

# 中国民法学科发展评价(2010—2011)

## 基于期刊论文的分析

本刊编辑部

### 一、前言

民法学研究的发展离不开对既往工作的回顾。通过回顾,可以大致勾勒出我们先前走过的道路、已经取得的成就、仍然存在的问题。大概在十多年前,曾经有法学期刊在每年第一期集中发表法学各学科的研究综述,评点上一年度相关学科发展基本情况。可惜这一做法没有能够得到延续。最近十多年来,中国民法学界几乎没有相对系统的发展评述。<sup>〔1〕</sup>从宏观上把握中国民法学发展情况的唯一有意义的尝试,就是“中国法学创新网”给出的“法学论文发表数量统计报告”。这种量化统计,有积极意义(它直观地表明了单个学者年度论文发表数量,以及特定的法学院某一年度总体上的论文发表情况),但能够揭示的信息毕竟有限。从这一统计中,我们无从得知,中国民法学究竟取得了什么具体进展。我们无从判断,那些论文发表数字所代表的究竟是实实在在的学术发展,还是低水平的重复,抑或只是纯粹的泡沫。要尝试获得此类更具价值的信息,就必须展开实质性的学术评价。

但任何严肃的学者都清楚,要开展实质性的学术评价非常困难。学术的发展在本质上类似于在一个开放的、非中心化的“言论市场”上所展开的自由竞争、优胜劣汰的过程。某一学术观点是否具有价值,最终取决于它在“言论市场”上得到接受的程度。从这个角度看,任何个人都不可能代替言论市场本身来作出评价;任何由个别人所进行的学术评价,都会具有难以避免的片面性,甚至会作出在事后看来完全错误的评价。但即使存在此类局限,实质性学术评价仍

〔1〕 需要强调的是,在2008年前后,围绕改革开放三十年来法学的发展,民法学界发表了一些具有学科发展回顾和评述性质的文章。此类论文,因为涉及的时间跨度很大,并且侧重于从宏观层面勾勒中国民事立法与理论在最近三十年来的发展与变迁,因此往往难以深入评论具体论文本身。

然有必要。因为即使是片面的评价,也会激发相关学者学术上的敏感性,引导学者们更多地关注自己的学术观点在“言论市场”上获得的反应,而不仅仅关注发表本身。学术评论还可能激励真正意义上的学术论争,而只有在不同观点的辩驳中,理论才可能得到发展。从这个意义上看,学术评价的具体内容是什么并不重要,重要的是它所发挥的“鲶鱼效应”本身。

正是基于这些考虑,我们试图倡导(其实在某种意义上是重新推动)进行实质性学术评价活动。同样,基于上述理由,我们要对可能的批评意见预先给出如下回应:首先,我们只关注学术期刊上发表的论文,这并不意味着在学术著作上发表的观点不重要。之所以把考察的对象限于期刊论文,只是出于可操作性的考虑。在短时间内,把2010—2011年中出版的各种类型的民法著述都仔细梳理,这是一项不可能完成的任务。其次,即使在期刊论文中,也并非所有的期刊、所有的论文都得到了关注,遗漏是不可避免的。这种遗漏在很大程度上是因为本文篇幅的限制。要撰写一篇完全覆盖这两年中中国大陆所发表的所有民法论文的详尽评述,即使每篇论文给100字的篇幅,也要接近20万字才勉强够用,而如果真的这样写了,那就不可能是一篇评述了。当然,对具有重要学术价值的论文的忽视,是不能以这样的借口来辩护的,这在根本上来自于评述者学术判断力上的欠缺。好在前文已经说明,学术共同体本身是一个开放的“观念市场”,真正的学术精品不会因为本文的忽略而受损,“是金子,总会发光的”。最后,学术评价难免具有主观性。在学术观点、流派、方法日益多元化的今天,一个人眼里的“宝”,完全可能是另外一个人眼里的“草”。由于不存在一个客观的评价标准,所以在这一评述中,无论被当作“宝”还是被当作“草”,都只具有相对的意义。记住这一点,也许就更加能够宽容本文撰写者所带有的不可避免的“前见”。但无论如何,即使存在这样或那样的问题,要想超越目前“数篇数”的简单且原始的学术评价机制,文本所进行的尝试就是值得的。

本文安排了如下基本结构:前言之后的第二部分,以民法基础理论、民法总论、人格权法、物权法、债法总论、合同法、侵权责任法为基本单元,<sup>〔2〕</sup>对相关领域的民法论文进行基本的分类,采取夹叙夹议的方法来展开评述。这一部分试图总结、评判民法学在2010—2011年中所获得的具体推进,以及某一具体的民法论文所可能具有的学术贡献。这一部分是文章的主体部分。第三部分主要为学术批评。针对民法理论研究中存在的问题,进行归纳并加以检讨。第四部分是结语。还需要说明的是,为了节约篇幅,本文提到相关作者的时候,一律只提及姓名,不附加职位、职称和学历之类的敬称。对本文提到的所有作者的敬意,在此一并表达。

## 二、中国民法学的发展:2010—2011

### (一)民法基础理论研究的发展

虽然算不上学术研究的“热点”,但民法学界在基础理论的研究方面,正在经历着重

〔2〕 因为篇幅的限制,本评述不涉及婚姻家庭法领域,但这并不表明这一领域的研究没有获得重要的进展。

要的发展。这一发展正在进行之中,现在还不能清晰地识别出它的全部轮廓,也许若干年以后,当我们“再回首”之时,会发现一个新的民法理论范式,恰恰就是在这几年中逐渐形成的。王利明的《民法的人文关怀》一文,<sup>〔3〕</sup>从某种意义上来说,代表了主流民法学界关于中国民法的基本价值和理论建构目标的一个系统阐述。虽然民法学界一直有人认为,强调民法的人文关怀,是一个虽然正确其实也比较空洞的论题,但王利明在该论文中,详细地展开了这一论题所具有的多方面的意义,它的批判性的内涵,建构性的价值。更加重要的是,这一论文实际上立足于中国民法基本理论范式的转型,试图回应经历了三十多年急速的社会经济发展之后,中国民法理论如何去面对新的社会现实,而不是把民法理论的思考继续局限在诸如“主体平等”、“私人自治”、“与市场经济相适应之类”的命题中,这样的理论拓展值得重视。但这一论文所勾画的仍然是一个大致构架,它的很多的具体内容,仍然有待于更加精细的理论阐述工作。<sup>〔4〕</sup>

如果说王利明从宏观上分析了民法理论转型和发展的基本取向,那么徐国栋的《论民事屈从关系》一文,<sup>〔5〕</sup>则从一个具体的角度,试图破解作为传统民法理论建构之基础的平等预设。该文揭示了私法领域中存在的大量不平等现象,以及民法理论和制度层面如何构造出相应的学说和制度来说明和规范这种不均衡的私法关系。民法制度由此凸显出的保护性功能,并不与民法的性质天然相排斥。民法学界有人一谈到消费者保护、劳动者保护之类的问题,马上主张“民法功能有限论”,认为这应该属于其他部门法的领域。殊不知,现代社会中任何问题的处理,都要由各部门法以自己的方式介入,各部门法之间绝非楚河汉界,而是密切联系。各部门法处理相关问题的有效性,在很大程度上取决于一个国家特定的政治经济和社会条件,因此对某一问题的法律规制,并没有一个一成不变的模式。徐国栋这一论文所追求的理论拓展,如果得到充分关注,对于民法学者会具有一定的思想解放效应。

关于民法典的研究,至少在大陆法系国家,也是民法基础理论研究的重要主题。但颇有些吊诡的是,虽然中国大陆目前正处于伟大的法典编纂时代,但民法学者对民法典理论却没有投入足够关注。<sup>〔6〕</sup>朱庆育的《法典理性与民法总则》一文是一个例外。<sup>〔7〕</sup>这一论文之所以值得关注,是因为作者讨论了一个被绝大多数学者忽略(更准确地说,是没有想到)的问题:在中国民法典的编纂中,《德国民法典》所开创的以法律行为制度为核心的“大总则”体系是否值得

〔3〕 王利明:“民法的人文关怀”,《中国社会科学》2011年第4期。

〔4〕 关于社会变迁与民法理论的发展之间的关系,朱岩的研究值得关注。参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期。朱岩所运用的民法双重体系的分析框架,对于理解民法内在价值观念的变化与承载此种变迁的外在民法制度框架之间的复杂互动关系,具有启发意义。

〔5〕 徐国栋:“论民事屈从关系”,《中国法学》2011年第5期。

〔6〕 关于民法典编纂技术的研究,魏磊杰的研究值得关注。参见魏磊杰:“民法典编纂的技术问题”,《华东政法大学学报》2011年第2期。

〔7〕 朱庆育:“法典理性与民法总则”,《中外法学》2010年第4期。

仿效? 进而言之,作为立法概念的法律行为,<sup>[8]</sup>是否值得保留? 即使只是把这个问题提出来,就已经是一个重要的贡献,因为从《民法通则》以来,无论在民法理论体系还是在民法教学体系中,“大总则”深入人心。朱庆育的分析在很多方面实质上推进了我们对于“民法总则”本身的认识,他提出的纯化“总则”内容,从中剔除有名无实的部分,但维持作为立法概念的法律行为的观点,不一定会得到许多学者的赞同,但无疑将触动学界“认真对待民法总则”。无论如何,这是中国民法典编纂中无法回避的重大理论课题。

关于权利的研究,存在不同的进路。作为民法的“关键词”,权利理论也是民法基础理论研究的重要组成部分。方新军最近几年来围绕权利理论展开研究,发表了多篇论文,其中,《权利客体的概念及层次》一文是关于权利理论研究的又一力作。<sup>[9]</sup> 这一论文着重论述了权利客体的层次性,根据他提出来的分析框架,在传统民法理论上被平行并置的权利体系,其实并不一定处于一个层次之上,因此在分析它们之间的关系(比如所有权与债权)的时候,有必要引入层次的视角。方新军的这一论述,拓展了关于权利的理论分析视角。

民法与法律体制中其他法律部门之间的区别与联系,对于理解民法本身的性质具有重要意义。关于民法与宪法之间的关系,虽然距离物权法草案是否违宪的讨论已经过去了几年,民法学界仍然对这一问题给予了关注,在切入问题的方法和研究思路上有了进一步发展。<sup>[10]</sup> 需要强调的是,民法学界认识到宪法是包括民法在内的所有法律部门的基础,因此民法能够也应该接受来自宪法中所确立的价值秩序的“辐射”。但在中国目前的语境之下,最重要的还是宪法本身能够运作起来。日前正在市面上流行的所谓政治宪法学理论,除了给无奈的现实涂抹一些鲜艳的理论油彩之外,恐怕对包括民法在内的部门法不会有什么价值。

关于民法的渊源,在现实的语境之下,因为有中国特色的司法解释现象的存在,变得高度复杂。虽然说最近几年来法学界对司法解释给予了越来越多的关注,但相比之下,民法学界对这一问题着手不多。由张新宝与王伟国撰写的《最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探析》,<sup>[11]</sup>也因此具有了一种特殊的意义。这是一篇集中针对民商事司法解释中的一个一般性问题(溯及力问题)展开的研究。无论从研究的切入点,还是从研究的细致程度看,这篇论文都有很多可取之处。虽然说该论文研究的结论,并不出乎很多人的意料:“最高人民法院的做法很混乱”,但出现这样的研究论文是一个很好的开端。民法学界必须要花力气来研究司法解释

[8] 在罗马法系的大多数国家,法律行为是一个理论概念,学者们运用它来分析各种具体制度之中的意思表示,但在立法层面上,不追随德国式的针对各种意思表示进行“提取公因式”并在总则中规定法律行为的作法。

[9] 方新军:“权利客体的概念及层次”,《法学研究》2010年第2期。

[10] 例如,薛军:“民法—宪法关系的演变与民法的转型”,《中国法学》2010年第2期;梁成意:“宪法与民法之关系:误解与正解”,《法学评论》2011年第1期;张红:“方法与目标:基本权利民法适用的两种考虑”,《现代法学》2010年第2期;陈道英:“从德国法上的一般人格权看宪法权利与民事权利的协调”,《法学评论》2011年第5期。

[11] 张新宝、王伟国:“最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨”,《法律科学》2010年第6期。

与民事立法之间的关系问题了!最近几年来,立法机关的民事立法活动与最高人民法院的司法解释活动,按照各自的节奏展开,二者形成奇特的“交叉舞步”,导致极端复杂的规范叠加现象。没有人清楚究竟在什么问题上,《侵权责任法》废除了最高人民法院先前在侵权法领域颁布的司法解释中的哪些具体规定。也没有人清楚,那些《侵权责任法》对其保持沉默,而先前的司法解释已经明确涉及的问题,究竟应该理解为保留了先前的规定,还是废止了先前的规定。关于民商事司法解释的研究亟须加强。

总的来说,民法基础理论研究,在2010—2011年,虽然不那么火热,但仍然有明显的发展与进步。

## (二)民法总论研究的发展

按照民法学界通常的体系,民法总论主要包括民事主体制度、法律行为制度(包括代理)以及诉讼时效制度。有学者把人格权制度包含在民事主体制度中自然人的人格保护的框架之下,但在本评述中,将人格权法作为一个单独的部分加以分析。

在民事主体部分,朱广新的《我国民法拟制成年制度的反思与重构》一文将《民法通则》第11条第2款的研究推进到了一个新的层次。<sup>[12]</sup>这一条文先前几乎没有引发民法学界的关注,但不关注并不代表不存在问题。朱广新的研究表明,在新的社会背景之下,特别是在新的未成年人保护的立法政策之下,这一制度存在的合理性大有疑问,妥当的方法是以成年宣告来取代它。从欧陆民法传统看,基于特定事由的成年宣告,一直是自然人行为能力制度的重要内容。朱广新的研究,其实是让中国民法上的行为能力制度,回归于大陆法系的传统。如果这一建议被采纳,虽然可能少了一个“具有中国特色”的民法制度,但如果这个制度本身不那么合理,那也是好事一桩。

在自然人行为能力制度上,大陆法系传统上有禁治产制度,虽然中国民法理论上没有引入这一制度,但理论界存在不少采纳这一制度的呼声。陈帮锋的《论浪费人》一文<sup>[13]</sup>细致地梳理了“浪费人”概念在大陆法系历史中的变迁,指出其发展趋势是从保存财产到尊重意思自治,在范围上是从笼统规定到限定严格类型(吸毒、赌博、酗酒)。这一研究为未来民法总则的立法提供了较好的参考依据。李霞的《意定监护制度论纲》<sup>[14]</sup>讨论了成年(其实是高龄)监护制度,主张允许将要步入高龄的人通过委托监护协议,预先规划好自己未来的监护人。这一制度设计对于日益进入老龄化的中国社会,具有参考意义。

法律行为制度是民法总论的核心内容,也是潘得克吞民法体系的“脊柱”,理应受到高度关注,但中国民法学界关于法律行为的研究一直薄弱,<sup>[15]</sup>相关的研究论文最近几年在逐渐积累

[12] 朱广新:“我国民法拟制成年制度的反思与重构”,《法商研究》2011年第1期。

[13] 陈帮锋:“论浪费人”,《现代法学》2011年第6期。

[14] 李霞:“意定监护制度论纲”,《法学》2011年第4期。

[15] 值得注意的是,常鹏翱对事实行为的研究具有原创性价值。参见常鹏翱:“事实行为的基础规范”,《法学研究》2010年第1期。

之中。班天可的《论民法上的法律错误》<sup>[16]</sup>是对作为意思表示瑕疵之一种的错误的深入研究,实质性地推进了学理上对这一问题的认识。这一论文将扭转不少民法学者基于“正式公布的法律,每个人都应当知道”的推定、想当然地认为法律错误不具有意义的观点。总的来说,《民法通则》所设计的意思表示瑕疵制度,存在许多需要进一步研究的问题,这也是未来民法总则修订中的重点工程。最近以来,意思表示瑕疵的具体制度得到学者重视,相应的研究有助于引发学界对这一领域的关注。<sup>[17]</sup>

法律行为因违法而无效,这是最近几年来学界关注的热点。在最高人民法院通过了合同法司法解释(二),引入了管理性的强制性规定与效力性的强制性规定之后,如何界定某一强制性法律规范是管理性的还是效力性的,各种理论学说层出不穷。刘凯湘与夏小雄撰写的《论违反强制性规范的合同效力——历史考察与原因分析》<sup>[18]</sup>从历史的角度分析了这一问题本身的“问题化”的过程。这一分析有助于把关于合同(广义上说是法律行为)因违法而无效的判断问题,放到现代民法在新的社会情势之下如何做到合理地整合、吸纳其他规范体系的思考框架之中。问题显然不是判断强制性规范的性质那么简单。<sup>[19]</sup>

关于代理制度,叶金强的两篇论文颇具方法论上的启发意义。在《论代理权授予行为的有因构造》一文中,<sup>[20]</sup>他分析了代理权授予行为无因性理论存在的弊端,认为这一构造与表见代理制度存在功能上的重叠,因此主张废弃授权行为无因性理论,而通过有因构造加上表见代理制度来实现前者所承担的功能。这一分析对构造极端复杂的德国式的代理制度体系说“不”,而这个“不”,相当有说服力。在另外一篇关于表见代理制度的论文中,<sup>[21]</sup>叶金强讨论了表见代理构成要件中是否包含本人可归责性要件。与前一篇文章的思路类似,他采取功能主义的视角,主张构成要件本质上是一种功能性的控制要件。单一要件说与双重要件说哪个更加合理的问题,在本质上是如何设置控制性要件体系更具目的性的问题。就此而言,以单一的“相对人存在合理信赖”作为控制要件的安排,在功能实现上有些吃力。应该说,这种功能主义的分析方法,对很多民法问题的研究具有帮助。<sup>[22]</sup>

[16] 班天可:“论民法上的法律错误”,《中外法学》2011年第5期。

[17] 参见曾大鹏:“论显失公平的构成要件与体系定位”,《法学》2011年第3期;薛军:“第三人欺诈与第三人胁迫”,《法学研究》2011年第1期;鲁春雅:“论法律行为补正制度的建构”,《清华法学》2011年第4期。

[18] 刘凯湘、夏小雄:“论违反强制性规范合同效力——历史考察与原因分析”,《中国法学》2011年第1期。

[19] 表达了类似观点的一篇出色的论文,参见黄忠:“违法合同的效力判断路径之辨识”,《法学家》2010年第5期。

[20] 叶金强:“论代理权授予行为的有因构造”,《政法论坛》2010年第1期。

[21] 叶金强:“表见代理构成中的本人可归责性要件”,《法律科学》2010年第5期。

[22] 对这一问题的解决也存在其他可能的思路。例如有学者主张从民商区分的角度采取区分式的表见代理构成要件设置模式。参见王建文、李磊:“表见代理判断标准重构:民商区分模式及其制度构造”,《法学评论》2011年第5期。

尹飞的《论隐名代理的构成与效力》一文〔23〕对《合同法》第402条所规定的隐名代理进行了一个细致的解释论研究,值得关注。杨代雄的《使用他人名义实施法律行为的效果》〔24〕对实务上比较常见的情形进行了类型化分析,讨论问题细致,提出的解决方案明确。值得注意的是,在论述的最后,他针对借名行为拟定了一个建议条文,这一建议值得参考。

关于时效制度,孙鹏的《去除时效制度的反道德性》一文〔25〕是不多见的针对时效制度的基本理论展开研究的文章。论文试图挑战目前流行的证成时效制度正当性的各种论据,主张时效制度的正当性来自于立法者对权利是否存在的状态的一种推定,这一论点值得关注。朱晓喆的《诉讼时效完成后债权效力的体系建构》〔26〕系统地研究了罹于时效之后的债权所可能具有的效力类型,其分析尤其集中于《诉讼时效司法解释》第22条中提到的“同意履行”与“自愿履行”的法律性质以及所涉及的解释论层面上的问题。〔27〕

总的来说,这两年中,至少就期刊论文而言,民法学界对民法总论相关制度的研究取得了一定进展,在具体的问题上形成了有效的学术积累,甚至可以说有了实质性的推进。但从民法总论在整个民法理论体系中的重要地位而言,目前的研究状况还很难说令人满意,尤其是考虑到在不久的将来,中国民法典的编纂必然要对《民法通则》所确立的民法总论体制进行全面重构;因此,加强对民法总论各项制度的研究,尤其是意思表示制度的研究,可以说是当下民法学界的一项相当迫切的任务。

### (三)人格权法研究的发展

大概从十多年前开始,民法学界关于人格权法的研究一直被笼罩在一个挥之不去的宏观问题的阴影之下。这个问题就是:是否有必要制定单独的人格权法,或者在未来中国民法典中是否要设置单独的人格权编。这一问题到现在仍然被热烈讨论,但讨论的方式有所变化,变得更加具有针对性。姚辉的《论人格权法与侵权责任法的关系》〔28〕比较具体地针对一个问题,即《侵权责任法》制定之后,是否还有必要制定单独的人格权法?他的分析比较细致,这样的讨论因此更加具有建设性,不再漂浮于“云端”之上。

人格权法研究另外一个具有普遍意义的课题是构造出一系列具体的人格权类型,还是构造出一个内涵不清晰,外延不确定但潜在地无所不包的概括的人格权?对这一问题,易军的

〔23〕 尹飞:“论隐名代理的构成与效力”,《法律科学》2011年第3期。除了这一论文之外,尹飞的另外一篇以公开原则梳理代理概念体系的论文也具有参考价值。参见尹飞:“代理:体系整合与概念梳理——以公开原则为中心”,《法学家》2011年第2期。

〔24〕 杨代雄:“使用他人名义实施法律行为的效果”,《中国法学》2010年第4期。

〔25〕 孙鹏:“去除时效制度的反道德性——时效制度存在理论论”,《现代法学》2010年第4期。

〔26〕 朱晓喆:“诉讼时效完成后债权效力的体系建构”,《中国法学》2010年第6期。

〔27〕 关于保证债务的诉讼时效问题,最近以来受到高度关注,相关的研究可参见张鹏:“我国保证债务诉讼时效问题研究”,《中外法学》2011年第3期。

〔28〕 姚辉:“论人格权法与侵权责任法的关系”,《华东政法大学学报》2011年第1期。

《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》<sup>[29]</sup>进行了深入讨论,提出了有说服力的论点。总的来说,不厘清“一般人格权”这个德国理论上的舶来品真正的内涵,民法学界将很难理解易军所讨论的问题的意义。但很可惜的是,时至今日,民法学界对此仍然充满了想当然的理论演绎。

就具体人格权的研究而言,相应的论文数量比较少。刘文杰的论文《民法上的姓名权》<sup>[30]</sup>对姓名权的研究有重要的推进。作者批评了那种简单地套用所有权模式来界定姓名权内涵的传统理论,提出姓名权本质上是一种维持身份一致性的利益,并且就其目的而言,只是用来防止发生本人所不欲的正面的及中性的错误印象。这些论述与传统理论关于姓名权内涵的界定存在明显区别,有助于引发学界关于姓名权更加深入的讨论。

关于死者人格利益的保护,张红的《死者生前人格上财产利益的保护》一文<sup>[31]</sup>研究了一个被学界忽视,但具有重要实务价值的问题,也就是与死者生前人格相联系、但在死后仍然具有财产价值的人格要素(例如死者的肖像)如何保护的问题。作者主张相关利益应该由死者的继承人取得,但在权利行使上应该受到一定限制,不得违背死者明示或可推知的意思。论文还讨论了相应的保护期限以及相关利益被侵犯时的赔偿标准。这些讨论具有相当的启发性,对司法实务也有指导价值。

如果说在未来的中国民法典中设置专门的人格权编是一个值得追求的目标的话,目前学界所达到的这种学术积累还远远不够。

#### (四) 物权法研究的发展

物权法领域发表的论文数量比较多,因此在评述的这一部分,出于篇幅的考虑,不得不更加简略,有选择性地针对具有代表性意义的论文进行简略评述。

孙宪忠的《“政府投资”企业的物权分析》一文<sup>[32]</sup>是对一个久远的理论问题的回应。也许现在的年轻学者已经很难想象,民法学界曾经浪费了多少时间和精力去纠缠所谓的企业财产权性质问题。本文警示学界从事学术研究者,如果能够具有基本的逻辑思维、保持实事求是的科学态度,可以少走很多弯路。

马俊驹的《国家所有权的基本理论和立法结构探析》一文<sup>[33]</sup>较为深入地讨论了国家所有权的基本理论,这恰恰是中国物权法理论建构上相当薄弱的环节。该论文分析了公物、公用

[29] 易军:“论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成”,《法学》2011年第8期。关于具体人格权体系构造的模式,可参考沈建峰:“具体人格权立法模式及其选择”,《比较法研究》2011年第5期。

[30] 刘文杰:“民法上的姓名权”,《法学研究》2010年第6期。关于名誉权与表达自由问题的研究,参见熊静波:“利益衡量抑或要件思考——名誉权与表达自由冲突的解决之道”,《华东政法大学学报》2011年第6期。

[31] 张红:“死者生前人格上财产利益之保护”,《法学研究》2011年第2期。在另外一篇论文中,张红讨论了与之相关联的关于死者人格上的精神利益的保护问题。参见张红:“死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法”,《法商研究》2010年第4期。

[32] 孙宪忠:“‘政府投资’企业的物权分析”,《中国法学》2011年第3期。

[33] 马俊驹:“国家所有权的基本理论和立法结构探讨”,《中国法学》2011年第4期。

物、公有物等范畴,指出在国有物的范畴中也包括了国有私物、国有自然公物等。这些分析框架借鉴了欧洲国家的公法上的所有权理论,值得关注。中国物权法理论中的国家所有权,是否包括了不采用民法上的所有权模式来规范的公法物?中国法上的国有财产是否既包含了国有私物,也包含了公法意义上的公用物?该论文提出的分析视角,有助于学界展开进一步的讨论。不把这些基本概念界定清楚,国家所有权永远是一个斯芬克司之谜。

农村承包经营权流转、农村土地集体所有权、房屋拆迁补偿等,从某种意义上来说是有中国特色的物权法问题,学者们继续对其保持关注,相关理论研究也有推进。<sup>[34]</sup> 值得注意的是,这类问题的妥善解决更多取决于良好的政治权力构架(用现在流行的话来说,就是顶层设计)。面对肆无忌惮的推土机,民法学者的力量有限。

对于建筑物区分所有权制度,陈华彬给予了一如既往的关注。关于区分所有建筑物的重建、业主大会以及建筑物区分所有权的剥夺,他都发表了有价值的论文。<sup>[35]</sup> 值得关注的是,中国法上是否可以针对严重违反义务的业主,通过业主大会决议,请求法院拍卖不守规矩的“恶邻”的建筑物区分所有权,这是一个非常有意义的设想。但中国的建筑物区分所有权制度的有效运作,必须考虑中国的社区民情,尤其是业主实际的集体行动能力。目前中国的建筑物区分所有的制度设计在这一方面严重脱离实际,过于高估业主自治能力,这需要引起学界高度关注。否则,一切制度安排都只是“看上去很美”而已。

规定善意取得制度的《物权法》第106条是学界研究的热点。理论研究主要围绕该条所确立的立法模式,也就是针对不动产与动产构造统一的善意取得制度究竟是否合理、是否需要在解释论层面上针对不动产与动产构造出不同的构成要件,以及如何把握这些构成要件的具体内涵。<sup>[36]</sup> 这些讨论推进了学界对这一问题的认识。目前来看,区分论与一体论的分歧并不具有实质性意义,即使承认一体化构造,动产与不动产的善意取得在构成要件具体内涵的把握上也存在差别。如果能够就此取得进一步共识,那么下一步的课题就是对具体构成要件判断标准的厘定,这一点需要投入更多研究。尤其是在不采纳无因性理论的中国,是否能够照单全收来自德国的不动产登记簿公信力以及相关的规则,还需要进一步研究。

[34] 例如朱虎:“土地承包经营权流转中的发包方同意”,《中国法学》2010年第2期;韩松:“农民集体所有主体的明确性探析”,《政法论坛》2011年第1期;朱广新:“房屋征收补偿范围与标准的思考”,《法学》2011年第5期。

[35] 陈华彬:“区分所有建筑物的重建”,《法学研究》2011年第3期;陈华彬:“业主大会法律制度探微”,《法学》2011年第3期;陈华彬:“论建筑物区分所有权的剥夺”,《法商研究》2011年第6期。

[36] 例如叶金强:“物权法第106条解释论之基础”,《法学研究》2010年第6期;程啸:“论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分”,《中外法学》2011年第4期;程啸:“论不动产善意取得之构成要件”,《法商研究》2010年第5期;王洪亮:“权利推定:实体与程序之间的构造”,《法学研究》2011年第1期;鲁春雅:“论不动产登记簿公信力制度构成中的善意要件”,《中外法学》2011年第3期;傅鼎生:“不动产善意取得应排除冒名处分之适用”,《法学》2011年第12期;姜爱华:“论善意取得制度中的转让合同效力问题”,《法律科学》2011年第1期。

虽然说《物权法》针对动产和不动产设立了相对明确的规则(交付与登记),但居于二者之间的诸如汽车、船舶等准不动产的物权变动规则则不太明确,为此学界也进行了深入研究,获得了重要推进。<sup>[37]</sup>通过这些研究,交付作为准不动产物权变动的基本依据得到确认,登记对抗主义的内涵逐渐澄清,准不动产多重买卖情况之下的优先规则被构造出来。最高人民法院最近发布的《关于买卖合同的司法解释》第10条对之也有若干回应。

在物权法领域,关于不动产登记簿的具体规则,例如不动产登记簿的推定力、不动产登记簿的错误类型及其范围界定、更正登记的具体程序设计,得到深入研究。<sup>[38]</sup>这些研究成果将是中国制定不动产登记法的重要学术参考资料。另外,针对《物权法》第191条第2款确立的未经过抵押权人同意,抵押人不得转让抵押物的规则,有学者通过解释论的操作,认为这一规定的存在不影响抵押物转让合同的效力,同意的意义仅在于是主张抵押权的物上代位还是主张抵押权的追及效力。<sup>[39]</sup>通过这一解释,该条的功能得以合理化。此外,关于按份共有人的优先购买权问题、<sup>[40]</sup>抵押权的存续期间问题、<sup>[41]</sup>浮动抵押的适用问题、<sup>[42]</sup>留置权问题,<sup>[43]</sup>学者都发表了比较出色的研究论文。此类论文运用解释论方法,把《物权法》相关制度适用中可能存在的问题条分缕析。这是大陆法系民法研究的主流方法也是传统方法,民法学者已经对这种方法驾轻就熟。

总的来说,管窥2010—2011年发表的物权法领域的研究论文,可以发现,相关问题的研究逐渐进入到制度解释运用的层面,学术积累效应比较明显。

### (五)债法总则研究的发展

把债法总则作为一个独立的考察单元,主要是因为民法学界大多数学者主张在未来中国民法典的编纂中应设立债法总则。不过,学者们对于债法总则的规模、内涵的认识并不完全一致。

就债的一般理论而言,从发表的期刊论文来看,学界关注的重点是诸如不可分之债、不真正连带债务、补充债务、自然之债之类的基本概念。<sup>[44]</sup>通过这些研究,债法基本概念得以进一步厘清,这对于学界更新债法原理的知识具有积极意义。在这一方面,关于不真正连带债务

[37] 例如崔建远:“再论动产物权变动的生效要件”,《法学家》2010年第5期;杨代雄:“准不动产的物权变动要件”,《法律科学》2010年第1期;汪志刚:“准不动产物权变动与对抗”,《中外法学》2011年第5期;汪志刚:“意思主义与形式主义对立的法理与历史根源”,《法学研究》2010年第5期。

[38] 程啸:“不动产登记簿之推定力”,《法学研究》2010年第3期;程啸:“不动产登记簿错误之类型与更正登记”,《法律科学》2011年第4期。

[39] 高圣平、王琪:“不动产抵押物转让规则的解釋论”,《法律科学》2011年第5期。

[40] 黄文煌:“按份共有人优先购买权制度之适用”,《法律科学》2010年第6期。

[41] 张驰:“论抵押权的存续期间——兼评我国《物权法》第202条”,《法学》2010年第4期。

[42] 董学立:“浮动抵押的财产变动与效力限制”,《法学研究》2010年第1期。

[43] 曾大鹏:“商事留置权的法律构造”,《法学》2010年第2期;熊丙万:“论商事留置权”,《法学家》2011年第4期。

[44] 参见齐云:“不可分之债理论流变史考”,《清华法学》2010年第4期;李中原:“论民法上的补充债务”,《法学》2010年第3期;李中原:“不真正连带债务理论的反思与更新”,《法学研究》2011年第5期;张定军:“论不真正连带债务”,《中外法学》2010年第4期;李永军:“自然债务源流考”,《中国法学》2011年第6期。

概念的研究是债法理论发展的新动向,尤其值得关注。在中国的侵权责任法上较多地采取了补充责任的制度构架的情况之下,这一问题尤其重要。学者在研究中梳理出来的“同一层次说”以及“层次划分说”,是一个很好的分析框架,有助于界定补充债务与不真正连带债务之间的关系。关于原则上采用补充债务构造,只有在法律有明确规定的时候才采用不真正连带债务构造的观点,值得重视。

关于自然之债的研究论文推进了学界对这一重要债法概念的认知。虽然这并不意味着立法上采用这一概念(事实上,现代债法的趋势是类型化地调整各种效力不完全的债),但作为大陆法系债法体系的重要概念,理论研究不应该回避自然债务这个范畴本身。

作为债的发生根据的不当得利与无因管理,也有相应的研究论文,<sup>[45]</sup>在一些具体问题的认识上有一定进展,但总的来说,理论上的关注不多。

### (六)合同法研究的发展

合同法领域是民法学者长期耕耘、研究相对成熟的一个论域,因此发表的论文也比较多。总的来说,无论是在基本理论还是在具体制度方面,合同法研究都有明显的进展。

谢亘的论文《我国合同拘束力理论的重构》<sup>[46]</sup>是合同法基础理论研究方面的重要论文,值得给予特别的关注。在合同效力的基本构造上,存在从罗马法以降的“债的效力的构成”与“依据当事人合意的构成”的重要分野。前者严格地把合同看作是导致债的发生根据,因此债的效力的内容的界定,更多地取决于立法者对债权人—债务人关系的政策考量;后者认为合同效力来自当事人的设定,原则上合同效力依据是合同当事人的意思自治(当这样的意思不明确的时候,则通过解释来推知当事人的意思)。谢亘的论文所主张的是一种更加偏重意思主义、自由放任主义的合同效力观念。在欧洲国家,这样的观念既有支持者也有批评者,相关的理论脉络和妥当性值得进一步探讨。无论如何,中国合同法理论的发展需要更多类似论文的出现。

刘承睦的《契约理论的历史嬗迭与现代发展》一文主要借助于英美契约法理论论述了契约理论在现代社会的发展轨迹。<sup>[47]</sup>论文提出的契约类型化的发展趋势值得学界关注。事实上,即使到现在,中国民法学界对合同的研究仍然没有注意到世界范围内契约法的类型化、解构化的潮流,仍然停留在“走向统一的合同法”。由此导致的结果就是,普通的民事合同与消费合同、商事合同混杂不分、一时合同与长期继续性合同不分。<sup>[48]</sup>这种笼统的“统一合同法”的

[45] 张虹:“无因管理人的报酬请求权问题研究”,《法律科学》2010年第5期;左传卫:“论不当得利返还请求权的定性 & 体系安排”,《政治与法律》2011年第1期。

[46] 谢亘:“我国合同拘束力理论的重构”,《法学研究》2011年第2期。

[47] 刘承睦:“契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察”,《中外法学》2011年第4期。

[48] 值得注意的是,已经有学者注意到此类问题,注意强调合同类型的民商事语境的差别对合同权利义务构造的影响,例如,参见万建华:“《中华人民共和国合同法》第378条之理解与完善”,《法商研究》2010年第2期。这一论文的核心论点是,针对货币保管合同,要区分民事保管与商事保管采纳不同规则。另外参见屈茂辉、张红:“继续性合同:基于合同法理与立法技术的多重考虑”,《中国法学》2010年第5期。把继续性合同作为一个相对独立的合同范畴进行研究,归纳其特点并提炼相关的规范技术,这一论文的研究思路具有重要意义。

思维不打破,中国合同法立法和理论将很难获得与时俱进的发展。

刘家安对要物合同的研究<sup>[49]</sup>采取了历史分析方法。与一些人想当然地主张废除要物合同范畴、主张一切合同都是诺成合同的论调不同,这一研究表明,某些特定类型的合同,采取要物性的构造具有功能上的合理性。只有站在历史变迁的角度,才可以对一些貌似不符合我们时代观念的制度,给出合乎语境的理解。

合同法领域的研究在一些具体制度上也有重要的推进。例如,朱岩关于强制缔约制度的论文,<sup>[50]</sup>比较全面地讨论了强制缔约制度运用的范围,建议在未来针对这一制度作出统一的规定。韩世远关于租赁合同标的瑕疵与合同救济的研究(论文中讨论的典型案件是某房屋因受法规的限制,不能被登记为营业住所,因此构成瑕疵),<sup>[51]</sup>对租赁合同实务具有重要价值。周江洪对风险负担与合同解除规则的研究,对于理顺《合同法》中的风险负担规则与合同解除规则之间的关系具有参考意义。汤文平关于批准生效合同的研究<sup>[52]</sup>对实务有参考价值,虽然其研究结论的明确性和可操作性有待进一步完善。税兵关于居间合同的研究提前涉及了最高人民法院在2011年发布的指导性案例中涉及的“跳单”问题。<sup>[53]</sup>陆青关于违约精神损害赔偿问题的研究<sup>[54]</sup>涉及一个非常重要的理论问题,中国立法和实践拒绝在违约责任的框架之下给予精神损害赔偿,这是否合理,的确值得反思。但也要认识到,一旦放开违约框架之下的精神损害赔偿,对合同法与侵权法的界分<sup>[55]</sup>会产生系统影响。无论如何,《德国民法典》253条第2款的新动向值得我们关注。宁红丽的《论合同类型的认定》一文是合同法分则研究领域一个值得关注的成果。<sup>[56]</sup>论文中提出的“类型式”思维,以及合同法领域为什么要通过典型合同落实类型化调整方法,对于学界理解典型合同的意义具有启发性。这些理论在欧洲国家已经得到系统的阐述,但中国民法学界长期以来对大陆法系合同自由原则之下的典型合同现象不加深思考,以任意性规范简单打发了之,这实在是不应该。这方面理论认识上的薄弱正在制约中国合同法理论的发展。<sup>[57]</sup>

总的来说,合同法的研究处于稳步发展之中,而且正在酝酿着一些可喜的理论突破。

[49] 刘家安:“‘要物合同’概念之探究”,《比较法研究》2011年第4期。

[50] 朱岩:“强制缔约制度研究”,《清华法学》2011年第1期。

[51] 韩世远:“租赁标的瑕疵与合同救济”,《中国法学》2011年第5期。

[52] 汤文平:“批准(登记)生效合同、‘申请义务’与‘缔约过失’——《合同法解释(二)》第8条评注”,《中外法学》2011年第2期;汤文平:“德国法上的批准生效合同研究”,《清华法学》2010年第6期。对这一问题的研究,还可参见刘贵祥:“论行政审批与合同效力”,《中国法学》2011年第2期。

[53] 税兵:“居间合同中的双边道德风险——以‘跳单’现象为例”,《法学》2011年第11期。

[54] 陆青:“违约精神损害赔偿问题研究”,《清华法学》2011年第5期。

[55] 关于合同法与侵权法的界分的讨论,可参见王利明:“侵权责任法与合同法的界分”,《中国法学》2011年第3期。

[56] 宁红丽:“论合同类型的认定”,《法商研究》2011年第6期。

[57] 有学者已经开始援用来自德国的理论特别是“体现法律规定的实质性基本思想”的学说,来说明合同法中的任意性规范的意义。这一关于合同规范的性质和功能的研究对中国的合同法理论具有重要价值。参见杜景林:“合同规范在格式条款规制上的范式作用”,《法学》2010年第7期。

### (七)侵权责任法研究的发展

前文已经提到,2010—2011年民法学研究的重点和热点在侵权法领域,因此这一部分发表了数量庞大的论文。正是因为这种密集研究,我国侵权法的研究水准得到迅速提高。<sup>[58]</sup>在这里,不可能罗列所有有价值的论文,只能尝试就一些关键的研究,给出一个极其粗略的概述。对于不可避免的大量遗漏,在此预先声明。

《侵权责任法》颁布以后,民法学界面对的一个艰巨任务就是界定它的规范模式,换言之,它是所谓的法国式的一般条款模式还是德国式的类型化调整模式。出现这样的情况令人遗憾,它表明中国民事立法的质量有待提高。但立法文本已然摆在那里,学者们还是义无反顾地投入到热烈的讨论之中。毕竟大陆法系国家的法学家并不惧怕质量低劣的立法,只担心自己是否具备足够强悍的解释能力。

颇有些吊诡的是,对于《侵权责任法》第6条第1款以及其他相关条文,学界的主流观点是主张采取区分保护模式(这里的区分主要是指区分对绝对权的侵害和对其他法益的侵害),讨论的重点反而是如何进行解释论的操作以实现这一目的。<sup>[59]</sup>在这一方面,葛云松的观点具有代表性。<sup>[60]</sup>他主张采取目的性限缩解释,直接把第6条第1款限缩解释到与德国三类型基本相同的侵权法模式。对此明确表示反对的观点其实并不多,存在争议的只是实现这一目的路径上的差别。<sup>[61]</sup>如果这样的话,需要进一步讨论的就是哪一种路径更加妥当的问题,而这一问题的解决在很大程度上与一般侵权行为的构成要件理论存在密切联系。不巧的是,对于是否承认违法性作为侵权行为的构成要件,学界又存在重大分歧,问题因此而变得复杂。

无论如何,民法学界必须尽快就此达成一个相对一致的“通说”,否则侵权责任的体系构造无法有效展开。<sup>[62]</sup>需要强调的是,参与学术讨论的学者应该有一种开放的、包容的,同时也是尊重科学的态度。学者(尤其是知名学者)改变或者放弃先前观点,这并不是什么见不得人的事情。中国民法学界已经因为某些学者刻意坚持其并非合理的观点而浪费了太多时间和笔墨。

《侵权责任法》实施中另外一个重要问题就是如何对待第15条所列举的责任方式与其他

[58] 举例来说,关于假设因果关系的研究,通过中国期刊网的检索,可以发现,先前没有任何研究论文。在侵权法颁布所带来的理论研究热潮下,马上出现了优秀的研究成果。参见廖焕国:“假设因果关系与损害赔偿”,《法学研究》2010年第1期;黄文煌:“论侵权法上的假设因果关系”,《中外法学》2011年第3期。

[59] 对于无法区分权利与利益的说法,有论文给予了决定性反驳。参见于飞:“侵权法中权利与利益的区分方法”,《法学研究》2011年第4期。

[60] 葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,《中国法学》2010年第3期。相关的研究还参见陈鑫:“侵权法的法益保护”,《华东政法大学学报》2010年第3期。

[61] 参见龙俊:“权益侵害之要件化”,《法学研究》2010年第4期。龙俊的核心观点是通过“设置权益”侵害这一要件实现对保护范围的限缩和控制。另外有人主张通过违法性要件的控制来实现区分保护,参见李承亮:“侵权责任的违法性要件及其类型化”,《清华法学》2010年第5期;廖焕国:“侵权构成要件的不法性功能论”,《现代法学》2010年第1期。

[62] 概括性的分析可参见王成:“侵权之‘权’的认定与民事主体利益的规范途径——兼论《侵权责任法》的一般条款”,《清华法学》2011年第2期;王军:“比较法语境下的我国侵权责任法第2条”,《政法论坛》2011年第5期。

法律(尤其是《物权法》中规定的物权请求权)之间的关系。崔建远的《论归责原则与侵权责任方式的关系》一文<sup>[63]</sup>对这一问题的妥善解决具有重要价值。虽然《侵权责任法》的确要考虑损害预防的功能,但侵权法的核心任务是处理损害赔偿问题。脱离了损害赔偿(损害从受害人处向加害人处的转移),“可归责性”概念就会基本上失去其价值。

在其他具体问题上,相关的理论研究都取得了非常多的重要进展。这里只能举其大者。关于公平责任、<sup>[64]</sup>违反保护他人法律情况下过错判断问题、<sup>[65]</sup>多数人侵权问题、<sup>[66]</sup>死亡赔偿问题、<sup>[67]</sup>危险责任的一般条款、<sup>[68]</sup>抗辩事由、<sup>[69]</sup>赔礼道歉及其执行问题、<sup>[70]</sup>牺牲请求权以及损失分担责任<sup>[71]</sup>等,都有相当出色的研究论文发表,可堪作为进一步研究的基础。

客观地说,至少从核心期刊上发表的侵权法论文来看,侵权法领域快速涌现的论文质量基本上能够维持在一个比较高的水准之上。这一点从一个侧面说明了中国大陆民法理论研究整体力量的雄厚。随着日后研究关注点分布的日趋均衡,可以期待民法理论研究的水准将不断提高。

### 三、中国民法学发展中存在的问题与不足

上文的评述中对中国民法学研究的现状洋溢着乐观与信心,但也要注意问题与不足之所在。这并非吹毛求疵,严格说来,中国民法学的发展距离真正的成熟还相距遥远。

第一,从学术的展开模式上看,中国民法学在实质上仍然没有走出立法主导型的研究模式。很多学者的研究,追逐立法活动,“打一枪换一个地方”。学术发表也在很大程度上消费着立法热点。这种现象本来无可厚非,前文中甚至对其表达了“同情性”的理解。但这样的趋势

[63] 崔建远:“论归责原则与侵权责任的关系”,《中国法学》2010年第2期。

[64] 张金海:“公平责任考辨”,《中外法学》2011年第4期;叶金强:“《侵权责任法》第24条的解释论”,《清华法学》2011年第5期。

[65] 朱岩:“违反保护他人法律的过错责任”,《法学研究》2011年第2期;朱虎:“规制性规范违反与过错判定”,《中外法学》2011年第6期。

[66] 曹险峰:“数人侵权的体系构成”,《法学研究》2011年第5期;叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”,《中国法学》2010年第1期;程啸:“论共同危险行为的构成要件”,《法律科学》2010年第2期;程啸:“论《侵权责任法》第八条中‘共同实施’的涵义”,《清华法学》2010年第2期;孙维飞:“单独侵权视角下的共同侵权制度探析”,《华东政法大学学报》2010年第3期。

[67] 张新宝:“《侵权责任法》死亡赔偿制度解读”,《中国法学》2010年第3期;巩固:“社会视野下的死亡赔偿”,《法学研究》2010年第4期;叶名怡:“论死亡赔偿范围”,《法律科学》2010年第5期;梁小平、陈志伟:“再论死亡补偿费与死亡赔偿金的性质”,《政法论坛》2010年第1期。

[68] 王利明:“论高度危险责任一般条款的适用”,《中国法学》2010年第6期;周友军:“我国危险责任一般条款的解释论”,《法学》2011年第4期。

[69] 冯珏:“论侵权法中的抗辩事由”,《法律科学》2011年第4期。专门研究作为抗辩事由的不可抗力的论文,参见陈本寒、艾围利:“侵权责任法不可抗力适用规则研究”,《现代法学》2011年第1期。

[70] 葛云松:“民法上的赔礼道歉责任及其强制执行”,《法学研究》2011年第2期。

[71] 张谷:“论《侵权责任法》上的非真正侵权责任”,《暨南学报》(哲社版)2010年第3期。

毕竟会带来消极后果。学术的发展离不开长期积累,要求学者立足于某一民法制度领域作持续深入研究,只有这样才能够形成一种真正有深度的可持续性的学术发展。如果学界的主流注意力如潮汐一样,今天物权法,明天侵权法,后天债法,这么飘荡下去,很难期待民法研究会获得一种实质性积累。前文对新近发表的诸多侵权法论文给予赞扬,一个重要的因素是这些文章具有开创性,研究了先前没有人研究过的问题,但这种表扬其实也难免苦涩的味道:大家先前都干什么去了呢?问题的关键是,这一波研究热潮中出现的论文,最主要的价值是把问题提出来,把解释论的框架给搭起来,但是在日后的司法实务中,相关理论究竟引发了什么样的实际效果,是否需要进一步发展或者修正,这些都需要持续的关注。如果把这一“热点”消费结束之后,大家又追随新的立法,转移阵地,那么目前的这种程度的学术积累很难做到“经久耐用”。

为了实现民法学研究的真正高效能的积累,需要逐渐形成良好的分工合作。每人精通一个制度比每个人肤浅地了解所有制度更能够形成高效的知识积累和相互支撑。

第二,民法学研究方法有待拓展。如果用数据来概括的话,目前民法学界的论文是80%的解释论加上20%的立法论。随着大规模民事立法工作趋于结束,解释论的强势地位还会更加显著。这既是优点,也是缺点。说它是优点,是因为民法学研究因此而更加关注法律规范的适用问题,而不再天马行空般地自说自话;说它是缺点,是因为如果民法学只剩下了法条解释一项工作,那么从长远来看,也会失去其发展的源头活水。可以注意到,这两年发表的民法论文中也有一些尝试采用新的研究方法,例如基于实务案例的研究方法。<sup>〔72〕</sup>也有学者尝试采用实证分析方法,但真正能够做到让数据说话、运用严格的数据分析工具的还是很少。甚至有论文只提供了个别没有正式来源的数据,然后基本上凭借自己的猜测来讨论问题,这很难称得上是实证研究。法律的经济分析方法虽然不太可能成为主流方法,但它在民法论文中的“荒芜”程度,还是让人对民法学者对新方法的敏感程度(或者说接受新方法的意愿程度)感到担忧。

民法研究中比较法方法的运用在日益强调中国问题意识的今天正在迅速消失,这让人隐隐感到不安:中国民法学真的成长如此迅速?或者,真相其实是对比较法知识的高度依赖被掩盖在针对中国法律文本的解释学讨论之中了。如果的确如此,则要引起注意。明确地表明自己学理资源的比较法性质,至少会提醒读者注意相关知识的语境因素。

第三,真正有质量的学术批评太少。没有学术批评就没有学术进步。民法领域发表的论文中,学术批评文章太少。也许是中国学者还没有理解什么是学术辩论,以至于有人把自己的成果获得过什么奖也当作论据写在文章中。学术论辩必须是认真地归纳对方的学术观点,推断对方可能的学术理路、观念背景,然后条分缕析地摆事实、讲道理。理想的学术论辩其实是双赢的,既有助于读者理解论战对手的观点,也有助于理解自己的观点,然后让读者自主判断哪一方观点具有真正的说服力。

但是我们看到,有些文章在批判性地援用对方观点的时候,不惜歪曲对方论点,按照自己

〔72〕 例如参见朱晓喆、徐刚:“民法上生育权的表象与本质”,《法学研究》2010年第5期。这一研究很具有启发意义,进行了非常有益的探索,但仍然带有明显的规范研究色彩。

的逻辑,刻意把对方的论点描绘成一个符合自己理论建构需要的靶子,然后开火。这样的讨论,没有任何意义,无助于学术的发展。

第四,学者之间的共同体意识还比较薄弱,不尊重其他学者已经发表的学术成果。说起这个话题,有些令人痛心。自从法学界引入引证率指标作为学术影响力排名考察因素之后,有些学者对自己潜在学术竞争者的引证变得吝啬起来。有些学者更多地援用我国台湾地区学者和外国学者,更多地引用译著、译文而非论文。如果说对于相关问题,国内学者的确没有研究,这样做无可厚非,也很正常,但在很多情况下其实并非如此。

有些学者直接忽视潜在竞争对手的文献,甚至视其为不存在。这样下去,怎么能够期待形成中国民法学研究的共同体?学术本为天下之公器,不是为稻粱谋,多抛弃一些狭隘的心态,中国民法学的发展就多一份助力。中国民法学的积累和发展需要学者彼此关注、相互讨论、展开批评,只有这样才可能发展出属于我们自己的民法学理论研究传统,也只有这样才可能获得国际同行的尊重。

#### 四、结 语

虽然存在这样或那样的问题,但任何时代的人都是带着问题前行的。在这样一篇篇幅不算大的报告中,试图评述中国民法学发展的状况,而且还多有批评,即便不是冒险活动,也算是相当大胆的举动。之所以进行这样的尝试,不为别的,只是试图为中国民法学的发展和进步,贡献出一种可能的推力。至于说这一努力的实际效果,那就不是文本所能够考虑的了。如果因此引发某些权威的不快,只能说抱歉,期待谅解了。

前文总是在说“民法学界”如何、如何,但其实不存在什么抽象的学界,存在的只是实实在在、有血有肉的民法学者。作为学者,每个人都有自己的理论偏好,都有自己研究上的强项和短板,因此要求任何程度上的“整齐划一”,都是不可能的,也是没有必要的。任何预先的学术发展规划,都是计划经济的思维模式,注定要落空。事实上,只要每个学者以自己的方式,关注、研究自己感兴趣的任何类型的民法问题,保持开放、敏锐、负责的心态,中国民法学的研究自然会获得源源不断的进展。

我们理应充满信心。

(责任编辑:薛 军)