中国民法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

导 言

《中外法学》编辑部本着一以贯之的办刊理念,推动开展学术评价,并且希望借助于该项工作,一方面归纳既有学术研究成就,另一方面展望未来学术发展动向。关于此种类型的学科发展评价的缘起和背景,可参考发表于《中外法学》2013年各期的学科发展报告。这里呈献给读者的是针对2012—2013年之间发表的民法学术论文的评价。

虽然已经在某种程度上得到了读者的理解(更准确地说是谅解),但还需要强调的是,这一评价绝不试图面面俱到地针对在上述年度中,民法学界发表的所有学术论文(更不用说学术专著和教材)进行评价。事实上,在这样一篇简短评价中,即便是仅罗列所有已发表的民法论文的题目,也是不可能的,更不用说还要有评价。挂一漏万是必然的,这就意味着,没有被本文提到的论文并非缺乏学术价值。我们还是相信,真正高质量的学术成果,随着时间的流逝终将被识别出来,获得应有的承认。另外还需要强调的是,学术评价,立场标准各异,本文的各种言论,只代表了一个特定的观察视角。就内心而言,我们期待各种不同类型的学术评价逐渐发展起来,形成一种健康并且多元的学术评价机制,由此改变目前仍然大行其道的“数篇数”的评价方法。

本评价仍然基于传统民法学科的体系,以民法基础理论、民法总论、人格权法、物权法、债法总则与合同法、侵权责任法为基本单元,将相关论文大体上归类,采取“述”与“评”相结合的方法展开。在文章最后一部分,有一个相对集中的整体评论和展望。与两年前的报告相比,本篇报告评论的成分显著加大,而这意味着能够被关注的论文数量进一步减少。考虑到我们所进行的是评论而不是综述,这种变化就是必须的。

一、民法学基础理论研究的进展

总的来说,伴随着日益明显的法教义学转向,民法学界对基础理论研究的关注度日益下降。即便如此,仍然有学者对民法基础理论研究做出了有益的探索。

易军的“私人自治与私法品性”一文,从基础理论的角度,集中讨论了私法的形式主义特性。^{〔1〕}在论文中,他把私法的这种形式主义品性,概括为抽象性、目的独立性、否定性、程序性、形式性、自治性和工具理性等一系列特征。这是到目前为止,中国民法学界对古典自由主义的私法理论范式较为全面和准确的归纳。类似观点也可以在他的“私人自治的政治哲学之维”一文中看到。^{〔2〕}在这一论文中,他主要依托于自由主义政治哲学的思想资源,对私人自治的价值内涵,及其对民法理论和制度建构的规范性意义,进行了论述。包括此前发表的论文在内,易军所发表的这一系列论文,勾勒出一个自由主义的、个人主义的私法理论框架。这是一个重要的理论贡献。

同样不容忽视的是,中国民法学界在基础理论的拓展方面,仍然需要有更加宏观的视野以及面向当下的问题意识。从学术谱系来看,古典的自由主义、个人主义的私法理论,并非新鲜事物,它在19世纪中后期的欧洲法学理论中已经成型。作为一种重要的私法理论思潮,它当然会被以各种方式,运用各种学术话语工具,不断地予以重新阐释。大约在20年前,中国民法学界就已经借助于“市民社会——政治国家”以及与其相对应的“私法——公法”的二元结构理论对这种私法哲学进行了阐述,并且产生了较大影响。私法基础理论的自由主义与个人主义的解读,毫无疑问是关于私法的一种重要的理论模式,但不应该也不能够成为唯一的模式。事实上,这一理论模式所预设的很多前提已经发生了变化。伴随着全球化的发展,个人与国家的关系——用民法学者的话来说就是私人自治与国家强制的关系——已经发生了根本变化。民族国家的衰落和转型,全球化的大型跨国公司的崛起,已经在根本上重新设置了民法的基本理论议题。如果中国民法学者对当下世界正在发生的剧烈变化视而不见,仍然把目光局限在传统的民族国家内部的个人与国家的关系之上,那么中国民法基础理论对当下境况的回应将显得滞后而且迟钝。如何超越古典私法意识形态的框架,更新民法基础理论,拓展民法学界理论研究的视野,仍然是我们面临的一个重要理论课题。

从这个角度来看,朱庆育的“私法自治与民法规范”一文,^{〔3〕}则为民法基础理论研究的拓展提供了一个新的角度和出发点。这一论文借用了凯尔森的个别规范理论,论证了作为私法自治手段的法律行为具有个别规范的性质,并且民法规范由一般规范与个别规范(法律行为)构成。这是一个重要的洞见。借由个别规范理论,私人秩序(private order)意义上的私法与国家法秩序之间的关系得以厘定,从规范多元的角度审视私法与民族国家的法之间的关系也就呼之欲出了。与通常的从保障私人自由的角度来理解私人自治与国家强制的关系不同,规范

〔1〕 参见易军:“私人自治与私法品性”,《法学研究》2012年第3期。

〔2〕 参见易军:“私人自治的政治哲学之维”,《政法论坛》2012年第3期。

〔3〕 参见朱庆育:“私法自治与民法规范:凯尔森规范理论的修正性运用”,《中外法学》2012年第3期。

多元的视角把个人与国家看做不同的规范创制主体,伴随着不同的社会经济情境,这二者的规范创制和实施能力也处于此消彼长的变化之中。如此视角的切入,使得私法自治具有了一个全新的内涵。

关于民法典编纂问题,虽然在本报告撰写之际,由于中共中央十八届四中全会的政治文件已经明确宣告了编纂民法典的目标,民法典编纂问题迅速成为一个关注的焦点。但在2012到2013年中,民法学界对民法典编纂的关注却处于低谷期,发表的论文较少,甚至有学者因此认为民法典已经渐行渐远。但仍然有学者坚持认为民法典编纂是中国民事立法科学化与体系化的必经之路。孙宪忠的“我国民法立法的体系化与科学化问题”一文,^{〔4〕}详细地分析了中国民法立法中从体系构造到立法科学方面存在的诸多问题,对所谓的“适应社会主义市场经济的民事法律体系已经建成”的论调进行了批驳,对中国民法立法中,尤其是《侵权责任法》的制定中所显现出来的一些趋向进行了深入反思。在民法学界普遍不太看好民法典编纂,转而更加关注制定一些民法单行法的时候,这一立场鲜明的论文,自然有重要价值。

茅少伟的“寻找新民法典:‘三思’而后行”一文^{〔5〕}以及谢鸿飞的“民法典与特别民法关系的建构”^{〔6〕}是民法典编纂领域值得关注的另外两篇论文。两篇论文都关注了21世纪的民法典编纂者必须要面对的一个新的课题,也就是伴随着社会分层化和法律生活的情境化趋势而变得日益普遍的民事特别法现象。中国民法典编纂如果不能处理好针对已经大量出现的民事特别法的排除与纳入的选择问题,那么中国民法典就永远免不了在大杂烩性质的法律汇编与纯粹但无实践价值的一般法之间徘徊。茅少伟还对如何维持民法典的外在体系整合与内在价值自洽之间的平衡进行了有益的讨论。中国民法典的编纂已经再次出发,加强展开对与民法典编纂有关的基础理论以及更加具体的学理问题的研究,是摆在我们面前的一个重要任务。

在民法基础理论方面,民法研究的方法论问题也得到了重点关注。《法学研究》在2012年第1期组织了一组笔谈文章,主要讨论了民法教义学与民法实证研究方法的问题。^{〔7〕}值得注意的是,虽然大多数笔谈文章都对民法研究方法的发展表达了支持,在可能的情况下,在民法领域采用实证研究方法的价值得到认可,但大多数参与笔谈的学者仍然强调了法教义学研究方法在现阶段民法研究中的基础性地位。

民法学者对研究方法的关注是中国民法学渐趋成熟的表现。实证研究面向事实本身,对法规采取外部视角,在性质上固然不是一种规范性研究,但它有助于准确描述法规规范所欲调整的社会事实本身,有助于对法规实施的社会实效进行评价,因此实证研究可以而且必须成为民法研究的重要方法。教义学研究只有借助于这些能够提供实质性知识的外部视角的援助,才不至于在法律概念的世界里迷失方向。但同样不能否认的是,各种实证研究方法的成

〔4〕 参见孙宪忠:“我国民法立法的体系化与科学化问题”,《清华法学》2012年第6期。

〔5〕 参见茅少伟:“寻找新民法典:‘三思’而后行”,《中外法学》2013年第6期。

〔6〕 参见谢鸿飞:“民法典与特别民法关系的建构”,《中国社会科学》2013年第2期。

〔7〕 参见“民法实证方法之内涵与展开”,《法学研究》2012年第1期。这是一组笔谈文章,参与者从不同的角度讨论了民法实证方法及其与传统民法研究方法之间的关系。《法学研究》杂志社在2013年第6期再次组织了一组笔谈文章专门讨论法学研究方法问题,参见“法学研究方法的理论与实践”,《法学研究》2013年第6期。这一组笔谈有更多的法理学方面的学者参与讨论,对实证研究方法在法学领域的运用,也有更多的论述。

果,必须经由法教义学的路径,才能够整合到法律实施之中去。任何忽略现行法上的依据(这种依据必须通过合理的、可论证、可检验的方法展示出来,而不是抽象地宣称合理合法),去讨论法律层面上的解决方案,都背离了法治最基本的要求。法学界围绕法教义学方法展开的诸多讨论,很多建立在对教义学方法的望文生义的误解之上。

二、民法总论研究的进展

至少从论文发表的情况来看,在2012、2013年中,民法总论相关的研究同样不是民法学界关注的热点。但是围绕一些相对具体的主题,仍然取得了一些值得关注的进展。

刘召成的“部分权利能力制度的构造”,试图挑战民法中的传统的权利能力制度,以此来解决诸如胎儿、死者、合伙等特定的人和组织的人格状态和参与法律关系的可能性。^{〔8〕}这样的努力值得肯定,但仍然需要有更加深入的论证,尤其是在赋予死者以部分权利能力的可能性的问题上,似乎需要更多地考虑与相关制度(例如继承)的衔接。伴随着新的法律观念的引入,权利能力作为参与法律生活的资格,可以而且的确应该呈现出更加丰富的样态。特定的动物、特定的自然环境,能够获得部分权利能力应该不存在任何法律逻辑层面上的障碍。

关于成年监护,尤其是老年监护制度,在欧洲国家最近一段时间中颇受关注,也取得了重要发展。我国民法学界的研究也关注到这一问题。李昊的“大陆法系国家(地区)成年人监护制度改革简论”一文,对德国、日本和我国台湾地区的成年人监护制度改革进行了比较系统的论述,而且试图从方法论的角度归纳这一改革背后的内涵。^{〔9〕}杨立新的“我国老年监护制度的立法突破及相关问题”,围绕不久前修订通过的《中华人民共和国老年人权益保障法》新增加的第26条展开论述。^{〔10〕}这一条文规定了老年监护制度,实现了我国成年监护制度立法的突破。

正如李昊所论,成年监护制度的发展其实体现了民法从传统的抽象的、科学化的理性人的概念中走出来,而更加关注现实世界中具体的人的需求。中国建立老年监护制度,一方面是对中国迅速步入老年社会这一现实境况的法律回应,另外也表明中国民法学界有必要尽快抛弃对人法部分规范功能上传统的、抽象定义式的理解。如何让人法的内容更多体现人的气息,是一个始终不能回避的话题。

蔡立东的“法人分类模式的立法选择”是为数不多的在法人法领域做出新的研究的论文。^{〔11〕}作者将法人分类模式归纳为职能主义的分类模式与结构主义的分类模式,并且认为我国以《民法通则》为主体的法律制度采取了前者。作者对此提出了批评,认为我国未来民法典应该回归结构主义的法人分类模式。相关的探索对于反思和完善我国的法人分类体系具有参考价值。但同样值得注意的是,法人的“职能”一词如何理解,事实上会关涉到法律分类管制的基础。如果这里所讨论的法人的“职能”与法人“试图追求的目的”是一回事,那么基于法人

〔8〕 参见刘召成:“部分权利能力制度的建构”,《法学研究》2012年第5期。

〔9〕 参见李昊:“大陆法系国家(地区)成年人监护制度改革简论”,《环球法律评论》2013年第1期。

〔10〕 参见杨立新:“我国老年监护制度的立法突破及相关问题”,《法学研究》2013年第2期。

〔11〕 参见蔡立东:“法人分类模式的立法选择”,《法律科学》2012年第1期。

不同的宗旨(私益、公益、共益等)而予以分类管制似乎是各国通例。

在法律行为领域,关于法律事实、事实行为以及相关问题的,常鹏翱的系列论文做出了深入研究。^[12] 由于民法学界此前对相关问题的讨论几乎完全缺失,这些论文亦具有重要的知识性价值。法律行为中的法效意思(也就是产生法律层面上的约束力的意思)是厘定法律行为发挥作用的范围的重要因素,也对法律规范与其他社会规范发挥功能的空间起到界定作用。谢鸿飞的“论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度”一文研究了如何判断当事人欲使其行为受法律调整的意图。^[13] 作者在主张法律直接推定相关意图之存在的同时,认为还需要结合具体行为的情境、当事人的利益状态、诚实信用原则、信赖程度等因素来综合判断。与这一问题相联系的情谊行为也得到学界关注。王雷的“论情谊行为与民事法律行为的区分”一文,集中讨论了情谊行为与民事法律行为的区分标准问题。^[14] 王雷提出了主观标准(当事人明示)与客观标准,在客观标准中包括了社会公共利益标准、无偿性标准和信赖利益标准。总的来说,关于法律行为与相关社会规范之间的互动关系的研究仍然需要有更加宽广的视域。

法律行为的效力形态,是法律行为制度的核心内容,但相关的研究成果比较少。叶名怡的“涉合同诈骗的民法规制”一文,讨论了涉及诈骗犯罪情况下的合同效力认定问题。^[15] 对于这一典型的民刑交叉问题,作者主张对同一行为按照民法与刑法的不同逻辑加以规制,避免因刑事犯罪的背景而影响到民法规则的适用。相关的思路对于处理类似的涉及犯罪的合同的效力具有重要参考价值。但是我国主导的司法政策仍然固守“先刑后民”原则,事实上没有理顺公法与私法二者之间并行不悖的逻辑关系。

代理是法律行为制度的重要组成部分,而表见代理制度又是中国学者讨论的焦点。究其原因,主要是因为在中国代理制度体系中,表见代理被赋予了特别重要的功能。在实务上,由于中国特定的管理体制,在一些领域(例如建筑工程)又特别容易引发表见代理问题。杨代雄的“表见代理的特别构成要件”一文提出,以风险原则为基础来构造表见代理的特别构成要件。这些要件包括存在代理权表象,代理权表象是被代理人风险范围内的因素所导致,以及相对人的善意这三个要件。^[16] 这一论文还讨论了一些更加具体的,例如相对方善意的判断等具体操作性问题。这后一方面的讨论,具有实务方面的指导价值。

关于表见代理的体系构造,在中国民法学者中已经激发了大量讨论,各种理论方案纷纷出台。现在也许需要转换研究思路,一方面认真审视各种方案在实务上的效果是否存在真正的差别,抑或仅仅是说法不同但实际效果相差无几,如果是这样的话,不妨尽量求同,形成通说。另外则需要考虑表见代理制度在中国特定的制度体系中承载的功能与其他国家(例如德国)的

[12] 参见常鹏翱:“法律事实的意义辨析”,《法学研究》2013年第5期;“论目的意思独立的事实行为”,《法律科学》2012年第3期;“民法中典型事实行为的规范关系”,《法学》2012年第4期。另外,王轶:“论民事法律事实的类型划分”,《中国法学》2013年第1期,也对民事法律事实的类型划分,尤其是关于适法行为、合法行为、违法行为以及事实行为等范畴,在事实行为中的类型划分进行了富有启发性的讨论。

[13] 参见谢鸿飞:“论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度”,《环球法律评论》2012年第3期。

[14] 参见王雷:“论情谊行为与民事法律行为的区分”,《清华法学》2013年第6期。

[15] 参见叶名怡:“涉合同诈骗的民法规制”,《中国法学》2012年第1期。

[16] 参见杨代雄:“表见代理的特别构成要件”,《法学》2013年第2期。

差别,由此对借用域外学理资源保持一种审慎的语境意识。

朱广新的“法定代表人的越权代表行为”一文对《合同法》第50条的理解与适用进行了深入研究。^{〔17〕} 论文集中论证了在相对人为恶意(也就是说,明知法定代表人的行为越权)的情况下,为何不适宜采纳无效的规则而应该采用效力待定的规则。这一学理意见值得重视。此外,该论文还对第50条的具体的适用进行了法解释论层面上的研究,实质性地推进了关于越权代表行为的法解释论研究。

关于诉讼时效制度,霍海红的“胜诉权的‘名’与‘实’”对流行于我国民法理论上的所谓“胜诉权消灭说”提出了颇为深入的批评。^{〔18〕} 严格来说,胜诉权这一概念本身就不能成立。参与到诉讼之中的当事人胜诉与否,取决于实体与程序等多重因素的影响,胜诉是法官根据对事实的认定和对法律的理解独立做出的判断。任何当事人都没有权利向法官要求获得一个胜诉的判决。长期以来,时效制度在民法总则的研究中受到忽视,但实务上的重要作用却推动最高法院发布了专门的关于诉讼时效的司法解释。无论是《民法通则》的修订还是未来中国民法典总则编的编纂,对民法上的时效问题的全面和深入研究,都是一项紧迫的任务。

三、人格权法研究的进展

对于人格权法的研究而言,2012—2013无疑是丰收之年。人格权法之所以成为研究热点,主要是因为随着《侵权责任法》的颁布,在民法典编纂没有明确提到议事日程的情况下,基于化整为零的策略,民法学者们力推《人格权法》的制定。^{〔19〕} 这种特殊的背景催生了人格权理论研究的热潮。有关人格权的研究可以大致区分为两个类型。第一类涉及人格权立法及基础理论问题。第二类涉及各种具体人格权的研究。

关于人格权立法,在不涉及民法典编纂的情况下,绝大多数学者还是支持对人格权进行单独立法,以此来弥补我国人格权保护法律规范上的缺漏。^{〔20〕} 但当问题转化为民法典编纂背景之下的人格权立法是否独立成编时,则存在不同看法。王利明对这一问题再次予以探讨,并且补充了若干重要理由。他认为人格权独立成编与民法总则的制定并不冲突,与《侵权责任法》并不冲突,而且人格权法不宜为侵权责任法所替代。^{〔21〕} 考虑到民法典编纂已经现实地提上议事日程,因此如何处理未来中国民法典中的人格权的相关规定,仍然是一个需要探讨的开放的问题。考虑到中国特殊的历史和制度语境,人格权独立成编的做法更加具有积极的意义。

人格权的立法必然伴随着如何界定人格权的性质及其类型化的问题。对此,张平华的“人格权的利益结构与人格权法定”,基于对人格权立体结构的揭示,论证了人格权应该坚持类型固定的理由。人格权的类型固定,有利于明确相关衍生利益的范围,提高责任法的可操作

〔17〕 参见朱广新:“法定代表人的越权代表行为”,《中外法学》2012年第3期。

〔18〕 参见霍海红:“胜诉权消灭说的‘名’与‘实’”,《中外法学》2012年第2期。

〔19〕 《法商研究》在2012年第1期以“迈向立法的人格权”为主题,组织了专题研讨。该期专题中的相关论文对人格权理论的推进具有重要价值。

〔20〕 参见张新宝:“我国人格权立法:体系、边界和保护”,《法商研究》2012年第1期。

〔21〕 参见王利明:“再论人格权的独立成编”,《法商研究》2012年第1期。

性。^[22]对于人格权法定,也有学者表达了强烈质疑。沈云樵在“质疑人格权法定”一文中,提出人格权所具有的自然法色彩,其固有的开放性结构必然导致巨大的包容性和适用上的弹性,为此必须抛弃人格权法定而代之以人格权的动态、多元的发展机制。^[23]

关于人格权类型法定的讨论不能忽视一个基本事实,任何人格权类型体系都必然带有一定的开放性。即使是支持类型固定的学者也从来没有否认要为未来的新类型的人格权的生长预留空间。因此,问题的实质其实并不是绝对的、固化的类型化,而是到底要放弃类型化而采纳类似于全盘的一般条款的做法,从而把人格权保护规范的形成和发展完全留待司法判例,还是在基本框架上实现类型化,同时通过其他手段(例如设立人格保护的一般条款)为人格权的发展保留空间。

关于这一问题的讨论,就进入到另外一个重要主题,也即所谓的一般人格权理论。在这两年中,有多篇论文涉及了一般人格权问题,并且对中国民法借鉴德国法上的一般人格权概念表示了异议。^[24]我国民法学界关于一般人格权的认识之所以存在比较大的分歧,主要是因为学者们在不同的层面上展开讨论。支持者强调的是这一制度能够发挥的人格利益保护的兜底功能。反对者强调的则是,一般人格权制度在德国法上能够发挥积极功能并不意味着这一制度就必须被移植到中国民法体系之中。这一制度与中国民法体系存在衔接上的问题,它能够发挥的积极作用在中国法上能够用其他方法,比如设置人格保护的一般条款,通过法官诉诸于一般条款的适用,来实现对非典型人格利益的保护。

关于人格权保护的微观私法史的研究也取得了一定的进展。肖俊的“人格权保护的罗马法传统:侮辱之诉研究”一文对欧洲大陆法系国家的人格权保护之罗马法渊源进行了研究。^[25]易继明的“人格权立法之历史评析”,则讨论了自清末法制变革以来,中国人格权立法的脉络和历史变迁。^[26]这样的梳理对于明确未来中国人格权立法的走向具有参考价值。

王利明的“人格权法的发展与完善”一文,着重论证现代人格权法的发展是以保护人格尊严为中心来展开。中国人格权制度的发展应该以《民法通则》所确定的人格权类型为基础,对隐私权、个人信息和网络环境下的人格权做出确认和完善。^[27]

除了基础理论之外,人格权法研究的进展更主要体现在对一些具体问题的研究之上。对于具有中国特色的荣誉权制度,满红杰的“荣誉权:一个巴别塔式的谬误?”一文提出了质疑,通过对《民法通则》关于荣誉权概念来源的考察,作者论证了这一制度缺乏比较法上的基础,很可能是对“right to Honor”的误读。^[28]关于荣誉权的研究还有必要进一步深入,以此为未来立法中对这一权利类型的取舍提供理论支持。关于肖像权侵权的特殊构成要件,也就是“以营利为目的”的问题,学者之间存在不同看法。不少学者认为《民法通则》中在条文层面上有明确规定的这一要件,其实已经被淡化乃至被突破了。张红的“‘以营利为目的’与肖像权侵权责任认

[22] 参见张平华:“人格权的利益结构与人格权法定”,《中国法学》2013年第2期。

[23] 参见沈云樵:“质疑人格权法定”,《环球法律评论》2013年第6期。

[24] 参见李莉:“法律思维与法律方法下的人格权立法模式:兼论否定一般人格权”,《当代法学》2013年第6期;鲁晓明:“论一般人格理论的摒弃及替代”,《法律科学》2013年第4期。

[25] 参见肖俊:“人格权保护的罗马法传统:侮辱之诉研究”,《比较法研究》2013年第1期。

[26] 参见易继明:“人格权立法之历史评析”,《法学研究》2013年第1期。

[27] 参见王利明:“人格权法的发展与完善:以人格尊严的保护为视角”,《法律科学》2012年第4期。

[28] 参见满红杰:“荣誉权:一个巴别塔式的谬误?”,《法律科学》2012年第4期。

定”一文,主要借助案例实证研究,表明实务上其实仍然坚持这一要件。^[29]由此将相关问题进一步厘定为:未来的立法必须明确在这一问题上的态度,而不能寄希望于某种意义上的司法发展的路径。

对于一些新类型的人格权,理论上也给予了关注。贺栩栩的“比较法上的个人信息数据自决权”一文讨论了与个人信息有关的人格利益属性,对于将其归类为隐私权的一种表现还是一个独立的人格权类型,进行了讨论。这一研究对于信息化时代中个人信息保护的立法技术选择,提供了富有参考意义的比较法知识。^[30]王利明的“论个人信息权的法律保护”一文则集中讨论了个人信息权与隐私权的区分,认为二者之间存在诸多差别,在未来中国民法典中,应该将个人信息权作为一种具体人格权加以保护,并且制定个人信息保护法。^[31]除了与信息有关的利益的人格属性之外,学者们还关注了诸如基因权问题、^[32]生育权问题。^[33]

关于人格权与其他民法制度之间的连接问题,也引发学者关注。王利明的“论人格权商品化”一文研究了人格利益的财产化的可能以及相应与《物权法》、《合同法》和《继承法》的连接。^[34]张红的“不表意自由与人格权保护”一文主要研究了赔礼道歉作为民事责任的承担形式,在人格权保护中所具有的功能以及发挥这一功能的限度。^[35]赔礼道歉作为《民法通则》以及《侵权责任法》所规定的责任形式,它的运用涉及良心自由与内心确认等问题,也因此与人格保护联系在一起。这一责任形式的未来前途,仍然有赖于理论和实务的深入研究。

总的来说,中国民法学界对人格权的关注,以及人格权法研究的繁荣,在很大程度上体现了人格尊重在中国当下的语境中得到越来越多的重视。通过民法手段,经由民事责任的运用,来实现对人格利益的保障,也许恰恰是中国民法所必须背负起来的历史重任。在这一点上,我们正在走出一条与西方国家的宪法化的人格保护有所区别,但又殊途同归的路径。

四、物权法研究的进展

2012至2013年,就发表的期刊论文而言,关于物权法的研究可以用平稳展开来概括。学界对物权法相关问题的关注,日益转向实务中遇到的典型疑难问题。对基础理论的关注,也在

[29] 参见张红:“‘以营利为目的’与肖像权侵权责任认定”,《比较法研究》2012年第3期。

[30] 参见贺栩栩:“比较法上的个人数据信息自决权”,《比较法研究》2013年第2期。

[31] 参见王利明:“论个人信息权的法律保护:以个人信息权与隐私权的界分为中心”,《现代法学》2013年第4期。

[32] 参见王康:“基因权的私法规范:背景、原则与体系”,《法律科学》2013年第6期。该论文讨论了以人格权的模式来实现对基因权利的保护路径。随着生物科学的发展,与基因相关的法律问题,例如基因歧视、基因隐私、基因正义问题日益突出。这是一个值得关注的重要课题。

[33] 参见马强:“论生育权:以侵害生育权的民法保护为中心”,《政治与法律》2013年第6期。生育是人的最根本的自然属性之一,与生育有关的利益毫无疑问属于最重要的人格利益。如何通过人格权法的体系来实现对生育相关利益的保护,值得关注。当然这一问题与中国生育控制的立法如何协调是解决这一问题不能回避的前提。

[34] 参见王利明:“论人格权商品化”,《法律科学》2013年第4期。

[35] 参见张红:“不表意自由与人格权保护”,《中国社会科学》2013年第7期。

很大程度上与此密切联系。

朱虎的“物权法自治性观念的变迁”一文研究了物权法与债法之间的关系模式的变化以及此种变化对物权法相关制度(物权客体、物权法定原则、物权行为等)的影响。^[36]

对于物权行为这一可谓“经典”的问题而言,朱庆育的“物权行为的规范结构与我国之所有权变动”一文,再次细致地论证了承认物权行为的法律逻辑层面上的理由。不仅如此,作者还进一步提出既然我国物权公示的方法以公信主义为原则,那么物权变动的抽象原则(无因性原则)其实也有制度基础。^[37]关于物权行为问题,尽管已经有不少学者做出了极具说服力的论证,仍然有人仅仅出于维护自己理论上一贯正确的形象,而执意把这个本来逐渐获得澄清的问题,搅得混乱不堪。对于抽象原则的深入讨论,也许有助于彻底解决这一问题。

关于自然资源的国家所有权问题,得到学者高度关注。为此《法学研究》编辑部组织了专门研讨,集中发表论文以及相关评议。^[38]通过这些论文和相关评论,理论上对自然资源的国家所有权问题的认识得到深化。但正如孙宪忠的一篇文章所指出的,国家所有权这一概念本身也需要进一步反思,^[39]因此问题的关键或许还在于弄清楚所有权这一概念与国家之类的公法主体如何契合。对此,西方国家的公产、国有私产等概念体系值得借鉴。

关于农村土地制度的讨论一直是理论关注的热点。^[40]陈柏峰的“土地发展权的理论基础与制度前景”一文从一个新的角度,研究了土地发展增益的法律制度构架问题。^[41]作者认为土地发展权不是土地所有权的派生权利,而是因国家管制权的行使而产生的一项独立的权利。土地发展权国有模式具有合理性,但需要建立具体的制度来确保土地发展的增益归全民共享。应该说这一研究跳出了传统的所有权定位的农村土地法律制度构架,具有很大的启发意义。但仍然需要深入研究的是,这种土地发展权国有模式与中国现实的城市土地国有以及农村土地集体所有的制度前提是否可以有效衔接。另外关于此种土地发展权的属性,它究竟是私法上的权利还是与福利国家相联系的所谓第二代权利也值得研究。

[36] 参见朱虎:“物权法自治性观念的变迁”,《法学研究》2013年第1期。采取类似研究思路的论文还有张鹏:“物债二分体系下的物权法定”,《中国法学》2013年第6期;常鹏翱:“债权与物权在规范体系中的关联”,《法学研究》2012年第6期;唐勇:“债权质权:物债二分体系下的‘骑墙者’”,《中外法学》2013年第6期。这些论文都试图从民法上的物权法与债法的体系性联系的角度研究物权制度,以此揭示一个所谓的纯粹物权制度只存在于想象之中。

[37] 参见朱庆育:“物权行为的规范结构与我国之所有权变动”,《法学家》2013年第6期。

[38] 参见这四篇论文分别是税兵:“自然资源国家所有权双阶构造说”;巩固:“自然资源国家所有权公权说”;徐祥民:“自然资源国家所有权之国家所有制说”;王涌:“自然资源国家所有权三层结构说”。这四篇论文以及相关的评论,都发表于《法学研究》2013年第4期。

[39] 参见孙宪忠:“‘统一唯一国家所有权’理论的悖谬及其改革切入点分析”,《法律科学》2013年第3期。该论文提出应该以公法法人所有权理论替代目前“童话式的统一唯一国家所有权”理论。

[40] 围绕农村土地的法律关系,这一时段出现了不少富有价值的研究成果。参见张千帆:“农村土地集体所有的困惑与消解”,《法学研究》2012年第4期;王利明、周友军:“论我国农村土地权利制度的完善”,《中国法学》2012年第1期;陈小君:“农村集体土地征收的法理反思与制度重构”,《中国法学》2012年第1期;韩松:“新农村建设中土地流转的现实问题及其对策”,《中国法学》2012年第1期;王冠玺:“我国农村土地、林木、农作物与相关权利主体的辨析”,《政法论坛》2012年第6期。

[41] 参见陈柏峰:“土地发展权的理论基础与制度前景”,《法学研究》2012年第4期。

关于登记对抗主义,相对于登记要件主义而言,理论研究深度一直有所欠缺。龙俊的“中国物权法上的登记对抗主义”一文从理论和制度构造角度对这一问题进行了深入研究。^[42]作者主要借助于日本学理,论证了权利外观说是对抗效力得以产生的基础。该论文的主要价值还在于进一步研究了绝对可对抗的第三人、绝对不可对抗的第三人等实践性的问题。这一研究实质性地推进了学理上对登记对抗主义的理论认知。

在善意取得的问题上,虽然我国《物权法》第106条确定了动产与不动产一体化的善意取得制度,但在实际适用中是否需要区别对待仍然需要研究。鲁春雅的“论不动产登记簿公信力和不动产善意取得制度的区分”一文主要借助于德国和瑞士的比较法资料,分析了我国不动产善意取得制度与国外的不动产登记簿公信力制度在诸多方面的差别,由此提醒我国学者不要盲目照搬国外的登记簿公信力的规定和学理来解释我国的不动产善意取得制度。^[43]吴泽勇则在《论善意取得制度中善意要件的证明》一文中讨论了关于善意的证明责任的负担问题。^[44]根据通说,对于第三人的善意,首先推定其存在,然后由主张该善意不存在者举证推翻该推定。但该文提出应该由主张善意取得的第三人负担证明责任。不过根据作者对其主张的进一步限制(间接证据的运用、援引经验法则以及对方当事人事实主张责任的加重),可能在实务上看,这一主张的效果与通说的效果并无实质性的区分。由此来说,是否有必要为此突破民法上具有一定普遍性的善意推定规则,值得反思。

物权与诉讼时效相关的问题也有比较深入的研究。朱虎的“返还原物请求权适用诉讼时效问题研究”系统地分析了产生于物权的返还原物请求权应该适用诉讼时效的主要理由,同时他还剖析了反对适用诉讼时效的各种主张之所以不能成立的理由。^[45]关于这一问题,最好形成通说或者以司法解释的方式予以明确。而关于附有担保物权的主债权超过诉讼时效之后,相关担保物权的存续问题,也在困扰理论与实务界。徐洁的“担保物权与时效的关联性研究”一文着重分析了这一问题。^[46]作者对《物权法》第202条的规定所体现出来的严格的从随主原则提出了批评,并且主张建构一个不受债权时效影响的担保物权制度。我国理论与实务在这一问题上的困扰其实来自于《物权法》的语焉不详以及与相关的司法解释关系的定位不清晰。至于说是否要突破从随主原则,因为涉及债权人、债务人和担保人之间的利益关系的精确平衡,仍然需要深入的研究与论证。

刘贵祥与吴光荣的“论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力”一文,研究了一个在理论与实务上存在较大争议的问题。^[47]作者的结论是,在承认抵押权的追及效力的前提下,应该根据担保法司法解释的规定来处理未经抵押权人同意的抵押物转让的效力,为此就必须将《物权法》第191条的规定解释为倡导性规范。虽然倡导性规范这一概念未必合理(更加合理的概念似乎是注意性规范),但作者在解释论上的努力值得肯定。这一问题之所以成为一个问题,

[42] 参见龙俊:“中国物权法上的登记对抗主义”,《法学研究》2012年第5期。

[43] 参见鲁春雅:“论不动产登记簿公信力和不动产善意取得制度的区分”,《当代法学》2012年第1期。

[44] 参见吴泽勇:“论善意取得制度中善意要件的证明”,《中国法学》2012年第4期。

[45] 参见朱虎:“返还原物请求权适用诉讼时效问题研究”,《法商研究》2012年第6期。

[46] 参见徐洁:“担保物权与时效的关联性研究”,《法学研究》2012年第5期。

[47] 参见刘贵祥、吴光荣:“论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力”,《比较法研究》2013年第5期。

突出地表明中国民事立法质量上存在的问题。在先前的司法解释已经有明确具体规范的前提下,后续的立法居然不能够明确在这一问题上的规则,非常遗憾。这一问题在《侵权责任法》中同样大量存在。

关于其他物权制度,例如地役权制度,相邻关系制度等等,都有学者进行了深入研究。限于篇幅,这里不再一一涉及。总的来说,物权法的理论研究面向实务问题,取得了显著的进展。

五、债法总论与合同法研究的发展

严格来说,债法体系中应当包括债法总则(包括不当得利、无因管理等债的发生原因),合同之债以及侵权之债的内容,但考虑到围绕《侵权责任法》的研究具有相对的独立性,而且是理论关注的热点,所以将其作为一个独立的单元予以论述。

关于债法总则的研究,学界主要关注了债法体系的完善问题。崔建远的“中国债法的现状与未来”着重讨论了侵权责任法具有债法的品质,应该纳入债法体系之中,未来中国民法典应该设立债法总则。^[48] 这些论断应该能够代表民法学界的主流看法。魏振瀛的“论债与民事责任的起源及其相互关系”一文研究了债与责任的关系的历史动态发展,这对于厘定民事责任的性质具有启发意义。^[49] 彻底深入透彻地研究民事责任与债的关系,是中国民法学界不能回避的一个重要课题,因为这涉及对《民法通则》所创立的民事责任体系的继承、发展与超越的重大问题。

在债法总则领域,学者也开始关注一些特殊的债的发生根据。徐涤宇、黄美玲的“单方允诺的效力根据”一文,对单方允诺进行了比较私法史的研究,提出了摆脱合意主义的约束,将单方允诺作为一种单独的与合同并列的债的发生根据的理论模式。^[50] 这一理论研究增加了中国学界对单方允诺制度历史内涵的理解,对于未来债法立法具有重要参考价值。

在不当得利的研究中,赵文杰的“给付概念和不当得利返还”^[51]与娄爱华的“不当得利‘没有合法根据’之概念澄清”,^[52]主要围绕给付概念对不当得利的制度构成进行了研究。在欠缺任何背景之下当事人之间发生财产变动时,关于得利是否具有合法依据的举证责任的分配,对当事人的利益影响很大,相关的研究结论具有实务上的重要参考价值。

合同法研究无论从理论还是实务的角度看一直备受关注。由于相对成熟,相关的研究视角已经进入针对具体问题的法解释论研究为主的阶段。毫无疑问,由于这一领域发表了大量的研究论文,限于篇幅,这里只针对其中若干具有代表性的论文所体现的研究进展进行评价。

[48] 参见崔建远:“中国债法的现状与未来”,《法律科学》2013年第1期。类似的观点也可以在李永军:“论债的科学性与统一性”,《法律科学》2013年第1期中可以看到。中国民法学界对债的概念的体系化功能,认识比较一致。

[49] 参见魏振瀛:“债与民事责任的起源及其相互关系”,《法学家》2013年第1期。

[50] 参见徐涤宇、黄美玲:“单方允诺的效力根据”,《中国社会科学》2013年第4期。

[51] 参见赵文杰:“给付概念和不当得利返还”,《政治与法律》2012年第6期。

[52] 参见娄爱华:“不当得利‘没有合法根据’之概念澄清:基于‘给付’概念的中国法重释”,《法律科学》2012年第6期。

总的来说,合同法研究的新动向表现为:开始关注与消费者有关的合同法层面上的问题;开始从总则一般性的理论问题的研究转向针对合同法分则具体类型的合同问题的研究;开始关注新的技术手段的发展所导致的新问题,尤其是电子合同相关问题。

在合同法领域与消费者保护有密切联系的是格式条款的规制问题。解亘的“格式条款内容规制的规范体系”一文,^[53]提出格式条款内容规制规范不能适用于核心给付条款。另外,他还引入了“合意度”与“均衡度”的概念,由此拓展了《合同法》第40条的研究视角。这一理论框架,对于发展和完善中国法上的格式条款控制的理论与实践,具有启发意义。祁春轶的“德国一般交易条款内容控制的制度经验及其启示”一文,比较详细地介绍了德国的一般交易条款规制体系,包括了立法者条款拟定,预防性的行政控制和法院的司法控制的结合。^[54]崔吉子在《消费者合同的私法化趋势与我国的立法模式》一文中讨论了我国立法上如何应对消费者保护问题。^[55]孙良国的“单方修改合同条款的公平控制”一文,讨论了消费者经常会面对的这种类型的条款,并且主张对其施加严格的控制。此种控制分为程序控制与实体控制,此外还要允许消费者保护组织和法院的一定程度的干预空间。^[56]宁红丽研究了分期付款买卖中相关法律条款如何实现对消费者的保护的问题。^[57]考虑到我国合同法的立法走的是统一合同法的路子,并不特别强调民事性规范,商事性规范以及消费者合同的特殊性。这种取向所导致的问题已经逐渐显现。在合同法理论与实践日益分化为民事合同、企业合同与消费合同的大背景之下,我国合同法立法与理论如何回应社会现实对于更加精细的规则的需求,尤其是如何回应日益尖锐的消费者保护需求,值得关注。

合同法研究的关注点日益向合同分则发展,也是合同法研究中另外一个值得注意的趋势。这表明中国合同法理论面向实务的发展。关于买卖合同,许德风的“不动产一物二卖问题研究”一文对一物二卖现象进行了深入探讨。论文中得到充分阐述的获益交出请求权、代偿请求权,是对相关问题认识的深化。^[58]关于租赁合同,一直是合同法分则中重要的问题。宁红丽的“租赁物维修义务的法律构造”对这一重要的义务进行了解释论的研究,着重讨论了这一义务不履行时的法律效果问题,深值参考。^[59]黄凤龙的“‘买卖不破租赁’与承租人保护”一文比较细致地讨论了我国合同法上确立的有权占有维持模式与传统的法定契约承受模式之间的区别。^[60]这一研究对于实务具有参考价值。高圣平等人对融资租赁合同进行了较为深入的

[53] 参见解亘:“格式条款内容规制的规范体系”,《法学研究》2013年第2期。

[54] 参见祁春轶:“德国一般交易条款内容控制的制度经验及其启示”,《中外法学》2013年第3期。

[55] 参见崔吉子:“消费者合同法的私法化趋势与我国的立法模式”,《华东政法大学学报》2013年第2期。

[56] 参见孙良国:“单方修改合同条款的公平控制”,《法学》2013年第1期。

[57] 参见宁红丽:“分期付款买卖法律条款的消费者保护建构”,《华东政法大学学报》2013年第2期。

[58] 参见许德风:“不动产一物二卖问题研究”,《法学研究》2012年第3期。

[59] 参见宁红丽:“租赁物维修义务的法律构造”,《清华法学》2013年第5期。

[60] 参见黄凤龙:“‘买卖不破租赁’与承租人保护:以对《合同法》第229条的理解为中心”,《中外法学》2013年第3期。与这一规则相联系的承租人优先购买权问题,可参考常鹏翱:“论优先购买权的行使要件”,《当代法学》2013年第6期。

研究。^{〔61〕}此外关于加工承揽合同,赠与合同,也有学者给予相应的关注。

合同法研究领域另外一个值得关注的动向是重视一些新问题,尤其是电子合同相关问题。周洪政的“网络时代电子要约和承诺的特殊法律问题研究”一文,运用传统的民法学理对电子化的意思表示进行了分析。^{〔62〕}《法学家》2013年第5期发表一组论文,专门研究网络平台借贷的法律规制问题。随着电子信息技术的发展,传统的民商法领域出现了一些新的课题。我国电子商务的迅猛发展导致大量的交易行为以电子化的形态出现,这一切都要求民法研究者能够关注最新出现的问题,保持对实务现状的敏感和回应现实问题的能力。

在上述几个趋势之外,合同法领域受到重点关注的问题还有待审批合同的效力问题。此前已经有学者进行了专门研究,但仍然受到高度关注。蔡立东在“行政审批与权利转让合同的效力”一文中主张将行政审批的法律意义界定为对合同履行的控制,而相关的权利转让合同即使未获得审批也是有效的合同。^{〔63〕}吴光荣在“行政审批对合同效力的影响:理论与实践”一文中,主张一种更强调具体问题具体分析的思路,认为不能将未经审批的合同认定为无效,但也不能认为审批与否不影响合同效力,由此而论,附有报批义务的当事人违反报批义务时,可发生违约责任与缔约过失责任的竞合。^{〔64〕}杨永清在“批准生效合同若干问题探讨”中则提出待批准生效合同可以看做是效力待定合同,但其中的报批义务本身不需要经过批准才能够生效。^{〔65〕}关于待审批合同的效力问题以及与之相关联的责任的定性(违约责任还是缔约过失责任),甚至损害赔偿的确定问题,学者已经有相当多的讨论。现实生活中由于审批的功能和类型千差万别,所以几乎不太可能归纳出一个统一的模式来概括所有这些情形。类型化的理论和实务解决方案或许是可能的出路。

在合同解除问题上,贺剑的“合同解除异议制度研究”主要针对《合同法司法解释二》第24条展开,批评了其中存在的错误,主张通过解释论的方法架空和虚置这一规定。^{〔66〕}崔建远的“解除效果折衷说之评论”深入讨论了《合同法》第97条的可能的解释空间,对折衷说进行了全面的批评性的分析,由此也对其所支持的合同解除直接效果说进行了辩护。^{〔67〕}

在违约责任领域,理论研究也有重要的进展。刘承睦的“违约可得利益损失的确定规则”主要借助英美合同法理论实务上的经验,对这一问题做出了深入研究,提出了包括从证明标准到计算标准等角度在内的、系统性的解决这一问题的思路,可谓力作。^{〔68〕}民法学者也对《合同法》第121条展开了研究。周江洪的“《合同法》第121条的理解与适用”主张对该条进行限

〔61〕 参见高圣平、王思源:“论融资租赁交易的法律构造”,《法律科学》2013年第1期。融资租赁问题是合同法分则中的一个研究热点。《法学》在2012年第7期发表了专门的“融资租赁法律制度的创新与完善”的笔谈文章。金海:“判定融资租赁法律性质的经济实质分析法”,《华东政法大学学报》2013年第2期,讨论了所谓的经济实质分析方法对于处理承租人破产时租赁物的归属问题。

〔62〕 参见周洪政:“网络时代电子要约和承诺的特殊法律问题研究”,《清华法学》2012年第4期。

〔63〕 参见蔡立东:“行政审批与权利转让合同的效力”,《中国法学》2013年第1期。

〔64〕 参见吴光荣:“行政审批对合同效力的影响:理论与实践”,《法学家》2013年第1期。

〔65〕 参见杨永清:“批准生效合同若干问题探讨”,《中国法学》2013年第6期。

〔66〕 参见贺剑:“合同解除异议制度研究”,《中外法学》2013年第3期。

〔67〕 参见崔建远:“解除效果折衷说之评论”,《法学研究》2012年第2期。

〔68〕 参见刘承睦:“违约可得利益损失的确定规则”,《法学研究》2013年第2期。

制性解释,根据第三人原因造成违约的不同性质,进行类型化的处理。^[69] 谢亘则基于其对相关条文的历史背景以及存在的缺陷的分析,主张直接废止《合同法》第121条。^[70]

在合同法与侵权法的交叉地带,张家勇的“合同保护义务的体系定位”一文,讨论了保护义务的体系定位问题,他认可这一义务类型的双重属性,为了避免因为归类上的偶然性导致不同的处理结果,需要尽量使得依据合同法处理的效果与依据侵权法处理的效果协调一致。^[71] 在我国大体上承认责任竞合的模式之下,如何确保同一法律事实依据不同的请求权基础所获得的结果,大体上能够协调一致,是一个值得重视的问题。

六、侵权责任法研究的发展

得益于晚近颁布的“侵权责任法”,侵权责任领域仍然是2012、2013年研究的热点领域。从侵权责任的制度构架到具体的侵权责任类型,发表了大量的论文,有力地推动了学说与实践的发展。但从研究范式而言,基本上仍然围绕新法的理解与适用而展开。

困扰理论与实务的关于我国侵权责任法基本框架的问题,仍然是学者关注的焦点。这种关心表现为对区分模式的进一步阐述之中。方新军的“权益区分保护的合理性证明”一文讨论了权益区分保护模式作为我国《侵权责任法》第6条第1款的解释论前提。^[72] 类似的讨论也可见于阳庚德的“侵权法对权利和利益区分保护论”一文。但他立论的基点是区分故意侵权与过失侵权,故意侵权采取法国式的概括规定比较合适,而过失侵权采取德国的列举模式。^[73] 曹险峰的“我国侵权责任法的侵权构成模式”一文围绕“民事权益”的体系功能试图建构一个融合法国模式与德国模式的理论框架。^[74] 作为区分保护模式的支持性概念,纯粹经济损失问题也被单独予以论证。姜战军的“论纯粹经济损失的概念”一文,不仅分析了这一概念与德国侵权法体系结构的联系,而且论述了其法律政策上的意义主要在于将受害人与他人的利益的联系切断,避免无限扩大可赔偿的损失的范围。^[75] 至于说在德国式的区分保护模式确立之后,除了过错侵害他人绝对权导致损失之外,其他两种类型(违反保护他人的法律与故意背俗侵权)也有学者进行了相对细致的研究。^[76]

总的来说,伴随着理论研究的深入,权利与利益的区分保护模式逐渐占据主导地位。如果学

[69] 参见周江洪:“《合同法》第121条的理解与适用”,《清华法学》2012年第5期。

[70] 参见解亘:“论《合同法》第121条的存废”,《清华法学》2012年第5期。

[71] 参见张家勇:“合同法保护义务的体系定位”,《环球法律评论》2012年第6期。

[72] 参见方新军:“权益区分保护的合理性证明:《侵权责任法》第6条第一款的解释论前提”,《清华法学》2013年第1期。

[73] 参见阳庚德:“侵权法对权利和利益区分保护论”,《政法论坛》2013年第1期。

[74] 参见曹险峰:“我国侵权责任法的侵权构成模式:以‘民事权益’的定位与功能分析为中心”,《法学研究》2013年第6期。

[75] 参见姜战军:“论纯粹经济损失的概念”,《法律科学》2012年第5期。

[76] 参见朱虎:“规制性规范与侵权法保护客体的界定”,《清华法学》2013年第1期。于飞:“违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护”,《法学研究》2012年第4期。

界能够以此为基础形成通说,并且贯彻到教科书以及其他学理论述之中去,那么我国侵权责任的基本构架问题就基本上得到解决。如果仍然在这一问题上纠结下去,那么就很难展开进一步的解释论体系构造。不能忽视的是,尊重大体上的通说,也是一种学术上值得赞赏的德性。

关于侵权责任的一般构成要件问题也有不少论述。王利明的“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”一文讨论了一个存在较大争议的问题,他从多个角度论证、否认了违法性要件的存在。^[77]而关于这一问题的讨论,主要的考虑是这一要件能够在制度构造中发挥什么样的作用。支持者们之所以强调这一要件的价值,主要是因为它可以用来实现权益区分的保护模式。关于过错问题的研究,刘文杰在“论侵权法上过失认定中的‘可预见性’”一文对过失概念构成中的“可预见”的标准问题进行了深入讨论,尤其研究了个人与组织体在相关标准掌握上的区分。^[78]李中原在“论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径”一文中关注了相当性(因果关系领域)与可预见性(过错领域)可能存在的互涉现象,提出以过错的可预见来替代因果关系的相当性。^[79]作为过错的认定的前提的过错能力问题,也就是所谓的侵权能力或者说是责任能力的问题,在学者中也存在较大争议。杨代雄讨论了这一问题,明确将其界定为当事人对其过错行为承担民事责任的法律前提。^[80]

在具体的侵权责任制度方面,学者们着重研究的热点问题包括监护人责任问题。金可可等人对这一问题从多个角度进行了研究,而且在研究方法上有所创新,运用了案例统计分析的方法,以揭示司法实务的现状。^[81]就研究方法而论,《华东政法大学学报》连续两年尝试采取案例比较法研究方法,针对典型案件,发表深入的比较法研究报告,推动对某一个专题的研究。^[82]

在雇主责任方面,班天可的“雇主责任的归责原则与劳动者解放”一文比较深入地批判了主流的替代责任论,并且对雇主向雇员的求偿问题进行了讨论,指出了限制求偿权的理由。^[83]考虑到雇主责任问题上我国的司法解释与《侵权责任法》之间的模糊关系,班天可的这一研究对理论和实务上寻求妥当解决办法具有参考价值。

关于环境侵权,宋亚辉的“环境管制标准在侵权法上的效力解释”一文,对于环境侵权上的合规性抗辩问题进行了深入研究,试图打通民法与行政法,具有参考价值。考虑到我国环境污染事件高发,如何在环境治理的民法机制与行政法机制之间建立妥当的联系,这一文章具有启发意义。^[84]

[77] 参见王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,《中外法学》2012年第1期。

[78] 参见刘文杰:“论侵权法上过失认定中的‘可预见性’”,《环球法律评论》2013年第3期。

[79] 参见李中原:“论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径”,《法律科学》2013年第6期。

[80] 参见杨代雄:“重思民事责任能力与民事行为能力的关系:兼评我国《侵权责任法》第32条”,《法学论坛》2012年第2期。

[81] 参见金可可、胡坚明:“不完全行为能力人侵权责任构成之检讨”,《法学研究》2012年第5期。

[82] 参见《华东政法大学学报》2012年第3期关于震惊损害的比较法性质的国别研究报告,以及2013年第3期关于第三人干扰婚姻关系的民事责任的国别报告。这种围绕特定案例展开案例比较法研究的方法,是一种非常有益的尝试,值得关注和推广。

[83] 参见班天可:“雇主责任的归责原则与劳动者解放”,《法学研究》2012年第3期。

[84] 参见宋亚辉:“环境管制标准在侵权法上的效力解释”,《法学研究》2013年第3期。

关于网络侵权问题,刘文杰的“网络服务提供者的安全保障义务”一文,试图将物理意义上的场所管理者的安全保障义务推广到网络平台运行者,这是一种富有启发性的思路,对于讨论和界定网络服务提供者对于平台上发生的侵权责任的性质具有启发意义。^[85]

从侵权法未来制度发展的角度进行的研究,比较重要的论述有张新宝等人撰写的“大规模侵权损害赔偿基金:基本原理与制度建构”。这一论文分析了大规模侵权所产生的社会后果的特殊性,因此建议超越民法的机制,采取特殊的具有社会法特征的基金赔偿机制。^[86]

总体而言,侵权责任法的研究在2012、2013年中获得了长足发展。考虑到侵权法领域更多地体现出法官造法的色彩,许多一般性的范畴,例如过错、因果关系、损害赔偿数额确定中的参考依据等,都有赖于法官在司法实践中的摸索。所以未来更多地借助于实证案例的研究,通过类案、统计分析来揭示制度运行的状况和存在的问题,应该是必然的趋势。

七、结语:反思与展望

无论从哪个角度来看,都应该对民法学研究的发展抱持一种乐观的态度。或许是一种幸运,正是由于与公法领域一些敏感话题的较为清晰的切割,所以民法学研究者基本上能够自由地、不受外来干扰地展开其研究。相应的,民法学研究中也没有出现一些看上去凛然大义、带着绝对真理的面具、但本质上却是缺乏论证的意识形态说教的所谓科研成果。在当下的环境中,能够有此研究的心态与氛围,诚属不易,需要好好珍惜。当然,民法学研究也并非篇篇珠玑,白璧无瑕。论题重复,对已有的研究成果视而不见,甚至出现了在著作中大方援用但在论文中刻意不引用别人的成果者。明眼人知道这都是以引证度量影响力惹的祸。好在在大数据面前,个人的偏离行为其实影响不大。

中国民法学研究在未来如果能够注意到以下几个方面,将获得更好的发展,涌现出更多的高质量真正意义上的学术作品。

(一)更加多元化的学术方法

虽然解释论研究(或者叫做教义学方法)是民法学研究的主流,但如果能够补充性地采用统计分析、实证调查、经济分析等其他方法,将使得民法学研究更加丰满。有人批评教义学方法其实是自我循环、根基浅薄,话虽然不好听,但其实是有一定道理的。法教义学的支持者在与别人论战时主张自己采纳的是一种非常具有包容性的教义学方法体系,但在实际操作层面上,又有多少人真正做到了这种自己宣称的包容性呢?有些民法学者,学术成果数量庞大,无非是仗着自己的名气,针对某个问题,搭积木式的摆弄一些别人早就提出来的甲乙丙丁若干学说,然后谈谈“我认为如何如何”,论文就写出来了。这种所谓成果,充其量只是增加一种说

[85] 参见刘文杰:“网络服务提供者的安全保障义务”,《中外法学》2012年第2期。网络服务提供者的侵权责任问题也是研究者关注的热点问题。相关的论文还有蔡唱:“网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构”,《法商研究》2013年第2期;徐伟:“网络服务提供者连带责任之质疑”,《法学》2012年第5期。

[86] 张新宝、岳业鹏:“大规模侵权损害赔偿基金:基本原理与制度建构”,《法律科学》2012年第1期。

法而已,有多少实质性的知识增量呢?

(二)更多的面向实际的问题意识

虽然不能说民法学研究中存在很多的伪命题,但民法学研究如何回应一些实际生活中提出来的真问题,的确值得关注。在通讯传播手段日益先进的今天,获取实际生活中提出来的法律上的疑难问题已经不再困难。最高法院在逐步推动司法裁判文书的公开,这对于民法学界把握实务中真实问题有很大帮助。大数据时代已经扑面而来,民法学界必须对此有所准备,有所应对,这既是机遇也是挑战。民法学研究将逐渐进入到“计算法学”的时代,这或许不是一种夸张。

(三)更强的语境意识与体系意识

没有人否认中国民法学知识体系整体建立在移植与借鉴的基础之上。就此而言,比较法的方法现在以及将来仍然会是中国民法学知识增量的一个重要来源。但中国大陆民法学界不能也不应该把思考的重任如同我国台湾地区那样,“外包”给欧美法学界(尤其是德国法学界)。现在的问题是,由于法教义学发展程度上的巨大落差,中国民法学界在某种程度上处于因为这种落差带来的“饱胀”之中。一些精通外文的民法学者撰写的关于中国民法制度的研究作品,在不少情况下成为展示别国法解释学成果的橱窗。国外的某个法教义学研究成果碎片,仅仅因为足够在中国学者面前显示出令人叹为观止的精微细致,就被脱离其时代和体系语境地嫁接到中国民法制度研究中,导致不折不扣的食洋不化。无论如何,中国民法学的研究必须面向中国社会,针对中国实践。如果民法学研究成果完全不接地气,让人感觉不到丝毫的中国气息,举的例子都是在特里尔、慕尼黑发生的例子,论文作者似乎叫做赵迪库斯,那么这种学院派的民法学研究必然会失去其影响力。我们也不能责怪我们的律师、法官不爱读《中国法学》而是爱读《人民司法》了。

(四)民法学研究需要更多一点宽容和务实的精神

民法学研究的进一步发展和实现高效率的积累,需要学者有协力形成通说的意识,而这就意味着在经过论辩之后,敢于承认自己先前观点的欠缺,有雅量改变自己的观点,去赞同别人(哪怕这个人曾经是自己的学生)的观点,而不是一味地扛着。由于学者研究志趣、知识结构的差别,在很多问题上会有不同的看法,这很正常,但民法学研究要产生影响力,要能够促使法律人共同体形成关于民法大致一致的知识体系(对于法治的良好运作来说,这是一个值得追求的价值),就必须要以通说的方式来展示其说服力。民法学界在关于物权行为,关于《合同法》第51条,关于侵权法的构造上,大量浪费的精力和笔墨就是一个例子。甚至在法官都已经被说服的情况下,仍然有学者固守自己显然不能成立的说法。这样的例子太多太多。如果民法学者能够多一点胸怀,多一点务实(这种务实不是犬儒主义式的,对何谓对错无所谓的态度),更多地从实际的功能效果,而不是从抽象概念的角度去考虑问题,那么民法学研究中通说的形成会顺利很多,也会有更有效的民法研究的学术分工和更加可观的学理积累。

展望未来,中国民法学且行且珍惜。

(责任编辑:薛 军)