

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。