



想法



An Analysis and Reconstruction of Private Right

私权的分析与建构

民法的分析法学基础

王泽鉴
著

概念与符号

分析民法学的奠基石

逻辑自然法

法的现代性的渊源

霍菲尔德

法律人工智能本体论的先驱

“这是一件具有开创性的研究，对中国民法学的发展，将有重大贡献。”

——王泽鉴

二十年潜心打磨

用分析法学构建中国民法理论体系的

——奠基之作——



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Analysis and Reconstruction of Private Right
Analytic Jurisprudence as a Methodological Basis for Civil Law

私权的分析与建构

民法的分析法学基础

王涌著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

私权的分析与建构：民法的分析法学基础/王涌著.—北京：北京大学出版社，2019.12

ISBN 978-7-301-23676-5

I. ①私... II. ①王... III. ①民法—法的理论—中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第003467号

书 名 私权的分析与建构：民法的分析法学基础

SIQUAN DE FENXI YU JIANGOU: MINFA DE FENXI FAXUE JICHU

著作责任者 王涌 著

责任编辑 郭薇薇

标准书号 ISBN 978-7-301-23676-5

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-

62752027

经销者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 30.25印张 450千字

2019年12月第1版 2019年12月第1次印刷

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

目 录

[江平序](#)

[内容摘要](#)

[前言](#)

[导论 分析法学与民法方法论](#)

[第一节 民法学中的知识类型与分析法学的地位](#)

[第二节 分析法学的源流和精神](#)

[第三节 作为民法学方法论的分析法学](#)

[第一编 私权的分析方法](#)

[第一章 私权的概念](#)

[第一节 权利概念的意义与功能](#)

[第二节 私法（私权）与公法（公权）理论的源流](#)

[第三节 私法（私权）与公法（公权）之概念分析](#)

[第四节 概念的流变：从私权到民事权利——社会主义国家对私法与私权的态度及其修正](#)

[第二章 霍菲尔德的权利分析理论](#)

[第一节 权利分析：霍菲尔德之前的分析法学](#)

[第二节 霍菲尔德的权利形式理论（一）](#)

[第三节 霍菲尔德的权利形式理论（二）](#)

[第四节 霍菲尔德理论的影响和回应](#)

[第五节 道义逻辑、人工智能与法律——霍菲尔德法律关系形式理论的应用](#)

[第三章 私权的结构——私权分析的一般模式](#)

[第一节 作为法律关系的私权之结构](#)

[第二节 私权的元形式](#)

[第三节 私权的主体](#)

[第四节 私权的客体：行为抑或物？](#)

[第五节 私权的其他分析维度](#)

[第二编 私权的类型分析](#)

[第四章 所有权概念分析](#)

[第一节 不同法系传统中的所有权概念](#)

[第二节 所有权概念分析（一）](#)

[第三节 所有权概念分析（二）](#)

[第五章 不完全所有权：信托财产关系的结构](#)

[第一节 信托法：民法家族的新成员](#)

[第二节 信托财产所有权的特殊结构](#)

[第三节 信托法颠覆物权法定主义？](#)

[第六章 财产权谱系与财产权法定主义](#)

[第一节 许可的谱系](#)

[第二节 财产权谱系](#)

[第三节 财产权法定主义的含义](#)

[第四节 财产权可转让性的逻辑结构](#)

[第五节 民法典中的《财产法总则》](#)

[第三编 私权的法律建构](#)

[第七章 私权的设定](#)

[第一节 民法上的概念和范式](#)

[第二节 私权的设定与法律的渊源](#)

[第三节 规则—原则：设定私权的两种法律规范形式](#)

[第四节 公法在私法关系上的效力（一）：宪法](#)

[第五节 公法在私法关系上的效力（二）：行政法](#)

[第八章 私权的冲突](#)

[第一节 法条的竞合：权利并存和权利冲突](#)

[第二节 私权在法律上的冲突](#)

[第三节 私权在事实上的冲突](#)

[第四节 公权与私权的冲突——宪法与民法典的关系](#)

[第九章 私权的救济](#)

[第一节 救济权的概念与性质](#)

[第二节 救济权的功能与适用](#)

[第三节 救济权的形式及其与诉讼形式的关联](#)

[第四节 民法责任的财产性质与民法的体系结构](#)

[第五节 私权的刑法救济与侵害](#)

[结语 分析法学与中国民法典](#)

[第一节 中国民法面临的基本问题](#)

[第二节 分析法学与民法典编纂](#)

[第三节 中国民法典的主题与方法](#)

[第四节 民法典编纂的雄心、野心与平常心](#)

[英文参考文献](#)

[后记一：原记](#)

[后记二：初识江平先生的时光](#)

[后记三：新记](#)

[编辑后记](#)

献给
恩师江平先生九十岁华诞!

江平序

很多年前，王涌就和我说，他的博士论文就要出版了，请我作序，但说了多次，也没有动静，我都快忘记此事了。今年夏天，他又请我作序，动作很麻利，看来是动真格的了。我问他为何拖延至今，他说是在等我九十大寿，作为献寿之礼。我知道这是“顺水推舟”之言，不过内心还是很感动的。

我问他要出版的书还是二十年前的博士论文的内容吗？他答曰：“已经脱胎换骨了，从原来的二十万字，修改扩展成为一部四十万字的书稿了。”看着眼前亮晃晃的新书稿，显然不是陈货，于是，我欣然应允作序。

我与王涌认识于1994年8月，他代表南京大学参加“长虹杯”全国大学生电视辩论大赛，我担任评委，南京大学获得了冠军。比赛后，我们在电视台的休息室里第一次交谈，我觉得他是一个有思想、有追求的小伙子，长于思辨，具有良好的哲学功底。

1996年8月他开始跟随我攻读博士学位。我们师徒俩步调并不一致，我关注现实立法问题，他更关注法律概念和逻辑问题。他不愿意选择当时很红火的具体的商事制度为题，他要写民事权利的基本理论，我很支持。他的选择很聪明，也很自信，因为现实的立法问题毕竟是暂时的问题，而基础理论则具有长久的价值。

我对王涌的博士论文报以很大的期望。二年级末，1998年6月25日晚，他来找我，我对他说：“你是有很大的学术潜力的，你一定要把博

士论文写好！这个题目需要你成年累月地泡在图书馆中。你现在需要收缩战线！”这次谈话对他触动很大。他说他的日记里还记着这段话。

他刻苦研读分析法学的经典著作和民法基础理论，并力图将两者结合起来，形成一个体系。我是从他的嘴中知道霍菲尔德这个人的，他在博士一年级和二年级分别发表两篇论文：《分析法学与中国民法的发展》和《寻找法律概念的最小公分母——霍菲尔德法律概念分析思想研究》，在学术界崭露头角，为他的博士论文写作奠定了基础。

在他起笔撰写博士论文时，我多次问王涌能否写好，他反问我：“老师！您的标准是什么？”我不想增加他的压力，就说：“就像你已经发表的两篇论文那样的水平就行。”他点点头。

他的博士论文写得很成功，没有辜负我的期望。台湾大学王泽鉴先生对王涌的博士论文的评价很高，用的词分量都很重，令我惊讶，他说：“这是一件具有开创性的研究，对中国民法学的发展将有重大贡献。”

1999年7月王涌博士毕业，留校任教，成为法律系民商法教研室的一位讲师。他讲课深受学生欢迎，不到三年，2002年中国政法大学五十周年校庆时，他就被评为全校十位最受学生欢迎的教师之一。

2002年中国政法大学民商经济法学院成立，民商法教研室分立为民法教研室和商法教研室，我和赵旭东、王涌进入商法教研室，王涌转向商法研究和教学。2004年9月在美国哥伦比亚大学法学院访学一年归来后，他开始为研究生开设独立的信托法课程，也实现了我的一个夙愿。相信这些商法课程的教学对于他关于私权分析理论和法学方法论的思考是起到了丰富和补充的作用。2012年他开始为研究生开设法学方法论课程，领风气之先，他的博士论文《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》由此转为法学教育的正式内容，后续的系统研究也随之展开。

他应胡舒立女士之邀，长期为财新传媒“法眼”专栏撰稿，文章有百余篇，针砭时政，挥斥方遒，他的现实责任感愈来愈强，思想、观点、立场和我越来越接近。2015年他还为我代笔撰写了“重葬呼格吉勒图墓志铭”，为冤屈之魂伸张正义。这几年，他还代理两起民营企业产权冤案，站在时代的前沿，为民企呐喊，一是扬州牧羊集团产权案，二是湖北荆州龚家龙天发集团产权案。当前具有全国重大影响的民企产权冤案一共有四起，他代理了其中两起，坚韧不拔，专业精湛，他有文武双全之才。

他对江平民商法奖学金的评选工作有突出的贡献，奖学金从2000年设立至今年第20届评选，他一直在辛勤地组织。用黄进校长赞扬他的话，就是：“一个人一时做好事不难，连续二十年做好事是真难，王涌做到了！”我说感谢他，他说：“不用谢！法学教育是我们共同的事业。”

他对学生很负责，从2004年始，他为他的研究生组织企鵝读书会，师生共同阅读经典，最初两周一读，之后每周一读，风雨无阻，至今已经有318期。

此外，他还担任洪范法律与经济研究所的所长。前年12月，梁治平先生辞去洪范法律与经济研究所所长一职，我和吴敬琏先生开始物色接替者，我想到了王涌，我打电话给他，他立刻答应了。他从去年2月上任之后，已经组织了40多场高端研讨会，主题涉及中美关系、中朝关系、国企改革、数字货币、基因编辑、经济全球化、金融业开放，其中今年1月组织的“改革开放四十年史研究论坛”和今年3月组织的“刑事诉讼中的民营企业权益保护论坛”在海内外产生了广泛的影响。

现在，王涌年纪也不小了，五十出头了。最近我们见面，聊得多的话题是“诗”。他写的诗意境很好，就是不讲究平仄。最近，他又送来几首，平仄和意境都有了，我看都是佳品。他之前的诗和今年的诗风格

也有变化。他之前有一首诗云：“中轴林中望皇城，犹记当年愤人神。残冰不肯放枯荷，已有喜鹊唤春耕。”而最近的一首诗调子就变了，诗云：“晚凉闲步白塔寺，正是日落黄河时。兰州碑林已谢客，却听风铃诵古经。”有点闲云野鹤之风了。王涌还很年轻，我希望他仍然是那只“唤春耕”的喜鹊。

王涌说他最喜欢读龚自珍的诗，与我爱好一样。他说在我的诗集《信是明年春再来》中，他最喜欢的一首诗是1965年1月我写的《七律·读龚自珍咏史后仿作》。既然他喜欢，就录于此，与王涌共勉：

气寒华夏十五州，
沉沉云雪压暖流。
八旗子弟操全算，
九门新贵踞上游。
罗成高枕铜雀梦，
廉颇饭饱瓦全求。
英烈有灵当尔问，
难道饮刃为封侯。

我期待王涌的好诗。当然，我更希望他即将出版的这部作品《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》是一部经得起考验的学术珍品。



2019年
9月5日

内容摘要

本书运用分析法学的的方法对民法上的核心概念——私权，做了系统研究。全书共分三编，第一编为“私权的分析方法”，第二编为“私权的类型分析”，第三编为“私权的法律建构”，三编计九章，前设导论“分析法学与民法方法论”，后设结语“分析法学与中国民法典”。

导论“分析法学与民法方法论”界定了“中国民法学”之含义，主张区分民俗民法学与分析民法学，论述了作为民法方法论的分析法学之源流及其精神。

第一章“私权的概念”考察了权利概念的语源及其意义，回顾了私法与公法划分的种种理论，主张在市民社会与政治国家二元化的社会结构中，主体形式论应是私法与公法划分的基本标准。

第二章“霍菲尔德的权利分析理论”系统介绍了霍菲尔德的权利分析理论及其在当代道义逻辑与人工智能领域的运用。

第三章“私权的结构”在霍菲尔德的权利分析理论的基础上，建立了一个关于私权的一般分析模式，论述了人、行为、物在私权结构中的位置，并将霍菲尔德的权利分析理论与德国民法学的权利形式理论作了初步比较。

第四章“所有权概念分析”运用第一编所建立的分析方法，比较了不同法系传统中的所有权概念，分析了所有权概念所指向的若干可能的法律关系，并特别强调所有权概念还指向一种权利推理的规则。

第五章“不完全所有权：信托财产关系的结构”运用所有权概念的本质理论分析了信托财产的结构，描述了一种新型的所有权结构——不完全所有权，还分析了物权法定主义与信托法的关系。

第六章“财产权谱系与财产权法定主义”从“对世权是财产权的本质”这一逻辑前提出发，运用霍菲尔德的术语，系统研究了财产法总论的问题，主张：财产权概念的外延是广阔的，不应限于有体物财产，应涵盖无形财产权；不应限于法典中列举的财产权，应涵盖被忽略的单行法所创制的隐蔽的财产权；不应限于私法创制的财产权，应涵盖公法创制的财产权。财产权的形态虽然纷繁复杂，但从最简单的形态——公物，到最圆满的形态——所有权，中间存在许多形态。财产权从单纯的排他性到复杂的可转让性，由简及繁，可以形成一个清晰的财产权谱系。财产权的排他性和可转让性必须由法律规定。财产权法定主义是财产法的基本原则，财产权法定主义的最本质的两个要素是：一是财产权中的对世排他力需法定，二是财产权中的对世排他力的转让需法定。“权利法定类型化”是财产权法定主义得以实现的立法技术。中国民法典应设财产法总则，对财产权的基本问题和共同问题作出规定，应对实践中复杂的财产权问题，并保障民法典体系的完整性。

第七章“私权的设定”论述了民法上私权建构的一般法律技术，即法律概念论与法律规范论，区分了规则与原则这两个基本的法律规范形式，考察了它们在私权设定中的不同功能。此外，还论述了宪法与行政法在私法关系上的效力问题。

第八章“私权的冲突”辨析了法条竞合、权利并存与权利冲突等基本概念，区分法律上的冲突与事实上的冲突这两种不同的权利冲突形式，论述了私权在法律上冲突的一般推理规则，分析了私权与公权冲突的形态，强调宪法在解决私权与公权冲突中的重要意义。

第九章“私权的救济”从法律关系的角度对救济权概念作了一般定

义，分析了救济权的四种基本形式及其与诉讼形式的关联，分析了侵权行为法的内在逻辑，强调了民法责任的财产性质及其合理性。此外，还分析了私权的刑法救济与侵害，论述了犯罪的“违法性”要件的认定中的私法与刑法的关系。

结语“分析法学与中国民法典”认为法典编纂与分析实证主义的兴起是中国民法发展的趋向，并指出中国民法典的编纂面临的三个重要问题是融合不同法系之传统、吸收中国本土习惯法、解决社会新问题，以及分析法学在其中可能发挥的方法论的作用。

前言

我试着把数学和科学的准确的演示方法带到
一向只有模糊的推测的领域里去。

我喜欢准确，轮廓分明，
而恨迷雾般的模糊。

——罗素《记忆里的肖像》

一、题解

本书的书名“私权的分析与建构”可能不太好理解，它不是传统民法学的话语，易给人一种“不知其所云”的感觉，所以，用一些笔墨作一番题解是必要的。

实际上，本书的题目原为“民事权利的一般理论”，这显然要通俗易懂得多，但是，之所以改为“私权的分析与建构”，原因在于，一是本书倾向于以私权的概念取代民事权利的概念，以强调民法的私法性质，所以，在题目中不再使用民事权利这个概念。二是本书主要是运用分析法学的方法和观点来建构私权（民事权利）的一般理论。分析法学的在民法学研究中的应用大约有两个方面，一是法律概念论，它主要着眼于对私权（民事权利）概念及具体的私权类型的概念的分析；二是法律规范论，它主要研究具体的私权是如何在法律体系中通过法律规范建构起来的，所以，为了突出这一点，本书没有使用“一般理论”这个笼统的说法，而是代之以“分析与建构”两个词，并辅以副标题“民法的分

析法学基础”，以表明本书是要以分析法学的法律概念论与法律规范论来建立一个关于私权（民事权利）的一般理论。

正是出于以上考虑，本书的书名最终定为“私权的分析与建构：民法的分析法学基础”。

二、私权（民事权利）分析理论的贫困

从民国时期乃至今日，我国的民法教科书中关于民事权利（私权）的一般理论的那一部分内容总是极为简略，无非是所谓意志说、利益说、自由说之机械罗列，而这些论述只起到了花瓶一般的装饰作用，它只是为了保持一种体系上的完整性而已，却为一代一代的民法教科书毫无反思地加以沿袭，而对于具体的民事权利（私权）类型的分析根本起不到方法论上的直接作用，所以，学生们在研习民法时，这一部分往往可以忽略不看，也没有价值去看，而教师们在教授这一部分时，也往往一带而过，因为乏善可陈。我以为这种现实不应延续下去，关于民事权利的一般理论，特别是关于私权分析的方法论理论必须丰满起来，它不仅应当成为中国民法学理论的一出重头戏，也应当成为中国民法学教育的重要内容。

二十几年前，谢怀栻先生的一段话仍应作为我们的工作指南：“民事权利是民法里带根本性的重要问题。不论主张在民法中应以权利为本位，或以义务为本位，或应对权利义务并重，都必须重视对民事权利的研究。这种研究，有了民法就已存在。随着时代的发展，民事权利的种类、各种权利的性质和内容都在发展，这种研究工作也应随着发展，不应该停留在原来的水平上。”^[1]

三、本书的思路与方法

完善民事权利理论需要有三个方面的努力，一是自然法学的，研究私权的价值因素；二是社会法学的，研究私权的事实因素；三是分析法学的，研究私权的逻辑因素。从本书的副标题“民法的分析法学基础”中就可以看出本书的工作思路主要是分析法学的。

“民法”是大陆法系的事物，而“分析法学”则主要是英美法系的事物^[2]，将来自两个不同的地域的品种捏合在一起，这就是本书的主要工作思路，所以，本书多少有点像一位农学师在做一项“杂交”实验。

四、本书所要解决的问题和本书的结构

一个完整的实在法的体系，在逻辑上，大约应当包括以下三个因素：一是概念，二是法律规范，三是法律体系的结构。民法以私权为核心概念，民法也可以称为私权法，如果我们暂不考虑私权之上的价值因素和社会因素，只考虑它的逻辑因素，那我们就会面临一个尽管抽象但很实在的问题，即民法是采用了怎样的技术建构了一个私权的法律体系？或者说，反过来说，我们是否可能对民法中的基本概念、法律规范和体系之结构作一番分析，以发现其中的一般规律，以使我们能够更加深刻地理解民法是一种怎样的符号和逻辑体系。

实际上，很久以前，分析法学家们就开始做这项工作了。对应于上面所说的民法体系的三个要素，分析法学的的工作至少也可以分为三种，一是对民法基本概念私权以及具体类型的私权概念如物权和债权的概念的分析，二是关于民法规范的一般理论的研究，三是对民法体系之结构的一般理论的研究。当然，许多分析法学家的著作并不仅仅局限于民法的范围，但是，对于民法问题却是涉及颇多。

本书的宗旨就是将分析法学对于民法的理解作一系统的阐述，所以，本书的内容大概也包括以上内容，其结构安排如下：

本书第一编主要侧重于私权概念的分析，以霍菲尔德的权利分析理论为基础，建立一个关于民法上各种私权概念的分析的一般方法论。

第二编则将第一编所建立的分析方法论用于对民法上的所有权及其相关概念他物权和财产权的分析，并阐述财产权谱系与财产权法定主义的基本原理。

第三编则研究私权的设定、私权的冲突和私权的救济等问题。

简而言之，本书的第一编和第二编主要侧重于私权的静态分析，第三编主要侧重于私权的动态分析，所谓静态分析即对已经“凝固化”的私权概念以及私权类型的内在结构与要素的分析，而所谓动态分析则是对法律上关于私权的体系是如何建立起来的和司法实践中关于私权的推理的问题的分析，主要涉及民法规范、民法推理与民法结构等内容。

五、术语释例

民法学中的术语是本书十分关注的一个重要问题，由于本书采用的是英美分析法学的方法，所以，在分析民法问题时所采用的术语与传统民法学的术语会有所不同，加之，由于法学中的诸多概念如权利、自由、权力、豁免、义务、责任等被人随意滥用，它们在语义学上的指向已经模糊不堪。所以，本书极有必要在前言中对本书所使用的术语作统一的说明。

本书所使用的术语，采霍菲尔德的用法，如果书中不作特别说明，它们指向下列含义：

（狭义）权利：指有权要求他人做什么或不做什么。

义务：指必须做什么或不做什么。

无权利：指无权要求他人做什么或不做什么。

自由：指可以做什么或不做什么。

权力：指创设、变更或消灭特定法律关系的法律上的能力。

责任：指承受行使权力者所形成的法律关系。

无权力：指无法律上的能力以创设、变更或消灭特定的法律关系。

豁免：指某人处在这样一种法律地位上，自己所参与其中的某特定法律关系不因他人的法律行为而产生、变更或消灭。

（广义）权利：是上述的（狭义）权利、自由、权力、豁免等法律上的利益的总称。

本书之所以强调术语的精确性，并不是要将通俗的问题复杂化，只是认为这是法学发展必然要迈出的一步，正如康德所说：“想把主题写得大众化是不可想象的；相反，我们却要坚持使用学术性的精确语言，尽管这种语言被认为过分烦琐。但是，只有使用这种语言才能把过于草率的道理表达出来，让人明白其原意而不至于被认为是一些教条式的专断意见。”^[3]

六、其他要说明的问题

关于参考文献 为了更清楚地表明本书中的某一重要观点和方法的理论来源，同时展示分析法学在某一重要问题上的学术传统和文献谱系，本书列出参考文献，主要是分析法学的或涉及分析法学的经典著作和论文，其他的，即使也被本书引述的，但只是作为一般的资料引述的，或作为分析的或批驳的对象而引述的，则不列入参考文献的目录之

中。关于民法的分析法学式的研究，汉语的经典著述几乎空白，所以，本书的参考文献目录所列的均是英文文献。

关于注释 本书的写作并不以构建一个完整的理论体系为“野心”，只是尝试着将一种新的方法运用到民法研究中去。在此种尝试过程中，有一些观点已相对比较成熟，但是，生涩的地方仍比比皆是。那些尚不成熟的、尚不宜登大雅之堂的观点，本书就将其暂放在注释中阐述，这样，在严谨与开拓之间保持一种必要的张力与平衡。

关于本书的意义 从表面上看，本书的主题离中国法治的现实很远，但实际上它又离中国的法治现实很近，因为法治在很大程度上依赖于言语与概念的技术，而关于这种技术的探讨正是本书的工作。

[1] 谢怀栻：《论民事权利体系》，载《法学研究》1996年第18卷第2期。

[2] 大陆法系学者，例如北欧学者也有分析法学传统，他们通常将该学问称为：“the Doctrinal Study of Law”，见Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Dordrecht Heidelberg 2011, p. 19.

[3] [德] 康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版，第4页。

导论 分析法学与民法方法论

第一节 民法学中的知识类型与分析法学的地位

一、中国民法学之含义

民法（civil law），从狭义的层面理解，这一概念特指以罗马—日耳曼法为渊源的欧洲大陆的私法，所以，大陆法系又称为民法法系。在这一意义上，民法是一个相对封闭的体系，如果它偏离了罗马—日耳曼法的本原，它就不成其为民法了。但是，从广义的层面理解，民法也就是私法，或者说，民法是私法的基本法，在这一意义上，民法应当是一个相对开放的体系，而限于某一法系。我认为，当我们说中国的民法学时，这里的民法学应当是指后一层面的意义，尽管历史上的中国民法学主要继受大陆法系。

作这样的定位是很重要的，因为它涉及我们对于中国民法学的知识类型的理解，也涉及我们对于现今中国民法学研究状况的评估和反思，更涉及未来中国民法学知识体系的建构。

二、知识的类型：民俗的与分析的

知识由概念构成，概念的类型决定知识的类型。美国法律人类学家波赫南（P.J. Bohannan）将概念分为两类，一类是所谓的“民俗的”，另一类是所谓“分析的”。民俗的概念属于一个民族固有的概念体系，是一个民族在其漫长的发展过程中逐渐形成的概念，而分析的概念则不属于

任何“民俗体系”，它是社会科学家的分析工具，是“社会学家和社会人类学家多少凭借科学的方法创造出来的概念体系”。^[1]

波赫南的理论提醒我们，大陆法系的民法学在很大程度上是一种民俗化的概念体系^[2]，主要是罗马民族的民俗产物。当然，罗马法延续至今日，其间也经过了注释法学、概念法学的改造和加工，在罗马法这一民俗的概念体系中已经掺入大量的分析性的概念，但是，这些分析性的概念并没有彻底改变罗马法原有的基本结构，它们只是附着在罗马法原有的民俗性的概念之上，协助罗马法这个古老的法律结构去应付现实社会。

三、民俗民法学与分析民法学

根据以上的论述，我们可以将民法学中的知识初步分为两类，一类是历史演变而来的具有浓厚的民俗色彩的知识，另一类是理性建构的具有普适性的知识。实际上大陆法系中的以罗马法和日耳曼法为基本内容的民法学主要是历史演成的知识，而现代分析法学则主要是理性建构的知识。前者可以称为“民俗民法学”，而后者应用于民法学研究中时，则可以称为“分析民法学”，未来民法学的发展必将在这两种知识之间的张力之中展开。^[3]

分析法学从来不认为一种绵延千年的民法结构就是民法天经地义的结构，它只认为，民法的内在机理是恒定的、统一的，而民法的内在机理所演绎出来的民法外在形态却可以是幻化无穷的，罗马—日耳曼体系的民法结构只是无穷可能性中的一种而已，正如所有的语言的内在结构是恒定的统一的，但是，各民族语言的具体形态却是多姿多彩的。一个不了解其他民族的语言的人，也不可能真正理解自己民族的语言。我们也可以说：一个不了解分析民法学的人，也不可能真正理解自己民族的民法。约翰·奥斯丁在研究法律时，他对于亚里士多德的逻辑学的重视

甚于对罗马法的重视^[4]，而亚里士多德的逻辑学则是分析法学的逻辑基础。

也许历史已经验证，罗马—日耳曼法体系的民法结构可能是最适合市民社会生活和最适合普通民众智力的一种结构，不过，这并不能说明它是完美无缺的，它就是最科学的。当然，我们也必须切记，法律是一个十分奇怪的家伙，对于法律来说，最科学的不一定就是最好的，这也是分析民法学有时“吃力不讨好”的地方。

实际上，在很多情况下，将一种活生生的民法学知识机械地标以民俗民法学或分析民法学是不妥当的，如罗马法作为一种民俗民法学，其中已经包含大量十分精致的分析性概念。布莱克斯通在撰写《普通法释义》时，就是将罗马法的概念和结构作为一种分析性工具，来整理和解释普通法的。^[5]北欧的学者，例如18世纪瑞典学者哈勒学派（Halle School）的代表人物尼尔曼（David Nehrman-Ehrenstrale），主张接受罗马法，主要目的在于将罗马法作为一种理论框架和分析工具，研究和分析本国的传统私法。^[6]这也是罗马法后来流传至广的原因所在，否则，一种纯粹民俗的法律是不可能征服世界的。

四、分析民法学之功能

分析民法学对于民俗民法学可以承担一种反思、理解和批判的功能，帮助我们更为深入地理解一种民俗民法学，就像西方的自然科学可以帮助我们理解中国的一些古老的生产技艺一样。

中国大陆的民法学说主要经台湾地区而继受德国。但是，由于我们缺乏一门纯粹法律科学（分析民法学）作为学智上的支撑，所以，对德国和台湾地区的民法理论缺乏内在的反思能力。因此，现在的中国民法学研究似有不少困惑，我们往往纠缠在一些抽象的他国法律问题之中，

尽管他国的法学问题未必就是我们的现实问题，但我们不得不按照他们的民法概念所限定的方向研究下去，而无法超越和突破民法学在历史上所形成的既定概念。如物权和债权的区分一直主宰着我们对一些新的财产权利的认识，并滋生众多模糊观念。^[7]

有学者指出：“中国已经积累了按照本国需要和国际规则创制法律的经验，形成了兼容并蓄和博采众长的自信，完全没有必要再走继受某一外国法律的回头路。我们应当借鉴外国法律，但是这种借鉴应当是开放的和灵活的，而不是只认一个体系，一个法典，一个模式。”^[8]但要在民法典的制定中真正做到兼容并蓄和博采众长，我们必须有一个关于法律分析的一般方法论作为基础，因为这个一般分析的方法论实际上发挥着一国法学的“肠胃消化”和“肝脏造血”的功能。^[9]

五、民法学中的其他知识类型

此外，还需说明的是，关于民法学中的知识类型仅仅上述二元分法还不够全面，民法学还应包括其他几种知识类型^[10]：

一是教义民法学或民法解释学，法律教义学（legal dogmatics）是一种将某一价值体系视为绝对的权威，并依据对其所作的“解释”提出主张的法律学，因为它是一种与神学具有相同属性的“学问”，所以称之为法律教义学。实际上，在日常的司法活动中，法官和律师所从事的工作都是教义民法学或解释民法学的工作。^[11]

二是非严格法学意义上的民法学，即以民法现象为研究对象的社会科学，如民法经济学、民法社会学，它们已经不是规范性质的学科，而是事实性质的学科，它们只是经济学或社会学的分支，而不是严格法学意义上的分支，但是，它们的方法已被民法学者广泛地运用于民法研究特别是商法研究之中。

分析民法学、民法教义学与民法社会学研究角度之不同在于，前者是法的内在视角（internal point of view），后者是法的外在视角（external point of view）。^[12]

也许，有人会提出这样的问题，我们平常所使用的冠以“民法学”的教科书中的内容是一种什么样的知识类型，简单的回答是：它是一个大拼盘，它既含有民俗民法学，因为罗马法在今日的中国民法中仍据重要地位；它也含有分析民法学，因为它也对许多法律概念和法律结构作严谨的逻辑分析；它也含有教义民法学，因为它要阐述现行的中国民法制度；它甚至含有民法经济学和民法社会学，因为它要主张和论证为什么一种民法制度是合理的或者是荒唐的。

六、绘制民法学知识地图之意义

以往，很少有学者对民法学的知识类型作过分类，但是，今天我们必须描绘一幅民法学的知识地图，因为依凭这幅地图，我们才可能理解我们所从事的一项具体的民法研究是一种什么性质的研究，才可能理解不同性质的民法学研究在方法论上的界限，才可能理解中国的民法学正处在一条什么样的路途上，才可能理解中国民法学已经做了哪些工作，哪些工作做得很好，哪些工作做得不好，哪些工作还没有开始做，哪些工作还没有想到要做。

客观地说，对于民俗民法学的研究，中国法学者已经做了不少工作，因为我们的民法制度就是以罗马—日耳曼民法为基本结构建立起来的，但是，我们也似乎将它视为民法学的全部了，进而将它视为天经地义，却很少反思民法学还应当包括其他什么。当然，民法解释学在一种世界性的哲学潮流的影响下已被中国民法学家重视，但是，研究还远远不够深入。而分析民法学的方法如概念分析和逻辑分析，我们也在不知不觉地使用，但从未确实地将其视为一种独立的民法学知识。如果一种知

识的独立地位没有得到确实的认识与肯定，它不可能获得系统地研究，所以，分析民法学的研究在中国基本是空白，分析法学对于中国民法学研究的影响十分微弱。

第二节 分析法学的源流和精神

一、分析法学的概念和范围之界定

作为法律本体论的分析法学与作为法律方法论的分析法学

所谓“分析法学”具有两个层面的涵义：一是作为法律本体论（**Ontology**）的分析法学，二是作为法律方法论（**Methodology**）的分析法学。作为法律本体论的分析法学主张区分“实际的法”和“应该的法”，否认法律与道德的必然联系，坚持“恶法亦法”论，认为法律的本质在于法律的实在形式，而不是蕴涵于法律之中的虚渺的“自然法”价值，更不是法律的实际社会运作行为；作为法律方法论的分析法学主张，法律研究应注重从逻辑和形式上分析实在的法律概念和规范，并形成了一套以逻辑分析和语言分析为基础的系统而精密的法律分析方法。作为法律本体论的分析法学和作为法律方法论的分析法学一般是融合一体的。笔者认为，作为法律本体论的分析法学的主张无视法律的价值和事实因素，未免失之褊狭，但是，作为法律方法论的分析法学则是一笔珍贵的财富。

英美分析法学以及其他国家的分析法学

此外，分析法学这一概念在其外延上也具有两个层面的意义。在狭义上，分析法学仅指英美国家的以边沁、奥斯丁为渊源的实证主义法学流派；在广义上，分析法学则指法学史上一切以分析实证主义为基本精神和方法的法学流派。所以，在这里，我们将注释法学、概念法学

等流派全部纳入分析法学的范畴之中。

分析法学是当人类法律文明发展到比较成熟的状态时才出现的一个法学流派，一个比较成熟的法律一般都包含三个因素，即价值、事实和逻辑，法律所包含的逻辑因素构成分析法学赖以成立的基础。罗马法是人类法律文明发展史中一个较早成熟的法律现象，所以，11世纪至15世纪以罗马法为主要研究对象的注释法学和19世纪德国概念法学实际上已经包含相当充分的分析法学的萌芽。之后，随着资本主义经济的发展对法律的系统性和精确性的要求愈加急切，法律的形式因素即逻辑因素的重要性日益凸显，一种更为完整的法学形态——现代英美国家的分析法学的出现就成为必然的趋向。下面，我们以分析法学对基本法律概念的分析为线索，简单梳理一下分析法学的源流。

二、分析法学源流：以法律概念分析为线索

英美法系与大陆法系是两个迥然相异的法律传统，前者以经验主义为哲学基础，后者以理性主义为哲学基础。前者正如庞德所言：“具有代表性的普通法学说是相信经验而不相信抽象概念，宁在经验的基础上，向每一个案件中正义所需要的那样，由一案到下一案谨慎前行，而不是事事回首求诸设立的一般性。”而后者正如韦伯的理解：“法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上，形式上达到那么一种程度，法律制度的内在因素是决定性尺度；其逻辑性也达到那么一种程度，法律具体规范和原则被有意识地营造在法学思维的特殊模式里，那种思维富于极高的逻辑系统性，因而只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里，才能得出对具体问题的判断。”^[13]韦伯称大陆法系的这种方法为法律的形式主义。

大陆法系注重法律概念的精确和法律的体系化，其缘由，一方面是由于罗马法的传统，另一方面是17世纪欧洲自然科学的发展，人类的理

性获得巨大的成功，科学的方法从数学和自然科学领域延伸到法学，尤其是几何学的方法对法学影响尤甚。

大陆法系的法学家和哲学家试图运用几何学的方法论创建新的法理学，先驱人物和代表人物当属莱布尼茨（G.W.F Leibniz）。莱布尼茨深入且系统地研究了罗马法，并将罗马法和古希腊的几何学进行比较，认为两者方法论在本质上是一致的，皆是从基本的公理和原则出发，逐步推导出整个体系。在此基础上，莱布尼茨主张法典化。^[14]

莱布尼茨之后，在法学中力推几何学方法的代表人物是莱布尼茨的学生——克里斯蒂安·沃尔弗男爵（Wolff, Christian Freiherr von, 1679—1754）。他将莱布尼茨的哲学加以系统化和通俗化。他在他的两部法学著作^[15]中，采用几何学的范式，重新排列现行法，并将法律推理变得更加精确和优雅。^[16]沃尔弗男爵谈及法律与几何学的关系时说：“除非跟随欧几里得脚步，跟随更为真实更为严格的法律逻辑，法律才能清晰起来。术语需要精确的定义，前提需要充分论证，概念需要适当的排列，这样法律推理的结果才能得到完整的理解。”^[17]

在理性主义哲学的影响下，分析法学的萌芽首先出现在大陆法系，法国的注释法学和德国的概念法学就是分析法学在欧洲大陆上的两个主要源流。当大陆法系的法学家沉浸在理性思辨之中时，普通法系的法学家却正陶醉在对经验的绝对信任之中。也许是“物极必反”的缘故，18世纪，衍生于经验的普通法，由于缺乏理性的整理，已经长得实在不像样子了，含混繁杂，百病俱生，在这种背景下，分析法学在普通法系中萌芽了。它的出现最初是以“医治普通法的病”为己任的，最后却成为一支在学术成就上远远高于注释法学和概念法学的现代分析法学流派，这倒是应了一句中国的古谚：“久病成医。”

分析法学源流之一：注释法学

注释法学是西欧11世纪末到15世纪出现的一支与神学相对抗的法学流派。由于罗马法随罗马帝国的崩溃而销声匿迹，在中世纪神学统治的时期，曾经辉煌一时的罗马法已经鲜为人知了，直到1080年，罗马法的重要文本《学说汇纂》在意大利被重新发现。

面对这一发现，人们的心情如同当年发现散佚时久的《旧约全书》抄本一样激动。^[18]于是，抄录与研究《民法大全》成为当时的时尚，数年以后，博洛尼亚大学诞生。在一位杰出的教师古阿内留斯的影响下，博洛尼亚法学院逐步成为研究罗马法的中心，并成为注释法学的发源地。注释法学的主要工作和贡献，正如伯尔曼在《法律与革命》中所描述的：注释法学家“通过运用其学识赋予历史积累下来的大量法律法规以结构和逻辑性，从而使各种新的法律体系得以从以前几乎完全与社会习俗和一般的政治和宗教制度混为一体的各种旧法律秩序中脱胎出来”。^[19]

关于注释法学的研究方法，我们不可不提及希腊哲学。希腊与罗马是古代的两个极有天赋的民族，希腊人的天赋表现在理论上，而罗马人的天赋表现在实践上，可以说，哲学特别是亚里士多德的逻辑学是希腊人天赋的表现，而罗马法则是罗马人天赋的表现。在注释法学那里，这两个民族的天赋被结合到一起了，这种结合充分体现在注释法学的方法上。

注释法学在其发展前期（13世纪之前）所运用的方法是一种经院主义的方法^[20]，将希腊学者亚里士多德的逻辑学运用到对罗马法经典文献的解释与整理上。这种方法是：预先假定罗马法经典文献的绝对权威性，它们被认为包含着一种综合性的和完整的体系，同时，它也假定文本里可能存在着疏漏和矛盾，然后，采用逻辑的方法填补其疏漏、消弭其矛盾。

13世纪下叶至15世纪，注释法学对罗马法的研究发生了重要转变，

不再拘泥于对罗马法的经典文本的注释，以奇诺和巴尔多鲁为代表的注释法学家在前期注释的基础上，开始提炼法律概念（如物权与债权的概念），归纳基本规则，抽象一般原则，建立法律的分析结构，不仅使粗糙、散乱的罗马法体系化，同时也使法学成为一门独立的科学。所以，后期的注释法学又称为评论法学。

分析法学源流之二：概念法学

罗马法及其注释法学的影响也渐渐渗入德国，1495年神圣罗马帝国的帝国法院开始采用罗马法。在继受罗马法的过程中，德国人以其天生的“概念”倾向与天赋，也造就出一个具有浓重的分析实证色彩的法学流派，这就是概念法学。

概念法学源于19世纪中叶以后由历史法学演变而来的“潘德克顿法学”，它同样以罗马《学说汇纂》为其理论体系和概念术语的历史基础，强调对法律概念的分析 and 构造法律的结构体系。概念法学的发端起于潘德克顿法学家普希达，集大成于温特夏特。概念法学十分迷信法学家的理性能力，认为理性建构的法典足以涵盖和处理一切的社会问题。他们有一种执著的追求，就是将法律设计成一种精美绝伦的形式，当人们考察某一具体的社会事实中所包含的法律关系时，只要依循严格的逻辑，通过“概念的演绎”，就可以得出精确的结论。日本民法学者加藤一郎曾对概念法学下过一个定义：“所谓概念法学，指仅依形式的三段论法进行判断，即以法律规定作为大前提，以具体的事实作为小前提，然后，依三段论法引出机械的、形式的结论。从来的概念法学就是如此。这正像自动贩卖机，从上面投入事实，在其中适用预先决定的所谓法律规定，然后从下面自动出来结论。”^[21]著名的法社会学家韦伯所处的时代也正是概念法学发达的时代，韦伯所说的法律形式主义（formalism）就是针对概念法学而言的。

尽管概念法学关于法律推理的理想不免天真，但是概念法学所提炼

的种种抽象而精致的法律概念，如法律行为等，仍是现代民法学的重要理论基础，尚难以超越。应该说，概念法学对于法律概念精益求精的态度无可厚非，因为作为法学者和立法者，尽可能地将纷繁复杂的社会现实概括至一个严谨的法律概念系统之中，这是他们的天职，也是法治本身性质的要求，而那些不求抽象的概念提炼和严谨的逻辑推理，慷慨地将自己的工作留给法官，这倒是一种懒惰的做法，也悖于法治本身的性质。所以，中国法学家对于概念法学的过分批评是轻率的和肤浅的。实际上，概念法学在西方法制史上功勋卓著，概念法学大师温德夏特主持起草的《德国民法典》仍是现代国家民法典的典范，西方法学家盛赞《德国民法典》是“法律的优等计算机”和“异常精确的法律的金线精制品”。

当然，在20世纪，社会剧烈变化，新问题和矛盾层出不穷，概念法学这台“优等计算机”也错误频频，“自以为是”的纯粹形式与概念的推演显然不能满足现实社会中人们对于正义的希求，概念法学由此名声扫地。而对于概念法学抨击最为猛烈和刻薄的却是潘德克顿法学派的“逆子”耶林。[\[22\]](#)

其实，概念法学本质上是法律的一种方法，这种方法本身是不应当受到批判的，应受批判的只是那种“将这种方法视为法律之全部”的极端做法，但是，许多人在批判概念法学时，却将这种方法也抛弃了，把事情搞得乱糟糟的。因为法学之所以成为法学，乃至法治之所以成为法治，就在于它的最本质的方法就是概念法学的，它通过概念的建构形成规则。如果抽取这一条，法学不成其为法学，法治也会变为人治。

在总结耶林对概念法学的批判时，拉德布鲁赫所说的一段话是十分冷静和公道的：“法律构造，即概念法学，早已被耶林，现在又被自由法学派的个别追随者当做猛烈攻击的对象，但是，这种攻击实际上根本不是针对法律的构造（概念法学），而只是针对一种虚假的构造方

式。”^[23]我想，这一段话可以送给那些喜欢抨击概念法学却又总是抨击得过头的人。

概念法学在19世纪末期之后，以法学家梅克尔、波斯特、迈尔为代表，概念法学逐步转变为德国实证主义法学派，又称新概念法学，它也是分析法学家族中的一个支流，不过，同英美国家纯正的分析法学相比，它的思想渊流并不源自边沁和奥斯丁的传统，而是植根于德国本土的法学传统，即历史法学和概念法学。分析法学从不同的法系和国度独立地滋生和发展起来，这也说明分析法学是法治与法学发展的内在趋向和要求。

在这里，需要说明的是，上文已经指出狭义上的分析法学是指英美国家的分析实证主义法学，而概念法学则是德国的土生土长物，但是，两者在方法上是一致的，所以，许多学者将两者相提并论，如日本民法学者加藤一郎的描述：“在英美，虽没有与概念法学直接对应的用语，但有形式论者（formalist），或者称为分析法学（analytical jurisprudence）的思考方法，可以说，19世纪到20世纪初概念法学的思考方法占了支配地位。”^[24]

分析法学源流之三：现代英美国家分析法学

18世纪的欧洲处在“理性主义”的时代，以理性主义为哲学基础的自然科学取得了巨大成就，以孔德为代表的社会科学家开始尝试运用自然科学的方法研究社会现象，这就实证主义的肇始，实证主义成为分析法学诞生的重要哲学背景。

现代分析法学的历史就是从当时的英国法学家边沁（Jeremy Bentham）的著作《法律总论》开始的。边沁认为，源于英国习惯法的普通法是与“理性主义”时代格格不入的一种法律制度，必须加以彻底的改革，但是，当边沁进行具体的法律问题研究时，许多始料不及的困

难使他愈益感到系统地分析法律制度的逻辑结构是一项十分必要的基础工作，于是，边沁在《法律总论》中开始了这一基础工作。《法律总论》从法律的渊源、法律的主体、法律的客体、法律的范围、法律的方式、法律的强制、法律的表达和法律的补救八个维度对法律进行了实证分析，成为现代分析法学的开山之作。边沁的另一篇著述《民法典的原则》则将分析法学的的方法用于民法研究，开创了“分析民法学”的先河，其中关于“财产”概念的分析至今仍是英美财产法的重要理论渊源。

边沁的学生奥斯丁的分析法学的思想的影响就更为深远，他十分注重对基本法律概念的实证分析，诸如“权利”“义务”“自由”“物”“行为”“故意”“过失”等法律概念经由他的分析之后从以往的混乱逐步趋向明晰。奥斯丁的经典著作《既定的法理学范围》和《法理学讲义》从研究范围和研究方法等方面确立了分析法学的独立地位。

美国也深受英国分析法学的的影响，自独立战争之后，美国的法律逐步趋向以逻辑演绎为本质特征的形式主义（formalism），特别是在18世纪后期，法律的形式主义表现就更为明显。1870年哈佛法学院院长蓝德尔（Christopher C. Langdell）创立的案例分析法（the case method of legal instruction）则为法律的形式主义（法律推理）提供了一套分析法学的的方法。蓝德尔认为：法律由有限数目的基本理论和原则所组成，法律发展的原则是从基本学说和概念中逻辑发展的原则。所以，他十分强调法律在形式上的一致性、客观性和可预测性。他在《合同法判例选》中从繁多的先前案例中抽取一般规则，形成合同法的规则体系，使得普通法的合同法在形式上完美起来。美国法学家弗里德曼在其名著《美国法律史》中评述蓝德尔的方法是一种“没有岩石的地质学”和“没有星月的天文学”。^[25]蓝德尔的法律思想和方法后来受到霍姆斯的严厉批评，霍姆斯在其巨著《普通法》中的开篇之语“法律的生命不是逻辑而是经验”^[26]就是针对蓝德尔的。在霍姆斯的巨大影响下，美国法学主流逐步从分析法学偏向现实主义法学，但是，分析法学依然在深入发展，蓝德

尔的概念主义（conceptualism）的案例分析法仍然统治着美国法学院的法学教育。

美国法学家格雷（John Chipman Gray, 1839—1915）也继承了分析法学的传统，他在其名著《法律的性质和渊源》中对“被保护的利益”和“权利”概念的差异以及当时特别混乱的“法人”的概念等作了细微的分析。^[27]

本世纪初出现的另一位分析法学的巨匠就是美籍奥地利法学家凯尔森（1881—1973）。他创立了纯粹法学，即规范法学，主张将法律作为“纯粹”的独立自主的规范体系进行研究，因为只有将法律理论既同正义哲学分开，又同社会学分开，才有可能建立真正的法学。所以，凯尔森的纯粹法学是关于实在法的结构和关系的学说，即纯粹的分析法学。

这里，我们还应特别提及的一位分析法学家，就是美国的霍菲尔德。1913年和1917年霍菲尔德在《耶鲁法学季刊》发表《司法推理中应用的基本法律概念》，对广义的权利—义务概念进行了系统的逻辑分析。他认为：“分析法学的目的之一是对所有法律推理中应用的基本概念获得准确的深入的理解。因此，如果想深入和准确的思考并以最大合理程度的精确性和明确性来表达我们的思想，我们就必须对权利、义务以及其他法律关系的概念进行严格的考察，区别和分类。”^[28]他将所有的法律关系化约为八个基本法律概念，他称之为“法律的最小公分母”，而诸如衡平所有权等复杂概念只是这八个基本概念的不同组合而已。霍菲尔德的分析法学思想对美国立法实践也产生了重要影响，美国法学会编撰的《法律重述》中的《财产法重述》就采用了他的上述概念分析。霍菲尔德的思路也提醒我们：对某些新的法律现象如股权和信托财产，不要急于定性，而应具体地分析其内在的要素。本书在第二章将深入地阐述霍菲尔德的理论。

分析法学源流之四：斯堪的纳维亚法律实在论

斯堪的纳维亚法律实在论也是一个不应忽视的分析实证主义法学流派，它的主要代表人物是海格斯多姆（Axel Hagerstrom）及其学生奥利维克罗纳（K. Olivercrona）、伦斯特德特（A. V. Lunstedt）和罗斯（A. Ross）等。这一学派十分漠视自然法思想，弗里德曼将之部分归因于斯堪的纳维亚缺乏强大的天主教传统的结果。当然，斯堪的纳维亚法律实在论的“最特殊且深具价值之贡献”不在于对自然法思想的批判，而在于他们对英美和欧陆分析学家关于基本法律概念的分析作出了独到的回应和检讨。其中，罗斯于1957年发表在《哈佛法律评论》上的《图图》（“Tû-Tû”）一文^[29]，对所有权的概念作了十分精妙的剖析，堪称经典，本书将在第七章作介绍。

三、分析法学的基本精神及其意义

分析法学的五项基本精神

总之，在分析法学或者说分析实证主义法学大家族内，支派林立，脉络交织，任何梳理和分类都只能是粗略的。不过，十分明显的是，它们都具有共同的精神和方法，也正因为此，它们才都被冠以分析法学之名。那么，这种共同的精神和方法是什么？新分析法学大师哈特的总结堪称权威，他认为分析实证主义法学有以下五项基本特质：

一是主张法律是人类的命令；

二是认为法律与道德或者实在法与当为法之间没有必然的联系；

三是认为对于法律概念的分析是一项意义重大的工作，它不同于对于法律的来源与运作的历史学和社会学的研究，也不同于自然法学的方法；

四是认为法律体系是一个“封闭的逻辑体系”，正确的法律判决可以

从与社会目的、道德标准毫无关系的既有的法律规定中，以逻辑的方法演绎出来；

五是认为道德判断不能像事实的陈述一样，在证据的基础上以合理的推理予以确认。[\[30\]](#)

在以上诸点中，第三项和第四项是本书着重强调的，并将在本书中引入民法学的研究中，其他各项本书则不涉及。

分析法学的哲学基础：分析哲学、符号学与现象学

法学是中国学术界的“新贵”，学术新贵与工商新贵一样，给人的印象往往不好，“一身的浮躁，满嘴的油膩”，看不到深厚的哲学与人文气质，还自以为是。应该承认，中国的法学与其他学科特别是哲学的隔阂是很深的。这是一个不正常的局面。

实际上，在西方法学发展史上，法学上的任何一次进展都与哲学上的进展是分不开来，如柯勒（Josef Kohler）与黑格尔主义的渊源，凯尔森与新康德主义的渊源，哈特与分析哲学的渊源，可以说，一个新的哲学流派出现，它往往也要在法学中造就一个相应的法学流派及其思想领袖。[\[31\]](#)

分析法学的哲学基础是分析哲学，以及相关的符号学（包括语义学）等。

分析哲学（**Analytic Philosophy**）是以语言分析为首要任务，以逻辑分析为主要方法，旨在建立所谓的科学的哲学，它包括逻辑原子论、常识实在论、逻辑经验主义、日常语言学派、实用主义的分析学派、批判理性主义和历史社会学派等，它形成于20世纪初的英国，是第二次世界大战以后英语国家中影响最大的哲学思潮。分析哲学将语言分析视为哲学研究的首要任务，强调从纯粹逻辑的观点分析语言的形成和结构，

主张建立严格精确的“科学的”哲学，反对一切以思辨为基础的传统哲学。德国哲学家弗雷格是分析哲学的先驱，他的数理逻辑及语言哲学思想为分析哲学的创立奠定了基础，至1905年罗素发表《论指称》一文标志分析哲学的正式形成。

符号学（**Semiotics**）则是一种关于符号的构成及符号变化规律的科学理论。所谓符号是指交际过程中用来传达某种信息的有意义的媒介物。如法学中的种种术语和概念其本质都是符号。洛克在《人类理智论》中认为：符号学的职责“在于考察人心为了理解事物，传达知识于他人时所用符号之本性”。皮尔士、索绪尔、卡西尔以及弗雷格的思想是符号学的主要理论来源，但是，系统建立符号学的则是美国哲学家莫里斯，他认为符号学所研究的符号主要应是人类的语言，它应当研究三种类型的关系：符号与其对象的关系、符号与人的关系、符号之间的关系，研究这三种类型的关系的学科则分别是语义学、语用学和句法学，符号学就是由这三个部分构成的一个整体。^[32]

1913年霍菲尔德发表《司法推理中应用的基本法律概念》一文时，正是索绪尔发表关于语言的基础的著名演讲的第三年，而该演讲构成了欧洲符号学的基础。^[33]霍菲尔德可能以为他当时只是在从事分析法学与财产法的研究，其实，他是在系统地研究法律符号学。^[34]

现象学（**Phenomenology**）的方法与分析哲学的方法具有一定相似性。1957年分析哲学家J.L. 奥斯丁在就任亚里士多德学会主席职位时演讲说：“也许最好为这种研究哲学的方法使用一个比语言哲学或语言分析更少误解的名字，例如语言现象学。”^[35]显然，他将分析哲学视为现象学的一个分支。

“形态多样的成文法背后存在先验的概念与逻辑”，这是现象学的信念^[36]，其实，也是分析法学的信念。现象学特别注重“事物、概念、价