



最高人民法院

民事审判思维实证研究 以四元结构为中心

1985 ~ 2014

朱兰春 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



最高人民法院

民事审判思维实证研究 以四元结构为中心

1985 ~ 2014

朱兰春 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院民事审判思维实证研究: 以四元结构为中心 /
朱兰春著. —北京: 中国法制出版社, 2015.8

ISBN 978-7-5093-6386-7

I. ①最… II. ①朱… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国
IV. ① D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 101875 号



责任编辑: 赵宏 (health-huang@163.com)

封面设计: 杨泽江

最高人民法院民事审判思维实证研究: 以四元结构为中心

ZUIGAO RENMIN FAYUAN MINSHI SHENPAN SIWEI SHIZHENG YANJIU:

YI SIYUAN JIEGOU WEI ZHONGXIN

著者 / 朱兰春

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 640 毫米 × 960 毫米 16

版次 / 2015 年 8 月第 1 版

印张 / 37.5 字数 / 450 千

2015 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6386-7

定价: 89.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66010483

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

序

2003年，一个名叫朱兰春的律师考上了我的博士生。第一次见面就让我吃一惊：他居然读过而且显然理解我的《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》一书。当时，这书才出版两年，尽管已引起国家立法机关的高度关注，但法律院校的师生极少知道有这么一本有别于德国、日本、我国台湾地区物权理论和设计的书，更不用说专注实务的律师了。一个专职律师，能够读懂这本许多民法大腕至今不懂的书，这一功底应能使其顺利完成博士学业。

可是，他没有按时答辩。选题时，他说要研究最高法院的判例，研究最高法院的民事审判规律，我不是太明白，但没反对。不指定博士论文选题、不否决博士生的选题是我指导博士生的一个原则，博士是学生第一次独立创造的阶段，导师必须放手，不然容易成为硕四、硕五、硕六。其他同学毕业时，他说他要写出一部与众不同的博士论文，我点头，但真没几分信，我在高校几十年，眼高手低的学生如过江之鲫。随着时间的流逝，我追问论文进度的次数越来越少，写不出就写不出吧，比起那些找枪手的、写的像教材一样的、东拼西凑不知所云的，他至少有点骨气。

2013年，他发来博士论文初稿的电子版，我又吃了一惊：不仅字数是一般民法博士论文的两倍，而且内容和体系完全有悖于

民法博士论文的一般套路。我立即放下手头的事情，仔细阅读，沿着论文表达出来的路径，竭力弄清他研究和写作的思想过程。论文的瑕疵不少，但其厚重的资料分析、清晰的逻辑思路、明确的研究结论，透出了博士论文应有的风骨。我提出了一些修改的建议，但特别声明仅供参考，这是我不甚熟悉的研究成果，而且博士生导师本来就不应该要求学生顺从导师观点或意见。

论文梳理了 1985 年至 2014 年间最高法院公布的约 8000 件民事裁判文书或案例。这是任何一个按时毕业的博士生不可能完成的。大量占有信息从中发现规律性知识的时髦名称是大数据，但大数据依托电脑和互联网其实并不怎么费劲，而他只能依赖自己脑袋——阅读和分析，这非常耗费时间。耗费时间不重要，重要的是他知道学术研究必须详尽占有资料而且不能投机取巧。随意找点资料或选择性使用资料，是许多民法博士论文沦为学术垃圾的首要原因，例如物权法的博士论文没有片言只语引述哪怕是批判性引述物权二元理论。而且，梳理贯穿着黑格尔的“真实的只是整体”的理念，立足于通盘把握最高法院的裁判思维，不是一般的案例汇编和分析，使得案例研究有了新的意义。

论文提炼了主体、行为、权利、责任四大要素并以此构建论文框架。这种写法蕴藏着两大不能通过答辩的风险，一是提炼的结果需要经受学术的评估，四元结构能否容纳最高法院三十年民事裁判的主要部分？这是一个有待证实的问题，在缺少同类研究成果的条件下，宽容的导师可以存疑，挑剔的导师可以否决。二是论文结构需要经受导师的认可，在一些民法大腕的倡导下，概述、历史沿革、各国立法例几乎是民法博士论文前三章的通用格式，这种格式违背以问题为导向的论文原则，基本上是学术垃圾桶，但答辩风险几乎为零。极少有博士生愿意冒这样的风险，他成为极少之一，因为他自信四元结构是统领最高法院全部民事判

决的主线索，也是揭示最高法院民事审判规律的总钥匙。

论文论证了最高法院的审判思维如何相对成型。在“界定民事主体”“判断法律行为”“保障民事权利”“划分民事责任”的系统项下，细分若干裁判元素或类型，如“界定民事主体”系统项下细分“适格当事人的审查标准”，“判断法律行为”系统项下细分出“影响效力的主要因素”等，勾画出最高法院三十年民事审判的历史脉络：界定民事主体开放中有规范，判断法律行为宽松中有反复，保障民事权利时绝对中有限制，划分民事责任承担中有平衡。这样的论证及其结论在得失上一定会有争议，甚至可能招致最刻薄的恶评，但是，在时间和空间的超大跨度下研究最高法院的民事裁判思维，本身就是开拓民法理论研究和实证研究的新领域，无论什么样的论证及其结论，都具有填补空白的价值。

论文最终顺利地通过了盲评和答辩，毕竟是民法出身，所有盲评和答辩的导师都以宽大的学术胸怀接纳了这篇独一无二的民法博士论文。令人高兴的是，在论文答辩之前，中国法制出版社即同意出版。看来，人们还是尊重独立思考的。

是为序。

孟勤国

内容简介

从1985年5月起，至2014年12月止，最高人民法院公布了约8000件民事裁判文书或案例。与多数人的想当然所不同的是，其中绝大部分是最高人民法院自己审理的案件。这是一个日益巨大且十分宝贵的司法资源库，对此进行深入研究和持续发掘，总结审判经验，理清法理逻辑，洞悉裁判思维，辨明发展方向，必将直接、持久地惠及于实务界和理论界，共同把案例研究推向更高的水准。

本书认为，面临大数据时代的海量司法资源，欲保持实践对理论的丰富和滋养，又不失理论对实践的统摄和把握，首先应对现有研究方法进行必要的革新，这是衡量案例研究质量的重要尺度，也是提高案例研究水平的必由之路。

目前通行的研究方法，无论是实务取向的案例汇编解析法，还是理论层面的法律关系分析法、请求权基础体系法，均是前信息化时代的产物，对应的是个案研究，遵循的或是从特殊到一般，或是从一般到特殊的认识路径，其特征是微观分析，其优势是分析透彻。但面对司法资源信息浪潮的冲击，以现有研究方法应对，沧海拾贝绰绰有余，总揽全局就能力不足。更为严重的是，后者的困境如长期存在，将全面解构前者的存在价值。黑格尔认为，“真实的只是整体”，我国哲学家王太庆先生进一步引申为，真理是全

体，不是鸡零狗碎的东西。哲学如此，法学亦如此。从这个意义上讲，案例研究的危机，首先是研究方法的危机。提出这个问题，并试图解决这个问题，以通盘把握更为深刻的裁判思维，正是本书的全部目的。

传统研究方法的危机，迫使笔者不得不另寻研究制高点，最终立足于民法基本理论体系，以“主体、行为、权利、责任”为基元，从哲学认识论的角度，提炼出四元结构分析法，对最高人民法院发布的全部民事案例，以四元结构重新归类、多次归类，遵循的是从一般（大理论）到一般（大实践）的认识路径，使得极为浩繁的实证研究，获得了相当清晰的方向感，在很大程度上解决了前述困惑，为理论重新找回了自信。更重要的是，四元结构作为贯穿全文的一根红线，在对全部民事案例的提精取萃中，基本理清了最高法院三十年来民事审判的历史脉络，证实了笔者长久以来的一个“哥德巴赫猜想”：最高法院民事审判思维已初步成型，但尚不固定，且未来走向仍不确定，由此形成了本文的中心命题：作为民法理论的方法论表达，四元结构既是统领最高法院全部民事判决的总线索，也是揭示最高法院民事审判规律的总钥匙。

显然，这一中心命题由两个相互缠绕的子命题组成。笔者紧紧围绕上述中心命题，按双螺旋线索展开全文，一方面论证，四元结构能否以及如何起到统领作用；另一方面实证，最高法院的审判思维是否以及如何相对成型于四元结构。开篇从以往的研究经验出发，上升至方法论的高度自我反思，在民法理论的基础上，尝试提炼出四元结构方法的分析框架，再以此切回到对全部民事案例的梳理，以该分析框架的每一基元为标准，提取案例公因式，构筑了四个子系统，依次分别为“界定民事主体”“判断法律行为”“保障民事权利”“划分民事责任”。而每一子系统项下，又不

断细分若干裁判元素或类型，继续细分和提取案例公因式，如“界定民事主体”子系统项下，又可细分出“适格当事人的审查标准”；“判断法律行为”子系统项下，最终可细分出“影响效力的主要因素”，等等。理论结构从主干一直延伸到毛细血管，在案例诸元素的重新归纳、逐级整合中，图景脉络越来越明晰，体现出理论对实践的总体驾驭。与此同时，看似杂乱无章的海量案例，也经由毛细血管的吞吐、梳理，开始井井有条，显出内在的机理，并经由主干直通理论结构，体现出实践为理论的源头活水。理论与实践的穿梭往来，最后合而统之于有机之四元结构，并收于对最高法院审判思维的整体考察中，得出全文结论。

各章的实证研究表明，三十年来，最高法院在界定民事主体时，开放中有规范；在判断法律行为时，宽松中有反复；在保障民事权利时，绝对中有限制；在划分民事责任时，承担中有平衡。笔者相信，如果不从四元结构方法的理论自觉出发，很难从容俯瞰最高法院民事判决在长时段中的总图景，传统研究方法的乌龟再努力，也永远追不上司法的兔子；更难深入探究最高法院法官群体审判思维的模块要素，一块砖头研究得再仔细，仍可能对整座大厦的结构一无所知。

相较于现有研究成果，本文的创新主要体现在研究方法上，以四元结构梳理和分析最高法院三十年来全部民事判决，在此基础上总结民事审判思维以及审判规律，这在国内尚属首次。这一研究有如下四个特征：覆盖范围广，时间跨度长，研究方法新，理论张力强。覆盖范围广，是指研究对象包括最高法院迄今公布的全部民事判决，把以往民事判决的类型化研究，推进到全口径研究的更高层次；时间跨度长，是指研究案例上溯1985年5月起，下至2014年12月止，历时整整三十年；研究方法新，是指突破了现有实务和理论方法的局限，提出了四元结构作为新的理论分析

框架，以此统摄最高法院全部民事判决，涵盖案件审理主要环节；理论张力强，是指四元结构本身脱胎于民法理论，既是民法理论的方法论表达，也是民法思维的逻辑构造，其强大的理性思辨力，与万花筒般的司法现实之间，构成必要的张力，二者未来的互动将演绎丰富的可能性。

鉴于案例库数量巨大，加之这一研究方法本身，对首创者的识见和意志均要求极高，笔者虽竭尽全力，但兼受学识、专业和精力所限，学术勇气有余，学术水平有限，故本项实证研究尚存诸多不足，尤其在个案的法理生成路径、案例之间的内在机理关联、审理模式的历史节点转换、法官心证判断的识别依据等深层次领域，均无力涉及或浅尝辄止，一定程度上限制、削弱了本书的学术价值和理论品质。对此，笔者完全有自知之明，将正视不足与缺陷，并以此为动力，听从命运的召唤，继续投入于这项永无止境的研究事业。

关键词：民事主体 法律行为 民事权利 民事责任 四元结构 民事审判思维

前 言

法律是成年人的学问，这是《人民法院报》上一篇文章的题目。作者的两个观点，至今仍记忆犹新，即法律是只有成年人才能理解的学问，法律是只要成年人就能理解的学问。^①笔者非常认同这种理念，因为“在西方法治国家，法律本身无非是一套‘有组织的常识’，这已是老生常谈。”^②笔者借用这样的表述语言，进而认为，判决书是只有成年人才能理解的学问，判决书是只要成年人就能理解的学问。最高人民法院一位资深法官云，我们的判决书是要面向社会的，必须首先给局外人一个本案的梗概，不能让每个人都去亲历一次整个审理过程；要用最精练的语言，最简化、最准确的文字，把整个审判活动过程，特别是争议解决的过程，呈现于社会读者面前。一句话，必须让大家都能看得懂。^③

制作一篇好的判决书，除了恰切的法律观念外，还需要娴熟的法律技术，离不开精心的论证，严密的推理。当然，在此论证与推理过程中，得出的结论可能是有悖常情的。但是，这些都不是其脱离实际的借口。那种认为诉讼是专门活动，民法规则的制

① 邱本：《法律是成年人的学问》，载《人民法院报》2002年5月30日。

② 杨宜良：《损失赔偿与救济·序》，法律出版社2013年版，第1页。

③ 吴庆宝：《民事判决书制作与改革难点解评》，人民法院出版社2004年版，第360页。

定，首先应该考虑的是具有司法训练背景的法官和律师对最为复杂的案件进行处理的能力，而不能是平常不从事交易的一般人朴素的“国民对交易之感情”的观点，不过是学者自视清高的体现。^①学者可能惯爱偏执，法官应多平和。作为平和的一个标志，判决书要讲理，正如最高人民法院负责人所言，裁决说到底就是讲理，既讲事理，又讲法理。^②对此，笔者的理解是，法官要会讲理，首先不讲歪理，其次讲出常理，同时又能不拘常理，并于潜移默化中，推动常理向法理的变迁与进步，直至新的法理念复变成生活的常理。

然而，现实似乎并不容乐观，作为司法权威主要载体的判决书，一度却面临着种种问题。审判思维跳跃，说理路径模糊，法理依据不明，结论五花八门，甚至最高人民法院的裁判都可以任意申诉，由此造成了十分严重的后果。自上世纪 1999 年起，最高人民法院负责人多次公开承认，“当前我们的司法权威，可以说已经下降到历史的最低点，不能再下降了，再下降就立不住了。”^③“我国现阶段的司法权威，从历史上看，已降到了最低点，到了非常危险的地步。”^④本应是法制宣传最高载体与法理辨析最好示范的民事判决书，不少却成了不仅是成年人，甚至是成年人中的佼佼者——律师们也无法读懂的天书。

当然，最高人民法院早已意识到这个问题，并且把加强裁判文书的说理性作为工作的重中之重，首次将 1999 年确定为全国法院“审判质量年”，开始规范裁判文书，酝酿建立裁判文书公开制

① 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社 2003 年版，第 295 页。

② 沈德咏：《在最高人民法院审监庭领导述职会议上的讲话》，载《审判监督指导与研究》2002 年第 1 卷，人民法院出版社 2002 年版，第 4 页。

③ 沈德咏主编：《审判监督指导与研究》2001 年第 1 卷，人民法院出版社 2001 年版，第 35 页。

④ 沈德咏主编：《审判监督指导与参考》2001 年第 2 卷，人民法院出版社 2001 年版，第 7 页。

度。自 2000 年起，最高人民法院开始每年公布一批裁判文书，接受全社会的监督。此后，各省市、各级法院也都陆续以各种形式公布典型案例，“典型案例作为审判活动的重要载体，其丰富的理论与实践价值越来越受到法学理论界和司法实务界的关注。一个成功的案例，是法官进行法律思维活动过程的直接体现和具体反映，蕴涵着对司法规律和裁判方法的总结探索，凝结了审判经验和司法智慧。”^①2010 年 11 月 26 日，最高人民法院印发《关于案例指导工作的规定》，正式建立了人民法院案例指导制度。自 2014 年 1 月 1 日，最高人民法院更是明确规定，所有中级以上法院的生效判决文书，除涉及国家机密以外，均要上网公布。仅仅几个月后，最高人民法院宣布，自 2014 年 4 月份起，正式建立人民法院案例月度发布制度，由最高人民法院各业务庭室从最高人民法院和下级人民法院审结生效的案例中筛选出典型案例，每月月末以新闻通气会的形式统一对外发布，每次发布的案例一般不少于 5 个。^②如果考虑到其间包括来自内部的各种阻力，此举确有破釜沉舟之势，反映出最高人民法院的决心和勇气。^③

从已经公布的民事判决书来看，鉴于基本属于典型案例，较之于非公开时代的裁判文书，的确有很大进步，法理法据开始凸显，法言法语逐渐规范，审判思维隐然成形。可以看出，中国法院在努力构筑一个稳定的案件审理的法律框架，以便在事实认定的基础上，对系争案件事实的属性、应适用的法律规范及其法理学依据进行论证，衔接从事实认证到判决主文的逻辑过渡，集中

① 公丕祥：《江苏省高级人民法院六十年经典案例（前言）》（1953—2013），中国法制出版社 2013 年版。

② 李玉萍：《案例发布制度的发展与完善》，《人民法院报》，2014 年 5 月 19 日。

③ 据公开报道，公开裁判文书并不太受一些法官的欢迎，甚至部分法官还有些许的抵触情绪。赵兴军：《法官应具备的三种能力》，《人民法院报》2014 年 3 月 24 日。

体现法官内在的思维过程，如实反映法官自由心证的说理路径。

遗憾的是，对于这些宝贵的研究资料，学术界、律师界以及司法界自身，似乎至今仍缺乏深入细致的梳理归纳，除了一些侧重于局部的、零散的研究成果外，还没有从总体上予以深入的认识分析，更缺少一个可供总体把握的分析框架。由于缺少对判例的总体分析和理论框架，每一次的判案都要重新组织建构大前提、小前提和结论，学术积累的痕迹了无。直接适用法条的结果是，每一次的适用都是从零开始，而不是建立在已有的成果基础上。由于多数案件的重复性与简单化，这样做在平时看不出什么问题，但稍遇复杂疑难，则学术积累的断裂即可显见。可以说，在单一制国家，法院判决的不统一，很大程度上与这种学术积累的缺失有关系。因此，不能将已有案例结集公布即了事，还要有较系统、较深入的研究，形成可以借鉴和转化的有效成果，构筑历史进步的台阶。判决书要讲理，但绝不能止于个案。这就要求我们，对于案例的研究，不能止于一个或几个，一批或几批，一类或几类，一年或几年，而需要长时段的、全方位的、总体性地考察，侧重于“从法学方法论的立场去阐释、检验法律的解释适用，发现蕴涵于个案的法律原则，综合整理个别案例组成体系”，^①才有可能得出较为准确的判断与结论。这既是时代发展的客观要求，也是研究深化的内在要求。诚如最高人民法院负责人所言，“公开发布案例是刻不容缓的时代选择，如何科学利用案例还需要长期地探索。”^②对此，笔者的设想是，最好能予众力，结成每年一度的各类别的最高人民法院审判蓝皮书，藉此每一年度的综合分析，搭建

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究·自序》（第1册），中国政法大学出版社1998年版。

^② 奚晓明主编：《最高人民法院商事审判指导案例·序》，中国法制出版社2011年版，第3页。

不断进步的台阶。^①

矿藏有了，却未予合理开采冶炼，放弃了可以提升的重大机遇，这无疑是十分可惜的。这些宏大的工作，寄望于某一个人或某一个组织显然都是不够的，只有将法律界的力量都动员起来，大家都有了这个意识，才能结出累累硕果。正如学者所述，法律界要想真正弄清中国法院如何审理民商事案件，除了研究中国的判例也别无他途。^② 读美国联邦最高法院的裁判文书，常常见到其中长篇大论对先例的回顾，于这种有意识的梳理中，法律发展的过程遂演绎成一条浓淡分明的历史线索。所以，“美国人做学问都是从最高法院的判决书开始。从实践中能提出问题的人不多。中国没有判例制，但最高法院判例值得研究。”^③ 当然，在这种集体研究的理想状态实现之前，个人的自觉努力仍是十分必要也是十分宝贵的，尽管是十分不够的。本文算是一个开始，但愿能由此揭开一个序幕，化解笔者积郁已久的一个情结：裁判文书的进步凝结了包括律师在内的所有法律人的共同努力，对这种进步的回顾、总结、研究、分析乃至提炼，也应当与时俱进，这自然也是包括律师在内的法律人的共同使命。

理论创新固然困难，实证研究也非易事，仅仅是“裁判文书的收集，就是一个异常艰辛而琐碎的过程”。^④ 实证研究也绝不是

① 法学界如《中外法学》编辑部已经开始的年度学术论文分类评述，完全可以引用至年度法院案例分类评述。

② 金赛波：《中国信用证法律和重要案例点评·前言》，对外经济贸易大学出版社2002年版。

③ 陈瑞华：《如何做好博士论文》，中国法学创新网，<http://www.lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/8301.shtml>，2015年3月19日访问。此外，孟勤国教授认为，最高法院发布的典型案例，是最高法院法官们创造性地理解、运用和影响法律的一种活动方式。孟勤国：《论中国的司法解释》，载《孟勤国集》，线装书局2013年版，第50~58页。

④ 谢晓尧：《在经验和制度之间：不正当竞争司法案例类型化研究》，法律出版社2010年版，第3页。

不要理论，反而对理论提出了更高的要求。藉深厚法理素养，穿梭于理论与实务之间，潜心得出实证研究的心血之作，殊为不易。特别是在目前，正如学者所指出的，“在我国，判例往往被法学家特别是法理学家视为上不了台面的‘下里巴人’，一直被轻视、忽视。”^①法律实证研究还未成为中国法学研究的主要方法，^②实证研究作为一种方法还只是极少数人的偶尔兴趣，在这种大背景下，关注真实问题、了解真实状况，是一种难得的学术态度和自觉。^③故有学者疾呼：在法学研究中，需要“多一点我发现，少一点我认为”、提倡“中国问题，世界方法”。^④诚如刘春田教授所言，“‘实践—经验—理论’是理论产生和发展的客观过程，没有对中国经验的系统研究和总结，就不可能发现中国问题，也就不可能产生为中国所需要的、反映时代精神的知识产权理论。因而我们有义务对中国经验进行调查研究，只有如此方能作出符合实际的理论概括，以提升理论品质，践行理论自觉。”^⑤理论是相通的，理论的

① 刘风景：《判例的经验》，法律出版社2009年版，第288页。

② 雷小政：《法律生长与实证研究》，北京大学出版社2009年版，第19页。有学者从部门法角度指出，实证研究方法是破产法学的根本方法，甚至是事关破产法学生命力的方法。即使如此，破产法学的实证研究力度还远远不够，破产法学理论与破产实践明显脱节。邹海林、周泽新：《破产法学的新发展》，中国社会科学出版社2013年版，第9页。

③ 本刊编辑部：《中国民事诉讼法学发展评价（2010—2011）——基于期刊论文的分析》，《中外法学》2013年第3期，第460页。近年来，笔者阅读到的实证研究优秀论文包括：刘思莹：《经济法政策性特征的实证考察——基于31年最高法院工作报告的整理与分析》，《南京大学学报》2011年第1期；左卫民：《中国法院院长角色的实证研究》，《中国法学》2014年第1期。

④ 白建军：《法律实证研究方法（导论）》，北京大学出版社2008年版，第1页。另外，刑事诉讼法学界的陈瑞华教授也曾提出“中国的问题，世界的眼光”。陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究·代序言》（第二版），中国人民大学出版社2008年版。

⑤ 中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编：《中华人民共和国最高人民法院公报知识产权案例全集》（1987—2011），华中科技大学出版社2012年版，第3页。

积淀过程也是相同的。知识产权法如此，民法同样也如此，以民法基本理论研究案例，自然也不例外。

西方法谚云，上帝的磨转得很慢，可是磨得很细。^① 翻翻最高人民法院公布的判决书，起初亦很简单，逐渐才予丰厚与大度。既然中国法院的判决书也刚刚开始全面公布，判决书本身的幼稚以及判决研究工作的幼稚就是无法回避的现实。这正如中国法学还很幼稚，像样的学术成果还不算常见一样（这是一句老生常谈，那些高谈制定一部二十一世纪具中国特色民法典的意气风发的法律人们已不爱听了）。但是，没有办法，这是时代使然，造化弄人，无以逃脱，更无以回避。我们都是有限的人，于生命与时代的双重制约中，怎敢轻言成就？故承认现实并努力从点滴改起，不能不是比较务实的办法，尽管这办法给人的感觉可能比较笨，甚至从事实证研究的学者也自嘲“土得掉渣”^②，更难实现从经验到理论的“惊心动魄的跳跃”。^③ 然而，这种看似不起眼的实证研究，就像那些搁浅在岸边的小鱼们，可能大海不在乎，但那一条条小鱼自己在乎。而只要那一条条的小鱼在乎，其实也就够了。意识到这一点的时候，笔者就注定了要做那个捡鱼归海的小孩。也正因为基于此种主体意识，面对浩瀚的学术海洋，笔者才敢、才愿、才能不自量力，孤舟远航，而不惮于葬身汪洋。

当然，在远航归来的老水手看来，本文至多算一个半成品，甚至连半成品也不算，勉强只是一块帆板、一截残垣，但这又有什么关系呢？连胡塞尔那样的大师级人物，都认为终其一生，只

① 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第39页。

② 谢晓尧：《在经验和制度之间：不正当竞争司法案例类型化研究》，法律出版社2010年版，第2页。

③ 陈瑞华：《论法学研究方法：法学研究的第三条道路》，北京大学出版社2009年版，第5页。