

浙大·刑事司法文丛

胡 铭 总主编

超越法律现实主义

——转型中国刑事司法的程序逻辑

胡 铭 / 著

法律的生命不在于逻辑，而在于经验。对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，不管你承认与否，甚至法官与其同胞们所共有的偏见对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。法律包含了一个民族许多世纪发展的历史。它不能被当作只包含公理和推论的一本数学书。

——Oliver W. Holmes



浙大·刑事司法文丛

胡 铭 总主编

超越法律现实主义

——转型中国刑事司法的程序逻辑

胡 铭 / 著

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

超越法律现实主义:转型中国刑事司法的程序逻辑/
胡铭著. —北京:法律出版社, 2016. 9
ISBN 978-7-5118-9735-0

I. ①超… II. ①胡… III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 155117 号

超越法律现实主义
——转型中国刑事司法的程序逻辑

胡 铭 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 9 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 三河市兴达印务有限公司

印张 22 字数 365 千
印次 2016 年 9 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9735-0

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论:思考的起点	1
一、重温经典:《法律的道路》	1
二、法律与道德的边界	2
三、法律现实主义和形式主义裁判思维的冲突	5
四、法律现实主义对研究方法的影响	7
五、现实主义视野下的当代法学理论	9
六、小结	10
第一章 法律现实主义进路与转型社会刑事司法	12
一、法律现实主义与新法律现实主义	12
二、法律现实主义对于现代刑事司法的意义	19
三、中国语境下的现实主义刑事司法	25
四、现实主义刑事司法进路的局限	36
五、小结	37
第二章 司法公信力的理性解释与建构	39
一、个案中的理性:影响司法公信力的要素	40
二、影响司法公信力的核心要素:基于问卷调查的比较	47
三、公众的理性选择与司法公信力的提升	53
四、初步结论:形塑司法与公众之间的良性关系	57

第三章 审判中心、庭审实质化与刑事司法改革	59
一、两种刑事诉讼构造：侦查中心主义与审判中心主义	59
二、审判中心主义的经验分析：基于庭审实录与裁判文书	61
三、审判中心主义缺失语境下的中国刑事司法	68
四、走向审判中心主义的渐进式刑事司法改革路径	72
五、小结	77
第四章 司法竞技、法律诊所与现实主义法学教育	78
一、以耶鲁法学院的崛起为例	78
二、司法竞技、法律人专业化与法律职业的非道德性	80
三、法律诊所：从学徒式、实践型到现实主义路径	86
四、法律现实主义视野下的现代法学教育	89
五、小结	91
第五章 刑事和解的理念基础与模式比较	93
一、提出问题	93
二、刑事和解在中西方的两种代表性模式及其核心理念	94
三、刑事和解背后的价值抉择	97
四、差异与共通	99
五、小结	102
第六章 刑事司法引入 ADR 的理念、困境与模式	104
一、提出问题	104
二、刑事司法引入 ADR 及其理念基础	105
三、ADR 在刑事司法中的特点与体系	110
四、刑事司法本身的抗体及其应对	113
五、三大核心模式及其走向	115
六、小结	121
第七章 刑事司法中的媒体因素及其规制	123
一、提出问题	123
二、实证解读：以十起典型案例为例	124
三、背后的价值博弈	128
四、形式与限制：比较法层面之考察	131

五、启示：理性对待转型社会刑事司法中的媒体要素	138
第八章 法官裁判思维中的法律形式主义与法律现实主义	144
一、提出问题	144
二、法律形式主义与法律现实主义裁判思维的理论界分	145
三、疑难案件中我国法官裁判思维的冲突	148
四、方法探索：我国法官裁判思维的路径选择	154
五、小结	156
第九章 认罪态度对法官判决影响的实证分析	158
一、提出问题	158
二、关于认罪态度问题的现行规定	159
三、认罪态度相关案例的实证分析	161
四、认罪态度、裁判心理与错案	165
五、限制裁量权与认罪态度的认定	167
六、小结	169
第十章 鉴定人出庭与专家辅助人角色定位	171
一、提出问题	171
二、鉴定人出庭、对质权与专家辅助人的引入	172
三、关于鉴定人出庭和专家辅助人的经验分析	176
四、徘徊于鉴定人、辩护人、证人和专家辅助人之间	186
五、以鉴定人出庭与专家辅助人的引入为契机推动审判方式改革	188
六、小结	194
第十一章 现代侦查权的扩张与规制	196
一、我国侦查制度的新发展	196
二、侦查权的适度扩张与合法化	197
三、侦查权的依法规制与正当化	203
四、变革与应对	207
第十二章 刑事政策视野下的刑讯问题	209
一、提出问题	209
二、刑事政策的导向与刑讯	210
三、以功利主义为基础的刑事政策：刑讯的深层诱因	214

四、价值博弈与刑事政策的调整：以遏制刑讯为中心	216
五、小结	219
第十三章 反恐措施与刑事诉讼中的价值抉择	220
一、反恐措施入侵刑事诉讼领域的价值基础	221
二、审前程序中的反恐措施及其对人权保障的影响	224
三、审判程序中的反恐措施及其对人权保障的影响	229
四、程序正义的勃兴及其深层理论基础	231
五、对我国刑事诉讼理念更新与立法完善之启示	239
第十四章 两岸刑事诉讼法的走向与模式选择	242
一、提出问题	242
二、基于理念转变的模式转型	243
三、关于证据制度	247
四、关于审前程序	252
五、关于审判程序	256
六、小结	257
结语：从理性选择到德性认同	260
一、现实主义刑事司法及其体现	260
二、理性选择及对其之诘问：现实主义刑事司法的人性基础	262
三、德性认同：对理性选择的限制	264
四、刑事司法的实践面向：从理性选择到德性认同	267
五、思考的结点与未来展望	268
附录1 法学研究方法论与刑事诉讼的现代化	270
一、反思的缘起	270
二、法学研究方法论与刑事诉讼法学的研究	272
三、研究的逻辑起点	277
四、研究的认识论基础	282
五、研究的学术认知立场	285
六、小结	288
附录2 刑事诉讼实证研究方法的展开	290
一、提出问题	290

二、实证方法在刑事诉讼法学研究中兴起的必然性	293
三、实证研究的逻辑起点：从假设到假说	299
四、实证分析的工具：数理统计方法的引入	303
五、实证研究的步骤：以维拉研究所的方法为例	306
六、小结	309
附录3 统计方法在刑事司法实证研究中的运用	311
一、引言	311
二、寻求法学研究与统计分析的对话	312
三、描述性统计分析	314
四、相关分析	320
五、回归分析	322
六、方差分析	327
七、小结	330
参考文献	332
后 记	341

导论：思考的起点

一、重温经典：《法律的道路》

“读书的习惯重于方法。”^①读书，特别是读经典的过程，便是与先哲和思想者对话的过程。读书的过程不仅是享受宁静和思想的过程，亦是对强烈的问题意识的回应，带着问题读书往往更加有味。本书的思考从重温经典起航，带着对我国转型期法治进路的选择尤其是刑事司法改革方法论的思考，尝试对自己近十年的相关研究做一个小结。

近年来，我国越来越强调以“依法治国”为核心的法治理念，在“法治中国”建设的道路上进行了可谓大刀阔斧的改革，并取得了举世瞩目的成就。中国社会从上到下，合力构建法治社会的观念已成基本共识。然而，尽管如此，我国朝着法治国家目标迈进的道路并非如设计的那般水到渠成。日趋繁复的立法对于解决人们不断诉诸法律的问题仍然难以胜任；不断引进的法治发达国家所谓先进刑事司法制度在我国有异化之势；不服法院判决所引起的涉诉上访乃至群体事件时有发生；形式上的依法裁判却引发社会公众极大非议的案件所产生的误导等问题，这些显然与构建法治国家的目标相去甚远。我国法治建设的进程中出现了这样的困境：一方面，社会整体对法治的正当性普遍接受，法治观念在中国日趋

^① 胡适：《读书与做人》，国际文化出版公司 2013 年版，第 109 页。

成为主流;另一方面,通过司法途径解决现实的社会问题的结果难以令人满意,甚至还使原有的问题更为复杂和棘手。

析言之,现实中的司法解纷和公众的期待之间尚存在巨大差距,法律的信仰危机加重,司法公信力下降,甚至形成了一个关于法治建设的“悖论”:人们因为崇信法律的权威反而造成了法律权威的消解。那么,法律及司法途径为什么不能如人们期待的那样很好地解决社会问题呢?在法治理想与社会现实之间,在法治的本土化与现代化之间,在纸面法律与实践法律之间,在科学立法、严格执法与公正司法之间,我们面临着诸多困惑。

“中国法制建设 30 年的现代化历程,离不开对国外先进理念和经验的吸收。”^①我们不能停留在只学习西方的法律形式,更需要审视其背后人类法治文明演进的潮流;不能是照搬西方的法律制度,而是应从方法论上找到法律制度自我完善的有效途径。

在本书中,笔者围绕上述问题和思路展开思考。首先通过重温霍姆斯的经典之作《法律的道路》,^②沿着法律现实主义路径,试图从方法论上重新审视我国转型期法治进程与刑事司法改革路径。作为法律现实主义的先驱,霍姆斯对法律形式主义的批判对后世影响深远。其经久不衰的名言“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”成为法律现实主义追随者的信条。阿塞尔曾有些夸张地总结到,可以将法律现实主义视作一群年轻法学家将霍姆斯的几条名言警句建构为一个法学理论的努力。^③霍姆斯法律现实主义思想在其代表作《法律的道路》当中得到集中体现。该书娓娓而述的四种相互联系的理论:注重现实和结果的实用主义、主张法律应独立并区别于道德的中立主义、把外在行为(而非内在心态)视作对象的客观主义、以经验探索(而非纯粹的逻辑推演)为基础的实证主义,为法律现实主义运动搭建了坚实的框架,对当代中国法学研究乃至刑事法治的发展仍具有十分宝贵的借鉴价值。

二、法律与道德的边界

在法律与道德两者的关系方面,东西方法学在起点上曾具有很大的相似性,也即

① 陈光中主编:《中国司法制度的基础理论问题研究》,经济科学出版社 2010 年版,第 2~3 页。

② 《法律的道路》有多个译本,导论中所引译文如无特别注明,皆引自[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《霍姆斯读本:论文与公共演讲选集》,刘思达译,上海三联书店 2009 年版,第 11~43 页。

③ G. Aichele, *Legal Realism and Twentieth-century American Jurisprudence: the Changing Consensus*, New York: Garland Publishing, Inc., 1990, p. 56. 转引自许庆坤:《重读美国法律现实主义》,载《比较法研究》2007 年第 4 期。

将法律与道德长期混同作为一种社会治理的规范。直至分析法学派批判自然法学派“将实际存在的由人制定的法和实际存在的社会道德混同起来”的倾向,主张法律与道德的区分,^①西方法学由此才开始转向法律与道德相对分离的道路而与东方法学分道扬镳。霍姆斯的法律现实主义对法律与道德的关系所持的态度既不同于自然法学派,也与分析法学派有着明显的界限。“可以说,霍氏已不属于19世纪西方已有的各种法学学派,他是一种新的法学学派的奠基者。”^②他的思想开创了法学历史上一个全新的法学流派,即以霍姆斯“法律就是预测”的论断为基本主张的现实主义法学派。霍姆斯在《法律的道路》中首先向自然法学派有关“法律与道德”的基本立场发起挑战。“我们研究法律并不是在研究一样神秘的东西,而是在研究一个众所周知的职业……我们研究的目标就是预测,是对通过法院而实现的公共权力的影响范围的预测。”霍姆斯将法律定位成一种“预测”,认为所谓的法律不过是“对法院事实上将要做什么的预测,并不是什么自命不凡”。^③霍姆斯把自然法学派供上神坛的法律拉回到现实当中来,简明直接地破除了自然法学在某种意义上长久以来坚持的法律神秘主义。紧接着,霍姆斯就指出了研究法律必须将其与道德严格区分开来,把对这一界限的明晰化作为学习和掌握法律的首要前提。霍姆斯针对法律和道德的严格区分,提出了著名的“坏人”理论:“如果你了解法律而不是其他东西,你必须从坏人的角度来审视它,坏人只在乎这种知识能使他预测到的实质性后果,而好人会在良心的模糊约束中找到他行为的理由,无论是在法律之内还是在法律之外。”霍姆斯所说的“坏人”是指“非道德的人”,而非“不道德的人”,前者的内心评价体系当中没有道德标准的存在。他们根本不关心道德评价而只在乎法律对他们将要做出什么。只有从这种“坏人”视角研究法律,想要学习和掌握法律的人才能把法律和道德更严格的分离。不仅如此,在这一问题上,霍姆斯几乎是带有“洁癖性”的。他主张“每个具有道德意义的词语都从法律中被完全禁止、而采用其他只表达了法律理念而不被法律之外的东西所沾染的词语”,这样“通过去除一个不必要的混淆,我们将在思想的清晰性上受益良多”。

尽管霍姆斯提到的“法律与道德”这个法理学争辩古老且久无定论,但它绝非是一个无谓于实践的纯理论话题。法律与道德的关系究竟是分离还是结合是每次解决法律新困境时必须面对的问题。在宏观方面,法律与道德关系的处理对于我国这样一个

① 参见[英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第208~209页。

② 徐爱国:《霍姆斯〈法律的道路〉诠释》,载《中外法学》1997年第4期。

③ 明辉、李霞:《霍姆斯法哲学思想的历史地位及影响》,载《国外社会科学》2007年第1期。

处在法治发展初期的国家也是有着重要意义的。然而,我国法学界对这一问题的重视是相对欠缺的。在我国学习借鉴西方先进法治经验的过程中,传统道德文化对法治发展的影响甚至羁绊显著存在。尤其是外来法律制度和本土道德文化的冲突的特殊性使得法律和道德的关系显得更加紧张。中国的法治是要摆脱传统道德的束缚而独立发展还是要以传统道德为参照系,这是法律与道德问题在当代中国的具体体现。在当代中国建设法治社会,不可能像霍姆斯在《法律的道路》中所设想的那样将法律与道德绝对分离。而且这种观念在当代法学理论中也是不被认可的。就连霍姆斯本人也承认在历史上和司法实践上法律与道德存在着密切关系,“法律是我们道德生活的见证和外积淀。它的历史就是一个民族的道德发展史”。在哈特和富勒有关“法律与道德”的著名论战当中,也仅仅是在维护法治和忠于法律的共同前提下,讨论在不同意义上坚持法律与道德或分离或结合。^①因此,当前中国法治发展过程中处理法律与道德的关系并非是纯粹地去除道德,这是不应当也不现实的做法,而是应注重区分情况地把握法律与道德的界限。如果过分地夸大道德观念对法律的窒碍,追求法律内在的独立价值,会使法律脱离道德目标而可能沦为恶法。相反,如果极力地强调道德是法律的内在价值,以简单的道德逻辑替代法律,又最终会使所追求的法治秩序难以建立。而后一种担忧在当前中国的实践中显得更为突出。在中国法治建设进展多年之后的今天,社会问题并没有因为法律的日趋完善而迎刃而解。人们开始归咎于引进的西方式法律制度的失灵,更多的目光已经从关注国外的法律制度转向中国底蕴深厚的传统道德文化,希冀从中寻找法治发展的“良方”。而且这种趋势在当前似乎是极受推崇的。论证重视法治中的本土资源尤其是传统道德成为了所谓的解决中国法制现代化建设瓶颈的出路。且不论中国传统道德文化当中是否有法治因素可供借鉴,^②至少这种做法有混同法律与道德的嫌疑,对法治建设起到的只能是分力的作用。基于此,霍姆斯在《法律的道路》中近乎矫枉过正地强调法律与道德的区别在今天的中国仍然具有十分现实的意义。霍姆斯的确承认法律的历史就是一个民族的道德发展史,但他同

① 参见孙笑侠、麻鸣:《法律与道德:分离后的结合——重温哈特和富勒的论战对我国法治的启示》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2007年第1期。

② 学术界部分研究者完全否定中国传统文化当中存在法治的因素,对所谓的法治本土资源说持批评态度。相关讨论参见马作武:《中国古代“法治”质论——兼驳法治的本土资源说》,载《法学评论》1999年第1期;杨昂:《对一个“坐而论道”者的质疑——也驳法治的本土资源说》,载《法学评论》2000年第2期;刘大生:《从“本土资源”到“本土法治”——苏力本土资源理论之学术解构》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2001年第3期。

时也强调法律和道德混淆是更为危险的。“我现在要做的只是通过一系列的提示来照亮法律原则的狭窄道路,以及两个在我看来就在它旁边的危险陷阱。”霍姆斯的“提示”在当代中国仍然是照亮法治发展道路的明灯,是值得当代中国的法律人警惕的告诫。

三、法律现实主义和形式主义裁判思维的冲突

“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”,霍姆斯所说的这一经典法谚是法律现实主义流派反对法律形式主义的大纛。在霍姆斯之前,法学家将逻辑推理视为法律的核心和生命。以兰德尔为代表的法律形式主义者持有的基本观点有两个:(1)法律就是机械的演绎推理;(2)法律是一个封闭的逻辑自足的规则体系。^①法律形式主义者坚信法律制度是一个封闭的逻辑自足的概念体系,认为法律制度仅需通过自身严密的逻辑推理而非法律以外的其他方法,就能为绝大多数案件提供一个唯一正确的判决。兰德尔的上述观点被后人称为古典正统体系理论,将法律视为一个去社会背景化的超验客体。^②有学者将其核心内涵概括为:法律是一个自治封闭的体系,由抽象的概念和原则构成,具体的规则来自于抽象概念和原则的推导,而司法则完全成为在封闭体系内进行的计算过程,法官只需运用演绎逻辑进行形式主义的法律推理即可为案件找到确定的答案。^③不同于兰德尔的法律形式主义理论,霍姆斯在《法律的道路》中旗帜鲜明地指出“法律的发展过程中唯一起作用的力量是逻辑”这种观念的错误性,认为这是学院派的天然谬误,主张演绎不能一劳永逸地解决现实中的法律问题。霍姆斯认为影响法律判决的不是看似绝对有效的三段论推理,尽管这种“逻辑的方法和形式迎合了每个人心中对于确定和安宁的渴望,但确定通常是一种幻想,而安宁也不是人的命运”。霍姆斯敏锐地指出真正对法律判决起重要影响作用的是法官“对时代必然性的感知、流行的道德和政治理论,对公共政策的直觉……甚至法官和他的同僚所共有的偏见”。^④尽管霍姆斯的这种思想被后来者称之为“反逻辑”范式,但实际上他在文章中也客观地分析道“这种思维方式是完全自然的。法律人的训练是关于逻辑的训练。类比、辨析与演绎的过程他们最为熟悉”。这说明霍姆斯并非反对进而主张完全地抛弃法律的逻辑推理,而是否定法律形式主义所鼓吹的逻辑唯一论。霍姆斯在阐述逻辑推理与其他

① 参见柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,载《法律科学》2007年第2期。

② See Thomas Grey, “Langdell’s Orthodoxy”, *University of Pittsburgh Law Review*, 1983, Vol. 45, p. 15.

③ 参见刘舫:《现实主义法学的批判与建构》,载《法律科学》2009年第5期。

④ Oliver W. Holmes, “The Common Law”, in William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, p. 9.

法律外因素的关系时,深刻地指出在逻辑形式的背后其实是对相互冲突的立法基础的价值和重要性的权衡。虽然这种权衡经常是比较模糊的,甚至是无意识地进行的,但它却真实存在于法官的裁判过程中,而且还是整个程序的根基和关键。总之,霍姆斯对裁判形成过程的解读是深刻且相对符合客观现实的,即法官裁判思维及其司法判决的语言往往是离不开逻辑推理的,但裁判绝非仅仅是依靠三段论推理得出的;逻辑形式背后的法律外因素的价值和重要性的权衡也是法官最终形成裁判必须纳入考量的,甚至后者对裁判的影响要大大过逻辑推理。

随着中国法院法官整体素质和审判水平的逐步提高,裁判思维这一司法理论值得研究者给予更多的关注和深入分析。当前法院在审理案件的过程中,法律形式主义和法律现实主义两种裁判思维模式的纠结甚至相互冲突仍然是困扰法官的难题。如何在两种裁判思维中权衡与抉择常常成为裁判的关键,稍有不慎便会引起社会极大反响,造成负面效应。尤其是在审理疑难案件的过程中,这种情形就更加明显。审理疑难案件的法官更愿意仅仅严格地依照法律条文的明确规定,套用三段论推理,得出至少在法律上无可厚非的判决。法官往往认为这种形式主义的做法是较为稳妥和安全的,但实际上却会不时地出现违背社会大众理性和情感的判决,造成法律和“常识、常情、常理”的撕裂。^①此时社会公众会认为司法不公进而怀疑是司法腐败在作祟。等到上述不良结果的出现,法院又可能走向另一极端,即一味强调维稳、社会效果以及民意等法律外的因素,从而使得法院陷入舆论审判、司法软弱的尴尬境地。如李昌奎案、许霆案等案件中都曾经有类似的表现。现实主义和形式主义两种不同裁判思维模式下的案件审判结果,可能造成某一案件判决的戏剧性改判,抑或反复甚至最终不得不以其他手段不了了之。这便难免会使人们怀疑司法的公正性和权威性。其实,霍姆斯很早就指出,法官的判决毋需避讳所谓的法律外的因素,反而这些因素是法官作出判决所必须考虑在内的。法官作出判决应当考虑而且无法完全排除法律外的因素,如有学者曾提出“以理找法”的裁判思维,^②并将此类考虑因素在判决中予以明确。正如我们今天强调判决书注重裁判说理中的情理一样,将社会一般公正观、生活常理等考量因

① 陈忠林教授主张现代法治是“常识、常理、常情”之治,强调在制定、理解、适用具体法律的过程中,绝对不能把法律与民众普遍认同的基本道理对立起来,绝对不能对法律规定做出明显违情悖理的解释。参见陈忠林:《“常识、常理、常情”:一种法治观与法学教育观》,载《太平洋学报》2007年第6期。

② 参见罗发兴:《“以理找法”:疑难案件的逆向裁判思维》,载《理论探索》2013年第5期。

素蕴含于裁判当中,^①而非简单机械地呈现仅以纸面法条为前提的三段论。霍姆斯说:“我认为法官们自身并没有足够认识到他们对社会利益进行权衡考虑的义务。这份义务无法逃避,而司法机构经常宣称厌恶这类考虑的结果只是使判决的依据和基础变得含混不清而且经常是无意识的,像我已经说过的那样。”霍姆斯的这段话对于我们在审理案件过程中更好地解决形式主义和现实主义冲突的困境是有所裨益的。

四、法律现实主义对研究方法的影响

霍姆斯以降,法律现实主义的浪潮不仅仅深刻影响到美国的司法实践,而且还深涉法学研究方法论,其中对后者的影响又潜移默化地作用到司法实践。这使得美国学者常不禁感慨,美国的法律职业人几乎都是现实主义者。法律现实主义反对形式主义的主要观点,也许并非完全契合于我国当前司法的特点,毕竟我国长期以来是缺乏形式主义的传统的,而现实主义者关于法学研究方法论的思考对我们审视今天的法学研究可能更具有启示和意义。

法律形式主义的代表性人物兰德尔认为,任何特定领域的知识都可以构建成由相互关联的、逻辑上可证明的基础原则所支配的科学,法学这样一个以封闭的规则体系为研究对象的学科更是如此。^② 法学研究者们所热衷的是霍姆斯所批判的“仅仅是从它被接受而且人们已经习惯这一事实中获得正当性”,在旧有的规则体系里,运用逻辑推理的方法对法律制度进行论证。然而,霍姆斯对这样的研究方法的前提是持有怀疑态度的,他认为,法学研究者缺乏对法律原则的价值反思。他在《法律的道路》中指出:“(法律原则)这些原则基本上没受到过任何针对其存在基础的深思熟虑、有意识和系统的质疑。”霍姆斯主张法律原则不是依靠逻辑推理而是根据社会利益的衡量所得出的,而至于各种社会利益及其价值位阶能否被科学地证实,他寄希望于经济学和统计学等社会学科。因此,霍姆斯曾预言:“现在所需要的或许是精通文字的人,而未来所需要的则是精通统计和经济学的人。”在这种思想的启迪之下,法律现实主义者开始注重从外部引入研究法律的方法,从而使法学与各学科的交叉研究成果日益丰硕。

近年来,新法律现实主义(又被称为“法律与现实”运动)继承和发展了霍姆斯的研究方法论。新法律现实主义关注现实世界对法律影响的理解,以实证研究作为主要方

^① 参见周立、李晓东:《以公开促公正 以公正树公信——以公开裁判理由提高司法公信力为视角》,载《人民司法》2013年第9期。

^② See Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford. 10, 1997.

法,试图更好地运用法律来维持社会秩序。随着新现实主义研究方法的兴起和进入中国,从外部引入研究法律的方法逐渐成为我国法学研究的潮流。其中较为成功的例子便是实证研究方法的运用。实证研究方法注重对真实世界的研究,有别于语词构成的概念世界或由信条构成的理论世界,有别于概念界定和演绎的方法。^① 实证研究强调研究者运用学术敏感去发现法律在实际社会当中存在的问题,以“问题意识”为研究的起点和主线。在当前中国的法学界,实证研究已经不仅仅满足于对法律边缘问题的关注,而是逐渐深入到部门法的领域当中。而且部门法领域的学者自己也开始强调法学研究应当关注“社会中的法律”,主张将社会科学的研究方法引入法学研究的视野。^② 实证研究等社会科学的研究方法与之前学术研究所运用的教义学、法条主义有很大的区别,不再简单机械地对法律进行解释和提出对策,而是从法律在社会中实际运行存在的问题里寻找课题进行研究,对法律本身以及司法实践改革都可谓大有裨益。除了实证研究的方法之外,如霍姆斯当初预言的那样,经济学、统计学等法学外学科也争相进入法学研究当中。法学与社会学、心理学、经济学以及认知科学等学科相结合,形成了诸如法社会学、法经济学、神经法学等较为成熟的法学交叉学科。

以法律与认知科学的研究为例,脑与神经科学的发展,很大程度上颠覆了人们对于裁判思维、司法推理的认识,从而对司法裁判的研究产生了直接影响。其中,对证据法领域的研究看上去可能是最成熟的一个分支。认知科学可以用于指导证据规则,适用于作出裁判的各种模式,例如对于陪审员应排除何种证言,对于带有情绪内容的证人证言的审查以及对裁判者情绪的影响等。证据规则涉及推理的过程和排除不应有的偏见,认知科学可以帮助我们思考为什么证据规则以现在的形式存在,以及证据规则是否需要改革,应当如何改革。

诚然,实证主义等社会科学研究方法和上述交叉学科的发展对法学研究视野的丰富和拓展是值得肯定的。但在法教义学还远未具备成熟样态的当下中国,这种过急过多地运用法律现实主义的研究方法,而对法条主义和法教义学采取轻视和批判的态度,会否造成对法学本身的解构和泛化,此种担忧已经出现。有学者甚至激烈地指出法教义学本身存在的可能性与合理性是无论如何也无法被颠覆的,对“法条主义”的批

① 参见苏力:《好的研究和实证研究》,载《法学》2013年第4期。

② 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第4版),中国人民大学出版社2013年版,第102~125页。

判就是对部门法学存在合理性的质疑。^①可见,新法律现实主义和法教义学在中国法学界研究领域中的冲突十分明显。就如何把握二者之间的关系,或许像法教义学的拥护者所言,多元的法律流派能促使法学研究更接近法律的全貌,但其他研究方法只能起到对“法学内的法学”的补强作用,而非喧宾夺主。抑或像实证研究方法的倡导者所言,实证研究不是对教义学、法条研究的排斥,而是丰富,共同服务于对问题的解释。但至少我们不应该走向任何一种研究方法的极端而致偏废其一的结果。^②

五、现实主义视野下的当代法学理论

法律现实主义以社会实际问题为导向,对法律外因素的独特关怀的特点,使得人们更容易将其视为轻视法学理论的思潮。而事实上,部分法律现实主义者的确在对待法理学的态度上或是不屑重视,或是根本知之甚少。然而,霍姆斯并非如此,其如同对待形式主义的逻辑推理一样,不仅不轻视法理学在司法实践当中的价值,反而将法理学的重要性放在了最终意义的位置上。霍姆斯在《法律的道路》的结尾,升华性地提出法理学对于法律人的重要性。他认为:“理论是法律原则中最重要的部分,就像建筑师是房屋建造过程中最重要的人一样。”霍姆斯绝非法律虚无主义者,这从其强调法学理论的重要性中可见一斑。他认为法理学并非是不切实际的研究,而是对法律背后问题的刨根问底,正是法律中更为深远和更为概括的法学理论才赋予法律以普遍性的关注。《法律的道路》中对法学理论重要性的论述,反映了现实主义视野中的法理学同样有着十分重要的意义。在法学研究领域,从一系列实际案件中提炼出一条规则的努力都需要深厚的法理学知识和技能作为支撑。而在司法实践领域中法官依靠法理学方可透过案件繁杂的具体细节看到背后的法律问题,进而将一般法律原则运用于案件裁判过程。霍姆斯对此还给出了一些具体建议:“首先,是借助法理学根据现存的原理体系导出其最高程度的概括;其次,是从历史中发现它如何演变至今;而最后,是尽你所能去考虑,这些规则所试图达到的目的,追求这些目的的理由,为了获得它们放弃了什么,以及是否值得为它们付出这样的代价。”霍姆斯的建议已经经受住了一个世纪的考验,^③直到今天对我们仍然有巨大的启迪意义。他的这席箴言值得当前中国较为注

① 参见林来梵、郑磊:《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》,载《河北法学》2007年第10期。

② 参见胡铭:《法律现实主义与法学研究方法》,载《中国社会科学报》2013年12月27日版。

③ 参见[美]斯蒂芬·J.伯顿:《法律的道路及其影响:小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2005年版,第8页。