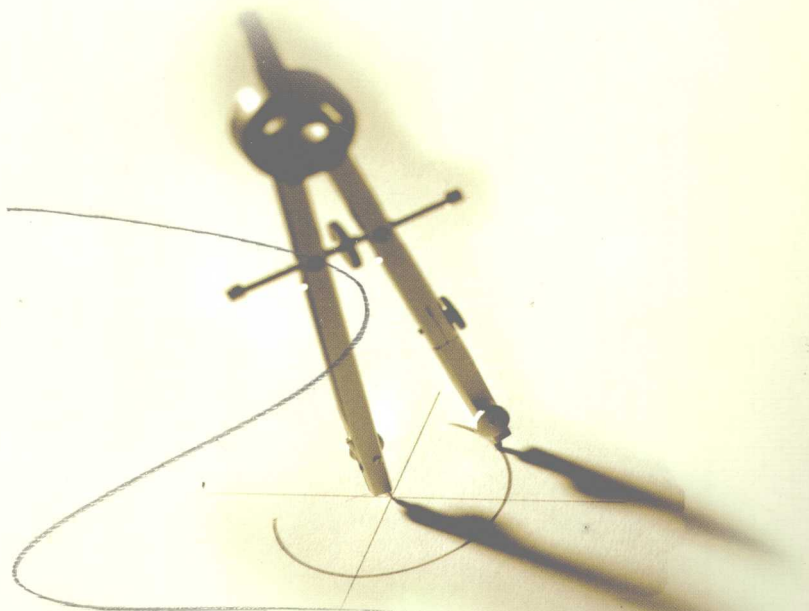


北京大学研究生学术规范与
创新能力建设丛书

The Practice
of Empirical Legal
Research

法律实证研究方法

白建军 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D90/305

2008

北京大学研究生学术规范与创新能力建设丛书

法律实证研究方法

白建军 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律实证研究方法/白建军著. —北京: 北京大学出版社, 2008. 7
(北京大学研究生学术规范与创新能力建设丛书)

ISBN 978-7-301-13362-0

I. 法… II. 白… III. 法律—研究方法—研究生—教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 004040 号

书 名: 法律实证研究方法

著作责任者: 白建军 著

丛书主持: 姚成龙

责任编辑: 泮颖雯

标准书号: ISBN 978-7-301-13362-0/D·1983

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 站: <http://www.jycb.org> <http://www.pup.cn>

电子信箱: zyl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 出版部 62754962 编辑部 62765013

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

730 毫米×980 毫米 16 开本 26 印张 478 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 46.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

导论：

少一点“我认为”，多一点“我发现”

>>>

科研活动通常由两个层面构成：一个是做出了什么研究成果，另一个是研究成果是怎么做出来的。在社会科学研究中，人们通常会用“我认为……”、“我的观点是……”或者“我的理论是……”等形式表述所做出的研究成果本身，而用“我发现……”、“我根据……”或者“我依据的证据事实是……”等形式报告其研究成果是怎么做出来的。按常理，面对事实并不一定都能正确挖掘或抽象出其中的理论，而理论却一定来自于特定的事实基础。但一些学术论文却给人一种感觉：由“我认为”带出的理论、观点随处可见，而这些理论观点所依据的事实证据的发现过程及其展示事实证据的方法却显得比较单薄。当然，这样的研究成果并非全无根据，其他学者尤其是外国学者的论著、论断或者几个事例，是这种研究的主要根据，而其理论在多大程度上建立在新发现的事实或者原有事实之间新发现的的关系的基础之上就很难说了。鉴于此，本书的中心意思是：如果你认为你编制的理论是特别的，那你最好先说出新发现的事实——这种新的事实应该是规范的研究程序运作的结果，并得到规范的描述和展示。

在包括法学在内的社会科学研究中，不是所有问题都需要选用实证分析的研究方法，但实证分析毕竟是发现事实的各种研究方法之一。

伴你一生的知识是如何获得知识的知识

在北大任教 20 年来，每年要指导或者评阅的研究生论文越来越多，有一种感觉也越来越强烈：一些学生分不清“学习”和“研究”这两件事，或者说，会学习，会考试，但不会研究。表现在他们的论文中主要有几“多”几“少”：综述多于分析，观点多于观察，发明多于发现，演绎多于归纳，想象多于经验，外来多于本土，结果多于过程，复制多于临摹。经常看到这样一种论文套路：“马克思说……，孟德斯鸠说……，贝卡里亚说……，龙勃罗梭说……，当代某著名学者说……。而我认为……”。或者，“某某问题上的肯定说认为……，否定说认为……。而我的意见是……”。当然，谁都有表达意见的自由和权利。可问题是，你认为又怎样呢？你的认为是超过了这些学者的认识呢，还是仅仅表达你对这些学术思想的理解而已？如果说实现了理论上的超越，恐怕连自己也不太相信。如果说只是说说自己的理解，那别人为什么不去直接读这些原著而要来花时间听你转述呢？充其量，这种套路作为学习心得可以，但真的不能等同于做研究。况且，如果没有带来一定的知识推进，说说而已的意见又有什

么意义呢？此外，还有一种论文套路是：“某某国家的制度设计是……，所以我国应当……”。这种模式起码有两个危险：首先，未经比较而仅仅用一个样本代替总体，何以见得这个单一样本是最具代表性、最值得借鉴的样本？何以见得其他国家不存在比这还好的制度设计？其次，一个再完美的样本都有它独特的历史原因和文化环境，不去比较两者在这方面的异同，“所以我国应当”的结论何以成立？

在我看来，学习与研究的区别之一是，能否恰当、娴熟地运用科学方法去发现并解决某个学术问题。科学方法就是如何获得知识的方法，是学者一生最重要的本钱。说什么固然重要，怎么说其实也很重要。了解别人成功选用方法发现和解决问题的结果就是在学习，而自己成功选用科学方法发现和解决问题的过程就是在做研究。较之于学习而言，研究之所以更具能动性和原创性，就在于研究活动中认识者与认识对象之间的有效桥梁是科学方法而非各种认识成果的简单陈列。我曾经在给毕业学生的赠言中说：

只有不到 50% 的课堂知识来自老师的老师；只有不到 25% 的学校所学离开大学后仍然有用；只有不到 10% 的学生懂得更加看重怎么学而非学什么；只有这最后的 10%，才将是我中华学术延绵不断的希望所在。

这本书，就是讨论如何获得知识的方法。

什么不是实证分析

研究方法有许多，本书仅讨论目前法学研究中的一种非主流方法，即法律的实证研究方法。在《中国法学》2000 年第 4 期上，笔者曾以“论法律实证分析”为题撰文指出，所谓法律实证分析，是指按照一定程序规范对一切可进行标准化处理的法律信息进行经验研究、量化分析的研究方法。几年过去了，尽管我们高兴地看到法学研究中的实证分析理念正在得到越来越多的认同，但还得承认，就是在那些适合实证研究的法学领域中，实证方法的选用也很不充分。原因之一也许是，人们对什么是实证分析仍存有误解，一些冠之以某某问题实证研究的研究，其实并不是实证研究，至少与标准的实证研究尚存距离。为了实证分析方法在法学研究中的正常发展，有必要说明什么不是实证分析。

一提到实证分析,人们自然先联想到实证主义哲学。其实,这两者虽有联系但有重要区别。实证主义哲学是19世纪30年代由法国学者孔德创立,后来演变为马赫主义、逻辑实证主义的一种哲学体系。实证哲学和作为研究方法的实证分析都强调感觉、经验、客观观察在认识活动中的重要性,但实证主义是一种哲学思想,是关于世界的认识成果,而实证分析是研究方法,是获得理论认识所凭借的工具。作为一种方法,实证分析不具有实证主义哲学所固有的某些特征,也不依附于实证主义哲学所信奉的某些理念。比如,实证主义哲学“拒斥形而上学”,^①否认现象背后存在本质,和贝克莱的“存在即被感知”一脉相承。而实证分析本身没有这些理论预设,从实证分析方法本身无法直接推论出某种世界观。其实,一方面强调自然科学的观察实验方法,另一方面又构思出一种适用于一切领域的一般原理或“第一原理”,企图从该原理出发演绎出一套理论,这与其说是实证分析,倒不如说是更像思辨哲学,这本身就是实证主义哲学的一个矛盾。^②而且,实证主义哲学对经验观察在认识活动中重要意义的强调已经过分到了轻视甚至无视理性思维的地步。在实证主义哲学看来,人的认识只能达到可能感觉到的现象,现象以后是不可知的。而实证分析不接受这种束缚,它强调不间断地往返于研究对象的经验层与抽象层之间,强调对任何数据都要进行深入解释和理性把握。在实证分析看来,理性能力和感性能力这两者一个也不能少。还有,实证主义哲学具有突出的自然主义和还原主义倾向,不仅认为社会现象同样受制于自然规律,而且将社会简单归结为自然界的延续。与此不同,实证分析方法本身对社会现象的属性没有自然主义的假定。从某种意义上说,彻底的实证精神,对研究对象的属性不作任何预先的规定。最后,通常认为,实证主义哲学

^① 在希腊文中,“形而上学”意为“物理学之后”。后人在编纂亚里士多德的生前手稿时,把有关自然科学的论著归为“物理学”。把有关抽象本质、本体论的论著归为“物理学之后”,或“物理学之后诸篇”。这里,“物理学之后”与“物理学”的对应,与我国古人所谓“形而上者谓之道,形而下者谓之器”中的“道”与“器”的对应相类似,所以,在我国,“物理学之后”翻译为“形而上学”。这个意义上的“形而上学”是指,研究世界本原、本质的学说,是研究有形实体背后的本质的抽象学问。孔德所拒斥的形而上学就是这个意义上的形而上学。他既反对将世界归结为精神,也反对将世界归结为物质。他只承认研究现象本身和有形实体的学问才是科学。他认为,知识都是关于现象的知识,科学都是经验科学。感觉是一切知识的来源。我感觉到山、水、木、石的存在,因而它们是真实的。但我感觉不到这些东西背后还有什么本质、本原,因此,研究世界本质、本原的努力是徒劳的。

^② 谢立中:《西方社会学名著提要》,江西人民出版社,1998年7月版,第3页。

在政治和意识形态上比较保守，主张改良和循序渐进的社会政策。^① 而实证分析方法却没有这个形象，作为一种方法，实证分析无所谓激进或保守。有时，实证分析用事实说明事实的品性恰恰是破除某种迷信的最佳手段，它使有些常识、口号、偏好的碰撞显得幼稚可笑。因为有时对符号暴力^②的专断来说，更难缠的不是理念本身，而是得出某种理念的可重复的过程和方法，以及借助这些方法发现并说出的事实。

总之，实证分析是“empirical research”，而非“positivism”。

确定的未必就是正确的

除哲学以外，“实证”一词也常常出现在法学研究中，这就是与自然法相对的实证法或法律实证主义，而本书所谓的法律实证分析与这个意义上的实证法恰恰是两回事。

法的确信性与法的正确性是法律世界中一对永恒的矛盾。在这个坐标系中，与实证法相对，自然法被认为是“更高级别的法，它知晓所有问题的答案，并将一面明镜置于实证法之前，它是‘正确的’法，因为我们的法律意识、对法与恶法的直接而明显的感觉来自于它。自然法是最高意义的法。它位于一切实证法之上。它是实证法的标准和良知，它是法律的国王，规范的规范”^③。然而，“在一个经济发达的复杂社会，需要高度的法的确信性，但那种流传下来的自然法体系不能为之提供保障，为此，产生了对唯理的、在抽象——普遍上形式化的法律之渴求”^④。在这个方向下，实证法是指实在法，即国家的制定法。这个意义上的实证法学的核心理念是“形式理性”、“否认法律规范的道德内容”、“认为经正当程序制定的法律，即使是恶法也是法”。费尔巴哈就认为，法律的有效性，不依赖于其内容在多大程度上符合正义、道德、合目的性等价值——形式合理性大于

① 《中国大百科全书·社会学》，中国大百科全书出版社，1991年12月版，第382页。

② 在法国学者布迪厄看来，所谓符号暴力，就是这样一种权力，即在一特定“民族”内（也就是在一定的领土疆界中）确立和强加一套无人能够幸免的强制性规范，并将其视为普遍一致的和普遍适用的。参见〔法〕皮埃尔·布迪厄、〔美〕华康德著，李猛、李康译：《实践与反思——反思社会学导引》，中央编译出版社，1998年2月版，第153页。

③ 〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社，2003年7月版，第190页。

④ 〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社，2002年1月版，第109页。

实质合理性。与其说法律实证主义强调的是形式理性,不如说是价值无涉。法律实证主义认为任何法律规范都与价值无关。实证主义(特别是凯尔森的纯粹法学说)试图将法的中心要素(价值实现)从法律概念中排除出去。^①总之,实证法强调法的确定性,而不顾法的正确性。

到底该怎样调和法律的确定性与正确性、形式理性与实质理性、规范文本与价值内容之间的差异与冲突呢?在各种调和、超越这种差异的努力中,德国学者哈贝马斯的“法律商谈理论”很有特色。这种理论关注的是法律的道德内容,实质合理性。但它不像自然法那样,撇开法律的形式而论其内容,而是通过“商谈过程”,实际上是程序正义的实现过程,来逐步完善法律的实质合理性。^②与这种法哲学的视角不同,我的角度既不是形而上学的,也不是纯规范学的,而是事实学的。因为我一方面始终怀疑,规范的确定性与其正确性之间的相关系数是不是真的为1,是不是只要规范的制定和颁布程序合法、形式合理,就一定充满了正义和公平,合法与合理到底是一回事还是两回事。当然,这种对实证法的保留并不一定意味着应该转而寄希望于习惯法、民间法,但法律的确定性与正确性之间并非函数关系而只是概率关系的确是个不争的事实。另一方面,既然确定的不等于正确的,我们是否就该放弃对形式理性的笃信而回到自然法对法律道德内涵的体悟呢?也不一定。因为“在极权主义的恶法国家中,任何人援引自然法可以为其革命性反抗寻找依据;反之,在自由民主制度中,任何人求助自然法等于说他试图将少数人的统治权凌驾于多数人的意志之上。在极端情况下,自然法可以为动用武力反抗现存的秩序进行法律辩护,这种辩护方式既可以是政治机会,也可能是政治风险”^③。所以,我们需要的是一种客观中立的态度,并且基于这种客观中立的态度去发现规范形式背后的价值内容,发现形式理性中的实质理性,发现实证法中所彰显的自然法,总之,发现确定性内含的正确性。这个“发现”的过程所以可能,首先是因为制定法规范本身也可以被视为一种意义上的事实,另一方面更因为任何规范条文都承载着一定的价值内容,这本身也是一种事实。所以,尽管其对象可能是抽象的理念或者规范的法条,但这种发现事实的方法却是一种事实学的,而非法哲学的或部门法学的。

这个意义上的实证分析就是借用事实学的方法研究法律规范的过程,就是

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社,2003年7月版,第224页。

② 参阅[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店,2003年8月版。

③ [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社,2003年7月版,第190—191页。

在形式理性中发现实质理性的过程。这个过程并不事先预设任何价值或结果，而是具有三个特点：其一，法律实证分析的对象既包括法律条文也包括司法判决，所以法律实证分析不只是着眼于静态的立法，而且关注动态的司法。其二，法律实证分析的内容既有声称的原理原则，又有未言明的实然价值导向，所以法律实证分析是不同于文义解释的一种法律解释。其三，法律实证分析的结果既可能发现法律和司法判决中人们不愿意看到的非理性，又可能发现其中人们尚未意识到的合理性，无论怎样，对法律实证分析而言都只是一种客观事实而不对研究的出发点构成任何影响。所以，积极理解或者批评，都只是读者对法律实证分析所发现结果的一种主观感受而已。

应该怎样不等于实际上怎样

在法律世界中，应然和实然的区分到底有没有根据和意义，历来存在不同学术意见。在传统的自然法学说看来，实然与应然是一致的，而在康德、新康德主义、法实证主义、分析法理论看来，实然与应然是不一致的。^① 在这一点上，作为研究方法的法律实证分析与法律实证主义倒是存在共同的假定：如果不认同法律中应然与实然的区分，法律实证分析便不存在其独立价值，这个区分是法律实证分析得以成立的一个前提。具体来说，法律中的应然与实然之分表现在以下几个方面（见下表）：

法律中应然与实然的比较

	应然	实然
对主体的规定	理想、预期、目标	实现程度、法律实效、已然
法制环节	规范	规范的遵守、操作、适用
主体与对象的关系	价值、主体性、应当是……	真理、客体性、实际上是……
认识活动的程序	假设	检验
法治实践	必要性	条件、成本、可能性

首先，从主体所面临的规定和制约因素来看，法律中的应然就是指理想、预期、目标或者未然性，而法律中的实然就是指这些理想、预期和目标的实现程度、实际效果、已然的状态。例如，重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相适应，就是刑法中的

^① [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社，2002年1月版，第135页。

应然；而在立法和司法实践中，仍然存在一些重罪轻罚或者轻罪重罚的情况，这就是刑法中的实然。这两者之间显然没有实现完全的重合，而我们大部分的法律实践都是为了缩小这两者之间不重合的部分。在这个努力中，法律实证分析的作用就在于发现这些不重合部分的范围、规模、内容、相关因素、客观规律，为更好地实现理想和预期提供事实基础。

其次，从法制的动态过程来看，法律中的应然是指法律规范本身，而法律中的实然是指这些规范的操作、适用和具体实现。其中，规范既包括原则性规范（如法律面前人人平等、罪刑法定），也包括具体规范（如责任能力、某个罪名等）。所以，原则性规范的实现途径既可以是具体的司法判决，又可能是其他具体规范。但不论怎样，规范的话语形式一般是应当如何、可以如何或者不应当（禁止）如何的命令。然而，命令往往不能百分之百地实现。于是，我们需要不断地监测法律命令在多大程度上得到了贯彻，这个过程就是法律实证分析的过程。例如，宪法规定国家尊重和保障人权。那么，在中国刑法中，有多少生命犯罪被配置了生命刑？有多少生命刑分配给了生命犯罪？又有多少非生命犯罪被规定了生命刑？为什么？发现并思考这些问题，就是在对宪法规范的操作、适用和在其他法律中的实现进行实证分析。又如，法律规定禁止非法剥夺他人生命的行为，否则，就可能受到故意杀人罪的指控和惩罚。然而，同样以故意杀人罪定罪判刑的案件之间有何重要差异？是否存在定罪量刑的失衡？每年的故意杀人犯罪率有多高？其地区、种类分布如何？有何客观规律可循？这其中，禁止杀人的规范就是一种意义上的应然，而相应的司法实践、故意杀人犯罪及其他事实数据就是某种实然。显然，谁也不会拒绝承认这两者之间的不同，或者否认研究这种差异的意义。

第三，从主体与对象的关系来看，法律中的应然是法律中的价值判断，而法律中的实然是法律中的真理认知。作为价值关系的主体，立法者、司法者往往借助法律和司法实践表达正义、公平、善恶、犯罪、侵权“应当是什么”，基于一定的价值标准，“人们希望什么是合法、什么是违法”。即使围绕同一客观事实或者行为，不同主体或者不同历史条件下的同一主体，也可能对“应当是什么”以及“希望是什么”的问题给出完全不同的回答。这就是法律中应然的一面，主要表现为主体性和价值判断。另一方面，不论怎样希望或者愿望，也不论谁去希望或者愿望，作为真理关系中的认识主体，立法者、司法者以及研究者又不得不面对“实际上是什么”的问题，不得不服从一定的客体性。在这个方向上，我们可以借助实证分析的手段延伸自己的感官，不断地接近客观真理。我们虽然不能改变法律现象的价值属性，但我们可以改变其显现状态，从法律事实中看到更多的意义。例如，围绕法院变更罪名问题学界一向存在争论，肯定说认为法院变更罪名可以

更好地体现实体正义以准确打击犯罪，否定说认为法院变更罪名剥夺了被告的辩护权，有违程序正义。不难看出，针锋相对的结论基于两个价值判断，而谁都无法直接证否对方坚持的价值判断本身。法学研究中某些问题的讨论之所以难分难解，原因之一就是讨论被局限在价值层面，谁都认为自己打起的应然性大旗无可辩驳。其实，如果将这个讨论转换为真理问题，也许我们可以绕开“应该不应该”的问题而去追问：变更罪名问题在司法实践中实际上有多大规模？其分布和变化有何特征和规律？实际中有多少变更罪名不利于被告？有没有对被告有利的变更？其比例关系如何？法院在多大程度上主导着变更罪名的实践？这些事实性设问之后，很可能引发一系列针对变更罪名问题的实证考察，其结论虽然只是“实际上怎样”，却可能对“应该怎样”的思考有所帮助。至少，这种实证研究可以是法学研究的一种补充。

第四，从认识活动的程序来看，大部分法学理论都可以被视为假设，也即事物之间应当存在何种关系的理论猜想。从这个意义上说，所谓法学研究其实就是证实或者证否这些理论假设的过程，也即以实然数据和客观逻辑检验理论假设和主观逻辑的过程。结果，有的检验过程证实某种理论的真实性和有的则无法排除零假设的成立，即尚无足够事实证实该理论的真实性和，于是便可能引发进一步的检验过程。经过多次重复性检验过程，才能最终决定接受或者宣布证伪了某个理论假设。这就是由实然不断地接近应然的认识过程，其中，对检验过程中的数据规模、样本代表性、检验步骤、分析工具的选用条件都有严格要求。正因为尊重应然与实然的不一致，证据意识才是假设检验模式的核心，成为整个实证分析的灵魂。甚至可以说，作为科学方法的实证分析，其实就是不断发现新证据、比较各种不同的证据、挖掘证据意义的过程，而与各种奇思异想之间有着明显的不同。所以，那些直接用一两个例证支撑某个理论的论证方式，或者干脆从理论到理论的推导，也许忽略了应然与实然之间的差异，也许就不认为存在这种差异。

第五，从法律实践的过程来看，法律中的应然往往是指某某法律实践的必要性，而法律中的实然则往往是指着手某项法律实践的现实条件、所需成本和可能性，这两者之间的差异更是显而易见。如果我们把每年国民生产总值的一半投入到社会治安的治理，那犯罪率肯定会得到明显的控制。但这可能吗？就算可能，值吗？可见，我们更多碰到的，不是该不该打击犯罪的问题，而是怎样分配犯罪控制的社会投入才更加现实、有效的问题，而此类问题的解决就少不了实证研究。

最后，从广义上看，“应该怎样不等于实际上怎样”还意味着，“应该怎样”的判断本身有时就值得怀疑。一种情况是，有些“应该怎样”的背后往往另有原因，

这时,我们被告知的某些应然性只是某些人实现其他目的的工具而已。另一种情况是,“应该怎样”中夹杂着某些盲目的道德冲动,结果,盲信一旦变成大规模的群众实践,便可能导致某种灾难性的伤害。在这之后,我们已经不太容易相信那些声称的应然性,尤其在法律领域中,如果忽视应然与实然的差异,如果忽视“该不该打击犯罪”与“实际上什么才是犯罪”之间的不同,那么,“难道不该打击犯罪吗?”、“难道不该保护社会吗?”就可能直接成为滥用国家强制的理由,这无疑是一种挪用人们善良情感的危险的欺骗,是对逻辑链条中必要环节的粗暴删减。从这个意义上说,“应该怎样”是政治哲学的事,而“实际上怎样”才是法学研究的基本任务。

总之,在法律和法学研究中区分应然与实然有着重要的学术价值。^① 法律实证分析就是研究法律世界中应然与实然之间差距的科学。

拿鞋找脚也要拿脚找鞋

实证分析的另一个方法论前提是对归纳研究的重视。这里有一对“鞋与脚”的关系:所谓鞋就是指事物间的共性、规则、演绎推理的前提,所谓脚就是指事物的个性、规则的适用对象、归纳活动的经验原型。比如,“秘密窃取他人财物是盗窃罪”与此时此地的某个盗窃罪指控、彼时彼地的另一个盗窃罪指控等,就构成了一对鞋和脚的关系。在法学中,所谓拿鞋找脚,就是说为了说明某个法学概念、理论、规则,而寻找典型例证进行论证的过程。所谓拿脚找鞋,就是从大量案例、法律事件、经验事实中寻找、提炼法学原理、规则和法的共性。法律实证分析所做的工作,就可以被归结为拿脚找鞋的过程,也即对经验事实进行归纳的过程。

首先,实证分析拒绝全知假定而坚持半知假定,对实证分析而言最重要的知识是不知道什么,即知所不知。就是说,实证分析是从问题出发,去寻找、比较解决问题的规则、原理。比如,对《刑法》第四十八条规定的适用死刑的两条界限,即是否“罪行极其严重”以及是否“不是必须立即执行”,实证分析不是企图建构一套周延的解释而要求法官们照此办理,而是反过来从法官们的大量司法实践中归纳出相关的适用标准,此即沿着从“脚”到“鞋”的方向研究法律。其次,拿脚找鞋的过程还意味着经验观察的重要性。实证分析强调对研究对象的客观观察和实地感受,强调感性知识的认识论意义,反对动辄探求事物的本质。尽管“材

^① 参阅李道军:《法的应然与实然》,山东人民出版社,2001年1月版,第27—33页。

料狩猎神”和“意义狩猎神”都是片面的^①，但迪尔凯姆曾说过：“科学要想成为客观的，其出发点就不应该是非科学地形成的概念，而应该是感觉。科学在最初所下的一些定义，应当直接取材于感性资料。”^②他还认为，一种社会事实只能以另一种社会事实来解释^③，因为那种放弃观察、描述和比较事物，而习惯于用观念来代替实在并作为思考、推理的材料的研究方法，不能得出符合客观实际的结果^④。在这个问题上，孔德的看法是可取的，他认为，科学观念的相对特征与自然规律的真实观念是不可分割的，就如同不现实地追求绝对的知识总是伴随着使用神学的虚构和形而上学的实体一样。^⑤第三，拿脚找鞋还意味着承认经验原型的多样性，典型是相对的，不典型才是绝对的。按照拿鞋找脚的方式，当然没有不合适的鞋而只有不适合鞋的脚。而问题是，如果反过来看，天下没有两片完全一样的树叶，所以只有不合适脚的鞋，而无所谓合适与否的脚。当发现规则无法用来解决实践中的问题，或者原理无法用来解释现实中的经验现象时，我们要么承认规则、原理的局限性，要么由此发现规则、原理中原来没有挖掘出来的深刻内涵。所以，实证分析强调立足不典型而反观典型，从而丰富关于规则、原理的认识。最后，退一步设问，演绎推理中的大前提又是从哪儿来的呢？当我们说“亚洲人都是黄皮肤”，“中国人是亚洲人”，所以，“中国人也是黄皮肤”时，还应承认，这个逻辑中的大前提原本就来自“中国人是黄皮肤”、“日本人是黄皮肤”……等一系列观察和归纳，最终才得出“他们都是亚洲人，所以亚洲人都是黄皮肤”的结论。

当然，在法学知识的传承过程中，还是少不了拿鞋找脚的过程，即所谓举例教学。但在法学知识的生产、创新过程中，归纳法体现了法律实证分析的基本特征。

① 韦伯认为，“材料狩猎神”对事实的欲壑只有档案材料、统计巨册和调查表格才能填满，对于新观念的精致毫无感觉。而“意义狩猎神”由于总是贪饕新观念的精美而败坏了对事实的鉴赏力。真正的艺术才能总是表现在知道如何通过将人们所熟悉的事实与人们所熟悉的观点关联起来后产生新的认识。参见〔德〕马克思·韦伯著，韩水法、莫茜译，《社会科学方法论》，中央编译出版社，1999年3月版，第60页。

② 〔法〕E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆，1995年12月版，第62页。

③ 〔法〕E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆，1995年12月版，第156页。

④ 〔法〕E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆，1995年12月版，第35—36页。

⑤ 《奥古斯特·孔德》，第453页，转引自〔美〕D. P. 约翰逊：《社会学理论》，国际文化出版公司，1988年2月版，第99页。

有理无数慎谈学术

量化是当代社会科学研究的重要趋势之一。据哈佛大学多伊奇等人对1900—1965年世界社会科学的重大进展的研究,定量的问题或发现(或者兼有)占全部重大进展的2/3,占1930年以来重大进展的1/6。定量研究问题虽然仅属于研究方法的问题,但它实际上已经成为中国社会科学与国外现代社会科学的最主要差距之一。在代表我国社会科学最高水平的综合性社会科学核心期刊上,定性研究论文接近94%;即使是定量、半定量研究程度偏高的社会学,其定量、半定量程度也不足30%,经济学则不足20%。这与定量研究占5/6的西方现代社会科学有相当大的距离。^①伽利略说过:“上帝是用数学语言来描述世界的”。^②在人文科学中,定性研究可以离开量化的方法而独立进行,而定量研究实际上离不开定性分析。绝大多数的量化分析,都是定性定量相结合的研究。^③具体来说,法律的数量规定性除了刑期的长短、犯罪所得金额的多少、立法的数量、法官、检察官等法律工作者的数量、犯罪率、发案数等研究对象的范围、规模、水平的量化描述,还包括对法律现象之间关系的量化分析。

其实,不做定量分析,并不等于就没有进行定量分析的数据材料。从这个意义上说,对绝大多数学术活动而言,都是既有理又有数。但为什么有的研究生既有理又有数却不对其占有的数据材料进行量化分析呢?有一个学术现象很有趣:当我们对几百个案件样本进行定量分析时,人们会通过质疑这区区几百个样本的代表性而拒斥定量研究,但反过来,对那种仅用一两个实例就可以论证宏大理论的研究,反而不从样本代表性的角度审视理论本身。原因之一可能是,人们基于一种科学性假定和预期来面对定量分析及其结论,认为这种研究应当是科学的,所以对其样本的结论能否推论到总体抱有很高的期望值和审慎的态度。那么,这是不是意味着人们对纯定性的思辨研究不抱有这种预期呢?也许,读者与这种研究之间的关系仅仅是一种“信不信由你”的关系。不论怎样,这倒是进一步说明,量化的量化分析承担着某种科学的使命。其实,问题根本不在于样本

^① 范并思:《社会转型时期的中国社会科学——社会科学的科学计量学分析》,上海社会科学院《学术季刊》,2001年第3期,第97页。

^② [加]伊恩·哈金:《驯服偶然》,刘钢译,中央编译出版社,2000年3月版,第7页。

^③ 关于刑事学中定性定量的关系问题,请参见郭春贵文《社会科学研究中的案例分析方法》,载于乔健、李沛良、马戎编:《社会科学的应用与中国现代化》,北京大学出版社,1999年10月版,第76—80页。

的多少，而在于样本的展示方式，在于数据材料的运用方式，在于理论的诉说方式。如果说用几百个样本所进行的定量分析之所以被质疑主要是因为其样本的抽取过程不够随机，总体中的每个单位并未获得同等的被抽取机会的话，那么，举例论证中的那一两个实例的选用难道就符合随机性要求吗？实际上，这种主观“选样”的过程更具任意性和“为我性”。况且，定量分析不仅具有严格的抽样规范，通常还承认只限于样本内数量关系的观察。至于在多大程度上可以推论到总体，还有赖于同一题目下多个研究的不断重复，最终才能达成学界共识。所以，“有理无数慎谈学术”的核心不在于有没有“数”，而在于一个“慎”字，即根据科学规范选择、展示、运用“数”以挖掘其中的“理”，而非为了论证某个“理”人为地选用“数”。正如美国统计学家朱迪思·A. 迈克劳夫林所说：“如果‘专家’不愿意向我们展示支持其理论的证据，那么他们的理论的价值又何在呢？”^①其实，许多学者都曾强调，法律的量的规定性应得到足够的关注和研究。布莱克认为，法律研究的理论策略在一定范围内是定量的、可预测的和普遍的。^②波斯纳也曾抱怨说，对法律的实证经济学理论的统计学检验进行得很少，经济学分析者大多满足于对所研究的法律规则、原则和决定的财富最大化特点作定性测定。^③

在《论法律实证分析》一文中我曾认为，法律现象是质的规定性和量的规定性的统一。现在看来，法律现象量化分析的必要性还可以换个角度加以说明：“有理无数慎谈学术”的要求意味着实证分析中不仅要有数，而且要有数量分析。换句话说，有数不一定就有数量分析，而要做数量分析就必然以数为事实基础，并深入到大量事件内部发现法律现象之间的各种关系并用数量语言加以描述，反映法律世界中的平均水平、集中或者离散程度、概率大小、相关程度、决定系数等等。这是因为法律现象本身是多样性的集合，不确定性是法律现象之间关系的基本属性。而越是关系到多种个体、多样化的事件，就越是需要了解对象的平均水平和集中趋势而不是个别的极端个案，越是需要把握对象之间的概率关系而非函数关系。极端事件也许很真实，也有一定代表性，但就像放大一千倍的美女脸上的一个点，一点也不好看，是以个别真实代替、扭曲、抹煞整体的真实、结构的真实。法律现象之间的必然性、决定性联系也只是存在于大量个案背后，需要统计工具的恰当选用才可能发现并描述。总之，量化分析是以客观逻辑校正

① [美]朱迪思·A. 迈克劳夫林：《行为科学统计学入门》，严文蕃、夏春等译，凤凰出版传媒集团江苏教育出版社，2005年12月版，第5页。

② [美]布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社，1994年4月版，第2页。

③ [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社，1994年7月版，第465页。

主观逻辑的艺术,如果决策活动和规范的制定建立在法律现象的平均特征和集中趋势基础上,就不会排斥法律现象的量化分析。

加拿大科学哲学与科学史学家哈金在《驯服偶然》一书中描述了一个有趣的现象:“尽管西方世界充斥着个人与国家的自由主义、个体主义和原子主义的各种观念,但人们却在社会数据中发现了统计规律。而盛行集体主义和整体主义的东方,却未能发生”。^①这个现象有着双重的意义:一方面,从认识对象本身的客观逻辑来看,对象越离散、越多样化、越表现出显著的异质性,就越需要发达的统计手段才可能把握其中的规律和共性。如果天下每一片树叶都是绝对的一模一样,自然不需要什么概率统计、量化分析。而在法律世界中,从法条到案件,从实体到程序,从民事到刑事,从原告到被告,从此时空的法到彼时空的法,也表现出巨大的差异性和不确定性。所以,法律世界的共性和规律也需要科学的量化分析手段才能准确把握,除非,我们对这种共性和规律根本不感兴趣。另一方面,从量化分析的文化背景来看,制度上的集权主义、思想上的绝对主义、本质主义、方法论上的一元决定论和确定的因果观,也许不太热衷于量化分析,至少,他们不太习惯于和他人一起分享数量分析的过程和结果。这也许是因为,他们有更省事的方法去贯彻某种意志,统一人的知识,修改人们的精神,传承某个意见。这使我联想到一个朋友对我的忠告:只听说过伪科学、伪实证,可没听说过伪观点、伪思辨。在案件信息、数据来源都没能全面公开的情况下,何以开展你的实证分析呢?而且,只有理而无数难道就没有发表学术意见的自由了吗?看来,法律实证分析的必要性论证与其合法性讨论相交织,使投身其中的学者并不轻松。

中国问题世界方法

问题和方法是任何一项研究的两个基本元素。没有真问题便没有文章,没有适合一定问题的科学方法便没有好文章。而问题和方法又可以从各种角度进行划分,形成各种可能的“问题—方法”组合。根据以上介绍,法律实证分析就是法律的经验研究方法,就是规范现象的事实学,就是往返于法律的应然与实然之间的研究,就是典型和不典型法律现象的归纳过程,就是量化分析方法在法学中的应用。从这些属性中可以看出,法律实证分析的方法元素可以归结为经验研究方法,与这种研究方法有关,法律实证分析的问题元素又必然以一定本土实际为选题资源。当然,关注实际并非尾随实际、复制实际,更不是粉饰实际,而是用科学方法去发

^① [加]伊恩·哈金:《驯服偶然》,刘钢译,中央编译出版社,2000年3月版,第5页。