

徐国栋
by Xu Guodong
著


Humanistic Spirit
of
Civil Law


法学家讲演录
Voice of Jurists

法律出版社

民法的 人文精神

A black and white portrait of Xu Guodong, a middle-aged man with glasses, wearing a striped shirt. He is looking slightly to the right of the camera with a gentle expression. His right hand is visible in the lower left, with fingers slightly curled.

徐国栋
by Xu Guodong
著

民法的人文精神



法学家讲演录
Voice of Jurists



Humanistic Spirit of
Civil Law

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法的人文精神/徐国栋著. —北京:法律出版社,
2009. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9303 - 8

I. 民… II. 徐… III. 民法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 025536 号

法学家讲演录

民法的人文精神

徐国栋 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

©法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 24 字数 359 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9303 - 8

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

22 年讲座心路(代序言)

Preface

为编辑本书,我花不少时间整理出了自己学术生活史上有过的所有讲座的清单(见本书附录二),发现自己从1986年始凡22年,在全国6个大区、国外两个大洲、5个国家的64所高校、法律机构、社会团体和其他性质的机构举办过120场讲座(其中使用外语的有13场),讲过约66个主题,换言之,小一半的场子是重复讲授,重复率不算高。这些讲题法学的居多,但也有法学以外的,例如,我在正规法学院的处女讲《政法院校概览》和在意大利外国学生中心所做的“谋食讲”《中国的高等教育与中意文化交流》就是如此。处女讲诞生于1989年后我的“悬浮”状态,从北京漂回武汉,据说教书的资格都是可以质疑的,但当时中南政法学院的领导顶住了这种质疑,我得以平生第一次走上大学的讲台,战战兢兢教《合同法》,受到学生们的欢迎。欢迎之余还要我开讲座,我不敢过分张扬讲法学题目,遂利用我蹲过的高校较多的优势给同学们介绍全国的政法院校,尤其是北京的此等院校作为考研的指南。我的“第一次”就这样用完了,用得不怎么是地方。“谋食讲”诞生于2005年冬奇冷的罗马,我刚从比萨完成重译优士丁尼《法学阶梯》的任务回到这里。由于改用欧元物价大涨,我带的按过去标准绰绰有余的外汇显得不足,而且我下一站要去罗马尼亚,必须为这一站留一点钱。于是,薛军帮我住进意大利外国学生中心的免费房间,条件是做一个讲座。于是,从早上开始到晚上开讲前结束,在薛军的协助下写成了这个讲座稿并宣讲之,得到了“很精彩”的评价。我得到的回报是在这个中心免费吃住了一个星期,故以“谋食讲”名上述讲座。

讲座可以谋食乎？答曰可。丑言之，俺在22年内走国内外64个主办单位讲120场讲座，就是“走穴”呀！从形下的角度看，学问像其他技艺一样，是谋生的工具，而讲座和讲课尽管都是运用学问的谋生工具，但众所周知，前者与后者不同。讲课在自家地盘进行，按课时费支付报酬——通常低下；而讲座在兄弟院校进行，按非常标准付酬——通常数倍于课时费。酬金的此等差异基于两种讲授的不同：讲课是创造少或没有，传授他人的观点而已；讲座是“浓缩鱼肝油”，创造性强，自己的东西多或占全部。因此，讲座的高酬也不怎么好拿，没有一招鲜，也无人请你讲。但请了，讲了，作为从不做律师，因而未怎么见过大钱的我，每每拿到讲座结束时举办方递过来的那个信封，都一阵心跳，猜测其数目，得知数目后又计算此数与自己工资的比例，与自己所在单位的课时费的比例。免不得大方几天，吃得好一点，对孩子慷慨一点。

但讲座的酬金不是讲前谈定的——那样太俗，而是讲后由举办方按习俗或任意给付。“习俗”是每讲一场（2小时左右）2000元，这一价格已运用多年，现在该调了。“任意”是无良的举办方利用演讲人羞于言利的心理给出的异乎寻常的低价，如700元。我在经济比较发达的福建省遇到过几次这样的任意给付者，导致我不再怎么敢在这个省讲座；而在经济相对落后的湖南，我常得到让我惊喜的信封。根本的差异还是对知识的尊重程度，以及到底是真尊重还是虚与委蛇。

举办方与演讲方的角色是互换的，今天我到你那里讲，过一阵，你就到我这里讲，大家对等对待就是了，这是常态。但近年发生了异常，有两所高校，自认为身份贵重，加上少数少见多怪者的追捧（说“在A大讲学乃人生幸事”之类），遂漂浮起来，追求起不平等待遇。他们的人来了我这里，演讲要报酬，且要高酬，并且明讲是要赚一些钱（私下里用的表达是“俺的此讲是商行为”）。这样

也罢了;而他们又想占便宜,吃白食,打秋风,几度请俺去讲。一是不肯出路费,要俺顺道去他们那些个场子;二是无报酬。俺的第一次此等遭遇是坚持要报酬,举办方不得不从哪个地方淘弄出 2000 元给俺。俺的第二次第三次此等遭遇的反应是拒绝。这两所高校实在被宠坏了。“我们”和“他们”都是收学费从中支付讲座报酬的,俺们对于学费是有进有出,“他们”是只进不出,一心想占小便宜吃白食,做空头,不懂给予的快乐。大家都对他们雄起,他们就蔫了。无酬而讲是可以的,但必须对等。我在国外的讲座多数未拿过报酬,那些请我去讲的外国同事多数都被我回请到了中国讲,当然也不给他们报酬,国际旅费的支付除外。

讲座酬高不好拿。能拿到者,要么有“货”(有真才实学之意也);要么有“信”;要么有“逗”;要么有“白”。容分述之。

有“货”是个问题吗?来的都是学者,岂能无货?但他的“货”能不能用在贵处,则是个问题了。是否有“货”,最好在前后两头观察。“前头”是观察演讲者是否就讲题写成了长篇专题论文,因为即兴演讲是靠不住的,容易形成“人来疯”,好的演讲取决于好的事前案头作业;“后头”是观察是听讲者的笔记,但凡演讲时笑声不绝、气氛活跃至极的,听讲者的本子上可能只留下几个字,顶多一张纸的笔记,这就是内容寡稀,颇似国产牛奶,小孩连续喝几个月也不长一斤肉,甚至长结石,演讲者无货或有货也不售与尔家了,甚至售劣货于尔家了。我自豪的是,尽管俺在开讲座时经常想着银子,但我的讲座“前”“后”两头皆好。在“前”,肯定有一篇论文,其内容与演讲内容构成“一桶水”和“一碗水”的比例,而且在多数情形下是未发表过的。如果我讲一个发表过的东西,会有蒙混东道主的歉疚感;一句话,我的原则是无新不讲。“从身份到契约,从契约到身份”是我讲过的场次最多的题目,为我赢得不少外快,当我于 1999 年在中山大学讲完这个题目得到明年再来的邀请时,我

发愿以后每年都要讲新题目。当时感到这一誓愿的沉重,随着研究水平的提高,它的兑现已变得毫不费力;在“后”,是在笔记方面累死听讲者或录音整理者——这点可从本书收录的讲座稿看出来,每个稿子都有几万字,相信通常人的讲座记录稿没有这么长。我曾做过一个实验,开讲前把我的一个听众的空白笔记本称了一下,有二两重。讲完后把本子复秤,发现有二两五重,几乎没有质量的单个字加起来的重量竟然有半两之重,所以俺的讲座的内容是浓稠的,颇似外国牛奶,喝了出足球明星,所以,俺对得起东道主的无论多么厚的信封。

有“信”,指掌握立法信息,北京学者具有这方面的优势,于是,有一些京城学者到了外地,专讲在某个立法会议上张三讲了什么,李四讲了什么,王五又如何折中了前面两位的意见,等等,这样的讲座听多了,觉得学术性欠强,遂在我担任中南政法学院科研处副处长时发愿阻止,希望来讲座者讲一个专题,但由于大家对北京学者的崇拜太强烈,对立法信息太好奇,这一愿望未得实现。不过,这样做的学者到了北大就不讲立法信息讲专题了,所以,我的结论是他们看不起我们外地人。后来,我自己也参加了一次物权法的立法会议,开头听到宣布会议纪律,其中包括不得把会上每人的发言内容对外透露,因为这样对被透露者不公平,消极后果之一是让他不敢畅所欲言,把一些不成熟的想法说出来;消极后果之二是缺乏核对,你说张三这么说了,你的听力和理解都可靠吗?这才知道过去接待的会议消息贩子是违纪这么做,无视他人权利这么做。顺便一提,我本人就是这样的“转述”的受害者:在民法典的结构设计问题上,我从未主张过采用法国模式搞三编制,但有个别学者凭耳朵而非眼睛获得知识,但听力又不佳,遂逢人就说我这样主张了,大会小会,全国各地到处讲,弄得一些后生娃子跟着瞎起哄,陷入罗生门,弄得我浑身长嘴也辩不清。利用这个机会我郑重声明,

我从未讲过这样的话,后生们要引用这句话并把它记在老徐名下的,务必从俺发表在期刊著作上的白纸黑字出发。如果找不到,那就别引了。

有“逗”,指能打通讲座与说书说相声的界限,实现三者一家亲。通常这样的讲座气氛活跃,笑语喧哗,但听者往往带着一个空本子来,基本带着一个空本子回。听一次两次可以,权当解闷,通常到第三次就疲劳了。认真的求知者不喜欢这样的讲座。依我看,这样的演讲者的演讲记录稿要结集出版,比骆驼穿过针眼还难!

有“白”,指来自欧美的白人学者。外来的和尚会念经,白皮肤的和尚更会念。国人则是见了白人矮三分,请来的洋和尚爱怎么念就怎么念,结果许多念的是 ABC。其实不怪人家,他们也不懂得你们需要什么,达到什么样子才够水准。在国外期间,看到我身边的洋人马上要去中国讲学,却未定要讲的题目(当然没有讲稿),我不免觉得屈辱。到后来我安排外国人的讲座时就刻意避免这种状况了:先以我为主与对方确定题目,然后要求对方在动身前数周把稿子寄过来翻译,再精心组织现场的口译,效果不错,主客皆欢,我们获得了需要的知识,客人感受到良好的效果并得到在中国出版其讲稿的好处,双方合作,推动了某一知识在中国的增进。由于好,这种方法为一些后生辈借用,那是后话。

在我的讲座史上,我总共讲过大约 66 个主题,为何本书仅收其中 14 个主题的讲座稿?因为其他的主题被讲授于前 MP3 时代和前网络时代,未留现场记录稿也。后 MP3 时代的讲座都被更方便地录制下来。网络时代则使这些录音被整理成文字稿后登载于主办单位的网站成为可能。由此我得以收集它们编成本书。所以本书收录的都是些真讲座,每讲都标明讲的时间地点,而且多数有明确的整理人。为此,我要感谢所有的邀请单位和所有的整理者,由

于俺的讲座内容浓稠,他们给俺的信封不薄呢,他们为整理俺的讲座要花的时间不少呢!当然,由于每个讲座都以一篇文章为底,本书所收讲座多数有相应的文章发表并被收入我的某个文集,但这些演讲稿由于其口语化表达、附加的临场发挥以及末尾通常有的提问和回答使它们与文章本身不同,值得另外收藏和阅读呢!

上面的一些话暗示了我的22年讲座史与技术进化史的关联,确实如此!这一进化史可以“从一支粉笔到Powerpoint文件”形容。我现在的讲座,是越来越离不开电子课件了,它让我在单位时间里向听众传达更多的信息,让俺的讲座更为“浓稠”,不光冲击他们的耳,而且冲击他们的眼,从一路“注射”到双路甚至多路“注射”,把更多的人变成新人文主义民法理论的信徒。不过,MP3使听讲者盗窃演讲者的未发表成果更方便,我有一次这样的遭遇,导致我有只讲已发表的文章的心动,而这是多数讲座者的选择,他们演讲时是不爱被人录音的,但我最终还是采用了冒险主义的立场。面对着讲台上的一大堆MP3,我作为受到款待的客人不好意思阻止这样的过分录音,只有华东政法大学的主持人著作权意识最强,在一次讲座中,未等我开口,他们就把这些MP3排开了,只留下科研处的一台,并明确承诺由于我的讲座内容在投稿过程中,在它得到发表前不会把我的讲座内容挂在网上。

讲座是我学术生活史中的一个重要部分,也是我旅行的翅膀,凭借它,我到了许多未到过的国内国外地方,看了许多神奇的景致,我得以开阔眼界、收集资料、结交朋友、获得灵感,为新讲座的孕育铺平道路。尽管如此,整理自己22年的讲座史,才发现自己还有那么多的城市,那么多的大学未去讲过,例如,西北地区只讲了西安一个城市里的一所高校,南京大学、西安交大竟然未去讲过,尽管已得到邀请。又如,我服务过的南昌大学未去讲过,我的原籍

地辽宁的大学未去讲过,新疆、西藏未去讲过,不免怅然,看来,我还要努力,生产出更多更好的讲座,靠它们讲遍中国的大江南北、长城内外、西中东三部,讲遍中国的主要法学院!

看官可发现,在作为附录二的俺的讲座清单中,我在中南政法学院、厦门大学和宁波大学讲得最多,它们都是我长期或短期服务的单位。在中南举办的讲座群是对我学术上的沉潜期的反映。惭愧的是,这些现在在我看来不是很好水准的讲座竟成为中南许多学生对母校的标志性记忆物。我在厦大所为之讲座群水平无疑高得多,数量也不少,但未必能成为该校学生的母校标志,何以如此?答曰地也!沿海之地的学生不如内陆之地的学生有理论偏好,把上海、厦门、广州的学生与武汉、西安、重庆的学生比,都会得出这一结果。答曰时也!在中南之时为讲座具有轰动效应之时,我记得当时的讲堂的窗户等可待人的地方挂满人的情景,记得在西北政法学院讲时有听众(而且是大眼睛的维吾尔姑娘呢!)待在我的讲台下的空间的情景,而此时沿海的最好情景是座无虚席,但无站客。现在厦大演出《阴道独白》时出现悬吊性观众的情景与我当年在武汉开讲座的情形差不多,我不得不切实地承认,俺的讲座,或许是多数同事的讲座,进入干不过《阴道独白》的时代了。

本书的名称是“民法的人文精神”,本序言或可以“讲座的人文精神”名。人们公认,近世的人文精神最集中地体现在文艺复兴时期的意大利一位演员对一句希腊名言的重述上:“我是人,凡人具有的一切我皆具有。”此语中的“具有”既有形上的方面,例如对神的敬畏和崇拜,对彼岸的遥望,也有“形下”的方面,例如对物质利益的计算。本序言展示了我的讲座经济学,我斗胆认为它是暗藏于人人之心的,因而属于人性的一部分,我把自己的这一部分端出来让大家看,是对人性的张扬,但这并不能证明我不具有一定的“神性”,这种“性”可由本书收录的诸讲座中表现的对真理、和

谐、至善的追求证明,并由它们对听讲人知识的增进和心灵的陶冶所证明。确实,它们中的许多都成了听者的母校记忆物呢!呵呵!

是为序。

2008 年 12 月 16 日于胡里山炮台之侧,
其时也,82 岁老父已病卧医院 9 日矣

目 录

Catalog

第一编

新人文主义

两种民法典起草思路——新人文主义对物文主义 / 5

人身关系的三维透视 / 37

认真地寻找丢失的人格 / 67

论失权 / 89

从身份到契约,从契约到身份——
两种社会组织方式纵谈 / 107

民法帝国主义——民法到底是什么? / 127

民法是私法吗? / 167

第二编

民法与伦理学前沿

《绿色民法典草案》与现代性 / 185

民法典如何实现绿色理念? / 203

对体外受精胚胎的法律地位的比较法考察——财产、私生活利益还是人? / 225

第三编

罗马法与现代

取得时效制度在人身法和公法上的适用 / 243

古希腊哲学对罗马法技术和内容的影响 / 277

自然法与退化论——对 I. 2, 1, 11 后部的破译和对一种研究方法的介绍 / 293

《法国民法典》模式的传播与变形——纪念《法国民法典》颁布 200 周年 / 319

附 录

附录一 E 时代的 P 方法 / 353

附录二 作者历年讲座清单 / 359

跋 / 365



在漳州校区讲座



1

第一编

每一个民法典要想在时代的洪流中留下一个烙印，
就要有一定的思想。

Part 1

第一编

新人文主义

