

第八輯

June 2011

論文選登

法律研究的批評性回顧

謝耿亮

羅馬法私犯之債及其種類

丁 玫

侵權責任方式與責任構成

劉家安

精要文摘

中國大陸法治與中國大陸改革的
社會動力

郭道暉

中國古代的家法族規及其社會功能

蔣傳光

基本權利概念在中國大陸的起源與演變

韓大元

對主張以三階層犯罪成立體系取代

高銘暄

中國大陸通行犯罪構成理論者的回應

羅馬法的traditio、stipulatio與私法上
無因性概念的形成

陳華彬

民事訴訟法的修訂對銀行業務的影響

霍 冰

論國際人權立法的中國化

宋方青、傅振中

研究綜述

近年中國大陸法律邏輯研究述評

王建芳

人物思想

論真納憲政思想中對宗教問題的闡述

王 希

案例評析

被害人民事賠償問題的實證分析

元 軼、李可楠

名篇譯介

西元前111年羅馬共和國銘文土地法

汪 洋(譯)

(Lex Agraria Epigraphica Del 111 A. C)

中國法學文檔

Zhongguo Faxue Wendang

中國政法大學 主編



元照

中國

法學文檔

中國政法大學 主辦

中國政法大學比較法學研究院 編輯

第八輯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

中國法學文檔／中國政法大學比較法學研究院編輯。

-- 初版.-- 臺北市：元照，2011.06

冊：公分

ISBN 978-986-255-127-1（第8輯：平裝）

1. 法學 2. 文集 3. 中國

580.7

100010356

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

中國法學文檔 第八輯

1X007PA

2011年6月 初版第1刷

主 辦	中國政法大學
編 輯	中國政法大學比較法學研究院
出 版 者	元照出版有限公司
	100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 450 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第

ISBN 978-986-255-127-1

編者序語

現代中國法制不過百餘年，現代中國法學不過百年。然而這是一個怎樣的百年！曾經幾度危亡，卻又在烈火中涅槃再生；縱然天翻地覆，卻總能在千劫百難中保持永恆；多少風雲變幻，卻總能在峰迴路轉雨過天晴後獲得光明。這就是中國的近現代歷史，這就是中華民族的命運，這就是中華民族的傳統。中國法學作為中國命運和傳統的一部分，實際記錄和反映著這種命運和傳統的一個方面。尤其是中國改革開放以來，中國法學更是在改變和發展中華民族命運與傳統方面起到了不可忽視的重要作用。而且，在未來的法治國家的追求中，在未來中華民族的興衰中，它都必將發揮愈來愈為關鍵的作用。現時中國法學的發展、進步與豐富，實際體現著現時中國社會的發展、進步與繁榮。因此，記錄現時中國法學，就是記錄現時中國社會的現實與歷史；推介法學思想與言論，就是襄助中國社會的進步與發展。而且，這種記錄和推介同時也必然會構成一種文化的宣揚與積累，從而為當今世界上其他民族國家認識瞭解中國法律文化提供途徑與材料。中國政法大學比較法學研究院創辦《中國法學文檔》，正是基於上述思想宗旨。

本此宗旨，《中國法學文檔》將根據以下幾個標準和原則對現時中國法學進行全面的審視和提取：

一、推介學術思潮：盡可能地將能夠反映當今時代和社會進步的最新學術思想的文章論著予以簡要推介，意在使學術更有時代和社會使命色彩。

二、推薦學術觀點：盡可能地將一些具有新的、獨到的、具有實踐意義的學術觀點的文章論著向讀者予以推薦，意在豐富和活躍學術論辯與交流，參與社會改革與進步。

三、推舉學術精品：盡可能地將法學界中產生的，有深厚學術積累和深入研究水準的純法學成果向學界推薦，不論其是否為流行或熱門話題，意在豐富法律文化積澱和加強法律文化傳承。

四、推崇學術人格：盡可能地宣揚能夠代表和反映獨立學術觀點、嚴謹學術作風和純潔學術品德的文章作品，以達推崇褒獎獨立完美學術人格之目的。

五、推廣學術方法：盡可能地將能夠反映新的或有價值的學術方法的文章論著向學界推廣，意在促進法學發展，提升法學水準。

以上所述，《中國法學文檔》創辦原則之大端。望法學界同仁能夠荃察此中用意與衷情，支援本刊成就既定之目的。

目錄

編者序語

論文選登

- ◆ 法律研究的批評性回顧
——法學知識地圖的初步繪製 謝耿亮 1
- ◆ 古今民主
——開放與制約的體系 韓亞棟 19
- ◆ 羅馬法私犯之債及其種類 丁 玫 32
- ◆ 侵權責任方式與責任構成 劉家安 44
- ◆ 管理意思作為無因管理要件的歷史流變 丁 超 56
- ◆ 羅馬法中的姘居制度分析 羅冠男 68
- ◆ 證券投資基金監管模式比較研究 倪鑫煜 82
- ◆ 《欽定大清刑律》與中國共同犯罪立法的近代化 林樂鳴 97
- ◆ 為中國大陸民事訴訟上的推定求解 王春子 109
- ◆ 國際控菸公約背景下的中國大陸控菸法律改革 彭艷崇 123

精要文摘

法學基礎理論檔

- ◆ 中國大陸法治與中國大陸改革的社會動力 郭道暉 133
- ◆ 西法東漸與學術自覺
——中國大陸移植外國法研究的回顧與展望 馮玉軍 137
- ◆ 法律傳統論綱 姚建宗 141

- ◆ 反思中國大陸法學界的「權利話語」
——從邱興華案切入 桑本謙 146
- ◆ 徘徊在克制與能動之間
——比較法視野下兩種司法哲學觀的對抗與抉擇 陳賢貴、洪秀娟 151

法律史檔

- ◆ 中國古代的家法族規及其社會功能
——「民間法」視角下的歷史考察 蔣傳光 155
- ◆ 專職法司的起源與中國司法傳統的特徵 范忠信 159
- ◆ 宋代司法傳統的敘事及其意義
——立足於南宋民事審判的考察 陳景良 163
- ◆ 法國中世紀法律職業階層的起源 任 超 167
- ◆ 中世紀教會法對英國衡平法的影響 冷 霞 169
- ◆ 古希臘民主城邦制與西方民主憲政思想的萌芽 胡 駿 173

憲法行政法檔

- ◆ 基本權利概念在中國大陸的起源與演變 韓大元 177
- ◆ 憲法經濟制度條款的法律適用
——從德國經濟憲法之爭談起 黃 卉 180
- ◆ 規劃行政
——現代行政法的時代課題與挑戰 郭慶珠 182
- ◆ 公共服務的發展與行政法的新任務 蔡樂渭 186
- ◆ 民營化、規制改革與新行政法的興起
——從公交民營化的受挫切入 章志遠 190

刑法檔

- ◆ 對主張以三階層犯罪成立體系取代
中國大陸通行犯罪構成理論者的回應 高銘喧 194
- ◆ 犯罪故意的要素分析模式 勞東燕 196
- ◆ 中國大陸假釋制度立法完善構想 聶立澤、徐留成 202

◆ 中國大陸刑事和解實證分析	宋英輝等	204
◆ 精神病辯護制度研究 ——基於美國精神病辯護制度的思考	賴早興	207
◆ 許霆案的刑法學分析	張明楷	212

民商法檔

◆ 羅馬法的traditio、stipulatio與私法上無因性概念的形成 ...	陳華彬	214
◆ 侵權責任法立法的利益衡量	張新寶	218
◆ 侵權法一般條款的保護範圍	王利明	222
◆ 物權行為無因性 ——邏輯的必然還是價值的衡量	吳一鳴	226
◆ 資本約束制度的進化和機制設計 ——以中美公司法的比較為核心	鄧 峰	230
◆ 激烈競爭下的變革 ——公司法判例法方法的引入	劉乃睿	232
◆ 歐盟跨界破產管轄權制度的創新與發展 ——「主要利益中心」標準在歐盟適用的判例研究	張 玲	236
◆ 論歐盟所得稅協調機制 ——兼論對中國大陸的借鑑意義	張智勇	238

訴訟法檔

◆ 民事訴訟法的修訂對銀行業務的影響	霍 冰	242
◆ 析俄羅斯民事訴訟法的新發展	李 昕	246
◆ 論民事訴訟證據裁判原則	邵 明	250
◆ 集團訴訟代表人資格研究 ——基於普通法國家的比較分析	王福華	254
◆ 民事抗訴的法治價值	王水明	258
◆ 刑事證明責任制度若干問題新探	龍宗智	262

國際法檔

- ◆ 論國際人權立法的中國化
——以民主權爲中心 宋方青、傅振中 266
- ◆ 論國內法上的「內政」概念及發展 李伯軍 268
- ◆ 論「可持續發展」概念在國際法上的意涵 鄧 烈 272
- ◆ 國際法的「有效性」新解 劉志云 274
- ◆ 國際法中的時效 王軍敏 276
- ◆ 打擊索馬里海盜中的國際合作問題研究 張建軍 279

研究綜述

- ◆ 近年中國大陸法律邏輯研究述評 王建芳 285

人物思想

- ◆ 論真納憲政思想中對宗教問題的闡述 王 希 297

案例評析

- ◆ 被害人民事賠償問題的實證分析
——從中國大陸首例貞操權案精神損害賠償被駁回談起
..... 元 軼、李可楠 305

名篇譯介

- ◆ 西元前111年羅馬共和國銘文土地法
(Lex Agraria Epigraphica Del 111 A. C) 汪 洋 (譯) 317

法律研究的批評性回顧

——法學知識地圖的初步繪製

澳門科技大學法學院 謝耿亮

導 論

「法律研究的批評性回顧」是一個大題目，其內容應由中國法學史加上西方法學史涵蓋，或由辭書和百科全書來承載，本文顯然無法完成這種工作。本文只是想為法律研究者簡要勾畫出法律研究的路線圖——由此能觀察別人研究法律大致走在哪條路徑上、方向是什麼、最終可能走向哪裡，並幫助自己判斷研究的方向是什麼、如果要達到最終目的應當選擇何種路徑，這樣才能明晰具體法律研究自學術史上意義（承接何種脈絡或譜系），亦可幫助在實際法律研究中選擇合適的研究方法或研究路徑，「避免選擇不恰當方法的困境」。¹法律研究路線圖的勾畫的實質即是區分法律研究的類型，由此當然必須以法律研究的成果——既有法學知識——區分和整理為基礎，因此亦可將此工作稱為「法學知識地圖的繪製」。

對法律研究類型或法學知識類型的區分，境內外法學家早已為之。如美國法學家羅伯特·S·薩默斯認為自然法理論和分析實證法學源於

¹ 參見Michael Salter/Julie Mason, *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*, Harlow, England: Pearson/Longman, 2007. 另參見王湧：「私權的分析與建構——民法的分析法學基礎」，中國政法大學博士論文1999年，導論，第一節。

歐洲的兩種法律理論，而美國本土則貢獻了獨特的法律實用工具主義理論（pragmatic instrumentalism，皆反對法律形式主義，包含霍姆斯的早期法律現實主義理論，杜威的實用主義哲學，龐德的社會學，盧埃林、奧利芬特和弗蘭克等人的法律現實主義），三種法律研究傳統並立。²邁克爾·薩爾特和朱莉·馬森則將法律研究方法歸結為法條主義方法（black-letter approaches）和社會法律研究方法（socialegal approaches）兩種類型³。對當今中國法學知識類型，朱蘇力教授將之歸為政法法學、詮釋法學（概念法學或法條主義）和社科法學（含人文學科取向的法學研究）三種類型⁴，鄧正來教授則將之總結為張文顯代表的權利本位範式、部門法學的法條主義範式、梁治平代表的法律文化範式和朱蘇力代表的本土資源範式這四種類型⁵，王人博教授則將之歸結為作為技術、作為價值和作為知識體系三種不同譜系的法學類型⁶。王湧教授則試圖按照分析民法學、民俗民法學、教義民法學和非嚴格意義上的民法學（民法現象的社會科學研究）這四位類型勾畫民法學知識地圖。⁷惜乎這些法律研究類型或法學知識類型的劃分要麼有中西之別，要麼有學科之限，不能展示法學史中的研究類型或知識類型的全貌。

為了幫助法律研究者對自己的研究在法學史中的脈絡進行定位，因此需要繪製包括法理學、法律哲學或法律理論以及具體實證法知識在內的完全法學知識地圖，即先區分出三種不同路徑，再區分出三種的研究

² See Robert S. Summers, "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought—A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use", 66 Cornell L. Rev. 861 (1981).

³ 其所謂的「比較和歷史方法」（comparative and historical methods）並非獨立的類型，因為比較和歷史的研究即可使法條主義的比較和歷史研究，也可以是社會法律研究方法比較和歷史研究。參見Michael Salter/Julie Mason, *supra* note 1.

⁴ 參見朱蘇力：「也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽」，載《比較法研究》2001年第3期。

⁵ 參見鄧正來：「中國法學向何處去——建構『中國法律理想圖景』時代的論綱（一）」，載《政法論壇》2005年第1期。

⁶ 參見王人博：「中國法學：技術、價值與知識——中國法學的三種基本態勢」，載《現代法學》2008年第1期。

⁷ 參見王湧，同註1。

旨趣（目標）。然要展示法學知識全貌則必須抽象和綜合，必須要使用內部分分析和外部分分析、真善美這些「大詞」或「大觀念」⁸，這樣在本文論述中就必須省略對一些類型細節和詳細區分，故僅能稱為法學知識地圖的初步繪製。

此外還須先解決一個先決問題，即區分「法律研究」一詞中「法律」的含意。「法律」這一名詞的誤用，曾經讓分析法學家痛心疾首。「法律」一詞可指稱三種不同的法律事物，一是指「已經由人類制定的法律」，二是指「未由人類制定的、但應該制定的法律」，三是指「實際發生作用的法律」。透過兩個層次的實然和應然的劃分，可以明確區分出這三個類型的法律。首先，實證主義法學進行了第一層實然和應然劃分，即將「已經由人類制定的法律」和「未由人類制定的、但應該制定的法律」區分開來，並認為只有前者才是真正的法律（稱為「實證法」），而後者並非是真正的法律。再者，社會學法學進行了第二層的實然和應然劃分，說明實證法也不一定是人類社會中實際發生作用的法律，如果實證法實際上沒有發生所應發生的作用，則不是真正的實然法律；而有些在社會生活中被實際遵守或適用的「規則」雖然沒有經過「法律創制程序」而取得「實證法」地位，但發生了實證法所應發生的作用，也屬真正的實然的法律，據此實證主義法學所說的實證法其實只是寫在紙面上的「書面法」，而「實際發生作用的法律」才是真實存在的法律即「活動法」或「活的法律」。以此法學史通說為基礎，可以得到三種典型的法學知識類型：持有不進行兩個層次實然和應然區分的「法律」觀念典型是自然法學、權利本位範式，持有第一層次實然和應然區分的「法律」觀念典型是分析實證主義、法條主義範式法學，而持有第二層次實然和應然區分的「法律」觀念的典型是「功能主義法學（可指前述實證工具主義法學、社科法學）」⁹。

⁸ 參見[美]莫蒂默·艾德勒著，陳德中譯：《六大觀念》，重慶出版社2005年。

⁹ 這裡的「功能主義法學」取得的是「功能主義」（functionalism）在不同社會科學中的共通性含意，即非「本質主義」（essentialist）——不是對探究對象自身的本質，而是探究對象和對象之間的關係或對象和整體之間的關係，這樣一來，所有不是圍繞法律的本質，而是探究法律與其外部的政治、經濟、社

一、法律研究的三條路徑

基於實證法而研究實證法本身的意義是對實證法的「內部研究」或者「內部分析」，其不研究實證法之外的哲學、神學、倫理、社會、經濟和政治等意義。基於哲學、神學、倫理學、社會理論、經濟理論、政治理論、社會學、經濟學、政治學等非實證法基礎研究法律的「非法律意義」——如法律的哲學意義、宗教意義、道德意義、社會影響、經濟影響或政治影響，則是對法律的「外部研究」或者「外部分析」。當面對一個未經法律分析和解釋的社會事實時，如果對之進行法律解釋和分析，賦予這種社會事實相應的法律意義，這是從「法律意義世界」之外走入「法律意義世界」之內的過程，即「走入法律的過程」。從「法律意義世界」之內走向「法律意義世界」之外的過程，即「走出法律的過程」。而對實證法的內部分析可以看成是「在法律內部遊走的過程」。以下詳述之。

（一）「在法律內部遊走」的法律內部分析

「在法律內部遊走」是指在實證法自身包含的法律意義世界內部的遊走，這種研究路徑關注的是已經存在了的實證法所表示的法律意義是什麼。至於如何形成實證法，則不屬於法律內部分析的範圍，而是屬於如何賦予社會事實以實證法意義的範圍，即如何「走入法律」的範圍，按照邊沁和奧斯丁的法理學和立法理論二元理論，「實證法是什麼」是法理學的範圍，而「實證法如何形成」則是立法理論的範圍。「立法學的任務是對法律進行評價和批判，而在邊沁看來，法律評價和批判的標準就是他所提出的功利原則，而且，立法學是倫理學的一部分。法理學是敘述性的，以實證法為研究對象。」¹⁰邊沁說：「一部法學著作只能

會、宗教、道德等關係的法學研究可稱為「功能主義法學」，這可涵蓋薩默斯所稱的「實用工具主義法學」和蘇力所稱的「社科法學」。參見Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", in *Oxford Handbook of Comparative Law* (R. Zimmermann and M. Reimann eds., Oxford University Press, 2006), pp. 343-344.

¹⁰ 李桂林、徐愛國：《分析形式主義法學》，武漢大學出版社2000年，第9頁。

以下述兩者之一為目的：1. 確定法律是怎樣的；2. 確定法律應當怎樣。在前一種情況下，它可被稱為一部闡述性法學著作，在後一種情況下，則可被稱作一部審查性法學著作，或曰立法藝術論著。」¹¹

因為如何形成實證法本身處於「實證法」之外，不可能進行實證法意義上的探討——內部分析，這種研究實際上就屬於「外部分析」的範圍。既然是屬於外部分析的範圍，那麼應該意識到的是，這種研究就不是純粹的、獨立的法律科學研究，而是應當利用或綜合利用哲學、神學、倫理學、社會理論、經濟理論和政治理論等理論學科或者社會學、經濟學、政治學等實證社會科學對法律的非法意義進行研究，才可能對即將制定的實證法對於人類社會自身有什麼意義進行完整地分析和理解。就此，我們可以理解奧斯丁為什麼將與法理學相對應的立法理論歸屬於倫理學之下。

法律內部分析故意遮蔽實證法背後的社會歷史因素——其他類型的真，故意遮蔽實證法背後的價值判斷因素——實證法背後的善觀念，因為這些研究使一門獨立法學存在成為不可能，可能使其淪為其他學科的附庸。¹²故意迴避為什麼這樣制定實證法和怎麼制定實證法——這些都是實證法之外的東西，並不是這些研究沒有價值，而是這些問題不適合於獨立的法學分析。法條主義法學既遮蔽實證法怎麼來，也遮蔽實證法的消失等問題。因此，如果法條主義法學討論這些問題，則超越了自己的界限，進入了其他學科領域，與此同時卻也使自己失去了自己的獨立性。從司法獨立的法治預設看，如果允許將實證法之外的因素作為考慮適用實證法的因素，那麼在實證法的適用過程中又必須重新回到不確定性狀態——即從法律適用狀態又回到了立法時的狀態，法官、律師、檢察官、原告和被告重新充當立法者的角色對法律規則的理由、合法性基礎再次進行論辯——這損害實證法的權威和確定性，使得實證法可能不

¹¹ [英]邊沁著，時殷弘譯：《道德與立法原理導論》，商務印書館2000年，第361頁。

¹² 參見Michael Salter/Julie Mason, *supra* note 1, at pp. 34-39.

起作用，如果這樣，實證法也就意味著實際上被消解了。¹³

在辨別法律內部研究過程中，我們應當對古羅馬時期法學家的法律研究做正確的認識。古羅馬法學家關注的並非是法律的理論闡釋，而是實踐性法律問題的解決對策。¹⁴因此，依照前述「走入法律」和「走出法律」的分類，可以看到這體現的是一種「走入法律的過程」，古羅馬法學家探究的是，如何為社會事實賦予恰當的法律意義，並如何用恰當的法律概念體系（法律語言）來描述和表達這種法律意義。因此，古羅馬法學並非是法條主義法學，而只是當羅馬法被編纂成法典，透過關注法典文本，闡釋法律文本的意義，才有可能出現法條主義法學。當羅馬法復興的時候，嚴格的註釋法學派或前期註釋法學派以條文註釋的方法為主研究優士丁尼的《國法大全》，這才是一種基於法條主義法學的法律歷史研究，因為這是法學家們試圖發現的是「《國法大全》是什麼？」。而到了評論法學派或後期註釋法學時期，法學家們關注的是「將羅馬法與中世紀後期西歐的社會實踐結合起來，從早期單純對羅馬法的概念、條文和原則的註釋轉向了理論研究，力圖概括和抽象出法律的一般原理、原則，探討法律規範的結構，並發掘出典型的案例。他們已經不再限於對羅馬法本身的研究和理解，而是根據時代的要求，把羅馬法的材料進行理論上的綜合，並把羅馬法的原則和制度適用到具體的社會關係中，從而把六百年前的羅馬法轉化為當時適用的法律制度，使羅馬法復興運動達到了高潮。」¹⁵這實際上又是一種「走入法律的過程」，不是在「法律內部遊走」。而在這個時候，若以為只要進行獨立的法律科學研究，就可以解決如何賦予社會事實法律意義，那麼就會把本應進行的法律外部分析用法律內部分析替代，忽略掉法律的非法律意義包括哲學、神學、倫理、社會、經濟、政治等意義的研究，從而犯了「內部分析謬誤」——這意味著法律內部分析僭越了自己的應有範圍。

¹³ 參見白斌：「論法教義學：源流、特徵及其功能」，載《環球法律科學》2010年第3期，第14-16頁。

¹⁴ 參見[德]H·科殷著，林榮遠譯：《法哲學》，華夏出版社2002年，第199-200頁。

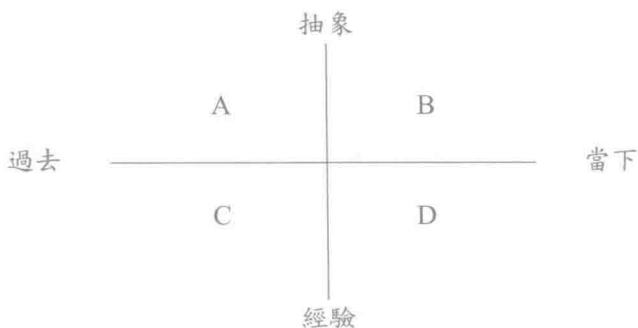
¹⁵ 李桂林、徐愛國，同註10，第8頁。

(二)「走出法律」的法律外部分析

「走出法律」的法律外部分析實際上是基於哲學、神學、倫理學、社會理論、經濟理論、政治理論、社會學、經濟學、政治學等非實證法基礎研究法律的非法律意義，這種外部分析並不以實證法為限，分析和解釋實證法是什麼，它們關注或者可能關注 1. 法律實際上什麼？2. 法律應發揮什麼作用？3. 法律實際上發揮了什麼作用？4. 法律如何形成？5. 我們真的需要法律嗎？我們能否不依賴或者在某些方面不依賴法律？6. 實證法如何形成？7. 實證法如何改良或者變革等等問題。這些問題遠在法律內部分析之外，不為法條主義法學所關注。這些不同問題的提問、不同問題的回答，可能依賴於不同的具體的研究路徑。

抽象理論取向和社會科學取向的法律研究代表著不同的法律外部研究路徑，前者是基於哲學、神學、倫理學、社會理論、經濟理論和政治理論等理論學科對於法律的非法律意義進行理論闡釋，這代表一種抽象的研究維度，典型如哲學取向的私法理論——基於亞里斯多德的私法理論（如James Goldley合同法理論）、康得的哲學理論（如Charles Fried的合同法理論）和黑格爾的哲學理論的私法理論（如Peter Benson的合同法理論）；後者是基於社會學、經濟學和政治學等實證社會科學對法律的非法律意義進行經驗研究，這代表一種經驗研究維度，典型如基於法律經濟學的合同法研究。¹⁶由於自抽象理論取向法律研究不僅僅存在於古希臘和中世紀，而且在現代的自然法理論、現代哲學、現代神學和社會理論也在進行這種研究，而且無論對於過去還是現在都可以進行實證研究。據此，可以區分出抽象理論取向和社會科學取向法律研究所組成的法律外部研究的四個不同維度，具體可以從圖例分析：

¹⁶ See Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Private Law", in *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Jules Coleman and Scott Shapiro eds., Oxford University Press, 2004), pp. 623-655.



圖例

圖例中A區的研究表示的是一種面向過去的抽象的法律外部研究，這種法律研究的學術資源主要取材於「過去」尤其是古希臘、羅馬、中世紀和啓蒙時期的思想和知識。如我們經常看到的試圖透過柏拉圖、亞里斯多德或者西塞羅等的法律思想解釋法律的哲學和倫理意義，試圖利用阿奎那理論闡釋法律的神學意義，試圖利用啓蒙時期的盧梭、康得等的理論闡釋法律的哲學、政治意義等。這種類型的法律外部研究可以稱爲抽象理論取向類型Ⅰ。

圖例中B區的研究表示的是一種面向當下的抽象的法律外部研究，這種法律研究主要借鑑現代哲學、後現代哲學、社會理論等抽象的理論資源，試圖重新解釋法律的哲學、社會等內涵，甚至是批判或顛覆現代法律的合法性——如美國的批判法律運動和福柯等後現代主義法律理論。這種法律外部研究從研究方法上可以稱爲抽象理論取向法律研究類型Ⅱ，這是因爲其與抽象理論取向類型Ⅰ的研究方法都是採取抽象的而非實證的，且雖然這類研究的結論內容可能與類型Ⅰ相矛盾（如根本否定法治的必要性和可能性），但是其在研究路徑仍然是試圖以單一理論從整體上統一解釋法律。

圖例中C區的研究表示的是一種面向過去的經驗的法律外部研究，這種法律研究的典型爲法律歷史學的研究，尤其是在社會—經濟史維度對過去存在的法律的研究。關注非現代社會的法律人類學的研究也屬於