

好的研究与实证研究

● 苏 力*

一、实证研究的旨趣

实证研究(empirical studies)主张研究真实的世界,有别于语词构成的概念世界或由信条构成的理论世界。实证研究用可经验感受和验证的方式,有别于概念界定和演绎的方法,运用特定研究所必备的多学科知识,努力追求功能性和因果性,理解社会中的各种法律现象,进而有助于人们审慎但有效地改造世界。

无须关心实证研究的概念、定义和要件,甚至方法之类的话题,这并不重要。就方法而言,不能过分迷信方法,认为方法有直达上帝或真理的专线。很多人是因为发现自己没有思想的时候,才开始注重方

* 作者单位:北京大学法学院。

法。如同萨缪尔森所言,“能做研究的都做着科研;那些不能做科研的就胡扯其方法论”。^①实际上,方法不解决问题,必须是针对问题去讨论方法。因此,不要过分关心方法。

重要的是,某研究有没有意思,逻辑是否成立,经验根据是否充分可靠,结论是否有助于社会变革的对策,能否不局限于回答个案,而是能由个案帮助理解社会的其他大大小小相关联的社会现象,对人有没有智识挑战或带来了新的其他学科的知识,是否令人信服,让那些不太懂法条和法律教义学,还没被法治意识形态驯化的普通人和其他学科的知识人,可概称之为“法盲”的人,大致信服。

因此,实证研究的目标和方法,无论是田野调查、个案分析,还是统计,以及多学科知识,都不能保证,也从未保证这样的努力就(a)真有发现;(b)有学术意义;(c)能获得读者的关注和接受;(d)能有效改变法学界目前无论是意识形态主导的,教义学主导的或是抄袭主导的现状。

甚至实证研究也完全可能做得不好,同样可能毫无学术意义,同样可能自觉不自觉地研究的是假问题,仅仅是把概念或意识形态争论演绎成所谓实证研究。因此,所谓的实证研究,不是以方法来界定,或者是以概念来界定,而是以真正的问题来界定。要看这个问题是不是有意思,是不是我们必须面对的问题。实证研究也不是对教义学、法条研究的排斥,而是丰富,共同服务于对问题的解释。

二、实证研究需要想象力

实证研究同样要求精细的抽象理论思维能力,对问题的直觉把握能力,也需要想象力和想象的整合力,并且对所有这一切的要求,一点也不亚于任何其他好的研究。并不是只要去某个地方调查,把许多数据汇集整齐了,把某个问题或现象描述了一遍,就是实证研究了。没有想象力,没有基于想象的对问题的初步分析、提炼,就不可能有好的研究。最多是就某个经验命题做个验证,但这种验证一定是即可以证明其对,也可以证明其错,因为许多隐含的条件都在这样的验证中被省略了。

科斯在《社会成本问题》^②中说的例子,一块地,一半边种麦子,一半边养牛,那就完全是他想出来的。先想出了这个,然后搞点算术证明一下(没用统计或回归分析之类的),回过头才发现并指出,普通法法官一直都是这么做的。不是普通法的案例令科斯发现了科斯定理,而是科斯先发现了科斯定理,然后才发现支持他的无数的普通法案例。这一点一定要明确。实证研究并没有直通上帝或真理的专线。

即便对实证材料,也不是一个简单的运用,运用也需要想象力。科斯定理最早来自《联邦通讯委员会》,^③无线电波相互干扰,让科斯想到了,以前对侵扰问题的说法都太修辞,说是谁侵犯了谁,但实际上是先想好了最好不让谁扰乱谁,然后再说谁侵犯了谁。从这个例子想到普通法的侵权,这得有点想象力。最近看到刘忠的一篇文章,^④似乎只是把资料按年编排了一下。这忽然让我明白了孔子当年修订《春秋》,记录什么,顺序如何,把什么事同什么事勾连,为什么会乱臣贼子惧了。刘的文章主题大致是,论证法院的构成尤其是编制规模会引出特定的内部治理,组织内的行为因此会对组织外的程序产生决定性影响,经此质疑程序正义理论会塑造程序的唯心主义命题。他的资料和不多的论述都是按照这一主题组织的,这种编排组织是需要想象力的。而且,这种编年史叙事也并非主要是西方的,而是中国传统的方法。

因此,实证研究并不如同某些学者想象的或做的那么窄,仅仅是研究当下或近年真实发生过的事件和现象,甚至仅仅用统计资料。实证研究本来是要拓宽法学研究可利用的学科知识和方法,不能自己把自己的路堵死。借助显然是后代追记的历史文献,借助文学作品,根据研究的问题和结论,同样可能是

^① [美]萨缪尔森:《我的人生哲学:政策信条和工作方式》,载《经济学大师的人生哲学》,迈克尔·曾伯格编,侯玲、欧阳俊、王荣军译,商务印书馆2001年版,第334页。

^② Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol. 3 Oct. 1960, pp. 1-44.

^③ Ronald H. Coase, The Federal Communications Commission, Journal of Law and Economics, Vol. 2, Oct. 1959, pp. 1-40.

^④ 刘忠:《规模与内部治理:中国法院编制变迁三十年(1978~2008)》,《法制与社会发展》2012年第5期。

实证的研究。一定要想明白为什么亚里士多德说“诗比历史更真实”。^⑤为什么从电影《秋菊打官司》，许多人从中看到的是所谓中国农民法治意识提高，法治日益深入人心，而我看到的却是中国农民与现代法治相遇时的相互尴尬。我认为我看到和分析的是真实，或至少更真实，尽管这件事始于小说，再到电影，地点人物都搬了家。不仅这部片子反映了中国特定时期的真实，甚至就问题来说，它反映了一个永恒的思辨上的真实。

甚至，我的“梁祝研究”^⑥也是一个实证研究。首先关注梁祝两个戏剧人物在古代和现代观众心目中的不同年龄——关注真实的不同观众对艺术作品的不同理解。这是真实的，是经验的，是可以进行经验研究和验证的；即便没有去访谈、设计问卷、统计数据，但细心读者的直观经验会认同这个判断有根据。香港曾有人解释之所以三年同窗不知英台是女郎，因为梁山伯是同性恋。这听起来也成立，但这是解释者临时增加一个假定，是一种特设(ad hoc)解释。依据这种不断增加假定的方式，我们可以解释一切。这就不是实证的解说(explanation)，而只是解释(interpretation)，是如同尼采所言，先把一些东西塞进去，然后从中拿出来，塞进去叫艺术，而再拿出来呢，那就成了科学。^⑦而从梁祝二人的年龄，我接着探讨和演绎了传统婚姻制度必须回应的问题，用戏剧故事自身的情节挑战现代人对该戏剧的现代意识形态上的解读。

还有，我分析了当年孟子为什么强调“男女授受不亲”，然后从小说《白鹿原》中找到了间接的印证；分析了传统中国人为什么特别注重称谓，并且称谓严谨规范，也同样从《雷雨》、《白鹿原》获得间接验证。^⑧这其实也都算是实证研究，尽管也都和前面讲科斯时说的，是“研究结论”（其实在研究方法上称其为待验证的操作性假说）都出来了，才找到日益增多的材料支持。有人可能问，为什么不直接做田野调查，问卷调查？必须看到，有些实证研究是没法直接实证的。波斯纳引用过分析哲学举的例子，没人一顿饭能吃下一只大象或河马，这就没法实证研究。^⑨即使把世界上所有大象都杀了，煮了，也没法证实或证伪，因为这个世界上人多象少。甚至有些自然科学问题也是没法研究的，例如生物进化，没法复制，又如宇宙大爆炸。男女授受不亲和中国人的称谓，大致就属于这类问题，对于我来说今天很难田野；即便有足够的经费，也很难找到这样的田野，受访者很容易迎合这种研究，而我也耗不起这些时间。借助那些历史无意间留下的记录，反而更靠近真实。就如同借助其他手段仍然可以证明大爆炸曾经发生，仍在继续一样。

因此，实证研究追求的并不是某个事情的真实或道理，不像在司法个案的教义学研究是要为该案处理提供一个“最权威的”和“众人都能接受的”法律其实是政治支持（引号内的两个词说明的是这类研究有社会功用，但主要不是为了知识）。实证研究是要从真实发生甚或虚构的事中，发现可靠可信但很容易忘记的更为一般化的道理。这个道理就是孔子说的“举一反三”。^⑩因为只有一般化的道理，才是超越那件事的道理，才算是有了学问的意义。道理也只在特定条件下才对，即便如此，也就可以了；对确定性的追求应当适度。有时只能等待未来的新的验证。

但什么事有，或可能有一般化的道理？什么事又没有？这没法说，没法说清，甚至没法训练。不像神话，但这种判断真的常常是神龙见头不见尾。能从大家都看到、熟知的平凡事情上，发现别人尚未看到的，或看到了但还没说清说透的那些一般化的道理，这最考验研究者的学术敏感、学术眼光（预判力），切割整合重组学术材料的能力和学术一般化的能力。这也是费孝通、张五常和波斯纳这些学者最令我钦佩的地方之一。

⑤ [古希腊]亚里士多德：《诗学》，陈中梅译，商务印书馆1996年版，第254～256页。

⑥ 苏力：《历史变迁中的行动者》，《比较法研究》2003年第2期。

⑦ Friedrich Nietzsche, *The Will to Power*, ed. by Walter Kaufman, Vintage, 1967, p. 327.

⑧ 苏力：《纲常、礼仪、称呼与社会规范——追求对儒家的制度性理解》，《中国法学》2007年第5期。

⑨ Richard A. Posner, *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 74.

⑩ 《论语·述而》，原文是“举一反三，不以三隅反，则不复也。”

三、实证研究的“田野”

这就要求打消一个迷思,一个很类似以前文艺界“深入生活”的迷思:即只有到某些地方,如法院(基层法院)、案件中、历史资料、统计数据,或者田野,才会有所发现,才能有好的实证研究。这话不全错,如果要研究法官审理案件,当然要去法院;要研究法学院,一定要了解法学院。但这不等于好研究在某个地方,好问题在某个地方,只要去了就有成功的把握了。我想说的是,生活并不在别处,实证研究也不是在别处,完全可以就在当下。不要以为只有外面的世界很精彩,你身边的世界也可以很精彩。有意义的可作实证分析研究的法律问题环绕在我们周围,虽非遍地都是,但还是相当多的。关键是我们能否发现其中真有一般意义的问题,不是仅仅可以发表的,而是对社会真正有意义的,对其他部门法有意义的,或是对制度完善有意义的问题。

看过我的药家鑫案文章^①的人,会觉得我关注的是存留养亲。其实我首先关注的是药家鑫案的公正,少杀慎杀,希望能通过一个有说服力的论证,尽可能促成此案判决更合乎情理,不令人后悔;尽管我失败了。其次,试图借此激活一个几乎已经死掉的刑法原则——罪责自负,用法理来刺激刑法的研究,让这个问题重新生动起来。第三,激活对存留养亲这一古人智慧思考,^②把支持这种做法的现代知识带进我们法学,批评自由主义认为理所当然的原子化个体的假定,并让人们在司法上关注日益增多的独生子女问题;第四,抨击废除死刑主张的荒谬,间接地,也揭露了主张废除死刑的公知的不诚实(bad faith)和缺乏道德勇气。^③

这样的分析显得驳杂,但必须权衡利弊。在中国目前首先是要令相关的法律人注意到这种非部门法的研究,不仅与现实问题有关,而且比他们现有的那些家什更犀利,更好用。这很重要,一定要增加实证研究对司法和社会重大问题的实践影响。这些阵地不是天然属于所谓部门法,如果他们做得不好,非部门法的学者和他们的研究有权“竞争上岗”!

四、实证研究的致用空间

从学术上看,中国目前的实证研究的根本任务是通过有效的学术竞争来改变学术风气,逐渐形成扎根于中国却又能同国际勾连的传统。目前仍然主要是奠基性和扩展性的。但既然是竞争,就不能是拾遗补缺,仅关心人家不关心的,更重要的是一定要侵入某些部门法领域,与之有联系,纠缠。在交锋过程中,展示实证研究比通常的教义学、法条研究、法律解释学的文章更全面,更有实在的法律说服力,对中国的说服力,即要能同时有效且平衡地回应部门法学者关注的法理问题、法官或政府实务部门更关注的社会政治考量问题,以及因不熟悉法律或因社会变化过大民众可能发生的疑惑。必须比部门法的研究更强,更有说服力,才可能争取到读者。仅仅靠标新立异不可能获胜,因为法律人都有自己的路径依赖,除非你显然更好,否则没人理会这些实证研究。

还有部分实证研究直接或间接地影响有关政策和立法,不大可能对以司法为核心关注的法律界有多少影响,但仍然值得研究。要在这类研究的竞争中获胜,法律人的优势得靠关注操作性,审慎和细致。

实证研究其实必定对研究者本人也是不断的训练和培养,不断研究具体的部门法问题,不断研究社

^① 苏力:《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》,《法学》2011年6期。

^② 较早见《魏书·刑罚志》记载,北魏孝文帝永和中二年诏:“犯死罪,若父母、祖父母年老,更无成人子孙,又无期亲者,仰案后列奏以待报,著之令格。”

^③ 即便如此,此案还留下了一些可以继续探讨甚至单独成文的问题:律师的辩护策略为何彻底失败?律师追求依法辩护还是最佳辩护?谁的最佳,对谁最佳?此案中辩护的预期受众是谁?为什么会出现这种对受众的判断错误?为什么西安中院想办好事反而办成了坏事?什么因素造成的?法律教条主义——虚假的法律职业主义。李昌奎案同样如此,为什么法院如此愚蠢,不关心普通人疾苦,令自己也很是狼狈;云南省检察院应如何作为?最高法院不合理的死刑复核标准,必须坚持个案公正基础上的遵循先例。如何改变?各地高级法院可能的恰当回应?这些都可以另文展开,而且都是目前没人关注的。

会公共政策问题。而在今天的知识社会,这也是有可能的。我不希望,中国的法学实证研究的结果,就是出现了一批研究院或更大一点法律职业化的作品。那一定走得太窄了。真正的要使实证或法律社会科学研究对社会有用,必须要更多的走向部门法。每个实证研究者,至少要掌握一门或两门部门法,或者至少要重视某个领域的问题。要适度拓宽自己的研究范围,不能总是轻车熟路或老马识途,没意思,一定要记得“无限风光在险峰”。

这必定是一条漫长的道路,是对中国法学至少是一个不可缺少的补充。即便不是,我也不希望是作为一个专业,而是更多作为法律职业的 necessary 背景知识和文化知识的一部分。甚至这类知识是更有可能在国际间交流的知识,因此长远看来,更有可能成为中国软实力的背景。

还有一个是读者或受众的问题。不要指望有多少师长辈阅读。中国法学界真正有学术兴趣的人本来就少,大多为谋生,或是公知。不仅对纯知识的兴趣不足,而且绝大多数知识也有限,更关心真理,而不是思考,没有能力思考。多年在法界的厮混也令他们有了沉淀成本,法律共同体有不认的知识,他们也会迎合法律共同体。他们基本上不可能转型。除非有什么其他比较重大的利害关系,否则再好的实证研究论文,他们也不会关心。

同辈也未必会关心,除非非常出色,所讨论的问题直接与他面对的问题有关。因为中国的专业跑马占地,部门法的同辈很少会认可搞法理的同辈。因为还没有这样的例子,让他们感到真正信服。他们能看重的人一定是本专业的大人物和外国学者,要让他就他的专业问题来求教于同辈法理学者,这自尊心也受不了。

因此中国的读者大多是一些有纯知识兴趣的学生,但不限于法学院的学生。这种学生永远不可能太多,并且大多集中在一些比较好的大学,绝大多数法学院学生还是也必须是专业导向、职业导向;他们大多不太熟悉实证研究,更不熟悉统计和统计可能出的问题。因此,在中国做实证研究,统计分析不能替代文字说理,即便有很好的数据,很好的统计分析,也还是要选好实例。最好是能比较直观,理论分析也要简要,道理要说透,选例证也要斟酌,要考虑科斯的联邦通讯委员会的那个经验。在中国,对读者说透理非常重要,数学则往往是装点,除非要到经济学杂志发表,或在海外发表。

实证研究的法学论文同样必须关注文风和修辞问题。必须彻底摆脱因长期抄台湾地区教科书形成的法学论文的文风,要创造中国法学论文的文风,要避免把繁琐啰嗦当成细致。不要把当初写给外国人看的用外文发表的论文,翻译过来,作为在中国发表实证研究的论文范本。因为预期读者不同,作者的关注一定不同,论述介绍的详略甚至文章结构都一定不同。要坚持以写给中国人看为主,因为我们要创造的是中文法学世界,要更多关注和研究中国问题。而研究的好坏,中国读者的评判,都更重要;他们更可能看出问题是否真有意义(其实是对他们),是否单纯明确,逻辑严谨,论证细密,文字干净,等等。因此,统计分析、回归分析等研究当然要发展,但信守这类文章自身学术规范的时候,至少目前还应兼顾,其实就是加上,中国读者的维度。

中国目前这类法学研究没有稳定的受众,一定要注意作为说服受众之策略的修辞。我们不反对统计图表,但须注意,凡是能用图表说明的东西,在某种程度上,也是可以用文字说明。因此,如果能够用修辞来说服别人,为什么还必须要通过图表来说服?必须把文章写的漂亮好看,因为好的文章,除了思想好之外,一定会有好的修辞。没有好的修辞的文章是流传不下去的。不要认为修辞与做法律社会科学研究无关,做社会科学研究同样需要文字的推敲、结构的安排,需要修辞。因此,要通过好的研究,也通过好的广义和狭义修辞,在年轻一代法律人中创造自己的更多受众。