

## 法学研究方法的理论与实践

**编者按：**改革开放以来，中国的法治进程整体上纵深发展。法治建设从以立法为中心转向以法律实施为中心，法治理念从强调依法转向侧重权利的保护，法治动力从精英阶层的推动转向全社会人心思法，法律理论从重视对域外的引介转向强调自主的创新。凡此种，从学术研究角度看，均指向法学方法的繁荣。法学方法的繁荣，需要通过与方法之前提假设、适用范围、功能指向、操作规程的提炼、反思，促进方法运用的科学性，增强方法运用的自觉性。诸多方法的运用，均需要站在法教义学、法社会学、法经济学、法伦理学等方法论立场，予以认真的探讨。鉴于上述考虑，《法学研究》编辑部和湖南大学法学院于2013年8月举办了“法学研究方法研讨会”。本刊撷取部分与会者有代表性的观点，以笔谈的形式刊发，供学界参考。

### 刑法教义学的先行思考

冯 军（中国人民大学法学院教授）

现今我国刑法关于犯罪和刑罚的规定已经非常丰富，因此，不少刑法学者的学问态度和学术信心相应地发生了明显的改变。他们不再认为刑法是批判的对象，而是着重理解刑法，努力将刑法条文解释为理想的刑法规定。这种刑法教义学的学问倾向，令张明楷教授取得了巨大的学术成就。陈兴良教授也极其重视刑法教义学（参见陈兴良：《刑法教义学方法论》，《法学研究》2005年第2期）；近年，他再次强调刑法知识的教义学化（参见陈兴良：《刑法知识的教义学化》，《法学研究》2011年第6期）。但是，不仅在张明楷教授与陈兴良教授之间存在不少关于刑法规定的不同解释结论，而且在张明楷教授、陈兴良教授与其他刑法学者之间也存在很多关于刑法规定的不同看法。在这种情形下，为了使法官能够明白刑法学者对刑法规定做不同解释的原因，以便他们能够自主地选择应当在刑事司法中运用的刑法学说，刑法教义学者就不能仅仅提出自己关于刑法规定的解释结论，而是必须论证自己所采取的刑法教义学的根本立场和方法。

“刑法教义学”是德文 *Strafrechtsdogmatik* 的中文翻译。尽管关于什么才是 *Strafrechtsdogmatik* 的恰当中文翻译，在我国刑法学者之间至今仍然存在较大的意见分歧，但是，“刑法教义学”这一概念所表达的意思大体上是明确的。即，刑法教义学是一门研究刑法规定的解

释、体系化和发展以及刑法领域中各种科学理论观点的学科。它通过自己与现行法的联系和自己的解释方法，与刑法史学、刑法比较学区别开来，也与刑事政策学区别开来。刑事政策学的对象不是已经存在的法，而是应该符合目的地制造出来的法（Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allg. Teil, Bd. I, 2. Aufl., 1994, S. 140）。

刑法科学作为实践科学，它的核心部分一直是刑法教义学。其实，不仅刑法教义学是刑法科学的核心部分，而且法教义学也是法学的核心部分。在法学中，凡是以成文法为根据的学科，例如宪法学、民法学、刑法学和诉讼法学等，都属于法教义学。

由费尔巴哈提倡的传统刑法教义学毫不怀疑现行刑法的权威，认为现行刑法的规定既是刑法教义学者的解释对象，也是解释根据。在解释刑法时，不允许以非法律的东西为基础。对刑法教义学者而言，现行刑法就是《圣经》，因此，人们把根据现行刑法的规定对现行刑法进行阐释的学问，称为刑法教义学。只以有效的刑法为根据，建立解说刑法的概念体系和知识体系，乃传统刑法教义学的特色。传统刑法教义学认为刑法是一个封闭的体系，它为一切刑事案件准备好了答案，但这一答案可能是看不见的。刑法教义学的任务便是揭示这一看不见的答案，揭示的方法就是刑法解释。因为刑法解释只应澄清现有的东西，而不允许创造法律，所以，刑法解释的视野被严格限定在刑法上，结果的理性、合目的性问题，也就是刑事政策问题，不允许在刑法教义学中发挥作用。这种刑法教义学被认为是有利于法治国的，因为，它为法官适用刑法提供了稳定的、可检测的学术指导，从而排除了刑事司法的任意性。

但是，传统刑法教义学不仅在科学性上倍受指责，而且在实用性上饱受质疑。

传统刑法教义学建立在对刑法权威的信仰之上，因此，有人指责说，作为教义学两大分支的神学和法学都不是科学，因为它们都缺乏科学的批判精神。“立法者只需要多写三个词——就像我们在新的草案中将看到的那样，一系列具有很高科学价值的工作就不会再受到重视”（〔德〕基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，《比较法研究》2004年第1期）。传统刑法教义学把刑法秩序解释成封闭的体系，认为仅仅从刑法典中就能找到解决一切现实问题的答案，否定了刑法秩序的开放性，没有根据社会的发展来丰富刑法规范，容易使刑法规范丧失处理现实问题的活力。

对传统刑法教义学的科学性的指责，在民主的法治国家里，已经失去了意义。在现代的人民代表大会或者议会民主体制下，不可能存在总体上违反自由、人类尊严和人道主义的法律，这种体制下的法律不可能是纯粹暴力的体现。相反，在民主的法治国家里，经过法定程序制定的法律体现了普遍的社会要求，法律是自由、公正、理性等人类最高价值的文字表达，总体上符合人类尊严和人道主义的要求。只要刑法是有效的，就应当服从刑法的权威，这是现代民主法治国家的当然要求。任何以刑法具有不符合自然法、不符合正义或者脱离社会实际的内容为由而否定刑法效力的做法，在现代民主法治国家里，都不具有正当性。

然而，对传统刑法教义学的实用性的质疑，却促进了刑法教义学由封闭到开放的自我转变。从李斯特的古典刑法学，经韦尔策尔的目的论刑法学，到罗克辛、雅科布斯的目的理性刑法学，刑法教义学的这一自我转变经历了一百多年的漫长岁月。

现代刑法科学不再把刑法秩序看成一种封闭的体系，不再认为仅仅形式地解释刑法规

定就能实现刑法所要求的正义。同时，现代刑法科学认识到，不能在刑法教义学的体系之外追求刑法的合目的性，也不能用一种本体论的构造去事先限定刑法合目的性的追求，而是必须把刑法合目的性的考量纳入刑法教义学。今天，在德国刑法学中占据主导地位的见解，都主张以刑法的任务和目的为导向，来建构刑法教义学体系。一种能够在体系内正确处理现实问题的刑法教义学，总是在对刑法规定的理解和阐释中包含着历史和现实的沟通。刑法典中的原则规定以及大量刑法条文用语的非定义化所形成的框架空间，保障了刑法教义学的开放性，为实现刑法教义学中“历史和现实的沟通”奠定了基础。适用刑法当然以服从刑法的权威为前提，刑事法治的实现需要确保刑法规范的纯洁。但是，确保刑法规范的纯洁，是指不允许把与刑法规范相矛盾、相对立的东西通过解释强加到刑法规范中，而不是指不允许根据刑法的原则、原理和社会进步来丰富刑法规范的内容。

重要的是，必须在刑法教义学的体系内进行刑法的目的理性思考，否则，就难以保障刑法规范的稳定和安全。一种没有体系约束的对刑法的灵活运用，总是会给恣意的刑事司法提供方便。问题是，刑法教义学到底需要怎样的刑法目的，什么才是符合理性的刑法目的。我国以张明楷教授为代表的部分刑法学者选择了罗克辛教授所倡导的法益保护说，认为刑法的目的是保护法益。以周光权教授为代表的部分刑法学者则认为，“刑法的目的是保护社会的同一性，行为如果被证明和社会所认同的价值不一致，就是破坏刑法规范”（周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第109页）。但是，“刑法的任务是通过规定最严厉的制裁手段来保护法益”（周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2011年版，第13页）。周光权教授的这种看法尽管倾向于雅科布斯教授所倡导的法规范维护说，却总是显示出一种立场的摇摆和妥协，没能确保刑法教义学在科学意义上的体系一贯性。

我本人坚定地选择法规范维护说。法益保护说认为犯罪是对法益的侵害，但是，“法益侵害”这个说法其实大多是表面性的。例如，把故意摔碎他人一个贵重花瓶的行为解释为毁坏财物，进而解释为侵害了他人的法益。然而，更紧要的是在这一现象中体现的规范意义：不尊重他人的财产权，以至于像对待自己的东西一样任意地处置他人的财物。尽管“法益”这个概念是刑法教义学中使用起来很方便的重要教学用语，但是，法益本身不过是人规范本质即自由的实现条件。法益侵害只是规范否认的现象形态，它是规范否认的认识工具，规范否认才是法益侵害的本质。重要的不是法益受到侵害，而是谁应当在规范上对法益侵害负责。

在我看来，认为刑法的目的是法益保护，并不能给刑法教义学奠定一个很好的基础。法益保护说可能导致对一些重要的刑法规定的怀疑。例如，在打击受贿犯罪的司法活动中，很难说实现了法益保护。为打击受贿犯罪而花费的代价与取得的法律成果往往不成比例，而且，越是严厉打击受贿，就越是抬高了行贿人的成本，从而制造出更大的法益侵害。因此，惩罚受贿犯罪并不必然带来更大的社会利益。尽管如此也要惩罚受贿犯罪的理由在于：国家工作人员按照法律公正地履行职责，是现代民主法治国家的基础；禁止国家工作人员收受贿赂的法律规范必须是有效的，否则，就不能保障这一现代民主法治国家的基础不被动摇。

法益保护说也难以很好地解释我国刑法上的某些规定。我国刑法对一些特定犯罪规定了“从重处罚”，例如，根据刑法第238条第4款的规定，国家机关工作人员利用职权犯非

法拘禁罪的，从重处罚。提倡法益保护说的学者认为，非法拘禁罪的“法益是人的身体活动的自由”（张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第789页）。但是，一个国家机关工作人员利用职权将他人非法拘禁三天，与一个普通人用同样的方式将他人非法拘禁三天，对他人身体活动自由的侵害，到底有什么不同？为什么要对国家机关工作人员从重处罚？法益保护说似乎难以说明。法规范维护说的解释是，对于普通人，法规范仅仅期待他不要非法拘禁他人；但对于国家机关工作人员，法规范不仅期待他不要非法拘禁他人，而且还期待他向被非法拘禁的人提供保护（将他解放出来），国家机关工作人员违反了一个更高的法规范期待，因此要从重处罚。另外，我国刑法对一些非目的性犯罪规定了比目的性犯罪轻得多的刑罚。例如，根据刑法第175条之一和司法解释关于骗取贷款罪的规定，以欺骗手段取得银行贷款，给银行造成直接经济损失数额在20万元以上的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；但是，根据刑法第193条和司法解释关于贷款诈骗罪的规定，以非法占有为目的，诈骗银行贷款，数额在2万元以上的，应予立案追诉，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金。为什么一个故意给银行造成20万元损失的犯罪要比一个故意给银行造成2万元损失的犯罪受到更轻的处罚？这也难以用法益保护说来说明。相反，在法规范维护说看来，一个不以非法占有为目的的欺骗行为与一个以非法占有为目的的诈骗行为相比，在行为人想归还银行财产的意思中就表现了行为人对保护银行财产的法规范更小的不尊重。

以法规范维护说为基础建立的刑法教义学体系是一种“开放的体系”，它没有阻止社会的、法的发展，而是给社会的、法的发展提供了空间，使刑法教义学更加适应社会的、法的发展。它也是一种更加具有弹性的刑法学体系，能够吸纳新的概念和观念。它使各种被描述的专门术语具有规范评价的要素，通过价值判断，使各种被描述的专门术语服务于实现法规范的保护目的。只有从刑法的目的出发，与刑法规范相联系，以法规范效力的维护为基础，才能展开刑法教义学的新景象。

刑法教义学不仅需要规范论的立场，也需要规范论的方法。为了在刑法教义学的开放性体系中实现刑法规范的稳定和安全，就需要一种规范论的刑法教义学方法。刑法教义学的任务是以理性的可论证的方式，探求开放性刑法问题的规范解答模式。在刑法教义学中，对开放性刑法问题的解答，应该具有客观性，否则，就会使刑事司法活动蜕变成掷骰子游戏，就会使刑事司法被各种非规范性因素导致的任意性所主宰。为了保障刑法教义学的解释结论不至于充满矛盾、反复无常，就需要确定刑法教义学的解释规则和论证步骤。一些传统的刑法解释规则，例如文义解释、反面解释、体系解释和目的解释等，当然都有助于刑法教义学得出合理的结论。但是，为了使刑事法治不至于成为虚构的神话，就需要给刑法教义学建立一种符合规范的可检测的三阶段解释步骤。即，首先基于先见进行理解（基于先见的理解），其次用实践理性衡量理解的妥当性（实践理性的衡量），最后检验一种妥当的理解是否具有法律的根据（法律根据的检验）。

在刑法教义学中，为了获得妥当的解释结论，首先要根据先见来理解刑法规范。这就是说，刑法教义学者在解释刑法规范时，一开始，不仅要根据自己的生活经验来理解刑法规范，而且要重视既存的学说和判例对刑法规范的解释。自己的生活经验和既存的权威见解，是刑法教义学者解释刑法规范的起点。由自己的生活经验和既存的权威见解所形成的

关于刑法规范的初步看法，就是对刑法规范的“先行理解（Vorverständnis）”。无论是对刑法教义学者，还是对刑事司法人员，获得关于刑法规范的历史性先行理解都是极其重要的，而不能仅仅陶醉于个人性先行理解。既存的学说和判例关于刑法规范的理解，作为历史性先行理解，往往属于一种成熟的共同生活智慧，具有刑法文化的意义。刑法教义学者在解释刑法规范时，必须首先研究既存的学说和判例关于刑法规范的看法，而不能为了追求思想自由，把它们当作历史遗留的陈腐物来对待。刑事司法人员也不能无视既存的学说和判例，而把刑事司法活动看作刑事司法人员纯粹独断的个人活动。没有充分的规范根据，就不能放弃这些权威见解。

关于刑法规范的先行理解，无论是个人性的还是历史性的，总是或多或少具有时代局限性，因为刑法规范的含义是与时代的发展一起成长的。刑法科学的发展也表明，没有穷尽了刑法解释的刑法权威。我们应当尊重前人的见识和努力，但更要重视自己所处时代的社会实际状况，不放弃自己反思和重建的权利。这就意味着，要用实践理性来检验关于刑法规范的先行理解，并在权威见解的基础上发展出更加符合社会实际的解释刑法规范的新方案。此即为解释刑法规范的第二个阶段。在实践理性的意义上，犯罪是对符合普遍法则的自由的妨碍，刑罚是对这种妨碍的对抗。刑法教义学的基本观点是：实践理性是判断刑事不法的决定性标准。如果一个人的行为侵犯了外在的、基于实践理性而形成的自由关系，就构成了刑事不法。行为人侵犯了他人的外在自由，乃行为人的行为构成犯罪的首要条件，这是实践理性原则的必然结论。因此，一种针对成年人的被同意的秘密性视频表演以及秘密的集体性交行为，根本不是对他人外在自由的侵害，不成立犯罪。只有当3人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时，才宜以聚众淫乱罪论处（参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第947页）。

刑法中的实践理性，表现在法共同体成员关于刑法规范的相互理解之中。符合实践理性的刑法解释结论，总是法共同体成员在相互争论和相互沟通后能够理解和接受的。也就是说，论辩和商谈是实践理性的发现方式和证成方式，如果论辩和商谈是在忠诚于法的法共同体成员之间展开的。在民主法治国里，政治生活的平等参与、经济活动的独立自主、公民的安全和团结、刑事司法判决的公正等，都是法共同体成员基于实践理性的共同要求。在刑法规范的解释和适用中贯彻这种要求，乃法律同伴共同存在和共同发展的证明。刑法教义学的展开，应该与这种符合实践理性的共同要求同步。

在现代的民主法治社会里，法律体现了法共同体成员关于共同性的相互理解。法律是法教义学的权威根据。如果不以法律为根据，人们就会永远进行关于结论是否正确的争论，就不可能适用法律，就不可能发挥法律的社会功能。法教义学的任务就是发现法律规范的具体内容，确立法律规范的适用边界，证明法律规范的合理性，但是，不对法律规范的未来命运负责。法律是法教义学的价值来源，因此，法教义学必须受法律的约束，不能失去与法律的联系，更不能违背法律。一种没有法律根据的意见，不是法教义学上的结论。

刑法教义学者的解释活动，也是“围绕规范形成思想”（林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2005年版，“绪论”，第4页）。虽然刑法教义学者的解释活动并不局限在固化的法律文字的字面含义之内，但是，又绝不能背离法律的原则、原理，不能损害法律规范的目的。不能以没有法律根据的“非法规范”的理由解释刑法规范，那样，刑法规

范就会受到各种非法规范因素的不当侵蚀,刑法规范就不再成为一个自治的系统,而会变成堆放各种任意性主张的杂物间,刑法规范就会丧失法共同体成员的共同性。因此,针对某一具体的刑法解释结论,最后总是需要检验其法律根据。

法律根据的检验是刑法教义学进行刑法解释时必经的步骤。具体而言,刑法教义学的解释结论,不能与刑法条文的规定相冲突。刑法教义学者可以根据实践理性的衡量,对刑法规范做出与既存学说或者判例不同的解释结论,但是,这种新的解释结论不能与刑法条文的规定相冲突。刑法教义学的解释结论应当与法律条文的表述相联系,刑法条文用语的可能含义是刑法解释不能突破的边界。刑法教义学的解释结论还应当促成刑法体系的内部和谐。刑法规范是一个系统,不能孤立地对待刑法条文。刑法教义学者要在刑法规范的整体中,敏锐地发现诸刑法规定之间的联系,通过解释来实现刑法规范整体的内部和谐。刑法教义学的解释结论应当有利于维护法秩序的统一。刑法是整个法律体系的一部分,它必须在宪法的引领下,与民法等法律一起,服务于整个法秩序的维护。

刑法教义学通过解释塑造刑法规范,努力在刑法规范中实现正义。“不是陪伴法律和随法律而行,而是可以在法律之中和根据法律共创法律本身和生活,是处在文化科学中的法学几近为无法比拟的优点”(〔德〕卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第3页)。在最近的日子里,太多像摔死手推车中的婴儿一样的暴戾惊悚着我们的心灵。刑法教义学要用实在法的智慧去克服纷乱的日常生活中发生的文明危机,要为法共同体每个成员努力达到的目标寻找到实现它的法律资源。

## 正当化视角下的民法比较法研究

解 亘(浙江大学光华法学院博士生)

当今中国民法学的进步,首先应归功于对外国法的引进、吸收。比较法研究对于法学研究来说,最大的意义在于其能够源源不断地提供极其宝贵的问题意识。问题意识的确立是学术研究取得成功最为关键的一步。或许正因为发现问题这一步骤如此重要,而比较法研究又是发现问题的主要途径,因而在法学研究中难免出现这样一种现象:将从外国法研究中得到的启示直接作为自己对本国法所作(立法论或者解释论)主张的依据。这种结构的论文在当前国内法学界相当普遍。问题是,对外国法的分析、介绍本身是否足以证成建立在此基础上的理论观点?

直觉告诉我们,这样的介绍可能不够,甚至完全算不上论证。恐怕还需要论证“拿来”的可行性——例如与本国的判例是否吻合,论证“拿来”的效果——在价值上是否具有妥当性,等等。这恰恰是社会科学上的论证与自然科学特别是数学上之证明的不同之处。按照新修辞学的理论,前者是一个说服的过程,后者是一个探究真理的过程。说服的过程意味着常常需要多重的说服手段——修辞。将比较法作为说服的修辞手段,并不意味着在运用比较法方法时就不再需要其他的强化说服力的正当化手段。要为自己的学说提供充分的论证,常常还需要来自价值层面、社会妥当性层面的支持。至于具体的正当化方法,可以是历史方法,也可以是利益衡量、经济分析、体系分析等,甚至可以通过司法判例来实证。不过,

这些早已是学界的共识。真正需要探讨的，是对外国法的介绍、分析本身有无可能成为论证的一部分。

将一个言说——在法学研究中便是一个学术主张——的确立区分为发现的过程与正当化的过程，本是哲学界的重要发现，最初由瓦萨斯道姆（Wasserstorm）和波普尔（Popper）提出，后来成为科学哲学领域的通说。前者是一个纯粹的心理过程，而后者则是一个使得言说客观化的过程。当然，这里的客观化不是自然科学上的绝对客观化，而是相互主观意义上的客观化，即论辩的对方被说服。论证理论重视的恰恰是后者。如果一个言说缺乏正当化的过程，便丧失了合理性的基础。

正当化的过程就是一个说服的过程。这正是新修辞学所关注的核心问题。从图尔敏（Toulmin）所揭示的论证结构可以看出，论辩一方提出的主张（claim）如果得不到论辩对方的认可，就需要出具其根据（data）。如果对方不能被说服，则需要揭示主张与根据之间存在怎样的关联。这个关联称为理由（warrants）。如果对这个理由仍表示质疑，则提出主张的一方还要揭示支撑这个理由的支持（backing）。在任何一个环节如果达成了共识，则论辩过程结束。可以说，如果从论证的模式看，论辩最终止于共识。当然，在学术研究中，通常不存在现实的论辩对手——佩雷尔曼所言之听众。论证实际上是学术研究者以学术共同体作为虚拟的听众，属于佩雷尔曼所说的普遍听众中的第三种类型——特定听众。将外国法作正当化的依据代入上述论证模式，则主张表现为某一法学学术观点，其根据便是所依据的外国法。一般来说，仅仅表明自己的观点来自于外国法是难以服人的。为此，还需要主张者摆出理由，以便将自己的主张与外国法联接在一起。

外国法上的制度、学说、判例何以成为支持本国法某种新学说的根据？按照外国法的作用，这种将某种学术观点与作为根据之外国法联接在一起的理由可以分为肯定、否定和发展三大类型。

肯定性修辞是积极评价外国法（包括制度本身、解释论等），从而将其引入到本国法上的论证模式。目前，国内主流的比较法研究成果多是直接从外国法的制度、学说中汲取营养，通过对外国法的介绍和简单的分析，就直接得出我国法也应采取相同或者类似理论、立场的结论。因此，肯定性修辞成为比较法研究的主流。具体又可以分为三种。

第一种是普适模式，即通过说明所借鉴的外国法具有普适性，为自己将外国法与自己的学说联接到一起提供理由。就民法学领域而言，常常指继受德国法学说的模式。由于当前我国民事立法的基本框架、基本概念都来自潘德克吞体系，因此德国法研究将始终是发现问题的主要手段。以德国法为对象的比较法研究作为普适的正当化依据时，往往只需要论证对象的可比性即可。目前，采取这类研究方法的研究中一个普遍的问题是，缺乏对可比性的论证，对某外国法为何可以成为比较的对象，为何可以借鉴，不作仔细的分析。

第二种是母法模式，即就某一问题——通常是某一法律制度、规范的解释，探寻本国法的母法是如何理解的，最终以母国法的理论作为自己所主张的理论或者直接依据。其背后的逻辑是，既然在某个问题上可以追溯到本国法立法的模本——母法，那么母法的理论自然就可以直接用来解释本国法，或者称为本国的立法论依据。与母法保持一致，是一个容易达成共识的理由。由于这种模式的前提是论证某国法为本国法的母法，常常需要回溯到民法的起草阶段，因此，这种研究常常伴随有历史方法。母法研究遭遇的最大挑战，便是其

作为正当化依据时的优越性和唯一性问题。这里所说的优越性，是指相较于没有亲缘关系的外国法，母法作为正当化的依据是否具有当然的优越性。这里所说的唯一性，是指在正当化时仅仅凭借某外国法为本国法之母法这一点，是否便足够？这两点都涉及到母法研究的意义问题。

无论是作为肯定性修辞还是作为否定性修辞，母法模式在我国能够发挥的作用都有限。母法研究的前提是对起草者意思的确认。惟其如此，才能令人信服地论断某一制度的母法究竟为何。然而，由于我国立法机制的缺陷，再加上立法水平的不足，导致无论是什么样的立法，在起草阶段就没有明确的母法意识，最终公布的立法理由又极其简陋。这样的立法机制，导致某一制度、规范到底有没有母法以及母法为何，往往模糊不清。这时需要研究者转换思路。起草者的意思，既包括实证的起草者意思，也包括建构的起草者意思。前者指起草者的真实意思，通过对起草文本的正式说明、起草者的发言、事后著述获得。后者则是观察者通过对文本的体系分析，拟制出来的起草者当时应有的意思。当两者不一致时，建构的起草者意思具有更高的价值。这是因为法律一旦颁布，作为文本便拥有了自身的生命，独立于起草者。如此一来，由立法机制带来的缺憾多少可以得到弥补。

此外，民法通则的若干制度虽然可以确定其母法为苏联法，但该种母法研究依然价值不大，因为改革开放引发的社会剧变已严重稀释了以苏联法作为母法之比较法研究的意义。这种变化不仅仅体现在实证层面，而且还反映在晚近制定的合同法、侵权责任法等单行法中。这些单行法的调整范围与民法通则存在着大范围的重叠，但制定时所参照的立法例中苏联法的比重应当说已经微乎其微了。总体而言，在当下运用苏联民法理论来解释民法通则，很难获得学术共同体的认同。就晚近制定的合同法、物权法、侵权责任法而言，寻根或许还有积极的意义。以合同法为例，其中为数不少的制度直接来源于《联合国国际货物销售合同公约》，围绕公约的理论展开就可以成为合同法相关制度的母法研究。

第三种是功能比较模式，通常是与规范比较相对的概念，强调不简单地从条文出发，而是从问题出发，只要被比较的国家或地区具有相同的或类似的社会问题和需要，就可以对它们不同的应对办法加以比较。这种模式将在法律上完成相同任务、具有相同功能的事物拿来比较。如果说母法模式提供的是形式上的理由，那么功能比较模式提供的则是实质上的理由。

在以指导本国法为指向的功能比较中，常常将数个体例、概念上存在差异的立法例当作比较对象，如果能从中抽出共通的原理，则可以以此指引本国法的解释或者创设、修正。这种模式在借鉴外国法时，不作预设，既不承认某国法先验地具有普适性的价值，也不认为母法具有天然的优越性地位。此种模式视野开阔，但往往伴生“历史缺位”的现象。

总体上看，尽管国内的比较法研究多采用肯定性修辞，而且以对德国法的借鉴为主，但强调其普适性的并不多见，更多的比较法成果看重的还是外国法能否为我所用。因此，实际上比较的对象并不限于德国法，同属于潘德克吞体系的日本法、意大利法、奥地利法、瑞士法，甚至与我国法亲缘较远的法国法乃至英美法，有时也成为借鉴的对象。可以说功能比较模式是当下国内比较法研究中主流的方法。这与母法研究的冷清形成了鲜明的对照。

稍感遗憾的是，国内的比较法研究大多还停留在规范比较的层次，少有高质量的功能比较成果。即便是规范比较，大多也还停留在法条比对的层面，没有深入挖掘学说和判例，



使得其对外国法的理解缺乏可信度，从而降低了研究的价值。

与肯定性修辞不同，否定性修辞通过比较法研究否定学界的一种观点。具体有两种。

第一种是母法模式。它又存在两种类型。一种是对不正确之母法认知的纠正，另一种是前人的研究完全无视母法对于学术研究的拘束力，因而主张回到母法。否定性修辞的第二种具体方法是功能比较模式，即通过实质的分析，指出学界以往主张的某种观点所依据的外国法与本国法存在本质的差异，将该国的解释论搬到本国来并不恰当。这里，两国间的差异既可以是因本国制度或者背景的特异性，也可以是因为对象国的制度或者背景存在特异性。

由于德国法的优越性地位，在我国民法学研究中出现了一定程度的德国法一边倒现象。这恰好为采用否定性修辞的比较法研究提供了绝好的舞台。相信随着学界视野的拓宽，采用否定性修辞的比较法研究能够为民法学的发展提供强劲的推动力。

不过，由于立法机制的原因，母法研究式的否定性修辞在当下难有施展的空间。此外，否定性修辞仅仅适合于推翻某种观点，如果在此基础上还作进一步的立论，则另外需要肯定性修辞的比较法研究提供正当化的依据。只不过，这时的肯定性修辞未必一定要采用比较法的方法，完全抛开外国法也是可能的。

发展性修辞通过对外国法历史沿革的梳理、分析，就某一问题总结出一般的发展规律（法则），从而揭示本国法应有的解释方向或者立法方向。由于这种修辞既可以用来支持某种立论，也可以用来否定某种主张，因而被定位于肯定性修辞与否定性修辞之间。这种修辞以某种形态的社会进化史观为其前提。例如，从身份到契约的规律、从形式正义（契约自由）到实质正义（给付均衡）的发展规律、从重视静态安全到重视动态（交易）安全的发展规律、契约的拘束原理从要式到诺成的发展规律，等等。这种修辞方法作为正当化的依据，如果运用得当，往往会具有较强的说服力。不过，这种修辞也存在着隐患，即所依据的发展规律是否为学界的共识？如果所谓的发展规律只是一项规范性的主张，论证自然就坍塌了。特别是，对过去的总结是否就能得出对未来的正确认识？判断稍不谨慎就会陷入到历史主义的贫困中。此外，即使某种发展规律具有妥当性，但也未必契合具体的场景。例如，法律制度从重视静态（所有）安全到重视动态（交易）安全的发展规律，可能更适合于哈贝马斯所说的体系世界，而未必适合于生活世界。

发展性修辞在我国法语境下有着特别的意蕴。我国社会没有经历过西方的近代化阶段，加之正处在市场经济的转型期，传统文化、保守思想反映在法律制度、法学理论上，势必保有大量“非近代”的成分。持积极立场的人会称其为中国特色，但持消极立场之人会将这些成分贴上“前近代”的标签，认为需要用近代乃至后现代的法来取代、修正。正因为有这样的特殊背景，发展性修辞的外国法研究在我国更容易引发学术共鸣或者批判。期待有更多的运用这种论证模式的研究成果来活跃民法学研究。

上述诸种修辞模式之间固然存在着相克关系，但绝不意味着法学研究无法达成共识。对各种修辞模式之特性的揭示，恰恰是为了提高比较法研究的合理性。

【本笔谈稿受森田修「私法学における歴史認識と規範認識(1)(2)」社会科学研究 47 卷 4 号（1995 年）171 頁以下、6 号（1996 年）221 頁以下的启发。】

## 法学实证研究的价值与未来发展

左卫民(四川大学法学院教授)

### (一) 关系与价值：研究方法转型

近年来，法学研究方法的转型越来越受到学界的关注。因应此景，以《法学研究》为代表的法学期刊连续刊文予以讨论。在既有的讨论中，部分学者主张法学研究方法需要转型，也应该转型。这可能是继若干年前学界关于法学研究应该转向社科法学范式的讨论之后，又一次关于法学研究方法的集中讨论。在这次讨论中，一个引人注目的现象是许多主张研究方法转型的学者青睐实证研究。其见解集中发表在《法学研究》2012年第1、4、5期以及2013年第1期刊登的笔谈文章中，也刊载在其他法学期刊，如《法学》2013年第4期的笔谈文章中。这表明当下法学界对研究方法应转向实证研究已有一定认识，同时也折射出近年来法学的一些学科（包括刑事诉讼法学）对实证研究方法的运用渐获认可。

然而，必须承认，关于法学研究方法应否转型、如何转型，特别是实证研究方法是否就是转型的主要方向，尚存争议。正如本次研讨会上展现出来的那样，相当一部分同仁依然主张法解释学乃法学研究的主流方法，对实证研究持相对怀疑的态度，至少不把它当作一种重要的或者主要的研究方法。此外，主张社科法学的学者虽然没有明确反对实证研究（甚至在某种程度上肯定实证研究），但态度相对谨慎。比如有学者在2013年第4期《法学》的笔谈文章中认为，当前的实证研究在研究方法、研究对象和读者受众等方面都存在很大不足。甚至有学者对运用数据，尤其是统计方法，进行实证研究的重要性和有效性持怀疑态度。整体而言，实证研究似乎受到了两方面的质疑：一是作为传统派的法解释学的质疑，他们认为法学知识的生产，尤其是增量式的生产，还得依赖法解释学，实证研究难堪大任；二是受到改革派社科法学的怀疑，他们认为自己的研究在相当程度上就是一种实证研究（虽然其本质上是一种个案式的实证研究），但对运用数据进行大范围、大样本的实证研究持怀疑态度，也不看好这种方法在知识创新方面的前景。

面对法学界在实证研究方法上的意见分歧，笔者认为当前的紧要任务是跳出争议本身，回到问题的原点，深入讨论一些更为本质的问题。在笔者看来，有两个问题需要辨析。首先，必须澄清“转型”意味着什么。转型并不意味着替代，各种研究方法之间不是非此即彼的关系，而是多元竞争的关系。因此，即便主张法学研究方法应该转型，也不应该认为某种方法是法学研究的主要乃至唯一方法，更不能直接否定或摒弃为自己所不容的方法。否则，就会在方法论上犯“独断论”的错误。从这个意义上讲，包括笔者在内的注重实证研究的学者，都不能断然否定法解释学和社科法学的研究方法，而认为实证研究是未来法学研究的唯一方法。基于此种判断，本文的基本观点是，在法学研究领域应该引入时代所需的新研究范式，推行多元化的研究方法，倡导多种研究范式并存甚至共用，以形成百花齐放、百家争鸣的局面。

其次，必须明确实证研究方法的独特价值。面对日益精致的法律制度和纷繁复杂的法

律现象，任何研究方法都存在理论和适用上的局限。法解释学和社科法学也是如此。就前者而言，法解释学很难充分解释或无法涵盖法律实践中大量存在的理论与实践、条文与现实背离的现象，很多时候它只能在静态的法律规则研究领域奏效。社科法学虽然将研究的对象转向了实践中的法律现象，并借助社会科学的方法跳出“书本上的法”，而致力于发现并揭示“法律与社会”的一般关系，但由于其研究是个案式的，很难论证所发现的现象和所得出的见解在多大程度上具有普遍性，因而，在没有被大范围的同类研究充分证明之前，它至多是一种深刻的洞见。由此可见，法解释学和社科法学的局限在于难以充分、准确地描述、解释乃至发现普遍现象，无法在广度上充分把握、分析事物的普遍性。实证研究方法强调大范围搜集数据，主张运用数理方法分析数据，然后探析原因、得出结论，因此，它往往能够发现现实生活中具有普遍性的法律现象，能够揭示实践中普遍运行的法律规律，而且是用有说服力的数据对之加以证明。正是在这一点上，实证研究凸显了其不同于法解释学和社科法学的独特价值：它更有可能发现和解释法解释学和社科法学所不能发现和解释的问题与现象，提出二者不能有力证明的命题，提出能够证伪的结论，进而设计出更具操作意义的改革措施。

客观而言，法解释学、社科法学、实证研究三种方法在学术旨趣、研究对象与具体路径等方面存在较为明显的差异，它们各有用武之地。法解释学是法学的传统研究方法，研究法律规范或是和法律规范相关的法律现象，其最大的贡献在于使法学区别于其他社会科学学科，从而拥有了独立的领域与话语权。社科法学将法律现象作为一种社会现象加以研究，主张运用包括社会学、政治学、人类学、历史学等在内的多种学科的方法与概念来解释与分析法律现象，趋向于扎根理论的定性研究，其贡献在于使法学开始累积流动的法律知识与经验，而不再生产和传播“纯粹的演绎知识”。实证研究则是在社科法学的基础上，强调基于实证数据来真实、准确、全面地把握某种法律现象，并在此基础上或进行深度阐释，或提出法律改革建议。这使实证研究不仅不同于更关注法律条文本身而忽视制度实践的法解释学，也把它与基本不运用实证数据而更多强调运用多学科方法深度解释个案的社科法学区别开来。因此，社科法学、法解释学不能否定实证研究，实证研究也不能将自己视为前两种研究范式的“终结者”。

## （二）反思与提升：法学实证研究的未来发展

必须承认，与社科法学尤其是法解释学相比，实证研究只能算是异军突起的后起之秀，它不仅显得稚嫩，也确实存在诸多不足。在笔者看来，当前中国法学界所进行的实证研究，最大的问题在于方法本身的粗疏，还只是一种数据化的研究而非数理化的研究，离成熟、精致的实证研究还有很大的距离。这突出表现在实证数据的整理分析仍停留在简单的总量统计、平均值计算、比例核算等初级的数据计算与描述层面，而未运用回归分析、相关性分析、方差检验等精确的数理方法。对比法学、社会学和经济学这三个学科的实证研究，就可以知晓法学实证研究的稚嫩与不足。同样是实证研究，同样是搜集、分析数据，其他学科基本上都采用数理经济学与数理统计学的方法，但在法学实证研究中，这些方法除极个别同仁有较多运用外，其他人几乎未予运用。从这一角度而言，目前的法学实证研究还处于简单、初级、原始的阶段，笔者称之为“描述性统计”或“前统计”阶段。这不仅降

低了方法本身以及研究结论的科学性与说服力,也使其面临来自法解释学、社科法学以及其他学科学者(如社会学家、经济学家、统计学家)的质疑。

事实上,法学研究方法的转型,尤其是实证方法的运用,已成为世界性的学术趋势和热点。笔者最近赴美访问,通过与一些专门从事法学实证研究的学者交流发现,在美国一些重要的大学如哈佛大学、耶鲁大学、纽约大学、斯坦福大学、康奈尔大学的法学院中,实证研究是学者们关注的重心,甚至成为了一个共同努力的方向。这种研究取向甚至超越法学院、超越美国,成了一种全球性的趋势。目前,关注并运用实证研究方法,系统地使用统计学、经济学方法开展实证研究已经开始成为美国以及其他一些国家法律学者们重要的研究方法。实际上,在国外,只要进行法学实证研究,就要运用统计学、数理经济学与数理统计方法,其与其他社会科学领域(如社会学、经济学)中的实证研究在研究工具和方法上具有同质性。反观中国法学界的实证研究,正如前文已述,基本上仍停留在初级的数据统计与描述阶段,数理统计与分析的方法远未得到充分的运用。这表明,法学界的实证研究者可能并没有掌握好科学的实证研究工具与方法,具体的实证研究也未迈入科学实证研究的阶段。在此意义上,中国的法学实证研究在方法上需要提升,甚至是根本性的提升,即要从“前统计法学”提升到“计量法学”。

那么,如何提升?在笔者看来,可从以下三个方面着力:第一,在主观意识上,必须明确实证研究并非简单的数据统计、现象描述与因果解析,而是一种对各种反映法律现象的数据进行精细数理分析的技术方法,是一种需要借助数理统计学、数理经济学的知识和方法作为研究工具的研究范式。第二,在具体行动层面,我们需要系统地学习现代科学实证研究方法所需的各种知识与技术,以便熟练地运用实证研究方法。这主要是学习统计学、数学、经济学、数理经济学的知识与分析技术。这个过程可能是痛苦的,却是必要的。在此过程中,我们也需要向社会学家、经济学家、统计学家学习并与之交流,甚至合作展开研究。第三,要像社会学家、经济学家那样科学地搜集、分析和运用数据。相应地我们需要建立和社会学、经济学一样的、大规模的基于统计的数据库,如建立基于高校的重点数据库,甚至是国家层面的大型数据库,而不能简单依靠现有的官方甚至网上公布、发现的数据。

### (三) 简短的结论

从某种意义上讲,实证研究是一种从量的层面研究社会现象的方法。作为社会现象的一种,法律现象也具有量的属性,可以从量的方面进行观察与研究。因此,在法学领域运用实证研究是可行的。就此而言,中国法学领域实证研究的问题不是是否需要运用,而是如何在提升实证研究方法与技术的基础上,科学有效地设计与运用。考虑到中国目前很多法学研究者并不具备科学实证研究方法所需的知识与技术,这一提升肯定是一个漫长的过程。目前关于法学研究方法转型的讨论是必要的,产生争议也是自然的。面对这些争议,从事实证研究的法律学者既不应沾沾自喜,也不应妄自菲薄,而是要谦虚低调,以方法论的真正革新为方向,以能够运用体现世界性法学研究方法发展趋势的实证方法为目标,勤奋进取。假以时日,定会有所成就。

## 法学实证研究方法及其在中国的运用

黄 辉（香港中文大学法学院副教授）

### （一）实证研究的含义及类型

法理学上的“实证主义法学”属于哲学上的本体论范畴，主要是针对法学研究的对象问题。在方法论上，实证主义法学主要有两个进路，即逻辑和经验。前者是以逻辑为基础的法学研究方法，即规范分析法学或法教义学，主要运用逻辑和语义的方法对于法律规范进行分析和注释，很少考虑法律以外的因素对于法律的影响，其核心问题是“书本上的法律是什么”。后者是以经验为基础的法学研究方法，即本文所称的实证研究。该方法运用社会学和经济学等社会科学的方法研究现实社会中的法律，关注法律与社会的互动关系，特别是揭示法律的实施情况，其核心问题是“现实中的法律是什么”。因此，规范分析法学和实证法学实际上有着共同的本体论哲学基础，都是研究“法律是什么”，而不是“法律应当是什么”，从而有别于价值分析法学或法政策学。

实证研究方法可以大体分为两类，即定性研究和定量研究，这两类都包括很多具体的研究方法。定性的实证研究主要包括观察和访谈等。定量的实证研究主要是统计分析和回归分析等。另外，有些方法，比如问卷调查，可以既包括定性的成分，也包括定量的成分。

定性实证研究通常是开放性的，强调研究者与研究对象之间的互动，故比较注重研究者的亲历性。观察应当是零距离的，即实地观察，而且有足够的观察时间，这样，观察者可以碰到各种不同的真实情境，观察的结果才能全面和深入。观察的重要性在于，那种亲身体验的感性认识是任何其他研究方式都难以替代的。但是，实地观察不方便，时间和金钱等成本比较高，有时也未必能观察到有价值的东西。

相对而言，访谈的形式比较灵活，可以是面对面访谈，也可以通过电话、邮件等方式进行访谈。需要指出，访谈不是简单地按照既定程序机械地问问题，而通常是“半结构性的”（semi-structured），即研究者事先要准备一个问题清单，但这个清单只是一个参考，研究者在实际的访谈中需要根据具体情况对于问题的内容和次序进行调整，甚至经常会延伸到新的问题。如果访谈对象选择适当的话，就能够得到有价值的东西。这些东西通常是书本上没有的。访谈在目前的定性实证研究中经常采用。

定量实证研究是指收集样本并通过数学的计量工具进行研究。早在1949年，学者就提出了计量法学的概念，对应于经济学中的计量经济学流派。与定性分析相比，定量研究的结果更加客观和具体，通常也更有说服力。近年来法学的实证研究有愈来愈倾向定量分析的趋势，以至于有些学者错误地将实证研究等同于定量研究。虽然定量研究有其优势，但对于研究对象和研究者能力都有较高的要求，运用范围有一定的限制。而且，定量研究的结果也有其局限性：一方面，样本有时难以获取；另一方面，不是所有的法律问题都可以量化或者找到适当的测量方法。

定量研究的具体方法很多，各种数学工具和模型都可以灵活运用，新的方法也在不断出现。如何设计问题、采用何种计量方法，是评价一个实证研究项目的重要标准。可以对

定量研究进行一些分类。但需要注意,这种分类只是一个大概而已,并不能涵括全部。而且,根据不同的标准也有不同的分类。就法学研究中常用的定量方法而言,根据研究的不同目的,定量研究主要包括统计分析和回归分析等。根据使用数学工具的不同,定量研究又存在简易和复杂之分。

简易的定量分析就是利用初等代数,即加减乘除等算法,对于样本进行描述性的百分比统计。目前我国为数不多的法学定量研究大多是这种简易的百分比统计。这个方法的优点是比较容易运用,结果也比较直接易懂,但缺点是有时可能过于粗疏,需要更精细的统计测算,以得出更加可靠的结论。比如,笔者在对公司法人格否认案例的实证研究中,对于不同情况下公司法人格否认成功的比率进行了百分比计算,然后进一步通过卡方检定等相对高级的统计学工具,测算在表面上似乎不同的百分比数值是否在统计学上也存在显著的差异性,从而更科学地评估公司法人格否认制度在实施中受到哪些因素的影响以及影响程度到底有多大(《中国公司法人格否认制度实证研究》,《法学研究》2012年第1期)。

回归分析是比较复杂的定量研究,主要用于检测不同变量之间是否存在相关性,需要用到高等数学,建立数理模型。当然,这些数理模型本身也有简单和复杂之分,比如单变量和多变量回归模型、单方程和联立方程回归模型、线性回归模型和非线性回归模型等。比如,著名的LLSV组合(包括Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer和Robert Vishny)设计了一系列复杂的量化指标,对于证券市场规模在全球排名前49位的国家(地区)的投资者保护法律和证券市场发展水平等问题分别进行了研究,然后检测各国的投资者保护法律制度与证券市场发展水平之间是否存在相关性,从而提出了“法起源说”(legal origins),认为法律制度,特别是投资者保护法律制度,是决定金融市场发展的主要因素。

由于定性方法和定量方法各有优缺点,因此通常需要结合使用。这种结合使用的情况至少有以下两种。第一,是针对不同问题结合使用。比如,笔者在对股东派生诉讼案例的实证研究中,定量研究发现我国股东派生诉讼在上市公司中几乎没有出现,那么进一步的问题就是其原因何在。这个问题无法从法条本身找到答案,也很难用定量研究解决。笔者因此转而采用定性方法,通过访谈相关律师和法官,了解股东派生诉讼制度的现实运行环境,从而解释为什么股东派生诉讼很少发生于上市公司的场合(《中国股东派生诉讼制度实证研究》,21世纪国际商法论坛会议论文,清华大学法学院,2012年10月)。

第二种结合使用定性和定量方法的情况是针对同一问题。比如,在笔者对中国内幕交易问题的研究中,针对内幕交易行为的发生范围问题,就综合使用了定性方法和定量方法。在定量方面,尽力收集所有公开的内幕交易案件,包括刑事案件和证监会的行政处罚案件,并对这些案件从发生时间、内幕人类型、内幕信息类型、处罚种类和力度等方面进行了研究。但是,由于内幕交易的隐蔽性特点,侦破并处理的案件显然只是冰山一角,现实中有很多内幕交易行为从未被发现。因此,要想对内幕交易问题有一个全面的了解,就必须通过访谈等定性方法进行评估(Hui Huang, *International Securities Markets: Insider Trading in China*, London: Kluwer Law International, 2006)。

## (二) 实证研究对于我国法学研究转型之意义

在我国社会主义市场经济法律体系建成之前,法学研究以立法为中心,研究方法主要依赖逻辑推理和比较研究,即了解和研究外国制度以供中国在立法时借鉴。这种立法论的

研究模式导致了我国法学科研究和教育中的一个有趣问题，即研究著作和教学课程的内容实际上大部分都是外国法，而不是中国法。

以商法学为例，施天涛教授在其颇受好评的教材《公司法论》（法律出版社 2006 年版）的第一版序言中就坦言，“但我却也经常面对学生这样的疑问：‘老师您讲的大多是外国公司法’，有的学生干脆说：‘您讲的是美国公司法’”。据笔者初步考察，目前我国公司法教科书中明确以中国法为中心内容的很少，其代表为王保树教授与崔勤之教授合著的《中国公司法原理》（社会科学文献出版社 2006 年版）。绝大多数的教科书名称则是笼统的公司法，以便收入外国法内容。另外，还有很多纯粹以外国公司法为研究对象的著作。

上述问题除了对我国法学研究和教育本身造成影响之外，也对我国法学研究和教育的国际声誉有一定损害。香港中文大学与内地一些高校有学生交换项目。香港赴内地的几个交换学生回来说，本来是想去学中国法的，结果学的大都是外国法。同样，若干研究中国法的外国学者也私下抱怨，读中国的法学著作经常感到失望，因为他们本来想要寻找关于中国法的东西，但那些著作的实质内容几乎都是讨论外国法。

实际上，我国已经有不少学者认识到了上述问题，认为中国法学研究转型要确立“中国问题中心主义”的法学研究趋向（陈甦：《体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011 年第 5 期）。但是，我国学者对“中国问题”的关注度还远远不够。除了缺乏中国问题意识之外，原因还在于不知道如何关注中国问题。笔者以为，要在研究方法上实现“中国问题中心主义”，可以运用实证方法对于中国法律的具体实施情况进行研究，总结司法经验和教训，并反馈到法律的解释和完善过程之中。

总之，在我国社会主义法律体系建立之后，法学研究应当尊重现有的法律制度，将重点转向中国特有的问题，考察法律的实施情况。而实证研究将是中国法学研究实现这一历史性转型的一个重要工具。

### （三）实证研究的具体运用

其一，案例研究的进路。

案例研究是一种重要的法学研究方法。其进路可以大致分为个案研究和案例统计研究。在英美法中，判例就是法律，奉行遵循先例原则，个案研究是传统的法学教育和研究方法，具有以下两个主要功能：一是从判例中提炼具体的法律规则，二是对于判例进行批判性分析，为判例的将来修正提供参考。该方法非常注重判例的个体特征，重要判例必须仔细阅读，如果后来案件与先例存在重大不同（比如案件事实方面），可以不遵循先例。相比而言，案例统计研究是一种新兴的法学实证研究方法。该方法是收集很多同类案件，并对其进行数理统计，寻求整体特征。其主要功能有二：一是对于法律的实施情况进行评估，二是总结司法中的经验和问题，为法律适用和立法完善提供参考。

在以成文法为中心的大陆法系国家，包括德国和日本，学者也越来越多地借鉴英美法进行案例研究。这要求学者跳出传统的限于法典之内的逻辑自足性，去寻找和关注实务中的案例。就个案研究而言，虽然大陆法系的判例不像英美法系那样具有法律约束力，但也非常重要，对于后续案件具有很大的影响。因此利用案例进行教学和研究仍然具有重大意义。

近年来，特别是我国建立了案例指导制度之后，我国学者对于案例研究的关注度日益上升。就目前而言，我国案例研究还处于起步阶段，主要还是个案研究，而统计研究很少。

但实际上,就我国案例的现状而言,可能更加适于进行统计研究。虽然近年来我国法院的判决书写作水平有很大提高,但还是有不少问题,特别是法律推理过程过于简单。对于这样的案例进行个案分析很难得出有价值的东西。相反,从统计研究的角度看,这并不构成重大障碍,因为统计研究关注的是整体性规律,而不是个案的具体推理过程。比如,在公司法人格否认案例中,我们关注案件的总体数量和年度分布,从而评估该制度的使用率,通过案件的诉讼结果评估此类案件的胜诉率,从而尽量避开法院是如何具体推理的棘手问题。

最后,需要指出,由于个案研究和统计研究各有侧重点,对于案例的要求也有所不同,因此,在进行案例研究时结合二者,能使研究既有广度又有深度。

其二,研究样本的完整性。

针对实证研究的一个常见批评是研究样本不够完整。这个问题经常出现在定量的实证研究中,但实际上定性的实证研究也有类似问题,比如,访谈的对象人数不够,不具有充分代表性等。的确,实证研究的一个关键就是收集样本,样本的数量和质量对于最终研究结果有直接影响。但是,也不应将研究样本的完整性问题不当扩大,甚至否认实证研究的价值。

一方面,需要从思维上对于样本问题有科学认识——样本的完整性只是相对的。即使在外国,案例的数据库也不是绝对完整的,但这并不妨碍学者进行实证研究。另外,个案研究同样存在样本问题:谁能保证选取的个案不是极端的案例呢?但是,样本问题并没有妨碍个案研究。当然,在实证研究中,样本越完整越好,其得出的结论也更有说服力。针对同一个问题可以通过不断丰富样本进行多次实证研究,使得实证结果越来越精确。科学就是这样一个从低级到高级的不断积累和发展的过程。

另一方面,可以从技术上尽量减少样本问题的影响。第一,根据样本的完整程度,实证研究可以分为全样本研究和抽样研究。抽样研究存在抽样误差。因此,如果样本数量不是太大,应采用全样本研究。第二,通过多种途径收集样本。比如,尽量多用几个数据库,而且还可以通过法院网站、媒体报道甚至私人途径等补充样本。最后,实证研究需要指出样本的局限性,从而让读者在对待实证研究结论时采取相应的审慎态度。

其三,实证研究的法学定位。

由于实证研究是利用社会学、经济学等其他学科工具来研究法律问题,故有些学者对于法学实证研究到底是不是法学研究产生了疑问。这个问题在国外同样存在。比如,美国哈佛法学院的 Jackson 和 Roe 两位教授在研究证券的公共执行机制时,利用监管者的经费和雇员数量作为指标,衡量各国证券监管者的执行力度。他们的阶段性研究成果运用的数学方法是比较简单的百分比统计,相较而言法律的成分更大,发表在了法学期刊上(Howell E. Jackson, *Variation in the Intensity of Financial Regulation: Preliminary Evidence and Potential Implications*, 24 (2) *Yale Journal on Regulation* 253 (2007))。但他们更为深入的研究成果运用了非常复杂的回归分析,结果最终发表在计量经济学期刊上(Howell E. Jackson & Mark J. Roe, *Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resources-Based Evidence*, 93 *Journal of Financial Economics* 207 (2009))。

因此,法学实证研究到底是否属于法学研究实际上是一个程度问题,本无太大的讨论必要,但可能导致比较现实的问题,即文章的发表载体。如果无法在法学期刊上发表,恐怕会对进行法学实证研究的学者带来不利影响。为了促进我国法学实证研究的发展,我国的法学期刊应当解放思想,积极接受有别于传统法教义学的法学实证研究。



## 作为民法学方法的案例研究进路

周江洪(浙江大学光华法学院教授)

依笔者的观察,目前国内的案例研究方式,可依不同的标准予以划分。若按照案例研究的目的予以划分,可以分为教学型、解析型案例研究、论文式案例研究和先例规范抽取式案例研究。若按照案例研究处理对象的不同,则可以分为个案研究和综合案例研究两大类。上述两种不同标准分类下的案例研究方法,完全有可能相互交叉。例如,在对某一案例进行先例规范抽取式研究时,虽然表面上看起来属于个案研究,但通常也会涉及对以往相关案例实践的整理,以确定所评述案件在案例实践中的定位。意识到判例研究的综合性及个案在判例整体中的定位,是判例研究必不可少的前提之一,而且,就同一案件也可能存在立足于不同案例研究方法的不同评述。下面就各种案例研究进路作一简单评述。

### (一) 解题式案例研究方法

教学型、解析型案例研究,又可被称为“解题式”的案例研究。此类研究方法,无论是用法律关系分析方法还是请求权基础分析法分析案例,最终都是通过对案件具体事实与法律规范意义限度之间的评价与推理,为当前待处理的案件或设例提供法律适用的具体方案,或判断法院已有判决是否符合法理。该研究方法多见于课堂教学、案例教程及主审法官的案件分析,例如《人民法院案例选》、《人民司法》、《人民法院报》上刊载的案例研讨以及各级法院编订的案例评析等。最近,也有不少学术杂志刊发权威学者对案件的详细分析。该研究方法与各种考试中的案例分析题类似,从严格意义上讲,并不是对案例的“研究”,而是通过案例分析来展现判决的思路、训练法律思维和法律解释的能力,属于如何适用法律的法律适用方法的研究,其解决的是“谁以什么为法律基础向谁请求什么”。

当然,解题式的案例分析训练,有助于提炼所评述案件的判决思路或发现已有判决理由的瑕疵所在,同时有助于基本法学素养的养成,而这些恰恰是开展案例研究的必备能力要求。在目前教学研究实践中,也已日益重视这一素养的训练。学生时代所接受的训练,通常就是一种法官与律师研读案情的思路训练。但无论如何,这一传统的解题式案例分析模式,在案例指导制度的大背景下,并不能担负起发现所评述案件“指导作用”和解决如何判断是否“类似”案件的功能,判例识别技术或区别技术有待进一步开拓。所谓区别或识别,实际上就是在司法过程中对不同情形下各种相关或类似的因素进行区分,以找出其中的差别,并在法律上区别对待,得出不同的结论。其实际上就是划界限,看可以将一个规则运用于多大的范围,看将规则的范围扩大或缩小到什么程度以适应新的情势。

### (二) 论文式案例研究方法

论文式的案例研究,因其研究目的及所援引案例在论文论证过程中的不同功能,会呈现出多元化的样态。既可能是对判决的政治、经济、社会背景或社会影响的研究,也可能是对裁判的心理过程的法社会学研究。既可能是以个案为中心阐述其学术观点的论文式案例研究,也可能只是以案例发挥辅助论证作用的论文式案例研究,不一而足。以“南京彭宇案”为例,王亚新教授在对案件的解释学思路作了详细考证后,结合案件的媒体事实和

判决事实,从法与道德、法与社会及裁判的社会效果等角度对该案作了详细的观察和分析(载《月旦民商法杂志》第24期)。该类研究,多将法院公开的判决作为社会问题或规范漏洞的缩影,对其加以分析并关注判决背后的“元素”,试图发现特定制度的漏洞所在,进而提出改进制度或改进社会的方案。但民法领域更多的论文式案例研究,则是将案例的案件事实及其结论作为引子、论据或者待批判的对象,围绕案件展开学说研讨及比较法分析,进而引出作者所关注的主题或提出作者所主张的学术观点。在这里,案例被当作问题意识来源或学术观点对待。其典型代表如王泽鉴先生的《民法学说与判例研究》。而近期的解释论民法论文,几乎无不援引相关案件以表明司法实践状况,即使是相对抽象的论文亦复如此。例如,常鹏翱教授在《法学研究》2012年第6期上发表的《债权与物权在规范体系中的关联》一文,虽然从整体上而言属于抽象的理论分析,但在行文过程中仍然援引最高人民法院民事判决书来说明债权行为与物权行为的区分问题。事实上,对案例的援引已成为民法学论文的常态之一,或作为问题意识来源,或作为分析佐证的材料,或作为批判的对象,或利用综合案例研究方法,对某一问题的案例状况作出整理,以表明司法实践中相关规范的运行状态。学术论文对于案例的大量征引,使得民法学的中国问题意识日渐加强,对于我国民法学的进步具有重要的意义。当然,作为引子或学术观点,其也不可避免地要通过解题式的案例分析来表明作者对所援引案件的法律适用结论,或支持、或反对,不一而足。解题式案例分析所注重的法律思维训练的重要性在这里也得以呈现。

作为问题意识来源的案例研究,其作用不可小觑。随着实务的深入发展,学说往往无法及时应对实务中出现的新问题,从而不得不追随实务的动向或案例的发展。这本身无可厚非。就如同无论如何杰出的立法者都无法涵盖所有可能发生的问题一样,学说上出现此前不曾预想到的问题也是在所难免。案例作为学术论文问题意识的来源,也就顺理成章。当然,为灵活有效地应对此种学说的“落后”,应当更加重视对各级法院新类型案例的研究甚至是综合案例研究,以使学说能够及时对判例理论的发展作出反映。

值得注意的是,就论文式案例研究,目前国内也出现了一种新的比较法研究进路。这种进路从各国的法学理论与法律实践出发,就我国发生的某一典型案例加以评析,以期寻求各国法律处理相同问题时的类似规则或差异,为我国的司法实务和将来的立法改进提供理论支持,或用以构建各国法制共同的“上位模式”(参见《华东政法大学学报》2012年第3期“第三人惊吓损害侵权责任的比较研究”专题;《华东政法大学学报》2013年第3期“第三人侵扰婚姻关系法律问题的比较研究”专题)。这一功能主义比较法理论模式下的案例研究,在我国仍处于探索阶段,但其对于案例研究方法的推进作用,值得肯定。

但是,无论是解题式的案例研究还是论文式的案例研究,因其对案例的“指导性”和“类似性”的解读不足,在当今案例指导制度模式下,难以为司法实践提供如何“参照”指导性案例的理论支撑。在这点上,先例规范抽取式的研究将会起到独特的作用。

### (三) 规范抽取式案例研究方法

先例规范抽取式的案例研究,其重点在于厘清判决思路的前提下,如何界定所评释案件的指导效力或参考范围(射程)。这一研究方法曾被认为是我国案例研究中始终缺位的方法。但随着案例指导制度的推进,先例规范抽取式的研究方法也日益得到我国学界重视。这一案例研究方法的导入,有助于扭转“学者中心主义”的解释论,从而进一步区分案例

研究中“发现的过程”和“正当化/批判的过程”，推动案例研究方法本身的多元化，进而有利于推进司法实务与学说的进一步互动。

即使并非判例法的国家，“同案同判”（其中也内含不同案件不同判决的要求）的平等诉求，亦迫使法官考虑有拘束力的先例或仅具说服力权威的先前判决。姑且不论指导性案例，即使是通常意义上的案件判决，因其司法权威性质或说服力权威性质，亦有必要考虑其可能的参考范围。原因在于，无论是法官还是学者，在案情讨论过程中，通常都会征引类似案件说明其主张，而反驳者通常都会提出所讨论案件与所征引案件在事实构成、规范构成等等方面的不同，案例的说服力权威性质一览无遗。而贯穿其中的正是案例识别技术和规范抽取技术。此时，如何断定所评析案件的参考效力范围或指导效力范围，即如何抽取先例规范，就显得十分必要。

关于先例规范的抽取方法，通常存在着通过对判旨文本的解读来抽取、按照案件事实与结论的对应关系来抽取、整合理解判例法总体的方法等抽取方法。通常认为只有主论才得以构成先例规范。不同的抽取方法，反映了不同学者如何对待判决中主论和旁论的界分问题。也就是说，存在着原创者与解读者、先例法官与后来法官之间的矛盾和紧张。长期以来，日本实践中存在着“事实抽取命题说”和“解释命题说”的学说论争。前者更加关注案件事实与结论之间的对应关系，通过甄别何谓重要事实，并依其事实与结论之间的对应关系归纳出相应的规范。这是判例法国家判例解释的惯常做法。依该方法，要构成一个先例规范，需要进行“要件 a + 要件 b + 事实 = 特定的法律效果”的规范抽取工作。在这一过程中，通过案情与结论的对应关系来解释“先例规范”的构成及其效力所及范围是常用的方法之一。而解释命题说则认为，仅依立足于事实关系的法律判断，并不能保证法令解释的安定性、统一性。构成先例规范的，应当是判例理由中阐明的法规范命题或解释命题，而不应是从事实关系中归纳出来的法命题。

笔者认为，我国作为成文法国家，且在社会主义法律体系业已形成的背景下，制定法已涵盖了社会生活的大部分领域，先例规范的抽取工作与判例法国家会有一些不同。原因在于，成文法国家的裁判，无论其判决理由如何，推理的方式通常都是成文法适用中不可回避的“涵摄技术”。因此，成文法国家判例的规范抽取，首先是制定法的解释适用问题，先例规范也因该解释适用而逐渐形成。因此，先例规范乃是由特定法规范的解释而来的抽象命题、特定案情与结论之间的对应关系共同构成。当然，在判断如此抽取而来的先例规范的指导效力范围或参考效力范围时，特定案情与结论之间的对应关系成为判断的重点。由于判决的个案性质，即使是特定法规范解释而来的抽象命题，在裁判过程中，也仅仅是立足于特定案件的具体事实关系所展开的解释论而已。

需指出的是，在先例规范抽取或指导效力范围界定过程中，目前实践中过于关注“裁判要点”或“裁判摘要”的解读方式，值得警惕。如前所述，即使是注重抽象命题的先例规范抽取方法，也并非无视特定案情与结论之间的对应关系。不仅如此，多数裁判摘要并无法看出解释论构成依据何在。更何况，在“裁判要点”的归纳上，由于其事性质，也可能存在归纳不准确之处。例如，在“成都市国土资源局武侯分局与招商（蛇口）成都房地产开发有限责任公司、成都港招实业开发有限责任公司、海南民丰科技实业开发总公司债权人代位权纠纷案”（《最高人民法院公报》2012年第6期）中，判决理由中的抽象命题

为“代物清偿作为清偿债务的方法之一，是以他种给付代替原定给付的清偿，以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件，在新债务未履行前，原债务并不消灭，当新债务履行后，原债务同时消灭”。不管其立论是否正确，但其明确表明的是代物清偿的“生效条件”。但《最高人民法院公报》刊载的“裁判摘要”则明显修改了上述判决理由，认为“债务人与次债务人约定以代物清偿方式清偿债务的，因代物清偿协议系实践性合同……”，阐述的是“协议”的成立条件，即以“实际履行”作为代物清偿协议的成立要件，与判决理由中所表述的代物清偿的生效条件存在明显不同。

基于上述讨论，在对案例作先例规范抽取时，通常可以遵循以下基本结构：（一）基本案情：该部分整理归纳案件的关键事实。（二）争点：该部分对当事人争议的焦点作出归纳。（三）裁判结果及裁判理由：该部分归纳、整理法院的判决结论及判决理由。（四）评析。其中，“评析”部分又可以细分为以下几个层次：1. 本案判决思路。2. 现行法律规定及学说，以链接相关法律规定、学说与所探讨案例之间的关系，进而明确所探讨案例中呈现的解释论命题及其定位问题。3. 所探讨案例公布前的案例状况，以明确所探讨案例在既往案例中的定位问题。4. 本案指导效力范围或参考效力的界定。结合前述解释论定位和既往案例的定位，根据案情与事实的对应关系，明确所抽取先例规范的适用范围。5. 本案判决遗留的问题。该部分主要点明所探讨案例尚未明确的法理以及所探讨案例在解释论上可能存在的问题的反思等。总体而言，这一案例研究方法表现为分析案情和判决理由本身，抽取案例本身的裁判要旨或规范，并将其与以往判决、现行学说、法规范等一一检验，进而检视所评述判例本身对今后相关案件的判决可能产生的影响。这一案例研究方法相对保守，属于“内敛式”的研究方法，但该研究思路较之目前流行的解题式案例研究方法，将更有利于加强学界和司法实务界的互动，也是案例指导制度中不可或缺的研究方式之一。

#### （四）综合性案例研究方法

综合性案例研究是把握特定规范在司法实践中运作状况或者是特定类型案件的司法处理全貌的重要方法之一，亦可以用以判断特定学说与司法实践的相关性等。该研究方法既可以用以考察特定权利生成的具体过程及诉讼法上的运作机制，也可以将案例作为历史素材进行体系化整理，并借助于法教义学的概念工具进行观察和描述，以达成体系化之结果或发现正在形成的判例法理。这其中最为重要的一类是类型化案例研究。类型化案例研究方法对于解释论的推进具有重要意义。从解释学而言，可能之语义范围乃是解释的界限。但在民法学上存在一些并不确定的表示价值判断的概念，如善良风俗、诚实信用等，类型化的案例研究方法可以发挥重要作用，归纳不同的案例类型并明确其概念涵义。不仅如此，利用类型化的案例研究方法，依同等情形同等对待的原则，也可以发现法律及其运作存在的漏洞，甚至可以通过类型化案例类型，通过越来越严密地区分身体伤害案件类型，在损害赔偿法上确立起一个精神损害赔偿额的量化表。类型化的案例综合研究，通过对案例的体系化整理，也可以在整理归纳某类案件中预测裁判的过程，为法规范的扩张或限缩解释提供一种新的解释论方案。此外，前述先例规范抽取方法中，因涉及既往案例的整理和定位问题，也不可避免地会涉及案例的类型化方法。

当然，在案例综合研究中，如何选择样本的问题值得思考。为保证样本的准确性、完整性，理论上应当尽可能地搜集所有的案例。各种案例数据库的存在，使得案例数据的收

集变得十分方便。而且，按照新近实施的《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》，除法律有特殊规定外，最高人民法院的生效裁判文书将全部上网公布。但庞大的案例数据往往会超出研究者的信息处理能力范围，可以通过时间界限、公布媒介的权威性及受众等判断其典型性的方法，适当缩小信息处理范围。

总而言之，案例研究因其研究目的不同，会呈现出不同的方法。但若从学说得以对案例实践产生影响的角度言，以法院认定的事实为前提的“理论”是否妥当是重要的着力点所在。原因在于，在界定案例射程的同时，所抽取的先例规范也有可能作为一般理论而影响以后的判决。当然，无论何种类型的案例研究，都需要研究者“具备相当的法学研究或学术上的准备”，要熟悉法律的理论构造、掌握法律解释的方法、能够熟练运用比较法的研究方法。因此，案例研究本身就是民法方法论的综合运用。

## 实效主义法学方法如何可能

柯华庆（中国政法大学法学院教授）

实效主义法学源于法律经济学中从实证到规范的思维方法，以皮尔斯的实效主义哲学为理论基础，基于法律效力的类型划分，提出全新的法律概念，系统建构社会变革时期中的立法方法和司法理论。

法律人对法律经济学可能存在误解，误解的根源在于将波斯纳的《法律的经济分析》作为法律经济学的范式。首先，必须区分科斯式法律经济学与波斯纳的法律的经济分析。科斯1960年发表的《社会成本问题》是法律经济学的奠基之作。在1997年芝加哥法学院召开的圆桌会议上，科斯当着波斯纳的面明确指出他所关注的法律经济学并非波斯纳的“法律的经济分析”。科斯认为法律与经济学（Law and Economics）分为两个部分，而且“这两部分日趋分离”。“一部分就是波斯纳做出最大贡献的法律的经济分析，运用经济学来分析法律。这部分包括运用经济学的方法和概念来探讨法律人使用的原则和法律系统的运行。这一部分已经高度发展，不再那么令人激动”，科斯表示，“经济学家，至少是我对于法律的经济分析不感兴趣”。科斯感兴趣的是另一部分，“法律系统的运行对经济系统运行的影响。不同的法律制度会有什么不同？如果法律发生改变，经济系统会有什么不同？这种类型或者那种类型的规制会有什么不同？不同的国家在不同的时代采取不同的法律制度会有什么不同？或者同一个国家采用不同的法律制度又将怎样？法律制度对交易成本产生影响，到底是使交易更加容易还是更加困难，等等”。也就是说，科斯式法律经济学关注经济体系与法律体系的相互关系，法律变迁对经济体系的影响，关注的是法律的后果，而不仅仅是用经济学方法解释法律。

其次，关于科斯定理的价值。波斯纳接受的是新古典经济学，科斯定理在波斯纳的法律经济分析中处于核心地位。然而对于科斯来说，科斯定理的意义只不过是动摇了庇古体系和通向分析具有正交易成本的现实世界的起点。科斯定理是波斯纳的法律经济分析的参照系，却仅仅是科斯法律经济学的出发点。也就是说，波斯纳所追求的目标是无交易成本的世界，而科斯所追求的仅仅是解决现实世界中存在的交易成本问题，但目标不是无交易

成本的世界，在科斯看来无交易成本的世界根本不存在。

第三，关于法律的目标。许多人以为法律经济学将效率作为法律唯一的目标，其实不然。无交易成本科斯定理揭示，在交易成本为零时，法律所做的不同权利配置仅仅与分配有关，与效率无关。这正是传统法学所强调的。有交易成本的科斯定理揭示，在正交易成本情况下，法律所做的不同权利配置与效率有关。现实世界中总是存在交易成本，所以适用于现实世界的是有交易成本的科斯定理。那么现实世界中法律配置权利是否就与分配没有关系呢？否。有交易成本的科斯定理并没有改变法律的分配功能，也就是说，在正交易成本情况下，法律不仅仅与分配有关，也与效率有关。如果将分配问题看作公平或者正义问题，那么对于科斯来说，就有一个对于效率和公平的权衡问题。科斯在《社会成本问题》中明确指出，法律所追求的目标是“总的效果”，而“总的效果”属于福利经济学，“福利经济学的问题最终必然归结为美学和伦理学问题”。既然法律目标涉及伦理，公平观念就是必不可少的。美国主流法律经济学家，如萨维尔、普林斯基、库特，都认为市场经济的法律应该以效率为目标，但同时指出市场经济所产生的不公平可以通过税法和财政中的转移支付法来调节。所以不同法律的目标是不同的。波斯纳将所有法律的目标都定为财富最大化是很难被绝大多数法律人所接受的。

第四，法律经济学的法学意义。波斯纳的法律经济分析仅仅将新古典经济学方法应用到法律分析中，以财富最大化为唯一目标，偏离了科斯的法律经济学。法律经济学所关心的是不同法律制度或者法律规则产生不同的经济后果。应该根据法律目标来选择相应的法律制度或者规则，法律目标的可实现性是核心问题，而法律的目标本身并不一定是效率或者财富最大化。法律经济学关注法律应该实现的目标与不同法律规则的后果的关系，是一种工具理性。这样看来，法律经济学包含三个部分：实证法律经济学、规范法律经济学和实效法律经济学。如果说实证法律经济学只是用经济学方法来分析法律制度，规范法律经济学是对法律目标的研究，类似于福利经济学，那么实效法律经济学是将实证与规范结合起来，试图通过实证方法实现法律规范价值，法律规则是否实现法律目标的实际效果成为最重要的问题。

法律的实际效果关涉法律的效力问题。法律效力是法律对主体的约束力。德国法学家魏德士将法的效力分为三类：（1）法律效力（应然效力）：法应当有效，因为法是由国家制定并由国家实施。（2）现实效力（实然效力）：如果法得到真正地遵守，那么它就存在。（3）道德效力（认可效力或确信效力/接受）：它表明了遵守法律的道德基础。如果法律规范是出于法律确信而被人们自愿遵守，那么它就具有道德效力。依据该分类，可以将当前的主要法学流派分为自然法学派、实证法学派和实效法学派。自然法学派关注法律的道德效力，违背人类良知的法律不能称之为法律，即“恶法非法”。实证法学派关注法律的应然效力，只要是经过正当的程序制定出来的行为规范即可称之为法律，“恶法亦法”。实效法学派关注法律的实然效力，在社会中真正有效运行的法律才是法律。

如果对法律制度的评判不以其善良动机而以结果来评判，实效法学派就更为重要。实际上，法律应然效力和法律道德效力不过是围绕法律实然效力的手段。应然效力中重要的是法律由国家强制力实施，强制力实施有助于实然效力，然而，国家制定的法律规范如果违反了人们的基本道德观，即使有强制力实施也不会保证法律被人们所接受。普遍不为人

们所接受的法律规范徒有规范之名，所以自然法学派强调法律应该符合人们普遍的正义观念。法律所规制的是人们的行为，行为确实有道德基础，但更多是具有道德观念的人的利益决策。法律的强制力应该基于激励、协调和威慑法律关系中的主体的利益而实现。历史法学派通过赋予法律“民族共同意识”的内涵，使其获得了特定的人性和时空性。除了历史法学派，实效法学派中还有社会法学派、现实主义法学、实用主义法学、工具主义法学等。大多数实效法学派仅仅是描述性的，不关注法律的应然效力和道德效力。

实效主义法学属于实效法学派，它试图通过立法的科学性来解决法的应然效力与实然效力的统一问题。提倡注重法律现实效力的实效主义法学在当今中国具有特殊的意义。我国的法律制度正面临越来越严重的“实效性危机”，潜规则遍地横行、正式的法律规定犹如一纸空文，司法机关的权威性日益下降、民众对于能从法院“讨个说法”没有信心。问题是，这种实效主义法学如何可能？

实效主义法学的哲学基础是实效主义哲学。实效主义是皮尔斯提出来的。皮尔斯在《什么是实用主义》一文中用实效主义表达他的哲学与被滥用的实用主义的不同。皮尔斯最初用实用主义来定位他的哲学，因为“‘实用’表达了与人的特定目标的联系”，但是很多人将人的特定目标庸俗化，导致实用主义臭名昭著。所以皮尔斯采取新名字“实效主义”，并进一步指出，“这种崭新的理论的最为令人瞩目的特征，正在于它确认在理性认知和理性目的之间有着不可分割的联系”。实效主义恰当地表达了皮尔斯的哲学精神：理性目标和理性认知之间的统一性。法律经济学和法律博弈论关注怎么通过工具实现法律的价值目标，即在于工具性与实效性上。庞德曾经提出法律是社会控制的工具，但社会控制的实际效果依赖于对现实中人的行为的实证研究，法律经济学和法律博弈论为此提供了有力的智力支持，可以说在法律经济学和法律博弈论之后，法律才可能作为有效社会控制的工具，实用主义法学和工具主义法学才突破了思想的大体方向，进入实效主义法学的新阶段。

法律经济学预测人们如何对法律的变化作出反应的前提，是将法律规则体系类比为市场价格体系。法律规则 and 市场价格都构成了行为人选择的约束条件，如果法律规则体系构成了不同行为的“隐性价格体系”，那么法律规则约束下的行为选择和市场价格下的行为选择就具有相同的机制。法律规则下人的行为就可以像实证经济学一样进行解释与预测，使法律的预期效果和实际效果实现统一。

法律博弈论进一步将法律规则所涉及的主体数量减少为两个（这是法律关系中主体的常态），由此使实效主义法学方法的操作性更强。法律博弈论的最大优势在于纳什均衡与一致性预测的等价性。纳什均衡是博弈论中的重要概念，是指策略行为中的一种策略组合，给定对手的策略，每个参与人选择自己的最优策略。法律是涉及多主体之间的关系的。在法律关系中，任何一方当事人的行动选择，既要受到自身因素的影响，也要受到其他当事人行为的影响，所以将法律规则下行为人之间的行为互动归结为策略行为是自然合理的。纳什均衡的一致预测性在于，如果所有博弈方都预测一个特定的博弈结果会出现，那么没有哪个博弈方有偏离这个预测结果的愿望，因此这个预测结果最终就真会成为博弈的结果。“一致”的意义在于各博弈方的实际行为选择与他们的预测一致。一致预测性在博弈分析中之所以重要，主要在于一个博弈方在博弈中所作预测的内容包括他自己的选择，因此博弈方有可能会利用预测改变自己的选择，而具有一致预测性质的博弈分析概念就能避免这样

的矛盾，从而是稳定的和自我实施、自我强制的，相应选择也才是真正可预测的。纳什均衡使得预期效果与实际效果一致成为可能。立法目标与法律规则实施后的结果要一致，必须使参与博弈的各方达到纳什均衡。否则，立法就仅仅是正式或官方规则，而实际有效的是潜规则。任何有限博弈都至少有一个纳什均衡，纳什均衡的普遍性使得法律博弈论的应用范围广泛。当然，对纳什均衡应用的广泛性和有效性也不能过分夸大。纳什均衡分析仅仅保证有个体理性的人的博弈结果是唯一纯策略纳什均衡时的预测。现实中的博弈可能是下面三种情况之一：（1）有许多博弈不存在纯策略纳什均衡；（2）有些博弈是多重纳什均衡；（3）博弈方可能是集体理性或有限理性。此时纳什均衡分析就不是绝对有效的。目前，这些问题已有不同程度的解决，如实验经济学和行为经济学的成果为寻找有限理性时的博弈均衡提供了支持，一些新的均衡概念如帕累托上策均衡、风险上策均衡、聚点均衡和相关均衡等，为多重纳什均衡时的决策找到了方向。

总之，实效主义法学试图将法律的应然效力与实然效力统一起来，试图通过法律经济学和法律博弈论等实证科学方法来实现社会欲求，最终追求正当性法律目标的有效实现。

## 公司法的法律经济学进路：正当性及其限度

罗培新（华东政法大学教授）

社会科学学术史的经验证明，影响一个学派的际遇和发展的重要因素之一是其质量本身，即它是不是一种强有力的分析和解释工具，能否据此有效地积累和传承智识。近年来，以法律经济学视角分析公司法问题逐渐成为一种趋势。这与法律经济学内在的品格息息相关。

通常认为，现代意义上的法律经济学诞生于20世纪50、60年代，其标志性事件为1958年芝加哥大学法学院创办《法律经济学杂志》和1960年科斯发表《社会成本问题》。后者通过对外部性问题独辟蹊径的分析，创设了著名的“科斯定理”，为运用经济学的理论与方法研究法律问题奠定了基础。20世纪70年代以后，法律经济学进入蓬勃发展时期，代表人物与研究成果大量涌现，最著名的就是理查德·A·波斯纳及其《法律的经济分析》。波斯纳借助经济学分析范式，通过著述、讲座对美国法律的各个具体领域进行了深入而细致的分析，构建了一个比较完整的法经济学理论体系，其影响不言而喻。1981年，美国前总统里根任命了波斯纳、博克、温特等有着经济学思维倾向的法学家为联邦上诉法院法官，并通过12291号总统令，要求所有新制定的政府规章必须符合“成本—收益”分析的效率标准；要成为美国各级法院的法官，也必须事先通过法律经济学课程的培训和考试。这无疑标志着法律经济学在法律实践中获得了巨大的成功，得到了广泛的认同。在此过程中，法律经济学还把研究的触角伸展到了宪政、刑事、民事、婚姻家庭、政府管制、程序规范等几乎无所不包的领域。可以说，在法律的意义上，所谓的“经济学帝国主义”，其实就是“法律经济学方法论上的帝国主义”。

然而，社会科学学术史表明，从来都没有无懈可击的理论。20世纪70年代末80年代初，在法律经济学试图以自己独有的效率分析方法来解构所有的法学领域时，受到了施密德等经济学家和德沃金、弗莱德等法学家不同角度的猛烈批判。这些批评和责难的要义在



于：法律制度是一个价值多维的制度体系，法律经济学意义上的“效率”是否完全等同于法律意义上的公平与正义？在婚姻家庭等注重情感治理的法律场域以及在关乎人之生死的刑事法律场域，我们还能够以效率作为正义的实现标准吗？

上述批判一针见血地指出了法律经济学的局限性：在衡量法律规则的正当性时，并非总是能够以促进社会财富的最大化为标准。然而，公司法调整的是被抽象为一个个理性的经济人在公司运作中发生的经济关系，盈利是各个微观主体的趋同性目标，尊重情感、伦理等在其他法律场域中可能要考虑的多维目标，在公司法中则无须顾及。就此而论，法律经济学分析方法的效率导向与公司法的财富和效率最大化目标堪称完美的契合。

也正因为如此，在公司法领域，法律经济学的研究范式具有顽强的生命力。作为法学家和经济学家之间成功合作的典范，20世纪30年代伯利（Berle）和米恩斯（G. Means）共同撰写的经典著作《现代公司与私有财产》甫一问世，就引起世人瞩目。从此以后，有关公司治理的法律经济学交叉研究开始蓬勃地开展起来。1937年科斯《企业的性质》一文发表，给法学学者的研究带来了一股清新的风气。受科斯影响，美国第七巡回区上诉法院大法官伊思特布鲁克和芝加哥大学法学院费希尔教授率先对公司法和证券法展开较为全面而深入的经济分析。作为“科斯传统”的继受者，他们像科斯一样，以合同或契约为切入点，以交易成本的节约为主要思想线索，对公司合同、有限责任、投票权、信义原则、商业判断规则与股东派生诉讼、公司控制权交易、估价救济、公司合并与反接管条例、闭锁公司、内幕信息交易、强制性信息披露、最优损害赔偿等问题都作了新古典主义经济学的分析和契约化解释，试图发现公司法条文背后的效率含义。这一研究进路为一度彷徨且沉闷的公司法研究重新注入了生机与活力。

伊思特布鲁克和费希尔在著述中设问：什么是公司？公司法的性质究竟是什么？是强制性还是任意性的？还是二者兼而有之？为什么存在公司法？是公司参与方的合约创造了公司，还是公司法创造了公司？闭锁性公司和公众公司的公司法规则应否保持结构性一致？在雇员、高管、董事、债权人和股东等多元利益群体中，应当由谁拥有投票权？能否在章程中议定合约条款，进而排除公司法的适用？公司法条文是否可以由当事人自由地加以选择？对于这些问题，伊思特布鲁克和费希尔并没有拘泥于概念法学和规范分析的研究程式，而是以法与经济学的交叉理论视角去探究隐藏在公司法背后的经济逻辑。

这些研究进路与传统的规范分析迥然相异，为公司法学研究带来了一种“计算”的可能。以投票权这一基础性制度安排为例，我国早期的教义告诉我们，职工是企业的主人翁，现在仍未废止的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第9条规定：“国家保障职工的主人翁地位”。然而，随着国有企业改制的深入开展，许多企业职工纷纷下岗，这对“职工是企业的主人翁”的法律规定带来了严峻的挑战。如果说这条法律规定是泛意识形态的法条，那么在法律的意义之上，企业的“主人翁”究竟应当是谁？换句话说，公司的投票权应当如何配置？

这一问题之所以至关重要，是因为投票权在公司治理中发挥着基础性作用，弥补着公司法规则之于具体公司治理的种种不足。在法律经济学的分析框架内，公司法是规范公司设立与运作的标准合同形式。立法者将公司设立及运作实践中遇到的问题及其解决途径，以法律的形式转化成公共产品，向公司参与者提供，便形成了公司法规则。这些规则能够

满足绝大多数公司参与方的需求,从而有效地降低了协商成本,使他们能够将谈判焦点集中于特定事项。但面对纷繁复杂的公司实践,规则本身的不周延使公司法规则难免挂一漏万,公司的特殊事项必须留待公司各参与方自行议定。

投票机制正发挥着此项功能。投票权意味着权利人有权对公司法未予明确规定的事项作出决议。在法律经济学的语境下,作为“一系列合约的连结”的公司,有着股东、经营管理人员、雇员、债权人、原材料供应商、客户等多个参与方,他们存在着明显的利益异质性。如果把公司的表决权配置给他们每个人,将存在极大的“集体行动成本”。该成本是指不同的决策主体在利益上存在异质性而产生的额外成本。举例而言,在一个八层楼高的大楼里,修理电梯的决定给住在一层的人们带来的益处,远不及给住在八层的人们带来的益处大。所以,因为楼层的不同,对于要不要多付加班工资以加快电梯维修进度,各方会持不同意见。这种不同的见解,常常拉长决策的过程,增加决策成本,甚至会使电梯的维持无法进行下去,最终降低了参与方的总体福利。这种对效率的损害,就表现为“集体行动的成本”。

在这些多元利益群体中,将投票权配置给股东的原因在于,股东是公司财产的剩余索取人。在公司的诸多利益相关人中,债权人拥有固定的利息收入,经理及雇员已就薪酬计划与公司有过协商安排,无论他们如何努力以作出正确的投票,都无法获得超额的回报。因而这些对公司收入拥有固定索取权的人缺乏适当的投票激励。而对于股东而言,无论公司经营情况如何,都必须一体承受,他们永远站在最后一线与公司兴衰与共。作为剩余索取人,股东拥有最适当的激励去作出理性的投票。在美国各州,关于股东投票的绝大多数基础性规则都保持着一致:所有的普通股都拥有表决权,所有的投票都拥有相同的权重;除股东外,其他公司参与方都没有表决权,除非合同中另有明确约定。

在实践中出现的另一问题是,如果股东不想行使投票权,能否将其出卖以获得利益?就纯粹的私权交易而言,股东投票权买卖似乎并无违法之处。有学者即认为,如果投资者不能或不愿行使他们的表决权,应当允许他们将其出卖。然而,在法律经济学的分析框架内,投票权与剩余索取权必须相配比,也就是说,如果每股所拥有的剩余索取权相同,则其所附着的投票权权重也应相同。如果投票者的表决权与其剩余索取权不成比例,则他们无法获得自己努力所带来的等同于其表决权比例的利益份额,也无须按其表决权比例承担可能造成的损失。这样,利益和风险机制的匮乏使得他们不可能作出最优的决策。或者更为糟糕的是,如果一方股东拥有相对于其持股比例而言过高的投票权,还会诱发损害其他股东利益的关联交易等道德风险。因而,买卖股东的投票权应为法所不许。

此种分析路径显然与传统的规范分析差异极大。在评价法律经济学对于公司法研究的贡献时,不妨借用弗里德曼的一句话:“从一个共同的目的出发,法律经济学提供了一种评价法律规则的确定的方法”(《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,引言,第2页)。在商法特别是公司法领域,这个“共同的目的”就是公司参与方福利或效率的最大化,而这种确定的方法,就是计算各方的福利。

然而,以公司参与方福利或效率最大化为目标,却也会面临“计算”方面的难题。“活熊取胆”的福建归真堂药业股份有限公司(下称“归真堂”)谋求上市所面临的争议,淋漓尽致地体现了这一点。2012年2月,国内动物保护组织致信证监会反对“归真堂”上市,

迅速引发公众关注。美国《纽约时报》等西方媒体纷纷报道，指责“活熊取胆”行为，呼吁中国将其取缔。与此同时，国内媒体也纷纷报道此事，指责“归真堂”虐待动物，主张采用人工合成产品代替天然熊胆汁制品。

“归真堂”应否上市？有观点认为，单纯从上市资格角度看，只要公司的主营业绩不存在欺诈行为，历史业绩能够证明公司具有可持续经营能力，符合上市条件，就应允许其上市。在上市公司充分披露的前提下，投资者必须承担上市公司的经营风险。证监会对上市文件的审查并不涉及伦理层面。只要是合法存在的公司，都有可能获批上市。如果投资者厌恶“活熊取胆”的盈利模式，自然会拒绝购买该公司的股票，“归真堂”最终也将发行失败。

然而，历史多次证明，只要能够盈利，投资者从来不会因道德方面的可责难性而放弃对公司的投资，国外的烟草公司或军火公司屡受资金追捧即为适例。倚赖市场机制并不可靠。因而，法律经济学论者试图抛开市场机制，转而运用福利效用之“计算”来为证监会拒绝“归真堂”上市寻求正当性。该观点认为，熊胆制品虽具有清热解毒、平肝利胆等一定的医疗功能，却并不能治疗癌症等绝症，不具有药理上的不可替代性，而其保健功能亦非人类所不可或缺。相反，“活熊取胆”已经违背了大多数人的内心感受，伤害了人类对动物的基本情感，引发了国际舆论对于中国企业道德水平的质疑和担忧，影响了中国企业的国际形象，因而违背了我国公司法第5条关于公司“必须承担社会责任”的规定。鉴此，“活熊取胆”减损了社会总福利，应予禁止，该公司也不应上市。

然而，以上判断所面临的责难在于，任何公司行为甚至是任何交易行为，都不可避免地带有外部性。在计算这些行为的福利效应时，应当在多大程度、多大范围内考虑这些外部性，从而决定该行为是否具有正当性，颇难计量。如果处理不当，极易破坏交易的相对性，影响各方预期，最终伤害法律的安定性。也正因为如此，尽管公司法将“遵守商业道德”明确为公司义务，“公司缺德”现象仍层出不穷。对于公司的悖德行为，裁判者向来缺乏“以德入法”的意识和技术准备，而法律经济学方法对此提供的支持也嫌不足。

尽管法律经济学方法运用于公司法研究仍然存在诸多缺陷，但正如波斯纳所言，至少“在一个目的共同的场合，将一个法律的问题转化为一个社会科学的问题，可以使法律问题变得确定起来，并因此可以推进有效的边沁式工程，即把法律建立在一种更为科学的基础上”（《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第485页），对于存在着简洁明快地解决纠纷需求的商事裁判领域而言，此点尤为重要。