

是对有罪者的保护,因为其间散发着强烈的有罪推定的气息。即使不规定沉默权,这种观点也要不得。正象其他任何诉讼权利一样,沉默权虽然在现实个案中表现的是犯罪嫌疑人、被告人的权利,但它的受益者绝对不仅仅是犯罪嫌疑人、被告人本人,而是全体社会公民,它是法律为公民构造的一个抗衡强大的国家司法机器的法律屏障。

民法学研究述评

张广兴

2000年,我国的新合同法刚刚施行,物权立法正在紧锣密鼓地进行,有消息说民法典也要上马。与此相适应,民法学研究也是热闹非凡。以下择其要者作一介绍。

一、民法总论研究

1. 关于民法典的结构

有人认为,潘得克吞民法体系破坏了罗马法学阶梯的人—物体系,人法被湮没于总则的庞杂规定中,而且开启了后世把民法财产法化的恶劣倾向。我国制定民法典应当重新认识并提升人格关系,以主体资格为出发点,同时也不忽视财产关系。另外,民法还应当调整主体的法律地位和法律关系,即我国民法典应以平等主体间的法律地位、人身关系和财产关系以及由此产生的法律关系为调整对象。^[1]

2. 关于民事权利的地位

有人认为,在我国,由于民法精神和民事权利理念的欠缺,民事权利在法的体系中的地位十分低下,表现在对同一情事的处理,刑法和行政法更为严厉,而受害人民事权利的法律保护则十分不力,有时甚至得不到保护。民法规定的民事权利是社会成员最基本的权利,是其他公的权利的基础;民法是其他基本法律的理念和规范的基础,其内容和原理往往是其它基本法律的前提或重要组成部分。因此,民法应当是市民社会的基本法。我国原本没有形成典型意义上的市民社会,要构建一个能承载市场经济的市民社会,就必须充分发挥民法的引导与规制作用,同时尽可能地排斥公权力的介入。在立法、司法和行政执法上,必须以维护民法规定的社会主体的民事权利为基准,不得与民法的原理、原则、规范相矛盾。^[2]

3. 关于诚实信用原则

学界一般认为,诚实信用原则是现代民法的最高指导原则,其实质在于授予法官自由裁量权。有人对此提出质疑,认为自由裁量权是立法、司法关系及其权限的体现,属公法范畴;法官的自由裁量权是审判权的组成部分,只能来源于宪法或法院组织法,因此,私法上的诚实信用原则决非自由裁量权的权力基础。由于诚实信用原则的涵义无法确定,如果被尊为帝王原则,并据此赋予法官自由裁量权,一切成文的法律规则的意义就会降低,其难免会被滥用,最终可能会导致法官的“人治”。因此,对诚实信用原则只能理解为意思自治的例外和补充,而非民法

[1] 徐国栋:《民法典草案的基本结构》,《法学研究》2000年第1期。

[2] 梁玉霞:《民事权利基础主义初论》,《法商研究》2000年第4期。

的基本原则。^[3]

对此,有人提出批评,认为立法、司法等概念是从法的运行角度所作的划分,与公法、私法的划分没有逻辑上的联系。法官在处理个案时,客观上需要自由裁量权,诚实信用原则的设立只不过是立法者公开承认法官享有自由裁量的权力。法官运用自由裁量权,仅限于克服法律规则的局限性,即在法律规则适用于个案时不利于实现个别正义的情况下才有必要,故其并非造成法官恣意的基础。^[4]

4. 关于人格权的法律保护

有人认为,与其他民事权利相比,人格权具有固定性、非财产性、对世性和支配性等法律特征。在内容上,人格权具有控制、利用、有限转让和处分等权能。人格权是一种不可列举的权利,主要包括人格独立、人格自由、人格平等和人格尊严。从民法的角度看,人格权不仅是道德上的权利,也不单纯是政治上和公法上宣称的人权,而是以自然人的人格尊严为主要内容的神圣不可侵犯的私权。民法对人格权的保护方法主要是由加害人赔偿受害人的经济损害和精神损害。^[5]

5. 关于不可抗力

不可抗力是法定免责事由。其范围中较有争议的是国家行政机关的政府行为能否认定为不可抗力。有人认为,此种政府行为过于频繁,且内容十分复杂,涉及到社会生活的各个方面,同时,政府行为在一定程度上是可以预见的,如果把政府行为列入不可抗力的范围,将会造成不可抗力的滥用。对此法律可设立情势变更制度,使无过错的当事人免除责任。技术风险符合不可抗力的主客观要件,应属于典型的不可抗力。虽然我国以前的法律规定当事人可以约定不可抗力的范围,但因其约定必须在法定不可抗力的范围内进行,故其意义值得怀疑。当然,此种约定可作为一般的免责条款处理。^[6]

6. 关于诉讼时效的客体

对于物上请求权是否因时效罹于消灭,从来有不同的观点。有人认为,我国民法上规定的消灭时效制度的客体是请求权,当然应当包括物上请求权。诉讼时效制度的价值就在于督促权利人及时行使权利,除非有更大的利益值得考量,否则对权利人应一视同仁。物上请求权是一种独立的请求权,并非物权的一部分,物上请求权适用诉讼时效不会导致物权本身的消灭。在占有人未依取得时效取得所有权的情况下,因所有权人的物权并未消灭,自还有回复完全物权的可能。而对于人身权上的请求权,应分别对待,如果属于财产性的,应当适用时效,否则即不应适用。^[7]

二、物权法研究

1. 关于物权行为

德国物权行为理论的意义在于保证交易安全,提高交易效率,但它在制度和实践上的合理性在德国也受到质疑。有人认为,对于我国而言,物权行为理论或许是弊大于利:它是一种法

[3] 孟勤国:《质疑“帝王条款”》,《法学评论》2000年第2期。

[4] 崔桂林:《对“质疑”的反思》,《法学》2000年第8期。

[5] 王小能、赵英敏:《论人格权的民法保护》,《中外法学》2000年第5期。

[6] 刘凯湘、张海峡:《论不可抗力》,《法学研究》2000年第6期。

[7] 程啸、陈林:《论诉讼时效客体》,《法律科学》2000年第1期。

学家所拟制的一种极为抽象的理论,缺少实践支持;它在强调交易安全和效率时,把公平正义置于次要地位;我国缺乏该理论的法学传统和法学思想方法基础。在制度上,对于交易安全和效率,我们可以用善意取得和其它相关制度来取代物权行为理论。^[8]

有人认为我国应当承认物权行为的客观存在,但当以债权契约为物权变动的原因关系时,物权行为并不具有独立性,而是被债权行为吸收。物权的支配性特征要求物权变动以公示方法为内在的生效要件,因此物权变动过程就是意定行为(债权或物权行为)和法定行为(交付或登记)的结合。在双方当事人之间,法律赋予意定行为决定行为的效力,但对善意第三人来说,法定行为则具有决定意定行为的效力,即赋予公示公信力来维护交易安全,因此没有承认物权行为无因性的必要。^[9]

2. 关于物权的追及力

理论上一直认为物权的追及力属于物权的效力。有人认为,从民法的逻辑体系和价值体系看,应当否定物权的追及效力。因为物权的追及力理论是以物权为对物关系理论为逻辑前提的,而这种逻辑前提已被近现代民法所否定。在物权法的逻辑体系上,物权追及力理论与物权公示公信主义不相容。第三人因信赖动产占有之表征而进行交易者,纵其表征与真实权利不符,亦可保有其取得之动产物权;不动产登记之公信力也阻断了物权的追及力。在采不动产公示公信主义的国家,善意取得制度也适用于不动产,而善意取得与物权的追及力是不能两存的。物权行为无因性理论因排斥原因因素,也与物权追及力不相容。从物权法的价值体系看,物权追及力对物权人的保护是以牺牲交易安全为代价的。在物权变动的价值取向由静的安全转为动的安全的趋势下,物权的追及力当不可取。承认物权的追及效力,将违反物权法的价值体系。^[10]

2. 关于生态价值在物权法上的地位

有人认为,物权法作为资源配置的基本规则,其制度安排将直接对环境资源产生重大影响。现代物权法已承认了环境资源的生态价值,但在立法上仅表现为限制所有权行使的消极承认。从积极的意义上,应当建立环境使用权制度,并将科学合理的环境保护规划作为确定是否构成权利滥用的基础。我国应采用抽象的土地概念,建立环境保护相邻权制度,重视地役权的环境保护功能。^[11]

3. 关于所有权的概念

有人认为,从所有权的逻辑结构方面分析,在一个特定的法律制度中,某种财产权或某种法律权利符合以下四个要件,即可认其为所有权:它是为保护一种特定的利益而设的,这种利益本身具有确定的和稳定的客观存在形式,其形式可以是物质形式或者理念形式;它是若干可能的权利的集合,它可能包含与其保护的利益相关的一切形式和内容的法律权利;它所包含的权利在效力范围上是对世的;它的主体在法律地位上享有法律上的推定,即如果别人不能证明自己合法享有与上述特定利益相关的所有的法律权利,该权利即归其所有。^[12]

4. 关于无权处分与善意取得

[8] 米健:《现今中国民法典编纂借鉴德国民法典的几点思考》,《政法论坛》2000年第5期。

[9] 彭诚信:《我国物权变动理论的立法选择》,《法律科学》2000年第1、2期。

[10] 朱庆育:《寻求民法的体系方法》,《比较法研究》2000年第2期。

[11] 吕忠梅:《关于物权法的“绿色”思考》,《中国法学》2000年第5期。

[12] 王涌:《所有权概念分析》,《中外法学》2000年第5期。

有人认为,我国不采物权行为的立法理论,民法通则也把所有权变动作为合同的直接效力,因此认识合同法关于买卖合同的定义,应对负担行为和处分行为一体把握,即视所有权变动为买卖合同的当然效果。既然买卖合同的效力包括物的所有权移转,就当然要求出卖人对出卖享有处分权,否则买卖合同无效。那种认为无权处分情形下仅处分行为无效,买卖合同有效的认识是不符合我国合同法立法思想的。而在买受人为善意时,则按照物权法上的善意取得制度处理。^[13]

有人对无权处分情形下动产善意取得的要件进行了检讨,认为作为原因的交易行为是否须为有效,依各国民法关于物权变动的不同模式而有区别。我国物权立法应采继受取得说,即转让人与受让人之间的交易行为应当是生效的交易行为,该交易行为的生效系由受让人的善意对无权处分行为的效力欠缺补正而致。其交易行为为无偿时,所有权人享有所有物返还请求权,但受让人应当享有先诉抗辩权,即所有人应先就无权处分人的财产强制执行。对于受让人以占有改定方式取得动产的,除非其已取得该动产的现实占有,不能取得动产的所有权。^[14]

有人认为,在主张因无权处分而成立的买卖合同无效的理论前提的同时,又认为虽然买受人取得标的物的所有权无法律上的原因,但因买受人为善意,例外地使其以善意取得制度作为保有标的物的原因,系理论上的自相矛盾。因此不如承认无权处分之买卖合同的效力不受出卖人没有处分权以及原所有权人不予追认的影响,以彻底贯彻对交易安全的保护。^[15]

5. 关于相邻关系

在德国法上,相邻关系被认为所有权的扩展,属于所有权的当然内容。有人认为,此种学说不能完全解释相邻关系的所有内容,与物权法的概念体系不相吻合,也不能准确解释相邻关系的客体。民法对相邻关系的调整包括赋予相邻一方相邻权和物上请求权,对他方所有权加以限制,规定疆界和标志物的共有。因此,相邻权的法律属性应当是地役权。我国在规定相邻关系时应当重视习惯的调整作用,综合采用物权法和债法的调整方法,允许当事人自由约定变更法定相邻关系的内容,并赋予相邻共同体以自治权。^[16]

6. 关于土地概括国有化的改造

集体土地的概括国有化是在农村城市化的过程中发生的一种现象,它主要是通过社区性质由农村变更为城镇实现的。因其不改变土地的使用人,故不适用土地的征用制度。这种土地的概括国有化使土地的所有人由集体无偿变更为国家,不是一个公平合理的制度。有人认为,解决的方法是,在法律上允许存在国家、集体以外的第三种土地所有权主体,即通过将农民集体转制为公司、组织土地合作社、组织土地基金会等方式建立土地法人所有制。^[17]

7. 关于担保物权制度

有人分析了我国担保物权制度和理论的九大缺陷,认为其中最大的缺陷是没有重视担保物的利用效率,影响了担保物权制度的市场经济作用。为实现提高物的利用效率的目的,我国担保物权制度的重建应当实现担保物权机制的多元化,即建立担保物权的激励机制,促使人们提高物的利用效率;建立担保物权的投资机制,承认有偿担保,设立专业担保机构;建立担保物

[13] 梁慧星:《如何理解合同法第五十一条》,《人民法院报》2000年1月8日。

[14] 王佚、关淑芳:《试论动产善意取得制度的适用条件》,《法制与社会发展》2000年第3期。

[15] 孙鹏:《论无权处分行为》,《现代法学》2000年第4期。

[16] 张鹏、曹诗权:《相邻关系的民法调整》,《法学研究》2000年第4期。

[17] 陈苏:《城市化过程中集体土地的概括国有化》,《法学研究》2000年第3期。

权融资机制,引进权利转移型担保物权。^[18]

8. 关于抵押物的转让

我国担保法对已设定抵押权的财产的转让规定了一些限制。有人认为,担保法规定抵押人转让抵押物时应当告知抵押权人,此种告知义务只是附随义务,并非抵押物转让合同生效的条件,抵押权人无权阻止抵押人转让抵押物;抵押权人也不得以抵押人不另外提供担保而主张转让合同无效;而担保法规定的抵押权人可以要求债务人提前清偿债务则于法理不合。合理的解决办法,是一方面肯定抵押人对抵押物的处分权,另一方面承认抵押权的追及力。在第三人善意取得了抵押物的所有权情况下,法律才可要求债务人提供另外的担保或者提前清偿债务、提存价款。^[19]

另有人认为,抵押物的受让人因受让抵押物而当然地成为抵押人,实质上是以原抵押人于债权人之间的合意约束受让人,违反意思自治原则;从制度价值看,它将除了给予抵押权人特别的照顾和保护外,对于抵押人、抵押物的受让人乃至整个社会都无益处。因此,担保法规定的提存抵押物转让的价金不失为一种顾及各方利益的较好方式。^[20]

三、债法研究

1. 关于合同的效力

合同的效力是一个似乎人人都明白,但又不大容易说得清楚的问题。有人认为,广义的合同效力,指合同的约束力,也即法律对当事人的强制力。据此效力,当事人不得违反约定,否则即应负法律责任,它存在于合同成立到终止的全过程;狭义的合同效力,指约定的权利义务关系的发生或消灭,它存在于合同自生效到失效的全过程。合同的成立要件由法律规定,不许当事人协商;而合同的生效要件则可由当事人商定。在我国,法律规定的批准、登记程序属于合同的生效要件,而不是合同的成立要件,因为其中体现了国家意志,即国家是否允许某种合同发生效力并得以履行。^[21]

2. 关于可撤销合同

有人分析了可能引起合同撤销的各种情况,认为因重大误解订立的合同,误解方对此有重大过失时,不享有撤销权;合同显失公平的,只有系对方乘人之危的才可撤销;第三人实施欺诈、胁迫的,只有相对人知道或者应当知道该情事时才发生撤销权;基于共同行为订立的合同,原则上不发生撤销权;可撤销合同同时具有无效情事时,当事人仍可行使撤销权;合同撤销权与瑕疵担保请求权可以竞合,与损害赔偿请求权也可并存。^[22]

3. 关于合同法上的表见代理制度

表见代理制度是为保护交易安全而对“每个人只对自己行为负责”原则的修正,其实质是在本人与相对人的利益之间进行权衡。有人认为,合同法关于表见代理的制度设计对于本人显然不利,但如以本人有过失为要件则存在理论上的不足和操作上的困难。合同法的制度设计扩张了司法解释的空间,符合法官裁量权扩大的立法潮流。为求操作上的稳妥,在法律适用

[18] 周林彬、胡珀:《我国担保物权制度的反思与重构》,《法学家》2000年第4期。

[19] 王利明:《抵押权若干问题的探讨》,《法学》2000年第11期。

[20] 朱庆育:《抵押物转让效力之比较研究》,《政法论坛》2000年第2期。

[21] 赵旭东:《论合同的法律约束力与效力及合同的成立与生效》,《中国法学》2000年第1期。

[22] 余延满:《合同撤销权的限制与排除问题研究》,《法学评论》2000年第6期。

上应当作限制性解释,即司法解释应当对第三人“有理由”的判断列举典型情形,从审判观念上形成判断的具体标准,同时应采客观抽象的一般标准。^[23]

4. 关于保留所有权买卖

有人认为,保留所有权买卖的性质,自所有权移转的角度,属于附停止条件之所有权移转;自债权担保的角度,它属于权利担保。买受人的期待权属于物权期待权或者所有权期待权,对其处分原则上无须出卖人同意。但如移转标的物的占有,则须出卖人同意。在买受人侵害出卖人利益时,出卖人可行使取回权,此时买卖合同并未解除,买受人可在一定期限内赎回标的物。由于保留所有权买卖不具公示性,可能影响交易安全,我国应当建立登记制度,即不动产和车辆等特殊动产应采登记生效制,对于动产可采登记对抗制。为防止当事人经济情况过度暴露,登记的内容在保证其公示性功能的前提下,应当尽可能地简洁。^[24]

5. 关于效率违约问题

我国合同法规定一方违约时,对方可以请求实际履行,但作了一定的限制。有人认为,我国应当借鉴经济分析法学上的效率违约理论。效率违约指违约方从违约中获得的利益大于向对方履行而获得的预期利益。在此情形,应当允许违约方以赔偿损失代替实际履行。因为违约责任并非对违约方道德上的否定评价,它也不应当具有惩罚性功能。如果过分强调合同必须严守,其所追求的只能是社会一般正义,而无法保证个别正义的实现,并且会造成社会资源的浪费。因此,在适用合同法关于实际履行规定时,对“履行费用过高”应当理解为违约方的履行成本超过其因实际履行所能获得的利益。在此情形,即不应判决违约方实际履行。^[25]

6. 关于第三人侵害合同缔结的责任

第三人侵害债权在民法理论上已经确立。有人对第三人侵害合同缔结作了研究,认为第三人侵害合同缔结,是指从要约人发出要约时起到收到受要约人承诺时止的期间内,第三人以破坏双方缔约为目的,侵害受要约人的承诺权,使缔约双方的权利和利益受到损害的行为。此种行为应受侵权法调整。第三人侵害合同缔结行为,破坏了缔约法律关系,造成了受要约人主要是纯粹经济上的损失。此种侵权行为责任的构成要件中,行为人的主观状态须为故意;行为的不法性须为违反法律具体规定或民法的基本原则;损害除纯粹经济上的损害外,还可能有受要约人的人身、财产权的损失。我国在建立此项制度时,可以“故意背于善良风俗加损害于他人”作为一般规定,同时借鉴“违反保护他人之法律”的规定,将完善后的反不正当竞争法的规范作为调整商业领域侵害合同缔结行为的特别规定。^[26]

7. 关于民事责任

我国民事责任中的回复原状和赔偿损失,均以补偿受损害一方当事人的损失为目的,不允许有惩罚性措施的适用。有人认为,此原则系建立在民事主体不仅在法律上而且在事实上都是平等的基础之上,但现实情况并非如此;它只有事后补救的效果,而无预防不法行为的作用;在精神损害的场合,事实上无法做到等值补偿,因此它有一定的局限性。惩罚性赔偿具有一定的积极意义,但其消极面也很明显,一是在理论上无法合理解释受害人获得高额赔偿的根据,二是其可能出现的滥用会破坏社会的公平正义。可行的解决办法是介入国家的公力,由司法

[23] 尹田:《我国新合同法中的表见代理制度评析》,《现代法学》2000年第5期。

[24] 余能斌、侯向磊:《保留所有权买卖比较研究》,《法学研究》2000年第5期。

[25] 刘浩宇:《效率违约的价值评析》,《河北法学》2000年第2期。

[26] 马俊驹、白飞鹏:《第三人侵害合同缔结的侵权责任论纲》,《法商研究》2000年第5期。

权对认为需要承担惩罚性赔偿责任的一方在其履行了补偿性责任后,再施以惩罚性措施,并由国家占有惩罚权的收益。惩罚的形式包括罚款、市场准入限制、宣告其商誉降低等。^[27]

简 评

2000 年度民法学研究的总体状况是稳定发展,这是可以理解和接受的。因为我国现在社会的各个方面的状况还不具备创立民法理论新体系的条件。不过,有几点情况是值得肯定的:首先,绝大部分的民法研究文章涉及两个方面:我国的民事立法(物权法、民法典的制定)和现行民法制度。这些研究或者对我国制定物权法和民法典做理论上的准备,或者通过对现行民法制度的批评,为司法提供理论上的帮助。梁慧星先生介绍了学者起草的物权法建议稿的内容及其立法理由,可能对物权法的研究提供帮助。^[28]其次,有的研究者已经注意到了在民法学研究中方法论的重要性,对于民法理论及制度做了体系化研究和比较研究,例如,朱庆育对于物权效力中物权追及效力的研究;法理学者郑强先生对于我国与大陆法及英美法关于诚实信用原则在立法、判例和学说三个方面的比较研究等。^[29]再次,不少学者注重了对于民法制度的实务性研究而不是单纯逻辑推理性研究。当然,这需要对我国的社会情况比较了解,也需要采用法社会学的方法,因而具有较大的难度,还需作出进一步的努力。

同时我们也注意到,在近几年的民法学研究中还存在若干可能影响其进一步发展的现象。

第一,对外国民法理论的引进缺乏分析。

若干年前,人们曾经对“言必称罗马”的现象加以鞭笞。不过,如果说因为我国属于大陆法系,以罗马法学作为起点来阐明某项理论的历史发展还具有一定的合理性的话,现在的某些文章不加分析地引进外国的民法理论则令人费解。虽然我们可以一般地肯定外国的民法理论属于人类文化的一部分,具有可以引进或者借鉴的属性和必要,但这种引进和借鉴必须建立在实践分析的基础之上。首先,我们需要了解和分析该理论提出的实践背景;其次,我们需要了解和分析我国的实践背景。民法学是一门实用学科,它与社会的政治、经济、历史、文化状况和立法、司法的状况有着密切的联系;同时,民法理论又有着其自身具有的严密和谐的逻辑体系。如果我们没有弄清该理论提出的社会背景和理论背景,该理论的合理性便无法得知;而如果对于我国的实际情况缺乏足够的分析了解,即使该理论可能十分完美,也终将是无的放矢。

第二,对外国民法制度的推崇似嫌盲目。

相对而言,我国缺乏民法传统,民事法律不发达,因此借鉴甚而引进某些外国的民法制度应当说是必要的。但是我们遗憾地看到,不少民法研究文章的作者似乎对外国的民法制度有某种程度的“偏爱”。他们在提出我国应当借鉴或者引进某项制度时并没有考查清楚该项制度的背景。有的作者甚至连该制度的真正涵义都没有了解,只是根据其字面意义(且不论翻译和理解是否准确)就提出借鉴或者引进该项制度。

我们认为,要肯定或者否定外国的某项制度,至少应当搞清该制度设立时的社会政治、经济、文化、法律、理论等等的状况,该制度的发展和变化情况及其原因,该制度在该国民法体系中的逻辑地位以及与其它民法制度的关系,该制度在司法中如何被运用来解决实际问题,其效

[27] 张驰、韩强:《民法同质补偿原则新思考》,《法学》2000年第3期。

[28] 梁慧星:《制定中国物权法的若干问题》,《法学研究》2000年第4期。

[29] 郑强:《合同法诚实信用原则比较研究》,《比较法研究》2000年第1期。

果如何,在该国社会(包括理论界)受到如何的批评,等等,而后才说得上是否适合我国实际的问题。在这个问题上,谨慎一些没有坏处。

第三,对我国民法制度的批评稍嫌轻率。

近年来,我国的民事立法有了很大发展。随之而来的是对于我国民事法律的批评也逐渐增多。本来,对于立法的研究和批评是法学研究的主要途径,但不少的批评文章缺乏必要的慎重。例如,在没有了解立法原义的情况下就进行批评;在对法律规定缺乏正确理解的基础上进行批评;以外国的相关制度为理想范本来批评我国的民法制度等等,这就使其批评缺乏说服力。当然,我国的法律不附立法理由书,是造成这种现象的一个重要的客观原因,但是作为理应是规范、严谨的法学研究而言,上述现象是无论如何不该存在的。

另外,看一个法律制度是否合理,有的时候并不在于纯粹的逻辑判断和价值判断,而在于它能否很好地适应社会生活的需要。因此,它只有经过一段时间的适用才能显示出其合理性或者不合理性。在一项法律制度刚刚设立的时候就加以批评,多少有些“想当然耳”,除非该制度有着十分明显的瑕疵。

第四,对于民法理论缺少体系化的研究。

经历了几千年的发展,特别是经过长于哲学思辩的德国民法学者的贡献,大陆法系的民法理论已经形成了一个完整的、自足的体系。这个理论体系具有相当的逻辑性,就象一架机器,虽然有的时候运转得不那么自如,不是那么有效率。因此,我们在对某一个民法问题进行研究时就应当考虑到可能受其影响的其它方面和别的制度设计。有的作者在进行民法某项理论或者制度的研究时,过多地注意了该问题在理论上的合理性,而没有顾及对其它方面的影响。特别是在提倡英美法的理论和制度时没有考虑和我国大陆法的法律和理论体系如何协调。一个国家的法律是一个系统,一种法学理论是一个体系,它追求的是相对的效率 and 相对的合理性。在某种意义上,这种追求是以牺牲某个方面的效率和合理性为代价的。如果我们追求一个一个局部构造的合理性,整个系统的效率就可能下降,整个体系的相对合理性就可能会被打破。

以上这些现象表明,我们有些作者在进行民法学研究时的心态还是有些急躁,急于发表成果,缺乏长期坐冷板凳的精神。阶段性、应用性的研究是必要的,但如果有一批对于民法理论进行深入的体系化研究的学者,我国的民法理论研究就可能早日走在世界的前列。

民事诉讼法学研究述评

潘剑锋 徐继军 庞飞 闫春德 张广兴*

一、基础理论研究

1. 关于民事诉讼程序的价值

2000年学者们继续强调诉讼法相对于实体法的独立性,但在观点和方法上有所创新。有人从诉权理论历史发展的角度论证诉讼法的独立地位,主张从诉讼法与实体法二元论的立场

* 潘剑锋,北京大学法学院副教授;徐继军、庞飞、严春德,中山大学法律学系硕士研究生。