



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

私法的自然法方法

陈永强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

私法的自然法方法

陈永强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

私法的自然法方法/陈永强著. —北京:北京大学出版社, 2016. 3

(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 26996 - 1

I. ①私… II. ①陈… III. ①私法—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 044943 号

书 名 私法的自然法方法

Sifa de Ziranfa Fangfa

著作责任者 陈永强 著

责任编辑 李 昭

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26996 - 1

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 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

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 19 印张 301 千字

2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价 65.00 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

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

自序

长久以来，私法的观念被分为两种类型：不是形式的，就是伦理的；不是逻辑的，就是经验的。相应地，私法的知识也被构筑为两种类型：形式的法知识类型与伦理的法知识类型。当将私法理解为一种能够与“伦理”相分离的、在“概念、性状、种类”等“形式”上独立自存的规则统一体时，“形式类型”的法知识便被建构了起来。“伦理类型”的法知识则主张，私法应被理解为一个具有内在伦理结构的价值统一体，每一项法技术背后都有一个特定的法伦理所支撑。“形式类型”的法知识属于法的“现实维度”，“伦理类型”的法知识属于法的“理想维度”或“批判维度”。私法的观念史总是随着时代的更迭在“形式的”法观念与“伦理的”法观念之间潮起潮落，当“形式的”法观念雄踞天下、占据主导地位时，“伦理的”法观念就随之衰落了。本书旨在重启私法的伦理观念，复兴私法的人文主义思想，探索私法的哲学论据。

“形式的”法观念曾代表一种具有普遍意义的法治理想方案，与其相对应的法学方法被称为“形式主义法学”。该方法论由三个命题所组成：法律的完备性命题、平等的普遍性命题、法律与道德的分离命题。这三大命题共同构筑了一种独特的被韦伯称之为“形式理性”的法律思想方法：法律可以一劳永逸地不分贵贱、不分性别地适用于全部的人，以此实现“相同事物相同对待”之正义原则。

然而，“形式的”法观念与“伦理的”法观念是可以决然割裂的吗？法学的任务就仅仅是探析私法之“概念、性状、种类”之“形式结构”吗？法学的目标就仅仅是实现“形式正义”而不需要考虑私法适用的“伦理正当性”问题吗？

20 世纪以来,形式主义法学广受批评。自由主义法学、利益法学、现实主义法学、自然法学等均对法律形式主义提出了诸多质疑。自然法理论也因其丰厚的历史底蕴与深邃的人文思想而被重新提出,并屡有建树。实际上,相较法律形式主义,自然法思想远为悠久。早在古希腊哲学中,自然法思想已经初见端倪。亚里士多德说,有理性的生活就是有德性的生活,而公正则是德性之首,有公正的德性的人不仅能对他自身运用德性,而且还能对邻人运用其德性。亚里士多德区分了自然正义与实在法正义,认为,当两者发生冲突时,“衡平(公道)”便可以用来对实在法进行矫正。

“自然”一词,在希腊哲学中,存在不同含义。最初,“自然”是指物质宇宙;后期的哲学家则在“道德”意义上适用“自然”这个词。在斯多葛派哲学看来,“自然”被看作是一种理性的品格,依“自然”而生活被认为是依“理性”而生活,这种“理性”决定着何为正义、何为不义。

自亚里士多德、西塞罗等以来的自然法思想认为,自然法代表着“善”与“公正”,“真正的法律是与本性(nature)相结合的正确理性”,任何法律如果与自然法相违背,都不能称之为法律。当自然法学家们将法律描述为包含正义的“正确理性”时,法律就与正义永久相关了,人间制定的法律也就必须符合正确理性与正义。罗马法创设了一种高于实在法的自然法,它代表了正义法的原则,并成为审查各种形式的实在法是否正当的标准,这是罗马法理学的一个重大贡献,也是后世自然法理论的核心理念。

私法是一项证明正当的事业,它在伦理上一定是一种可以被接受、可以被理解、可以被承认的规范体系,法学方法的任务也就是要去证明私法规范的可被理解性、可被接受性与可被承认性。无疑,自然法方法比形式主义法学能够更好地满足“私法是证明正当的事业”这一界定所要求的私法程序与法学目的。私法的自然法方法有意将自然法哲学之思想精华与私法方法结合起来,以此推进私法学理论与哲学理论、伦理学理论的知识互动和思想沟通,为私法人文主义思想的复兴开辟道路。

方法论上,自然法方法强调原则理论。由伦理所构建的私法原则不同于私法规则。规则是“冷的”,它在事实上和法律上可能的空间内拥有确定性,它的适用具有“全有全无”特征,它既不能被权衡,也不需要权衡。原则是“活的”,不同原则所蕴含的伦理分量不同,其分量的确定须依赖于法益的权

衡。原则之间是一种优势关系，当一条原则不具有优势时，并不是说这条原则是无效的，而是说当反对的理由足够强大时，这条原则在该具体案件中将不起决定性意义。

私法的自然法方法所主张的私法伦理是多元的，私法是由一个多元伦理所组成的能够和谐并存的共同体。自治是一项价值，诚信也是一项价值；公平是一项价值，平等也是。私法是宽容的，容纳着多样的价值。私法就像是爱，私法平等地爱每一个个体，自然法方法彰显了私法之爱。爱意味着协作，协作的理想要求一个人从来不能在不考虑其行为可能对他人造成损害的前提下，利用法律权利来追求个人自己的目的。爱意味着利益的均衡，它要求从事市场交易的人们在施展才华获取利益时应考虑他人的利益。爱意味着宽容，它要求对待他人的错误行为应给予适当的理解与容忍。只有当我们以他者为立足点时，自我与人性才能够真正地被认识和理解，私法也才能真正建立正确的规则。

陈永强

乙未年秋月霜降

杭州守拙斋

目 录

上编 私法的自然法原理总论：历史与理论

导论 为什么是自然法	(3)
第一章 形式主义法学批驳	(16)
第一节 形式主义法学之基本命题	(17)
一、现行法律的完备性命题	(18)
二、形式平等的普遍性命题	(24)
三、道德与法律的分离命题	(26)
四、小结	(29)
第二节 形式主义法学之哲学渊源	(30)
一、奥斯丁的分离命题	(31)
二、凯尔森的纯粹法理论	(34)
三、哈特的法律规则说	(39)
第三节 形式主义法学之批驳	(44)
一、现实主义法学	(45)
二、新自然法学派	(51)
三、小结：形式主义的复兴可能吗：温里布的理论	(56)
第二章 私法的自然法传统	(59)
第一节 希腊渊源与罗马的自然法	(59)
一、希腊渊源：亚里士多德	(59)
二、斯多葛哲学与西塞罗	(65)
三、罗马法的自然法思想	(69)

第二节 中世纪与古典自然法	(72)
一、中世纪与阿奎那	(72)
二、古典时代的自然法	(79)
三、小结	(93)
第三章 私法之善	(95)
第一节 私法之善	(95)
一、什么是善	(95)
二、善的基本类型	(99)
三、价值的多元性	(102)
四、善与妥当、正义	(104)
第二节 法的正确性命题	(105)
一、正确性命题的证立	(106)
二、正确性命题的路径	(108)
第四章 私法的自然法方法	(111)
第一节 规则与原则	(111)
一、规则模式及其批评	(111)
二、原则模式及其批评	(115)
第二节 原则的类型与层级	(120)
一、原则的类型	(120)
二、原则的位阶	(124)
三、原则的协作	(128)
第三节 私法的道德原则体系	(130)
一、体系的概念：从萨维尼到概念法学	(130)
二、内在体系与外在体系	(132)
三、私法的道德原则体系	(135)
四、合同法道德原则体系：亨利·马瑟的理论	(140)
第四节 原则的法律方法	(143)
一、法律矛盾	(144)
二、原则理论	(148)

下编 自然法方法的应用：以诚信为对象

第五章 诚信的私法史	(159)
第一节 诚信的比较法史	(159)
一、诚信的罗马法渊源	(159)
二、大陆法的诚信立法	(163)
三、英美法与欧洲私法	(171)
第二节 诚信的中国法史	(178)
一、中国传统文化中的诚信	(178)
二、近代法律继受中的诚信	(179)
第六章 诚信的私法学说	(185)
第一节 诚实信用的界定	(185)
一、中华民国以来的诚信学说	(185)
二、诚信界定的两种理论	(190)
三、诚信立法与权利滥用	(196)
第二节 诚实信用的功能	(199)
一、补充解释功能	(200)
二、矫正法律功能	(203)
三、创设法律功能	(207)
第三节 诚信的私法方法	(210)
一、诚信正义的论证原则	(210)
二、比例原则	(215)
第七章 诚信的正义伦理	(218)
第一节 自然法思想中的诚信正义	(218)
一、诚信是正义的伦理基础：西塞罗的诚信理论	(220)
二、内在诚信义务与外在行为义务：康德的理论	(223)
第二节 诚信伦理：个人主义与利他主义之间	(226)
一、诚信伦理的个人主义维度	(226)

二、诚信伦理的利他主义维度	(229)
第三节 诚信正义的伦理原则	(232)
一、诚实不欺	(232)
二、信守诺言	(235)
三、不害他人	(238)
四、关爱他人	(240)
第八章 诚信义务的体系	(245)
第一节 一般诚信义务	(245)
一、一般诚信义务说	(245)
二、一般诚信义务的理论基础	(247)
三、一般诚信义务的强制性	(251)
第二节 诚信义务的类型化	(252)
一、类型化的一般思想	(252)
二、诚信义务类型的划分	(255)
第三节 诚信义务的体系化与具体化	(259)
一、体系化的伦理原则	(259)
二、诚信义务的具体化	(262)
参考文献	(269)
索引	(281)
后记	(285)

Contents

PART ONE General Theories of Natural Law Doctrine of Private Law

Introduction: Why We Need Natural Law?	(3)
Chapter 1 Critique on Legal Formlism	(16)
Section 1 The Basic Propositions	(17)
1. Completeness of Existing Law	(18)
2. Universality of Formal Equality	(24)
3. Sparation of Moral and Law	(26)
4. Conclusions	(29)
Section 2 Philosophical origin of Legal Formlism	(30)
1. Austin	(31)
2. Kelsen	(34)
3. Hart	(39)
Section 3 Critique on Legal Formlism	(44)
1. Legal Realism	(45)
2. New Natural Law School	(51)
3. Conclusion: Legal Realism Revival is possible? Wenrib's Theory	(56)
Chapter 2 Natural Law Tradition of Private Law	(59)
Section 1 Greek Origins and Roman Natural Law	(59)
1. Greek Origins: Aristotle	(59)

2. Stoic Philosophy and Cicero	(65)
3. Natural Law Thought in Roman Law	(69)
Section 2 Middle Ages and Classical Natural Law	(72)
1. Middle Ages and Aquinas	(72)
2. Classical Natural Law	(79)
3. Conclusions	(93)
Chapter 3 Good of Private Law	(95)
Section 1 Good of Private Law	(95)
1. What Is Good	(95)
2. Basic Type of Good	(99)
3. Diverse Value	(102)
4. Good, Appropriate and Justice	(104)
Section 2 Correctness of Law	(105)
1. Justification for Correctness	(106)
2. Way to Correctness	(108)
Chapter 4 Natural Law Methods of Private Law	(111)
Section 1 Rule and Principle	(111)
1. Mode of Rule and Its Critique	(111)
2. Mode of Principle and Its Critique	(115)
Section 2 Type and Hierachy of Principles	(120)
1. Type of Principles	(120)
2. Hierachy of Principles	(124)
3. Cooperation between Principles	(128)
Section 3 System of Moral Principles of Private Law	(130)
1. Concept of System	(130)
2. Internal System and External System	(132)
3. System of Moral Principles of Private Law	(135)
4. System of Moral Principles of Contract Law; Theory of Henry Mather	(140)

Section 4	Legal Methodology of Principle	(143)
1.	Legal Conflicts	(144)
2.	Theory of Principle	(148)

PART TWO Natural Law Doctrine and Methodology of Good Faith

Chapter 5	History of Good Faith in Private Law	(159)
Section 1	History of Good Faith in the Perspective of Comparative Law ...	(159)
1.	Origin of Good Faith in Roman Law	(159)
2.	Legislation of Good Faith in Continent Law	(163)
3.	Anglo and American Law and European Private Law	(171)
Section 2	History of Good Faith in Chinese Law	(178)
1.	Good Faith in Tradition Culture of China	(178)
2.	Good Faith in Modern Legal Successors	(179)
Chapter 6	Doctrine of Good Faith in Private Law	(185)
Section 1	Definition of Good Faith	(185)
1.	Doctrine of Good Faith since the Republic	(185)
2.	Two Different Theories for the Definition of Good Faith	(190)
3.	Legislation of Good Faith and Abuse of Rights	(196)
Section 2	Function of Good Faith	(199)
1.	Supplementary Interpretation	(200)
2.	Correcting Law	(203)
3.	Creating Law	(207)
Section 3	Legal Methods of Good Faith	(210)
1.	Demonstration Principles of Good Faith Justice	(210)
2.	The Principle of Proportionality	(215)
Chapter 7	Justice Ethics of Good Faith	(218)
Section 1	Honesty Justice in Natural Law Thought	(218)

1. Good Faith is the Ethical Basic of Justice; Cicero's Theory	(220)
2. Internal Good Faith Duty and External Good Faith Duty; Kant's Theory	(223)
Section 2 Ethic of Good Faith between Egoism and Altruism	(226)
1. Egoism in Good Faith Ethic	(226)
2. Altruism in Good Faith Ethic	(229)
Section 3 Ethical Principles of Good Faith Ethic	(232)
1. Honest and No Fraud	(232)
2. Keeping His Promise	(235)
3. No Harming Others	(238)
4. Caring for Others	(240)
Chapter 8 System of Good Faith Duty	(245)
Section 1 General Good Faith Duty	(245)
1. Definiton of General Good Faith Duty	(245)
2. Theoretical Basis of General Good Faith Duty	(247)
3. Mandatory of General Good Faith Duty	(251)
Section 2 Type of Good Faith Duty	(252)
1. The General Idea of Type	(252)
2. Type of Good Faith Duty	(255)
Section 3 Systematic and Specific Good Faith Duty	(259)
1. Ethical Principles of Systematic Good Faith Duty	(259)
2. Specific Good Faith Duty	(262)
Bibliography	(269)
Index	(281)
Postscript	(285)

上 编

私法的自然法原理 总论：历史与理论

导 论

为什么是自然法

自然法生活在实在法里。^①

——科殷

自然法理论宣称能确定实践性的正确思想的条件和原则，还能确定人与人之间以及个体行为中的善和良好秩序的各种条件和原则。^②

——约翰·菲尼斯

私法是罗马人的创造，罗马法将私法界定为有关个人利益的法律。^③ 对于这样的以个人利益为核心对象的私法，我们应当怎样来理解呢？为此，人们提出了两种观察视角：一种是从私法的内部来理解私法；一种是从外部来理解私法。

外部视角的观察方法是以两种理论为基础的：功利主义理论与分配正义理论。功利主义声称，幸福最大化是道德的最高原则，实现最大多数人的最大幸福是法律的根本目的，能否增进幸福最大化也是判断个体行为是否正当的唯一标准。边沁对功利原理的定义是：

当一项行动增大共同体幸福的倾向大于它减少这一幸福的倾向时，它就可以说是符合功利原理，或简言之，符合功利。^④

① [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版，第 163 页。

② [英] 约翰·菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，苏苗罕、张卓明统校，中国政法大学出版社 2005 年版，第 14 页。

③ D. I. I. 1. 2，《学说汇纂》（第 1 卷），罗智敏译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 7 页。

④ [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版，第 59 页。