

## 冲突的积极功能的边界

——兼谈法学的自主性

朱桐辉

**内容提要:**社会学对冲突的积极功能的肯定是建立在冲突解决过程及解决效果上的,是整体性的观察,但并不适用于法的视野。从法的立场出发,需要对冲突作出否定评价并予以排解。法学关乎人的主观意图的特质决定了计量化、科学化的努力在其领域内的进展较为艰难。这也说明法学具有自主性,尤其在人们对规范法学与法解释学仍有巨大需求的趋势下,其自主与自足性并未受到冲击。既然法学不可能过多地从人文学科获得知识资源,也不属于严格的社会科学,那么法学就是法学,属于科学的第四极。

**关键词:**冲突 积极功能 法学自主

朱桐辉,讲师,法学博士,南开大学法学院。

华北地区尤其山西、陕西的水利资源争夺引起了人类学学者的注意:“水利作为资源被争夺的过程,可能成为不同家族的内聚力形成的动力……表面上看似代表中国社会‘一盘散沙’的械斗,其实赋予了地方性共同体某种相互结合的机制。”“围绕水利的纷争和形成的妥协,呈现出政治空间的横向联系和上下级关系的复杂性”。<sup>[1]</sup> 姑且不论从水资源争夺延伸出的从官府与民间、控制与治理、社会史与公共政策等切入角度带来的思维兴奋,这里的疑问是,水资源争夺是该地区“家族的内聚力”形成的促成因素吗?质言之,对这些受“冲突理论”渲染观点<sup>[2]</sup>的批评是,这些区域社会形成的原因究竟是冲突,还是为了赢得冲突的局部合作?<sup>[3]</sup>

[1] 王铭铭:《“水利社会”的类型》,载《读书》2001年11期,第20,23页。在该文中,对水资源、水资源稀缺、水资源械斗并未作区分,似乎它们都是当地区域社会的促成因素。其实是需要区分使用的。

[2] 这些观点的背景是社会学、人类学的“冲突论”。“冲突论”是社会学最基本的理论,并得到广泛运用。王铭铭自己也说,其观点受弗里德曼(Maurice Freedman)类似研究启发,而弗里德曼又受人类学曼城学派的“冲突理论”影响。而弗里德曼在上世纪50、60年代对中国华南地区研究时,就提出水资源械斗如通婚一样促成了区域社会的形成和扩展。参见王铭铭:《“水利社会”的类型》,第20-21页。

[3] 在所谓的冲突有利于社会整合和创新的诸项积极功能中,不乏冲突导致的功效。但也不能忽视相当一部分是解决手段导致的额外效果。“冲突”及“冲突解决”是两个变量,其作用需要区别。虽然弗里德曼自己也一再强调,不是冲突而是联盟才是区域社会常态。但更根本的问题依然是,并不是冲突促成区域社会,而是为解决冲突的组盟及可能的妥协与和解造就了区域社会。

而站在法的立场的追问是,社会学对冲突功能的肯定能否适用于法学分析?<sup>[4]</sup>

有诉讼法学者认为,“法学上的纠纷观必然是社会学上的纠纷观的理论移植。因而,法学上的社会冲突的概念定义也是社会学上的相应定义。反之亦然。”<sup>[5]</sup>还有诉讼法学者从不同角度表达了对冲突积极功能的欣赏。<sup>[6]</sup> 这些观点能否成立? 本文拟从法学和社会学对冲突功能评价上的分野切入,反思时下的社科法学话语。

## 一 社会学对冲突积极功能的肯定

冲突可能造成持久伤害和深刻仇恨,但冲突也可能使主体间达成新认识,使矛盾在某种契机下演变为更牢固的合作关系,促进新秩序的形成。对利益的永恒追求会导致冲突的流变,时间、条件及语境变化也会促使冲突走向合作。因此,从整体论立场能看到冲突的积极功能,也就不足为奇。

作为社会学家的恩格斯较早地揭示了冲突的积极功能:“历史是这样创造的,最终的结果总是从许多单个意志的相互冲突中产生出来的,而其中每一个意志又是由于许多特殊的生活条件,才成为它所成为的那样。”<sup>[7]</sup> 这种革命主义观点,将冲突视为了社会进步的引擎。其实,马克思主义的阶级斗争、社会发展观与韦伯的社会科层观点、齐美尔对冲突的早期研究,都是社会学“冲突-功能”派的主要知识来源。

随着社会学的发展,冲突促进群体团结、推动社会发展的功能得到了更多肯定。以科塞、达仁道夫为代表的社会学家不满于帕森斯、默顿的“结构-功能”主义的僵化,提出了冲突论的一系列观点。他们基于对冲突的功能的全面认识,反对“结构-功能”论者对社会结构的固守以及对社会共识的幻想,而是认为,冲突是最基本的社会互动形式,社会行为也需用竞争团体间的冲突与分化来解释。

齐美尔和科塞是冲突研究的关键人物。与韦伯几乎同时代的齐美尔可视为社会学冲突论之父。他认为,暴力冲突和非暴力冲突都会有利于社会整合,尤其是“低暴力、高频度”的冲突。在他看来,在社会这个统一体内部,冲突具有扩散方向与收敛方向上的不可分离并相互渗透的特点。它们不仅缓解了社会紧张,维系了社会结构,还带来了社会发展。而科塞在齐美尔的基础上,提出了 16 个命题,系统阐述了冲突的积极功能,可总结为:(1)能聚合、保护群体;(2)如安全阀一样,泄出群体内的压力和不满;(3)能指示群体的结构和关系是否稳定;(4)能整合群体,使对抗者结合;(5)能建立并保持权力的平衡。<sup>[8]</sup>

20 世纪 60、70 年代,不少国家出现了大量的社会动荡和冲突。这使该学派得到了更多重视。而“近年来,因为功能主义的局限已经显而易见,所以它的流行逐渐减弱”。<sup>[9]</sup> 而原

[4] 若回到水资源械斗评价问题,追问就是,在社会学意义上,它和通婚一样促进了当地村落及家族间的整合,那么,在法立场上应如何看待争夺水资源的械斗问题?

[5] 杨立新、汤维建主编:《民事诉讼法教学参考书》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 2 页。

[6] 参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社 1999 年版,第 20-21 页。

[7] [德]恩格斯:《恩格斯致布洛赫》,《马克思恩格斯选集》(第四卷),人民出版社 1972 年版,第 478 页。

[8] 参见[美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平译,华夏出版社 1989 年版,第 17-134 页。本文将其总结为上述五点。顾培东将其总结为:“提高社会单位的更新力和创造力、宣泄和导引仇恨以避免单位分裂、建立常规性冲突关系、加强单位间联合,以最终适应社会环境。”见顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社 1992 年版,第 15 页。

[9] [英]吉登斯:《社会学》,赵旭东等译,北京大学出版社 2003 年版,第 17 页。据吉登斯在该书中对社会学流派的分类及语境,这里说的就是“冲突——功能”派的局限性。

因就在于,该学派对社会整合、社会秩序的过度强调,会导致对因阶级、种族、性别及权威差别而产生的分化与不平等的忽视。<sup>[10]</sup>

社会学家的这些卓识对建构法律上的冲突解决机制很有启发意义。其实,在法律领域,传统上就自觉不自觉地利用着冲突的积极功能。立法和司法者甚至会制造、“模拟”冲突,以求真相。例如,中国古代法官及所罗门王都采取过让妇人争拉婴儿以断生母的办法。而英美沿袭已久的对抗式诉讼模式,也正是对冲突上述积极功能的妙用。这时,冲突是假、是手段,求得对事实的最大认知才是真、是目的。另外,不少时候,人们故意用一种可控制的建设性冲突替代其他冲突的“替罪羊”机制,也是对冲突的积极功能的运用。

## 二 否定并解决——法律的立场

有法学家对社会冲突的界定是:“主体的行为与社会既定秩序和制度以及主流道德意识的不协调或对之的反叛”。<sup>[11]</sup>初看之下,觉得很深刻,但细琢磨存在问题:其一,冲突主体在行事时决不会想着去反对秩序、制度及道德约束,他的主要考虑就是维护自己的利益。其二,这似乎不是在界定“冲突”,而是在界定其他社会现象,如“越轨”、“违规”、“革命”等,甚至和马克思、恩格斯、涂尔干对犯罪的界定很相近。<sup>[12]</sup>其三,这是在表述从法视野看到的冲突的效果,并不是在揭示冲突的内涵。

在该界定有所保留的同时,却需要对该定义蕴涵的对冲突的否定立场予以肯定。正如该法学者所言,“从法学角度,我们很难对社会冲突这一现象作出肯定、积极的价值判断。”<sup>[13]</sup>但有诉讼法学者恰恰对该定义体现的否定评价不满,而理由就是所谓的不能忽略冲突的积极意义。他还恰恰用上文列举的社会学家对冲突的肯定之处来肯定法律里的冲突。他不否认冲突对秩序的破坏以及对既得利益的损害,但他质疑旧秩序的正当性以及既得利益的合理性。他认为允许和鼓励冲突就是在鼓励不同价值观的交错和摩擦,也是把权利受侵犯和归属不明的情况告诉对方及社会以求解决。<sup>[14]</sup>还有诉讼法学者认为,能出现冲突正说明有了权利抗争,因为“如果正当权益受到侵害一方有意和无意地听之任之而不奋起抗争的话,纠纷就不会发生或者至少不会表面化”,而且,在有些冲突中,当事人间本来就无所谓对错善恶,只是需要重新界定彼此的权利。<sup>[15]</sup>这些观点与社会学冲突论对冲突的肯定评价,区别不大,似乎不存在问题。

但细究之下会发现,法的宗旨及任务使得这一问题不是照搬或“移植”那么简单。在法视野下,应当对冲突进行否定评价。<sup>[16]</sup>因为法律和司法的任务就是解决冲突、维护社会秩

[10] 参见理查德·谢弗:《社会学与生活》,刘鹤群、房智慧译,世界图书出版公司2006年版,第19页。

[11] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,第3页。

[12] “犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争,和法一样,也不是随心所欲的产生的。”见《马克思恩格斯全集》(第三卷),人民出版社1956年版,第379页;“如果一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识,那么这种行为就是犯罪。”见[法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第43页。冲突的定义非常多,科塞的最准确:“有关价值、对稀有地位的要求、权力和资源的斗争,在这种斗争中,对立双方的目的是要破坏以至伤害对方。”见科塞:《社会冲突的功能》,“前言”第2页。

[13] 参见顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,第15页。

[14] 参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,第21页。

[15] 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第213-214页。

[16] 本文中,法学视野或法学方法,主要指法律职业者与传统法学研究者对法律进行的“纯粹的”、“内部视角”的研究方法。而法律社会学、法律人类学、法律经济学等对冲突的看法,很可能与社会学的一致。这也凸现出韦伯区分“法的法律观”和“社会学的法律观”的意义。

序。“法之社会功能的最本质与最基本要求就是防止霍布斯所谓的‘一切人反对一切人的战争’”。<sup>[17]</sup> 如果法律在该自己出场时,却认可社会学家的看法,认为冲突是正当合理、有积极功能的,那怎样去解决冲突? 这样的附和可能导致权利界定的模糊以及秩序的混乱,更难奢望社会整合与进步。从法立场看,冲突不解决依然是冲突,依然是权利受损,更不可能实现秩序的维护。部分诉讼法学者所谓的冲突有利于实现“纠纷和秩序的融合性”,其实是在冲突解决中及其后实现的,并不是冲突本身带来的。

这正如社会学可宣称疾病或流行疾病对社会或许有好处,但医生却不能过多接受这种看法一样;这也正如对待犯罪,涂尔干可从社会学立场给予肯定(有利于巩固“集体感情”和“公众意识”,有利于推动社会道德意识的进步),<sup>[18]</sup>但职业法律人却不能给犯罪这样的评价一样。当然,不能否认的是,在法治发展中,容忍一定的“试错”、“越轨”甚至犯罪有利于制度创新,但这并不意味着法也要放弃自己的立场,给它们以肯定评价。

社会学肯定冲突的积极功能,是以宏观视野对各种社会现象观察和研究后得出的结论。在社会学视野里,看到的是:“秩序-冲突-秩序恢复及新秩序实现-动态的秩序维护”或“权利-冲突-权利恢复及新秩序实现”。社会学在此时似乎舍去了对冲突解决过程的具体考量,把冲突和冲突解决合二为一了。这没有什么失当之处,因为它有理由把冲突解决、权利维护的任务交给法律,但站在法立场,我们却不能这样。面对冲突,法律就是要解决掉它。如此,才能实现社会学所谓的冲突的积极功能。在法的视野里,我们的关注点应当是:“秩序-冲突-解决冲突-秩序恢复及新秩序实现-微观法治的又一次实现”或“权利-冲突-解决冲突-权利恢复”。<sup>[19]</sup>当然,这也说明了,在法视野里否定冲突之“善”,并不影响从社会整合立场对冲突的积极功能的肯定。

更重要的是,现实世界中的社会冲突不是简单的庭审对抗,也不是“法律拟制”的冲突,它有着巨大的破坏性。如果在法领域内继续给冲突以积极评价,何谈解决冲突? 如果那样,自有人会质疑,既然冲突有那么多积极功能,为何要解决冲突? 坐而论道的宏观分析面对具体问题时,很容易显现出论证上的苍白。无论具体到齐美尔的德国、涂尔干的法国、科塞的美国及当下的中国,还是具体到任何一个时代的任何一个社区,冲突发生后,对其公民而言,不要说冲突不解决,即使不能很好的解决,都会让他们缺乏安全感,进而质疑政府能力。<sup>[20]</sup>而且,如果冲突不能在可“合理期待”的时间内得到控制的话,人们甚至可能在混乱的神秘暗示下卷入冲突,酿成更难解决的骚乱。一个在和平时期奉公守法的人在骚乱、战争时可能判若两人。而不少人在战争、混乱时对暴力的容忍度也会有所提高,甚至自身也可能变得相对残暴。

[17] [美]儒攀基奇:《刑法——刑罚理念批判》,中国政法大学出版社2002年版,第239页。

[18] 参见[法]迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1999年版,第85-89页。

[19] 有论者对冲突与法律间的关系进行了全面揭示:冲突促成法律产生;激烈冲突导致社会解体;法律能调整冲突;法律能预防和转化冲突。参见陈信勇:《论法律制度与社会冲突》,载《浙江社会科学》1996年第4期,第67-68页。要补充的是,冲突出现后就需法律去及时调整与解决,不能对其过度放任。至于法律面对冲突,反思自己,进而促成新的法律规则,那是冲突解决后的事项。

[20] 具体的抢劫、爆炸、强奸、命案发生后,如不能及时控制,对百姓安全及政府信誉的损害不可小觑。这也是为何“飞车抢劫”引起了广东党委与政府的高度重视,并采取“禁摩”、联防等多项手段治理的原因。更早时,2005年,最高法院还专门出台了《关于抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》,扩大抢劫罪的认定范围,明确了对飞车抢劫最高可以判处死刑。资料来源于搜狐网:<http://news.sohu.com/20050726/n226449107.shtml>,访问时间:2011年4月4日。这也是为何自行车早已不再值钱,但公安部、中央综治办、建设部、国家工商总局及国家质检总局于2007年3月28日发布联合公告予以打击的原因。

“社会冲突的出现所表明不是社会整合机能的健全,而恰恰是整合机能的病态。也正因为如此,消除冲突,减少或避免冲突总是构成特定社会制度下社会控制的基本任务。”<sup>[21]</sup> 比起自行车失窃甚至命案发生,冲突尤其社会冲突的危害和危险更大。因此,从法的立场或更广阔的现实主义立场,应当给冲突的积极功能划出边界。

### 三 不可移植的另一原因——法学的特质

社会学的任务是对社会现象做“不干涉”的整体性和历时性研究,以考察其功能。它必须恪守客观、科学的态度,对社会事物,无论善恶与否,只要普遍存在,都视为正常。“为了使社会学真正成为一门研究事物的科学,那就必须把现象的普遍性作为衡量现象是否正常的标准”。<sup>[22]</sup> 正因为如此,社会学得以成为一门科学。以此为出发,社会学打破了人们以前从正义、法角度对犯罪、社会冲突的“偏见”,对其进行了客观分析。这并没有什么不妥,但正因为如此,社会学的这些结论应有其边界,不能因此而认为犯罪就是“善”的。涂尔干本人也说,如果把他对犯罪现象的社会学观察与评价,理解为为犯罪辩护,将是对他的误解:

不能因为犯罪是正常社会学所研究的事实就认为它不应该引起人们的憎恨。疼痛也不是人们所喜欢的。个人之憎恨疼痛正如社会之憎恨犯罪,它是正常生理学所研究的现象……如果认为我这是在为犯罪辩护,则这种解释将是对我的思想的特大误解。<sup>[23]</sup>

他还强调,是自己对社会学作为一门“科学”需要具备的准则有了清醒认识后,才有了他在《社会学方法的准则》中对犯罪的这一评价,而在那之前曾错误地评述过犯罪。他承认,在更早时写就的博士论文《社会分工论》里,就将犯罪视为了反社会的存在、社会内部的寄生虫、不可同化的异物。<sup>[24]</sup> 其实,这并不奇怪,也不能说他自相矛盾。可以想象,如果作为一名普通人的涂尔干或在社会学之外的涂尔干,依然会继续否定并“憎恨”犯罪的。

而事情的诡异之处就在于,上述的社会学研究的独特准则并不能被简单地照搬或移植。我们经常呼吁要在法学研究中引入社会学的智识与方法,这对法学创新有益处。但本文提出的问题却表明:在这一引进过程中,也需恪守法的立场和法学看待问题的角度,辨析其他学科对方法及结论的适用条件及其边界。如果对社会学的研究结论不加消化即利用,可能贻笑大方。法学应有自己的、主要的研究对象、方法及立场。诚如论者指出的,法学研究的主题更多是一种内在的而不是外在的法律观,即“以法律职业者而不是哲学家或社会科学家的视角”来研究法律。<sup>[25]</sup>

对此又应如何评价? 悲观的话,可由此出发,继续质疑法学能否成为一门社会科学。从本文揭示的冲突的积极功能应恪守一定的边界出发,就更能理解若干年前论者的这一质疑。法学曾经显赫,彼时它有一整套的知识和方法体系,没人质疑它是一门学问。<sup>[26]</sup> 但自然科

[21] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,第15页。

[22] 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,第89页。

[23] 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,第89页。

[24] 参见迪尔凯姆《社会学方法的准则》,第92页。

[25] 郑戈:《法律与现代人的命运:马克思·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社2006年版,第29页。

[26] 罗马时,法学被称为“法律科学”;中世纪时,法学对罗马法经典的解释、神学对圣经的解释所形成的系统方法,成为许多学科的方法基础;在西方民族国家形成初期,法学成为一种百科全书式学问,人们开始探讨法律与气候、地理环境及民族特性等的关系。参见郑戈:《法律与现代人的命运:马克思·韦伯法律思想研究导论》,第16页。

学的发展使得 19 世纪的西方知识界开始对“思辨性”学术传统进行批判。尤其经济学和统计学方法被引入社会科学后,法学逐渐被排挤出了社会科学领域。从整体上看,自然科学、社会科学及人文科学成为最基本的知识形态,法学不属其中,也无法和他们对抗。甚至在英美国家,法学被当作技艺传授。个中原因,除了法学不能被很好地实证化外,还在于作为职业活动的法律适用和具有保守性的司法运作有助于维护社会结构,却无法为社会转型提供指导。

社会科学也曾经试图入侵到法学和法律领域,但似乎并未成功。实际上,社会科学的主要特点及动力就是,模仿牛顿力学及达尔文进化论,通过观察和试验收集经验素材,再用数学计算进行因果分析,以得出一些公理,进而实现对社会的“科学化管理”。在此之下,社会科学、实证主义的帝国疆域的确在不断扩张。但在法学领域却有些力不从心。例如,韦伯等学者对德国法学家施塔姆勒在法学领域的此类努力进行了阻击。韦伯认为,试图在人类社会找出客观规则的努力注定徒劳,因为,在自然界可找出关于因果性的一般命题,但人类行动不同于物体运动,其因果律无法仅通过观察行动的外部轨迹得知,还必须理解行动者的主观意图。而韦伯的贡献就在于他对人的主观意图的强调,他的“理想类型”的方法与实证主义方法的区别就在于,它内含一定的价值判断。韦伯能在社会科学上贡献突出的原因之一,恰恰就是因为他没有象其他人一样,到自然科学中去寻找社会科学的方法源泉,而是始终不放弃通过法学这一古老学科发掘关乎人类的知识与方法。<sup>[27]</sup>

国内不少学者也指出了科学化浪潮及因果律的边界:“把因果律作为一个万能定式到处套用,只见规律不见人,明于知规律而陋于知人心,忽视或贬低个人在创造文明过程中的作用”;<sup>[28]</sup>“科学研究发现的因果关系仅仅指出了事务现象之间的联系,这种因果关系并不能而且也不应当直接决定法律责任的分配。”<sup>[29]</sup>

法学与社会学重大的差别在于,实证研究和定量研究只能在法学的部分领域适用。定量研究在社会学中是可能的,也能达到较高的准确度。<sup>[30]</sup>但在法学研究中,该方法却可能因为正义、公平等价值观的变化不居和难以测度,无法达到较高信度。法律总是与道德价值、宗教精神等人类的主观方面纠缠在一起,仅凭科学技术并不能完成其应完成的判断、评估及调整人类行为乃至心智的工作。因此,仅凭纯粹理性可能解决不好法律和法学的问题,还需借助实践理性与经验技艺,还需对感悟、偏好、爱憎及价值观有准确体悟。<sup>[31]</sup>

正是法学的自身特质——法学关联着人的主观意义、主观价值及“人的尊严”——决定

[27] 传统上,与韦伯类似的学者还不少,如狄尔泰、齐美尔等,他们也强调人类精神生活的独特性,反对把人当作客体的研究方法。参见郑戈:《法律与现代人的命运:马克思·韦伯法律思想研究导论》,第 36-59 页。

[28] 贺卫方:《法边馀墨》,法律出版社 1998 年版,第 30 页。

[29] 苏力:《制度是如何形成的》,中山大学出版社 1999 年版,第 108 页。

[30] 即使社会学领域,也开始反思定量研究:量化不等于科学推理,需要避免统计至上主义,参见谢宇:《社会学方法与定量研究》,社会科学文献出版社 2006 年版,第 5-8 页。社会处于不断变化中,变量的内涵及对社会现象的解释力也处于变化中,而变量的承载者——活生生的人的实际感受,也是定量研究者无法从数据和公式中获得的,参见马戎为前引谢宇书所作前言。至于定量研究和实证研究在法学领域的尝试及反思,参见王赢、侯猛:《法律现象的实证调查:方法和规范——法律的社会科学研究研讨会综述》,载《中国社会科学》2007 年第 2 期,第 118-126 页。实际上,以社会学为代表的社会科学是一个定量和定性的综合体,如果我们指出其计量和统计方法的不足,说不少价值和主观意义无法予以测量,但其定性部分却能有效解决这一问题。

[31] 一个很有意义的启示是:在寻找为何诸多刑事程序法规则会被施众与受众单独或“合谋”地架空的原因时,不能不考虑宗教和价值层面的原因。对刑事程序失灵原因自制度角度的研讨,参见《北大法律评论》第 8 卷 2 辑的一组主题研讨文章,北京大学出版社 2007 年版,第 291-334 页。

了社会科学的计量主义、形式主义在它的很多领域无法适用。就法学中的无罪推定、罪刑法定、罪刑均衡、自由心证而言,尽管不排除采用计量研究、指标衡量的方法能获得一定的精确把握,但实际上,对它们的计量研究始终无法排除价值判断的干扰:罪刑法定、无罪推定是价值判断,欲用经验事实证明或证伪,成功的可能性并不大;不同的人,相同的人在阶段对罪刑均衡的感受并不一样,研究者无法精确测度人们对刑罚实施和司法状况的满意度;不同的法官在证据判断中建立“内心确信”的“均衡点”也不同,所以也很难对自由心证进行测度,其实,法定证据失败的原因可能就在于此;而作为“古老屋顶上的巨大漏洞”的司法裁量扩张一直得不到有效规制的原因可能也在此。或许这正是我们说法学的一只脚在自然科学里、另一只脚在神学里的原因。<sup>[32]</sup>

因此,如果法学研究脱离了对法律的价值因素及宗教支撑的考量,其方法和成果对法律规则运行和再生产的助益作用将显著降低。由此可见,二战后新自然法学的复兴有着深刻原因。今天的法学界和司法界对方法的拓展值得肯定,但是不是仍需要对社会学研究准则、其他学科的方法尤其观点予以甄别?之所以学者认为山东淄博市淄川区法院的电脑量刑需缓刑,不可鲁莽行事,<sup>[33]</sup>其原因恐怕就在于,将自然计算鲁莽地引入了事关法官自由心证和民众价值判断的刑事裁量领域。

#### 四 法学的开放与法律的自主

但是,乐观的话,我们又可以冲突的积极功能有边界为例,自豪地说,法学虽然不是一门社会科学,但它是自主的。卢曼认为,法律本身就是一个自创生系统。法律就是法律,社会就是社会,人就是人,各有各的系统,法律系统并不从属于社会系统,是自我创立、自我繁衍的。这是一种很“酷”的社会学理论,也给了法学无比的自信心。因为,一般情况下,我们都说法律是社会的一部分,但今天突然有社会学家主动说,法律是一套自我发展的体系,有着自己的动力系统和操作规则。<sup>[34]</sup>这种法律的“无人之境”对法律人来说,无疑是一个“利好”消息。<sup>[35]</sup>

法律系统甚至法学知识具备自我协调及完善能力的原因,首先在于法律职业共同体的存在以及他们对知识、技艺及价值观的共享:“法学研究者和实践者使用的知识有高度同质

[32] 不可否认,国内学者在这方面已有尝试,例如,白建军教授将司法公正置换为司法平等,再以最高法院3000多示范案例为基础,检测这些案件是否从整体上实现了报应、等罚、中立,是否在定罪和量刑上具有稳定性,是否实现了个案公正。这种量化和对比分析,能检验已有审判是否平等、统一,并为法官裁量权的规制奠定基础。参见白建军:《公正底线——刑事司法公正性实证研究》,北京大学出版社2009年版。因此,只要努力并且巧妙,对抽象公正等价值问题可能也能通过置换、解析及对比等方法进行一定的检验。但这里要提出的是,检验和验证时的权重设定还是关涉价值判断的。因此,法学实证研究能否抛开司法者和研究者的价值判断及主观意义的争论,还会一如既往的持续下去。另外,即使法社会学上的实证研究可能可以依托计量,但职业法律人的法律判断及司法过程是否可以依靠计量与公式,还是不无疑问的。

[33] 参见季卫东:《电脑量刑辩证观》,载《政法论坛》2007年第1期。不过,在此问题上,其关键在于,在该尝试中,电脑量刑结果对法官有无真正的约束力。如果没有强制力,而是参酌使用,那么它不仅减轻法官裁量的负担,而且其软件的科学性、案例资源的积累,将有利于达成法官共识,实现“同案同判”,也有利于审判质量评价的科学化,甚至能抑制法官量刑裁量权的滥用。

[34] 参见宾凯:《法律如何可能:通过“二阶观察”的系统建构——进入卢曼法律社会学的核心》,载《北大法律评论》(第7卷第2辑),北京大学出版社2006年版,第361—364页。

[35] 回到本文初始话题,既然法律有自身的逻辑和规则,那么它面对冲突时,就是要将其消解,如此才能安身立命,并促进自身系统的进化。

性,司法机关、律师所使用的法律知识与学院传授的知识是相同的,至少理论上如此。”<sup>[36]</sup>其次在于法律的独特推理:通过“合法/不合法”的二元符码的运用维持自己的边界,使自己同社会系统相区别,并以“如果……那么……”逻辑规则为动力系统及归因方式,剔除掉自己认为不重要的因果关系,以保持自己对外界刺激的开放,最终实现法律决定之网的扩张和繁衍。<sup>[37]</sup>因此,主体、知识、技艺、价值观和方法的自主,使得法律和法学具备了一定的自主性、稳定性乃至隔绝性。

有学者认为,法律和法学的自主性已受到冲击,尤其在注重实践理性和司法能动的美 国。<sup>[38]</sup> 布兰代兹说:“一个没有研究过经济学和社会学的法律人极有可能成为人民公敌。”波斯纳观察了几十年来美国法律和法学的发展后断言,“如今,支撑法律的自主性确信的柱石都倒下了。”<sup>[39]</sup>他的法理学三部曲及大量具体的交叉研究更在努力地论证着这一观点。苏力也针对美国的法律研究指出:“虽然法学至今是一个独立学科,但是法学确实已经不是一个自给自足的学科。一些法学家已经对法学多年来所声称的自主性提出了怀疑。”<sup>[40]</sup>

但笔者认为,法学和法律受到了冲击并不意味着“法学确实已经不是一个自给自足的学科了”。因为,还需分析其主体是什么,就自然法学、法律职业法学和法律社会学这三者而言,哪一部分是法学的主体,主体部分的研究方法又是什么。我们不能容忍法律论证和法学方法的固步自封。<sup>[41]</sup>但也不能因为法学的开放而否认法学的特质与自主性。

首先,边境被突破并不意味着“国将不国”。波斯纳对法律自主性柱石倒掉的描述(经济学和哲学冲击了法学,自然科学的冲击让法学无法自觉)及原因分析,本就承认了一个前提——法学不是经济学,不是哲学,也不是自然科学。他曾比喻到:“骆驼的鼻子伸进帐篷了,它的身子也就肯定会进来。”<sup>[42]</sup>但真的是这样吗,即使骆驼身子进来了,能否认帐篷是让人住的吗?诚然,今天的法律和法理问题开始更多地用经济学、哲学及自然科学的方法进行研究,传统的法律原则分析或许“落伍”了,但并不意味着法律和法学就不自主了。波斯纳说“即使法律人是一个社会清洁工,也应当允许他们使用最新的扫帚和拖把”。<sup>[43]</sup>但我们也不能因为清洁工开着自动清洁车扫街,就否认他还是清洁工。

其次,法学对外学科的知识及方法一直有能力消化。正如苏力自己指出的,很早以前,

[36] 谢鸿飞:《非常事件的权力策略——一起乡村刑事案件中的法律实践》,资料来源于法学时评网:<http://www.chinawebblaw.com/html/e27/2006-02/39184.html>,访问时间:2011年4月4日。

[37] 参见宾凯:《法律如何可能:通过“二阶观察”的系统建构——进入卢曼法律社会学的核心》,《北大法律评论》(第7卷第2辑),第376-378页。

[38] 苏力甚至指出,法理学从来没有与其他科学分离过。宗教神学、政治学和古典自然科学一直在法理学上有“投射”。霍布斯的《利维坦》是在伽利略揭示的物理规律影响下写的。早期法学家几乎同时是政治学家,相当一部分又是哲学家。而《论法的精神》更是大量运用了其他学科的材料。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第236页。但这并不意味着更早时法学不是一门自足自主的学问。那时的罗马法学就是一个例证。其实,由此也可看出,法学具有良好的兼容与消化能力。

[39] 波斯纳认为,原因在于,自20世纪60年代来的政治共识衰落;经济学、哲学、博弈论、统计学、公共选择理论和文学理论的兴盛;法学自觉地把经济学、政治学及道德哲学等学科的知识用于传统法律问题分析;医学、基因研究、空间探索、武器技术、计算机、宇宙学及其他科学领域的推进,使得传统的“法律原则分析”落伍而乏味;制定法首先是宪法重要性的增加。参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第533-540页。上述评论或许适用于普通法,因其推崇实践理性。它的“遵循先例”和“法官造法”也使得外学科进入后有容身之处。但在成文法系不同,因为对成文法的规范性分析与解释性研究,仍有巨大需求,其主体地位更不易被撼动。

[40] 前引苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第7页。

[41] 法律论证的进步,最典型例证就是布兰代兹诉讼方法,其特点是论证时借鉴较多的社会学成果与方法。

[42] 参见波斯纳:《法理学问题》,第546页。

[43] 波斯纳:《法理学问题》,第546页。



三权分立、社会契约论是外学科知识,但今天说它们属于法学知识也不会引来太大争议。其实,法学和其他学科就是在互鉴中发展来的,法学也一直未失去自足性。他还说,法学对其他科学的借鉴,折射出了后现代主义的哲学思维方式:“法律与其它学科的界限不断被超越,法律没有一个核心,没有一个确定不移、坚贞不渝的本质。”<sup>[44]</sup>但问题是,这种后现代主义思维是否适于对法学自主性的认识。如果把社会学对冲突的积极功能的揭示视为后现代主义思维的话,它其实并不适用于法律对冲突的评价。而这种不适用性正折射出了法学本质的稳定性。而且,既然在历史唯物主义下讨论问题,承认“我们目前的知识、学科体制都是历史演变、社会劳动分工的产物”,<sup>[45]</sup>那就不能因为学科边界是变动的,而否认直到今天还有着固定指涉对象、固定职业群体及固定技艺的法学学科的自主性。如果其自主性确已丧失,那么为何直到今天,法解释学和法规范学的生命力依然旺盛,并发挥着很大作用?<sup>[46]</sup>霍姆斯在1897年就预言:“对法律的理性研究而言,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。”<sup>[47]</sup>一个多世纪已过去了,法解释学和法规范学虽然受到过冲击,却并未失去天下。

最后但尤为重要的是,社会的需要决定了法律和法学的自主存在不可能被摧毁。苏力曾担心,法学院提供的知识能否为法律职业者所用。但现在的问题是,对法学职业者,哪种知识更能为其所用?是职业知识还是法律社会学、法学交叉学知识?诚如苏力自己所言,“在大众的消费文化占主导的现代化工商社会中,真正决定学术格局的是消费者,而不是生产者。”<sup>[48]</sup>

实际上,即使在普遍认为自主性最有保障的经济学领域内,也有不少经济学者感叹外学科对经济学的入侵,并着手研究经济学对外学科尤其法学的吸收问题,例如,前国际经济学会主席、哈佛大学经济学教授亚诺什·科尔奈。<sup>[49]</sup>而我们恐不能因此也说,经济学也不是一门自主学科了。韦伯的预言悲观了些,而布兰代兹的预言似乎更过悲观。法学需要接受外来事物,但它也有自己“命脉”式的基础知识、基本技艺及基本价值观,至少也有自己的“自留地”与“专业槽”。这不是要维护“既得利益”,也不是“self-important”,而是立场以及对事实的尊重使然。<sup>[50]</sup>

## 五 结语:“反思性观察”

卢曼所谓的“二阶观察”是一种反思性的“互动观察”与“复合观察”,主要包括“观察自

[44] 苏力:《法治及其本土资源》,第236-237页。

[45] 苏力:《制度是如何形成的》,第259页。

[46] 仅就刑事诉讼法研究而言,对刑事诉讼法规范自内部视角的分析就依然有很大空间。其中的法律发现、法律推理及漏洞补充等研究依然能获得相当不错的成果。参见雷小政:《刑事诉讼法学方法论——导论》,法律出版社2009年版,尤其第96-176、第260-282页关于刑事诉讼中的法律解释、法律推理及法律论证的论述。

[47] 见霍姆斯演讲“法律的道路”,时任马萨诸塞州最高法院大法官。该演讲是他于波士顿大学法学院新楼落成时的贺词。其国内译本非常多,此段原文为:For the rational study of the law, the black letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.

[48] 参见苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,第21页。

[49] 参见[美]亚诺什·科尔奈:《社会科学各学科分离还是融合?》,载吴敬琏主编:《比较》第27期,中信出版社2006年版,第3-7页。

[50] 在更多时候,我愿秉持开放法学的立场,但在对冲突的积极功能的评价上,很不能接受这些积极功能的引入,也许这正是实用主义态度及辩证主义的方法。

己的观察”和“观察他人的观察”两方面。

“观察自己的观察”，其一，不能否认，本文的主要观点可能是“倒回去”了，与“也许正在发生”的事不那么协调，对此我应当有所清醒。因为更重要的是，我们需要从“法学不是一个自给自足的学科”这个出发点看到，法学对生活世界开放的重要性：“思想的开放不仅应当理解为对外国的、被标记为法学的知识保持敏感和开放，而且应当对自身和周围其他普通人的知识和经验保持敏感和开放。”<sup>[51]</sup>其二，法律立场和法学立场是有区别的，需留意这一问题。其三，本文也用了不少社会学的方法和思路，也在成功或不成功地使用着因果律，尤其在分析冲突的积极功能带来的问题时。这说明，无论怎样的努力和迫切的表态，学科的融合已潜移默化、不可避免。其四，所谓“正功能”与“反功能”、“积极功能”与“消极功能”本身就牵扯着价值判断，无法对每一主体强求。

“观察他人的观察”，就会发现，对法律自主性及自创生系统的高度肯定，反而来自于社会学的观察。是卢曼站在社会学立场上，对整个社会系统与法律系统进行“二阶观察”得出的。因此，我们似乎连夜郎自大的机会都没有。当然，如果说这意味着法律得以独立存在，得以可能的内在原因——法律系统的独特性，得到了部分社会学者的认可，又是值得法律人欣慰的。

本文并不反对社会学、经济学等知识与方法在法学中的运用，只是为了更明确：其一，法学的研究对象与立场实属社会学、经济学研究的动态场域的一部分，在面对其他学科时，还需谦卑。其二，但是，在引进社会学方法时不能忘记规范法学的独特之处与自主性，尤其要警惕他领域的研究结论。自我尊重才能赢得他学科的更多尊重。其三，需要反思自然科学、社会科学及人文科学三分天下的格局。既然法学既不可能过多地从人文学科获得知识资源，又不属于严格的社会学科，那么可否让法学独占一席？法学就是法学，是科学的第四极。<sup>[52]</sup>

---

[Abstract] As a general observation and based on the process and result of disputes solving, sociology confirms the positive function of disputes. However, this confirmation is not applicable to legal research. From the perspective of jurisprudence, we need to negate and exclude disputes. The very characteristic of focus on man's subjective intent by jurisprudence determines the difficulty of the use of metrological and scientific analysis within its realm. This shows that jurisprudence is autonomous. Furthermore, its autonomy has not been influenced when there is still great demand for both normative jurisprudence and science of legal interpretation. Since jurisprudence can neither draw much enlightenment from humanities, nor belong to social science in the narrow sense, it's just itself, jurisprudence, the fourth pillar of science.

---

(责任编辑:支振锋)

[51] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,自序第5页。

[52] 法学就是法学的最好注释就是:“社会科学家并不要求法学家贡献一般性的社会理论,相反,任何有雄心对西方社会进行全面研究和反思的社会科学家都躲不过法律问题,在涉猎这一专业时,他们还不得不作为外行向法律专家讨教。另一方面,法学家也甘于在自己法律职业设定的限度内从事研究和教学工作。”见郑戈:《法律与现代人的命运:马克思·韦伯法律思想研究导论》,第25页。