

认真地对待民法典

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

认真地对待民法典



中国人民大学出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

认真地对待民法典/徐国栋著.
北京: 中国人民大学出版社, 2004
(徐国栋作品系列)

ISBN 7-300-05354-8/D·984

I. 认…

II. 徐…

III. 民法-立法-研究-中国

IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 009613 号

徐国栋作品系列

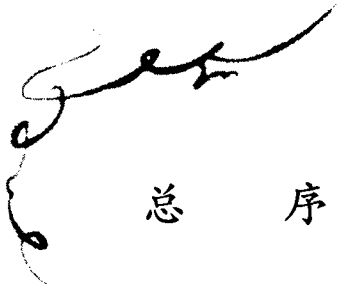
认真地对待民法典

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)	010-62511239 (出版部)
	010-62515351 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
网 址	http://www.crup.com.cn	
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	涿州市星河印刷厂	
开 本	850×1168 毫米 1/32	版 次 2004 年 2 月第 1 版
印 张	11.125 插页 1	印 次 2004 年 2 月第 1 次印刷
字 数	247 000	定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



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。噤嘴，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，噤嘴！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小书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



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！

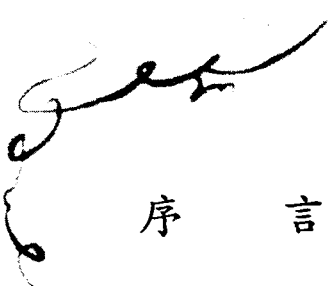
是为序。

三十亩地园主

徐国栋

2002年7月8日雨后于胡里山炮台下

* 感谢我妻子罗可利为我整理了本书的最初文本。感谢薛军和贝特鲁奇教授为深化本文提供的资料帮助。



序 言

从2002年9月4日到2003年6月22日，我在纽约市的哥伦比亚大学法学院当福布莱特访问学者。国外特殊的一时摆脱了国内事务的环境导致我进入了自己学术生涯中的高产期，其间共写了大小29篇文章，其中包括英语的两篇，它们是我的两只翅膀，载着我到路易斯安那和波多黎各游学，了解纽约以外的美国以及地方性的学术，其中关于民法典的那篇将发表于本书；还有意大利文的一篇，它也是俺的翅膀，载着我到南联盟的诺维萨德与中东欧和意大利的罗马法学者相会。文章中大的有3.6万字，例如本书中我研究《波多黎各民法典》历史的文章；小的仅有1000字左右光景，例如我祭奠谢怀栻老师的文章。离开美国前，我要写福布莱特项目的总结报告（Final Report），一统计，我发现自己在美国竟然写下了这么多的篇什，把我自己也吓了一跳，由此发生如何出版它们的问题。

事实上，这些文章中的绝大多数已在“罗马法教研室”

和“法律思想网”网站发表过了，并被其他难以计数的网站转载。只是在回国前的三个月，为了怕出版社不待见出版我已在网络上发表过的文章的考虑，我才叫“法律思想网”卸下了我的这些文章。尽管如此，我仍不得不承认这个网站是本书中多数文章的催化剂。我相信，如果没有发表欲的刺激，我不会有这么高的生产效率。为了这个我学术生涯中难得的一个多产季节，我要感谢“法律思想网”的那个被广大网友亲昵地称为“阿管”的管理员（我至今不知其真实姓名甚至性别，但我坚信她是女的，尽管她可能是为了避免骚扰声称自己是男的^①），她与我配合默契，每天早上，俺在哥大法律图书馆的座位前坐定，直接以帖子的形式上传文章，由于时差的关系，处在中国的晚上的她很快将其登载于首页，真是在瞬间实现了朝发夕至。一旦刊登，我则在网页上阅读自己的新作，关注访问者的数目，随时注意文章中的错漏并推出新版，“阿管”则替我“以新换旧”。在这种“即写即发即被评论即挨骂”洲际即时互动关系中，我像喝了兴奋剂一样地工作。没有这样的兴奋剂，我不会如此多产，我过去的写作史可证明此点。当然，我还要感谢广大网友对民法典的讨论帖子对我的智力刺激，尤其是葛云松网友，本书中的《认真地点评葛云松对我的批评文章》就是他催发出来的，严格说来是我和他的合作作品。在编辑本书之际，他又慨然允许我把他的文字收入，不在意我们讨论时的火气与“欲置对方于大败而后快”的意气，充分表现了他光明坦荡的为人为学。我与他的讨论导致本书有两个附录：第一是

① “阿管”呀，你在哪里？你可记得拎一瓶酒到厦门与我共饮的承诺？尽管我现在已不喝任何酒类，我仍愿你履行你的承诺。

《徐国栋私人收藏外国民法典目录》，用来证明我在与他的论战中援用的“外国民法典收藏座右铭”并非虚构；第二是《我与葛云松先生就〈认真地听中国学者对德国民法说不〉一文的后续讨论》，用来更充分地表达双方就论题展开的意见。以及李军网友，本书中收录的《认真地为民法典起草者请求国士待遇》一文就是他催发出来的。一些踏上学术之路较晚的网友对我的理论的不解也催发了同样被收录于本书的《认真地反思民间习惯与民法典的关系》、《认真地把人文主义的民法观通俗化》两文。远隔重洋、身处各国的网友与我的切磋是如此地方便和迅捷，我深深地感受到了网络的威力。

上述 29 篇文章大致可分为两个类型：其一是记载我对美国的大学和社会的观察的文字；其二是讨论正在制定的中国民法典的文字。为了这第二类文字，我要感谢中国政法大学民商法学院举办了四场民法典论坛（或许我要更为具体地感谢它们的具体操办者龙卫球教授），每场论坛他都邀请民法典起草的参与者就工作中某一方面的问题各抒己见，并迅速将这种联合讲座的纪录稿发表于“法律时评网”和“法律思想网”，使我这样远在海外的人能及时看到并作出反应。没有这些“论坛”的催化，我不会投入如此多的脑力思考民法典问题，其结晶是本书收罗的 11 篇文章。它们的共同特点是标题上都嵌有“认真”二字，这是写作第一篇开始就有安排：打算把数篇文章写成一个系列回国后结集出版。为此，设想了一系列的题目分头写来。至今，只有两个题目未完成。其一是《认真地治疗民法典讨论中的疑难杂症》，打算分析一些网友一听到中国人能搞出好的民法典就伤心欲绝、急火攻心从而跳脚大骂的问题；一听到李鹏委员长喜欢搞民法典就怒气冲冲的问题等；其二是《认真地评论学术条

件不成熟论》，打算批驳一些持“民法典制定条件不成熟论”的网友。现在不打算写它们了，放弃“其一”的原因是得罪人太多，在民法典讨论中，我发现利益深深地渗透到了学术讨论中，如果主张损害某些人利益的学术观点，后果十分严峻；放弃“其二”的原因是我过去之所以主张制定民法典的学术条件已经成熟，是为了给民法典起草鼓气，并强调可以外国的民法典学术资源补我国相应资源的不足。现在民法典起草热已经过去，到了冷静地反思这场运动的时候，我可以把心里的我国制定民法典的国内学术资源仍然不足的想法说出来了，而且认为此等不足的原因是学界的普遍缺少“认真”。

由于上述文章标题中的“认真”的公因子的存在，本书就称为《认真地对待民法典》。这样的安排的实现意味着牺牲了另一个安排：我原打算把在美国写的29篇文章加上要补写的几篇文章以《彼岸随想》的标题结集出版的，由于补写的工作不知何时能做完，再加上民法典文章在这组文章中的分量过重，不那么显示出随想性，于是就把它们单独出版了。耐心的读者可等待《彼岸随想》的出版，由于是有备而写，它肯定比我的《西口闲笔》强多了。

应该提到本书所收文章中有四篇未冠以“认真”字样。第一篇就是书首的《“三根棒棒”还是雄伟石厦？这是一个问题——〈绿色民法典草案〉序言》。其实，该文与“认真”的距离一点也不遥远。我国在1949年后长期处于无民法典的状态，一反中国历朝在开国之初为自己修典的传统，我认为形成如此局面的原因就是缺少一点对待法治的“认真”。在从开国至今的54年中，我国并非没有民事法律，只是没有精致系统的民事法律而已，形成法律的“三根棒棒”风

格，导致今天我们要用“雄伟石厦”式的法律来取代它，后者相较于前者，不过是多了一点“认真”而已。因此，用《绿色民法典草案》的序言来做本书的开篇，可以起到昭示全书灵魂的作用。

第二篇未以“认真”冠名的文章是英文的“Structures of Three Major Projects of Civil Code in Today's China”，它是我于2003年3月在路易斯安那州的土伦法学院（Tulane Law School）访问时用的讲稿，同年5月在波多黎各大学法学院访问时也用过的，是对美国人介绍我国民法典起草动态的文字。在上述两个有悠久的民法典传统的国家讲一个古老国家最近想起要搞民法典，感觉很不好，因为我们显然“认真”得太晚了。这篇文章谈不上有多少学术价值，情报信息而已，为了把在美国写的同类作品结集的目的而将其收入本书。

第三篇未冠以“认真”二字的文章是《孤星下的民法典——波多黎各民法典的过去、现在和未来》。它是我在2003年5月在波多黎各大学法学院两周工作的纪录，反映了一个古老的民法典法域的人民正在“认真”地重订自己的民法典的现实，完全可以作为另一个正在制定自己的民法典的古老民族的借鉴，因此，此文尽管与中国民法典的制定无直接的关系，也被我收入本书。

最后一篇未冠以“认真”二字的文章是《从1871年〈阿根廷民法典〉到1998年〈阿根廷民法典草案〉》，它是我2003年9月在阿根廷访问10天的工作成果，为了与《孤星下的民法典》一文配套而收入本书。

本书所收的《认真地反思第四次民法典起草的组织方法》是我在美国写的最后一篇关于中国民法典的文章，写作



它是履行《法律科学》的稿约，因此，它没有先发表于网站的经历。完成此文后，我只有24天就回国了。我把这24天用来认真地收集资料。一是收集纸质的资料，这方面的收获是我买了一个立方的海运空间托运我的图书资料回去；另外还有50公斤多随身行李（绝大多数分量是书和复印资料），以至于在火奴鲁鲁机场差点因超重被罚款；二是收集电子文本的资料，通过Lexis-nexis实施这一工程，其收获是把我的笔记本电脑上的硬盘空间用得差不多了。但我觉得还是有太多的宝藏等待我去开掘，由此感到时间的不足。美国学术文献的丰盛让我反思自己时间利用的合理性：在到美国的头几个月，我把自己的宝贵时间用于上中文网，用于写为数不少的与自己的“普通法方法论背景下的美国民法典研究”的福布莱特项目无关的中国民法典文章，这是否值得？最终我做了“值得”的回答，因为我们在国外做研究，收集资料，最终还不是为我国的法治建设服务吗？本书如果能对我国民法典的正确制定起到一定的参谋作用，我为它花费的时间就价值非凡了。

2003年6月28日回国后，我通读了本书收录的全部文章，根据认识的提高作了补充和修改。补写了《认真地透析〈绿色民法典草案〉中的“绿”》一文。但全书文章除了较晚写成的外，还有较重的“随想”痕迹，表现为不像正式论文那样全面作注释；笔调也较为嬉笑怒骂。这些正是网络文章的特色，前一“痕迹”产生于身在国外的缺少大量参考书的环境中，也是高的写作速度之由来，如果像在国内写作那样引经据典，这些文章中的许多可能就胎死腹中了。基于这样的特定产生环境，我除了在特别需要的地方补充了注释外，决定保留这些文章初生时的样貌，但所有的重要事实和数据

序 言

都根据我现在的知识水平作了核实。

写完本序，我有一种生完了孩子的母亲的喜悦，并期待着我的另一个孩子《怎么办——中国民法典起草重大问题深思》的诞生。

徐国栋

2003年7月25日于武夷山饮二代大红袍名茶之后

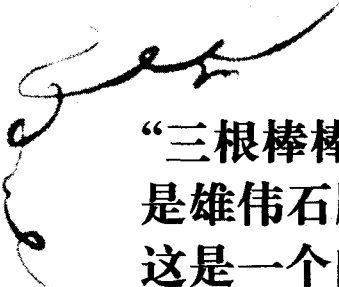
2003年12月31日改定



目 录

“三根棒棒”还是雄伟石厦？这是一个问题	
——《绿色民法典草案》序言	1
认真地透析《绿色民法典草案》中的“绿”	11
认真地反批评梁慧星教授的批评	20
认真地评论民法典论坛第二场	29
认真地反思民间习惯与民法典的关系	35
认真地听中国学者对德国民法说不	45
附录：徐国栋私人收藏外国商法典目录	55
认真地点评葛云松对我的批评文章	61
附录：我与葛云松先生就《认真地听中国学者对 德国民法说不》一文的后续讨论	70
认真地把人文主义的民法观通俗化	83
认真地评论“穷人非真人说”	104
魂兮归来！认真地理解亲属法向民法的回归	131
认真地为民法典起草者请求国士待遇	141

认真地反思第四次民法典起草的组织方法	155
Structures of Three Major Projects of Civil Code in Today's China	179
孤星下的民法典 ——《波多黎各民法典》的过去、现在和未来	213
从 1871 年《阿根廷民法典》到 1998 年《阿根廷 民法典草案》	277



“三根棒棒”还是雄伟石厦？ 这是一个问题

——《绿色民法典
草案》序言

我在重庆生活 5 年，当地人形容一所房子简陋时就说它是用“三根棒棒”搭起来的，我很喜欢这个表达，觉得很可以用它贴切地描述我国民事立法的粗陋样态。确实，把《民法通则》跟《意大利民法典》和其他经典的西方国家民法典比较，前者不是“三根棒棒”又是什么呢？与“三根棒棒”的建筑方式相对立的是雄伟石厦，雅典的帕提农神庙是其典范！它历经 2 450 年（公元前 447 年—公元 2003 年）的风雨仍然巍然独存，美丽、优雅，成为一道景观，原因者何？乃因为它不是“三根棒棒”搭成的，建造当时，无论是对建筑材料还是外观样式，都极为讲究，其建筑材料抵御得住 2 450 年风雨；其外观样式经得起同样期间的审美观的变化。因此，它在中国的无数个“三根棒棒”灰飞烟灭之后还能继续存在。

实际上，“三根棒棒”与雄伟石厦各代表一种生活态度：前者是短期计划的或临时的，后者是长期计划的或长久的；前者不需要精确的计算和设计，后者需要；前者造价低廉但

寿命短暂，后者造价高昂但持久耐用；前者不需要多少学术支持，任何一个农民都是自己家屋的业余建筑师，后者需要，因此，在盖房子之前可能先要办学校，培养工程师、测量师、美术师之类的人才，如此必然催生出数学、几何学、材料学、力学等理论学科。不妨说，前者是急躁的，后者是耐心的；前者是低成本的，而后者相反。但作为补偿，前者是短暂的，寿命不过几十年；后者是长久的，寿命可达数千年，至少是几百年。从短期算账，前者是廉价的；从长远算账，后者又是廉价的。

既然“三根棒棒”和雄伟石厦各是一种生活态度，两者就会反映到人类生活的其他方面，例如足球。西方国家足球的强大乃因为其球员以雄伟石厦的认真精神踢球，我们国家的足球上不去还是因为球员马马虎虎的生活态度。又如立法。“三根棒棒”的生活态度在这方面的反映是大网眼的法律，条文之少与网眼之大相映成趣，不仅有时漏吞舟之鱼，而且还漏航空母舰。无争议则相安无事，一有争议，法律多游移不定甚至阙如，当事人和法官都不能从中获得解决问题的方案。由于其粗制滥造，这样的法律很快寿终正寝，被一个新的差不多同样粗陋的法律取代。雄伟石厦精神的立法表现是详密的法典，其制定者像一个高明的棋手，试图算出人类行为的发展趋向的一步、两步乃至六步、七步并预先给出对策。多算出一步，法律条文的数目就增加一成，于是，这样的法典的典型特征是条文众多。对于立法者无法预料的事项，他们也明智地以各种技术手段为将来的司法者留下回旋空间。由于这样的法典对人类生活关系的广泛预料和科学调整，它有很长的寿命，百岁、两百岁的法典并不鲜见。当“三根棒棒”式的法律已三经或四经更换后，这种法典还继

