

民法典与民法哲学

徐国栋
著

徐国栋
作品系列



中国人民大学出版社

徐国栋作品系列

民法典与民法哲学

徐国栋
著



中国人民大学出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

民法典与民法哲学 / 徐国栋著.

北京: 中国人民大学出版社, 2007

(徐国栋作品系列)

ISBN 978-7-300-07821-2

I. 民…

II. 徐…

III. ①民法-法典-中国-文集②民法-法哲学-中国-文集

IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 001282 号

徐国栋作品系列

民法典与民法哲学

徐国栋 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 140 mm×202 mm 32 开本

版 次 2007 年 1 月第 1 版

印 张 17 插页 1

印 次 2007 年 1 月第 1 次印刷

字 数 367 000

定 价 29.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

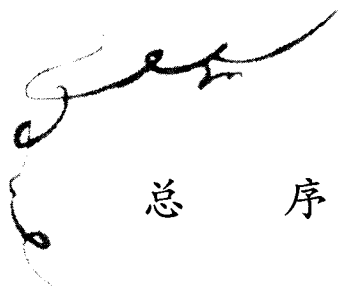


作者小传

徐国栋，别号东海闲人。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，厦门大学法学院教授、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。

内容提要

本书收录作者的21篇文章，它们都聚焦在民法典和民法哲学两个问题上。其主题包括四个方面：其一，民法典的立法程序问题；其二，民法调整的人身关系和财产关系之间的关系问题；其三，民法典的结构问题；其四，民法哲学中的认识论和价值论。这些文章是我国民法典理论和民法哲学理论的前沿性成果，对于民法典的研究者和操作者以及民法哲学的学习者，具有重要参考价值。



总 序

这套书正名为徐国栋作品系列。但我还给它起了一个雅号——三十亩地园瓜果集，它将收罗我近几年内出版的主要大小作品。这一名称怪异的个人丛书是怎么来的？

第一，它来自我的一个别号“三十亩地园主”。多有人问我此号的来历。利用这个机会说一说。

1995—1996年在罗马时，自居一室，有阳台，阳台下有“圈地”（即铁丝网围圈之地），圈地中有荒草，每到春天，荒草中有诱惑性的罂粟花。此园三十亩左右，终日供我观赏，不收门票，于是我有“此园为我有，为何不以号”的想法，遂自号为“三十亩地园主”。

时间长了，设想阳台下的那园子有如我耕耘的学术园地。此园亦如生产队，以劳动力的强弱定耕地亩数的多寡。爹妈给我好身板，当年就是队上好劳力，如今亦不应让人，于是我给自己定额三十亩。一亩相当于一个专业，我要征服



三十个专业！做一个文艺复兴式的巨人。当然，定额多少，不仅取决于劳力强弱，而且取决于好奇心大小。嗬，这个东西我尤其不缺，俺的好奇心像海洋，专业的堤岸不能容纳！

罗马立志、备耕，回国大生产。白天不够用，挑灯复夜战。俺的工作室就在东海边，据说来往的船只都把俺的窗户当做航标灯了。功夫不负有心人，俺的仓库里遂堆满了许多产品，嗬！这套个人丛书将它们一网收尽，已预售给他人的除外。

第二，它来自我消减大书的想法。这是一个书不能不大的时代，除了中央领导人的讲话可以出小书，我等平头百姓好不容易生产出“仨瓜俩枣”欲售出版社，后者的工作人员拿着一个苏联海关人员量我们中国出口苹果的器具接待俺，说俺的产品太小，不够出版尺寸，但内容还算充实，回家泡一泡，发到二三十万字再送来吧！出版社一脸苦相，说俺们也不容易，一年分到200个书号，消耗一个在你这6万字小册子上，划不来。此语砸过来，俺心如刀绞，不愿回家做发菜，于是另外找一家。哇！这一家就是出版过《亚里士多德全集》的中国人民大学出版社，其法律出版事业部接受了我的出大师的历史学研究成果，以及以解决的问题数目而非以出版的字数为依据的学术成功尺度，于是这套个人丛书就敲定了。

第三，它来自我希望引进的专业作家具有专门的出版社的外国习俗。我一直把自己当做专业作家，抱着将来出全集的打算天天写作。从去年开始，俺的写作速度打破了多年闷局，一举驰上快车道，开创了一年发表十来篇文章的新局面。俺的产品的尺寸都不大，但数量却颇多，都库房里堆着

总 序

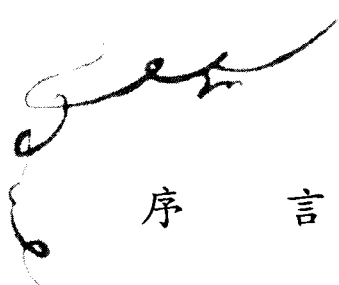
呐！瞧！这边有《诚实信用原则研究》、《罗马法与现代意识形态》、《法学阶梯评注》，那边有《民法调整对象研究》、《民法哲学》、《十二表法评注》，中间还有《怎么办——中国民法典起草重大问题深思》、《世界民法典编纂史》……如果算上将来的产品，还可以加上俺马上要去美国做的项目《普通法方法背景下的美国民法典研究》以及俺最终要写出的《法律拉丁语》（许多同志盼着它呢）。嗬嗬，这么多，现在全是学术性的，不排除将来有文学性的，但愿它们都能顺利诞生，并且都出生在一家医院——中国人民大学出版社。在国外，专业的作家多有自己的出版社，就像那边的人们多有自己的律师和医生。俺们事事学人家，这点为何不学？这样安排，封面设计、开本等都可统一，将来出全集也很方便呢！

是为序。

三十亩地园主



2002年7月8日雨后于胡里山炮台下



序 言

本书收录我的 21 篇文章，从其标题来看，内容十分芜杂。实际上，它们都聚焦在民法典和民法哲学两个问题上。申言之，其主题结构有如下列：第一，民法典的立法程序问题，它涵盖头三篇文章，其中的第三篇是对正在征求全国人民意见的“物权法草案”的语言文字缺陷的批评；在起草者的立法技术培训方面涉及民法典的立法程序问题。第二，民法的两大调整对象之间的关系问题，实际上是民法典结构设计的前提问题，它涵盖本书的第四篇至第九篇文章。第四篇、第五篇阐明在我国长期得不到正确认识的人身关系；第六篇是介绍《绿色民法典草案》对两种新型人身权的规定，顺便收录进来；第七篇、第八篇讲财产关系理论在当代的发展，涉及体外受精卵胚是人还是物的时髦问题；第九篇讲取得时效在古代兼跨人身法和财产法的历史，证明有一种民法的财产法化现象之存在；第十篇、第十一篇讲财产关系法取得了优越于人身关系法的地位的原因以及这种安排的不

合理性。第十二篇至第十四篇讲民法调整的纵向关系问题，顺便谈了民法的调整方法。第三，民法典的结构问题，它涵盖了本书第十五篇至第十七篇文章，前者是泛泛而论，中者把一般理论落实到《绿色民法典草案》的结构设计上；后者更具体到是制定物权法还是财产法的选择上；第十八篇谈公证制度与民法典的关系，得出了前者的“总则”在后者中的结论。第四，民法典与民法哲学中的“两论”（第三论人性论由于太长，将作为单独的一本书出版）；所谓“两论”，就是认识论和价值论，前者解决在一部民法典中立法权与司法权的配置问题；后者解决公平的尺度问题。我认为除非立法者对这“两论”有明确的认识和选择，否则不可能制定出一部好的民法典，因此把它们理解为民法典的哲学基础。由于它们共同从属于民法哲学的一般学问，因此，我在这“两论”之前冠上了“什么是民法哲学”的一般论述。

这些文章的时间跨度长达14年，其中“论现代民法典的结构—功能模式”一文就发表于1992年，在这14年中，我国无论在物质上还是精神上都经历了巨大的变化，我本人也从一个意气风发的“后青年”变成了一个渐生华发的中年人，由一个“土包子”变成了两度留洋的“洋包子”，这些变化都会催生此时此地的我对“少作”的悦纳或仅仅的接纳问题，通过对“少作”的阅读，我幸运地感到自己还能接受它们，主要的排斥针对的是旧作中弥漫的古典自由主义精神：对国家、对公权力的深深的疑忌。而现在，我已经把它们看做民法的基本要素，甚至开始否认民法的私法性了。这是要对读者说明的。我之所以要在小改的基础上收录它们，因为它们是研究民法典的，这本文集的使命之一就是与《认真地对待民法典》一书合作，把我关于民法典的作品作一个

汇编，从而证明我是中国就民法典问题着墨最多的作家之一。

本书的使命之二是满足学习我的民法哲学课程的研究生们接近我的讲稿的要求。在武汉和厦门都有听过我的这门课的学生。本书中收录的多数民法哲学文章都是这门课的讲稿。这些稿子在每轮讲授中得到更新，这些更新不为只听过一次这门课的人所知，找我讨要新讲稿的人不少，由于著作权方面的顾虑我不敢给他们。现在把它们的主要部分发表出来，无论对于老生还是新生，都可以得到一些方便。更重要的是，我对民法哲学的研究从来服务于制定我国民法典的目的，因此，它们并非与本书中关于民法典的篇什不协调。

本书所收文章与我过去的出版物有少量重复，例如，“两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义”和“民法典草案的基本结构”都曾被收录在我编的《中国民法典起草思路论战》一书中，现在重新把它们收录到这个文集，还是出于辑我现有的民法典作品于两书的考虑。这点私念还望读者谅解。

本书被预告的书名是《怎么办——中国民法典起草重大问题深思》，有为当局者出主意的意思。从我的实际经验看，理论界与实务界的隔膜很深，我自告奋勇为人出主意，人家是否以为我多事肯定是个问题，如此，倒不如把本书的重点改为为学生服务好一些，未来的当局者将在他们中产生，于是有了书名的变更。它导致我极大地强化民法哲学部分的内容，不是把杂志上的文章录下来，而是把自己在这些文章基础上多年作出的更新收入。这样就牺牲了我出版一本《民法哲学》的计划。这也许是必要的，不然会出现在本书发表一篇文章的简写本，在《民法哲学》中发表其繁写本的局面。

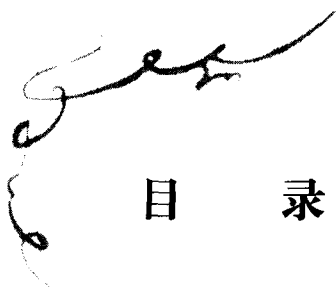
在编辑本书的过程中，我尽自己的注意和技能改正了旧文和近作中存在的疏漏和错误，吸收了他人批评中的正确成分，例如，李中原博士对于本书收录的关于人身关系的两篇文章的批评，为此，我要对李博士表示感谢。另外的感谢要给予为我提供了把刊登在杂志上的旧文扫描成电子文本服务的杨垠红和阮辉玲，后者是西南政法大学的法理研究生，尽管她不属于厦门大学，却深深地卷入了我的学术活动，她为我提供的帮助令我没齿不忘。

徐国栋

2004年8月8日于北京西黄城根下，其时也，物权法草案专家研讨会已进行至第4天矣

2005年8月10日改定于厦门



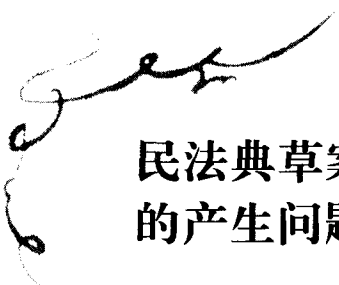


目 录

民法典草案的产生问题	1
民法典的立法程序问题	12
物权法草案文字梳理	18
“人身关系”流变考	45
再论人身关系	
——兼评民法总则条文建议稿第3条	86
《绿色民法典草案》人身法二题	107
现代的新财产分类及其启示	126
在人与物之间的体外受精卵胚的法律地位	
——比较法的考察	143
论取得时效制度在人身关系法和公法上的适用	185
商品经济的民法观源流考	207
两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义	226
市民社会与市民法	
——民法的纵向调整对象研究	274



市民法典与权力控制	289
对民法的调整对象和调整方法的再认识	303
论现代民法典的结构—功能模式	308
《绿色民法典草案》的基本结构	
——以民法的调整对象理论为中心	325
对郑成思教授的论战论文的观察	377
公证制度与民法典	385
什么是民法哲学	405
市民法与认识论	425
公平与价格—价值理论	486



民法典草案 的产生问题^①

在一个享有 48 年的全面和平时期（有过局部的战争，但都不是全局性的）的国家，民法典的诞生如此艰难，在历史上颇为罕见。看一看我们的邻居越南！历经抗战、抗美战争以及与中国的边界战争，情况似乎比我们困难得多，却在 1996 年制定出了自己的凡 838 条的民法典；看一看我们的邻居俄罗斯！在 1990 年由苏联变成现在的格局，政治经济体制剧烈变迁如风驰电掣，一度内外交困，民生艰难，却在 1994 年～2001 年搞出了与新的政治经济体制相适应的、凡 1212 条的民法典（这可能是对中国的“改革未到位，民法典不可行论”说的最痛快的驳斥）。这种对比应该让我们感到难堪，至少我本人感到难堪。在难堪之下，不禁要思考，中国民法典的产生为何如此之难？

① 本文经编者删节后发表于《法律科学》，1998（4），经恢复原貌重新发表于此。

这里，我只想研究一下民法典产生之困难的技术上的原因，并把这一比较大的问题的考查范围限定在民法典草案的产生过程中。

首先我们必须承认一个现实：从根本上而言，民法不是我国的固有法，而是继受法，因此，民法对于我们中国人基本上是西方的舶来品。既然如此，我们就必须承认西方民法，尤其是德国法族的民法是我们的母法。如果这一事实得到承认，那么，在民法典的起草问题上，狭隘的民族主义抵挡不住铁的事实。作为一种纯理论的假设、对过去的事实的回忆和对许多国家的经验的参照，我们不妨设想一下请一个或数个洋人帮我们起草民法典的可能。在地球已成为一个村子的时代和科学技术日益跨越国界传播的时代（民法也是一门科学，甚至是技术的一个门类），民族主义已越来越引起人们的兴趣，凡是能治好病的，都是好药，哪怕它来自东西南北洋！但许多人仍会为这一提议感到难以明说理由的吃惊，然而这种做法，我们的祖先尝试过，许多继受西方民法的国家也尝试过，并不新鲜。《大清民律草案》的产生，有日本学者的直接参与，这一草案后来成为民国民法典的基础。日本人曾为我师，但日本人又是法国人、德国人之生徒。日本旧民法的草案就是由巴黎大学教授布瓦松纳德起草的。现行的日本民法典的制定和适用，与德国的立法和学说一直保持着极为密切的联系。还可以举一些亚洲以外的例子。《埃塞俄比亚民法典》就是由著名的比较法学家勒内·达维德（Rene David）起草的（当然，这部法典的适用效果不好，被评价为“比较法学家的快事，非洲人的噩梦”。这使我们要充分考虑由洋人起草民法典可能带来的消极后果）；阿尔巴尼亚现在的民法典，是由一个意大利人、当时任特伦



多 (Trento) 大学教授的简马里亚·阿雅尼 (Gianmaria Ajani) 起草的; 拉丁美洲的最优秀的民法典——《智利民法典》, 就是由一个委内瑞拉人安德雷斯·贝略 (Andres Bello) 起草的。土耳其人干脆免了请洋师傅的麻烦, 直接照搬洋师傅在其国内起草的民法典, 在短期内实现了法制的现代化, 被传为佳话。这些例子, 足以说明外国人起草民法典现象的普遍性和民法科学跨文化传播的可能性与可行性了。

请外国人为本国起草民法典, 根据在于民法和民法科学的国际性或曰跨国性。民法是科学而非意识形态, 它是对人类的生活问题的处理。因此, 凡有人类生活的地方, 就会有民法思考。人类生活的共同性必然导致民法思考的共同性, 这就是民法的大部分内容是“万民法”或“自然法”, 只有少部分内容是“市民法”的理由。由于自然法或万民法的存在, 世界各国民法典的内容, 如果说极为相同, 也可以说极为相近。正因为如此, 才有可能考虑民法在国际范围内的统一问题。既然如此, 民法的跨文化引进, 就不是什么奇怪的事情了。现在, 我国已经充分地认识到引进外国智力资源的必要, 在技术层次上 (包括足球) 有许多这方面的效果不错的尝试。而且, 我国已经参加了一些私法统一方面的国际公约, 例如, 《联合国国际货物销售合同公约》, 据我所知, 我国未参加这一公约的起草, 而只是加入了这一公约, 但它在中国具有国内法的效力, 从民族主义的角度看, 这不是外国人为我们起草了法律又是什么? 在这样的背景下, 我们为什么不可以在民法典的制定上也尝试一下聘请外国专家呢? 考虑到外国人很可能不了解中国国情, 可以以中国学者为主, 适当吸收外国学者参与民法典的起草, 这或许可以收

