

法律实证研究中的伦理问题

——以刑事法为视角

郭云忠^{*}

内容提要：在刑事法律实证研究中，由于被研究者多为极易受到研究伤害的弱势群体，研究过程及结果又往往涉及司法改革和司法公正等重大问题，因而研究伦理亟需规范。实证研究本质上是一种生产知识的方法，对刑事法律实证研究的伦理规范主要是对研究权力的规范，目的是防止知识、权力与资本的“共谋”。应当遵循自律、纪律和法律的总体思路，设立伦理审查委员会，依据尊重、保护、公正、全面的原则，规范我国的刑事法律实证研究。在规范的同时还要建立相应的保障机制，以解决实践中法律实证研究难以开展的不利局面。

关键词：职业伦理 研究伦理 伦理规范 研究技术

法律实证研究本质上是一种生产知识的方法，由于种种原因研究者常常重视生产技术而忽略研究伦理。但是，包括刑事法在内的法律实证研究伦理问题，在形式上是复杂的，在内容上是重要的。与思辨研究相比，实证研究的特点之一在于它主要是直接以活生生的“人”为研究对象，因而伦理关系非常复杂。较大规模的法律实证研究往往需要一定的资金资助，而资助者决定资助哪些课题，研究者选择研究哪些课题，这些“偏好”使得实证研究具有一定程度的“倾向性”，有的资助者还会有意无意地“影响”研究过程和研究结果，导致研究关系和伦理关系更加复杂。在刑事法律实证研究中，被研究者往往是处于弱势地位的刑事被害人、犯罪嫌疑人、被告人或者服刑人员，他们的知情权、隐私权等更容易受到实证研究的侵害，甚至还会产生司法不公问题。从研究的角度看，有时还会造成影响其他法律实证研究顺利开展的“研究污染”。因此迫切需要明确法律实证研究人员的权利、责任和义务，规范法律实证研究伦理。目前，我国法律实证研究的伦理规范问题，在制度上尚属空白，在理论上尚未引起学界的关注。本文关于研究伦理问题的反思，主要基于近年来笔者所参与的刑事法律实证研究。虽然有些论断可能会延伸、拓展适用于整个法律实证研究，但孕育、产生它们的背景乃是刑事法律，因此，要注意适用的情境限制。此外，刑事法律实证研究常常被简称为“法律实证研究”或“实证研究”，主要是为行文方便，并非试图表明这些论断的普适性。

^{*} 国家检察官学院副教授。

本文为作者主持的司法部2009年度国家法治与法学理论研究项目“刑事纠纷多元化解决途径实证研究”（项目编号09SFB3020）之阶段性成果。

一、法律实证研究中伦理问题的凸显

法律实证研究始于技术而终于伦理。学者们在刚刚开始进行法律实证研究的早期,往往比较注重技术规范问题,比如如何进行抽样,如何进行访谈,如何进行统计分析等等。但随着研究的深入展开,学者们会惊奇地发现,他们面对着的研究对象不是冷冰冰的物,而是活生生的人,并且是和自己一样有着丰富情感的人。问题就变得复杂起来,因为学者们除了要应对技术层面的问题之外,还要面对复杂的研究伦理问题。进一步而言,一个成熟的、负责任的研究者首先应当关注的是实证研究中的伦理问题,其次才是技术问题。

人类的社会道德领域有这样两个基本层面:一是道德,二是伦理。个体德行的外化,体现在人与人的关系中,就是伦理。伦理学的含义有三部分:人的行为的一套规则;对价值、善与恶、正确与错误、可欲求和不可欲求的判断的研究;责任或义务,或我们为什么“应当”以某种方式去行动的理论。^{〔1〕}具体而言,“道德”二字连用,意义十分明确,专指个体自我对道之得也,得道于己也。“伦理”二字合用,表示人与人的关系合于人伦之理,有标准,有规范。也就是说,道德是在个人体现社会道德规范的主体与精神的意义上使用的,伦理则是就人类社会中人伦关系及其秩序而言的。“道德”的内涵是与个体层面的内容相关联的,“伦理”的内涵是与社会层面的内容相关联的。即伦理侧重社会层面,道德侧重个体的道德判断、道德选择及个体的道德品性问题。社会伦理只有落在个体道德的层面上去,成为人格化、个体化的东西,成为个体的共识,才具有现实意义。同样,个体的德行如果离开社会伦理的规定,同样是抽象的善与良心。^{〔2〕}用一句话来概括,伦理和道德的区别实质就在于,伦理强调责任,倾向于规范性、社会性、客观性和客体性;道德倾向于个人的感受,更含主观、主体、个人、个体的意味。^{〔3〕}

基于以上定位和区别,在法律实证研究中由于研究而导致的各种权利、义务、责任关系为研究伦理的范畴,属于职业伦理的一种。与思辨研究相比,实证研究中的伦理问题要复杂得多。主要原因有:实证研究的对象往往是活生生的人;实证研究中的人员众多,如研究者、被研究者、研究协助者、资助者等,导致研究关系非常复杂;由于实证研究结论的可辩驳性、可验证性,研究同行、被研究者、研究结论的潜在影响者往往会对研究方法、过程和结论进行质疑、验证,从而产生了更加复杂的伦理关系。刑事法律实证研究除了具有实证研究、法律实证研究的共性外,还具有一些独特之处。比如,被研究者经常是犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员,而且经常涉及司法改革、司法公正等重大问题。因此,刑事法律实证研究伦理问题更加重大而复杂。

从法学研究模式来看,新中国经历了三种模式:意识形态法学、比较法学、实证法学。这三种模式不是严格按顺序更替的,而是非常复杂的长期交叉甚至共存的动态过程。近年来,随着社会学、人类学和法学之间的相互融通,越来越多的社会科学研究方法被引入到法学研究领域。越来越多的学者开始运用实证研究方法对法律现象和问题进行定性和定量研究。法律实证研究方法越来越受到法学理论界和实务界的重视。在刑事法领域,比较引人瞩目的实证研究主要有以下类型:一是遵循人类学、社会学传统的质性研究,在农村尤其是少数民族地区发现、整理习惯法;二是通过对官方公布的案件或其他法律文献的定量分析,旨在发现文献背后所蕴藏的秘密或规律;三是调查现行法律制度的实际运行效果;四是旨在推进司法改革的调查、实验,既包括对过去所开展的司法改革效果的检验,也包括对将来拟进行的司法改革方案的“试点”。

〔1〕 参见 [美] 斯通普夫、菲泽:《西方哲学史》,丁三东等译,中华书局 2005 年版,第 736 页以下。

〔2〕 参见龚群:《社会伦理十讲》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 6 页以下。

〔3〕 参见李学尧:《非道德性:现代法律职业伦理的困境》,《中国法学》2010 年第 1 期。

与思辨研究相比,法律实证研究具有独特的价值:虽缺乏社会学的“想象力”,却可以在很大程度上认识实实在在的法律世界;虽不一定能提出令人“耳目一新”的理论,却可以验证这些理论的可行性;虽不一定能成功推广域外美好的“法律图景”,却可以挖掘出行之有效的本土资源;虽不一定能解决问题,却可以发现问题,而发现问题是解决问题的前提和基础;虽不一定能构建“看上去很美”的司法改革方案,却可以检验其现实可行性,从而降低甚至避免司法改革所面临的风险。此外,从二者关系上看,实证研究还可以为思辨研究提供事实(材料)基础,从而增加了思辨研究进一步拓展的可能性。

目前,我国还没有制定有关法律实证研究的伦理规范,法律实证研究伦理模式、伦理原则以及伦理审查委员会等问题在制度上仍是空白。各种伦理问题在实践中普遍存在,有的还非常严重。除了对被研究者未告知充分的研究信息、未获得被研究者的同意、对隐私权的保护不利等在其他实证研究中普遍存在的情形外,还有一些特有的或非常突出的情形,需要引起足够的重视。

第一,故意隐瞒甚至欺骗问题。有的研究者为获得想要的资料或数据,在调查中故意隐瞒调研的真实目的,明明想了解甲情况而故意说要了解乙情况,采用“声东击西”战术,诱使被研究者放松警惕而泄露实情。还有的研究者尽量安排女研究者与男性被研究者访谈,吸引被研究者打开话匣子。还有的研究者善于利用中国传统的酒文化,把真正的访谈放在酒桌上进行。

第二,组织与个人知情同意的不一致问题。在实践中遇到较多的是单位领导同意进行实证研究,但落实到具体人员时,由于工作忙或其他原因,他们却不愿意。有时是明确提出各种反对或不赞成的理由,有时是消极怠工、不配合。被研究单位的具体工作人员是否也应当享有知情与同意的权利?这时研究者就面临着困难处境:如果通过领导施加压力让这些人员同意,既侵犯他们的知情同意权,又可能因为他们的不配合而使研究项目进展不顺利甚至破产;如果听之任之,研究项目就无法进行。

第三,作为研究对象的弱势群体的权利保护问题。这些权利包括知情权、同意权、隐私权以及不受伤害权等。法律实证研究中,以弱势群体为研究对象的情形非常普遍,比如未成年人犯罪问题的研究,关于犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人的研究,关于被害人的研究等。由于这些弱势群体所处的情境及自身条件的限制,他们的权益极易受到侵犯。比如,人一旦身陷囹圄而沦为阶下囚,就很难有独立的人格,也很难说真正享有知情同意的权利。中国历史上就有这样一个研究犯罪的著名例子:犯罪学家严景耀为研究犯罪,于1927年通过司法部把自己送进了北平第一监狱。但由于监狱长对他无微不至的照顾,三个星期以后,狱中人就发现他是个假犯人。当他不再是“犯人”时,就变成了监狱的客人,可以随便到什么地方去,也可随便找人谈话,包括犯人。以后,他不再和犯人同食了,而和看守们同食。吃过饭,他们在一起闲扯。狱中人手少时,他也帮着当看守。那时候,看守和警察都以为他将来准备当狱官。后来,他又到监狱中去搜集个案。1928年,他打算写一份400个个案的研究报告,还到监狱里采取问卷调查法和个别访谈法进行研究。^{〔4〕}监狱中的在押犯人属于典型的弱势群体,化装成犯人对他们进行研究,方法上可能很有效,但犯人们的知情同意权、隐私权都极易受到侵害。

第四,研究对象的精神伤害问题。刑事案件的涉案人员,无论是犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人,还是被害人,在某种意义上说都是“受害者”。过去的“不愉快”经历是心中永远的痛。当被研究者处于非常悲伤或承受巨大痛苦的时候,研究者再追问其个人生活的有关信息就是违背研究伦理的行为。我们很多法律实证研究项目的研究者关心的只是访谈效果,需要的只是数据,却很少关心他们的内心感受,让他们在犯罪行为发生后,一次又一次地受到研究项目的伤害。这些

〔4〕 参见袁方主编:《社会研究方法教程》,北京大学出版社1997年版,第764页以下。

伤害主要表现为精神伤害,包括伤痛回忆、感觉不舒服、焦虑、失去自尊等。

第五,研究中的司法公正问题。这种情形主要发生在司法改革试点或实验之中。为检验司法改革方案是否切实可行,往往进行试点,方法之一是区分实验组和对比组,经过一定的时期后对两个组进行效果比对。比如,研究扩大适用取保候审措施的效果,进入实验组的犯罪嫌疑人或被告人往往被取保候审,而进入对比组的仍然按照原来适用取保候审的条件进行。也就是说,同样情况的犯罪嫌疑人、被告人能否被取保候审完全取决于他的运气,看他是被分到实验组还是对比组。再比如,实验刑事和解的效果,类似的情形是,同样的犯罪情节,如果被分到实验组往往以和解的方式结案,而分到对比组很可能被判刑。还比如,非法证据排除规则的实验,非法证据是否被排除,对相同案情的不同被告人,实验组和对比组的结果很可能会有天壤之别。虽然说司法改革试点或实验的方法论价值不容否认:它可以检验法律的实际运行效果和司法改革方案的可行性,能在一定程度上降低乃至避免司法改革的风险。但不容忽视的是,试点或实验改变了传统的法律运行和司法、执法惯例,有时甚至还突破了法律的规定,对某些当事人也产生了猝不及防的重大影响,往往导致相对的司法不公。试点和实验面临的研究伦理问题是:由于进行研究的“原因”改变了原来一直正常进行的司法活动而使被研究者受到了司法不公的对待。

第六,研究中的保密与匿名问题。主要包括侦查秘密、审判秘密的保守问题。比如审判中涉及到的国家秘密、商业秘密、个人隐私的保密,某些案件数据的保密,以及未成年人案件、离婚案件、性犯罪案件以及其他需要特殊保护的当事人的匿名保护问题等。

第七,局内研究与准局内研究问题。局内研究就是针对自己所属的特定人群的研究。在这种情况下,自己既属于这个群体中的一员,又是一个兼职研究者。比如,法官、检察官、警察等人员对所在部门及其人员的研究,包括执法或司法实际状况的调查、执法或司法理念的调查、对司法改革态度的调查等。准局内研究是相对于局内研究而言的,研究者可以预见的是自己在一定时间内属于某个群体,之后将不再属于该群体,而利用这种临时身份对该群体进行研究。当前比较典型的就是在法院、检察院、公安机关挂职的学者对所挂职单位及其人员的参与式观察研究。无论是局内研究还是准局内研究,都有非常方便的研究条件:能看到外人很难看到的案卷、数据,能听到外人很难听到的谈话,能经历外人很难经历的事情。此外,同事们往往很高兴把他想了解的问题和盘托出,无所顾忌。但是,局内研究和准局内研究也存在一些问题:一是研究者属于所研究的单位或人群的一部分或其中的一员,很难达到客观;二是由于研究者身在其中并能了解很多内部情况,研究成果一旦公开,可能同事们会感觉到他们的信任和友情被滥用了,甚至还有被欺骗、被利用的感觉。

第八,部门的研究资助问题。不是说所有的部门都是为了部门利益而资助法律实证研究项目,但确实有一些部门资助的项目,项目名称上就带有明显的部门利益和价值取向。该类项目的研究结论早就定好了,需要的只是论证。研究者从事这些项目的研究,必然导致研究不能独立、自由地进行,必然违背学术良心和研究伦理。

第九,研究过程的透明和完整问题。为让广大读者了解法律实证研究项目的必要信息以对研究结论的可靠性有一个合理的判断,更主要的是为让研究同行有条件对研究结论进行检验和质疑,研究者有责任保持研究过程的完整和透明,比如研究资助情况、研究方法、研究过程以及其他有关研究的重要事项。在我国目前的法律实证研究中,一般只是在成果发表时注明该研究是“某某课题或某某单位资助的成果”,其他内容则避而不谈。

第十,研究成果对潜在人群的影响问题。研究不仅应该关注那些研究直接接触到的人,而且应该关注研究所推动和保持的那些文化的、政治的关系。研究与其说是一个中性的过程,不如说

是一个政治的过程。^{〔5〕}法律实证研究的结论除了与被研究者直接有关系外，还可能会间接影响到某些特定的人群。比如，对外来人员犯罪情况的研究，可能会影响到很多地方对外来人员的政策和待遇；对青少年犯罪的研究、对老年人犯罪的研究、对妇女犯罪的研究等，可能也会影响到相关的人群。导致此结果的原因很复杂，部分原因可能是某些决策人员由于不了解实证研究的局限性，认为实证研究结论具有普适性而做出不恰当的决定，进而影响到相关人群的利益。更重要的原因可能是研究者在研究中“处理掉了”对研究结论不利的数据或情形，故意回避实证研究的局限性甚至是极力推广研究成果的结果。

上述第一至第七种情形，主要违反的是研究者与被研究者间的伦理关系；第八种情形主要违反的是研究者与研究资助者间的伦理关系；第九、第十种情形主要违反的是研究者与研究同行、普通读者及其他人员间的伦理关系。这些情形都可以认为是伦理关系在刑事法律实证研究中的一种异化。有学者曾经总结说，在人类历史中，伦理关系有时会被片面化、畸形化或者说被异化。“主—主”关系就会异化成“主—客”关系。个体德行、伦理实体的善和社会普遍意义的善之间呈现出一种极为复杂的关系。伦理实体对于自我善的特殊追求，尤其是它的善是反社会的，或对社会善造成危害，那么，就会出现这样的情形：有道德的恶人。^{〔6〕}在实证研究的历史上，违反研究伦理的事件很早就发生了。由于人类学、社会学开展实证研究较早，此类事件也较早出现于人类学和社会学的实证研究中。典型事件之一是马林诺夫斯基的道德品质与职业伦理的分离与对立。^{〔7〕}典型事件之二是怀特的研究能力和诚信受到质疑以及对被研究者的伤害。^{〔8〕}典型事件之三是斯科特滥用友谊或者说在一定程度上违背知情同意。^{〔9〕}

实证研究中的理论问题与实证研究方法是相伴而生的。随着实证研究方法在法学中的广泛开展，诸如对被研究者未告知、未获被研究者的同意、欺骗被研究者、对被研究者的人身或精神造成伤害的伦理问题，已成为非常普遍的现象。寻找现象背后的原因，探索解决问题的途径，对刑事法律实证研究而言，已迫在眉睫。

包括刑事法律实证研究在内，研究伦理问题凸显的基本原因有以下几个方面：

〔5〕 参见 [英] 莫特纳等主编：《质性研究的伦理》，丁三东、王岫庐译，重庆大学出版社 2008 年版，第 20 页，第 150 页。

〔6〕 参见前引〔2〕，龚群书，第 27 页，第 36 页以下。

〔7〕 1967 年马林诺夫斯基的遗著《严格感觉意义上的日记》被他的遗孀出版，人们发现马林诺夫斯基不是一个纯粹善良的人。他用很多粗野的事情来描绘他终日生活的原始部落，而且用很多粗野鄙视的文字去刻画他们。他花费了很多时间抱怨、由衷地希望他会生活在别的地方。他创造了世人所见的最桀骜不驯的个人形象，同时也塑造了一个富有专注精神和自我牺牲精神的职业人物形象。马林诺夫斯基从坟墓里发出来的声音，使这个关于人类面对职业伦理困境的话题更加戏剧化。参见 [美] 吉尔兹：《地方性知识》，王海龙、张家瑄译，中央编译出版社 2004 年版，第 71 页以下。

〔8〕 美国社会学家怀特于 1955 年将他关于《街角社会》的整个研究过程，从个人背景、研究计划、田野经验到出版过程做了一个详细而生动的描述，加在《街角社会》的附录里。这篇附录成为许多田野研究方法课程的教材。然而几十年后，另一位研究者拜欧伦 (Boelen) 前后花了 19 年的时间陆续进出同一个田野 25 次进行研究，对这个街角社会描绘出一幅完全不同的图像。她质疑怀特使用意大利文的能力、使用错误的资料、说谎；并且指出《街角社会》一书所提到的大多数的人，都觉得受到了此书的伤害。这个事件引发了关于知识论的争辩，也引发了对于研究伦理的争论。参见严祥鸾主编：《危险与秘密——研究伦理》，台湾三民书局 1998 年版，第 48 页。

〔9〕 美国学者斯科特为了研究作为弱者的农民的日常工作形式，同时为理解这些无声的、匿名的农民行动的颠覆性，他在马来西亚的一个村庄（化名塞达卡）度过了两年（1978—1980）时间。他在《弱者的武器》一书的前言中表达了研究的来龙去脉和亲身感受，其中十分坦诚地表达了有关研究伦理的困惑及不安。他说：“对于塞达卡的那些家庭——出于显而易见的原因他们的名字被隐去——我所欠甚多，这笔债之所以沉重，原因在于我所写的内容让不只一个人感到他们的友好被滥用了。当然，对一个专业的外来者而言，那是一种人性的困境，而我只能期待他们将会发现我是以诚实的努力和自己有限的学识来公正地对待我的所见所闻的。”参见 [美] 斯科特：《弱者的武器》，郑广怀等译，译林出版社 2007 年版，前言第 7 页。

第一,现代职业伦理对传统职业角色道德的冲击或者说职业伦理与个人道德的分离。古代社会是以德行为中心的,而现代社会则是以规则为中心的。传统的职业角色道德更多强调的是一种职业德行,而现代社会的职业道德更多的是一种职业道德规则。现代社会的职业在一定意义上仅是一个人的谋生手段,是一个无特性的自我进入一个有自身特殊性规定的职业领域。履行职业道德仅仅是某种职业的要求,而不是自我的规定。职业角色道德仅仅是一种角色的要求而与自我分离开来。^[10]这种分离容易导致有道德的恶人,比如,研究者为实现法律实证研究的目的,却造成了被研究者的人身或精神方面的伤害。

第二,实证研究关系及利益影响因素的复杂性。研究关系非常复杂,这是实证研究区别于思辨研究的重要特点之一。法律实证研究有关人员间的关系可分为:研究者与被研究者、研究者与协助者、研究者与资助者、研究者与特定的受影响群体、研究者与研究同行、研究者与读者等。当司法改革紧锣密鼓进行之时,由于涉及司法权的重新配置、改革措施的论证、改革举措的效果检验以及对各种批评的回应等,此时的实证研究关系会更为复杂。法律实证研究者的身份构成基本上分为两类:学者和法律实务人员。对学者的利益影响因素主要包括职称评定、学术影响、研究资金;对法律实务人员的利益影响因素主要包括职务升迁、业务评价、部门利益等。法律实证研究中的复杂关系、法律实证研究者的身份构成及其利益影响因素,都会产生复杂的伦理问题,都会影响到法律实证研究的进行。

第三,实证研究中普遍存在的研究资助。汉密尔顿曾告诫人们说:“就人类天性之一般情况而言,对某人的生活有控制权,等于对其意志有控制权。”^[11]虽然对实证研究的资助不能说都达到了控制研究人员意志的程度,但对实证研究的巨大影响不容忽视。在20世纪40、50年代,问卷调查成为研究的主导模式,被应用于所有领域,从政治态度到宗教信仰、学校成就、社会流动以及性行为。在可靠资料的收集以及分析方法的发展方面取得了巨大的成就。到1960年,许多大学都有了计算机中心,以它为中心,聚集着成批的研究者、程序员、访谈者、编码者和统计员。调查成为一种大规模的事业,社会学家必须学会如何从基金会或者政府代理机构获得资金来偿付所需费用。^[12]有人总结了六种潜在的资助来源:当地社区基金、特殊目标基金会、家庭赞助基金会、国家基金会、政府拨款、企业基金或者企业资助。对一个研究者来说,需要考虑的重要问题就是是否接受特定资助机构的资助。因为从资助者那里拿钱并不是一个价值中立行为,它把研究者和研究资助者的价值取向联系在一起。事实上,一旦研究者接受了对研究的资助,在研究的方向和成果方面,他就不再是一个完全的自由行动体。控制钱包的人常常倾向于按照他们自己的利益行动,当研究涉及相对弱势的群体时,这个问题尤其重要。^[13]法律实证研究的特点之一就是“三费”,即费时、费钱、费力。在当前的法律实证研究中,研究资助是比较普遍的情况,对实证研究的影响也是比较大的,分为两个方面:一方面,有力地促进了法律实证研究尤其是大规模实证研究的开展;另一方面,对法律实证研究伦理问题的产生也起到了推波助澜的作用。

第四,被研究者往往是难以保护自己的弱势群体。在实证研究中,被研究者或研究参与者往往是一些弱势群体。原因至少有两点:一是社会研究天生就喜欢关注社会的阴暗面,而阴暗面往往和弱势群体相联系;二是处于强势群体的人往往有能力从一开始就拒绝研究者的进入,而弱势群体则不能、不敢或不愿拒绝。在实证研究中,弱势问题是一个很复杂的问题。概括地说,第一

[10] 参见前引[2], 龚群书,第143页以下,第158页以下。

[11] [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第396页。

[12] 参见[美]科林斯、马科夫斯基:《发现社会之旅》,李霞译,中华书局2006年版,第290页以下。

[13] 参见[美]邓津、林肯主编:《定性研究:策略与艺术》第2卷,风笑天等译,重庆大学出版社2007年版,第432页,第437页以下。

大类是客观上“不能”的弱势群体，是指那些不具备在参与研究中给予知情同意所要求的理解水平的人，体现在健康、年龄、语言、教育、社会、经济以及人身自由等诸多方面。非常明显的一类是未成年人。由于年龄的原因，他们可能不能理解对他们所提的问题的含义。有些老年人也可能不能完全理解研究问题的所有含义。还有很多其他类型的人可能是处于弱势的。比如，那些与研究人员的母语不同的人可能就不能理解对他们所说的每一件事情。在某些情况下，研究人员在等级系统中可能比参与者的地位要高，即使研究人员没有施加压力，参与者可能也会有被迫参与研究的感觉。由于各种原因在社会上或在经济上的弱势人群，如那些失业者或者无家可归的人，他们可能感到不安定、缺乏自信、焦虑，或者急切盼望生活状况能有所改善。在这种心态下，他们可能不会对邀请他们参与研究的要求以平常的方式做出反应。类似的情况是，健康状况不佳的人由于过于担心自身的健康状况，以致影响了他们对研究人员所提要求的反应。还有些群体由于教育水平有限，对于研究人员提出的问题可能理解起来很困难。^[14] 在刑事法律实证研究中，除上述“不能”的情况外，还包括第二大类：由于种种原因“不敢”或“不愿”的弱势群体。比如，关押在看守所、监狱的犯罪嫌疑人、被告人及犯罪人，由于他们的特殊处境，往往表现为“不敢”。曾经受过伤害的被害人的情形往往是“不愿”。无论是不能、不敢还是不愿，都容易造成对这些弱势群体的伤害。既有肉体方面的，更主要的是精神方面的。总之，由于实证研究比较“青睐”这些弱势群体，导致了弱势群体受到研究伤害的情形较多发生。

亚里士多德在《尼各马可伦理学》一书的开篇中指出：“每种技艺与研究，同样地，人的每种实践与选择，都以某种善为目的。所以有人就说，所有事物都以善为目的。”^[15] 法律实证研究应当以善为目的，研究者也应当追求这个善的目标的实现，这就既需要加强道德品质的内在修养，又需要完善研究伦理的外在规范。

二、法律实证研究伦理的规范

法律实证研究伦理在性质上属于职业伦理，研究者遵循研究伦理具有非常重要的价值：首先是对作为被研究者的“人”的尊重和保护；其次是对知识生产过程及其结果科学性、正当性的保障；再次是对研究者职业声誉的维护；最后是对研究目的及研究利益的规范与平衡。违背研究伦理尤其是非常严重地违背研究伦理，可能在短期或个案研究中有收益，但从长远和整体来看，对实证研究是非常不利的。较明显的情形之一就是研究污染。对研究伦理规范的遵循与贯彻，既是研究者道德素养的体现，也是研究能力和学术水平的反映。研究伦理本质上是在知识生产的整个过程中对研究权力的一种系统规范。对法律实证研究伦理的规范，就是要在法律实证研究过程中，防止知识、权力与资本的“共谋”，目的是防止研究权力的滥用，保护被研究者等相关人员在研究中的正当权利，从而保障知识生产的合法性、合理性、正当性。

（一）总体思路

规范的总体思路是自律、纪律和法律三者相结合。

自律是指个人的道德品行的自觉。不应该把对职业伦理的研究与对个人德行的研究分离开来，而应当透过职业伦理来看待个人德行。虽然随着现代社会的发展，职业伦理与个人德行有内在分离的可能，但长期的职业实践本身对于从业人员也有潜移默化的功能。因此，需要大力加强职业伦理的教育和培养，以养成道德心理和习惯，实现职业伦理由他律到自律的转化。

[14] 参见 [英] 奥利弗：《学术道德学生读本》，金顶兵译，北京大学出版社 2007 年版，第 39 页。

[15] [古希腊] 亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆 2003 年版，第 3 页以下。

纪律指的是研究伦理规范的约束。国外对社会研究中的伦理学关注已经普遍加强。例如,在英国,20世纪80年代后期和90年代早期,许多专业协会都制定或修订了各种伦理指南或宣言,包括:英国社会人类学学者联合会的良好实践伦理指南,英国教育研究协会的伦理指南,英国社会学会的伦理实践声明,英国心理学学会的对人类参与者进行研究时必须遵守的伦理原则,还有社会研究联合会的伦理指南。追溯这些指南的谱系,可以发现它们似乎全都承认借鉴了彼此的指南。此外,研究的资助者和学术机构也可能会制定伦理指南。还有,针对可能会被研究的特定社会群体,也已经出版了很多的伦理指南,例如,奥尔德森伦理指南(Alderson, 1995),它针对的是以儿童为对象的社会研究。^[16]我国目前亟需制定法律实证研究的伦理规范。

法律是指实证研究要受到具有国家强制力的法律的约束。在现代社会中,既需要伦理的“软”制约,也需要法律的“硬”制约。这里的“法律”有两方面的含义:既包括专门规范实证研究的法律,也包括其他所有的法律。实证研究无权凌驾于法律之上。研究者在进行实证研究时,既要尊重当地的文化,也要严格遵守法律。任何形式的研究都是在社会中进行的,这就意味着必须考虑研究题目是否符合法律的有关规定,而且所用的方法也要合法。有学者强调说,任何人想要研究诸如滥用毒品、种族歧视、色情文化、腐败等敏感或有争议的话题时,更需要注意这一点。^[17]从事法律实证研究的人员往往具备很好的法律教育背景,很多人还是法律专家或法律实务工作者,一般会知法守法。但在当前如火如荼进行司法改革和完善立法的大背景下,由于研究者过多地对现行法律持“批评”和“进一步完善”的态度,容易出现“良性违法”的情况。在司法改革试点或实验中最容易出现此情况,需要研究者高度重视。

在法律实证研究伦理的建设方面,还要建立一整套教育、管理和监督机制。要通过教育培训、日常规范管理、事后评估监督等机制来提升贯彻、遵循研究伦理的自觉性,逐渐达到自律的境界。考虑到教育在道德伦理塑造方面的重要作用,应该在法学基础课程中增设研究伦理的内容,并且将伦理教育一直延续到参加工作后的法律职业教育培训阶段。

(二) 伦理观模式的选择

法律实证研究伦理规范的制定及伦理原则的确定,实际上都是在一定的伦理观模式的框架下构建的,因此,需要明确我国的伦理观模式。这首先需要了解伦理观模式的划分及其特点。按照不同的标准,伦理观可以划分为不同的类型。本文重点讨论以下三大类:五分法的伦理观模式、功利主义与共产主义女性主义的二分法伦理观模式、他律与自律的二分法伦理观模式。

1. 五分法的伦理观模式^[18]

有学者将伦理观模式分为:义务论伦理观、后果论伦理观、技艺的德性伦理观、公正/正义伦理观以及女性主义的关怀伦理观。其一,在“原则的义务论伦理观”或义务论的伦理观模式中,研究是由普遍的原则驱动的,例如诚实、公正和尊重。行为是由不应该被违背的原则支配的,行为应该根据意图而不是结果来评判。然而,正如有学者所指出的那样:推到极致,意图的立场可以成为一种道德绝对主义,意图成为了正确行为的绝对原则,无论此行为与人有关的后果是什么。其二,“后果的功利主义伦理观”这个模式则把研究结果的“善”放在优先的地位。行为的对或错是由结果而不是意图来评判的。支撑这一模式的是一种普遍主义的、成本-收益分析的结果实用主义。必须对知识增长与可能会产生损害的研究权衡利弊。可是,在极端情况下,这种立场可能意味着,目的就是手段的理由。其三,“技巧的德性伦理观”模式则质疑颁定抽象原则的可能性。它强调一种语境化或情境化的立场,强调研究者在自反地协商伦理困境时的道德价

[16] 参见前引[5],莫特纳等主编书,第16页。

[17] 参见[英]马丁·丹斯克姆:《做好社会研究的10个关键》,扬子江译,北京大学出版社2007年版,第162页以下。

[18] 参见前引[5],莫特纳等主编书,第7页,第17页,第21页以下。

值和伦理技巧。合乎伦理的行为被看作与其说是一般原则和规则的运用，还不如说是研究者把这些道德价值内在化。研究者的伦理意图、感受和反思的技巧得到了强调，包括他们在和研究中的有关各方进行对话和协商时的敏感性。其四，公正/正义伦理观模式，强调独立、公正和平等。强调原则，看重不偏不倚，具有形式化语境的特征。其五，女性主义的关怀伦理观模式强调关怀和责任，而不是结果、正义或公正。这种模式关注特定的女性主义形态的社会价值。即把关怀和关心作为一种劳动、一种态度、一种德性或是一种价值。女性主义伦理观有相互关联的三个特征：个人的经验、语境和培养。日常生活的困境受到了性别、阶层和种族划分等社会差别的影响，对这些困境的体验则产生了不同的伦理视角。这些视角不仅仅是在特定的语境中获得的，那些语境也改变和形成了研究者所面对的伦理困境，还有在解决这些困境时恰当选择的范围。这些困境不是抽象的，而是根植于包含了情感的特定关系之中，这些关系需要培养，需要关心它们的伦理行为。

在这些伦理观模式中，前二种模式即义务论伦理观和结果论伦理观模式被认为是主流框架，分别来自于道德哲学中的两个不同的传统。其中，义务论的立场和康德的哲学是一致的，它源于这样一个思想：存在着某些绝对的规则，不论其后果怎样，它们必须被坚持。相反，后果论的立场则基于一种最大多数人的最大的善的哲学，这种哲学所关注的焦点是行为的后果。这种伦理推理模式与哲学家密尔以及功利主义的传统是一致的。这两种主流的模式都通过权利、义务、行为及后果等因素而把注意力放在了个体研究者和制定规章部门的行为上。然而，对这两个西方主流哲学传统的过分依赖，或许掩盖了在实证研究中碰到的那些伦理因素的复杂状况。

2. 功利主义与共产主义女性主义的二分法伦理观模式^{〔19〕}

有学者将伦理观模式划分为功利主义伦理观和共产主义女性主义伦理观。功利主义的伦理观需要追溯至思想启蒙时期，源于知识与价值的二元分离，源于人的自治意识。启蒙思想的最深根源是一种普遍的自治意识，它推崇个性，宣扬人的我行我素，把人们从各种要求忠诚的信仰中解放出来。通过把“是什么”和“应该是什么”的知识分离开来，启蒙运动把价值问题置于边缘地位。与个人自由高于道德秩序的假设相一致，社会的基本制度被设计为在不同的道德观念间确保中立，禁止国家强求或鼓励公民认同某种宗教传统、家庭生活方式、仪表或艺术表现方式而压制另一种。那么，为什么源于启蒙思想的这种二元对立会与功利主义密切相联呢？除了它的现世人文主义，功利主义的吸引力就在于它与科学思想的相容性，它符合启蒙运动的理性文化所培育的理性计算原则。它遵循的程序要求是如果每个人的幸福算作1的话，那么正确的行动方针应是满足所有人或最大多数人的愿望。自治理性是道德争议的仲裁者。在手段与目的的二元论假设下，功利主义理论中的道德领域是外在的，所有值得评价的东西就是它们的结果所产生的影响。在价值中立的社会科学中，道德原则的常规形式是专业和学术协会的伦理准则。作为资助的条件，各个国家的政府部门都坚持要求凡从事的研究涉及人类受试者的协会都必须建立审查与监督机构。伦理审查委员会体现了功利主义对研究范围、假设、研究程序方面的要求。1979年《贝尔蒙报告》中的尊重个人、善行和公正原则，就反复强调了价值中立经验主义的基本命题：个人自治、利益最大化和风险最小化，以及外在于科学手段的伦理目的。建立于这些主题基础之上的策略性方法反映了与伦理准则相同的指导方针：知情同意、保护隐私和不欺骗。然而，启蒙运动的自治信条却产生了极大的危害。个人的自主性居于中心地位，这样带来一个具有普遍性的问题，即如何把人的自由与道德秩序加以整合。这种以中立和自治为基础的认识论，道德思考与经验程序被

〔19〕 参见〔美〕邓津、林肯主编：《定性研究：方法论基础》第1卷，风笑天等译，重庆大学出版社2007年版，第143页以下。

混同到一个推理证明的单向度模型中，并假定自治的个体能把理解自身及其周围社会世界的机制客观化，他们就会很深刻地认识到手段与目的的密切配合。伦理学的这种限制性定义说明了某些我们所寻求的东西，如最小伤害，但那些不能进行实用性计算的则被排除在外。如在决策过程中，“情感与知觉”被降到“次要的地位”，对建立在“具体特性”基础上的“关怀伦理”不予关注，权力和意识形态对社会和政治制度的影响在很大程度上被忽略了。在精心选择的修辞学氛围和独立创造性的幻觉中，手段一目的系统基本上是在独立运行着。这种狭隘的环境已经不再能够很好地处理我们在研究社会世界时所面临的复杂问题。

在20世纪末，共产主义女性主义伦理观与规范伦理学的个人自治及理性主义假设发生了彻底的决裂。女性主义伦理观的根本在于把人的关系放在首要位置，用同情和关怀解析人们之间相互矛盾的责任，并彻底反对仅仅避免伤害的标准。坚持人性关怀应该在道德决定中起主导作用，强调人们的相互依赖感形成了关怀伦理观的基础，批判伦理学中的公正和拘泥于形式的传统。在共产主义女性主义模型中，社会科学研究的任务就是提供有力的解释。与追求工具性效率的实验主义相比，该范式试图探索多元的社会世界。这种强调解释力的鲜明观点取代了公认的强调技术、外在和统计精确性的空洞无力的观点。社会科学研究不是为了政治家的需要把社会问题简化为金融和管理问题，而是使人们能够与自己的日常经验达到和谐统一。解释能力意味着要重视建立在文化复杂性基础上并具有多重解释的生活。当论述具备以下三个条件时就可以说具有真正的解释力：代表多种声音、增强道德洞察力和推动社会改革。当然，它仍然承认伦理审查委员会是必需的，并要求严格的精确性，然而由于研究者与研究对象间的关系是双向的，保护隐私、知情同意和不欺骗都不再成为问题。在共产主义者看来，道德观念是由研究对象参与的，研究者以协同的方式把它引入自己的概念中。通过把人类生活与道德秩序重新结合起来，共产主义女性主义者的社会本体论摆脱了功利主义中个人自由与道德秩序难以整合这一矛盾。

3. 他律与自律的二分法伦理观模式〔20〕

有学者将伦理观模式划分为他律与自律两种模式。他律时期的职业伦理、角色道德，是以义务为核心的道德。在遵守纪律、遵守行为规范的基础上履行义务，或者为了履行义务而不得不遵守纪律、遵守行为规范，所体现的都是以义务为中心。在他律的意义上，职业纪律、职业伦理规范、职业义务，都是外在他律，都具有某种强制性、约束性。自律时期的职业伦理、角色道德以良心的成熟为标志，不把对履行职责所必需的准则看成是外在的、客观的约束，而看成是自由的体现，并且认为只有履行这些准则才可获得自由。如果现行的准则还不够完善，那么这种职责良心也会促使他去完备这些准则。此时可以说职业规范、角色准则真正成为他的内在德行的一部分。职业伦理、角色道德意识，有一个从他律义务型模式向自律良心型模式转化的过程，转化发生的条件是：当人们决心献身于某种事业或者职业的时候，某种确定的职业职责就会成为他的人生职责，而在他的内心也就必然产生相应的职业良心。

4. 我国的伦理观模式

伦理模式的划分标准不是绝对的，对伦理模式的评价也必须联系到具体的实践和情境。上述五分法伦理模式的划分标准较复杂，导致类型繁琐。功利主义与共产主义女性主义的二分法模式，是以个人自由与社会道德秩序的关系如何处理为单一标准的，非此即彼。自律与他律模式则以研究者对待伦理规范的态度为划分标准，实际上未直接涉及研究者与其他有关人员的伦理关系。上述三组伦理模式是按照不同的标准划分的。每组伦理模式之间既不是泾渭分明的，也不是严格按时间顺序演进的，总体上呈错综复杂的交错共存局面。

〔20〕 参见前引〔2〕，龚群书，第169页以下。

我国研究伦理模式的选择要根据我国的基本国情，密切结合我国的经济政治发展水平、法治发展水平以及公民的权利义务观念状况等多种因素。考虑到我国现阶段国家的法治水平还不是很高，公民的权利意识还比较淡薄，为切实保护法律实证研究中被研究者的合法权利，权衡利弊，我国的法律实证研究伦理模式应该是一种混合模式，即以功利主义为主，以义务论等其他伦理模式为补充。该混合模式所追求的实证研究是以平等参与、互惠互利为基础的，而不是以主客体式或权威控制式为基础。

伦理模式的选择应该遵循那条“黄金定律”：希望以对待自己的方式来对待他人。^[21] 具体而言，首先，必须明确研究者与被研究者的关系是平等、合作的主体与主体之间的伦理关系，即要树立交互主体性伦理观。交互主体性伦理就是人类存在者之间相互承认主体性，给予相互的承认和尊重。给人以合乎主体人格的尊重，也就是承认只要是（道德）主体的人，就具有主体的人格品性，就应有受尊重的内在价值。因此，在我国进行的刑事法律实证研究中，尤其要保障被研究者的主体地位和基本权益。人类历史朝着“把人当人看待”的趋势演进。直到近代以来，才在人类生活的基本领域确立了人类生活的交互主体性。在这个意义上，交互主体性伦理精神就是一种近（现）代精神。^[22] 其次，要综合衡量实证研究所涉及的个人利益与社会利益的大小，绝不能牺牲个人的重大权益去进行实证研究，即使是为了实现较大的研究利益和社会利益。最后，在条件成熟、情况允许时，也可以借鉴吸收其他的伦理模式，比如义务论模式、公正伦理学模式、女性主义的关怀模式等。当然，要警惕并尽可能防止功利主义的不良影响。

（三）伦理规范的制定

制定研究伦理规范是保障刑事法律实证研究科学、规范进行的重要方法之一。伦理规范的主要内容包括：研究伦理原则及应用、研究对象的选择、研究风险的评估、伦理审查委员会及工作程序等。其中，研究伦理原则及其应用是伦理规范的重要内容，将在第三部分专门讨论。

伦理规范的制定主体可以是多元的，包括：法学研究团体，如中国法学会；法学研究机构，如高校、科研机构；法学课题资助机构，如国家社科基金会、司法部、教育部等；特殊人群的管理机构、保护团体，如残联、妇联、未成年人权益保护组织等。当然，这些机构还可以联合制定伦理规范。

上述机构还可以相应地设立法律实证研究伦理审查委员会，以审查具体的实证研究项目是否符合研究伦理的要求，评估项目在研究伦理方面存在的风险以及接受违反研究伦理的投诉。伦理规范是抽象的、静止的，而现实是具体的、变化的，因此，伦理审查委员会的能动审查非常重要。

（四）职业伦理及研究伦理的未来

展望法律职业伦理的前景，有学者提出了这样的命题：“非道德性：现代法律职业伦理的困境”，可以概括为“日常道德与职业伦理的一种分离命题”。基本含义是：现代法律职业伦理在某种程度上导致了一种理由和动机之间的分裂，并使人感觉它丢掉了日常道德中最为重要的友谊和爱。现代伦理，特别是法律职业伦理，滑向了强调“对”的伦理观，而忽视“好”的伦理观。正是在这里埋下了现代法律职业伦理困境的种子——只关注行动和规则本身而不顾及行动者的内在品格。这种从道德责任向伦理规定的现代转移，最终消灭了行动者的道德责任。今天职业伦理的发展，已使得它成为一个名不副实的命题。比如，美国律师协会在制定示范文本时，已经与道德渐行渐远。第一个版本被冠以“职业道德”的名称，但随后一个版本的名称变成了“职业责任”，而现在该称谓又被“职业行为”所取代。它越来越脱离道德规范的领域，而成为法律的一部分。法律职

[21] 参见前引 [12]，科林斯等书，第 285 页以下。

[22] 参见前引 [2]，龚群书，序言第 8 页以下。

业伦理只是试图让行为者的行为不要触及道德的雷区，伦理立场最终走向了“非道德”的立场。这使得职业伦理与现代法律理论、法律制度一起，最终陷入了某种“价值空洞”的危机之中。^{〔23〕}

需要说明的是，上述讨论是以美国等国家和地区相对比较成熟的法制化社会为背景的。职业伦理与个人道德的分离也许并不是危言耸听，从理论上以及美国等发达国家和地区的实践来看，很可能是发展的一个趋势。法律实证研究伦理的发展可能也会如此。但目前中国亟需的不是为将来职业伦理与个人道德的分离担心，而是抓紧时间制定法律实证研究伦理规范。

三、法律实证研究伦理的原则

伦理原则就是针对某一专业领域的成员所发展出的一套行为基本准则。虽然实证研究实践是条件性的、动态的，伦理原则是绝对的、静态的，但伦理原则对实践仍有重要的指导作用。在刑事法律实证研究领域，伦理原则的重要作用同样不容忽视。它既可以成为研究者自觉遵守的标尺，也可以作为伦理审查委员会审查的依据。基于实证研究在人类学、社会学领域开展较早和客观上已较成熟的考虑，我们先考察这两个学科的基本情况，再探讨我国法律实证研究伦理原则的构建及应用问题。

（一）催生伦理原则的事件

人们对实证研究参与者自身安全的伦理关注，来自于20世纪欧洲和美国两次臭名昭著的以人类为研究对象的实验。第一次是二战期间纳粹在集中营里对俘虏进行的药物实验，这无疑是对人类基本人权的侵犯。二战以后，对那些参与人体实验的医生所进行的审判，促成了《纽伦堡法典》的制定。1946年，被联合国所采用的《纽伦堡法典》，确立了在人类研究中基本的、根本性的伦理原则，即所有参与者都必须是自愿的。第二次是发生在美国的图斯克梅毒实验，开始于1930年，前后持续了40年。这个实验的研究者为了能不间断地跟踪研究梅毒的效果，没有对该研究中贫穷的非裔美国人使用抗生素，而此后这些抗生素被证明是有效的。面对不仅在美国国外而且在国内的研究中无视人类自身安全这一事实，美国各级政府部门分别在20世纪50至70年代，出台了关于人体对象保护的联邦指导规则。1979年，国会通过了具有广泛影响力的《贝尔蒙报告》，确立了在与人类相关研究中必须遵守的三条基本伦理准则：尊重个人、善行、公正。根据《贝尔蒙报告》所提供的指导，美国政府开启了将各种机构颁行的规定协调为所谓通用规则的进程。在此过程中美国政府作出了一项关键性决议，将研究中的人体保护过程分权化。这类规则要求学院、大学、医院、研究机构及其他进行人体研究和获得政府资助的组织机构，建立地方性研究伦理审查委员会。研究伦理委员会要求，研究者在开始他们的项目之前提交研究计划书、接受审查。^{〔24〕}

此外，还有几个备受争议的研究个案，突出体现了研究伦理中的两难困境。代表性事例之一是1970年劳德·汉弗莱斯（Laud Humphreys）对于公共场合男同性恋行为的研究。^{〔25〕}代表性

〔23〕 参见前引〔3〕，李学尧文。

〔24〕 参见〔美〕塞德曼：《质性研究中的访谈》，周海涛主译，重庆大学出版社2009年版，第62页以下。

〔25〕 当别的同性恋者正在发生同性恋行为时，汉弗莱斯在公众休息室中充当着望风者的角色，假如警察来了，他就向参与同性恋行为的人发出警报。由于记录了同性恋者的汽车牌照，他得到了他们的家庭住址。大约一年以后，他登门拜访，作为一个研究者，他提出了许多被研究者感兴趣的问题。结果他发现大多数的人都强烈呼吁反对同性恋，而且似乎都想过上正常人的婚姻生活。虽然汉弗莱斯的调查结果引起了人们的兴趣，但是很多人批评他在研究中使用不道德的方法。他们认为他不应该用欺骗性手段来研究同性恋者的隐私。参见〔美〕波谱诺：《社会学》，李强等译，中国人民大学出版社2007年版，第65页。

事例之二是 1961 年在耶鲁大学进行的社会心理学研究中最具争议的“米尔格拉姆实验”。〔26〕代表性事件之三是 1971 年进行的“斯坦福监狱实验”。〔27〕这些研究个案引起了学者和相关组织对研究伦理问题的高度关注和反思。正是通过对这些个案的深刻反思和认真总结，促进了伦理原则的进一步充实和发展，同时也推动了研究伦理审查委员会的设立。

（二）伦理原则的类型

以伦理原则的效力为标准，可以将伦理原则分为两类：被有关组织正式确认的原则、学术探讨中的原则。

第一，被有关组织正式确认的原则。比如《贝尔蒙报告》中规定的原则：尊重个人、善行、公正。尊重个人原则强调被研究者自愿参与研究并对实验的程序和可能出现的后果有充分的了解。在更深的层次上，尊重个人合并了两条基本的伦理原则：个人应被看作独立的个体；不具备完全独立能力的人（未成年人和残疾人）有受到保护的权利。善行原则要求研究者要保护被研究者的健康。善行有双重含义，即完全避免伤害和在为获得有重大价值的利益而要冒一定风险时，应尽可能地减少伤害。公正原则坚持对研究的利益和责任应当公平分配。某些群体（如受益者、被收容者或与众不同的少数民族）由于容易支配或其他可利用性而被滥用为被研究者，就是一种不公正现象。在受公共基金赞助研究治疗设备和方法时，公正原则要求不能把好处仅提供给那些能支付得起的人。〔28〕还比如美国社会学协会的原则。美国社会学协会（ASA）于 1971 年首次出版专业的社会学规范《伦理规约》（Code of Ethics）（后来在 1997 年做了修改），提出了以下基本原则：维持研究的客观性与完整性；尊重被研究者的隐私与尊严；保护被研究者，使之不受到人身伤害；研究必须保密；参与研究或研究的行为涉及隐私时，需获得被研究者的同意；要说明所

〔26〕得名于实验的设计者斯坦利·米尔格拉姆（Stanley Milgram）。实验由一位知情的实验参与者担任学生，不知情的被试者担任教师。他们谎称实验目的是测量体罚对于学习效果的影响。“学生”被带到隔壁的房间，绑在一把看上去像是电椅的椅子上，在左手腕处还固定了电极，并告诉担任老师的被试者：电极与控制室中的发电机相连。“老师”在控制室中将通过一部对讲机向隔壁房间的“学生”朗读词组：“蓝一箱”、“好一天”、“野一鸟”等等。接下来，“老师”只需给出词组中的第一个字，“学生”的任务是回忆每组词的第二个字。如果回答不正确，“老师”将通过一次电击来惩罚他，第一次犯错 15 伏，第二次 30 伏，第三次 45 伏，依此类推，最高达到 450 伏。超过 1000 名被试者参加了不同形式的米尔格拉姆的实验，结果是其中 2/3 执行了 450 伏的电击。米尔格拉姆的实验传达出令人不安的人类本性。更严重的是，他的实验被谴责为是不道德的。米尔格拉姆的实验带来的混乱使得所有大学都对从事实验的伦理准则提出了要求。只有少数几个直接参与者愿意或是能够谈论当时的实验，参与实验的 1000 多人中目前还健在的都不愿意再讨论此事，米尔格拉姆的实验数据被秘密安放在耶鲁大学图书馆的文件柜中，所有出现的与实验有关的被试者的名字都经过了修改。参见〔瑞士〕施奈德：《疯狂实验史》，许阳译，读书·生活·新知三联书店 2009 年版，第 171 页以下。

〔27〕心理学家菲利普·津巴多（Philip Zimbardo）发布了一则公告：征男学生参与一项关于监狱生活的心理学研究。后来他从 70 名申请者中选出了 21 名在性格测试中表现出诚实、可靠、稳定特征的学生，把他们通过掷硬币的办法分成囚犯和看守两组。11 名学生接到电话通知，将扮演囚犯。8 月 15 日那天，斯坦福校园巡警以入室抢劫罪“逮捕”了那 11 名学生。警察在他们的房前鸣响了警笛，在邻居们好奇的目光中用手铐将他们铐走。学生们被蒙住眼睛带到了心理系地下室的模拟监狱，并被要求脱掉衣服，照相，进行除虱子处理，换上狱服——一套前后标有号码的像妇女的围裙似的白色囚服（不允许穿内裤）、胶鞋，还拿到一只尼龙长袜做睡帽。“囚犯”还被用带锁的链条拴住脚踝。在模拟实验的不长时间内，津巴多试图让他的“囚犯”拥有真正的囚犯需要经历更长牢狱生活才会有感觉：无能、依赖、绝望。这种着装方式旨在让“囚犯”感到自卑并剥夺他们的个性。脚上的镣铐使他们即使在睡觉的时候也不会忘记自己在哪儿。几天过去了，一点点地，对于“囚犯”和“看守”双方而言，实验和现实的界限变得越来越模糊。实验进行得越久，越要不断提醒“看守”，身体暴力是不允许的。实验赋予他们的权力使得这些具有和平主义倾向的学生变成了虐囚成性的“监狱看守”，就连津巴多本人的行为都很奇怪。一天，一个“看守”声称听到了囚犯的越狱计划，津巴多竟然去了帕洛阿尔托警局，请求将“犯人”转移到城市监狱。当对方拒绝时，他开始变得愤怒并抱怨监狱之间缺乏合作。津巴多自己已经变成了一个“监狱长”。斯坦福监狱实验最重要的实验成果是意识到环境有着多么大的影响力，但随后也引发了巨大的伦理争议。同上书，第 223 页以下。

〔28〕参见美国卫生教育福利部：《贝尔蒙报告》，北京大学医学部网站，网址 http://research.bjmu.edu.cn/art/2009/5/13/art_1862_24976.html，2009 年 6 月 10 日访问。

获得的合作与协助；公开所有研究资金的来源。〔29〕

第二，学术探讨中的原则。有学者提出无论是何种研究设计，包括实验、个案研究、纵向、截面设计等，社会研究都需要遵守四大伦理原则：自愿参与、告知同意、对研究参与者无伤害、匿名和保密。〔30〕有民族志学者将田野作业中的研究伦理原则总结为许可、诚实、信任、化名、互惠、犯罪知情和肮脏之手、严谨的工作等七个方面。其中的第六个方面是指在田野作业的更深入阶段，民族志学者会遇到“犯罪知情”和“肮脏之手”的问题。犯罪知情是指获悉非法活动的机密消息。肮脏之手是指在这一情形下，民族志学者干了一些不道德的事。民族志研究者告发在研究中知悉的非法的活动或揭露不光彩的事件，有时是不道德的或者在方法论意义上相当于自杀行为。但作为一个民族志学者，他对无数的人负有道德上的责任，从纳税人到从该项目中获益的人，以及一些更加认真负责的人员。因此，需要基于传统的风险和成本效益分析，进行利弊权衡。〔31〕此外，从事人类学和社会学实证研究的一些学者，还从其他角度提出过表述不同但内容相似的伦理原则。

上述几组实证研究的伦理原则，有的较抽象，有的较具体；有的范围较大，有的范围较小。但并没有实质性差别，往往可以通过进一步的扩大解释来弥补适用范围不足的问题。研究伦理的基本原则是由伦理观模式决定的，并且具体反映这种伦理观模式的价值取向。从总体上看，上述四组原则基本都属于功利主义伦理观模式。

（三）伦理原则的确立

如何进行合乎伦理的研究，诸多原则引导着我们。作为研究者，在研究中既可能受到来自义务论立场的诸多要素的影响，也可能受到来自后果论立场的诸多因素的影响，还有可能受到其他伦理因素的影响。正如有学者指出的那样：实证研究中的伦理学需要结合多种伦理模式，才能使我们弄清楚做出合乎伦理的决定的含义，才能使自反的自我形成和指导合乎伦理的思考。类似的情况是，专业协会的伦理指南也经常在各种模式之间进行着艰难的平衡。例如，英国社会学学会的伦理实践声明既“指出了其成员通常应该遵守的一系列责任，他们应该把它们作为原则来指导自己的行为”，又“承认有时候有必要在原则和价值的基础上做出……选择，承认有关人员的利益经常是相互冲突的”。〔32〕研究伦理解决的是研究过程中有关人员的关系及研究利益和社会利益的平衡问题，尤其是被研究者的基本地位、基本利益问题。研究伦理原则的确立要综合考虑这些方面的问题。我国法律实证研究伦理的基本原则应该至少包括以下四项：

一是尊重。主要是针对研究者与被研究者的伦理关系。包括对被研究者的人格尊重、知情、同意、诚信。参加者一般要被告知：研究的目的是和基本程序；研究者和发起者的身份；研究数据可能被应用的范围等。同时还要向他们提供以下信息：研究中可能预见的危险、尴尬或不适；介绍本研究可能的收益；介绍参加者选拔程序；允诺回答任何问题或者拒绝回答任何特定的问题。还要告知参加者他们在任何时候都可以退出研究，以保障他们真正的自愿参与。对于某些确实需要采取隐蔽措施进行研究的，如有可能都要对被研究者事后告知详情。一般而言，欺骗的技巧是不需要的，也是不合适的。但在不同的学科研究中，运用不太一样。例如，心理学研究常常要求目标群体不知道实验的目的，而在整个法律实证研究中，研究者依赖参与者的合作。欺骗仅仅对短期交往有用，而对长期的研究工作毫无作用。欺骗的方法破坏了参与者的信任，而信任对实证

〔29〕 参见 [美] 谢弗：《社会学与生活》，刘鹤群、房智慧译，世界图书出版公司 2008 年版，第 51 页。

〔30〕 参见 [澳] 德沃斯：《社会研究中的研究设计》，郝大海等译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 69 页以下；[加] 克兰迪宁、康纳利：《叙事探究：质的研究中的经验和故事》，张园译，北京大学出版社 2008 年版，第 183 页以下。

〔31〕 参见 [美] 费特曼：《民族志：步步深入》，龚建华译，重庆大学出版社 2007 年版，第 108 页以下。

〔32〕 参见前引〔5〕，莫特纳等主编书，第 7 页，第 22 页。

研究成果是极其重要的。任何会降低研究工作可信度的诡计和骗局都会造成连锁反应，它损害了整个研究者群体的名声。可以这样说，没有可信度的研究者根本无法有效地工作。

二是保护。主要也是针对研究者与被研究者的伦理关系。保护是尊重的进一步延伸，包括对被研究者的身体、精神两方面权利的保护，使他们不受伤害。应该采用匿名、保密等方式，保护被研究者的隐私权及享有安静生活的权利等。研究所收集的个人信息如果被公之于众的话，很可能在某些方面引起参加者的尴尬、使他们受到侮辱或者伤害，因此，信息的保密是很有必要的。参与数据收集、分析以及结果报告的人，都要认真遵守保密原则。这无论是从方法上，还是从伦理上都是非常重要的。如果被研究者确信他们的回答，特别是当涉及隐私的时候会真正得到保密，那么他们会更乐意参加这项研究。同样，如果人们确信他们的回答会真正得到保密，那么他们的回答就会变得更诚恳。在研究中研究者还要适当使用匿名的方法，这是隐藏个人身份、保护研究参与人员免受潜在伤害的一个有效办法。隐瞒社区或项目名字可以阻止那些好奇者对研究参与者进行访谈，以保证他们正常的生活状态。同样，把机密的信息编译成密码，有助于防止它们落入不法分子之手。但在有些情况下，匿名并不十分有用，因为通常情况下单位只有一个负责人。然而，有的情况下参与者却主动要求研究者使用他们的真名。还有的参与人出于某种考虑，愿意让别人知道自己参与了研究并且主动说出自己的真名，甚至最终还成为合作研究者。

三是公正。主要是针对研究者与其他所有研究参与人员的伦理关系。首先是保证实证研究不出现违反法律公正的情况，然后是对所有参与实证研究人员公平对待、互惠互利，对研究成果的收益公平分享，对受到研究伤害或因研究受到损失的人员进行合理补偿等。实证研究占用了被研究者及其他参与者的宝贵时间，理应给予他们一些报酬或帮助，比如，提供法律咨询、法律帮助，或者是提供法律学习资料以及支付劳务费。支付报酬的方式不是大力推荐的互惠形式，因为直接支付有时可能会影响一个人的期望、回答或建议。

四是全面。主要是针对研究者与研究同行及读者的伦理关系。法律实证研究的全面原则包括客观、准确、透明及不遗漏等，具体包括：客观研究、准确写出研究成果、使研究过程公开透明、说明研究者在研究中的角色、说明研究者关于研究伦理的考量、说明研究资助的来源及资金使用情况、不遗漏其他重要的或需要说明的事项。要避免实证研究成果出现两种怪状：要么是记录神秘的事，要么是神秘的记录，从而有利于研究同行和读者了解必要的信息、验证研究结论的科学性，同时，也给被研究者以充分的批评和反驳的机会。目的就是把研究活动充分曝露在阳光下，通过接受更多的人的审视，以提高研究的品质和可信度。在华盛顿美国科学院的门口，有一尊爱因斯坦的铜像，上面刻着爱因斯坦的一句名言：“探求真理的权利也含有责任：你不能隐瞒你所发现的真理中的任何一部分。”^[33]这是对全面原则言简意赅的注解和大力倡导。

（四）伦理原则的应用

尝试解决伦理问题的方法之一，就是先形成一般的伦理原则，然后再适用到特殊的问题上。尽管这样做是相当有效的，但我们也应该清醒地认识到，这些伦理原则只是一般性规定或者说是一种引导性、宣示性规定。伦理原则和伦理实践之间的关系并不是那么简单，理论通常无法被轻松地应用于实践。伦理原则的具体适用受情境等多方面因素的制约，不应该假定会适合于所有的情况，也不应该认为这些原则是不可改变的。在这个动态的过程中，除了伦理审查委员会的能动审查之外，研究者不断地自反性思考和调整也至关重要。下面我们以知情同意为例探讨伦理原则应用的复杂性。

[33] [美] 美国医学科学院、美国科学三院国家科研委员会：《科研道德：倡导负责行为》，苗德岁译，北京大学出版社2007年版，译者序第2页。

知情同意的概念在合乎伦理的研究实践中居于重要地位。研究者提供信息、对方完全理解、对方完全自愿，这是知情同意的三大要素。^{〔34〕}但这三大要素在实践中的具体适用都是非常复杂和困难的。

第一，关于研究者提供信息。在大多数情况下，研究者所提供的信息很难达到及时、充分、完整的程度。这既有研究者有意为之的因素，也有研究者无意中造成的情形，还有其他一些客观因素，比如，由于被研究者时间很紧而来不及多听多问等。但知情同意并不总是如此简单，而是一个复杂的动态过程。提供更多的信息并不意味着人们就能够更有效地了解。仅仅提供研究的详细描述并不意味着参与者会对结果有更多的理解。一种解决方式是提供简要的信息并进一步回答问题或者在研究结束后给予完整的说明。

第二，关于对方完全理解。包括主体的完全理性模式和主体为弱势群体模式两种情形。一是主体的完全理性模式。“知情同意”包括这样的思想，研究中正确的做法意味着要提供关于研究的“充分”信息，为了实现“同意”程序，在研究者这方面就要把参与者当作是理性的人，因而，参与者的判断一定会反映和保障他们自己的利益。这依赖于研究者提供的信息是没有问题的（确切的、合适的、易于理解的、充分的），还依赖于如下条件：主体具有对认知信息的处理技巧；主体能够根据自己的利益做出理性的决定。结果责任就落在了个人的身上——一个理性的自主的主体，他可以掌握自己的命运。因此，没有什么余地去考虑社会环境和情感因素会如何影响主体的“处理”和“决定”。上述完全理性模式具有两个局限：第一个局限是有关准参与者所理解的实证研究是什么。因为除了对利益、意图和特定研究（者）的界定的特定理解，他们对研究的总体期望也会影响他们的决定。第二个局限是关于不影响参与者做决定的中立环境这个理想。有观点认为，在整个研究过程中都要确认和再次协商，而不是开始获得一次同意就行了。这种观点在某种程度上减轻了参与者一开始就要做出正确决定的压力，它允许参与者改变主意。只有认识到这些预设，才能合乎伦理地对待研究参与者。^{〔35〕}二是主体为弱势群体模式。关于弱势群体的知情同意问题，一方面，作为研究人员应当对弱势群体非常敏感，如果感觉有些人可能对要求参与的含义并不了解，研究者要么帮助他们理解，比如通过翻译人员或第三人的帮助或同意；要么就要考虑继续研究下去是否符合研究伦理。另一方面，研究者不能对他们的能力作出不可靠的假定。对于那些弱势人群而言，他们不是生活在社会的主流，不可能期望他们预见到研究带来的所有可能的结果。因此，应该把伦理的决策看作是一个渐进的过程，不能指望对这个研究项目做出全面的、最终的决定，但是可以对研究的细小方面不断做出决定，从而将研究不断向前推进。^{〔36〕}

第三，关于对方自愿同意。同意看起来是非常直接的事情：只需要说“是”或“不是”。但实际上事情并没有那么简单。当研究涉及未成年人或其他社会弱势群体的时候，他们的同意就变成了一个重要而复杂的问题。对于未成年人来说，同意参与研究的权利就落到另一个人手中，这种附加同意一般会来自父母或其他监护人。如果在学校，老师作为当时的监护人可以承担这个角色。^{〔37〕}如果单位领导同意参与研究或同意给予帮助，那么他的下属就会感到很难拒绝参与。更有甚者，人们通常会在全控机构中丧失个人的特性。例如，一个人在进监狱之前，会遭受到“贬降仪式”的羞辱，像被迫脱衣服、拿下珠宝首饰或是交出个人财产。从这一点来看，在制式的日常活动中都没有个人隐私权。在这种专制的社会环境下，个人处于次要的地位，甚至个人属性已

〔34〕 参见前引〔28〕，美国卫生教育福利部文。

〔35〕 参见前引〔5〕，莫特纳等主编书，第147页以下。

〔36〕 参见前引〔14〕，奥利弗书，第39页以下。

〔37〕 参见前引〔17〕，丹斯考姆书，第171页以下。

不再存在。^{〔38〕}这时候,很难谈得上什么自愿不自愿、同意不同意了。

此外,知情同意原则在以下两种情况下难以适用:第一种是实际应用上的障碍。很多类型的观察研究在应用知情同意原则上有明显的局限性,或者说根本没有办法实施。例如,研究者观察研究足球场上球迷的反应,就根本不可能为了得到广泛赞同而去跟成千上万的人联系。第二种是追求广泛赞同可能会严重影响数据的真实性,如隐蔽观察研究。研究者的目的就是发现当事人在不被干扰的情况下正常作出的反应。如果寻求当事人的广泛赞同,那就会提醒他们自己正被人放在显微镜下观察的事实,从而暴露研究者的身份,只会使研究失败。在这种情况下,寻求知情同意会毁掉整个研究。^{〔39〕}

总之,在研究中遭遇到的伦理问题,范围非常广泛:它们既有经验性的,也有理论性的,它们遍布实证研究的全过程。对研究者来说,仅仅通过对抽象的原则的应用,并不能解决所有问题。有的伦理原则在运用时本身就存在两面性。比如保密,在保护被研究者相关权利的同时,也有一定的副作用:可能会影响其他学者对研究结论的验证;也可能影响对该研究做进一步的研究;还可能影响与其他相关档案资料的比对分析等。面对错综复杂的现实,伦理审查委员会应当发挥更大的能动作用,将抽象的原则灵活运用到具体的研究情境之中。研究者也要善于在观察、调查、文献分析、实验等法律实证研究方法的实践操作中,灵活考虑伦理原则的具体应用问题。

四、法律实证研究伦理规制的相应保障机制

相对于思辨研究而言,实证研究面临着许多实际困难。比如,需要花费大量的资金和时间,还需要研究协助者、被研究者等诸多有关人员的配合。目前在我国开展的许多法律实证研究,尤其是涉及公检法等职能部门的实证研究,学者们往往是通过师生关系、朋友关系等特殊关系才得以进行。从事法律实证研究困难重重,只有亲身从事过实证研究的人才会有深刻感受。某学者就曾经在有关司法问题的实证研究中,深深感到系统外的人难以进入该系统进行研究。为打破这种研究中遇到的障碍,他调动了各种类型的资源:利用上级机关向欲去调查的基层法院打招呼,还借助同学、师生、同乡等熟人关系,向有关法院的一些人打招呼。他还承认,在选择调查哪些法院时,实际上就考虑到诸如此类的因素。^{〔40〕}由于实证研究具有思辨研究不可替代的价值,虽然困难重重,我们却不得不进行实证研究。

在个案中伦理规范可能会增加实证研究的工作量,比如,研究者要提交研究伦理申请书、接受伦理审查委员会的审查、在研究过程中要贯彻和遵守伦理规则等。但是,通过对法律实证研究的伦理规范,可以保障被研究者的合法权益,保护研究者的职业声誉,提高研究结论的效度,从而从总体上和长远上保障实证研究合法、合理地开展。同时,我们也应该认识到,伦理规范不是万能的,它的作用是有限的。解决实践中法律实证研究难以开展的困境,需要一系列的有效措施,比如,建立一定的相应保障机制。该机制至少应当包括以下三点:

一是赋予某些研究水平高、管理规范的高校法学院、研究部门以及一些专门的研究机构法律实证研究权。相应地,也要规定研究人员如何取得实证研究资格,比如,必须具备较高的研究能力和职业修养等。只有那些有资质的机构和人员才可以从事法律实证研究,而且有权进行法律实证研究。

〔38〕 参见前引〔29〕,谢弗书,第107页以下。

〔39〕 参见前引〔17〕,丹斯考姆书,第171页。

〔40〕 参见苏力:《法律社会学调查中的权力资源》,载朱晓阳、侯猛编:《法律与人类学:中国读本》,北京大学出版社2008年版,第367页。

二是有可能成为法律实证研究对象的单位有配合的义务,比如信息公开^[41]、场所进入、接受询问等。同时,有可能成为法律实证研究对象的个人也有适度容忍的义务。当前,我国关于案件的许多信息、数据是不对外公开的,导致无法对此进行法律实证研究。而一旦建立了实证研究的保障制度,这些信息就必须对有资格的研究机构和研究人员公开,并且在相关方面配合他们的研究。当然,对这些信息的使用仅限于研究,仅限于在有资格的机构和人员范围内的研究,并且要遵循研究伦理原则,如保密、匿名等。

三是资金和时间上的保障。获得法律实证研究课题、项目的研究人员,应该受到所在单位在资金和时间上的保障和支持。实证研究是费时、费钱、费力的研究。例如参与观察,有时候需要花上好几年的时间,长期居住在远离工作单位的研究场所。这种情况下,所在单位就需要给予支持和帮助,应该在时间上考虑法律实证研究的特点,对考勤、上课及其他事务性工作合理变通甚至减免。

五、法律实证研究中伦理与技术之反思

法律实证研究本质上是一种生产知识的方法,它是一门技术,研究者要通过一定的方法和手段从被研究者那里去获取知识、发现事实;而法律实证研究的各个阶段又遍布伦理问题。实证研究中伦理与技术的关系问题非常复杂,可以用“纠结”一词来形容。因此,需要进行深刻的反思。

(一) 关于伦理的反思

有人曾歌颂伦理,比如,迪尔凯姆说:科学能把世界照亮,却仍使人们的心灵处于黑暗之中;心灵只能靠自己产生光明。在科学的眼里,不存在善与恶。科学可以清楚地告诉我们原因怎样产生结果,而不能告诉我们应该追求什么样的目的。如果不是要知道事物是什么,而是要知道它怎样才合人意,那就得依靠感情、本能、生命力等这些叫什么都可以的无意识的东西的暗示。^[42]还有学者说:科学并不回答所有问题,也有自身的限制。对于允许人类以一种文明且和睦的方式共存的伦理价值的关注,要求我们接受两方面的限制:一是如何进行社会科学研究;二是可以实现何种结果。采取科学方法研究人类的行为,涉及两类主要的伦理问题。在研究计划中对人进行操作,对于卷入研究的个人而言可能相当危险,而且,科学研究的成果可能被用来剥削人类,而非造福人类。若对过度狂热的科学家加以庇护,便有可能出现真正的灾难。推动科学进步的原因并不具有特殊的伦理地位,因为科学不是一种道德体系,它是了解生命和宇宙的一种策略,仅此而已。^[43]

有人对研究伦理的本质进行反思,指出它也有“恶”的一面:研究伦理既是危险,也是秘密。该学者认为社会研究本质是秘密的,会碰撞权力核心,研究伦理可以保护弱势被研究者,却也是强势被研究者阻挡研究者进入探究秘密的最佳屏障,而研究者一旦揭露这些秘密,不但在过程中要冒风险,容易陷入危险困境,而且要为此付出相当的学术代价。比如,由于政府和产业被视为权力的核心,许多议题被列为与国家安全和经济发展有关,列入专业伦理,不能谈、不能研究、不能公开,当然不能进入,也无法取得。若由“不当”方式取得这些“秘密”,不但违反专业伦理,还挑战权力核心,陷入权力争夺的危险困境。^[44]

还有人对伦理学的过度扩张表示过担忧。马丁·哈默斯利(Martyn Hammersley)认为,把

[41] 关于建立法律实证研究的保障机制以及赋予某些研究机构享有法律实证研究权、信息公开的具体设想,受益于中国社会科学院法学研究所熊秋红教授的指点。当然,文责自负。

[42] 参见[法]迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第66页以下。

[43] 参见[美]赫文、多纳:《社会科学研究的思维要素》,李涤非、潘磊译,重庆大学出版社2008年版,第88页以下。

[44] 参见前引[8],严祥鸾主编书,编者序第3页以下。

研究弄成伦理学，这导致了对研究技术——根据其所产生的研究知识的性质来展开研究过程的那些好的或坏的方式——的忽略。伦理主义的支配地位可以归因于工具主义和后现代主义趋向，这两种趋向都导致了对知识的可能性及可欲性的贬低或质疑。他认为，对伦理学的关切已经扩展到占据了整个的研究空间。^[45]

可见，伦理也具有多面性的特点。这既是自身固有因素使然，也有人为因素的原因。

（二）关于技术的反思

技术，有两方面的含义：一是指人类在认识自然和利用自然的过程中积累起来并在生产劳动中体现出来的经验和知识，也泛指其他操作方面的技巧；二是指技术装备，即生产上用的各种机械、仪器、仪表、工具等设备。^[46] 在本文中，技术也有两方面的含义：一是指实证研究的技巧；二是实证研究中的技术装备。从某种意义上说，实证研究也是一门技术。研究者要通过一定的方法和手段从被研究者那里去获取知识、发现事实，这自然需要技术装备和研究技巧。

有学者告诫我们说：技巧不代表一切，但它居于重要地位。就访谈而言，也可以说是一门“艺术”。访谈者最重要的个人气质是必须对他人有真正的兴趣。一个人拥有对他人感兴趣的气质，便有了学习访谈技巧的基础。具体技巧包括：要少说多听、跟随却不要打断、要求受访者重构而不是回忆、聚集受访者注意力并询问具体细节、访谈时不因个人变化而起伏不定、限制访谈者自己的互动、探究笑声、顺从访谈者的直觉、谨慎地运用访谈提纲、容忍沉默等。^[47] 既要防止被访者例行公事地对实证研究者说谎，^[48] 也要处理被研究者因感到被研究所威胁而隐藏信息，或者被研究者急于取悦研究者，并提供他们认为研究者想要的信息。^[49] 熟练掌握这门技巧不是一件容易的事。

英国人类学家埃文思—普里查德（E. E. Evans—Prichard）曾讲述过他对非洲部落进行研究时，面对土著努尔人时的尴尬和束手无策。在他看来，努尔人在破坏别人的问话方面真可谓是专家，如果想让他们说出哪怕是最简单的事实，或是要向他们解释哪怕最单纯的行为，他们都会坚定不移地让你的努力徒劳无功。普里查德描述了他在非洲努尔人中的田野调查：

我提出的许多关于他们习俗的问题被他们用一种“技术”阻止，我可以把这种技术推荐给那些深受民族学家的好奇心的烦扰而感到诸多不便的土著人。下面这段对话是关于努尔人这种方法的一个例子。这段对话是在尼安丁河上的交谈的开始部分，尽管谈话的主题有一定的含糊性，但如果愿意合作的话，很快就会解释清楚。

我：你是谁？

括尤（Cuol）：一个人。

我：你叫什么名字？

括尤：你想知道我叫什么名字吗？

我：想知道。

括尤：你想知道我叫什么名字？

我：对，你到我的帐篷里来看我，我想知道你是谁。

括尤：好吧。我叫括尤。你叫什么？

我：我叫普里查德。

[45] 转引自前引 [5]，莫特纳等主编书，第 18 页。

[46] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2005 年版，第 646 页。

[47] 参见前引 [24]，塞德曼书，第 85 页以下。

[48] 参见前引 [19]，邓津等主编书，第 20 页。

[49] 参见前引 [13]，邓津等主编书，第 441 页。

括尤：你父亲叫什么名字？

我：我父亲也叫普里查德。

括尤：不，那不可能。你不可能和你父亲叫同样的名字。

我：这是我的姓。你姓什么？

括尤：你想知道我姓什么吗？

我：嗯。

括尤：如果我告诉你，你想怎么办呢？你会将此带回国吗？

我：我不想怎么办。我只是想知道，因为我在你们的牛营里住。

括尤：噢，好吧。我们叫“娄”。

我：我没有问你们部落叫什么，这我知道。我在问你姓什么？

括尤：你为什么要知道我姓什么？

我：我不知道了。

括尤：那你为什么还要问我？给我些烟。

在这种敌对的情况下，即使是最有耐心的民族学家也不会有什么进展。实际上，如果允许使用一个双关词的话，那么，与努尔人进行接触的几个星期之后，一个人就会表现出最明显的“努尔人神经症”（Nuerosis）的症状。^{〔50〕}

努尔人的这种极端不配合，使得研究者难以接近和发现事实。但是，如果被研究者过于配合，也不易发现事实。因为被研究者的主动讨好甚至积极揣测研究者想要得到的东西，往往会歪曲事实和真相。如《摩洛哥田野作业反思》中的那位阿里，实际上，他已变成了研究拉比诺的研究者，即他们已经互为研究者了。^{〔51〕}霍桑实验的最大发现是“人”，即发现了社会学的研究对象是人，当人发现别人在观察自己时会改变自己的行为，这被称为“霍桑效应”。拉比诺的摩洛哥田野作业又有了进一步的发现：当人类学家在研究别人时，别人也正在研究人类学家。

虽然社会科学从总体上来说目前还是描述性科学，它要达到“精确科学”的水平还有相当长的一个阶段，但是研究技术的发展也不容忽视。实证研究的专门技术主要有社会测量技术、资料收集技术、资料整理及分析技术。社会测量技术主要包括各种测量指标的设计，量表、测验表、问卷的设计以及指标的综合等。资料收集技术主要有观察技术、访谈技术以及对文献资料的查阅、摘录、评估等。资料整理及分析技术则有资料的审核、分类、编码、复查、登录、汇总、统计等。研究的工具主要是收集资料的量度工具和各种辅助器械。量度工具包括各种观察记录表、量表、测验表、问卷或调查表等；辅助器械则有录音机、照相机、录像机等。^{〔52〕}

随着20世纪中叶以后出现的系统论、信息论、控制论等一系列的自然科学研究方法逐步渗透到社会研究的领域中，形成了社会研究方法现代化的三大特征，即数学方法在社会研究中的应用、自然科学研究方法对社会研究方法的渗透、量化研究和质性研究的综合运用。^{〔53〕}信息时代的电子信息技术改变了实证研究的工作方式，使实证研究工作更加标准化，也更加有效率。手提电脑被带到研究实地，互联网使研究者可以向世界任何一个地方的人进行快捷而又便宜的资料收集。资料不仅可以以文本格式存储，而且多媒体介质（如图像、声音和视频）也被利用起来。研究报告开始用音像形式呈现，克服了语言的平面性和概念化。电子邮件代替了印刷品，研究成果的传播正在不断地加速。传统的“剪刀+浆糊”的资料分析方法被计算机辅助质性数据分析软件

〔50〕 参见 [美] 埃文思-普里查德：《努尔人》，褚建芳等译，华夏出版社2002年版，第14页以下。

〔51〕 参见 [美] 拉比诺：《摩洛哥田野作业反思》，高丙中、康敏译，商务印书馆2008年版，第45页以下。

〔52〕 参见仇立平：《社会研究方法》，重庆大学出版社2008年版，第40页。

〔53〕 同上书，第36页以下。

所替代，将研究者从处理大量文字材料的繁复劳动中解放出来，也改变了实证研究的流程和研究集体之间的合作方式。数据库结构使实证研究资料的管理更加方便，为组织大型研究项目（包括多个研究地点、多个研究对象、历时很长的研究）提供了新的可能性。^{〔54〕}

虽然技术为我们提供了便利，但不要希望仅仅依靠技术就能创造奇迹。研究毕竟不只是按照一定的方法、手段和步骤就可以完成的，还需要提出问题、捕捉灵感、运用直觉和想象力，资料归类和分析编码的工作还是需要人脑来完成。而计算机软件是建立在经典质性资料分析思路之上的，它的基本假设是简约论，即任何有组织的实体都是由更小的单位组成的，只有被分解成不可再分的单元才能被理解。然而，社会现象是一个不可简约的生命系统，一旦被分解成更小的单位分别探究，就无法获得充分的理解和解释。使用“分而析之”的简约论处理原始资料，很容易陷入西方个人主义研究传统的经验主义和理性主义思维定势，描述个人层面的“行为”和“认知”，却看不到“关系”和“生活世界”。^{〔55〕}

必须反对那种对纯粹数量的概念形成、亦即对数学的错误理解。有必要深刻反思歌德的一段话：“被运用于自己的领域、即空间领域之外的数学公式，是呆滞的和无生气的，而这样的运用也是极其笨拙的。虽然世界上流行着一种受数学家支持的妄想，即认为只有在数学中才能找到灵丹妙药，但是数学和任何工具一样对于整个宇宙来说也是不充分的。因为，任何工具都是特殊的，并且只能用于特殊之物。”虽然歌德不是一个系统的科学哲学家，可是他对于什么是现实的却具有卓越的理解。^{〔56〕}有学者发出过类似的感慨：“在从事教育研究的生涯中，我们处于这种背离经验的状态（尽管当时并没有意识到）。我们发现自己量化了使我们感兴趣的东西。当然，当量化了经验，它的丰富性和表达的含义就被剥离了。”^{〔57〕}

在法律实证研究中也存在这种双重作用：一方面，科技的发展极大地拓展和提高了实证研究的广度、深度和效率；另一方面，也出现了滥用技术和过分依赖数据、图表以及机器的情况。后果之一是随着研究技术的迅猛发展，被研究者的权利越来越容易受到侵犯；后果之二是实证研究的成果虽多，但难以产生有影响的理论。

（三）关于伦理与技术关系的反思

伦理问题遍布法律实证研究工作的各个阶段，研究工作更是常常处于选择技术还是选择伦理的十字路口。当研究者必须做出同时满足技术和伦理要求的明确决定时，他们往往会发现自己处于两难境地。

运用技巧的目的是发现，有时甚至异化为窥视、刺探或引诱，难免带有侵略性、欺骗性的成分。技术装备的更新和改进，可能会使被研究者的隐私权等多项权益更容易受到侵犯，而且还会进一步加强或放大侵略性和欺骗性。这种富含侵略性和欺骗性的研究，极易使人们对法律实证研究的正当性、合法性产生怀疑，甚至会非常反感和抵触，进而关上接受研究的大门，最终导致研究污染的发生。研究污染的严重后果就是威胁到所有实证研究的开展。这些都导致了伦理与技术经常处于矛盾和冲突之中，研究者也经常处于伦理和技术的两难选择之中。

实证研究中的伦理与技术，实际上反映了人与人之间复杂而微妙的关系。毫无疑问，造福人类是法律实证研究应该追求的目标。但由于普通民众甚至是研究者本人，长期以来对研究伦理的忽视或者仅仅把研究伦理看作是一个可有可无的抽象因素，加之研究过程的复杂性，导致有些研究工作本身就缺乏正当性。

〔54〕 参见前引〔5〕，莫特纳等主编书，总序第Ⅷ页以下。

〔55〕 同上书，总序第Ⅸ页。

〔56〕 参见〔德〕李凯尔特：《文化科学和自然科学》，涂纪亮译，商务印书馆1986年版，第114页。

〔57〕 前引〔30〕，克兰迪宁等书，序言第ⅩⅢ页。

古语云：先做人，后做事。法律实证研究者必须尊重和维护人权、人道、人伦、人格，必须善于平衡伦理与技术的关系。衡量和评价法律实证研究项目成功与否，也要从两个层面进行：是否遵循了法律实证研究伦理规范；是否在研究成果及技术方法上有实质性突破。

爱因斯坦曾告诫我们：“大多数人说，是才智造就了伟大的科学家。他们错了：是人格。”^{〔58〕}因此，从事法律实证研究的学者们，需要经常对此进行深刻反思和调整。

Abstract: Empirical study is a method of producing knowledge essentially. Compared with the theoretical study, its particularity lies in that, it directly takes living person as the research objects, and takes the facts as the basis. Thus its process and result should be more persuasive. However, big scale empirical study often needs certain financial aid, and some sponsors also intentionally or unintentionally influence the research process and result. The sponsor decides which topic to fund, and the researcher chooses which topic to study. These potential preferences enable the empirical study to have certain subjectivity. In addition, because the objects of empirical study of criminal law are always the criminal victims, suspects, defendants or prisoners who are at a disadvantage, their right to know, right of privacy or others are easier to be infringed by the empirical study. Even more, the empirical study may also cause miscarriage of justice. From the research angle, the empirical study will sometimes create research pollutions that affect the smooth development of other empirical studies.

This requires making clear the rights, responsibilities and duties of the related research fellows in empirical study. The overall thought is to unify the autonomy, discipline and law. Especially, it is necessary to formulate the ethical standards of empirical study, clear about the respect, protection, equity, comprehensiveness and other basic ethical principles of empirical study, and set up the ethic review committee and the review procedure. In practice, to develop an empirical study also faces many difficulties. So it also needs to establish the corresponding safeguard mechanisms, such as entrusting specific organizations the power of developing empirical study, stipulating the coordination and tolerance duties of the objects, and giving the full safeguard in the research fund and time.

Ethic and technique are the two important aspects in the empirical study. The researcher should be good at balancing the relationship between them. Correspondingly, whether the empirical study projects is successful or not should also be weighed and evaluated from two aspects. One is whether it has followed the ethical standards of empirical study, and the other is whether it has a substantive breakthrough in its research result or its method technique.

Key Words: professional ethics, research ethics, ethical standard, research technique

〔58〕 转引自前引〔33〕，美国医学科学院等书，第18页。