

## 民法实证方法之内涵与展开

**编者按：**作为“法学研究转型”系列研讨会之一，本刊编辑部与中国社科院法学所民法室、湖南大学法学院、湖南大学罗马法系研究中心于2011年10月在广西联合举办了“中国民法实证方法学术研讨会”，与会者主要为民法学界的中青年学者及法律实务工作者。从会议讨论情况看，民法学界的中青年学者就实证方法之基本内涵尚未达成共识，对实证方法之基本认识与基本态度以及开展实证研究之经验各异，因而就传统法教义学与实证研究之关系亦有不同看法。虽然样本有限，但部分解释了民法实证研究不彰的原因。本刊撷取部分有代表性的观点，以笔谈的形式刊发，供学界参考。

### 裁判规范、解释论与实证方法

韩世远（清华大学法学院教授）

民法既是行为规范又是裁判规范。但一方面，无论是民事立法者追求立法语言文字的通俗易懂，还是在国家层面开展的“普法”运动，都是在法律是“行为规范”的范畴下展开的，是要让公民知法守法，依法行事。另一方面，民事立法越来越专业化、精细化，即便是法律专业人士，对于不同法律部门隔行如隔山也是常事。要求每个公民都知道法律规则并不现实，人们只能推定国家正式颁布的法律为每个公民所知晓。另外，社会中的行为规范多种多样，法律规范只是其中之一，因而，所谓民法是行为规范，只不过是一种理想的应然状态。可是，民法作为裁判规范，法官在处理民事纠纷时必须依据有效的民法规范，而不论相关当事人是否知晓该民法规范。民法对于公民和法官的意义既有上述差别，相应地说“民法首先是裁判规范，其次才是行为规范”，应不为过。

分析民法的规范属性是想进一步说明：民法学研究首先应服务于谁？民法学研究作为一种科学研究，必须为中国的立法和司法提供智力支持。为立法服务，便是作立法论的研究；为司法服务，便是作解释论的研究。民法既为裁判规范，以此为服务目标的民法学应能为裁判者（法官、仲裁员以及其他相关法律人）揭示中国民法的体系构造和适用规则，使法律不是机械的条文组合，而是有骨骼、血肉和神经的有机体。这样的民法学便是借助于法解释学形成的一套理论，称为民法解释论或称民法教义学。借助民法解释论，民法的规则和原则在学理层面得到相应的阐释，进而构成概念、规则、原则与制度的有机体。法律学习者在学习过程中要理解法条背后的原理，或者说法现象中勾连“事实”和“价值”的“逻辑”体系。法学之所以能够被称为一门科学，其可检验性恰恰体现在通过运用法解释学方法，保障法律适用的统一性和可预测性，实现同案同判。因而，民法学又被称为实用法学。

民法学作为一门实用法学，毕竟带有鲜明的地方性知识色彩，由此自然会使其的科学属性打

折扣，民法解释论也因此被看成是带有几分匠气的学问，不是“形而上”，而是“形而中”甚至是“形而下”。受科学主义的影响，试图突破民法解释论匠气诟病的努力已然出现，这其中，放弃民法解释学对法条进行解释的演绎方法，转而借助调查现实、统计数据等归纳方法以求获得关于认识对象的新洞见，便是法社会学，至今已有一百多年的历史。在今天的中国，应如何看待这些事关民法学基本定位、基本方法和基本走向的基本问题呢？

目前民法学界至少对以下两点已经在相当程度上达成共识：其一，实证方法是一种重要的研究方法，应当强调和推广；其二，伴随着社会主义市场经济法律体系的建成，民法学研究的重点要从立法论转向解释论。问题在于：如何把握民法解释论与实证方法的关系？我以为，民法解释论与实证方法可以结合运用，应当探索两者的结合方法。同时，也应当注意到，实证方法自身也有其局限性，只能作为一种方法。

实证，简单地说，就是“用事实来验证”。作为一种方法，“用事实来验证”在民法学研究领域可有多种表现。根据研究对象的不同，至少可以区分为两类，一类是以民事主体（行为人）为对象，一类是以裁判者为对象。

以民事主体（行为人）为实证研究的对象，最主要的表现就是运用法社会学的研究方法，通过社会调查获得事实材料，通过分析研究事实材料揭示某种规律，增进人们的认识。这种法社会学的研究方法固然有重要意义，但对于大多数民法学者而言不易把握，因为真正的社会学研究方法需要经过专门训练才能掌握。不严格按照社会学方法进行社会调查，难以获得真正有价值的实证材料。更重要的是，通过社会调查、实证分析等获得一定的研究结论，发现了现实生活中的问题特别是其中的民事法律问题后，其解决仍需回归到民法适用及规范解释的层面。

以裁判者为实证研究的对象，就是调查研究实际裁判过程中裁判者的行为。其中，研究裁判思维之最终载体的裁判文书，便是案例（或裁判文书）研究。案例研究作为一种实证方法非常重要，应予以重视。这种方法对于大多数民法学者来说更易上手。案例研究的目的至少有两点：其一，发现具体的裁判规范；其二，通过案例批判促进裁判进步。

所谓具体的裁判规范，是指裁判者在处理具体案件时实际依据的裁判规范。此类规范通常是成文立法或司法解释，但又限于此。现实生活丰富多彩，实际纠纷多种多样，裁判者以有限的成文规范应对有无限变化可能的生活世界，必然要讲究方法和技巧。在此过程中，“纸上的法”因而转变为“活法”，抽象的概念、规则和原则因而得以具体化，法律的漏洞因而得以填补，法律的生命因而得以充实，法的渊源因而得以丰富。通过阅读裁判文书发现不同的案型和具体的裁判规范，固然可与民法解释论相结合，用以辅助说明问题，但是如果发现具体的裁判规范仅仅停留于此，其价值实在有限。为说明问题，先试问：合同法自生效以来有无成长或进步？若目光仅停留在合同法条文，至今确实没有什么变化；但是我们能说十多年来中国合同法没有成长和进步吗？显然不能。除了不断出现新的司法解释，中国合同法成长和进步的另外一个重要表现就是鲜活的具体裁判规范。此处提倡的发现具体的裁判规范，重点是指发现那些对于现行法规范体系构成实质性发展或者增长的具体裁判规范（比如“权利失效”规则已出现在我国的案例中），这里看重的是规范的实质增量。这种实质增量的来源如果是最高人民法院认可的指导性案例固然最好，即使没有成为或暂时没有成为指导性案例，如其中有对既有规则的发展或进步，也值得学术界予以发掘和阐扬。这类具体的裁判规范本身也可以理解为一种“活法”，在民法学研究中可以作为解释论的一部分，整合进入民法教义学体系。

当然，案例研究不应仅停留在对社会事实（法的实际运作过程）的探知，还应具有批判的性格，并因此带动裁判的进步。具体而言，案例研究可检讨单个案件中裁判理由的构成，看裁判者在事实与规范之间往返穿梭是否存在问题，看裁判者对法律适用三段论的掌握是否存在问题，看裁判者对于不确定概念的价值补充或法律漏洞之填补是否存在问题。案例研究也可作综合研究，

目光不局限于个案,而是考察同一案型的处理在不同法院之间有何差异,评判其间优劣,检讨其中得失。案例研究还可作比较研究,对于同一案型,看中外裁判者的处理依据、思维模式、裁判结果等有什么不同,进而检讨有待改进之处。案例研究有时甚至应超越裁判者对于裁判理由的通常证成,探讨解释结论的正当化或合理化,进而避免陷于“恶法亦法”。案例批判为法体系完成后的法运作过程增添反思机制,提示改进可能,使法体系避免陷于自足和僵化,保持旺盛的回应现实的能力。

## 民法实证研究方法 with 民法教义学

金可可(华东政法大学教授)

何谓法律实证研究方法,我国学者观点虽未见一致,但通常认为法律实证研究的具体方法包括:(1)观察研究方法,即要求研究者参与甚至进入、融入到研究对象的具体环境中,通过访问法、观察法等收集相关资料,并据此进行归纳、分析。(2)调查研究方法,即以书面问询或口头问询的方法来获得关于调查对象行为和思想的材料。调查研究往往采取问卷调查(书面)或结构式访谈(口头)或是测试的形式进行,实施步骤一般为:识别调查总体→选取样本→设计研究工具(问卷调查表、访谈或者测试)→研究实施→分析资料。(3)实验研究方法,指在现有法律制度的基础上提出一种改良方案,或者从国外、域外移植一种新的法律制度,放在现实生活中加以观察、比较,然后分析和总结其真实效果的过程,即通过建立控制情景、设置变量方式进行研究。在具体开展实验时,核心在于对变量的观察与设计,因此实验组(按照预设方案来处理案件)和对比组(依原来方式处理案件)的设置是必不可少的。(4)文献研究方法,包括针对现存的各种类型的文献进行内容分析,针对他人收集的统计资料进行二次分析,对历史文献资料进行历史分析,其实质是将文献、文本作为经验研究的对象获取信息,进而进行法社会学或法史学的研究。在民法研究中,将针对某一问题的案例进行统计、分析的“类案”研究即属于此类。

可见,我国学者所说的法律实证研究方法具有两个共同的特点:其一,都是强调对法律现象作经验的研究,在方法上更多地借鉴使用了社会学、人类学、经济学上的个案观察、实地与问卷调查、实验等技术方法。正因为其对象和方法上的特性,其所作的研究往往针对个别现象或问题,而非针对整个法体系。其二,都强调此种研究方法与传统法学研究方法不同,是改造法学传统研究模式的一种方式;而作为被改造对象的传统法学研究方法,除了法哲学、法理学等抽象思辨性方法外,主要是指“规范学”或“法律解释学和规范法学”,也即通常所说之法教义学。于此,产生一意义重大之问题:上述实证研究方法与法教义学在民法研究中各自的定位与关系如何?

从研究对象上看,法教义学是一种针对现行法的理论。此处所谓现行法,就大陆法系国家而言,主要是制定法,但实际上也可能包括甚至更为侧重法官法。

法教义学之任务主要在于揭示现行法规范整体之内容与关联,包括:(1)阐释对于现行法至关重要的基本价值、基本原理、基本规则与问题解决方案,既包括制定法所规定的、可以通过解释而获得的原则或规则等,也包括公认的、司法与法学必须为制定法规则所添补的原则或规则等。对此,法教义学主要是以个案检验的方式,依据不同的个案以及个案所提供的经验来调整概念、建构规则。(2)由于法秩序在不同的发展阶段逐渐增长,逐渐复杂混乱、不无抵牾矛盾之处,因此必须以理性的说服力并诉诸于公认的基本价值(价值信念)来解释、协调现行法,力图使法秩序成为一个无矛盾的统一体。以此而言,法教义学是法秩序的内在体系在学术上的体现。法秩序之体系对于概念之解释和具体规则之建构又具有指引性的意义。因此法教义学之核心任

务,是由法学与司法对现行法作体系化的阐述、加工与续造,在具体的、现实存在的法规范之关联中去发现其体系,以把握相应领域法律规则之整体,最终以此种方式洞察法秩序之结构,对法作“概念一体系”上的贯穿。因此,法教义学的思维方法被等同于体系方法,体系方法在法教义学中占有核心地位。之所以如此,是因为成文法系精巧复杂的法典结构必然要求各法条、对各问题的解决方案之间不会发生逻辑和价值上的矛盾,否则会有法律适用上的混乱与困难。

就其与法解释之关系而言,法教义学是法解释的任务,也是法解释的产物。就其与法政策之关系而言,法政策是一种需要通过国家制定、贯彻规范来实现的政治决断,任何法律规范都属于以规范形式固化下来的法政策。一方面,法教义学的研究对象就是此种固化后的法政策,因此至少间接地构成了法政策的产物;另一方面,法教义学又必然受到法政策所包含的价值的影 响,也要对法政策上目标的实现负责,因此构成了社会秩序与国家秩序的内在法律骨架,将此种秩序或法政策保存于其中。

此外,对于法律实务,教义学具有如下功能:(1)整理与体系化之功能。(2)稳定功能:一旦被认可为“有效”,则可保证就同样案件作同样之裁判。(3)减负功能:教义学提供公认的解决模式,若无教义学之存在,则每次都必须考虑一切可能的解决模式。(4)禁止否定功能:不能无理由地、未经理性论证地否定。若要在实务中作出不同于教义学之裁判,则必须给出“更优之论证”。(5)法律适用上之拘束与革新功能:一方面限制了法律家处理法律文本之自由,对于法律适用与法之续造具有拘束效力;另一方面也通过法解释和续造使法秩序具有弹性。(6)批判与续造功能:重新检验旧的解决模式,提出新的方案。

正因为法教义学之体系性,使其具有体系限定性,即仅关注体系内部之论证、体系内部之自我批判,对体系外之因素或考量仅具有有限开放性。易言之,任何超出现行法规范本身的价值、伦理、效率、实施效果等考量,均为体系外之因素或考量,上述法律实证研究方法即为其适例。而此种体系外考量只能通过两种限定的渠道方能进入法体系:(1)通过影响法政策进而影响立法,但对此尤须注重体系之融合、协调。比如在借鉴外来的法律制度(如英美法上的“合同落空”制度等)时,不能径直决定采用,而是只能以之为立法变动之诱因,只有在经检验确保其不会导致体系上之割裂或漏洞后,才能成为实证法所采纳的制度。(2)以民法中的一般条款(比如诚实信用、公共秩序等)为媒介,转化为体系内之考量,进而影响司法。

另一方面,上述法律实证研究方法作为体系外之考量,却能在体系外检验体系之效果,起到发现问题、指出方向、明确价值的作用,从而能够间接地影响法教义学及其所建构之法体系。此种作用在体系因成熟、固化而日益纯粹技术化、僵化之国家或时代尤为重要,耶林、海克之利益法学即为其显例。

但在体系不成熟、尚未趋于精致细密的法制落后国家,法律实证研究方法却因其针对个别问题的、点对点的零碎研究方式,无法担负起法律体系建构与融合的任务,相反,其只能为法教义学提供体系建构、融合之素材,进而由法教义学来完成体系化之重任。在此阶段,作为使民法学科学化、精密化、走向成熟的主要方法,法教义学往往受到特别之重视。

在我国现阶段,虽然在立法布局的角度上宣布法律体系已经形成,但就学术体系而言,我国的民法却难谓成熟完善:(1)对一些重大问题尚有立法上的盲点(比如债法总论中的债务不履行问题、多数人之债问题,尚未有专门规定)。(2)各个法律之间、同一法律内部的各个条文之间,抵牾矛盾之处过多(比如合同法第51条与物权法第106条之间的冲突)。(3)对于教义学上一些细致、复杂的问题,还根本没有看到或缺乏深入的研究(比如意思表示理论中的表示意识问题,情谊行为与无因管理的关系问题等)。或许正因如此,立法机关同时指出下一阶段的工作重心是法律的修改完善,包括“在通盘研究的基础上对这些法律进行整合”、“明确法律规定的具体含义”、通过立法解释“赋予法律条文更加准确、更具针对性的内涵”。这实际上对民法教义学提出

了更高的要求,也合乎我国民事立法与法学研究之现状实情。因此,当前更应以民法教义学研究的进一步细致与深入为重心。

为此,对于民法教义学本身的研究方法和路径也应作一定的总结与反思。首先,急需进一步深入推动比较法的研究。正如有学者所言,我国的比较法研究往往只停留在法典文本的比较上,对于其背后的立法理由、背景、司法实践中的适用状况等,却不甚了了,对于文献的掌握也不够全面。对此,应有一批能对某国制度进行深度研究的学者,以考证的方法就比较法上的知识求得可靠的结论,了解其立法理由、实践中的评价(在欧洲私法统一化工作中,欧洲的学者采取设计案例及问卷由各国学者解答的方法进行比较研究,值得借鉴),进而结合我国社会经济情况斟酌取舍。只有真正彻底的了解,才有平等对话和超越的可能,不求甚解或自以为了解而以国情或文化自尊为由拒绝借鉴,恐非自尊自强之道。其次,应大力推进民法制度史和学说史的深入研究,以对我国目前所使用的法律概念、基本制度有正本清源之梳理(比如我国合同法第133条与第145条、物权法第212条、担保法第90条这四个条文中均使用“交付”一词,但其构成要件却各有不同),为进一步的体系建构打下坚实的基础。再次,对于司法裁判的研究,除传统的个案评析研究方法外,还应借鉴法律实证研究方法,对各方面的司法案例进行统计、汇总、归类、比较、分析,以为教义学上的研究和体系建构提供必不可少的素材(亦为一般条款经由类型化而具体化之重要方法)。但正如不能因解释论的强调与深入而放弃对立法的批判和建议,对裁判的研究也应注意勿将实然当作应然,而应多作批判,如此方有利于教义学研究的深入和体系建构。最后,教义学的研究也应更加关注法律实证研究所得出的结论,及时参考、吸收其研究成果。虽然法律实证研究方法在法教义学领域不能直接适用,但对于法律实证研究方法及其结论却必须保持开放性(比如在德国,法社会学所处理之论题往往在一段时间后也会出现在法教义学之中),如此才能保持民法教义学生生不息的强盛生命力。就此而言,亦可称之为民法学传统研究方法在某种程度上的“实证化”。

## 实证研究与民法方法论的发展

薛 军(北京大学法学院副教授)

关于民法方法论的传统著述通常不涉及实证研究方法。这与民法学研究的“规范性”特征相关。所谓规范性,是指民法学研究主要服务于建构一套明确、具体并且不存在内在冲突的规范体系。传统的文义解释、体系解释、扩大解释、限缩解释等,都是在相关民法规范的具体内涵不明确、不具体的时候,为了确定规范的具体内容而进行的理论操作。当相关规范不存在的时候,民法方法论则运用漏洞填补的方法来进行实质上的民法规范创制,诸如目的性限缩、目的性扩张、类推解释就属于此类方法。在传统的民法方法论中也包含了诸如比较法、法社会学、法经济学等方法运用,但是这些方法都服务于寻找“妥适的规范”这一目的,它们之间的区别不过是寻找规范的路径不同而已。

实证研究与传统的民法方法论存在重要区别。首先,实证研究关注的并非规范体系的建构问题,而是规范适用和运行的实然状态。如果说传统的民法方法论寻求的是“应然”的规范是什么,那么实证研究关注的则是社会生活中“实然”的规范是什么。举例来说,关于限制高利贷的问题,传统民法学方法论关注应该确立什么样的规范,究竟超过法定利率的多少才应认定为高利贷。而实证研究则关注在特定的社会经济环境发生的借贷行为中当事人约定利率的具体状态如何,利率的高低呈现怎样的曲线分布,特别高的利率占多大的比例等等。

其次,实证研究是描述性的而非规范性的,通常不涉及评价问题。传统的民法方法论则包含

了浓厚的评价因素。虽然说民法的根本精神是私人自治，原则上尊重私人对其生活作出的规划和安排，并且给予国家法层面的保障，但民法并非一概放任私人自治，在很多情况下也会通过强制性的行为规范和效力判断规范对民事生活中的人的行为模式加以调整和引导。这种调整和引导的过程必然包含了对于某种理想的民事生活秩序的追求。从这个角度看，传统的民法方法论不可能是价值无涉的，必然包含价值判断的因素。相比之下，实证研究所追求的恰恰是一种价值中立的状态。举例来说，现代民法追求男女在婚姻家庭中的平等，并通过各种民法规范的设置来实现这一目标。但是对婚姻家庭案例的实证研究也许会揭示这样的一个事实：那些旨在保护妇女的法律规范在实际的运用中恰恰导致妇女在社会生活中地位的弱化。实证研究不对这样的状况进行评价，只是揭示这样的事实的存在。

再次，实证研究在很多情况下对法律规范采取一种“外部视角”，而传统的民法方法论往往对法律规范采取“内部视角”。所谓外部视角，是指把法律规范看作一种社会事实，它与其他条件一起塑造着人的行为模式，法律规范得到遵守或者被违反本身更多地被看作一种有待解释的社会现象。而所谓内部视角，是以法律规范具有效力、应该得到遵守为前提，分析规则是什么、何种规则更为合理等问题。一般来说，当事人对待规则的态度（遵守/违反/规避）并非传统民法方法论关注的重点。

只有注意到这些差别，才能理解为什么在很长时间里实证研究方法并没有引起民法学界的足够重视。法学研究的重点是面向规范的分析和研究，教义学的分析方法必然是一种主导性的研究方法。而实证研究则更多的属于社会学研究、经济学研究乃至政治科学研究的领域。虽然民法学界从未否认其研究成果对于立法（其功能是界定法律规范的大致框架）的价值，但民法学者一直以来坚持一种纯粹法学性质的“规范研究”，忽视了对于其他学科知识的汲取以及交叉学科研究方法的运用。

值得注意的是，相较于刑法和诉讼法、行政法等公法领域的研究而言，中国民法学界对实证研究方法的忽视显得非常突出。这主要是因为相较于公法而言，民法被认为更加具有“普世性”因素，因此民法学研究的“中国语境”因素一直没有得到足够重视。再加上中国民法的继受法性格，导致在相当长的时间内，借助于比较法的资料，借鉴（其实就是移植）欧美、日本和我国台湾地区的民法理论和制度，成为中国民法学研究的主流方法。这种大规模的理论和制度继受也与中国民法近二十年来主要围绕重要的民事立法活动展开其研究规划存在联系。考虑到民法体系的庞大，中国民法学界其实还没有来得及从“立法论”占据主导地位的方法论模式中抽身出来，认真评估这些年来民事立法工作的实际效果。

应该承认，学术发展是一个循序渐进的过程。改革开放以来的民法理论和制度引进为今后的进一步发展提供一个基础和平台，虽然不能说是尽善尽美，但是三十多年来的积累和成就还是值得肯定的。我们今天讨论实证研究方法，需要的是民法方法论的进一步发展，而非革命。基于对法学研究的基本性质的认识，笔者甚至认为，实证研究方法只能成为传统民法方法论的补充。

这样说并不意味着反对实证研究在民法研究中的运用。相反，正是因为现实条件的变化，要求民法学研究必须在方法论上有所发展。其中最主要的就是对实证研究方法的重视。首先，民法理论研究必须正视“中国语境”。任何法律规范都必须适应特定社会的政治、经济、文化环境才可能发挥实效，否则难免水土不服。而“中国语境”究竟表现为什么，必须借助于对民法规范在实际运行中的效果的实证研究，才有可能被揭示出来。其次，伴随着大规模民事立法活动的渐趋结束，民法理论工作的中心毫无疑问要转移到民法规范的适用和运行方面来，而这一方面的工作如果没有实证研究方法（尤其表现为实证案例研究）的支持，那么就无从评价民法规范适用的具体社会效果，也难以引导规范解释和建构的具体方向。再次，实证研究与传统民法方法论可以而且应该形成一种有益的互补关系。对于“应然”的设定离不开对“实然”状态的了解。中国民

法学研究必须直面真实的中国问题，这只能通过实证研究才能找到。

在中国民法学的研究中运用实证研究方法或者吸收实证研究成果，要求民法学界具有一种更加开阔的理论视野，注意交叉学科研究方法的运用，关注实务案例中反映出来的问题，对民法研究的外部视角保持相当程度的敏感，甚至在必要的时候能够做到自觉地视角转换。

实证研究作为一种方法论的价值和意义，就是要求民法学者能够对霍姆斯法官的那句名言“法律的生命不在于逻辑而在于经验”有一种切实的领会以及实际的运用。

## 民法实证研究中的计量方法

屈茂辉(湖南大学中国法治评价研究中心教授)

按照学界的一般理解，实证研究是指研究者亲自观察收集资料，为提出理论假说或检验理论假说而展开的研究，包括观察法、谈话法、测验法、个案法等方法。从国外经验看，民法学也可以采用这些方法开展实证研究。在各种实证方法中，我国民法学界应当重视计量方法的应用。除个案研究外，实证研究中通过对研究对象的观察、实验和调查会产生大量数据，必须对这些数据进行统计分析，探寻各个影响变量之间复杂的因果联系。此即所谓的计量法学方法。

实际上，法律现象的量化和数学在法学领域的运用长期以来备受争议，一些学者不惜以各种理由来捍卫法学的模糊性，甚至只要一提到“量化”、“科学性”，就认为已经牺牲了法的价值。究其原因，首先在于这些学者往往从法是价值、规范或者事实的某一个方面来认识法律现象，没有从价值、规范和事实的统一体的角度去认识法，特别是将法仅仅视为主观的价值或者人定的规范，必然得出不可量化的结论。其次是夸大了包括法律现象在内的社会现象与自然现象的区别，未能认识到它们的一致性。虽然包括法律现象在内的社会现象可重复性不强，因果关系过于复杂，但不能因此放弃对法律现象的量化研究。法律现象同时具有“质”和“量”的属性。法律现象虽然主要以“质”的规定性呈现在人们面前，因而定性分析成为法学研究的主要方法，可是法律现象同样具有“量”的规定性，并且表现在诸多方面，比如签约率、股权交易量、交通事故发生率及其原因等。所以，法律现象的可度量性是不能否认的，法学不能放弃对法律现象中“量”的规律的探求而将此领域让给其他学科。研究法律现象的“量”的规律必须使用定量方法。

民法研究中计量方法的运用大体可以概括为四个方面：民事立法的科学性研究、民事法律实施效果评价、民事法律对经济社会的影响研究、民法学的知识图谱分析。

从法律的制定来看，科学制定法律规则不仅需要借鉴、比较他国的立法经验，更重要的是要扎根于实际国情。这里的国情既包括当前的生产力发展程度，也包括当前的意识形态，甚至还要预测下一时期的社会发展状况，只有这样才能保证法规的科学合理性和相对稳定性，而科学的预测需要引入计量方法才能实现。民事立法的科学性研究就是在民事立法阶段对法学现象中各个变量之间的相互关系进行整理分析，弄清影响民事法律变迁的各个因素，进而运用实证的研究方法对各个影响因素进行实证分析。尤其是民事法律中直接体现数量关系的法规则，需要用计量方法进行实证研究，包括法律规则制定的基础、具体数量的确定等。又如，在公平与效率之间如何权衡取舍，立法机关往往不能给出明确的说明。一个可能的路径是选用公平和效率为变量，运用统计数据，建立计量模型，找出与变量相关的各个因素之间的数量关系，选用合理的效用函数，进而极大化效用函数转化为一般的数理问题。这样才能使解决方案既在理论上科学合理又在实际中切实可行。

法律包括民事法律的效力包括形式效力与实质效力。形式效力固然可以采用传统法学研究方法进行判断，法律制度的实质效力则不然。法律制度的实质效力就是对实际运行中的法律的实际

效果进行科学评价。法律承担着特定的社会功能，因而需要研究法律的实际运行效果，评价法律制度的优劣，考察客观效果与立法意图之间的吻合程度，立法以及司法所产生的客观效果是否符合“应然”状态的价值要求以及民事法律的社会反响和民众的认可接受程度如何等等。民事法律在影响社会的过程中充满着双向互动，有效的民事法律需要根据其运作的实际效果不断调整自己。任何一部法律的出台都可能会牺牲部分人的利益，必须放在转型期的中国这个大环境下来加以考察，必须放在社会现实中来检验，只有这样才能对法律效果有正确的评价。单纯地依靠传统的法学方法（包括规范分析、逻辑分析、价值分析等方法）只会导致“公说公有理，婆说婆有理”的局面，只有应用计量方法，结合具体数据，给出科学的实证分析，得出相关结论才能令人信服。

民事法律对经济社会的影响研究，是运用计量法学的研究方法，以民事法律为变量，定量分析民事法律对经济发展、社会变迁的影响，揭示民事法律和经济、社会之间的相互作用关系。近年来法金融学的兴起就是很好的例证。Djankov 等人用司法质量和合同执行效率、市场进入管制等来研究法律规则对经济、社会的影响；Micco 和 Pages 等人发现法律对雇佣的保护降低了劳动力的流动性；特别是以 LLSV 组合为代表的法金融学者利用各个样本国家的数据实证分析法律对投资者保护、所有权以及公司治理的影响等，取得了丰硕的成果。

此外，民法学的知识图谱分析亦非常必要。可以对民事法律的变迁进行计量史学分析，通过对文献的搜集整理和对比研究，分析中国民法学的发展历程，分析中国法学研究的影响因素，甚至分析中国社会意识形态的变迁。比如，分析中国婚姻法 30 年来的变迁路径，分析影响婚姻法学者进行法学研究的主客观因素，甚至从宏观维度分析经济、社会进步与现代婚姻立法的互动等等；或者通过词频定量分析中国法学研究的热点问题，甚至对中国民事法律进行知识图谱分析。

目前计量方法在法学研究中的运用，大体分为假设检验、回归分析和干预分析三大类，研究者常常根据其所掌握的数据情况结合运用这些具体方法，如 R. Grosse、M. M. Frank 和 UNCTAD 等同时使用假设检验和回归分析，C. J. Hardlock 等不仅利用假设检验和回归分析，而且在回归分析中还同时借助线性模型和非线性的 Logit 模型，J. W. Salacuse 和 N. P. Sullivan 横截面数据分析和综列数据分析两者并举，P. S. McCarthy 和 S. Sridharan 等人将 ARIMA 过程引入回归模型之中，分别用移动平均（MA）过程和自回归移动平均（ARMA）过程表示回归残差，S. Sridharan 等人更是回归分析、干预分析和结构时间序列分析三者兼用（参见张晓斌：《法律实施效果的定量评价方法》，《法商研究》2006 年第 2 期）。

运用计量方法在英美法系国家法学、经济学、社会学界已经展现出强大的生命力。当前，囿于我国法学界知识结构的集体单一，法学学者缺乏严格的自然科学训练，基本没有掌握数学研究工具，导致深入的、专业性较强的法学实证研究无法展开，既有的实证研究成果深度不够、观察比较简单，让法学学者觉得不是法学研究，而经济学学者和社会学学者觉得肤浅。但是，不能因为当前民法学的实证研究还处于起步阶段、还不够成熟就加以全盘否认，应该看到民法实证研究特别是计量研究对中国民法学研究的深远意义。每一次方法上的转变都会对社会科学的发展带来深刻影响，计量方法也将给我国传统民法学带来新的冲击。

## 探索司法案例研究的运作方法

张家勇（西南财经大学法学院教授）

作为一种研究取向，实证将描述性作为自身理论的特征，强调研究结论具有可验证性，即可以证实或证伪。民法实证研究应当描述民法规范在实践中的运作情况，特别是民法各规范评价要

素的现实状况。就民事纠纷来讲,司法裁决具有终局解决纠纷的属性,即当事人不得就生效之司法裁决再诉诸公权力予以争辩。在这个意义上,司法案例对其所涉法律规范的运用就最为显著地反映了民事规范、制度的实际运作状况,由其提出的问题也最具规范意义。因此,民法实证研究应首重司法案例的研究,民法实证研究方法应特别关注司法案例的研究方法。

民法案例研究是通过分析、整理法院的司法案例,把握民事法律规范或制度的实际运行情况,具体可分为个案研究、类案研究和案例统计研究三种形式或方法。个案研究是针对具有典型意义的个别案例,结合案件事实与裁判说理,就特定问题发掘案例中有意义的内容加以分析和讨论,以明确特定规则或原则在个案中的适用情况。其中,同案同判或同案不同判的案例对比在这种案例研究中具有凸显争议或问题重点的意义。在具体使用上,个案研究或者是为了提出问题,或者是为了印证或验证某种理论预设,或者是为了说明规则适用中的涵摄要点,或者是为了展示修法之需要,不一而足。个案研究是我国现有民法实证研究中运用最多的研究方法,王泽鉴教授的《民法学说与判例研究》系列著作对于促成中国大陆学者对民法案例研究的重视居功至伟。

类案研究是对某类别案例的整体研究,通过辨别案例之间的异同以确立类型区分或促成抽象规则的具体化。尽管在案例选择的范围上更为广泛,类案研究仍可视为个案研究的扩展形式,因为它仍然需要依靠案例的典型性确立类型区分,而这恰恰是个案研究的特征所在。所以,二者通常只有案例研究范围的广狭之分。不过,类案研究在案例使用上并不像个案研究那样可以单纯为发现问题而使用案例,而是主要针对法律中的不确定概念(如合理、重大、诚实信用、公序良俗)或一般条款(如公平责任条款)等抽象性的规范形式运用案例展开类型研究。这种研究方法在现有民法学研究中并不少见。

案例统计研究是对一定数量案例依相关变量进行统计,根据样本总体特点解释或说明法律现象或问题。案例统计研究和前述两种案例研究的最大差异在于,前两种案例研究都必须依赖于所使用案例的典型性确立案例的说服力,有关典型性的不同看法会对案例使用的有效性产生明显影响。相反,案例统计研究则无需借助所选案例样本中具体个案的典型性,而是借助样本整体的代表性确立其结论的可信性。因此,和所有统计方法的运用一样,其重点在于样本选择的合理性。就中国目前的民法研究来看,案例统计研究方法几乎完全被忽略,这既与目前法院司法案例有限公开的现状影响样本选择有关,也与学者对于案例统计研究并不重视有关。相比于个案与类案研究,案例统计研究是典型的以“数字证明”,借助于统计方法的运用,可以在法学研究中彰显“量化研究”的价值。例如,针对“赔礼道歉”责任在现行法的使用情况,我们可以《最高人民法院公报》中的侵权案例(部分涉及合同与侵权竞合案例)为样本,对该种责任的使用情况加以统计分析。由此至少可以得出以下两个结论:一是赔礼道歉责任的使用并非如部分观点认为的那样“较不常见”,在侵权案件中这种责任仍然被较为经常地使用;二是该种责任在典型的人身侵权案件中的使用不如在知识产权侵权案件中广泛。这样的结论对于说明“赔礼道歉”责任规则的实际运作情况及其规范功能能够启发新见。

在进行个案研究或多案例对比研究的过程中,案例的典型性不仅通过其特定的事实类型以及法院的判决说理表现出来,还需要具备一定的权威性,即依赖于裁判机构的权威性而获得更强的说服力。这是因为,对于典型性的理解可能取决于案例使用者对于特定问题的强调甚至研究兴趣,如果案例本身欠缺权威性,这种典型性就可能大打折扣。在典型性和权威性之间,应当首先强调前者,因为典型性即使面临权威性的质疑,从法解释论角度仍可借助其与既存法源或者法理的吻合程度而强化其说服力。不过,在使用个案或者进行案例对比研究时,对于相同或类似案例,审判级别高者宜被优先选择。就此而言,《最高人民法院公报》上刊载的案例与指导性案例在同类案例中就具有最佳研究价值。相反,在统计分析案例时,应更多强调选择案例的时间、地域范围与样本涵盖面(案例数量)。从中国当前司法案例的公开并不充分的现实情况来看,尽量

利用已经公开的司法案例（即尽可能使用全样本分析）将是减少样本误差的较好途径。

在具体进行案例研究时，这三种方法可根据研究主题的需要而配合使用。例如，在有关不正当竞争侵权酌定赔偿的案例研究中，不仅通过对案例中使用的酌定因素的统计发现法院裁判实践中对酌定要素的整体使用情况，而且通过个案分析进一步深入了解具体酌定因素的运作情况，从而可以从整体与个别结合的角度上对酌定赔偿法的使用获得更加清晰的认识。根据笔者对 300 个与知识产权有关的不正当竞争侵权案例的统计分析，与侵权行为相关的酌定因素和与侵权结果直接相关的酌定因素是实践中最为常用的酌定因素，“许可使用费”等替代性结果测量因素则较少使用。结合个案分析，可以进一步把握每一种酌定因素在法院裁量赔偿额中发挥的作用。

案例实证研究具有发现问题和论证问题两种不同的研究目标。在达成这两种目标的过程中，传统规范分析法仍然发挥着不可小视的作用。

首先，通过案例发现问题需要具备问题意识，而问题意识的产生更多需要借助对既有规范结构的把握。如果对于规范结构没有明确的认识，无论何种案例都无法帮助研究者提出具有研究价值的问题。要确立对规范结构的认识，当然应当依循既有的知识结构形成关于规范应然的“前见”。这种“前见”的形成对于确立通过实证研究拟要验证的问题是必须的，理论预设作为理论思维并不需要借助于对对象的实然状况的把握，完全可以基于纯粹理性的构想而提出问题来，构想的限制仍是现有规范结构。实际上，作为实证研究的理论预设通常是以经由规范分析得出的结论为起点的。

其次，不论是经由案例的典型性还是案例整体“用数字证明”而获得说服力，案例素材或“数字”的使用和评价仍然可能是规范的。案例素材的意义需要借助规范理解去把握，而“数字”本身也有多种被利用的方式。所以和自然科学不同，法学的实证天然地具有和规范的血肉联系。举例而言，威利斯顿早在富勒之前就已注意到合同赔偿中信赖损失的司法案例，但他拒绝将其作为合同赔偿的标准加以承认，认为“信赖理论不过是合同与侵权未能明确区分时代的残留物”（See Todd D. Rakoff, *Fuller and Perdue's the Reliance Interest as a Work of Legal Scholarship*, 1991 Wisc. L. Rev. 208）。反之，富勒和帕杜则经由案例的整理提出了著名的信赖理论。可见，对实证材料的不同运用受制于研究者的不同规范评价。对于实证结果的评价需要完成“规范—实证—规范”的逻辑提升，表现为“由实然到应然的跳跃”。“实然”与“应然”的不可通约性在这里并不适用，实证研究的实践指向性决定了其研究结论的规范意义。强调学术研究的“学术性”（解释而非建构）并不能成为否定规范分析法价值的理由。

最后，在学术研究中使用何种研究方法，不仅具有个人性（因而不能也不应当宣示某种方法的优越性），而且也受制于拟研究问题的性质。问题不同，方法也不同。比如，有关某种民法制度需求的研究，就不会以某种规范假设为前提，社会调查的方法应当成为优选；有关民法体系构建问题的研究，运用逻辑分析或者比较法研究方法可能更为适当。因此，这里倡导的司法案例研究方法是相对于民法规范适用的一种研究方法，强调其重要性并不代表对其他研究方法的放弃。应该清楚地认识到：问题优先于方法。

## 法律文化视野下中国民法实证研究的展开

徐涤宇（湖南大学罗马法系研究中心教授）

中国民法研究的进路首先要放在法律文化的框架下思考。这是因为，任何一种民事纠纷的解决机制都是在特定文化背景下生成的。事实上，在西法东渐前的传统社会里，中国有没有民法是一个伪问题，民事纠纷如何被解决才是真实存在的。我们现在所言的民法本来就是舶来品，这种

在“阿贡（竞技）型诉讼”结构下孕育出来的裁判规范体系，将“法”视为划定相互争执的两个主体间权利义务的严格准则，并试图将这些准则实定化，使其构成为完备的体系，以应对市民生活的一切局面，给其中可能发生的任何纠纷以明确的裁定结果的设定。按照日本学者滋贺秀三的观点，这种实定性私法体系的理念在传统中国根本不存在，或者说即便有些萌芽，也没有可能促使其生长的素材和机制，传统中国民事诉讼的特殊样式规定了该文化的法的样式：其民事诉讼、审判的基本性质是“作为行政之一环的司法”或“行政式的审判”；处理民事纠纷的“听讼”只意味着作为民之父母的（社会秩序和福利的总守护者）皇帝通过官僚机构而实施的一种社会管理职能。这种民事审判实质上是一种调解，争讼者和审判者之间通过交涉谈判、讨价还价，最终经由哪怕是当事人勉勉强强的承认，使案件在三方都可以接受或不得不接受的“情理”范围内自然终结。显然，这种民事纠纷解决机制区别于当事人不同主张之间制度化的对决、斗争以及第三人对此判定胜负的西方诉讼结构。

19世纪初发生的西法东渐，通过国家的立法表达、司法机构与行政机构的分离以及作为裁判规范的私法体系在司法实务中的适用，自上而下地改变着中国传统文化中法的样式。西方实定性私法体系观念的贯彻和渗透，一方面是在立法上试图由国家制定一个能与社会生活的一切局面相对应的统一完备的裁判规范体系。这些裁判规则实际上是对司法者发出的适用命令，它要求从官僚机构中独立出来的审判机关以一种无论过去还是将来只要是同类案型就给予同样处理的方式来对待其面临的争讼（司法平等原则）。另一方面，是建立一种长期保持制度延续性的强有力的审判机关，该机关不能是“作为行政之一环的司法”，而应根据权力分立和制衡的原则，仅服从于立法者关于法律适用的命令，并且其判决一旦确定就必须作为不可更改的决定而被毫不妥协地执行。

上个世纪中叶，这一西法东渐的进程终因政治革命的胜负定局而在我国大陆和台湾地区花开两朵。在我国台湾，由五权分立政治制度所保障，立法者和司法者各司其职，中国传统的法的样式基本被以解决制度化对决为目标的实定性私法体系取代，并且借由其自有的立法、判例和学说，私法及其研究结束了对其继受源的依赖，形成了自给自足的民法教义学。而在大陆，社会主义改造运动一度中断了西法的东渐，私法属性的财产归属和流转制度为公法属性的公有制和计划合同取代。国家积极介入各个私人领域的“全能主义”形象即便在改革开放后也体现在执政党的民事司法政策中，只不过它此时承担的是一种维稳的社会管理功能。所以，多年以来，一边是高歌猛进的大规模民事立法，一边是法官可以打着以调解促和谐的旗号堂而皇之地弃裁判规范于不用，从而消解着民法规则的规范效力。

对中国法的样式作出历史的和现状的素描，本身就是一种实证研究的态度。因为中国民事法律制度的样式及其相互之间的关联存在于历史文档以及当下的实在法和司法实务中，完全可以通过观察、分析等方法去检验其真实性，这符合法学实证研究的本质性要素：把法学从所有“形而上学的”特征中解放出来，使其论述在真实性和虚假性上具有可检验性。如果我们撇开形而上地论证中国传统法的样式应不应该由西方私法体系取代，而是实证地观察和认识移植的过程及其效果，就会发现移植都是从立法的层面开始，当时的学说也是站在立法论的立场，在认识和理解西方各种具体法律制度的基础上（不排除囫圇吞枣式的理解）相互竞争地提出具体立法方案。例如，在中国改革开放后大规模的民事立法活动中，宏观上有关于民法典体系继受模式之争以及与此相关的侵权责任独立成编之争等，微观上有物权行为理论之争、引入英美代理制度是否水土不服的异议等，促成了立法论的表面繁荣。

问题在于，徒法不能自行。中国传统的民事纠纷解决机制要由竞技型诉讼结构替代，除由立法者为胜负裁断初始性地构建私法规范之外，端赖能够保持制度连续性的强有力的司法机关以预设的裁判规范平等对待争讼。换言之，法院仅应遵守立法者通过实在法发布的命令，经由解释而认知其规范意义并予适用。法学研究的任务也只是秉持法律实证主义的立场，帮助法官认识和理

解实在法，而尽量避免评价它们。此时，立法论上“应然”的问题转化为解释论上的“实然”问题。准此，侵权责任法的出台也许事实上已标志着其独立；尽管关于物权行为的通说尚未形成，但合同法第 51 条经由解释而蕴藏处分行为理论已成强音，该法第 132 条关于出卖人应有处分权的规定在体系解释上反而佐证了实在法已经承认了处分行为，其第 2 条关于合同的定义也为物权合同留下了解释的空间，而物权法第 15 条的规定俨然就是对物权合同及其独立效力的承认；就合同法第 402 条和第 403 条的规定而言，争论也不应再是间接代理制度是否水土不服而应否取消或完善的问题，这些规定应该放在我国实在法的框架下，被解释为将受托人的行为后果直接归属于委托人的归属规范以及基于委托人或第三人行使形成权而发生的特殊形态的债权让与、债务承担。

对实证的解释论的强调，当可杜绝法官以法无规定为由拒绝裁判或自以为是的造法行为，在学说上也能避免研究者动辄走向立法论。例如，侵权责任法第 20 条关于“损失难以确定，侵权人因此获利的，按其所获利益赔偿”的规定，据信来源于王军霞诉昆明卷烟厂“侵权”一案。吉林省高院终审时按照“昆烟”侵犯王的人格权而应承担侵权赔偿责任的进路说理，反而遭遇适用要件不尽满足尤其是“损失无法查清”的障碍，于是不得不在法律和司法解释未对这种侵权赔偿规定所谓最高限额的情况下，通过调查烟厂的获利并考虑其承受能力而“另辟蹊径”地判决 80 万的赔偿数额。其实，该案可径直适用民法通则第 92 条关于不当得利的规定。在学理上此情形被称为“权益侵害型不当得利”，其适用要件不若侵权责任那么严格，而仅由王军霞受有损失（本可收取肖像使用费）、卷烟厂直接受益且没有合法依据构成，王军霞所受损失则按获利人所得利益（按明星代言的市场行情本应支付的肖像使用费）确定。然而，该案不当的法律适用在学说上却引起立法论上的追捧，从而催生出侵权责任法的上述规则。这种现象暴露了我国民法实证研究的软肋，即欠缺像我国台湾那样成熟的、自给自足的法教义学。法教义学阐述的是对现行法具有重要意义的证明和解决模式，它包括一切可以在法律中找到的规则和原则，也包括法学与法律实践为法律增加的理论规则、基本规则和原则，并因此在解释现行法时具有理性的说服力。所以，中国的民法研究也应在阐释实在法规范意义的同时，加强对案例的研究，在此基础上形成更多主流的或“多数的”观点，积累并分析目前解决模式中的经验和效果。

须指出的是，中国传统的法的样式有其自身的纠纷解决机理，而我们在继受西方法的同时不能割断与历史的关联，所以中国民法的研究断不能忽视历史实证的方法。我们实在法的一些规则植根于传统的民事纠纷解决样式，并为其现代运用埋下伏笔。对于这些规则，必须根据立法表达和法律实践的历史材料去认知。例如，民法通则第 83 条规定，不动产相邻各方应按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神正确处理相邻关系，实质上反映的是以调解为主要手段处理人民内部矛盾的司法政策。物权法虽对相邻关系设立了 7 条具体的裁判规则，但其第 84 条的规定和民法通则第 83 条如出一辙，它甚至可能通过法院的适用策略而凌驾于具体规则之上，从而消解后者的规范效力。

最后，我们来看看时下颇为时髦的社会实证研究方法。西法东渐是否产生实效，确实可以借助访谈、问卷调查等社会学方法去测知，我们甚至可以运用计量学、统计学等方法去评价其实效，但这些研究严格来说已经逸出了法学研究的范畴。尤应警醒的是，以此种研究得出的结论来讥讽作为裁判规范的民法难获实效，并由此鼓吹以情理为依据、以调解为主要手段的传统民事纠纷解决机制，即便其打着本土资源的民族主义旗帜，本质上仍是对法治的反动。如果法治的路向不变，学者对民事实在法的社会实证研究应该要么是以立法论为目的的方案构建，要么是缕析法律实践中实在法的规范效力如何被策略地规避或抵消，进而揭示其反法治的危险性，甚至对其作出否定的评价，以真正落实法的规范效力。