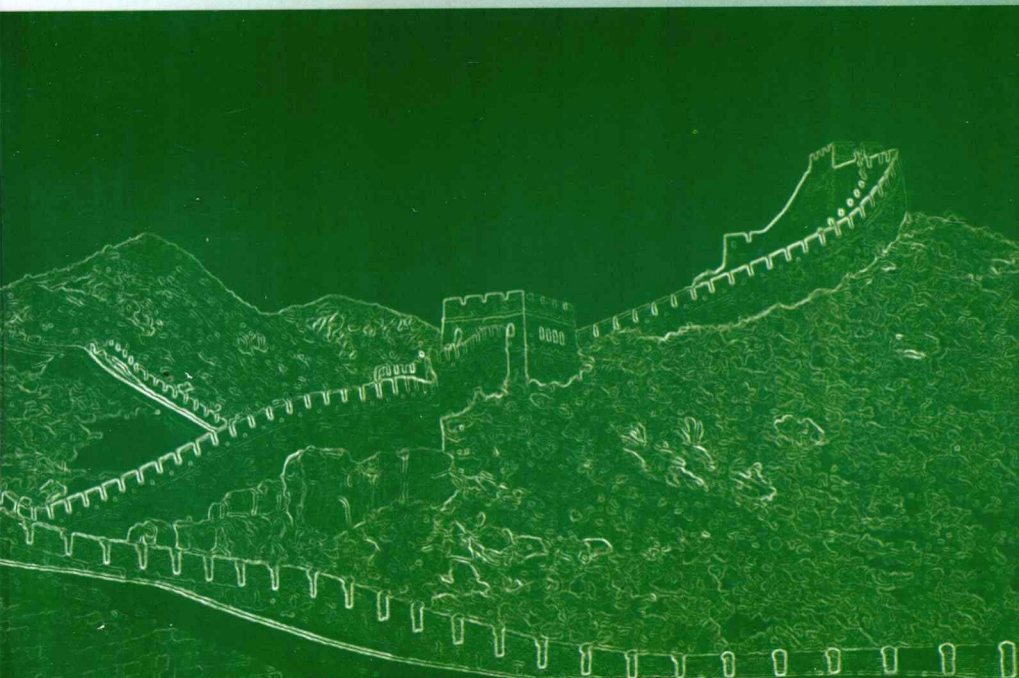


民法的人性基础

王冬梅 陈国君 秦勇 编著



哈尔滨地图出版社

民法的人性基础

MINFA DE RENXING JICHU

王冬梅 陈国君 秦 勇 编著

哈尔滨地图出版社

· 哈尔滨 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民法的人性基础/王冬梅, 陈国君, 秦勇编著. —哈尔滨: 哈尔滨地图出版社, 2008. 7

ISBN 978 - 7 - 80717 - 905 - 4

I. 民… II. ①王…②陈…③秦… III. 民法—研究
IV. D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 105478 号

哈尔滨地图出版社出版发行

(地址: 哈尔滨市南岗区测绘路 2 号 邮编: 150086)

哈尔滨华洋印刷有限公司印刷

开本: 850 mm × 1 168 mm 1/32 印张: 10 字数: 250 千字

ISBN 978 - 7 - 80717 - 905 - 4

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

印数: 1 ~ 500 定价: 20.00 元

前 言

中西文化,特别是民法文化之发展路径无论是价值选择还是制度设计均有其相近之一面,但二者迥然而异之一面更能显现两种文化之特质。西方民法发展史实则是一部私权发展史,民法的每一步发展均与私有化之发展同步,西方各国之历史经验,结合中国固有之国情,不难看出自15世纪以来,中西文化从经济、政治、伦理包括日常生活均开始走上不同的发展道路,而其决定性因素则表现为对人性特别是对人类之恶性之不同文化态度。中国奉行人性善或人性应善之道德假设,故而强调集团性力量对社会之控制,其直接结果便是专制集权政治体制非但没有减弱,反倒进一步得到加强,经济生活中,皇权所有制与家族共有制两种公有制也大大削减了个人之私有权利及应有之社会地位,而传统公有制形态截至今日仍对社会具有持久影响力——典型者如所有权结构方面,今日之公有制数则是对传统两种公有制形式的历史延续而非革命性创新,亦即,皇权所有权转换成今日之国家所有权,而家族所有权则为集体所有权所取代。纵观西方近代发展史,因为从哲学、伦理学、政治学、法学各领域认同了人类固有之自私自利本性,并将此种道德之恶性上升为法律权利,故而西方主流文化从罗马法中寻求到了可靠之理论资源与制度经验,最终构建了完善而成熟的私人所有权体系并以此对抗公权力之非法干预,为近代资本主义市场经济开辟了道路。也正是为了确保私权,西方近代政治

学理论与法学、伦理学紧密联合,将公权力行使主体之人性界定为“经济人”,故而产生了权利制衡理论,最终形成卓有历史成效之民主政治体制。应该说,西方现在的进步与发展(当然也包括其相关弱势与弊端),实则取决于近代社会文化对人性之基本假设,即人性恶假设;而中国今日之落后与贫穷(当然也包括其优势与动力),则取决于儒家精英文化所缔造之人性善假设。

本书撰述之首要宗旨即在于探索西方之历史经验,同时总结中国自身历史发展轨迹与西方之异同。其中,首先必须解决的几个理论问题是:其一,传统中国是否存在私权意识?其二,传统中国是否存在过成熟的商品经济社会?如果有,传统中国为什么又没有发达的私权体制或民法体系?自然,如上问题不仅涉及法学领域,也广泛涉及到社会学、政治学、历史学、伦理学诸领域,而本书仅从民法与人性角度就相关问题进行简约辨析。中西自近代以来之历史经验表明:中国未来改革之成败有赖于私法精神之开发与塑造,物质载体则取决于是否拥有一部以保护私权为核心之民法典,而制定民法典是否成功,其关键又取决于这一民法典能否确立以保障私权而非公权之价值观并构建相应制度体系。于此,西方近代以来可借鉴者即有如下几个方面:

1. 近代民法产生、发展之伦理哲学基础是人性恶价值假设,人性恶假设构成民法之深层哲学底蕴。

2. 近代古典自由放任经济学对人的行为、动机、目标之界定及其论证构成了近代民法之内在发展轨迹,也是近代民法产生的本源性力量和功能价值。

3. 人性假设统一于民法之各项制度设计及其内涵价值。道德嵌入并未削弱人性恶价值命题对民法体系之演进,一定程度上

增进了民法体系之现代化内涵。

4. 主流话语场对人性的不同哲学界定不仅决定了中西社会近代以来不同之历史走向,也决定了作为私法的民法是否上升为一种控制性社会力量。

5. 不同的人性假设必然带来不同的社会所有制形态,而所有制形态又直接影响着一个国家、一个时代之民法本质及其发展路线。

6. 中国民法现代化转型之核心问题是价值转型,即确保民法之私法地位及其权利法本质,尊重人性,摆脱传统主流话语场对追逐利润行为之纯道德考评,减轻民事主体从事市场行为所产生的道德窘迫感与人格萎缩感。

综上所述,中国民法在向近代化、现代化转型过程中必须充分认识、借鉴、移植西方传统民法之先进理念及其相关制度构架。

承担本书撰稿任务的有王冬梅(第一、三、四、五、六章),陈国君(第九、十章),秦勇(第二、七、八章)。最后由王冬梅同志对书稿总纂,并统稿定稿。

由于时间仓促,加之我们水平有限,书中疏漏和谬误在所难免,恳请各位专家和广大读者批评指正。

编 者

2008年8月

目 录

第一章 人性	1
第一节 人性学说:相互关联的两种模式	1
第二节 法的价值的人性基础	3
第二章 法与人性	5
第一节 法的价值的人性依据	5
第二节 法的价值与人性的发展	18
第三章 人性学说与民法	20
第一节 人性学说与民法的有机关联	20
第二节 人性与民法之体系建构	43
第四章 人性恶假设与民法伦理哲学	51
第一节 人性的凸现:道德消解与人性自主	51
第二节 中西文化之不同构造	60
第三节 人性恶与民法伦理哲学	72
第五章 人性恶假设与民法人格制度建构	91
第一节 “人格”语源考略	92
第二节 二元论立场解蔽:二元人格理论之误区	97
第三节 人性假设的普适性	102
第四节 法律映射与技术拟制	112
第六章 从人性角度论占有制度	123
第一节 占有之伦理哲学基础	123
第二节 占有保护之民法理据	132
第三节 占有要件:主观主义与客观主义	138
第四节 占有与所有权	149

第七章 民法之人性归依:论所有权	160
第一节 私法正义与所有权	160
第二节 所有权产生之两大基点:资源内核与 个人主义立场	168
第三节 所有权产生的理论基础	176
第八章 契约之人性基础与契约权利之泛化	190
第一节 契约的人性基础,东西方比较研究	190
第二节 权力系统中的契约精神	201
第三节 契约之泛化:从神人之约到契约正义	210
第九章 理性主义与近代民法法典化	218
第一节 从自然法到理性法	219
第二节 法典化价值核心	230
第三节 法典化体系建构:逻辑与价值的统一	242
第十章 秉持人性原则·拓宽民事纠纷调解	253
第一节 人民调解概述	253
第二节 人民调解的工作原则	267
第三节 人民调解的方法	284
结语	309
参考文献	310

第一章 人 性

第一节 人性学说：相互关联的两种模式

法是人的创造物，法与人性之间就必然地具有这样那样的联系。因此，法学中的价值研究就必须将人性与法的价值联系起来。因为，“一切科学对于人性总是或多或少地有些联系，任何学科不论与人性离得多远，它们总是会通过这样或那样的途径回到人性。”人性问题是人类关于自身认识上争议最大的问题之一。人性(humanity or human nature)就其语义而言，系指人之本质属性或人之本性。人性假设及其相关论证因方法论差异可分为相互关联的两大模式。

一、功能与实体

就人之本质或本性之界定，是人类认识自身的结果。纵观相关人性学说，至今难有统一之人性定义。卡西尔认为，如果需要给人性加以定义的话，那么该种定义只能是功能性的而非实体性的。有学者认为，人性假设仅仅是一种方法，是在利己或利他意义上对人性所作的善恶假设。该种假设看似是一种抽象的价值范畴，实则是典型的历史经验反射，是对人之精神、行为、目的的综合反映。换言之，人性学说及其相关论证仅仅是对人性的一种功能性描述或总结，决非对人性本身的实体论证。

二、唯理主义与经验主义

作为一种形而上学,唯理主义致力于对人性进行抽象建构但又常常遭遇经验性困惑。苏格拉底明确将理性视为人性,认为人虽然具有激情和欲望,但只有当理性占据支配地位,或者说,只有当激情和欲望服从于理性,人才能超越感知,运用自有的理性去追求普遍性的、确定性的知识——柏拉图将之归结为善行,认为善是知识和真理的源头活水,是超乎一切之上的宇宙最高目标。延至近代,理性主义哲学体系所论证之人性已然剥离神性光环,人性恶成为论证人之本质的一种新视角。康德、黑格尔等人完成了对人性恶之合理性的哲学论证,将人类合理的恶性(激情、欲望)视为推动历史前进之主导性力量。近代法哲学、自由经济学直接引致了近代民法的产生与发展,不仅从全方位认同了人之恶性来自于其理性追求,也是其行为准则,最终偏离了苏格拉底等人创立之纯善、唯智哲学方向,使人回归世俗。直言之,近代唯理主义哲学坚守了人是理性动物之传统,却置换了理性内核,将人之理性定位于“恶性”而非“善性”,从而导致功利主义骤兴。近代自由市场经济及近代民法从理念到制度均为理性主义哲学的必然回应。

经验主义则从另一个层面来界定人性。英国政治学家 G. 华莱斯(Graham Wallas)主张以试验方法研究人之行为,以经验模式概括人之本性。与达尔文进化论一脉相承,华莱斯对人之本能极为关注,认为人在目的与手段之间的关系并非只是人类理性思维的结果,也是人类行为倾向中“适者生存”的结果。据此,华莱斯在其《政治中的人性》(Human nature in Politics)一书中,认为人性学说首先必须克服“唯理智论”,将人性视为理性与非理性的综合体。

基于以上两种模式,学界普遍将人性从质态上区分为善、恶两端,从纬度上分解为自然属性、社会属性等层次并对其进行不懈论

证。该种论证一经由学说转换为一种具体信念或集体价值目标，必然影响一个时代、一个国家或民族之相关社会制度的构建。

第二节 法的价值的人性基础

从一定程度而言，人类创制法律的真正目的是通过法律规范人之行为以调节人与人之间对自然资源、社会资源，包括异性资源的分配关系，作为“正义”化身的法律实则为平衡社会主体相互间对于相关资源之占有关系及其分配法则。从语言发展史上考察，西文中的“法律”一词包含着两层含义：一是希腊文化系统中所谓倡导的“权利”，即每个人“各得其所”（to give every man his due）是法律追求的“正义”价值，是国家的一种平等分配，国内梁治平先生有专文论及，颇为详尽，可资参阅。二是罗马法文化系列中分立的两种语源：*jus* 和 *lex*。*Jus* 来源于“*justitia*”（*justice*），此种语源侧重于阐释罗马平等市民间进行财产交易的公正性，*lex* 系列语源，按阿奎那（*Saint Thomas Aquinas*）的解释，系由 *ligare*（约束）演变而至，法是人们据以作为或不作为的规则，法的本质是“约束”（to bind）。后期自然法学派的确立，其理论根基也是将通过建立契约关系对他人承担义务和责任（*obligation*）作为法的本质特征。无论是“权利”还是“义务”或“责任”实则是角度不同的两个层面：对此方为权利，彼方则为义务，对彼方为权利，此方则为义务。从动态的语义符号我们可以看出希腊人讲求的是“公平的分配”，而罗马人则强调“平等的选择”或“相互的约束”，其实质追求仍是法律的“正义”价值。上述语源的本源性价值即在于：通过法律对人类占有、分配财产行为加以规范。如此，前近代民法所具有的两大大特征尤为引人注目：其一，法律通过赋予不同主体不同的法律地位或身份的方式来界定人与人之间的关系；其二，通过对人与人之关系的界定，进一步界定民事主体相互之间对相关财产的占有

与分配关系。基于以上两点,除去一般的民事交换外,身份、特权、垄断即成为古代民法之固有特色。

从另一个角度上讲,法与正义理念的本质起源或者原生性力量是人的自私、利己本能。作为一种个体存在,人的身、心、意首先感触到的是自身的存在质态,唯有自我质态达成一定程度的平衡后,个体的人才会去关注他人及外在世界。依边沁和爱尔维修之理论,人类之行为均受快乐和痛苦两大法则支配,是一种典型的趋利避害的动物。利己主义伦理哲学视野下的人,自我保存、自我满足、自我发展、自我实现是其最高行动目标。即便是主张利他主义的哲学家休谟也认为,法与正义“只能是起源于人的自私和有限的慷慨,以及自然为人类需要所提供的不充足的供应”。推而广之,休谟认为“一切科学总是或多或少地和人性有些联系,任何科学不论似乎与人性离得有多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性”。由是,休谟将人性推崇到极高程度,认为一个完全科学的体系产生于人类本性原则,科学体系中的一般特性的解释应当在人类本性中寻找,哲学研究成功的唯一途径是掌握人性,因为,只有关于人性的科学才是真正的哲学,也才是其他科学的基础。

总而言之,在西方,人性问题上最大的争议是人性的理性与非理性的问题,即究竟人是理性的或是非理性的;在中国,人性问题上最大的争议是人性的善与恶的问题,即究竟人性是善良的或是邪恶的;马克思主义主要从自然属性、社会属性和精神属性三个方面揭示了人性的内涵。在人性上的不同认识往往会导致不同法律学说的产生与形成。换句话说,不同的法学学术主张可能源自于不同的人性认识。这些学说具有或多或少的科学性,为了全面探讨法的价值的人性依据,有必要对这些主要的人性理论进行评说,并肯定其中科学的部分。要探讨法的价值问题,就必须关注从人性角度进行的法的价值诠释,而且应该力争对法的价值与人性之间的基本关系作出科学的结论。

第二章 法与人性

第一节 法的价值的人性依据

一、法的价值的人性基础中的理性与非理性

有的学者认为,在人性学说中,理性观是与经验观相对应的。其实,情况并非如此。从认识论的角度而言,与理性相对应的,可能是感性或经验;而从神学角度来说,也可能是愚昧和迷信。有的学者,往往不区分在不同意义上使用的理性,而将其混用。其实,这二者间存在联系,也存在差别。在论述有关问题时,要将不同意义上使用的理性彻底区别开来是不现实的。但笔者认为,在人性问题上,将与理性相对立的观念称为“感性或经验”或者“愚昧与迷信”,不如称之为“非理性”更为合适。

理性的观念,始于古希腊哲学。在古希腊,人类理性首先由外观自然,形成宇宙理性观,而后反观人类及其生活自身,形成人本理性观。而柏拉图提出的“理念观”则进一步使人性观体系化。理念,是柏拉图哲学的起点和基础,是自然世界和人类世界的原型和本质。他认为,所谓理性就是理念形成的前提和根据。

我们知道,理性的本义就是追寻事物和世界的内在原因(内在决定性)、内在规律性,追寻他们内在的“道理”,因此,所有追寻这种“道理”的智慧活动都应该被认为是理性的活动。然而随着人的发展和社会文明的演化,人的内部构成发生分化,人的理性方面主要与科学、技术的发现和发明相联系,在当代工业文明的巨大

成功中得到了极为充分的展示。与之相应,尊崇、张扬和发展理性成为长期以来主导性思想潮流,而理性主义则作为主导性和统摄性哲学思潮而占据着统治地位。然而,理性的这种超常发展和理性主义的过度张扬,带来了人类结构内部严重的失衡状态。同时到了现代,理性的异化使人类逐渐看到了人的本质并不完全基于人性,把理性提高到了相当于“上帝”的层次,限制和缩小了人性的范畴。理性一旦变成一种创造一切、统治一切的“暴政”,必然要在某种程度上构成对人性的极大的压抑,正是在对理性的反省和批判中提出了拯救和保护人的非理性方面的必要性,于是非理性应运而生。应该说,非理性主义在批判理性主义的绝对权威时,为人类自身的认识又开辟了新的视野。

虽然当代的非理性主义各有其特点,但至少有一个共同点,就是把人看成世界之本,又把非理性看成人之本,把人看成非理性的人。而把人看成是非理性的人,实际上是把人文精神等同于非理性精神。笔者认为,理性与非理性是人具有的两种不同的特性。鉴于此,我们不如试着给理性与非理性下一个定义:所谓理性是指人们追寻事物和世界的内在决定性、内在规律性的抽象思维能力和思维形式,概念、判断和推理是理性的最主要表现形式;而与理性相对应的非理性则指理性之外人的心理因素、认识能力和认识形式,具体地说,非理性是指不属于理性范围的无意识、直觉、灵感、情感、意志、信仰等人的心理因素、认识能力和认识形式的总和。

人性是理性的,这一观点在西方源远流长。柏拉图将人性分为三个部分,即理性、意志、欲望。其中以理性为最高。因为,如果意志获得理性的支配,意志便表现为勇敢;如果欲望获得理性的支配,欲望便表现为节制;如果意志获得理性的支配,人便获得正义的德性。进而认为,人的理性处于了支配地位,善就占有优势,法律就用不着了。否则,就必须让人们服从外在的权威,即法律。法

的作用就是禁止人们放纵欲望,使那些不能按照理性行动的人能够约束自己,以维护个人正义的品德。亚里士多德认为,“人的功能,决不仅是生命,我们所求解的,乃是人特有的功能。人的特殊功能是根据理性原则而具有理性的生活。”亚里士多德还把人的理性与法联系起来,他说,“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。”斯多葛学派将人的理性自然化,将人的理性等同于自然,而至高无上的法就是自然法。奥古斯丁、阿奎那等学者提出了宗教理性。奥古斯丁在一定程度上继承了柏拉图的人性学说,认为没有理性的人,就需要依靠外在的命令包括法来控制其欲望。法的目的和作用就是控制那些没有理性的人的各种欲望。阿奎那将法定义为,“法律不是别的,而是一种由管理社会的人所公布的、以共同福利为目的的理性的命令。”在他对法的分类中,永恒法来自神的理性;自然法是人参与永恒法的参与,体现着永恒法与理性动物的关系;人法是根据永恒法制定的,反映着人类理性等。近代理性主义哲学的开创者笛卡尔认为,理性是人的天赋,人与禽兽的差异就在于人具有理性的禀赋。其后,理性主义经过康德、黑格尔发展到极致。在理性被作为一个哲学旗帜使用的时候,“法学是哲学的一个部门”,法也当然被置于理性的阳光下,受到新的审视……

理性是人所独有的、与其他任何生命体的根本区别之所在。没有理性,人类就不可能认识到自身对于法这种社会规范的需求,也不可能自主地创设或者运用法来约束自我、规范自我、制止恶行。正是由于人有了理性,才可能有自知之明。法是理性的产物,而不是人类非理性的结果。

但是人性未必都是理性的。亚里士多德在肯定人的理性的同时,也肯定了人的非理性,认为人性包含着理性与非理性两个方面。在理性主义兴起的同时,非理性的经验主义也得到了很大的发展。培根、休谟都怀疑和贬低理性的意义,强调情感与直觉等非

理性的作用。现代非理性主义哲学思潮得到了相当大的发展,认为,作为主体的人是个别的、不可重复的,人的非理性成分,诸如意志、情绪、直觉、本能被特别强调,并认为人的非理性因素对于人具有决定的作用。既然人是非理性的,法当然是人的非理性的产物。法与人性的这种关系也就成为与理性论相对应的主张。其实,人类法的产生,不仅是因为人拥有理性,甚至也是因为人具有非理性。人的非理性在法的产生上,也具有重要的意义。具体表现在:(1)人的理性的发展是以一定的非理性存在作为认识基础的。尽管人类的非理性的作用是积极还是消极的,一下子说不清楚,但是人类在认识法与运用法的过程都离不开它。如果没有非理性的存在,法是不可能产生的。(2)人的非理性也是法产生与存在的根据。人类有非理性的存在,就需要适用代表理性的法,来规范人类的行为,防止和制裁非理性行为,预防和减少非理性给人类带来的危害。

人是理性的动物,人具有理性,也具有非理性。而且这两个方面,一般来说,是并存的。理性与非理性不是有或者无的差别,而只是一个主次的差别。没有理性或者没有非理性,法都不可能产生。法的价值也因为人的理性与非理性并存而被确立了下来。在法产生以后,人类对于法的把握,在很大程度上都是通过理性或非理性的方式进行和持续的。对于法的价值的理解,对于具有法的专业知识的学者和法律工作者来说,主要是理性的。而对于法盲或者半法盲来说,主要是非理性的。即使是法学家或者法律家,他们对待法的价值的理解与追求,也很难全是理性的态度和理性的方法。非理性依然会在一定层面和一定程度上发挥其作用。因此,笔者认为,理性与非理性的统一,构成了法的价值的人性基础的重要方面。

二、法的价值的人性基础中的善与恶

从最初的“什么是善，什么是恶”到“善是什么，恶是什么”，人们对人性的认识也从对人的行为的善恶认识发展到对人性善恶的认识。

但是，人类为什么要去探求善与恶呢？这种探讨的目的决不仅限于要搞清楚问题本身，而更在于要帮助人类区分善恶，衡量善恶，择善而从，取善去恶。人类除运用自己设定的道德来区分善恶，并帮助人们远恶趋善外，比道德更为严厉的手段就是法。人们通过法来表明自己的善恶观念与认识，对恶行予以禁止与制裁，对善行予以提倡与嘉奖。纵观整个人类历史中与人性善恶学说相关的法学思想和法学理论，不外乎有四种基本观点：一是性善论；二是性恶论；三是无善无恶论；四是有善有恶论。这些看法都包含着人类在人性善恶上的思考。其中难免有失之偏颇的地方。笔者认为，作为整体的人类或者作为个体的个人，其人性都是有善有恶的，性中既有善恶之性，也有善恶之因。有善有恶及其内涵的善性恶性、善因恶因构成了法的价值的人性基础。

1. 性善论

儒家创始人孔子，从宏观上提出了“性相近，习相远”。虽然他的认识没有对人性的善恶进行探讨，但是却为人性的善恶探讨确立了一个前提，即任何人在降生以来其作为人性的性质是没有太大差别的。人性的差别系因后天“习”的有别而形成。孟子的人性理论为典型的性善论，他认为人性本善。仁、义、礼、智的美德，都是人与生俱来的。在肯定人性善的同时，他把人的性与情对立起来，认为人的性是善的，无善恶之别，而人的情则有善有恶。性善论在一定意义上为法的产生与存在，提供了道德根据。人本性是善的，那么人的恶就是与善相对立的。法是为善而设立的，其目的就在于制止恶的产生，惩恶扬善就成为了法的价值追求。性