

法律实证研究方法及其地点选择

郭云忠

内容提要:法律实证研究区别于思辨研究,从形式上而言是“走出书斋,奔向田野”;从价值上而言是贵在发现问题。加之法律具有“地方性知识”的特点,因此实证研究的地点选择既重要又复杂。经典的观察个案由于当时较大幅度地受到资讯、交通、经费等因素的制约,在地点选择上偶然性很大,需要综合考虑自然、经济、文化、人员、案件等诸多因素。

关键词:实证研究 观察 调查 文献分析 实验

郭云忠,中国社会科学院法学研究所博士后研究人员,国家检察官学院副教授。

一 引言

从历史渊源上看,法律实证研究是其他学科实证研究方法向法律研究的移植,是借助实证研究方法改造法学传统研究模式的一种方式。^[1]一般而言,实证研究分为定性分析和定量分析两大类,具体包括四种方法:观察、调查、文献分析、实验。为取得较好的研究效果,实践中往往采取多种方法相结合的研究方式。

由于实证研究最早开始于社会学、人类学等学科,而这些学科在研究中往往已经涉及很多的法律内容,因此,法律实证研究自然会借鉴社会学、人类学的一些研究成果。菲利就曾指出:“实证派犯罪社会学的原始名称源于人类学研究,今天人们依然认为它与‘犯罪人类学派’差不了多少。尽管这个名称已经不适应这一学派(它也重视和调查心理学、统计学和社会学资料)的发展,但推动这一新学科发展的最主要动力仍然应当归功于人类学的研究。”^[2]他还大力提倡进行实证研究:“只有通过实验方法和科学方法,从犯人的生理、心理以及家庭、环境等方面,对我们称之为犯罪痼疾的病因探究之后,在科学指导下的司法才会抛弃目前降临在那些可怜的犯人头上的血腥判决,而成为另一种以除去或减少犯罪的社会原因和个人原因为首要目的的医治职能。”^[3]

“学术并非都是绷着脸讲大道理,研究也不限于泡图书馆。有这样一种学术研究,研究者对一个地方、一群人感兴趣,怀着浪漫的想象跑到那里生活,在与人亲密接触的过程中获

[1] 白建军:《论法律实证分析》,《中国法学》2000年第4期。

[2] [意]菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第99页。

[3] 同上书,第150页。

得他们生活的故事,最后又回到自己原先的日常生活,开始有条有理地叙述那里的所见所闻。”^[4]这是从人类学角度对实证研究的文学化描述。实证研究又被称为田野工作或田野调查,与传统的思辨研究最主要的区别之一,就是研究者从书斋走向了田野。但走出书斋的学者面对“天高地迥,路远水长”的田野,很容易出现四顾茫然、不知所措的情况,因此,在广阔的田野中选择适当的实证研究地点就显得非常重要。

二 观察及其地点选择

观察,是指用我们的感官去注意、反映我们周围的社会现象以及它们发生、发展的过程。^[5]在社会学中,系统观察既可以在实验室进行,也可以在实地进行,按观察者是否参与其中分为参与性观察和非参与性观察。^[6]观察也被称为个案研究,可分为三种类型:内在的个案研究、工具性个案研究和多个案研究。^[7]法学领域中的个案研究,一般是指内在的个案研究,即进入到真实的社会生活之中,近距离地观察法律制度是如何运行的。该方法的优点是比较直观深入,缺陷是个案的普适性往往受到怀疑。因此,如何“走出个案”是个案研究面临的难题之一。

回顾历史上那些非常有影响的观察研究,按观察者与观察对象的关系,可以分为四种类型:对域外落后地区的观察、对域外先进地区的观察、对本土非家乡的观察以及对本土家乡的观察。对域外落后地区的观察,比较有代表性的是英国著名人类社会学家马林诺夫斯基在1914年至1918年之间对新几内亚东面的特罗布里恩德群岛土著人的研究。他长年累月地呆在土著人中间,像土著人一样生活,观察他们的日常生活和工作,用他们的语言交谈,并且从最稳妥的渠道搜集资料——亲自观察并且在没有翻译介入的情况下由土著人用他们自己的语言对他讲述。他去了那里三次,住的时间加起来有两年。他观察那里的经济怎么交换,有了纠纷怎么解决,最后写出了《西太平洋的航海者》、《原始人的犯罪与习俗》等经典著作。^[8]有意思的是,马林诺夫斯基之所以会选择新几内亚作为观察地点,是纯属意外或迫不得已。1914年,马林诺夫斯基侥幸被选中作为一个考察澳大利亚项目的助手。在考察当中,一战爆发,他不得已滞留在澳大利亚和新几内亚。所幸他有足够的经济资助(既有澳大利亚政府的经费,也有一些个人包括珍珠商人的捐助),于是有足够长的时间在太平洋上的新几内亚,特别是其中的特罗布里恩德群岛从事实地研究。^[9]

对先进地区的观察,比较有代表性的是法国学者托克维尔对美国的观察。1831年4月2日托克维尔乘船离开法国,5月9日到达美国;在美国考察9个月零几天,于1832年2月22日离美回国。1835年,托克维尔的成名之作《论美国的民主》上卷问世,1840年,下卷出版。托克维尔认为,建立一个新世界,必须有新的政治理论,而这个政治理论就是关于民主的基本原理。他没有根据过去和现在的政治体制的历史对比分析去创造这个民主理论,也

[4] [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,总序第1页。

[5] 费孝通:《学术自述与反思》,三联书店1996年版,第14页。

[6] [美]波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第56页。

[7] 卢晖临、李雪:《如何走出个案》,《中国社会科学》2007年第1期。

[8] 参见[英]马林诺斯基:《西太平洋的航海者》,梁永佳、李绍明译,华夏出版社2002年版;[英]马林诺夫斯基:《原始社会的犯罪与习俗》,原江译,法律出版社2007年版。

[9] [英]马林诺斯基:《西太平洋的航海者》,梁永佳、李绍明译,华夏出版社2002年版,译序第2页。

没有像当时的一些学者那样引用古希腊城邦共和国时期罗马的历史去说明当时资产阶级民主的过程,而认为当代的民主原则主要应当从当代的具体历史条件去总结和解释,不能用某种一般规律去总结和解释。因此,他极想研究对于民主的发展具有最有利的条件、从而能够最全面地表现出发展规律的国家的民主。在托克维尔那个时代,这样的国家只能是美国。用他自己的话来说,就是“从经历过这场革命的国家中找出一个使这场革命发展得最完满和最和平的国家,从而辨明革命自然应当产生的结果;如有可能,再探讨能使革命有益于人类的方法”。这才是托克维尔去美国考察的真正目的,也是写作《论美国的民主》的由来。他在美国收集了大量资料,向权威人士请教,访问过广大地区。结果,利用他在社会学中首创的“访问法”,依据其明察秋毫的观察力,只在美国逗留了九个月,就写出了至今仍被世人赞誉的名著《论美国的民主》。^[10]

对本土非家乡的观察,比较典型的是费孝通于1936年用一个多月的时间观察江苏吴江县开弦弓村,随后写出了《江村经济》一书。该书旨在探讨中国农民的生活,包括财产与继承、土地的占有等法律制度问题。他选择这个调查区域的理由是因为这个村庄有下列值得注意和研究之处:一是开弦弓是中国国内蚕丝业的重要中心之一。因此,可以把这个村子作为在中国工业变迁过程中有代表性的例子;主要变化是工厂代替了家庭手工业系统,从而产生了社会问题。二是开弦弓一带,由于自然资源极佳,农业发展到很高水平,有关土地占有制度在这里也有特殊的细节。开弦弓将为研究中国土地问题提供一个很好的实地调查的场地。三是这个地区广泛使用水上交通,有着网状分布的水路,因而城乡之间有着特殊的关系,这与华北的情况截然不同。这样我们就能够通过典型来研究依靠水上运输的集镇系统。此外还具备特殊便利的条件,比如,开弦弓村属于吴江县,而费孝通就是吴江人,这样在语言和感情上就有了有利的条件。还有,他姐姐在该村负责蚕丝业的改革,他可以利用姐姐的个人联系来开展工作。^[11] 不论是英国还是美国,社会或文化人类学在20世纪30年代前,一直是以“野蛮人”(当时欧洲人对他们的习惯称呼)作为研究对象的。他们把“人类学”实际上等同于“野蛮学”。费孝通的研究开创了一个新风气,这个新风气就是从过去被囚禁在研究“野蛮人”的牢笼里冲出来,进入开阔庞大的“文明世界”的新天地。基于此,马林诺夫斯基说《江村经济》一书将被认为是人类学实地调查和理论工作发展中的一个里程碑。

对本土家乡的观察,典型的例子是林耀华1947年正式出版于伦敦的《金翼》。该书第三章“打官司”记述了一场财产纠纷的解决过程。林耀华写道:

这部书包含着我的亲身经验、我的家乡、我的家族的历史。……我本人处于这同一社会,以其参与者的身份,“自观”地对其进行研究,也就是说,既有直接的、从该社会内部进行的观察,又运用了科学的方法,透过大大小小的事件叙述,从微观到宏观,超越一个家族、一个地区的范畴,赋予其社会学上的普遍意义。我希望,这样做,能够得出更为客观、中肯,更加深刻,更切实际的结论。^[12]

上述这些非常经典的观察个案,有一个共同的特点:观察地点的选择受偶然因素的影响非常大。这可能是由于当时的实证研究还处于起步阶段,在选择和确定观察地点时受资讯、

[10] [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,译者序言第1-3页。

[11] 费孝通:《江村经济》,商务印书馆2001年版,第39-40页。

[12] 林耀华:《金翼》,庄孔韶、林宗成译,三联书店2008年版,著者序第5-6页。

交通、经费等方面的制约比较大,导致难以在观察实施前做较大范围的考察和全方位的考量。

上述观察的对象,除了托克维尔对美国的观察之外,往往是对原始部落或者乡村的观察,而美国社会学家怀特则将目光移到了美国城市的贫民区——波士顿北区(书中称为科纳维尔)。他于 1936 至 1940 年研究了一个意大利人贫民区的社会结构,其中包括警察执法和非法团伙的活动等与法律直接有关的内容。他在谈到选择观察地点时是这样说的:“开始,我有个模模糊糊的念头,想去研究一个贫民区。东城提供了几种可能的选择。我领了哈佛大学的研究员基金以后,在最初几周内,我花了一些时间在东城的各个贫民区走街串巷,与各社会机构的人谈话,了解这些地区的情况。我是根据非常不科学的理由作出选择的:科纳维尔最符合我想象中的贫民区的样子。不知怎么的,我印象中的贫民区是一些三至五层的破旧楼房,里面挤满了住户。在我看来,城里其他一些地方年久失修的木结构建筑并不是真正的贫民区。必须承认,科纳维尔有一个特点使我在比较客观一点的基础上选中了它。它的每英亩居住人口多于这个城市的其他任何地区。如果说一个贫民区就是指过于拥挤,这当然就是它了。”^[13]可见,怀特当时在选择观察地点时也带有很大的偶然性。

此外,还有个人的研究不可忽视,那就是被称为“犯罪学之父”的龙勃罗梭。当然,他的研究主要是利用工作上的便利条件展开的。从 1863 年起,龙勃罗梭就利用其担任军医、精神病院院长、监狱的狱医等职务的便利条件,在部队尤其是在监狱里分别对士兵、犯罪人进行了观察和测量。随后发表了一系列的研究成果,尤其是《犯罪人论》,提出了天生犯罪人理论。^[14]从而开创了犯罪学实证研究的先河。

随着资讯交通的发达以及法律实证研究方法的逐渐成熟,观察地点的选择范围越来越广阔,比如,美国学者梅丽在 20 世纪 80 年代通过包括美国马萨诸塞州的塞伦和剑桥的两个调解机构、剑桥的父母/子女调解机构等调解机构的观察,从法社会学的角度,对法院工作人员与到法院来寻求法律帮助的人员的复杂关系,进行了深刻而富有启发的探讨,提出了道德话语、治疗话语和法律话语等三种诉讼话语的划分及其转化规律。^[15]发生在早期的那种“偶然”情况再也看不到了,取而代之的是研究者对观察地点的精心选择。

三 调查及其地点选择

在社会学中使用最普遍的定量研究方法是调查,它是通过系统询问一定范围内的人们的意见、态度和行为,以图发现他们是怎样思考、感觉和行动的。同所有的社会研究一样,调查研究开始于对所研究问题的严格陈述,然后研究者必须识别所要调查的人口,选择样本,设计研究工具,运用研究工具,最后分析资料。第一步是识别调查总体。一旦研究问题确定后,调查研究的第一步就是找出调查总体,即所要研究的全体。调查总体总是由具有研究者所要考察的特征的全体人员组成。这一步极为关键。第二步是选取样本。因为访谈全部的调查总体花费过多的时间和经费,所以调查研究的第二步是选取合适的样本。样本是经

[13] [美]怀特:《街角社会》,黄育馥译,商务印书馆 1994 年版,附录一:《关于〈街角社会〉的成书过程》,第 369 页。

[14] 参见[意]龙勃罗梭《犯罪人论》,黄风译,中国法制出版社 2000 年版。

[15] 参见[美]梅丽《诉讼的话语》,郭星华等译,北京大学出版社 2007 年版。

过选择以代表所要研究的调查总体的有限数量的个案。选取样本有一套严格的程序,程序越完善,样本就越接近调查总体,归纳和预测就会越准确。抽样方法包括随机抽样、系统抽样、分层随机抽样。具有代表性的小样本会比不具代表性的大样本更优越。换言之,最重要的并不是样本的大小,而是样本能较好地反映出所要研究的调查总体的特征。第三步,样本一旦选定,调查研究的第三个步骤就是设计研究工具——问卷调查表、访谈或者测试。第四步是研究实施。第五步是分析资料。^[16]

比如有人以契约纠纷的基层法院判决书为例进行了实证研究,目的是调查法院在解决契约纠纷方面所具有的功能及其作用。该法院关于契约纠纷的判决书似乎表明:对契约的纠纷,原告胜诉的概率非常高;契约纠纷判决后上诉率非常低,基本上双方都满意。给人的总体印象就是基层法院在契约的纠纷解决中发挥了非常大的作用,保护了双方当事人的权利。但是,研究者通过实证研究之后发现,这个基层法院的契约纠纷,都是非常简单的。而非非常复杂的案子,双方当事人因为拿不准,不敢冒诉讼风险,因此选择了调解或者和解,这些案件基本没有通过法院来解决。这说明法院的公信力不够。另外,为什么原告的胜诉率如此之高?研究者发现,基层法院所解决的契约纠纷基本上是小金额的短期契约,都是非常简单的,而且违约是带有策略性的。因为不相信对方,签长期就没有用,所以很多是短期契约——就是短期的最终还是违约了。由此得出的结论是,越是需要法院来裁判的复杂纠纷,恰恰没有进入法院,法院也就不能发挥解决纠纷的功能,即目前司法过程存在着逆向选择效应。研究者发现,如果缺乏信任和良好的法律体系,导致诉讼的原因一般不是因为契约的模糊性,相反,故意违约并引发诉讼更主要是人们的策略性选择。因此,原告的高胜诉概率和高违约概率现象并存,违约案件的案情都比较简单,辩护理由也简单,甚至没有。^[17]

该研究有一定的启发性,但是在确定实证研究的地点及样本的选取上,交代得比较模糊。研究者仅仅说:“我们选取了北京某个有影响的地方基层法院(H法院)从1999年10月到2000年5月(缺12月)共7个月时间内的620份经济案件判决书作为分析的样本”。但没有说明样本选取的依据,也没有说明为什么缺12月的数据。因此受到批评和质疑:对于原告高胜诉率这个看似简单实际上相当复杂的问题,仅仅用一个基层法院一段时间的数据进行分析似乎不足以说明问题。按目前的方法,仅仅通过对某个基层法院一段时间的研究,只能发现这个法院在这段时间内的状况,无法了解一个全国性的状况,甚至这段时间内法院的收案都可能受到某些因素的显著影响,导致原告高胜诉率本身都是一个有问题的判断。^[18]

可见,调查的地点选择,关键因素之一是在识别调查总体的基础上确定合适的样本。识别调查总体是前提,调查总体如果非常复杂,样本的确定就不会很单纯。相应的,调查地点也就不会太单一。比如,我们要调查全国刑事和解的实践运行情况,前提就是识别总体。经初步了解发现,刑事和解在全国开展的非常不平衡,主持和解的法律实务部门也很多。在识别了刑事和解的这些总体情况后,在样本选择的代表性上就至少要考虑以下两个因素:一是法院、检察院、公安、司法行政机关等不同系统;二是刑事和解在全国的运行情况可分为运行

[16] [美]波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第46-48页。

[17] 张维迎、柯荣住:《诉讼过程中的逆向选择及其解释》,《中国社会科学》2002年第2期。

[18] 贺欣:《中国民事诉讼的确存在逆向选择效应吗》,《法学》2005年第7期。

非常普遍的地区、比较普遍的地区、基本没有运行的地区等不同类型的。相应地,调查的地点也要覆盖不同系统和不同地区,得到的数据才具有代表性,调研才会取得成功。因此说,最重要的不仅仅是样本的大小,而是样本能较好地反映出所要研究的调查总体的特征。

但是,在一定程度上说,实证研究是通过数量来研究本质的。有学者对此还不太理解,曾提出这样的疑问:“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。”^[19]这种现象确实应该引起我们在研究方法上的反思,但我们更应该理解实证研究和思辨研究的区别,清楚两种研究方法的利弊。对宏大理论而言,实证研究往往无能为力,只能借助于思辨的研究方法,而思辨研究一般不可能或者没必要用实例来论证。而对于具体的经验研究,实证研究方法就具有不可替代的优势。

四 文献分析及其地点选择

实证研究人员不必总是出去收集资料,以前别人所作的研究在经过重新提炼、整理和分析之后,又变成了回答新问题的主要信息来源,这种对以前所收集资料的重新使用,我们称之为第二手分析。在日记、信件、自传和其他私人文献中,在单位案卷、历史文献、新闻报道、政府档案和原来成立的社科研究的数据库中,都能找到大量的研究资料。^[20]因此,文献分析中的文献是广义的,包括一切有价值的资料。至于在什么地点能找到研究所需的文献,就要视文献的具体种类而定了。比如,对于日记、信件等私人文献就要到保存人那里去收集和查阅;如果是历史文献就需要到博物馆或者其他文献保留地去查找;如果是单位档案、政府档案就需要到有关档案管理部门去查阅。此外,有些文献的获取可能还需要去走访有关的见证人、亲历者等,这就可能要到这些人的居住地去登门拜访了。

英国著名人类学家弗雷泽发表于1890年的《金枝》一书,特别留意的是古罗马曾经有过的一种古老的地方风俗:在罗马附近的内米湖畔,在阿里奇亚的丛林中,有一座森林女神狄安娜的神庙。按照习惯,这座神庙的祭司向来是由一名逃亡的奴隶来担任的。这逃亡的奴隶一经担任祭司,便不再受到追究。不仅如此,他还将有一个十分显赫的“森林之王”头衔。然而他过的绝不是什么养尊处优的生活。他时刻守卫着在神庙左边长着的一株高大茂盛的圣树。他手持利刃,无日无夜、时刻警觉地看守着这棵树,深恐有人走近它,因为其他任何一个逃奴只要能够折取这棵树上的一节树枝,就可以获得同这位祭司进行决斗的权利。而如果在决斗中又能杀死这位祭司,他就可以取而代之,从此成为新的祭司和“森林之王”,也过起名声显赫却又令人胆战心惊的生活。弗雷泽所要探讨的当然不是这些神话,而是深藏在古老习俗后面的信仰和观念的奥秘。针对这一古老习俗,有三个问题:第一,为什么阿里奇亚的祭司在就任这一职位之前,必须先杀死他的前任呢?第二,为什么在杀死前任祭司之前,他又首先要折取一截被称为“金枝”的树枝呢?第三,为什么那个祭司同时还有一个“森林之王”的徽号呢?为之,弗雷泽不仅彻底研究了古代文献和有关的传说,而且还研究

[19] 白建军:《少一点“我认为”,多一点“我发现”》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008年第1期。

[20] [美]波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第59页。

了世界各个地方的大量民间文学资料和民俗资料。他在书海里扬起风帆,离开意大利海岸,前往欧洲大陆以及其他各洲,包括美洲和澳洲,在有关这些民族的材料里,找到了关于这三个问题的答案。^[21] 这就是文献研究的方法,需要到图书馆、博物馆等地方收集、查阅大量的文献资料。

我们再看一下当代中国学者是如何利用文献分析的方法来研究清末杨乃武与小白菜案的。该学者通过收集和研究与杨乃武案有关的奏折、谕旨、审判词、申诉书、辩护词等历史文献,结合某些已有的研究成果,进行归纳分析后认为,杨乃武这个案子之所以能够平反,是由四个因素促成的:一是由于朝廷的一个决心,即朝廷对死刑裁决权落到地方上非常不满,想利用这个案子收回来。二是江南士绅集团的行动。三是《申报》的影响。创办于上海的《申报》全程报道了该案,报道持续了三年,全国对这个案子都非常关注,媒体对当局的压力很大。四是制度方面的余音。他还认为杨乃武是依靠这些力量或因素得救的,而小白菜是顺便获救的。^[22] 该研究除了需要到图书馆搜集查阅有关的书籍外,还需要到档案馆和博物馆收集、查阅有关的奏折、谕旨等珍贵的历史文献。

还有学者对1979年创刊于上海后来编辑部迁到北京的一本杂志《民主与法制》进行了文献分析。《民主与法制》有一个“法律顾问”栏目,对读者关于法律问题的来信进行解答。该学者通过对“法律顾问”栏目1979年到2003年间的2077个案例的分析,追溯当代中国的日常法律工作在法律改革25年间的意蕴变迁。通过对该栏目的分析,指出在这一宏大变革的25年里,中国的法律人在其日常工作中逐渐引用越来越多的法律法规,并采取越来越技术化的语言回应来自公众的问题,但这同时也增加了民众理解和运用法律人咨询意见的难度。这一法律体系与日常社会生活之间的沟通困境是中国法律改革出现许多问题的一个重要原因。他总结道:我国法制建设还不健全的时期,“法律顾问”栏目的解答往往出现很多诸如“应该互相谦让”“要以大局为重”“你这样做是不对的”“我们认为”等等,以批评教育或是注重做思想政治的道德话语来回答问题,且解答也不是很专业,常常包含很多非法律的解答,普通人都可以看懂。后来,尤其是到80年代末90年代初以后,随着法制的逐渐健全,解答的问题越来越专业了,没有受过法律专业教育的人是很难看懂的,基本上没有“我们认为”、“这样是不对的”、“你要发扬谦让互助的精神”等这些非法律话语了。他还举了抽象程度很高的几个例子,比如“债的担保是债的双方当事人依照法律的规定或者双方的约定为保证……”、“借贷双方在合同里面若不通知保证人也没有征得保证人的同意而达成……”他的研究是以韦伯关于法律的形式理性为背景知识的。韦伯认为,随着资本主义在经济领域的兴起,现代西方国家的法律体系变得越来越形式理性化。在一个形式理性的法律系统中,司法判决和法律意见都是严格依照理性的法律原则和规范在具体案件中的逻辑性应用作出的,不考虑任何法律之外的因素,如宗教教义、道德准则、社会习俗等等。他认为在中国也面临着这个问题。原先法律比较少,大家看得见摸得着;现在法律多了,普通老百姓却感觉法律离自己越来越远,民众再也接触不到它们,只能在无尽的仰望中发出一声叹息!^[23] 该学者从《民主与法制》杂志“法律顾问”栏目关于法律问题的解答用语,归纳总结了中国日

[21] [英]弗雷泽:《金枝》,徐育新等译,新世界出版社2006年版,中译本序第1-4页。

[22] 陆永棣:《落日残照:晚清杨乃武案昭雪的历史、社会与制度因素》,《中外法学》2007年第4期。

[23] 刘思达:《当代中国日常法律工作的意蕴变迁》(1979-2003),《中国社会科学》2007年第2期。

常法律工作的意蕴变迁,是典型的文献分析法,能收集、查阅到这些杂志的地点,比如图书馆、《民主与法制》杂志社的资料室等,就是该实证研究的主要地点。

利用刑事案卷或案件公告等资料,进行分析研究也是常用的方法,这些实证研究的地点就是那些能搜集、查阅有关文献资料的地方。比如,有学者研究了城市犯罪发生的地点。通过统计发现,在城市发生的犯罪,有两个高发区:第一个犯罪高发区是市中心这个圈子,包括码头、火车站、商业中心等等,主要由于这些区域外来人口比较多,人口的流动性比较强,经济往来比较频繁,社会控制能力比较差等等;第二个圈子是城乡结合部,那里既没有城市应有的控制和管理体系,也缺少农村传统的控制体系,并且外来人口往往比较多。结论是城市犯罪高发区呈同心圆状分布。还有的学者研究了城市中外来人口犯罪的情况,他根据案件的有关数据统计城市中外来人口犯罪的规律,比如,犯罪人的文化程度如何?从事什么职业?多大的年纪?性别是什么?犯什么罪?犯罪的原因是什么?然后是提出预防犯罪、打击犯罪的对策。还比如关于批捕条件的研究。批捕在法律上规定了三个条件:有可能判处三年以上有期徒刑的,有证据证明犯罪的,有逮捕的必要的。有一位检察官就把十来年自己经办的案子的案卷进行汇总分析,归纳实践中到底是什么因素最后决定要逮捕犯罪嫌疑人的。他研究的结论是,基本上没有考虑“有逮捕必要”这一条件,说明“有逮捕必要”这一条在司法实践中已经被虚置了。

除了上述以纸质为载体的文献资料外,还可以利用电脑这一工具上网搜集、查阅电子数据资料进行研究。比如,有学者对中国最高法院大法官的知名度进行了研究,主要方式就是通过网络搜索引擎来统计他们的曝光数(网络页面数)。网络曝光数的计算使用 google 搜索引擎(网址是 www.google.com)。之所以选择 google 搜索引擎是因为 google 目前是全球最大的搜索引擎,其计算曝光数的方法更为准确。借助这个搜索引擎,该学者研究了最高法院的大法官。根据他的研究,中国 1949 年至 2005 年共有 49 位最高法院大法官(指担任副院长、院长的大法官,此处没有将享有大法官称号的最高法院纪检组长、政治部主任和专职审判委员会委员统计在内)。他把这些大法官从 1949 年到 2005 年都进行了搜索和排名,看看哪些人在网上的点击率出现的次数比较多,为什么多。他发现肖扬的网络曝光数最多,其次是罗豪才、董必武等等。他分析后得出一些推断:第一,一般而言,新任大法官或刚离任大法官要比离任多年的大法官有更多的曝光机会,也更为知名。从世界范围来看,网络上不光是法官的“新”闻,还包括资深法官著作、法律意见书、判决,等等。而中国大法官“新”闻更多,而很少有“旧”闻,这也从一个侧面表明当代中国法官群体比较缺少司法知识传统。第二,不少大法官有比较高的知名度,不是因为他们是最高法院大法官,而是由于其他背景。比如,排名第二的罗豪才,网络曝光数很多是与他担任全国政协副主席以及中国致公党主席的活动有关;排名第三的董必武,与他的革命活动包括他当过政务院副总理、国家副主席以及他的诗词有关;排名第五的沈钧儒,与他作为民主人士,是中国民主同盟的领导人以及“七君子事件”有关;类似的情形还有谢觉哉以及军事将领陈奇涵、谭冠三、吴溉之等。第三,不少大法官特别是在任大法官没有其他背景,也有较高的知名度,这与其所主持或参加最高法院的各项工作活动相关。在现任最高法院大法官(院长、副院长)前 5 项搜索结果(标题)中,肖扬分别为:人民法院要增强司法能力、会见美国最高法院大法官金斯伯格、人民法院要为构建和谐提供司法保障、用“三个代表”指导司法实践、在十届人大一次会议上的报告,其他大法官基本类似,也是发表讲话、会见外国客人、视察了法院的工作等等。

在8名大法官里面只有3人分别有一篇论文:沈德咏《关于深化司法鉴定体制改革的几点意见》,万鄂湘《人世呼唤司法理念的更新》,黄松有《关于民事执行理论研究中的若干问题》。但是,这些大法官都不是因为审判活动对法律和对司法制度的贡献(影响)而出名。然后他还比较了国外的大法官,尤其是美国大法官。这些国家的大法官往往是因为对法律制度的贡献出名的。比如马歇尔通过判例确定了美国联邦最高法院宪法解释权和违宪审查权,霍姆斯提出了司法自我约束理论和扩大言论自由的主张等等。^[24] 该学者还研究了最高法院大法官的流动问题。这些大法官离开法院后去哪里了?一般是去政协或者全国人大。而他们从哪里来的最高法院呢?也很复杂,有的还是从铁道部来的。所以他感觉到,中国这些大法官的学术地位和司法审判水平往往是欠缺的,他们的司法背景也不是很多,大法官本身是在法院工作多年后才提升的情况比较少,很多是从与法律没什么关系的部门调过来的。该学者指出,大法官流出最高法院的背后,反映出来的仍然是法院体制的官僚化、法官的公务员化。从知识的角度来看,这破坏了上诉审与初审司法知识的分工,以及司法与其他部门知识的分工,不利于司法知识传统的形成;同时也强化了上级法院对下级法院的控制,以及法院与其他部门的同质化。^[25]

五 实验及其地点选择

在社会学中,实验是在严格控制条件下用于研究因果关系的经典的科学方法。一般说来,实验是为了检测有关两个变量之间相关关系的假设。其一是自变量,在实验中引入它是为了说明它对另一个变量(因变量)的影响。许多社会科学实验是在实验室中进行的,在那里几乎所有条件都能得到控制。而在社会学中,实验地点一般从实验室中移到了实地——学校、医院和街道等。因为社会学家要控制实验几乎是不可能的,他们利用自然实验——这就是说,实验在真实的环境中进行,研究人员不设定控制组。实验室实验与自然实验或实地实验相比,它可以更好地控制变量。不过实验室是一个人工环境,这又有可能使实验结果被歪曲。虽然在自然实验中调查者更难控制自变量和实验组中被试者的构成,但它有助于调查者更好地理解现实生活中社会行为的动态过程。^[26]

和观察、调查、文献分析相比,实验尤其是实地实验面临的困难是人为干扰因素更多,导致实验结果在一定程度上上的不确定性,因此,有些学者对实验的可行性持怀疑态度。菲利就曾经感慨道:“因为道德和社会现象不同于自然和生物学现象,很难甚至于一般不可能进行试验,所以在这一领域所进行的观察最有助于科学研究。”^[27] 费孝通曾经讲过一个“干扰”实验结果的极端例子:美国的埃尔顿·梅岳教授曾在芝加哥的霍桑工厂里研究怎样提高劳动生产率的问题,作了一系列实验。起初他采取改变各种工作条件,如厂内的光线、休息的时间等,来测验工作效率是否有相应的提高,结果发现确实提高了。但梅岳教授认为并没有解决提高工作效率的关键问题。他接着再做实验,倒过来——取消了这些客观条件的改变,出乎意料,工作效率还是大幅度提高。他从中得到了一个重大的发现,原来不是客观条件的

[24] 侯猛:《最高法院大法官因何知名》,《法学》2006年第4期。

[25] 侯猛:《最高人民法院大法官的流动分析》,《法律科学》2006年第2期。

[26] [美]波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第53-55页。

[27] [意]菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第142页。

改变促使了工作效率的上升,而是他的实验本身起了作用。因为工人参与了这个实验,自己觉得在进行一项有意义的科学工作,从而发现了自己不仅是一个普通拿工资干活的机器,而是一个能创造科学价值的实验者了。这个转变提高了他们的积极性。梅岳在这里发现了普通“工人身份”后面潜伏着一种“人的因素”,这个因素是工作效率的源泉,梅岳的“人的发现”改变了美国的工厂管理。^[28] 在社会科学中,当被试者知道了别人正在研究他们时,他们改变了自己的行为,这一现象被称为霍桑效应。^[29] 法律实证研究中的实验也会存在霍桑效应,因此,对实验结果的可靠性应当保持高度警惕。

法律实证研究中的实验,是指在现有法律制度的基础上提出一种改良方案,或者从国外、域外移植一种新的法律制度,放在现实社会中加以观察、比较,然后分析和总结其真实效果的过程。该过程往往是从现实法律制度中需要改革的问题入手,通过策划、实施并评估试点项目寻找问题的最佳解决方案,并对成功的试点进行推广,最终促成更大范围甚至整个法律系统的改革。“虽然法律可以事先设定一定的目标,但这些目标却不一定能够得到实现,其真正带来的结果常常出人意料。因此有必要在真实世界中去考察具体法律对人们行为的影响,展示现实生活中法律运作的复杂性。”^[30] 这段话对于解释为什么应当对司法改革方案预先进行实验是非常有说服力的。

在实验中一般会区别实验组和对比组,通过对两组在一定时期内各项指标的对比,检验改革方案或移植的制度是否可行。由于实验不是消极、中立的观察和调查,也不是对静止、固定文献进行分析,而是需要被试者的广泛参与,并且,实验往往不是一朝一夕就能结束的,一般会持续很长的时间,这就需要实验设计人员与所有实验参与者精诚合作。可以说,一项实验的成功需要具备三个条件:天时、地利、人和。而地利和人和往往又是紧密联系在一起,因此,地点的选择对实验的成败至关重要。

总的说来,要以实证研究的目的为出发点慎重考虑实验地点的选择,对中国各地发展很不平衡的国情要有一个清醒的认识。具体来说,实验地点的确定要综合考虑下列因素:第一,自然因素。包括位于南方还是北方,是东部地区还是西部地区,是属于城市还是乡村,其具体的地理环境如何等。第二,经济因素。包括当地经济是属于农、工、商、牧中的哪一种或哪几种,经济状况是发达还是欠发达,经济发展前景如何等。第三,文化因素。包括该地区的历史文化底蕴,高校、科研机构的数量与分布情况,民众的文化素质,政法人员的文化素质等。第四,人员因素。包括政法人员的法律素养,司法执法水平,领导的重视程度,具体办案人员的态度,外来人口的情况,犯罪的人员构成,未成年人的犯罪情况等。第五,案件因素。包括年案件的总数量,案件的种类,拟实验案件的年数量,案件的动态发展情况,政法人员的办案压力,对政法人员的考核机制等。第六,其他因素。包括实验项目的发展前景,实验的示范效果,实验中的风险规避等因素。

在考虑上述因素的基础上,综合权衡拟实验地点的代表性、可行性及可持续性等因素。还应当考虑下列指标:前期调研情况的分析及初步结论;拟实验单位的上级部门、本部门领导、具体办案人员的客观情况与主观态度,以及与实验相关的支持系统、配套制度、考核指标等。在

[28] 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,附录:《个人·群体·社会》,第345页。

[29] [美]波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第65页。

[30] 贺欣:《在法律的边缘》,载《中国社会科学》2005年第3期。

初步确定拟实验的地点和单位后,还应当实地考察,主要是实地了解当地的自然地理、经济文化、风土人情;会见有关部门的领导、接触具体办案人员、走访部分当事人;参观办公场所、了解机构设置、熟悉办案流程、查阅有关案卷等。最后,在综合评估的基础上确定实验地点。

下面结合我们实证研究中积累的经验,以几个实验项目^[31]为例具体说明实验地点是如何确定的。如2004年我们在Z省Y市就未成年人取保候审与酌定不起诉进行了改革实验,之所以确定在Z省Y市检察机关进行实验主要考虑了以下因素:该市是东南沿海的经济非常发达的县级市;外来人口占很大比例;外来人口犯罪和未成年人犯罪的比例也比较高。因此,未成年人取保候审与酌定不起诉的扩大适用有很大的空间,并且如果该项目实验成功后,预计在全国有很大的推广价值。因为随着全国各地经济的不断发展,外来人口增多以及外来人口犯罪问题、未成年人犯罪问题将会是一个普遍问题。此外,该市检察机关从检察长到具体办案人员对该实验都很重视,检察官的普遍素质又非常高,对于实验的目的和具体实施都能很好地把握和贯彻。实验的最终结果表明,选择在该市进行实验是非常成功的。

2006年我们在H省Q市检察机关和公安机关进行了取保候审项目的实验。之所以选择该市作为实验地点主要考虑了以下因素:该市距离北京很近,我们课题组来去方便;该市外来人口比较多,轻微犯罪的比例比较高,取保候审适用的空间比较大;该市检察机关及政法委的领导对该实验项目比较重视。但是,在实验进行中我们发现,由于该市特殊的政治原因,公安干警经常被临时紧急抽调承担政治任务,而不能集中精力从事本职工作,给实验带来了许多困难。此外,领导虽然很重视,但是由于工作繁忙,具体办案人员对实验项目不太理解也不太支持,仅仅是迫于领导的安排勉强为之。因此,该实验的运行比较艰难。当然,实验的最终结果还是比较令人满意的。

2007年开始我们在J省的某些区检察院进行了刑事和解项目的实验。之所以选择在这些地点进行实验,主要考虑了以下因素:J省的N市、W市位于东南沿海的经济发达地区,H省的S市位于中部经济中等发达的地区,因此,这些地点在全国都具有一定的代表性;这三个地区的刑事和解工作都开展了一定时期,刑事和解的案件量已达到一定规模,检察机关的领导和具体办案人员对刑事和解都有一定程度的认识;这三个地区的检察官法律素养和工作热情都很高;近几年由于工作关系或参加学术研讨会,同这些地区的一些领导、检察官有了一定程度的接触和了解;这些地区的案件量比较适中,因此,办案人员的压力和工作量不是太大,并且适合刑事和解的案件数量还比较大。综合上述因素确定了这三个地区为实验地点。从目前该实验项目的运行情况来看,该实验地点的选择是成功的。

六 结 语

严格地说,“中国”这一概念所蕴涵的社会、经济、政治、文化等诸多层面的多样性和复杂性,绝不是任何一派一说在一朝一夕间就能阐释清楚的,以前曾经被公认的定论可以被怀疑,过去不以为然的因素也可能是突破或创新的契机。一个多世纪以来,对中国社会的研究

[31] 课题组主要成员包括:宋英辉、郭云忠、李哲、罗海敏、何挺、雷小政、向燕、王贞会、冯诏锋。主要实证研究成果有:宋英辉主编:《取保候审适用中的问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2007年版;宋英辉、袁金彪主编:《我国刑事和解的理论与实践》,北京大学出版社2008年版;宋英辉等:《我国刑事和解实证分析》,载《中国法学》2008年第5期;郭云忠:《刑事司法中的母爱主义》,载《法律科学》2009年第2期。

可以说是一个不间断的“双向阐释”的过程：西学的影响无疑是巨大而深远的，而中国社会自身的经验又是如此丰富，使得任何一种舶来品，如果不能经受这些经验的挑战和检验，就会变得十分苍白和无力；阐释者们虽然具有很大的话语影响力，但是任何一种阐释，如果没有来自被阐释者的创造性解读，就会流于空疏，甚或被束之高阁。^[32] 脱离中国语境的研究者，其最终的结局可能是“气喘吁吁地追赶着西方法理学家，并逐渐远离了我们自己的精神家园”。^[33] 社会学、人类学以及法社会学、法律的实证研究等学派和方法的产生及广泛运用，无疑会对中国社会和中国经验的研究有所促进。

[Abstract] Empirical research differs from analytical research in that it takes “going out of the ivory tower and into the fields” as its form and problem discovery as its main value. Moreover, as law has the characteristic of “local knowledge”, the selection of locations for empirical research becomes both important and complex. The classic observation of individual cases had a great degree of randomness in the selection of survey location in the past because of restrictions in information, transportation and fund. The key to the selection of survey location is the determination of appropriate samples based on the identification of the object of survey as a whole. Since document in broad sense includes all valuable materials, location selection of document analysis depends on concrete types of documents. Compared with other methods, on-site experimentation is faced with many difficulties, especially those resulting from human interference. Therefore, in the determination of location of experimentation, various factors, such as nature, economy, culture, personnel, cases and so on should all be taken into consideration.

(责任编辑:支振锋)

“主题研讨”征稿启事

“主题研讨”是《环球法律评论》的重点栏目。为便于广大作者参与本栏目的研讨，本刊将适时刊出拟作研讨的主题内容，以便作者投稿参讨。本刊最近拟做的主题研讨为：“英美财产法研究”、“法学研究方法”、“少年司法研究”、“刑事和解研究”、“犯罪本质研究”、“名誉权损害赔偿研究”、“金融衍生产品法律问题研究”等，欢迎投稿。同时，本刊亦竭诚邀请广大作者和读者对本刊“主题研讨”提供主题题目与建议。

《环球法律评论》编辑部

[32] 林耀华：《金翼》，庄孔韶、林宗成译，三联书店 2008 年版，出版者弁言第 1 页。

[33] 徐显明、齐延平：《法理学的中国性、问题性与实践性》，《中国法学》2007 年第 1 期。