

中国民法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CIVIL LAW

中国法学会民法学研究会 主办

王利明 主编

2010



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国政法大学民商法学院资助协办

中国民法年刊

2010

中国法学会民法学研究会主办

主 编 王利明
顾 问 王家福
副主编 (按姓氏笔画)
马新彦 王卫国 王胜明 尹 田
孙宪忠 刘士国 吴汉东 杨 震
杨立新 张新宝 赵万一 郭明瑞
崔建远 温世扬

本卷执行主编 王卫国 张新宝



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法年刊. 2010 / 王利明主编. —北京: 法律出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2245 - 1

I. ①中… II. ①王… III. ①民法—中国—2010—
年刊 IV. ①D923.01 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 121364 号

中国民法年刊. 2010

王利明 主编

责任编辑 刘彦泮 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 × 960 毫米 1/16

版本 2011 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 34.5 字数 578 千

印次 2010 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2245 - 1

定价: 59.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

代 序

与改革开放同步发展和繁荣的民法学

王利明

在改革开放初期,经历了“文化大革命”的民法学园地可谓一片荒芜,甚至可以说,在相当长的一段时间内,许多人不知民法是何物。正是在这样的背景下,在20世纪70年代末期和80年代初期,理论界发生了民法和经济法的大论战,目的不仅在于澄清经济法的概念,而且涉及民法的基本定位,即它是调整公民之间关系的法律,还是广泛调整平等民事主体之间关系的法律。这场论战一直持续到1986年《民法通则》的颁布,该法第2条明确了民法的调整对象,从而明确划分了民法和经济法的界限,为这场论战画上了句号,也为我国民法学研究和繁荣奠定了坚实的基础。

改革开放的春风一扫计划经济时代民法的阴霾,市场经济的不断繁荣和发展为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。回顾改革开放30年的民法学发展历程,我国民法学是一门与我国社会主义市场经济建设同呼吸、共命运的重要社会科学,也是发展社会主义民主、健全社会主义法制所迫切要求繁荣和发展的学科。经由数代民法学者的不懈努力,我国民法学在过去30年内已经取得了令人瞩目的成就,为我国经济发展、政治文明、法治发展和法学繁荣做出了重大的理论贡献。

第一,民法学为我国民事立法和司法提供了重要的理论支持。民法是一门经世济用的应用法律部门,其发展不仅应体现国家的经济建设和社会发展政策,而且应关注民事主体的切身利益。民法学研究也秉承其旨,既关注理论架构上的完满和自足,更关注在我国具体时势背景下具体问题的妥当解决方案,从而为国家在民事法治方面的良好发展提供了智力支持。无论从《民法通则》、《合同法》、《物权法》等基本民事法律的制定,还是从最高司法机关的各种司法解释的

出台,都凝聚了我国民法学者的长期的心血。迄今为止,我国民法学界已经推出了丰硕的、优质的学术研究成果,既包括负责起草了民法典的各编条文草案的学者建议稿及立法理由书,也包括对已经颁布的法律(如合同法)进行注释、学理的研究。

第二,已经建立了基本完善的民法学体系。在总则、物权、合同、侵权责任、人格权、知识产权、婚姻继承等民事基本制度方面,我国学者都确立了完备的理论构架。民法学界注重基础理论研究,成果丰硕,如对于意思表示、物权行为、侵权行为的归责原则等都有专门的研究著作;对合同法、物权法、侵权法的系统研究也都呈现出欣欣向荣的局面。许多研究既有开放的理论视野,又能立足于中国的实际情况。学者的努力为我国民法学体系的形成奠定了基础。

第三,进行了深入的专题性研究。学界不仅主张民法各部分的体系构建,而且深入地进行了各种专题性研究。从所研究的专题来看,其涉及的领域不断拓展。过去,学者多关注基础性的专题,如违约责任、侵权行为归责原则、人格权、担保物权等。现在,学者将其视野投向了法学研究中的新问题、新情况,如互联网的侵权问题、一般人格权、动产担保、纯粹经济损失、安全保障义务等。民法方法论、案例研究方法等也成为学者们重点研究的课题。这些专题性研究不仅丰富了民法学理论,而且指导了司法实践。

第四,开展了广泛的比较民法学研究。比较民法学对于开拓研究视野、广泛借鉴国外的学术成果、构建我国民法学理论体系等都具有十分重要的意义。我国学界一直重视比较民法学的研究。随着国内学者外语水平的提高和留学人员加入我国研究队伍,我国比较民法学的研究空前繁荣,既关注发达国家的立法、判例和学说,又介绍了发展中国家民法学的成功经验;既翻译了大量外文原版著作和法典,又撰写了大量以比较法为研究对象的著述。

改革开放的30年,是经济快速发展的30年,是社会健康发展的30年,更是以调整商品经济关系为主要对象的民法进步的30年,也是民法学迅猛发展的30年。民法学已经成为我国社会科学中的一门“显学”,这主要表现在,民法理论和实务日益受到社会的关注,民法学界各种有分量的研究成果层出不穷……尤其是有志于投身民法事业的青年才俊众多,新一代的青年民法学者如雨后春笋般涌现出来,他们既有扎实的民法功底,缜密的学术思维、良好的问题意识,又有较高的外语水平,思维之严谨、研究之深入、掌握的信息之宽,都令人耳目一新。从他们身上,我们看到了民法学未来的希望。

在看到我国民法学在过去几十年所取得的辉煌成就的同时,我们也必须清

醒地认识到不足与缺陷。虽然近年来民法学研究成果不断涌现,数量众多,但是其中高质量的学术精品仍然很少,普遍存在原创性不足的缺陷。主编的作品较多,独著的成果较少;编译的作品较多,翻译的精品较少;粗放性的研究较多,深入实证性的研究较少。某些领域的研究发展过于缓慢,例如,以罗马法的研究为例,20世纪30年代陈朝璧先生的《罗马法原理》一书至今依旧是该领域的代表性作品。从数量上来看,尽管有关司法考试、案例汇编等方面的著述以及教科书不少,但其数量与我国现有法学研究人员的数量相比,仍然显得单薄,尤其是对专门领域进行系统、深入研究的专著更为缺乏。以民法总论为例,目前该领域的专著和教材全国加起来不过十来本,而我国台湾地区民法总论著作至少不下50部。此外,我国学界的学风也亟待改进。一方面,研究上浮躁、冒进现象严重,低水平的重复依然存在;另一方面,个别学者宽容精神不够,存在自我封闭的现象,也有个别学者持“饭碗法学”的观点,对自己研究的领域不容其他学者染指,等等。这些现象都会影响我国民法学乃至整个法学事业的发展。

21世纪是市场经济更加繁荣和发展的时代,是走向权利的时代。我们深信,随着我国社会主义市场经济体制的确立、完善以及社会主义民主法制的不断健全,中国民法学的明天将会更加辉煌。因此,我国民法学工作者更应当感到责任重大,进一步结合我国社会主义法制建设和市场经济发展的需要,有目的、有针对性地开展研究,尤其是要对那些我国立法与司法实践中的重大理论问题进行更为深入、细致、扎实的研究。学者应当淡泊名利,潜心研究,推出一大批具有原创性的作品。我们民法学的很多领域在国际上已经处在领先地位,特别在中国特色问题研究上,未来中国民法学应走向世界,在国际舞台上争夺话语权。此外,在研究方法上,我们应当注重方法上的创新,实现方法上的多元化,尤其应当注重借鉴经济学、社会学、统计学等其他社会科学的研究方法。我们有理由相信,经过我国学者的共同努力和不懈奋斗,我国的民法学将迎来快速发展、持续繁荣的局面!

目 录

代序/王利明	1
2010 年民法年会论文	1
关于中国民法学体系构建问题的思考/柳经纬	3
王家福先生法学思想的本质特征/屈茂辉	26
民法调整对象之争:从《民法通则》到《物权法》 ——三十年中国民事立法主要障碍之形成、再形成及其克服/尹田	32
《物权法》的实施与担保物权效力/曹守晔	45
形在而神移 ——论《物权法》担保物权编的新发展/董学立	52
“入城”集体土地之归属 ——“城中村”进程中不可回避的宪法问题/傅鼎生	74
穿行于权利与事实之间 ——占有本质的追问及其意义/李凤章	89
论连带责任的性质/李永军	110
论实质意义上侵权法的确定与立法展望/王竹	124
东亚地区侵权法实现一体化的基础及研究任务/杨立新	144
大规模侵权损害救济(赔偿)基金构想/张新宝	158

2010 年民法年会论文摘要	169
我国民法典应采取潘德克吞立法模式/李少伟	171
论中国民法的法典化/王利民	176
法人本质理论与《民法典》法人制度的基本精神/仲崇玉	181
不动产物权善意取得构成要件检讨 ——以《物权法》第 106 条之适用为中心/姚明斌	186
论经营者的安全保障义务/杨勇	191
关于情事变更原则的思考/王丽萍	196
论房贷新政对合同履行的影响/钟明霞	201
高空抛物致人损害的法律救济 ——以《侵权责任法》第 87 条为中心/李霞	206
论停止侵权民事责任的适用及其完善 ——以专利侵权诉讼为视角/张玲	211
我国《侵权责任法》没有规定公平责任原则 ——兼及《侵权责任法》第 24 条的理解与适用/陈本寒、陈英	216
2010 年期刊民法论文选粹	221
事实行为的基础规范/常鹏翱	223
权利客体的概念及层次/方新军	245
物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论视角/龙卫球	278
论不动产善意取得之构成要件 ——《中华人民共和国物权法》第 106 条释义/程啸	303
论高度危险责任一般条款的适用/王利明	322
论归责原则与侵权责任方式的关系/崔建远	344
《侵权责任法》死亡赔偿制度解读/张新宝	362
《侵权责任法》保护的民事权益/葛云松	386
附录	409
2010 年年会简报(共五期)	409
第四届中国法学会民法学研究会组成机构人员名单	542

▶ | **2010 年
民法年会论文**

关于中国民法学体系构建问题的思考

柳经纬*

引言

早在1985年,佟柔教授就指出中国民法学的任务之一是“建立中国民法学理论体系。”^①当年,在苏州召开的中国法学会民法学、经济法学研究会成立大会上,中国法学会副会长甘重斗也指出,民法学、经济法学研究要“适应经济体制改革的要求,不断完善我国民法学、经济法学的理论,逐步建设具有中国特色的民法学和经济法学理论体系。”^②可以说,建立中国民法学理论体系是改革开放以来中国民法学界的一致追求。

如果把改革开放以来的中国民法学置于百年中国民法学的发展史上加以考察,那么建立中国民法学的理论体系的实质是,努力实现中国民法学的理论转型。新中国成立后直至改革开放之初,前苏联式的民法学虽然“无学”,但并不缺乏其理论体系,只不过那是一种服务于高度集权的经济体制和政治体制的理论体系。这种民法学理论体系不能满足中国市场化改革的需要,也不能满足中国建设社会主义法治国家的需要,因此中国民法学界必须彻底摆脱这种民法学理论,重新构建能够满足市场化改革和法治国家建设需要的新的民法学理论体系,也就是彻底实现民法学自身的理论转型。因此,实现民法学的理论转型构成了建立中国民法学理论体系的实质内容。

从这个层面来看,经过三十多年的努力,应该说建立中国民法学理论体系的

* 中国政法大学教授,研究方向为民商法学。

① 佟柔:“我国民法科学在新时期的历史任务”,载陶希晋主编:《民法文集》,山西人民出版社1985年版,第21页。

② 甘重斗:“民法学、经济法学要为经济体制改革服务——在中国法学会民法学经济法学研究会成立大会上的讲话(摘要)”,载《法学》1985年第6期。

任务已经初步完成。中国民法学顺应了市场化改革和法治国家建设的历史潮流,从民法的定位(调整对象)和定性(私法)入手,以全面推进反映私法理念的民法制度建设为重点,初步建立起以私法理念为基础的新的民法学理论体系,基本实现了民法学的理论转型。这一新的民法学理论体系,完全不同于前苏联的民法学理论体系,而与清末至民国时期继受而来的民法学以及现代西方大陆法系民法学理论体系却有着理论上的渊源联系。

然而,中国民法学界所希冀的中国民法学理论体系理应是指成熟的民法学理论体系,就当下的中国民法学理论体系的总体情况来看,我们还不能说已经建立了成熟的中国民法学理论体系。这里仍存在一些基本的问题需要进一步加以探讨。

一、关于“中国特色”与民法制度及理论创新问题

在当下的中国理论界,总有一种习惯,在中国的社会科学前冠以“中国特色”,以强调中国社会科学理论所具有的某种特殊性。这种理论现象也同样存在于民法学界,习惯将中国民法学称为“中国特色”民法学,如“中国化的民法学理论体系”、“中国特色的物权法理论体系”、“中国特色的合同法理论体系”。^①这种理论习惯固然与“中国特色社会主义理论”和“中国特色社会主义法治理论”等当下盛行的政治观念有关,然而也着实反映了中国民法学界存在一种追求民法制度创新和民法学理论创新的思潮。

基于中国市场化改革所具有的特殊性以及民法制度和理论与这场改革之间存在内在的关联而言,追求民法的制度创新和理论创新,当然无可非议,且亦顺理成章。尤其是当中国经过了三十多年的经济快速增长,正以大国之势迅速崛起之时,中国民法学界发出了制定一部与法国民法典、德国民法典相媲美的“立于人类最优秀民法典之林”的中国民法典的呼吁,^②力求在民法制度和民法学理论上有所创新,创建具有“中国特色”的民法制度和民法学理论,就更具有了历史和时代的使命感。

然而,笔者认为,中国民法学界大可不必过度强调制度和理论创新,中国民法学理论体系也大可不必非得具有“中国特色”不可,没有制度和理论创新,不具有“中国特色”,但却能满足市场化改革和法治国家建设需要的民法学理论,她也可以成为中国的民法制度和民法学。事实上,如果我们将改革开放以来所建立

^① 王利明、周友军:“与改革开放同行的民法学——中国民法学30年的回顾与展望”,载《吉林大学社会科学学报》2009年第1期。

^② 张新宝:“民法的时代使命”,载《法学论坛》2003年第2期。

的民法制度和民法学理论与西方社会尤其是大陆法系国家或地区的民法制度和私法理论加以比较的话,我们不难发现,其间的共性远大于个性(即所谓“特色”)。总体来看,改革开放以来中国的民法制度和民法学理论建设其实并无多少创新和“中国特色”,其大多内容不是来自大陆法系就是来自英美法系或者国际公约。例如,备受学者称道的1999年《合同法》,总体架构来自大陆法系的债法,部分内容(例如,第108条关于预期违约的规定、第402条关于间接代理的规定)则借鉴自英美法,总计428条,大概没有来源的仅有127条关于合同管理的规定,其他均有出处,因此很难说是具有多少制度和理论的创新,也很难说有中国的“特色”。

2007年颁行的《物权法》总体结构上采取德国物权体系(所有权、用益物权、担保物权),其间最具特色的建设用地使用权、农村土地承包权则属于用益物权,未能超越德国的物权体系。真正具有“中国特色”的是按照所有制标准的所有权分类(即将所有权分为国家财产所有权、集体财产所有权和公民个人财产所有权)以及关于国家财产所有权的特殊规定(其实这也来自前苏联),则备受学者诟病,很难值得中国民法学界为此“中国特色”而荣耀。

在中国民事立法(尤其是民法典编纂)的问题上,一些曾经备受学者称道的具有“中国特色”的制度创新或者理论创新,其实与民法学的理论幼稚性不无关系,不值得作为“中国特色”的荣耀来彰显。例如,1986年《民法通则》有两项制度应该算是很有“中国特色”的,但是其间表现出来的却是理论的不成熟性。

一是基于法律行为合法性的本质判定,创设了一套新的法律行为概念体系。当时的民法学界从法律行为的合法性出发,认为无效的法律行为不是法律行为,并认为传统民法上无效法律行为是一个自相矛盾的概念。^①为了避免这种概念的矛盾,《民法通则》创设了“民事行为”的上位概念,在这一上位概念下,将合法的行为称为民事法律行为(法律行为),将不合法的民事行为称为“无效的民事行为”或“可变更、可撤销的民事行为”,由此形成了与传统民法完全不同的一套概念体系。然而,这一新的概念体系纯属添乱。

其一,造成新的概念矛盾。例如,民事法律行为具有合法性,能够产生当事人预期的法律效果;反之,不具有合法性的行为是“无效的民事行为”或“可变更、可撤销的民事行为”,不能产生当事人预期的法律效果。但是,“可变更、可撤销的民事行为”并非当然无效,如果行为人没有行使撤销权,那么它就是有效的,可

^① 顾昂然:《新中国民事法律概述》,法律出版社2000年版,第35页。

以产生当事人预期的法律效果。这种有效的行为按理应属于“民事法律行为”，可是它又不能被称为“民事法律行为”，而只能被称为“可变更、可撤销的民事行为”。

其二，现实生活中本无“法律行为”，法律行为是对现实生活中存在的各种合同、遗嘱等行为的理论抽象，法律行为和无效法律行为与现实法律生活的合同和无效合同、遗嘱和无效遗嘱在概念上是完全对应的，其间不发生概念使用的混乱。然而，如果按照《民法通则》关于法律行为合法性理论的逻辑，无效法律行为的概念是自相矛盾的，那么无效合同和无效遗嘱的概念也应该是矛盾的，因此人们也就不能使用无效合同和无效遗嘱的概念。那么，人们又该怎么称呼这种无效的合同和无效的遗嘱呢？对于这样的问题，《民法通则》以及法律行为合法性理论并没有给出解决的办法。于是出现了法律行为的理论和实际生活相脱离的概念使用状况，一方面理论上不再使用无效法律行为的概念，但另一方面现实法律生活中无效的合同依然是合同，无效的遗嘱依然还是遗嘱，法律概念的使用更为混乱。^①

二是《民法通则》将违约责任与侵权责任统一在民事责任之下，独立成章。这一法例曾经被中国学者认为是反映“新时代的要求”和“新思潮”的一大特色，^②“是世界民事立法史上的重大突破”。^③然而，这一制度创新造成的直接后果就是民法教科书内容和民法理论教学的混乱。在一些尊崇这一法例的民法教科书的知识体系里，债和合同部分没有关于违约责任或债不履行的内容，违约责任或债不履行的内容则安排在民事责任内。更为严重的是，基于这种立法例，一些教科书致力于民事责任一般原理的构建。然而，从他们所构建的民事责任一般原理来看，主要是从侵权责任的理论中提炼出来的，用于指导侵权民事责任应无问题，但是用于指导违约责任则有问题，民事责任的一般原理与违约责任之间存在格格不入的现象。这主要表现在构成民事责任一般原理的核心的责任构成理论方面。试图构建民事责任一般原理的学者，搬用侵权责任的一般构成要件理论，作为民事责任的责任构成理论，并都采取四要件说，即民事责任构成的要件包括：行为违法、损害事实、因果关系和主观过错。^④然而，当我们将

① 柳经纬：《感悟民法》，人民法院出版社2006年版，第127~128页。

② 余能斌、马俊驹主编：《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第665页。

③ 杨振山主编：《中国民法教程》，中国政法大学出版社1999年修订版，第602页。

④ 余能斌、马俊驹主编：《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第667~676页；杨振山主编：《中国民法教程》，中国政法大学出版社1999年修订版，第603~605页。

这四要件用于违约责任时,发现违约责任根本无法套用这一责任构成的理论。违约责任的形式有强制履行(继续履行)、违约金、赔偿损失以及定金。这些责任形式对于责任构成要件的要求是不同的,并不适用民事责任的一般构成要件。强制履行因金钱债务和非金钱债务而有区别。金钱债务只要存在违约行为,债权人即可请求强制履行,并不要求其他条件。^① 非金钱债务适用强制履行的条件是:(1)有违约行为;(2)合同的履行仍然可能,包括事实上可能和法律上可能,如果事实上已经不可能履行或者法律上不可能履行的,不适用强制履行。^② 除此之外,强制履行不要求其他条件,既不考虑损害和因果关系,也不要求过错。违约金责任取决于合同对违约金的约定,如果当事人没有约定违约金,不存在支付违约金问题。如果合同约定了违约金,那么只要发生约定的违约行为,相对人即可依据合同约定请求违约人支付违约金。这里原则上不必考虑损害、因果关系和过错的因素。当约定的违约金数额与可能造成的损失相比过高或者过低时,当事人方可请求法院适当减少或增加。^③ 此时违约金的支付与损失有一定的关系,但仍不属于民事责任所要求的损害和因果关系要件。至于过错,只有在免责事由时才给予考虑,也就是说,如果违约行为是因不可抗力或相对人的过错所致,那么债务人可以主张免责免除违约金责任。但如果不存在免责事由,债务人仍应对自己的违约行为承担支付违约金的责任,而不必考虑债务人是否确有过错。赔偿损失责任的承担,取决于违约行为是否造成了相对人的损失,因此违约赔偿要求违约行为、损害以及因果关系三个条件,但对于过错原则上不予考虑。只要违约行为造成相对的损失,违约人即负有赔偿相对人所受损失的责任。过错也仅仅作为是否免责的一个考量因素。定金的情形与违约金相似,取决于合同关于定金的约定和违约行为,而不要求其他条件。由此可见,民事责任的一般构成要件并不适用于违约责任。除了责任构成要件的理论外,民事责任的一般原理

① 《合同法》第109条:“当事人一方未支付价款或者报酬的,对方可以要求其支付价款或者报酬。”

② 《合同法》第110条:“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行,但有下列情形之一的除外:(一)法律上或者事实上不能履行;(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;(三)债权人在合理期限内未要求履行。”

③ 《合同法》第114条第2款:“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

中有关有限责任和无限责任、^①财产责任和非财产责任、按份责任和连带责任等民事责任分类的理论,免责事由中的正当防卫和紧急避险,都无法适用于违约责任。民事责任的一般原理之牵强可见一斑。^②

鉴于《民法通则》创立的这一立法例存在的问题,曾几何时,这一最具“中国特色”的民法制度创新很快就被立法所抛弃,1999年的《合同法》将违约责任收归合同(债)制度,独立的民事责任制度及其理论已经失去了“半壁江山”。

当前,侵权责任法的单独立法虽然已成定势,但这是在无民法典的情势下进行的立法活动,如同此前颁行的《合同法》、《物权法》以及更早些的《婚姻法》和《继承法》均采取单独立法一样。如果在编纂民法典的情势下,讲究体系严谨的民法典能否容忍侵权责任制度在实质上保持其独立于债的地位,仍属疑问。相反,从主流学者的观点来看,无论是侵权责任独立成编的主张还是在债法体系内安排侵权行为的主张,一个共同的认识却是:侵权行为是债的发生原因之一。例如,极力主张侵权行为法独立的王利明教授,在其主持的《中国民法典草案建议稿》中设有债法总则编,并且规定债的发生根据包括侵权行为(第1153条),侵权行为编(第8编)规定的侵权行为后果也主要是损害赔偿(债),其所以主张侵权行为独立成编,主要原因在于侵权行为的后果不限于损害赔偿,还包括赔礼道歉等非财产责任,后者不属于债。^③然而,只要承认侵权行为的后果主要是损害赔偿(债),将侵权行为从债法体系中分离出去就缺乏充分的理论依据,或者说其所构建的民法典体系就无法达到“自圆其说”的最低理论要求。

此外,在中国民法学的理论发展中,关于国有企业产权的讨论,关于民法典编纂体例的“主义”之争,关于制定物权法还是制定财产法的争论,也在一定程度上表现出理论的不成熟性。

由此看来,在中国民事立法及其理论研究中,所谓制度创新或理论创新,未必是理论成熟的表现,相反,则很可能是理论不成熟性的表现。基于不成熟的理论的制度创新或理论创新,是不可取的,更不能作为“中国特色”使人产生荣誉感。

^① 其实,侵权责任中也不存在有限责任和无限责任问题,有限责任和无限责任仅存于投资者与企业的关系中,有限责任公司的股东对公司的债务承担有限责任,合伙人对合伙企业的债务则承担无限责任。但此所谓责任与不法行为所产生的民事责任,已经不属于同一法律层面的问题。将有限责任和无限责任理论纳入民事责任的范畴,实在是牵强附会。

^② 柳经纬:《感悟民法》,人民法院出版社2006年版,第127~128页。

^③ 王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第159、259~265、442~443页。

实际上,诚如苏力所言,“法学关注的一个国家内整个社会相对长期的稳定秩序”,决定了“法学是一个比较保守的学科”,“法学从来就不是以其新颖、玄妙、想象力而获得人们的青睐,而是以它的熟悉、便利和重复性而与人们相伴随”,“法学实在是太缺乏新意了”。^① 中国民法学也是如此。尽管中国改革开放以来处在急剧的社会变革之中,尚未形成“整个社会相对长期的稳定秩序”,但是由于中国改革的目标取向是市场经济体制,而市场经济体制则并非新生事物,因此建立在市场经济基础之上的民法制度及理论体系也不是新生事物。西方社会市场经济体制和市民社会历经数百年的历史,其制度与理论则可追溯到古代罗马,因此其法律制度和私法理论构建已经相当成熟。既然中国选择了市场化改革的路子,那么历史留给中国民法学者制度创新和理论创建的际遇和空间实际上少之又少。^② 事实上,中国的民事立法也好,民法学理论研究也好,最近 30 年来,始终是在追随发达国家(市场经济社会),并无多少具有“中国特色”的制度创新。即便有些真正具有“中国特色”的民事制度,如典权,也不在立法者的视野内。

因此,在中国民法的制度与理论构建的认知问题上,笔者宁可主张,中国民法学是“中国”的民法学,但可以不是“中国特色”的民法学。

二、关于民法学的学术共识问题

学术共识是构建学术平台的基础,是学者开展学术研究,进行学术对话、学术交流的必要前提。如果学者之间缺乏基本的学术共识,“鸡同鸭讲”,学术对话和学术交流就很难进行,学术研究也就很难展开,也就谈不上学术平台的构建,学术水平的提升也将受到不利影响。

学术共识还是学科发展水平和成熟度的一种标志。一般来说,学术共识越多,“鸡同鸭讲”的现象就越少,学术对话和交流也就顺畅,学科的成熟度也就越高;反之,学术共识少甚至缺少基本的学术共识,“鸡同鸭讲”的现象就多,学术对话和学术交流就无法顺畅,学科的成熟度相对也就低下。

^① 苏力:“反思法学的特点”,载《读书》1998 年第 1 期。

^② 葛云松博士在其《过渡时代的民法问题研究》一书的封面题记中也指出“中国民法学上的创新是可能的,也是必要的,但是这个机会并没有很多人想象的那么多”。笔者细数一下,大概最有可能实现制度创新的只有人格权领域了。但是,对此我们也要有清醒的认识。《民法通则》是在中国经历了“文革”时期人的尊严丧失殆尽的磨难的历史背景下出于对人的基本权利的保护而规定了人格权,这并不意味着中国相对于发达国家更加注重保护人的尊严。相反,从现状来看,中国对人的尊严的权利保障并不乐观。因此,对此项可能的制度创新亦不可有过高的估计和期待。参见葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社 2008 年版。