

# 中国民法典

世界民法典编纂史上的第四大论战

徐国栋 编

## 起草思路论战



中国政法大学出版社

# 中国民法典起草思路论战

——世界民法典编纂史上的第四大论战

徐国栋 编

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

中国民法典起草思路论战 /徐国栋编. —北京:中国政法大学出版社,2001. 10

ISBN 7-5620-2176-7

I. 中… II. 徐… III. 民法—法典—研究—中国  
IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 073678 号

☆☆☆☆☆

书 名: 中国民法典起草思路论战

出 版 人: 李传敢

出版发行: 中国政法大学出版社

经 销: 全国各地新华书店

承 印: 清华大学印刷厂

开 本: 880 × 1230mm 1/32

印 张: 15.875

字 数: 380 千字

版 本: 2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 0 001 - 3 000

书 号: ISBN 7-5620-2176-7/D·2136

定 价: 29.00 元

社 址: 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码: 100088

电 话: (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱: zf5620@263.net

网 址: <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

## 序 言

本书肇始于梁老师在《中外法学》今年第一期发表的“当前关于民法典起草的三条思路”一文，其中分析了我的民法典设计方案，读了以后，有感要发，于是写了一个长篇的评论，力图揭示我刚刚发现的起草中国民法典起草思路的根本分歧：人文主义与物文主义的对立。我感到自己找到了一个引发民法论战的很好的端口，而这种论战在编纂民法典的国家多有发生，中国尚缺这一节目，也许这会对未来中国民法典的质量产生不利影响。于是，我想模仿蒂堡的路子，直接以单行本的形式推出我的评论文章：“两种民法典起草思路：人文主义对物文主义”，以等待中国的萨维尼写出其反击文章。在法律出版界，我与中国政法大学出版社最熟，尤其与李传敢社长等有患难之交，这一需要诸多解释的项目只能找他们支持，他们很快就给了我这种支持。但他们对我的要约提出了一个修正：不要等待“萨维尼”自发地出现于未来，现在就得把“萨维尼”找出来，把两种观点放在一起碰一下。另外，最好把我的评论中提到的德国民法典起草论战、日本民法典起草论战和纽约民法典起草论战的资料整理出来，以作为中国民法典起草论战的背景资料。这是一个很好的建议，于是我开始找“萨维尼”，并找人写关于三大论战的背景文章。

梁老师当然是“萨维尼”的最佳人选，却被事务缠身，难以出山。他委托其弟子谢鸿飞就我的文章写反评论，这样，论战终

## 2 序 言

于有了对手。另外，中国政法大学出版社委托张谷审读我的评论，他在工作中随手写下自己的批评，很快有了几千字，最后发展成大文章，这样就有了第二个论战参加者。薛军在写出介绍德国民法典论战的文章后，又奋然自请写一篇文章和我，于是有了第三个论战参加者。他还把自己关于债法结构的论文荐于我，它正好与王利明教授的类似文章形成不同意见，可堪采用。除此之外，梁老师慨然授权我在这本书中重印他的“当前关于民法典起草的三条思路”以及“中华人民共和国民法典起草大纲”两篇文章。王利明教授授权我重印他的“中国民法典的体系”以及“合久必分：侵权行为法与债法的关系”两篇文章。在这些正面论战的基础上，我又请正在意大利比萨大学留学的薛军就德国民法典的起草论战写了一篇长文；请在日本留学，即将回国回厦大工作的刘永光博士就日本民法典的起草论战著文。最后，请我指导的硕士生黄维就纽约民法典的起草论战写了一篇译述，我再把自己的关于民法典的结构设计的文章以及评论梁老师文章的文章加上去，终于使本书有了现在的模样。相信它对中国民法典的制定会起到参考作用。

此时此书将编成，此际我心盈感激。首先要感谢中国政法大学出版社理解和支持我的想法，这种支持是一贯的，出于对我国最大的立法工程的关注而非别的目的。其次我要感谢业师梁慧星教授，他并不以我的批评为个人攻击，慷慨允许我重印他的文章。我还要感谢谢鸿飞、张谷、薛军和其他作者，你们都是忙人，在如此炎热之夏为本书写文章，孜孜不倦，数易其稿，使我的独唱变成雄浑的合唱，大德于中国民法典也，大德于我也。其他各位的襄助，我亦非常感激。此处不编功劳簿，心到神知，想你们已感应到我这颗拳拳之心了。

此书的文章我已通读。诸文之中心，不妨概括为民法典的结

构设计问题以及决定此等设计的哲学思想基础问题。这里不妨说这两个问题。先说民法典的结构设计问题。在我看来，民法典的结构设计有两大动因，一曰教学需要；二曰提携方便。兹分述之：

正如梁老师在其《民法解释学》中所谈到的，大陆法系是学者主导型的法，不妨说这样的法是先现身于课堂，后现身于法庭的。为师之道，在于于有限的时间尽可能有效地讲授更多的内容，时间的有限与材料的众多，构成对教师的残酷挤压。故有同事把讲课当作最挑战智能之事。面临学生质疑，一切理论的隐蔽瑕疵都次第暴露无遗，于是问题充分展开。此后要做的是如何串连这些问题，使之环环相套、首尾相连，得一环即可穷尽最后一环。如此，要按照事理的性质为阐述，以逻辑的方法为编排，因为主题间的逻辑关系便于学生记忆。经过反复的课堂教学演练，人们找到了组织民法材料的这样的逻辑体系：主体（人）、客体（物）、主体与客体的关系（行为），在这样的大结构下再对材料作细部的组织。民法的浩瀚材料经前人的如此组织，终于能很好地满足教学要求。一旦做到了这一点，这种组织形式就转化为法典编纂的结构。我们必不得忽视大陆法系历史上的这一经典现象：法典的结构与教科书的结构是一致的，正犹如梁老师的“中华人民共和国民法典起草大纲”与其《民法总论》的结构是一致的。因此，民法典多带教科书气，编排术语都采自教科书，如编、题、章、节、目等。许多人译不好“题”（Titulus）这个层次名，往往误译为“编”。实际上，“题”就是老师在一个教学时间单位中要讲授的内容。优士丁尼《法学阶梯》就由98个这样的“题”组成。我注意到，这一《法学阶梯》是大陆法系历代民法教师组织材料的经验的高度结晶，正因如此，它的结构成了多数国家民法典的经典结构，即从主体出发推及客体，再考察主客

#### 4 序言

体关系的结构。后来的潘得克吞体系也产生于课堂，然后被推广于立法。它先以缩微的方式在总则中概述主体——客体——行为的民法基本要素，然后再分编详论各种具体的民事关系类型。可以说，作为教学活动的结晶，不论是法学阶梯体系还是潘得克吞体系的总则，都贯彻了主体优先的原则。

由教学需要的动因产生了“提携方便”的动因。此处之“提携”，非擢拔某人于上位也，而是提拎某物之意。如果我们面临一个巨大的对象——民法所涉的人类生活关系，从摇篮到坟墓，就是一个这样的巨大对象——我们必须找到适当的关节点，才能把它提拎起来，这样的关节点，希腊文叫作 *Topos*，意思就是“场所”、“地方”，在逻辑的意义上，可以把此词理解为“节骨眼”、“关节”、“把手”、“经络”。中国有一句话，叫做“老虎吃天，无从下口”，讲的是老虎如果找不到一个端口，就不能把偌大的天吃下去。我们需要把握某个问题的时候，面临类似的情况，如果我们找不到一定的“节骨眼”（如庖丁解牛中的关节）、“关节”、“把手”，我们就无从或难以解剖一个事物。但事物自有其经络，犹如动物之有关节，只要用心探求，这些经络便可找到，再反过来帮助我们认识事物。因此，民法学者的任务就是为普通人指出认识民法调整的生活关系这一庞然大物的“经络”，以求得认识的快捷和准确，用来建构民法体系的宏范畴如人、物、债等，就是这样的“把手”和“节骨眼”，它们各自都如同一员大将，统帅一方面的民法制度，它们彼此间的配合就是民法的体系，其功用在于最有效地组织民法诸材料，使之形成逻辑关系，便于学生学习和法的操作者适用。

最早对民法的经络加以把握的学者要属公元前1世纪的罗马法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉，他把市民法划分为4个主要分支：继承法、人法、物法、债法，其中每一分支又再分为若干次

级的分支。<sup>〔1〕</sup>这是最早的民法结构体系，其中包含的法律概念几乎可容纳一切已发生或未发生的法律现象，足以作为一部民法典的龙骨。从这一体系出发，发展了盖尤斯的法学阶梯体系、德国人的潘得克吞体系、第三次法典编纂运动中的荷兰人和俄国人的新潘得克吞体系，它们的变迁是设定“把手”的位置的变迁，变迁的目的在于追求更好的逻辑，并逐步把一定的价值观念贯穿到民法诸材料的编排顺序中。我们可看到，在谢沃拉的上述四分体系中，继承法居然赫赫居前，人法居然在它之后，这似乎是个“乱排”的体系，盖尤斯不滿意于此，遂缔造了人——物——讼的三编制体系，这显然是个更加符合当时罗马人的哲学观念和拉丁语法的体系，凸现了人的地位、人与物的对立关系。潘得克吞体系不滿意于盖尤斯体系的“把手”设定位置过高——高到只设定了三个大的“把手”——遂降低“把手”的设置部位，增加“把手”的数目，这样就有了总则、债、物权、亲属、继承的五编制体系，它更有分析性，从某个角度看是个进步，但它付出了遮蔽主体之地位的代价，荷兰的新潘得克吞体系就是为了矫正此弊并进一步增加民法体系的分析性而产生的，它把主体重新置于一个彰显的地位，这是其成就。

但有人说，民法材料的编排顺序是无所谓的，换言之，怎么排都行。这种断言显然不符合上述民法编制体系的历史演变，也不符合“逼”出这种编制体系的教学要求和提携方便的要求。它倒是符合综合性语言的性质，在这类语言中，由于有“格”的语法手段，主谓宾的排列可自由为之，“乱排”不会影响理解。例如按“饭吃我”词序编排的句子，仍然是“我吃饭”的意思，因

〔1〕 伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 163 页。



## 6 序言

为“饭”已被设定为宾格；“我”已被设定为主格，不会导致“我”成为“吃”的宾词。尽管语法赋予了拉丁语的使用者以“乱排”各种句子成分的自由，但根据我学习拉丁文的经验，这些使用者似乎从未运用这种自由，而总是按照主谓宾的语序说话，因为这样符合自然。想来“主谓宾”式的顺序就是自然法或天理，在语言中，它表现为语法，尤其是分析性语言的语法。我注意到汉语就是这种类型的语言，词序是其重要的表意手段。作为一个中国人，语法并未赋予我们“乱排”的自由，因此，我们不是自愿，而是被强迫遵守这样的语法规则，否则，由于汉语中没有“格”的语法手段，如果写出“饭吃我”这样的句子，那就真的意味着某人被“饭”吃掉了！这是多么悲壮的毁灭！

上述自然法降临在民法中，就是主体——客体——行为的民法语法，在这里，宾语（客体）和谓语（行为）的位置相较于自然语言的语序发生了颠倒，形成日语式的动词位于句尾的语法结构，这种变动的原因为何，值得深入研究。我个人认为，是对主客对立关系的强调导致了谓语的后置，不妨说，这种民法语法在以某种方式警示世人：解决主客关系的所有权问题是一切社会和一切法律的首要问题，由此，表示主客互动关系的行为倒被安排在一个相对次要的地位了。

既然主体——客体——行为的顺序是表现自然法的民法语法，我们就要受其约束。斯多亚哲学以及受这种哲学影响的罗马法学家反复告诫我们“依自然生活最好”，我们有什么理由不服从自然的戒条呢？认识到了这一步，现在我们在本书中讨论的问题，似乎已不是什么人文主义与物文主义的对立问题，而是遵守起码的语法规则的问题了。

再说决定民法典的结构设计的哲学思想基础问题，这方面的内容读者可看本书正文中的详细论述，这里我只想利用编者的

“再放一枪”的权力谈谈我对本书所收与我论战的文章的印象。它们似乎都在这样说：根本不曾存在过什么物文主义，如果存在过，那也是存在于你徐国栋的幻觉中，因此，大家都是人文主义者。果真如此，诚然大妙，因为中国未来的民法典就必定能建立在人文主义的哲学基础上了。然而，我的物文主义“幻觉”仍然困扰着我，也许还困扰着许多同行，因为我确信物文主义果真存在。

论战目标出视野，一首小诗入心中：

我端枪瞄准了好久  
终于寻到了敌酋  
当我正要击发时  
酋首突然开口：  
我不是你的敌人  
而是你的老舅  
噢噢噢……  
我是你的老舅！  
我一下子犯了糊涂  
突然搞不清敌友  
噢噢噢……

尽管目标突然消失或变换了面目，我还是扣动了扳机。枪响了，子弹会带去我的爱憎。如果击中的果然是我的老舅，它是一剂补药；如果击中的不是俺的老舅，它肯定带去的是别的东西。即使物文主义果然现已不存，我的这一枪也可起到为它送行的作用，并可兼作人文主义的礼炮。呵呵！无人承认自己是物文主义者，这就是人文主义的胜利。经诸论战参加者分析，我才惊讶地

8 序 言

发现，现在我进行的论争不是主义之争，而是人文主义内部的派别之争。和为贵，这真是令人欣慰的结果。

尽管如此，我还是扣动了板机。冥冥中一个声音嘱咐我：开枪，为物文主义送行！于是我就开枪了。

徐国栋

2001年7月18日于胡里山炮台下

8月8日改定

# 目 录

## 上篇 方案集

- 当前关于民法典编纂的三条思路 ..... 梁慧星 (3)
- 中华人民共和国民法典大纲 (草案) ..... 梁慧星 (17)
- 民法典草案的基本结构
- 以民法的调整对象理论为中心 ..... 徐国栋 (57)
- 论中国民法典的体系 ..... 王利明 (105)

## 中篇 论战集

- 两种民法典起草思路：新人文主义对  
物文主义 ..... 徐国栋 (137)
- 理想与现实的距离
- 评徐国栋教授的民法典结构设计理论 ..... 薛 军 (184)
- 质疑“新人文主义”
- 评徐国栋“两种民法典起草思路：  
新人文主义对物文主义 ..... 张 谷 (211)

## 2 目 录

### 论人法与物法的两种编排体例

- 兼求教于徐国栋先生 ..... 谢鸿飞 (275)
- 合久必分：侵权行为法与债法的关系 ..... 王利明 (332)
- 论未来中国民法典债法编的结构设计 ..... 薛 军 (366)

## 下 篇 史 鉴 集

### 蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产

- 围绕德国民法典编纂而展开的学术论战
- 述评 ..... 薛 军 (387)
- 日本民法典的制定及法典论争 ..... 刘永光 (448)
- 关于纽约民法典编纂的论战
- 兼与关于德国民法典编纂之论战比较 ..... 黄 维 (476)

／上篇／

方 案 集



# 当前关于民法典编纂的三条思路

梁慧星

## 一、所谓“松散式、邦联式”思路

所谓“松散式、邦联式”思路，是由民法起草工作小组成员费宗炜所提出的编纂民法典的思路，得到另外两位成员江平教授和魏耀荣同志的赞同。按照这一思路，我们已经有了民法通则、合同法、担保法、继承法、婚姻法，正在起草物权法，把它们编在一起，也就成了中国民法典。无须按照严格的逻辑关系，也无须要求完整的体系。各部分相对独立，相互之间构成松散式的、邦联式的关系。

这一思路的特点是，不赞成逻辑性和体系性。明显带有英美法影响的痕迹。因此，要对这一思路作评论，须从大陆法系与英美法系的区别入手。

### (一) 如何看待大陆法系与英美法系的区别

讨论民法典的编纂，难免要涉及大陆法系与英美法系的区别。教科书上说，两大法系的区别在于，大陆法系的国家实行成文法，制定成文的民法典，而英美法系国家则实行判例法。但本世纪以来，英美法系国家日益重视制定成文法，例如美国统一商



法典，而大陆法系国家也日益重视判例法。过去用法典化与非法典化、成文法与判例法标志两大法系的差别，是否适当，值得考虑。我认为，两大法系真正的、本质的差别，在于是否着重问法律的逻辑性和体系性，大陆法系，以德国法为最典型，着重法律的逻辑性和体系性，而英美法系则不着重法律的逻辑性和体系性。这可能与民族传统和思维习惯有关。以是否着重法律的逻辑性和体系性作为两大法系的标志，可以说明两大法系的优点和缺点：大陆法系的缺点在法律规则灵活性较小，优点是法律规则明确，易于掌握和适用，易于保障裁判的统一和公正，对法官素质的要求相对较低；英美法系的优点在于判例法具有较大的灵活性，缺点是法律规则不明确，难于掌握和适用，难于保障裁判的统一和公正，对法官素质的要求相对较高。

## （二）如何看待中国历史上继受大陆法

谈论两大法系，我们不能不注意这样一个事实：大陆法系各国当初之决定加入该法系，均属于自觉自愿，即系自主抉择、主动参考借鉴法国法和德国法的结果；而英美法系各国，除英国本土外，其当初之加入该法系，均非出于自愿，是被占领、被征服和殖民的结果。100年前，中华民族在遭受帝国主义列强侵略，面临亡国灭种危险的紧急关头，决定抛弃固有的中华法系，学习西方政治法律制度，以德国法为蓝本，起草民法法典，现今中国民法之属于大陆法系，是出于当时对德国法的主动继受。与此形成强烈对照的是，当年英帝国主义凭藉其坚船利炮，强行割占我国香港，实行殖民统治并推行英国法制，使中华民族蒙受百年奇耻大辱。直至1997年收回香港主权，数代人的梦想终于实现，百年奇耻大辱终获洗雪。但回归祖国的香港作为中国的一个特别行政区，仍旧维持其法律制度不变，使中华民族仍不得不接受“一个中国，两个法系”的局面。