法。无论如何，20世纪实在国际法的迅猛发展，是离不开自然国际法的影响与支持的。<sup>①</sup>

20世纪初，自然法思想开始被激活。<sup>②</sup> 韦伯、庞德、科勒等法社会学者都对自然法哲学持同情的态度。新康德主义的倡导人施塔姆勒试图根据先验的推论创立一种现代的自然法哲学，他没有提出具

---

① 参见罗国强：《论自然法的否定之否定与国际法的构成》，载《法学评论》2007年第4期，第43页。

② See Roscoe Pound, *The Revival of Natural Law*, Notre Dame Lawyer, Vol. 17, 1942, p. 287; Charles Grove Haines, *The Revival of Natural Law Concept*, New York: Russell & Russell Inc., 1965, pp. 237-302.

体的自然法制度,而是提出了一种检验实在法律规则正义与否的宽泛标准,这套标准被称之为一种“内容多变的自然法”。<sup>①</sup>正如劳特派特在其负责修订的《奥本海国际法》中所指出的,无论严格的实在法主义在国际法的历史上有过什么优点,它不能再被认为与现行的国际法相符合了。<sup>②</sup>于是,到了20世纪20年代,自然法学说在实现了一次否定之否定之后,几乎在所有国家中重新出现了。<sup>③</sup>

而在第二次世界大战中,法西斯势力对世界人民造成的巨大灾难,更是唤醒了人们对极端实在法主义的迷信状态:假如我们的法律没有正义的标准,不分善和恶,那么,许多邪恶的势力就可以利用法律作为残害人民的工具,我们也无法追究这些势力的法律责任。在这种背景之下,自然法学说得以迅速复兴。<sup>④</sup>

在忽视自然法所造成的残酷现实的震撼和警醒之下,到20世纪下半叶,古老的自然法学全面而迅速地复苏,新自然法学派正式登上历史舞台。

富勒批评实在法学忽视了法律的正义,他指出,真正的法律制度必须符合一定的内在道德(程序自然法)和外在道德(实体自然法),程序自然法保证法律的形式合法性,实体自然法则为法律制度确定目标。他还为程序自然法列出了八项标准,并声称,满足了这些标准,就可以“使法律成为可能的道德”。这八项标准包括:(1)必须制定一些能指导特定行为的一般性规则;(2)这些一般性规则必须予以公布,至少应当对其所适用的人公布;(3)大多数情况下这些规则都不溯及既往;(4)这些规则应当明确易懂;(5)这些规则之间不存在矛盾;(6)这些规则不应当要求不

<sup>①</sup> See Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung*, 2nd, Leipzig, 1906, p. 165.

<sup>②</sup> 参见《奥本海国际法》第八版,王铁崖、陈体强译,上卷,第1分册,商务印书馆1981年版,第84页。

<sup>③</sup> See Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: Macmillan, 1954, p. 276.

<sup>④</sup> 参见何勤华:《西方法学史》(第二版),中国政法大学出版社2000年版,第451页。

可能实现的事情；(7) 这些规则不应当过于频繁地更改；(8) 所颁布的规则与其实际执行之间具有一致性。<sup>①</sup> 此外，他反对将自然法看做一种预先制定的永恒不变的规则。<sup>②</sup>

达班从人性中推论出了自然法，他认为，自然法是某种为人性所规定的最低限度的伦理要求，自然法支配实在法；与自然法相矛盾的法律不配称之为法律，与道德相矛盾的东西不能包含在公共利益之中。<sup>③</sup>

霍尔坚称，合理性与道德性是法律的实质，实在法如果完全不具备道德的内容，就不具有法律的性质。为了强调和推崇民主，他主张对传统的自然法理论作出修正，并倡导一种“民主的自然法”(Democratic Natural Law)。<sup>④</sup>

菲尼斯主张恢复亚里士多德式的以“善”为中心的自然法学。他相信，自然法建立在一个不证自明的、人们无须诉诸理性争论和逻辑论证就能够接受的命题之上——人类基本倾向的目标是一种更为普遍的善的形式。他指出，理性将那些方法论上的要求适用于基本的人类的善之上，由此就生成了一套普遍的道德标准。他认为实在法派生于自然法，自然法可以解释实在法的责任效力。菲尼斯将自然法分为前道德的自然法（基本的善）与道德的自然法（实践理性），并提出了前道德的自然法的七项形式与道德的自然法的九项要求。他把自然法原则概括为：作为有待追求和实现的善的一组基本实践原则；一组实践理性；一组一般道德标准。<sup>⑤</sup>

① See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press, 1969, pp. 38-91.

② See Fuller, *American Legal Philosophy at Mid-Century*, *Journal of Legal Education*, Vol. 6, 1954, p. 470.

③ See Jean Dabin, *General Theory of Law*, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Cambridge: Harvard University Press, 1950, pp. 419-456.

④ See Jerome Hall, *Living Law of Democratic Society*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1949, pp. 85-139.

⑤ See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 67-70, pp. 85-86, pp. 103-126.

马里旦指出,对人类而言,自然法就是道德法,因为人随意地而非必然地遵守或不遵守它。在其本体论方面,自然法是关于人类行为的理想秩序;另一方面,自然法是体现在人类社会最普遍最久远遗产中的不成文的知识。他坚信,实在法与国际法依赖于某种广泛与抽象的永恒法与自然法规则,它们是自然法的延伸;而自然法之所以是法,仅因为它是对永恒法的参与。<sup>①</sup>

菲德罗斯肯定了自然法在国际法中的存在。他认为,自然国际法是一种关于人类本质的法律理念,自然国际法构成和调整着实在国际法;自然国际法不是不变的,也不是完全的,而是含有价值的。他的观点得到了兴德勒尔、赫特等人的赞同,后者都主张,国际法需要必不可少的价值标准或精神基础。<sup>②</sup>

新自然法学的思路在国际法领域得到了延续。特森提出,国际法应当是“在道德上合法的”(Morally Legitimate),道德分析是国际法不可分割的一部分。<sup>③</sup>布彻南则主张避开关于“国际法是什么”的古老争论,而在“国际法应该怎样”这个问题上将实在国际法主义与关于国际法的道德理论结合起来。他认为,实在主义是关于法律是什么的理论,与法律应该怎样无关,即便假设法律实在主义是正确的,也不意味着关于国际法的道德理论是令人误入歧途的。相反,在他看来,一种关于国际法的道德理论,不仅可以批评现状,而且可以为国际法步入一个更好的状态提供指导。<sup>④</sup>

可见,新自然法学派依然坚持了自然法的外部特征,即高于实在法以及对实在法的指导性和评价性。他们注意到了自然法与实在法的互动,并且普遍重视探讨自然法体系的具体框架。他们擅长将

---

<sup>①</sup> See Jacques Maritain, *Man and the State*, University of Chicago Press, 1951, pp. 87-101.

<sup>②</sup> 参见[奥]菲德罗斯等:《国际法》,李浩培译,商务印书馆1981年版,第18~33页。

<sup>③</sup> See Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, 1998, p. 2, p. 26.

<sup>④</sup> See Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-determination*, Oxford University Press, 2004, pp. 15-29.

现实中的各种问题与自然法联系起来，并通过各种不同的视角来讨论这些与自然法有关的问题，从而为自然法思想体系在具体层面的丰富作出了巨大贡献。但同时，出于现实的提倡民主、维护人权、崇尚法治，并让人更容易理解与认同其主张的需要，<sup>①</sup> 他们竭力减少自然法的抽象性，肢解了自然法理念的内核。自然法不再被归结为晦涩难懂的理性或规律，而被世俗化为人们耳熟能详的道德，而且，各学者对道德的不同方面有不同偏好，他们论述的“实在法与自然法”的关系实际上是法与道德的关系。

此外，“二战”以来，在自然法复兴思潮的影响下，很多学者（包括一些实在法学者）开始同情或接纳自然法哲学。

罗尔斯受到柏拉图的影响，倾向于自然法哲学。在其名著《正义论》中，罗尔斯提出，正义是社会制度的基础，正义原则不是政治和法律的原则，而是人们在完全平等的状况下共同选择的基本道德原则。正义是人们所选择的一系列普遍原则的第一个，在正义原则的基础上，人们再选择其他原则以构建宪政制度和其他政治法律制度。罗尔斯把正义原则分为对制度的正义原则与对个人的正义原则，前者首先指每个人都有平等的权利与自由，其次指即便存在社会经济的不平等，但可以合理地期望这对每个人都有利且地位与官职对所有人开放，后者主要指公正原则与自然责任原则。罗尔斯声称，实质正义是指制度本身的正义，形式正义是指对制度的服从，形式正义归根结底是为实质正义服务的。概括说来，罗尔斯阐述了一套甚为精细的正义理论，并提出了诸多与正义有关的范畴，比如“公平的正义观”、“作为正义主体的制度”、“形式正义”、“作为规则的正义”、“程序正义”、“国际社会的正义”等。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> 诚然，这是完全可以理解的，正如博登海默指出的，为我们所知晓的许多绝对的法律哲学都表明，法律思想家都试图激励他们同时代的人去关注他们各自时代所存在的某些尖锐且迫切需要解决的问题。参见[美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第223页。

<sup>②</sup> See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition, 1999, pp. 3-15, pp. 47-77, pp. 206-210.



罗尔斯在《正义论》中虽然没有专门述及自然法，但他肯定法治必须遵守一定的正义准则，实际上是接受了自然法高于实在法的命题。

值得一提的是，以前曾经是极端的实在法学者的拉德布鲁赫，在亲眼见证了极端实在法主义被纳粹德国利用所造成的巨大危害之后，接受了自然法的思想。他起初坚持一种极端的“价值相对主义”（*der werttheoretische relativismus*），认为实在法可以任意选择价值，如此一来，即使是不公正的实在法也是为法的稳定价值服务的。而“二战”后，拉德布鲁赫采取了“温和的价值相对主义”态度。他指出，人们不能认为凭借不同时代的法律观的提示，完全凭经验就可以驳倒自然法的要求。他承认，为了使法律名副其实，法律就必须满足某些绝对的要求，而完全不正义的法律必须让位于正义；正义是一个不可能从其他价值中推导出来的绝对价值；除了正义，法律的理念不可能是其他理念；法律源于正义就如同源于它的母亲一样。<sup>①</sup> 作为著名学者，拉德布鲁赫的这次转向，宣告了绝对实在法主义的失败，震动了西方法学界，并大大促进了新自然法学的发展。

科因以“最高法律原则”的名义对自然法作了新的论证，他认为，最高法律原则建立在所有正确的法律的基础——道德价值之上，这些价值客观存在着，并能够为人类理性所认识。<sup>②</sup> 类似地，考夫曼也赞成一个“内容可变更的自然法”概念。<sup>③</sup>

作为法社会学派代表之一的塞尔茨尼克，也旗帜鲜明地主张将自然法观念引入法社会学。他认为，服从实在法并不意味着要放弃理性的评价，法律的存在不可能离开各种价值的实现，而自然法就

---

① See Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Auflage, 1965, p. 29; Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, Radbruch and Dabin edited, *The Legal Philosophy of Lask*, Cambridge, 1950, pp. 90-111.

② See Helmut Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Versuch zu einer Neubegründung des Naturrechts*, 1947, pp. 28-54.

③ See A. Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre-und was daraus geworden ist*, FS St. Gagnér, 1991, S. 105 ff.



是一整套可以评判实在法的价值观。他还强调说，自然法是可变的，自然法的理想只有在历史发展过程中实现。<sup>①</sup>

韦基奥从人的普遍本性中去推导自然法，他认为，自然法是一套关于最高真理的理性的体系，是据以评价实在法、衡量其内在正义的标准。<sup>②</sup>

可见，这部分学者基本上延续了新自然法学派的思路，即强调自然法在主观上的必要性、强调价值取向的重要性。他们认为自然法是可变的，这是对古典自然法学的扬弃；他们强调自然法对实在法的评价作用，这是对极端实在法学的扬弃。他们大多认为自然法是一种与基本道德紧密相关的价值或含有价值的理念，很多人甚至断言价值就是道德作用于法律的必然产物。

综上所述，自然法思想在西方社会的流变，经历了一个从初生到繁荣，从衰落到复兴的过程。自然法思想是西方法学观的根基，无论今天的西方法学如何发展与创新，本质上都不能摆脱自然法思想的影响。古希腊与古罗马时期的自然法思想为我们提供了最基本的元素：理性、规律、超实在性、普遍性等。近代的自然法思想较为完整，除了将自然法世俗化并承继以往的基本元素之外，还增加了抽象性概念以及对基本框架的研究。现代的自然法思想维持了自然法的外部特征，丰富了自然法体系的具体框架；但自然法不再被归结为理性或规律，而被世俗化为道德或价值。<sup>③</sup>

综上所述，对自然法这一范畴的界定，历经古代、近代与现代，有一个逐渐发展但是不无曲折的过程。我们在当代对自然法进行否定之否定，需要对上述观点作出正确评价并去粗取精。

---

① See Philip Selznick, *Sociology and Natural Law*, Cohen and Cohen's Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy, Little, Brown and Company, 1979, pp. 640-654.

② See Del Vecchio, *Philosophy of Law*, Washington: The Catholic University of America Press, 1953, p. 45.

③ 参见罗国强：《西方自然法思想的流变》，载《国外社会科学》2008年第3期，第40页。

## 二、扬弃后的再界定

考察界定自然法的整个体系，不难发现它包括两个命题：自然法是什么？自然法有何特性？每一个历史时期的学者在界定自然法的时候，总体上几乎都会涉及上述命题。

古希腊与古罗马时期的自然法思想，虽然比较粗糙且有神学倾向，但是为我们提供了最基本的元素：理性、规律、超实在性、普遍性等。近代的自然法思想较为完整，除了将自然法世俗化并承继以往的基本元素之外，还增加了抽象性概念以及对基本框架的研究。现代的自然法思想维持了自然法的外部特征，丰富了自然法体系的具体框架；但自然法不再被归结为理性或规律，而被世俗化为道德或价值；这种做法在取得短期效果的同时也埋下了自然法长期处于含混状态、不能充分发挥应有作用的隐患。

我认为，当代的自然法界定，应该吸收以下正确因素：理性、规律、超实在性、普遍性、抽象性、自然法与实在法的互动；应该否定以下错误的因素：唯心主义、不可知论、自然法与道德的等同。进而，应该在实现上述扬弃的基础上，重新回答所有命题。

### （一）自然法是什么？

我认为，自然法本质上是理性对社会规律的认识，是调整社会关系的发现性规则。这一定义吸取了前人提出的理性、规律等合理元素，并且克服了唯心主义、不可知论以及自然法与道德的等同，是一种否定之否定。

古代或近代的学者，有的认为自然法是理性，有的认为自然法是规律，这都是有其合理之处的，然而也都是片面的。

#### 1. 理性对社会规律的认识。

如果只认为自然法是理性，那么就犯了唯心主义的错误。因为自然法作为一种“法”，属于上层建筑的范畴，也就是说它是一种社会意识，而社会意识必然是对一定社会存在的反映。理性是人类意识的一种，它可以被界定为人类意识的抽象性的精华，但是它决不会是没有社会存在基础的空中楼阁，在唯物辩证法看来，康德唯心主义哲学上讲的“纯粹理性”是不存在的。自然法是理性的，

但是它不是没有客观来源的理性，这种作为人类意识抽象精华的理性必定有其认识的对象，并以后者的存在为条件。自然法所要认识的对象，不是具体的社会现象，而是普遍的社会规律。葛洪义先生曾经指出，法律是社会需要的反映，是社会发展规律的记载和表述，不是一部分人强加于另一部分人的，它的生命力始终来源于永恒的社会运动。<sup>①</sup>这与本书的观点是类似的，但这里的“法律”一词的外延似乎需要予以限定，因为体现社会发展规律仅仅是自然法的任务，实在法不可能、也不需要以表述社会发展规律为己任。我们只能说，从根本上讲，实在法最终不能违反自然法、违反社会发展规律。

同样，如果简单地认为自然法就是规律，那也是错误的，并且有可能导致不可知论。规律是客观存在的物质世界联系与发展的一般性质，它不是人的意识。既然自然法属于社会意识，那么自然法绝不可能等同于规律本身。规律应该是自然法的客观来源，是自然法所要认识的对象。自然法的存在离不开社会规律，但是它并不是社会规律，它是对社会规律的正确、抽象的认识。梁治平先生在评价以往的自然法时曾说：“自然法云云，只是借助于某种古老的传统，而将人类自身的追求托付于一个客观的公式。这公式是普遍和永恒的，而不同时代的人们填注于其中的主张却并不总是相同的。”<sup>②</sup>在我看来，这句话体现了自然法一直以来的发展方式：所谓“客观的公式”就是社会规律，所谓“填注于其中的主张”就是随着社会规律认识的不断深入而不断发展的自然法，然而，万变不离其宗的是，自然法必定要反映社会规律。

需要特别指出的是，这里作为自然法认识对象的规律，是人类社会的规律，而非自然界的规律。因为自然法是反映并调整社会关系的，与自然界的规律没有直接联系，从这一意义上讲，古

---

<sup>①</sup> 参见葛洪义：《探索与对话：法理学导论》，山东人民出版社2000年版，第250页。

<sup>②</sup> 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社1991年版，第311页。

罗马法学者将自然法推广至整个生物圈，等于是破坏了自然法。显而易见，有自然界就有自然规律，社会规律只有当人类社会产生之后才可能出现。自然界演化出生物，生物演化出人类，从这个意义上讲，社会规律也是由自然规律演化而来的。然而，这并不意味着社会规律与自然界的规律没有区别，相反，两者的区别是显著的。正如人类产生之后就成为相对独立于自然界之外的万物之灵并发展出完全不同于自然关系的纷繁复杂的社会关系一样，社会规律一旦产生，就相对独立于自然规律。两者虽然互有渗透与重合，但在特定的领域内（自然领域与社会领域）却各自发挥着主导作用：人的生理构造与代谢繁殖主要遵循自然规律；而人的物质分配与精神交流主要遵循社会规律。自然规律也以人为调整对象，但其调整的是生物意义上的人或其集合。社会规律调整的对象则是社会主体，“社会”本身是个抽象概念，社会主体不仅仅指一个或一群生物意义上的人，而指由特定的政治经济文化联系起来的人或人类群体，比如公民、法人、国家、国际组织等。

由此，理性也就有了客观的评价标准，只有正确地认识到了社会规律，才能够称得上人类意识的抽象精华，才能够算得上理性。对社会规律的错误认识是一种社会意识，但不是理性。当然，格老秀斯曾经使用了“正当理性”（Right Reason）的说法，<sup>①</sup> 这似乎意味着还有“错误理性”的存在，但若果真如此的话，那么只能说明格老秀斯希望以“理性”指代全部的人类抽象思维，而现在这个概念将被扬弃为人类抽象思维的精华。或者，我们可以认为，所谓“正当理性”只是一种为了加深印象的同义反复。

其实，关于理性是正确的真理性认识的判断，之前的学者也有相关的论述。笛卡儿指出，只有那种被认为是绝对必然性的而且不会被质疑的东西，才属于理性认识的范围。<sup>②</sup> 康德则宣称，每个理

---

<sup>①</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, p. 38

<sup>②</sup> See René Desartes, *Philosophical Works*, Cambridge, 1931, p. 3.

性结论必须表现必然性。<sup>①</sup> 布兰萨德认为, 发现必然的联系乃是理性的首要职能。<sup>②</sup> 当然, 这些学者倾向于把理性视为等同于必然真理的绝对知识, 有的甚至认为理性仅包括数理物理学逻辑,<sup>③</sup> 则是走过了头。事实上, 真理是必然性与偶然性、相对性与绝对性的统一。作为真理性认识的理性并不排斥偶然性, 相反, 那些必然要达致的理性认识无不是在偶然中实现的。理性也不排斥相对性, 相反, 只有具有相对性的理性才能够不断发展以至于无限接近绝对性。并且, 只要能够达成对物质世界的真理性认识, 理性可以采取多样的表达方式而不一定限于数学推理, 这在人类以理性认识社会规律时尤为明显。因此, 理性应该被归结为真理性认识, 被归结为人类意识的抽象精华。

梁治平先生认为, 自然法一方面是客观规律, 是无可怀疑的事实; 另一方面又是价值判断, 是属于特定人群的、变动不居的。显然, 本书的主张与之有接近之处, 但是存在两大主要区别, 一是他将自然法的主观方面概括为特定时代特定人群的特定价值判断, 而不是人类意识的抽象精华, 这就无法保障自然法的普遍性与正确性; 二是他没有将自然法的主观方面与客观方面有机地联系起来。如此一来, 他得出自然法是一个自相矛盾的概念的结论也就不足为奇了。<sup>④</sup> 相反, 在本书的界定之下, 自然法是一个内在一致的概念, 自然法不存在正确与错误之分, 只有正确地揭示社会规律的抽象社会意识, 才能被纳入自然法的范畴。

## 2. 发现性规则。

自然法本质上是对社会规律的认识, 并且这种认识是理性的,

<sup>①</sup> See Immanuel Kant, *Schriften zur Metaphysic und Logik*, Wiesbaden, 1958, p. 565.

<sup>②</sup> See Brand Blanshard, *Reason and Analysis*, La Salle, 1962, Vol. 3, p. 25.

<sup>③</sup> See Luis Recaséns Siches, *The Material Logic of the Law*, Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie, 1965, p. 277.

<sup>④</sup> 参见梁治平:《自然法今昔: 法律中的价值追求》, 载《法辩》, 中国政法出版社 2002 年版, 第 198 页。

也就是说,这种认识具有抽象的正确性,是人类智慧的结晶。从这一意义上讲,它虽然是调整社会关系的规则,但是它并非像实在法那样本质上是经由人的意志被制定出来的,它需要人类充分运用智慧、透过种种偶然性因素去不断发现社会规律并正确表达之。因此,自然法是一种“发现性规则”,与之对应,实在法就是一种“制定性规则”。<sup>①</sup>

人为什么需要并且能够发现、表示、运用社会规律?一是由于人生活在社会中,其本质属性是社会性,<sup>②</sup>人有适应社会及其规律、与他人共处的需要。<sup>③</sup>二是由于人具有能动的意识,人可以利用意识来能动地认识社会规律、抽象出相应规则并运用那些规则。

关于法律规则究竟是发现性的还是制定性的,早就存在争论。其实,如果我们运用自然法与实在法的两分法,那么有关问题就会一目了然:法律规则包括发现性规则(自然法),又包括制定性规则(实在法),自然法最终需要通过实在法来落实,实在法在根本上需要符合自然法。

由于制定性规则是根据人的意志制定的,本质上它必然反映某种主观价值判断,实际上,所谓“价值”都反映了人的某种主观倾向,问题只是在于这些主观倾向是符合规律的还是违背规律的(关于价值的主观性后有专门论述)。又由于制定性规则是人针对各种具体的社会关系而制定的,因而制定性规则总的来说是具体的,只不过不同规则在具体程度上存在差异,例如,作为民法一般原则的诚信原则肯定不如专门调整合同成

---

① 参见罗国强:《论自然法的否定之否定与国际法的构成》,载《法学评论》2007年第4期,第39页。

② 马克思在《关于费尔巴哈的提纲》中说得很正确,人的本质并不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总和。参见《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1995年版,第56页。

③ 格老秀斯也指出,自然法的存在是下述事实的必然结果:人类在社会中共同生活,并且能够了解到某些规则对于社会的维持是必需的。See Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 5th edition, Allen and Unwin, 1984, p. 13.

立的要约规则来得具体。与之相对应，由于发现性规则是为了准确反映客观规律，因而尽管其不可避免地带有一定主观性（因为社会规律只能通过人的意识才能被发现并表述），但却必然要求价值中立，即不带任何主观倾向地反映客观规律。又由于发现性规则所反映的都是隐藏在具体社会关系背后的社会规律，因而发现性规则总的来说是抽象的，只不过不同的发现性规则在抽象程度上存在差异，例如，作为自然法基本原则的正义原则肯定比作为自然法一般原则的“约定必须遵守”来得抽象。所以，制定性规则是价值导向的、具体的；发现性规则是价值中立的、抽象的。制定性规则应当符合发现性规则，否则就会成为违背社会规律的错误意志的体现，将对社会发展带来不良影响并终将被废弃。

### 3. 自然法不等于道德。

认识到自然法的本质后，就不难对新自然法学派将道德等同于自然法、认为自然法包含价值的做法作出评判了。

首先，从历史发展与新自然法学派所面临的社会任务的角度看，这种做法是可以理解的。将自然法等同于道德，并不是新自然法学派的独创。古代或近代的自然法出于历史发展阶段的限制，或多或少都与道德有纠缠之处。<sup>①</sup>即使是将自然法从神学中解放出来的格老秀斯，也经常阐述道德观念。霍布斯虽然承认自然法并认为自然法来自理性，但他断言自然法的真正性质是道德哲学。<sup>②</sup>法泰尔则认为自然国际法就是一种约束国家道德意识的内在法。<sup>③</sup>实在法学者们为了将自然法排斥在“真正的法”的范畴之外，也乐于

---

① 比如在古希腊，悲剧作家首次赋予自然法以道德内涵，其后的智者学派则从自然法中引申出一系列人类社会的价值和特有法则，即道德。参见汪太贤：《从神谕到自然的启示：古希腊自然法的源起与生成》，载《现代法学》2004年第6期，第16~25页。

② See Hobbes, *Leviathan*, Collier Books, 1962, p. 124.

③ 参见李家善：《国际法学史新论》，法律出版社1987年版，第121页。



将自然法归为无拘束力的道德，奥斯丁、哈特等人莫不是如此。<sup>①</sup>以至于到了20世纪初，庞德可以在其所著的《法与道德》中自然而然地将自然法与道德等同起来，<sup>②</sup>其后的梅因更是直接将自然法称为“道德世界”。<sup>③</sup>可以说，自然法即道德的观点在历史上不乏充分的理论渊源，新自然法学派所作的，只是延续这一历史而已。没有人会否认弘扬高尚道德的重要性与紧迫性，在这种情况下，新自然法学继续将道德与自然法等同，批判实在法学对道德的漠视，强调道德对法的作用以期望弘扬某些价值，也就不足为奇了。

其次，这种做法总的来说是不正确的，在新的世纪必须被扬弃。的确，道德与自然法都属于上层建筑的一部分，两者具有某些相同的外部属性，比如都比较抽象、都高于实在法、都指导和评价并转化为实在法等。然而，自然法是发现性规则，而道德仍然属于制定性规则，两者不可混同。道德是人们制定的反映一定社会基本价值的规则，道德可以指导、评判实在法，与之相互渗透、相辅相成。<sup>④</sup>这样的作用确实类似于自然法，但这只是因为道德就其本质而言是人们依据某种价值制定出来指导社会实践（其中当然包括立法实践）的规则的缘故。以抽象的道德来评价具体的实在法，可以保障后者遵循与前者一致的价值，这是人们有意识地利用不同上层建筑的不同特性来贯彻其意志的体现。可见，道德本质上仍然不是价值中立的，仍然是主观的，因而也很难说是普遍的。<sup>⑤</sup>相比

① See John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, London: Scholarly Press Inc., 1977, pp. 5-6; H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morality, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, p. 50.

② See Roscoe Pound, *Law and Morals*, University of North Carolina Press, 1924.

③ 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第31页。

④ 关于法与道德的关系，可参见沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社1999年版，第309~319页；张文显主编：《法理学》，法律出版社1997年版，第449~454页；李龙等主编：《法理学》，武汉大学出版社1996年版，第429~435页；周旺生编著：《法理学》，人民法院出版社2002年版，第109~113页。

⑤ 当然，这样说并不是要否认不同社会群体具有某些相似或相通的道德。



之下，自然法是价值中立的、普遍的。它之所以指导着实在法，不是由于人们希望使自己制定的法律遵循某种基本价值，而是由于人们只有使自己制定的法律符合社会规律才能促进社会的发展。凡是在符合某项社会规律作用条件的情况下，对应于该社会规律的自然法就是普遍适用的，只不过在不同的条件下存在不同的社会规律及其作用形式，因而需要适用不同的自然法。毫无疑问，道德作为制定性规则的一种，必定受到社会规律的制约，这意味着它必须符合作为发现性规则的、以社会规律为认识对象的自然法；同时，发现性的自然法必定指导、评价、转化为制定性的道德。言下之意，道德也有可能违背自然法，违背自然法的道德将对社会带来不良影响并最终被摒弃。可见，自然法不是等于道德，而是高于道德。

将自然法等同于道德是错误的，仅仅强调自然法的主观必要性也是片面的。在现代，新自然法学派将自然法等同于道德，虽然短期内起到了强调某种价值观的效果，但从长远来看，却是后患无穷。首先，这使得对主观价值的关注代替了对客观规律的尊重，对道德教化的依赖掩盖了自然法来自社会规律的拘束力，似乎在实在法之上已不存在任何有强制力的约束。从这一意义上讲，依循新自然法学的进路，最终导出的却将是实在法学的结论，即自然法可以被倡导，但绝对没有拘束力。其次，这导致实在法的指导、评价体系因缺失最终基石而难以发挥应有作用。主观的价值与客观的规律在不同的层面上指导着实在法，但只有后者才是最根本层面上的指导因素，只谈价值而不谈规律，不仅无法真正准确地指导实在法的发展，而且就连价值体系本身也会因失去更高的客观评价标准而混乱不堪。更何况，如果不依赖于自然法源自社会规律的拘束力，道德或价值又凭什么来最终实现对有拘束力的实在法的评判、改变、指导呢？<sup>①</sup>

当然，以上的论述并不意味着道德和价值是没有意义的。毋庸

---

<sup>①</sup> 参见罗国强：《论自然法的否定之否定与国际法的构成》，载《法学评论》2007年第4期，第41页。

置疑，有效地调整社会关系的任务，仅仅依靠作为发现性规则的价值中立的自然法是不够的。自然法起的作用是最根本的，但也是最间接的。相比之下，道德与价值则往往可以直接作用于社会主体的意志，对实在法律制度的发展起到决定性的作用。就像麦克考密克所说的那样，没有任何理智的人曾经或者可能曾经建议，法律应该是无价值的。<sup>①</sup>同时，也正如贝克特所提出的，真正的问题，在于我们如何来决定与取舍不同的价值。<sup>②</sup>而这一问题的解决必须诉诸自然法。因此，我们只有在尊重社会规律、依循自然法的基础上，制定正确的道德规范，确立正确的价值取向，才能够使实在法得到充分的、多层次的支持与引导，良好地发挥法治的作用。正是基于这个原因，本书一旦确立了自然国际法的基本原则之后，就马上着手建构实在国际法的基本价值体系。

总之，自然法是调整社会关系的发现性规则，是理性对社会规律的认识。自然法不等于道德。相应地，自然国际法是调整国际社会关系的发现性规则，是理性对国际社会规律的认识，自然国际法不等于国际道德。

## （二）自然法有何特性？

笔者认为，自然法具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。

### 1. 超实在性。

自然法与实在法虽然都调整社会关系，但是前者的进路是发现并表达社会规律，后者的进路则是在认知规律的基础上针对实在对象制定具体规则。因此，自然法高于实在法，是制定实在法的基础，对实在法具有指导、评价的作用，换言之，自然法具有超实在性。之前的学者在论述自然法的特性时往往也注意到了这一点。需

---

<sup>①</sup> See Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 233. 显然，作者所说的“法律”仅仅指实在法。

<sup>②</sup> See Jason A. Beckett, *Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL*, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, April, 2005, p. 230.

要指出的是，自然法具有超实在性并不能得出自然法是非成文法，实在法是成文法的结论。<sup>①</sup>显然，即使是实在法也有成文法与非成文法（比如普通法、衡平法、习惯法都是非成文的）之分。实际上，法律规则究竟是以成文的形态表达还是以非成文的形态表达，不过是个形式问题，并不影响其本质属性。由此，自然法既可以采取成文的形式，也可以采取非成文的形式。自然法超实在性的突出体现，在于它不需要主权者的意志或合意就可以成立。

## 2. 抽象性、普遍性、价值中立性。

自然法以认识社会规律为对象，而社会规律是抽象的、普遍的，且赖以发现规律的理性也是人类意识的抽象性精华，这就决定了自然法也必然是抽象的、普遍的。

自然法的普遍性，首先是指其在空间上的普遍性，也就是说，任何一项自然法都是普遍适用于人类社会的，对一个具体的社会关系而言，问题仅仅在于适用哪一项自然法，而不在于自然法是否对其有效力。其次是指其在时间上的普遍性，也就是说，自然法规则一旦产生就普遍适用于任何时候的人类社会。从这个意义上讲，自然法一般不存在实在法那样的“法不溯及既往”的问题，只有当相关的自然法规则因为规律作用方式改变而被修改，在新旧自然法规则之间才会存在一个时间效力的划分问题。

上面已经论证过，自然法必须不带任何主观倾向地反映客观规律，因而必然带有价值中立性。我们通过对自然法观的扬弃，应该充分认识到并强调自然法的价值中立性。言下之意，虽然基于历史的原因，自然法是在从西方文化中吸取养分并成长起来的，但是总的来说，自然法是全人类的智慧结晶，它不应该仅仅是西方文化的产物，它不应该只容纳西方的价值取向。在历史条件合适的当代，自然法必然吸取东方文化的优秀因素，必然容纳东方的价值取向，这在根本上是因为，在东方文化中蕴含着为西方文化所长期忽视的规律性的因素。由此，自然法将在衡平、扬弃、吸收各种不同价值

---

<sup>①</sup> 类似主张参见张文彬：《论私法对国际法的影响》，法律出版社2001年版，第65页。

因素的基础上，实现新的否定之否定，在一个新的高度上认识并反映社会规律。

### 3. 进步性。

进步性有双重含义。首先，它指自然法在任何特定的历史环境中，都是进步的、先进的、相对正确的力量。前面已指出，理性是人类意识的抽象性精华，理性是有客观标准的，只有对社会规律的正确认识才能被纳入这一范畴，因而在某一历史阶段，只有对社会规律的正确认识，才是自然法，自然法在分阶段的特定历史视角下就总是进步的、正确的。其次，它指自然法会随着客观环境的变化而不断发展。也就是说，从宏观的角度来看，自然法在历史长河中是不断演进的。这一是由于人类对社会规律的认识将在深度和广度上逐渐走向深入，理性会不断向更高的层次迈进直至接近无限真理；二是由于规律虽然是不变的，但是规律作用的方式会随着社会条件的变化而改变，自然法必须不断立足于新的社会条件进一步认识社会规律。可见，之前很多学者认为自然法是永恒的、不变的，实际上是将自然法与其调整对象混淆的结果，自然法本质上是理性，是人类意识，必然不是永恒不变的，而是不断向前发展的；而之前很多学者在论证自然法的“相对性”的时候着眼于自然法适用对象的非普遍性的做法也并不准确，因为自然法的适用对象无疑是普遍的，真正的“相对性”体现在自然法的内容（不断演进）和作用条件（千差万别）上。这里所定义的自然法的进步性已经包含了自然法的“相对性”的真正含义。而可以预见的是，新世纪实现否定之否定之后的自然法，在内容上必将比以前的自然法更进一步，更接近无限真理。

### 4. 可转化性。

可转化性是指自然法可以被人类有意识地转化为实在法。在社会生活中，人们往往会利用对社会规律的认识，有意识地制定规则来调整社会关系，以促进人类社会的有序发展。自然法是可以经过一定程序的具体化，而被转变为实在法的。例如，洛克、孟德斯鸠、卢梭、威尔逊等一批近代学者提出的“自由、平等、博爱”，“天赋人权”，“主权在民”，“权力制衡”等自然法原则，通过欧洲

资产阶级革命以及美国独立战争，相继体现在英国《权利法案》、法国《人权宪章》以及美国宪法中，这些原则经国家立法权力具体化，由国家行政权力执行，并通过国家司法权力予以解释，就成为具有直接拘束力的实在法。<sup>①</sup>

总之，自然国际法是调整国际社会关系的发现性规则，是理性对国际社会规律的认识，它具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。

### 第三节 五大法哲学基本原则的自然法属性

#### 一、历史与现实中的自然法属性

从历史的角度来讲，正义、公平、平等、善意这几项法哲学基本原则，从历史上就具有自然法的属性。尽管历史上自然法的称谓不断变化、内涵不断更改，但是基本上，这几项基本原则都保持了自然法基本原则的地位。

在古希腊和古罗马时期，自然法一般指人类的理性，而正义、公平、平等和善意等原则，则都是符合人类理性的基本指导原则。在中世纪，自然法成为神法的一部分，而正义、公平、平等和善意等原则也就成为了造物主所赐予其子民的伦理与社会生活基本准则。在近代，自然法回归理性，正义、公平、平等和善意等原则不仅以新的面貌出现，而且指导了资产阶级革命运动，带动了实在法的发展。在现代，自然法被等同于道德，正义、公平、平等和善意等原则也一度以道德或伦理原则的身份发挥着作用。

当然，正如本书已经指出的，和谐原则并未完整地出现在西方自然法思想中，故而这一原则在历史上的自然法属性无法证明。但是，这并非意味着和谐原则不属于自然法，而仅仅意味着和谐原则在历史上一直在另外一个法律文化系统中发展；这并不能说明和谐

---

<sup>①</sup> 参见罗国强：《论自然法的否定之否定与国际法的构成》，载《法学评论》2007年第4期，第41页。

原则不属于自然法的范畴，而仅仅说明西方自然法思想还存在某种漏洞，在实践理性方面还有待完善。当世界各国的法律文化或理念能够基本相通的时候，和谐原则就可以与正义、公平、平等、善意等“老牌”自然法基本原则并驾齐驱，成为自然法基本原则体系的一部分，弥补西方自然法观念在实践理性方面的一个固有缺陷，并发挥自己应有的作用。

而按照前面所重新界定的自然法的概念，正义、公平、平等、善意、和谐这五项基本原则，都符合自然法的概念和基本特征。它们在本质上都是理性对社会规律的认识，是调整社会关系的发现性规则；它们都具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。

因此，这五大法哲学基本原则不论在历史上还是在现实上都具有自然法的属性。本书所做论述的前提，正是这五项法哲学基本原则属于自然法。在此基础上，本书试图通过梳理这五项原则的历史发展及其之间错综复杂的联系，进一步地发现这些自然法规则的真实内容。

## 二、自然法第一层级的渊源

自然法的渊源，即自然法的存在方式，也就是社会主体借以发现、认识和运用自然法的形式。在实在法上，正式的渊源往往指规范性法律文件或者其他具有法律拘束力的表现形式，如国内法上的宪法和判例、国际法上的条约和习惯，等等。然而，基于自然法的特性，其渊源的构成与否，不取决于实在的法律拘束力的有无，而取决于运用理性发现社会规律的正确与否，正确地反映社会规律的发现性规则可以成为自然法的渊源，不正确地反映社会规律的规则，以及不具有发现性的规则，则不能成为自然法的渊源。

笔者认为，自然法的渊源可以分为以下三类：基本原则（Basic Principles）、一般原则（General Principles）、具体化的原则（Specified Principles）。之所以自然法全部表现为原则，是由于其具有普遍性与抽象性，因而不可能像实在法规则那么具体。但是，自然法体系的展开是有规律的，它必然依循从点到面，从主到次的

逻辑顺序。因此，自然法原则之间仍然有基本、一般、衍生的区别。其中，衍生原则的抽象性相对最弱，其具体程度已经接近于实在法，因而可以称做“具体化”的原则。

这种自然法存在据以展开其体系的基本原则的思想，前人已经表述过。格老秀斯认为，存在一些主要原则，许多比较详细或具体的法律规则，只是人们从这些一般性规则中推生出来的。<sup>①</sup> 凯尔森指出，法律秩序并不是一种由同等层次的并列的规范组成的体系，而是一种由不同层次的法律规范组成的等级体系。<sup>②</sup> 尽管凯尔森在他的规范体系中极力排斥（但仍然没有完全做到）自然法的影响，但是他的这种研究方法无疑是有价值的。虽然格老秀斯是支持自然国际法及其分层研究的，但是他没有系统地梳理和阐述自然法基本原则，没有对除基本原则之外的其他自然法进行分层与论述，也没有讨论自然法如何展开成为完整体系的问题，而这些正是本书所要尝试进行的。

适应于其独有的禀赋，自然法基本原则具有高度的抽象性、概括性和指导性，其表述方式绝对不同于其他一般或衍生的自然法原则（使用短语或句子表述），更不同于实在法规则（使用短语、句子或段落表述）。一项自然法基本原则只需要、也只能被表述为一个词。而正是以这些词作为根基，完整的自然法规则才得以衍生出来。

自然法的基本原则，是整个自然法体系的基础。只有在这些原则的基础上，才能够引申出其他自然法原则，进而展开自然法的完整体系。笔者认为，正义、公平、平等、善意、和谐这五项原则，就是自然法的基本原则，即自然法第一层级的渊源，它们是自然法衍生出一般原则、具体化的原则并展开为一个体系的基础。

---

① 这些原则包括：不欲求属于他人的东西；归还属于他人的东西并用我们自己的财物使他人的财产恢复原状；遵守合约并履行诺言；赔偿因自己的过错而给他人造成的任何损失；给应受惩罚的人以惩罚。See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, Prolegomena. 8.

② See Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 221.



综上所述，本书旨在运用历史的和比较的方法，对构成自然法第一层级渊源的五大法哲学基本原则——正义、公平、平等、善意、和谐作出述评。本书意欲将这五大法哲学基本原则作为一个整体，放到扬弃后的自然法的概念中进行研究。本书认为，扬弃后的自然法，是理性对社会规律的认识，是调整社会关系的发现性规则，具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。这五大法哲学基本原则不仅具有以上自然法属性，而且是引申出其他自然法原则并进而展开整个自然法体系的基石。



## 第二章

# 作为自然法第一项基本原则的正义

---

### 第一节 词 源

我们要在扬弃的基础上重新界定作为自然法基本原则的正义，就必须先理清其词源以及前人的有关论述。

正义，英文表述为 Justice。Justice 一词在现代英语中具有三重含义，一为正义，二为法官，三为封建时代的司法管辖权。<sup>①</sup> 其中，第一种含义为主要的含义，后两种为引申义，本书只讨论第一种含义。尽管有时正义可以被宽泛地理解为所有权利或优点的总和，<sup>②</sup> 然而在法律上，正义通常被认为是法律应努力达到的目的和

---

<sup>①</sup> 参见《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 763 页。

<sup>②</sup> 克福德在翻译并注解柏拉图的《共和国》时曾经指出，广义上讲，正义具有很多权利所指代的意思，它可以指：遵守习惯或义务、正当性；公平、诚实；合法权利、合法性；人应有或应得之事物、功劳、权利；人应为之事。正义涵盖了影响他人的个人行为的全部领域，正义是所有优点的集合。See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, p. 1.

道德价值；正义要求人认识到自己的行为受法律约束；正义是法律上的善良和行为标准尺度或准则，可以根据正义对行为进行评论或评价。<sup>①</sup>

希腊文中用来表示正义的词是 Dikaion，这个词与法律诉讼有着密切的联系。<sup>②</sup> 正如梁治平先生指出的，在古希腊，法律被人视为权利的保障，对权利以及权利保障可以有完全不同的价值判断，由此产生出正义的观念。<sup>③</sup>

罗马法中有一个专门的术语意指“正义”——Justitia，在早期罗马法中，它所指的是一种按照正式程序提出的庄严主张，即某一特定行为得到了社会的法律或习惯的认可。<sup>④</sup> 而在后来的《学说汇纂》中，乌尔比安指出，法（jus）源于正义（justitia），这里所称的法（jus）是关于何为善和公平的艺术。<sup>⑤</sup> 帕比尼安则说，法律（lex）是具有普遍适用性的命令。<sup>⑥</sup> 可见，早在古罗马，就有了抽象法（jus）与实在法（lex）之间的区分，而且这种区分至今仍然有效。张乃根先生研究后认为，“法律”（lex）一词与今天的英文 statute 是一致的，而“法”（jus）一词则与今天的英文 justice 相一致。<sup>⑦</sup> 此外，这种“法”与“法律”的两分法除了体现在英语中以外，还体现在欧洲的诸多语种里。如同拉丁文有 Jus 和 Lex 一样，法语中有 Droit 和 Loi，德语中有 Recht 和 Gesetz，意大利语中有 Diritto 和 Legge，西班牙语中有 Derecho 和 Ley。上述每种语种中

① 参见《牛津法律大辞典》（第5版），光明日报出版社1988年版，第496页。

② 参见尼古拉斯·布宁、余纪元编著：《西方哲学英汉对照词典》，人民出版社2001年版，第530页。

③ 参见梁治平：《法辩》，中国政法大学出版社2002年版，第31~32页。

④ See Max Kaser, *Das Altromische Ius*, Gottingen, 1949, pp. 22-23.

⑤ *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Cambridge University Press, 1904, D. 1, 1, 1, 1.

⑥ Id., D. 1, 1, 3, 1.

⑦ 参见张乃根：《西方法哲学史纲》（增补本），中国政法大学出版社2002年版，第96~97页。

的前一个词都用以指代“法”，都同时具有正义、衡平的含义，都更富有哲学意味。

由此可见，Justice 一词在词源上与抽象法、与权利的界定和划分、与善和公平等自然法范畴具有密不可分的联系。

## 第二节 正义原则的历史发展与比较

### 一、古代的情况

在古希腊，正义的观念，即不能逾越永恒固定的界限的观念，是一种最深刻的信仰，无论是神祇还是人都要服从正义。<sup>①</sup>

普洛马齐斯（Polemarchus）认为，正义就是以善待友，以恶对敌。<sup>②</sup> 西蒙尼德斯（Simonides）相信，正义将使每个人各得其所；赫拉克利特斯（Heraclitus）指出，正义将处置那些编造谎言和作伪证的人；吕哥弗隆（Lycophron）主张，法律就是社会正义行为的保障。<sup>③</sup>

与很多同时代的学者不同的是，苏格拉底非常重视实在法对正义的落实。在与智者希比亚（Hippias）辩论时，他曾经明确地说，“我确信，凡是合乎法律的就是正义的。”<sup>④</sup> 从苏格拉底的实际行动来看，他的确坚持遵守一切法律，不管那是自然法还是实在法。正是出于这一点，他才坦然接受了对自己的死刑判决，即便那是非正义的、即便他并非只有伏法这一条路可以选择。在笔者看来，至少在在一定程度上，可以认为，苏格拉底的正义论乃是实在法学派“正义就是合法条性”主张的源头。

① 参见[英]罗素：《西方哲学史》（上卷），何兆武等译，商务印书馆1963年版，第52~53页。

② See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, p. 12.

③ See Michael Gagarin and Paul Woodruff, *Early Greek Political Thought from Homer to the Sophists*, Cambridge University Press, 1995, p. 37, p. 154, p. 275.

④ 参见[苏联]涅尔谢相茨：《古希腊政治学说》，蔡拓译，商务印书馆1991年版，第117页。

柏拉图指出，正义作为国家的基本法，就意味着一个人应当做他的能力使他所处的生活地位中的工作。在他所畅想的共和国中，统治者、军人以及生产阶层三大等级都要固守自己的天职（分别是统治的职责、辅助统治的职责以及生产的职责），恪尽职守而不干涉任何他人的事务，正所谓“各守本分、各司其职，就是正义”。柏拉图进而阐述说，就法律诉讼而言，正义就是指人应得到并关注那些理应属于他的东西，即“各得其所”。<sup>①</sup>

与柏拉图认为正义先于善并通过善实现不同，亚里士多德坚称，正义是从属于善的，达致善的本质乃是政治组织的主要目标。他指出，正义是完整的、完美的善、主要的善，因为正义的拥有者不仅可以对自己还可以对他人行善。亚里士多德把正义分为分配正义（Distributive Justice）与矫正正义（Corrective Justice），其中分配正义的主要意思就是“为各人所得的归于各人”。<sup>②</sup>

可见，古希腊为我们提供了对正义进行哲学思考的基本元素，包括超实在性、抽象性、“为各人所得的归于各人”、达致善并反对恶等，这是一笔宝贵的法哲学财富。但是，苏格拉底将正义局限在合乎实在法的范围内，具有“恶法亦法”的倾向。柏拉图过于极端地理解“各得其所”的意思，将其推至“各守本分”的地步，导致了正义的僵化。而亚里士多德为了强调其认为是“所有事物的目的所在”<sup>③</sup>的善，把善提升到最高的地位，使正义也从属于善，也是走得过了头。稍后的论述会显示，善不是所有事物的目的，而仅仅是正义应当达到的主要目的。

西塞罗继承了斯多葛学派认为理性是正义基础的主张。他在《关于最高的善和最大的恶》（五卷集）中提出，理性是衡量正义与不正义的标准，按照理性给予每个人以应得的东西，这就是正义

<sup>①</sup> See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, pp. 120-128.

<sup>②</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, 1976, pp. 171-188.

<sup>③</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, 1976, p. 63.

的态度。<sup>①</sup> 在《论共和国》中，西塞罗论证道，自然是正义的基础，正义是符合自然的，正义是人定法的基础，是永恒不变的。<sup>②</sup> 他还在《论法律》中宣称，相信一个国家的法律或习惯中的内容全都是正义的，那是最愚蠢的想法，国家实施的“有害”的法规，理所当然不配被称为法律。<sup>③</sup>

查士丁尼《法学概论》一开头就为正义下了定义：“正义是使每个人各得其所之坚定的和永恒的目标。”<sup>④</sup> 这里的各得其所，不只是就分配而言，更重要的是针对人与人的相互关系。<sup>⑤</sup> 而且，在这一时期，罗马法中出现了专门指代“各得其所”的术语——*suum cuique*。

可见，西塞罗提出了正义的来源因素：理性与自然，并提倡正义对实在法的指导与评价作用。《法学概论》不仅明确提出了“各得其所”，并且使得这一术语超出了亚里士多德原来所主张的分配范围而调整整个社会关系。这些都是值得后人加以继承的合理元素。但是，西塞罗认为理性与自然是一回事，正义是永恒不变的，这都是不正确的。理性与自然自不等同；而正义作为自然法的一部分，具有进步性，并不是永恒不变的。真正永恒不变的，是社会规律而不是作为社会规律之反映的自然法。此外，《法学概论》将正义界定为某种目标，这也是很不清楚的。

奥古斯丁借鉴了亚里士多德在《伦理学》中所阐述的主张，认为正义就是那种让人各得其所的善。<sup>⑥</sup> 类似地，托马斯·阿奎那

① See Cicero, *On Moral Ends*, Cambridge University Press, 2001, pp. 117-125.

② See Cicero, *On the Commonwealth*, Sabine and Smith translated, Macmillan Publishing Company, 1976, pp. 215-216.

③ See Cicero, *De legibus*, Keys translated, Loeb Classical Library, Cambridge: Harvard University Press, 1928, Book. I. xvi. pp. 43-44; Book. II. v. p. 13.

④ *The Institutes of Justinian*, Oxford: The Clarendon Press, 1949, p. 3.

⑤ 参见张乃根：《西方法哲学史纲》（增补本），中国政法大学出版社2002年版，第88页。

⑥ See Augustine, *The City of God against the Pagans*, Cambridge University Press, 1998, p. 951.

在《神学大全》中也大量借鉴了亚里士多德的正义观。阿奎那相信，正义是一种特殊的、基本的善，其他次要的善都以正义为准绳；正义体现了各得其所，在道德善行中具有突出的地位；权利是正义的客观利益所在，正义既有普遍的，也有个别的。阿奎那不仅引证亚里士多德“正义是一种习惯，依据这种习惯，一个人根据一种永恒不变的意志使每个人获得其应得的权利（或东西）”的说法，认为正义与某些涉及分配和交换的外在行为有关；而且遵循亚里士多德的划分标准，将正义分为分配正义与矫正正义（或曰交换正义），前者规范社会产品的分配比例，后者规范人与人之间的交换。<sup>①</sup>

总之，在古代，哲人们以不同的形式阐述着自己心目中的正义。尽管这一时期的正义观在今天看来很简陋，然而从中我们仍然可以发现正义作为自然法基本原则所拥有的特质以及正义依赖于“各得其所”来表明其实质规定性的事实。毫无疑问，古代的正义观为今天的正义原则提供了最基本的元素。

## 二、近代的情况

### （一）古典自然法学派

在早期撰写的《论捕获法》中，格老秀斯提出了一些涉及正义的法律。其中，第1项与第2项法律具有“各得其所”之意：保护自己的生命、避免造成伤害的威胁是应当允许的；取得与持有对生命有用的东西是应当允许的。而第5项与第6项法律则进一步具有“扬善抑恶”之意：恶行必须被纠正；善行必须被回报。<sup>②</sup>后来，格老秀斯在《战争与和平法》中提出了五条自然法主要原则，其中有两条涉及正义，分别是：第一条，不欲求属于他人的东西；第五条，给应受惩罚的人以惩罚。<sup>③</sup>这两条原则都是对“各得其

<sup>①</sup> See St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Cambridge University Press, Vol. 37, p. 5, p. 21, pp. 33-39, pp. 49-53, p. 89.

<sup>②</sup> See Hugo Grotius, *De Iure Praede Commentarius*, London: Oxford, 1950, p. 10, p. 15.

<sup>③</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, Prolegomena. 8.

所”的阐发。

霍布斯在列举其所认为的 19 项自然法戒律时并没有提及正义，但是他将“自我保存与安全”列为所有这些戒律的基础，并将“每个人都尽力保护自己的生命和肢体”列为自然权利的首要基石；他同时指出，每个人都有权决定其自保的方式，自然赋予每个人取得所有事物的权利。<sup>①</sup>霍布斯还对正义给出了新的界定。他指出，正义意味着必须存在某种强制力，通过对某种惩罚的威吓来平等地迫使人们履约，这种惩罚将大于违约所得到的收益，这种强制力只有在国家中才有可能。联系到他对法律的实在主义定义：“对每个人而言，法律是国家以口头、文字或其他足够的意志标志命令他的各种规则”，<sup>②</sup>可以看出，霍布斯没有将正义看做自然法，而是倾向于让它成为实在法的价值。这种进路在今天被很多学者采用。

普芬道夫认为，正义有的时候是行为的属性，有的时候是人的属性。作为人的属性，正义通常被界定为一种经常性的、不可取消的让人各得其所的意愿（这显然是采纳了《法学概论》的说法）；作为行为的属性，正义就是指在对待他人时候的举止得当。普芬道夫指出，不存在一致的有关正义分类的意见，但是最广为接受的，是普遍正义和个别正义的分类。普遍正义是指对他人履行任何类型的义务，即便这些义务不通过强制力或司法诉讼来主张；个别正义是指对他人履行其有权主张的特定义务。其中，个别正义又通常分为分配正义和交换正义，分配正义建立在社会及其成员之间的一项有关按比例分配收益与损失的协议之上，而交换正义则建立在一项专门有关商业事务和行为的双边合同之上。<sup>③</sup>

莱布尼茨阐述了一套以正义为核心范畴的自然法体系。他认为正义就是智者的仁慈，或曰智慧规制下的仁慈；正义是思维中

<sup>①</sup> See Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, p. 27.

<sup>②</sup> See Thomas Hobbes, *Leviathan*, Collier Books, 1962, p. 113, p. 198.

<sup>③</sup> See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen*, Cambridge University Press, 1991, pp. 30-31.

的智慧和意志中的善共同作用的结果，正义是倾向于善的。正义不是霍布斯主义下的那种消极的相互克制，而是积极的仁爱与慈善，因为仁慈包含一种对他人行善的积极努力。正义分为交换正义（Commutative Justice）、分配正义（Distributive Justice）和普遍正义（Universal Justice），它们从低到高构成正义的三个等级。他指出，通常来讲，正义只是一种特定的善，仅涵盖交换正义和分配正义，只有在所有自然法上的权利都成为事实的时候，正义才能被称为普遍的，才涵盖除了仁慈之外的所有的善。莱布尼茨宣称，正义的三个等级体现了自然法的渊源。<sup>①</sup>

孟德斯鸠提出，在实在法建立正义的关系之前，已有正义的各种关系。这种抽象的正义关系是人类这一事物必然产生的关系，是一种不可变易的客观规律。他相信，国际法就其本性而言是建立在这一原理的基础之上的：各国在保证本国的真实利益不受侵害的前提下，在和平时待他国以最大善意，在战时待他国以最小恶意。<sup>②</sup>

在伏尔泰的自然法体系中，正义原则具有基础性的地位。他相信，关于正义的法是一项根本性的法，关于正义的理念始终存在，并且是所有法律赖以建立的根基；他把在正义的基础上建立起来的法律称为“自然的女儿”（Daughters of Nature）。<sup>③</sup>

康德一贯主张加强法律正义以最终实现抽象正义。他给法律下的定义是，“那些能使一个人的专断意志按照一般的自由律与他人的专断意志相协调的全部条件的综合”。对此兰德评论说，这个定义与其说是法律，不如说是正义。<sup>④</sup>

可见，古典自然法学派阐发了“各得其所”的内容与意义，

<sup>①</sup> See Leibniz, *Political Writings*, Patrick Riley translated and edited, Cambridge University Press, 1972, p. 51, pp. 57-60, pp. 171-174, p. 206, p. 211.

<sup>②</sup> See Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Cambridge University Press, 1989, pp. 1-7.

<sup>③</sup> See Voltaire, *Political Writings*, David Williams edited and translated, Cambridge University Press, 1994, p. 119.

<sup>④</sup> See Kant, *The Metaphysical Elements of Justice*, J. Ladd translated, Indianapolis: Hackett Pub. Co., 1965, p. 34.



提出了“扬善抑恶”的主张，进一步明确了正义的基本构成元素。有的学者倾向于将正义视为实在法的价值，这一进路的提出具有相当大的积极意义。但是需要指出的是，对这一进路的片面推崇，在今天已经使得包括正义在内的诸多价值成为空中楼阁。要知道，正义不仅仅是价值，它首先是自然法基本原则，而价值的建构，归根结底要依据自然法基本原则来进行。此外，有的学者将正义简单地等同于自然法甚至规律，也是错误的。

## （二）古典实在法学派

边沁反对所有的自然法理论。对于正义，他是这样评价的：“有时候，为了更好地隐瞒欺骗行为（对他们自己隐瞒，无疑也对别人隐瞒），他们为自己构造了一个幻影，亦即被他们称之为的正义；它的命令是要修改（这被解释为意指反对）善行的命令。但是正义，在它所具有的唯一有意义的角度上看，乃是为了论述的便利而虚构出来的一种角色，它的命令就是适用于某些特殊情形的功利命令。”<sup>①</sup> 这体现了极端实在主义对待正义的基本态度，即否定与贬斥，也就是说，正义如果不是虚幻的，就仅仅是某种特殊的命令而已。

奥斯丁将对正义的否定推向了极致。他认为，法理学所关注的是实在法，或严格意义上的法律，而不考虑这些法律的善与恶。对于正义，他评价道，正义和不正义这两个术语意指一个标准，而且也只意指对这个标准的遵守或背离，另外，这两个术语所表示的还可能只是一种厌恶，而用一种含糊的方法比用恶意的辱骂来表示这种厌恶要好得多。<sup>②</sup> 因此，在奥斯丁的分析法学体系中，法律（实在法）与理性或正义无关。

然而，如此极端的立场并未被多数的学者所采用，穆勒就是一个很有代表性的例子。对于上述过于偏执的观点，穆勒作出了积极

---

<sup>①</sup> See Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1823, pp. 125-126.

<sup>②</sup> See Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Hart edited, London: Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 126, p. 190.

的修正。他认为,正义是一种根据人的广博的同情力和理智的自我利益观,对自己或值得同情的任何人所遭受的伤害或损害进行反抗或报复的动物性欲望。每个人应该得到其应得的东西(不论好或坏),这被普遍认为是正义的;反之,则是不正义的。<sup>①</sup>依据穆勒的观点,虽然正义的标准还是建立在功利之上,但正义已经不再是没有什么意义的幻影,而是人类必不可少的道德情感。更为重要的是,穆勒不仅同意“各得其所”,而且明确提出正义意味着对恶行进行报复,这与亚里士多德的“达致善”理论相呼应,进一步丰富了“各得其所”的内涵。当然,穆勒将正义仅仅视为一种道德情感,没有认识到正义是自然法的原则,这是与其功利主义的局限性有关的。

可见,古典实在法学派对正义基本上是持否定与贬斥的态度。由于他们的基本立场与自然法学派针锋相对,因而作为自然法基本原则的正义必然得不到古典自然法学派应有的承认。尽管如此,他们中的很多人还是在一定程度上承认了正义原则,这也表明,正义对于社会关系而言,确实是无法仅凭好恶就舍弃的调整规范。

总之,在近代,正义观得到了发展,“各得其所”以及“扬善抑恶”得到了进一步的阐述。正义开始被构建为实在法的价值,正义的重要性得到了大多数学者的认可。

### 三、现代的情况

#### (一) 法社会学派

詹姆斯曾经论证说,善的本质就是满足要求,所有的要求实际上都是值得尊重的。<sup>②</sup>善就是要满足要求,这是对“达致善”理论的一个重要补充。当然,需要指出的是,并不是所有的要求都是善的、都应当满足。只有合理的、有利于“各得其所”的要求才是

<sup>①</sup> See John Stuart Mill and Jeremy Bentham, *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin Books, 1987, pp. 317-318.

<sup>②</sup> See William James, *The Moral Philosopher and the Moral Life*, *Essays on Faith and Morals*, New York: Longman, Greens, 1943, p. 201.

善的，不合理的、不利于“各得其所”的要求则是恶的。

庞德深受詹姆斯实用主义哲学的影响，但他也对詹姆斯的观点作出了修正。庞德认为，法律是一种社会制度，它能以付出最小代价为条件而尽可能地满足社会需求，即产生于文明社会生活中的要求、需要和期望。在他看来，法律的首要作用是承认、协调或调整各种社会利益，以保障社会的和平与秩序。<sup>①</sup> 这表明，庞德也反对满足所有的需求，他主张满足那些产生于文明社会生活中的需求，并且需求的满足以代价最小为条件。

塞尔茨尼克认为，法治是正义的一部分，法治的真正意义在于尽可能减少非正义与专横因素。他把正义分为形式正义与实质正义，形式正义使当事人平等，使决定具有预测性，主要作用是缓冲规则中的专横性；实质正义则促进法律程序的自治和统一。他指出，专横的减少要求实现形式正义与实质正义的统一。<sup>②</sup> 塞尔茨尼克重视正义与实在法之间的互动关系，并倾向于认为，正义是法治所要不断努力追求和坚持、但却总是无法完全实现的价值。他对形式正义与实质正义的划分在法治实践上具有很大意义。

可见，法社会学派实际上对自然法以及正义持同情的态度。他们从社会运作的角度出发，强调正义与实在法之间的互动关系，并将正义视为实在法不断追求的价值。他们从不同的角度论述了“各得其所”及其各类衍生物，并对“善是什么”作出了初步阐述。

## （二）新实在法学派

凯尔森的纯粹法学希望把所有评价标准和意识形态因素从法律科学中清除出去，而正义当然也属于被清除的对象。凯尔森责难说，作为正义标准的规范是因人、因群而异的，人们认为存在着正义但是又不能明确地予其以定义，这本身就是一种矛盾。在他看

---

<sup>①</sup> See Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1954, Revision edition, pp. 2-47.

<sup>②</sup> See Philip Selznick, *Sociology and Natural Law*, Cohen and Cohen's Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy, Little, Brown and Company, 1979, pp. 939-945.

来，正义就是一个意识形态概念，是一种反映个人或群体的主观倾向的价值偏爱的“非理性理想”（Irrational Ideal）。他认为，正义，应当就是把某个一般性规则确实地适用于据其内容所应当适用的一切案件，正义应当意味着忠实地适用某一实在命令以保护其存在，正义应当就是指合法条性（Legality）。<sup>①</sup>从很多人都误解了正义这一立场出发，凯尔森还试图“科学地”重新界定正义。他阐述道，正义就是确保寻求真理成功的社会秩序，因而他所说的正义乃是自由之正义、和平之正义、民主之正义，即宽容之正义。<sup>②</sup>不难看出，凯尔森的观点的实质，就是不谈正义，不顾自然法，只看实在法是否得到遵守；如果非要谈正义的话，那么它只能被宽泛地界定为“社会秩序”的代名词，而绝对不再是一个法律上的概念。

罗斯支持凯尔森的主张。他在论证自己认为的“正确”的正义观时说，正义观念结果变成了这样一种要求，即一个判决应当是适用一项一般性规则的结果；正义就是对法律的正确适用。<sup>③</sup>除了罗斯之外，还有很多实在法学者支持凯尔森的上述论断。<sup>④</sup>

拉德布鲁赫早年曾坚持极端实在主义的观点。他认为，虽然法律的终极目标是实现正义，但是正义是一个相当模糊和不确定的概念，而结束法律观点之间的冲突比正义地决定它更为重要，因而法律的确定性优先于正义。但后来，他放弃了这种极端的价值相对主义的观点，并转而承认，为了使法律名副其实，法律就必须满足某

① See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, pp. 13-14; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol. 55, 1941, pp. 44-49.

② See Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: University of California Press, 1957, p. 24.

③ See Alf Rose, *On the Law and Justice*, Berkeley: University of California Press, 1959, p. 170, p. 280.

④ See Kessler, *Natural Law, Justice, and Democracy*, Tulane Law Review, Vol. 19, 1944, p. 53; Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the Method of Normative Subjects*, Boston: Little, Brown and Company, 1959, pp. 247-248; Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956, pp. 169-203.

些绝对的要求，而完全不正义的法律必须让位于正义。他坚信，正义是一个不可能从其他价值中推导出来的绝对价值；除了正义，法律的理念不可能是其他理念；法律源于正义就如同源于它的母亲一样。<sup>①</sup>

而哈特则认为，正义就是要维护某种平衡或比例。隐藏于正义观念中的一般性原则是，就人与人之间的相互关系而言，人们应当得到一种平等或不平等的相对地位；对同样的情况要一视同仁，对不同的情况要区别对待，此外还要有一个灵活的甄别某些情况属于相同还是不同的标准。<sup>②</sup>作为新分析法学的代表，哈特没有完全采纳凯尔森的只要符合实在法就是正义的说法，而主张对实在法有一个基本的评价，即看法律是否在形式上平等。这就是说，在哈特看来，正义意味着且仅仅意味着没有专断的歧视待遇，只要法律给予某一类人相同的待遇，无论这种待遇是如何的不合理，该法律都是正义的。无论如何，这比起凯尔森的立场，是又往前进了一步。

作为经济分析法学的代表，波斯纳也站在新实在主义的立场上与新自然法学派及其同情者辩论。他强烈质疑自然法（即其所称的“道德哲学”）在具体实践中的作用，但即便如此，波斯纳还是无法断然否认一种应然性的法的存在，他自己也承认，正义是至关重要的伦理政治原则规范，正义为法律义务提供了依据。他还在其代表作《法理学问题》中专门讨论了矫正正义、惩戒正义、程序正义、分配正义等问题。<sup>③</sup>

可见，肇始于凯尔森，新实在法学派往往将正义降格、贬损为合法条性。然而在严峻的历史教训面前，很多实在法学者至少是部分地承认了正义对实在法的评价作用，有一些人甚至改变了过去所

---

① See Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, Radbruch and Dabin edited, *The Legal Philosophy of Lask*, Cambridge, 1950, pp. 90-111. 参见 [德] 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 32 页。

② See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 155-156.

③ See Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 313, pp. 348-352.

持的价值相对主义立场。这说明，随着正义观念的深入人心，完全否定正义即便是对自然法学的反对者而言，也已经成为不可能。当然，新实在法学派的立场软化是有限的，远没有达到足以保障正义的程度。

### （三）新自然法学派

罗曼认为，严格意义上的自然法内容，只包含有两项不证自明的原则，它们是“坚持正义、避免不正义”的原则以及“给予每个人以其应得的东西”原则。他进一步从上述原则中推论说，私有财产和继承制度具有自然法的性质，不论在何种社会制度下都作为自然法而存在着；正义还禁止伤害无辜，要求给予人们自由和建立家庭的权利。<sup>①</sup> 这说明，罗曼将正义视为自然法的首要原则。

布伦纳主张，无论是他还是它，只要给每个人以其应得的东西，那么该人或该物就是正义的。他举例说，一种态度、一种制度、一部法律、一种关系，只要能使每个人获得其应得的东西，那么它就是正义的。<sup>②</sup>

达班将正义分为三种不同的形式：交换正义（Commutative Justice）、分配正义（Distributive Justice）和法律正义（Legal Justice）。交换正义确定个人之间的关系，分配正义确定个人从集体得到什么，法律正义确定集体成员应该给予集体什么。其中，法律正义是优先的，是实现公共利益所最为必要的，只有在法律正义中，法律与道德才达致了合一的程度。<sup>③</sup> 虽然这种分类看上去与亚里士多德的相似，但是在达班的体系中，正义并不是一种重要的自然法范畴，而是被局限于实在法的范畴之内。正义仅仅是实现国家或政府利益的必要秩序，是一种工具性的实在法价值。这是由于，在新托马斯主义的语境下，自然法被道德吞并，正义无处归属，故而只

<sup>①</sup> See Heinrich Rommen, *The Natural Law*, St. Louis, 1948, pp. 220-235.

<sup>②</sup> See Emil Brunner, *Justice and the Social Order*, New York: Harper and Brothers, 1945, p. 17.

<sup>③</sup> See Jean Dabin, *General Theory of Law*, Radbruch and Dabin edited, *The Legal Philosophy of Lask*, Cambridge, 1950, pp. 420-463.

能仅仅被当做实在法的价值。

作为新自然法学派的代表,富勒认为,正义是法律的内在道德,又称为程序自然法。内在道德是中性的,可以为不同的法律实体目标(即外在道德,又称实体自然法)服务。要实现完善的法律道德,内在与外在道德缺一不可。<sup>①</sup>不难看出,与其所主张的自然法即道德的观点相适应,富勒认为正义也是一种道德,而且正义是一种关注形式的程序性道德要求,正义不含有价值也没有实体内容,它只起保障实体内容的作用。可以说,富勒所指的正义就是程序正义。显然,这样的界定,虽然很实用,但却过于狭窄。

菲尼斯认为,正义是实践理性要求的集合,其目的是为了促进“共同善”,正义一般包括人际关系、权利义务关系以及比例平衡三大要素。以亚里士多德的分类为基础,他将正义分为分配正义和交换正义,分配正义事关每个人应享有的权利,交换正义则要求每个人承担应履行的义务。<sup>②</sup>很明显,菲尼斯在继承亚里士多德的法哲学体系的基础上,试图作出两项发展,一是发现并阐述基本的善,二是概括正义的基本要素。诚然,阐述什么是基本的善,有助于我们更好地理解正义,但正如本书所一再指出的,善是正义原则的一部分内容,而不是相反。正是由于对善与正义之间关系理解的失误,菲尼斯在概括正义的基本要素时,就难以把握正义的本质,不能指出正义真正的核心要素所在,而仅仅归纳了正义的表现形式。

可见,新自然法学派对正义的内容与形式、正义与其他范畴的关系等问题作了更细致的阐述,这对梳理正义的枝节是很有帮助的。然而,视自然法为道德,乃是该学派的普遍缺陷。如此一来,正义或者被视为道德,或者被视为实在法价值,而唯独不被视为自然法。有人认为正义仅仅是形式道德,有人认为正义从属于善……正义的内容似乎丰富了,但是正义却迷失了其最基本的质的规定

---

<sup>①</sup> See Fuller, *The Morality of Law*, Revised edition, Yale University Press, 1969, p. 1, p. 96.

<sup>②</sup> See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 161-177.



性。只有回到（否定之否定之后的）自然法的轨道，才能真正认清正义的本质。

#### （四）其他法学学派

罗尔斯在其名著《正义论》中提出，正义是社会制度的基础，正义原则不是政治和法律的原则，而是人们在完全平等的状况下共同选择的基本道德原则。正义是人们所选择的一系列普遍原则的第一个，在正义原则的基础上，人们再选择其他原则以构建宪政制度和其他政治法律制度。罗尔斯把正义原则分为对制度的正义原则与对个人的正义原则，前者首先指每个人都有平等的权利与自由，其次指即便存在社会经济的不平等，但可以合理地期望这对每个人都有利且地位与官职对所有人开放，后者主要指公正原则与自然责任原则。罗尔斯声称，实质正义是指制度本身的正义，形式正义是指对制度的服从，形式正义归根结底是为实质正义服务的。他承认，任何社会都不可能达到完全的正义，只要非正义尚未超过一定的限度，人们便有义务遵守非正义的法律。<sup>①</sup>此外，罗尔斯还尝试将其正义理念搬到国际舞台上。他认为，国际社会的正义理念与国内社会的正义理念一样，两者都建立在社会契约论之上，并且在选择、议定权利与正义原则方面遵循同样的程序。<sup>②</sup>概括说来，罗尔斯阐述了一套甚为精细的正义理论，并提出了诸多与正义有关的范畴，比如“公平的正义观”、“作为正义主体的制度”、“形式正义”、“作为规则的正义”、“程序正义”、“国际社会的正义”等，这些都值得我们仔细研究。

但是，罗尔斯所说的正义并非是作为自然法基本原则的正义，而是通过社会契约论产生的基本道德。众所周知，社会契约论本来就是一种假定，因此，罗尔斯的正义论，虽然精致，但根基却很不牢靠。何况，在罗尔斯所说的正义被人们选择之前，他已经假定人们是完全

---

<sup>①</sup> See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition, 1999, pp. 3-15, pp. 47-77, pp. 308-312.

<sup>②</sup> See John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999, p. 4, p. 9.



平等的，而在正义被确立之后，人们又再次在宪法及其他政治法律制度上获得平等的权利，这种循环论证乃是社会契约论无法避免的缺陷。应该看到，罗尔斯没有遵循多数学者对正义核心内容的经典论述，而是更注重正义与具体的宪政制度和其他法律制度的联系，其根本目的是为了在实在法中实现并弘扬平等与自由等价值。

诺锡克主张分配正义论。他指出，为了实现财产的正当所有，应该遵循三条基本原则，一是按照取得的正义原则，拥有某财产的人有权利享有该财产；二是按照转移的正义原则，从其他有权利享有某财产的人手中取得该财产的人，有权利享有该财产；三是除了上面两种情况以外，任何人无权拥有财产。<sup>①</sup>实际上，诺锡克是将亚里士多德的正义论放在自己所预想的“守夜人”式国家的语境中，并试图重新阐发之。

德沃金认为，法律包括原则和规则，原则具有拘束力，因为它是正义、公平或其他道德方面的要求。他指出，作为公平的正义是以所有男人和女人享有平等关怀和尊重的自然权利这一假定为依据的。<sup>②</sup>德沃金提出法律应该保持完整性，即保持普通法内在的正义和公平的传统，法官在解释先例时应注意维护整个普通法传统中内在的正义、公平精神。<sup>③</sup>可以看出，德沃金倾向于认为正义是普通法（实在法）的内在价值，而且在他看来，正义与公平是一个意思，他称之为“作为公平的正义”。这样一种将正义、价值、公平混用的情况今天已是屡见不鲜。然而，正如本书所反复强调的，正义确实是普通法的价值，但是正义首先是自然法原则，作为价值的正义是由作为原则的正义转化而来的；正义确实与公平有密切联系，但是两者并不能够等同。而德沃金不得不把某种假定拿来做正义的依据，根本上也是由于其对正义性质的含混认识。只要认清正

---

① See Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books Inc. Publishers, 1975, p. 151.

② See Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 182.

③ See Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 225-227, p. 243.

义的自然法性质，就不难知道，正义的效力依据是社会规律，它不仅不是假定的，而且是完全客观的。

博登海默认为，正义与自然法属于不同的范畴，正义也不同于道德，正义是那些被一个特定的政治社会制度认为是正义的规范和原则，自然法是正义制度最为根本的基础。他相信，最低限度的正义要求总是存在着的，但在不同的社会中有不同的体现。正义可以借助理性来思考，但人们在做最终决定之时却无法完全避免非理性因素的干扰。他还指出，正义的目的，就是满足个人的合理需要和主张，促进生产进步，提高社会内聚性，而这都是维持文明社会生活所必需的价值。<sup>①</sup> 博登海默倾向于认为正义是法的基本价值，这与很多学者是相同的。值得一提的是，他将之前很多学者所主张的“善”进行扬弃后，归纳为“满足合理需要”并将其列为正义的核心内容。博登海默重视理性在研究正义中的作用，并指出了正义在实现中不可避免的限制因素。他还看到，正义原则之衍生物在不同的社会环境中将有不同的体现。更加难能可贵的是，他没有将自然法、价值、道德混为一谈，并且肯定了自然法对法的价值的最为根本的作用。

霍恩赞同罗尔斯对正义的本质归纳，认为正义问题属于人类的道德意识。但他同时指出，追求实质性的、客观的正义标准是可能的，对正义的追求是一个没有止境的认知过程，正义基本原则和价值观念可以并且已经被大量地实证化。<sup>②</sup> 他的思考较为准确地揭示了正义的客观标准性、进步性与可转化性。

可见，其他具有价值取向的法学学派在讨论正义之时，在基本思路沿用了新自然法学派视自然法为道德的做法，故而要么将正义视为道德，要么将正义视为实在法的价值。但是，得益于中立的立场、广阔的视角与深刻的洞悉力，他们将对正义的思考提升到了

---

<sup>①</sup> 参见〔美〕博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第261~297页。

<sup>②</sup> See Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, C. F. Müller Verlag, 2004, Rn 401, 405, 419, 454.

一个新的高度。正义的内涵与外延都被极大地丰富了，正义的主要特点开始被理解，“善”的本质含义也被归纳了出来。

#### （五）国际法学者<sup>①</sup>

对于国际法学者而言，他们一般不会专门讨论正义的问题，而是将这一问题留待法哲学学者来解决。但这一情况现在已经有所改变，一些国际法学者开始尝试专门讨论正义的问题。

布彻南宣称，正义应当成为国际法律体系的主要目标，而正义的核心内容则是保护人权。他认为存在着一种“自然的正义义务”，在这一义务之下，每个人都负有一定程度的道德责任去令所有人都有机会享受到能够保障其基本人权的机制。布彻南指出，在20世纪的多数时间里，和平（实际上仅指国家间的和平）普遍被认为是国际法的唯一正确目标，只有在晚近的时候，人权问题被提上国际法的议程，正义才被视为国际法的目标，而且它主要被视为一种实现和平的工具；然而，事实上，正义包含了和平，正义有的时候可以要求打破国家间的和平，因为忠于正义比僵硬地、绝对地、不分场合地避免冲突更加能够促进和平。不仅如此，在布彻南看来，自然的正义义务有时可以要求创造新的机制并可以时常要求改革现有机制。布彻南认为，正义的义务源自两大基础，一是我们与他人之间的合作互动关系；二是人的本性，无论我们是否与此人有互动关系。他相信，第二项基础是更加可靠的，并且它与“道德上的平等原则”有着密切联系，因为除非人们接受“道德上的平等原则”，否则难以说清为什么与他人的合作关系足以创立正当对待他人的任何义务。他强调，分配正义只在国内法律体系中起显著作用，在国际法上则是作用甚微的。<sup>②</sup> 概括说来，布彻南将正义视为其“国际法的道德基础”的主要支柱，而适应于其弘扬道德

---

<sup>①</sup> 显然，有的学者既是法哲学学者又是国际法学者，比如格老秀斯、普芬道夫等，但本书一般将其放到法哲学学者中讨论。

<sup>②</sup> See Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-determination*, Oxford University, 2004, pp. 73-117, p. 200.

以促进人权的新自然法学思路，人权也就理所当然地成为了正义的核心内容。

肯尼认为，正义是在全世界范围内具有普遍意义的价值。正义包括公民的和政治的正义，以及分配正义。前者要求所有人都享有一套关于公民的和政治的人权，后者则要求在国家间层面实施分配的正义。<sup>①</sup>

可见，国际法学者对正义的态度，取决于其在法哲学上的基本立场。赞同自然法学的，一般认为正义是国际道德或实在国际法的价值；支持实在法学的，一般认为正义就是对条约与习惯的遵守。

总之，在现代，正义受到普遍的关注，对正义的完全否定已经成为不可能。人们对正义的思考逐渐上升到了一个新的高度，正义的内涵、外延与特点都较为充分地被展现出来。但是，正义被矮化为道德或实在法价值、被等同于规律、公平等其他相关范畴的情况也非常普遍。

综上所述，在经历了古代、近代、现代的发展之后，一方面，正义的基本要素已经清晰可见，对正义的内涵、外延、特点的探讨已经相对成熟，这使得正义观深入人心；另一方面，对正义性质的理解仍然存在偏差，这使得正义原则作用的发挥受到限制。这表明，在当代，正义观发生飞跃性的质变，既是可能的，也是必要的。

### 第三节 扬弃后的再界定

至此，我们对于正义原则的理论渊源已经有了大致的了解。适应于否定之否定后的自然法，作为其首要原则的正义原则也需要进行否定之否定。而要实现这种否定之否定，就必须对上述理论渊源进行扬弃。

在上述正义原则的理论渊源中，需要被继承的因素包括：“各

---

<sup>①</sup> See Simon Caney, *Justice beyond Borders*, Oxford University Press, 2005, p. 57, p. 63, p. 102.

得其所” (Suum Cuique); 对善与恶的不同态度——达致善并报复恶; 善的本质——满足合理需要; 正义原则的衍生物——自由与安全; 正义与公平的相辅相成关系; 正义的客观标准性、进步性与可转化性。

需要被否弃的因素包括: 各得其所被局限于资料分配领域; 僵化的正义观——“各守本分、各司其职”; 核心内容与辅助内容位置颠倒——善凌驾于正义之上; 善的内容过多——既涉及分配问题又设计纠正问题甚至无所不包; 正义被矮化为道德或实在法价值, 被等同于规律、公平等其他相关范畴; 否定或贬损正义, 认为正义就是合法条性 (Legality)。

### 一、各得其所

各得其所体现了正义的分配功能, 是正义的核心内容。各得其所并不仅仅指以某种方式进行资料分配, 而必须作更广义的解释, 即, 它是指依据对社会客观规律的理性认识, 促使每个主体得到他应得的权利与义务。

显然, 各得其所的范围包括但不限于资料分配领域。不同的人从事了不同的劳动, 分配到了不同的生产生活资料, 这是正义的; 不同的人对社会作出了不同的贡献, 分别享有不同的地位和声誉, 这是正义的; 不同的人对社会造成了不同的损害, 分别承担不同的责任与惩罚, 这也是正义的。并且, 各得其所调整的对象, 既包括自然人也包括拟制人。不同的人作为公民, 在社会中都有权要求自由、民主与安全, 这是正义的; 不同的国家作为国际社会成员, 在国际社会中都有权要求平等、安全与发展, 这也是正义的。可见, 各得其所既照顾到了不同社会主体的特性, 也照顾到了他们的共性。基于不同的禀赋和成绩, 不同主体的具体所得不同; 而基于相同的社会本质, 不同的主体会得到同样的基本权利并被要求遵守相同的社会秩序。

按照各得其所对社会主体共性的照顾, 只要是一个具有社会性的主体, 就应当享受到有序社会的自由与安全。由是观之, 自由、

民主、安全等范畴都是正义的应有之义，是一个社会主体应当享有的善。说得更准确一点，自由、民主、安全实际上是在正义原则及其他原则共同作用下推演出来的一般法律原则。如今，世界各国的基本法律以及有关的国际条约之中，都写入了保障公民与国家的自由、民主、安全的条款，这既证明了上述结论，也表明这些一般法律原则已经能够被广泛地转化为实在法。

各得其所是抽象的，而这也注定了它决不是僵化的。一个社会主体本身的职位是什么，是不能预设的，他到底应当从事何种工作，取决于个人先天的禀赋、后天的培养以及特定的社会历史环境。一个社会主体实现多大的社会价值与自身价值，也是不能预设的，这取决于该主体自己对社会作出的贡献，实践中有多大贡献，就有多少相应的价值。柏拉图的所谓“各守本分、各司其职”，是预先将社会主体划分为三大阶层，并预先设计好每个阶层的权利义务，是一种僵化的、违背社会竞争规律的空想。当然，正义的分配功能所包含的内容，远远要比社会职位的分配广阔得多。就拿国际社会来说，一方面，各国都享有主权，都可以制定法律、缔结条约，都可以追求安全与发展；另一方面，各国依据其在国际社会中的不同地位与作用承担不同的责任，并基于各自的文化与资源，建设各有特色的物质与精神文明。这就是国际社会的正义。由此可见，类似于鲁克纳斯所归纳的“分配正义只是一种在国际法中不存在的、理想化的、不切实际的体系；国际法不太可能会朝着分配正义方向发展”<sup>①</sup>那样种种对国际社会存在正义的质疑，其预设的前提就是正义将会僵化地分配国际权利与义务。而一旦说明正义并非僵化的，上述质疑也就不攻自破了。

可见，各得其所调整广泛的社会关系，它既照顾社会主体的特

---

<sup>①</sup> See Emmanuel Roucounas, *The Idea of Justice in the Works of Early Scholars of International Law*, Laurence Boisson De Chazournes and Vera Gowlland-Debbas edited, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 98.

性，也照顾社会主体的共性。各得其所是抽象的而非僵化的，它并不预先作出某种具体的如何分配权利义务的分配，其具体实现取决于社会主体的特质与特定的历史环境。

## 二、扬善抑恶

正是为了实现各得其所，才需要扬善抑恶。扬善抑恶体现了正义的评价功能。善就是合理需要，相应的，恶就是不合理的需要，只有满足合理需要并反对不合理需要，才能保障各得其所的真正实现。

善应得其愿，恶应得其咎，这正是各得其所的主要推论。由于任何权利义务的决定与分配都包含着善恶评价，扬善抑恶是各得其所实现自己的主要手段。无论如何，善与恶这一对范畴是统一于正义原则之下的，正义通过对善与恶的不同评价，来反映社会的规律性并促进规律的实现。

亚里士多德（包括其后的菲尼斯等人）将善凌驾于正义之上，是对善强调得过了头。善是相对于恶来讲的，两者是对立统一的，只要善存在，那么恶就必然存在。亚里士多德主张善是所有事物的目的，且不谈这是否符合现实，就算真的是这样，那么恶从何而来？如果所有事物的目的都是善，那么事物也就无所谓善与非善了。可见，善不是所有事物的目的，有的事物的目的是善，有的事物的目的是恶，正是因为事物有善有恶，才需要用正义来评价并调节之。

此外，亚里士多德等人主张善既涉及分配问题又涉及纠正问题，这是过分扩大了善的范围。的确，正义要求各得其所，而如果各得其所没有实现，正义当然要求纠正，但是，关于如何纠正的问题，则应该交由其他基本原则来调整。一项基本原则不可能无所不包，而只能与其他基本原则一起构成完整体系。如果认为善包含所有问题，那么这个“善”就成为一个无所不包的伦理的代名词，也就不成其为“善”了。真正的善，就是指且仅仅指合理需要。



与各得其所一样，扬善抑恶也是一个抽象的而非僵化的概念。无论是善的实现，还是恶的被制止，都需要依据具体的社会历史条件，并必然出现不同的态势。比如，“二战”时期的国际舞台上的扬善抑恶，就是各国人民联合起来维护领土完整，打击法西斯主义；而当今国际经济舞台的扬善抑恶，则主要是各国联合起来促进自由贸易，反对不公正的贸易壁垒，并保障发展中国家的发展权。可见，每个特定的历史时期都有不同的合理要求（善）与非合理要求（恶），而万变不离其宗的，就是为社会规律所决定的扬善抑恶的抽象规定。

从这个角度来说，菲尼斯提出了七种所谓“基本善”，虽然有利于人们更加确切地了解善的可能内容，但却仍然是对善的僵化理解。首先，善是不可能被穷尽的，我们能够预先明确的，仅仅是它是社会主体的合理需要而已，这种合理需要到底包括哪些内容，只有依据特定的社会历史条件才能确定。其次，善的基本与否，或曰合理需要重要与否，是因人因地因时而异的，而不是预设的。对于一个处于饥饿中的人来说，他的基本善是获得食物；而对一个被故意伤害的受害人来说，他的基本善是将加害者绳之以法。因此，对扬善抑恶的正确理解与运用，不是对某个预设范畴的套用，而是一个从普遍到特殊、从抽象到具体的过程。

可见，扬善抑恶就是满足合理需要并抵制不合理需要，它是实现各得其所的主要手段，它是抽象的而非僵化的，其具体实现取决于特定的社会历史环境。

因此，正义，就是各得其所，扬善抑恶。

### 三、正义与道德、价值、公平、规律

显然，完全否定正义的存在，认为正义仅仅是合法条性的激进实在主义观点，是不正确的。今天，已经鲜有学者支持这样的主张。而如今更为普遍存在的谬误，乃是将正义视为道德或价值，以及将正义等同于公平或规律。

实际上，认为正义是道德或实在法的价值，并不是完全错误



的。因为，正义确实可以转化为道德或价值，关键在于，正义不仅仅是道德或价值，正义首先是自然法的基本原则。

正如笔者在前面指出的，道德也是一种制定性规则，道德也要符合自然法。因此，当社会主体发现了作为自然法基本原则的正义之后，就可以将其制定为道德规范。作为道德的正义，将通过社会主体内部矛盾的发展而发挥作用。可以说，作为道德的正义是由作为自然法基本原则的正义转化而来的，当然，前者是否能够真正起到促进社会发展的作用，则取决于转化过程的准确程度。

实在法也是一种制定性规则，激进的实在法学派排斥一切实在法的价值，这样的观点已经很难得到广泛支持。实在法的制定、执行、适用、解释都需要遵循一定的价值。实在法的价值也需要符合自然法。价值都是主观的，为了保持价值的正确性，避免价值的错误与偏执，就需要由价值中立的自然法来指导之，否则，价值就会成为违法行为的工具与借口。试想，若价值之上没有约束的话，那么任何国家都可以仅仅依据本国的某种价值就通过某项授权侵略他国的法律或订立侵略他国的联盟条约，据此它们就可以宣称其行为符合了实在法，或者至多只是违背了其他并非更高层次的实在法。因此，在充分认识自然法的基础上，构建实在法的价值，是保障实在法良性发展的重要步骤（参见本章第七节）。相应的，作为自然法基本原则的正义，也应当被构建为实在法的基本价值，并被用来指导、评价实在法。当然，作为实在法基本价值的正义能否真正起到促进实在法和社会发展的作用，则取决于价值构建过程的准确性。

我们不难看出，以往对于正义价值的构建，都是在未认识到正义首先是自然法基本原则的情况下自发进行的，因而作为实在法价值的正义，呈现出纷繁复杂的态势，其范围不明确，其意义差别甚大。正是因为存在这样的价值差异，才会有以下种种实在法的差

异：例如有的国家维持死刑制度，有的则废除该制度；<sup>①</sup>有的国家鼓吹所谓“无限正义”，而更多的国家则坚决反对之。其实，在认识到正义首先是自然法基本原则，认识到正义的真正含义之后，这一价值构建过程就可以实现从自发到自觉的转变，作为实在法价值的正义也就可以更准确地反映作为自然法基本原则的正义，从而更好地促进实在法的合理化、趋同化以及社会的共同发展。

正义与公平具有紧密的联系。然而，德沃金认为正义与公平是一个意思，则是过分夸大了这种联系。根本上，正义与公平被混淆，是其没有认识到一个成体系的自然法的存在缘故。在一个成体系的自然法之下，正义原则与公平原则是相辅相成而又相互区别的，关于这一点，本章的第二节还会谈到。

正义作为自然法的基本原则，必然以社会规律为反映对象，但是正义本身并不等于社会规律。说到底，正义不过是社会规律在人们头脑中被准确反映出来的产物而已。是不是符合正义，根本的标

---

① 死刑的存废问题是晚近学术界争论的一个热点，有关论点可参见：《中外法学》2005年第5期（死刑研究专号）。主张废除死刑的主要理由是：很多国家已经废除死刑；不应让罪犯完全承担危害社会的责任，社会本身也应承担部分责任；长期监禁的威慑力与死刑相比不仅不小甚至更高。然而，是否应该在一国的实在法上维持或废除某一制度，最根本的还是要看何种做法是正义的。首先，正义不能被僵化地理解，废除死刑是否正义，要在特定的历史环境中具体考量，而不可一概而论。在一些国家，可能废除死刑是正义的，而在其他国家，尤其是人口众多、流动性大的国家，则不一定是正义的。其次，各得其所要求承担责任的主体与程度必须适当。的确，社会本身对于犯罪行为，将承担一定责任，将为其自身环境的不完善而付出代价。但是这并不能排除或减轻罪犯应该承担的责任，他必须为自己的严重罪行付出最高的代价。社会与罪犯将承担的责任，属于不同的层次，两者不能混同，也不能抵消，如同对于那些利用单位进行严重走私犯罪的罪犯一样，对单位的处罚，并不能抵消对罪犯的死刑判决。再次，罪犯对刑法威慑力的感受本质上是一个主观价值问题，不可能有整齐划一的结论。然而，最符合正义的价值，也是最为古往今来的文明所普遍认可的价值，显然是生存权处于首要与基础地位，自由权次之。那么，在这种情况下，总体而言，剥夺何种权利的威慑力更大呢？答案不言自明。何况，仅仅考虑罪犯的主观感受是不够的，还必须考虑社会大众的主观价值，如果他们认为刑法的最高威慑力来自死刑制度，那么除非另有充分的理由，否则就不应放弃这种最高威慑力量。

准还是要看是否符合客观规律，这就是正义的客观标准性的真正含义。正义原则必须不断准确反映社会规律，并依据改变着的社会规律运作条件不断作出调整，这乃是正义的进步性的真正含义。也正是由于正义所反映的是抽象的规律，因而正义不能够直接调整社会关系，它只能在被转化为具体的实在法以后，才能够间接地发挥调整社会关系的作用，这就是正义的可转化性。可见，这些主要特点，都是正义作为（否定之否定之后的）自然法基本原则所应当具有的，都是出于正义必然反映社会规律这一点之上。

#### 四、积极的利益与价值调和

在对正义原则有了大致了解以后，我们可以发现，从正义原则的作用方式上讲，它是一种积极的利益与价值调和手段。这就是正义原则区别于其他自然法基本原则的特性。

不同的社会主体有不同的利益，也有不同的价值取向，尤其是在自己应当得到或承担什么的问题上。任何社会中都存在着利益与价值的冲突，任何社会都必须依照规律来解决这一冲突。正义要求各得其所，要求按照规律分配权利和义务，要求达致善并抑制恶，这实际上是积极地介入社会关系，指导权利义务在社会主体之间的配置，从而打造并维持社会的秩序。

当然，不同价值取向的存在，根本也是为了利益的需要，正义要解决的最根本问题，就是调和利益。我们可以看到，所谓“各得其所”，就是调和不同主体的利益；所谓“扬善抑恶”，就是评价不同主体的价值，评价价值最终是为了调和利益，因而“扬善抑恶”最终还是为了“各得其所”。这种积极的指导是最基本的利益与价值调和手段，权利义务的归属，最终只有依靠正义原则才能确定。但也必须认识到，仅靠正义原则是不足以维持社会秩序的。因为，现实是纷繁复杂的，总会有某些主体不遵守或者滥用这一调和手段，总会有某些权利义务需要被特殊地配置，这就使得其他利益与价值调和手段、其他自然法基本原则的作用成为必要。

总之，正义是自然法的第一项基本原则，正义就是各得其所，扬善抑恶。正义是一种积极的利益与价值调和。

## 第三章

# 作为自然法第二项基本原则的公平

---

### 第一节 词 源

公平，英文对应词为 Equity。Equity 一词在现代英语中有多种含义：（1）公平、公正、平等、平衡；（2）衡平法；（3）衡平、平衡、个案公正、自然公正；（4）衡平权益；（5）附属权利或义务；（6）净资产；（7）股权、股份；（8）制定法的含义、意图、一般目的。<sup>①</sup> 一般认为，Equity 这个词的基本含义就是公平、合理、正义，可作为自然正义的同义词使用；这个词的第二个含义，也是现代英语中最重要的含义，是衡平法，衡平法是自然正义和合理准则在特定情况下的适用。<sup>②</sup> 也就是说，衡平法源于公平原则。

Equity 一词，作为最初用来表示“公平”含义的用语，源于拉丁文 aequitas，该词还有一不规范的写法，即 equitas，后者似乎更

---

① 《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 483-484 页。

② 《牛津法律大辞典》（第 5 版），光明日报出版社 1988 年版，第 304 页。

为接近于今天的英文写法。拉丁文 *aequitas* 的本意，就是公平、衡平、衡平法。其中，“公平”一词可以在广泛的哲学意义上使用；“衡平”主要限于法律领域；“衡平法”则是在英国法中逐渐发展起来的对应于普通法、旨在弥补普通法的不足并纠正普通法不公平之处的实在法律制度。因此，大致可以认为，“公平”与“衡平”在法律上具有类似的意思，只不过“公平”是自然法的基本原则，“衡平”是实在法的基本价值，而“衡平法”则是在上述原则与价值指导之下发展起来的实在法。现代英语没有体现出上述细微的差别，甚至将“公平”与“正义”、“平等”相混淆，一个重要的原因就是自然法体系及其基本原则长期被忽视。

## 第二节 公平原则的历史发展与比较

### 一、古代的情况

著名诗人海西奥德曾经指出，法律是建立在公平基础上的一种和平秩序，它迫使人们戒除暴力，并把争议提交给仲裁者裁断。<sup>①</sup>

诡辩派学者<sup>②</sup>卡利克里斯（Callicles）和斯拉雪麦格斯（Thrasymachus）等人，则认为人在实质上是不平等的，主张法律乃是“强者之权利”（Right of the Strong），鼓吹“强权即公理”。斯拉雪麦格斯曾断言，正义不外乎是对强者有利的东西，如果不正义大到足够程度，那么它就会比正义更有力、更自由、更高明。<sup>③</sup>虽然这部分诡辩派学者的结论不可取，但是他们从另一个角度提出了下面的问题：“各得其所”是否有界限？如何防止资源上占优势的社会

<sup>①</sup> See Hesiod, *Erga (Works and Days)*, Oxford, 1908, pp. 273-285.

<sup>②</sup> 诡辩派学者，又称智者，是指公元前5世纪至公元前4世纪活跃在古希腊各邦的一批职业教师、演说家、作家，他们并非是基于共同的思想主张、而是基于类似的社会活动方式（著书立说、发表宏篇大论、回答人们提出的各种问题、向青年人传授辩论的艺术等）被归为一类。因此，同为智者，观点有可能类似，但也很可能大相径庭。

<sup>③</sup> See Plato, *Republic and Other Works*, Anchor Books, 1973, pp. 17-22.

主体滥用正义原则、只顾追求自身的“合理”需要而不顾其他主体的合理需要？诡辩派学者的论述可以视为一种警告，即单凭正义原则不足以在复杂的现实中保障社会的良好与有序发展。由此，一种从消极方面来调和不同利益与价值的自然法基本原则——公平原则就成为必要。

亚里士多德敏锐地指出，在研究正义和非正义时，必须考虑正义的另一极端是什么。他认为，当一条分配正义的规范被一个社会成员违反时，矫正正义便开始发挥作用，在这种情况下，对过失作出赔偿或剥夺一方当事人的不当得利，就势在必行。根据亚里士多德的论述，矫正正义遵循一种算术比例，即当非正义的情况出现之时，通过减少非正义一方的收益和弥补正义一方的损失，尽量使被非正义改变的合理状态得到恢复，这种合理状态被亚里士多德称为“平等”，意思是指法律在矫正正义中仅考虑损害的特定性质，不管是好人侵害了坏人、还是坏人侵害了好人，只要有人加害、有人受害，就应平等对待当事方。因此，他主张，法官的工作就是恢复平等。亚里士多德意识到实在法规则的一般性和刚性不一定能够保障个案正义，因而提出用“衡平”（*epieikeia*）的方法来解决这一问题，他定义道，衡平就是当法律因其太原则而不能解决具体问题时对法律进行的一种矫正。亚里士多德还精辟地分析了正义与公平之间的关系，指出正义与公平既非完全等同亦非种属各异。<sup>①</sup> 我们有理由认为，亚里士多德提出的矫正正义（*Corrective Justice*）其实就是指公平原则，只不过他放大了正义的范围，使正义既包括从正面对权利义务的分配又包括从反面对权利义务的矫正。他所说的“衡平”，其实是一种以作为自然法的公平原则弥补实在法缺陷的方法，这种方法在今天仍然有效并且在一些国家已经被制度化。按照亚里士多德的观点，法官的工作就是根据公平原则对权利义务进行矫正，这体现了司法救济的事后性；而他强调“平等”乃是程序正义的要求，是为了公平分配诉讼权利、保障争端的公平解决。

罗马法重视衡平原则的矫正作用，在市民法没有规定补偿的情

---

<sup>①</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, 1976, pp. 171-188.

况下，法律允许裁判官决定给予补偿。这就是后来英国法上普通法与衡平法相对立的原型。此外，《法学概论》概括了三大法律戒律（Precepts of the Law），其中第二条就是“不加害于他人”（To Injure No One），这显然是一种从消极方面来界定社会主体权利的做法。

中世纪的阿奎那基本上继承了亚里士多德的主张，将正义分为分配正义与矫正正义，其中矫正正义也就是公平原则。阿奎那又将矫正正义称为交换正义（Commutative Justice），他指出，这一范畴所关注的是个人之间的交易和交往中的问题以及在出现不当的行为或违法行为时如何进行调整的问题，在矫正正义中，人们必须用算术的方法使事物与事物之间相等，以使某人因他人的损害行为而遭受的损失能够得到补偿，并且使一人因损害他人而获得的不当得利得到矫正。<sup>①</sup>由此可见，阿奎那在继承了亚里士多德关于矫正正义的主张的基础上进行了一些发挥，他把交换的问题也纳入到矫正正义（即公平）问题中来。这意味着，在阿奎那看来，凡是进行再分配，不管是以交换、补偿还是剥夺的方式，都属于矫正问题。因而，他所指的“矫正正义”不妨叫做“再分配正义”更为妥当。但显然，这扩大了公平原则的范围。因交换而得到某些东西，仍然属于“各得其所”的范围，仍然是一种积极地调和利益与价值的手段，不属于公平原则的范畴。

值得一提的是，中世纪末期的国际法学者也对有关公平原则的有关讨论作出了巨大贡献。真提利在其著作中提出了作为最高神学标准的所谓“黄金律”，那就是“己所不欲，勿施于人”（Not Doing to Others What You Would Not Wish to Have Done to You）。<sup>②</sup>

可见，古希腊的学者认识到了对利益与价值进行消极调和的必要性，初步阐述了公平的含义，并提出了衡平的概念。在古罗马，

---

<sup>①</sup> See St Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Cambridge University Press, 2006, Vol. 5, pp. 73-75, Vol. 37, p. 93.

<sup>②</sup> See Alberico Gentili, *De Jure Belli Tres*, Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 224.



公平原则被付诸实践，由此形成了衡平法的雏形。步入中世纪后，公平的内容被更多的探究，公平原则的核心要素——“己所不欲，勿施于人”逐渐被揭示了出来。

总之，在古代，公平原则的必要性被认识到，公平的核心要素被揭示出来，衡平的方法被付诸实践。

## 二、近代的情况

格老秀斯在《论捕获法》中所阐述的 13 项法律戒规中，有 3 项涉及公平：第 3 项法律戒规要求任何人都不得伤害他人；第 4 项戒规要求任何人都不得侵占属于他人的财产；第 12 项戒规要求，不经司法程序，无论国家或公民都不得寻求向其他国家或公民执行自己的权利。<sup>①</sup> 他在《战争与和平法》中所提出的五项自然法主要原则中，也有三条涉及公平，它们是：不欲求属于他人的东西；归还属于他人的东西并用我们自己的财物使他人的财产恢复原状；赔偿因自己的过错而给他人造成的任何损失。<sup>②</sup> 这表明，格老秀斯不仅要求“己所不欲，勿施于人”，而且主张通过居中裁判解决纠纷。

在霍布斯所列举 19 条自然法戒律中，有多项涉及公平原则：每个人都应虑及他人；每个人都不应侮辱他人；己所欲，施于人；赋予他人权利时应公平对待双方；和平解决争端的调解人应享有豁免权；当事方有权益争议的，应将其提交第三方仲裁；人不应在自己的案件中充当法官或仲裁人；对争端当事方的其中一方获胜有重大物质或精神利益期待的人不应担任案件的仲裁人；在案情缺乏明确证据时，仲裁人或法官可依据对双方公平的证言，自主决定如何裁判；仲裁人应保持独立性。霍布斯特别指出，尽管个人情绪因素会妨碍对自然法的理解，但对所有人而言，每当其不清楚自己对

---

<sup>①</sup> See Hugo Grotius, *De Iure Praede Commentarius*, London: Oxford, 1950, p. 13, p. 27.

<sup>②</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, Prolegomena. 8.



人的所作所为是否符合自然法的时候，只需要换位思考、设身处地站在他人立场上想一想，就会不去做侵害他人自然权利的事情了，这一规则就是闻名已久的“己所不欲，勿施于人”。<sup>①</sup> 不难发现，霍布斯实际上将“己所不欲，勿施于人”视为自然法的核心条款，有了这一条款，权利就不再是可以无限追求的东西，权利与义务就成为相对的范畴，权利的放弃与转让就有了充分的依据。

普芬道夫在《自然法与国际法》中宣布，人们在自然法之下首要的和最根本的义务，就是尊重相互之间的权利且不去伤害他人及其权利，而已经造成的损害应当得到报偿，这是所有社会秩序与权利的基础。他还采取了与真提利类似的立场，宣布“对待邻人要向我们希望他们对待我们一样”为自然法的“黄金律”。普芬道夫还特别提到，人的力量是有界限的，人不应逾越这一界限；人追求声望、财富、愉悦的热情应当受到理性的限制，这种追求应当是有限度的。<sup>②</sup> 普芬道夫还在《人和公民的义务》中论证说，公平与分配决然不同。公平是在法律的普遍适用存在缺陷的时候对法律的一种矫正；或者说，它是一种对法律的技巧性的解释，通过这种解释，自然理性揭示了这一事实，即某些特定案件未被普遍性的法律所涵盖，因为如果对这些特定案件适用普遍性的法律将产生荒谬的结果。他声称，每个人对其他人都负有某种绝对义务，其中首要的义务就是“毋害他人”，这一义务不仅保护我们从自然中获得的生命、身体、肢体、贞洁、自由等，而且保护我们通过某些制度和协定获得的权利；由此可推出的主张是，加害人必须为其施加于某人的侵害以及由此引发的任何损失作出赔偿。<sup>③</sup> 概括地说，普芬道夫实际上是主张，你认为别人应当在什么条件之下才能得其所，那么你自己也应当在那种条件下得其所，这就是“己所不欲，勿施于

---

<sup>①</sup> See Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, pp. 50-53.

<sup>②</sup> See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 2, Introduction, 24a, p. 313, p. 231.

<sup>③</sup> See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen*, Cambridge University Press, 1991, p. 30, pp. 56-57.

人”；同时，普芬道夫所阐述的“公平”，具有类似于“衡平”的含义，且涵盖了救济措施的适用问题。

莱布尼茨指出，毋害他人这一戒律，来自于公平原则的要求，因为公平原则确认：己所不欲，勿施于人；己所欲，施于人<sup>①</sup>。尽管莱布尼茨在构建其以正义为核心的自然法体系的第二等级——分配正义中的公平的时候，其所采取的公平概念比较模糊——公平与平等相混淆、公平既包括积极义务又包括消极义务、公平与仁慈在严格意义上被等同起来……但不可否认，他关于公平原则的论述，已经触及到了该原则的核心内容。

伏尔泰坚信，自然法禁止侵害他人、损人利己，劫夺他人财物是违反自然法上义务的行为。<sup>②</sup>

康德汲取了古罗马法学家乌尔比安关于义务的分类理论，构建了自己的一套义务体系。康德将义务分为三类，第一类是内在的义务，其要求是“正直地生活”，即对待任何人，不仅仅要将其当做手段，还要同时将其当做目的；第二类是外在的义务，其要求是“不侵犯任何人”；第三类是联系的义务，其要求是“把个人所有的东西归还其人”，康德曾经解释说，这句话如有明确的含义，只能是指每个人可以拥有不受他人行动侵犯的东西。<sup>③</sup> 康德所建构的这些义务，全部都体现了公平原则的要求。

黑格尔虽然认为自由是最伟大的历史理想，但他强调，自由并不意味着一个人具有为所欲为的权利，相反，理性的基本要求之一就是尊重他人的人格和权利。<sup>④</sup>

穆勒对正义的反面论述也为我们考量公平提供了元素。他指

<sup>①</sup> That is to say, what you do not wish to have done to you, or what you do wish to have done to you, do not do to others, or do not deny to others. See Leibniz, *Political Writings*, Patrick Riley translated and edited, Cambridge University Press, 1972, p. 56.

<sup>②</sup> See Voltaire, *Political Writings*, David Williams edited and translated, Cambridge University Press, 1994, p. 117.

<sup>③</sup> See Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Harpar and Row Publishers, 1964, p. 96.

<sup>④</sup> See Hegel's *Philosophy of Right*, Oxford, 1952, p. 20, p. 247, p. 231.

出，剥夺任何人的自由、财产或其他任何属于他的东西都是不正义的；被剥夺的只能是那些本不属于他的东西；并且，偏私也是非正义的。<sup>①</sup>

总之，在近代，公平原则所涉及的种种具体情况开始被阐述，人们对“己所不欲，勿施于人”达成了一定程度的共识，消极的利益与价值调和手段已经被运用到民权、宪政等重要领域。

### 三、现代的情况

#### （一）各派法哲学学者

施塔姆勒认为，正义的要求只有在将个人欲望与社会的目标相适应时才能达到，他提出了四条基本原则，其中两项涉及公平：决不当使一个人的意志内容受制于任何他人的专断权力；只有在受法律影响的人可以保有其人格尊严的前提下，法律所授予的控制权力才能被认为是正当的。<sup>②</sup> 显然，这是希望运用公平原则来限制权力的专断性。

富尔宣称存在着三项自然法原则，其中一项就是：补偿对他人造成的不正当损害。<sup>③</sup> 这与亚里士多德和阿奎那主张的矫正正义其实是一个意思。与之类似的是，达班也认为矫正正义是正义的三种形式之一，他认为，矫正正义指的是适当地调整个人与个人之间的关系，特别是按照那些旨在在合同和民事侵权案件中给予适当的损害赔偿金、恢复被盗或遗失的财产、归还不当得利等法律救济的方法来进行的调整。<sup>④</sup> 可见，富尔和达班这样的新托马斯主义者，大多都遵循阿奎那的进路，从纠正的角度来谈公平的问题。

凯恩明确提出，应当从否定的方面而不是肯定的方面去探究正

<sup>①</sup> See John Stuart Mill and Jeremy Bentham, *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin Books, 1987, pp. 316-319.

<sup>②</sup> See Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, New York: The Macmillan Company, 1925, pp. 161-163.

<sup>③</sup> See Louis Le Fur, *les grands problèmes du droit*, Paris: Sirey, 1937, p. 181.

<sup>④</sup> See Jean Dabin, *General Theory of Law*, Radbruch and Dabin edited, The Legal Philosophy of Lask, Cambridge, 1950, p. 443.

义的问题。他认为，正义的实质是补救或防止引起不正义感的一种过程。凯恩论证道，对不正义的感觉还提出了另外的一些要求，例如，要求承认人的价值和尊严、要求公正和认真的裁判、要求在自由与秩序之间维持适当的平衡、要求实现人们共同的预期。<sup>①</sup> 凯恩专门从否定的方面来谈论正义的限制问题，这是具有重大意义的，他显然洞察了仅从肯定的方面探讨正义的不足。他所提出的具体要求，都是公平原则的体现。当然，需要指出的是，强调正义的限制并不意味着要否定正义或闭口不谈正义，而是为了更好地实现与促进正义。

富勒虽然认为正义就是程序正义，但他在阐述两种与法律有关的道德时，分别界定了所谓“追求的道德”和“义务的道德”。富勒认为，追求的道德是善的生活和人类能力得到最充分实现的道德，是以人类成就的顶峰为起点的一种美德；义务的道德是规定有序社会赖以生存的基本规则的道德，是始于人类成就之底部的；追求的道德是所有道德的基础，义务的道德是为追求的道德服务的。富勒还强调说，义务的道德的术语是“你不应该”。<sup>②</sup> 适应于其一贯坚持的理论体系，富勒将自然法等同于道德，并将正义限于程序法的范围，但我们看到，真正的正义原则与公平原则仍然在其体系中有反映。所谓“追求的道德”其实就是正义原则，“义务的道德”其实就是公平原则。富勒很好地阐述了两者的关系以及两者在调和利益与价值的手段上的不同特点，追求的道德（正义）就是从正面讲，人“应该”主张做什么，而义务的道德（公平）就是从反面讲，人被限制着“不应该”做什么，反面的限制是为了正面的追求服务的。因此，尽管存在不完善之处，但富勒事实上对正义原则与公平原则作了全面的概括与分析，充实了新自然法哲学的理论基础。

---

<sup>①</sup> See Cahn, *The Sense of Injustice*, New York University Press, 1949, pp. 13-22.

<sup>②</sup> See Fuller, *The Morality of Law*, Revised edition, Yale University Press, 1969, pp. 10-11.

罗尔斯非常强调公平，他认为正义原则的作用就在于明确社会合作的公平关系，他甚至将他的正义论称为“公平的正义”（Justice as fairness），并以社会契约论来证明其正义原则的公平性。<sup>①</sup>罗尔斯强调并论述了正义的纠正问题（公平），不过他所说的“公平”是一个更为一般性的、宽泛的概念，它至少还包括另一项自然法基本原则——平等原则。

诺锡克所提出的权利论三原则中，最后一项也涉及公平原则，即，除了按照正义原则正当地取得和转移财产之外，任何人无权利拥有财产。<sup>②</sup>这显然是指出了“各得其所”的消极方面。

波斯纳试图在现代法经济学的框架之内重述矫正正义的问题。他批评说，很多现代的学者自认为使用了亚里士多德的矫正正义概念，但实际上却背离了这一概念。他认为亚里士多德的矫正正义概念是狭义的、正式的，其实质因素包括：第一，受不当行为侵害者有权启动一种由法官管理的矫正机制；第二，法官应不考虑加害人与受害人的身份或社会地位。波斯纳认为，矫正正义建立在两项基础上，一是个体正义的缺乏，二是对侵犯他人权益的自然反应——愤慨并要求报偿。他还指出，矫正正义与其他形式方面的原则一起构成对法官、其他立法或执法者自由裁量权的限制，使法律更像法律，更有序、更中立。尽管波斯纳承认，从字面上讲矫正正义是一个自然法上的概念，但他显然不满足于重复亚里士多德的思路，可以看出，波斯纳所重述的矫正正义问题，实质上主要涵盖现代社会司法救济机制的基础问题，而这也正是公平原则的主要内容之一。<sup>③</sup>

博登海默指出，每个社会秩序都面临着分配权利、限定权力范

---

① See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition, 1999, p. 1, pp. 10-15; *Justice as Fairness*, Harvard University Press, 2001, p. 7.

② See Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books Inc. Publishers, 1975, p. 151.

③ See Richard A. Bosner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 316, p. 323, p. 328, pp. 330-332.

围、使一些权利与其他权利相协调的任务，在分配和行使个人权利时决不可以超越某种外部界限，否则全体国民就会蒙受严重损害，因此，在个人权利和社会福利之间创设一种适当的平衡，乃是有关正义的几个主要考虑之一。博登海默认为，“一个衡平法上的判决”的唯一目的就在于“公平地对待各方当事人”。他甚至主张重新使用希腊术语 *epieikeia* 来指代衡平的司法过程。<sup>①</sup>

可见，在现代各派法哲学学者那里，公平原则所涉及的具体情况被较为充分地阐述，公平与正义的关系被较为全面地概括，衡平的观念已经深入人心。

## （二）国际法学者

很多国际法学者也参与了对公平原则的讨论，这很大程度上是受到了《国际法院规约》第38条第2款以及国际法院在实践中援引公平原则解释实在国际法的影响。因此，公平往往被视为一般法律原则，关注的焦点也往往是在公平原则对个案所具有的功能上。

对这一问题作出较权威论述的学者是阿库斯特。他指出，公平可以行使三种功能：一是使法适应于特定的事实或个案；二是填补法律空隙；三是作为不适用非正义的法律的理由。<sup>②</sup> 这可以说是对公平的作用形式的较为正确的论述，之后的很多法官和学者对此持肯定态度，有的还在自己的阐述里面对其做了些许补充。<sup>③</sup> 但要认识到，以功能来划分公平，仍然没有解决公平的性质和内容问题；而上述的三种功能，也并非公平所独有的。

斯查奇特归纳说，在国际法上，公平一词有五种用法：第一，公平是缓和绝对法律的严酷性的“个别的”正义的一项基础；第二，公平是对公允（Fairness）、合理（Reasonableness）以及善意（Good Faith）的考量；第三，公平是某些与公允与合理有关的特殊

<sup>①</sup> 参见〔美〕博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第324~336页。

<sup>②</sup> See M. Akehurst, *Equity and General Principles of Law*, ICLQ, Vol. 25, 1976, p. 801.

<sup>③</sup> See Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th edition, Cambridge University Press, 1997, pp. 82-83.

法律推理原则（如禁止反言、不当得利、权利滥用）的一项基础；第四，公平是分配以及分享资源与利益的标准；第五，公平是分配正义的一个广泛的同义词。<sup>①</sup> 从他的论述中，公平作为自然法基本原则可以推出相关的一般原则的事实再次得到了印证。但在另一个方面，我们看到，在斯查奇特的归纳中，公平与其他自然法基本原则（正义、善意）被不作区分地混在一起，不仅如此，公平还与表示理性的范畴（Reasonableness）、甚至与一个更为口语化的同义词（Fairness）混在一起。可以说，这样的“公平”简直就是一个可以任意解释与使用的最广泛范畴了。

值得注意的是，即便是在理论上认可一种类似的广泛的公平概念的艾利斯和利姆，也怀疑在实践中是否有必要把那么多问题归诸公平，因为在他们看来，只要惯常地运用人们所熟知的法律技巧，就可以得到一样的结果。<sup>②</sup> 况且，按照兰斯法官和弗兰克的观点，公平是不具备分配或再分配的功能的。<sup>③</sup>

相比之下，詹尼斯对公平的划分显得更为合理。他认为，国际法上的公平包括程序和实体两方面，程序公平通常指国际法官或仲裁员修改或补充国际法规范的明示或默示的指令，实体公平则通常导致某种形式的分配正义。<sup>④</sup> 公平原则确实包含两个方面：形式公平与实质公平，詹尼斯所提出的程序公平应该说正是形式公平的一个重要构成部分，而他的实体公平则接近于实质公平。难能可贵的是，詹尼斯认识到了公平与正义之间的密切关系，但是又没有将两者简单地等同起来。的确，公平是为了正义、并通常导致正义的范畴，但公平本身并不等于正义。

---

① See Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 55-56.

② See A. Ellas and C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, Kluwer Law International, 1998, pp. 225-226.

③ See T. Frank, *Equity in International Law*, Nandasiri Jasentuliyana edited, *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, 1995, p. 31.

④ See Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, Boston: Little Brown, 1988, pp. 62-63.



鲁文认为,公平是区别于任何特定国家的法学或法律体系的关于正义的一般法律原则。在有限的情况下(如判决结果令人难以接受),有必要要求诸公平而不必经过国家的同意。<sup>①</sup>这一论断是简短而精辟的。它既强调了公平原则与实在法的区别,又说明了公平与正义的紧密联系,还支持了自然法原则对实在法的补缺作用。当然,由于没有跳出《国际法院规约》的影响,它仍然将公平视为一般法律原则。

亨金认为,公平是一种法律原则(如禁止反言、不当得利)的基础;一种缓解法律过于严厉的基础;一种公正、合理、诚信的原则;一种在划分领土和分配资源时的考虑因素;一个分配正义的同义词。他强调说,公平并不必然就是均等。<sup>②</sup>可见,亨金反对僵化的均等观,主张能动的“各得其所”。他强调公平原则的基础性,并且把公平原则与正义原则联系起来,这些都是有积极意义的。不过,在亨金的论述中,公平仍然是一个含混的、随意使用相近的词来解释的概念。更为关键的是,亨金把公平与分配正义等同起来,显然是混淆了公平原则与正义原则的界限。

可见,国际法学者较为全面地阐述了公平原则在国际层面的功能。尽管很多人倾向于宽泛地使用公平概念并视公平为一般法律原则,但公平与正义之间、与实在法之间的区别与联系还是被正确地提了出来,公平在实质与形式两方面的规定性也被一定程度地关注。

总的来说,对公平原则的讨论,没有呈现像正义原则那样热火朝天、百家争鸣的局面,实在法学者基本上没有加入对公平原则的讨论。究其原因,很大程度上是由于在西方法律传统中,正义往往就是法的代名词,因而无论是自然法学者还是实在法学者都要谈论正义。公平则不然,在实在法学者看来,它仅仅是英美法系上一种

---

<sup>①</sup> See Vaughan Lowe, *The Role of Equity in International Law*, Australian Year Book of International Law, Vol. 12, 1992, p. 54, pp. 67-68.

<sup>②</sup> 参见[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社2005年版,第153页。



特有的实在法制度的概称，只是一个法律术语，自然没有深入讨论的必要；就算要深入讨论，他们也只会讨论作为实在法制度的衡平法，而不是作为自然法原则的公平。然而无论如何，在现代，公平原则的性质、内容、功能都被较为充分地论述了，公平与正义之间的关系被较为全面地概括，衡平的观念已经深入人心。

### 第三节 扬弃后的再界定

至此，我们对于公平原则的理论渊源已经有了大致的了解。适应于否定之否定后的自然法，作为其第二项基本原则的公平原则也需要进行否定之否定。而要实现这种否定之否定，就必须对上述理论渊源进行扬弃。

在上述有关公平原则的理论素材中，需要被继承的因素包括：对社会主体的利益与价值进行消极调和的必要性；己所不欲，勿施于人；公平与正义的联系与区别；矫正所采用的算术比例法；不偏不倚的居中者裁决争端；以衡平的方法适用公平原则弥补实在法缺陷。

需要被扬弃的因素包括：公平原则与正义原则混同；公平原则与平等原则混同；公平原则被等同于道德；仅从消极角度看待利益与价值调和；认为公平原则是永恒不变的；公平原则被完全等同于衡平或衡平法。

#### 一、己所不欲，勿施于人

己所不欲，勿施于人体现了公平的实质要求，是公平原则的核心要素。己所不欲，勿施于人是一种从反面阐述各得其所的规律性要求，它划定了正义的界限。

虽然在正义原则之下，人人都可以“各得其所”，但是如果人人都只顾各得其所，都只寻求满足自己的、片面的合理需要而不考虑其他社会主体的、乃至整个社会的合理需要，那么，就如斯多葛学派所警告的那样，正义将成为强权的代名词，或者，各主体之间展开无休止的争斗将使得谁也无法满足其合理需要。实际上，无论

造成哪一种情况，正义都将不复存在。因此，既然正义要求各得其所，那么任何主体都不得不得当地阻止其他主体得其所；既然正义要求扬善抑恶，那么任何主体都不得专断地判断善恶，这个意思正可以被归纳为“己所不欲，勿施于人”。

这就意味着，你要实现你的正义，那么你就不要阻止别人实现他的正义；各社会主体可以追求各自合理需要的满足，但是以不干涉其他主体合理需要的满足为限。比如，甲有权利凭借自己的学识去争取一个深造机会，乙也有权利争取自己的深造机会，两者应当各自展现自己的学识以实现目标，而不应该不正当地阻碍他人求得深造机会。再如，甲国有权利要求保持本国的领土完整，同时它也有义务尊重其他国家的领土完整，并不得以任何借口去侵略他国的领土。又如，发达国家可以倡导自由贸易，但是它们不能一边要求发展中国家开放包括贸易、服务与投资在内的全部市场，一边却为本国或本国家集团的弱势产业（如农业、纺织业等）筑起各种各样的贸易壁垒。

可见，有了己所不欲，勿施于人，我们才会知道什么是真正的各得其所，社会主体合理需要的满足才能够在一个理性的框架内进行。

## 二、居中裁判，平之如水

居中裁判，平之如水体现了公平原则的形式要求，是公平原则在履行矫正功能时必定遵循的因素。

居中裁判，平之如水是指，当社会主体的利益与价值彼此发生冲突并且各方又不能顺利地调和与解决冲突时，应当由居中者进行不偏不倚的裁判。首先，人人都有权各得其所，在追求满足自身合理需要的过程之中，利益与价值的冲突在所难免，很多时候当事各方仅凭自己的力量是难以合理地解决争端的。其次，正义要求扬善抑恶，但在实践中，由谁、如何来进行扬善抑恶？显然，依靠居中的力量进行不偏不倚的裁判，是实践中避免非正义司法程序的最佳方案。再次，没有人希望在处理这些冲突时自己受到专断的、不当的待遇，要保证这一点，就必须使所有人都接受不偏不倚的居中者

的裁判，而禁止利用某些资源使自己处于有利地位的做法。因此，各得其所司法实践上的必然要求，扬善抑恶在司法实践中的必然途径，己所不欲，勿施于人在司法实践上的必然推论，就是居中裁判，平之如水。

对于当时的社会主体而言，居中裁判就意味着其本身不能积极地决定冲突的结果，而应由中立的第三方来决定冲突的结果，可见，在冲突的决定权上，公平原则对当事方是具有消极意义的。需要说明的是，首先，居中裁判并不意味着所有的争端都应该由第三方来裁决，它仅仅是解决那些当事方自己不能调和与处理的争端的最后手段。这就如同在 WTO 体制中，多数争端都通过协商解决，只有那些无法协商或协商失败的争端，才会由 WTO 争端解决委员会（Dispute Settlement Body, DSB）来作出裁决。最后的手段可能并非最常用的手段，但绝对是最重要的手段，因为最后手段的存在，起到了引导、保障其他手段解决问题的标杆作用。如果某人就自己的某项违约行为与合同相对人协商并达成赔偿方案的话，那么，促使他这样做的主要原因，是因为他认识到，若让法院来裁决，他终究要作出赔偿，而且还要负担诉讼费用，倒不如使用其他争端解决机制（ADR）来得便宜快捷。其次，居中裁判不妨碍当事方采取积极的、正当的手段以促使裁决者作出能满足其合理需要的决定。虽然按照公平原则，当事人交出了争端解决的决定权，但依据正义原则，任何人都享有权利主张其合理需要、争取获得对自己有利的裁决。再次，居中裁判实现了公平原则的形式要求，但无法完全保障公平原则的实质要求的实现。的确，通过实现形式公平，可以对实质公平的实现提供保障。但是，由于受到各种各样的现实因素的影响，形式公平与实质公平之间存在差距，完全的实质公平还需要我们去不断地实现。

如果确实出现了不正义的情况，即某一方所得的比应得的多而另一方正好相反，那么不偏不倚的裁判就要对之进行纠正。这种纠正遵循的是算术比例，即“损有余而补不足”。亚里士多德以来所主张的所谓矫正正义，莫不是这个意思。在这个意义上，公平原则的确要求“平之如水”，而这是实现正义的重要保障。例如，某人

取得一项不当得利，那么公平原则就要求其交还此项得利，以弥补其原所有者的损失。又如，一国向其邻国排放工业污水，实际上该国就减少了自己的环境损失而增加了其邻国的损失，那么公平原则就要求该国停止不当行为并就此前的不当行为作出赔偿。可见，平之如水就意味着要通过不偏不倚的裁判，纠正已经产生的不正义的情况，恢复正义天平的平衡。中国古人用水来形容这种平衡的状态，就是因为，一池静水无论其水底是多么的高低不平，其水面却总是精确地保持着等高，这不正是公平原则（尤其是所谓矫正正义）所希望达到的理想状态吗？

可见，有了居中裁判，平之如水，我们才会知道公平的矫正功能是如何来实现的。

### 三、消极的利益与价值调和手段

通过以上论述我们可以发现，公平原则有其自己的特性，它是一种消极的利益与价值调和手段。它划定了各得其所的界限，指出了满足合理需要只能达到何种程度；它要求己所不欲，勿施于人，禁止社会主体作出超过合理范围的事；它要求居中裁判，平之如水，反对任何当事方自己专断地判断善与恶。这种特性，乃是公平原则区别于其他自然法基本原则的标志。

不难理解，只有将积极与消极的调和手段相结合，才能够既定纷，又止争，才能从正反两个方面为正义的实现提供支持与保障。

因此，公平，就是指己所不欲，勿施于人；居中裁判，平之如水。公平原则所采用的，是一种消极的利益与价值调和手段，它是为了划定正义的界限而应运而生的。有了公平与正义的结合，才能真正地保障正义。

### 四、公平与正义等范畴的关系

公平是自然法的第二项基本原则，是为了保障作为第一项基本原则的正义而产生的，因而两者具有相辅相成的关系。正义产生公平，公平一旦产生，就会作为独立的范畴反作用于正义。

正是由于正义原则与公平原则具有紧密的联系，因而两者往往

是交织在一起的。比如，任何国家都既有进行自由贸易的权利，也有保护本国幼稚产业的权利，一国不能只主张本国有这样的权利而忽视他国同样的权利。如果在 WTO 中，甲国认为乙国不应当实行某项保障措施，要求乙国撤销贸易壁垒并保留报复的权利；而乙国认为其有权实行该措施且甲国无权报复，若双方各执一词互不相让，那么争端应交由 DSB 裁决。DSB 应当不偏不倚，公正裁决。双方可以充分论证本国的主张，促使 DSB 作出正义的裁决，但是一方不得凭借其国家实力的优势，以专断的单方面行动压服另一方。因此，国际贸易争端的解决，也是正义与公平原则共同作用的体现。

而且，正义原则与公平原则还可以共同作用，产生一般法律原则。比如，自由原则就是正义原则与公平原则共同作用的结果。自由，实际上就是一方面社会主体可以得到为所欲为的权利，另一方面该主体必须尊重其他社会主体为所欲为的权利，真正的自由是处于公平的限制之下的合理需要的满足。

尽管公平与正义相辅相成，但两者并不是一个意思，不能混同。公平原则一旦产生，就具有相对独立性，不再隶属于正义原则的范畴。亚里士多德把矫正称为“正义”，显然是看到了公平与正义的紧密联系，但是这样的界定只有在将正义与自然法等同的情况下才是成立的，而本书已经指出，否定之否定之后的自然法，有一个清晰的体系，不会再像以往的自然法那样含混不清。当然，像凯恩那样仅从否定的方面来讨论正义的问题，则是有点过犹不及了。因为，只有存在“各得其所”的问题，才可能有如何为其划定界限的问题，无论如何，正义是公平的基础。强调正义的限制并不意味着要否定正义或闭口不谈正义，而是为了更好地实现与促进正义。

同样，公平原则与平等原则也是既有联系又有区别的，两者不可混同。关于平等原则，下一章还要详细讨论，这里只是简单地说，平等原则是正义原则的一部分与公平原则的一部分相结合的结果，因而公平与平等在内涵上有重合的地方，也有不同的地方，并且两者的侧重点也是不同的。

新自然法学派认为公平是一种道德，这当然是不全面的。公平首先是自然法的基本原则，它可以被转化为道德，但决不仅仅指道德。另外，公平原则不是永恒不变的，它与其所属的自然法一样，是一种理性对社会规律的认识而非社会规律本身，它会随着社会条件的变化而发展，它是处于否定之否定的螺旋式上升过程中的。

正如在前面已经指出的，衡平是实在法的价值，衡平法是一种实在法，它们都是从公平原则中发展而来的，但是它们并不能代替作为自然法基本原则的公平原则。人们可以依据公平原则构建有关的实在法价值，“衡平”正是依据“平之如水”构建出来的实在法价值。在罗马法的历史上，正是由于认识到市民法不提供补偿将导致不公平的情况，才产生了衡平法的雏形。而在英国法的历史上，正是由于15、16世纪的普通法存在种种弊端，不足以公平地维护合理需要，法院将作为法的价值的衡平原则适用于具体的案件以弥补上述不足，才使得衡平法这种独特的实在法制度应运而生。可见，公平、衡平、衡平法之间存在根、茎、叶那样的派生关系，尽管现在衡平法已经发展成为一种重要的、实在的国内法制度，但是不能本末倒置，不能简单地认为公平就是衡平或衡平法，公平仍然首先是自然法基本原则。

可见，公平原则与正义原则、平等原则、道德、衡平等范畴之间，既具有密切的联系也具有明显的区别。确立公平原则作为自然法基本原则的地位，将使得有关的价值与道德寻找到它们的根基所在，从而有利于我们在否定之否定的基础上，重建一个公平的社会价值与道德体系。

总之，公平是自然法的第二项基本原则，它是指己所不欲，勿施于人；居中裁判，平之如水。公平是一种消极的利益与价值调和。

## 第四章

# 作为自然法第三项基本原则的平等

---

### 第一节 词 源

平等，英文对应词为 Equality，在现代英语上，Equality 一词主要指同等；均等；平等。<sup>①</sup> 但该词最一般的用法，是指法律规则应该同等地适用于社会中进行有关活动的所有成员，而且除非有充足和明显的理由，任何人不得被豁免或区别对待。<sup>②</sup> 可见，从法律的角度上讲，Equality 就是指平等。

平等早已被接受为实在法的基本价值，并且在很多国家已经成为实在法（尤其是宪法）的基本原则。1776 年美国《独立宣言》宣告：“所有的人都生而平等的。” 1789 年法国《人权和公民权宣言》的第 1 条就规定：“人生来而且始终是自由和平等的。” 美国宪法第十四条修正案第一款规定，任何州对于在其管辖范围内的

---

① 《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 480 页。

② 《牛津法律大辞典》（第 5 版），光明日报出版社 1988 年版，第 303 页。

任何人，不得拒绝给予平等法律保护，该条款因而被称为“法律平等保护条款”（Equal Protection Clause）。美国最高法院在 1886 年曾宣称，平等的法律保护是法律保护的应有之义；到了 1954 年，美国最高法院又在一项判决中指出，美国宪法第五条修正案的正当法律程序条款（Due Process Clause of the Fifth Amendment）具有法律平等保护的内涵。<sup>①</sup>自此，法律平等保护（Equal Protection of the Laws）这一宪法概念适用于包括联邦、州和地方的各级美国政府。1982 年《中华人民共和国宪法》第 33 条第 2 款规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”而在国际法领域中，平等也已经成为实在国际法的原则。《联合国宪章》第 2 条第 1 款规定：“本组织系基于各会员国主权平等之原则”；同时《联合国宪章》第 78 条规定：“联合国会员国间之关系，应基于尊重主权平等之原则。”

然而，如果不能认识到平等首先是自然法的基本原则，不能够梳理清楚平等原则的真实含义，那么无论是作为实在法价值的平等还是作为实在法原则的平等，都无法准确、充分地发挥作用。搞不清楚根基的价值，只能是含糊的价值；摸不透来源的原则，也往往是难以解释的空洞教条。

## 第二节 平等原则的历史发展与比较

### 一、古代的情况

古希腊有为数不少的智者崇尚平等、主张解放奴隶。如阿耳斯达玛斯（Alcidamas）就指出，“神令人类全部自由，自然从来不曾强迫谁当奴隶”。<sup>②</sup>同时，也有一些诡辩派学者看到了实质平等的不可行性，如卡利克里斯（Callicles）就曾经宣称，尽管法律试图

<sup>①</sup> Brown v. Board of Education, 347 US 483 (1954).

<sup>②</sup> See Michael Gagarin and Paul Woodruff, *Early Greek Political Thought from Homer to the Sophists*, Cambridge University Press, 1995, p. 276.



使人平等，当事人在本质上却是根本不平等的。<sup>①</sup>

柏拉图僵硬的正义观反映在平等问题上，就导致他认为人生来就是不平等的，而且这种不平等是固定的，是确立其理想国中的等级制度的正当依据。然而在性别平等问题上，柏拉图却提出了在当时具有革命性的主张，他认为妇女应该享有教育和公共事务方面的平等权。<sup>②</sup>

亚里士多德在讨论分配正义与矫正正义的时候强调了平等。他认为，分配应当遵循比例平等的方法，矫正中的平等是指收益与损失之间的平均值，法官应当尝试通过刑罚或减少收益，以将非正义的不平等再平等化。他还指出，由法律来调整人们的相互关系，就可实现平等，这正是应当实行法治的原因。<sup>③</sup>可见，亚里士多德实际上提出了两种平等，第一种是实质平等，它体现在分配正义（正义原则）与矫正正义（公平原则）之中；第二种是形式平等，它体现在法治的要求中。亚里士多德所作的划分非常重要，直到今天，人们所谈论的种种平等观，仍然没有超出亚里士多德最初所划分的范畴。

不过，在希腊城邦国家的兴盛时期，哲学家们所争论的以及国家实际上所采用的平等，通常仅限于公民集团。梭伦所宣称的“制定法律，无贵无贱，一视同仁”，当然不包括妇女、外国人以及奴隶。直至公元前3世纪以后，才出现了一种人人生而平等的自然法理论，这一历史丰碑的建树者是斯多葛学派。斯多葛学派创立了一种以人人平等的原则和自然法的普遍性为基础的世界主义哲学（Cosmopolitan Philosophy），他们认为，神圣的理性寓于所有人的身心之中，不分性别、阶级、国别或种族，人在本质上是平等的，自然法对世界各地的任何人都具有约束力。

---

① See Plato, *Gorias*, Loeb Classical Library, Cambridge; Harvard University Press, 1932, pp. 483-484.

② See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, pp. 145-155.

③ See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, 1976, p. 188.

斯多葛学派的平等观在古罗马得到了继承与发扬。西塞罗认为,理性是普遍的,它及于全人类,拥有理性的人都是平等的。他坚信,人类只有一个共同的主人和统治者,那就是上帝。<sup>①</sup>换言之,在上帝之下,没有人比其他人更高一等。

不仅西塞罗支持并弘扬斯多葛学派的主张,众多的罗马当权者和法学家都赞同斯多葛学派的平等观。罗马皇帝马尔库斯·奥勒留斯(Marcus Aurelius)虔心向往“一种能使一切人都有同一法律的政体,一种能依据平等的权利与平等的言论自由而治国的政体,一种最能尊敬被统治者的自由的君主政府。”<sup>②</sup>其他受到斯多葛学派平等观影响的罗马皇帝,还有奥古斯都(Augustus)、安东尼厄斯·皮厄斯(Antoninus Pius)等。法学家佛罗伦提努斯(Florentinus)曾经指出,奴隶制虽然是依据市民法的,但是它与自然法是背道而驰的。<sup>③</sup>乌尔比安也声称,就市民法来说,奴隶被认为不是人;但根据自然法情形便不同了,因为自然法认为所有的人都是平等的。<sup>④</sup>正是这种对人人平等信念的认可,促使罗马法进行了一些相应的改革:奴隶的法律与社会地位得到一定改善,妇女逐渐享有了独立的人身和财产权利,父权对子女的绝对控制也受到了限制。这在当时代表了法律进步的方向。

进入中世纪末期,文艺复兴运动风起云涌,资产阶级逐渐兴起,封建等级制度受到冲击并走向解体。新教重新解释了《圣经》,认为每个人都有权直接同上帝交流而无须通过教士的中介,这等于是宣告了人在精神上的实际平等权。同时,一些学者也重新阐发了平等思想,以促使国家摆脱神权的束缚。尤其值得一提的是,1577年法国政治思想家博丹在其所著的《论共和国》(Six

<sup>①</sup> See Cicero, *On the Commonwealth*, Macmillan Publishing Company, 1976, pp. 215-216.

<sup>②</sup> 参见[英]罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武等译,商务印书馆1963年版,第341~342页。

<sup>③</sup> *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Cambridge University Press, 1904, I. 5. 4.

<sup>④</sup> *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Cambridge University Press, 1904, L. 17. 32; *The Institutes of Justinian*, Oxford: The Clarendon Press, 1949, 1. 2. 2.

Libres de la Republique) 一书中, 首先提出了近现代意义上的主权概念。他认为, 主权是主权者对领土及其居民的最高权力, 是国家的重要标志, 是永久的和绝对的, 主权除受神法和自然法的约束之外, 不受任何其他权力所制定的任何法律和规则的约束。<sup>①</sup> 而显然, 主权原则乃是平等原则的应有之义。只有承认国家都是平等的, 一国(无论大小强弱)的主权才可能在形式上不受任何他国的限制。<sup>②</sup>

总之, 在古代, 平等原则很早就受到重视并被运用到法律实践中。实质平等与形式平等的分类开始被提出。当邻近下一个历史时期之时, 平等观念已逐渐冲破神权的束缚, 主权观念已经初步形成。

## 二、近代的情况

### (一) 各派法哲学学者

格老秀斯在《战争与和平法》中主张, 正义既存在于同等者之间, 也存在于统治者与被统治者之间; 他把前者称为“平等权”, 而把后者称为“优越权”。<sup>③</sup> 这表明, 平等源自正义的要求, 当主体属于同一类的时候, 平等权就存在于他们之间。基于此, 格老秀斯认为国家之间存在着平等权, 他采纳了博丹的主权概念, 他认为, 主权就意味着国家的行为不从属于其他人的法律控制, 不致因其他意志的行使而无效。

---

<sup>①</sup> See Jean Bodin, *On Sovereignty*, Julian H. Franklin edited and translated, Cambridge University Press, 1992, p. 1.

<sup>②</sup> 正如马歇尔(Marshall)法官在“安特鲁普案”中所指出的, 国家间的完全平等是广为接受的一般法律原则, 平等原则的结果, 就是没有国家可以合法地把一项规则加诸另一国; 各国都为自己制定法律规则, 而这些法律规则也只能被施加在各国自己身上。我认为, 这充分说明, 主权这一对内最高、对外独立的权利, 乃是以平等为理论依据的。See *The Antelope*, 23 US ( 10 Wheaton ) 64, 122 ( 1825 ).

<sup>③</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, Prolegomena. 19.

霍布斯认为，人生而平等，在自然状态之下，每个人都有使自己免遭他人侵犯的自然权利；尽管将所有事物都平等地赋予所有人并不现实，但这是自然权利的基石，因而每个人都应被视为与任何其他人是平等的。<sup>①</sup>

普芬道夫强调一种自然法上的平等（Natural Equality）。普芬道夫指出，自然法对任何人都具有平等的约束力，任何人都不能违反。他还强调说，国际法上的人格者处于自然状态之下，因而也是平等的。在他看来，承认其他人在法律上的平等地位，乃是自然法所施加的一项绝对义务；人们享有平等的权利，因为谋求社会生活的义务平等地拘束所有人；对平等的考虑使人们可以互相帮助。<sup>②</sup>普芬道夫论证道，人类的平等不仅包含成人体力大致相当这一事实，而且包含人必须对他人践履自然法的戒律、他人亦必须如此这一因素；优越性不是可以合法地侵害他人权益的理由；在分配某项权利时，应当视当事人为平等主体并不偏不倚地对待之，由此推之，共有财产应在平等主体间以等比例分配。<sup>③</sup>

按照伏尔泰的观点，平等是人的天赋权利，人是生而平等的，最好的统治应该是各种不同地位不同身份的人都能得到法律平等保护的那种统治；相应地，将这种平等观适用到国际社会，那么每一个国家都必须是独立自主的。<sup>④</sup>

洛克在论述其自然状态假说时，指出这种状态是一种平等的状态；依据自然法，人人都是平等和独立的，因此任何人不得侵害他

---

<sup>①</sup> See Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, p. 25, p. 50.

<sup>②</sup> See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 2, pp. 330-345.

<sup>③</sup> See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen*, Cambridge University Press, 1991, pp. 61-62.

<sup>④</sup> See Voltaire, *Political Writings*, David Williams edited and translated, Cambridge University Press, 1994, p. 168.

人的生命、健康、自由或财产。<sup>①</sup>虽然这仅仅是一种假说,然而一旦以这种假说为依据的社会契约论被用来构建资本主义国家体制,平等的原则就将随之成为国内实在法的基本价值,而历史的发展也确实如此。并且,洛克在构筑自己的宪政理论时也强调,法律面前人人平等乃是行使国家最高权力的限制条件之一。

孟德斯鸠也指出,在自然状态下,每一个人都神圣地感觉自己是一个平等主体;而在进入社会状态以后,每一个国家也都享有国际法上的权利。<sup>②</sup>实际上,孟德斯鸠的三权分立主张(这种主张后来由美国所首先实践),在其理论上与洛克的平等观是相吻合的。

卢梭倡导的“主权在民”(这种主张后来成为法国大革命的号角),也是基于人在自然状态中平等、而在社会中不平等,因此需要通过社会契约,在理想的政治状态中实现新的平等。与之相适应,卢梭认为法律必须对全体人民平等适用,且法律的最终目的也是全体人民的平等。<sup>③</sup>随着独立的、自由的、三权分立的资本主义国家体制在西方遍地生根,平等原则也就进入了这些国家的宪法,成为法的基本价值与原则。

康德在《永久和平论》中指出,所有公民在法律面前一律平等,乃是共和制度的一项基本原则。<sup>④</sup>在康德看来,平等的要求出自他对法律的界定:法律在形式上是普遍的,因而每个人必须拥有与任何其他他人相同的权利。<sup>⑤</sup>康德还认为,自由是人的基本权利,

---

<sup>①</sup> See Locke, *Treaties of Civil Government and a Letter Concerning Toleration*, Irvington Publishing Inc., 1979, p. 6.

<sup>②</sup> See Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Cambridge University Press, 1989, pp. 6-8.

<sup>③</sup> See Rousseau, *The Social Contract and Other Later Political Writings*, Victor Gourevitch edited and translated, Cambridge University Press, 1997, pp. 49-53, pp. 113-115.

<sup>④</sup> See Kant, *Perpetual Peace*, Bobbs-Merrill Company. Inc., 1957, p. 12.

<sup>⑤</sup> 沙利文在研究康德的理论后补充说,这一论断与那种源于任何社会中的天分、财富及运气等混合因素的财产与权力不平等无关。See Roger J. Sullivan, *Immanuel Kant's Moral Theory*, Cambridge University Press, 1989, p. 256.

而这一基本权利本身就含有形式平等的思想，因为它意味着每个人都是独立的并是他自己的主人。<sup>①</sup>可见，作为哲理法学派的代表，康德已经触及到了所谓“形式平等”与“实质平等”的分野。

可见，在近代，平等原则在古典自然法学派的推动之下，逐步进入实在法，成为实在法的基本价值与基本原则。主张平等，乃是古典自然法学派的共同观点。古典自然法学派适应历史发展的需要，列举并倡导实践了平等原则的主要内容，取得了巨大成就。然而，他们对平等原则的阐述是以解决当时的具体问题为取向的，是不全面的。对此，其他的法哲学学派的论述部分地起了补充的作用。

## （二）国际法学者

与此同时，国际法学者也积极运用平等原则，论证国家之间的主权平等。

沃尔夫把平等原则视为国际法的奠基石。他在《用科学方法论述的万国法》中指出，正如所有人都是生而平等的一样，所有国家相互间也是天生平等的，各国都具有平等的权利与义务。<sup>②</sup>

法泰尔在其名著《万国法》中，根据自然法的观点阐明了国家主权平等原则。他论述道，由于人是自然平等的，他们的天赋的权利和义务是一样的，国家作为人的集合体是自然地平等的，拥有同样的义务和权利，这与国之强弱没有关系。一个小小的共和国和一个强大的王国同样是主权国家。作为平等的必要的结果，凡一个国家被允许做的事，一切其他国家也被允许做，而凡一个国家不被允许做的事，其他国家也不被允许做。<sup>③</sup>

可见，国际法学者关于平等的论述，为近代资本主义国家彻底

<sup>①</sup> See Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Harpar and Row Publishers, 1964, pp. 46-90.

<sup>②</sup> See Christian Wolff, *Jus Gentium Methods Scientifica Pertractatum*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Prolegomena.

<sup>③</sup> See Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Fenwick translated, Washington: Carnegie Institution of Washington, 1916, Introduction, pp. 15-18.

摆脱神权的束缚，成为主权独立的国家提供了理论依据。因为，只有在主权独立的基础上，才有形成国际社会的可能。

总之，在近代，平等的内容与功能被较为充分地论述，平等原则的部分内容被普遍地落实到各国政治制度中，主权的观念已经正式形成。

### 三、现代的情况

#### （一）法哲学学者

社会学家沃德呼吁实质的平等。他认为，正义存在于社会对那些原本就不平等的社会条件所强行施予的一种人为的平等之中，他希望在社会成员之间实现无限的机会平等化。<sup>①</sup>

当然，并不是所有的学者都主张实质平等。

施塔姆勒所提出的四项正当法律基本原则中，有两项涉及平等：每一项法律要求都必须以这样一种方式提出，即承担义务的人仍可以保有其人格尊严；不得专断地把法律共同体的成员排除出共同体。<sup>②</sup> 这些都是形式上的平等要求。

拉德布鲁赫坚持平等的相对性与形式性，他指出，平等的人应当得到平等的待遇，而不同的人则应当根据其不同的情况加以不同的对待。<sup>③</sup>

哈特提出的“最低限度的自然法”，只是要求“大体上的平等”。<sup>④</sup>

罗尔斯在论述其正义论的时候，首先假定人们最初具有平等的地位。他强调“平等的自由”，认为这是必须得到法治保障的

---

<sup>①</sup> See Lester F. Ward, *Applied Sociology*, Boston: Twayne Publishers, 1906, p. 22.

<sup>②</sup> See Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, New York: The Macmillan Company, 1925, pp. 161-163.

<sup>③</sup> See Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, Radbruch and Dabin edited, *The Legal Philosophy of Lask*, Cambridge, 1950, pp. 90-91.

<sup>④</sup> See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 189-190.



首要立宪原则。他相信在一个由“作为公平的正义”所规范的社会中，公民权的平等是其最高、最根本的准则。<sup>①</sup> 罗尔斯指出，对制度的正义原则包括两条规范：首先，每个人都有平等的权利，享有与他人相同的最广泛的基本自由；其次，社会、经济的不平等将被安排得可以期望对每个人都有利并使每个人都有机会取得地位与官职。<sup>②</sup> 可见，罗尔斯并不排斥实质上的不平等，他认为关键是要保证每个人都有机会。罗尔斯所强调的，也是形式上的平等。与之相适应的是，他倾向于认为平等不是绝对的，当基本的自由与平等的要求发生矛盾之时，只要满足形式上的平等要求，基本的自由可以得到伸张。有的学者（如德沃金）认为这意味着罗尔斯主张自由高于平等，我认为倒不如说这是罗尔斯给平等划定了一个界限——满足形式要求，如此一来，自由与平等就不再冲突。当然，罗尔斯本人并没有明确区分是实质平等与形式平等，并且有将两者混用的倾向。

德沃金以平等观作为其权利论的核心思想，并就有关问题作了详细论述。德沃金指出，政府不仅要关怀和尊重人民，而且要平等地关怀和尊重人民，这就是所谓“平等的自由观”。根据平等的自由观，所有公民均享有得到平等关怀和尊重的权利，这不仅为各种宪法性权利和其他经济权利提供了理论依据，而且昭示了传统人权学说中的自治观念。平等关怀和尊重的权利是一种高度抽象的权利，是个人的基本权利，它大致包含两方面的内容，一是平等对待的权利，二是作为平等者得到对待的权利。在平等与自由的关系上，德沃金更倾向于平等。德沃金坦言，自己的观点的中心概念是平等而不是自由。他认为，公民作为平等者，有资格受到平等的对待，这就是公民享有的平等自由权利；平等是自由主义的原动力，捍卫自由主义也就是捍卫平等。他还指出，有的时候对自由予以限制无疑是正当的，任何旨在支持自由权利的社会调整措施都必须认

<sup>①</sup> See John Rawls, *Justice as Fairness*, Harvard University Press, 2001, p. 132.

<sup>②</sup> See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition, 1999, p. 171, p. 53.



真考虑和尊重平等的权利。<sup>①</sup>

波斯纳相信,必须平等对待处于同样地位的人,这是一项与矫正正义共同起作用来调控社会司法制度的形式方面的原则。波斯纳从社会救济体系的角度上考察了平等的形式性及其局限性,他指出,一个理性的裁判体系会避免非理性的区分所带来的任意性,不平等在形式层面上被谴责,而不考虑特定的实体问题,故而形式平等可以排除某些结果,但也会留下大片空白区域。<sup>②</sup>

博登海默认为,平等是一个具有多种不同含义的多形概念,它涉及法律待遇的平等、机会的平等和人类基本需要的平等。法律上的平等是一种形式上的平等,它不外是指,凡是法律视为相同的人,都应当以法律所确定的方式来对待。博登海默一针见血地指出,对于基本权利的承认,可能只是提供了行使这些权利的一种形式机会,而非实质机会;平等待遇原则本身并不能自动排除对社会中不得势的群体采取的压制性待遇;因此,可能需要给予社会地位低下的人以应对生活急需之境况的特权。他还分析说,平等感的心理根源是人希望得到尊重的欲望以及不愿受他人统治的欲望。他主张,绝对的平等是不可能实现的,对于不等的成就应当给予不等的报酬;平等不应当被宣扬为绝对的价值,而应当与其他价值一道构建一个成熟发达的法律体系。<sup>③</sup>可见,博登海默倾向于认为,平等是相对的、形式上的,但为了保护弱势群体,也存在对实质的权利义务进行矫正的必要。虽然他是从心理因素来考虑平等的构成的,但是其所说的“得到尊重”与“不受他人统治”却无疑分别是正义与公平原则的体现。

可见,有的学者倡导实质平等,有的学者主张形式平等,两类平等的内容都得到了较为详细的论述。平等与自由的关系、平等的

---

<sup>①</sup> See Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 205-292.

<sup>②</sup> See Richard A. Bosner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 333.

<sup>③</sup> 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第307~316页。

相对性等问题都得到了一定的研究。

## （二）国际法学者

现代国际法学者仍然一如既往地关注着平等问题，尽管他们中的多数是实在法学派。

里维尔（Rivier）相信，主权国家之间是平等的；每一个主权国家以同样的名分行使其从它的主权和它的国际社会成员的资格派生出来的所有权利，只要符合它同其他国家的协定的关系。这就是国际法实践上普遍承认的而在国际法学说中一般地承认的国家平等原则的意义。<sup>①</sup>

詹宁斯和瓦茨在其新近主持修订的《奥本海国际法》第九版中认为，平等是国际法基础的引申。他们指出，由于国际法是以作为主权社会的各国的共同同意为根据的，因而国际社会的成员国是作为国际法主体而彼此平等的。各个国家按照它们的特质在权力、领土等方面肯定不是平等的，尽管它们可以有任何的差异，但作为国际社会的成员，原则上它们是平等的。他们承认，平等这样一种抽象的权利，当被推向极端的时候，是可以被反驳的，并且国家之间实质上的政治经济不平等也使得绝对的平等成为不可能。<sup>②</sup>可以说，这种观点是目前国际法学界关于平等的代表性观点，即，平等是国际法的基本原则，平等是主权的产物，平等是相对的、形式上的。

如今，平等已经毋庸置疑地成为实在国际法的基本原则，除了上面谈到过的《联合国宪章》对平等原则的规定之外，还有很多实在国际法律文件（包括正式渊源与非正式渊源）明确了这一点。有关的全球性的法律文件包括：1965年《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》、1970年《国际法原则宣言》、1974年《建立新的国际经济秩序宣言》和《各国经济权利和义务宪章》等。有关的区域性的法律文件包括：《欧洲关于指导与会国间关系原则的宣言》、《美洲国家组织宪章》、《非洲统一组织宪章》等。

<sup>①</sup> 转引自周鲠生：《国际法》（上册），商务印书馆1981年版，第208页。

<sup>②</sup> See *Oppenheim's International Law*, 9th edition, Vol. 1, Longman, 1996, pp. 339-340.

此外，由中国倡导的和平共处五项原则，也涵盖了平等原则。

可以明确的是，作为实在国际法基本原则的平等，仍然主要是形式平等，这一点从1970年联合国大会通过的《国际法原则宣言》的表述中可以看出。按照该宣言的规定，国家主权平等原则的含义包括以下几个方面：（1）各国一律享有主权平等。各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国。（2）主权平等尤其包括下列要素：第一，各国法律地位平等；第二，每一国均享有充分主权之固有权利；第三，每一国均有义务尊重其他国家之人格；第四，国家之领土完整及政治独立不得侵犯；第五，每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；第六，每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平相处。

尽管如此，在国际社会中，发展中国家要求实质平等的呼声一直不曾中断过，这一点突出地体现在要求建立国际经济新秩序的主张上。尽管这一主张目前并未实现，但它毕竟推动了国际社会朝着实质平等的方向发展。在当今最重要的国际经济组织——WTO中，对发展中国家、尤其是最不发达国家的优惠待遇被作为条约规范明确下来，这至少标志着国际社会对实质平等必要性的认可。

可见，在国际法学者的推动以及国际法主体的共同行动之下，形式平等逐渐成为实在国际法的基本原则，而要求实质平等的呼声一直不曾中断。

总的来说，对于平等问题的讨论是比较热烈的。这主要是因为，平等不仅是自然法的基本原则，是重要的实在法价值与原则，而且是人权的重要构成部分，不论从何种理论基础出发，法哲学学者都不能避开对平等的探讨。平等原则从一开始就是一个备受争议的范畴。诡辩派学者从实质平等不可能出发，反对平等原则，而斯多葛派则坚持平等的重要性。古典自然法学者纷纷给予平等问题以关注，而且他们所说的平等无一例外的是形式平等，这主要是出于当时以平等为武器，打破封建等级制度，建立独立自由的国家的需要。在资产阶级取得政权之后，虽然劳动阶级也以平等为武器反对剥削，但并没有撼动资本主义国家体制。对这一问题的探讨就逐渐

沉寂下去了，实在法学者更多地阐述实在的法治，而不是抽象的平等。很多具有价值取向的法哲学学者也继续关注平等问题，他们一般都强调，平等是形式上的、相对的。值得一提的是，国际法学者，无论是自然法取向的还是实在法取向的，始终一如既往地关注平等问题，这显然是由于平等原则对于国际法的存在具有极其重大的意义。

总之，在现代，形式平等不仅成为国内法的基本原则，而且成为国际法的基本原则，主权观念已经深入人心。对实质平等的关注呈上升趋势。平等与自由的关系、平等的相对性等问题都得到了一定的研究。

综上所述，在经历了古代、近代、现代的发展之后，一方面，对形式平等与实质平等的分野已经有了初步的认识，对平等的内涵、外延、特点的探讨已经相对成熟，对平等与自由等其他范畴之间的关系也有一些较为准确的论述，主权观念已经深入人心；另一方面，对平等的性质、平等的内容、平等与其他范畴关系的理解仍然普遍存在偏差，这使得平等观存在较为严重的混乱现象，平等原则作用的发挥受到限制。这表明，在当代，平等观发生飞跃性的质变，既是可能的，也是必要的。

### 第三节 扬弃后的再界定

至此，我们对于平等原则的理论渊源已经有了大致的了解。适应于否定之否定后的自然法，作为其第三项基本原则的平等原则也需要进行否定之否定。而要实现这种否定之否定，就必须对上述理论渊源进行扬弃。

上述种种关于平等原则的理论渊源中，有以下因素是应当继承的：平等的普遍性；实质平等与形式平等的分野；国家在国际社会的平等主权；平等的抽象性、相对性与形式性；平等与正义、公平的联系；平等与自由等范畴的区别。

需要被扬弃的因素包括：实质平等内涵与外延的不明确；实质平等与形式平等、与平等的混同；平等与自由关系的不明确；绝对

的平等观；认为平等仅仅是心理感受；认为平等仅仅是实在法的价值或基本原则；认为平等源于主权。

### 一、同类主体的权利义务在形式上普遍相同

平等，就是同类主体的权利义务在形式上相同。自然法是普遍的，作为自然法基本原则的平等，无疑也是普遍的。平等原则要求，只要属于同一类社会主体，就应当享有形式上相同的权利义务。

显然，对社会主体可以作出多种分类，但在任何一种分类之下，同类的各主体在形式上都是普遍平等的。比如，在“人”这个分类之下，所有人都是平等的，这就意味着任何人不受他人的奴役。再如，在“当事人”这个分类之下，原告与被告是平等的，不存在谁先诉诸法院谁就优越的问题，双方享有平等的诉讼权利与义务。又如，在“国家”这个分类之下，各国都是平等的，这意味着一国不能强迫另一国订立不平等的条约，因而不平等条约也是违反自然法的，不平等条约被废除也是历史发展的必然。总而言之，只要属于同类主体，就享有普遍的平等权，而不能再人为地加上任何限制条件。

那么，如果某些社会主体具有多重身份，他们是否就不再平等了呢？比如，甲既是国家公民，又是作为执法者的警官，那么他与作为普通民众的乙之间是否就不再具有平等关系了呢？答案并非如此。关键在于，要依据所涉及的不同社会关系来识别主体的身份并确定主体之间的权利义务。就拿上面那个例子来说，在公民社会关系上，无论甲或乙，只要是国家公民，他们之间就是平等的，至于他们的其他身份在此一概不问；也就是说，在宪法体制之下，公民享有同样的政治、经济和文化权利并承担同样的义务，官员并不比普通民众更高一等。而在治安管理关系上，甲的执法者身份就需要被考虑，乙必须服从甲依职权作出的管理行为，在此时他们就是不平等的。可见，当某一社会主体可以被归入不同的种类时，应根据所涉及的不同的社会关系确定其不同的身份类型，而这并不会损坏在同类主体之间普遍存在着的形式平等。

还需要指出的是,这种同类主体之间的普遍平等,仅仅是形式上的,而非实质上的。关于这一点,下面将详细论述。

## 二、形式平等与实质平等

实质平等与形式平等的区分是存在的。亚里士多德是最早提出实质平等与形式平等之界分的,但是他只是广泛性地使用“平等”概念来论述其观点。亨金曾经指出,国家在财富、权力和影响上不是平等的,但是,在法律概念上,他们的地位、人格、法律能力、权利、义务和责任是平等的。<sup>①</sup>实际上亨金所要表述的,正是实质平等与形式平等之间的那种既共存又对立的状况。

可以说,一直以来,对实质平等的内涵与外延都不明确,从而导致了整个平等范畴的最大混乱。很多学者将实质平等与形式平等糅合到一个“平等”概念之中,但是他们并没有明确界定两者之间的区别与联系,甚至没有明确提出这两种概念而只是一般性地使用“平等”一词,这进一步加剧了混乱的程度。

那么,到底什么是实质平等?什么是形式平等?平等是否具有绝对性?什么是平等?

首先,实质平等是一种具体的、有条件的平等。

实质平等要求,在分配权利与义务之时,要结合当时的社会背景,考虑社会主体的具体情况,从而实现真正的正义与公平。

实际上,广大发展中国家提出的建立国际经济新秩序的主张,也超越了主权平等的国家间进行商品等价交换(形式平等)的范畴,而是要求发达国家给予优惠、作出补偿(实质平等)。这种要求的提出,是出于以下原因:西方发达国家通过剥削与掠夺发展中国家,将后者纳入其世界经济体系,而在这样的体系中,前者一开始就具有不正当的优势,并享有主导权;发展中国家由于资源被掠夺、机会被限制,一开始就处于贫困落后的地位;西方列强是通过资本原始积累和海外殖民,不正当地获得了在国际经济秩序中的有

---

<sup>①</sup> 参见[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社2005年版,第12页。

利地位，而发展中国家则没有得到其应得的利益。可见，这种实质平等的要求，仍然是一种矫正以往的不正义状态的要求。

因此，所谓实质平等，实际上是正义与公平原则的应有之义，是具体运用正义与公平原则来判断某些权利义务分配问题的结果。

如果在使用正义与公平原则对具体情况进行考察之后，发现确实不符合正义的，那么正义与公平原则就会要求对已经发生的不正义作出矫正，对尚未发生的不正义作出合理安排。比如，发展中国家的实质平等要求，已经在一定程度上得到了伸张。发展中国家通过 IMF、世界银行等国际组织以及各项双边条约获得了一定的援助和贷款，有的发达国家给予部分发展中国家以普惠制，WTO 协定中规定了对发展中国家以及最不发达国家的优惠待遇，《海洋法公约》的国际海底开发制度为尚不具有开发实力的发展中国家保留相应份额，以上种种都是发展中国家得到的补偿或者为实现正义所作的更合理安排。当然，国际经济新秩序的真正建立，实质平等在国际范围内的真正实现，有待于正义与公平的进一步伸张。

其次，形式平等是一种抽象的、无条件的平等。

形式平等要求，只要属于同一类社会主体，就必须无条件地将权利义务抽象地分配给该主体，而不考虑具体的前因后果。比如，很多国家的宪法规定，公民一律平等，这是无条件的，不论其出身、性别、知识背景、身体状况等因素。同时，这只是一种抽象性、原则性的规定，公民是否都能够受到良好的教育、获得如意的工作、享有良好生活状态，这就要看具体的环境与情况了。比如，在国际法上，国家都是平等的，主权理论上不存在优劣之分，然而各国在制定条约中的讨价还价能力、各国在国际组织中能够发挥的作用，或者概言之，国家的综合实力，显然是有强有弱的。

因此，形式平等仅仅限于抽象的、表面的、原则的范围，它对同类主体无条件地分配抽象的权利义务，至于这些权利义务如何具体落实则在所不问。

再次，绝对平等观是错误的，应该被批判。

绝对的平等观认为，只要是同一类主体，其实质与形式的权利义务就应当无条件地相同。但正如博登海默所言，绝对的平等是不



可能的，对不同的成就应当给予不同的报酬。应当说，只有后一种主张才是符合社会竞争规律的。

国家之间不存在绝对的平等，大国必定要在国际事务中承担更大的责任，联合国安理会正是基于这样的原理建立并运作的。<sup>①</sup>即便是联合国会费，也不是各国均摊，而是较富的国家多付较穷的则少付，这显然是有条件的差等。正如《奥本海国际法》所明确指出的，国家间的平等如果被推向极端，那么是应当反对的。

因此，社会规律不要求绝对的平等，自然法也不主张绝对的平等。政治、经济、社会等各方面的不平等是容许存在的，只要符合正义与公平原则的要求。也就是说，只要是合理的得其所并且没有不正当地阻止他人得其所，就是正当的。也只有如此，社会主体才会被激励，付出更多的努力去争取更大的所得，“多劳多得，少劳少得”乃是对社会规律的正确反映。

形式平等与实质平等相区分的思路，将打破绝对平等观的理论基础。绝对平等观本来就是建立在实质平等与形式平等相混同的基础上的。进而言之，绝对平等观的产生，其实就是将形式平等的标准与实质平等的标准混同的结果。我们已经知道，形式平等是抽象的，在分配权利义务时是不考虑具体条件的，如果将这一特点适用于实质平等，就必然使实质平等失去评判条件，变成绝对的平等，从而导致不正义。实质平等的实现是可能的，也是有条件的，这种条件必须依据正义与公平原则到具体实践中去探求。若失去具体条件，实质平等就成为不可能，也就蜕化为与社会规律相悖的绝对平等。因此，只要形式平等与实质平等不再被混同，绝对平等观的谬误就是一目了然的。

最后，严格意义上的平等，就仅指形式平等。

---

<sup>①</sup> 通过承认成员国在联合国大会无条件的“一国一席”、“一国一票”，形式上的平等已经得到了保障；而在安理会这样的特殊机构中，应当考虑“各得其所”的问题，五大国基于其综合国力、历史贡献、国际地位等因素，应当获得优越于其他成员国的常任理事国席位以及否决权。参见罗国强：《安理会改革核心问题研究》，载《当代亚太》2007年第3期，第21~23页。



从上面的论述中,不难发现,其实所谓的“平等”可以分为两种。一种是广义上的,既包括实质平等也包括形式平等,这实际上是一个糅合了多项自然法基本原则的理念,是长期以来对自然法的体系了解不够,正义、公平、平等各原则被混同使用的产物;另一种是狭义上的,仅包括形式平等,仅由一项自然法基本原则构成,对于作为自然法基本原则的平等而言,仅包括形式上的要求,乃是它区别于其他自然法基本原则的特性。

由于本书主张自然法基本原则体系的清晰化,因而采用的是第二种平等概念,即认为平等仅指形式上的平等,它是自然法的第三项基本原则,至于所谓的实质平等问题,应该放在正义与公平原则的范围内研究。而且,这种做法并非笔者的主观偏好。广义的平等概念,平时随便说说尚可,但若严格探究起来,就会发现它包括了两个内容与特点根本不同的子概念,从而破坏了逻辑的严密性。而一旦两个子概念被混用,绝对平等观就会浮出水面,危害就会更大。因此,确实有必要强调,严格意义上的平等,仅仅指形式平等。

总之,实质平等是一种具体的、有条件的平等,形式平等是一种抽象的、无条件的平等。绝对平等观是实质平等与形式平等被混同的结果,是错误的。严格意义上的平等,仅仅指形式平等。

### 三、平等原则与正义、公平原则的关系

首先,平等原则是将正义原则与公平原则在形式方面的要求抽出来进行重新组合而成的一项新原则。

正义原则的核心内容是“各得其所”,这既包括形式上的要求,也包括实质上的要求。因为对每一社会主体而言,他既有依据其主体资格就直接享有的抽象的形式上的权利(当然这也意味着要承担抽象的义务),也有依据具体情况和条件而享有的具体的实质上的权利(当然这也意味着要承担具体的义务)。

同样,公平原则所要求的“己所不欲,勿施于人”,也包括形式与实质两方面。任何社会主体既不应该剥夺其他主体依据其主体资格所固有的抽象权利与尊严,也不应该剥夺其他主体依据具体情

况及其作为所获得的具体权利。

平等原则正是将两原则中上述的形式要求抽出来组合而成的。博登海默所说的“希望得到尊重的欲望”以及“不愿受他人统治的欲望”，实际上也是两大原则的形式要求的体现。平等原则要求，社会主体应当依据其属于某一类主体的资格，享有抽象而普遍的形式性权利并承担相应的义务，任何主体不得正当地阻止其他主体获得上述权利与义务。也就是说，只要属于同类社会主体，他们在形式上的权利义务就是无条件地相同的。只要是公民，形式上就享有同样的公民权并承担同样的公民义务；只要是国家，形式上就享有同样的主权并承担同样的不侵犯他国主权的义务。

其次，平等原则是保障正义与公平的“安全阀”。

应该认识到，将正义与公平原则的形式部分抽出来组成平等原则是非常必要的。由于形式上的平等要求是固有的、无条件的，因而是显性的。有关社会主体是否享有形式平等权、享有哪些形式平等权一目了然，一旦出现违反形式平等的情况，有关社会主体也就可以立即判断出来并采取相应措施。相比而言，实质上的平等要求则是具体的、有条件的，因而是隐性的。有关社会主体是否享有实质平等权、享有哪些实质平等权不是一目了然的，而某一项情势是否违反了实质平等的要求，需要结合具体情况、使用多种证据、运用多项规则才能判断出来。形式平等虽然不涵盖所有的正义与公平要求，但毕竟涵盖了后者相当部分的内容。仅仅有形式平等虽然不一定意味着正义与公平，但是没有形式平等却一定意味着非正义。

形式平等的实现，是正义与公平实现的重要保障，有了形式平等，实质平等才有可能实现。如今，没有人可以否认，任何人作为“人”，都无条件地享有其固有的权利与尊严，而这是他通过自己的努力去追求获得更多的所得与价值的前提。如果这种形式平等不存在，那就意味着人可以直接奴役、歧视他人，“各得其所”也就难以实现。如今，没有国家可以否认，任何国家作为国际法主体，都无条件地享有固有的主权，这是国家通过自己的努力提高本国综合国力的前提。如果这种形式平等不存在，那就意味着重回某些国家主权被剥夺、沦为殖民地或半殖民地的命运的时代，根本不用谈

正义了。尽管现在西方发达国家否定建立国际经济新秩序的实质平等要求，但是在各国享有平等主权的前提之下，广大发展中国家不断地据理力争也就有了可能性。

再次，平等是实现正义与公平原则的必要条件，但不是充分条件。

单靠平等原则是不足以解决实现正义的问题的。博登海默虽然认为平等是一种价值，但他强调平等必须与其他价值组合才能构建完善的法律体系，事实也确实如此。平等只有与正义、公平等自然法基本原则一起作用，才能够实现真正的正义。

总之，平等原则是将正义原则与公平原则在形式方面的要求抽出来进行重新组合而成的一项新原则。平等原则是保障正义与公平的“安全阀”，是实现正义与公平原则的必要条件，但不是充分条件。

#### 四、平等与自由等范畴的关系

虽然古典自然法学者往往将平等与自由放在一起，伏尔泰宣称自由是人类最宝贵的财产，洛克提出了著名的“自由、平等、博爱”的口号，而且现代的学者也没有对两者作出明确界分（他们至多是讨论了两者优先的问题），但是在否定之否定后的自然法体系之中，两者是不同的范畴。

首先，平等与自由属于不同层级的自然法渊源。平等是自然法的第三项基本原则，是由正义与公平原则的一部分所重新组合而成的。而自由，正如在前面所提到的，是正义与公平原则共同作用而产生的一般法律原则。正义与公平两大原则本身的某些部分组合而成的范畴，与两大原则发生作用而产生的范畴，性质上必然是不同的，因而平等是自然法第一层级的渊源，自由是自然法第二层级的渊源。相应地，作为第二层级渊源的自由，在效力上低于作为第一层级渊源的平等，因此，自由不得违背平等原则。比如，某人可以就某个问题自由地发表意见，但是他不能专断地认为自己的观点就是唯一正确的，因为其他人也具有平等的言论自由，他们的意见与前者的意见具有平等的初始地位。只有经过实践的考验之后，不同

主张才会具有不同的实际地位。又如，一国在国际组织中可以自由地发表意见并推动本国主张的实现，但是该国不能靠剥夺其他国家平等的表决权为手段来实现目的；一国可以自由地决定是否给予他国以援助，但是这不能以限制他国的主权为条件。从这个角度来说，德沃金在他的权利论中把自由置于平等之下是很有道理的。

其次，平等与自由的内容不同。自由主要涉及社会主体的权利及其界限的问题。依据正义原则，社会主体有选择为或不为某些行为的权利；依据公平原则，社会主体有不侵犯其他主体的此种权利的义务，其他主体也有不得阻碍该主体行使此种权利的义务，这就是自由。它所包含的权利义务，既涉及形式方面的，也涉及实质方面的。而依据平等原则，同类的社会主体享有普遍的形式上平等的权利义务。可见，自由所涉及的权利义务，既包括形式上的，也包括实质上的；而平等所涉及的权利义务，只是形式上的。

此外，对于那种认为平等原则仅仅是实在法的价值、或实在法的原则、抑或某种心理感受的观点，正如本书所一再强调的，都是具有片面性的。平等原则首先是自然法的基本原则，然后才能够转化为实在法的价值或原则起作用，或者进一步作用于人的心理产生某种感受。如今，平等原则已经被承认为实在法的基本价值与原则，但是这并不能掩盖其本源属性——自然法基本原则。虽然出于对自然法的不理解，很多人并没有认识到平等是自然法基本原则，但这并不能使平等原则不存在，也不能使平等原则不再发生作用，实际上，平等被确立为实在法以及被转化为道德规范，正体现了自然法的作用。

### 五、平等与主权的关系

平等原则与主权之间具有密切的关系，而主权是国家合意的前提与基础，也就是全部实在国际法的前提与基础。正如王铁崖先生所指出的，主权平等之原则是最重要的国际法基本原则，可以说是整个国际法所依据的基础。<sup>①</sup> 这就是平等原则对国际法至关重要的

---

<sup>①</sup> 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第51页。

原因所在。

无论实在国际法学者还是自然国际法学者，都不能不关注平等原则，莫不是出于上述原因。即使在国内法上对这个问题的讨论已经相对沉寂的时候，在国际法上平等的问题还总是会被提出来，也无非是由于这个原因。

那么，在国际社会中，平等与主权之间究竟具有什么关系？

很多学者认为平等源于主权，而在笔者看来，正好相反，主权源于平等原则，平等是主权的直接理论依据。

一般认为，主权是指一国的法律权威在法律上不依赖于任何其他国家的权威，即国家在各方面的独立；<sup>①</sup> 主权是国家对内的最高权和对外的独立权。<sup>②</sup> 首先可以明确的是，主权也是一种形式上相同的权利，只要是国家就享有主权，这是一国参与国际事务的基础；但国家在具体情况下享有多少实质权利，则必须依具体情况而定。<sup>③</sup> 在阐述平等与主权之间的关系时，一般的说法是，国家是享有主权的，所以各国都是平等的。与这种说法相映衬的是，联合国《国家权利与义务宣言草案》认为，国家的权利包括独立权、领土管辖权、平等权与自卫权，这似乎意味着平等是主权所包括的权利的一种，平等是主权的应有之义。但也有把主权与平等相提并论的，比如《联合国宪章》第2条所采用的说法是“各会员国主权平等”。从这两种不同的说法上我们已经可以看出矛盾之处，如果说平等真的只是主权所涵盖的一种权利，那么《联合国宪章》为什么要将两者相提并论？合理的解释只能是，平等具有多种意义，有的时候它被作为一种法律原则使用，有的时候它被作为一种价值

---

<sup>①</sup> See *Oppenheim's International Law*, 9th edition, Vol. 1, Longman, 1996, p. 122.

<sup>②</sup> 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第106页。

<sup>③</sup> 正如阿姆斯特朗所言，主权有且仅有一种法律上的意义，它与一国实施具体功能的实际权力毫无关系；尽管主权一词仅有有限的意义，但它并非没有价值，它对于理解国际社会的正式规则的特点及作用是至关重要的。See David Armstrong, *Law, Justice and the Idea of A World Society*, Gerry Simpson edited, *The Nature of International Law*, Ashgate Publishing Company, 2001, p. 551.

使用，有的时候它被作为一种实在法上的权利使用。当它被作为不同的范畴使用之时，它就与主权具有不同的关系。然而，由于没有认识到平等首先是自然法基本原则，对平等与主权之间关系的认识也就比较混乱了。

关键的问题在于，如果说平等是由主权而来，那么主权又由何而来？为什么不同的国家要具有形式上相同的固有权利？

首先可以明确的是，传统的自然法学派认为主权是天赋的，那是一种唯心主义的假定，是不可取的。主权的根基必须建立在客观范畴的基础之上。其次，实在法学者认为这是由于国家的国际人格，也就是说国家享有国际社会成员的资格，就享有形式上相同的固有权利——主权。<sup>①</sup>那么，为什么一旦国家具有国际社会主体的资格，它就要无条件地享有形式上相同的权利？难道国家不是与生俱来就实质上不平等的吗？难道这不是某种更高规则作用的结果吗？显然，这里不能够使用循环论证的方法，声称是某项实在国际法规则而非更高规则导致了这一结果。因为，实在国际法本身就是主权的合意、是主权的结果，又如何能被用来论证主权的来源呢？实际上，当前的实在国际法只是体现了这一结果（无论是国际条约法还是国际习惯法都确认国家主权）。

国家一旦获得国际社会主体资格就享有主权，这的确是某项高于实在法的规则作用的结果。而这项规则，正是平等原则——同类主体具有形式上普遍相同的权利与义务。主权不会仅仅在主观上存在，更不会无缘无故地存在，主权的成立，根本上是依据社会规律（不难看出，不论是主张主权来自“社会连带”，还是主张主权来自某种客观需要的观点，实际上已经接近了主权根本上是依据社会规律而成立的结论）。平等原则作为赋予国际社会主体在形式上普遍相同的权利义务的理性对社会规律的认识，乃是主权的直接理论依据。可以说，作为实在国际法根基的主权原则就是由平等原则推演出来的一般法律原则。主权原则所涵盖的内容，是国家作为国际

---

<sup>①</sup> See *Oppenheim's International Law*, 9th edition, Vol. 1, Longman, 1996, pp. 119-120.

社会主体所无条件享有的、普遍的、形式上的抽象权利及其界限。主权的成立，从理论上是依据平等原则，从实践上是依据国家事实上的产生，理论上的规则和实践上的主体，两者缺一不可。只有规则没有主体，规则就不能产生实效；只有主体没有规则，主体就不能以合规律的方式发展。

总之，平等是自然法的第三项基本原则，它是指同类主体的权利义务在形式上普遍相同。平等是正义与公平的形式要求，是主权的直接理论依据。

## 第五章

# 作为自然法第四项基本原则的善意

---

### 第一节 词 源

善意，英文表述形式为 Good Faith，不过最常用的表述形式还是沿用至今的拉丁文 Bona Fides，一般说来，Bona Fides 的意思，就是诚实行事，不知道也无理由相信其主张没有依据；<sup>①</sup> 诚实、公开、严谨；不欺骗；真实而不矫作。<sup>②</sup>

善意往往被放到平等主体之间的关系，尤其是契约关系或条约关系的语境中讨论，这时它就成为了诚实信用原则。因而很多学者认为善意与诚信是一个意思，甚至直接将有关的西文表述译为“诚信”。<sup>③</sup> 徐国栋先生指出，fides 来自动词 fieri，为“已经做成”

---

① 《牛津法律大辞典》（第 5 版），光明日报出版社 1988 年版，第 102 页。

② See *Black's Law Dictionary*, 5th edition, West Publishing Co., 1979, p. 160.

③ 参见梁慧星：《诚信原则与漏洞补充》，载《民商法论丛》第 2 卷，法律出版社 1994 年版，第 61 页。



之义，后来西塞罗把它解释为“行其所言”；至于 bona，是“好”的意思，起强化 fides 的作用，两者合为“良信”之义，但人们惯于将其翻译为“诚信”。<sup>①</sup> 科勒尔认为，罗马法上原有格言 pacta sunt servanda，即约定必须遵守（即使约定不符合法定的形式），罗马帝国的法学家们在正义、平等、信义等理念的基础上，扩充了其内涵，将其发展为诚信（善意）原则。<sup>②</sup> 以“约定必须遵守”为主要内容的诚信原则对民法具有极端的重要性，因而在罗马私法上，诚信原则又被尊为“帝王规则”。

今天，善意原则，包括诚信原则已经广泛地进入了实在法。首先，诚信原则已经成为民法的基本价值与基本原则。《法国民法典》第 1134 条第 3 款规定：“契约应以善意履行之。”《德国民法典》第 242 条规定：“债务人义务依诚实和信用，并参照交易习惯，履行给付。”《瑞士民法典》第 2 条规定：“任何人都必须诚实、信用地行使其权利并履行其义务。”普通法上虽然没有关于诚信原则的明确定义，但已经有足够多的判例规定了这一原则。因而英美法系的学者一般认为，诚信原则是来自契约必须信守和其他明显直接关系到诚实、公平和合理的法律规则的基本原则，它就是诚实地、公平地对待合同当事人的意思。<sup>③</sup> 具有准立法性质的《美国统一商法典》第 1-203 条也规定：“对本法范围内的任何合同或义务，当事方均须以善意作出履行或寻求强制执行。”《中华人民共和国民法通则》第 4 条规定，民事活动应当遵循诚实信用原则。《中华人民共和国合同法》第 6 条明确规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”其次，善意原则已经成为国际法、尤其是国际条约法上的基本原则。《联合国宪章》第 2 条第 2

① 参见徐国栋：《客观诚信与主观诚信的对立统一问题》，载《中国社会科学》2001 年第 6 期，第 97 页。

② See J. F. O' Conner, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, 1991, p. 23.

③ See J. F. O' Conner, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, 1990, p. 11; Charles Fried, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, p. 74.

款规定：“各会员国应一秉善意，履行其依宪章所担负之义务，以保证全体会员国加入本组织而发生之权利。”《维也纳条约法公约》第26条规定：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由该国善意履行。”

## 第二节 善意原则的历史发展与比较

### 一、古代的情况

#### （一）法哲学学者

梭伦（Solon）非常强调善行的重要性，他认为善行比起财富更有意义，因为财产可以从一个人那里转移到另一个人那里，而善却是永恒的。<sup>①</sup>

柏拉图认为，善是最高的理念与价值，是人类所有认知的前提、基础与目的，正义的秩序通过人们对善的理念的追求来实现。善的理念和现实的最终基础是一致的，现实和善最终会合为一体。<sup>②</sup> 他还在《法律》中借雅典人之口指出，最好的不是战争或内战，而是和平与人们之间的善意。<sup>③</sup>

亚里士多德在《伦理学》中不遗余力地推崇与强调“善”，甚至认为正义都是隶属于善的。亚里士多德指出，善是所有事物的目的，国家的最终目的是对人而言的至善；如果善意被抽去，人与人之间的所有交往就将不复存在。<sup>④</sup> 从他的论述中我们可以看出，人类的行为需要符合善意原则。

斯多葛学派主张“顺从自然”的生活，因而该派学者对善的界定是殊途同归的，基本上，西塞罗在《关于最高的善和最大的

<sup>①</sup> See Michael Gagarin and Paul Woodruff, *Early Greek Political Thought from Homer to the Sophists*, Cambridge University Press, 1995, p. 30, p. 264.

<sup>②</sup> See *The Republic of Plato*, Cornford translated, Oxford University Press, 1945, pp. 212-220.

<sup>③</sup> See *The Law of Plato*, The University of Chicago Press, 1980, 628d.

<sup>④</sup> See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Penguin Books, 1976, p. 63.

恶》中所提到的“最高的善即依循自然而生活”这一界定可以概括这一学派的观点；其他比较有代表性的说法包括第欧根尼（Diogenes）的“善即具有自然的完整性的事物”等。<sup>①</sup> 同时还应指出的是，在对待善的问题上，斯多葛学派还特别强调诚实这一因素的重要性。

罗马法发展出了诚信原则。《法学概论》所列的三大法律戒规中，第一条就是“诚实地生活”（to Live Honestly）。<sup>②</sup> 显然，这与诚信原则在罗马私法中的重要位置有关，但是不难看出的是，这条戒规并不仅仅适用于平等主体之间的关系，还适用于一切社会关系，它意味着只要人在社会上生活，就应当诚实，实际上这条戒规正是善意原则的初步表述。

阿奎那认为，善也是一种习惯，是人与生俱来的行事能力；精神上的善是与理性相称的；在那些一般性的自然法规则中，最基本的规则就是行善避恶。他指出，任何人都有按理性行事、意即按美德行事的自然倾向，每个人的理性会自然地命令他作出善举。<sup>③</sup> 可见，阿奎那已经开始尝试讨论善的来源，他把善归结为理性（Reason）与美德（Virtue）。

可见，在古希腊时期，善意原则已被初步表述，而古罗马将作为这种初步表述的诚信原则付诸了实践。到了中世纪，善意的理性来源被提了出来。

## （二）国际法学者

中世纪后期，许多国际法学者对善意原则进行了研究。

苏亚利兹指出，善意是自然法的一项原则，其基础是自然理性，无论是神还是人都要遵守之。但是他认为，善意的适用是有条件的，只有客体正确，才有适用善意的必要。苏亚利兹肯定说，一

<sup>①</sup> See Cicero, *On Moral Ends*, Cambridge University Press, 2001, p. 75, p. 126.

<sup>②</sup> *The Institutes of Justinian*, Oxford: The Clarendon Press, 1949, D, 1, 1, 10, 1.

<sup>③</sup> See St Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Cambridge University Press, 2006, Vol. 23, pp. 5-7, p. 15, pp. 153-155.

般来讲，善意要求遵守协议，即使对敌人也不应毁约，但是如果对方违背善意原则或者出现了导致履行不能的情势变更，另一方就可以完全解除履行义务，当然他应该将此情况通知对方。<sup>①</sup> 苏亚利兹不仅明确提出善意是自然法的原则，而且界定了善意的基本内容——约定必须遵守，并阐述了善意的限制。

真提利在他的几部著作中都对善意原则作了阐述。在《使节论》中，他指出，一方面，国家要善意地保护使节，另一方面，使节也要依据善意原则在驻在国行事。<sup>②</sup> 在他的代表作《战争法》中，真提利较为详细地阐述了对于善意原则的主张。他明确指出，善意原则不仅仅包括“约定必须遵守”（*pacta sunt servanda*）这一戒律，而是以该戒律为其特有元素的一项更为广泛的原则，这就意味着善意原则不仅仅是部门国际法（如条约法、外交关系法、战争法）的原则，而是一般国际法的原则。真提利关注国际协定的真实意图与精神，他指出，条约（*foedus*）这个词原本是由信义（*fides*）这个词衍生而来，善意原则的主要意思，就是合理地、公平地执行条约而不是生硬地遵循约文。他否定任何与约文的不符之处都导致条约义务解除的说法，认为只有重大、根本违约才导致这样的后果。真提利坦言，他所说的善意原则涉及理性、公平、平等、宽仁等诸多重大范畴，但是善意原则并不包括这些范畴，而是要遵循这些范畴。比如，当敌人无条件投降时，即使没有协议，善意原则也要求给他自由。不过，在如何遵循这些范畴的问题上，他的观点前后是不一致的，比如，他赞成那种一旦城邦毁约，就要完全摧毁之的激进主张。<sup>③</sup> 可见，真提利对善意原则的适用范围作了较为准确的界定，他指出，善意原则不仅适用于契约或条约，而是一般性的规则。他就善意地解释与执行约文作了阐述，并指出了善

① See Francisco Suarez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Oxford: Clarendon Press, 1944, pp. 143-330.

② See Alberico Gentili, *De Legationibus Libri Tres*, New York: Oxford University Press, 1924, pp. 96-162.

③ See Alberico Gentili, *De Jure Belli Tres*, Oxford: Clarendon Press, 1933, pp. 145-427.

意原则的界限与限制。事实上，善意确实需要遵循一些更高的范畴，不过，由于真提利没有搞清楚这些范畴之间的关系，才导致他在这个问题上的观点前后不一致。

可见，国际法学者一般在条约的范围内讨论善意的问题，他们研究了善意的表现形式、善意的界限与限制。但及至中世纪末期，已经有人洞悉到，善意不限于部门法，而是一般性的规范，善意需要遵循一些更高的规范。

总之，在古代，善意的内容、形式、界限、来源以及与其他范畴的关系等问题都得到了一定探讨，部分善意原则还被付诸了司法实践。

## 二、近代的情况

### （一）法哲学学者

格老秀斯认为，善意原则是整个国际法律关系的基础，它尤其适用于条约关系。在他所提出的五项自然法主要原则中，有一项就是“遵守合约并践履诺言”；尽管另一项原则要求“归还属于他人的东西并用我们自己的财物使他人的财产恢复原状”，但他指出，如果当事人是善意占有他人的东西，且该物已经灭失，就不必赔偿。格老秀斯坚信，善意是正义的一部分，维持和平的要求正是出于善意的神圣性。他赞同真提利的观点，认为在条约的解释与适用问题上，重要的是真实意图而非表面文字。格老秀斯指出，即便是与奸诈的、不守信用的敌人订立的协议，也要善意履行；而违背被迫订立的契约则是正当的。<sup>①</sup> 格老秀斯不仅论述了善意原则在合约或条约中的适用，还论述了善意原则在其他领域的适用，尤为重要，格老秀斯正确地指出了善意原则最重要的理论来源——正义。

在霍布斯所宣称的永恒不变的自然法戒律中，有两项涉及善意原则：信守协议；若有人基于你的诚信给予你某项利益，毋失信于

---

<sup>①</sup> See Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, London: Oxford, 1925, Prolegomena. 8; pp. 324-414; pp. 619-862.

人。他还特别指出，守信应当对针对所有人而无任何例外。<sup>①</sup>

普芬道夫认为，善意对于协议的缔结方而言，乃是自然法之下的绝对义务，人们必须善意地履行其承诺和协议的条款。承诺和协议需要明示或默示的同意，而同意以理性的运用为前提。他推崇“约定必须遵守”，但又主张由无缔约权者、误解、欺诈、胁迫所订立的协议是自始无效的。他还主张，人们只有义务去履行具有可行性的协议条款，而没有义务去履行违反法律的条款。<sup>②</sup> 科勒尔指出，在善意问题上，格老秀斯与普芬道夫的共同点在于，他们都认为，善意原则是一项已经被转化为实在法的自然法原则，而且这种转化是不全面的。<sup>③</sup> 应该说，这种观点道出了善意原则在转化为实在法过程中的尴尬，善意的主要部分——诚信往往被转化为实在法，但其他部分则容易被忽略。如今，这种状况在国内法中得到较大改善，而在国际法中仍然延续着。

穆勒指出，打破对任何人的善意都是明显的不正义，不论这是以违反明示或默示的协定还是以破坏合理预期的方式进行的。<sup>④</sup>

## （二）国际法学者

沃尔夫也是在条约法领域谈论善意问题的。沃尔夫强调，善意对于条约关系有着最为至关重要的意义，善意是遵守条约的独立的神圣基础。他认为，实现和促进善意增进了国家及其统治者的光荣。沃尔夫认为，宣誓不会产生一项新的条约义务，但是有必要对善意履行作出保证。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> See Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, pp. 43-44.

<sup>②</sup> See Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Oxford: Clarendon Press, 1934, Vol. 2, pp. 402-428.

<sup>③</sup> See J. F. O' Conner, *Good Faith in International Law*, Dartmonth, 1991, p. 66.

<sup>④</sup> See John Stuart Mill and Jeremy Bentham, *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin Books, 1987, p. 318.

<sup>⑤</sup> See Christian Wolff, *Jus Gentium Methods Scientifica Pertractatum*, Oxford: Clarendon Press, 1934, pp. 194-283; pp. 414-442.

法泰尔延续并更加清晰地表述了前人的界说。与格老秀斯一样,法泰尔认为善意既是一项自然法义务,又是一项实在法义务。与沃尔夫类似,法泰尔也将善意放在条约法中讨论,并以之作为条约的基础。法泰尔指出,只要条约是在善意之下订立的,即便其执行将给某一方带来比预料更多的负担,条约也是有拘束力的;相反,非在善意之下订立的条约是绝对无效的。他认为,如果一国不批准一项未经授权签订的条约,那么根据善意原则,该国不能保持沉默而导致另一方履行协议;除了特殊情况之外,该国还应当返还从未批准的条约中得到的不当得利。<sup>①</sup>法泰尔对善意原则的梳理具有重大意义。正如科勒尔指出,自法泰尔的《万国法》之后,国际法学者对善意原则就不再进行热烈讨论了,因为它已经毫无疑问地成为条约的基础,成为新国际法的原则。<sup>②</sup>

总之,在近代,善意原则的构成因素得到了较好的梳理,并因而更多地进入了法律实践中。善意原则的可转化性及其在转化中的问题被注意到,善意的直接理论渊源被提出。

### 三、现代的情况

#### (一) 法哲学学者

很多现代学者从不同的角度出发,对善作出了各种各样的界定。比如,在罗尔斯的“作为公平的正义”中,善作为一个自由而平等的人的道德能力之一,被定义为明确个人有关人生价值概念的一组有序的人生目标。罗尔斯在“作为公平的正义”中归纳出了六种关于善的观念:第一种是作为合理性的善;第二种是主要的善(包括基本权利与自由,流动自由与择业自由,政府的权力、特权、地位与责任,作为一种交换价值的收入与财富,自尊的社会

---

<sup>①</sup> See Emer de Vattel, *Le droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Fenwick translated, Washington: Carnegie Institution of Washington, 1916, pp. 161-185.

<sup>②</sup> See J. F. O' Conner, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, 1991, p. 70.



基础五个方面)；第三种是完整意义上的善(即与正义原则相吻合的对善的可允许的追求)；第四种是作为政治优点的善(公平合理、妥协包容)；第五种是经由正义原则所良好组织起来的社会中的政治上的善；第六种是作为一种社会联合的社会中的善。<sup>①</sup>

菲尼斯把“善”作为其自然法学的核心要素。他指出，善是实践理性(Practical Reasonableness)，实践理性包含九项要求(内在一致的生活计划、不要专断地偏爱某一种基本善、不要偏爱某些人而歧视另一些人、超然的态度、防止狂热和避免冷淡、结果的联系、在每个行动中尊重每一项基本价值、共同善的要求、遵循自己的理智)并区分正确与非正确的实践思维；他提出了七种基本的人类的善的形式，还总结出了体现上述基本的善的十种表现人类倾向与价值的普遍性的实践原则。他相信，实践原则体现了基本的善，而基本的善的框架和方法论上的实践理性设想就体现在法律制度的详细规则之中。<sup>②</sup>

可见，对于善的界定，现代学术界开始呈现多进路、多角度的发展。但不可否认的是，在各派学者多年的努力之下，善的本质在现代已经基本被准确地概括了出来。正如在前面所提及的，詹姆斯曾经论证说，善的本质就是满足需求。庞德对此作出了修正，加上了“需求产生于文明社会生活中并且需求的满足以代价最小为条件”的限制。而博登海默将前人的论述扬弃性地总结为“满足合理需要”。

那么，紧接下来的问题就是，什么是善意的本质呢？

值得注意的是由康德提出、并在现代为诸多学者所接受的“实践理性”(Practical Reason)概念。<sup>③</sup> 根据康德的论述，纯粹理

<sup>①</sup> See John Rawls, *Justice as Fairness*, Harvard University Press, 2001, p. 19, pp. 58-61, p. 116, pp. 141-142.

<sup>②</sup> See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 86-90, pp. 125-127, p. 289.

<sup>③</sup> 关于实践理性概念在法哲学中的接受与运用情况，参见葛洪义：《法与实践理性》，中国政法大学出版社2002年版。



性在实践中的运用就是实践理性。<sup>①</sup>这一概念是富有创见性的，它把理性思辨与实践运作、应然世界与实然世界结合了起来，不仅为自然法指导社会实践、而且为实在法调整社会实践提供了理论依据。“实践理性”的概念为我们认清善意原则的本质提供了基本素材。

## （二）国际法学者

在国际法学界，随着对作为正式国际法渊源的条约的关注，善意原则在 19 世纪以及 20 世纪初叶，被严格限定于条约法的范围内，不再被作为一般国际法原则讨论。只有到《常设国际法院规约》将一般法律原则列入正式国际法渊源之后，善意原则由于被认为是一般法律原则，才重新得到重视。但是，将善意界定为一般法律原则并非准确，而且，由于一般法律原则的尴尬地位，善意原则在国际法院没有得到适用，只有经由它推演出来的部分一般法律原则得到了一些用武之地。除此以外，对善意原则的研究，主要还是在条约法领域。

应该看到，“善意地行使权利”作为一项从善意原则中推演出来的一般法律原则，已经在国际司法实践中得到了一定运用。比如，“科孚海峡案”（Corfu Channel Case）<sup>②</sup>、“在摩洛哥的美国国民权利案”（Rights of Nationals of the United States of America in Morocco）<sup>③</sup>等，其中，在“科孚海峡案”中，阿尔法瑞茨（Alvarez）法官声称，关于权利滥用的规则是善意的一个方面，而且如今该规则已经在实在法中找到了位置。同时，另一项从善意原则中推演出来的一般法律原则“禁止反言”也在国际司法实践中得到了运用。比如“隆端寺案”（The Temple of Preach Vihear Case）<sup>④</sup>、“北海大陆架案”（North Sea Continental Shelf Case）<sup>⑤</sup>等。

---

① 参见 [德] 康德：《实践理性批判》，韩水法译，商务印书馆 1999 年版，第 13～14 页。

② ICJ Reports, 1949, p. 4.

③ ICJ Reports, 1952, p. 176.

④ ICJ Reports, 1962, p. 6.

⑤ ICJ Reports, 1969, p. 26.

作为自然法学派的代表，菲德罗斯非常重视善意。他认为，善意是国际条约的基础；善意限定国际法上的权利；善意是国际法上制裁的基础；各国对法律的道义上的承认也主要以善意为基础。菲德罗斯因而归纳说，全部国际往来建筑在诚实和信用上，如果无视善意，那么实在国际法的全部建筑物就会崩溃。<sup>①</sup>

施瓦曾伯格将善意作为其提出的七项国际法基本原则之一，他没有界定善意到底指什么，只是指出这一原则来自对合意的解释与执行、对相对或绝对权利的解释等方面，善意的基本组成部分是“约定必须遵守”。他认为，当善意原则起主导作用时，某些绝对权利将被转化为相对权利，但是并不存在禁止滥用权力的习惯国际法。<sup>②</sup>

郑斌也没有对善意作出界定，因为他认为这一范畴是难以被界定而只能被列举的。他指出，调整国际关系的善意原则规范国家权利的行使，只要将善意原则适用于权利的行使，就存在关于权利滥用的一般规则或理论，而且这一规则或理论是为常设国际法院和国际法院所认定的。他论证说，条约与善意原则紧密相连，即便不说是条约建立在善意的基础之上，也可以说是善意原则从条约的制定开始到失效为止都在调整条约关系。他还举出了一些适用善意原则的其他后果，包括：政策变更的通知义务；维持现状的义务；禁止反言；不得从违法行为中获益；欺诈无效。<sup>③</sup>

科勒尔声称，尽管《维也纳条约法公约》第26条已经明确指出“约定必须遵守”是以善意原则为基础的，但无论是前者以后者为基础还是后者以前者为基础，对现代条约法都不重要；问题不在于条约必须被遵守，而在于要在订立与履行条约时弄清楚善意原则的范围与功能。他相信，善意原则一般性地适用于国际关系，包

---

① 参见〔奥〕菲德罗斯等：《国际法》，李浩培译，商务印书馆1981年版，第777~778页。

② See Schwarzenberger and Brown, *A Manual of International Law*, Milton: Professional Books, 1976, pp. 7-36; p. 119.

③ See Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, p. 106, p. 121, pp. 137-158.

括条约、法律权利的行使、平等法律权利的冲突、法律上有疑问或难以界定的义务等方面，因而即使不存在有拘束力的条约，善意原则也是需要被遵守的。科勒尔同时指出，只有当存在一项法律义务，且该义务在法律（实在法）上不能被准确界定时，国际法庭才会援用善意原则；法律（实在法）体系越发达，适用这一原则的空间就越小。科勒尔还尝试为善意作出定义。他说，国际法上的善意原则是一项基本原则，与诚实、公平和理性密切相关的“约定必须遵守”以及其他法律规则都从中派生而来，在任何特定时候，这些法律规则的适用都由当时在国际社会占主导地位的主要的诚实、公平和理性标准决定。<sup>①</sup>可见，科勒尔支持施瓦曾伯格“约定必须遵守”是善意原则基本内容的主张，同时也认可善意原则的普遍性。他注意到善意原则（实际上只是善意原则派生的一般法律原则）只有在一定条件下才能够被司法机构适用这一点，并倾向于赞成善意原则是自然法的结论。他对善意原则的定义，虽然很有意义，但却是含混的，因为他仅仅指出善意是一项基本原则，而把重点放在其所衍生的一般法律原则的适用上。

帕尼森相信，善意是一般法律原则，即便它不是最基本的、压倒一切的国际法规则（因其不是强行法），但也是各法律体系中的基本原则；并且在国际条约关系中遵循善意的义务见之于很多国际协议之中。他认为，善意原则是一项关于个人间、国家间的沟通形式与内容的法律概念，它要求国家在真实的动机和目标的指引下，诚实而公平地发展国际关系；它是条约解释的渊源和方法；它对已签署而尚未批准条约的国家施加了某种义务。他还指出，善意原则的必要推论包括：公平、禁止反言与默认、约定必须遵守（已成为习惯法）、禁止滥用法律。<sup>②</sup>可见，帕尼森基本遵循了施瓦曾伯格和郑斌等人对善意原则的论述，同时做了一些自己的推论和

---

<sup>①</sup> See J. F. O' Conner, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, 1991, pp. 107-124.

<sup>②</sup> See Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 11-13, pp. 20-30.

阐发。

总的来说,在近代及其以前的时期,对善意原则的讨论比较热烈。到了现代,由于善意原则已经成为实在法的基本价值与原则,因而学者多转而关注善意原则的实际运用,而对原则本身的探讨则减少了。对善意原则的理解,有一个关键问题,就是“善”、“诚实”等概念的含义,有的学者把它们等同起来,善意原则因而就等于诚信原则。尽管多数国际法学者都在条约的领域内讨论善意原则,这时也可以说它是诚信原则;但仍然有学者指出,善意原则适用于一般国际关系,这时它就不仅仅包括诚信原则。无论如何,在现代,描述善意本质的基本要素逐渐被揭示出来。善意原则派生的一般法律原则在国际法上得到了一定的运用,善意原则对国际法的重要性被普遍认识到,“约定必须遵守”已经深入人心。

综上所述,在经历了古代、近代、现代的发展之后,一方面,对善意的直接理论渊源以及描述善意本质的基本要素已经有了初步的认识,对善意的特点有一些较为准确的论述,善意原则的组成部分被越来越多地落实到司法实践上,“约定必须遵守”观念已经深入人心;另一方面,对善意的性质与内容、善意与诚信之间关系的理解仍然普遍存在偏差,这使得善意原则作用的发挥受到限制。这表明,在当代,善意观发生飞跃性的质变,既是可能的,也是必要的。

### 第三节 扬弃后的再界定

至此,我们对于善意原则的理论渊源已经有了大致的了解。适应于否定之否定后的自然法,作为其第四项基本原则的善意原则也需要进行否定之否定。而要实现这种否定之否定,就必须对上述理论渊源进行扬弃。

上述种种关于善意原则的理论渊源中,有以下因素是需要继承的:“与人为善”,善意的来源、界定及其理性基础,实践理性的概念;善意与诚信的联系,善意的基本内容——约定必须遵守;善意的界限和限制,善意与其他自然法基本原则的关系;善意所衍生

的一般法律原则对国际关系的补充适用。

有以下因素是需要被扬弃的：善意与诚信的等同；善意与道德的等同；善意被认为仅仅是实在法的原则或价值；善意被认为是一般法律原则；善意被认为无法界定；善意与其他自然法基本原则关系的含混。

### 一、与人为善

正如格老秀斯所指出的，善意乃是源于正义。而我们在界定正义原则的时候，已经明确，正义就是各得其所，扬善抑恶，不难发现，善意原则实际上直接出自正义原则的“扬善”要求。

既然善就是满足合理需求，那么，在实践中贯彻善意原则，最重要的就是要做到与人为善。与人为善的意思，就是在合理的限度内作为或不作为，包括提出、满足合理需求或者拒绝不合理需求，从而有助于正义的实现。

概言之，与人为善是善意原则的核心内容，它要求在实践中维护与满足合理需求并拒绝不合理需求。比如，一项无因管理行为，一方面维护了被管理人的权益，另一方面以债权的形式保障了无因管理人提出的合理的费用要求，这些都是与人为善的体现。再如，当电子商务刚刚兴起的时候，各国的有关法律制度还不健全，有的人利用这些法律漏洞，将知名企业的商号或商标抢注为域名，再高价叫卖，这显然是违背善意原则的行为。而各国纷纷采取措施（通过修改反不正当竞争法或电子商务法），制止恶意的抢注行为，则是与人为善的体现。

### 二、诚实信用

诚实信用，简称诚信，是指社会主体之间诚实地履行约定。诚实信用是善意原则的主要内容。鉴于诚信与善意被混淆的情况非常严重，本书对诚实信用的论述将在其与善意原则的比较中展开。

首先，在词源上，善意与诚信并不是等同的。

从词源上来看，*bona fides* 译为善意是最准确的。因为 *bona* 相当于英语的 *good*，有“善”、“好”的意思，尤其在哲学上 *good* 仅

指“善”<sup>①</sup>；fides 则相当于英语的 faith，有“信义”、“诚意”的意思。两个拉丁文合起来，可以译为“善意”、“良信”，但后一种说法几乎未被使用过，而前一种说法在法学界则具有相当范围的认同度，故而应当被采用。博德曼指出，西方文明中的善意（good faith）理念，正是从罗马的善意（bona fides）概念中移植过来的。<sup>②</sup>两相对照，更加表明 bona fides 最准确的意义应该是“善意”。即便是将 bona fides 这个词作为“诚信”使用的徐国栋先生，也指出该词准确的译法应该是“良信”，而这其实是一个不为人知的“善意”的同义词。并且，拉丁文中有表示诚实的词 honestum，如果真的想表示“诚信”而不是“善意”，那么应该表述为 honestum fides 而不是 bona fides。更何况，与 bona fides 对应的拉丁文是 malus fides，意为“恶意”，“恶意”所准确对应的，显然应当是“善意”而不是“诚信”。当然，如果采用西塞罗对诚实的界定，那么诚实就无所不包，也就可以说，善意就是诚信了。但是这种宽泛的界定是少见的，尤其是今天，诚实所指的仅仅是真实与不欺瞒而已。在这种情况下，如果我们说善意就是诚信，则是缩小了善意原则的内涵与外延。

其次，在内容上，善意涵盖的范围比诚信要广。

诚信的作用范围限于协议关系，不论是民事合同、行政合同还是国际条约，不论是书面协议、口头协议还是要式协议，也不论是单务合同、双务合同还是诺成合同，只要有协议，就应当诚实地履行。比如，要约一旦被接受，买卖合同的双方当事人就应当真实地履行合同，对因自己的过错造成违约的，有关当事人必须承担相应责任。再如，一项单方面的馈赠协议，尽管在协议生效（一般是交付生效）之前赠与人可以撤销协议，然而一旦协议生效，赠与人就不得再反悔。由此可见，诚实信用确实是与人为善的主要内容

---

① 参见尼古拉斯·布宁、余纪元编著：《西方哲学英汉对照词典》，人民出版社 2001 年版，第 416 页。

② See David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, 2001, p. 52.

所在，诚信原则确实涵盖了善意原则的主要范围。

在由平等的主权国家构成的国际社会，诚信原则的作用就更加明显了。因为归根结底，一切正式的实在国际法渊源都是国家合意的产物，国际条约自不必说，国际习惯也被认为是国家间的默示协议。从这个意义上说，如果仅在实在国际法的语境之下，那么所谓“善意履行国际义务”中的“善意”就单指“诚信”。

然而，说诚信是善意的主要内容，并不意味着它就是善意的全部内容。

善意要求对所有的社会主体都做到与人为善，无论它们之间有没有协议，只要是合理的需求，就要维护与满足，只要是不合理的需求，就要拒绝。试想，如果没有协议的约束，没有信义的规范，是否就可以置合理需求于不顾而任意妄为呢？显然，回答是否定的。与人为善尽管常常通过协议来实现，但也不排除其他方式实现的可能。

由此可见，仅仅有诚信原则，是不足以在实践中贯彻正义原则的，因为很多权利义务的产生与发展不以协议的存在为前提。正是由于这个原因，在民法上除了有合同之债以外，还存在无因管理之债制度、不当得利之债等制度；在刑法上则大量存在“无罪推定”、“不得强迫自证其罪”等保障被告人合理权益的制度。在国际法上，《联合国宪章》第2条第6款之所以规定，“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则”，也是为了在没有协议的情况下更合理地调整国际关系。

应该看到，在非平等主体之间通过协议来约定权利义务的情况毕竟不多，即便有，也只能在法律允许的基础上有限地这样做。对于这一类社会关系，诚实信用原则的适用范围非常有限，因而必须依据更广泛的善意原则来调整之。这种情况下的与人为善，主要是指，上位主体要满足下位主体的合理要求，下位主体要配合上位主体的合理管理。

可见，诚信只是善意的一个主要方面。就善意原则而言，与人为善是适用于所有社会关系的，诚实信用则专门适用于通过协议产生的社会关系。



再次，诚信原则是从善意原则中推演出来的一般法律原则。

与人为善，落实到具有协议关系的社会主体之间，主要就是要讲诚实、守信用。可见，诚信是善意的应有之义。无论是在公民之间的协议中还是在国家之间的协议中，诚实信用都是与人为善的具体表现，其主旨就是为了维护与满足协议主体之间的合理需求并拒绝不合理需求。目前，诚信原则已经成为各国民法的基本原则与基本价值，各国合同法上也存在很多保障诚信原则的具体规定，这体现了一般法律原则对实在法的转化作用。同样的道理，在实在国际法领域，我们所说的“善意”原则其实就是作为一般法律原则的诚信原则。从这个意义上讲，很多国际法学者把“善意”视为一般法律原则（参见本书第二章第四节），也并非完全没有道理。无论是《联合国宪章》第2条的规定，还是《维也纳条约法公约》第26条的规定，其中的“善意”都主要是在条约的范畴之内起作用的，这实际上就是“诚信”。并且，诚信原则被转化为实在国际法的情况也很多。《维也纳条约法公约》的很多具体规定，比如关于条约解释的规则（第31条）、关于欺诈与贿赂的规定（第49条）、关于强迫的规定（第51条和第52条）、关于意外履行不能的规定（第61条）等，都是诚信原则的具体转化与展开。

最后，诚信原则以“约定必须遵守”（*pacta sunt servanda*）为基本内容。

前已述及，诚信原则专门适用于有协议的社会主体之间，而对协议来说，“约定必须遵守”是贯穿始终的基本因素。没有它，就没有有效的协议：订约时，它是当事人的合理预期；履约时，它是当事人的行事标准；违约时，它是损害赔偿的依据。当然，诚信原则还包括其他内容，但这些内容都是围绕着“约定必须遵守”展开的。比如，关于订立协议的要件的规范，无非是为了防止当事人以约定不存在或无效为理由，破坏“约定必须遵守”。再如，关于解释协议的方法的规范，无非是为了澄清协议的真实内容，保障“约定必须遵守”。

科勒尔所作的罗马法学家将“约定必须遵守”扩充为诚信原则的言论，不应当被理解为诚信原则是从“约定必须遵守”中演



绎出来的，而应该说诚信原则是从“约定必须遵守”及其适用中归纳总结出来的。这也就是说，诚信原则可能是先被认识到一部分，在此基础上再逐步被全面认识的，因而“约定必须遵守”是包括在诚信之内的。上面谈到的很多学者都指出，“约定必须遵守”是以诚信（善意）为基础的，也就是说“约定必须遵守”是诚信原则的必然要求。

总之，诚实信用，是指社会主体之间诚实地履行约定。它是善意原则的主要内容，但不是善意的全部内容，它是从善意原则中推演出来的一般法律原则。诚信原则以“约定必须遵守”（*pacta sunt servanda*）为基本内容。

### 三、实践理性

通过上文的论述可以看到，正义原则是一种积极的利益与价值调和，公平原则是一种消极的利益与价值调和，平等原则是一种形式要求。那么，除了具有自然法基本原则的共性之外，善意原则的特性是什么呢？

前面已经提到，康德提出的“实践理性”概念对阐明这一问题非常有价值，笔者认为，可以以此概念来归纳善意原则的特性。当然，本书在使用这一概念的时候，已经对其作出了必要的扬弃。扬弃后的“实践理性”概念，不是依附于纯粹理性的某种一般理性，而是指一种着眼于社会主体实践的理性。

如果说，正义、公平、平等三大原则是一种偏重于价值判断的理性，主要告诉我们什么是对的话；那么，善意原则就是一种偏重于实践的理性，主要告诉我们应该怎么做。善意原则是在符合上述三大原则的基础上，直接从正义原则的一部分出发，着手构建在实践中如何扬善的问题。

显然，在一个体系健全的自然法基本原则之中，仅仅有偏重于指导社会主体思想的原则是不够的，还必须有偏重于指导社会主体行为的原则。尽管这两者实际上是相通的，其作用也是彼此交叉的；但是，任何原则都有且应该有其主要适用的领域。在知道了什么是正义、公平与平等之后，我们还必须知道如何在实践中贯彻

它们。

实际上，一个健全的自然法基本原则体系，应当对社会关系有全面的涵盖能力；也只有既含有价值判断的理性又含有实践理性的理性，才算得上是全面的对社会规律的认识。只有积极调和手段、消极调和手段、形式要求、实践理性一起作用，才能保障社会主体正确地认识与贯彻社会规律并推动社会朝着符合规律的方向发展。否则，既然从正义原则可以推出其他所有的自然法基本原则，那只要这一项岂不就足够了？

可见，善意原则是一种实践理性，它以正义、公平、平等三大原则为基础，从实践的角度直接阐发正义的扬善要求。

因此，善意，就是与人为善，诚实信用，它是一种实践理性。

#### 四、善意与其他范畴的关系

善意与其他自然法基本原则之间，存在着相辅相成、相互制约的关系。

一方面，善意原则的界定依赖于其他基本原则，正义是善意最直接的理论来源。善意原则必须遵循正义、公平、平等这三项原则，实践理性必须符合价值判断理性。从这个意义上讲，有的学者认为善意是无法界定的，这是没有了解自然法基本原则体系的结果，其实，在认识前三项自然法基本原则的基础上，就可以正确地界定善意原则。同时，这也意味着善意原则不是绝对的，而是有其界限与限制的。善意只是实践理性的一种，它不能囊括所有的实践理性，更不能代替价值判断理性。因此，在实在国际法上，善意只能成为基本原则之一，而不能代替最基本的原则——主权平等。同样的道理，诚信原则只能成为民法的基本原则，而不能成为全部国内法的基本原则。

当与前三项自然法基本原则发生冲突时，善意原则就要退而居其次。比如，善意原则要求真实履行合同，但是如果发生天灾导致不能履行，那么根据公平原则，就不必真实履行，此时善意原则所能够要求的，仅仅是合理地、及时地通知。这就是体现在各国民法上的“不可抗力”规范。而《维也纳条约法公约》第62条所规定

的“情势变更”(rebus sic stantibus),也是依据公平原则,在特定条件下免除真实履行条约义务的典型例子。

另一方面,正义、公平、平等这三项原则需要善意原则的保障。价值判断理性需要落实到实践理性,若没有一个实践中的行为指南,那么正义的所有要求就都将成为空谈。正是因为有“诚实信用”的作用,合同当事人才能够“各得其所”;正是因为有“与人为善”的作用,每个人作为“人”所应满足的合理需求才被强调。

此外,善意作为自然法的基本原则,可以转化为实在法的价值、实在法原则以及道德,但是这不能掩盖其自然法的属性,这也是本书所一再强调的。其实,目前得到转化的,主要是隶属于善意的诚信原则。正如格老秀斯所指出的,善意原则还没有被充分地转化为实在法,因此,应当进一步促进这种转化,并充分发挥善意原则的指导、评价作用。可能正是因为目前主要是诚信原则在实在法上起作用,因而善意往往被等同于诚信;也可能因为《国际法院规约》只给了抽象法以一条出路——一般法律原则,因而善意往往被认为是一般法律原则,但这确实是不准确的。善意是自然法的基本原则,它不像一般法律原则那样,可以在特定条件下直接适用于国际关系,它是高度抽象的,它只起指导、评价、转化的间接作用。而我们在上面所提到的国际法院适用的一些与善意有关的原则,都是从善意中推演出来的一般法律原则,而不是善意原则本身。

总之,善意是自然法的第四项基本原则,它是指与人为善,诚实信用,它是一种实践理性。

## 第六章

# 作为自然法第五项基本原则的和谐

---

### 第一节 词 源

和谐，英文对应表述为 Harmony，有调和、融洽、适应的意思。古希腊有表示“和谐”的词 Harmonie，一般指“适合一起”，在哲学上则指依据理性原则将不同部分通过相互调和而构成一个有机连贯的整体。<sup>①</sup> 需要注意的是，与其他自然法基本原则不同，对“和谐”这个词的词源探索，应该主要集中在汉语上。

许慎所著的《说文解字》对“和”的解释是：“和，相应也。从口，禾声。户戈切。”《诗经》有云：“倡予和女。”<sup>②</sup>《周礼》记载：“掌和王之六食。”<sup>③</sup> 可见，一开始，“和”字指的是声音相应

---

① 参见尼古拉斯·布宁、余纪元编著：《西方哲学英汉对照词典》，人民出版社 2001 年版，第 427 页。

② 《诗经·郑风·萚兮》。

③ 《周礼·食医》。

或口味调和，后来进一步引申为社会主体之间的友好、有序、共存之状态。《史记》云，“与楚有和”，<sup>①</sup> 诸葛亮在《隆中对》曾经提出“西和诸戎，南抚夷越”，范仲淹在《岳阳楼记》中也说过“政通人和，百废俱兴”，皆可以为证。

对于“谐”，《说文解字》的解释为：“谐，詒也。从言，皆声。户皆切。”而这个“詒”字又紧接着被解释为：“詒，谐也，从言，合声。”对于“谐”字，张舜徽在《约注》中引证说：“此盖谓言语之合”，他因而断言，“凡从皆声字，多有和同义”。可见，“谐”字一开始是指言语、意见之合，本来就与“和”有极大的吻合之处。正如《周礼》有云“掌司万民之难而谐和之”，<sup>②</sup>《左传》也说，“如乐之和，无所不谐”。<sup>③</sup> 后来，“谐”进一步发展为与“和”字的主要意思同义，早在三国时期，张揖就在《广雅》中断言：“和，谐也。”

在现代汉语上，“和”有不下 20 种含义，但主要的意思仍然是：和谐、协调；结束战争或争执。而“谐”的主要意思则是：调和；合。<sup>④</sup> 可见，当“和”与“谐”二字合在一起的时候，它们都表示一种协调的状态，并通过同义的反复又强化了这一词义。当然，这仅仅是对和谐从词源上的大致解读，其在法哲学上的意义，还需要进一步的研究。

## 第二节 作为中国法律文化独有特色的和谐

### 一、诸子百家之共推

在公元前 5 世纪到公元前 3 世纪的百家争鸣时代，中国古代的主要哲学流派可以分为六种：儒家、法家、道家、墨家、名家和阴

① 《史记·屈原贾生列传》。

② 《周礼·调人》。

③ 《左传·襄公十一年》。

④ 参见《辞海》，上海辞书出版社 1989 年版（缩印本），第 1959、455 页。

阳家。<sup>①</sup> 它们奠定了中国法律文化的基本类型，此后虽然各派间此消彼长，但基本的法哲学形态无出其右。随着历史的发展，儒家逐步确立了思想理论上独尊的地位，但这并不妨碍一定程度的儒道合流、儒法合流情况的出现，因为这既是规律普遍性的表现，又适应了现实的社会统治需要。在封建社会后期，还产生了承继以往学说又颇具自身特色的“新儒家”学派。上述各学派都有涉及和谐原则的论述，下面将一一述评。

### （一）儒家

儒家乃中国传统文化之主流。孔子认为，欲构建一个秩序良好的社会，首要的就是正名，正所谓：“必也正名乎！”<sup>②</sup> 因而他提出“君君，臣臣，父父，子子”<sup>③</sup> 的主张。在各正其名的前提下，每一种事物都要安其位、尽其义，即“父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠，十者谓之人义”。<sup>④</sup> 这就从总体上构建了一个和谐有序的等级社会体系，该体系使用“礼”这一工具来“定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也”。<sup>⑤</sup>

孟子继承了孔子的和谐观，主张一种有等级的社会秩序。在孟子看来，这种等级秩序体现在人际关系上，就是“人伦”，即“父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信”。<sup>⑥</sup> 即便是行善事，也是有差等的，即“老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼”，可谓“善推其所为”。<sup>⑦</sup> 而这种等级秩序体现在生产关系上，就是其所言的“劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人，天下之通义也”。<sup>⑧</sup>

① 《史记·论六家要旨》。

② 《论语·子路》。

③ 《论语·颜渊》。

④ 《礼记·礼运》。

⑤ 《礼记·曲礼上》。

⑥ 《孟子·滕文公上》。

⑦ 《孟子·梁惠王上》。

⑧ 《孟子·滕文公上》。

荀子在分析“礼”得以形成的原因时指出：“礼起于何也？曰：人生而有欲，欲而不得，则不能无求，求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲必不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之所起也。”<sup>①</sup>这就是说，礼是为了合理地限制并满足人们的欲望与情感，达到社会和谐而产生的。在荀子眼里，礼所赖以建立的基础就是差等的存在，他论证说：“人道莫不在辨，辨莫大于分，分莫大于礼。”<sup>②</sup>

梁治平先生指出，礼的着眼点并不在确定或维护什么人的权利，而是要辨明善恶，平息纷争，重新恢复理想的和谐。这种和谐的恰当名称就是“礼法”，它是一种按照道德原则组织起来的秩序，它将“义”与“利”、“私有”与“为公”和谐地融合在一起。<sup>③</sup>可以说，实际上儒家的最基本主张，就是和谐，即一种有差等的、稳定的社会秩序。

在以和谐为主旨的理论背景之下，儒家对和谐的内容作了更为详细的阐述。孔子宣称：“礼之用，和为贵”，“君子和而不同，小人同而不和。”<sup>④</sup>也就是说，“和”不意味着与“异”不相容，也不意味着与“同”等同，更不意味着单纯的和平状态；和谐原则并不强求同一性，而是在相异的基础上进行协调以达到理想的调和有序状态。正所谓“万物并育而不相害，道并行而不相悖”。<sup>⑤</sup>

当然，将相异的事物调和在一起，不可随意为之，而是要遵循适当的比例，这个比例就是“中”，即恰到好处。《中庸》道：“喜怒哀乐之未发，谓之中；发而皆中节，谓之和。中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”

① 《荀子·礼论》。

② 《荀子·非相》。

③ 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社1991年版，第214~227页。

④ 《论语·学而》，《论语·子路》。

⑤ 《礼记·中庸》。

可见，儒家的中庸之道与和谐有着密切关系，中庸是基本的价值，是“天下之大本”；和谐则是将这一基本价值适用于社会实践的产物，是“天下之达道”。和谐正是在中庸理念之下构建出来的一整套社会秩序。正如东汉郑玄在《三礼目录》中指出：“名曰中庸者，以其中和之为用也。”

与西方自然法观主要关注人类社会不同，中国的和谐观从一开始就不只包括人类社会，还包括整个自然界，甚至弥漫全宇宙，故有“太和”一说。这就意味着，人类社会与自然界是有着紧密关系的。是故孟子有曰“万物皆备于我矣”，<sup>①</sup>《中庸》有云：“国家将兴，必有祯祥；国家将亡，必有妖孽。”董仲舒将儒家与道家、阴阳家等其他学派的主张相结合，把上述观点进一步发展为“天人合一”<sup>②</sup>的理念。他说：“天道之常，一阴一阳。阳者天之德也，阴者天之刑也。”“是故天之道，以三时（春、夏、秋）成生，以一时（冬）丧死。”这就表明，“天之任阳不任阴，好德不好刑”，因此，“天亦有喜怒之气，哀乐之心，与人相副。以类合之，天人一也”。<sup>③</sup>这种“天人合一”的观念沟通了人类社会与整个自然界，董仲舒阐述道：“天、地、人，万物之本也。天生之，地养之，人成之。”“三者相为手足，合以成体，不可一无也。”<sup>④</sup>

可见，儒家的和谐观包括两方面，即人与人之间的和谐（和而不同）以及人与自然之间的和谐（天人合一），其主旨是组织起

① 《孟子·尽心上》。

② 当然，董仲舒并没有正式使用“天人合一”这个概念，这个成语是后来由北宋的张载归纳出来的。张载在其所著的《正蒙·诚明》中说：“儒者则因明致诚，因诚致明，故天人合一。”其实，张载所说的“天人合一”与董仲舒所论述的意义并非完全相同，董仲舒强调人与自然的调和，张载则注重个人的修养。但总的来说，“天人合一”这一概念在宋明时期被新儒家表述得更为明了，比如朱熹指出，“天即人，人即天”，“天人本只一理”；王阳明则云：“天地万物本只一体”。见《朱子语类》卷十七以及《王文成公全书》卷二。

③ 《春秋繁露·阴阳义》。

④ 《春秋繁露·立元神》。



一种为刑罚所保障的、稳定的道德秩序。

## （二）道家

在人与人之间的关系方面，老子主张“无为”、“不争”。他说：“不尚贤，使民不争。不贵难得之货，使民不为盗。不见可欲，使民心不乱。是以圣人之治，虚其心，实其腹，弱其志，强其骨，常使民无知无欲。”“我无为而民自化。我好静而民自正。我无事而民自富。我无欲而民自朴。”因此，老子主张国家统治者“非以明民，将以愚之。”<sup>①</sup>

值得一提的是，在人与自然的关系方面，由于道家倡导小农的简朴生活，而这种生活必然高度依赖于自然，因此道家对自然的热爱与赞美是不遗余力的。也就是说，道家高度重视人与自然的和谐。老子所描绘的最理想的生活，实际上就是典型的自然经济状态之下的小农田园风光：“小国寡民……甘其食，美其服，安其局，乐其俗。邻国相望，鸡犬之声相闻。民至老死不相往来。”<sup>②</sup> 庄子则更进一步，主张人与自然的浑然一体。他说：“天地与我并生，而万物与我为一。”<sup>③</sup> 在庄子看来，绝对的幸福，只有“至人无己，神人无功，圣人无名”<sup>④</sup> 的时候才能实现，这就要求人超越自我的界限，与自然合一。由此观之，儒家的“天人合一”，尚只是要求关注自然、顺应自然；而道家的“齐物”，则主张人与自然浑然一体。在人与自然的关系上，道家可以说是走得更远，甚至到了幻想的程度，但是两大学派都重视人与自然的和谐的实质并没有改变。无怪乎梁治平先生在审视中国建筑文化之后评价说，儒家与道家，一起归本于“道”，归本于“自然”，归本于“和谐”。<sup>⑤</sup>

① 《老子》第3章，第57章，第65章。

② 《老子》第80章。

③ 《庄子·齐物论》。

④ 《庄子·逍遥游》。

⑤ 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社1991年版，第186页。

### （三）法家

法家专注于社会政治生活领域，他们崇尚“法术”，这种“法术”并不是西方的“法”，不是界定并保障权利以及限制权力的规范，而仅仅是君主进行统治的工具。韩非说得明白：“君无术，则弊于上；臣无法，则乱于下。此不可一无，皆帝王之具也。”<sup>①</sup>

《隋书·刑法志》云：“礼义以为纲纪，养化以为本，明刑以为助。”梁治平先生进一步论述道，中国只有一种法律，那就是“刑律”，此乃道德之器械。中国古代没有西方意义上的“法学”，而只有“律学”。中国古代法是礼与刑的完全融合，故谓之“礼法”。在中国古代，刑罚乃是维护和恢复包括社会在内的自然秩序之和谐的必要手段，因而即便是最最典型的民事纠纷，也会动辄使用刑罚。<sup>②</sup>

### （四）其他各学派

首先来看墨家的情况。

墨家从平民的立场出发，反对儒家对君子与小人的区别，反对等级秩序。墨子提出“兼相爱，交相利”<sup>③</sup>，即一视同仁地对待所有人，以达到“强不执弱，众不劫寡，富不辱贫，贵不傲贱，诈不欺愚”<sup>④</sup>的和谐状态。墨子把他的主张的根据归之于天和鬼神，他说：“天必欲人之相爱相利，而不欲人之相恶相贼也”；“爱人利人者，天必福之；恶人贼人者，天必祸之”；“天子为善，天能赏之；天子为恶，天能罚之”。<sup>⑤</sup>由是观之，墨家并不反对和谐的社会秩序，只是反对不平等的和谐社会秩序，既要和谐又要平等，这甚至更接近于现代的和谐观。然而，墨家的平等不仅仅是形式上的，也不仅仅是实质上的，还包括心灵上的，这显然是不可能实现

<sup>①</sup> 《韩非子·定法》。

<sup>②</sup> 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社1991年版，第228~230、286~295页。

<sup>③</sup> 《墨子·尚同上》。

<sup>④</sup> 《墨子·兼爱中》。

<sup>⑤</sup> 《墨子·法仪》，《墨子·天志中》。

的。“兼相爱，交相利”就是一幅墨家勾画的和谐社会的图景，这本质上也是一种道德教化，只不过墨家幻想其道德主张将由上天和鬼神来执行。因此，墨家强调平等，这有其历史进步性，但是其主张的空想性太大；墨家也希望达致社会和谐，但是其采取的进路是纯粹唯心主义的。所有的这一切，都表明墨家的和谐观不符合古代中国的现实，因而也是不可能实现的。当然，墨家平等互利的思想，确实丰富了中国古代和谐观的内容。

其次来看名家的情况。

名家主张“超乎形象”，因而他们也很重视人与自然的和谐。惠施说：“万物毕同毕异，此之谓大同异。”因此，他提出“汜爱万物，天地一体也。”<sup>①</sup>

最后来看阴阳家的情况。

阴阳家善于以自然界的变化来解释社会的变迁。他们最先提出了“天人感应”的主张，认为人类世界和自然界是互相关联的，王朝的兴衰与自然界的变化息息相关，人类行为必须与自然界相适应。按照《月令》的说法，孟春之月，需“相布德和令，行庆施惠，下及兆民”；“禁止伐木，毋覆巢”；“不可以称兵，称兵必天殃。”进一步来说，“孟春行夏令，则雨水不时，草木旱落，国时有恐。行秋令，则其民大疫，飘风暴雨总至，黎莠蓬蒿并兴。行冬令，则水潦为败，雨霜大雹，首种不入。”<sup>②</sup> 阴阳家推崇以五行相生相克（金生水，水生木，木生火，火生土，土生金；金克木，木克土，土克水，水克火，火克金）的观点来解释包括王朝更替在内的社会变迁，《应同》指出，“凡帝王者之将兴也，天必先见祥乎下民。黄帝之时，天先见大蚩大蝼。黄帝曰：土气胜……及禹之时，天先见草木秋冬不杀。禹曰：木气胜……及汤之时，天先见于金刃生于水。汤曰：金气胜……及文王之时，天先见火，赤朱衔丹书集于周社。文王曰：火气胜……代火者必将水。天且先见于水

① 《庄子·杂篇·天下》。

② 《礼记·月令》。

气胜。”<sup>①</sup> 这些主张后来被董仲舒所继承。

总之，和谐是为诸子百家所共推的法哲学思想，和谐观是中国传统法律文化的最大特色。在以儒家为主的学者们的论述之下，和谐的主要因素，尤其是核心的“和而不同”、“天人合一”观念已经较为充分地展现在我们面前。

## 二、西方法律文化中和谐观的缺失

在西方法律文化史上，也存在类似于中国和谐观的遗迹和残片，这就是“和平”的观念。

霍布斯曾经指出，在任何能够找到和平的地方寻求和平，乃是正确理性的指令，是最为重要的和最为基本的自然法原则；人们不仅要寻求和平，而且要保持和平。<sup>②</sup> 孟德斯鸠把和平视为首要的自然法规则。康德提出了“永久和平论”，主张人与人，国与国之间的和平共处。<sup>③</sup> 菲德罗斯也强调，一切法律秩序所共有的价值乃是和平，在和平这一基本价值之下，他还提出了“善邻”、“容恕”、“人类共同幸福”等新的价值，丰富了和平观的内涵。在和平观的影响之下，1919年《国际联盟盟约》规定成员国不得从事战争，以和平方法解决争端；1928年《巴黎非战公约》宣布废弃战争作为实行国家政策的工具，以和平的方式解决一切争端；1945年《联合国宪章》更是将禁止使用武力、和平解决国际争端宣布为基本原则。

不难看出，西方的和平观与中国和谐观是有一定差距的，前者的维度比较单一，主要集中于和平解决争端、避免战争与武装冲突方面。虽然菲德罗斯的“善邻”、“容恕”已经展示了和平观的深化倾向，但其前提是要建立“一个完整的个体社会”、实现各社会主体的“兄弟之情”，这种大同的思想即使不算是空想，至少也是

① 《吕氏春秋·有始览·应同》。

② See Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, 1998, p. 31, p. 34.

③ See Kant, *Perpetual Peace*, Bobbs-Merrill Company, Inc., 1957, pp. 1-10.

比较表面化的、流于形式的。相比之下，中国古代的和谐观从一开始就以“存异”为前提，它不仅包含了和平的理念，而且全面关注社会主体的共处状态；不仅是以规则抑制发动战争的想法，而且更加致力于消除冲突和战争的源头。

此外，斯多葛学派曾经倡导一种“顺从自然的生活方式”，并认为凡与宇宙相和谐的万物都与自己和谐，这是与古代中国“天人合一”的主张具有类似之处的。不过，就如该学派的克吕西波斯（Khrusippos）自己所承认的，“顺从自然”的主要意思仍然是顺从人的本性。<sup>①</sup>这显然不能算是真正的顺应自然。相比之下，中国古代的“天人合一”才是真正地重视自然、崇尚自然，强调人顺应自然，关注人与自然的互动。季羨林先生之所以敢宣称西方文化和东方文化是“三十年河东，三十年河西”，“21世纪是东方文化的时代”，主要的证据就是东方文化在哲学基础上采取的是西方文化所不具备的“天人合一”思想。<sup>②</sup>

总之，西方法律思想史上不存在完整的和谐观，对和谐原则的论述，主要是以中国和谐观为理论渊源的。

综上所述，和谐原则的主要素材来自中国优秀传统法律文化，和谐原则是所有的自然法基本原则之中最为独特的一个。西方法律文化没有能够充分体现和谐原则，使得自然法基本原则体系存在一个漏洞。

### 三、和谐观在现代中国社会的体现

在将马克思主义哲学原理与中国特色实践相结合的正确思路的指导之下，和谐观在当今的中国得到了创造性的继承与发展。

---

① 参见[英]罗素：《西方哲学史》（上卷），何兆武等译，商务印书馆1963年版，第336页；苗力田主编：《古希腊哲学》，中国人民大学出版社1989年版，第611页。

② 即把自然当做朋友，不把它当做敌人，不去“征服”它，而是去了解它，然后再从它那里索取一切衣食住行所需要的物质资料。参见《季羨林全集》（第七卷），外语教学与研究出版社2009年版，第574页。

在 1955 年的万隆会议上, 中国政府面对复杂而艰巨的国际形势, 提出“求同存异”的主张, 打破了外交僵局, 促进了发展中国家的团结与合作。“求同存异”的主张之后被发展为“和平共处五项原则”, 这五项原则在中国政府的倡导和广大发展中国家的支持下, 业已发展为区域国际法基本原则。而不论是“求同存异”还是“和平共处五项原则”, 都是作为和谐原则的具体体现, 也是中国创造性地运用古代和谐观来解决当代问题的成功尝试。

针对历史遗留的港澳台问题, 中国创造性地提出了“和平统一, 一国两制”的主张, 这一主张充分体现了“和而不同”的原则。它意味着, 只要有利于和平统一, 中国可以容纳不同的社会制度, 大陆与香港、澳门、台湾地区可以在一个中国的前提下和谐的相处。目前, 香港和澳门问题已经通过“一国两制”原则成功地解决, 成为世界上一个国家内部容纳不同社会制度的先例, 这充分说明了中国和谐观的独特作用与先进性。

步入新世纪, 中国提出了“和平崛起”、“和平与发展”的战略, 这是将和谐观运用于国家大政方针后的结果, 它既体现了中华民族要复兴的决心, 又表明中国不走近代以来列强通过战争崛起的老路的愿望。诚然, 在西方文化看来, 尤其是目前甚嚣尘上的新现实主义、新保守主义的视角之下, 这完全是不可能的, 最多只是表明一种姿态。<sup>①</sup> 然而从中国文化来看, 这是完全合情合理的, “和而不同”可以带来既和平又发展的双赢局面, 这在中国历史上也不算是新鲜事物。应该说, 对中国“和平与发展”战略的种种质疑, 恰好表明了目前以西方文化为主要渊源的自法体系的漏洞——和谐原则的缺乏。

2004 年 9 月 19 日, 中国共产党第十六届中央委员会第四次全体会议通过《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》, 明

---

<sup>①</sup> 参见罗国强:《从〈战争与和平法〉看“和平崛起”的国际法基础》, 载《比较法研究》2005 年第 6 期, 第 99 页。

确提出要“不断提高构建社会主义和谐社会的能力”，“形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的社会”。显然，在改革开放日益深入的新世纪，提出这一主张乃是历史的必然。它反映了我国创造性地继承了古代的和谐观，并坚定地用其来指导新社会建设的良好态势。“和谐社会”的提法，不是一种空洞的术语、说教或点缀，而是有着深厚的历史文化背景的、符合社会发展规律的构想。

尤其值得一提的是，2006年10月11日，中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）。《决定》强调了构建社会主义和谐社会的重要性和紧迫性，提出了构建社会主义和谐社会的指导思想、目标任务和原则，并在社会事业建设、制度建设、文化和思想道德建设、社会管理建设、社会活力建设以及党的建设方面对新世纪中国和谐社会的构建作出了具体的部署。《决定》开宗明义地指出，“社会和谐是中国特色社会主义的本质属性，是国家富强、民族振兴、人民幸福的重要保证”。《决定》从哲学的角度分析道，“任何社会都不可能没有矛盾，人类社会总是在矛盾运动中发展进步的。构建社会主义和谐社会是一个不断化解社会矛盾的持续过程。我们要始终保持清醒头脑，居安思危，深刻认识我国发展的阶段性特征，科学分析影响社会和谐的矛盾和问题及其产生的原因，更加积极主动地正视矛盾、化解矛盾，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，不断促进社会和谐”。《决定》对构建和谐和谐社会提出了“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的总要求”，并号召“形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的局面”。《决定》进而表示，要“坚定不移地走和平发展道路”，“推动建设持久和平、共同繁荣的和谐世界”。

综上所述，和谐作为中国法律文化的独有特色被中国人传承了下来。在古代中国，和谐是整个社会秩序的总特征；在当今的中国，和谐观则得到了创造性的继承与发展。



### 第三节 自然国际法视野下的和谐原则

至此，我们对于和谐原则的理论渊源已经有了大致的了解。在自然国际法的视野下，和谐原则包括以下内涵：“和而不同”，在存异中达致和谐；“天人合一”，重视自然；“中庸”，即恰到好处；重稳定、重秩序；着眼长远的全局，不计小利，不争一时长短。

#### 一、和而不同

“和而不同”是和谐原则的核心内容之一。“和而不同”是指人与人之间的和谐状态，它主张存异的、不强求同一的和谐。

首先，“和而不同”是把对大局的把握和对细节的宽容相结合、把对长远的期待和对短期的权衡相结合的做法。

“和而不同”决不仅仅指一种和平的状态，而是涵盖了更加丰富的内容。尽管作为和谐的重要组成部分，和平一直以来都是国际社会的关注焦点之一，但是，无数的历史教训已经向我们证明，单纯的、静态的和平观念根本不足以维持国际社会的稳定。只要对不同的价值观存在排斥的心态、对自身价值观抱有普世的狂热，和平就只能是权宜之计。只有将“和”与“不同”等看似矛盾的因素结合起来，才能够真正维持国际社会的稳定，促使一个国际和谐社会的产生。今天，我们明确地提出和谐原则为自然国际法的基本原则，并提倡“国际和谐”，是在促使国际法作出适应于新世纪的发展与更新。

依据“和而不同”原则，国家之间应该尽量维持一种和谐的关系，相互包容，彼此友善，而不应该相互敌视，必欲同化之或摒除之而后快。世界必然是多元的、和谐的产物，而不是单一的、偏执的形态，一定社会主体的价值观不能被强加于其他主体之上。这在当代社会实践中，既是理性的要求，也是消弭冲突与动荡的最佳办法。正如杜维明指出的，对差异的宽容是任何有意义交流的先决条件；只有分享对方的价值并建立相互的理解，才能共同创造一种



全新的生活。<sup>①</sup>

古代和谐观对稳定和秩序的关注值得今人借鉴。它主张为了稳定，可以放弃一些眼前利益，这是一种从大局着眼的观点。的确，某种意义上讲，对稳定与秩序的追求，实际上是为社会主体的权利义务设了一层限制，以防止任何范畴片面地、狭隘地、短视地发展，从而保障社会关系的长期持续良好发展。

比如，民法上的“取得时效”制度，就表明对所有权的保护不是无限制的，如果某一物已经长期（通常是 20 年）合法地为某人占有，虽然该人并没有原始的或继受的所有权，但是为了维护物权关系的稳定性与有序性，法律就赋予该人以该物的所有权。这显然是和谐原则的体现。这同时也表明，虽然和谐原则作为一个整体在西方法律文化上并不存在，但是由于规律的普遍作用，它的某些方面仍然会体现在西方法律中。

再如，“调解”制度也体现了和谐原则。我国民事诉讼法对调解的强调，意味着虽然人们可以自由地行使权利并请求裁判，裁决者也可以明确地界定权利以解决特定的案件，但是如果超越某一特定案件之是非，看得更远些，就应该着眼全局、着眼未来。仅仅为了这么一个特定的纠纷就对簿公堂、你争我夺，可能导致未来合作的不信任乃至中断，这并不符合双方的长远利益，倒不如达成和解，一团和气，双方都可以在未来的合作中取得更大的绝对利益。无疑，对于一个特定的案件来说，至少有一方的要求是不合理的，因而和解就意味着一定程度的“容恶”，但是，从长远的全局来看，这种包容是对双方乃至社会都有利的。并且，调解制度如今在国际上得到广泛的采用，也说明了其合规律性。WTO 的争端解决机制虽然是以准司法的程序为保障的，但是它特别鼓励发挥调解机制的作用。乌拉圭回合《争端解决规则和程序的谅解协议》第 5 条规定，争端的任何一方任何时候都可请求斡旋、调停或调解。事

---

<sup>①</sup> 参见杜维明：《全球化与多样性》，载哈佛燕京学社主编：《全球化与文明对话》，江苏教育出版社 2004 年版，第 84 页。

实上,很多案件也是经由调解结案的。1982年《联合国海洋法公约》也规定了谈判、协商、调解等争端解决程序,甚至增加了一种强制调解的程序。

其次,如果把“和而不同”推至极致,成为唯一的价值,也是不正确的。

这恰恰是古代中国的和谐观最不适应于现代社会、最需要扬弃的地方。显然,在封建社会发展的早期,树立一种能够整合社会、维护稳定的和谐价值观,有利于政治的安定与经济的繁荣。但是,对于稳定的维护要适度,不能够到达一种僵化的、否定社会发展的程度。

就现代社会来说,在巨大的发展生产力、增强综合国力的动力与压力面前,不可能只讲和谐,还必须准确划分权利义务、公平解决争端、促进效率与优胜劣汰。因此,鼓励“和而不同”决不可能达到“无讼”的地步。虽然我们应该尽量做到增加协调、缓解摩擦、促进和谐;然而,容恶不是无限的,在正义与公平受到极大威胁的时候,不仅不能“无讼”,而且必须“讼”、必须“争”。就拿前面举的两个例子来说,取得时效是可以成立的,但若取得的手段为非法,那么无论过多少年,恶意占有人对标的物的权利也不会被法律承认。调解是应当鼓励的,但当事人若是触犯了刑律,那么就必须伸张正义,被害人的宽容也不能免除罪犯应得的惩罚。同样,对于国际争端,能够协商的当然要协商,但若一国已经挑起战争,那么其他国家自当奋起自卫、坚决还击。可见,在现代社会,自然法的基本原则必须得到全面的适用,对“和而不同”的关注并非唯一重要的问题。

再次,“和而不同”的实行,是以“中庸”为指导的。

中庸,不是指模棱两可,不是指骑墙观望,更不是指和稀泥,而是指恰到好处,遵循适当比例。扬弃后的“中庸之道”,与唯物辩证法关于真理绝对性与相对性的主张是一致的,它已经不再是儒家士大夫的说教,而是为全人类所共享的有益的价值观。从前面两点论述中已经可以看出,“和而不同”需要恰到好处,既不能过度

地强调“和”，也不能一味地允许“不同”。用中国人的老话说，就是“小事不计较，大事不糊涂”。这就意味着，我们要在维护正义、保障公平的前提下，尽量促进和谐，实现稳定与发展这两大价值的综合平衡。

## 二、天人合一

“天人合一”是和谐原则的另一项核心内容。“天人合一”是指人与自然之间的和谐状态，它主张人类要尊重自然、顺应自然。

首先，“天人合一”这种重视自然的思想，是中华文化的优秀成分，也是符合社会发展规律的理性认识。

今天，当现代化的浪潮席卷全球，人们把自然作为纯粹的客体或工具任意地掠夺与利用，当生态平衡被一再打破，当自然界开始频频向人类社会报复的时候，我们不得不重新回过头来，仔细地思考这一古老的思想：当耗尽了前人留下来的资源之后，等待我们的会不会是无以为继的绝望？

人类虽然是万物之灵，但是自然界并非是为了人类才出现的，人类不过是自然界演进过程中出现的一种物质形态，人类与生物圈中其他的物质形态都是自然界的构成部分，并伴随着自然界的规律性运动而产生、发展与消灭。自然是人类生存的环境，它既保障人类的生存又限制人类的活动。人类可以利用其主观能动性改造自然、利用自然，但是这并不意味着人类可以摆脱自然的限制，更并不意味着自然界就完全变成了人类的工具、变成可以为人类任意攫取的仓库。因此，社会的发展不能以牺牲自然、毁灭自然为代价，否则社会最终毁灭的只能是自己。社会的发展必须与自然相和谐，做到尊重自然、顺应自然。

幸运的是，如今的人类社会已经逐渐认识到了这一点。环境法作为一个单独的法律部门出现了，“可持续发展”作为一项法律原则被提出了，而且得到很多国家的赞同或采纳。“可持续发展”正是和谐原则“天人合一”观点的进一步阐发，也就是说，“可持续发展”原则就是从和谐原则中推出来的一般法律原则。

其次,“天人合一”具有与众不同的视角。

“天人合一”要求人类在利用自然、改造自然的过程中尊重自然、顺应自然,主张从人与自然的关系的视角,来看待有关的问题。这是一种边缘性、综合性的视角,它抛开了狭隘的人类社会视角,而将人类社会与自然界联系起来。从这个意义上说,和谐原则起着沟通人类社会与自然界的作用,是唯一将社会与自然联系起来看问题的自然法基本原则,而其他自然法基本原则是完全围绕人类社会来展开的,这再一次体现了和谐原则的独特性。

然而,由于对和谐原则这一特点认识的缺乏,目前对“可持续发展”的界定,仍然采取了人与人关系的视角。1987年世界环境与发展委员会在名为《我们共同的未来》的报告中,将“可持续发展”定义为“满足当代人类的需要同时又不损及后代人类满足他们自身需要的能力的发展”;1992年《里约热内卢环境与发展宣言》也指出这种权利是为了公平地满足今世后代在发展与环境方面的需要而必须实现的发展权。由此可见,目前对“可持续发展”的界定,主要从两方面入手,一是满足当代人类需要,二是满足后代人类的需要。说来说去,一切都是围绕着满足人类需要,只字不提顺应自然、尊重自然。人们在谈论“可持续发展”时,只不过是把“人”的概念牵强地扩展到后代的人,并以虚拟的“代际公平”(Intergenerational Equity)、“代际平等”(Intergenerational Equality)<sup>①</sup>的原则来论证保护环境必要性。

这种论证的结果无疑是合理的,但其方法却并不合逻辑。因为“后代人”根本就是一个不确定的范畴,是尚不存在、以后是

<sup>①</sup> 罗尔斯在《正义论》中曾经提出过“代际正义”的问题。See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, revised edition, 1999, pp. 251-262. 随着环境问题日益受到重视,有关的“代际”概念受到广泛采用,有的国际公约(如《1992年联合国气候变化框架公约》等)作出了有关保护后代利益的表述,还有的人甚至主张“后代人”已经成为法律主体。参见张瑞萍:《从“代际公平”理论反思民事主体制度的价值》,载《比较法研究》2003年第5期,第23~25页。

否存在、在多大程度上存在都不明确的范畴。“皮之不存，毛将焉附”？不存在的主体是不能享有权利的，正义要求各得其所，但如果个体根本不存在，如何得其所？以什么根据得其所？要为多少代人预留多少份额才算合理？公平要求正确划定权利义务的界限，但如果还要考虑尚不存在的主体，那么任何确定的权利义务就是根本不可能存在的。至于平等，本来就是同类社会主体之间的权利，“同类”可以抽象地指所有具备某些特征的主体，但不能虚幻地指根本不存在的主体。更何况，平等原则实质上仅指一种形式上的同等，即便是扩大到现在的人与未来的人之间，也是无济于事。没有人会声称要剥夺后代的平等的发展权，但至于后代需要获得多少资源来发展，现在的人还能够消耗多少，就是一个根本计算不清的实质问题了。<sup>①</sup>退一步讲，撇开以上的质疑不谈，即使后代人的需要真的能够成为保护环境的理由，那么，是否没有后代的社会主体就可以肆意破坏环境？实际上，所谓“代际公平”，虽然目的是崇高的，但其理论前提却是完全功利的。从始至终，自然界仍然被放在人类的对立面，人与自然的那种规律性的密切联系不是被强调的对象。由此可见，“代际公平”、“代际平等”纯粹是通过影响人类心理矛盾的方式，促使人类保护环境，它们可以被归为某种值得提倡的道德原则。但若要将它们提升到法的层面，成为实在的、确定的、可预见的法律权利与义务，则不仅是不适当的，也是不可能真正实现的。

因此，要对“可持续发展”作出准确定义，就必须遵循人与自然关系的视角。可持续发展，是指人在尊重自然、顺应自然的基础上满足社会发展需要。尊重自然、顺应自然本身就是一项实实在

---

<sup>①</sup> 即便是主张“代际公平”的学者，也承认，一个对所有代都公平的决策是不存在的，也是不可能实现的，他们因而主张建立一个纯序数的代际公平决策方法学，以数学计算的方法实现对无穷公平的“合理近似”。参见李巍等：《可持续发展决策和评价中的代际公平问题研究》，载《中国人口·资源与环境》1996年第4期，第41~44页。但显而易见的是，如果社会问题真的可以纯粹通过数学来精确计算，那么事情就简单得多了，人们也就不必如此困扰了。

在的符合自然法基本原则的范畴，不需要、也不应该借助虚拟的“后代人”来论证。其实，根本不用说对后代的危害，目前多数的环境破坏，一旦发生，就会很快对现在的人造成巨大的不良影响，令人类尝到违背规律的恶果。<sup>①</sup> 采取以人与自然关系为视角的“可持续发展”观，将更加有利于提升人类的环保意识，依照“天人合一”的要求，人类必须尽最大可能保护环境。

可见，自然法的原则，不一定要拘泥于人与人关系的视角，在特定事项上还需要采取人与自然关系的视角，这一责任专门由和谐原则中的“天人合一”承担。

但是也要注意，法归根到底是调整社会关系的规范，和谐原则作为独具特色的自然法基本原则，沟通了人类社会与自然界，采用了人与自然关系的视角，但是这决非法的一般特征。人与自然关系的视角之运用是有限的，只有在专门涉及人与自然关系之时，才能通过“天人合一”原则，运用这一独特视角审视有关关系，而且这就已经足够调整人与自然的关系了。最近，有人主张给予动物以法律主体资格，虽然动机很好，也是为了保护生态环境，但若为达此单方面目的而不顾法律自身的客观规律，把道德要求等同于法律义务，<sup>②</sup> 任意扩大法律主体的范围，则这样的主张一旦实施，整个法律体系的合理界限与有效秩序就将被打破，结果很可能会适得其

---

① 近年来，由于温室气体排放不断增长，全球变暖，厄尔尼诺现象频频发生，海平面不断上升，不仅给全球人类生产生活带来不便，更是令沿海国家连基本的生存空间都受到很大威胁。臭氧层因人类所制造的氟氯碳化物的不断侵蚀，目前已经是“漏洞百出”，对阳光中有害紫外线的吸收减弱，给人类健康和地球表面生态系统带来危害。2004年12月，印度洋因地震引发海啸，给周围多个国家造成巨大损失。2005年8月，“卡特里娜”飓风登陆美国南部，带给美国墨西哥湾地区史无前例的毁灭性灾难。

② 实际上，对动物的怜悯与保护（所谓“扫地不伤蝼蚁命，爱惜飞蛾纱罩灯”），乃是自古就有的道德要求，这个问题也纯粹属于道德范畴。即便说如今是“法治”社会，也不意味着所有问题都要纳入法律范畴才能解决，更不意味着要使法律削足适履地纳入不同属的其他规范。



反、得不偿失。<sup>①</sup>

再次，在继承“天人合一”观念的同时，还要注意扬弃以下因素：

自然经济的视角。古代的“天人合一”是从自然经济的视角出发来论述的，这显然已经不合时宜了。社会是发展的，自然经济形态已经不适应当前的社会发展需要。但是，尊重自然、顺应自然是合乎社会发展规律的理性认识，无论在何种经济形态之下，都是有效的。在当前的市场经济形态之下，人们愈发崇尚回归自然、偏爱“绿色食品”，不正好说明了这一点吗？当然，不再以自然经济为视角，也说明我们不可能像过去那样基本上不开采不可再生资

---

① 有学者以最初奴隶和妇女都不属于法律主体作论据，认为动物也可步前两者之后尘成为法律主体，这种推论是毫无依据的。后者与前两者有着根本的区别——后者不是人，根本没有社会意识。前者是本来应该成为法律主体而一开始由于社会的局限性没有成为法律主体，后者根本就在任何时候都不应该成为法律主体。奴隶和妇女逐渐成为法律主体，表明自然法的要求终究会体现在实在法上；若动物当真成为法律主体，那只能说是实在法发生了明显不符合自然法的情况。还有人以1990年《德国民法典》修正案第90条a款规定“动物不是物”为“根据”，认为既然动物不是物，就应该是法律主体了，这也是值得推敲的。“物”和“客体”在理论上是两个不同的概念，尤其是当“物”被狭义地解释的时候。动物即便不是桌子、房子那种狭义上的“物”，也依然是某种广义的、相对于人的“物”，依然属于法律客体。在《德国民法典》中，其表示主体的概念是“Personen”，这仍然是指人。德国学者普兰度也指出，第90条a款意在把动物作为一种不同于一般的物的“共生体”（Mitgeschöpf）对待，该条款只是一个没有实质内容的过分表露感情的宣言。我认为，该修正案其实只涉及“物”的解释问题，没有脱离客体的范畴；规定“动物不是物”，只不过是使“它们受特别法的保护”（第90条a款），避免人们像对待一般的物那样任意对待它们而已。实际上，德国的这种做法恰恰可以说是依据和谐原则修改实在法的典范。对于有关的争论，See Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München: C. H. Beck, 2001, p. 59. 又见徐昕：《论动物法律主体资格的确立》，载《北京科技大学学报》（社会科学版）2002年第3期，第16~17页；郑有德、段凡：《一种理念的诠释：动物法律主体地位之思考》，载《华中科技大学学报》（社会科学版）2004年第6期，第54~55页；许建、沈展昌：《动物“权利主体论”质疑》，载《河北法学》2004年第1期，第136~140页等。

源、不可能完全停止造成污染的工业生产。我们只能够在满足发展需要的基础上尽可能保护环境，这也正是“可持续发展”原则的主旨。由此可见，“天人合一”也是一个有界限与限制的范畴，当代人不可能恢复到古代那样不打扰自然的状态，乃是因为根据正义原则，他们需要各得其所，满足合理的生存与发展需要。也正是因为这一点，在市场经济形态下，实现“天人合一”原则、保护环境的任务，较之自然经济时期，是愈发复杂和艰巨了。

唯心主义或朴素唯物主义的立场。比如，董仲舒提出：“道之大原出于天，天不变，道亦不变。”<sup>①</sup>这就是一种唯心史观。再如，阴阳家以五行相生相克来说明王朝的更迭，他们认为，以土德王的黄帝，为以木德王的夏朝所克，夏朝为以金德王的商朝所克，商朝为以火德王的周朝所克，周朝为以水德王的秦朝所克，秦朝为以土德王的汉朝所克。<sup>②</sup>这是一种朴素的唯物主义。而今天，我们看待“天人合一”的时候，应该运用唯物辩证法的方法论。一方面，要认识到自然界是客观的，自然界有其客观规律性，人类应当尊重自然、顺应自然，否则就要受到自然的惩罚；另一方面，要认识到人类可以运用其主观能动性，积极地发现自然界的规律，改造自然、利用自然，从而实现社会与自然之间的良性互动与和谐相处。

### 三、和谐原则与其他自然法基本原则的关系

首先，和谐是自然法第五项基本原则，是一种主要素材取自中国古代传统文化的实践理性。

作为自然法基本原则之一，和谐原则与正义、公平、平等、善意其他自然法基本原则有着紧密的联系，它们共同构成了自然法基本原则的大厦。和谐原则所关注的，是社会主体如何对待其他社会主体，以及社会主体如何对待自然，这显然是一种偏重于指导实践的理性。作为实践理性，当然要以价值判断理性为基础，也就是

<sup>①</sup> 《汉书·董仲舒传》。

<sup>②</sup> 参见冯友兰：《中国哲学简史》，北京大学出版社1985年版，第164~165页。



说,和谐需要符合正义、公平以及平等原则。同时,和谐原则还需要与另一项实践理性——善意原则相结合,才能够最有效地指导人们的实践。单单讲善意、讲满足合理需要,容易造成偏执,因为你的不合理需要可能正是别人的合理需要,或者,当双方的需求都是合理之时,各方就很可能只顾着追求自己的善而导致不和谐;同样,单单讲和谐、讲“和而不同”,容易导致是非不分,因为在作出促进和谐的举动之前,首先需要的是判断某一情事是否合理、是否符合善意。

由此,在整个自然法基本原则体系之中,存在着三项价值判断理性、两项实践理性。尽管和谐原则具有其他自然法基本原则都有的共性,并且与善意原则一样都属于实践理性,然而它是唯一以中国优秀传统文化为其主要理论来源的自然法基本原则,这就是它最为独树一帜的地方。

其次,和谐原则与公平原则存在较为直接的联系。

虽然西方没有系统的和谐观,而中国古代的和谐观又是自成体系的,但这不能掩盖作为一种实践理性的和谐原则处于自然法基本原则体系之中的事实。在指导价值判断的理性之中,有一项与和谐原则联系最为紧密的原则,那就是公平原则。

我们说,善意原则是直接 from 正义原则中推演出来的,因为正义本来就要求扬善;那么相应的,和谐原则,尤其是“和而不同”,就是从公平原则中直接推演出来的。公平原则要求,己所不欲,勿施于人,这是“和而不同”的直接理论依据。每一社会主体都有自己的立场、价值与利益,这都是不可轻易放弃的,你想保持你自己的立场,维护自己的价值和利益,那么同样的,你就不应该迫使别人放弃他自己的立场,背离他自己的价值与利益。在承认并尊重社会主体异质性的前提下,就应该尽量地在不同中维护和谐,寻求共同的利益,促进不同价值的理解与不同立场的接近。也就是说,公平原则在理论上要求社会主体之间的相互尊重,而当我们把公平原则的要求理性地落实到实践中时,这种相互尊重不意味着相互隔绝和漠不关心,而是要在存异的基础上加深理解,加强合作,实现全局上的、长远的共同利益。这正是“和而不同”的基本意思。

当然，尽管和谐原则的主要意思可以从公平原则中推出来，但是两者还是存在区别的。第一，公平原则是一种消极的利益与价值调和，主要从反面来说社会主体不应该做什么；和谐原则虽然也从“己所不欲，勿施于人”的理论基础出发，但已经不再局限于消极调和的方式，它主张社会主体在相互尊重的基础上积极地进行沟通与合作。第二，公平原则在进行价值判断之时，往往注重审视单个主体的权利界限，以求达到对某一特定时间和地点之情事的判断的精确性；而和谐原则却主要从全局、从长远出发来审视问题，注重实践中的整体、长期利益，不拘泥于追求个体上的精确公平。第三，公平原则主张居中裁判，这是解决利益与价值冲突的最后保障；而和谐原则则致力于避免走到这一步，它鼓励有关主体的协商和解，强调居中者在进行司法裁判之前要尽量调解，甚至希望建立某种稳定的秩序以根本消弭冲突。正是从这个意义上讲，我们可以认为，和谐虽然主要源自公平，但却又超越了公平。

出现上述差异，主要是由于公平原则是一种价值判断理性，而和谐原则是一种实践理性。判断可以只说“什么不应该做”，实践却不可能仅仅停留在“什么不应该做”上，还必须有积极的行动。

可见，和谐原则是以价值判断理性为基础、旨在把公平原则落实到实践中去的，有着独到特色的一种理性对社会规律的认识。

再次，和谐原则作为自然法基本原则的一种，是有界限的，而不是绝对的。

和谐原则作为实践理性，不能超出应有的界限，也不能违背作为其他自然法基本原则的价值判断理性。

尽管和谐是自然法基本原则之一，但是它也不能突破其他基本原则的限制。比如，一国可以依据“和而不同”的原则，主张“和平共处”，但是这决不能是一种不平等的共处关系，那种一国臣服另一国给予保护的关系是违反平等原则的。在国际法的历史上，曾经有殖民地与宗主国、被保护国与保护国那样的不平等关系，如今也已经被废弃了。再如，一国可以尽最大的努力维护和平，但是如果另一国决意挑起战争，那么根据正义原则，该国也有权采取自卫的行动以保护自己；国际社会应当在平时尽力维护和

平，但是当侵略发生的时候，国际社会就应该采取集体的自卫措施，而不是姑息。最后，尽管一国可以奉行和平、不干涉的外交政策，但如果它是联合国的会员国，并且联合国依据《联合国宪章》采取军事行动，那么依据善意原则，尤其是其下的诚信原则，该国应当协助联合国的行动，以履行其在《联合国宪章》之下承担的条约义务。

总之，和谐是自然法的第五项基本原则，它是指和而不同，天人合一，它是源自中国传统文化的实践理性。和谐包括人与人的和谐与人与自然的和谐两方面，它兼顾了全局与个体、长远与短期；它采取了独特的人与自然关系的视角，沟通了人类社会与自然界的联系。

## 第七章

# 自然国际法基本原则的体系、运作及价值构建

---

至此，我们已经介绍了自然国际法的全部五项基本原则。这五项基本原则不是一盘散沙各自为政，也不是简单重复界限不清，而是相互关联、相互制约，从而构成了一个辩证的自然国际法基本原则体系。这一自然国际法基本原则体系不仅是国际法学理论的根基所在，而且具有重大的实践意义，在笔者看来，自然国际法基本原则体系的实践意义集中体现在其与实在国际法的互动关系、其运作模式以及其与法的基本价值的有机联系上面。

### 第一节 自然国际法基本原则之间的关系

#### 一、基本原则的两个层级

根据这五项原则调整内容与方式的不同，可以将五项原则分为两个层级。第一层级包括正义原则、公平原则和平等原则，它们就是所谓的“价值判断理性”，即偏重于指导价值判断与利益界分的理性。第二层级包括善意原则与和谐原则，它们就是所谓的“实

实践理性”，即偏重于指导实践的理性。可以说，实践理性正是将价值判断理性运用于实践的结果，因此，相对于第二层级的基本原则，第一层级的基本原则是基础。

在逐一介绍五项基本原则的时候，已经指出，正义原则是自然法第一项基本原则，它是一种积极的利益与价值调和；公平原则是从反面推导正义原则而产生的，它是一种消极的利益与价值调和；平等原则是结合正义与公平原则在形式上的要求而产生的。因此，在第一层级的自然法基本原则之内，正义原则是基础、是第一位的，公平原则是第二位的，平等原则是第三位的。

至于第二层级的基本原则，首先，它们都要依据第一层级的基本原则而产生，它们都要符合属于第一层级的全部原则。其次，善意原则主要从正义原则中推演出来；和谐原则主要从公平原则中推演出来。当然，第二层级原则把第一层级原则的种种因素整合以指导实践，就使得其自身具有不同于第一层级原则的特性。至少，在第二层级的原则中不再有积极与消极的调和之分，因为实践毕竟不同于判断，需要运用多种手段来应对复杂的现实。值得一提的是和谐原则，它兼顾了全局与个体、长远与短期，采取了人与自然关系的视角、沟通了人类社会与自然界，这是其他原则所不具备的特点。

## 二、基本原则之间的优先顺序

五项自然法基本原则各有其侧重领域，也各有其独到特色，它们共同作用，既相辅相成又相互制约，涵盖了全部的社会生活领域。

有的时候，对于某种情势，只有一项基本原则在起作用。比如，成员国在联合国的席位分配，就只是一个平等的问题，只要是国家，就拥有一个席位；再如，一般情况下的条约履行，就只是一个善意的问题，诚实地履行条约是唯一的准则。

有的时候，数项原则共同作用于某种情势，但是各原则的侧重并不相同。比如，WTO 召开部长理事会进行新一轮的谈判，那么各国代表都要在推动全球贸易自由化、反对不正当的贸易限制措施的

前提之下,尽量维护本国经济利益,促使本国主张的实现,故而谈判的基本立场就是“各得其所”、“扬善抑恶”;谈判的过程是公平的,大国不能以经济实力压迫小国接受其主张,成员国都有权主张自己的合法权益;谈判的席位分配是平等的,只要是成员国派出的主管部长,就是部长理事会的成员,每个成员国在部长理事会占有一席;谈判条件的提出、协商与履行是善意的,实践证明,只有各国都能够接受的、与人为善的条件,才能上升为正式协议,而协议一旦订立,各国都必须诚实地履行;谈判的结果是和谐的,尽管各国立场存在分歧,但最终大家都需要在保留一定分歧的基础上实现合作,不论谈判中争吵如何激烈,“和而不同”最终都会体现出来。

可见,一般来说,对于不同的情势,需要适用不同的基本原则;当数项基本原则共同作用于某种情势的时候,各原则的侧重会有所不同。但是,在特殊的情况下,这些基本原则不仅共同作用于某种情势,而且在侧重点上发生重合,也就是说,这些基本原则之间发生了冲突。那么,这个时候,应当以何者为优先呢?

其实,只要搞清楚了它们彼此之间的派生关系,这个问题就不难回答。

首先,第一层级原则优先于第二层级原则。因为实践理性来源于价值判断理性。其次,在第一层级之内,正义原则优先于公平原则,公平原则优先于平等原则。因为公平源自正义,平等源自正义与公平之和。再次,因为第二层级的两项原则没有直接的派生关系,故而两者相互之间的优先性取决于其在第一层级原则中的主要来源。由于善意原则的主要来源是正义原则,和谐原则的主要来源是公平原则,而正义原则优于公平原则,因此善意原则优先于和谐原则。

将上述几个结论总结一下,可以发现这样的顺序:

正义>公平>平等>善意>和谐

简而言之就是,在五项原则之中,前一项原则优于后一项原则。

弄清楚这些基本原则在冲突时何者为优先,对于指导实在法冲突的解决是极为重要的。比如,虽然根据平等原则,主权都是平等的,各国在国际上的地位在形式上也是一样的,然而根据作为更优先原则的正义之“各得其所”的要求,大国必须在国际事务中承

担更多的责任。再如,根据善意原则,一国应该信守其缔结的条约,但是如果这一条约是不平等的条约,那么依据更优先的平等原则,该国就不必受到不平等条约的拘束;如果订立条约时所依赖的情势发生根本变迁,那么根据更优先的公平原则,有关国家也可以主张不受条约的拘束,这就是已经转化为实在国际法规则的“情势变更”(rebus sic stantibus)原则。又如,根据和谐原则,一国应该求同存异,尽量减少与他国的冲突,但是如果他国强硬地、蛮横地坚持错误的主张,那么根据更优先的公平原则,该国就应该坚持正确立场并毫不畏惧地与之斗争。还有,根据和谐原则,一国应该尽最大可能保护环境,但是如果就此要求发展中国家停止发展民族工业,则是不正当的,因为根据更优先的正义原则,国家有权利发展民族经济;而根据公平原则,既然发达国家当年靠着工业革命起家,那么发展中国家如今走上工业化道路又有何不可呢?

### 三、基本原则的展开

在阐明了自然法的三层渊源(基本原则、一般原则、具体化的原则),尤其是介绍了自然法的基本原则之后,其实我们已经可以看出自然法是如何展开其体系的了。那就是,自然法从基本原则展开,发展到一般法律原则,再具体化为强行法。

试举几例:第一例,由作为自然国际法基本原则的“平等”原则,可以推出作为一般法律原则的“国家主权”原则,进而可以推出作为强行法的“不得干涉他国内政”原则。第二例,由作为自然国际法基本原则的“和谐”原则,可以推出作为一般法律原则的“可持续发展”原则,进而可以推出作为强行法的“保护环境、禁止恶意地污染或改变环境”原则。第三例,由作为自然国际法基本原则的“善意”原则,可以推出作为一般法律原则的“诚实信用”原则,进而可以推出作为强行法的“约定必须遵守”原则。第四例,由作为自然国际法基本原则的“公平”、“平等”原则的共同作用,可以推出作为一般法律原则的“人类共同继承财产”原则,进而可以推出作为强行法的“国际海底资源属于全人类”原则。第五例,由作为自然国际法基本原则的“公平”、

“和谐”原则的共同作用，可以推出作为一般法律原则的“和平共处”原则，进而可以推出作为强行法的“禁止使用武力或威胁使用武力”原则。

可见，自然法的三层渊源之间是存在逐层派生关系的。第一层级的渊源（基本原则）派生出第二层级的渊源（一般法律原则），第二层级的渊源又派生出第三层级的渊源（强行法）。

根据这种派生关系，强行法以基本原则和一般法律原则为基础，并且不能违背它们；一般法律原则以基本原则为基础，并且不能违背它；当一般法律原则之间或者强行法之间发生冲突的时候，可以分别追溯到其赖以派生的基本原则，通过基本原则的优先顺序决定这些派生层级渊源之间的优先顺序。比如，尽管存在“和平共处”的一般法律原则，但若一国被入侵，则该国依据正义原则有权采取军事行动以自卫。又如，当强行法“约定必须遵守”与强行法“情势根本变迁”冲突之时，由于前者源于善意原则而后者源于公平原则，因而后者优先，也就是说当情势根本变迁之时可以不遵守条约，这一点已经为实在国际法所确认。

总之，五项基本原则可以分为两个层级，第一层级为价值判断理性，包括存在派生关系的正义、公平、平等三原则；第二层级为实践理性，第二层级原则以第一层级原则为基础，其中善意原则主要源自正义原则，和谐原则主要源自公平原则。一般来说，对于不同的情势，需要适用不同的基本原则；当数项基本原则共同作用于某种情势的时候，各原则的侧重会有所不同。当五项原则发生冲突之时，前一项原则优于后一项原则。自然法正是从这五项基本原则展开，发展到一般法律原则，再具体化为强行法的。

## 第二节 自然国际法基本原则与实在国际法的互动关系

自然国际法的渊源是抽象的，而作为自然国际法第一层级渊源的五大基本原则，更是具有高度的概括性，故而不可能直接适用于



国际社会关系。但是，这并不意味着由五大法哲学基本原则构成的自然国际法基本原则体系对于社会关系没有作用，实际上，这一原则体系的运作，对于社会关系的理性规范以及实在国际法的良性发展具有根本性的作用。

从本书的观点出发，笔者认为国际法实际上是两种不同特质的渊源——自然国际法与实在国际法的结合，但是这种结合并不是生硬的。在两者之间，存在着相辅相成的互动关系。也只有在这种互动的关系中，法才能够运作起来。两大范畴之间的互动关系，总体说来就是，自然国际法决定着实在国际法，实在国际法反作用于自然国际法。

### 一、自然国际法基本原则决定实在国际法

自然国际法对实在国际法的决定作用，具体体现在：自然国际法指导和评价实在国际法；自然国际法转化为实在国际法；自然国际法补正实在国际法的缺失；实在国际法最终不能违背自然国际法等方面。相应地，自然国际法基本原则与实在国际法之间，也具有此种关系。

#### （一）自然国际法基本原则指导着实在国际法

尽管实在国际法的发展可以说是一波三折，但是最终是向着自然国际法及其基本原则所指引的方向前进的。比如，最初的实在国际法仅限于欧洲，对于广大亚非国家而言，它是不平等的国际法；如今，在平等原则的指导之下，实在国际法已经实现了形式上的平等，各国无论大小强弱，在主权上一律是平等的。又如，起初的实在国际法根本不涉及环境保护的问题，如今，在和谐原则的作用下，国际环境法已经作为国际法的一个部门发展起来。此外，对实在国际法起着指导作用的其他范畴（比如价值、道德），也终究要符合自然国际法。

上述指导作用的产生，多数是自发的。也就是说，有关社会主体在推动实在法发展的时候，往往并未注意到他们是以自然法为指导。就以上的例子来说，主权平等的确立，实际上是通过风起云涌的反殖民化浪潮实现的；国际环境法的发展，则是由于人们认识到

环境破坏的恶果。然而，这并不妨碍实在法受到自然法的指导。因为，规律的作用的展现是客观必然的，而不以社会主体是否认知规律而转移的。更何况，在多数时候，规律恰恰是在人们不注意的情况下发挥着作用。

显然，认识到自然法，并自觉地运用它来指导实在法的发展，是最有利于国际和国内社会良性发展的进路。本书所倡导的，也正是这种进路。只不过由于人类意识的局限性，这一点往往难以做到，而在对自然法作出否定之否定之后，这一进路的贯彻就更加具有了可能性。

可见，实在国际法的发展，虽然不无曲折，但是终究是越来越适应社会发展规律的，这充分体现了自然国际法及其基本原则的指导作用。

## （二）自然国际法基本原则评价着实在国际法

掌握了关于国际社会发展规律的真理认识，就可以用它来评价作为国家意志合意的实在国际法。

比如，《联合国海洋法公约》所规定的“平行开发制”，使得有条件的国家可以依据其技术能力申请进行海底开发，这符合“各得其所”的要求。国际海底管理局在申请者提交的两块矿区中，指定一块矿区给申请者开发，同时保留另一块矿区，这就意味着申请者必须提交两块同等价值的矿区，符合“己所不欲，勿施于人”的要求。而保留的矿区，或者由管理局企业开发，或者与发展中国家联合开发，实际上是为了保障技术能力弱小的国家在开发海底资源上的平等权利，这是符合平等原则的。因此，经过上述评价可以认定，“平行开发制”这一实在国际法制度是符合自然国际法的，是正确的实在国际法制度。

再如，1933年9月由德国、意大利、英国、法国订立并强迫捷克斯洛伐克接受的《慕尼黑协定》(*Munich Agreement*)，越俎代庖地决定了多项本应由捷克斯洛伐克本国决定的事务（如割让苏台德区、撤军、确定国界等），这显然违反了“各得其所”的要求。把本国事务交由他国决定，是任何国家都难以容忍的，列强的做法违反了“己所不欲，勿施于人”的要求。该协议的媾结过程，将

主要当事国捷克斯洛伐克排除在外，捷克斯洛伐克对涉及本国的国际争端的平等的表达权、参与权被大国强行剥夺。因此，这一协议是违反正义、公平与平等原则的，是错误的、不应被维持的实在国际法制度。

又如，“和平共处五项原则”要求相互尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处。这五项原则不仅整合了平等、善意、和谐原则及其之下的一般原则的要求；并且强调了相互性，符合公平原则。因此，这一实在国际法原则是正确的、应当坚持的实在国际法制度。

可见，只要正确地把握了自然国际法原则，就可以对实在国际法制度作出合理的评价，从而维持正确的实在法，否弃错误的实在法。

### （三）自然国际法基本原则转化为实在国际法

自然法经过代表国家意志的立法机关的立法行为，可以被转化为不同形式的实在法。自然国际法经由国家意志的合意，可以被具体化，从而转化为实在国际法。这也说明，实在法的产生，形式要素是国家的意志及其合意，实质要素则是自然法的具体化。要构成实在法，首先必须满足形式要素，然而只有同时满足了实质要素的实在法，才是正确的法，即良法。相反，仅仅满足形式要素，但是却不满足实质要素的实在法，就是错误的法，即恶法。因此，正确的实在国际法，实际上都是通过自然国际法及其基本原则转化而来的。

比如，“各会员国以和平方法解决其国际争端”这一规定在《联合国宪章》第2条中的实在国际法规范，就是作为自然国际法一般法律原则的“和平”原则转化而来的。早在该原则被具体化为实在国际法之前，康德就在《永久和平论》中阐述了这一原则。多年以后，经由联合国会员国意志的合意，“和平”原则终于被具体化为实在国际法。

再如，《维也纳条约法公约》第62条所规定的“情势变更”，作为一项实在国际法制度，就是由作为一般法律原则的“协议双方在公平的基础上履行协议”具体化而来的。根据该项一般法律

原则,如果发生了缔约当时所未能预见的、动摇履行条约义务基础的情势根本变更,那么就意味着至少有一方不再处于公平的基础之上,这时条约就可以不履行。而这一项一般法律原则,则是公平原则的产物;又由于公平原则在自然法基本原则之间发生冲突的时候高于善意原则,故而“情势变更”可以突破“约定必须遵守”的限制。

又如,整个《国际法院规约》的规定,实际上都是作为自然国际法基本原则的公平原则具体化而来的。公平原则要求居中裁判、平之如水,《国际法院规约》正是围绕着这一主旨,构建了一整套实在的国际争端司法解决制度。

在自然法及其基本原则转化为实在法方面,国内法由于具有中央权威,故而较之国际法更为便利、快捷和有效,成功转化为国内实在法的自然法及其基本原则不胜枚举。就拿善意原则之下的诚信原则来说,目前世界上多数国家的民法,都已经确立了诚信原则的基本原则地位。还有一个更为明显的例子是,世界各国的宪法都依据平等原则,确认了公民所享有的平等的法律权利。

可见,实在国际法是通过国家意志及其合意,把自然国际法具体化而得出来的;相应的,转化为实在国际法并使之直接调整国际社会关系,也是自然国际法作用于社会关系的最重要途径。

#### (四) 自然国际法基本原则补正实在国际法的缺失

自然法补正实在法缺失的情况,在国际法领域比在国内法领域更为常见,也更为必要。因为,在国内法中,通过国家权力的作用,大量自然法被具体化为实在法,建立了一个比较严密的实在法体系。一旦出现实在法制度上的错误,也很容易被评价与更正。相比之下,国际法的情况就复杂得多,没有中央权威,只能依靠合意,一些应该被具体化的实在国际法没有被具体化,一些不正确的实在国际法没有被评价与更正,从而在一定程度上导致了实在国际法的缺失。在这种情况下,自然国际法就更需要承担补正缺失的责任。

正如在前面所指出的,一般法律原则在特定的时候可以被直接适用于某个具体案件,这就是指,当实在国际法上没有相关规定的

时候,在当事国同意的情况下,国际司法机构可以直接根据一般法律原则来判案。并且,可以径行适用于国际关系的强行法的出现,很大程度上也是出于弥补实在国际法缺失的需要。

比如,1912年俄国与土耳其之间的赔偿费迟延利息争端,仲裁庭鉴于可适用于该案的实在国际法的缺乏,适用了数项一般法律原则,包括:债务迟延履行应支付利息、催告的效力、不可抗力、禁止反言等。<sup>①</sup>而仲裁庭之所以能够这样做,根本上还是基于当事国的同意。

此外,在实在国际法没有规定或者规定不明确,抑或其适用会造成明显不正义的结果的时候,国际司法机构还可以依据自然国际法对实在国际法作出相应的解释,以补正实在国际法的缺失。例如,国际法院在1969年“北海大陆架案”<sup>②</sup>中,依据公平原则对关于大陆架的国际习惯法作出了解释,指出在大陆架的划界中,不管采用何种划界方法,都必须作出公平的解决办法,或者产生公平的划界结果和达到公平的目的。

可见,当实在国际法因其缺失而不足以适当调整国际社会关系的时候,自然国际法可以起到弥补实在国际法缺失的作用,这种弥补可以是直接的(如一般法律原则和强行法直接适用于国际关系),也可以是间接的(如自然国际法被用来解释实在国际法)。

#### (五) 实在国际法最终不能违背自然国际法及其基本原则

在实在国际法的历史上,一些违背自然国际法的制度,虽然当时可以被制定出来并得到执行,但是最终都被扫进了历史的垃圾堆中。

比如,奴隶贸易一开始是符合国际习惯法与各国国内法的,到了19世纪,各国纷纷废除了奴隶制度、禁止奴隶贸易,各国相继订立了1815年《关于取缔贩卖黑奴的宣言》、1841年《关于取缔非洲奴隶贸易的条约》、1890年《关于贩卖非洲奴隶问题的总议定

---

<sup>①</sup> See United Nations, *Reports of International Arbitral Award*, Vol. 10, p. 421 et seq.

<sup>②</sup> ICJ Reports, 1969, pp. 3-44.

书》以及1926年《国际禁奴公约》，禁止奴隶贸易的国际习惯法也逐渐形成，这都标志着违背自然法“公平”、“平等”原则的曾经猖獗一时的奴隶制度和奴隶贸易在国内法和国际法上被废弃。

再如，违反“平等”原则的不平等条约制度，也已经作古，盛行于19世纪的不平等条约到了20世纪中叶纷纷被废弃。

又如，早期的航海大国曾经主张对公海可以依据发现而取得主权。1493年葡萄牙与西班牙宣布对其地理新发现中的航线与海洋区域拥有海洋主权，1494年葡西两国甚至还通过《萄地斯拉斯条约》(*the Treaty of Tordesillas*)确认了上述规则。上述利用航海实力与技术私下瓜分公有财产的行为是违背公平与平等原则的。于是，1609年，格老秀斯发表了《海洋自由论》，反对葡萄牙通过先占取得对印度洋的主权，主张公海自由。<sup>①</sup>后来，“公海自由”逐渐发展成为习惯法规则，并被编纂为条约法，体现在《海洋法公约》第86~120条中。

可见，意志最终不能违背规律，实在国际法最终不能违背自然国际法。

## 二、实在国际法反作用于自然国际法基本原则

在由自然国际法与实在国际法构成的国际法矛盾体中，尽管自然国际法是更高的、最终起决定作用的范畴；但是，作为直接调整社会关系的范畴，实在国际法一旦产生，就具有独立的地位，并将对自然国际法产生反作用。这种反作用，对自然国际法极为重要。实在国际法对自然国际法的反作用具体体现在：自然国际法主要通过实在国际法实现；实在国际法的发展程度制约着自然国际法的发现程度；实在国际法的正误影响着自然国际法的实现程度。相应地，实在国际法对自然国际法基本原则，也起着这样的反作用。

---

<sup>①</sup> See Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas or the Rights Which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, Ralph Van Deman Magoffin translated, Oxford University Press, 1916, pp. 20-35.

### （一）自然国际法基本原则主要通过实在国际法实现

这是由两种国际法的范畴所具有的不同特点决定的。尽管自然法也是以社会关系为调整对象的，然而，正如前面所指出的，自然法具有抽象性，仅在少数情况下才会直接适用于社会关系；而在多数情况下，自然法还是通过指导、评价、解释、转化为实在法来间接地调整社会关系。也就是说，自然法对社会关系的调整，主要通过实在法来实现。因为，对社会主体权利义务的明确界定，只有直接依靠具体的规范才能够完成。只有像实在法那样具体的、明确的、可预见的规则，才最适合直接调整社会关系。

应该看到，上述这一点，在国内法上体现得尤为明显。由于在国内法上自然法转化为实在法的渠道比较顺畅，实在法的体系比较完整（宪法、民法、刑法、行政法、诉讼法等基本法律制度一应俱全，还配有各种特别法律制度、专门规范或者法律解释等），故而实在法已经基本足够调整有关的社会关系了。这样一来，自然法就“退居二线”，基本不再直接调整国内社会关系，而仅起着间接的指引、评价、转化作用，自然法及其基本原则要在社会关系中得到实现，几乎完全依靠实在法。

但是，在国际法上情况有所不同。一般来讲，自然国际法主要通过实在国际法来实现调整国际社会关系的目的。比如，公平原则所要求的居中裁判，只有依靠以《国际法院规约》为核心、包括《联合国海洋法公约》中的争端解决部分、WTO《关于争端解决规则和程序的谅解》等争端解决制度的实在国际法制度才能实现；再如，平等原则的平等要求，只有通过《联合国宪章》对平等原则的规定、《维也纳外交和领事关系公约》对国家驻外代表所享有的象征性平等权的规定、以及《维也纳条约法公约》对国家在缔结、履行条约中的平等权利的规定等实在国际法制度才能实现；又如，和谐原则对环境保护的要求，只有通过国际环境法这一实在国际法制度才能实现……但需要指出的是，由于实在国际法难以形成较为完整的体系（国际条约的数量难以满足要求，国际习惯的数量有限、证明困难且适用起来极不方便，即便在有条约的部门国际法中，有关条约的内容也往往难以详尽到足以调整有关国际关系的地步），难以



应付调整国际社会关系的需要，故而自然国际法主要通过实在国际法实现，但是在必要的时候也可以直接调整国际社会关系。

可见，自然国际法离不开实在国际法，自然国际法主要通过实在国际法来实现。

## （二）实在国际法的发展程度制约着自然国际法基本原则的发现程度

自然法是发现性规则，其发现是一个复杂的、受很多因素制约的过程。但毫无疑问，其中一个重要因素就是实在法的发展程度。正是由于实在法是自然法的具体化，与自然法之间存在紧密的联系，因而两者在发展程度上必定有着某种程度的相互制约。

尽管到目前为止，两者似乎还从来没有完全吻合过，而是保持了一定的距离：有时是自然法发展超前，实在法跟不上其要求；有时则是实在法先制定出来了，而自然法尚未被发现。比如，康德提出“永久和平论”的时候，他已经发现并系统论述了“和平原则”，而当时的实在国际法并未作出相应发展。再如，国际环境法如今已经成为实在国际法的一个部门，但是国际社会对构成这一部门法基础的“和谐”原则却仍然没有什么认识。

然而，由于普遍联系的规律的作用，在两者的发展程度之间始终存在着某种向心力，这就使得两者的发展程度总是处于大致上的亦步亦趋的局面。也就是说，实在法的发展程度低，自然法的发现程度也高不到哪里去；实在法的发展程度高，自然法的发现程度也水涨船高。

一个明显的例子是，在世界各国立法确立公民的平等权利之前，人类社会对于平等原则的理解是非常肤浅和粗糙的，当时的学者若能够比较系统而明确地提出平等原则，就已经是非常了不起的成就；而在如今，随着各国宪法纷纷确立公民的平等权利，《联合国宪章》庄严宣告国家主权的平等，人类社会对于平等原则的理解已经非常深入了，即使是一个普通的公民，也知道平等的基本意义。

类似的情形在国际法上也同样存在。在实在国际法不发达的17世纪，自然国际法的发现程度虽然高于实在国际法，但是其本身也处于初级的阶段。格老秀斯之所以被称为“国际法之父”、



“自然法之父”，就是由于他做了一些奠基的事情，而这也暗示着当时的实在国际法与自然国际法都处于较为初始的发展阶段。相比之下，进入全球化的 21 世纪，实在国际法已经相当繁盛了，这为自然国际法的进一步发现与厘清提供了有利的条件。也只有在这个实在国际法的发展欣欣向荣的背景下，自然国际法的发现才有可能在质的方面上一个台阶。而本书对自然国际法所作出的论述，如果算得上对自然国际法的进一步发现的话，那也是从飞速发展的实在国际法中吸取灵感、归纳素材的结果。

可见，自然国际法的发现程度是受着实在国际法发展程度的制约的。

### （三）实在国际法的正误影响着自然国际法基本原则的实现程度

虽然从长远来看，社会规律终究不能违反，自然法终究要实现，然而在特定的历史时期和历史条件下，自然法的实现程度，取决于实在法的正确程度。正确的实在法有利于自然法的实现，错误的实在法不利于自然法的实现。

在国际法上，如果实在国际法是符合自然国际法的，那么实在国际法的适用就会促进自然国际法的实现，从而导致合乎社会发展规律的结果。比如，国际环境法的产生与发展是符合自然国际法的，最近，《京都议定书》的生效与适用，将有利于进一步控制二氧化碳等温室气体排放、阻止全球变暖，这必将促进和谐原则的实现。相反，如果实在国际法是不符合自然国际法的，那么这种实在国际法的适用，就会阻碍自然国际法的实现，导致违反社会发展规律的结果。比如，前面提到过的《慕尼黑协定》，不符合正义、公平与平等原则，其适用导致了法西斯德国的侵略行为变本加厉，在当时极大地阻碍了上述自然法原则的实现。还有前面提到过的《葡地斯拉斯条约》，不符合公平与平等原则，其适用妨碍了其他国家的航海自由与贸易自由，在当时成为公平与平等原则实现的障碍。

可见，实在法的正确与否，将直接给自然法的实现程度造成影响。

总而言之，自然法对实在法起着决定作用，这种决定作用的存

在，归根结底，是由于实在法最终要符合社会发展规律。实在法对自然法存在着反作用，这种反作用的存在，是由于自然法主要通过实在法来实现。相应地，自然法的基本原则也决定着实在法，实在法也对自然法的基本原则起着反作用。五大法哲学基本原则并非孤立的，而是与实在法存在着互动关系的。

第三节 自然国际法基本原则的运作

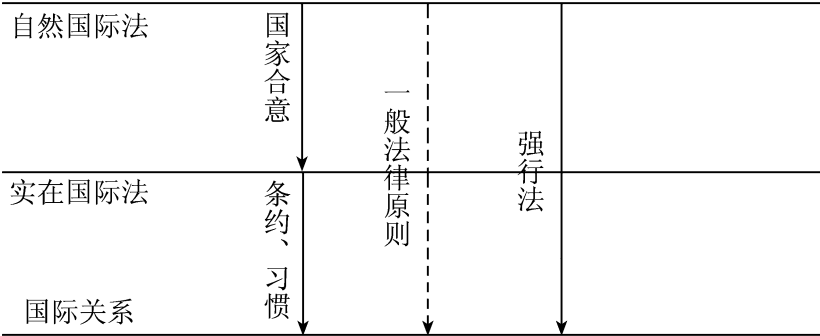
法的运作模式，是指法如何作用于社会关系，实际上也就是指自然法与实在法如何在互动中发挥其调整社会关系的作用。

自然法基本原则对社会关系的调整，需要通过国际法与国内法两种不同的运作模式来实现。

需要注意的是，基于基本特征的不同，国际法与国内法的运作模式是有着很大不同的。这根本上因为，国际法上没有中央权威，故而其运作依赖于国家之间的合意，并需要采取灵活多样的运作模式以保证有关国际关系得到调整；而国内法上存在中央权威，其运作依赖于单个国家的意志，并且只需要直接采取一种简单而固定的运作模式就足以使有关社会得到较为充分的调整。

由于国际法的运作模式较之国内法的运作模式更为复杂，故而在此以国际法的运作模式为主展开论述。

国际法的运作模式如下：

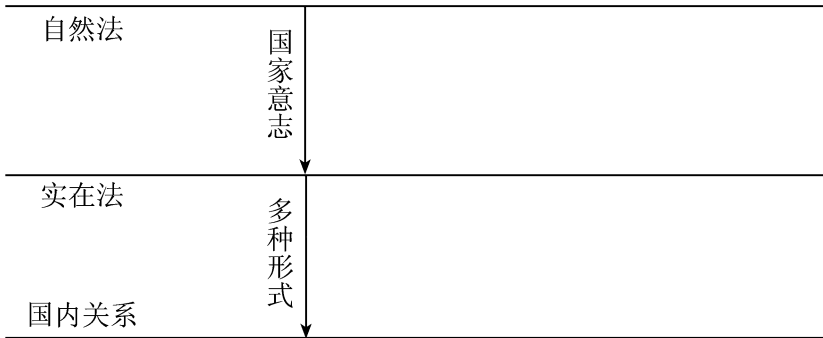


以上图例展示了国际法是如何作用于国际关系的。下面予以讲解：

一、主轴

多数情况下，自然国际法通过国家意志的合意，转化为实在国际法，再通过国际条约与国际习惯的形式，由实在国际法来直接调整国际关系。这就是国际法运作模式的主轴。

相比之下，如果我们考察一下国内法的运作模式（如下图），就可以发现，它的主轴不是由国家合意所形成的，而是经由单一国家意志形成的。



如上图，在国内法的运作过程中，自然法通过国家权力保障之下的国家意志转化为实在法，再通过法律、法规、规章、判例、惯例、司法解释等多种形式，由实在法直接调整国内关系，这是国内法运作模式的主轴。

国际法的运作主轴由多个国家意志的合意形成，而国内法的运作主轴则由单一国家的意志形成，这就意味着前者缺乏中央权威，而后者则具有中央权威——实际上，中央权威的缺乏，正是国际法与生俱来的、始终都要面对的现实与挑战。于是，在国内法领域，自然法可以较为顺畅、便利地转化为实在法；经由自然法转化过来的实在法内容非常丰富、形式极为多样，足以调整国内关系；自然法只需要通过指导、评价、解释实在法，对国内关系发挥间接的调整作用就可以了。

相比之下,由于国际社会中央权威的缺乏,自然国际法有时不能顺畅、便利地转化为实在国际法;实在国际法的形式有限、涵盖范围不够广泛。这就意味着,实在国际法相对于实在国内法,存在体系上的缺失与漏洞,仅靠国际法运作模式主轴所表示的自然国际法对实在国际法的转化,不足以调整国际关系。这就使得自然国际法不仅要发挥指导、评价、解释实在国际法的间接作用,而且其中不那么抽象的第二、三层级的渊源(即一般法律原则和强行法)还要在一定条件下直接调整国际关系,从而构成了国际法运作模式的第二、三条轴。当然,无论如何,最为抽象的自然国际法第一层级渊源——自然国际法基本原则是不对国际关系具有直接适用性的,其只能通过主轴,被转化为实在国际法之后,调整有关的国际关系。

正是主轴构成因素的不同,决定了国际法与国内法作用模式的不同,并使得国际法的作用模式呈现更为复杂的状态。在国际法的运作模式中,尽管多数情况下自然国际法还是通过国家意志的合意,转化为实在国际法,再通过国际条约与国际习惯的形式,由实在国际法来直接调整国际关系的;然而,在特定情况下,部分自然国际法对实在国际法的直接补正作用却异常凸显。国际法的运作模式还包括另外两条轴,这与国内法那种只通过主轴的运作模式具有显著区别。

由此可知,自然法基本原则无论在国内法上还是国际法上都是借由国家意志或其合意的作用,在转化为实在法之后被用来调整有关社会关系的,但在国际法上,这些基本原则所派生的第二、三层级的渊源,还有其他的运作途径。

## 二、其他轴

### (一) 第二条轴

作为自然法第二层级的渊源,一般法律原则可以在特定的案件或情势中被暂时地直接适用于国际关系。<sup>①</sup> 这就是国际法运作模式

---

<sup>①</sup> 参见罗国强:《一般法律原则的困境与出路》,载《法学评论》2010年第2期,第77~83页。

的第二条轴。

第二条轴具体包括以下两种情况：

第一，当事国的同意。

正如在前面所指出的，在特定的案件中，如果当事国同意，那么国际司法机构可以直接适用一般法律原则判案。《国际法院规约》第38条第2款的规定就体现了这一点。

形式上，这种直接适用仍然需要当事国的同意，因而似乎可以归入主轴“国家合意”的范围，然而进一步的分析显示，此时被直接适用的一般法律原则并未被转化为实在国际法。这些一般法律原则没有被具体化，仍然保持了抽象的形态，这意味着当事国只有选择是否直接适用之的权利，而没有决定其内容的权利。显然，这与社会主体通过“当事人意思自治”，以合意的方式决定（制定或采纳）一些作为准据法的规则是根本不同的。

假设某一国际争端的当事国真的依据《国际法院规约》第38条第2款，同意国际法院直接适用“公允及善良”原则判案，他们也只是在无实在法可适用的情况之下作出了一种权宜的选择——适用抽象法。他们不能决定什么是“公允及善良”，甚至不能明了“公允及善良”的具体意思。而“公允及善良”作为一部分一般法律原则的组合，丝毫没有因为当事国同意其直接适用而转变形态，它仍然是自然国际法。相应地，这种直接适用是暂时的、权宜的、小范围的，依据《国际法院规约》第59条，它仅对当事国及案件本身有拘束力。

由此可见，在当事国同意的特定案件中，一般法律原则可以暂时地直接作为判案依据；而在这种少数的情况之外，一般法律原则作为自然国际法第二层级的渊源，仍然对国际关系发挥着间接的调整作用。

然而，迄今为止，除了某些国际仲裁直接适用了一般法律原则以外，还没有国家在国际法院适用过《国际法院规约》第38条第2款，更不用说在国际法院同意直接适用除“公允及善良”以外的其他一般法律原则了。出现这种情况，应该说与一般法律原则在《国际法院规约》中地位的含混与尴尬有直接关系。尽管补正作用

原本就属于少数情况，但就实在国际法的固有缺陷与发展现状而言，有的时候确实有这个需要。因此，我们应该阐明一般法律原则的性质与作用，为其充分发挥对实在国际法的补缺作用扫除障碍。

第二，单方法律行为。

另一种可以直接适用一般法律原则的特定案件或情势是单方法律行为。

通常，单方法律行为是依据实在国际法作出的，比如批准或加入条约、通知退出或终止条约、提出保留、召回大使、宣布专属经济区等单方行为，其效力都是来自国际条约或国际习惯。那么，当实在国际法存在缺失的时候，是否可以继续作出单方法律行为？显然，答案是肯定的。但是，这时单方行为的效力来自何种规范？或言之，应以什么来判断某项单方行为是否合法？答案只能是一般法律原则。

李浩培先生曾经指出，许诺、承认、抗议、放弃、通知等独立的单边法律行为，其效力依据主要是保护一方对他方意思表示的信赖的一般法律原则（或称之为善意原则）。<sup>①</sup>这一主张是很有见地的，但也存在问题：一是将善意原则视为一般法律原则，这很可能是将善意与诚信原则混用的结果（很多学者，包括国际法院都没有注意区分两者）；二是仅指出了单方法律行为的形式效力依据——当事国为什么要践履自己作出的单方行为，而更为重要的实质效力依据——当事国作出的单方行为是否合法——则没有界定。显然，单方行为本身必须首先合法，其次才是必须被遵守，这样才是具备实质与形式效力依据的单方行为，才可以被称为单方“法律”行为。

例如，就2009年初轰动一时的圆明园鼠首兔首拍卖案中，由于现有国际条约难以为追索150多年前流失的文物提供法律依据，以国际习惯为依据来追索海外流失文物几无成功的可能，通过跨国民事诉讼的途径来追索海外流失文物面临太多法律上的坚固障碍，

---

<sup>①</sup> 参见李浩培：《国际法的概念与渊源》，贵州人民出版社1994年版，第117页。

不仅很难达到预期效果且负面影响很大,故而除了争取与有关国家缔结双边特别协定之外,依据一般法律原则来解决海外流失文物追索问题就成为另一种可行的途径。这样做的话就有两种方案可供选择:一是中国与有关国家达成协议,授权有关国际司法机构直接适用一般法律原则来解决纠纷,在国际法院可授权法院依“公允及善良”原则判案,但最好是达成国际仲裁协议并放弃援引部分构成案件解决法律障碍的一般法律原则;二是中国与有关国家在达成一定默契的情况下相互依据有关的一般法律原则做出单方法律行为,有关国家可以依据“返还非法占有物”的一般法律原则,做出单方法律行为,单方面将海外流失文物收复并还给中国;而中国在收回本国流失文物的时候,也可以依据“公平合理的补偿”的一般法律原则,作出单方法律行为,对海外流失文物的善意占有人以及有关国家作出补偿。<sup>①</sup>

#### 1. 单方法律行为的形式效力问题。

应该说,所有单方行为的形式效力问题都可以归于作为自然国际法基本原则的善意原则。尽管不存在协议,但是当一国以单方面的方式切实表明其将恪守某项立场或遵守某项义务,且国际社会对此有理由产生合理预期的时候,那么依据“与人为善”的要求,该国应当恪守该项立场或遵守该项义务,从而满足国际社会的合理预期。

不过在这一问题上,更为具体的国际习惯法已经产生。正如国际法院在“核试验案”中指出,以单边行为的方式作出且涉及法律或事实情况的一些宣言可以产生法律义务的效果,这是大家承认的。当作出宣言的国家有意按照宣言的字句受其拘束时,这种意思就赋予其所采取的立场以法律义务的性质,该国从此以后就在法律上必须以其宣言作为行动准则。并不是所有的单边行为都引起义务,但是一个国家可以决定对某一问题采取某一立场而有受其拘束的意思。相互信赖是国际合作的一个必须具有的条件,由于单边宣

---

<sup>①</sup> 参见罗国强:《中国追索海外流失文物的国际法困境与出路》,载《法商研究》2009年第3期,第25~26页。



言所承担的义务的拘束性建立在善意的基础上，所以具有利害关系的国家可以重视单边宣言并予以信赖，它们有理由要求这样产生的义务得到遵守。<sup>①</sup>显然，国际法院的论述是对既有国际习惯法的阐述，它表明，存在着规定各国义务遵守自己所做单方法律行为的国际习惯。

由此，各国义务维持自己的单方法律行为所宣告的立场，但此种义务是极不稳定且毫无保障的，因为上述论断进一步的必然推论是，各国也可以作出新的单方法律行为以宣告自己改变原来的立场、免除之前的义务。比如，一国可以宣布承认某一新国家，由此该国就有义务尊重被承认国的主权；该国有义务维持这种状况，但是该国也可以在后来又宣布不承认该“新国家”并与之断交，从而免除尊重该“新国家”主权的义务。这就意味着，对于同一事项，各国只要遵守其最新的单方法律行为所表明立场，就是符合了国际习惯法。那么，这是否又意味着各国可以随意作出单方法律行为并任意转变立场呢？答案是否定的。因为，这些单方行为除了在形式上必须被遵守外，在实质上还必须本身是合法的。

可见，单方法律行为的形式效力，是有实在国际法保障的。现在的问题在于，如何判断某项单方行为本身是否合法？因为，只有合法的单方行为，才能得到国际法的承认与尊重。

## 2. 单方法律行为的实质效力问题。

对这一实质问题的判断，有时需要依据有关的一般法律原则的内容来进行。

对于某项单方行为的内容是否具有合法性这一问题，国际条约与国际习惯的规定很少，即便有，也只是就一些重点行为（比如侵略行为、干涉行为、承认行为）作了部分的规定。而事实上，国际社会主体可以就各种主题作出各种形式的单方行为，实在国际法不能、也不可能一一规范。因此，在缺乏实在国际法规范的情况下，一般法律原则就承担起了补充的责任。即，当一国作出某项单方行为时，如果该行为是符合某项一般法律原则的，那么该行为就

---

<sup>①</sup> See ICJ Reports, 1974, pp. 267-268.



可以创设国际法上的相应权利与义务，从而成为单方“法律”行为。相反，如果某项单方行为是违反某项一般法律原则的，那么该行为就不能得到国际法的承认与尊重，成为单方“违法”行为而非单方“法律”行为。此外，如果某项单方行为符合彼项一般法律原则而违反此项一般法律原则，那么其合法与否取决于两项一般法律原则的优先顺序（关于一般法律原则之间的优先顺序的决定，参见第三章第六节）。

由此，一般法律原则通过判断某一国际社会主体的特定单方行为是合法还是违法，直接调整了国际关系。在这一特定的情势（特定时间特定地点特定国家的特定单方行为）之中，特定的一般法律原则被暂时地直接适用于国际关系，它告诉国际社会，某项特定的单方行为是否应该产生行为主体所预想的国际权利与义务。也就是说，依据有关的一般法律原则，某些单方行为是合法的，某些则是不合法的。

当然，对于那些已经作出合法的单方法律行为的国家，它们保留了决定是否维持其单方面宣告之立场的权利，它们可以通过新的单方法律行为否定那些暂时性的国际权利与义务。因为，根据“各得其所”的原则，只要不违法，一国就有权自由地决定自己的政策，并且这也是符合关于单方法律行为形式效力的国际习惯法的。但是，如果一开始作出的单方行为是合法的，后来作出的单方行为却是非法的，那么后一项行为的法律效力就不能得到确认。比如，一当事国起初表示要将海洋划界争议提交到国际司法机构，这是合法可行的；后来却私自在有争议的区域勘探与开采，这就是非法的，不能产生所谓的“先占”效果。

其实，如果我们追本溯源，假设实在国际法尚未产生，那么各国创立国际习惯这一最古老的实在国际法渊源的行为，就必定是单方行为或单方行为的集合。因为，有了单方法律行为之后，才可能逐渐形成法律确信、形成默示的国家合意。就拿关于大陆架的国际习惯法来说，起初并不存在这样的实在国际法制度，到了1945年，美国率先发表了《大陆架公告》，宣布“处于公海之下，但毗连美国海岸的大陆架的地图和海床的自然资源属于美国，受美国的管辖

和控制”，这一单方行为构成了大陆架制度的发端。该行为符合“国家有权控制其领土的自然延伸”的一般法律原则（该项一般法律原则可以从正义与平等原则中推出），很多国家纷纷发表类似的声明，国际法学界对此也表示赞同，由此满足了形成国际习惯法所需要的惯常行为与法律确信。这样一来，大陆架的存在就成为一项国际习惯法，并在后来被编纂为条约法。与之相类似，作为国际习惯法的专属经济区制度，也是肇始于单方法律行为的。可见，在尚不存在有关实在国际法规则的时候，通过单方法律行为直接适用一般法律原则乃是国际习惯法产生的必经途径。

### 3. 实例分析。

“核试验案”是国家通过单方行为直接适用一般法律原则的典型例子。

1966年至1972年间，法国在南太平洋的法国领土波利尼西亚进行了一系列大气层核试验，并于1973年声明计划继续进行空中核试验。澳大利亚与新西兰认为，法国的核试验导致了放射性物质在其领土的沉降，侵犯了两国的权利，不符合国际法。因而两国在国际法院对法国提起诉讼，要求判令法国不得继续进行此种核试验。法国虽然反对国际法院的管辖权并始终未出庭，但从1974年6月起至10月止，法国政府6次公开表示不再进行大气层核试验。法院因此认为，法国已经承诺了不再进行大气层核试验的义务，澳大利亚与新西兰所主张的目的已经达到，争端已不复存在，无须再作出裁定。

可以看到，在案件发生之时，确实没有可以适用的实在国际法：法国不是1963年《部分禁止核试验条约》的缔约国，不受该条约的约束；而在习惯国际法上，还没有形成禁止核试验的规范。

如果案件真的继续进行下去，那么国际法院将面临两难境地：一方面，实在国际法无法为禁止法国的核试验提供支持；另一方面，核试验确实给地球环境带来了极大危害，理性必然要求尽量限制核试验。法院唯一的出路似乎是适用一般法律原则，然而正如在前面讲过的，《国际法院规约》将一般法律原则实在主义化的措施是失败的。

法国通过自己的单方承诺，直接适用了源自和谐原则的“保护环境”一般法律原则，承担了对国际社会的相应义务，而法院也认可了这种单方法律行为的有效性。案件总算得以圆满解决。

不过，本案中国际法院仅仅论证了法国是否可以通过其单方法律行为给自己创设国际义务，而没有论证法国的这一单方行为本身是否合法有效，显然是忽略了单方法律行为的实质效力问题。试想，如果法国所单方面宣告的不是停止核试验而是继续核试验，那么国际法院的上述分析就没有用了。当然，法院回避这一问题，也是出于《国际法院规约》对自然国际法体系的回避以及对一般法律原则的理解偏差。

在此之后，与该案有关的国际法制度的进展情况是：区域性的国际条约——1985年《南太平洋无核区条约》(*South Pacific Nuclear-Free Zone Treaty*, SPNFZ)<sup>①</sup>已经生效，不过该条约是由南太平洋国家缔结的，而其中真正关键的、开放给五个核大国签署的附加议定书直到1996年以前只有中国与苏联签署；普遍性的国际条约——1996年《全面禁止核试验条约》尚未生效，而且从美国对该条约的反对态度来看，其生效短期内似乎不可能；禁止核试验的国际习惯法没有形成。这就意味着很大程度上禁止核试验仍然依靠国家的单方法律行为，而单方法律行为对一般法律原则直接适用的暂时性，也导致该案难以真正地尘埃落定。

---

<sup>①</sup> 《南太平洋无核区条约》于1985年8月6日在库克群岛拉罗汤加举行的第十六届南太平洋论坛会议上通过，故也称《拉罗汤加条约》，1986年12月11日正式生效。条约确定的无核区范围是：北起瑙鲁、基里巴斯专属经济区，南与南极条约区相接，东至拉美无核区，西抵澳大利亚西海岸，包括澳属印度洋岛屿。条约共16条，主要规定缔约国承担以下义务：不研制、不生产、不拥有、不寻求、不接受任何核爆炸装置；不在领土放置任何装置；不在本地区海域倾倒放射性废料和物质，并防止任何国家到该地倾倒。条约附有3个附加议定书，向中、法、英、苏、美5个核国家开放签署。第1号议定书要求在该地区有殖民地区或属地的美国、英国和法国承担义务，在其所属领地内恪守条约的规定；第2号议定书要求中国、法国、英国、苏联和美国这5个核国家不破坏条约，不对该地区使用或威胁使用核武器；第3号议定书要求5个核国家不在该地区进行核试验。

1995年,法国宣布恢复在南太平洋的核试验,新西兰为此要求国际法院重新受理1973年的诉讼,但该请求被法院驳回。国际法院的理由是:1973年澳新提出的诉讼中,两国只反对法国进行地上核试验,如今法国进行的是地下核试验,无损于当年判决的基础。

国际法院以形式上的理由拒绝重新受理案件,也是实属无奈。因为,即便是从当年澳新两国保护环境的本意出发而重新受理案件,最后也难以得到满意的结果:一方面,法国当时的单方面承诺只是说停止大气层核试验,没有为自己创设停止地下核试验的义务;另一方面,即使法国当时概括性地承诺停止一切核试验,或者把法国当时的承诺解释为停止一切污染环境的核试验,那也是缺乏实在国际法保障的、不确定的、暂时性的国际义务,法国完全可以再次通过单方宣告,撤销此前为自己创设的国际义务,而法国也确实这样做了。

不过,1996年1月,法国再次宣布停止核试验,并关闭了其在太平洋上的核试验中心;1996年3月25日,美英法三国签署了《南太平洋无核区条约》附加议定书。这就意味着,法国不仅又一次通过单方法律行为创设了停止核试验的国际义务,更为重要的是,这一义务已经在国际条约上明确下来,在条约可以适用的范围之内(就目前而言有关条约法仅覆盖几大无核区,如果今后《全面禁止核试验条约》生效则是覆盖全球),就不再需要暂时地直接适用一般法律原则来调整国际关系了,如果有关国家再次起诉,国际法院也就不再面临无实在法可依的境地了。

综上,一国可以通过单方法律行为直接将一般法律原则适用于国际关系,从而为自己创设国际权利与义务。但是这种直接适用是暂时的,是可以被新的单方法律行为改变的。

总而言之,一般法律原则可以在特定的案件或情势中被暂时地直接适用于国际关系。由于这种直接适用是暂时性的,其创设的国际权利与义务是权宜的、不稳定的,故而本书在国际法的运作模式图例上用虚线表示这第二条轴。

## （二）第三条轴

作为自然法第三层级的渊源，强行法可以直接适用于国际关系，这就是国际法运作模式的第三条轴。

一般法律原则对国际关系的直接适用毕竟是暂时的、不稳定的，且一般法律原则仍然比较抽象，更适合对国际关系发挥间接的调整作用。而强行法则不同，它是具体化的自然国际法原则，其确定性、可预见性接近于实在法的程度。如果说在自然国际法领域内，必须要拿出直接适用于国际关系的渊源以补正实在国际法的缺失的话，那么这个责任必定要由强行法来承担。

在国内法的运作模式中，强行法作为第三层级的自然法渊源，已经被转化为实在法中的强制性规范，从而不再需要直接调整国内关系。但在国际法的运作模式中，强行法的直接适用仍然是不可或缺的重要环节。从图例中可以看出，强行法一旦得到确认，就无须经由国家意志的合意，而直接调整国际关系，形成国际权利与义务。这种权利义务是明确的、稳定的，与实在国际法作用的结果没有两样，故而在图例上用实线表示这第三条轴。

需要指出的是，很多强行法已经被转化为实在国际法，因而这部分强行法既可以通过主轴、也可以通过第三条轴来直接调整国际关系。这两种方法各有千秋，各有不同的用处。通过转化之后的实在国际法调整国际关系，尽管简单快捷、不存在很大的认定问题，但会掩盖自然国际法相对于实在国际法的优越性；而通过强行法自己调整国际关系，尽管还是要同抽象逻辑打交道，且须面对认定强行法的难题，但在法律效果上具有更高的层次，在实在国际法缺位或调整不力的时候可以发挥特殊的作用。

比如，在《联合国宪章》中，“禁止使用武力或威胁使用武力”已经是明确的规定，因而很多时候我们都可以说，依据《联合国宪章》，一国不得侵略他国；但是，如果某国为了实行侵略，退出联合国，并威逼利诱其他国家同意其侵略行为，那么此时我们就要说，“禁止使用武力或威胁使用武力”不仅是实在法，而且是强行法，是国家意志所不能违背的。

又如,即使有的无核国家为了进行核试验,退出关于禁止核试验的国际条约,对正在形成中的禁止核试验的国际习惯提出持续的反对,并借助地缘政治的因素使得安理会无法通过制裁决议,但该国仍然不能免除不进行核试验的国际法义务,因为“禁止核扩散、限制核试验”是强行法。<sup>①</sup>

可见,就自然法的基本原则的运作而言,在国内法上,其通过国家意志的作用,转化为实在法而发挥作用;在国际法上,其主要通过国家意志的合意,转化为实在国际法而发挥作用,同时也可以通过其所衍生的第二层级与第三层级渊源在特定条件下直接作用于国际关系而发挥作用。

## 第四节 自然国际法基本原则与国际法的基本价值

在梳理清楚自然国际法的基本原则体系之后,有必要提出对国际社会的法律实践至关重要的一点,就是这五大自然国际法基本原则应当被建构为实在国际法的基本价值,已经被构建的实在国际法基本价值应当得到进一步的完善以更加符合这五大自然国际法基本原则。

### 一、法的价值之辨析

#### (一) 法的价值之界定

值得注意的是,“价值”本身就是一个多义词,它既可以指“作用”、“意义”,也可以指政治经济学上的某种客体与主体之间的特定关系(如“商品价值”)。然而,如今通常所说的“法的价值”,并非套用前面词义的结果,而是仅指某种对法的信念或倾向。这些不同的词义是可以并行不悖的。从这个意义上说,就没有必要咬文嚼字地区分“法律价值”与“法律的价值”;也没有必要把法的价值与法的作用等同起来;更没有必要把法的价值界定为类

---

<sup>①</sup> 参见罗国强:《实在国际法的危机与强行法的作用——从朝鲜进行核试验说起》,载《法学》2007年第2期,第43~52页。



似于商品价值的满足社会主体需要的、“主观与客观有机统一”属性。<sup>①</sup>正如葛洪义先生所断言的，价值判断是指关于法律及法应该是什么的判断及内心确信，其内容就是人的精神取向。<sup>②</sup>

价值都是主观的，是一种带有倾向的抽象社会意识。艾耶尔（Ayer）指出，价值判断只是既不真又不假的情感的表达。这些都是关于价值的主观性的明确论述。<sup>③</sup>有意思的是，霍恩一方面认为价值是“客观存在的”，另一方面又承认价值是在政治论战中拟定的，<sup>④</sup>对这种似乎自相矛盾的说法的理解，恐怕只能是：所谓“客观存在”非指价值的性质（客观性），而仅指价值的状态（被制定出来并存在着）。在我看来，主观性并不等于任意性与非理智性，我们需要努力使主观的价值符合客观的社会规律，只有符合自然法的那些价值才是正确的意识，才能准确指导社会实践。当然，这并不排除人们在符合自然法的范围内作出独特价值选择的能动性。而且，并非所有的主观意见都是价值，只有抽象过的主观倾向或信念才能够上升到价值的高度。

相比之下，自然法虽然也是一种抽象社会意识，但是它要尽量客观地反映社会规律，它是一种真理性的认识，因而自然法本身是避免带有倾向的、是价值中立的。与自然法类似，法的价值也对实在法起着指导、评价、转化的作用，所不同的是价值本身不涉及合规律性的问题，而仅涉及主观信念与倾向的问题。主观意识与社会规律之间的关系是微妙的，意识符合规律就会促进社会发展，反之则阻碍社会发展。因此，如何使主观的价值符合中

---

① 关于对法的价值的一些界定与论述，可参见严存生：《法律的价值》，陕西人民出版社1991年版，第33页；谢晖：《法律信仰的理念与基础》，山东人民出版社1997年版，第146~163页。

② 参见葛洪义：《探索与对话：法理学导论》，山东人民出版社2000年版，第46~49页。

③ 参见〔英〕艾耶尔：《语言、真理与逻辑》，尹大贻译，上海译文出版社1981年版，第116页。

④ See Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, C. F. Müller Verlag, 2004, Rn 404.

立的自然法、从而符合客观的规律，乃是一个恒久常新的法哲学问题。

因此，我们这里所讨论的法的价值，即实在法的价值，是指社会主体加诸实在法的某种具有抽象性的主观信念或倾向。如果仅从实在法的语境中来看，那么价值的确是法最抽象、最基本的范畴，当代很多学者都推崇“法的价值”，应该是出于这个原因。然而，在（否定之否定之后的）自然法与实在法相结合的语境中，在价值之上还存在更高的、其必须遵循的范畴，那就是自然法，尤其是自然法的基本原则。

## （二）价值的重要性

价值对自然法的从属性丝毫不能掩盖其在实在法上的重要性。

首先，价值是人所周知的实在法的直接指导因素。

尽管价值最终必须符合自然法，但对于多数的社会主体而言，他们只需要或者只愿意关注价值，而往往不考虑实在法背后社会规律的作用。正如葛洪义先生指出的，法律需要符合客观法则和规律，只有如此，才能从根本上有利于生产力的进步和社会的全面发展；但是，法律也需要符合现实的人的感情、情绪、偏好和热情。<sup>①</sup>

在国际社会上，各国就某一项价值达成共识，乃是制定国际条约、确立国际习惯或者设立国际组织的先兆。联合国之所以能够成立，最直接的原因就在于经历了两次世界大战苦难的世界各国均认可源自和谐原则的和平解决国际争端、禁止使用武力作为推行外交政策的手段等价值。

可见，价值直接指导着实在法的制定与发展，价值对实在法的发展具有立竿见影的作用，享有立法权的社会主体或其集合有什么样的价值，就会产生什么样的实在法。

其次，独立的价值建构对于实在法的独立地位至关重要。

有否独立的价值，乃是实在法是否具有独立地位的标志。

---

<sup>①</sup> 参见葛洪义：《探索与对话：法理学导论》，山东人民出版社2000年版，第49页。



图普曾经以国际法为例论证说，价值的作用不仅仅局限于制定法律的过程中，价值帮助塑造制度，制度影响国际主体的自我认同，而自我认同反过来又修改着价值；价值是法的进路中所固有的，是必须为国际法律人士所坚持的。<sup>①</sup> 从中我们可以看出，有什么样的价值就会有什么样的制度，没有独立的价值就不会有独立的法律制度。今天，任何一个法律部门，都具备法所应有的，不同于道德、政策等其他范畴的独立的基本价值（当然，这并不排除在具有相同的基本价值的前提之下，各法律部门还具有不同的具体价值）。这种独立的法的基本价值，正是由自然法的基本原则转化而来的。

在国内法的各部门中，法的价值及其取向乃是如今颇受关注的问题。人们已经充分认识到，没有独立的价值就没有独立的法律部门，没有正确的价值取向就没有良好的部门法发展前途。于是，各部门法学者纷纷提出并阐述自己所主张的法的价值，但毋庸置疑的是，其中最为基本的法的价值，仍然取自正义、公平、平等、善意与和谐等自然法基本原则，其他价值无不是从前者中推演发展出来的。比如，正义与公平是所有部门法都具备的价值，而选举法往往强调平等，民法往往强调善意以及由此推出的诚信，刑法往往强调由正义推出的惩恶，等等。

而在国际法上，强调法的价值具有更加重要的意义。国际法的价值，即实在国际法的价值，是指社会主体加诸实在国际法的某种具有抽象性的主观信念或倾向。国际法的价值是实在国际法的直接指导因素，独立的国际法价值建构对国际法的独立地位至关重要。如今，一些人认为国际法只是“工具”，很大程度上是由于他们把国际政治或国际经济的价值视为国际法的价值。如此一来，国际法本身就不是目的，只有政治与经济利益才是目的，而国际法就沦为纯粹的实现政治经济价值与利益的工具，且仅仅是工具之一，得不

---

<sup>①</sup> See Stephen J. Toope, *Emerging Patterns of Governance and International Law*, Michael Byers edited, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 103, p. 106.

到充分的尊重就是必然。比如说,以摩根索为首的权力政治学派<sup>①</sup>,坚持以权力界定利益,实际上是把权力作为国际法的价值,国际法因而被其视为国际政治的一部分。再如,以麦克杜格尔为代表的政策定向学派<sup>②</sup>,则干脆把国家对外政策(包括政治经济文化各方面的对外政策)的价值作为国际法的价值,这样一来国际法就成为对外政策的附庸了。

反观主张国际法是独立的“法”的学者,不论他是自然法学者还是实在法学者,都倡导一些国际法的独立价值。康德将“和平”作为国际法的基本价值。<sup>③</sup>菲德罗斯以和平、善意、善邻、容忍、人类共同幸福为国际法的主要价值,并断言,实在国际法完全不可能同它的价值基础分离,如果毁弃了这个基础,就毁弃了国际往来,也就毁弃了国际法本身。<sup>④</sup>亨金相信,国际法试图促进以下价值:国家独立、国家平等、国家自治、国家的不可干涉性、国家所认同的国家利益。<sup>⑤</sup>麦克唐纳认为,国际法的基本价值包括《联合国宪章》、强行法以及具有宪法性质的国际规范。<sup>⑥</sup>在博德曼看

① See Hans Morgenthau, *Politics among Nations—The Struggle for Power and Peace*, Alfred A. Knopf Inc., 1985.

② See Myes McDougal, *International Law, Power and Policy, a Contemporary Conception*, Recueil des cours, Vol. 82, 1953.

③ See Kant, *Perpetual Peace*, Bobbs-Merrill Company, Inc., 1957, p. 10.

④ 参见[奥]菲德罗斯等:《国际法》,李浩培译,商务印书馆1981年版,第780页。

⑤ 亨金的立场其实比较复杂。一方面,他受到权力政治学说的影响,认为法律就是政治,国际法是国际政治的规范表述,甚至主张抛弃主权观念;另一方面,他拒绝像摩根索那样误读、贬低法律的作用,他认为法律的作用是“至关重要”的,而且他重视国际法的价值。从这个意义上,也许我们可以称亨金为温和的现实主义法学家,他明确赞成法律依附于政治,同时又承认法律的独立作用。参见[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社2005年版,第5~6、146~148页。See also Henkin, *How Nations Behave*, 2nd edition, New York: Columbia University Press, 1979, pp. 13-27.

⑥ See R. St. J. Macdonald, *Foundation Norms in Contemporary International Law*, *The Canadian Yearbook of International Law* (1987), University of British Columbia Press, 1988, pp. 119-135.

来,国际法的基本价值是主权与和平,一般价值是公平、人道和民主,背景价值是必要性、合作与合理性。<sup>①</sup>高岚君主张,国际法的价值体系由和平秩序、人本秩序和全人类共同利益三部分构成。<sup>②</sup>

实际上,国际法是有、也应当有其独立的价值的,其中的基本价值就是:正义、公平、平等、善意与和谐。这就是国际法作为“法”,而不是单纯的“工具”的标志所在。有了这五项价值,国际法本身就成为独立的、值得国际社会主体追求与维护的国际社会存在,就可以与国际政治或国际经济区分开来。当然,这并不意味着抹杀这些范畴之间的联系,与社会关系有关的范畴原本就应该既相互区分又相互联系。只不过,我们在单独讨论某一范畴的时候,当然首先要将它与其他范畴区分开来。正如斯查奇特所说的,认识到法的目的性与工具性以及法服务于政治的事实,并不意味着要把法视为纯粹为政治与目的所“控制”的范畴。<sup>③</sup>一般来说,国际政治的基本价值是权力,国际经济的基本价值是发展,而本书提出的五项基本价值是法所独有的。具备了这些基本价值,国际法也就毫无疑问地成为真正的、独立的、非工具主义的“法”,而那种纯粹的、极端的法律工具主义(Legal Instrumentalism)观点也就不再站得住脚了。

## 二、从原则探索到价值构建

前面对于五大法哲学基本原则的探索,已经有了一些初步的理论成果。但是,仅仅从理论上探索自然国际法的基本原则显然是不够的,我们需要将这些基本原则构建到国际法的基本价值之中,从而让这些自然国际法基本原则在国际社会的法律实践中发挥更大的作用。

---

<sup>①</sup> See David J. Bederman, *The Spirit of International Law*, The University of Georgia Press, 2002, pp. 113-125.

<sup>②</sup> 参见高岚君:《国际法的价值论》,武汉大学出版社2006年版,第52、85、118页。

<sup>③</sup> See Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 4.

首先,法的价值应当正确地反映自然法及其基本原则。

自然法是理性对社会发展规律的认识,实在法需要符合自然法,相应地,实在法的价值需要符合自然法,尤其是其中的基本原则。符合自然法的法的价值,就是正确的价值,将促进实在法的发展;而违反自然法的法的价值,就是错误的价值,将阻碍实在法的发展,并最终为历史所抛弃。近代西方列强所推崇的以强权、不平等为基本价值的国际法在20世纪中叶完全崩溃,就是上述论断之明证。这也说明,社会主体可以有多种信念与倾向的选择,但唯有以合乎规律的认识作为自己的信念与倾向,才是正确的价值选择。

在很多国内法上,借助国家的权威,正义、公平、平等、善意等源于自然法基本原则的价值已经深入人心,但这并不意味着这些国内法已经完全正确地反映了自然法及其基本原则,已经不需要进一步发展和改进了。通过前面对自然法基本原则历史发展脉络的梳理,我们不难发现尽管这些原则总的来讲已经被社会主体所接受,但是对于这些原则的准确内涵与外延,社会主体并不十分明确,有关的专家学者对此也是众说纷纭。这就意味着,目前对于国内法上的正义、公平、平等、善意等价值,有进一步深入探讨的必要。此外,和谐原则作为历史上一直游离于传统自然法体系之外的原则,是近来才被强烈倡导的,故而这一价值观还有很大的发展与完善的空间。可见,即便在国内法上已经有了较为系统的反映自然法基本原则的价值观,这些价值观仍然有进一步发展与完善、从而更加正确地体现和反映自然法基本原则的必要。

而在国际法上,就更有这种必要了。国际法本身就没有一个自上而下的价值观构建体系,价值观的形成通常是各国自发的,故而呈现出零散、不系统甚至相互矛盾的状态,难以有条理地、正确地反映自然法的基本原则。出于此前对自然法的体系的不了解,很多学者只是零散地提出了一些国际法的价值,这些价值或反映了某些自然国际法基本原则,或反映了一般法律原则,抑或只是不正确的表述,还没有达到十分正确地反映自然法及其基本原则的程度。就前面的例子来说,康德提出的“和平”价值,实际上是一般法律原则的反映。菲德罗斯所提出的价值,实际上是基本原则与一般法

律原则的反映。亨金所提出的国际法价值，实际上就是将他所反对的、斥为“神话”的“国家主权”原则拆开来，分为几大因素，再将各因素单列为一系列的价值。<sup>①</sup> 麦克唐纳所列出的“国际法基本价值”，其实就是一些正式或非正式的国际法渊源，这主要是由于他认为国际法的基本价值就是体现了国家意志的国际法基本规范。博德曼所提出的价值，有的是自然法基本原则的反映，有的是一般法律原则的反映，还有的则根本不属于主观倾向的范畴。而高岚君所提出的价值体系，虽然其构成成分与自然法原则有关联，但这些“价值”本身均非主观倾向，因为无论是“秩序”还是“利益”，虽然与主观信念或倾向存在密切联系，但其本身仍然属于客观存在的范畴。<sup>②</sup> 以上表述都是值得借鉴的，但是我们首先应该认识到，正义、公平、平等、善意、和谐是国际法的基本价值，它们是自然国际法基本原则的体现。在基本价值之下，还存在着各种各样的一般价值（如亨金列举的有关主权的价值）以及部门法价值（如海洋法的公海自由价值）。这些价值共同构成了一个完整的国际法价值体系，并对国际法起着指导、评价和转化的作用。而这一切，都必须以这些价值符合自然法为基本前提。相比之下，那种“强权即公理”、“殖民主义”、“海洋霸权”之类的违反自然法的价值，不仅给国际法及其价值体系造成损失、给人类社会带来不幸，而且最终被历史抛弃了。

---

① 很显然，亨金已经看到了主权原则对于国际法的局限性。但是，由于没有采用自然国际法与实在国际法的两分法，他也就不可能指出主权原则在自然国际法体系中有限的一般法律原则地位与其在实在国际法体系之中不可动摇的基础地位的区别，他在构建实在国际法的价值之时也就不得不在实质上重拾他主张抛弃的主权原则。由此可见，基于权力政治理论而抛弃作为实在国际法基础的主权原则、把国际法完全归于国际政治的主张，事实上是不可能行得通的。

② 当然，这与作者对价值的界定有关。作者认为，国际法的价值是指国际法的追求目标，是国际法的合理性与道德性的体现，也是国际社会制定和评价国际法所依据的标准，并且认为《联合国宪章》是国际法价值的最主要渊源。这至少表明，作者并不强调价值的主观性。参见高岚君：《国际法的价值论》，武汉大学出版社2006年版，第18~20页。

由于价值是不同层级与类型的自然法的体现,因此,价值的冲突需要依据其所反映的自然法原则的等级与地位来解决。不同层级的价值之间发生冲突之时,基本价值优于一般价值,一般价值优于部门法价值;同级价值之间的冲突,则根据其所反映的自然法原则的地位来确定其优先顺序。比如,作为基本价值的正义价值与作为一般价值的主权价值发生冲突,那么前者应当优先;再如,正义价值与公平价值发生冲突,那么依据正义原则与公平原则在自然法体系中的地位,正义价值应当优先。

当然,价值建构不是一个僵化的过程。自然法是具有进步性的,是处于不断发展过程中的,因而实在法的价值也要适应自然法的发展,不断作出符合社会发展规律的调整。比如伴随着16世纪的航海大发现,大片的海域展现在人类面前,社会规律面临着新的作用条件,由此,在自然法原则的作用之下,产生了“公海自由”的原则,相应地,“公海自由”被建构为国际法的价值并被纳入国际法价值体系中。又如,国际法发展初期,人们主要认识与关注的,是正义原则的内容,而正义原则并不禁止使用武力,因此在当时,以战争手段对抗非正义是合理的,“正义战争”是被普遍接受的价值。但是,随着战争的残酷性、危害性与日俱增,人类社会已经很难再承受大战的打击,社会规律的作用条件发生改变,而公平原则与和谐原则的内容也逐渐被人所认识和重视,因此目前国际争端的解决,主要依据公平原则、和谐原则以及它们所派生的“禁止使用武力”等原则,正义原则仅在特殊的时候才会介入。相应地,“正义战争”的价值也就为“禁止使用武力”的价值所替代。以上的例子充分表明,对价值的构建,是一个没有止境的、发展的过程,而万变不离其宗的,是其对同样发展变化着的自然法基本原则的符合。

可见,国际、国内社会对法的信念与倾向应当合乎社会发展规律,法的价值需要正确地反映自然法。价值有基本的、一般的、部门的等多种类型,基本价值的任务,就是正确地反映自然法的基本原则。价值之间的冲突,需要依据其所反映的自然法原则的等级与地位来解决。价值建构不是一个僵化的,而是一个发展的过程。



其次，自然国际法的基本原则需要被构建为实在国际法的基本价值。

虽然同样对实在法起着指导、评价、转化的作用，但是自然法原则与实在法价值的作用层面是不同的。自然法在最根本的层面上起作用，因而其影响力最深远，但是其效果也最间接；实在法的价值在最接近实在法本身的层面上起作用，因而影响力虽不及自然法深远，但其效果却最为直接。从这一点上来说，自然法对实在法的指导、评价、转化作用，要充分见到成效，就需要实在法价值的支持。

实在法的价值，尤其是其中的基本价值，一般不会同时成为实在法的规则，从这个意义上说，价值与实在法本身，还是保持了一定距离的；但是，这并不妨碍价值对实在法所具有的直接的、甚至是立竿见影的影响。既然实在法是社会主体意志的产物，那么，社会主体主观上的信念与倾向，即实在法的价值，就将直接影响社会主体意志的表达与执行，进而直接影响实在法的内容与实效。虽然我们讲，实在法必须符合自然法，实在法的价值也必须符合自然法，但是社会规律发挥作用毕竟是一个较为长期的复杂过程，完全依赖于自然法，纯粹靠规律说话，必定会大大增加实在法把握其正确发展方向的难度。相反，只要符合自然法的价值被建构了起来，那么就意味着社会主体在意识上已经预设了一种正确的信念与倾向，社会主体仅凭这一信念与倾向，就可以立即对有关实在法的情势作出判断，也可以确定一个较为长远的实在法发展方略，而不必在每一次有关实在法发展的抉择时刻都要去审视一遍自然法、梳理一回社会规律，这就加快了实在法的发展速度与效率。

事实上，价值相对于自然法这个范畴，也更容易为人接受。如今，自然法是颇受争议的范畴，尽管如此，很多学者，无论其属于实在法学派还是自然法学派，都不否认价值的存在。毫无疑问，本书所发现并论证的五项自然法基本原则，出于各种各样的原因，很多人是不会接受的。但如果我仅仅说这五项是法的基本价值，可能赞同的人会更多一些。推而广之，当出现实在法违反自然法的情况的时候，很多时候其实可以不经繁琐的发现与论证自然法的程



序,甚至根本不需要提“自然法”这回事儿,而直接根据已经正确建构起来的法的价值,就可以作出适当评价。例如,对于一国非法地干涉他国事务的情况,尽管可以诉诸自然国际法,论证该国的行为违反了客观的国际社会规律,但显然,如果主权平等已经成为实在国际法的基本价值,那么国际社会马上就可以根据其主观倾向作出判断——该国的行为违反了国际法。又如,当美国拒绝签订《京都议定书》(*Kyoto Protocol*)的时候,国际社会并没有诉诸自然国际法基本的“和谐”原则来论证其行为违法,而是直接根据已经深入人心的“保护环境”的价值作出谴责。可见,虽然价值并不能替代自然法的根本作用,但是价值的确有其独特之处。如果我们把自然法的基本原则建构为实在法的基本价值,那么在实践中,就可以方便、快捷地指导与评价实在法,促进其正确发展。

这也就是说,在法发展的实践中,只要主观信念与倾向正确,那么实在法也就符合了自然法。我们不一定要让社会主体认同本书所提出的自然法基本体系,而只需要让社会主体认同根据这个体系所提出的一些倾向性主张。根据建构主义的说法,认同构成利益与行为。<sup>①</sup>因此,只要价值建构成功,实在法就会朝向理性发展,遵守这样的实在法就将符合一国或者各国的利益,并成为各国的普遍行为。而如果我们反过来想一想不这样做的后果(国际国内社会主体的价值观分歧严重冲突激烈势必导致法的实效无法实现,法的立、改、废难以开展),就会发现,价值建构的准确性是多么重要!基本价值符合自然法基本原则是多么迫切的任务!

应该看到,与国内法的情况不同,目前在国际法领域,尚没有建构起普遍的、符合自然法的基本价值,这与国际社会缺乏权威,难以整合不同国家的主观分歧是有关的。但是,这并不意味着无法在国际法领域建构起基本价值。实际上,目前各国并不否认国际法价值的存在,只是对于价值的构成有分歧,而这种分歧与自然国际法体系的不清楚有很大关系。并且,归根结底,符合社会发展规律

---

<sup>①</sup> See Alexander Wendt, *Constructing International Politics*, *International Security*, 20, No. 1, 1995, pp. 73-81.

的事物总是能够发展、完善起来的。只要我们坚持以自然法为标准，那么就一定能建构正确的实在国际法价值。而即便是在国际法上，有关的基本价值体系也并非完善，而是需要不断地改进和发展，使其越发符合自然法基本原则。

可见，由于价值对实在法的作用更为直接、且更容易为人接受，自然法的基本原则需要被构建为实在法的基本价值。正确的法的价值，将有效地帮助自然法发挥对实在法的指导、评价、转化作用。

总之，法的价值，即实在法的价值，是指社会主体加诸实在法的某种具有抽象性的主观信念或倾向。法的价值是实在法的直接指导因素，独立的法价值建构对法的独立地位至关重要。国际法作为“法”而非单纯的政策工具，有且应当有其独立的基本价值，那就是：正义、公平、平等、善意以及和谐。国际法的价值应当正确地反映自然国际法的基本原则，自然国际法的基本原则需要被构建为实在国际法的基本价值，这是自然国际法基本原则最为重大的实践意义所在。

## 结 论

---

扬弃后的自然国际法，是理性对国际社会规律的认识，是调整国际社会关系的发现性规则，具有超实在性、抽象性、普遍性、价值中立性、进步性与可转化性。正义、公平、平等、善意、和谐这五项法哲学基本原则构成自然国际法的第一层级渊源，这五大法哲学基本原则不仅具有以上自然法属性，而且是引申出其他自然法原则并进而展开整个自然（国际）法体系的基石。

正义是自然法的第一项基本原则，正义就是各得其所，扬善抑恶。正义是一种积极的利益与价值调和。公平是自然法的第二项基本原则，它是指己所不欲，勿施于人；居中裁判，平之如水；公平是一种消极的利益与价值调和。平等是自然法的第三项基本原则，它是指同类主体的权利义务在形式上普遍相同；平等是正义与公平的形式要求，是主权的直接理论依据。善意是自然法的第四项基本原则，它是指与人为善，诚实信用，它是一种实践理性。和谐是自然法的第五项基本原则，它是指和而不同，天人合一，它是源自中国传统文化的实践理性；和谐包括人与人的和谐和人与自然的和谐两方面，它兼顾了全局与个体、长远与短期；它采取了独特的人与

自然关系的视角，沟通了人类社会与自然界的联系。

自然国际法的五项基本原则相互关联、相互制约，从而构成了一个辩证的体系。五项基本原则可以分为两个层级，第一层级为价值判断理性，包括存在派生关系的正义、公平、平等三原则；第二层级为实践理性，第二层级原则以第一层级原则为基础，其中善意原则主要源自正义原则，和谐原则主要源自公平原则。一般来说，对于不同的情势，需要适用不同的基本原则；当数项基本原则共同作用于某种情势的时候，各原则的侧重会有所不同。当五项原则发生冲突之时，前一项原则优于后一项原则。自然国际法正是从这五项基本原则展开，发展到一般法律原则，再具体化为强行法的。

五大法哲学基本原则并不是孤立的，而是与实在法存在着互动关系的。自然法的基本原则也决定着实在法，实在法也对自然法的基本原则起着反作用。就自然法的基本原则的运作而言，在国内法上，其通过国家意志的作用，转化为实在法而发挥作用；在国际法上，其主要通过国家意志的合意，转化为实在国际法而发挥作用，同时也可以通过其所衍生的第二层级与第三层级渊源在特定条件下直接作用于国际关系而发挥作用。法的价值应当正确地反映自然法的基本原则，自然国际法的基本原则需要被构建为实在国际法的基本价值，这是自然国际法基本原则最为重大的实践意义所在。

## 主要参考文献

---

### 一、专著

- [1] 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [2] 何勤华. 西方法学史 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [3] 何勤华. 中国法学史 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [4] 尼古拉斯·布宁, 余纪元. 西方哲学英汉对照词典 [M]. 北京: 人民出版社, 2001.
- [5] 瞿同祖. 中国法律与中国社会 [M]. 北京: 中华书局, 1981.
- [6] 梁治平. 寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究 [M]. 上海: 上海人民出版社, 1991.
- [7] 冯友兰. 中国哲学简史 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1985.
- [8] 哈佛燕京学社. 全球化与文明对话 [M]. 南京: 江苏教育出版社, 2004.
- [9] 李家善. 国际法学史新论 [M]. 北京: 法律出版社, 1987.

- [10] 葛洪义. 探索与对话: 法理学导论 [M]. 济南: 山东人民出版社, 2000.
- [11] 格老秀斯著, 张乃根等译. 捕获法 [M]. 上海: 上海人民出版社, 2006.
- [12] 韦伯著, 张乃根译. 论经济与社会中的法律 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [13] 亨金著, 张乃根等译. 国际法: 政治与价值 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [14] 罗素著, 何兆武等译. 西方哲学史 [M]. 北京: 商务印书馆, 1963.
- [15] 博登海默著, 邓正来译. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [16] 梅因著, 沈景一译. 古代法 [M]. 北京: 商务印书馆, 1996.
- [17] 庞德著, 沈宗灵, 董世忠译. 通过法律的社会控制、法律的任务 [M]. 北京: 商务印书馆, 1984.
- [18] 达维德著, 漆竹生译. 当代主要法律体系 [M]. 上海: 上海译文出版社, 1984.
- [19] 拉德布鲁赫著, 王朴译. 法哲学 [M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [20] 考夫曼, 温弗里德主编, 郑永流译. 当代法哲学和法律理论导论 [M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [21] 黑格尔著, 杨一之译. 逻辑学 [M]. 北京: 商务印书馆, 1966.
- [22] 康德著, 韩水法译. 实践理性批判 [M]. 北京: 商务印书馆, 1999.
- [23] 费尔德曼, 巴斯金著, 黄道秀等译. 国际法史 [M]. 北京: 法律出版社, 1991.
- [24] 高岚君. 国际法的价值论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006.
- [25] 罗国强. 国际法本体论 [M]. 北京: 法律出版社, 2008.

## 二、连续出版物

- [1] 张乃根. 论西方法的精神 [J]. 比较法研究, 1996 (1).
- [2] 黄进. 论当代法律的若干发展趋势 [J]. 法学评论, 1997 (4).
- [3] 何勤华. 法的移植与法的本土化 [J]. 中国法学, 2002 (4).
- [4] 邓正来. 中国法学向何处去——建构“中国法律理想途径”时代的论纲 [J]. 政法论坛, 2005 (1).
- [5] 徐国栋. 客观诚信与主观诚信的对立统一问题 [J]. 中国社会科学, 2001 (6).
- [6] 汪太贤. 从神谕到自然的启示: 古希腊自然法的源起与生成 [J]. 现代法学, 2004 (6).
- [7] 罗国强. 从《战争与和平法》看和平崛起的国际法基础 [J]. 比较法研究, 2005 (6).
- [8] 罗国强. 论自然法的否定之否定与国际法的构成 [J]. 法学评论, 2007 (4).
- [9] 罗国强. 实在国际法的危机与强行法的作用 [J]. 法学, 2007 (2).
- [10] 罗国强. 西方自然法思想的流变 [J]. 国外社会科学, 2008 (3).
- [11] 罗国强. 中国追索海外流失文物的国际法困境与出路 [J]. 法商研究, 2009 (3).
- [12] 罗国强. 一般法律原则的困境与出路 [J]. 法学评论, 2010 (2).
- [13] 罗国强. 普芬道夫自然法与国际法理论述评 [J]. 浙江大学学报, 2010 (3).

## 三、英文文献

- [1] Hugo Grotius. *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* [M]. Kelsey translated, London: Oxford, 1925.
- [2] Hugo Grotius. *The Freedom of the Seas or the Rights Which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade* [M]. Ox-



- ford University Press, 1916.
- [ 3 ] Hugo Grotius. *De Iure Praede Commentarius* [ M ]. London: Oxford, 1950.
  - [ 4 ] Michael Gagarin, Paul Woodruff. *Early Greek Political Thought from Homer to the Sophists* [ M ]. Cambridge University Press, 1995.
  - [ 5 ] Plato. *Republic and Other Works* [ M ]. Anchor Books, 1973.
  - [ 6 ] *The Law of Plato* [ M ]. Pengl translated, The University of Chicago Press, 1980.
  - [ 7 ] *The Republic of Plato* [ M ]. Cornford translated, Oxford University Press, 1945.
  - [ 8 ] Aristotle. *Nicomachean Ethics* [ M ]. Penguin Books, 1976.
  - [ 9 ] Aristotle. *The Politics* [ M ]. Penguin Books, 1981.
  - [ 10 ] Cicero. *On the Commonwealth* [ M ]. Macmillan Publishing Company, 1976.
  - [ 11 ] Cicero. *On Moral Ends* [ M ]. Cambridge University Press, 2001
  - [ 12 ] Cicero. *De legibus* [ M ]. Keys translated, Loeb Classical Library, Cambridge: Harvard University Press, 1928.
  - [ 13 ] *The Institutes of Justinian* [ M ]. Oxford: The Clarendon Press, 1949.
  - [ 14 ] Augustine. *The City of God against the Pagans* [ M ]. Cambridge University Press, 1998.
  - [ 15 ] St Thomas Aquinas. *Summa Theologia* [ M ]. Cambridge University Press, 2006.
  - [ 16 ] Voltaire. *Political Writings* [ M ]. David Williams edited and translated, Cambridge University Press, 1994.
  - [ 17 ] John Locke. *Political Essays* [ M ]. Mark Goldie edited, Cambridge University Press, 1997.
  - [ 18 ] John Locke. *Two Treatises of Government* [ M ]. Peter Laslett edited, Cambridge University Press, 1988.
  - [ 19 ] Montesquieu. *The Spirit of the Laws* [ M ]. Cambridge University

- Press, 1989.
- [20] Leibniz. Political Writings [M]. Patrick Riley translated and edited, Cambridge University Press, 1972.
  - [21] Immanuel Kant. Kritik der reinen Vernunft [M]. Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1956.
  - [22] Immanuel Kant. Perpetual Peace [M]. Bobbs-Merrill Educational Company, Inc., 1957.
  - [23] Immanuel Kant. Groundwork of the Metaphysics of Morals [M]. Harpar and Row Publishers, 1964.
  - [24] Hegel. Elements of the Philosophy of Right [M]. Wood edited, Nisbet translated, Cambridge University Press, 1991.
  - [25] Alberico Gentili. De Jure Belli Tres [M]. Oxford: Clarendon Press, 1933.
  - [26] Alberico Gentili. De Legationibus Libri Tres [M]. New York: Oxford University Press, 1924.
  - [27] Samuel Pufendorf. De Jure Naturae et Gentium [M]. Oxford: Clarendon Press, 1934.
  - [28] Samuel Pufendorf. Elementorum Jurisprudentiae Universalis [M]. Oxford: Clarendon Press, 1931.
  - [29] Samuel Pufendorf. On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law [M]. Cambridge University Press, 1991.
  - [30] Franciscus de Victoria. De Indis et de Jure Belli Relectiones [M]. Ernest Nys edited, John Pawley Bate translated, Washington, DC: Carnegie Institution of Washington, 1917.
  - [31] Christian Wolff. Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum [M]. Oxford: Clarendon Press, 1934.
  - [32] Francisco Suarez. Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore [M]. Oxford: Clarendon Press, 1944.
  - [33] Emer de Vattel. Le droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains [M]. Fenwick translated, Washington: Carnegie Institution

of Washington, 1916.

- [ 34 ] Jean Bodin. On Sovereignty [ M ]. Julian H. Franklin edited and translated, Cambridge University Press, 1992.
- [ 35 ] Jean Dabin. General Theory of Law [ M ]. Radbruch and Dabin edited, The Legal Philosophy of Lask, Cambridge, 1950.
- [ 36 ] Thomas Hobbes. Leviathan [ M ]. Collier Books, 1962.
- [ 37 ] Thomas Hobbes. On the Citizen [ M ]. Cambridge University Press, 1998.
- [ 38 ] Rousseau. The Social Contract and Other Later Political Writings [ M ]. Victor Gourevitch edited and translated, Cambridge University Press, 1997.
- [ 39 ] John Austin. Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law [ M ]. London: Schloarly Press Inc., 1977.
- [ 40 ] Roscoe Pound. Law and Morals [ M ]. University of North Carolina Press, 1924.
- [ 41 ] Hans Kelsen. The Pure Theory of Law [ M ]. Berkeley: University of California Press, 1967.
- [ 42 ] H. L. A Hart. The Concept of Law [ M ]. Oxford University Press, 1961.
- [ 43 ] John Stuart Mill, Jeremy Bentham. Utilitarianism and Other Essays [ M ]. Penguin Books, 1987.
- [ 44 ] Benthon. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation [ M ]. London: Methuen, 1982.
- [ 45 ] Lon L. Fuller. The Morality of Law [ M ]. revised edition, Yale University Press, 1969.
- [ 46 ] Jacques Maritain. Man and the State [ M ]. University of Chicago Press, 1951.
- [ 47 ] John Finnis. Natural Law and Natural Rights [ M ]. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- [ 48 ] H. Lauterpacht. The Function of Law [ M ]. Clarendon Press,

- 1933.
- [49] H. Lauterpacht. *International Law* [M]. Cambridge University Press, Vol. 2, Part I, 1975.
  - [50] John Rawls. *The Law of Peoples* [M]. Harvard University Press, 1999.
  - [51] John Rawls. *A Theory of Justice* [M]. Harvard University Press, revised edition, 1999.
  - [52] John Rawls. *Justice as Fairness* [M]. Harvard University Press, 2001.
  - [53] Richard A. Bosner. *The Problems of Jurisprudence* [M]. Harvard University Press, 1990.
  - [54] Rudolf Stammler. *The Theory of Justice* [M]. New York: The Macmillan Company, 1925.
  - [55] Alf Rose. *On the Law and Justice* [M]. Berkeley: University of California Press, 1959.
  - [56] Northrop. *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the Method of Normative Subjects* [M]. Boston: Little, Brown and Company, 1959.
  - [57] Lundstedt. *Legal Thinking Revised* [M]. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956.
  - [58] Heinrich Rommen. *The Natural Law* [M]. St. Louis, 1948.
  - [59] Emil Brunner. *Justice and the Social Order* [M]. New York: Harper and Brothers, 1945.
  - [60] Cahn. *The Sense of Injustice* [M]. New York University Press, 1949.
  - [61] Nozick. *Anarchy, State, and Utopia* [M]. New York: Basic Books Inc. Publishers, 1975.
  - [62] David Armstrong. *Law, Justice and the Idea of a World Society* [M]. Gerry Simpson edited, *The Nature of International Law*, Ashgate Publishing Company, 2001.
  - [63] Charles Fried. *Contract as Promise, A Theory of Contractual Ob-*

- ligation [M]. Harvard University Press, 1981.
- [64] Nussbaum. A Concise History of the Law of Nations [M]. New York: Macmillan, 1947.
- [65] Jennings and Watts. Oppenheim's International Law [M]. 9th edition, Longman, 1996.
- [66] Max Weber. On the Law in Economy and Society [M]. Harvard University Press, 1954.
- [67] Gustav Radbruch. Legal Philosophy [M]. Radbruch and Dabin edited, The Legal Philosophy of Lask, Cambridge, 1950.
- [68] David J. Bederman. The Spirit of International Law [M]. The University of Georgia Press, 2002.
- [69] Alfred P. Rubin. Ethics and Authority in International Law [M]. Cambridge University Press, 1997.
- [70] Allen Buchanan. Justice, Legitimacy, and Self-determination [M]. Oxford University Press, 2004.
- [71] Gerry Simpson. The Nature of International Law [M]. Ashgate Publishing Company, 2001.
- [72] Hans Morgenthau. Politics among Nations—The Struggle for Power and Peace [M]. Alfred A. Knopf Inc., 1985.
- [73] Louis Henkin. International Law: Politics and Values [M]. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- [74] Bin Cheng. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals [M]. Cambridge University Press, 2006.
- [75] David and Brierly. Major Legal System in the World Today [M]. 2nd edition, London: Stevens, 1978.
- [76] Roger J. Sullivan. Immanuel Kant's Moral Theory [M]. Cambridge University Press, 1989.
- [77] Gerry Simpson. The Nature of International Law [M]. Ashgate Publishing Company, 2001.
- [78] J. F. O' Conner. Good Faith in English Law [M]. Dartmonth,

1990.

- [ 79 ] Norbert Horn. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie [ M ]. C. F. Müller Verlag, 2004.
- [ 80 ] Simon Caney. Justice Beyond Borders [ M ]. Oxford University Press, 2005.
- [ 81 ] Fernando R. Tesón. A Philosophy of International Law [ M ]. Westview Press, 1998.
- [ 82 ] Laurence Boisson De Chazournes, Vera Gowlland-Debbas. The International Legal System in Quest of Equity and Universality [ M ]. Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- [ 83 ] Marion Panizzon. Good Faith in the Jurisprudence of the WTO [ M ]. Oxford; Hart Publishing, 2006.
- [ 84 ] Alexidze. Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law [ M ]. Recueil des cours, Vol. 172, 1981-III.
- [ 85 ] M. Akehurst. Equity and General Principles of Law [ J ]. ICLQ, Vol. 25, 1976.
- [ 86 ] Rao. Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties [ J ]. IYIL, Vol. 2, 1974.
- [ 87 ] Whiteman. Jus Cogens in International Law [ J ]. Georgia Journal of International and Comparative Law, 1977, Vol. 7.
- [ 88 ] Vaughan Lowe. The Role of Equity in International Law [ J ]. Australian Year Book of International Law, Vol. 12, 1992.

# 后 记

---

本书是在我的博士后研究报告的基础上修改而成的。

在此我想首先澄清一个问题。这一问题之所以一开始就有说明的必要，乃是由于我发现这是一个我在向他人阐述自己理论的时候所经常遇到的问题。尽管我当初在自己思考这一理论的时候理所当然地认为这不会是一个问题，然而事实却是，有的学人对于我将和谐原则列为自然国际法的五大法哲学基本原则之一存在质疑，甚至怀疑这不是一项独立而原创的学术思考的产物。

但是，正如我在博士论文的后记中所重申的，我关注并研究自然国际法中的“和谐原则”，是从导师张乃根先生讲授的“国际法理论”课程（授课时间为2003年9月到2004年1月）中获得灵感并逐步独立思考成型的。而无论是“和谐社会”、“和谐世界”理念的提出，还是“和谐”概念被解构和衍化成多种意义，都是之后发生的事情，也是我无法预料到的。也许这种历史巧合恰好说明了和谐原则的价值需要并且正在逐步彰显。然而就我本人而言，我所研究内容的独立性和原创性并不会受到影响。事实上，在对和谐原则进行研究的过程中，我始终遵循学术的角度，始终在较为严格



的法哲学和法律文化意义上来界定“和谐”的概念。因此，不论此项研究的水平如何，也不论有关研究成果是否足以令多数人信服，我至少可以肯定，此项研究不仅是独立的和原创的，而且是贯彻了我本人所主张的自然法应当具有的价值中立性的。

现在再来说一说本书的写作背景。

我博士毕业之后曾经任教于华东政法大学。尽管这段时间并不长，但是对于华政的法律史学科的雄厚实力以及良好声誉，却是有所耳闻的。对于华政法律史学科的领头人何勤华教授，我也非常钦佩。尽管与何勤华教授交流的次数十分有限，但是何勤华教授的干练和渊博还是给我留下了深刻的印象。因此，在得知有机会在华政申请从事博士后研究的时候，我就考虑了申请与何勤华教授在法律史专业合作的可能性。

应该说，申请从事这样的一项博士后研究是有难度的。我在接受高等教育的过程中，虽然一贯注意多学科缘结构（本科就读于上海财经大学法学院、硕士就读于武汉大学法学院、博士就读于复旦大学法学院）、多学科背景（本科专业为国际经济法、硕士专业为国际私法、博士专业为国际法），然而基本上没有偏离宏观国际法（俗称“大国际法”）的范畴，也没有专攻过法律史专业。从某种角度上讲，可以认为我是法律史专业的“门外汉”，若要申请从事这方面的博士后研究，给人的第一感觉，肯定是不妥的。

然而，我个人认为，自己是有能力完成这样的一项博士后研究的。

首先，尽管各高等教育阶段的就读学校不同，然而我无论在哪个学校学习，都一直是在该校的法学院攻读学位，对于法学的各学科都有求知的渴望，也都做了认真的学习并取得了较好的学习成绩，从而也就为将来打下了比较全面的法学专业基础。众所周知，要做一名合格的法学专业的学生，不懂得作为基础学科的法律史学，显然是不可能的；而要顺利通过国家司法考试，仅仅掌握自己本专业方向的知识，也显然是不够的。多年持之以恒的法学教育，给了我从事法律史学博士后研究的信心和根基。

其次，法学的基本研究方法和基础理论是相通的。尽管各法学

部门均有自己的特点，然而作为统一的一级学科之下的二级学科，各法学部门都广泛使用归纳、演绎、比较的研究方法，都秉承源自古希腊、古罗马的法学基础理论，相互之间存在着触类旁通的可能性。

再次，良好的法律英语能力有助于搜集整理外文资料。在研究、讲授国际法学的过程中，我培养了良好的法律英语听说读写和翻译能力，这一能力运用到法律史学的研究中是有益的。尤其是对于外国法律史学的研究而言，良好的法律英语能力有助于更好地搜集和整理外文资料并直接参考外文文献来做研究。

最后，我所申报的博士后研究题目是自己博士论文中一部分内容的延续。在我的博士论文《论新世纪国际法之本体》中，由于涉及对法学（而不仅仅是国际法学）基础理论的探讨，故而对于五项自然法基本原则的梳理和研究，是其中一个无法回避的、重要的部分。但是，这一部分内容在博士论文的成稿以及之后的交付出版的书稿《国际法本体论》中，都没有得到充分的阐述和体现（尤其是其中梳理五大法哲学基本原则历史发展的部分几乎是蜻蜓点水一笔带过）。这是一个遗憾，但也是一个新研究的起点。对于五大法哲学基本原则的历史和比较的研究，我已经有了一定的基础，在博士后期间再对此作深入探讨，是完全可行的。

幸运的是，何勤华教授在人们存在上述质疑的情况下，接受了我与其合作以《五大法哲学基本原则之今昔——历史、比较与扬弃》为题从事博士后研究的申请。这既是对我研究热情的肯定，也是对我研究能力的承认，更是对我研究动机的信任！无论如何，我非常珍惜这一次跟从法学名家学习与研究的机会；我自信不会让各种闲杂琐事影响我的博士后研究进程，我会按时地、保质保量地提交研究报告，圆满完成研究任务，以不辜负合作导师的期望。在承担繁重的教学、科研、管理任务的同时，何勤华教授仍然拨冗与我进行了多次交流，并给予了我精辟独到的指正，从而使得本书最终得以顺利完成。

同时，我的博士导师张乃根教授、硕士导师黄进教授，也都一贯鼓励我从事跨学科的、综合性的、前沿性的、基础性的研究，并

对我从事本博士后研究给予了大力的支持。记得张乃根先生在我做博士论文的时候就曾经提醒我，务必在仔细阅读外文原著的基础上再予以引用，有些研究内容短时间完不成可以日后予以补充。而今，在黄进先生的支持下，我得以在武汉大学国际法研究所查阅丰富的外文资料并耐心钻研，将博士论文初稿中原本准备完成、但是在定稿中未能完成的研究继续下去。

我万分感谢各位导师的支持与鼓励，同时也将深刻铭记各位导师的教诲，坚持不懈、严谨治学，继续追求自己的学术梦想。我觉得，这份博士后研究报告，也许是一个新的契机，让我可以重新思考一些基本的法哲学问题并再次试图以自己的方式对其作出诠释。对此，我已倾尽自己所能并付出了巨大代价。而我的研究成果究竟对国际、国内社会的发展有没有用处？我在前人研究基础上拼力创新的做法究竟是一种妄动还是一项有益的思考？这些问题就让社会实践来回答吧！

可以想见，如果没有家庭的支持，专心致力于学术并拿出一些像样的研究成果是不可能的。为此，我要感谢妻子刘瑛给予我的巨大支持和幼子罗徵羽带给我的无穷欢乐。

罗国强 (Steel Rometius)

2009 年 10 月初稿

2010 年 10 月修改

于珞珈山麓