



第二卷
2007年春

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

苏力 主编

心理学对法律研究的介入 戴昕

走向什么司法模型?

——“宋鱼水经验”的理论分析 刘星

人民陪审员制度的多面向解释 胡凌

明清日用类书中的法律知识变迁 尤陈俊

明清以来的中表婚及其禁止 张丽丽

水木清华BBS纠纷解决机制的变迁 罗玲

水木社区BBS的纠纷解决机制

——“3·16”事件之后 李睿



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

苏力 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律和社会科学. 第二卷/苏力主编. —北京:法律出版社, 2007. 1

ISBN 978-7-5036-6977-4

I. 法… II. 苏… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第157306号

© 法律出版社·中国

法律和社会科学(第二卷)

苏力主编

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 于佳

开本 787×960毫米 1/16

版本 2007年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 16.75 字数 202千

印次 2007年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6977-4

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第二卷

VOLUME 2

主办单位：北京大学比较法和法律社会学研究所
北京大学法律经济学研究中心

主 编：苏 力

编辑委员会：

成 凡	厦门大学法学院
邓 峰	北京大学法学院
贺 欣	香港城市大学法学院
侯 猛	北京大学社会学系
凌 斌	北京大学法学院
刘思达	芝加哥大学社会学系
强世功	北京大学法学院
谢鸿飞	中国社会科学院法学研究所
赵晓力	清华大学法学院
张芝梅	中国社会科学杂志社

执行编辑：侯 猛

本卷各篇文章中的观点均属于作者个人，并不必然反映主办单位或其他机构、个人的观点。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先获得主办单位和法律出版社的书面许可。

社会转型中的中国学术传统

(序)

苏 力

过去的 25 年里,放眼看来,实际是过去的一个多世纪以来,中国已经发生了一些根本性的变化,并且这些变化如今变得越来越明显。如果从历史上看,当代中国的变化可能是中国自春秋战国之后最大的变化,这也就是李鸿章在 130 年前所说的,是“数千年来所未见之大变局”。也许李鸿章当年说这话的时候人们会感到有点夸张,但历史变迁证明了他的眼光。

在这个巨变中,一个重大的变化就是中国学术的变迁。传统中国社会并非一个“停滞的帝国”,但基本上是一个农业社会,社会、政治、经济发展都很缓慢,社会结构则没有什么根本性的变化,甚至看不出有什么变化的可能。在这样的社会中,“三年无改父道”是正常的。处于巨变的春秋战国时代的中国思想家们提出了各种主张,在经历了数百年的各类政治实践之后,到了汉武帝时期,才终于形成了表面“独尊儒术”、其实儒法并用的学术和文化传统。

中国传统的学术(文史哲)可以说基本都是没有越出这种社会背景和学术传统,也大致适应了当

时社会的需要。例如,看似学术的忠孝,从其社会功能来看,是传统“封建”制度的意识形态,是当时制度的一个构成部分,前者更多是作为政治的社会控制机制,后者主要是民间的社会控制之一,间接地也有政治治理的功能,维系了社会的正常运转。由于当时社会的经济生产方式和社会组织方式基本不变,因此,也必然形成一种“天不变道亦不变”的学术传统。在这种社会制度下,不能说不可能产生近代意义上的那种社会科学的传统,至少很难兼容,因为社会需要不大,至少形成不了规模性的消费。这种情况其实在欧洲中世纪也如此,只不过当时的学术主流是经院哲学,是对圣经和其他经典文本的注释和阐释。

但是,在中国,到了19世纪末20世纪初,这种状况已经开始发生变化。社会的变化引发了学术传统的变化,最典型的是西学的引入,其中最突出的是社会科学的引入。作为经验研究的社会科学传统,应当说,主要是在市场经济社会中,在社会变迁中产生和发展起来的,其特点是试图发现社会运作的因果律,目的是预见、控制和改造社会,是知识的发现,而不再是对经典的解释。无怪乎,经济学、社会学、政治学等都是在这时期进入中国的。

由此带来了中国学术传统的变迁,也带来了学术传统的某种程度的冲突,特别是对那些介于其间又同时理解这两个传统的一些学者。如果说当年的王国维说“可爱者不可信,可信者不可爱”,第一次流露出了传统知识分子在中国现代学术变迁中的困惑,那么到了五四运动之后,这种变化就格外明显。“不读中国书”至少在一部分知识分子中成为一种口号。这些口号是激进的,尽管之后长期是作政治性解说的,但在这背后,应当承认,也确实反映出许多接触了新学或西学的中国学人已经感到传统学术不足以适应现代中国社会变迁的需要了。在这一层面上,这个激进的文化口号反映了两种知识类型的冲突,而这冲突又转而反映了这个社会需求的知识类型已经发生了根本变化,尽管当时的大多数学人更熟悉传统中国的文化。在这个意义上看,五四运动之后的文化激进主义其实不是个别激进者的产物,而是反映了社会变迁对知识的需求改变。

其实,这种冲突在一些政治领导人那里也反映出来了。最突出的可能是毛泽东。例如,毛泽东个人非常喜欢旧体诗词,但他一生都不提倡旧体诗,仅仅视为一种私人喜好。但我认为更重要的是,也许是毛泽东看到了这一知识类型变迁的必然性和必要性。这一点其实在“左”的“文革”中也能看到。例如,他的关于大学的一段很受重视但也被忽视的讲话是,“大学还是要办的,……主要是理工科大学”。这个说法很有意思。人们可以批评毛泽东,说他重理轻文;同毛泽东的“文革”做法联系起来,也可以理解为一种统一政治意识形态的努力。这是一种政治的理解,但并非不能从文化或学术传统上理解。一旦放在中国的社会变迁中来理解,并结合毛泽东自己对传统文化的熟知和喜好,我想,毛泽东完全有可能认为只有那些强调经验因果律的知识类型才是中国社会变迁、转型和发展最需要的。而这种知识最典型的是理工科的知识。事实上,毛泽东发动的“文化大革命”,最受冲击的知识分子主要是人文知识分子,就总体说来,理工知识分子受到的冲击远没有人文社科知识分子受到的那么大。

不管毛泽东的意图究竟如何,他的这种努力都不是成功的。毛泽东去世之后,知识分子的春天来了;但就1970年代末、1980年代初而言,甚至一直持续到1980年代中后期,至少从社会关注程度上看,那个春天似乎更多是尽管不仅仅是人文知识分子的春天。70年代末80年代初,文学的滥觞是一个明证,文科大学生普遍看重文史哲专业,以及1980年代中、后期的中国化的“文化热”则是另外一些明证。

这个春天没有持久,而且很可能是中国传统学术的最后一个春天了。到了1980年代中期,就业市场就开始影响一代大学生的高考专业选择,文史哲专业的热潮开始降落(尽管这一时期开始了“文化热”的讨论,但主要参加者还是先前的——尽管已经变迁了的——学术传统中的人)。就整体而言,这个知识类型的彻底转变发生在1990年代初期。最突出的象征就是有关人文精神之失落的讨论,这一讨论又主要集中在人文知识分子之中。这一次可以说是中国学界作为一个群体的人文知识分子,真正感到了社会变迁给传统的学术传统带来的威胁。

狼真的来了。

如果从近代来看,可能没有哪一个时期的作家和诗人、历史学家和哲学家,像如今1990年代中期以来这么在社会中被边缘化。1920~40年代的文人何等风光,无论是鲁迅、胡适、郭沫若,还是丁玲、巴金、胡风;其中许多人被当作了知识分子的楷模。相比之下,当时的社会科学知识分子则比较边缘化。建国后,在毛泽东时代,尽管在运动中受到冲击,实际上作家和学者的学术和社会地位都是很高的,颇受社会尊重。换一个角度看,即使是受到全社会批判,也表明或者是因为这种知识在社会中占据了重要位置,令人瞩目。这种尊重甚至延及今天被划出知识界而称之为演艺界或娱乐圈的人士,例如许多著名演员。即使在“文革”期间,这种格局也没有变化——当时的文学青年众多;“文革”后恢复高考最先几届学生中,考分最高的文科学生大都进入了文史哲系。这种格局,可能受到当时许多因素的影响,但表明即使在“文革”之后,民众还是认为文史哲是社会中有前途的职业,因此具有相当大的市场召唤力。

自1990年代中期以来,作家和传统的人文学者的社会地位明显下降。(可能余秋雨除外,但在多大程度上那是因为他的学术,还是因为他的其他社会活动,至少是一个疑问。)而且新一代人文知识分子的研究也发生了某些变化,其著作或多或少地受到社会科学的影响。但是,印证作家和传统人文学者的社会地位和影响力下降的最重要参照系,是1990年代以来中国的社会科学研究的影响力上升,以及社会科学学者的影响力和社会地位的上升。比较一下1980年代之前中国最有影响的广义的文科知识分子和1990年代之后的文科知识分子的变化,就可以看出这一点。1980年之前,中国社会中有影响的都是广义的人文学者,而如今基本上是社会科学家。从翻译也可以看出,1980年代之前,中国的广义的文科翻译基本以人文著作和文学作品为主,而1990年代之后基本以社会科学为主。

不能将这一变迁仅仅看成是学术流变,是三十年河东,四十年河西的风水轮回。我们必须清醒地看到,这一转变与中国社会的转变无法

分开,是社会需求带来了这一变化。也许我们可以说社会需求不理性,但是这么长时期的不理性,在我看来是不可能的。

而且更细致地看一看,即使在社会科学内部也发生了一些学科之外的人看不出来的变化。例如在经济学中,经济史研究就明显衰落了,政治经济学也相对衰落了;更为技术化、更为实证、更为经验的微观和宏观经济学发展起来了,还有更为实际的经济政策和产业政策研究都发展起来了。法学和政治学的研究也都减少了宏大话语,学术史的关注降低了,学者们更多开始关心许多技术性或制度的细节问题,民主自由问题的讨论都开始有了更为具体的语境。这些问题固然有学术研究增加的原因,但我认为更主要是因为中国社会本身提出了这样的问题,学者们都或多或少遇到了这些问题,因此导致了这些社会科学学科的内部演变,尽管一般学科之外的人还无法感受到这些。社会学、人类学、国际政治的研究也都有类似的变化。

甚至一些原先研究文史哲的学者也都或多或少转向或借助了社会科学的研究成果,或开始谈论社会科学的问题。作为总体的中国学术正发生着一种知识类型的根本转变,不仅是从基本格局上看,而且在学科内部。

引发这些变化的最根本原因,是社会对社会科学的知识的需求大大增加了。首先是因为社会的根本性变化,人们依赖传统的人文知识无法有效应对生活中的问题,而且这些问题大都已经不再可能仅仅依靠个人的修身养性或文史哲知识来处理,传统的人文知识在社会理实而前变得如此无力。其次是因为社会的急剧变化,那种“天不变道亦不变”的知识品质已经有点跟不上趟,“与时俱进”的问题就出来了。第三是社会分工日益细化,那种笼而统之的知识传统无法适应专业人士的需要,对实证的经验性的知识需求更多了。第四,由于社会分工和分层导致的价值多元和共识破碎,人们也需要更多的为自己行为提供正当化的话语系统,而传统大一统的人文学科知识很难为这些社会利益群体提供足够的话语和意识形态正当性。这些都引发了社会科学的发展,也引发了传统人文科学相对于社会科学的无力和疲软。

因此,我认为,中国社会的文科目前处在一个自先秦以来最大的转变。这一转变的基本动力是中国社会的发展,引起了社会需求的变化,因为学术最终还是受学术市场特别是社会需求影响的。

这种变迁对中国学界提出了重大挑战。首先,必须更大力度地促进社会科学的发展,这毫无疑问。其次,人文学科也必须有适当的调整,不能仅仅重复传统,因为传统的文史哲其实都是有针对性的,往往是经世致用之学,无论是儒家还是法家、兵家,甚至道家、墨家,无论是先秦还是后世的学术。但因为某种“学术”的遮蔽,我们往往不理解这一点。必须强调这种转变也是可能的。但要注意的是,不能迎合时尚,用一些流行的术语来包装传统的人文研究,而必须有一个脱胎换骨的转变。第三,就是要实证,这一点传统的人文学科中有某些东西也可以学,但更要注意现代社会科学的研究方法,包括统计分析和博弈论。不能总是从宏观上讨论,提一个大概念,提出一些新词,必须要有验证,必须要将宏观与微观,理论与经验或“史”与“论”结合起来。这会是一个漫长的过程,会令我们许多人非常痛苦,感觉找不到自己的位置。但在我看来,这是社会发展的需要。

这不是否认学术对于学术个体的意义。我完全承认有这种意义。但是这种对于学术个体的意义其实最终还是要在社会中接受检验;学术兴衰并不是个人才华或追求所能决定的,只要看看神学在近代的衰落就可以看出。因为从总体来看,作为特定类型知识的学术,最终说来不可能完全独立于人类之需要,如果它能存活下来或发展起来,一定是因为它在某种程度上或某个层面上反映了人们的某种需要,对于人们有某种功用,所有的知识类型都只有在这个意义上并且相对于人才有价值。即使基督教神学也是如此。在这个意义上,仅仅对某个人有价值而无法为他人分享的东西只是一种维特根斯坦所说的私人语言,而私人语言不可能存在,或者说,说它存在还是不存在是一个没有意义的问题。

对于整个中国的学术发展来说,这种知识的转变和社会科学的兴起也才可能参与真正的世界性的学术竞争,因为这相对说来是具有更

大可比性的知识类型。而另一方面,这一点也是中国文明重新崛起的需要和必然。

正是在这一大背景下,我们编辑了《法律和社会科学》。我们希望以此来加入中国学术的历史转型,来更具体地推动法学研究在知识类型上的历史转型。我们将努力推动法学的经验研究和实证研究,推动法学与其他诸多社会科学的交叉学科研究,以及推动以中国问题为中心的研究。

路是漫长的;但,该上路了!

2004年6月6日初稿

2006年2月21日定稿于北京大学法学院

编者按语

《法律和社会科学》第二卷原本计划做“法律人类学”专号,以回应和总结 2006 年 5 月底召开的“法学与人类学的对话——法律和社会科学第二届研讨会”(北京大学法学院、北京大学中国社会与发展研究中心、中国农业大学社会学系、《中国社会科学》编辑部主办)。不过有多位学人建议等时机成熟再编辑独立成书,因此,这一卷推出并特意倡导的是另一类法律交叉学科研究——法学和心理学。

本卷第一篇就是以《心理学对法律研究的介入》为主题的学术评论。作者戴昕对 20 世纪心理学介入法学的主要流派——传统法律心理学和行为法律经济学进行梳理,包括各自研究的领域以及不同的影响效果。他认为,学者在运用交叉学科知识从事研究时的不同智识心态与追求,是引发研究效果差异的重要因素。传统法律心理学对法律研究产生影响的局限性,在很大程度上是因为其在研究中过于追求对实践的直接适用性。而行为法律经济学的心理学对法律研究的深刻影响,则是与其通过法律经济学实现交叉进路在理论追求上的一贯性密切相联的。还应当看到,行为法律经济学并

不是一个孤立地站在心理学和法学之间发生的学科交叉运动,还可以在行为经济学(心理学和经济学的交叉)的范式中加以检视,这在更大范围内展现出法律的社会科学研究图景。无论如何,这篇文章开了一个好头。我们期望有更多学人加入到法学和心理学的研究进程,当然,也包括行为法律经济学的中国研究。

第一卷曾刊登过多篇司法研究的文章,没想到引起了学界同仁的积极关注,大家还在清华大学法学院召开一次小型研讨会,专门讨论司法研究中的社会科学方法(会议述评参见《中国社会科学》2007年第2期)。我们欢迎这样的学术批评,也期待着更多学术批评的展开。本卷收入的两篇司法研究文章是以法律人——基层法院法官和人民陪审员为切入点的。刘星在《走向什么司法模型?——“宋鱼水经验”的理论分析》一文中,试图以被司法者的视角来理解先进法官人物宋鱼水的司法经验,以及颇有历史延续性的中国“主动贴近民众式的审判”。他认为被司法者的视角并不意味着要从中国一般民众——被司法者,以及潜在的被司法者——的种种意见中概括观念、意识,而是意味着需要深入提出一个经由“被司法者”体现出来的“社会需求”的概念。中国的被司法者是以“预期不断扩张”的“解决问题”这一心理期待,来作为进入司法的预设出发点的。那样一种“司法者亲密接触被司法者”的审判方式、针对民众期待的司法公正,中国法官群体尤其是基层法官群体的行动自觉,便是新的司法模型样本。另一篇论文是《人民陪审员制度的多面向解释》,作者胡凌认为在中国现有宪政和司法结构下,陪审员制度实际上是各种特别陪审员在起作用,这也在效用上确立了司法独立审判和专业化的正当性。但是由于“陪而不审”的现象持续存在,因此需要在更大视野下进行制度观察和改造。虽然这篇文章试图通过三种独立的解说——政治哲学和法律社会学相结合的正当性探讨、经济学模型下的成本—收益分析、规范法学视野下的结构—功能分析——来形成对人民陪审员制度的一个解释框架,并讨论了“司法民主”原则,但论证还显得不够深刻。正如作者本人在文中所流露出来的,这篇文章的意义在于“终结”已有的研究。他其实是希望,以后能

出现更多具体嵌入诉讼程序中的经验研究的。

明清时期的社会法律问题一直受到学人的关注。第一卷曾刊登过赵旭东对明清以来诉讼模式进行再解释的法律人类学文章,这一卷两篇论文也属于明清法律史主题,但更注意运用了法律社会学方法来分析问题。在《明清日用类书中的法律知识变迁》一文中,作者尤陈俊以明清日用类书中的法律知识为分析文本,为读者展现了法律知识的文字空间和社会空间之间的微妙勾连:法律知识文字空间的萎缩,有时可能是其社会空间渐行狭窄的影响(如律学内容),而这种社会空间的缩小,更多的是来自权力/话语的压制(如讼学知识的遭遇);有时也可能反映了其社会空间之广(如关禁契约的撰写后来逐渐成为常识)。张丽丽在研究中国中表婚现象时,同样也把眼光投入到法律制度之外的社会经济因素。在《明清以来的中表婚及其禁止》一文中,她指出不同时代的法律对中表婚进行禁止的出发点是不同的:明清时代针对的是伦理问题,而1980年婚姻法针对的则是生育问题,但出发点不同的相同禁律,却取得了完全不同的效果。通过比较可以看到,真正使1980年婚姻法取得成效的是社会变迁,以及由此产生的择偶范围的扩大、择偶方式的转变。此外,大规模的法律宣传教育、民间舆论引导以及其他社会控制手段也对中表婚的逐渐消亡起到一定的推动作用。

这一卷的变化之一就是增加了一个栏目——报告(调查报告)。我们在选稿过程中发现,有的文章虽然理论分析稍弱,但关注当代社会的前沿法律问题,在方法上注重实地观察,可以以调查报告形式发表。本卷收入的两篇报告讨论的是同一个主题,关于虚拟社区——清华大学BBS的纠纷解决机制。由于已有关于虚拟空间的法律研究多是以知识产权法为主,鲜有其他部门法的分析,因此,这两篇文章从诉讼法律社会学角度入手具有拓展性的意义。在《水木清华BBS纠纷解决机制的变迁》一文中,作者罗玲主要分析了2005年“3·16”事件之前,水木清华BBS的纠纷解决机制特别是仲裁制度的运作过程,由此判断水木清华BBS的管理(包括“3·16”事件之后)已经逐渐从“独权”走向“分权”,从“人治”向一定程度的“自发性法治”过渡。李睿则批评了

这一论断,他在《水木社区 BBS 的纠纷解决机制——“3·16”事件之后》一文中,指出“3·16”事件之后的水木社区 BBS 与原先水木清华 BBS 是相互独立的。虚拟社区的仲裁制度并非是“自下而上”产生秩序,而是其中的一小部分人以自己的政治理念、个人和群体努力来推动制度演进。有意思的是,作者在细致分析 BBS 仲裁案件之后认为,水木社区 BBS 的仲裁制度带有判例法色彩,包括判决书的书写格式、判例少数意见制的确立,都好像是美国宪法制度的舞台剧本。从 BBS 实践中反过来也可以想象的是,虚拟社区制度的有效演进似乎也能够为中国现实社会的制度变革提供很好的参照。

目 录

编者按语 /1

评论 (Review)

心理学对法律研究的介入 /戴 昕 /1

论文 (Articles)

走向什么司法模型?

——“宋鱼水经验”的理论分析 /刘 星 /50

人民陪审员制度的多面向解释 /胡 凌 /103

明清日用类书中的法律知识变迁 /尤陈俊 /128

明清以来的中表婚及其禁止 /张丽丽 /151

报告 (Reports)

水木清华 BBS 纠纷解决机制的变迁 /罗 玲 /188

水木社区 BBS 的纠纷解决机制:

——“3·16”事件之后 /李 睿 /218