

您现在的位置: >>>首页>>>民法法学>>>学者论坛

评徐国栋教授的《认真听中国学者对德国民法说不》

葛云松 北京大学法学院 副教授

上传时间:2005-2-15

浏览次数:3369

字体大小: 大 中 小

徐国栋教授近来多次“认真”地发表了很多关于民法典体系的见解和评论。他虽然远在异国,无四座在侧,但也可以说次次语惊四座,字字透着锋芒了。徐教授人到中年,还有如此锐气,足令我辈后生倾倒。

徐教授论战的最大特色,是帽子横飞,以“扣帽子,打棍子”为能事。所谓人文主义物文主义之争,不过是徐教授先自己炮制出一项所谓的“物文主义”的帽子,然后不管三七二十一,将别人扣在下面,然后就沾沾自喜地认为已将别人驳倒。这次,又祭出一项“洋奴”的帽子,再一次将别人扣在下面,于是再次凯旋而归。

对于徐教授这次旗帜鲜明地高举的民族主义大旗,我除了感到好笑,没有什么别的感受。在我看来,所谓对德国法说不,与其说是什么“中国国民智力独立意识兴起的体现”(又一个新概念,或者说给自己又戴上的一项新帽子),倒不如说象是十三四岁的孩子对于一切唠唠叨叨老生常谈的东西的莫名逆反。不需要理由,就是天天都听别人说,腻烦透了,要换点新鲜的,爽的,酷的!

“那场讨论基本表明了中国的文化寄生虫或文化被殖民地地位,显示了国家智力的孱弱。我们需要中国的思想!”中国的传统法律恐怕最体现了中国的思想了吧?干嘛不恢复大清律例,那是多么令人怀念的纯正“中国的思想”啊。

可是徐教授自己也说“我们当前制定民法典,是为了引进西方的先进的社会组织 and 资源分配工具,完成自己的法律文化的现代化”,也不愿意“回到恬静的大清的田野”去享受“和谐的中世纪的古典美”(《认真地评论民法典论坛第二场》),于是他也是满口的“物权”“债权”“法人”“自然人”“人格权”,没有一样是纯种的中国思想。他自己毫不认为自己因此就智力孱弱,或者成了文化殖民主义者不自觉的工具。当然,徐教授主张“多学一点,杂取于百家”。这也很正确。如果徐教授真的提出一个真正比起德国或者任何一个国家的民法更加高明的方案,我相信没有谁会因为这不是洋玩意而是中国人“自己”的东西而讨厌和放弃它。关键是你有没有能力提出来。是的,徐教授提出来一个方案,自己认为高过了洋人。梁慧星老师实质上只是认为他的方案并没有他所标榜的说服力,认为它并没有比德国法更好,梁老师只是认为德国法是最好的方案,因此未尝不可取来为我所用而已。谢鸿飞、张谷等人也都进行了有力的反驳。徐教授没有能力(也许是不屑吧)说服梁老师以及那些和梁老师有类似想法的人,于是虚晃一枪,懒得去进行什么学术辩论了,直接给梁老师贴上洋奴的标签,一切万事大吉。好高明的一招!

抽象地谈“对德国法说不”,或者对任何洋人说不,我也同意。任何外国的经验,我们都应当仔细的甄别、思考,如果认为不合国情或者不合理,就不接受。梁老师就反对德国的物权行为独立性和

热门文章

- 张玉敏 侵害知识产权民事责任归责原则研究 (2008-5-31)
- 王利明 《物权法》与环境保护 (2008-5-29)
- 邵世星 夫妻同居义务与忠实义务剖析 (2008-5-31)
- 杨利华,冯晓青 著作权扩张及其法律和经济学探讨 (2008-6-2)
- 王竹 我国侵权法上的“公平责任”源流考 (2008-6-2)
- 周珂,张璐 民法与环境法的理念碰撞与融和 (2008-5-30)
- 林旭霞 虚拟财产解析 (2008-5-30)
- 徐海燕 会计师事务所民事侵权责任的思考 (2008-5-29)
- 宁红丽 建立物权变动的新模式的思考 (2008-6-3)
- 吴向红 试论推荐人在推荐作品被认定侵权后的民事责任 (2008-6-1)

专题

用益物权研究专题

我国未来民法典体系专题研究

《道路交通安全法》专题研究

虚拟财产研究专题

民法法典化专题研究

“物权法实施研究论坛”

民法学与环境资源法学的对话

关注《侵权责任法(草案)》

《劳动合同法》相关问题专题

民法法律物格制度

[更多专题>>](#)

无因性原则（尽管我不赞同梁老师的见解）。但是如果分析的结果是，别人的经验很合理，有什么理由不接受？为什么仅仅为了显得更加“中国”，非要去创造一种不那么合理的东西？徐教授既然运用物权债权概念，既然主张民法典中设立总则和债法总则，显然也是接受了外国法的东西，尤其是德国法的东西。为什么徐教授仅仅因为在民法典体系问题上有了一点自己的新见解，就那么骄傲，俨然成了“国民智力独立意识”的代表？我实在看不出来出来梁老师认为德国民法典的体系比较优越和徐教授接受德国的法律行为概念以及债法总则的设计之间有任何实质性的差异。

“怎么德国法就一定特别好？”这是一句多么雄壮的质问。但我相信费宗祯教授的意思仅仅是，需要比较鉴别，而不是徐教授的那种曲解后的意思。我们同样也可以问，“怎么德国法就一定不特别好？”德国不一定特别好，但是也不一定就不是特别好。万一客观地比下来真的是特别好，你又没有能力找到更好的，用德国法模式就等于让自己的民法典成为最好。我们需要的是依照客观标准最好的民法典，而不是有中国特色的但是不那么好的民法典。所以这是一个纯粹的学术问题，和民族主义无关。如果说有关的话，那么主张借鉴德国法的人，又何尝不是为了中国有一部最好的民法典呢？

徐国栋教授最后欢欣鼓舞地揭露了有关教授坚持德国法体系的实质：私人利益——哦，原来他们是为了自己的饭碗才固执己见的。中国人最喜欢诛心之论——证明了别人的邪恶动机，一切也就不必讨论了。又是高明的一招啊。原来要在学术争论中胜出，除了学术贡献外，还有这么多见血封喉的奇招呢。

我想说的是，第一，动机是（至少基本上是）不可探知的。指责别人“居心叵测”是最无聊（然而似乎相当有效）的一种辩论术。我也可以怀疑徐教授是不是因为觊觎民法权威的封号而标新立异，大出风头。但是我从来不认为这和徐教授的观点是否正确有什么关系。因此我从来没有想到用徐教授的动机做什么文章。

第二，制定法律是不是需要考虑已经存在的传统和法律专业人士的思维习惯？假定论战双方对于实体性的制度没有任何争议，但是一方主张沿用旧的概念体系，一方主张换成新的。要知道，制定法律不是追求新鲜感。概念和体系的变化，意味着法律界乃至整个社会付出巨大的成本！最起码的，教科书需要全部重新编写，教师需要重新备课，律师、法官需要重新学习，普通民众也可能需要为了对新的法律做基本的了解而付出更多的时间精力。即便是有若干实质性的制度创新，也要尽可能在旧的概念和体系的范围内作出革新。假如实质内容完全一样或者基本相同，这些代价的付出到底为了什么？有什么意义？有什么效益？难道只是为了满足几个充满了创新欲的学者和充满了创造历史的万丈豪情的立法官员的成就感吗？

“祖宗成法”固然不见得必须遵循，但是祖宗成法更不是必须摈弃！如果要改变人们已经习惯了的“祖宗成法”，必须有充分的理由，否则，就应当坚持！

最后，不能免俗但是出于真心的是，我的上述评论并不表示我全盘否定徐教授。徐教授的多数工作是非常有贡献和值得尊重的。但是他在民法典体系问题上的诸多言论，实在和他的其他工作太不相称。

相关文章: [←](#) [|](#)

- 葛云松 评徐国栋教授的《认真听中国学者对德国民法说不》
- 葛云松 中国的财团法人制度展望（下）
- 葛云松 中国的财团法人制度展望（上）
- 葛云松 委托代理授权不明问题研究
- 葛云松 死者生前人格利益的民法保护
- 葛云松 不安抗辩权的效力与适用范围
- 葛云松 物权行为理论的功能(下)

[>>> 更多](#)

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008：中国民商法律网本网站所有内容，未经中国民商法律网书面授权，不得转载、摘编，违者必究。

征稿启事 投稿邮箱: ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号