

行政诉讼的讨论比较活跃,比较集中的议题是抽象行政行为是否应纳入受案范围、人民法院管辖权范围、行政诉讼程序设定等。有人提出对法律规范进行政策选择与对行政机关的选择的合法性进行审查,是两个截然不同的过程,并对实际操作中,往往将二者相混淆的原因在理论上进行了阐述。所有这些有关行政诉讼问题的讨论,对完善行政诉讼法具有重要的理论价值。在行政诉讼的实践中,还有许多问题需要我们去调查研究,实证分析,我们把对解决问题的对策性意见建立在坚实的理论基础上。对现实问题进行实证研究,这不仅是我们行政法学研究,而且也是法学其他学科所倡导的研究方法,我们要很好地运用它。

在我们去年整理的述评中,对1997年以及以后几年的行政法学研究作了比较客观的展望。从1997年发表的论文,尤其是我们收到的投稿看,研究的情况还不太尽如人意,罗豪才等在《中国法学》1996年第1期的一篇文章中指出的“高水平学术成果尚不多见,低层次的重复研究现象却相当严重。研究领域展开不够,科学的学科体系尚未最终形成。缺乏深入讨论的空气,学科队伍的总体素质亟待提高”的状况依然存在。这种状况的基本改变不是三年五年就能做到的,需要一个较长的过程。但是,经过我们不懈努力,一个基础坚实、学科体系科学完整、整体理论水平较高的行政法学会出现在我们面前。

民法学研究述评

张新宝

同上一年度一样,1997年我国的民法学研究较为活跃,发表的论文较多,出版了一些理论著作和教科书。在这一年里,法学界举办了多种形式的纪念民法通则实施10周年的学术活动。10月中旬,中国法学会民法学经济法学研究会在厦门召开了今年的年会。鉴于这一年度发表的民法论文数量多、涉及的范围广泛,要想在本文中对所有问题都予以综述和评论是困难的。本文仅就讨论最为集中、理论性和现实意义较强的几个问题予以述评。未述评的问题和未涉及的论文无疑也是重要的。

一、民法基本理论问题

(一) 关于民法通则

有人指出:民法通则正确界定了民法的调整对象,承认民法的私法性质,初步建立起了对民事社会生活与国家政治生活关系进行分别调整的新体制,其确认的基本原则符合我国以社会主义市场经济为基础的现代民事生活的根本要求,为完善我国民事立法,健全我国民事司法提供了科学的指导思想,庄严宣告了公民、法人依法享有各种民事权利。但是民法通则也带有旧的经济体制的烙印,过于原则化,存在大量漏洞,一些规范欠缺谨慎的思考。^{〔1〕}有人指出,民法通则更主要是从个人或社会的角度而非国家的角度选取价值定位。它填补了我国民事基本

〔1〕李开国:《民法通则的历史功绩与历史局限》,《现代法学》1997年第4期。

法的空白,为市场经济运转提供了基本的法律原则和制度,促进了立法战略重点转移,在根本上促进了我国法治的民主化、现代化进程。^[2]

1997年适逢《中华人民共和国民事诉讼法》实施10周年,不少人著文讨论了民法通则的历史地位与不足之处,并提出相应的完善意见。民法通则是在80年代中期为了适应我国改革开放和社会主义法制建设的需要,在原民法典草案第四稿的基础上制定的。它虽然只有156个条文,但是涵盖了一部民法典的主要内容。在指导思想上具有较大的突破,以致它在其后较长一段时间能够基本适应我国高速发展的社会主义市场经济体制和法治建设的需要,成为司法实践中解决民事、经济案件的最基本、最常用的法律。但是这部法律毕竟过于简略,而且多少带有旧经济体制的烙印。在我国社会主义市场经济体制基本建立的今天,我国确实有必要对民法通则的理论和实践进行全面的总结,为制定一部完整的民法典进行扎实的准备工作。

(二)关于民法现代化与现代民法

有人指出,中国民法现代化有四个基点:(1)和平与发展仍将是21世纪国际社会的两大主题,全球经济一体化趋势也将进一步加强;(2)市场经济将成为21世纪各国经济体制的基本存在方式;(3)中国社会主义民主将得到充分发展;(4)中国社会主义精神文明水平将得到全面提高。所谓中国民法现代化,是指不断修改、充实、完善我国民法,使其内容和形式都体现市场经济的客观规律,满足民事生活日益多样化、复杂化以及加强公民权利保护力度的客观要求,适应世界民法发展的潮流和构筑国际民商新秩序的需要,逐步建立起科学、开放、面向21世纪的中国民法体系。其途径包括民法内容的现代化和民法形式的现代化。^[3]有人指出,所谓现代民法是指近代民法在20世纪的延续和发展,可以说是现代社会的近代民法。现代民法是在近代民法的法律结构基础之上,对近代民法的原则进行修正、发展的结果。其基本特征是:(1)平等性与互换性的丧失;(2)现代民法的理念是实质正义;(3)其价值取向是社会妥当性;等等。^[4]

民法现代化是近年来较为时髦的话题,本刊过去曾发表文章予以讨论。但是,每一年的讨论都在进一步深化,提出的观点或者更加高瞻远瞩或者更加联系我国的实际情况。在世纪之交将要到来的时候,适逢我国经济体制的根本变革,在这样的时机总结民法的近代化和现代化历程,对于为我国民法典起草的理论准备而言,具有更为特殊重要的意义。

(三)关于意思自治

有人指出,以自由经济体制、经济自由思想为背景而兴起的意思自治原则,在以国家干预为主流经济理论和基本经济政策和国家垄断资本主义经济时期,其作为私法理论基石的显著地位发生了动摇。但是意思自治原则将在创建我国社会主义市场经济体制的过程中承担起特殊的使命,发挥其特殊的作用。必需确立意思自治原则作为我国私法理论基石的地位,同事对意思自治原则在民法债权法、物权法的具体运作中加以合理的、适度的限制。^[5]有人指出,合同领域是当事人意思自治理论的主要适用场所,其适用又具体表现为两种倾向:在特殊合同领域排除当事人意思自治的适用和在一般合同领域减少对当事人意思自治的限制。就法律选择而言,允许当事人意思自治原则在侵权行为领域发挥作用,只不过当事人所选择的法律应与侵

[2] 杨振山:《一部历史性的基本法律——纪念民法通则实施十周年》,《中国法学》1997年第1期。

[3] 李双元等:《中国民法现代化的几个问题》,《法学家》1997年第4期。

[4] 梁慧星:《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》,《中外法学》,1997年第2期。

[5] 刘凯湘、张云平:《意思自治原则的变迁及其经济分析》,《中外法学》1997年第4期。

权行为有联系。当事人选择的法律一般也限于解决侵权赔偿的数额问题。此外,在当事人离婚的准据法、夫妻财产制、继承和信托领域,当事人意思自治原则的适用也得到发展。^[6]

由于我国统一合同法的起草和民法典起草工作的准备,更深层次的原因是我国社会主义市场经济体制的逐步建立,我国民法学界近年来不少人撰文讨论当事人意思自治原则。其实,这一原则不仅是契约法的基本原则,也是民法其他主要制度应当遵循的基本原则。这些文章揭示了意思自治原则的发展轨迹,指出了其受到限制的方面和适用范围得以扩张的方面。更为重要的是,这些文章还研究意思自治原则在我国当前市场经济条件下的特殊使命、特殊作用和特殊限制。这对于正确地用民商法调整我国的市场经济关系具有重要的现实意义。

(四) 关于民法认识论与方法论

有人著文讨论了民法上的外观主义问题,认为外观主义的结构是指外观主义得以适用所应具备的条件。探讨这一问题应当从客观方面应存在外观事实和主观方面(外观主义牵涉到的不同主体)两方面分别进行。外观主义源于利益衡量、社会本位等法理。外观主义具有政策性、拟制性、等效性和代价性等特征。^[7]有人指出,在民法的认识论上经常遇到“主观说”与“客观说”的对垒,也可能在这两种主张之外还出现一种仿佛“和稀泥”的“折衷说”。这不是一个个别现象,而是一个具有普遍性的现象。作为一种认识方法和价值取向,折衷说在许多情况下都表现出比单一的主观说或者客观说具有更多的合理性:它具有视角的多维性与利益的综合性。^[8]我国民法典起草工作即将纳入议事日程。一部民法典的制定,首先需要确立一种自觉的认识论立场。或者是采主观说,或者是采客观说(外观主义),或者是采折衷说,或者是以某种“主义”作为主要的认识方法,辅之以其他方法。缺乏这样的自觉认识,是不可能制定出一部高质量民法典的。上述研究表明我国民法学界开始关注这一问题,并提出了有价值的参考意见。

自1995年梁慧星教授的《民法解释学》出版以来,^[9]我国民法学界越来越多的学者关注民法的方法问题,既包括民法的解释方法^[10],也包括民法的基本分析方法。在这些方法中,利益衡量的方法似受到更多的重视。有人指出,利益衡量与权利协调不主张民事主体之间的激烈冲突与斗争,而是试图导入一种更加符合我们中国人的传统或性格的解决方法和原则。利益衡量的过程就是比较利益的合理程度与分清是非和轻重缓急的过程。在这一过程中主体的良知、公平正义观、其所代表的利益背景以及他个人的各种主观素质将起到决定性的作用。利益衡量不仅是法解释的方法,也是在立法过程中应当遵循的方法。^[11]笔者看来,在坚持马克思主义基本观点和方法的前提下,积极探索民法学的特殊研究方法是具有积极意义的。近年来,经济分析的方法被介绍到我国,几乎是同时利益衡量的方法也被介绍到我国。值得一提的是:(1)有的日本学者认为利益衡量的方法不是一种具有独立学术地位的方法;^[12](2)经济分析的方法曾经在美国风靡一时,但是并未在日本、我国台湾地区成为较为流行的主流方法论观点,相反利

[6] 胡永庆:《当事人意思自治原则的新发展——适用领域的扩展》,《法商研究》1997年第5期。

[7] 丁南:《民法上的外观主义》,《法商研究》1997年第5期。

[8] 参见张新宝:《名誉权的法律保护》,中国政法大学出版社1997年版(中青年法学文库),第20页。

[9] 中国政法大学出版社1995年版(中青年法学文库)。

[10] 1997年我国民法学界发表了不少关于民法解释尤其是合同解释的文章。鉴于篇幅限制,本文不能全面加以综述,但是这些文章无疑具有不少独到的见解或者新资料。

[11] 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版,第10页。

[12] [日]内田贵教授1997年5月22日在胡宝海博士论文答辩会上的答问。

益衡量的方法在这些国家和地区则有相当人主张,我国民法学界也有许多人使用这一分析方法。

(五)关于法人人格否认制度

有人指出,法人人格否认实际上是对已经丧失独立人格特征的法人状态的一种揭示和确认。建立法人人格否认制度是法人制度必要、有益的补充,是法人制度的完善和配套。当滥用法人人格行为存在、法人人格滥用造成了实际民事损害、在损害与滥用行为之间存在因果关系及存在故意(主要是恶意)时,适用法人人格否认制度。滥用行为可以归为:(1)虚设公司滥用法人人格的行为;(2)法人与其成员财产混同的行为;(3)法人与其成员人格混同的行为;(4)不当操纵规避法律的行为。^{〔3〕}

法人人格否认制度是近些年来西方国家民商法尤其是公司法理论讨论较多的问题。这一理论也称为公司股东或债权人的“直索责任”或者“揭开公司的面纱”的理论。过去我国法学界对这一理论尚未进行系统的介绍和研究,上述文章填补了这方面的空白。应当指出的是,这一研究在我国现阶段有着十分突出的现实意义:在设立公司中的虚假出资、抽逃出资,以及公司经营中经营者与公司人格混同、财务混同的情况常有出现。虽然我国公司法及刑事法律对此类行为规定了相应的法律责任,但是法人人格否认制度尚待建立与完善。

二、关于物权法

(一)关于物权行为

有人认为,传统的物权行为是指以物权变动为目的,并须具备意思表示及交付或登记为要件的行为。物权行为独立性的观点不能成立。所谓转移物权的合意实际上是学者的虚构:就交付行为而言,它并不是独立于债权合意而存在的;就登记而言,其本身并非民事行为而是行政行为。物权行为的无因性理论也是存在缺陷的。因此,物权行为理论尽管被德国立法所采纳,但是并不符合我国的实际,我国物权立法和实务不宜采纳物权行为的理论。^{〔4〕}但是,也有人对于物权行为理论持肯定态度,认为我国民事立法应当采用物权行为理论为物权立法的理论基础。^{〔5〕}

80年代末期我国民法学界关于我国民法是否应当采纳德国民法的物权行为理论问题展开过争论,近几年对于这一问题的争论仍未停止。而随着我国物权法之制定纳入议事日程,这一争论更加趋于激烈。对于这一问题的讨论结果又直接关系到我国民法典或者物权法的制定。因为德国物权法就是建立在物权行为的法定性、无因性和独立性的理论基础之上的,如果我们的物权法不采纳这样的理论,那又应当采纳何种理论呢?可供采纳的理论是否已经存在或者是否已经成熟或如何使其完善,都是需要进一步研究的问题。

(二)关于物权法的制定和有关的制度

有人认为,我国物权法调整的是人对物的支配关系。我国物权法的体系中应当包括自物权

〔3〕南振兴、郭登科:《论法人人格否认制度》,《法学研究》1997年第2期。

〔4〕王利明:《物权行为若干问题探讨》,《中国法学》1997年第3期。

〔5〕孙宪忠:《德国民法对中国制定物权法的借鉴作用》,《中外法学》1997年第2期。另,孙宪忠出版了《德国当代物权法》(法律出版社1997年版)一书,介绍德国的物权制度。

(所有权)、他物权(用益物权、担保物权)和类物权(占有)。^[6]有人认为,我国物权立法应当以不动产法作为其重点,尊重事实地规定公有权。物权立法的中心线索应当选择‘不动产法—动产法’的模式。物权的实现应注意其动态化,同时应重视物权程序法的作用。^[7]有人认为,占有是一种事实而非权利,占有主体可以是物权人也可以是非物权人。占有以主体实际掌握财产的客观事实为要件。应当赋予占有有一定的法律效果。^[8]此外,还有人著文讨论了动产的善意取得制度、物权立法对于债权法的影响等问题。

较之合同法而言,物权法的制定将要复杂得多。这不仅由于象在上述的物权行为理论这样的问题上还没有达成共识,而且国有企业的财产权问题、农村承包经营权问题以及土地所有权与建筑物所有权的关系等问题,都具有较为突出的中国特色,缺乏可资借鉴的立法经验和理论。所有这些问题,都需要我国民法学界的进一步探讨。

三、关于合同法

(一)关于合同的解释

有人指出,合同解释的原则包括:(1)不拘泥于合同文字的客观原则;(2)符合合同目的的解释原则;(3)整体解释原则;(4)习惯解释原则;(5)合法解释原则;(6)效益解释原则;(7)诚信解释原则。^[9]还有人认为,合同解释应当坚持探求当事人真实意思的原则,坚持诚实信用原则、利益衡量原则、整体解释原则、参照习惯和惯例的原则。^[10]

近年来有不少人撰文讨论合同解释问题,这不仅反映了商业实践的需要,也服务于正在进行的统一合同法的起草工作。应当指出的是,合同解释恐怕首先应当考虑的是合同文本中的文意。在此基础上考虑当事人的真实意思、诚实信用、法律规定和惯例等。在合同解释的原则中,似乎也存在哪一个原则优先使用(尤其是按照不同原则作出的解释相互矛盾时)的问题。

(二)关于合同效力

有人指出,我国现行合同法所规定的无效合同范围过于宽泛,民法通则的有关规定与其他法律规定之间存在不相协调和矛盾之处,对于“违法合同”、“重大误解”和“显失公平”的规定过于原则化。建议减少无效合同的适用范围,建立效力待定制度,完善对“重大误解”和“显失公平”的立法规定。该文还讨论了真意保留、虚伪表示和撤销权等问题。^[11]有人认为,撤销制度是对于因欺诈而订立的合同的一项完善的制度安排,为诸多国家合同立法所采纳。允许受欺诈人选择保护方式是可撤销制度的独特功能。而就因欺诈订立的合同而言,宣告合同无效制度较之于可撤销制度具有明显的缺陷。宣告无效制度并不一定是保护受欺诈人的最佳方式,也不利于促进民事流转。^[12]

国外民事立法和理论,一般将违反强制性规定的合同规定为无效合同,而将违反一方当事

[6] 钱明星:《我国物权的调整范围、内容、特征及物权体系》,《中外法学》1997年第2期。

[7] 前引[5],孙宪忠文。

[8] 温世扬:《占有制度与中国民法》,《法学评论》1997年第5期。

[9] 龚英姿:《论我国合同解释的规范化》,《法学评论》1997年第5期。

[10] 刘永锋:《论合同的解释》,《中外法学》1997年第3期。

[11] 石宏:《论合同效力的有关问题》,《法律科学》1997年第5期。

[12] 王利明:《无效抑或撤销——对因欺诈而订立的合同的再思考》,《法学研究》1997年第2期。

人真实意思的合同(如因欺诈而订立的合同、因重大误解而订立的合同等)规定为可撤销的合同,将撤销权赋予受欺诈或者误解的一方当事人,让其依据情况决定是否提出撤销合同的请求。但是我国经济合同法第7条和涉外经济合同法第10条将因欺诈订立的合同规定为无效合同。这无疑不同于各国有关的立法惯例。在统一合同法的起草中,我们应当对这一问题加以研究,以选择一个更符合我国国情和更有利于我国市场经济发展的制度。

(三)关于合同正义与合同的默示条款

有人指出,合同正义要求当事人在法律地位上必须平等,自由地、对等地表达自己的意思,公平合理地确定合同的内容,合法善意地履行合同义务,订立和履行合同都不能与社会利益相违背。合同正义的维护包括事前预防(如强制缔结合同、限制定型化合同中的“霸王条款”、规定强制性合同条款、设置一般性条款、对劳动合同的强制性规定以及集体合同的普遍使用)和事后补救(法院适用自由裁量权维护合同正义、准司法机关根据有关法律授权维护合同正义)。〔23〕合同作为财产法,主要是调整财产流转关系的法律,它所追求的直接价值是交易的便捷与安全。但是作为一国法律体系整体的一个部分,它又必须体现和追求该法律体系的基本价值之一,这就是公平和正义。合同法在追求实现快捷安全的交易目标的同时,还需要注重社会正义。只有建立在公平正义基础之上的效率才具有真正的意义。

有人指出,合同的默示条款是指未经当事人磋商,合同中也未予以规定而由法律或者习惯直接规定下来的具有法律效力的条款。默示条款的内容包括权利担保义务、品质担保义务、标的的品质适合于受给付者的合理期盼、标的应符合一般商业习惯。默示条款成为合同解释、认定违约责任的基础。〔24〕过去,我们缺乏对合同默示条款的深入研究。应当认识的是,任何一份合同文本,无论规定得如何详细,都不可能穷尽各种可能出现的情况。而且由于当事人的信赖关系、法律知识水平的限制等因素的作用,有些条款虽然双方内心都很清楚但是却没有规定到合同文本之中。此外,现存的为人们接受的商业习惯或者一个诚信善良的民事主体应当考虑到的或者可以合理要求的事项,也不一定都能反映到当事人订立的合同文本中去。因此,讨论合同的默示条款就具有重要的实践意义。

四、关于担保法

(一)关于担保法立法方面的问题

有人指出,担保法在体例结构上存在缺陷:不适应涉外经济发展的要求,不适应法律发展的要求,总则与分章内容缺乏统一和脱节。立法语词选择存在缺陷:义务性判断用语缺乏统一,法律规范逻辑结构欠严谨。内容存在缺陷:法律规范内容简陋、矛盾,推理欠严谨,而且与民法通则规定的字眼原则相冲突(第78条)。效力方面存在缺陷:效力规范过于简单,缺乏标准性,最高司法机关的解释不但可能违反宪法原则而且解释不当直接影响司法效果。文章建议,民事经济法应当树立一体立法的思想,应当追求效率、质量最大化和最优化;应当加强协调性研究;效力规范立法模式要予以改进;应当吸收语法、文字专家参加草案讨论和论证。〔25〕有人认为,

〔23〕汪渊智、冯锦生:《论合同正义》,《政法论坛》1996年第6期。

〔24〕高向阳:《论合同的默示条款》,《现代法学》1997年第4期。

〔25〕马放海、蒋大兴:《担保法立法技术批判》,《现代法学》,1997年第1期。

担保法未能反映对保障债权实现最具有实践意义的抵押权不可分性。其关于抵押权物上代位性规定有悖法理,对抵押登记效力的法律规定欠妥,对抵押物的限制性规定不当,对抵押权的次序变化原则缺乏法律规范,对第三人侵害抵押物的权利救济缺乏规定。^[26]

担保法是为了适应司法工作中对于有关法律规范的迫切需要而制定的,因此该法的草案准备时间较短、论证不够充分。该法于1995年6月30日公布,开头一段时间,法学界并未予以足够的关注(出版的一些注释性读物不在此限),但是随着其在司法实践中暴露出来的问题越来越多,民法学界对担保法的关注越来越强烈。上述文章尖锐地指出了担保法存在技术问题,无论其批评意见是否完全正确,但是对于今后严肃、科学地起草民事法律法规,是具有重要借鉴意义的。只有经过认真准备、广泛征求意见、反复论证的法律,才可能经得起实践和时间的检验。

(二) 关于反担保

有人指出,反担保又称为求偿担保,是指为了保障债务人之外的担保人将来承担担保责任后对债务人的追偿权的实现而设立的担保。但是依其性质,留置和定金不适用于反担保。^[27]还有人认为担保法第4条的规定进行了评析,认为反担保只能在原始担保为保证、抵押和质押的情况下,由债务人就自己的财产设立抵押或者质押,甚至定金的方式。反担保可选择的方式相对狭窄。^[28]这两篇文章都承认反担保相对于原担保而言,其可以选择的方式较少,但是前者认为定金不得成为选择的方式,后者则持相反的观点。

(三) 关于债权质押与专利权质押

有人指出,担保法第75条规定的“依法可以质押的其他权利”包括了一般债权的质押,其本质是以债权担保债权。可以出质的债权应当具有可让与性,且不具有当事人特别约定不得移转或设定质权的前提条件。该文还探讨了一般债权质的设立、效力、实现和消灭等问题。^[29]有人指出,专利权质押是一种从合同、要式合同,它以管理部门登记为生效要件。不同于专利权转让、许可等合同,专利权质押合同的标的实际上是出质的专利权。该文还讨论了出质者的资格、义务及专利权质押合同登记的变更和注销等问题。^[30]

设定权利质押是债权担保的一种重要方式。随着市场经济的高度发展,相当一部分财富将由具体的物的形态转变为存在于一定形式的证书之上的“权利”。为了促进民事流通的快捷与安全,研究权利的质押就具有重要意义。我国担保法规定了质押的担保方式,但是并未对一般债权是否可以质押作出明确规定,对于专利权等权利之质押的规定也较为简略。上述文章从两个方面丰富了有关理论研究并为担保法在实践中的运用提出了有益的建议。

(四) 关于保证人的先诉抗辩权

有人认为,保证人的先诉抗辩权又称为检索抗辩权,是指保证人于债权人未就主债务人之财产强制执行而无效果前,对于债权人得拒绝清偿的权利。其法理依据是公平正义理念和保证债务的补充性与独立性,具有防御性与阻却性、独立性与专属性的特征。文章还讨论了先诉抗

[26] 史钧等:《完善我国抵押制度的几点立法思考》,《中国法学》1997年第4期。

[27] 刘保玉:《反担保初探》,《法律科学》1997年第1期。

[28] 陈小君等:《略论反担保》,《法商研究》1997年第1期。

[29] 吴春燕:《一般债权质押研究》,《现代法学》1997年第2期。

[30] 曹新明:《专利权质押合同初探》,《法商研究》1997年第5期。

辩权的成立、行使、效果及限制等问题。^[61]

我国担保法第17条第2款对于保证人的先诉抗辩权作出了简略的规定,在实践中涉及保证人先诉抗辩权的案件时有发生。如何正确适用先诉抗辩权以对抗债权人维护保证人的合法权益以及在适用这一权利时实现保证人与债权人利益关系的平衡,是需要深入研究的问题。在担保法的实施中,存在诸多法律规定不清楚或者过去的理论研究不细致的问题。有人曾专门对此类问题进行实证研究。^[62]一个法律经过一段时间的施行,其不足之处便会显露出来。在联系司法实践和参考国外学说的基础上进行有的放矢的研究,往往会收到良好的效果。

简 评

对于1997年我国民法学的研究情况,笔者愿意作如下基本描述:整体繁荣,有待提高。我们说这一年度的民法学研究整体繁荣,是因为:(1)发表的民法学文章数量相对较多,作者队伍也比较大;(2)除了发表的民法学术论文外,还出版了不少民法学术专著、教材和一些论丛;(3)研究的面比较宽,除了以上述评的民法总论部分、物权法、债权法和担保法方面的问题外,研究知识产权法(主要涉及的有著作权、商业秘密、信息技术发展对知识产权法的挑战 and 对策)、人身权法(主要涉及名誉权和隐私权)、侵权行为法(主要涉及产品质量、消费者损害的赔偿、精神损害赔偿)以及婚姻家庭法和继承法方面问题的作品也不少。出现民法学研究比较繁荣的好局面,有多方面的原因,其中我国社会主义市场经济体制的逐步建立以及社会主义法治的不断完善,是最根本的原因。同时我们也应当欣慰地指出,民法学队伍的基本稳定和发展以及民法学界同仁的辛勤劳作,也是促进我国民法学研究繁荣的决定性因素。

在充分肯定我国民法学研究成果的同时,我们也应当清醒地认识到,我们的研究整体水平还比较低,有创建、能够在国际学术界获得一席之地的理论还比较少。有些研究还限于对国外已有理论的介绍(而且这样的介绍还可能是不全面、不准确的,有人戏称为“零刀碎割”的贩卖),有的研究还在重复过去曾讨论过的问题。这样的状况表明,我国的民法学研究还需要进一步深入、进一步提高。

在笔者看来,提高我国的民法学研究水平,至少有以下几个方面的工作需要加强:首先是坚实的资料工作。进行研究需要有资料,民法学是一门古老而又年青的法学学科,从古代罗马法到近现代西方国家民商法,他人的研究积累了丰富的经验和资料,我们应当予以借鉴。如果不了解他人已有的成果去进行所谓的研究,那最多只能是重复他人的劳动。应当认识到,有些文章的资料工作是欠缺的,不仅未能占有国外的有关资料,就是国内的已有研究成果也未能注意到。其次,要注意理论与实践的结合。在民法领域,机械地理解理论与实际的结合,认为分析一个案例就是理论与实践的结合,那显然是错误的。但是如果脱离我国市场经济的实际、脱离我国社会主义法治建设的实际,也是不可取的。在民法学研究领域,理论与实践的联系,应当是全方位的,既包括立法层次的结合,也包括司法层次的结合。在司法层次的结合,既包括对个案的讨论,也包括对一类案件的分析研究和对一项法律实施中的问题 and 对策的研究。对于实证研究,我们提倡进行扎实的调查研究,而不是对于道听途说的情况的评论。缺乏一手资料、没有数

[61] 汪渊智、侯怀霞:《论保证人的先诉抗辩权》,《中国法学》1997年第1期。

[62] 卞昌久:《关于审理担保法纠纷案件如何适用法律的调查报告》,《中国法学》1997年第4期。

据是难以进行实证研究的,更不用说提出什么对策。再次,我们提倡民法学研究有新观点。没有新观点的作品,严格意义上讲算不上“研究”。当然,建立一个新的理论体系不是那么容易,我们要求的新观点不仅包括新的理论体系,也包括在具体制度、规则上的理论创新和实务对策。而最重要的是这样或那样的新观点应当是服务于我国社会主义市场经济体制建设和社会主义法治建设的,而不仅仅是为了迎合西方人口味的“具有国际水平”的“课题”。最后,我们还需要强调研究方法的更新和多样化。在民法学研究领域,坚持马克思主义的方法是最基本的。此外,我们还有善于学习和使用一切科学的、进步的方法,法解释的方法、概念分析的方法、比较的方法、历史研究的方法、社会学的研究方法已经为多数民法学者所掌握和使用,经济分析的方法、利益衡量的方法近年也逐步为一些民法研究者运用,这无疑是一种积极的趋向。其积极性不仅在于运用这些方法所取得的研究成果,还在于这些方法本身为人们所认识和利用。

民事诉讼法学研究述评

张广兴

1997年民事诉讼法学研究取得了一定程度的进展。学者就诸如民事诉讼的目的、诉讼模式、诉讼标的、民事诉讼程序与民事实体法的关系以及民事诉讼若干重要制度等等问题,出版和发表了不少有价值的论著。以下择其要者作一简述。

一、审判制度改革问题

近几年来,我国法院系统实行审判方式改革的试点及推开工作,理论界(包括法院系统从事司法实务的人士)对此给予了充分的关注,并进行了深入的探讨,发表了不少论著。

(一) 审判方式改革

景汉朝等认为审判方式改革的基本轨迹是,强化当事人的举证责任 庭审方式改革 审判方式改革 审判制度改革 诉讼制度改革 司法制度改革,并认为我国1991年民事诉讼法虽然弱化了法院的职权,在一定程度上强化了当事人在诉讼中的地位和作用,但其职权主义的色彩还十分明显。尽管如此,审判实践中正在运行的审判方式与现行法律规定也还有相当大的差距。现在首先应当强调落实民事诉讼法的规定,在此基础上,逐步全面和深入地推行制度性的改革。目前改革的重点应当是强调当事人举证责任,建立和完善举证制度;强化当庭质证、认证,充分发挥庭审功能;强化合议庭和独任审判员的职责,实现审与判的统一等。

对于改革的原则,景汉朝等认为应当是在吸收借鉴外国经验时注意适合我国国情,追求公正、效率和效益,充分保障当事人诉讼权利。依此,对于我国现行民事诉讼法的一些制度性规定,应当予以重新审视。以事实为根据原则中所指的“事实”应当是证据证明的事实;在审判监督程序,应当用进一步完善二审制度和当事人申请再审制度来取代或者限制法院自身的监督和检察院的监督;在有错必纠原则,由于在其他方面(例如举证责任及举证时限,再审的条件)实行了改革,对错案应当有新的理解;在处分原则,应限制法院依职权追加诉讼当事人,对当事