

## 《问题意识作为民法研究方法的思考》学习报告

法学研究的问题意识，老师在文章中已经进行了明确的定义：“紧贴我国经济发展和人民权利保障的现实需要，针对我国民法作为后发型法学和转折时期法学的特点，将我国国情与体系化科学化的民法理论相结合，发现问题并解决问题，促进我国现有民事法律制度的改造完善，促进民法理论的更新发展的方法。”这里面的每一组词，都有着深刻的理论与实践背景。

**其一，问题意识的法学研究方法必须关注经济发展与人民权利保障的现实需要。**自新中国成立为始，一直以来的重大命题就是国家的经济发展。但是现实情况是，我国的经济发展经历了巨大的波动，总是被阶级斗争所影响，不能做到专注于国民经济的发展工作。直到十一届三中全会的召开，改革开放拉开序幕，国民经济才真正的在市场经济的轨道上实现了飞速发展。相较于计划经济，市场经济最为核心的基础在于尊重市场对于资源的调配，反应在法律上的就是对于法律主体的意思自治的尊重，不进行不必要的干涉。计划经济的本质是违背客观规律的，是期待存在着一个理想的政府，将市场上存在的一切资源进行最为合理的调配，以实现效率的最大化。但是，这种理想化的政府是不可能存在的，因为人这一生物，本身就存在着理性与道德的有限性，而有限的人所组成的政府，又怎么可能像神一样完成 14 亿人的资源的合理调度？依据这种具有明显问题的思想所构成的政策、法律集合，在实施过程中就必然对于人民权利造成巨大伤害。比如说人民公社的后期对于农民土地权利的实际剥夺，《民法总则》之前对于民事主体意思自治的法律上的否认，不动产登记的不完善对于老百姓房屋产权的巨大威胁，国家唯一统一所有权导致的国有资产流失等等，这些问题实在是不胜枚举。所以，从问题发现的角度，必须深刻体会国家的发展历史与现在的发展定位，才能明白为何问题意识必须时刻关注“经济发展”与“人民权利”。

**其二，问题意识的法学研究方法必须考虑到我国后发型法学与转折时期法学的特点。**自清末变法以来，我国民法就一直是以移植他国法律为基本框架的基础上融合本国特色而形成的。清末时期我国民法以德国民法为基础，随着新中国的成立，废除了国民党的六法全书。此后基于各种原因，我国民法更多地采用了苏联民法这一不能自圆其说的法学理论作为基础，而不能基于法学的科学性对相

关制度进行反思，形成了一系列的错误规定。这种后发型法学的特点，在于我国民法勤于吸收国外的优秀经验，但是却容易不成体系、不考虑国情，缺乏对于民法基础理论的深入思考，这当然是问题意识必须要关注到的民法改造的基本要点。所谓转折时期法学，也与我国的经济体制转型密切相关。法律作为上层建筑的一项关键性制度工具，本来是作为体现并顺应生产力与生产关系的发展而存在的。但是在之前错误的指导思想下，却成为了钳制国民生产力发展的枷锁，给经济发展带来了相当的负面效果。所以，在问题意识的导向下，我们就必须考虑到我国从计划经济转型为市场经济的时代背景，对应的生产关系产生了变动，作为上层建筑的法律也必然要发生转变。考虑到计划经济与市场经济的巨大差异，我国民法的这种转变，也必然是根本性的、彻底性的。所以，问题意识的导向下，这种民法的转折时期的特点也必须纳入分析的范畴中来。

**其三，问题意识的法学研究方法必须将我国国情与体系化科学化的民法理论相结合进行深入思考。**我国国情问题在前两节中已经做了不少说明，但在此处还必须强调的一点的就是，我国的市场经济改革中非常重要的农业改革与国企改革，都是自下而上形成的。学生在参观中国农业博物馆时，见到了安徽省小岗村1978年18位农民秘密签署的一份包产到户的协议。在现在看来稀松平常的家庭承包责任制，却在协议中写着“如不成，我们干部坐牢杀头也甘心”。正是小岗村、九龙村等一户户农民为了吃饱饭创造出来的包产到户，让中央看到了农村中潜在的巨大生产力，家庭联产承包责任制才逐渐被推广开来。国企改革亦是如此，为了改善生活的农民创造了乡镇企业，其根据市场需求进行生产，面对变化的市场机遇迅速做出反应，这种真正的企业家精神，才是中国经济转型所需要的。乡镇企业对于国营企业构成的严峻挑战，很大程度上加速了国企改革的步伐。但是值得一提的是，直到1992年市场经济体制被正式确立之前，个体经济实体雇佣超过7名员工，竟然是违法行为！因此，讨论国情的问题意识，实在是无法抛却历史，这些现在看起来荒诞的历史事实，让我清晰地意识到，中国国情从来不是缺乏社会主义的精神，而是普遍地存在对于市场经济的极端误解甚至打压。民众创造财富的需要是甘愿冒着“杀头坐牢”的风险，这种对于基本人权的侵犯，应当得到最大程度的重视。

而科学化体系化的民法理论，则是问题意识用来发现问题与解决发现问题的

基石。问题意识要求我们对于能够对依据我国国情产生的民法学问题进行清晰地识别，这一点，不通过科学化体系化的民法理论就不可能做到；而针对产生的民法学问题进行彻底的解决，又必须依靠科学化体系化的民法理论。这一点，也与我国的法学的转折时期和后发型的特点密切相关。所以，老师一直致力于我国民法的基本理论的改造工作。法律行为理论与区分原则的建立，将原本含混不清的处分行为与负担行为做了科学化的区分，将不能系统服务于市场经济、落后于社会现实的法律行为理论进行了更新，促使市场经济的进一步发展繁荣；政府投资理论解决了公有制财产的法律定位问题，并且配合市场经济的实践形成了“股权——所有权”的科学法权关系；还有老师近期的发言所涉及的民法基本理论问题的思考，提出了法律逻辑应当包括主体、客体、权利、义务、责任，这些内容也反应在民法典的总则编之中，依靠这种科学化体系化的民法原理来分析中国的现实重大问题，才是解决问题的正确路径。

**其四，问题意识的法学研究方法所产生的研究结果导向，必然是促进我国现有民事法律制度的改造完善，必然是促进民法理论的更新发展。**综合我国的国情与民法学发展的特点，就自然能够得出结论，即我国民法的理论与制度设计都有着相当大的提升空间。一个处于即将完成市场经济转型的社会，对应的法律制度却在很多地方停留在计划经济时代，或者说还体现着计划经济的特征，学生认为这就是民法学研究问题意识的一处鲜明的时代性特征。老师源于这些问题意识而通过科学化体系化的民法理论对这些问题进行了深入的调查研究，清理了诸多重大的偏颇的民法基本理论。但是，这些重大的理论更新，却还没有体现在我国的民法学培养体系当中，尤其是没有体现在民法学教科书中，这实在是不应该的。这也说明了，对于未来我国的民法学发展，仍旧需要依靠老师的这些重大的理论更新，彻底在涤除我国民法理论中的不科学不体系的成分，将意思自治彻底地贯彻进民法的各个理论之中。在这个基础上所形成的法学研究，是一种活的研究，根据问题意识所产生出来的研究结果，就必然促进我国民事法律制度的改造完善，就必然会更新我国的民法理论。与之相反的则是，作一些学究式的法学考古，陷入意识形态的争论、哲学理论的汪洋大海之中，而忽视了对于我国民法理论的更新问题。学生在此处的切身体会是，老师的问题意识的研究方法的提出，是一个明确的导向，让身处于十字路口的我国民法研究有了前进的方向，就是要

研究基于我国国情的具有实践价值的重大问题，其他所有的研究方法手段，都是在为了这个目的进行服务，而不能是为了研究去研究。

以上是根据老师文中对于问题意识的研究方法的定义来进行的学习总结，在这一理解的基础上，学生还产生了对于问题意识的研究方法的一些自己的思考：

第一，问题意识所针对的是一种具有普遍性的现象。在法学研究中，一个重要的命题就是法律实践与法学理论的差异性研究。但是如果不具有问题意识，就会迷失于问题的丛林深处，选取进行研究的问题，常常是研究者最为擅长的的问题，而非真正具有价值的问题，就不可避免的就会陷入自我假设、自圆其说的境况。因此，问题意识的法学研究针对的必然是通过对于学理与实践的理解，切实地发现现存的真正问题，这种真正的问题，就必然是对于社会发展或者人民权利有重大影响的问题。因此，普遍性就是问题意识所发现问题问题的一个表象性的基本特征。

第二，问题意识必然是实践导向的。这一点换言之，问题意识是“实事求是”的。问题意识对于问题的产生、讨论、解决，不是在理论上的自说自话，而是根据现实、分析现实、解决现实的实事求是的研究。实践性是贯穿于问题意识始终的核心特征。法学是一门具有强烈实践性的科学，其理论的产生源自于社会实践，而产生的理论又将在实践中进行检验和发展，如此循环往复。而民法学作为一门关涉老百姓生活方方面面的法学学科，其实践的重要性，怎么强调都不为过。

第三，问题意识的内部充满了对抗的张力。这一点是学生在老师学术研究中所学到的一个特点。在老师文章中所针对的五个民法现实重大问题，内部所体现出来的“计划经济——市场经济”、“法律强制——意思自治”、“自圆其说的法理——体系化科学化法理”冲突，是无时不刻都存在于问题的讨论中的。这种观念上的对抗的张力，是深刻地体现在问题意识所关涉的问题之中，并随着研究的深入而愈发明晰。

第四，问题意识是一种不同于一般的问题或者论题的范畴。问题意识该词语与问题或者议题不同，这一点在中文或者英文中均无对应的词汇。根据萧延中教授考证，“问题意识”一词来源于法文，即 *problématique*。最初引入该词语用以学术研究的始作俑者为美国著名比较史学者本杰明·史华慈，有学者把它翻译为“相互关联的问题群（丛）”或者“无法获得确解的问题”。所以，在认识问

题意识的角度上，不应将其与问题（problem）或者议题（issue）相混淆。问题意识更是一种产生问题或者议题的“前问题”，它直面问题的核心理念对抗，对这一对抗所衍生出的问题进行相应的研究，但是却不沉迷于讨论问题本身，而是对于问题的产生根源有着深刻地关注。

第五，问题意识是一种开放性的集合，将随着讨论而逐渐深入。这一点，从老师的著作中学生深深受到了启发。问题意识从普遍性的问题入手，深入探讨的却是问题产生的核心，其最终的结果是实践性的，但是其影响却是超越了实践性，成为了基本理念的更新。这种对于基本理念的關注，导致问题意识就如我国学者的翻译所得，是“相互关联的问题群”，并且随着观念的对抗而不断产生新的问题，是一种具有开放性的问题集合。而针对性地进行学术研究时，又必须将问题意识暂时放下，深入问题的本身进行剖析，不能大而化之地进行理念的探讨。比如史华慈就认为，在学术研究中，最具启发性的不是整个文化层面的概括性笼统的对比，而是要将对比深入到具体的问题意识层面，这里面才存在着真实的价值。随着问题讨论的深入，问题意识所关注的观念的对抗就越发明晰，最终完成了基本理念的调整，对抗的张力一旦消失，问题意识就会转而关注其他的问题，这里面的讨论也就基本上终结了。但就民法学而言，现在的基本理念的对抗仍旧激烈，所以，民法学的议题是很难穷尽的，缺乏的不是问题，而是识别问题的问题意识与依靠扎实的理论知识对问题进行分析解决的学术研究。

以上，就是学生对于老师文章的学习报告。学生在近段时间随着学习的深入，就愈发发现自己的浅薄。在老师所言的一些问题上，经常发现自己的错误，深感惭愧。这些学习体会，还请老师多多批评，让学生能够有改正的机会。

2022 级法律硕士 张冠浩

敬上