

# 《法学研究》三十年：民法学

常鹏翱\*

## 一、引言

1978—2007的30年，一段值得重笔追溯和认真回味的中国历史；175期《法学研究》，350篇民法学论文，〔1〕它们嵌入这段过往，延续出中国民法学术史的一脉。这30年历经计划经济、有计划的商品经济、社会主义市场经济的体制变迁，见证从法律虚无到依法治国的实践转换，孕育渐进问世的婚姻法、继承法、民法通则、担保法、合同法、物权法等民法族群。它们相互交错，合力激荡着民法学研究。民法学术史因此不只是学者协力勾画的问题学之史，还是映照种种现实要素的社会之史。故而，尽管本文以《法学研究》为平台来观察过去30年的民法学术史，思维触角主要伸向其中的民法学论文、笔谈、座谈发言、年度述评、会议综述等素材，但并不限于此，还要触及彼时的经济体制、政治策略、法律表达、法学传承等背景因素，尽可能在微观和宏观综合中走近历史现场。

在这样的视角中，1986年和1999年成了这一脉民法学术史的两个节点。1978—1986年，计划经济向有计划的商品经济嬗变和发展的改革开放前期，〔2〕旧邦新命，常中多变，在“摸着石头过河”的不定之局中，民法学研究无从例外，民法和经济法的关系、国有企业财产权的定性等热点论争即为表现。1986年的民法通则对此提供了初步答案，用民法点明我国的商品经济指向，并影响着民法学者进一步的思虑。〔3〕1987—1999年，商品经济在实践累积中挣脱计划体制的束缚，转变为市场经济，经济体制主角选定，再加上依法治国的伴奏，〔4〕变中有了恒常，改革开放的行动和情绪遂全面铺开。在民法领域，1999年的合同法应是变革的最佳标志，它还被旁观者视为民法法典化的第一步。〔5〕不难断言，在市场经济和法典化的双重引导下，民法学界的问题、方法和风格均因势而变。之后民法学的发展和改革开放同步进展并深度展开，尽管有争论和交锋，但基本上没有跑出此前搭好的舞台，主角和伴奏如常，大局仍是终和且平的合奏八音。

30年，3个学术时间单元，它们在历史演进中各自相对独立。这3个单元成为本文的

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 在《法学研究》1998—2001年间每年第1期的民法学述评中，民法学的述评范围仅限于民法总论、债法、物权法、婚姻法和继承法。本文亦因循此例。

〔2〕 1984年10月20日召开的中共十二届三中全会通过《中共中央关于经济体制改革的决定》，提出社会主义经济是以公有制为基础的有计划的商品经济，并涉及到全民所有制企业的机制转型等问题。

〔3〕 参见谢怀栻：《正确阐述〈民法通则〉以建立我国的民法学》，载《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社2002年版，第94页。

〔4〕 1992年10月12日—18日举行的中共十四大确定我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，1993年的宪法修正案将这一目标法定化，1999年的宪法修正案宣示了依法治国的策略。

〔5〕 参见苏永钦：《民法典的时代意义》，载苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第66页。

主干,“研究什么”、“如何研究”和“谁在研究”架构了每一单元,它们分别指向民法学研究的对象、路径和主体。这样做,当然便于行文,表明本文是历时性的学史考略,更重要的,还想用论题、视角和人物的具体分类,较细致地寻绎学术进程,力求围绕《法学研究》这个平台,心怀宏旨,笔落精细,在大框架中勾勒出具体而微的民法学术史,使所述有据,所论有凭。

## 二、《法学研究》1978—1986年之民法学

### (一) 研究什么: 改革开放前期的问题

#### 1. 民法学研究格局

在该时段,《法学研究》刊载了108篇民法学论文,<sup>[6]</sup>论题横跨民法学诸领域,<sup>[7]</sup>包括总论论文25篇,债法论文38篇,物权法论文14篇,婚姻法论文18篇,继承法论文13篇。整体看来,各领域的开山之作多为通盘阐释或价值宣示的宏大构思,此后多微观的制度阐述,即使论题相同的先后论文也多从一般到具体。这表现了民法学研究从宏大到细微的研究趋势,也反映出《法学研究》循序渐进的编辑风格。此外,在论题多点开花间,《法学研究》有选择地促成诸如国有企业财产权之类的针对同一选题的研究焦点,让学界共同发力研讨同一问题。

3篇专论民法立法的文章在总论研究中的比例不大,但它们努力维系着民法和民法学在法律体系和法学框架中的正当性。在现代法律人眼里,这种正当性是先在的,似乎无需花笔墨论证,但30年前,对民法和民法学正统地位的确证,却很急迫和必需。其时,借社会主义现代化建设的政策,被计划严控已久的经济稍有自由空间,迫切需要法律的支持和配合,经济法因此轰然而至,实践公然形成,但理论铺垫尚未及时跟进。如何理解经济法,它和同样调整财产关系的民法是何关系,它能否替代民法,这一系列事关民法和民法学存在价值的重大问题急促地浮上水面,<sup>[8]</sup>结果对民法不利。<sup>[9]</sup>在此情景下,这些论文的重要价值无需赘言。

在余下的总论论文中,4篇研究调整对象,1篇谈论基本原则,10篇有关主体,1篇探讨权利客体,1篇研究诈欺,3篇探讨时间,2篇述评民法通则。显然,主体是研究重点,其中,5篇研究法人,农户和合伙的分析各2篇,1篇关注自然人行为能力。在经济体制改

[6] 除1978年缺失民法学论文、1979年和1981年民法学论文较少(分别为3篇和8篇),1985年民法学论文较多(22篇)外,其他年份的民法学论文大体相当。另外,《法学研究》每期的版面发生了变化:1978年试刊—1979年第5期为48页;1980年第1期—1982年第6期为64页;1983年第1期—第6期为80页;1984年第1期—1986年第6期为96页。在一定程度上,反映出我国法学研究的发展速度以及民法学论文的比重。

[7] 但并未全面涉及民法的基础理论,最典型的莫过于没有登场的人格权,而它本应是十年浩劫后最值得民法学界深思的内容之一。其他法学部门对人格权的关注,参见陈一云、吴磊、孔庆云:《公民的人身权利不容侵犯》,《法学研究》1979年试刊;陈云生:《公民的人格尊严不受侵犯》,《法学研究》1983年第1期。下文引注凡涉及《法学研究》文章,均只在文后列明“某年试刊”或“某年某期”,不再标明出处。

[8] 有关背景介绍,参见《法学研究》编辑部:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第6页。

[9] 谢怀栻先生写于1985年3月的一篇文章记述了彼时经济法对民法的冲击和影响:“第一,出现过一种议论,即可以取消民法而由经济法来代替或者包含之。这种议论虽然已经消失,但影响了人们对民法的正确认识,甚至影响到民法研究者对民法的信心。第二,较前一种议论广泛得多的理论是,把民法的一部分划入经济法,使传统(从法国民法典直到苏俄民法典)的民法体系陷于零乱或缩小。这一种理论在整个法学界占有很重要的地位,对民法不能不形成一种冲击。结果是,前几年,民法界确实有点陷入近乎消沉的情况。我国民法的立法工作陷于停顿,有的民法学者犹豫不前,不能说与此无关(当然也有其他因素的影响)。”参见谢怀栻:《应当认真地重视民法》,载《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第79页。

革的大环境下，改善企业经营是最重大的现实问题之一，学者从过往经验中搜寻到法人制度，并论述其特征、组织、构造等要素，虽用旧方治新病，但实践发展证明是对症下药。农户和合伙也是现实现象，关注它们，同样表现了学者运用学理资源探索实践的努力。

38篇债法论文是最大门户，包括20篇合同法论文、12篇侵权法论文、各3篇债法总论和民事责任论文。虽然债法总论的研讨较少，但中心问题明确，即应否承认“债”的概念。反对者认为债主要用来概括合同制度，无因管理、不当得利、侵权行为与合同差别很大，难用债统一涵括。<sup>〔10〕</sup>肯定者则认为这些制度的共性足以将它们归纳为债的关系。<sup>〔11〕</sup>此问题事关是否设债编或债法总则的民法构造，现在仍是问题，而核心争点仍如反、正双方所言，理论问题看来有时未必随社会发展而辨出是非。

合同法论文包括14篇总论和6篇分论，合同法分论研究不足似乎此时已悄然成型。4篇违约责任和3篇合同管理占去合同法总论的半壁江山，前者至今还是热门话题，表明基础理论之树常青；后者则与彼时大形势有关，即合同是用法律管理经济的一个重要方面，受国家计划的控制，合同自由要么被否定，要么在计划指导下起作用，<sup>〔12〕</sup>要确保合同不逾越规矩，探讨合同管理诸措施，自有道理。随着时代变迁逐步复原合同之意思自治的真谛，合同自由替代合同管理成为根本之道。分论有4篇论述承包合同，这仍是现实问题引发的学术思考。

侵权问题较少受体制改革之时代背景的约束，侵权行为法论文由此在整体上明显与其他领域的研究有别，主要表现为它们多注重借鉴域外经验，可能正因为有这些成熟经验的支持，所述也多法意盎然。3篇侵权行为法论文关注归责问题，过失责任、无过失责任、公平责任均被论及，如论者所言，这是“侵权行为法的核心内容”，<sup>〔13〕</sup>至今仍是学术餐桌上的保留菜。另各有2篇关注公害责任和产品责任，它们现在同属特殊侵权领域的常青树，且现实意义远超当初。可以说，这些研究体现了理论与实践的并行。

除了8篇探讨国有企业财产权的最热点论文外，物权法论文中有2篇关于集体所有权，1篇涉及个人所有权，2篇讨论所有权取得，1篇讨论占有。虑及彼时物权形式单一的现实以及新中国民法学否定物权概念和物权法的历史经验，<sup>〔14〕</sup>所有权足以成为物权的代名词，学界关注所有权情有可原。在本时段，物权法研究不是显学，包括所有权在内的诸多基础理论尚未展开。

婚姻法论文有11篇涉及夫妻关系，4篇事关优生，2篇研究收养，1篇探讨家庭结构。对重头戏夫妻关系的研究以婚姻的感情基础和婚姻自由为开端，<sup>〔15〕</sup>“感情”和“自由”成了研究基点，它们支配了其中的10篇论文，这两个弹性十足的基点不易为法律规范，故这些言说不可避免地充满道德辨析的色彩。在这种底色陪衬下，章戈先生发表于1985年第2期的《夫妻财产关系的几个问题》显得格外醒目，为了解决夫妻共有财产的构成、夫妻分居时的财产关系、夫妻财产权归属等问题，该文主要用法内资源进行法理阐述，规范性十足。着眼于这样的格局，很难看出婚姻法应有的财产法属性，反倒让人觉得自始在民法学框架外发展的婚姻法研究，真的远离了民法这块故土。

〔10〕 参见史际春：《关于债的概念和客体的若干问题》，1985年第3期。

〔11〕 参见陈庚生：《我国民法应当使用债的概念》，1986年第2期。

〔12〕 参见史探径：《论合同》，1982年第1期；梁慧星：《论我国合同法律制度的计划原则和合同自由原则》，1982年第4期。

〔13〕 参见米健：《现代侵权行为法归责原则探索》，1985年第5期。

〔14〕 前引〔8〕，《法学研究》编辑部书，第9页。

〔15〕 参见郝双禄、徐五林：《论婚姻基础》，1979年试刊；李勇极、陈明侠：《论婚姻自由》，1979年第4期。

继承法论文收获颇丰,与物权法相当,这可是如今难以想像的现实,其内容涉及法定继承、遗嘱继承、遗产分配、遗赠扶养协议等。4篇专述遗嘱继承的论文是重点,而对遗嘱效力的阐释又是多数话题,也有最大共识。显然,继承中最有活力的法律行为要素受到重视。与婚姻法研究相比,继承法论文注重规范分析,大多专注具体制度和问题。<sup>[16]</sup>

## 2. 一定要制定民法

面对经济法替代或者包含民法的理论争点,《法学研究》自始立场明朗,支持民法和民法学的独立存在,1978年试刊的《致读者》和1979年试刊的《编者的话》均明确区分民法和“经济法规”的学术论文,至少从选稿和用稿机制上保证了民法学的独立性,为民法学者预留言说、呼吁和论理的话语平台。舞台搭好,就看民法学者的亮相了,他们的理论努力究竟能为民法学守住怎样的天地呢?

《法学研究》第一篇民法学论文——苏庆先生的《加强民事立法为实现四个现代化服务》诞生在1979年试刊,论文开篇即明宗义,民法是调整社会经济关系的基本准则,以此立论延伸,作者交错运用政治话语和法律话语,一方面从阶级意志、领袖指示、立法实践和政治功能上论证民法的必要性,并演绎出保护社会主义公有财产不可侵犯、保证完成国民经济计划、实行经济核算和坚持国家、集体和个人利益相结合的民法原则;另一方面又结合时政,有感而发,勾勒出民事主体、所有权、合同等民法的主要要素,一幅因势导出的民法图像跃然纸上,与时代背景高度吻合。

接着,1979年第4期刊载《关于民法、经济法的学术座谈》,包括8篇发言。其背景是,中国社会科学院法学研究所于1979年8月7—8日召开了学术座谈会,讨论民法范围、民法和经济法的关系问题,会上形成“大民法”和“大经济法”的观点之分。<sup>[17]</sup>王家福先生和佟柔先生主张“大民法”,王先生的发言《一定要制定民法》,论题旗帜鲜明,内容更有理有力,他将民法定位于调整与所有制和商品交换紧密相连的经济关系的财产法,调整方法以平等、有偿、等价为原则;佟先生的发言《民法的对象及民法与经济法规的关系》同样高度注重民法和商品经济的伴生关系,将民法的调整对象界定为处于“平权”地位当事人发生的“对价”关系。其他学者多主张“大经济法”,即将社会主义组织间的经济关系划归经济法,民法调整公民之间、公民和社会主义组织之间的经济关系和一定的人身关系。

彼时的中国刚改革开放,有计划的商品经济是5年后的正统官方话语,而王、佟二公慧眼识珠,融通古今经验,着眼中国现实,从计划经济中剥离出商品要素,为民法找到最佳归宿,思虑不为常识束缚,眼界超越现状羁绊,不能不令读史者感慨其人思想解放,其言大胆求是。他们的认识让民法回归商品关系,在根子上厘清民法和经济法的界限。可能也正受限于此,民法成了财产法的同义词。如果不考虑时代背景,今人恐怕会指摘该认识缺乏人文主义气息。然融其时其境来通盘考量,不难看出,唯有将财产法作为民法的主导,方能隔离“经济法”一词天然的“经济”诱因,方能贴近以大力发展经济为主导的改革现实和政治需求,<sup>[18]</sup>民法以及民法学才可能保有一席之地。

守望民法家园的学术努力并未止歇,1980年第1期唯一的民法学论文——王家福、苏庆、夏淑华合作的《我们应该制定什么样的民法》——延续了作者此前的思考,它阐述了制定民法的客观必然性、民法的主要内容、制定民法应该注意的原则。现在看来,其价

[16] 从彼时我国继承法的整体研究状况来看,与其他民法部门的研究相比,继承法的理论体系已经建立起来,要完备一些。参见前引[8],《法学研究》编辑部书,第16页。

[17] 参见梁慧星:《中国民法学的历史回顾与展望》,《望江法学》第1期,法律出版社2007年版,第10页。

[18] 参见张谷:《质疑“新人文主义”》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第21卷,金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第156页。

值不仅在于重申民法的传统领地，并为民法通则提供框架内容，而且，它主张的制定民法典和单行经济法规两条腿走路、从中国实际出发和借鉴国外民事立法有益经验并举、具体明确和解决问题、民主立法等原则，至今意义积极并被实际践行。

1979年的《法学研究》只有3篇民法论文，其中2/3为婚姻法专论，这也许反映了当时那场论争给民法学界带来的消极影响，即1979年前后风靡我国法学界的“大经济法小民法”乃至“民法取消论”的“理论”，导致民法几乎在法学中失去地位。<sup>〔19〕</sup>在此情况下，上述两文以及一组座谈发言对民法学可谓弥足珍贵，至少从编排上看，《法学研究》对“一定要制定民法”的信息表露得相当明晰。这究竟是匠心所致还是无心插柳，唯有编者自知。

再回顾“大民法”和“大经济法”的论点，后者将人身关系拉回民法的对象范围，如果取这两种认识的合理内核加以重新组合，正好能丰富民法的内涵，民法的调整对象也就成了民法通则第2条所谓的以平等为根基的财产关系和人身关系。不过，这一理论任务的完成，并非易事，学者基于不同切入点、研究路径和知识资源所为的学术努力，当属明证。<sup>〔20〕</sup>

还必须提及，民法学者为维护民法全貌及独立地位，独辟蹊径进行了另一番努力，即从民法学转身，潜心研究经济法，通过说明经济法是什么，来为民法正名。<sup>〔21〕</sup>在该时段的《法学研究》中，轻易就能看到这份苦心。<sup>〔22〕</sup>这些文章立意明确，阐述精细，既深化了经济法的学理研究，又确保民法学阵地不失。不过，意义如此深沉，过程如此周折，我国当代民法学术史中似无出其右者。

### 3. 国有企业财产权之谜

当年在高度计划经济体制下，举国上下一盘棋，指令性计划是刚性的规矩，容不得商品要素自由穿行。国有企业因而与市场脱钩，它直面的是代表国家的主管机关，后者决定它的一切，它既无自由支配的独立之财，又无自主决策的经营之权，还无自负盈亏的风险之责。说到底，它只冠企业之名，而无其实；它不是市场主体，无从自治，反而被异化为国家高度管制的经济末梢。在这个由国家一手烹调出的“大锅饭”里，经营者和劳动者均不患寡而患不均，经济产出低下可想而知。

改革开放的时代转机，使国有企业成为经济体制改革的重点对象。理论界对国有企业经营机制改革的关注，最早由经济学界开始，并波及法学界。1980年第4期有了《法学研究》关注国有企业改革的开山之作，即江平、康德琯、田建华合作的《国家与国营企业之间的财产关系应是所有者和占有者的关系》，它开篇点明经济体制改革意在解决国家与企业、经济管理部门与企业以及企业相互间的财产权利关系，其中国家与企业的财产权利关系是问题之关键。这一关键是症结所在，正是它引扯出民法学界此后十余年对国有企业财产权的热烈讨论。该文综合概念分析、历史回顾、经验对比、经典引述、现实考察等路径，评析了国有企业财产权的种种定性学说，讨论了国家的主权者和所有者地位、企业的法人主体和财产客体地位、商品经济与所有制、商品经济与财产权、所有制与所有权、所有权与物权关系等，最终将国有企业财产权定位为对国家所有财产的占有权，即在国家保留最终处置权的条件下，企业对所有人财产享有的充分支配权，实质是一种相对的或间接

〔19〕 前引〔3〕，谢怀斌文，第94页。

〔20〕 参见史际春：《试论我国民法的调整对象及其客观依据》，1984年第1期；金平、聂天颢、吴卫国、赵万一：《论我国民法的调整对象》，1985年第1期。

〔21〕 有关背景介绍，参见易继明：《学问人生与人生学问》，载易继明主编：《私法》第3辑第2卷，北京大学出版社2004年版，第7页。

〔22〕 如李时荣、王利明：《经济法调整对象若干问题探讨》，1983年第5期；梁慧星：《西方经济法与国家干预经济》，1984年第1期；谢怀斌：《从经济法的形成看我国的经济法》，1984年第2期。

的所有权。就问题意识、知识路径和论述方法来看,该文在此领域堪称范文。

在本时段《法学研究》有关国有企业财产权的论文中,另有2篇持相对所有权论:1981年第1期,梁慧星先生的《论企业法人与企业法人所有权》从企业法人的角度进行论述;1985年第2期,杨志淮先生的《绝对所有权与相对所有权》主要分析了所有权分为绝对和相对两个维度与“一物一权”的民法学理的相容性。其他论文则观点相异:1982年第2期,李开国先生的《国营企业财产权性质探讨》充分运用罗马法和欧陆民法资源,认为国有企业财产权是用益权;1986年第1期,李源植先生的《试论所有权内部纵横结构》主张部分所有权;同年第2期,王利明先生的《论商品所有权》论证国有企业对部分劳动产品享有所有权;同期徐武生的《国有企业法人财产权利探讨》和第3期佟柔、周威合作的《论国营企业经营权》均主张国有企业财产权是既不同于所有权也有别于用益物权的经营权。

历数和拜读这些论文,不难看出,在作者特定立论和论证路径支撑下,无论何种结论,均有其合理性,着实难辨正误。这表现出学术研究的不唯一之解,也反映出《法学研究》所坚守的——源自1979年第1期“发刊词”——解放思想、独立思考、百家争鸣、端正学风等信念。更根本的,在国家垄断全民所有制财产的前提下,既确保国有企业的全民所有制属性,并维护由此体现出的国家所有权,又要国有企业成为相对独立的自主经营、自负盈亏的法人,这本身就是现实悖论,是未定的发展过程。民法学理基于此来研讨国有企业财产权,恰如智者参禅,山是山,山不是山,山还是山,这是一个有无数解同时又无解的谜。

身处书斋、心怀国事的学者,费力解析这样的谜,表明他们对现实问题的高度关注。以上作品篇篇长于学理分析,古今中外的民法经验历历呈现,学术味道自始至终;篇篇沿袭和秉持社会主义商品生产、商品交换或商品经济的主线,尊重并坚持马恩经典和中国现实的有机结合,理论和实践的联系一目了然。它们和其他民法学论文一道,记录和参与了历史,也促进民法学术的成长。

## (二) 如何研究:立足于马列主义经典

作为独立个体,每个人对外界对象均有各异的认识方法,基于不同的知识背景、学术素养、价值判断、性格禀赋等,每个研究者也自有与他人不同的研究手法,故而,很难以学术个体为单位来考察如何研究的问题。不过,通过计算和解读论文引注,不难看出学术整体所参考的知识资源;同时,由于本阶段民法学论文的引证无论在制度还是在个体,均难称规范,故还要斟酌论文的框架和内容进行信息补充,从而能看出主要知识资源的影响,分析出民法学研究的大致特色,另外还能发现一些有代表性的研究进路和方式。这种分析意在定性,但手段是定量的,其基础是可统计的论文及其引注。

本阶段民法学研究共引用马恩著作127次,列宁著作35次,合计162次。引用的其他知识资源大致为:社会主义阵营民法学著述17次,包括13次苏联著述,4次南斯拉夫著述;西方资本主义著述24次,包括11次英美法著述,<sup>[23]</sup>德国、法国著述各6次,4次日本著述;旧中国、我国台湾地区民法学著述14次;罗马法著述4次;国内民法著述5次。

马列经典被引次数是其他知识资源的近3倍,原因可能在于,其时可参考的国内民法学著述和域外法学成果不多,再加上此前30年政治实践和法学研究经验养成的习惯性思

[23] 为了体现民法学研究的整体面貌,在此没有计算1986年第4期刊载的周汉民和林毅合作的《美国严格产品责任制的发展和趋势》所引用的美国法资料。

维，<sup>〔24〕</sup>无论在物质还是在心理，马列经典均是学者最方便获得、因而也是最主要的知识资源。它们涉及大部分论文，而且每年保持大致均衡态势，就此形式看，此时段的民法学可谓是马列主义民法学。究论文实质内容的确如此。多数论文重意识形态划分，强调公有制和私有制的对立、社会主义和资本主义的对立、无产阶级同资产阶级的对立，进而表明社会主义民法不采用资产阶级民法的精神、原则或者制度，体现了后来饱受批评的阶级分析方法。<sup>〔25〕</sup>该方法立足于超越个人的阶级整体，个人不再是民法的核心，用整体主义方法论对之定性确实贴切。<sup>〔26〕</sup>借列宁之语，强调社会主义民法是公法而非私法，应是该方法的适例。在一些论文中，马列经典话语还是立论基点和主要论据，是正确方向的起点和保证，是无需证立、更不能质疑的权威，<sup>〔27〕</sup>它们对论点及论证的合理性起着至关重要的作用，诸如“马克思指出……所以……”、“列宁说……可见……”之类的语句可谓常见表达，其中缺乏由法理逻辑构成的中间环节，也遮蔽了更细致的社会观察和规范分析意识。<sup>〔28〕</sup>

尽管马列主义是民法学的基本色，但并非全部。如果仔细分析引证和论文内容，不难发现，对罗马法的历史回溯和域外规范经验对比，也悄然潜入研究之中。1979—1980年间，学界对法的继承性有过理论交锋，<sup>〔29〕</sup>著名罗马法学者陈朝璧先生也在1981年第1期撰文《试论罗马法的可继承性》，呼吁学界重视罗马法对于社会主义民法的镜鉴价值。民法学者用关注西方法律和法学的实际行动支持法的继承性，从引证次数来看，甚至有“西风”压倒“东风”之势。再从论文正文表述来看，明显援用罗马法经验的论文有16篇，明显进行域外规范对比的论文有35篇，这也说明部分民法学论文在对外开放。其中，梁慧星先生发表在1981年第2期的《试论侵权行为法》最具代表性。该文以回顾历史为始，先人类社会初期，后罗马法，再法国民法典、德国民法典和英国侵权法；继而转向域外法律对比分析，总结经验，发现规律；然后回顾我国实际情况，指出问题，点明以上经验和规律对我国的意义。这种“历史回溯—域外对比—中国出路”的论述套路，至今在民法学研究成果中不乏身影。

此外，基于实地调查进行实证分析，也是其时民法学的研究方式之一。<sup>〔30〕</sup>调查的对象在当时具有高度的实践性，书本里不可能存有如此真实的问题及可能的出路，走出书斋，迈向社会，才是正途。不过，此后包括《法学研究》在内的民法学研究鲜有这样扑面而来的鲜活气息，个中缘由，殊值深思。

当然，最常见的规范分析自民法学初步起就形影不离。随着婚姻法、经济合同法、继承法等法律的颁布，相关论文多围绕法律规定而展开，注释法学之势比较明显。总括起

〔24〕 参见陈守一：《新中国法学三十年一回顾》，1980年第1期。另可参见张友渔、刘瀚：《中国法学四十年》，1989年第2期。

〔25〕 参见孙宪忠：《关于民商法的研究方法》，《法律科学》1999年第2期。

〔26〕 参见刘水林：《法学方法论研究》，2001年第3期。

〔27〕 这是社会主义国家对待马恩著作的通常表现，即所谓的“权威”引用。参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，中国政法大学出版社2003年版，第446页。

〔28〕 这也是其时中国法学的整体特色，即法学理论没有摆脱政治话语的表达方式，阶级分析方法仍被看作是法学研究的基本方法，热衷于从经典著作中简单地寻求解决现实重大理论问题的答案。参见孔小红：《中国法学四十年略论》，1989年第2期。

〔29〕 参见林榕年：《略谈法律的继承性》，1979年第1期；栗劲：《必需肯定法的继承性》，1979年第2期；李昌道：《对旧法不能批判地继承只能借鉴》，1979年第3期；苏谦：《也谈法律的继承性》，1980年第1期。

〔30〕 参见梁慧星、王金浓：《关于重庆市推行合同制的调查报告》，1980年第2期；黄卓著、李勇极、蒋济、李铸国：《关于上海城市集体工业企业所有权和自主权问题的调查》，1980年第3期；史探径：《大包干合同制的产生和发展》，1983年第4期。这类文章是1983年《法学研究》的重点刊载文章的类型之一，参见《致读者与作者》，1982年第5期。1983年，包括中国法学会在内的相关法学会曾组织学者到基层实际调查研究，参见玲源：《中国法学会在安徽召开调查研究工作座谈会》，1983年第5期。

来,在这个时段,民法学研究主要有阶级分析、规范分析、域外经验对比、实证调查等路径。

附带说明的是,如果说学术互相引证是学术共同体形成的一个标识,<sup>[31]</sup>那么,我国民法学——至少在《法学研究》——在此阶段尚未形成共同体,因为与其他法学知识资源相比,学界对我国大陆民法学著述的引证少得可怜,即便算上在正文中用以批评的诸如“有同志指出……”、“某一本民法讲义写道……”之类的引用,与论文总数量和篇幅相比,仍然甚微。另外,在民法学资源引证次数中,旧中国、我国台湾地区民法学占的比例不小,但它们主要出现于1986年第6期的章戈先生的《试论财产善意取得》中,故而从整体上看,它们并非主要的知识资源。

### (三) 谁在研究:特殊时期的民法学者

学术布局和路径既然被论文和引证的数目字支撑起来,借此技术,自然也能测度成就这一布局之研究者的学术情况。由于彼时民法学术共同体尚未成型,无法用引证来衡量《法学研究》之外的研究状况,故在此只指出《法学研究》中的民法学者研究状况。

梁慧星先生在1980—1986年间发表民法学论文7篇(其中2篇合作),涉猎总论、债法和物权法,重点在债法(5篇);张佩霖先生的4篇(其中2篇合作)主要立足于继承法;苏庆先生的3篇(其中2篇合作)涉足民法立法和合同法;李勇极先生的3篇(其中2篇合作)涉及物权法和亲属法;李志敏先生的3篇(均为合作)涉足民事责任和婚姻法;朱平山先生的3篇涉及总论和继承法;史探径先生的3篇专注于合同法。发表2篇民法学论文者有王家福(其中1篇合作)、江平(其中1篇合作)、任国钧、王卫国、杨志淮、马俊驹、张宇霖、郭明瑞(2篇均为合作)、史际春、米健、刘淑珍、祁秀山、章戈、王利明(其中1篇合作)等先生。<sup>[32]</sup>

上述人物是民法学者群的成员,在这个特殊时代,对民法学有过努力和贡献的每一位研究者,均值得法科后学的感念。在此,应特别向谢怀栻、佟柔、王家福、江平、魏振瀛等老辈先生致敬,他们均以学术为公器,以民法为己任,倾数十年理论研习和实践磨砺之功,维护民法学的正统地位,积极促成民法的实证化,他们对我国民法学乃至法学的贡献广为后学景仰。

## 三、《法学研究》1987—1999年之民法学

### (一) 研究什么:释法、用法、修法和立法

#### 1. 民法学研究格局

《法学研究》在本阶段有163篇民法学论文,<sup>[33]</sup>其中,33篇有关总论,83篇涉及债法,32篇研究物权法,婚姻法和继承法论文各6篇,3篇其他。显见,债法仍是研究热

[31] 参见苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第62页。

[32] 有部分学者除研究民法学外,还涉足其他法学部门,如王家福先生的研究涉及法理学、企业法、专利法,谢怀栻、史探径、梁慧星、王利明等先生的研究涉及经济法,王保树先生的研究涉及企业法、经济法。

[33] 在此没有计算《法学研究》1995年增刊中的4篇民法学论文,该增刊是《法学研究》历史上第1期也是迄今为止唯一的一期增刊,是河南大学法律系教师论文集,尽管这些论文经过严格挑选和精心编辑,但毕竟发表途径与非增刊的其他《法学研究》论文不同,为了表现该时段民法学论文和研究整体情况,只能割爱不计。增刊的出现,一方面表现了其时我国法学研究繁荣发展的形势与《法学研究》容量有限之间的矛盾,另一方面,也具体反映出建立社会主义市场经济的政治决策、经济实践和社会转型对其时社会各界的意识和观念所带来的强烈冲击。参见法学研究杂志社:《法学研究杂志社敬告各界》,1994年第2期;《法学研究》编辑部:《编后记》,1995年增刊。为了解决高水平但篇幅长论文发表困难的问题,《法学研究》自1996年起,版面由1984年以来的94页扩至160页,但坚持学术性、理论性和文章高水平的办刊方针保持不变。参见《法学研究》编辑部:《〈法学研究〉扩版启事》,1995年第4期,第5期。正是从1996年起,民法学论文的数量发生了“质变”:1987—1995年间的年均论文为14篇左右,1996—1999年间的年均论文为7篇左右。也正是从该年起,《法学研究》开始规范论文的注释体例。



点，究其原因，除债法研究较民法其他领域学术积累较深厚之外，也与本阶段民法通则的实施、经济合同法的修订、合同法的起草、有关债权的司法解释的颁布有关，学界积极探索相关规定和问题，形成不少论文。另外，与上阶段相比，本时段布局的最显著变化，就是婚姻法和继承法的论文锐减，这反映出身份法研究在整体上不太活跃的客观情况。<sup>〔34〕</sup>不过，有的论题更有理论和实践价值，如对婚姻法的法律定位、权利配置等基础问题的反思，<sup>〔35〕</sup>是前阶段未见的新现象。

33篇总论论文包括4篇民法典制定，1篇法律渊源，1篇法律关系，3篇调整对象，3篇基本原则，3篇法律解释，2篇权利理论，8篇主体，3篇人格权，1篇无效法律行为，3篇代理，1篇诉讼时效。与前阶段相比，大多数论题更有一般性和普适性，如法律渊源、诚实信用、意思自治、权利体系等，凸显出总论作为民法学之“公因式”的基础地位；而且知识点较全面地铺开，基本上涵盖了总论的框架内容，有关人格权、表见代理等研究弥补了之前的空白。与上时段一样，民法典制定、调整对象和主体仍是研究热点，且所论不再紧跟形势，更有超然性，比如，从市民社会与市民法的角度切入调整对象，除了得出平等主体间的财产和人身关系的结论外，还复原了在我国曾经失散的私法传统，市民权利和国家权力之间的关系也被纳入其中。<sup>〔36〕</sup>又如，对国家之主体地位的研究，不是就法条论法学，而是从公法和私法、公权与私权等复杂关系中寻出奥妙。<sup>〔37〕</sup>

在84篇债法论文中，有42篇研究合同，29篇分析侵权，2篇探讨不当得利，1篇论述无因管理，3篇有关民事责任，其余属于债法总论。与上时段一样，对合同和侵权的研究构成债法论文的主干，但不当得利、无因管理、债的效力、债权保全、债的移转、过失相抵等论题的出现，不仅丰富了债法研究，还触发相关领域的知识，如不当得利与物权行为、侵权行为、无因管理的关系等。<sup>〔38〕</sup>

42篇合同法论文包括31篇总论和11篇分论。合同法总论的研究出现了情势变更、缔约过失、预期违约、根本违约等新面孔，论题相对分散，较集中的领域是分别为7篇的合同担保和违约责任；分论仍不太受重视，其中8篇与买卖合同有关。在此阶段，合同法的起草和合同法理论研究相互促进，合同法立法方案确定的指导思想包括：“广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说，尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则，并与国际公约和国际惯例协调一致”，“充分体现当事人的意思自治”，“兼顾经济效率与社会公正、交易便捷与交易安全”，<sup>〔39〕</sup>而上述新论题再加上瑕疵合同效力、违约责任规则等研究从不同侧面促成或反映了这些指导思想，这表现了立法与学说的互动，更准确地讲，是理论研究为法律文本提供了知识储备。

在侵权行为法论文中，有11篇分析归责原则、构成要件、损害赔偿等一般理论，其中有关因果关系、过错、损害等研究远较前阶段深刻；其余的18篇涉及具体侵权领域，职务侵权、医疗责任、雇佣人责任、滥用诉权等是本阶段的新论题。整体而言，侵权行为法研究的关注焦点是人身损害赔偿，与之密切相关的论文有9篇，论题涉及侵害名誉权等人格权、精神损害赔偿等。与前阶段一样，这些作品基本上与立法和司法实践相互呼应，兼具理论意义和现实价值。

〔34〕 参见张涵：《民事法学研究评述》，1996年第1期；王闯、张涵：《民法学研究述评》，1997年第1期。

〔35〕 参见曹诗权：《中国婚姻法的基础性重构》，1996年第3期。

〔36〕 参见徐国栋：《市民社会与市民法——民法的调整对象研究》，1994年第4期。

〔37〕 参见王利明：《论国家作为民事主体》，1991年第1期。

〔38〕 参见崔建远：《不当得利研究》，1987年第4期；邹海林：《侵害他人权益之不当得利及其相关问题》，1996年第5期。

〔39〕 参见张广兴：《中华人民共和国合同法的起草》，1995年第5期。

在物权法研究中,学界对国有企业财产权的热情仍在持续,7篇论文与之相关,且多在维护公有制的前提下,围绕经营权而展开,这种状况到1990年代初期改变,此时,所有权不再受制于所有制形态,国有企业享有法人所有权成为全民所有制的实现方式,<sup>[40]</sup>国有企业财产权这个民法学的哥德巴赫猜想<sup>[41]</sup>终于有了定论。

在余下的物权法论文中,9篇涉及物权变动,3篇探讨所有权,6篇有关用益物权,5篇分析担保物权,论述物权体系和物权法制定思路的论文各1篇。1995年第3期的《制定中国物权法的基本思路》,是法学所物权法研究课题组吹响的制定物权法的学术冲锋号,它表述的立法原则和法律结构成为学者此后草拟物权法建议稿的参考标准和蓝本,该文和张广兴先生发表于1995年第5期的《中华人民共和国合同法的起草》有着同样显著的历史意义,后文是学者之合同法起草行动的集结号。物权变动是研究重点,其中6篇与物权行为有关。时下是热门话题的建筑物区分所有权,也是彼时所有权研究中的重点,其开山之作是陈甦先生发表于1990年第5期的《论建筑物区分所有权》,该文讲定义、谈法例、述内容、析特征、论功能、评意义,相关知识点均有涉猎。用益物权和担保物权研究集中于1990年代,主要针对相关法律规定和实务问题,论题涉及典权、矿业权、抵押权、留置权等。

## 2. 在建构中求解释

本阶段有民法通则作为民法根底,它在确保民法学独立地位的同时,还有建立商品交换秩序、促进改革开放、保障民事权利等实践价值,<sup>[42]</sup>但它不够详尽。计划经济体制的色彩也较浓厚,不能完全适应商品经济和市场经济的发展,适用起来问题多多,无论在内容还是于观念,都不算一部完整的法典。显然,它并非民法学者的荣光和梦想,很快,学界持续呼吁超越民法通则而走向民法典,营造出建构民法的研究氛围。<sup>[43]</sup>部分学者用诸如民法典模式、合同法目标等宏大的研究主旨映衬出这种氛围,更多的学者则针对具体规则或问题进行解释,或注重方法的运用,借此提出建设性意见。就这样,民法建构和法意解释相互交错,形成本阶段《法学研究》民法学论文的基本特色。

制定民法典不是易事,尽管学界呼声不低,但理论准备并不充分。1992年第1期,编辑在编发徐国栋先生的《论现代民法典的结构—功能模式》时,特意按语“对于民法典的价值取向、功能、结构、体系、内容等等,论者较少”,该文正是鸿雁初啼。文章基于民法典的系统整体性,论述了以法律概念、法条、法律规范和基本原则为要素的结构—功能模式。同年第2期,他发表《论我国民法典的认识论基础》,以辩证唯物主义为认识论基础,表明我国未来民法典应采用开放结构,认可法官在一定限度内的自由裁量权。1995年第1期,他发表《民法典与权力控制》,论证民法典能划定市民社会与政治国家的分界,通过限定国家权力来保护市民权利。这一系列分析在彼时民法学作品中相当新鲜,它们撩开民法和民法学的制度化面纱,让法科学子知道民法研究有超越具体制度的理论空间。

上述研究固然指向我国的民法典,但基本上还是以西方知识体系为基础而展开,地方性的本土因素较少被论及,此中隐含的命题应当是民法典具有超越不同地域和不同文化的体系效应。1998年第1期,曹诗权、陈小君、高飞合作发表《传统文化的反思与中国民

[40] 参见孙宪忠:《公有制的法律实现方式问题》,1992年第5期;康德璋:《所有权所有制对应关系剥离论和现代企业制度》,1994年第6期。

[41] 佟柔先生语,参见前引[34],张涵文。

[42] 参见王家福:《一部具有中国特色的民法通则》,1986年第3期。

[43] 参见《建立社会主义市场经济新秩序的关键是法制建设》座谈,特别是佟柔、王家福先生的发言,1988年第6期;《中国法制改革学术研讨会发言摘要》中谢怀栻、佟柔、梁慧星等先生的发言,1989年第2期;《民法通则的回顾与展望》座谈,特别是谢怀栻、杨振山、王作堂、张学春、徐炳等先生的发言,1991年第3期。

法典化》，提出中国民法典如何与民族传统文化沟通连接、继承认可的问题。从表面上看，这两种思路似乎反映了法律普适性和地方性的冲突，其实不然，正如该文所显示的，诸如个人权利保护、意思自治、完备周密、系统成文之类的法典建构基本点，不因传统文化要素而无意义，它们仍是根本，只不过要合理吸纳和适度考虑传统文化中的集体主义精神、伦理化善良风俗、习惯、法源多样性等因素。其实，若认可民法的自治法、裁判法属性，包括本域传统文化在内的地方性知识是民法应考虑的要害，但不足以更正民法的基本理念和整盘规则，这应是民法典稳定且开放的体系架构之魅力所在。<sup>〔44〕</sup>

说白了，中国民法典要矗立于本土社会诸要素之中，但从基石到脚手架，都要采以商品经济和市场经济为根基的经典民法经验。财产法在此方面尤甚：在合同法，两大法系经验均显示，意思自治和合同自由是根本原则，目标在于鼓励交易，基于此，合同法要体现出限制无效合同范围、区分合同成立和生效等经验或教训；<sup>〔45〕</sup>在物权法，要贯彻个人利益和社会公益协调发展的所有权思想，适应物权的价值化和国际化发展趋势、规定物权法定主义等，<sup>〔46〕</sup>这些均折射出域外经验之光。甚至在婚姻法，学术研究也端正了对西方近现代亲属法的认识，该法律领域有了转入民法部门的理论铺垫。<sup>〔47〕</sup>

如此宏大主旨的研究为数不多，其余的论文主要指向具体制度，总括起来，它们的基本路子大致为：（1）论题为我国法律规定者，就分析法律规定、列举域外经验、点出问题所在、提出修法意见；（2）论题未被我国法律规定者，则明示论题意义、列举域外经验、阐述制度构造、提出立法意见。无论何者，均基于我国法律规定的“疏”或“漏”而为，对此，《法学研究》在1990年第3期开辟“法条释评”专栏时，说得很清楚：“我国现行法律规范比较原则，加之立法技术等原因，需要解释者颇多，其中也有可以批评之处”。

现在看来，无论评释法条抑或补充缺漏，均可在法学方法论的法律适用方法指引下操作，而有关这些方法的作品在德国、瑞士、日本、我国台湾地区为数不少，但彼时我国学界对此尚未有普遍的问题意识。梁慧星先生发表于1994年第2期的《诚实信用原则与漏洞补充》应属填补空白之作。该文以诚实信用原则论法律漏洞补充，虽有例举，但主要以例证论，学理味浓重；次年第2期，他的《电视节目预告表的法律保护与利益衡量》则以论析例，用利益衡量论解析具体个案，虽很学理，但操作过程一清二楚。法律解释正如法学研究，不同的人从不同视角来理解，会有不同结论，特别是对内容高度抽象、内涵弹性十足的概念、原则或方法的理解和运用，更是如此。故而，我们看到，孟勤国先生在1996年第2期发表商榷文章《也论电视节目预告表的法律保护与利益平衡》，提出了不同于梁先生见解的论证过程和结论。

显然，注重制度阐释的研究也兵分两路，一路论法律实体问题，另一路谈法律适用方法，问题意识及论证侧重均不同。不过，它们又有所交叉，前者牵涉法律解释，运用文义、体系、比较法、法史等解释方法评释法条，或通过一般条款、社会情理、域外经验等填补法律漏洞；后者则以特定规则或问题为对象来证成或试错。在民法典建构的宏大理论框架中，它们用细致笔触发掘出一个个可用的具体之材，本时段民法学研究也因此有了宏观理念和微观制度和谐共处的格局。

### 3. 权利和行为并举

〔44〕 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，载苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第4页以下、第47页以下。

〔45〕 参见王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，1996年第3期；另参见前引〔39〕，张广兴文。

〔46〕 参见中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组：《制定中国物权法的基本思路》，1995年第3期。

〔47〕 前引〔35〕，曹诗权文。

在德国民法编制架构中,权利和法律行为是贯穿其中的核心概念,<sup>[48]</sup>我国民法学基本上同此认识,本阶段《法学研究》针对制度的大部分民法学论文即分为这两大块,可谓权利和行为并举。

与前阶段相比,本时段有关权利的研究不仅论理更深入,题材也更丰富。对人格权的重视,弥补了之前的空白,当属本时段权利研究的最大特色。细算起来,其对象不仅包括法有明文的名誉权、肖像权,还有隐私权、自由权这样的法外之权;不仅有事关生存者的人格权,还有胎儿或死者的延伸保护;不仅涉及自然人,还有法人人格权的探讨。对债权的讨论,除了延展对合同之债和侵权行为之债的研究外,不当得利之债和无因管理之债也被关注。对物权的探讨,除了一般所有权和国有企业财产权,还包括建筑物区分所有权、承包经营权、典权、农地权、矿业权、抵押权和留置权。

这些研究均针对具体权利而为,是分散的点式研究,固然有细致入微的益处,但难见体系化的整体性,不过,有二文可消弭此憾。1988年第5期,姜山先生的《试论物权和我国物权制度体系》针对物权体系而论,但受制于法律文本而稍欠理论超越。1996年第2期,谢怀栻先生的《论民事权利体系》正针对权利研究的分离现象而为,它从点到面、由面返点,在由人格权、亲属权、财产权、知识产权、社员权构筑的民事权利框架中,点出诸如继承权的法律地位、社员权内涵等理论和实践问题,气象虽阔大,但言词平实有物,不乏问题意识,又超越法律文本,正体现出“对个别权利的研究与对整体的研究结合起来,研究才能深入”的深远立意。

上述的权利研究通盘看来稳扎稳打,波澜不惊,论争之处不多,法律行为的研究则以理论交锋为大势,以时间先后排序,有物权行为论争、法律行为内涵之辨和瑕疵合同的效力重设,物权行为是当中最有争论者,<sup>[49]</sup>至今余音绕梁。

1989年第6期刊载两篇有关物权行为的交锋文章,牛振亚先生的《物权行为初探》持肯定论,梁慧星先生的《我国民法是否承认物权行为》则相反。两文相比,前者无论在文献还是于论证,都难与后者相比,故物权行为否定论应是学界最初的声音。1996年第3期,从德国游学归来的孙宪忠先生发表《物权行为理论探源及其意义》,他借助德国原始文献,阐明物权行为的构造和功用,并直言我国应采纳该理论。自此,论争正式开场,是否认可物权行为的独立性和无因性成为我国民法学无法绕开的问题。1999年第5期,孙先生发表《物权变动的原因与结果的区分原则》,该文以负担行为和处分行为的区分为基础,较有策略地重申对物权行为的肯定。<sup>[50]</sup>

放眼域外民法学,物权行为也是一个争论不休的问题,对此而为的研析作品的数量几何,恐怕只有天地知道,萨维尼可能也未料到自己会在这个话题上耗费后人如此多的笔墨和口舌。从大势看,对该理论有三种实证法态度:完全否定,如法国民法;完全肯定,如德国民法;部分肯定,如瑞士和奥地利民法取独立性而弃无因性。鉴于物权行为在德国和

[48] 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版,第63页以下。

[49] 对我国有关研究状况的梳理,参见谢怀栻、程啸:《物权行为理论辨析》,2002年第4期。另外,以我国物权法规定为对象从物权行为角度进行的详细分析,参见葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟》,载葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第58页以下。

[50] 有关该文的写作缘由,参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第163页。

我国台湾地区是稳定而实证的制度，<sup>[51]</sup> 有其独特的体系性结构，<sup>[52]</sup> 我国大陆地区民法无论何去何从，都应全面了解其真实面目与体系定位。不过，若将民法之自治法、裁判法属性的认识一以贯之，完全肯定物权行为理论应是不错的选择。<sup>[53]</sup>

孙宪忠先生坚持物权行为理论，<sup>[54]</sup> 确属微言大义，其另一层深意在于通过引入潘德克顿知识来更新我国民法基础理论。<sup>[55]</sup> 这种理论自觉并非空穴来风，法律行为当属最好的验证。民法通则效法苏联法学，对法律行为进行“民事”改造，制造不少麻烦，其中较突出的，就是将合法性当作民事法律行为的内在要素，这与德国法的法律行为不同，后者强调意思表示要素，以彰显私法自治，<sup>[56]</sup> 并无论行为合法与否。正如宋炳庸先生发表于1994年第3期的《无效法律行为用语不可屏弃》所言，民法通则如此规定，引致用语和规范的混乱，对应策略就是在厘清民事行为和法律行为的关系以及合法行为和违法行为、有效行为和无效行为之分类的基础上，把无效法律行为拉进法律行为的范畴。

无效法律行为最常见的形态是无效合同，合同无效的理由和效果如何确立，不仅在微观上牵涉当事人切身利益，在宏观上还关系到国家的干预限度和私人的自由空间，当为重大问题。在经济合同法和民法通则实施后，我国合同无效的情形远超西方市场经济国家，王卫国先生发表在1995年第3期的《论合同无效制度》指出这一点，在利弊分析后，他主张通过尊重当事人意思自治、限制行政干预、承认交易习惯和保护善意相对人来重设我国的合同无效制度，如合理划定无效、可撤销、效力未定合同的类型，设立无效合同转换规则等。1997年第2期，王利明先生的《无效抑或撤销》以因欺诈而订立的合同为对象，细致入微地分析了此类合同为何应为可撤销合同。这些论点现在看来理所应当，但彼时却要挑战法律规定和常识理论，法学和制度发展受制于时势变迁，由此可见一斑。

## （二）如何研究：以民法知识资源为主

与前阶段相比，本时段的论文普遍注重引注，一纸白文而无任何注释的情况较少，其中，国内民法研究相互引证属于常态，标志着民法学术共同体的形成和发展。此外，本阶段民法学研究引用旧中国、我国台湾地区民法学著述468次，英美法著述296次，日本民法学著述214次，德国民法著述64次，马恩著作35次，罗马法著述30次，法国民法著述20次，苏联民法著述27次。

由这些数字可知，马恩经典在本时段的被引用率渐趋式微，特别在民法具体制度研究中几乎不见其踪影，这似乎表明在市场经济的基础上，我国民法学恢复了私法专业化的研

[51] 这两地均有对物权行为的非议，但压倒性的声音还是支持实证操作。有德国学者说，法科学习以熟知无因性原则为开端，学生甚至在睡梦中也能通过有关无因性原则的考试。Vgl. Aretz, *Das Straktionsprinzip-Das einzig wahre?*, JA, 1998, Heft 3. 在我国台湾地区，物权行为是民法和法学家思考的重要成分，其废除将造成民法理论构成上的大地震，影响多年来在实务及理论上辛苦累积的共识和思考方法。参见王泽鉴：《物权法上的自由与限制》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第19卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年版，第266页。

[52] 参见德国民法典第185、311、873、875—877、880、925、928—929、1109、1116、1132、1168、1180、1183、1188、1196条等；德国土地登记条例第19—20、29条等。

[53] 参见苏永钦先生的系列论文，如《物权行为的独立性与无因性》，载苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第121页以下；《社会主义下的私法自治》，载苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第95页以下；《民事立法者的角色》，载苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第23页以下。

[54] 除其上述论文，还可参见孙宪忠：《再谈物权行为理论》、《物权行为理论中的若干问题》，载孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第155页以下。

[55] 参见孙宪忠：《中国近现代继受西方民法的效果评述》，《中国法学》2006年第3期；孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，载孙宪忠：《争议与思考》，中国人民大学出版社2006年版，第362页以下。

[56] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第142页以下。

究传统,且微观的制度解释用不上马恩的宏大著述。再者,苏联民法著述除了在个别领域起到辅助作用外,在形式上似乎对民法研究影响甚微。其实不然,在历史津涇下,苏联民法学在我国已经悄然本土化,立法观念、法律结构、制度构造均有明证,<sup>[57]</sup>也许正是因为共识太深,引注才成为赘物,导致数量不多。

沿袭德国法系传统的旧中国、我国台湾地区民法学成为民法学研究首要的知识资源,究其原因,固然有海峡两岸同种同文的因素,更重要的,我国大陆民法虽曾取道苏联民法,但根底仍在欧陆民法,参酌旧中国、我国台湾地区民法学知识,不过是我国大陆学者在特定时势下自主选择而回归传统的理性反应。在这个氛围中,史尚宽、王泽鉴成了民法学研究中的公共人物。不过,那个年代的我国台湾地区著述多为繁体竖版的“仅供批判的内部读物”,它们在熏陶大陆学人民法学养的同时,让一些人的行文多了几分“之乎者也”的古风。如今在图书馆抚摩这些发黄的硬皮书,有恍若隔世之感,不能不令人浩叹“帝力之大,吾力之微”。

学界对日本民法学的重视,也可如此解释,但因语言障碍,再加上国内对日本民法学的译介不多,故参酌该资源的学者不多。基于相同的原因,学界在较长时间内无缘亲睹欧陆民法两大代表德国和法国的文献。直到1990年代中期,有学者分别从两国游学归来撰写相关著述后,学界才开始引用,故引证次数较少。

与上述状况不同,英语是国内大多数学者的第一外语,与其他语种的知识资源相比,英美法对学者的亲和力更强,再加上我国与英美国家交流趋多,英美法中的合同法和侵权行为法成为强劲的外来学术秘笈。此外,国内对罗马法的研究和译介基本保持着连续性,但多属通论之作,对具体问题的处理稍显粗略,参酌价值打了折扣,故引证较少。

不难看出,本时段民法学研究整体在对外开放,且大陆法和英美法通吃,这不仅反映在引证中,还体现于论文写作的比较法模式中,即点题后开始域外法律经验的对比,以求考证出经验、教训或规律。这自然有助于知识面的拓展,增加论文的信息量,但问题也因此潜生。摆在我们面前的域外经验要么是文本规则,要么是案例表述,要么是学说阐释,若不考虑其背后的历史条件、地缘因素、文化背景、制度关联等要素,不进行功能主义的整体分析,它们能否代表所论对象的真貌和全貌,颇值怀疑。而要全面、深入地认识域外经验,单凭援引二手资料或只言片语介绍,如何能达到?一旦操作不好,所谓的比较法经验将失去客观性,变为支持特定论点的人为工具,果真如此,经验就是盲人手中的大象,词和物难获一致。<sup>[58]</sup>

对司法判解的重视,是本时段民法学研究的另一特点。1989年第4期开始设判例分析专栏,编者按,“对法院公布的判例从理论上进行分析、研究和批评,是法学研究不可或缺的一个重要方面。而长期以来,这个方面并未引起研究者足够的重视”。从1991年第3期开始,该栏目并入“判解研究”专栏,据编者按,该专栏旨在“探究我国司法解释蕴涵之法理,丰富法学理论研究,并便于司法机关掌握司法解释之精神”。从我国实际来看,因为法律疏漏,司法解释或个案往往有“造法”功用,法院或法官根据法理、情理、习惯等诸资源发掘或创设出习惯法来,<sup>[59]</sup>对于学理研究而言这是宝贵的实践素材,对于国家法律而言这是重要的实验基地。研究者在自己知识背景下品位司法者的见识,既能辨析优

[57] 参见孙宪忠主编:《民法总论》,社会科学文献出版社2004年版,第33页;孙宪忠:《中国近现代继受西方民法的效果评述》,《中国法学》2006年第3期。

[58] 参见孟勤国:《关于吸收和借鉴西方民法问题》,1993年第2期;张新宝:《民法学研究综述》,1998年第1期;张广兴:《民法学研究述评》,2001年第1期;前引[34],张涵文。

[59] 参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,《中国法学》2006年第3期。

劣、体察苦衷，又能验证书面知识和抽象方法在“活法”中的合理性及其限度，理论与实务因此互动，益处显然。

再回到引证。从引证情况来看，除了民法典制定、美国侵权制度等少数论文，民法学之外的知识资源没有影响民法学研究，大多数论文采用概念分析、要素分解、演绎推进等规范分析，对法律建构及法条解释最实用，也最易为人接受。民法学当然要重视规范和逻辑，否则，就无自主性可言，但它终究是一门以社会现象和问题为对象的学科，离开其他人文和社会科学乃至自然科学的支持，它未必能妥当解析社会现象和解释社会问题，这一点无论在概念构造还是规范解析均无二样。<sup>〔60〕</sup>易言之，在规范性和逻辑性之外，民法学还要来点社会性、经验性、技术性等其他学科的知识和方法，正如论者所言，唯有如此，民法学研究才能走出“教科书法学”阶段。<sup>〔61〕</sup>

### （三）谁在研究：学术团队中的主力军

现今民法学的诸领军人物在此阶段基本上悉数登场，分别亮出看家本领，他们共同引领和推进彼时的民法学研究，并影响至今。同时，他们和其他学者一起，通过参酌彼此的研究成果，促成了民法学术共同体，在此背景下，通过计算论文引注中的他引率，可以本时段《法学研究》民法学论文为平台，衡量出学界同仁对某研究者之成果的关注度。<sup>〔62〕</sup>再者，《法学研究》自1987年第4期开始标明作者单位，学者的研究不仅事关个人学术名声和地位，还显示出所在机构的整体学术力量和声望，故而，以论文发表情况为指标，除了能看出学者个体的研究情况之外，也能在《法学研究》的范围内，标度出具体教研单位的民法学研究状况。

梁慧星先生以1987—1995年间的10篇民法学论文保持领先，论题分属总论、债法和物权法，主要参照旧中国、我国台湾地区民法和日本民法的知识，他仍以债法为研究重点（7篇），但学界更重视其在民法总论和物权法领域的研究，其民法总论研究被他引23次，物权法研究被他引10次，均居前列。杨立新先生的8篇（其中2篇合作）涉及人身权、债权和物权，作为其研究重点的人身权和侵权均结合实务问题而展开。徐国栋先生在1991—1995年间发表6篇，均关注诸如诚实信用原则、民法典制定等较抽象的理论问题，他运用不少民法学外的知识资源，使民法学研究有了更开阔的理论面向。注重英美法知识资源的张新宝先生也有6篇论文，主要集中于人格权和债法，他对隐私权、侵权行为法体系、地位、功能以及定式合同的研究，均为领军之作。崔建远先生的6篇（其中2篇合作）涉足债法和物权，其债权研究的他引率（7次）位居前列。

王利明先生的5篇（其中1篇合作）涉及民法总论和债法，重点在合同法，从其有关合同法目标、合同瑕疵等论文来看，他相当关注国内的民法学研究，同时也着重参酌旧中国、我国台湾地区民法和英美法的知识。另外，他的物权法研究也受学界重视，其债法和物权法研究的他引率分别为6次和5次，均列前茅。邹海林先生的5篇涉及债法和物权法，他在担保物权领域的研究非常精细。孔祥俊先生在1991—1993年间发表的5篇（其中1篇合作）涉足民法总论和债法。刘士国先生的4篇均在侵权领域，主要参考旧中国、我国台湾地区民法和日本民法的知识。房绍坤先生于1991—1994年间发表的4篇（其中1篇合作）涉及侵权和物权。

孙宪忠先生的3篇专注于物权法，他一方面正本清源，运用原始资料阐明德国民法概

〔60〕 Vgl. Wank, *Die juristische Begriffsbildung*, Verlag C. H. Beck, 1985, S. 123.

〔61〕 参见韩世远：《论中国民法的现代化》，1995年第4期；前引〔34〕，王闯等文。

〔62〕 我国坊间有一些学者主编的学术作品，尽管主编者主导或组织了专项研究，甚至还参与其中写作，但它们毕竟是诸多学者合力成就的结果，而对它们的引注通常只反映出主编，并不见具体引注部分的作者，为公平起见，也为了确保定量分析的精确度，本文计算的他引率，均指向研究者的个人作品，不包括主编作品。

念和规则,努力恢复我国民法学研究的德国知识传统,又着眼现实,对它们进行有机转化,便于在我国适用,故其作品重学理但不谈玄,理论性和实践性并重,颇为学界关注,其物权法研究的他引率以15次居于前列。徐炳先生在1989—1991年间的3篇民法学论文均关注买卖法问题,主要运用美国法资源。韩世远先生在1993—1997年间发表的3篇(其中1篇合作)均是研究生时期的作品,重点在合同法,融合了国内民法、旧中国、我国台湾地区民法、日本民法和英美法的知识。其他研究者的论文虽然数量不多,但不乏重头大作,限于篇幅,恕不一一陈列。<sup>[63]</sup>

本阶段的主力军多生于1950—1960年代,他们经历了高度计划经济、改革开放、有计划的商品经济、社会主义市场经济等社会转型节点,并有务农、务工、参军、办案等实践历练,对社会或法律问题有真切、实在的体认和感悟,又受过硕士或博士阶段的法学训练,有人还在国外有较长期的学习和研究经历,研究能力和外语能力不成问题。同时,经济发展和实务问题需要诸多民事规范和民法知识,立法、司法等实务界注重学者的作用,无论是参与法律文件的起草还是具体案件的论证,均让他们有掌握实务界新动向和新问题的机会,而出版、报纸、网络等传媒又为他们提供了掌握理论和实践新资料的便利。这些因素糅合在一起,使得他们的研究远较上一时段精深。

如前文所言,论文是衡量作者所属教研机构之民法学研究状况的一项指标,总括起来,论文数量位列前6的分别是:中国社会科学院法学所48篇,中国政法大学12篇,中国人民大学法学院和中南财经政法大学各9篇,吉林大学法学院和烟台大学法学院各6篇,北京大学法学院4.5篇,西南政法大学4篇。<sup>[64]</sup>

#### 四、《法学研究》2000—2007年之民法学

##### (一) 研究什么: 法典架构与基础理论

##### 1. 民法学研究格局

《法学研究》在本时段刊载79篇民法学论文,其中,30篇涉及总论,19篇研究债法,26篇有关物权法,2篇婚姻法,1篇继承法,1篇探讨民法研究方法。与此前相比,不难看出:(1)本时段论文总量较少,这应当与论文篇幅普遍较长、而杂志容量保持稳定有关;(2)债法论文数量大幅减少,似乎表明学界对债法的研究热情随合同法颁布而达致极点,之后是很自然的衰减;(3)总论和物权法的研究比重大幅上升,似乎表明随民法典和物权法提上立法日程,学界将更多的精力投向这两个领域;(4)婚姻法和继承法论文数量继续萎缩,在论题远未穷尽的现实面前,身份法如此低迷的研究状况对民法典而言并非福音。

在30篇总论论文中,2篇以民法典整体为对象,3篇讨论总则编制问题,3篇涉及人格权立法体例,1篇诚实信用原则,3篇法律解释,2篇涉及财产权基本类型,3篇有关请

[63] 本阶段有学者的研究跨越了民法学和其他法学领域,如王家福先生对法理学、知识产权法的研究,谢怀轼先生对经济法问题的研究,陈甦先生对公司法、证券法的研究,王卫国、邹海林先生对破产法的研究,徐炳先生对人权的研究,张学军先生对调解制度的研究,梁上上先生对公司法、竞争法的研究等。

[64] 需要说明者有四:(1)学生作品也包括在内,如法学所学生的单位通常标明是中国社会科学院研究生院,中国政法大学也有这种情况;(2)本文仅计算专业教研机构,且取其现名,没有包括最高人民法院等实务机关;(3)在计算两个以上作者的合作作品时,第一作者单位为0.5篇,其他作者单位共有0.5篇;(4)《法学研究》是法学所主办刊物,从常识上讲,法学所师生似有近水楼台之便,但鉴于他们同时也在其他学术刊物上发表不少文章,出版不少专著,公开研究成果的途径比较畅通,而且,《法学研究》也有维护自己声誉的需求,不会因为作者与法学所有关而降低论文发表标准,故而,法学所论文多可能说明法学所师生在《法学研究》上发表文章的偏好比较明显,同时也有较高的创作能力。



求权，6篇有关主体，2篇专论人格权，2篇客体，1篇意思表示，1篇探讨善意，1篇诉讼时效。在本时段，民法典研究开始具体探讨编制体例，有7篇论文与此有关，并生出是否要总则、人格权是否独立成编等现实问题，围绕它们展开了诸如潘德克顿体系的学理基础、人身关系和财产关系的关系等原来鲜见的理论问题，这为本阶段的一大亮点。可能因为民法典牵涉到全方位的基础理论，学界开始自觉深入研究各种最基本的理论常识，总论研究中的论题大多如此，如物权与债权的区分、支配权与请求权的构成等，它们所指并不新鲜，但通过解读原始文献或思考体系构造，原来寥寥数语的常识结论，成了追根溯源或整体描绘的长篇论述，既展示了知识脉络的承袭和发展，也能让人了解具体概念或制度在民法中的地位以及相关因素的制约效用，从而反映出民法基础理论的深化。

2篇债权总论、11篇合同法和7篇侵权行为法是债法论文的数字布局，大势与此前相当，合同法和侵权行为法仍是研究重点。在合同法颁布后，围绕合同法一般规定展开讨论成为特色，如对第51条、第64条、第66—69条、第114条的研究形成5篇论文，再加上分别涉及合同概念、合同解释、自始不能的3篇，映衬出分论研究的不足。侵权行为法论文除了2篇分别探讨一般条款和侵权构成外，其余均针对经营者对服务场所安全保障义务、空难死亡赔偿、机动车损害赔偿等具体问题。仅以论文布局衡量，侵权行为法似乎受学界关注不足，论题也较少宏观思虑，但再参照草案建议稿和学术会议述评，会发现侵权行为法与民法整体的协调、编制结构、归责原则、精神损害赔偿的适用范围、纯经济损失等仍是学界关注的特点。<sup>[65]</sup>

物权法研究是本时段的新贵，包括16篇总论和10篇分论。在总论研究中，1篇总结了学者的物权法草案建议稿；3篇涉及物权静态范畴，其中2篇专论物权法定；11篇有关物权变动，论题包括物权公示导致的权利分类和权属界定、物权行为、非依法律行为的物权变动、交付、登记申请、善意取得等。在分论中，1篇论述他物权的设定，2篇关系到所有权保留，涉及地役权、水权和抵押权的各1篇。整体而言，本时段的物权法研究论题更细致，也更注重基本概念和规范制度的深度讨论，并有重要的理论突破，比如，在渐进的实践发展和学术积累的基础上，所有制不再成为所有权地位高低的制约因素，法律对合法财产应平等对待，一体保护；<sup>[66]</sup>又如，重新审视国家所有权和集体所有权，分别根据实际情况进行公共法人所有权或企业法人所有权改造。<sup>[67]</sup>

## 2. 法典的体系架构

在完成民法典的价值取向、功能等基础研究后，特别是随着合同法颁布和物权法起草，民法典不再遥不可及，更现实的研究工作是从各层面探讨法典的体系架构，借助学说的理性之维，合理安排应有的民法规范。

徐国栋先生发表于2000年第1期的《民法典草案的基本结构》体现了这样的努力，该文的基础是对罗马法、近现代欧洲、拉丁美洲国家民法典编纂史的研究。其结论主要为：法学阶梯的三编制突出了人法，故采用改进的二编制，即人身关系法和财产关系法；为了突出人在私法中的中心地位，借鉴俄罗斯联邦民法典和荷兰民法典的结构来设计分编；再借鉴伊比利亚—拉丁美洲诸民法典，设置序编，规范调整对象、基本原则、交易、权利保护等内

[65] 参见中国民法典立法研究课题组：《中国民法典·侵权行为法编草案建议稿》，2002年第2期；孙宪忠、汪志刚、袁震：《侵权行为法立法学术报告会议述评》，2007年第2期。

[66] 参见梁慧星：《制定中国物权法的若干问题》，2000年第4期；另参见《市场经济与法制现代化》，徐炳先生的发言，1992年第6期；陈甦：《公民财产权利及其保护》，1994年第3期；孙宪忠：《物权法的基本范畴及主要制度反思》，《中国法学》，1999年第5期。

[67] 参见孙宪忠：《确定我国物权种类以及内容的难点》，2001年第1期。

容。该体系架构的突出特点是彰显人法价值,使其独立成编,而德国民法典的总则也随之改造为序编,这不同于学界习见的德国、日本、我国台湾地区的民法典模式,总则还是序编,成了我国民法典架构的首要问题。<sup>〔68〕</sup>

与上述论点不同,2006年第6期,尹田先生的《民法典总则与民法典立法体系模式》认为,如果着眼于总则的体系价值、对制度的整合作用以及制度成本,我国民法典有必要设置总则。2007年第1期,杨代雄先生的《私权的一般理论与民法典总则的体系构造》通过解读原始文献,认为总则是私权一般理论的立法表达,是民法高度体系化的必然产物,同时又因其高度抽象性确保民法体系的开放性,故在编制上具有正当性。

从形式上看,德国民法典总则以“人一物一法律行为”为框架,内容基本上是从具体规范中抽象出的更具普适性的规范,故而,在法典体系中,总则是抽象概念和规则的终极抽象,有纲举目张和弹性开放的效用。这种定位应当是论者基本认可的共识,但共识仍属分析对象,从不同视角观察,取不同侧重点,对总则的褒贬程度自然不一,这再现了学术研究的不唯一之解。

人格权立法模式同样如此。2003年第2期,王利明先生的《人格权制度在中国民法典中的地位》强调人格权不能为主体制度和侵权行为法所涵盖或替代,将其独立成编,既丰富与完善了民法典体系,又发展了人格权制度。2003年第4期,尹田先生的《论人格权的本质》指出,人格权是宪法权利,不能在民法典独立成编。马俊驹和张翔合作发表于2004年第6期的《人格权的理论基础及其立法体例》则认为,如何在法律上看待人的伦理价值与人的关系,是民法典制定中人的伦理价值保护制度之构建问题的核心,对此不同的认识直接决定民法的制度选择,应将其视为权利客体,建立独立、统一的人格权概念及其制度。

以上问题并非民法典体系架构问题的全部,债法总则、侵权行为法应否独立成编、各编次序如何排列等也争论不断,这很正常。在法学领域,只要学术自由和思想独立是客观现实,学术见解与研究人数应成正比,这特别适用于法典体系这样的组合研究,因为对一个问题有不同见解,就有可能改变架构,所谓牵一发而动全身。上述论文对此表露得很充分,这反过来再次印证了民法典的体系化和整体性,也提醒我们在理解具体制度甚至特定民法体例时,必须考虑其所处的特定语境,考察相关联的各种制约要素。

法典体系架构事关规范群的实体安排,这方面的研究有着深刻的理论观察,但受论题所限,它们终究分析的是法典形式。这意味着,无论研究者的视角和方法如何不同,对法典体系编制的认识有怎样的差别,制度内容在本质上的区别并非大得无法弥合。我国民法学研究转归以罗马法为精神领袖的知识传统后,学术积淀已为大部分论题提供了明确答案,它们既是无数先人经验和智慧的总结,也是现代学者分析和思考民法问题的出发点。故而,形式组合的多样化所把玩的还是数量有限的实体制度,在问题和制度限定的前提下,法典体系架构可能只是作道场的平台。特别是如果不否定民法典的裁判法属性,那么,实用一些,经验应重于逻辑,只要体系架构没有缺漏或冲突,法官裁判据此能使上帝的归上帝,恺撒的归恺撒,总则还是序编,人格权独立成编与否,似均无不可。不过,如果经验足够丰富,知识也相当完备,不妨逻辑重于经验,用总则来传承潘德克顿传统,用人格权编来彰显人以及人格权的价值,倒也鱼和熊掌兼得。

### 3. 多重面向的理论

本阶段民法学论文对基础理论的关注远超此前,且有多重的面向,对民法典体系架构

〔68〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,2004年第6期。

的研究已经有所反映，其他领域的论文也不乏适例，以下择要简言。

民法学研究最常见的面向是规范解释，即以具体规范为对象，从各个角度探究真意，甚或寻觅漏洞，其手法大致有文义分析、比较考察、系统定位、历史对照、目的考量等。本阶段规范解释的论文主要集中在合同法研究中，除了最基础的文义分析之外，论述多注重比较考察和体系定位。比较考察是对比不同区域的特定法律规范，从文义、构造、价值等方面进行异同分析，进而评析具体规范的内涵，其优点是视野开阔，能以特定民法传统的规范为标准，来衡量我国规范的意义及其价值。此方面的适例是对合同法第64条的分析，论者正是从罗马法、大陆法系民法、英美法或我国海峡两岸民法规范对比中，否定该条的利他契约属性。<sup>〔69〕</sup>系统定位则不仅着眼于规范本身来考察其意义，还放在相互关联的制度整体中来界定其功用，其优点在于思虑全面，不至于有一叶障目之弊。无权处分是我国民法学研究的最热点问题之一，涉及法律行为类别、合同效力、物权归属等问题，研究者如不能自由穿行于民法总论和财产法相互勾连的通道，很难自如应对该知识网络化的问题，故其应是系统定位手法的最佳对象。而从物权行为、处分权、自始不能、法律行为的标的、合同效力瑕疵、权利瑕疵担保、善意取得、不当得利等相关要素来审视无权处分，<sup>〔70〕</sup>正是典型的系统分析。

囿于立法中存在的导向、策略和机制问题，我国民法规范往往不能给司法者供给足够的裁量准则，实践中因此产生不少法无明文的疑难案件。且不言学理能否成为法官裁判的渊源，单就民法学之实用学科之部门法性质而言，如果学界只会务虚说禅，无心或无力面对活生生的现实问题，民法学就无非是法哲学或法史学的变种。故而，民法学的实务问题面向，是确保其自主的重要表现。“判解研究”栏目下的论文均是面向实践疑难问题的理论典范，它们涉及宾馆对住客的保护义务、无产权证房屋买卖、空难死亡赔偿、医疗服务合同等问题，“活法”价值不言而喻。其他论文也有如此面向，比如，仅据生效的合同能否确定物权变动，不动产登记和动产交付是否确定物权变动的唯一依据，均是令法官头痛的现实问题，它们纠缠在物权和债权之间，不对这两者的关系进行分解并再组合，难以妥当应对，而学理在此方面的努力，实有柳暗花明之效。<sup>〔71〕</sup>又如，我国城市化进程中的集体土地概括国有化难以被土地征收制度涵括，其特点、成因和改正措施必须从现实中寻出答案。<sup>〔72〕</sup>再如，对物之权利客体资格的讨论，有助于加深理解并妥当解决人体器官、宠物、虚拟财产等物的属性、权属、损害赔偿等现实问题。<sup>〔73〕</sup>

学术研究通常有“为什么”的标准，即不仅让人知道是什么样，更要让人知道为何如此，这对我国民法学尤为重要，因为我国民法学身处罗马法—德国法的学术梯队中，基本概念、规则和理论大都取自该传统，但历史因素又生成较厚的隔膜，这需要由追溯规范成因的理论加以沟通。比如，作为权利客体的物与主体地位、权利构造、民法体系有着逻辑关联，甚至在法律概念层面还蕴涵着强烈的方法论意义，<sup>〔74〕</sup>而以盖尤斯为起点在历史中推进无体物概念，对于后人理解物和权利的关系、财产权的分类、物权的构造等问题，甚有助益，还能展示出罗马人和现代人不同的法律观。<sup>〔75〕</sup>又如，意思表示是绝大多数私法

〔69〕 参见尹田：《论涉他契约》，2001年第1期；薛军：《利他合同的基本理论问题》，2006年第4期。

〔70〕 参见崔建远：《无权处分辨》，2003年第1期。

〔71〕 参见孙宪忠、常鹏翱：《论法律物权和事实物权的区分》，2001年第5期；孙宪忠：《交易中的物权归属确定》，2005年第2期；董学立：《也论交易中的物权归属确定》，2005年第5期。

〔72〕 参见陈甦：《城市化过程中集体土地的概括国有化》，2000年第3期。

〔73〕 参见杨立新、朱呈义：《动物法律人格之否定》，2004年第5期。

〔74〕 Vgl. Kaelin, *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, Verlag Schulthess, 2002, S. 1—134.

〔75〕 参见方新军：《盖尤斯无体物概念的建构与分解》，2006年第4期。

关系的起点,但学界对其内涵言之甚少,需借助罗马法和德国法资料认真对待。<sup>[76]</sup>再如,源自德国的债权与物权的区分是我国民法最基本的权利框架,但学理并未清晰阐述其构成要素,通过考察德国学说史,可以弥补此憾。<sup>[77]</sup>

我国民法学研究具有后发优势,域外的理论或实践的镜鉴作用非常明显,面向域外经验进行知识拓展在民法诸研究领域均有体现。比如,通过借鉴罗马法、拉丁法族的研究成果,诚信不仅包括我国学界通说的客观诚信,还包括知之不多的主观诚信。<sup>[78]</sup>又如,德国研究颇多的类型思维<sup>[79]</sup>在我国比较陌生,对它的评介对我国民法解释理论的意义明显。<sup>[80]</sup>再如,对域外错误生命的损害赔偿制度进行全面引介,能让我们了解其制度全貌及价值。<sup>[81]</sup>

与上面这种新知识拓展不同,通过加入新材料或用新视角对域外传统经验进行再解读,从中总结出适合新形势或我国情况的规律,是知识扩展的另一种理论面向。比如,在现代权利话语语境中审视对物权和对人权的区分,有助于将意思自治的近代民法推进到意思推定的现代民法;<sup>[82]</sup>又如,通过对比主要国家的立法经验,再结合我国立法经验,在我国侵权行为法中确立一般条款有了重要价值;<sup>[83]</sup>再如,通过甄别法国、德国民法针对侵权行为所保护的利益范围和价值,可以看出,引入和发展一般注意义务会使侵权构成发生向法国模式回归的趋势。<sup>[84]</sup>

如同法条的系统解释,对特定制度进行体系化评析,既有助于深化制度理解,还能以具体印证一般的普适程度及其相互间的差别。比如,他物权的设定既遵从物权变动一般规律,又异于所有权移转,故从其构成要素和构造模式能看出物权变动规则的多重面孔;<sup>[85]</sup>又如,支配权和请求权的区分既与主体与客体的区分有关,又与原权和救济权的区分有关,如果将救济权界定为请求权,包括人格权在内的支配权保护也就有了支配权请求权的因应,而这种请求权将与作为原权的支配权、债权请求权并列存在。<sup>[86]</sup>再如,地役权在利益物权的范畴中,内部有需役、供役之分,效果有对物、对人双重属性,对其进行体系解读实有必要。<sup>[87]</sup>此外,对传统命题进行正当性反思,也是促成学术进步的重要手段,对诸如法人人格权、人及其理性基础等问题的思考均属此类。<sup>[88]</sup>

## (二) 如何研究:拓展多元的知识路径

本阶段民法学研究引用旧中国、我国台湾地区民法学著述 595 次、德国民法著述 585 次、英美法著述 290 次、罗马法著述 225 次、日本民法著述 190 次、法国民法著述 59 次、其他国家(包括意大利、荷兰、俄罗斯、阿根廷等)民法著述 113 次、其他法学部门(包

[76] 参见米健:《意思表示分析》,2004年第1期。

[77] 参见金可可:《债权物权区分说的构成要素》,2005年第1期。

[78] 参见徐国栋:《诚实信用原则二题》,2002年第4期。

[79] 有关类型思维的文献梳理以及论点纲要,参见吴从周:《论法学上之“类型”思维》,载杨日然教授纪念论文编辑委员会编:《法理学论丛:纪念杨日然教授》,台湾月旦出版公司1997年版,第293页以下。专门探讨类型和法律发现的著述,例见 Leenen, *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode fuer die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Verlag Duncker & Humblot, 1971。

[80] 参见刘士国:《类型化与民法解释》,2006年第6期。

[81] 参见张学军:《错误的生命之诉的法律适用》,2005年第4期。

[82] 参见冉昊:《对物权与对人权的区分及其实质》,2005年第3期。

[83] 参见张新宝:《侵权行为法的一般条款》,2001年第4期。

[84] 参见姜战军:《侵权构成的非限定性与限定性及其价值》,2006年第5期。

[85] 参见王利明:《论他物权的设定》,2005年第6期。

[86] 参见马俊驹:《民法上支配权与请求权的不同逻辑构成》,2007年第3期。

[87] 参见朱广新:《地役权概念的体系性解读》,2007年第4期。

[88] 参见尹田:《法人人格权》,2004年第4期;李永军:《民法上的人及其理性基础》,2005年第5期。

括法理学、宪法学、环境保护法学等)著述 250 次、其他学科(包括哲学、社会学、历史学、经济学等)著述 207 次。

在本阶段,旧中国、我国台湾地区民法学著述仍是民法学研究最主要的知识资源,除了史尚宽和王泽鉴,苏永钦、谢在全也成了民法学明星;德国民法学著述的影响力快速提升,拉伦茨、梅迪库斯、鲍尔、施蒂尔纳等在引注中最流行。这固然说明他们的著述在本时期于我国大陆以简体中文出版或发表,方便了学者的知识获取,还表明在原来的根基上,我国大陆的民法学又向德国法系迈进了一大步,曾经被历史割断的知识传统已然恢复。在这个过程中,一批谙熟德语的学者起到了重要的粘结作用,他们熟读德国文献,或译或写,原属雾里之花的彼邦知识原貌逐渐得以复原和清晰。就《法学研究》的论文来看,孙宪忠、米健、申卫星、金可可、杨代雄等先生在此方面着力甚多,他们通过解读德国文献,仔细追溯各自论题的学理脉络,“是什么”和“为什么”均有据可鉴。

尽管法国民法著述、特别是日本民法著述的译介之作也逐渐增多,但我国学界对法国民法整体制度构造比较陌生,而日本民法学的“德国味”终究不够地道,故学界对它们的引用相对不多。这同样也是英美法对我国民法学的影响不如德国民法大的基本原因,对英美法的引用,仍然主要在合同法和侵权行为法研究领域。

随着研究者对民法学基础理论的深入探讨,罗马法资源得到深层利用,特别是一些掌握意大利语、拉丁语的学者充分利用他域研究罗马法的文献,在论文中专述罗马法问题,这既使罗马法论述较前时段更具体细致,更凸显罗马法的学源意义,也提升了罗马法的引证数量。对罗马法的重视,还导致一些学者借鉴拉丁语族国家的研究成果,这是其他国家民法学著述成为本阶段民法学研究新资源的成因之一。其次,一些学者从意大利等国游学归来,掌握了这些重要的、但对我国大多数民法学者相对陌生的民法学资源,他们结合相关理论问题择要而论。其三,包括荷兰民法典、俄罗斯联邦民法典在内的一些新民法典既传承了德国民法传统,又有不同程度的创新,而支持这种守成和创新的民法学也引起了部分学者的注意。在此方面,徐国栋、刘家安、方新军、薛军、徐涤宇等先生的研究贡献良多。这种新资源的引入拓展了研究者的知识视野,但毕竟有掌握这些知识资源所必需的外语能力的研究者不多,而中文译介又较少,故其还不算主要的知识资源。

对民法学之外的学科知识的重视,也是本阶段民法学研究的突出特点。从知识传统上讲,民法学是私法显学,但这并非刚性的知识藩篱,其他法学学科知识的滋养必不可少。比如,民法学论文最爱域外法律的比较研究,比较法研究的方法和知识当然有着显著的借鉴意义;又如,私人自治离不开国家管制,民法问题的另一面往往就是公法领域,对宪法等公法学知识的了解也顺乎自然;再如,其他法学学科对具体论题更为成熟的研究可为民法学的镜鉴,法理学对法律解释的研究、刑法学中因果关系研究等均有如此价值。故而,民法学研究与其他法学部门知识有着紧密关联,实在正常不过。同样,法学之外的其他学科知识对于民法学研究也有同样的功效,它们的方法、视角和知识对民法学研究而言,既有纵深探索之利,又有扩展视界之便。

民法学与其他学科知识沟通和融合受到学者的称赞,以此期许民法哲学时代的到来,并延伸出民法研究的个人主义方法论。<sup>[89]</sup>其实,只要个体之人作为主体游荡于理性国度之民法的自治法世界,而这个世界的每个角度无不散发着个人主义和自由主义气息,那么,个人就是这个世界的中心。民法研究无非就地取材,通过学者之笔勾画出种种可能的个体利益图像,以此为基础再总括出理性人眼里的最佳利益图谱,以求得益者据此自享其

[89] 参见易军:《个人主义方法论与私法》,2006年第1期。

利益但无巧取豪夺,受损者据此甘受其损失而不愤世嫉俗。就此而言,论者所抽象出的个人主义方法论不是负暄而坐的空谈,它被民法研究实践着,尽管没有响亮的称号,却印在学者心中并落于笔端。当然,对民法学之外知识的运用,不仅取决于论者的知识结构和研究偏好,还要看论题是否需要和适合这样的运用,只有二者均俱,民法学和其他学科知识方能如同形影,相得益彰。无论如何,民法学研究知识资源的这种外拓,说明民法学是一门论题自主、但内容并不自足的学问。

### (三) 谁在研究:薪火传承的民法学人

在本时段,民法学领军人物活跃在第一线,他们既有丰富的研究经验,又有深度接触立法、司法等实务的机会,他们的作品因此兼具理论和现实意义。一批出生于1960—1970年代的学者也推出力作,他们基本上受过完整的法科训练,在论文发表时,他们正攻读或已取得国内或国外的博士学位;通过汲取前辈的学术营养,他们有进步的基础,也知道经验或问题之所在;特别是在取得学位、晋升职称或实现抱负的学术压力下,他们需要推出有新意的作品;他们又身处众多论题被“先占”的困局中,为了走出这种困局,他们作品的选题更有针对性,视野更开阔,信息量也更丰富。而各种主客观要素确保这种学术努力转化成公开的论文:从自身能力看,除英语外,有人还熟练掌握德语、法语、意大利语、拉丁语等;除法学知识外,有人还谙熟或喜好社会学、历史学、哲学等他科知识;各种数据库、网络、译介等媒介手段在本时期快速增长,又为他们掌握域内外研究成果提供了极大便利。这样的局面反映了学术传承,也意味着民法学基础理论被深度挖掘的学术进步。

从研究者个体情况来看,尹田先生的5篇涉足总论和债法,他同时也研究物权法,其债法和物权法研究分别为本时期《法学研究》民法学论文他引10次和17次。崔建远先生的4篇涉及债法和物权法,其债法研究被他引10次。孙宪忠先生的3篇(其中1篇合作)均为物权法专论,并延续了此前的研究风格,其物权法研究被他引34次。杨立新先生的3篇(均为合作)均与人格权有关。张新宝先生的3篇(其中2篇合作)均探讨侵权行为法问题。张学军先生的3篇涉及总论、侵权行为法和婚姻法,主要参酌英美法和日本民法知识资源。梁上上先生的3篇(其中1篇合作)涉足总论和物权法。发表2篇的有王利明、马俊驹(其中1篇合作)、徐国栋、刘凯湘(其中1篇合作)、韩世远、屈茂辉、马新彦、申卫星、吴国喆、程啸(其中1篇合作)等。另外,王利明先生对债法和物权法的研究分别被他引14次和25次;梁慧星先生对总论和债法的研究分别被他引30次和12次。<sup>[90]</sup>

本时期论文数量位列前6的科研机构分别是:清华大学法学院11.5篇,中国社会科学院法学所9篇,北京大学法学院8.5篇,中国人民大学法学院8篇,中南财经政法大学4篇,中国政法大学、吉林大学法学院和浙江大学法学院各3篇。

## 五、结 语

依域外学术经验,无论德国法抑或普通法,30年是切割法学史的常见单位,<sup>[91]</sup>只要潜心观察如此时段,不难看出江湖风云和学问兴衰的大致。在我国特定场景下,《法学研

[90] 本时段民法学者对其他法学领域的研究主要为:王利明先生对证券民事责任的研究,马俊驹先生对公司法人治理结构的研究,杨立新先生对检察理论的研究,方新军先生对权利一般理论的研究。

[91] See Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, p. 41.

究》之民法学的这30年，更有学术时间单元的意味。如果说1949—1977年是我国民法学的转向、停滞与死亡期，<sup>〔92〕</sup>那么，1978年当属断裂后的重生之端。但即便时间开始了，它也流自过往，正如《法学研究》是《政法研究》的复刊，民法学也离不开从前的积淀，1978年便是承继中的演进之点，多了这一层，1978—2007年的民法学便在重生和承继中有了更丰富的意蕴。

仔细读这一脉学术史，看得出民法典是诸多民法学者的精神归宿，民法之学多在其指引下前进和发展，现时期表现得尤为突出，其积极意义固然无需赘言，但前提问题是，我国30年民法学术的累积是否足以撑起一部经久不衰的民法典？法典化的理论情结在制造学术欢愉的同时，很可能会在后民法典时代留下“怅佳期”的学术遗憾。也许，正因为旁观历史，才深知时间是最好的过滤器。如今回首过去一幕幕的民法学，许多研究因切近民法“本质”而生命力长久，但有不少讨论因时过境迁而人去楼空，又有若干热闹理论场景因非学术性而成为明日黄花，还有一些论题因欠缺体系性知识前提而显得左右均可。观诸此景，更让人清醒地知道，民法学研究在路上，无人知其终点，唯有努力前进。

本文所为，无非是后生小子的无知无畏，尝试揭开这意蕴的一角，而无论结论如何，它终究摆脱不了历史一页的命运。这意味着，本文回首凝视这一脉历史，不仅为了钩沉和考古，还为了从历时的学术梳理中仔细解析或复原纸面上下的诸种机缘或必然，以此为今后民法学研究的镜鉴，故而，本文所言的文、事、人，没有高下之分，其意义或潜于过去，或存于现在，或及于未来。概言之，数代民法学者或立足根本，尽力探讨民法的客观规律，参悟民法的宏旨真意；或扎根实践，竭力追问民法的真实问题，实证民法的实际功用；或因时而动，极力关注民法的社会背景，感触民法的时代脉动；或广征博引，努力探索民法的精细脉络，勾连民法的理论要素；或积淀功夫，致力解析民法的具体制度，延伸民法的知识谱系。

套用知名报人曹聚仁先生的话，人是会思想的芦苇，也许倒了，但思想在，至少有过思考，《法学研究》正是一方被历届编辑精心看护下的思想和思考之域。此中数代民法学人的学问，经由30年的流变，业已化成几缕高乘的思虑烟霭，几抹真切的时势背影，几曲深远的问学幽径。它们有的也许散落飘零在人们记忆的深处，但更多的仍在指引今人前进的方向。

〔92〕 前引〔17〕，梁慧星文，第7页。