

分析法学与民法方法论 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/50/2021_2022__E5_88_86_E6_9E_90_E6_B3_95_E5_c36_50884.htm 私权的分析与建构民法的分析法学基础 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-日尔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-日尔曼法的本原，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。我想，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，因为它涉及到我们对于中国民法学的知识类型的理解，也涉及到我们对于现今中国民法学研究状况的评估和反思，更涉及到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。”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尔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。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，罗马日尔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。奥斯丁说：一个不了解其他民族的法律的人，也不可能真正理解自己民族的法律。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。也许历史已经验证，罗马日尔曼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，它才是最科学的。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。³这也是罗马法后来流传至广的原因所在，否则，一种纯粹民俗的东西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，就象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。目前，中国大陆的民法学说主要经台湾而继受德国。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。现在，已有学者指出：“如今，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。”⁵但要在未来中国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。

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，民法学还应包括其它几种知识类型：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。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。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com