

民商法学博士文库

近代民法之本源性力量来自于哲学、政治学、伦理学、经济学领域之人性恶假设，或者说，性恶论假设构成了近代民法之价值前提。

民法与人性

刘云生 著

以性恶论为逻辑前提与价值前提，近代民法衍生出了平等地位、独立人格、自由意志等基本价值命题。性善论一定程度排斥了独立与自由两种价值。而其所提倡之平等为纯道德化之平等，而非性恶论所提倡之利益或效益之平等。

中国检察出版社

民商法学博士文库

民法与人性

刘云生 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法与人性/刘云生著. —北京: 中国检察出版社,
2005

ISBN 7 - 80185 - 420 - 9

I. 民... II. 刘... III. 民法 - 研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 054033 号

民法与人性

刘云生 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 13.625 印张 插页 4

字 数: 376 千字

版 次: 2005 年 7 月第一版 2005 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 420 - 9/D · 1398

定 价: 32.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

谨以此书献给我的导师

李开国 教授

本成果系重庆市西南政法大学市场
交易法律制度研究基地项目成果



总 序

西南政法大学，坐落在长江和嘉陵江交汇处的美丽山城重庆，背倚以红岩精神称著的烈士英灵安寝处歌乐山脚。西政大校园和西政大人似乎受到烈士英灵的格外庇佑，以至从此处走出的西政学子常有一种得道成仙的灵气和悟性。中国海内不少优秀法学人才，多出自西政大这所并不悠久但却著名的学府；于民商法学人方面而言，尤其典型：在这块热土上不仅崛起过我国老一辈著名民商法学家张序九先生、金平先生、杨怀英先生等人，更培育出了当今中国诸如梁慧星、王卫国、尹田、张新宝、黄松有、张玉敏、赵万一、陈苇等著名民商法理论家和实务家。茵蕴如此，作为西政大民商法学科学术带头人和负责人之一的我和我的几位博导同仁梁慧星教授、张玉敏教授、赵万一教授、陈苇教授、石慧荣教授等便有了继往开来、进一步建设好西政大民商法学科，为祖国培养更多、更优秀的民商法人才的义务和责任。正是意识到这种义务和责任，我们才有了与中国检察出版社合作，共同创办“民商法学博士文库”的举措，希望以此作为一个阵地，培养和推出民商法新秀。当然，本文库亦非专为西政大民商法博士点而设，在出版西政大民商法博士点毕业生的博士论文的同时，我们亦欢迎校内外其他博士点的毕业生参与，将其民商法学研究范围内的优秀博士论文在本文库出版。

西政大民商法学科是1998年获得博士学位授予权的，自1999年开始到2003年为止已招收五届四个方向（民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法）的数十名博士研究生。本《文库》



首批陆续推出的数篇论文就是从西政大民商法博士点1999级至2001级博士生通过答辩的优秀或比较优秀的博士学位论文中遴选的。这些博士论文自然是博士研究生们独立完成的，但是在选题、研究设计及创作过程中亦融合和凝结了导师们的心血以及博士生师兄兄弟们的集体智慧。有些选题还源自导师们授课、指导讨论的专题，如刘云生的《民法与人性》，章礼强的《民法本位论》，就是我为民法博士生所开《民法总论专题研究》课中的一个学习、研究、讨论专题“民法本位、伦理、价值取向和基本原则”延展出来的子课题。因此，我们可以说这些博士论文既是西政大近几年培养的民商法学博士生个人，同时也是西政大博士点集体奉献给法学界和读者们的心香。这些博士论文或从人性新角度对民法学问题进行解析；或从哲学新视野对民商法学有关问题进行追问、辩诘；或结合历史与现实、理论与实务对民法具体制度进行审视、置疑、检讨和重构，都有其独到之处。这些论文成果或许存在某些稚嫩和苦涩之处，但可以肯定的是，它们植根于西政大这块经由前辈和先行者们辛勤开拓、耕耘半个世纪的熟土之中，只要读者愿用心品尝，都能品出清馨的新春茶味来——苦中带甜、涩中带香……

近几年来，基于我国民商事立法和司法的需要，我国民商法学的研究已呈蓬勃发展、欣欣向荣的景象，在民商法学的白花园中已开满簇簇鲜花，结出累累硕果。但是，面对这令人鼓舞的景色亦有使人常感遗憾之处，这就是民商法博士论文这类鲜花和硕果并未得到人们应有的培育和关注。这不仅表现在迄今为此出版界尚无出版民商法博士论文的专门阵地，更表现在民商法博士论文的读者层面远较民商法系列教材、一般专著、论文为窄。其实，在本人看来，民商法博士论文大都具有选题前沿，资料收集丰富，研究方法多样，运用相关学科知识广泛，观点创新，论证严密等优点。经过数名专家评阅和数名专家面对面的质疑、答



辩，其学术质量较之民商法系列教材、一般专著和论文更有保障，更值得出版界出版和民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生阅读、学习、研究。就本人之情况而论，如果说本人这些年来在学问上还有长进的话，那我要说句诚实的话，这大多源于对本人指导的博士论文初稿的阅读、研究和进一步修改的指导，源于对他人指导的博士论文的评审和答辩。

在《文库》最初几本博士论文即将出版之际，我要首先感谢中国检察出版社的合作与支持。他们不计经济得失，一心开辟和培育这个专门出版民商法博士论文的学术园地的高远志向令我钦佩。有容乃大，我更希望有更多的出版社关心民商法博士论文的出版，有更多的民商法博士点和民商法博士生参与我们这个文库的合作与出版，有更多的民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生关爱和欣赏我们这个《文库》出版的民商法博士论文。我相信，我们这个《文库》出版的民商法博士论文是真是伪、是美是丑，是经得起读者诸君公正评判的。

最后，我想改用孙中山先生的一句话来作为《文库》总序的结语，以勉励我自己和《文库》的广大合作者们：“我们的事业尚未成功，同志仍需努力”。我相信，只要我们共同做出不懈的努力，我们的《文库》一定能够茁壮成长、壮大。

李开国

2004年8月



目 录

民商法学
博士文库

目 录

导 读

/1

引 言

/32

第一章 性善论与性恶论：近代民法之历史经纬

/67

第一节 人性假设与近代民法

/67

一、人性假设与近代社会

/67

二、人性恶假设与近代民法

/69

三、界域或限制：性恶论之反向论证

/71

第二节 性善论与性恶论

/78

一、人性恶假设与民法价值判定

/78

二、性善论之缺失与误区：以中国农村地权为视角

/89

第三节 功利主义、自由主义之历史贡献

/101

一、财产与权利

/101

二、财产与权力

/105

三、财产与契约

/108



第二章 人性恶假设与民法之有机关联	/110
第一节 人性学说：相互关联的两种模式	/110
一、功能与实体	/110
二、唯理主义与经验主义	/111
第二节 人性学说与民法之有机关联：历时性考察	/112
一、法与人性	/112
二、近代民法产生的历史前提	/114
三、人性学说与民法价值内核	/126
四、人性学说与民法体系	/131
第三节 人性学说与民法之有机关联：共时性考察	/135
一、人性与民法本质属性	/135
二、人性与民法之价值选择	/139
三、人性与民法之体系建构	/147
第三章 人性恶假设与民法伦理哲学	/153
第一节 人的凸现：道德消解与人性自主	/153
一、神性光环	/153
二、奴性樊篱	/156
三、人性自主	/157
四、消解道德	/159
第二节 中西文化之不同构造	/164
一、关于自我解放	/164
二、资产阶级革命与无产阶级革命	/172
第三节 人性恶与民法伦理哲学	/178
一、法哲学论证	/179
二、古典经济学假设	/184
三、伦理学突围	/188



四、政治学解构	/194
第四章 人性恶假设与民法人格制度建构	/202
第一节 “人格”语源考略：人何以成为“人”？	/203
一、罗马法上之“人格”	/203
二、近代“主体”范畴之拓展：人格主体之惟一性	/205
三、哲学“理性”之渗透	/208
第二节 二元论立场解蔽：二元人格理论之误区	/210
一、二元人格理论	/210
二、历时考察	/212
三、共时考察	/214
第三节 人性假设之普适性	/216
一、从身份到契约	/216
二、从“人”到“物”：近代民法人格抽象之必然	/218
三、财产即人格	/222
四、道德祛魅：“人”性与“物”性之共振	/224
第四节 法律映射与技术拟制	/228
一、抽象人格之价值平台	/228
二、抽象人格之价值内蕴	/231
三、抽象人格之法律营构	/236
第五章 欲望的旗帜：论占有	/240
第一节 占有之伦理哲学基础	/241
一、人类资源分配的原初样态	/241
二、从暴力攻掠到社会分工与市场交换	/245
三、神性占有到世俗占有	/250
第二节 占有保护之民法理据	/251
一、占有保护之历史发展及其基本类型	/251



二、伦理学与经济学与占有保护	/252
三、占有行为之特质	/253
四、经济伦理与占有制度	/257
第三节 占有要件：主观主义与客观主义	/259
一、占有要件之历史源流	/259
二、康德、黑格尔对占有之不同诠释	/261
三、占有制度体系化构建及其位置	/265
四、占有制度中之两类关系：占有要件解构	/268
第四节 占有与所有权	/271
一、占有与所有权之必然关联	/272
二、占有产生所有权之方式：兼论中国未来之先占取得制度构建	/278
第六章 民法之人性归依：论所有权	/284
第一节 私法正义与所有权	/284
一、“正义”溯源及其演化	/284
二、私法人格与所有权	/287
三、所有权之正义内核	/290
第二节 所有权产生之两大基点：资源内核与个人主义立场	/293
一、所有权产生之必然前提	/293
二、个体主义立场与个人权利	/296
三、资源内核	/299
第三节 所有权产生之三大假设	/304
一、人性恶假设：占有本能及所有权的伦理基础	/304
二、稀缺性假设：占有事实及所有权的经济学基础	/313
三、理性秩序假设：占有权利推定及所有权的哲学基础	/316



第七章 契约之人性基础与契约权利之泛化	/322
第一节 契约之人性基础：中西契约精神比较研究	/322
一、西方视角：人性恶假设与西方契约法	/322
二、传统中国视角：伦理正义与契约精神	/327
第二节 权力系统中的契约精神	/335
一、人性恶：权力产生之历史前提	/335
二、社会契约：权力之源	/339
三、权利与权力：歧变与融汇	/342
第三节 契约之泛化：从神人之约到契约正义	/347
一、神人之约：契约之超验性与权威性	/347
二、契约之泛化：法哲学创见及契约正义之实现	/353
第八章 道德祛魅与人性张扬：理性主义与近代民法法典化	/357
第一节 从自然法到理性法	/359
一、法典化的时代推进力	/359
二、罗马法、教会法与近代民法法典化运动	/362
三、关于两种理性	/367
第二节 法典化价值核心	/373
一、实践理性	/373
二、形式理性	/383
第三节 法典化体系建构：逻辑与价值的统一	/387
一、罗马法与教会法之历史功绩	/388
二、体系与价值	/392
结语	/400
参考文献	/402
跋	/420



导 读

一、选题角度及主要观点

近代民法产生之价值前提

近代民法之本源性力量来自于哲学、政治学、伦理学、经济学领域之人性恶假设，或者说，性恶论假设构成了近代民法之价值前提。

就制度层面而论，人性恶假设催生了近代民法之两种最重要假设，即“经济人假设”（*Homoo economicus postulate*）与“理性人假设”。两大假设于西方经济演化历史过程中可谓功不可没并最终奠定了近代民法之各项制度基石。经济人假设认同了人对财富追逐的心理动因并赋予其正当性价值，集中体现为近代以来之公法与私法领域共同确认了人对特定之物或利益的支配性、排他性权利，确立了私权至上原则并拟制了绝对所有权制度。如果说经济人假设使民法视野下的“人”摆脱了道德伦理困境，那么，理性人假设则使“人”在近代获得了独立的人格和自由意志。人文主义哲学、自由放任经济学、古典自然法学派三位一体的历史演进趋势最终导致民法领域的历史性革命：其一，《法国民法典》第一次将法律人格加以抽象，赋予所有的“人”以同等的法律地位及法律人格，彻底打破传统的身份性立法以及等级秩序、差序人格；其二，基于平等的法律人格，每一位民事主体均得以自由意志创设、变更或消灭一定的法律关系，以实现内在



之愿望、获得应有之权益，从而开创了私法自治、契约自由的历史先河；其三，在将平等、自由确定为民法之两大基本原则的同时，《法国民法典》创立了“自己责任”原则，以对个人滥用权力的限制，嗣后发展成为著名之“过错责任原则”；而《德国民法典》则较《法国民法典》更进一步，将人的能力区分为权利能力与行为能力，更有效地保护权利人之法律权益得以实现，同时将法律上抽象的人格赋予团体性组织，拟制出现代民法主体制度中至为重要的法人制度。

就价值层面而论，人性恶假设成就了近代民法之终极价值目标——公平正义以及各项具体价值指向。公平正义理念包容了平等、自由、效益诸原则，而所谓公平正义在西方法律传统中从未脱离过对社会财富的占有与分配这一内涵。换言之，人类之恶性导致对财富的无尽追求，而法律则是衡量该种追求是否合于正义的标准。如果说效益原则是人性的直接结果，甚至一般情况下完全可以凭借个人之自由意志即可实现，那么，平等、自由等原则则势必寻求一种广泛而客观的手段来加以证明和实现，以此控制非正义后果之出现。

近代民法承担了这一历史使命。以人性恶理论为依凭，近代民法开辟了关注人类欲望、自由与理性之新纪元，其核心价值取向表现为：人作为独立之个体有权合理地追求自身欲望之满足并最终达到利益最大化。该一价值取向经过其他学科之论证，最终成为近代民法之价值指称，近代民法据此设置了如下价值前提：

第一，民法中的人是性恶论意义上的人，是经济人、理性人，从而于本体论方面确定了人作为私法主体之惟一性、独立性、自足性。

第二，既然每一个私法主体均为性恶之人，则民法为实现私法正义目标，自应赋予每一主体以平等地位、独立人格以及意志自由，进而使其行为一方面具有自主性、排他性（针对自身权



利)，另一方面具有了限定性、自律性（针对他人权利）。

第三，人身保护与财产保护是人实现自身价值目标之最重要手段，也是维持生命存在所必须之前提，更是支配每一个利己主体之主导性力量，故而民法以人身关系、财产关系作为自身之研究对象，并使其所保护之权利从生物性、动物性权利形态扩展至社会性权利形态。

第四，物作为一种自然存在，既不具备道德意义上之“善”与“恶”，也不具有人所特有之“理性”，故而不能取得法律上之“人格”及其所负载之权利或能力，物仅仅是人类实现自身价值目标之客体或对象，是人类主体性之证明手段及生存性工具。

第五，民法之本质以尊崇私法主体之权利为指向，藉以对自私主体之各类欲望进行平衡，使之不致偏离正义目标。作为工具性价值，民法拟制、创建了以所有权为中心之权利系统，界定权利人之身份与权利内涵，使之足以对抗社会或他人之非法侵害；同时，也使其自身权利受他人同等权利约束，从而于私法主体（每一自私主体）之间形成一种对抗型利益关系，一切权利之交换、转移以所有权为介质，以契约为手段，最终臻达私法自治。

近代民法产生之历史背景

西方近代“三 R 运动”所弘扬的三大原则——理性、科学、民主构成近代民法产生之历史背景。

理性。启蒙主义思想家意识中的所谓理性，其本质内涵即人的世俗性，亦即摆脱了神性、奴性和特权性的真正的平等的人。世俗化的个人必然充满了激情和欲望，人的世俗化实则是人的激情、欲望的大众化、社会化，而获取财富、支配财富则是其集中体现。人的理性包含了人的欲望追求，此点构成了文艺复兴运动的一大亮点，因为该种思想直接削弱了附加于财产或财富之



上的道德批判力量，增加了对人性的合理关怀。人的欲望寓于理性追求之中也使人文主义思潮很快演化为功利主义并与自由主义结合，形成了西方近代社会价值观，开启了西方近代资本主义文明。功利主义之主要论点体现为：社会是一种多元组合，系由独立而具有理性的个体组成，其中，每一个社会成员的惟一目标即为趋乐避苦，真正理想的社会是最小程度限制个人追求快乐，市场竞争也应该是自由的，政府、国家的存在仅仅是为市场得以自由发挥功能而提供一套法律框架。功利主义之思想源出于 17 世纪的英国，其代表性人物有霍布斯、洛克、休谟、边沁、穆勒等哲学家，也包括亚当·斯密和大卫·李嘉图经济学家。作为一种纯粹的英国思想，功利主义思想在 18 世纪对法国产生了强烈而深远的影响并于 19 世纪在政治上与自由主义联姻。功利主义不仅产生了经济学、政治学两门科学，更从思想和制度两方面构建了近代资本主义的文化底蕴，经济理性主义直至今日仍是资本主义社会和国家进行改革与社会转型的一大基本分析工具。有学者将功利主义概括为一种“占有的个人主义”（possessive individualism），认为从霍布斯开始，功利主义理论所预设的一个模型即为“占有的市场社会”，在该种模型下，每一个人均得依其意志自由付出其能量、技术和财物并换取所能得到的最大满足。应该说，功利主义在西方之所以长盛不衰，源自于其价值理念与人性恶价值假设具有内在一性，或者说，与近代商业社会之商业利益动机趋于一致。

科学。近代以来不断增强的科学观念，其根本趋势不再局限于认知、解释世界，而是侧重于改造世界，节缩成本，有效利用有限社会资源和自然资源，以创造更多物质财富，极大程度满足社会各类群体之基本欲望。科学精神之所以于近代迅猛增进，与其反宗教本能息息相关，科学运动实则是一场科技世俗化运动。其世俗化手段或结果有二：其一，科学本身成为一种工具理性，



成为人类认知、改造世界之手段。其二，科学及其产品本身成为一种财产。知识产权之出现及其迅猛发展集中说明了科学与科技的世俗化倾向，同时，也是财产资源扩大化的必然结果。知识性权利在18世纪的欧洲已然得到了主流文化的认同，更为18世纪末、19世纪初流行之“自然权利”哲学体系所认可。法国立法议会在1791年《法典》中确立了代表权，对此，勒沙普利耶（Le Chapelier）将作者的权利描写为最“神圣”的财产。1789年资产阶级革命宣称，一切财产，无论什么性质，都是“神圣的”，为了与其宗旨保持一致，这部著名宣言的目的就是确定这种绝对性质——因为它与作者的人格（创作者的权利）密切相关。与欧洲一海之隔的英国，虽然议会在1600年决定废除全部之垄断权和伊丽莎白一世之“黄金演说”，1624年之议会垄断条例也明令禁止一切垄断行为，但同时又开现代专利制度之先河——因为该条例规定发明者对自己的发明于一定时期内享有垄断权利并受政府保护。与传统民法之所有权理论一样，知识产权所要保护的权利是一种典型的垄断性权利。法国年鉴学派代表、历史学大师布罗代尔通过大量的事实对竞争、垄断与资本主义经济的关系进行解释，认为资本主义的特征正是在于它的垄断性，它的崛起靠的恰恰不是人们津津乐道的竞争体制，而是垄断！竞争和垄断并非资本主义经济的两极而是并列的充满斗争的两种结构。知识产权哲学从更高层次归纳了知识产权该一特性，作为一种文化工业或产业，知识产权之工业性或产业性并非指文化产品生产完全之工业化或产业化，而是 Adorno 所谓的“产品之标准化与分配技巧之理性化”。澳大利亚国立大学法学院教授 Peter Drahos 在其近作《知识产权哲学》之第六章“财产、机会和自利”（Property, Opportunity and Self-interest）与第七章“抽象物的权力”（The Power of Abstract Object）两章中，以形式经济学为方法论，为知识产权市场模式确立了两大独特的假设。其