



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY  
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

# 法学流派的 人学之维

胡玉鸿 等著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

013031850

D909.1  
40



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY  
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

# 法学流派的 人学之维

胡玉鸿 许小亮 陈颐 著



D909.1  
40



北航

C1639271



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

法学流派的人学之维/胡玉鸿,许小亮,陈颐著. —北京:北京大学出版社, 2013.3

(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978-7-301-22253-9

I. ①法… II. ①胡… ②许… ③陈… III. ①法学流派-人学-研究-世界  
IV. ①D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第040569号

书 名: 法学流派的人学之维

著作责任者: 胡玉鸿 许小亮 陈 颐 著

责任编辑: 邓丽华

装帧设计: 肖 辉 薛 磊

标准书号: ISBN 978-7-301-22253-9/D·3287

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 34.25印张 545千字

2013年3月第1版 2013年3月第1次印刷

定 价: 96.00元

---

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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)



北航

C1639271



## 作者简介

**胡玉鸿**，1964年生，江西南昌人，苏州大学王健法学院教授、博士生导师，1985、2001、2005年先后毕业于华东政法大学法学专业，获学士、硕士、博士学位。主讲课程有法理学、法社会学、西方法律思想史等。主要研究方向为法理学、法学方法论。在《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文120余篇，撰有《法学方法论导论》、《司法公正观念源流》、《“个人”的法哲学叙述》专著3部，主编、参编《法律原理与技术》等教材、专著20余部，多篇论文为《光明日报》、《新华文摘》、中国人民大学复印报刊资料、《高等学校文科学术文摘》等摘登、转载。2008年度国家社会科学基金重大招标项目《学习实践科学发展观重大问题研究——以人为本与中国法制发展》首席专家，并主持其他国家级、省部级以上科研项目10余项，获省部级以上科研成果奖励10余项。曾被评为司法部全国司法行政系统优秀教师、江苏省“青蓝工程”学术带头人，江苏省333工程中青年科学技术带头人，苏州大学教学名师。



**许小亮**，1984年生，江苏沐阳人，法学博士，苏州大学王健法学院讲师，主要从事法理学的教学与研究。先后就读于苏州大学和清华大学，获本科、硕士、博士学位，在《中外法学》、《环球法律评论》、《政法论坛》、《比较法研究》发表论文多篇。



**陈 颀**，1977年生，浙江苍南人，华东政法大学副教授。法学博士，博士后出站。主要从事外国法律史的教学与研究。曾在《中外法学》、《比较法研究》、《环球法律评论》等学术期刊发表论文10余篇，出版专著1部，参编著作、教材数种。

# 《国家哲学社会科学成果文库》 出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自2010年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室  
2011年3月

# 目 录

导论 法学流派的人学意蕴 .....	( 1 )
第一章 自然法学派的研究方法与人性预设 .....	( 43 )
第一节 自然法学派及其方法论特色 .....	( 43 )
第二节 以人为核心的自然法前提预设 .....	( 53 )
第三节 霍布斯：恐惧的自然人 .....	( 62 )
第四节 洛克：合群的自然人 .....	( 88 )
第五节 卢梭：激情的自然人 .....	( 108 )
第二章 功利主义法学派及其人学假设 .....	( 167 )
第一节 功利主义法哲学与俗人假定 .....	( 167 )
第二节 边沁的法学方法与法学理论 .....	( 183 )
第三节 密尔的法学方法论与人的自由的论证 .....	( 197 )
第三章 哲理法学派的人学预设与法学方法 .....	( 220 )
第一节 哲理法学派概述 .....	( 220 )
第二节 自由人的哲学证立——哲理法学派的人学预设 .....	( 227 )
第三节 自由人的法理演绎——哲理法学派的理论旨趣 .....	( 256 )
第四节 哲理法学派法哲学诸体系的展开 .....	( 282 )
第四章 历史法学的人学基础与理论论证 .....	( 321 )
第一节 历史法学概述 .....	( 321 )
第二节 萨维尼：历史中的民族、法学家与法 .....	( 332 )
第三节 梅因：进化论的历史法学 .....	( 354 )

<b>第五章 分析实证主义法学的人学预设与法学方法</b> .....	(368)
第一节 分析实证主义法学概述 .....	(368)
第二节 制度人理念——分析实证主义法学的人学预设 .....	(372)
第三节 制度人理念的基本预设——事实与价值的分离 .....	(390)
第四节 制度人理念的基本要求 ——分析实证主义法学诸方法的阐释 .....	(406)
第五节 制度人理念的法理演绎 ——法律作为一个封闭的逻辑自足体 .....	(423)
<b>第六章 社会法学派的研究方法与社会人预设</b> .....	(434)
第一节 社会法学派概述 .....	(434)
第二节 社会法学派的研究方法 .....	(445)
第三节 社会人的预设及其哲学基础 .....	(455)
<b>第七章 经济分析法学的人学预设与法学方法</b> .....	(476)
第一节 经济分析法学概述 .....	(476)
第二节 经济人理念——经济分析法学的人学预设 .....	(482)
第三节 经济人理念的基本特质与法学方法 .....	(498)
<b>结语</b> .....	(509)
<b>征引文献</b> .....	(515)
<b>后记</b> .....	(536)



# Contents

<b>Introduction: Humanistic Implications of Jurisprudential Schools</b> .....	( 1 )
<b>Chapter One Methodology and Human Nature Presupposition of Natural Law School</b> .....	( 43 )
Section One Natural Law School and its Methodological Characters .....	( 43 )
Section Two Human-Centered Presupposition in Natural Law School ...	( 53 )
Section Three Hobbes; Natural Person of Fear .....	( 62 )
Section Four Locke; Natural Person of Sociability .....	( 88 )
Section Five Rousseau; Natural Person of Passion .....	( 108 )
<b>Chapter Two Utilitarian School of law and its Human Nature Presupposition</b> .....	( 167 )
Section One Utilitarianism and its Layman Presupposition .....	( 167 )
Section Two Bentham's Methods of Jurisprudence and Legal Theory ...	( 183 )
Section Three Mill's Methods of Jurisprudence and His Arguments for Individual Liberty .....	( 197 )
<b>Chapter Three Methodology and Human Nature Presupposition of Philosophical Jurisprudence</b> .....	( 220 )
Section One A Sketch of Philosophical Jurisprudence .....	( 220 )
Section Two Philosophical Arguments for Person; Human Nature Presupposition of Philosophical Jurisprudence .....	( 227 )
Section Three Jurisprudential Arguments for Person; Theoretical Purport of Philosophical Jurisprudence .....	( 256 )

Section Four	Interpretation of Systems in Philosophical Jurisprudence	(282)
<b>Chapter Four</b>	<b>Humanistic Foundations of Historical Jurisprudence and its Theoretical Arguments</b>	(321)
Section One	A Sketch of Historical Jurisprudence	(321)
Section Two	Savigny: Nation, Jurists and Law in History	(332)
Section Three	Maine: Evolutionary Historical Jurisprudence	(354)
<b>Chapter Five</b>	<b>Methodology and Human Nature Presupposition of Analytical Jurisprudence</b>	(368)
Section One	A Sketch of Analytical Jurisprudence	(368)
Section Two	Idea of Institutional Person: Humanistic Presupposition of Analytical Jurisprudence	(372)
Section Three	Fundamental Presupposition of Institutional Person: The Separation of Fact and Value	(390)
Section Four	Fundamental Requirements of Institutional Person: Interpretations of Methods for Analytical Jurisprudence	(406)
Section Five	Jurisprudential Interpretation of Institutional Person: Law as a Closed System	(423)
<b>Chapter Six</b>	<b>Methods of Sociological Jurisprudence and its Presuppose about Social Man</b>	(434)
Section One	A Sketch of Sociological Jurisprudence	(434)
Section Two	Methods of Sociological Jurisprudence	(445)
Section Three	Social Man's Presupposition and its Philosophical Foundations	(455)
<b>Chapter Seven</b>	<b>Methodology and Human Nature Presupposition of Economic Analysis of Law</b>	(476)
Section One	A Sketch of Economic Analysis of Law	(476)
Section Two	Homo Economicus: Human Nature Presupposition of Economic Analysis of Law	(482)

Section Three Fundamental Characters of Homo Economicus and its Jurisprudential Method .....	(498)
<b>Epilogue</b> .....	(509)
<b>Bibliography</b> .....	(515)
<b>Postscript</b> .....	(536)

## 导 论

# 法学流派的人学意蕴

本书是从人的模式层面解构西方法学流派的学术专著，也是国内从人学角度分析与评价传统西方法学理论的尝试，因而，在正式开始叙述之前，有以下几个问题必须明确：（1）什么是法学流派？划分法学流派的标准是什么？（2）法学流派研究有哪些可取的研究范例？相较于其他研究模式而言，人的模式的特殊之处何在？（3）就西方法学流派的分析和研究而言，人的模式有哪些重要之处？下面我们即分而叙之。

### 一、法学流派的定位及其划分标准

稍有法学常识的人都知道，在法学理论层面，人们往往将视角相同、立场类似特别是观点接近的法学家们的学说归并为一个派别，这也就是我们通常所言的法学流派，例如自然法学派、历史法学派、分析法学派等。对于这种派别的划分，就其功能而言，一是“识别”，即判定某种学说或某个法学家应当归属于何个研究学派。正如英国学者沃克对“法理学学派”进行的阐释那样：“这一术语用于指称通常划分成的思想家团体。这种定性和分类很有价值。因为它为解决法律理论的主要问题中一些主要的、最为重要的方法贴上了标签，同时它表明法学家们兴趣和态度的类似之处”。<sup>①</sup>二是“归类”，即对于同一学派的观点与学说，必须寻绎出其共同的哲学预设、标准观点、代表学说，以明确此一学派主流观点是否确立，学派本身是否成熟。三是“比

---

<sup>①</sup> [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第1003页。

较”，这又可从两个方面言之：从宏观上说，划分学派可以了解不同学派在法学理论上的观点差异，例如自然法学派与哲理法学派的理论主旨究竟有何不同；从微观上说，在将某些学者归入同一个学派之内时，他们之间的区别同样也是研究和分析的重心。不容否认，同一学派内的学者在视角、立场及学说上彼此接近，甚至许多学者之间还存在着师承关系，然而，能够跻身于某一学派之中的学者，又必然会有其独特的理论贡献：他们或者是拓展了该学派的研究内容或研究范围，或者是修正了此前学者的谬误与不当。正如学者所指出的那样，对于一个成熟的学术流派而言，“学派不应当是一些高度相似的‘摹本’的积聚，而应当是一个由一些具有独特的研究领域和独立的理论个性的学者在共同的理论旨趣、研究方法和学术资源基础上共同结成的理论联合体”。<sup>①</sup> 正因如此，学派的研究同样需要注重在该学派之中学者们观点的差异，从而了解学派发展的大致脉络。

那么，什么是流派，什么是法学流派呢？说来奇怪，虽然“流派”与“法学流派”在法学研究中耳熟能详，但关于这两个概念的确切定位则相对较少。较早由谢晖教授提出的定义，称“所谓法学流派，是指以某种独特的研究方法为基点而得出的对学术及社会产生较大影响的系统化的法学观点”。<sup>②</sup> 肖永平教授等人则指出，“学派是指在某一学科领域内有相同或相近的比较系统的理论预设、研究进路和基本观点的学术共同体。相应地，法学流派就是指在法学领域内有相同或相近的比较系统的理论预设、研究进路和基本观点的学术共同体”。<sup>③</sup> 在以上论述中，学者们普遍注意到了方法、预设、进路、观点等在形成法学流派中的作用，可以用作我们理论分析的基础。

在《西方法学流派撮要》中，何勤华教授这样来解释法学流派：

何谓“派”？志同道合、兴趣一致之群体也。

何谓“流派”？此群体之影响不仅及于本国，也传播于世界；不仅炽乎当时，也施于后世；而在群体之中，亦不仅有倡导者、阐述者，且有继承者，发掘发扬壮大者也。

<sup>①</sup> 张一兵、张亮：“学术流派的本土建构——新世纪中国哲学发展的一项重要使命”，载《吉林大学社会科学学报》2004年第2期。

<sup>②</sup> 谢晖：“创建我国的法学流派初论”，载《法商研究》1995年第6期。

<sup>③</sup> 肖永平、涂锦堂：“中国法学流派的创生和珞珈学派的可能”，载《学术界》2006年第1期。

何谓“法学流派”？围绕法的现象世界中的某一重大问题，持相同之立场，发相同之议论，倡相同之学说之法学家群体也。<sup>①</sup>

这种界说强调了学派的内质性，当然也在一定程度上过于把“相同”作为学派划分的基础，而难以从实质上界定法学流派的学术特质。而张文显教授撰写的《二十世纪西方法哲学思潮研究》一书中没有径直解释“法学流派”的概念，而是归纳了在西方法学著作里划分和表明法学流派的标准和方法。张先生认为，分类的方法主要有五种：一是以哲学基础为标准，哲学基础的不同决定着内在理论气质和外在社会形象的差异；二是以方法论为标准，一位学者、一个学术群体的理论之所以在众多的学派中独树一帜，往往取决于其方法论和研究方法的新颖和独特；三是以基本范畴为标准，基本范畴（基石范畴）是一定立场、观点和方法的集中体现，因而它是一种理论体系（学派）区别于另类理论体系（学派）的标记；四是以其兴起地或中心（通常是学校、研究所、地区或国家）为标准；五是以其创始人和奠基人为标准。<sup>②</sup>大致说来，这五个标准中，前三个属于实质性标准，即通过哲学基础、方法论、基本范畴来划分不同类型的法学流派；而后两个则属于形式性标准，并未触及法学流派的核心标准问题。

那么，究竟该如何定位法学流派呢？我们认为，法学流派的划分标准固然很多，但其核心不外乎哲学预设、研究路径、研究视角、理论范式这样几个方面，而统率上述各个层面内容的则是更为根本性的人之假定。下面我们即分而述之。

（1）哲学预设，即体现该学派对世界根本问题的看法与观念，代表着不同学派对法律终极目标的不同理解。从一般意义上而言，“哲学立场是思想的基础，……任何有关方法的讨论都需要运用哲学概念，比如存在论与认识论、理性主义与经验主义，等等”。<sup>③</sup>法学研究当然也是如此。不同的学者、学派正是因为其哲学观念不同，因而相关法学理论也就存在差异。例如，人是自然的还是社会的，人性本善还是人性本恶，这些相关预设就影响着法学家们

① 何勤华主编：《西方法学流派撮要》，中国政法大学出版社2003年版，“序”第1页。

② 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第31—33页。

③ [美] 谢拉·C. 道：《经济学方法论》，杨培雷译，上海财经大学出版社2005年版，第194页。

的理论旨趣。从根本上说，没有哲学基础而能形成完备的法学理论体系，这是不可想象的。<sup>①</sup>

从理论建构上而言，哲学预设往往以诸多众所周知、不言自明的常识或公理的形式出现，它们作为研究上的初始命题，以推导出其他理论命题。学者也将之称为“公理化”方法。<sup>②</sup>就现代法学理论而言，有四个基本的哲学预设是我们常常要提到的，那就是人具尊严的光环，人乃理性的动物，人有自利的本性，人是独特的存在。在第二次世界大战之后，新自然法学派承接康德“人是目的”的理论，以人的尊严为切入点，为人权在国际公约和国内法律的确立进行理论鼓吹。人的尊严预设着任何一个人都是不可替代、不可置换的价值主体。就个人本身而言，尊严标志着其根本的社会地位与行为自主。人在社会生活中可以有多种选择，人也可以寻找自己认为幸福的生活方式，然而，所有行为的选择与生活的规划，都应当是围绕“尊严”而进行的。只有当人可以自主地进行选择时，这样的生活才是真实而有意义的；相反，如果个人成为别人的客体或奴役的对象，虽然口腹之欲也可能得到很好的满足，但就一个具有主体性的个人而言，这显然是一种身份的屈辱，一种人格的贬损。我们拥有尊严，我们才能独立决断；我们拥有尊严，我们才能规划人生；我们拥有尊严，我们才能获得幸福。就法律目的而言，法律的存在是源于人们追求幸福的生活，而幸福的主要尺度就在于每个人拥有尊严。所以，法律负有保障人的尊严实现的基本任务；法律存在的正当性，是以其能否促成人的尊严的实现为最高标准。当法律将人们中的一部分视为“非人”，或者没有正当理由而对人们区别对待的时候，这样的法律就是专制的法律，失去了道义上的任何正当性。

<sup>①</sup> 美国著名科学哲学家库恩的一段话，就很好地说明了哲学观念对于理论建构所起的重要作用。他指出：“对一个科学共同体来说，在它认为还没有获得像下面的问题的答案以前，有效的研究是很难开始的：宇宙是由什么样的基本实体构成的？这些基本实体是怎样彼此相同相互作用的？这些基本实体又是怎样与感官相互作用的？对这些实体提出什么样的问题才是合理的，以及在寻求问题解答中使用什么样的技术？”〔美〕托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第4页。还必须提到的是，库恩在此还主要是指自然科学的研究，而对于人文社会科学的研究来说，缺乏哲学基础明显是行不通的。

<sup>②</sup> 如何柏生教授就指出：“公理化方法是从初始概念和初始命题（公理）出发，按一定的逻辑规则，推演出其他有关命题（定理）的一种演绎方法。”参见何柏生：“公理法：构筑法学理论体系的重要方法”，载《现代法学》2008年第3期。

就后面三个预设来说, 理性表明人拥有正确判断和正确选择的能力, 能够在众多可能的选项中找到使自身利益最大化的那个方案。如果说法律是理性的规则, 那么, 理性人也正是法律必要的预设。换句话说, 法律上设定的人是追求自身利益最大化、能够权衡利弊正确行动的人。没有这类人性的假设, 民法上的意思自治、刑法中的自由意志就无从谈起。就人的自利而言, 它无非表明追求自身利益是驱使行为人行动的根本动机, 任何人在进行行为时, 都是从自身角度来进行选择和判断。<sup>①</sup> 法律上关于权利的设定, 无非是允许人们通过权利条款的存在, 来追求属于自身的法定利益。权利权利, 有权必有利, 权利的神圣性彰显的也就是私人利益的正当性和必要性。当然, 必须注意的是, “自利”并不等同于“自私”, 一般来说, 只要有良好的法律和制度的保证, 人们追求个人利益最大化的自由行动就会无意识地、卓有成效地增进社会的公共利益, 从而实现“利己”与“利他”的高度统一。人的独特性说明的是, 在大千世界中生活着的芸芸众生, 严格说来都是各不相同的“个人”。“个”者, 个别也, 特殊也。正因为如此, 世界上的许多人可能会有相同的形貌乃至相似的口音, 然而却不会有两个人有同样的生活体悟和心路历程。所以, 法律不是磨平人的个性的“标准工序”, 法律在一定程度上就是为人的独特性存在提供基础。实际上, 立法上对思想、著作、个性、姓名、住宅、隐私、孤独的关注以及法律实践中法律个别化趋势与执法自由裁量权的提倡, 都无不与人的独特性相关。

(2) 研究路径, 即研究法学理论所依凭的主要途径, 在这个方面, 价值分析与实证分析往往决定着法学理论依循的素材及实际的功用, 而在研究中究竟是采取价值有涉还是价值中立的立场, 也代表着学者不同的研究思路。在主要法学流派中, 自然法学派、哲理法学派均属于典型的价值分析取向, 前者以“人性”为纲, 探讨法律与人性的相契; 后者以“自由”为本, 阐述法律如何成就和保障自由。至于实证分析, 则是一个涵括多个法学流派学术取向的研究路径。我们粗略地作出划分, 可以将其分为“法律之内的实证”

---

<sup>①</sup> 正如亚当·斯密所精辟指出的那样: “毫无疑问, 每个人生来首先和主要关心自己; 而且, 因为他比任何其他人都更适合关心自己, 所以他如果这样做的话是恰当和正确的。因此每个人更加深切地关心同自己直接有关的、而不是对任何其他他人有关的事情……。”参见〔英〕亚当·斯密:《道德情操论》, 蒋自强等译, 商务印书馆 1997 年版, 第 101—102 页。



与“法律之外的实证”两大类。

“法律之内的实证”强调法律是一个独立的现象，本身不需要援用道德、宗教、伦理或政治来予以说明。在研究过程中，这类实证方法着重于法律体系内部的分析，只考虑那些为权威者所创制的规则。奥斯丁在其名著《法理学的范围》中就明确指出：“法理学的对象，是实际存在的由人制定的法，亦即我们径直而且严格地使用‘法’一词所称的规则，或者，是政治优势者对政治劣势者制定的法。”<sup>①</sup>在这些学者看来，总体上确立了法学研究的范围之后，就可以直接进入法律内部，通过法律体系、法律效力、法律关系等概念的分析，来确定法律的本质，并真正得出“什么是法律”的科学结论。就法学实证的基本类型而言，它又大致可以分为以下几类：

① 体系实证。这种观点认为法律本身是一个完满自足的规范体系，因而对法律的理解可以从体系内获得说明。我们常常言及的分析实证法学派（包括奥斯丁的分析法学、凯尔森的纯粹法学及哈特的新分析法学）使用的就是这样一种体系内实证的研究方法。凯尔森的观点可以视为此一主张的代表，他指出：“法的一般理论的主题就是法律规范及其要素和相互关系、作为一个整体的法律秩序及其结构、不同法律秩序之间的关系，以及最后法在多数实在法律秩序中的统一。”<sup>②</sup>就此而言，法学的研究在于明晰法律规范、法律结构等部分与整体概念，从而在体系内研究法律的本质究竟是什么。

② 法条实证。与体系实证一样，法条实证的立足点也在于制定法，但它并不试图去回答法律的本质问题，而是关注通过对法律的理解与诠释而达到法律实用的目的。可以说，体系实证是一种本质主义的诉求，而法条实证则以确定法条的真实含义、解决法条之间的矛盾、分清法条规则间的高低为宗旨。法条主义在立法上注重法律概念的清晰与明确，以“一致性”作为法典内在的逻辑标准；在司法实践中则肯认制定法至高无上的价值，排除习惯、判例以及法理学说的应用。在此意义上，“法获得了展示法究竟为何物的垄断

① [英] 约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第13页。

② [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，作者序第I页。