

新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思

范 愉*

内容提要 本文从对美国“新法律现实主义”的评介入手,简要分析了当代法与社会研究中的现实主义立场和方法及其在世界范围的发展与意义,在此基础上对我国当代法治理念及法学中存在的问题进行反思,以提倡一种以经验(实证)研究为基本方法、从事实和具体问题出发、以解决问题为目标的现实主义法学研究方法和立场。

关键词 法律现实主义 法与社会研究 中国法学

从法学与法治理念的关联上看,当代中国法学的问题不仅关乎其学术价值和品位,也关系到我国法律制度的建构、实践和改革以及法学研究和法学教育的方向。在学派林立的情况下,毫无疑问,无论是作为指导理念或是学术立场,对待各种学说、流派和方法论,均不能只执一端,不及其余,因而多元化的标准显然最为合理。然而,在基本理念的把握上,这些方法之间毕竟不可避免地存在着一些根本性的冲突和选择,不仅很难不偏不倚地将其加以中和,而且每一种方法也只有在坚守其本性的前提下才能体现其价值所在。本文在不否定其他法学方法的基本价值的同时,着重评介美国新法律现实主义及其背景,倡导法律现实主义的立场和经验性的研究方法,并据此对中国法学进行反思,以确立一种分析、研究和建构中国法学的理论框架。

一、美国“新法律现实主义”辨析

2005年,一个称之为“新法律现实主义”的法学流派从美国法与社会研究的阵营中祭起了他们的旗帜,^①一次高峰专题研讨会和一个网站相继登场^②,这个学派的领军人物麦考利教授则发表了一篇堪称

* 中国人民大学法学院教授,博士生导师。

在构思本文时,笔者正在美国威斯康星大学法学院(麦迪逊)作访问学者。本文的写作得到了该校 Stewart Macaulay 教授极大的启迪和帮助,笔者通过电子邮件与其进行了十余次较长的笔谈,教授不仅提供了大量参考文献,并欣然同意笔者将其介绍新法律现实主义的论文翻译成中文,还将他刚刚完成、准备在2006年1月美国法学院协会的年会上发表的最新论文提供给我作参考。教授平易近人、睿智渊博的风范和魅力与他敏锐的学术洞察力和犀利的论证一样,令人难忘。Macaulay 教授在国内有多种中文译名,如马考利、麦考莱等,笔者根据商务印书馆《英语姓名译名手册》的标准译法,译为麦考利。

① 由美国律师协会基金和威斯康星大学法学院法律研究所共同资助的“新法律现实主义项目”,旨在发展一种跨学科(interdisciplinary)的关于法律的经验性研究(empirical research)范式(paradigm)。http://www.newlegalrealism.org/events.php: The New Legal Realism Project. 访问日期:2005-11-10。经验性研究,即实证性研究,是社会学的基本方法,主要包括:观察法、实验法、统计分析法、数学模型法、问卷调查法、个案分析法等,重在通过事实资料和证据的收集提出并验证各种理论设想和制度设计模式,以追求研究和制度建构的科学性、合理性和效益性。需要说明的是,我国目前冠之实证研究的成果中有相当一部分是借助第二手资料或统计数字进行的,甚至借助媒体报道的个别案例展开,这类实证研究的事实前提往往存在许多不真实或不准确之处,并极易以讹传讹,导致较大的误解和误用。因此,笔者在本文中有时直接采用经验性研究的概念,强调通过研究者的观察和调研获取第一手资料的研究方法。

② http://www.newlegalrealism.org/events.php: The New Legal Realism Project.

宣言的重要论文。^③2006年伊始,在美国法学院协会盛大的年会上,麦考利教授又对此进一步进行了详细的论证。^④众所周知,20世纪前期曾在美国风光一时的法律现实主义似已成为昨日黄花,^⑤那么“新法律现实主义”与原有的“法律现实主义”流派有何渊源?其勃兴的背景何在?

从名称上可以看出,“新法律现实主义”并不讳言其与老一代法律现实主义之间的渊源与联系。^⑥法律现实主义从庞德的法社会学理念出发,强调充分认识“书本上的法”与“行动中的法”(Law in Action)之间的差距,主张通过司法实践认识法与社会及公共政策之间的关系,倡导直接通过司法能动主义“释放法律的能量”,并彻底粉碎了传统法学精心构筑的关于法治与民主的神话。在这个意义上可以说,法律现实主义既是对传统法学原理的解构,又充满了能动主义的创造性。继法律现实主义之后,批判主义法学、种族主义和女权主义法学乃至经济分析法学等都在一定程度上延续了其解构性、批判性传统,而法与社会研究则将研究“行动中的法”的道路坚持到底。^⑦毫不夸张地说,法律现实主义已经彻底改变了现代法学乃至司法理念。^⑧乃至今天,客观地评价法律自身的功能与局限已经不再成为法学界的禁忌,真正的现实主义的环境和氛围已经形成。正是在这种背景下,“新法律现实主义”才可能以否定之否定的姿态亮相。“新法律现实主义”并非老调重弹,它显示出深厚的历史与现实的积淀,笔者试将二者的联系与差异归纳如下:^⑨

首先,法律现实主义的基点都是强调法律与社会的现实的关联,把法视为一种与社会相关的因变量(dependent variable),即依社会条件而变化的因素。然而,传统法律现实主义尽管明确承认法与社会的差距,但实际上主要立足于司法金字塔的上层,即将关注的焦点置于包括最高法院在内的上诉法院,除少数现实主义者如弗兰克所做的关于初审法院的研究外,大多数研究都注目于一些“伟大”或经典的上

③ The New Versus The Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used To Be”, Wisconsin Law Review, Volume 2005, Number 2, pp365 – 403. 笔者已将全文译出,《政法论坛》近期即将发表。此外,在此前的一系列论文和教材中,作为新法律现实主义的成果还可参见:“Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?”, Wisconsin Law Review, Volume 2004. Stewart Macaulay, John Kidwell, William Whitfor, Contracts: Law in Action, 2nd ed., Volume 1, The Introductory Course, LexisNexis, 2003.

④ Stewart Macaulay, Contracts, New Legal Realism and Improving the Navigation of The Yellow Submarine, DRAFT at the Association of American Law Schools meeting in 12 – 15 – 2005. 麦考利教授向笔者提供了这篇尚未正式发表的手稿,该文将在年内(2006年)在 Tulane Law Review 发表。论文进一步阐述了新现实主义理念和经验性(实证)研究方法的问题。

⑤ 法律现实主义是指美国 1920 – 1930 年代兴盛一时的法学流派,尽管它给美国传统法学和美国人的法律信念带来了致命的打击,并推动了司法能动主义和法律乃至社会改革运动,但是作为一种社会科学方法或法学,它却似乎已一度淡出乃至销声匿迹。美国学者 Schlegel 指出:现实主义的社会科学研究已经死亡,其原因是:(1)其产生的制度化环境是暂时性的。(2)这一运动的领袖人物的个人特质。(3)推动这样一种与时俱进的社会科学研究本身的困难。(John Henry Schlege, American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience, 28 BUFF. L. REV. (1979),转引自前引麦考利论文。)在当时特定的历史背景和学术氛围下,现实主义的法学理论被视为离经叛道之说,受到了传统法学阵营坚决的抵制和联合打压。John Henry Schlege, American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience, 28 BUFF. L. REV. 459, 521(1979). 转引自前引④麦考利论文。

⑥ “我们将采用一种集经验性研究的复合考察、法律问题和政策问题为一体的三维方法(tripartite approach)——这正是“老”现实主义者所倡导的,然而经过数代人的新思维,这些领域已经有了长足的发展”。参见前引②。

⑦ 法与社会研究正是新法律现实主义的直接渊源,参见:Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman, John Stookey ed. Law & Society, Readings on the Social Study of Law, W. W. Norton & Company, New York, London, 1995. Lawrence M. Friedman, The Law and Society Movement, 38 STAN. L. Rev. 763(1986); Bryant Garth & Joyce Sterling, From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State, 32 Law & SOC. Y Rev. 409(1998); Felice V. Levine, Goose Bumps and “The Search for Signs of Intelligent Life” in Sociolegal Studies: After Twenty – Five Years, 24 Law & SOC. Y Rev. 7(1990); David M. Trubek & John Esser, “Critical Empiricism” in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?, 14 Law & SOC. Inquiry 3(1989).

⑧ “正如 Friedman 指出的:在一个重要的意义上,法律现实主义在终结时几乎打败了其所有的敌人。今天,如果你告诉一个法律家群体,你认为政治对法律制度起着重要的影响,法治并非像表面上的那样确定而是相当灵活的;你相信法律不是也不可能是中立的,以及诸如此类的观点,他们可能会哈欠连连并表示同意……至于他们是否据此陈词滥调行事,则是另一回事”。前引③麦考利论文。

⑨ 麦考利教授前引③论文从学说史的角度分析了与前辈的异同,以下诸点为笔者参考该论文及其他文献的内容,根据自己的理解归纳分析而成。

诉判例及上诉法官的行为,也即采用了一种精英主义的立场。“法学界有一种倾向,常常忽略一些非常重要的问题,除非这些问题在上诉案件中受到关注、从而进入法律体系的上层。很明显,很多重要问题永远也不会进入法院或行政机构。当一个问题从社会民众经由律师、起诉立案、审判,最终进入各种上诉程序时,在这一过程中,问题与事实二者往往都发生了变化。”^⑩而新法律现实主义则倡导一种“自下而上”(Bottom-up)的经验性研究,主张从社会基层和未经法院及法律职业染指的社会生活事实着手,探讨秩序形成、法律与社会的关系,以及各种形式的“活法”或社会规范和社会权力,从而更为客观地评价和发挥法的作用。经过法与社会研究数十年的积累,越来越多的法学家认识到,仅仅关注正式的法律规则、司法制度和上诉案例已远远不足以解释法律的真实运作及其与社会的关系,因此,从社会秩序和纠纷解决的原貌出发,就成为一种必需的选择。不言而喻,当法学家从法律启蒙者转向以社会现实为师之时,也就必然失去其高高在上的精英与社会制度建构者的偶像地位。需要指出的是,自下而上并不意味着完全否定“上层”的意义,严格地说是寻求“上下贯通(bottom-to-top)”^⑪。

其次,与老一代现实主义同样,新法律现实主义与传统的法律意识形态、以及那些从抽象理念出发的法律迷信和制度迷信完全对立,并以改造法学、改革法律教育、重构法律理念为根本目标。早期的现实主义者出于其政治目标和理念,借助一些经验事实对传统法学原理发动攻击,因而激起了法律职业集团的强烈反对。然而,一方面,由于其研究的出发点与其政治目标直接相连,势必削弱研究的科学性和中立性并导致结论失之于偏颇。例如,他们强调政策、目的对法律的影响,认为法官实际上是在根据政策和标准价值观创造法律,据此,对法律的解释可能会因人而异。这种对法律与政策的混淆可能会导致过分强调政治对法律的作用,最终导向放弃法治。^⑫另一方面,目的和结论先行的研究方法也难以避免偏激、片面和失误,甚至由此掩盖了其自身价值及其发现。与之相比,新法律现实主义自始就强调其作为一种科学研究的基本定位和不与任何政治倾向结盟的立场。对于社会改革,“新法律现实主义应该在什么程度上做出这种回应,是一个开放性的问题。有些研究将会是相对中立的,会将重点放在对法律制度的功能进行客观描述上;有些研究将完成对律师进行培训的任务,以发挥他们的其他社会作用。此外,有时新法律现实主义并不能主张追求一种利益无涉的、中立和无偏向的事实。自下而上地考察法律,经常会发现法律并非大多数人希望的那样。无论研究者的动机如何,有些研究事实上可能会起到揭丑的作用;一些最好的研究甚至可能导致引火烧身。”^⑬有时一些经验性研究发现的事实可能是令人不快的,也“可能支持某些相当受保守派欢迎的结论”。^⑭尽管这种立场可能招致来自左右两方面的不满,但新法律现实主义将坚持探寻那些掩藏在各种偏见性解释阴云背后的事实,相信事实自己会说话。新法律现实主义坚持进行动态和发展的观察,并不认为法律只能是对习惯的确认,承认当事实本身足以证明社会的某种发展趋势和需求时,通过法律规则和制度的建构能够起到推动引导社会发展的作用。正

⑩ William L. F. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming* ·····, 15 *Law & Soc. Rev.* 631 (1980-1981). 转引自前引③论文。

⑪ 新现实主义宣称:我们延续了法社会学在近几十年的发展道路,强调自下而上(Bottom Up)对法的作用进行更多的经验性研究。这具有一种方法论的意义,要求更多地关注数据资料的收集,以保证更准确地理解在人民日常生活中的法及其实践。这种自下而上(Bottom Up)的关注也会推向政策领域,在此我们同样希望植根于“民主”,关注人民日常生活环境中的法的作用。同时,我们还必须研究处于上层“top”的法律精英及机构,以便更加彻底深入地理解法律过程(legal processes)。前引②。

⑫ *Contracts*; Stewart Macaulay, John Kidwell, William Whitford: *Contracts: Law in action*, 2nd edition, Volume 1, Lexis Nexis Matthew Bender, 2003. pp6-7.

⑬ 前引③。

⑭ 例如,自1960年代以来,美国的诉讼高潮(爆炸)一直被一些理想主义法学家描述为带来了公民权利的扩张和社会进步,但是,新近的经验(实证)研究表明事实并非完全如此,至少证据不足以证明这些论断。这对于热衷于权利扩张和诉讼的法律家而言无疑是一种不受欢迎的研究发现。参见前引③论文集所列举文献。亦可参见范愉:《集团诉讼研究》,北京大学出版社2005年版,第三章有关美国集团诉讼的资料。

因为如此,任何社会政策和法律的制定必须以事实为依据或出发点,将经验实证研究作为最基本的方法。^⑮

第三,传统法律现实主义尽管强调经验性研究的重要性并开此先河,但事实上他们多数人却很少真正实行,^⑯而新法律现实主义则将经验性研究作为其基本进路,并以此鲜明特色区别于传统法学和其他法学流派。例如,尽管与法经济学、批判主义法学^⑰、乃至其他后现代流派^⑱对法以及具体制度和事实上的认识可能是相似或相同的,但是,新法律现实主义对于通过数学模式、逻辑推理、自上而下的判例推定乃至根据灵感和直觉的研究结论持怀疑和否定的态度,坚持在未经验证之前,理论模式尽管有其价值和意义,但并不能因其逻辑的严谨而自我证成为真理,最多只是一种合理的假设或预期。^⑲这意味着,新法律现实主义不承认任何根据传统法律意识形态和抽象理念推演出的“颠扑不破”或普适性的规律,也并不是以结论和政治立场作为其学派的旗帜,而是倡导一种实事求是的现实主义态度,用以检讨各种法律理念和制度,揭示以往被意识形态和理想主义掩盖或模糊化的事实,建立科学的前提与起点。同样以这种方法为纽带,新法律现实主义又能够将不同的研究者积聚到一个阵营。^⑳

第四,新老现实主义对于司法的态度不同。老一代法律现实主义本质上是法律中心主义,具有鲜明的司法能动主义指向,尽管他们承认“书本上的法”与“行动中的法”存在着差距,但是仍期待通过国家的正式司法制度(尤其是包括最高法院在内的上诉法院)推动法律与社会的进步与改革,其关注点是国家权力、法律制度和规则,依靠的则是法律精英和司法权——通过他们施放法律的能量。可以说,老一代的法律现实主义是司法能动主义的始作俑者,他们击破了美国人对于民主与自由的理想或神话,却又将新的迷信寄托于以联邦最高法院法官为代表的司法系统(主要是各种上诉法院)之上。与之相比,新法律现实主义更具多元化倾向,他们并不否认法的作用和法治的价值,但是基于“法与社会”40余年积累的研究成果和经验性知识,他们不再认为法律在现代社会(即法治社会,至少是美国社会)起着绝对的中心作用,直言不讳地指出法律的局限性及其在社会治理和现实生活的有限作用,并与批判法学、经济分

^⑮ 这种法学研究为现实的社会发展服务的精神,即产生于上世纪20年代初的“威斯康星理念”的主旨。

^⑯ 霍姆斯大法官尽管承认经验性研究的重要性,但实际上却对这类研究方法和成果不以为然;而除了弗兰克和卢埃林的少量研究外,现实主义法学家的经验性研究成果并不多见。

^⑰ 参见朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社1996年版。

^⑱ 参见朱景文主编:《当代西方后现代法学》,法律出版社2002年版。

^⑲ 笔者曾与麦考利教授讨论过经验性研究方法与其他研究方法(包括各种社会科学方法)的异同,并以布莱克(Donald Black)、埃里克森(Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*)和埃里克·波斯纳(Eric A. Posner, *Law and Social Norms*)为例,说明其间的差异。麦考利教授认为,布莱克和埃里克森属于经验性研究,但是埃里克·波斯纳的研究则不属于此。其中埃里克森的经验性研究非常出色,但其最后的理论分析模式借助了博弈论的假设,布莱克的经验性研究及其理论抽象都是非常经典的,但是他将法律界定为政府的控制,这是许多研究行动中的法和法律多元论的法社会学家所不能接受的。埃里克·波斯纳的方法不属于经验性研究,甚至像是一种思想实验,但是他对社会规范的关注却是绝大多数法社会学家和现实主义者所认同的,是一个很好的视点(实际上也借助了经验的证明)。麦考利教授认为,博弈论或经济分析法学的一些理论模式和预设,在没有获得经验性资料之前无疑是很有价值的,但是这些方法既不能取代经验性资料的验证,也不能因其精致而证明自身的正确。“所有应用于法律的社会科学方法都存在缺点。我们不能像自然科学家发现水分子公式那样,寻求一种能够以同样方式证明的确定无疑的真理”。(引自麦考利教授的电子邮件)。

^⑳ 新法律现实主义的积极参与者中既有法与经济分析学派、又有不少批判法学的急先锋,但是,其基本立场是反对从原理和逻辑出发的。事实上,凡是严格恪守经验实证研究方法的研究者,在有关法律的作用和对具体的制度的态度上往往较容易达成一致,至少能够站在同一起点上对话和交流。他们的共同对手则是那些传统的法律形式主义或教条主义。然而,新法律现实主义并非怀疑一切、否定一切的犬儒主义者,而是从质疑先验原理出发,走向科学的实证研究,并试图在事实的基础上进行制度建构,以达到法律与社会的协调。

析法学共同宣告了法律形式主义或教条主义的死亡。^① 麦考利教授反复重申,他尊重法治原则和法律的作用,但必须承认,事实证明,法律在社会治理中仅能起到一种边缘性的作用,这里所说的法律既包括成文法律规则和判例,也包括正式的司法诉讼制度。真正在社会治理中发挥作用的,往往是社会关系自身根据需要产生的规则和制裁机制,以及道德等辅助机制,法律仅仅是通过强制力设定基本框架和边界而已。如果前一套机制无效或低效,法律往往也并不能促其发挥作用。在上世纪60年代发表其成名作《企业的非合同行为》之后,麦考利教授在检讨了吉尔默和麦克尼尔及其他学者的合同法理论之后,通过持续的经验性研究认为,美国的合同行为正在进一步远离合同法的制约,走向更大的自由。^② 从研究成果及结论上看,新现实主义在对司法功能和法律功能的保守评价上与传统现实主义者迥然相异。

最后,在方法上强调与其他社会科学的整合。法律现实主义本质上并不是一个阵营绝对清晰的法学家团体,而是一种主张将社会科学方法引进法学的基本立场或方法,新法律现实主义则将这一立场发展到了一个新阶段。“法学界中的社会科学兴趣日益增长,但是迄今法学界并没有建立一种能将多元化的社会科学学科和方法加以整合的组织化的研究范式……进行上下贯通(bottom-to-top)的法律分析要求一种能整合在各种层次上的经验性研究的模式,使用一种能够整体性地理解法律的潜力及其问题的范式。为了达到这一点,我们还需要一种整体性的方法,以整合那些人种(类)学和许多社会学大量调查的发现和细致的研究成果。……这显然需要关注法与社会科学之间的交流互动过程。也需要一种能够整合各种社会科学学科的模式”。^③ 新法律现实主义首先在理念上统合了德国法学家埃利希的“活法(living law)”和美国法社会学家庞德的“行动中的法(law in action)”的概念,将欧洲大陆的法社会学传统(包括历史法学、法社会学和现实主义)与美国法学的实用主义精神融为一体;其次,以经验性研究方法统合各种社会科学研究方法,包括社会学、人类学、人种学、行为科学、心理学、政治学、经济学乃至统计学等等;最后,以尊重事实的立场开放性地接受一切能为经验和实践检验和证明的政策提案和立法目标,包括正式法律与司法制度与非正式制度之间的协调,国家权力与民间自治的互动,裁决机制与协商调解程序的相互作用,激进的改革与守成之间的博弈,等等。

二、法律现实主义的现代土壤及社会背景

沿着美国新法律现实主义发生的轨迹,可以看到法与社会研究产生与发展的现代土壤和社会背景,其具体特点是:

首先,如前所述,从法学乃至与法治自身的发展看,现代初期开始树立的法治神话和教义确实在逐渐破灭,现实主义的理念和对客观事实的认知开始从边缘走向法学界的主流。早期现实主义以“离经叛道”的方式道出的事实和预测,在今天已经不再令人感到惊异;相反,今天已经没有哪个法学院还在固守着亚里士多德时代的法治理念。这种思想解放已经从早期现实主义者的政治目的转变为一种普遍的科

^① Grant Gilmore 教授说:“天堂没有法律,在那里狮子与绵羊能和睦相处;……越是糟糕的社会,法律越多。在地狱里除了法律什么也没有,并且严格地遵守程序公正。” Grant Gilmore, *The Ages Of American Law* 111(1977). 转引自麦考利。此说或许过于偏激,但是相对于传统法学对法律和程序正义的理想主义描述,也许是一剂良药。麦考利教授也对那些试图通过诉讼解决社会纷争的理想主义提出过讽刺,他说“我曾经开玩笑说,往冲突中的坦克车上扔一本法律书是一个很糟糕的主意”(引自麦考利教授的电子邮件)。

^② “Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?” in 2004 Wisconsin Law Review. 该论文指出美国目前合同纠纷诉讼正逐步减少,法院的主要功能已不再是解决纠纷,通过对各种新合同理论的分析和综述性研究,其结论认为,从行动中的法的角度看,人们确实是从合同中获得自由,也就是说,市场开始超越合同法的约束,传统的合同理论和合同义务已经越来越多地被长期合作的利益关系、纠纷解决途径的多样性和灵活选择所取代。合同的责任和义务也在发生改变。参照:Stewart Macaulay, John Kidwell, William Whitfor, *Contracts: Law in Action*, 2nd ed., Volume I, The Introductory Course, LexisNexis, 2003. 新法律现实主义项目追求发展一种包括人类的法律实践在内的更多方面的解释模式。也就是说,除了理性的选择之外,人和机构时常还会受到文化、社会结构、情绪或其他因素的影响——有时他们是无法选择的。为了分析法律的影响,我们必须研究在他或她参与其中、并必然能够理解的“复合型从属(多元依附)的社会关系。参见前引②。

^③ The New Legal Realism Project. 前引②。

学立场,并逐步成为美国乃至当代世界各国法学研究的基调。

其次,新法律现实主义建立在法与社会研究及其他法学流派研究成果的深厚积累之上。时至今日,法与社会研究早已超越了基础理论的奠基时代,产出了卷帙浩繁的经验性研究成果。这些发现不断验证和补充着早期的一些预测和猜想;而新现实主义阶段的到来,则表明这种积累将会是永无穷尽的——随着社会的发展,早期的结论同样需要重新验证、补充、更新和发展。因此,对于法与社会研究而言,理论模式并不是最重要的,而正是持续不断的经验性的研究方法及其发现赋予了其永久的生命力。1984年,麦考利教授在纽约州立大学发表了纪念法与社会研究协会成立20年的 Michhell 演讲,他在总结这一运动的成就时提出了著名的七个命题:

1. 法律不是自由的(Law is not free 是双关语,也可理解为法律不是免费的)。
2. 法律是通过一些代表自身利益、占有有限资源的角色在其所能充分掌控的场景中表现出来的。
3. 很多通常被视为法律的功能实际上是由替代性机制承担的,在我们称之为“公”和“私”的因素之间,很大程度上是相互贯通的。
4. 人,无论是单独或是集体行动,都不能期待他们在面对法律时被动地遵守。
5. 律师除了在法庭进行对抗之外,还能发挥更多的作用。
6. 我们的社会以多种方式处理纠纷,而放弃(忍让)和回避也是其中重要的方式。
7. 尽管法律在美国社会中的作用至关重要,但其影响往往是间接、微妙和模棱两可的。^{②4}

该演讲发表以来,麦考利教授一直希望有更多的学者来补充和修正这七个命题。一些研究者响应了这一期待,而今天这些当初被视为“七宗罪”的命题已不再令人感到新奇了。^{②5}事实上,法与社会研究和新现实主义是一种“与时俱进”的方法,它不会提供任何放之四海而皆准的定律,也不会给出一成不变的答案,例如,法治与社会协调的最佳程度,正式的法律制度与非正式制度的最佳结合点,纠纷解决与权利实现的最佳方式和模式等等。因为这些概念和标准都是相对的、因社会的环境、文化等多种因素而迥然各异的,所以,对每个国家或社会的研究、结论、政策目标和方案必然是具体的,并且是可以通过经验事实验证的。

第三,社会科学多学科的相互渗透。在1920年代,法学还是一个由法学家垄断的封闭体系,这一方面是由法律职业的垄断性、历史延续性及其利益需要所决定的,另一方面也受到了法律自治及法律思维逻辑的限制。然而,法律的发展证明其自治性并不能阻隔社会的批判和影响,现实主义理念打开了法学封闭的大门,从此,法学与社会科学的相互结合与渗透已不可逆转。社会科学方法的导入给法学带来了新的思维和发展动力,开始重新检验法学据以自治的前提,推翻了一些神话、修正了一些前提,也描画出了法律的真实作用及其限度。借助社会科学乃至某些自然科学的手段和方法,可以更准确和全面地发现和界定事实;而借助人文学、历史学、文化学等的研究思路,则可以对法律现象乃至规则提供更加开放和现实的解释。^{②6}

^{②4} Stewart Macaulay, Law and the Behavioral Sciences: Is There Any There There?, 6 Law & POL'Y 149, 182(1984).

^{②5} 1998年, Frank Munger 教授对这七个命题进行了评论,并增加了一些反映更新的法与社会文化的内容,他还从法与社会的方法提出了一种新的关于正当性(legality)的视点:(1)法是日常生活的社会结构的一种要素。(2)法由不同的行为主体赋予特定的内容和意义,在这些主体及其社会组织有着特定的历史。(3)在研究中一个日益受到质疑的问题是,法的中立的神话和法的自治是否还能维持。(4)法律家是文化的产物,他们在政治和经济机制中的作用是有限的。Munger 总结说:我强调,所谓“新”批判经验主义的发现以及我们对法与社会领域的洞察与麦考利所总结的早期经验性成果密切相关,然而,我们已不再理解早期成果中用以描述法律的远大理想与其实际成就之间的“差距”一词的意义。Frank Munger, Mapping Law and Society, in Crossing Boundaries: Tradition And Transformation In Law And Society Research 21, 42-55(Austin Sarat et al. eds., 1998). 转引自前引③论文。

^{②6} 事实上,不断援引法外因素(包括道德、习惯、文化、政治目标、价值观和社会利益权衡等等)对法律规则及原则进行解释已成为法律实践中不言而喻的准则,所谓有职业法律家从法律规则、逻辑和原理出发根据法律思维进行的推理、解释和法律适用的技术和过程已经无法在司法实践中严格遵循。制度建构中道德、传统文化、成本效益等因素更是不得不考虑的基本要素。

第四,法律家共同体的社会回归。最初,法律现实主义的出现是为了支持一种政治改革,它大胆地揭露了法律自治理念和法律职业集团竭力掩藏的事实,揭开了蒙在美国人眼前的纱幕。人们发现,法律职业与法律教育的传统实际上并不仅仅是生产和延续着正义,同时也维护着这个职业对于纠纷解决和法律事务的垄断和法律话语权,长久以来,这种垄断给社会带来的并非都是好处。“历史说明,如果谁侮辱了传统的法学教授和法律职业,他们就可能成为强大的敌人向你进行报复。”^⑦然而,一旦这种批判和反思从外部引发了来自内部的呼应,就是法律重归社会的开始。ADR运动、对民间社会力量及其规范的重视以及法律教育改革,^⑧无不反映出一种新的开放理念和法律家回应社会的积极态度,而法与社会研究以及新法律现实主义则是这种社会回归的旗帜和先导。只有具备了这种勇气和态度,法律家才可能在社会治理和法律实践中发挥更重要的作用。^⑨

最后,当代社会的多元化发展趋势及司法危机。当代法与社会研究实际上可以归结为一种法律多元的理念,而这实质上是对社会自身的多元化发展趋势的回应。^⑩面对多元化的社会需求、多元化的价值观与规则体系,单一化的法治思路和制度远远不能解释和应对。在长期的实践和尝试之后,人们发现,如果仅依靠国家权力、法律及正式机制,是远远无法满足社会治理需要的。以社会自治和自律机制补充法律调整,以协商和解替代诉讼对抗,以宽容和协调、长久的合作关系填充法律权利义务的框架,以实际可行性和社会效果评价法律规则的必要性、成本和运作方式,以多元化的价值和动态的方式应对社会发展带来的各种问题,在和谐与效益的秩序中推动社会发展,这些理念都已得到社会的普遍认同,并逐步形成公共政策和价值观。即使是最高司法机关的违宪审查的正当性,也在一定程度上受到多元化理念的挑战,开始颠覆某些传统法律文化、原理和法律思维。另一方面,曾被推崇备至的司法机制在现实中已日益暴露出种种局限或弊端,被称之为司法的危机。这种事实进一步从外至内地加快了对司法迷信和传统法理的颠覆,并推动了司法改革。^⑪

⑦ 前引③论文。

⑧ 例如,美国的诊所式教育(Clinic Legal Education)就是适应社会转型的需要,为了改造传统法学院脱离社会实际的教育而建立和发展起来的,ADR是诊所教育中的重要组成部分。笔者在美国的考察中发现并得到证实的是:诊所教育的教师群体较之正式的法学教授而言,对现行法律制度更具有批判性,更重视实际操作性,也更少对法律制度和规则的迷信。

⑨ 威斯康星大学法学院的合同法课程以教授“行动中的法”为宗旨,笔者围绕这种教学方式与麦考利教授进行了讨论,笔者谈到:在中国,我们经常为法学教育的目标感到困惑,人们希望对法律学生进行法律意识形态的教育和培养,一方面使他们具有法律“信仰”,将法律奉作至尊;另一方面希望使他们获得法律的操作技能——法律解释、举证、辩论、法律规则援引适用等等,这些技能使他们区别于普通的民众,成为法律规则的运作者。而法与社会的研究则告诉他们规则以外的秩序、非法律合作的意义,以及法律的局限性等等,这对于那些期待从法学院获得法律“信仰”、技术和操作性知识的学生而言,是否会影响他们对法律的权威、功能以及对法律技术的尊重和掌握?更进一步地说,“行动中的法”学说是否会动摇社会对法治的信念?麦考利教授认为:如果只以理想化或意识形态的方式看待法制,那么这种法的理论,就会远远脱离律师和社会成员的实践经验,那么,又怎能期待人们严肃地对待我们的理论?我认为,显然我们的方法有助于培养训练那些希望成为律师的人——如果行动中的制度涉及和解和谈判,如果(通过诉讼)主张权利需要较高成本(包括诉讼费用以及对有价值的关系造成的损害),而且,如果我们的法律规则体系本身存在矛盾——那么,律师必须能够对付这些问题。但是理论家也面临一些挑战。我不认为法律与社会研究方法意味着否定法律的运作及需要。法律有影响和作用,但是它不是无所不能的。而且,我们有许多诉讼的替代方式,而律师应该清楚地知道什么是合理的选择。理论家也必须如此。如果一种理论只适用于所有的交易中的一个非常有限的微小类型,这是什么样的理论?我时常说,我们教育的使命是要使学生成为敢于怀疑的人、但不是犬儒学者(愤世嫉俗)——这不是一件轻松的任务。(引自本人与麦考利教授的电子邮件通信)。

⑩ 这种多元化理论并不意味着将简单地自然法学、规范分析法学和法社会学三种方法进行调和或综合,而属于法社会学的一种基本立场。其主旨是在尊重传统法学流派及其有益成果的基础上,坚持以实证方法对考察和验证那些未经证实的或需要验证、发现的事实,用事实证明、证伪或补充、修正各种理论假说或已经过时的理论、制度及观念。

⑪ 有关这一问题的分析及资料参见范愉:《诉讼的价值、运行机制与社会效应》,载《北大法律评论》(第1卷第1辑)(1998年2月);《浅谈当代“非诉讼纠纷解决”的发展及其趋势》,载《比较法研究》2003年第4期;《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第二章第2节。以及[英]朱克曼主编:《危机中的民事司法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版。

三、当代世界法律现实主义传统及发展

实际上,无论是关注法与社会之联系的法社会学,还是从事实 and 实际需要出发的法律现实主义思想都并非美国的专利。美国新法律现实主义在回顾其思想渊源时,不仅将其归功于欧洲的法社会学思想家,而且高度评价法人类学对其发展的巨大贡献。^②在欧洲大陆,从历史法学派、马克思、埃利希、杜尔凯姆到卢曼等人为代表的法社会学(及法人类学)传统,以及斯堪的纳维亚学派的现实主义理念,不仅对其法律制度及社会制度的建构起到了深远的影响,并且在比较法研究中也体现为一种实证主义风格。^③

不可否认,现实主义的立场和研究方法并不能简单等同于“法律现实主义”流派,但在法社会学的研究中又确实贯通着一种共同的基本精神,并在当代不同国家的法学界中产生了共鸣。可以说,现实主义法学在东亚国家和地区亦有着深厚的基础。继受西方法学的日本法学家综合欧洲和美国的学术传统,很早就开拓了一条属于自己的法社会学研究和现实主义方法。尤其是在第二次世界大战之后,法学家们目光向下,深入实际进行实证调研,进一步推动了法与社会的有机协调与互动。日本的法意识论、法文化论和法社会学的理论体系及研究成果对当代法学产生了不可低估的影响;^④法人类学则将法律多元理论阐发得更具解释性;^⑤而在实证研究方面,东亚学者同样成果卓著,无论是法史学、纠纷解决研究或部门法学,乃至理论法学很多都以鲜明的现实性课题和实证性研究方法构成其研究特色。^⑥

近年来,在经济全球化背景下,东亚国家对于法与社会及全球化的关系普遍给予关注。已经有许多研究者对这一问题进行了关联性的研究。例如,2002年在日本国立九州大学法学院举办的为期十天的国际研讨项目:“亚洲——开放的社会与法”(Law and the Open Society in Asia),与会者一个共同的问题意识是,在法制化的进程中必须积极面对法与社会互动这个课题,一方面实现法与社会的现代化,另一方面又要处理好本土社会的文化、传统与法制的协调,同时还必须应对经济全球化的挑战。^⑦近年来,东亚法律多元的思潮影响日增,例如,日本名古屋大学教授安田信之所提出的法律多元的解释框架作为一种方法论或认识论,得到了许多法学家的认同。^⑧这种认识框架强调,在非西方国家的法治与社会发展中,除了认识过国家权力与法律的作用外,更需要尊重经济和市场规律,同时需要提高其文化自觉和对

② 麦考利教授指出:我们使用“行动中的法”这一概念描述自己所从事的研究事业,但同时也非常明确地考虑到了埃利希的理念。实际上,我们受到的埃利希理念的影响可能比对庞德思想的意识更多。……此外,我还从马林诺夫斯基(Malinowski)教授的《初民社会的犯罪与习惯(Crime and Custom in Savage Society)》中获益甚多。参见前引③论文。

③ 因篇幅所限,不得不略去对这一段重要的学说史的追溯。

④ 参见何勤华:《当代日本法学》,上海社会科学出版社1991年版,第一、四章;陈根发:《论日本法的精神》,北京大学出版社2005年版,第五、七章,以及国内已经译出的川岛武宜和大木雅夫等人的著作。

⑤ 例如,[日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译:中国政法大学出版社1997年版。

⑥ 例如,日本法理学会每年的主题都是实践性的,例如,医学伦理的挑战、所有权的发展及理论更新、司法改革等等,而选择纯粹理论研究法理学家则比较罕见,很多参加法理学会的会员都同时是部门法的专家,而重要的法与社会课题的研究往往都是跨学科的。同样,诸如民法和民事诉讼法等传统法学领域的社会学研究和比较研究都具有很强的实证指向。

⑦ 这一项目由日本学术振兴会资助,属于亚洲科学研讨系列项目的组成部分。研讨会共有来自中国大陆及香港、日本、韩国、泰国、巴基斯坦、孟加拉国、新加坡、菲律宾、印度尼西亚、越南等国家和地区的50余名代表参加。研讨会分为9个专题:法律文化与法律意识、法律与宗教、亚洲宪法与社会重构;亚洲合同法与所有权法,公司法、贸易法和投资法,刑法的发展与犯罪问题,纠纷解决、法律职业与法律教育,国际法与亚洲国际法律支援,亚洲国家的法律资源共享及数据库建设等。不过,中国与其他非西方发展中国家显然存在许多重要的不同,包括制度建构的方式、政治体制和社会自然条件等诸多的差异,甚至法学家的意识问题和方法也有明显的差距——中国法学家普遍更关心的是建立规则体系(立法)和制度改革问题,但对法律文化以及法与社会的互动问题关心不足。

⑧ Yasuda, Nobuyuki: How Can Law Interact With The Society? — A Note on Recent Law Reform Movement in Asia, 安田教授的观点在很大程度上是在昂格尔的三种法的类型的理论模式上的重构。笔者有关这一理论模式的评介和对中国法制的思考,参见范愉:《从司法实践视角看经济全球化与我国法制建设的关系》,载《比较法在中国》(2005年卷),法律出版社2005年版;简略版载《法律科学》2005年第1期。在2006年3月25日召开的第六届东亚法哲学研讨会(台湾大学)上,安田信之教授进一步阐发了他的这一理论。参见该研讨会网站:<http://www.law.ntu.edu.tw/east-asia2006/EA-HOME/EA-Home.html>。

社会基础的维护。而法学家则应该放弃对形式主义、法律意识形态和法律家共同体利益的片面追求,以现实主义的态度面对社会的客观事实,客观评价法律规则与制度的实际作用和效果,准确把握法律与社会关系的实际状况,这就需要对法律的实际运行进行自下而上的经验性研究,需要对法律制度建构及发展战略提出符合实际的提案,并进而在社会转型、制度建构和社会治理方面作出积极应对。

在中国,尽管面对着法律意识形态和普适主义的强大抵制,但法律现实主义仍以本土化、实证研究等理念和方法显示出其力量,并直接与法律移植和制度建构、法律改革等现实议题紧密相关。不容否认,目前中国大陆的法学家也进行了许多有价值的自下而上的实证研究,涉及法制本土化问题的研究成果已经问世;非正式制度、调解乃至私力救济的意义逐步被法律界所承认,民间法也成为热门话题。^③学者倡导的现实主义和实证研究方法不仅有利于法学自身的改善,也会极大地影响到司法实务界。2004年初,笔者在一篇探讨中国法院诉讼调解的论文中指出,法院调解政策的变化,预示着“司法政策和改革重新回归到现实主义和经验主义的基础上”。^④同年10月最高法院院长肖扬在美国耶鲁大学发表题为“中国司法:挑战与改革”的演讲时提出:在中国目前的法院审判中,对正义执著追求的“理想主义”可能在一定程度上必须让位于解决纠纷的“现实主义”。^⑤由此可见,中国法律界也开始接受现实主义的理念,与世界性的法律现实主义思潮殊途同归。尽管这并不意味着法院和法学界已经开始脱离了法律意识形态的影响甚至支配,但可以预见,今后的“司法改革”和司法实践必然是教条主义与现实主义重复博弈的过程,政策的反复在所难免,但单一化的法律形式主义和教条主义将难以再成为唯一的主宰。

四、反思中国法学与法治

新法律现实主义理念既可以作为一面镜子,令我们反思法学理论存在的问题,也有藉此思考中国法治理念的转型和建构。诚如许多学者所言,中国目前的法学研究基本上是建立在一种现代化情结或范式上的,^⑥而中国的法治建构则与法律移植的主题息息相关。在法制现代化运动中,法律移植主要是指通过引进外国法,制定和建立相应的法律和制度。尽管关于法治本身以及继受西方法的必要性已成为一种社会的基本共识,其趋势已不可逆转;然而,其真正走向及具体的制度建构仍充满了变数。迄今为止,处于法律移植情境中的法学反映出的问题主要是:

首先,法律移植本质上是一种自上而下的运动。各国法律继受的初期,几乎毫无例外都是由法律精英(特别是法学家)设计并操作,即使在今天,法律移植的主导权、决策权也仍是掌握在一些政治精英和

③ 当然这并不意味着这些研究已经产生了重要的社会影响。需要特别指出的是,在目前中国的学术界,“引证率”并不足以作为一种证明某种学说或学者影响力的科学依据。因为,只有在一个完全遵守科学规范的环境中,引用率才能显示其功能。当前的问题时,首先,在中国学术界和实务界撰写的“论著”中,相当多的剽窃、变相抄袭和不规范使用,无疑是不会标注原作者的姓名的,剽窃与引用成反比,越是专门的研究,此类情形越严重。其次,引用在很大程度上还停留在引证权威的层次,正像以前将马恩列斯语录作为不证自明的逻辑前提一样,目前许多研究中这种引证情况还相当普遍,反映了学术界的偶像崇拜和一种非科学的风气,而一些对有很大社会影响力的“媒体法学家”,无非是借助了传播的话语权,同样并不代表其学术威望。第三,目前中国书籍文献出版量与速度与读者实际获得和阅读的文献不成比例。研究者没有形成在著述之前首先检索和穷尽已有资料的学术习惯,加之学风不正,评论界存在趋炎附势、弄虚作假和炒作之风,因此,实际上仅有少量文献和书籍会引起关注和引用。最后,很多法律实务界以论文作为业绩评价标准,经常举办各种论文比赛、评奖等活动,在选题确定的情况下,很容易造成集中的批量生产,集中引用、重复引用、非规范引用的情况极为普遍。总之,目前我国法学界以引用率判断学术成就和影响是不够科学的、至少是不充分的。

④ 范愉:《调解的重构》(下),载《法制与社会发展》2004年第3期,第91页。

⑤ 颜茂昆:《肖扬在美国耶鲁大学发表演讲》,载《人民法院报》2004年10月12日。

⑥ 邓正来教授认为:中国法学之所以无力引领中国法制发展,实是因为它们都受一种“现代化范式”的支配。邓正来:《中国法学向何处去》,载《政法论坛》2005年第1-4期。邓教授对中国法学乃至中国学术界的批判是深刻和极具建设性的,但是笔者对于中国法学家是否能够或有必要建立一种“中国法律理想图景”表示疑问,因为理想和理念本身是无法证明自身的科学性或合理性的,而学者本身更是难以具有这样的能力。

法律精英手中^{④3}。当代中国的法律移植已渗透在日常的立法或“改革”活动中,然而,尽管立法与决策的参与者范围扩大了,但就其整体而言,与当年沈家本等先人对国外法律与中国社会实际的认识及其慎重态度几乎不可同日而语。法律规则和制度的设计者与决定者除热衷于对国外“先进经验”进行考察外,很少在本国进行大规模的社会调查;对所谓法系、历史渊源、形式、成本等问题也很少展开过认真论证,遑论慎思民族习惯和传统文化。多数立法未经过全民参与的社会论证就迅速完成。^{④4}严格地说,这种选择和移植中并没有开通真正表达民众和社会需求的渠道。在移植过程中,立法者和法学精英自身知识的不足、利益与价值观的左右,论证中对事实的裁剪、信息高度不对称,以及媒体舆论(同样主要代表部分社会精英)的操作等因素相互纠葛,加之民众对立法的陌生和疏远以及参与的困难,即使采用了某种公开的形式或程序,民主选择的功能也难以实现。

其次,法律移植通常采用的是国家权力和“法律中心”的单一视角,旨在将现代的法律规则、制度、形式、程序从西方法治国家移植到本国,体现着国家或政府以法律为工具实现社会治理的强烈需求和期待。随着制度和规则的移植,法律教育制度、法律职业群体和法学研究亦在以大跃进的方式日益扩大,不断壮大的法律职业集团在为社会带来福祉和正义的同时,也在试图建立对司法活动乃至纠纷解决过程的垄断,并通过争取参与决策的机会扩大自己的利益及影响。国家权力与法学家之间的博弈很容易在“与国际接轨”的口号上达到一致,并以法律全球化和与国际接轨的名义助长一些轻率的移植。毫不奇怪,美国的国际影响力使得其成为移植目标的首选,目前美国对中国法律制度、教育和文化的渗透程度远远超过了其他国家。^{④5}然而,这种偏好和选择由于往往并非是对其制度的优劣、可行性、移植成本和理念进行详细考察和深思熟虑的结果,常常是不考虑与原有制度的衔接,舍近求远,徒增许多混乱。有时一个制度的引进近乎于草率,乃至成为具文、或与原有的体系发生无法释解的冲突^{④6}。

第三,法律中心论与法律形式主义构成的一种意识形态占据着主流,把持着话语权并对法学和立法产生着极大的影响,^{④7}这种意识形态最大的特点就是仅仅以一些现代理念或概念(例如人权、隐私权、知情权、自由权等等)作为立法的出发点和价值取向,而不问这些概念背后的利益和条件究竟是什么,不关心社会环境和基本事实,更不关心法律的道德基础。当制度与规则的运行及其效果不尽如人意时,法

^{④3} 参见刘星:《重新理解法律移植——从“历史”到“当下”》,载《中国社会科学》2004年第5期,该论文对此有较深刻的批评。

^{④4} 在某些原本并无既有制度的领域,如股票、期货和一些现代金融制度,尚可容忍反复试错,但也同样存在着与既有制度衔接的问题。而在涉及民生和社会基础的诸法领域,如民法及民事诉讼,移植而来的制度与现实社会治理需求与效果的差距则根本无法消弭。而理念方面的冲突同样在所难免,从《物权法》制定中的问题和波折就可略见一斑。

^{④5} 法律输出乃至法律帝国主义的一条捷径就是通过法律家的教育对一个国家的法律文化进行渗透,在这种渗透中,法律家起到了最积极和忠实的中介和推动作用。当代中国法律教育和培训中,美国法律教育和法学的影响已占压倒优势,乃至一些基层法院的法官也被送到美国培训。美国法学译著在中国出版的种类和数量非常惊人,不过,这个进程未必是美国法学家的自觉意识。美国许多在1960年代曾参与法律与发展运动的老一代法学家后来在实践中深刻反思,批判和否定了法律输出和法律帝国主义。而在我国,那些对美国法治持批评态度的“法与社会”研究、批判主义法学等学派的研究成果和观点,往往被视为后现代主义而有意识地被加以筛选或不受欢迎。

^{④6} 例如有关引进美国集团诉讼问题的讨论。参见范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版。

^{④7} 强世功认为:当代法理学成功地建构了一种全新的法律观,即倡导一种没有国家的法律观,或者说是一种没有政治的法律观。……从形式上说,这种法律观体现了一种“法制主义”(legalism),即从形式合理性、普遍适用性、程序正义和法律的内在道德性等这些法律规则本身的内在特征入手来理解法律;从实质上说,这种法律观体现了一种自由主义的权利观,即把自然权利作为思考法律内容的出发点。“法理学可能由此变成法律人的意识形态,丧失作为一门科学所具有的开放性和发展可能性,逐渐沦为一种新的教条。今天,法学研究中的教条化倾向已经初见端倪。”强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思性考察》,载《中国社会科学》2005年第1期。实际上法学家偶像化也是我们社会的一个标志性的现象,激进法律理想主义往往借助媒体,压倒不同声音和反对意见,加剧非理性情绪。

学家提出的“法律信仰”、^⑩“法律家共同体”等理念亦无法解决这些困境。而司法机关推行的种种改革和政策,同样受到这些理念支配,乃至经常遭遇到现实的嘲弄。^⑪

最后,在法律移植过程中,尽管“国情”、民意和承受力等概念经常成为立法中某项制度或规则能否成立的重要理由,但是就整体而言,依然主要是基于利益平衡和成本方面的考量,立法者、法学家及主流社会舆论在立法过程中的文化自觉非常低,无论是《婚姻法》、《物权法》的制定修改或是民法典的编纂,以传统文化、社会道德、伦理习惯等为理由的意见和建议不仅鲜有考虑,也很难被法律所吸收。^⑫与其他东亚国家和地区相比较而言,^⑬中国大陆法律移植和建构中的文化自觉和传统维系意识最弱,法的实施效果也最差——各种非正式救济机制往往受到国家和法律的打压;^⑭民间社会规范在正式的司法活动中原则上不被承认。^⑮

在我国,现实主义的理念尽管已经出现,但相对于主流的法律意识形态,其声音和影响还非常微弱。然而,以这种立场或方法反思中国大陆的法律移植以及法学研究,确实非常必要,至少可以得到以下启示:

首先,需要以一种现实主义的态度和经验实证方法研究解决中国问题、建立中国法学、为中国的法治进程提供合理可行的政策和方案。诚然,中国的法治是一种政府主导的自上而下的进程,法律精英在制度建构中确实承担着重要的历史使命,但这并不意味着这种法学研究和制度建构可以仅从原理和理念出发。事实证明,精英主导的政策、立法和改革许多不过是某种利益的体现,有些则已经被实践证明是失败的。解决中国的问题首先应了解中国社会的现实、需求及可能采取的最佳方式,为了减少错误信息和对公众的误导,法学家应尽可能地基于第一手资料和真正的事实展开其研究和论证,既不是仅仅依据法律条文,也不是仅仅根据一些被媒体剪裁和炒作过的“案例”材料^⑯坐而论道。经验性研究本身存

⑩ 在当代中国,“法律信仰”问题已经从一种似是而非的误解发展为一种思想体系,尽管其中不乏积极意义(参见许章润等:《法律信仰——中国语境及其意义》,广西师范大学出版社2003年版,以及收入该文集的笔者论文:《法律怎样被信仰》)。所谓信仰并非信念或信心,通常是指宗教及其他非理性的超验信念。实际上,所谓法律信仰的命题本身是对西方某些法学思想的误读,没有任何经验性的依据,在三大法学流派的思想中都不能推断出对法律规则和制度信仰的命题,如果是指对自然法学中崇尚的正义价值观等的信仰的话,那么在任何民族的文化中都存在这样的基本立场,中国法律文化同样如此。能够成立的命题是“法”的信仰,即对法律规则和制度之上或背后的价值——正义、公平、真善美和道德的信仰,法律只有借助这些力量才能提高其正当性和权威,从而有效地实施,而不是仅依靠国家权力和对法律规则的迷信。

⑪ 法院在司法改革中曾以“司法能动主义”为其最高理想,以程序公正为基本理念,但前一个时期的许多司法改革措施均已告失败或受挫。尽管法院在事实面前不得不调整政策,宣称应以现实主义为基点,但是从其推行的改革规划看,很难说现实主义已成为法院的主导理念,毋宁说仍处在多种理念的博弈过程中。

⑫ 近年来法学界虽然不断强调本土化主张,但在具体立法和制度设计中,这种文化自觉却始终并不明显,或停留在一些大而空的中华民族传统美德之类的标榜和纯精神层面的道德(德治)宣传上。2000年《婚姻法》修改过程中曾提出有关禁止姻亲之间婚姻的问题,招致法学界和社会学界精英的激烈反对,迅即被摒弃于修改案之外。

⑬ 以日本和韩国为例,两国的法律乃至宪法中都体现出一种强烈的民族精神,无论是日本的“和”或集体主义的理念,还是韩国人刚柔相济的精神,在其法律规则及其实施中都可以明显地体现出来,而关乎民生和家庭的民法中更是渗透了对传统文化和道德的尊重与延续。

⑭ 近年来,随着一些提倡多元化纠纷解决机制的声音和实践中的需求,对于制度化的人民调解已经开始进行重构,但相当多的意见倾向于将其正规化、法制化,与此同时,民间私力救济正在活跃地发展,有可能占领非正式救济的广阔空间。

⑮ 只有在实践问题积重难返时,才可能由司法解释文件加以协调。例如最高法院关于《婚姻法》司法解释(二)中关于彩礼问题的处理意见。目前一些基层法院和法庭已开始承认甚至强调民间社会规范在纠纷解决中的作用,但是就整体发展趋势而言,这不可能成为法院和司法活动的主流。

⑯ 以2005年在各种媒体上炒作的王斌余案为例,法院认定的事实与媒体报道大相径庭,一个身携上千元现金、刚刚自愿接受了劳动部门的调解,5天之内就能够结清欠薪的人,因一时激愤杀害了几个并非其雇主的无辜者(包括妇女)。而在媒体的报道下,学者们将其描述为一个“身无分文”、“投诉无门”,在走投无路的境况下杀害恶老板的“弱势群体”代表。微妙的事实改变就这样成为一些学者立论的基础。参见:《王斌余故意杀人案二审宣判》,载《人民法院报》2005年19月20日;《要新闻事实还是法律事实?王斌余案真相还原》,载《检察日报》2005年09月21日。

在着固有局限性,并且极大地依赖于研究者拥有的资源、科学精神及诚信,以及能力和技术。^⑤而且,其研究发现常常因为不合时宜而受到冷遇。然而,只有经验性研究才能使我们接近于法律和社会的真实,而如果没有真实的前提,任何制度建构和设计都不可能是合理的。经验性研究的目标应该是通过大量事实证据(包括实况调研、数据、统计等等)揭示社会和法律运行的真实状况和客观需求,发现问题,探讨分析制度建构的一切必须条件和成本收益。总之,应以一套科学的方法、尽可能接近客观真实,使法学、立法和对法治的期待到回归到现实的基础上。^⑥

其次,应以一种现实主义的态度检讨中国法治发展之路,破除所谓法律信仰的虚假命题,客观地认识法律的作用及其局限性,^⑦保证法与社会的协调,平稳地实现社会转型。现实主义并非后现代主义,作为一种以事实为出发点的研究方法,它摒弃超验的法律意识形态、形式主义和唯原理主义(普适主义),能够融会贯通各种多元化的视角和方法,包括经济分析法学、法文化论、公共管理以及其他学派的方法和研究成果。现实主义的方法和立场可以将现代性的问题与后现代的问题同时放在中国社会现实的基础上进行客观考量,将具体制度的建构建立在实证和经验性的考察分析之上,兼顾可行性、现实性和成本效益分析,其具体结论则应该是开放的。在我国自上而下地推行现代法治的过程中,现实主义主张循序渐进的发展进路,避免通过盲目推进国家法律制度迅速摧毁原有的社会秩序、道德和价值观,造成传统的失落和社会失范,并在数代人中出现连续性的不可逆转的效应——社会的精神生活贫乏、信仰缺失、道德失范以及社会凝聚力和自治力丧失等等。“五四运动”以来,我们在推进科学与民主的同时,忽略了现代西方文明中多元化的因素、尤其是宗教信仰及传统文化的重要社会功能,在破旧立新的发展中对基层秩序、社会共同体以及道德等机制造成了一定程度的破坏;而近年来以“大跃进”的方式推进法治的结果,尽管起到了社会启蒙的作用,但也在一定程度上成为法律职业权力扩张与利益争夺的契机,对法律的权威与正当性造成了一定损害。在这种背景下,当务之急、并且可能是今后相当长时期内最艰难的使命,是重建社会的道德与精神信仰,培养全社会的诚信、责任和主流文化。^⑧正如西方学者裴文睿(Randy Peerenboom)指出的:“法治并不总是最有效的解决方案。在有些情况下,依靠市场或政治渠道,而不是依靠正式的法律,可能是约束当事方或解决纠纷的更有效的方法。而且,只有在与文化价值、非正式惯例和制度及经济发展的一般水平相适应的情况下,法律才是最有效的。……在没有其他制度、经济政策和文化习俗相应变革的情况下,单枪匹马地进行法律体制改革,会使改革的效力受到限制”。^⑨

第三,采取自下而上的视角,不是仅热衷于通过宪政以及正式的法律制度和规则实现社会治理,而是更注重通过法的实施与纠纷解决的实际,了解社会的实际需求,寻找解决问题的合理途径。尤其是应重视社会基础、文化传统、人民的生活行为习惯和社会成本。从中国目前的实际而言,在法典编纂和法

⑤ 麦考利教授指出:经常,我们最多只能提供一些临时性的和量化的描述,最多做出一些猜测,这些猜想是每个人在做了我们的考察之后都能够发现的。然而,我们的研究是由规范的立场所支撑的,而不是依赖于那些奇闻轶事、都市传说、或我们自己想要相信的自说自话,因为太多的法学教授专门研究了一两个事例,就断言这是一个必须引起关注的相当典型的或重要的现象。前引③论文。

⑥ 研究和解决中国问题也需要对国外的经验和教训有客观真实的了解,在比较法研究方面,同样需要依赖经验性的资料及分析。

⑦ 有人可能认为这样会鼓励国人“不把法律当回事”的态度,实际上,法社会学的大量研究证明,法律的实施程度及效果与意识形态基本无关,而是与法律主体的利益、守法的道德意识及执法成本成正比(参见朱景文:《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,536页以下,第二节,人们遵守法律的原因)。为了使法律能有效实施,首先考虑的是法律的正当性与合理性、利益与价值取向,及其与社会道德的同向性(也包括与传统和习惯的同向性),其次是能否承担必需的成本(同向性越高则成本越低,反之亦然)。确立法律权威需要守法的道德信念和执法成本,而民众对法律认知及情感的提高并不会因法律信仰和法律意识形态的宣传而促成。在这个意义上,“不把法律当回事”是中国的一种事实,需要的不是否定这一事实的存在,而是如何逐步确立法律的权威。

⑧ 当然这决不意味着否定政治体制改革的意义。从本质上而言,法治的建立与实施,是与民主政治不可分的。然而,即使是宪政,如果制定得尽善尽美,但无法实施,最终不过是理想而已。事实上,目前我们尽管已有认识甚至呼吁,但实际上对于精神与道德的重建几乎束手无策。

⑨ [美]裴文睿(Randy Peerenboom):《中国的法治与经济发展》,载《洪范评论》(第1卷第1辑),中国政法大学出版社2004年版。

律制定中,已不大可能再通过大规模的社会调查、收集民间习惯等方式缩小法与社会之间的差距,因为社会转型与变动的速度是惊人的,传统习惯已经迅速嬗变,而新的习俗和行为规范无时不在形成变化中,期待以类似法国或德国民法典的模式建立无所不包的民事秩序,由以解决所有民事纠纷,本身是不切合实际的幻想。因此,毋宁将民法典设定为一种基本框架、原则和规则,减少对它的理想主义期待,同时尊重社会机制自身的调节规律,借助多元化纠纷解决机制和社会规范(social norms),提倡当事人和社会成员以协商、和平(非对抗)、经济、灵活的方式,在法律的框架下(in the shadow of law)争取双赢或多赢的解决。^⑨

第四,科学合理地进行法律移植、制度建构和路径选择。仅仅发现法与社会的差距是不够的,还应由此探索合理的发展战略,建立符合实际的政策和目标。现实主义的态度认同社会稳定与和谐的价值,认为在制度建构过程中,必须考虑到成本、效益和现实可能性。一方面,应注重正式的制度与非正式机制,国家规制与社会自治的协调,尽可能地通过既有制度的转型发挥现代功能,减少大规模解构与频繁变动带来的动荡与风险;另一方面,在一些基本法律制度和程序方面应继续坚持现代化目标,循序渐进地(而不是以大跃进的方式)实现法制化的目标。在法律移植过程中,国家(立法者)对于文化的态度往往会决定不同的继受模式和结果,在这方面,中国应该向东亚其他国家和地区学习,增加文化认同意识,确立多元化模式和路径,建立更多的替代性机制。

最后,以经验性研究方法整合法学与其他社会科学,借鉴各种社会科学方法提高法学的科学性。在经验性实证研究的价值得到社会和法律界的认同之时,最重要的是清醒地认识到这种方法自身的局限。“今天,新法律现实主义可能会面临着基于社会科学立场的批评,甚至包括一些通过收集资料数据进行研究者对其发动的挑战。然而,只要双方都忠实地遵守科学游戏规则,就都会做出有益的贡献”。^⑩最易给现实主义研究方法造成致命伤害的,是伪实证主义的方法,即以实证研究为标榜的非科学方法,目前这种情况已屡见不鲜,主要包括:先入为主地提出论断或主观臆测,以零星获得的所谓实证资料或媒体上的案例进行填充;对科学方法和技术的无知导致的对资料数据的误读或误用;个别或少数第一手的资料的过度使用;缺乏对资料数据局限性的认识;个案及田野调查的局限;证据不足的结论,事实资料的虚假处理、剪裁或缺乏说明,等等。有时,由于方法和训练不足,或受主观先见的支配,调研者即使亲自进入基层和实践,也未必能够获得第一手资料并得出令人信服的研究结论。同样,缺乏对以往研究资料的全面把握和同类研究之间的交流互动,也会导致实证研究停留在肤浅的观察之上,难以获得更有价值的分析。^⑪正因为存在这些问题,麦考利教授告诫我们:即使有些社会科学研究看起来能支持我们偏好的观点,但只要我们关心的是事情的发展而不是为了寻求支持自己观点的权威修辞,就必须以怀疑和谨

⑨ 一个由中美学者联合进行的对北京市民在纠纷解决方式选择方面的调研,采用了与美国芝加哥大学同样的问卷和方式,调研结果表明:“当在中国观察纠纷行为的时候,很多西方的观察者都倾向于寻找(希望有)大众对正式法律动员的信心和支持。同奥尔福德(2002年)和克拉克(2003年)一样,笔者对这种强大的美国意识形态的动机、功用和经验基础有所怀疑。笔者觉得没有必然的理由认为正式的法律比其他已有的选择要好。[美]麦宜生:《市民生活中的法律》,王平译,载郭星华、陆益龙等:《法律与社会——社会学和法学的视角》,中国人民大学出版社2004年版,第101-102页。同时,研究也显示出,中国民众对于实质(结果)正义与程序正义的区别比较淡漠,一般而言更关注结果的公正而不是过程或程序。

⑩ But see Elizabeth Warren, The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences, 2002 Wis. L. Rev. 1. 转引自前引③。

⑪ 麦考利教授已故的妻子是一位卓越的律师和编辑,同时具有良好的社会科学研究方法训练。她在一篇论文中将法学界实证研究存在的问题列举为:(1)急功近利的短视观点。(2)样本偏差及对第二手报告缺少足以识别的标识。(3)对样本提供者的定位、识别的偏差。(4)对研究进行所处的环境定义不完整。(5)没有数据的细节(例如,在没有任何证据的情况下,研究穷人的特点并假定其他人必然与之不同)。(6)无效的因果推论。(7)外在世界的偏差(影响到所收集的社会统计资料)。(8)具有“意义”的相同性与差异性(不详)。(9)理论、概念和方法不充分的问题,包括:(a)虚假的二分法。(b)可疑的对称。(c)结果未定的循环。(d)缺少替代物。(e)带有贬义的标签和证据不足的臆测。(f)理论与操作中的变数不一致。(g)过于简单的模式和无批判的变动。(10)由于学术规范和学术成功道路造成的问题。(Jackie Macaulay, Some Barriers to Drawing Conclusions from Social Science Research(1979), available at www.law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/barriers.pdf.)

慎的目光去加以审视。^⑤ 同样,对于其他社会科学的研究成果及方法,不仅需要相互借鉴,也需要通过经验性方法和客观的态度进行交叉验证。^⑥ 实证研究的最终目标就是尽可能发现事实或提供最充分的证据,以将结论或制度建构建立在扎实的前提或基础之上,当不同调研获得的事实及分析能够相互印证时,应该说这种实证研究就已经取得了初步的成就,接近了相对客观的事实或真相。^⑦

总之,新法律现实主义是对传统法学方法的反思,但并非后现代主义,这种立场并不否定法治的价值和功能,但不认为法治是唯一和万能的;同样,它并不主张以非正式制度和非法律方法替代法制,而是寻求多元化的路径。现实主义强调以经验实证性方法发现事实,在此基础上科学地设计制度、分析其利弊和成本,选择现实可行、成本与风险较低的道路;其研究强调立场的客观和中立,但不排除支持一些相对保守的观点和做法。对于中国目前的社会发展和法律移植而言,法律现实主义的口号应该是法制与社会的可持续发展。^⑧ 对于中国法学而言,法律现实主义代表着一种从实际出发和实事求是的精神以及一种经验性的实证研究方法,这种理论本质上是一种态度和起点,而不是一种结论和意识形态。

Abstract: This thesis starts at giving an evaluation to the “New Legal Realism” of the United States, and analyzed the realism position and empirical research method of the “Law and Society” studying, and it’s developing and meaning in the scope of world. Basis on that studying, this thesis then analyzed the problems inside the ideas of rule of law and jurisprudence of contemporary China, in order to promote a kind of realism research approach and position which bases on the empirical research method, studying facts and concrete problems, and its target is to solving actuality problem.

(责任编辑:李小明)

⑤ 前引③论文。

⑥ 例如,近年来某些社会学研究,也失去了其应有的实证特性,简单地将西方实证研究的二手资料或某一些学者的观点作为论证的基础,借助媒体的炒作,将某些性学、同性恋、女权问题等研究引上了歧途,同时产生了非常消极的社会效果。而不少社会科学研究对法的理解往往也是从原理出发的。

⑦ 例如,近些年不同学科的学者对我国农村社会发展与纠纷解决、法律服务方面的实证研究,在一定程度上可以相互印证,也由此对一些根据推理和间接材料作出的分析结论提出了反证。例如,王亚新:《农村法律服务问题实证研究》,载《法制与社会发展》2006年3期,对于基层法庭和司法所(法律服务所)的实证研究是一个比较成功的实证研究范例。其资料与分析结论与其学者(也包括笔者)的实证研究和观察能够形成相互印证。

⑧ 笔者对于这一理念的阐发参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制(ADR)与法治的可持续发展》,载《法制现代化》(第九卷),南京师范大学出版社2004年10月版;范愉:《以多元化纠纷解决机制保证社会的可持续发展》,载《法律适用》2005年第2期。