

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。

民法实证研究方法与民法教义学

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