

MIN FA SHI YONG JI BEN WEN TI YAN JIU MIN FA SHI YONG JI BEN WEN TI YAN JIU
MIN FA SHI YONG JI BEN WEN TI YAN JIU MIN FA SHI YONG JI BEN WEN TI YAN JIU

民法适用基本问题研究

黄明耀 / 著

04

中国法制出版社

民法适用基本问题研究

黄明耀 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法适用基本问题研究/黄明耀著.

—北京: 中国法制出版社, 2004.9

ISBN 7-80182-375-3

I. 民… II. 黄… III. 民法适用 - 基本问题

- 研究 - 中国 IV. 262.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 010442 号

民法适用基本问题研究

MINFA SHIYONG JIBEN WENTI YANJIU

著者/黄明耀

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/13.25 字数/318 千

版次/2004 年 9 月第 1 版

2004 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-375-3/D·1341

定价: 24.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

序

(一)

“弘扬民法精神，完善民法制度和在审判实践中妥当适用民法，是我国民事法制建设的三件大事。”^① 在多年的民法研习和民事审判实践中，笔者深深感到，民法学界在弘扬民法精神、完善民法制度的同时，有必要加强对民法适用基本问题的研究，而且这一研究在我国现阶段还具有特殊的重要性。

由于民法适用一般是指“民事诉讼程序中或仲裁程序中执法者运用民法规范解决当事人之间民事纠纷的实践”^②，故人们往往注目于民法适用的程序性特征，有意无意并一以贯之地认为民法适用主要是一个程序问题，或者是司法制度、司法体制等运作或体制层面上的问题，逐渐将其淡出民法研究的视野，从而在法学谱系上把民法适用归类为民事诉讼法或者司法制度的研究范畴。这种认识上的偏移，在导致民法学界漠视民法适用基本问题研究，并由此而影响了民法制度构建的同时，更为主要的是导致了民法实务界在民法适用观念上的错乱和适用技术水平整体上的低下，进而导致民法制度设计在审判实践中某种程度的落空或扭曲，民法

^① 1997年秋，恩师李开国教授《民法基本问题研究》一书出版。李老师赐书时，专赐笔者前述教诲。

^② 李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第438页。

2 民法适用基本问题研究

的精神和理念难于通过审判实务植根于市民社会生活之中。

民法适用基本问题研究的忽视或弱化，对于培养民法学者分析实务问题、解决民事纠纷的能力，即对民事审判业务技能的提升，是十分不利的。中国民事法制建设是一项宏大的世纪工程，民法理念的引进、域外民法制度的移植，当然是非常必要且十分紧迫的。但同时，中国民法必须立足于中国的实际，必须对我国社会主义市场经济中的诸多民事关系这些“中国自己的事情”，求得圆满的、自洽的解决。我们不仅应醉心于民法的精神与制度，还得培养解决中国现实生活中各种民事问题的能力。我们不能讲大道理滔滔不绝，但对中国的司法实践，对民事审判实务中具体问题的解决则显出“动手能力极差”，或者视而不见，或者干脆用一些玄妙的然而又是隔靴搔痒的大道理搪塞。^①

我国台湾著名学者王泽鉴提出了“法律人”（Lawyer, Jurist）的概念，并指出作为“法律人”应具备的能力有三：一为法律智识，即明了现行法制的体系、基本法律的内容、各种权利义务关系及救济程序；二为法律思维，即依循法律逻辑，以价值趋向的思考，合理的论证，解释适用法律；三为解决争议，即依法律规定，作合乎事理规划，预防争议发生在先，处理已生争议于后，协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。^②从王泽鉴教授的论述，足见法律适用基本问题的研究，对培养一个“法律人”的重要性。

① 对于法学研究，不知从何时开始，有了“理论法学”与“应用法学”之分。笔者始终对此存有疑惑：法学是一门实践性极强的学科，没有应用与实践，所谓的“理论法学”便是无源之水；同时，空有应用与实践，没有理论提升，所谓的“应用法学”便缺乏学说之本。所以，两者水乳交融，区分不仅意义不大，而且对法学理论研究和审判实务均可能产生不好的导向。

② 王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，台湾二民书局1999年版，第1页。

就近年来我国大陆民法学界而言，尽管对民法适用中具体问题的研究出现了空前的热潮，并出版了一系列佳作，但一方面对于民法适用基本问题的研究可能仅仅局限于某一方面，如仅就法律解释问题进行探究，尽管这种探究非常必要，且在我国因深具开创意义而颇显艰辛，但是从民法适用研究总体而言，由于缺乏系统的学术构架，没有从宏观层面上作体系性的把握，民法适用中个别问题的研究在缺乏方向感的同时，显现出庞杂、凌乱的特点，故对展开深入系统的学科性研究助益不大；另一方面，大陆民法学界对民法适用基本问题的研究，从总体上看，视野基本上还是局限于民法具体制度、个别规定在实务中的理解与适用。民法博大精深，审判实践中问题层出不穷，对实务中个案的研究、对民法具体问题的把握固然十分重要，但如何确立正确的处理实例问题的思维径路，在世界观和方法论上探究“划一”之道，防止民法适用时指导思想的偏移和逻辑上的断裂与错乱，笔者认为更是一件迫在眉睫的事情。

(二)

笔者研习、实践民法多年以来，一直有这样一个想法，即力图通过民法应用法学研究，从司法实务操作入手，通过观察民事法官在司法活动中如何适用民法，通过解读民事司法中民法如何因应社会情势的变化，以期体味民法的“活法”性质，把握民法的发展方向，破解民法的真谛，这样或许能为制定一部务实的、符合中国国情的民法典贡献绵薄之力。由此，笔者始终认为，民法适用基本问题的研究，应当是立足于民事审判实践，以民法精神、民法理念为指导，以民法制度规定为依托，就如何适用民法进行带有世界观、方法论性质的研究。笔者深信，以此把握民法适用基本问题研究的范围和方向，对民法精神的弘扬，对民法制

4 民法适用基本问题研究

度的完善,以及对民法妥当适用从而发挥民法应有的价值和功效,无疑具有十分重要的意义。

民法适用问题的研究,自应属于民法学研究的有机组成部分。对于这种研究,除了需要澄清对这种研究本身存在的模糊认识外,如何进行研究,即研究的方法亦十分重要,这既是民法自身属性的内在要求,也是传统民法如何因应社会变迁而必须在研究方法上作出的努力。因为,民法学作为一门科学,必须具备构成科学的三个基本要素:体系性;逻辑性(包括合逻辑性与逻辑自足性);普遍性(或称普适性)。摆脱了萌芽时期的原始与粗陋,民法只是在罗马法后期,受希腊哲学的影响,才有了一定的抽象气质,也正因如此,罗马法才成为大陆法系现代民法的“源”。而体系性、逻辑性、普遍性“三性”在潘德克吞法学那里,又得到了更加充分的发展,从而使德国民法学具有了强烈的科学化色彩。在把无色无味的概念和规则依逻辑方法不停地向上归纳、抽象,以形成更富层次和具有更高抽象性的体系的过程中,出现了民法总则。民法总则是民法学科学化的一个合理结果,而它的出现又进一步加剧了民法、尤其是德国支系民法的体系化、逻辑性和普适性,使其更具有科学化。^①加上近代各国民事立法的不断发展以及纵深推演,民法的“流”在进一步扩展的同时,体系性、逻辑性和普适性也得到进一步增强。

然而,波斯纳在就法律与科学在观察、实验、推理以及客观性、确定性上的差异进行分析后,却认为“法律距可以在科学中得到一席之地的日子还很遥远”^②。或者,按照较为委婉或折衷的说法,法律之学“既是科学,又是艺术。就其原则建立,以及

① 参见于飞:《民法科学化的反思》,《华东政法学院学报》,2004年第1期。

② (美)理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第81页。

适用的方式而言，这是科学；就其如何使正义能得最大限度之实现而言，则就进入艺术的境界了”^①。法学如此，民法亦然。由是，既然从本质上说，或者从发展的阶段性而言，民法还难谓是一门“纯粹”的科学，我们在研究民法理论，在民事审判实务中“观察”、“实验”、“推理”时，在民法适用效果的判断上，恐怕在“客观性”、“确定性”方面便大打折扣，而更多了几分主观的、意念的“艺术”成分。民法的这一固有属性，使得对其从多视角、以多种方法展开研究，有了更多的想象和尝试空间。例如，我们对民法的研究，可能过多囿于传统理论，过多固守或局限于实定法律，深陷学界所称的“正统法理学”的思维模式之中。然而，这种民法研究方法的痼疾却是十分明显的，“正统法理学依赖于这样一种方法论，这种方法论倾向于切断社会和文化背景中法律因素和非法律因素的相互联系和影响，并据此把自己限定在官方的法律的孤立的领域中”，这种方法论无视“民间法”和“法律多元”的现实，但最终又不得不自相矛盾地承认“现实中伦理对法律有某种影响”^②。

“方法是打开真理大门的钥匙”，研究方法和思维路径对弄清事物的本质往往具有决定性的意义。通过对研究方法的思考，甄别、选择、清理思路，调整或者改变认识问题的视角，可能获得研究的新发现或新突破。然而，遗憾的是，我国民法学界对研究方法的探讨总的来说还很薄弱，而自觉地用某种科学研究方法为指导，去解析或探讨民法问题，则更不为我国大陆民法学者所重视，“不重视或者说不熟练地使用这些法学研究的基本方法，正

① 王伯琦：《法学，科学乎？艺术乎？》，载《王伯琦法学论著集》，台湾三民书局1999年版，第22页。

② 参见（日）千叶正士：《法律多元》，强世功等译，中国政法大学出版社1997年版，第90页。

6 民法适用基本问题研究

是我们的缺点之一”^①。对于民法学研究，有必要进行方法论意义上的反思，甚至是革命。笔者从民法适用角度作研究选题，也有对民法学研究在研究方法上作一新的尝试之意。

民法学有哪些研究方法？有的学者认为，民法学的研究方法主要有四种：1. 规范研究方法。即把各种民事法律规范如何构成的法理，以及各种规范之间的关系作为研究对象的一种方法。这是民法学产生最早的研究方法，也是我们至今仍然在大量地使用着的方法。通过这种方法，民法的研究者可以发现单一法律规范的价值，同时发现组成该法律制度的各个规范之间、以及数个法律制度之间为达到立法的目的而如何相互配合又相互制约的基本规则。这种方法被称为理念法学的研究方法。2. 实证研究的方法。即从实践的角度以实验的方法来对民法进行的研究。实证研究的特点，不是仅仅从法律规范的本身来考察一种民事法律规范是否符合“公平”、“正义”的原则，而是从社会民众的法律评价来考察民事法律规范是否符合这些原则。这种方法其实就是法律社会学的研究方法，也有人将其称为实验法学的方法。3. 阶级分析的方法。即从阶级和阶级斗争的角度对民法进行分析研究的方法。这种方法不但是马克思主义法学的创造，而且是马克思主义法学的主要特征。4. 经济分析的方法。这是近年来发展起来的一种新的法学研究方法。法的经济分析所取得的一个很有意义的成果是对法律在制定时和贯彻中的各种成本进行分析，得出法律在哪种情况下才会有最低的成本和最好的效益的结论。^②

有的学者则认为，在民法学研究方法或方向上以下几个方面努力不可或缺：（1）民法哲学的研究。民法的哲学观，表达了对于民法的理想和信仰。民法哲学研究，可以提供给我们一套进

① 孙宪忠：《抛弃“批判”，立足建设》，《世纪论评》，1998年第2期。

② 孙宪忠：《抛弃“批判”，立足建设》，《世纪论评》，1998年第2期。

行有效反思和建设性批判的思维工具。(2) 民法社会学的研究。民法社会学研究可以揭示中国人的生活方式如何受到自身传统的制约；当下的生活方式相对于《法国民法典》、《德国民法典》制定时的生活方式发生了哪些重大变革；在多大程度上融化了来自异域文化的冲击。它是我们敢于并能够对《中国民法典》的制定寄予厚望的重要原因。(3) 民法伦理学的研究。民法本质系人法，我国的民法典，应以何种伦理追求为基调，端赖民法伦理的研究。(4) 民法的比较研究。民法比较研究，可在开阔眼界的同时，提高我们的生活技能，有效地防范和减少并合理地分配各种风险。进行民法的比较研究，首要的工作是对域外法制的介绍。(5) 民法基本范畴的研究。经由此项研究，实现民法典的内部和谐。^①

笔者认为，前述学者对民法学的研究方法从不同方面作了概括，无疑，论述所及都是研究民法的重要方法。其中，前者所称的规范研究方法与后者所谓的民法基本范畴研究关系密切，而民法实证研究方法又与民法社会学研究方法有很多相似之处。在当代中国的民法研究中，除非在对法律制度进行定性分析时，有必要将法律制度纳入生产力与生产关系的矛盾运动中考察，以揭示对法律制度的制定和本质起支撑作用的生产方式和政治制度背景，民法学家们似乎已经不再像改革开放初期那样，将阶级分析方法作为民法研究的重要甚至主要的方法。但是，仅此一点尽管十分重要的变化或转向，并不能说明我国民法学研究在方法论方面已经有了长足进步。仅就前述学者提及的研究方法而言，在民法学研究中实际运用的情况也十分差强人意。

首先映入我们眼帘的，是对民法的具体规范和基本范畴的分

^① 赵中孚、邢海宝、王轶、滕蔓：《1998 民商法学研究的回顾与展望》，《法学家》，1999 年第 1 期。

析研究阙如。对于这种本来是民法学家研究的范畴，但与民法哲学探源、民法制度设计以及异域民法引进等高山流水的研究相比，因过于枯燥、过于务实，研究视野过于“狭窄”而“难登大雅之堂”，竟被民法学界在“不经意间”忽视了。须知，中国民法没有经历近代民法和概念法学充分发展阶段，当建国后我国民法开始复苏时，国外大陆法系国家已经从对概念法学的扬弃中，经由自由法运动，发展到现代民法阶段。由于我国法文化没有经受传统民法文化的彻底改造和洗礼，直接继受了现代民法（而主要又是西方大陆国家民法）的理念和制度设计，这便注定了我国民法的先天不足。加之长期浸淫在自由法学者对概念法学的猛烈批判中，耳濡目染，不少民法学者已难以正确地、客观冷静地辨识概念法学的功与过，没有在走向没落的概念法学与分析法学之间划出恰当的界限，在破除概念法学的浪潮中，忽视了我们自己浅薄的民法根基和简略初陋的民事规范制定现状，高估了我们实际上还略显稚嫩的民事立法技术，不重视对民法制度进行必要的概念分析、规范分析和逻辑体系分析，从而不能为民事立法的完善、为民法规范的准确理解和正确适用，奠定坚实的基础。有学者形象生动地指出，“当前在我国还处于分析法学的幼稚时期……中国的民法学一向忽视对民法自身的逻辑和结构的研究，当西方国家分析法学已成为一个宏大的体系时，中国的分析法学尚未萌芽，所以，中国民法田园杂草丛生，概念的混沌，如同枯藤盘桓”，“走向 21 世纪中国民法典的中国民法需要一场春耕，那就是分析法学的兴起”。该学者提出了一个值得注意的观点，即：民法方法论——分析实证和社会实证的统一。认为，这是一种新的分析法学方法论，它同传统的分析法学的的方法论相比具有以下不同特质：（1）传统的分析法学不考虑法律的价值因素，而新的分析法学应当充分考虑法律的价值因素对法律规范的要求，这种价值因素不应局限于自然法的一般价值，还应包涵具体

的社会历史情境中的价值；(2)传统的分析法学一般从康德式的形而上学中演绎其规范体系，而新的分析法学应当从现实和历史的材料如习惯法中提炼和建构其规范体系，或者在其他社会实证科学如社会学、经济学的论证的基础上创制其规范体系。^①也就是说，作者在为分析法学正名的同时，又以分析法学为基础，引入分析的社会化因素和现实性因素或者说是社会实证的因素，探究民法研究的新方法，从而与传统概念法学彻底决裂，并力图使民法走向开放，赋予其与时俱进的活力。

对于民法的实证研究，在我国只是刚刚起步。笔者认为，法律的实证研究是实验科学的产物之一，将这种方法引入民法研究，对民法的发展具有极大的促进作用。民法说到底是一门实用的法律，实用性是民法活的灵魂。民法必须贯彻于社会，将社会的财产关系和人身关系纳入自己预埋的轨道，故立法设计必须与人民法观念和法律实际运行的社会背景实现某种程度的对接，如果发生错位，即使是理念上再先进、逻辑上再严谨、制度上再细密的法典，也因“不符水土”而难以收到理想的实践效果，甚至可能徒成具文。我国的法学研究、立法和司法实践长期过分强调法律价值取向和政治理念的贯彻，而不太重视对法律适用具体场景的照应和民众现实诉求的吸纳，因此精心设计的法律制度有时在社会民众中受到抵制，法律适用的效果与立法预期相去甚远。无疑，从“应然”与“实然”的不同角度，就民法在现实生活中所发挥的实际作用进行实证考察，对制定科学完备的民法以及民法制度设计的妥当贯彻适用，意义十分重大。

民法的社会学研究也是民法研究的一个十分重要的方法，特别是对民法适用的研究意义颇巨。就事论事只能使我们思维闭塞甚至误入歧途，割裂民法与社会经济基础之间的决定性制约关

① 王涌：《分析法学与中国民法的发展》，《比较法研究》，1997年第4期。

系，无视法律与政治、与政策、与伦理道德等上层建筑其他部分的内在关联性，民法的研究，民法的制定，以及民法的具体适用，都将陷入一种盲人摸象般的悲哀。例如，在民事审判中，我们必须考虑执法的社会环境，充分估计影响法律适用效果的综合因素。司法过程绝非“不食人间烟火”的孤立过程，不是书本上的理论推理的简单再现，司法过程是一种复杂的社会实践。司法过程中的知识运用将对社会发展产生作用，甚至司法过程本身就是推动社会进步的重要部分。^① 在多年的审判实务中，笔者深深感到，法律适用具有极强的不确定性。书本上的法与现实中的法，绝非简单的镜像重合，有时法律适用的结果竟然与立法者的初衷南辕北辙。有资深实务工作者坦言，“在审判实践中，法官要考虑的因素很多，在很多情况下并不仅仅是法律。例如我们要考虑成文法的局限性与法律基本原则问题，考虑法律的一般性规定与具体现实生活需要的问题，要考虑一段时期国家和地方的中心工作。适用法律进行裁量时，一定要从实际出发，充分考虑到法律的时空差”，“同一等量行为，在不同的地区，往往有不同质的评判标准，同一性质行为，在不同地区，往往有不同量的补偿标准。这种立法目的的公正性与立法结果的不公正性的矛盾，是成文法在辽阔的国土上统一实施中不可避免的。所以，审判人员审理案件时，不仅要依照具体的民法规范，更要考虑政治、经济、伦理、习惯等因素，尽可能地平衡情、理、法的关系，才能作出妥当的裁决，才能将抽象的立法公正转为具体的司法公正”。^② 于是，有学者颇生慨叹：“对于个案的当事人而言，最重

① 参见朱苏力、强世功：《中国现代化进程中的法制问题》，《人民法院报》（理论专版），2001年7月20日。

② 陈华杰：《对民事审判工作两个问题的思考》，《人民法院报》（理论专版），2001年6月13日。

要的不在于有关的法学理论是否精致完美、立法是否严密恰当，而在于法院是如何操作的。从这一意义上说，当事人可以和应当信赖的法律，不是法学教材中的法律，也不是法律条文中的法律，而是判决书中的法律。”^①此言虽略显偏颇，但对法律适用中潜伏着的个中玄机却是一语道破。为此我们不得不从法哲学上考虑这样一个问题：法律是统治阶级意志的体现，共产党领导制定了法律，这种法律是否体现了最广大人民的根本利益？如果是，为什么在实践中不能被完全遵守甚至被有意规避？是否法律实施发生了异变？在法律实施过程中究竟是哪些因素左右了这一异变呢？研究这些复杂多变的社会因素，可以力求法律的适用与法律意旨重合的最大化，并为正确制定法律提供决策依据。

法律的经济分析方法是近年来方兴未艾的一种法学研究方法。“法律的经济分析”(Economic Analysis of Law)又称为“法律经济学”(Law and Economics)，也有人称为“经济分析法学”，指适用经济学的理论和方法到整个法律体系，或者说是以经济学的理论和方法研究法律问题，它将法律作为分析的对象，而以经济分析为研究的方法。由于法律经济学所探讨的对象包括所有法律规范的选择，法律的经济分析也可以定义为“理性选择法律规范”^②。近年来学界采用此研究方法以解释适用法律有逐渐增多的趋势。相较于大陆民法学者而言，台湾学者似乎更重视对民法研究方法的探讨，显现出民法理念、制度设计和适用技术的成熟性。即使对于经济分析法学，也不是停留于一般性介绍引进与机械适用，而是在深入分析研究该方法后提出了自己的、令人信服

① 宋国锋：《法律语境与诉讼选择——对冒名拒受奖学金一案的分析》，中国民商法律网，2001年11月18日。

② 谢哲胜：《法律经济学基础理论之研究》，中国民商法律网，2001年11月18日。

的新见解，从而将其适用发展到一个新境界。如台湾学者谢哲胜认为，在主张经济分析以效率为选择的标准时，不仅应将财富纳入考量，也应将公平纳入考量，如此，才能同时纳入经济学所重视的财富极大化的概念和法律学所重视的公平正义的概念，作为选择时判断的因素，显示法律经济学结合法律学和经济学二者研究之特色。^① 这些新见解，对我国大陆民法适用的研究无疑是极具借鉴意义的。

笔者认为，除了学者们提到的学述民法研究方法之外，民法学的历史研究方法，以及民法学与诉讼法学乃至与司法制度等学科之间的边缘研究方法，对民法适用基本问题的研究也是十分重要的。由于这两种研究方法对深入了解“书本上的民法”与“生活中的民法”、“司法中的民法”的巨大差异，因而对全方位解读民法颇具意义，同时对民法适用技术问题的研究，亦有重要影响。

对民法追根溯源进行历史研究，在我国较为贫乏。就专著言之，我们所能见到的仅有李志敏先生的《中国古代民法》以及如张晋藩先生所著《清代民法综论》、何勤华、殷啸虎主编的《中华人民共和国民法史》等民法的断代史研究。而且总的来说，都还局限于对各社会形态具体法律制度的描绘，或者对法律制度变迁的追忆。就民法适用的历史脉络言之，梳理出中国民法适用所由何来、将向何去，并由此总结出当下民法制度设计和民法具体适用的互动关系的系统研究，似乎还不曾见到。笔者认为，研究我国民法适用的发展历史，对了解我国社会民众的传统法观念以及由此而产生的民法适用效果，对正确认识书本上的民法与适用中的民法，对正确处理民法移植与本土资源的关系，从而改善民事立法、改进民法适用，意义非同小可。

^① 谢哲胜：《法律经济学基础理论之研究》，中国民商法律网，2001年11月18日。

将民法与其他相关部门法结合起来进行的边缘研究，有助于深入了解民法的特性和民法适用的制度背景，从而有利于妥当适用民法。探讨民法适用，我们不可避免地要对民法适用的主体、民法适用的运行机制、民法实施中的诸多程序性制约因素进行探讨。例如民法作为实体法，其与诉讼法是怎样一种共生共存关系，便深值研究。民法适用既然是一种司法活动，当然就有严格的程序限制，民法的适用过程必然打上程序法的烙印，包括诉因的选择、民法适用的程序展开、诉讼中权利的行使与处分等。作为国家机关的一项专门职能活动，民法适用实际上依附于司法程序的逐步延展得以实现，故适用民法的过程必须满足程序法的内在规定性。正是基于此点，有的学者甚至提出“程序决定何为法律”的观点，认为：首先，程序是现代社会中的任何一项实体权利得以实现的依托，是任何规范实施的机制。从这一方面来说，没有程序的法律制度是不存在的；即使有，也只能是恣意的甚至是无法实现的制度。其次，一项事实进入法律程序后，会因为程序不同或相同程序的实施方式不同而出现不同结果。另外，深入分析普通民众的心理后会发现，他们心中真正的法律并不是那些汗牛充栋的法典汇编。他们更愿意接受这样的认识：对具体事件经过法定程序处理之后的结果，才是真正的法律。^① 笔者认为前述观点虽然值得进一步商榷，但其提出的程序性问题对实体法研究的重要性却值得民法学者深思。在研究民法时，我们常常囿于实体法与程序法泾渭分明的固有认识，除不关注民法的司法适用过程外，对民事权利的实现条件和救济程序等程序性民法制度的设计也没有引起足够的重视，从而出现很多“有权利但不能获得

^① 蒋惠岭：《程序决定何为法律》，《人民法院报》（法治时代），2001年10月1日。

救济”的规定，当事人的法定权利成为充饥的画饼。^① 所以，研究民法时给予程序性问题足够的关照，充分考虑到程序性因素对民法适用效果和价值实现的影响，从民法制度规定自身反思克服或减少这些带来负面影响的因素，在制定民事法律时尽量作出必要的、合理的程序性设计，笔者认为这样的法律可能才更符合实际，更具有实践操作性，也才可能收到更好的法律效果。

在将民法与其他相关法律结合进行边缘性研究时，我们还必须注意民法与司法制度的关系，特别是研究民法适用问题，更是离不开对司法制度问题的关注。因为我们适用民法，在进入一种固有的程序时，必然因司法的主体、司法机关的权威、司法权的具体运作、司法的管理、司法的监督等问题，使我们进入一种特定的“司法制度氛围”之中。我们必须清楚，就民法的具体适用而言，法律具有的不确定性以及解释的多样性，很多都源于司法中的诸多不确定因素，而这众多因素中，司法制度问题是制约民法适用结果的一个重要因素。所以，我们进行民法适用问题的研究不能仅仅局限于民法问题自身，不能对影响民法适用的司法制度背景熟视无睹。

例如，我们必须正视我国司法体制性因素对民法适用的影响。当前我国司法还缺乏独立性和权威性，司法机关作为终局的、最高的裁决机构地位还远未确立，法院被置于林林总总的领导、监督和形形色色的制约之下；司法权行政化，法院内部呈现的是权力的宝塔形结构，审判独立的制约因素不仅表现为外部的制度性障碍，同时表现为内部的命令与服从的紧张关系之中；司法缺乏统一性，地方保护主义盛行，同法不同判，“十里不同

^① 如《合同法》规定了代位权、撤销权，但并未规定当事人行使代位权、撤销权的具体程序，使当事人享有的这一法定救济手段无法行使，为此最高人民法院不得不作出详尽的司法解释予以明确。