



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

On the Philosophy of
Property Law:
History, Present and Future

财产法哲学

历史、现状与未来

张淞纶 著

TODAY

| Legal Thinker

On the Philosophy
History, Present & Future

本书受到中国博士后科学基金面上资助项目（项目号：2012M51077）及特别资助项目（项目号：2013T60711）资助，并且为“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的阶段性研究成果之一。

财产法哲学

历史、现状与未来

张淞纶 著

TODAY | Legal Thinker



法律出版社
始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

财产法哲学:历史、现状与未来 / 张淞纶著. —
北京:法律出版社,2015. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8624 - 8

I. ①财… II. ①张… III. ①财产权—法哲学—研究
IV. ①D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 253605 号

财产法哲学:历史、现状与未来

张淞纶 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 267 千

版本 2016 年 1 月第 1 版

印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8624-8

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一部分 理论与方法

引论：哲学与法学分离，谁更受伤？ /3

第一章 财产哲学还是财产法哲学？ /11

第一节 财产哲学的三个维度 /12

第二节 源自财产哲学三个维度的三种误用 /19

一、第一种误用：反对派与实证主义 /19

二、第二种误用：古典派与本质主义 /23

三、第三种误用：浪漫派与抽象化 /25

第二章 不合时宜的财产哲学 /28

第一节 实证主义误用：财产反对派 /28

一、财产反对派的强迫症 /28

二、另一种思路：以公有代替私有——以柏拉图为例 /31

三、财产反对派的实证主义潜意识 /34

四、现实的实证主义与实证主义的幻想/40

第二节 本质主义误用：古典派、道德以及

自然法/44

一、从自然法到古典派的沉沦/45

二、两种道德，两套传统——亚里士多德与马
基雅维利/49

三、向前看的自由与向后看的自由/58

四、忽视微观性：作为审美性修辞的本质主义
/61

第三节 浪漫主义误用：作为方法的抽象化/65

一、丰富的历史与抽象的未来：浪漫派的悖论
/65

二、浪漫派的抽象化方法/69

三、作为方法的浪漫主义与抽象化/76

第四节 财产哲学，为何不合时宜？/79

第三章 从理论到方法：从财产哲学到财产法
哲学/82

第一节 理论与方法的紧张/82

第二节 财产哲学总批判/89

第三节 风险与偶然性：财产法哲学的经验
背景/98

第四节 理论多样性之下的责任伦理：财产法
哲学的基本态度/106

第五节 财产法哲学总规划：对抗力制度/112

一、财产法/私法的谦抑性/112

二、对抗力制度的两项内容/115

三、价格要素：主观权利与客观法/118

四、知悉：主观权利的对抗标准/125

第二部分 范本与对象

第四章 财产法哲学之下的财产法三改造/133

第一节 传统财产法的形式主义:批判与扬弃 /133

第二节 从“债权的所有权”谈起/136

第三节 三种财产权利,一套财产逻辑——再论 对抗力/138

第四节 关于接下来的讨论:一些提示和说明 /140

第五章 财产法改造之一:针对僵化的物法/142

第一节 立法垄断:非物权法独有,但却为其 核心/142

一、从物权结构的变化史谈起/142

二、何谓立法垄断? /146

三、交易安全理论:立法垄断的一个虚假辩护 /148

第二节 传统物权法的困境/154

一、区分的抽象化:从物权概念的学理性谈起 /154

二、无效的隐喻:对世性/157

三、形式主义囚笼中的公示/160

第三节 物权法的未来:具体的对抗力制度/165

一、从抽象到具体的对抗力/165

二、再论知悉规则/167

三、推定知悉:公示与证明责任/173

四、公示制度的应用:善恶占有以及善意取得/178

五、遗失物与先占:财产法哲学的一个应用/183

第六章 财产法改造之二:针对浪费的债法/199

第一节 如何控制有效缔约?传统债法的本质主义/199

第二节 放弃合同的相对性:再谈物债区分/205

第三节 合同:从抽象到具体的财产结构/211

第四节 作为财产权的债权:对抗力与知悉/216

第五节 债权的对抗力分析:知悉与推定知悉/221

一、竞争中的知悉与财产法中的知悉/221

二、合同中的知悉与对抗力/226

三、合同法的推定知悉:公示与其他/230

第六节 合同中的责任与无责任/234

第七章 财产法改造之三:针对疏离的知识产权法/245

第一节 知识产权中的使用者结构,兼论知识产权法与财产法的尴尬/245

一、自我否定的尴尬/247

二、财产逻辑的尴尬/254

三、类型化的尴尬/262

第二节 独立创作:不只是一种抗辩/269

第三节 知识产权对抗力的多层次性分析/276

第四节 推定知悉:登记与其他/288

第八章 结语:光谱的两端到中间/302

参考文献/303

后 记/325

第一部分 理论与方法

引论：哲学与法学分离，谁更受伤？

1991年，美国学者詹姆斯·戈德雷教授出版了《现代合同理论的哲学起源》一书；到了2006年，戈德雷教授又完成了新作《私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利》，继承并扩张了前一本书的结论。^①戈德雷不满目前哲学与法学的脱节，认为（广义）财产法需要一个哲学基础，也就是亚里士多德—阿奎那的德性传统。在讨论合同法时，戈德雷教授深服阿奎那的认定：每个交易或者是交换正义，或者是慷慨行为。他认为如果不承认这个基础，就无法解释合同法的诸多制度以及规范设计。在《私法的基础》中，这个基础被扩大适用于财产法（比如妨害、役权以及占有等）、侵权法（比如过错以

^① 此二书已有中译本，译者均为张家勇先生。其中，《现代合同理论的哲学起源》由法律出版社2006年出版，而《私法的基础》则由法律出版社2007年出版。

及严格责任、人格权以及纯粹经济损失)和不当得利法(包括返还以及救济),交换正义成了解释私法的“关键概念”,理由是亚里士多德—阿奎那的德性传统最深刻,也最具说服力。但到了近代社会(也就是17~18世纪),伴随着亚里士多德权威的丧失,传统的德性理论被放弃,法学家也不再继续从新哲学中寻找基础。尽管存在康德传统(意志)与功利主义传统(功利)(二者在今天都不乏后继者),但法学家不再根据哲学体系来理解、制定和适用法律,不再从哲学里寻找某项行为合法(或者不合法)的本质原因;他们顶多用一些哲学的术语来理解私法,而这些术语——戈德雷认为——或者是德性传统的代名词(比如,交易成本最小化、功利、社会产出等,都不过是明智、节制以及坚忍的另一种说法)或者并没有对问题的本质提供一个根本性的回答(比如,康德和黑格尔的自由概念,并未给我们指出行为最终的目的以及归宿)。

戈德雷继续指出,哲学与法学的分离会带来一场巨大的危机。首先,有些制度将无法解释,比如,如果不承认慷慨的合法性基础,为什么要承认赠与合同的强制执行力?再如,为了认定行为是否构成妨害,必须根据交换正义——一个人不能从他人的损失中得利(这个说法来自巴尔都斯),否则无法在多人的权利与自由之间寻求妥善的平衡。其次,除了规范的道德意义丧失之外,分离会导致法律分崩离析。财产的平等分配,个人的尊严与名誉,合同中不该存在欺诈或错误,诸如此类的问题都需要一个本质性的基础,戈德雷认为只有源自希腊哲学的德性传统才堪其任。除此之外的一个更潜在的原因是(这是我个人的猜测),法学家无法涉足哲学家的世界——尤其是政治哲学与道德哲学领域,这意味着法学家们仅仅是掌控着“公平与正义之技艺”的匠人,多少有些尴尬、惭愧甚至自卑。

有意思的是,在《私法的基础》一书中,戈德雷撰写了一个令人印象深刻的中文版序言——他提到了鸦片战争以及林则徐及其向英国女王的致函,以此证明“正义”实为中西皆有的逻辑。借助地方性的民族情感

来证明一个追求普适的理论，这多少有些反讽。实际上，戈德雷代表了一种典型的理论态度，我将其称为古典派。当然这个名称不够准确，因为“古典”还包括欧洲从文艺复兴到浪漫主义之前的文化时期，^①而古典派人士对文艺复兴（如霍布斯、洛克以及马基雅维利等人）一般无甚好感，他们只喜欢古希腊到中世纪的古典。古典派的大旗下从者甚众：流行一点的如施特劳斯以及其高足阿兰·布鲁姆，前者在《自然权利与历史》中直接鼓吹贵族制度是最好的制度，因为它有助于“明智”者来统治，而明智是亚里士多德笔下的重要美德；^②后者则在《美国精神的封闭》中表现了赤裸裸的封闭——将一切自己无法接受的事物（比如摇滚乐）都斥为低俗与堕落，敌视民主，盲目向往精英——苏格拉底以及柏拉图的意义上——的统治。^③还有一些并不非常出名的古典派，但观念如出一辙，比如德国学者罗门就将国家认定为道德的共同体，在自然法的掩护下强调一种本质主义的立场。^④对古典派的详细评论将在后面展开，但对古典派的反感却可以由此开始。尤其是古典派学者最喜欢攻讦和指责知名学者的学养欠缺，^⑤然而充足的学养并不意味着正确的意见：在涉及社会政策时，古典派的意见一般都糟糕透顶。

我们要暂时放一放古典派，继续关注戈德雷教授的论述。哲学与法学是否分离了呢？答案是肯定的。不过这种分离，谁更受伤？戈德雷大概认为是法学。既然没有哲学的法学失去了根基，既然没有哲学基础的法律制度无法得到妥善的阐释，分离对法学的伤害自然要远远高于哲

① 比如，雅克·巴赞就这样认为，参见[美]巴赞：《古典的，浪漫的，现代的》，侯蓓译，江苏教育出版社2005年版，第32页以下。

② [美]施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店2006年版，第142页。

③ [美]布鲁姆：《美国精神的封闭》，战旭英译，译林出版社2007年版，第30页以下；第208~211页。

④ [德]罗门：《自然法的观念史和哲学》，姚中秋译，上海三联书店2007年版。

⑤ 比如，罗门指责康德对亚里士多德和圣托马斯只知皮毛；而阿兰布鲁姆则批评罗尔斯“缺乏教养”。

学。哲学家仍然可以幸福地待在思辨的天堂里,但法学家们必须到尘世上来,对各种制度进行具体而枯燥的考察,或者生硬而徒劳地使用 19 世纪之后的哲学术语。还有比这种伤害更深刻的吗?

但这种认识却忽视了一个重要的事实:分离固然剥夺了法学对哲学的依靠,但这也意味着哲学不能再干预法学。时至今日,经典哲学作品很少能够直接助力法律的技术论证:谁会在讨论刑事责任的构成要件、不动产物权的登记、合同中的撤销权和代位权、侵权责任的过错推定、行政行为的可诉性或者国家赔偿时,援引柏拉图、亚里士多德、阿奎那、普芬道夫、康德、黑格尔或者马克思?然而这些哲学家(实际是几乎所有的经典哲学家)都撰写过有关法学的论著,从柏拉图到马克思皆然。事实上,哲学家对世俗社会无比迷恋,指导他人和经验世界也一直是哲学家最热爱的事,这集中地表现在对法学和法律的不懈关注之上。

无论是古典时期还是中世纪,哲学始终保持着对法学的控制力。罗马法受到了斯多葛哲学的重大影响(自然法),后者形塑了罗马法对国家和政治的基本认识;^①而罗马的私法理论来自后世法学家(尤其是中世纪法学家),^②利用柏拉图和亚里士多德的哲学以及经院哲学,根据“一般原则和一般概念对庞大的罗马法律规则网络予以系统化和协调化”。从注释法学到评注法学,经院主义的法学方法一直兴盛不衰。^③与此同

① [德]罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店 2007 年版,第 24 页。

② 这一点多位学者有所认识,国外的如[意]蒙纳特利:《黑人盖尤斯——寻求西方法律传统之多元文化渊源》,周静译,载《视界》,河北教育出版社 2002 年版,第 62 页;国内的如易继明:《私法精神与制度选择》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 158 页。

③ [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 169~170、180~181 页。甚至直到今天,注释法学的方法仍然有着巨大的影响力,参见[美]哈斯金斯:《12 世纪文艺复兴》,夏继果译,上海人民出版社 2005 年版,第 168 页。而一个反证就是,12 世纪初的“法律明灯”伊那留斯(Imerius)便开始在博洛尼亚大学讲授《优士丁尼法典》和《学说汇纂》,努力摆脱修辞学对法学的控制,推动法学成为一门独立的学科。参见《12 世纪文艺复兴》,第 163 页。

时,自从基督教逐步官方化,基督教会的神学传统生成了完善的教会法体系,后者构成了现代社会法律制度的中世纪基础,包括刑事犯罪、①管辖权、②婚姻、③继承、④财产与契约⑤以及诉讼程序⑥等各个方面,⑦而经院哲学与基督教神学正是欧洲中世纪的主流哲学。在文艺复兴与启蒙之后,在将理性奉为主臬的新古典时期,哲学主张可以直接适用于法理论,无须专业法学的介入与加工。一个典型的例子是,以自然法为基础的理性法改变了中世纪的研究模式,提出了一套全新的社会伦理,带来了法律意识(国家意识)的转变。⑧

欧陆法律与哲学最后一次互动是200年前的德国浪漫主义。后者肇始于18世纪末,反对启蒙与理性核心,强调个人意志与民族历史,梦想以暴力摧毁旧世界,重建人间天国。浪漫派反对世界存在固有结构的

① 比如,从安瑟姆到阿伯拉尔对罪刑法定、犯罪认定以及惩罚的重要影响,参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第219页以下。

② 比如,格列高利改革(《教令集》)为代表对教皇以及整个教会的机构设置规划对现代政府权力以及机制等宪法问题的重大启示,参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第250页以下。

③ 包括充满现代意味的一夫一妻、婚姻无效和撤销、分居以及子女方面的规定,参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第273~278页。

④ 包括遗嘱、遗赠、对配偶与子女的保护和遗产管理制度。参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第278~286页。

⑤ 包括对封建负担的祛除以及信托的保护、占有、侵权以及契约的原因理论和价格理论。参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第287~303页。

⑥ 包括书面诉讼、代理人、证据等制度,参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第303~307页。

⑦ 因此梅特兰直接指出:“神学要想统治世界,它自身必须成为法学。”参见[英]梅特兰等:《欧陆法律史概览:事件、渊源、人物及运动》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第5页。

⑧ [德]维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第245、259、263页以下。

观念,主张“向前看”——以民间与中世纪传统来建构民族身份;和“向内看”——不惜将个人意志尊奉至神秘主义的地步。虽然浪漫派的影子可以上溯至法国与英国(比如卢梭与伯克),但真正构建浪漫派的是以施莱格尔兄弟、霍夫曼、蒂克以及诺瓦利斯等为代表的德国浪漫派。^①这一思潮同样投射到了德国的法学界,萨维尼以及其后的日耳曼学派(如奥托·冯·吉尔克)即为典型代表,更早还可以上溯至马丁·路德以及梅兰希通(Melanchthon)、阿佩尔与拉格斯等德国路德派学者,其体系化方法实现了“法律分析或法律学说概念化的根本性变化”。^②这对后世德国法学以及德国法系影响巨大。一如维亚克尔准确地指出,历史法学派的本质在于更新欧洲的法学研究,重新建构体系性的民法学,^③这一构想只有在18世纪末到19世纪初的浪漫主义背景之下才能理解。

然而在浪漫主义的黑夜之下,法学与哲学的分离日趋强烈。将“美学模式强加于生活”^④的浪漫主义在文学与艺术中充满激情与诱惑,但对强调世俗理性(Sophistication)的法律而言则捉襟见肘。这个矛盾在萨维尼身上体现得尤其明显:他一方面秉承浪漫主义,要求法学表现民族的历史与精神,但同时却对罗马法学极尽颂扬与尊崇,希望用罗马法的普遍理性来改造德国普通法。萨氏本意是希望以(罗马)法学来带领(日耳曼)政治,却不可避免地造成了后期的罗马—日耳曼派系分裂。这种分裂导致浪漫主义对法律的作用远逊于其前辈:一方面,在技术层面

① 我们可以援引伯林的洞见:虽然浪漫主义源自英国,但在德国“找到了它的归宿”,因为日耳曼的虔敬主义与神秘主义是德国独有的性格。参见[英]伯林:《浪漫主义的根源》,吕梁等译,译林出版社2008年版,第13、60、131页。

② [奥]希尔:《西方思想史》,赵复三译,广西师范大学出版社2007年版,第229页以下;[美]伯尔曼:《法律与革命》(第2卷),袁瑜琤等译,法律出版社2008年版,第107页以下。

③ [德]维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第395~415页。

④ [英]伯林:《浪漫主义的根源》,吕梁等译,译林出版社2008年版,第144~145页。

上它大量接受了罗马法学以及中世纪法学的基本技术工具，比如，德国的物债二元体系就是源自早在罗马法时期就已存在、并为中世纪法学所继承的对物权（之诉）与对人权（之诉）；另一方面，强调民族意志、历史技艺以及团体精神，不仅否认、压抑甚至欺凌了进步与发展的可能性，^①并且日趋从技术的具体面向后退至宏观的政治与意识形态关怀（姑且不提这种政治实践带来的人类灾难）。

由此看来，法学与法律固然一直在运用哲学的工具与观点，但这反过来也说明哲学一直努力对法学与法律进行指导和影响。分离剥夺了哲学的指导资格，对哲学的伤害同样非常深刻：不再能直接干预具体的社会政策与法律规范，丧失了对法律政策和规范的影响力，这对哲学与哲学家而言无疑是致命的打击与巨大的劫难。

我们并不否认哲学与法学已经分离，更无意文饰这一分离对二者的双重伤害。恰恰相反，本书希望将分离的二者用一种全新的现代方式重新连接起来。我们有理由相信，正是因为分离对哲学造成了巨大的损失，因此哲学也有义务和激励来实现这一目标。更重要的是，戈德雷将分离归咎于法学家，但事实上法学的责任要远逊于哲学。^②分离的始俑不是法学的“忘恩负义”，而是哲学的“不合时宜”，原因请见后文。时至今日，若想恢复哲学对与法学的紧密联系，就必须以具体的法学部门为依托实现哲学的革新，这就是本书的中心。我的目标是提出一个将法学与哲学重新联结的理论方案，而财产是最佳的范本：一方面，财产规范是现代最为重要的社会规范，恢复对财产和财产法的掌控，是哲学与法学实现再次联结的里程碑；另一方面，财产既是一个重要的法学范畴，也是一个重要的哲学范畴。既有的哲学研究在不同层面存在这样或那样的

① 关于这一点，参见[美]庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第15、18、24页。

② 如下事实足堪佐证：戈德雷批评的法学家们（如劳芳秀斯、普芬道夫、伍尔夫以及萨维尼等人）大多同时也算得上（广义的）哲学家。

不足与缺陷,这些缺陷反映了一些深层次的问题,解决它们恰恰是财产法哲学乃至整个政治哲学革新的关键。

我不愿意在引论中“剧透”本书的具体内容,相反,我希望说明本书不会涉及的问题与领域。我不会介入任何关于存在论(包括现象学)的讨论——包括存在、主体、思维、直觉、自我、本质直观等抽象思辨,这将使本书放弃一大批重要的哲学家和著作,比如巴门尼德、笛卡尔、康德和黑格尔等德国古典哲学的大部分,贝克莱以及海德格尔和胡塞尔等。我也不会介入任何关于逻辑哲学、分析哲学以及语言哲学的讨论,尽管后者包含着对哲学解释学以及衍生出来的法律解释学的真知灼见,但类似的讨论与本书关系不大。因此,像《逻辑哲学论》《真理与方法》以及《普通语言学教程》等重要论著将不会被提到。另外,我不会进行抽象的伦理学讨论,当然也不会涉及纯粹的美学问题。本书会关注对现代性的批判,但对后现代不会太详细。另外,本书对社会学的关注仅限于财产领域,诸如社会结构、样本分析、人口分布、人类心理以及心理学上的行为抉择和认知基础等问题,都不是本书关注的中心,尽管它们会深刻地影响财产观念。要言之,本书的核心是政治哲学与道德哲学,而且是与财产法有关的政治哲学和道德哲学。我也不会用一些哲学的术语和叙事来解释既有的法律制度,或者为财产法规范寻找某种所谓的“哲学基础”。类似的做法固然实现了哲学与法学的“联结”,但这种联结是无机的、一厢情愿且脆弱不堪。它只是将法学与哲学像水和油一样搅拌了事,而本书希望为法学提供适宜生长的哲学沃土。