



人性论与市民法

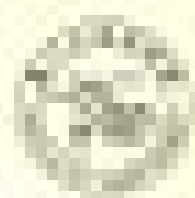
The Theory of Human Nature and Civil Law

徐国栋 著

School of Law

Xiamen University





人性论与市民法

王 康

厦门大学法学学术文库



徐国栋 著

The Theory of Human Nature and Civil Law

人性论与市民法

School of Law

Xiamen University

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人性论与市民法/徐国栋著. —北京:法律出版社,2006

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 7-5036-6554-8

I. 人… II. 徐… III. 民法—研究—中国

IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 088163 号

© 法律出版社·中国

**厦门大学法学
学术文库**

人性论与市民法

徐国栋 著

**责任编辑 刘彦洋
装帧设计 孙 杨**

开本 A5

版本 2006 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 6.875 字数 179 千

印次 2006 年 9 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6554-8/D·6271

定价:16.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



徐国栋，别号
武汉蛮人、三十亩
地园主，又号东海
闲人。1961年出生
于湖南省益阳市。

从1978年至今，历任西南政法学院学
士、中国政法大学硕士、中国社会科
学院研究生院博士、意大利罗马第二
大学访问学者、江西大学法律系助
教、中南政法学院讲师、副教授、教
授、民商法典研究所所长、厦门大
法学院教授、罗马法研究所所长、民
商法博士生导师、哥伦比亚大学访问
学者。经历丰富、兴趣广泛，喜参加
国际会议并晨昏散步。

厦门大学法学学术文库

| 近期推出 |

人性论与市民法

徐国栋

修复性司法的理论与实践

陈晓明

民事上诉制度研究

齐树洁

TRIPs体制下的专利强制许可制度研究

林秀芹

水下文化遗产的国际法保护

傅巍成 宋玉祥

国际税收协定中常设机构原则研究

朱炎生

《国际人权宪章》与我国宪法的比较研究

刘连泰

现代国际关系理论视野下的国际法

刘志云

宪法解释的哲学

徐振东

卡特尔规制制度研究

游 钰

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

廖益新

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星 齐树洁 朱福惠 宋方青 陈晓明
李兰英 徐国栋 徐崇利 曾华群 蒋 月

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

序 言

本书为厦门大学法学院院庆 80 周年专著丛书而作,本来拟提交的是《十二表法研究》,但在 2005 年 12 月结束是年的《民法哲学》课程的讲授后,在按惯例根据讲授时的灵感修正、补充讲稿的过程中,我陷入了扩写该课程的人性论部分的痴迷。首先是完善了其中论述行为经济学的部分,然后转入对行为能力制度的起源和本质的研究,最后转入关于好撒马利亚人立法的长篇大论……写作的人迷和专注,只能以“狂热”二字来形容。2006 年 1 月 16 日,在我的小儿子出生、妻儿住院的期间,我也每天保持至少 1 小时的写作。有兴趣地做一件事情是何等地好哟!它让我如同行山阴之道中,目不暇接,天天地、甚至时时地感受发现的喜悦、纠错的快感、成长的充实。但 2 月底交《十二表法研究》书稿的日期天天临近,我却无一点心思把时间和精力转入完善该书书稿的工作,最终,经法学院允许,我以这部书稿取代《十二表法研究》来参加院庆 80 周年。反正它们的篇幅也差不多,都属于俺老徐的工

作领域——一头是民法基础理论；一头是罗马法。

本书曾被考虑作为我已与中国人民大学出版社签约出版的书稿《民法典与民法哲学》的一篇文章，该书已全部编成，其序言都于2004年8月完成并发表于“罗马法教研室”网站，但它拖到现在还未出版，原因者何？原因在于等待本书的完善定稿，而这是一项令我绝望的工作。本书是我写作史上耗时最长的一本书，它的雏形是1994年发表在《天津社会科学》是年第6期上的《论市民法中的市民》一文，其中张扬了经济人假设应作为民法规范的人性标准的观点，但此文未论证现代市民法是从何时开始持经济人假设理论的。于是，在2002年，作为《民法哲学·人性论》教案的增补，我写了《论市民——兼论公民》一文（发表于《政治与法律》是年第4期）对这一方面进行展开。后来又感到1994年的文章未站在哲学界关于人性的一般理论的肩膀上，于是我在2003年讲授《民法哲学·人性论》时，又遍搜中国期刊网上的这方面文章并阅读之、消化之，补充这一方面，新增的这一部分未单独发表过，它构成本书的第一章。2005年讲授《民法哲学·人性论》时，又感到行为经济学对经济人假设的冲击，我确信，如果不弄清这种经济学理论的主要观点以及它对经济人假设的打击是否是毁灭性的，就不能结束人性论与市民法关系的研究。于是，我又从Lexisnexis数据库下载了多篇美国作者的有关文章加以研究，中间又夹入家长制的是非问题、作为理性主义之强烈体现的现代行为能力制度的起源问题，最后得出行为经济学只是一种“牛氓”式的理论，经济人假设仍可维持的结论。至此，心中的困惑除尽，可以结束作为民法哲学之一部分的人性论问题研究了。这时，挑战经济人假设的好撒马利亚人立法问题在我心中沉睡2年后（2002年在哥伦比亚大学访学时收集过这一问题的资料）复活，于是我又转入这一方面，从“北大法宝”数据库下载了所有这方面的中国地方立法并研究之；从中国期刊网下载了所有中国作者这方面的重要论文并研究之；从Lexisnexis数据库下载了美国五十多个法域的这方面立法以及大量的论文加以研究，最后完成了一个我自认为至今最全面的、最有哲理性的关于好撒马利亚人立

法的研究,得出了即使在这个领域,经济人假设也可基本维持的结论。至此,人性论与市民法的关系的各个方面都被我访遍,我没有其他工作目标了,可以结束本研究了,它已有了十万多字,可以作为院庆专著稿取代《十二表法研究》了。

我认为,本书是我继《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》后的一本真正的专著。我自豪自己能在16年之后进行一项如此具有延展性的研究而未沦落到仅能编自己论文集的地步,写长篇小说与编短篇小说集的难度是不一样的。当然,这本专著是对我在第一本专著中探索的人性论问题的展开,能16年一贯地维持对一个课题的学术兴趣,我也为此感到骄傲。好的研究总是持续思考的结晶。它是我参考文献最广的一本书,打印的数据库文章有好几尺高;它也是我从最初的文章到全面成形花时间最长的一本书:12年,尽管它的篇幅并不长,但它作为《民法典与民法哲学》中的一篇文章显然已不合适了,于是我把它独立。但它包含的结论将导致《民法典与民法哲学》一书中几个部分的表达的修改,例如“经济人假设只体现在民法的财产法部分,不体现在人身法部分”。

在结束本序言之际,我要感谢如下为本书的问世做过贡献的人:张颖南为我提供了几份美国出版的关于好撒马利亚人立法的珍贵文献;胡雪梅为我提供了英国的关于救助义务问题的资料,在本书最后定稿前,她还牺牲自己的宝贵时间应我的请求通读了全书,指出了一些可怕的错误,并做出了一些重要的评论。这些错误得到了改正,这些评论得到了采纳;刘方权为我提供了中国和国外的警民比的珍贵数据,我能与专门研究这一问题的他取得联系,得益于厦门市公安局的陈克峰警官的帮助;中美教育交流中心的杨嘉伟先生联系美国驻华使馆信息资源中心图书管理员王伟,为我提供了珍贵的美国全国的警民比资料以及规定积极的好撒马利亚人义务的6个州和纽约市的警民比资料;孙建江、王莹莹、王天辉、项秉忠为本书制作了人名索引、主题索引和主要参考文献目录,前两位还通读了全书初稿并做出了有益的评论。没有他(她)们的帮助,

本书将有更多的缺陷,完成得更加坎坷。

在本书的最后写作阶段,一位高校在职背景的博士生讶异于我何以能收集如此广泛的资料,我的未当场给出的答复是出国经历。对行为经济学的研究是本书的核心部分,对该学派的初次感知发生在我于哥伦比亚大学访学时参加的一次以此为主题的黄包餐(Brown Bag Lunch);对好撒马利亚人法的研究也是本书的重要部分,对该主题的初次感知也起源于巡游哥伦比亚大学法学院图书馆的过程中。这两个经历像两个线头,我靠它们牵出许多法学院的师生都能利用的美国法学数据库的大量有关论文。没有留美经历,我难以想像自己能像现在这样自由地利用美国的法学数据库。为此,我要感谢那些安排我享有这一经历的机构们,它们包括厦门大学法学院以及厦门大学本身、中国教育部、美国国务院和哥伦比亚大学法学院。同时,我也要提醒我的学生以及所有的同仁,只要有可能,一定要“走西口”,勇敢地与“小妹妹”分手,到欧美的某个法学院或法律系学习半年以上的时间,熟悉那里的学者,熟悉那里的资料,然后满满地把它们带回来。亲身的感知将使对西文文献的阅读和吸收更有效。

最后提到但并非最次要的是我的妻子陈慧民,她生孩子和坐月子的时间正是本书进入攻坚之时,离开了她对我工作的理解和支持,我不可能在如此季节还能维持每天至少1小时的工作推进。这种理解和支持的成果是,我们不仅得到了一个儿子陈喜,而且也得到了一个精神上的儿子:本书。说不定它可以给我带来第二个博士学位呢!一想到俺要跟自己的博士生们相跟着申请博士学位,形成“锣也响,鼓也响”的繁荣局面,俺的心就痒痒的,呵呵!!

适逢我们的法学院80大寿,祝她兴旺发达,更上一层楼!

徐国栋

2006年3月3日

于胡里山炮台之侧

目 录

序言/1

第一章 从阶级性到人性/1

第一节 什么是人性/4

第二节 什么是人性论/8

第三节 三种典型人性论与人类规范生活/16

第四节 小结/20

第二章 从公民到市民/21

第一节 罗马史和罗马法中的市民/22

第二节 欧洲封建时代的市民/30

第三节 民族国家时代的市民/38

第四节 小结/49

第三章 从经济人到现实人/51

第一节 行为经济学的兴起及其主要观点/51

第二节 行为法经济学的产生及其与“理

	性选择”法经济学者的论战/67
第三节	行为经济学对传统民法理性人前提 及其他前提的破坏/73
第四节	行为法经济学家提出的新的法律结构/92
第五节	小结/99
第四章	从经济人到好撒马利亚人/103
第一节	德法不分的古代法与 好撒马利亚人问题/103
第二节	德法两分的英美法与 好撒马利亚人问题/107
第三节	大陆法系国家的好撒马利亚人立法/119
第四节	社会主义国家的好撒马利亚人立法/129
第五节	中国的好撒马利亚人立法/133
第六节	小结/144
第五章	从主观人性论到主客观相结合人性论/151
第一节	性命境人性论的基本观点/151
第二节	性命境人性论的渊源/158
第三节	性命境人性论与规范分工论/162
第六章	结论和但书/166
	人名索引/178
	主题索引/185
	参考文献/197

第一章 从阶级性到人性

1990年写作博士论文《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》时，我运用了人性论分析民法基本原则问题，确认民法基本原则问题的理论方面之一是“立法者对司法者人性的基本看法问题”，换言之，立法者对司法者的人性越持悲观主义的态度，就会越坚持严格规则主义的立法方略；如果持相反的态度，则会采用自由裁量主义的立法方略。^①从这个角度切入做研究，当时曾冒了不小的风险，因为人性论曾被认为是资产阶级的理论，它排除了人的阶级性考察这一般的人性，是对人的阶级性的抹煞。因此，1991年5月17日，在以上述论文申请博士学位时，我自感文章中关于人性论的言论是其命门之一，纳闷当时由谢怀栻老师、王家福老师、江平老师、梁慧星老师、杨振山老师等组成的答辩委员会为何不从这一角度发难。答辩后的当夜，与友

^① 徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，勒口上的“内容提要”。