

# 新法律现实主义的最新发展与启示

邓矜婷

---

**摘 要** 对新法律现实主义之所以被提出的背景与意义的阐释，离不开对自 20 世纪二三十年代以来兴起的旧法律现实主义、法律过程主义、批判法学、法社会学、法经济学等流派与运动的梳理。新法律现实主义不仅延续了旧法律现实主义对事实和开放法学研究的提倡，还强调对已有的多学科方法研究成果的法律性重视，也呼吁其它学科的研究关注其研究的法律实质意义。在其推动下，传统的法学研究和利用其它学科方法展开的法学研究得以更好地渗透和合作，使得学科整合和实证法学研究更为有效地进行。

**关键词** 法律现实主义 实证研究 定性研究方法 定量研究方法 跨学科研究

作者邓矜婷，美国密歇根大学法律博士（J. D.），中国人民大学法学院讲师。

---

## 导 言

20 世纪二三十年代，为了应对令状制度取消后导致的普通法规则混乱问题、形式主义支持下的僵化司法以及政府权力扩张的需要，从庞德（Roscoe Pound）的法社会学理念出发，以卢埃林（Karl N. Llewellyn）等人为代表发起了法律现实主义运动（Legal Realism Movement）。这些法律现实主义者研究不同的对象，利用不同的研究工具。但是如果从批判对象的角度加以观察，则可以发现这些学者的共同点。首先，他们都反对以法律规则为研究中心，反对通过界定法律的概念将非规则的因素排除在法学研究之外，而是提倡以事实（包括法官的行为和具体的案件事实及结果）为研究中心。他们认为，法官的判决主要是受案件事实而不是法律规则的影响，而且，即便那些在法律上没有意义的案件事实，也可能会影响法官的判决。法律规则虽然也会影响法官的判决，但不是主要的。其次，他们都反对那种认为法律规则是自洽的观点，反对判决可以通过法律

---

\* 本文系中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金）资助项目“中国案例检索系统的完善——基于中美比较研究”（项目编号：2013030014）的研究成果。感谢匿名审稿专家和责任编辑细致的修改建议。一切文责由作者承担。

推理来确定，因为一来法律规则和逻辑推理本身不足以决定唯一合理的案件结果，二来法律规则和逻辑推理不足以解释法官为何如此判决。最后，他们都反对仅针对那些业已经过高度筛选的先例进行规范性研究，反对脱离现实的抽象理论研究，而是主张引入其它学科的研究，主张实证的法学研究。<sup>①</sup>

之后，由于法律现实主义对法治的抨击和怀疑对纳粹主义的专制独裁有利，又因为该运动后期主要学者的流失，同时一些法律现实主义者过于强调政策对法律的影响而使得法律丧失独特性，还有更主要的是哈特（Herbert L. A. Hart）在重建法律概念时针对规则怀疑论进行了强有力的反驳，卢埃林等人倡导的法律现实主义在上世纪中期走向衰落。随之兴起的是以哈特理论为基础的法律过程主义理论（legal process theory）。面对法律现实主义强而有力的例证证明了法律是不确定的，法律过程主义只有承认之，但通过机构正义、逻辑的详细说理以及扩大规则的范围，来恢复对法律的信心和说明法治仍然是可靠的。

但是在之后的七八十年代出现的批判法学研究（Critical Legal Studies），又重新将法律现实主义关于法律是不确定的观点带回到美国主流的法理学讨论中。为了支持批判法学那种要求公权力机构介入某些私法领域以保护某些弱势群体之利益的主张，该学派的学者们构建了加强版的法律现实主义，将其关于法律之不确定性的观点极致化。<sup>②</sup> 这些观点也被之后的女权主义法学和批判种族主义法学所继承。同时期兴起的还有法律经济学，即运用经济学的方法来分析和评价哪些法律规则在经济学上是有效率的，或者预测怎样的法律规则会因此而被制定。从与法律现实主义的关系来看，法律经济学正是在法律现实主义破除了法律规则是封闭自治系统的基础之上，才得以公开登场的，法律学者、法官等由此可以公开讨论经济分析下的社会成本、收益和效率等因素在司法判决中的影响。不过，法律经济学的发展对法律现实主义而言是双刃剑，因为其一方面工具性地实践了法律现实主义对事实以及对法律与社会之关系的关注，证实了社会成本-效益等非法律因素在司法判决中的作用，在有些案件中甚至能发挥首要作用；另一方面也提供了一条逻辑推理的路径，来解决对相互矛盾的法律规则的解释和选择问题，部分解决了法律不确定的问题。另一与法律现实主义关系密切的流派——法社会学，也在法律现实主义破除了法治神话的基础上，进一步揭示法律规则与社会现实之间的鸿沟，通过运用多学科方法来捕捉、分析社会中的法现象，揭示其与书本上的法（Law in Books）的不同，并经过几十年的发展，产生了大量的实证数据。法律现实主义成功地破除了旧法律形式主义所构建的封闭的法律规则系统，使其向政治、道德、经济、社会等方面开放，但是在就这些因素对法律系统的实然影响和应然影响具体进行定性、定量研究上，并没有实际的成果。而其后的批判法学、法社会学、法经济学、实证法学等经过几十年的研究和发展，在这些方面产生了大量的成果。

在 21 世纪初期，以上述学派、运动的发展现状为背景，建立在多学科相互渗透和实证法学研究之发展的基础上，桑斯坦（Cass R. Sunstein）、麦考利（Stewart Macaulay）等学者又发起了一场自称为“新法律现实主义”的运动，并将上一场运动称为“旧法律现实主义”运动。“法律现实主

<sup>①</sup> See generally Brian Leiter, “American Legal Realism”, in Martin P. Golding and William A. Edmundson, eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2004, p. 33.

<sup>②</sup> Ibid.

义”此时被再次提出，具有两层意义：其一，进一步破除变化了的法律形式主义提出的那种扩大了的规则系统的自治和确定，强调有些非法律因素是不能被规则化的，认为不存在普遍适用的规则，规则应当是具体的和回应事实的，而不是原则的。从这个角度出发，新法律现实主义提出应当发展法律之外的纠纷解决机制，以应对社会多元化发展所带来的司法危机。其二，强调前文提及的那些出现于旧法律现实主义之后的运动（例如法经济学、实证法学等）的研究成果（特别是实证方面的）在法律规则系统构建中的作用，并以新法律现实主义的态度对其加以理解和运用。具体来说，一方面是继续旧法律现实主义所做的破除性工作，要使研究更为偏向基层与事实，要求包括法律形式主义者在内的法律人重视非法律因素对法律的影响，并认识到这些影响一定程度上已经被定性、定量地进行研究；另一方面是要求包括法律现实主义者在内的法律人在研究现实中的法律事实时，应当注意这些成果的规范性意义及其对规则系统的影响和在规则中的体现。法律现实主义的再次提出，其实是希望为这些关于非法律因素的研究成果和那些有关法律规则的理论研究之间搭建起桥梁。新法律现实主义者往往又都是批判法学、法社会学、法经济学等的代表人物，他们在寻求进一步扩大相关研究成果的影响和引导下一步相关研究的方向时，重新举出以开放和事实为中心的法律现实主义大旗。所以，新法律现实主义的发展，一方面是表现在其它法学运动之研究方向、方法的变化和成果的理解运用上，故而本文所研究的新法律现实主义的最新发展，也包括了与开放的和针对事实的研究相关的其它法学运动的成果，及其受法律现实主义态度之影响而发生的变化；另一方面，为了更好地搭建桥梁，新法律现实主义也对旧法律现实主义提倡的指导思想进行了发展，使其更加中立、客观、开放和具有事实性。

具体来说，在反对以法律规则为研究中心、反对法律规则是自治和确定的、反对形式的教条的研究方法、提倡自下而上的实证研究、提倡运用其它学科的方法科学地研究法律等方面，新法律现实主义都继承了旧法律现实主义的要旨。<sup>③</sup>但是二者的现实性程度有所不同。新法律现实主义强调对那些更贴近基层的法律行为的研究，包括基层法院的判决、人们对法律的认识等；更加警惕过分强调政策对法治的影响所可能导致的法律与政治的混淆以及法律独特性的消失，力图避免造成研究中不中立和不客观；进行了大量的实证法学研究，不断地修正具体的研究方法，将其它学科的研究方法实际运用到法学研究中。所以，新法律现实主义比旧法律现实主义更加贴近基层和社会现实。旧法律现实主义是让人们认识到法律规则与社会现实之间存在着巨大的鸿沟，但是它并不能揭示和证明这种鸿沟是由什么因素在怎样的条件下造成的、其中有哪些规律。限于当时其它学科的发展，旧法律现实主义者只能通过猜测和推理来加以解释，结果导致其的结论仍然不符合现实——要么过于依赖心理和直觉，要么由于陷入类型化的事实而又落入抽象概念的缺陷。新法律现实主义者则受益于法社会学、法律经济学等的研究和发展，得以真正地处理社会表层的繁多现象，通过现象事实来揭示上述鸿沟的存在状态和形成原因等等。

国内对旧法律现实主义的研究颇多，但是对新法律现实主义的关注，目前基本上还仅限于对其

<sup>③</sup> See generally Frank B. Cross, "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance", *Northwestern University Law Review*, Vol. 92, No. 1 (1997), p. 251; Stewart Macaulay, "The New versus the Old Legal Realism: Things Aren't What They Used to Be", *Wisconsin Law Review*, Vol. 2, No. 2 (2005), p. 365.

形成背景、原因、提倡的内容等的初步介绍。<sup>④</sup> 实际上,经过十多年的发展,新法律现实主义通过实证研究和多学科的分析模式来处理社会表层现象,进而抽象出理论上可靠的解释,并提出了许多值得注意的问题。本文在国内外学者对新、旧法律现实主义的整体性介绍的基础上,总结新法律现实主义发展至今所积累的研究成果。虽然涉及其它法学运动的研究成果,但本文也是从法律现实主义的角度对它们进行理解和解读。

本文首先从整体性的角度对比新、旧法律现实主义,来总结前者的最新发展。第一部分细分为四方面,其中前两方面主要是针对新、旧法律现实主义对法律概念的界定和从规则转向事实的研究重心之发展,后两方面则是对法律现实主义之研究方法发展的整体性介绍。第二、三部分更为详细地总结了新法律现实主义在多学科和实证法学研究方法方面的发展。当然,在汲取新法律现实主义成果的同时,还应当了解其所受到的批评,以便更好地把握其成果和缺陷。有鉴于此,本文除了在介绍这些成果时就其受到的批评进行简要介绍,还在第四部分集中介绍了新法律现实主义在其批判内容和研究方法这两方面所受到的批评、争议及其回应。考虑到我国法学界在多学科和实证法学研究方面还处于初级阶段,有必要借鉴这些方法来帮助认识我国的具体国情和法律实际运行状况,故而在最后部分阐述了新法律现实主义对我国法学研究的启示。

## 一、新法律现实主义之主要观点的发展

自“新法律现实主义”概念在2004年于美国召开的一次正式会议上被提出至今,已经历了十年的发展。2012年,相关研究者在哥本哈根召开了首次于欧洲举行的新法律现实主义会议。不过,作为一项运动或流派,新法律现实主义的影响还处于初级阶段,尚未达到旧法律现实主义当年的影响程度。旧法律现实主义在被提出时,还没有法经济学、批判法学等的兴起,它针对的是主流的法律形式主义的机械司法和封闭法治。而在法经济学、批判法学等学派已被广泛承认的今天,新法律现实主义作为一种桥梁的姿态出现,其作用仿佛从台前走到了幕后,所以不可能也不需要再有当年的那种风光。

即使如此,新法律现实主义也已经对欧洲大陆产生影响。首先是对法学研究方法的影响。新法

<sup>④</sup> 主要针对旧法律现实主义进行详细阐述的中文论文和中译文包括:邱绍继:《法律现实主义的再生——兼评布赖恩·莱特的自然化法学思想》,《清华法律评论》(第1卷第1辑),清华大学出版社2006年版,第179-196页;孙启东、范进学:《弗兰克法律现实主义观述论》,《山东社会科学》2007年第3期,第95-99页;许庆坤:《重谈美国法律现实主义》,《比较法研究》2007年第4期,第1-13页;于晓艺:《弗兰克法律现实主义思想根本诉求之探究》,吉林大学2007届博士学位论文;刘翀:《现实主义法学的批判与建构》,《法律科学》2009年第5期,第13-21页;陆宇峰:《美国法律现实主义:内容、兴衰及其影响》,《清华法学》2010年第6期,第85-97页;丁晓东:《重新审视法律现实主义——一种知识社会学的考察》,《昆明理工大学学报》(社会科学版)2010年第4期,第15-23页;张娟:《什么是法律现实主义——庞德、卢埃林、弗兰克之争》,《西南政法大学学报》2010年第5期,第3-13页;胡铭:《法律现实主义与转型社会刑事司法》,《法学研究》2011年第2期,第52-69页;薛万宝:《卢埃林法律现实主义解读》,《私法》(第9辑第1卷),华中科技大学出版社2011年版,第255-277页;于晓艺:《法律现实主义者的怀疑主义进路》,《华南理工大学学报》(社会科学版)2011年第5期,第57-61页;[德]康特罗维茨:《对美国法律现实主义的理性主义批判》,清灵译,《法律方法》(第12卷),山东人民出版社2012年版,第66-75页。有关新法律现实主义的整体性介绍,参见范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,《中国法学》2006年第4期,第38-51页;[美]斯图尔特·麦考利:《新老法律现实主义:“今非昔比”》,范愉译,《政法论坛》2006年第4期,第54-74页;于晓艺、李连营:《新法律现实主义运动述评》,《公民与法》(法学版)2011年第9期,第19-21页。

律现实主义提倡运用经济学、政治学、人类学、社会学等其它学科的方法来研究法律问题，而不是单一地采用传统的法学方法。这引发了关于法律是否为一门科学的重新讨论。<sup>⑤</sup> 一些学者则进一步研究法学教育和法律职业应当如何促进从单一方法向多学科方法、从国内法向多国法的转变，以应对现实的欧盟一体化、国际化等的变化。<sup>⑥</sup> 虽然在整个欧洲尚未形成针对传统法学理论研究方法的有力批判，但是在一些欧盟成员国，如英国、比利时、荷兰等，已经出现了这样的讨论。<sup>⑦</sup> 其次是实证法学研究的影响。在过去 20 多年里，在很多欧盟国家中都能看到对实证法学研究的兴趣，包括英国、荷兰、比利时、德国、西班牙等，虽然这类研究尚未成为主流。<sup>⑧</sup>

不过，新法律现实主义主要还是由美国学者主导，下文主要阐述美国学界这方面的最新发展。

### （一）对法律规则和非法律因素对判决之影响的认识

新法律现实主义在这一问题上提倡平衡的观点。<sup>⑨</sup> 他们承认法律在某些时候是不自治的，法官有时能选择判决结果，可以操纵法律规则和逻辑，会被政治、道德、个人偏见等非法律因素影响，但是法律系统仍然会起作用，法律规则和逻辑在很多时候是能约束法官的，法官在一般情况下作出的判决是可以预测的。<sup>⑩</sup>

以这些观点为指导，新法律现实主义者进一步研究更具体的问题，包括：在那些实际影响司法判决的因素中，具体包括哪些法律的因素和哪些非法律的因素；法官在什么样的案件中，以及会在多大程度的经常性上，不受法律规则和逻辑的拘束而自己进行选择；法律因素和非法律因素各自对法官的影响机理和效果有何异同之处。<sup>⑪</sup> 因此，新法律现实主义虽然不相信法治神话，但也没有放弃法律的价值，还是认为法律有其独立性，只是希望能在与其它社会系统的影响互动中更完整地揭示法律系统的真实运行状况。

### （二）如何“自下而上”地研究司法行为

随着社会科学、计算机科学的不断发展，对法现象的实证研究大量出现，让法律学者们认识到法官判案不是机械的，不是只受法律的影响，而认为至少在有些案件中会受到其政治意见等的影响。<sup>⑫</sup>

不过发展至今，新法律现实主义者也对之前的相关研究进行反省，意识到其局限性。这些局限性主要包括：之前的研究多是仅针对已公布的某些法律领域中的上诉审案件，这使得此类研究有时不具有代表性；之前的研究通常仅针对个别的非法律因素，像对性别、种族等的研究都很少；之前的有些研究单纯以法官判决的投票来说明法官判决行为是否受其政治意见的影响，而不考虑其它更

<sup>⑤</sup> See H. Hans-Eberhard, "Ist 'Rechtswissenschaft' eine Wissenschaft?", *Rechtstheorie*, Vol. 34, No. 2 (2003), pp. 229-244.

<sup>⑥</sup> See R. V. Gestel, H. W. Micklitz, and M. P. Maduro, "Methodology in the New Legal World" (May 1, 2012). EUI Working Papers LAW, No. 2012/13, available at <http://ssrn.com/abstract=2069872>, last visited at 27/03/2014.

<sup>⑦</sup> *Supra* note ⑥, pp. 14-15, footnote 59-61.

<sup>⑧</sup> See P. Cane and H. Kritzer, eds., *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, New York: Oxford University Press, 2010, Introduction, p. 2.

<sup>⑨</sup> See B. Leiter, "Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?", *Legal Theory*, Vol. 16, Issue 2 (2010), p. 123; B. Z. Tamanaha, "Balanced Realism on Judging", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 44, Issue 4 (2010), p. 1243.

<sup>⑩</sup> *Supra* note ⑨, B. Z. Tamanaha; p. 6, and B. Leiter, p. 123.

<sup>⑪</sup> *Supra* note ⑨, B. Leiter, p. 123.

<sup>⑫</sup> See S. J. Ware, "Originalism, Balanced Legal Realism and Judicial Selection: A Case Study" (August 3, 2012), pp. 16-17, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2129265](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2129265), last visited at 27/03/2014.

具反映性的测量指标，比如涉案的具体法律规则和先例等。<sup>⑬</sup>

为了突破这些局限，新法律现实主义者主张在研究司法行为时，要注意如下三点：一是要扩大研究的案件范围，以便能更加深入到“下”级案件并包括更广泛的法律领域；二是要引入更多的因素影响模式，而不是只局限于法官的政治立场，还要包括性别、种族、法律规则和先例、司法制度的制度性影响等；三是要加强对自下而上的“上”这一面的关注，不只考虑法官在判决时的投票，还要研究其引用的先例、运用的法律规则和逻辑、是否部分同意或反对等，增加其它更能反映法官判决行为是否受影响的测量指标，并且强调将实证研究结果理论化，从而能够对判决行为作出预测。<sup>⑭</sup>

另外，有些新法律现实主义者认为，这些证明非法律因素之影响存在的实证研究结果将会增加法官的自知，进而使得法官更有意识地抵御这些非法律因素的影响，以维持其中立性和客观性。<sup>⑮</sup>

### （三）关于实证研究的方法

新法律现实主义者坚持以实证研究为基本进路，但不只强调自下而上的研究，还认识到将实证研究理论化的重要性，提倡多种方法相结合，并承认实证研究的局限，提倡对其不断进行批判性的反思。随着越来越多的数据被公开、各种数据库特别是多用户数据库的建立<sup>⑯</sup>、具有交叉学科背景的法律学者的出现、法学院开展实证研究相关技术的教育和培训等等，学者们进行法律的实证研究的障碍越来越少。这类研究也因此得到了不断的发展，不再局限于新法律现实主义者。<sup>⑰</sup>

在这类研究不断发展的过程中，新法律现实主义者不断以批评性的角度加以反思，考虑怎样才能通过这些研究更准确地认识现实中的法律。他们一方面反对那些一味地不强调理论意义和现实需要而向下所作的实证研究，强调要对实证研究结果进行理论化提升；另一方面也反对不中立的、带有预设偏见的、为了证明某一理论而进行有目的的实证研究。同时还反对只对非法律因素进行实证研究，提倡将实证研究与对法律规则、文本等研究相结合，既对法律性因素进行实证研究，又承续法律形式主义的自上而下的推理研究，将两种研究的结果相结合，进行进一步的研究。<sup>⑱</sup> 另外，他们也认识到实证研究的局限性，特别是由于单一方法在数据收集、研究设计、数据分析等方面各自存在一些缺陷，使其研究结果难以同时具有一般性、可比性和可靠性，所以提倡多方法相结合以互相弥补不足，反对仅仅依赖定量或定性的方法，或者其它某一种具体方法开展研究。<sup>⑲</sup>

### （四）关于多学科整合的研究模式

新法律现实主义者强调要本着尊重事实的开放性立场来整合其它学科的理论和方法，利用一切有益于认识现实中的法律及其运行效果的科学方法来研究和认识法律，以求中立客观地、尽可能准确

<sup>⑬</sup> See M. Heise, "The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, No. 4 (2002), pp. 843-848.

<sup>⑭</sup> See E. Braman and M. Pickerill, "Path Dependence in Studies of Legal Decision Making", pp. 9-18, paper presented at the "What's Law Got to Do with It?" Conference, Maurer Law School, Indiana University (March 27&28, 2009).

<sup>⑮</sup> *Supra* note ⑬, p. 840.

<sup>⑯</sup> “多用户数据库”的英文名称为“Multi-user Database”，是指允许多个用户同时访问和使用从而共享资源的数据库。*Supra* note ⑬, pp. 830-831.

<sup>⑰</sup> *Supra* note ⑬, pp. 826-832.

<sup>⑱</sup> *Supra* note ⑬.

<sup>⑲</sup> *Supra* note ⑬.

全面地反映现实中的法律。发展至今,新法律现实主义者也逐渐意识到这种多学科整合的难度颇大,如果不了解不同学科的优缺点和需求而片面追求整合,则不但不能产生更有益的研究,还会带来反面的影响。<sup>②①</sup>促进多学科整合,一方面可以在同一研究项目中运用多学科的方法进行多角度的研究,另一方面应当多关注其它学科已有的研究,注意将其有益的结果运用到法学研究中来。<sup>②②</sup>

新法律现实主义者强调,在进行学科整合时,要注意“翻译”不同学科的研究结果,搭建沟通的桥梁,让这些结果可以为不同学科的学者所理解和利用;<sup>②③</sup>在强调与其它学科结合时,不能放弃法学学科的独立性,不能否定传统法学方法的价值,避免犯还原论或科学至上论的错误,比如认为法学较之于政治学没有特殊性,将法学归为政治学的一个分支,将科学方法奉为真理而否定其局限性等;<sup>②④</sup>始终以尽可能准确地揭示现实中的法律为目的,对方法中的多样性予以宽容,而不是厚此薄彼地仅强调与某个或某些学科的整合,以至于分出更细的流派并强调各流派对各自方法的信奉,从而闭塞这些流派之间的交流和更多方法之间的整合。<sup>②⑤</sup>

## 二、新法律现实主义与其它学科相结合的最新发展

新法律现实主义提倡对多学科进行整合,运用多学科方法进行法学研究,已经有社会学、政治学、人类学、行为科学、心理学、经济学、统计学、制度科学等理论和方法被引入法学研究。限于篇幅,下面主要对其中较常见且研究成果较丰富的两类通过多学科整合来研究法现象的方法进行评述。

### (一) 政治学与法学相结合对司法行为的研究

作为政治学的一个分支,法律政治学事实上长久以来都在进行对政治与法律之关系的研究,提供了有关意识形态影响司法行为的大量实证研究成果。新法律现实主义的一个重要观点,就是司法行为会受到法官“个性”(personality)的影响,并希望通过大量的案件事实和判决进行量化研究,来发现和证明是哪些个性因素在怎样的情况下如何影响法官的司法行为。正像卢埃林提到的,法律的不确定性就是指法官的个性可以在一定程度上解释判决结果。<sup>②⑥</sup>而意识形态被认为也是影响司法行为的一个重要的“个性”因素,故而政治学中此领域的研究引起了很多法学研究者的注意,被引入到法学研究中来,形成新法律现实主义研究中一种被称为“态度模式”(Attitudinal Model)的行为研究方法,即研究意识形态在法律和司法行为中的反映,考虑法官的理性预设和非理性预设

<sup>②①</sup> See Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, "The New Legal Realism", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 2 (2008), pp. 831-835; Victoria Nourse and Gregory Shaffer, "Varieties of New Legal Realism: Can A New World Order Prompt A New Legal Theory?", *Cornell Law Review*, Vol. 95, Issue 1 (2005), pp. 115-127.

<sup>②②</sup> *Supra* note ②①, Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, p. 833.

<sup>②③</sup> *Supra* note ②①, p. 7.

<sup>②④</sup> *Supra* note ②①, Victoria Nourse and Gregory Shaffer, pp. 115-118.

<sup>②⑤</sup> See Michael McCann, "Dr. Strangelove (or: How I Learned to Stop Worrying and Love Methodology)", *Law and Society Reconsidered*, Vol. 41 (Special Issue: Studies in Law, Politics, and Society), pp. 21, 40-46.

<sup>②⑥</sup> See Karl N. Llewellyn, "Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8 (1931), p. 1242.

的影响。<sup>②6</sup> 这种态度模式来自于政治学，主要是认为法律不能完全约束法官的司法行为；法官的意识形态和政治派别会影响乃至决定法官的裁判结果。由这种观点引申出具体的可观察的假设，即法官如果受到意识形态和政治派别的影响，那么其判决会如何予以反映（比如民主党的法官在判决中支持更加开明的法律解释）。然后确定意识形态的可测量指标（比如怎样的法律解释算是开明或保守的），通过定性或定量的方法分析这些可测量指标与判决事实、结果之间的相关性，对上述假设进行检验，得到法官是否受到意识形态的影响以及这种影响会有多大。这种模式早期被用在行政法上诉审判的大规模量化研究中。<sup>②7</sup> 之后有大量的研究分别以宗教、政党派别、移民、政策倾向等建立具体的假设，对其进行检验，一定程度上肯定了这些具体的意识形态因素对法官判案的影响。<sup>②8</sup> 桑斯坦等人的研究更证明了“合议庭效应”（Panel Effects）在上诉审法官判决中的作用，即民主党法官会随着合议庭中民主党党员人数的增加而变得更加开明，也会随着共和党法官人数的增加而变得更加保守；类似的规律也适用于共和党法官。<sup>②9</sup>

随着此类研究成果不断增多，新法律现实主义者 also 对该模式的局限性进行反思，并力求加以改进。这些局限性中有些属于数据收集方面，有些关涉概念和概念建构（concept and conceptualization），还有一些则出现在规范意义（normative）方面。

在数据搜集方面，这类研究往往只覆盖已公布的上诉审案件，局限于某些方面的法律，所以难以得出一般性的研究结论；由于不同州的上诉审标准之间存在差异，导致研究结果很难具有跨州的可比性；另外，未公布的案件可以减少公众关注和先例效果的影响，有利于突出意识形态变量的影响，所以也应当被覆盖。<sup>③0</sup>

在概念和概念建构方面，这类研究一来多数只局限于关注意识形态的某些代表性因素（比如党派、提名总统、保守/开明等），而忽略了其它也与意识形态相关的因素（比如种族、性别、教育背景、工作经历等）；<sup>③1</sup> 二来在把握意识形态对司法行为的影响时，选择的可测量指标往往局限于法官在判决时的投票（即在某个案件中法官是支持还是反对某一诉求），即便在案件内容和所涉法律均十分不同时，也不加区分地以投票来判断法官的态度。<sup>③2</sup> 法官的投票固然是很重要的指标，但是不能过分依赖，比如有时法官虽然支持某一诉求，但这并不代表法官此时的态度就是开明或者保守的，或者并不代表法官就是出于意识形态的考虑，也有可能是因为该案件特殊的情况要求，或者相关的先例或法律规则效力的要求。故而不能仅以投票来检验态度模式的具体假设，还需要综合考虑其它的可测量指标。而其中很重要的一个可测量指标就是对先例或法律规则等法律性因素的观测，由此引申出对态度模式进行改进后的“法律模式”（Legal Model）。<sup>③3</sup> 法律模式主要是强调在研究意

<sup>②6</sup> 另一种常见的行为研究方法是将行为经济学引入法学研究，有时也被称为“行为模式”（Behavioral Model）。See D. A. Farber, “Toward a New Legal Realism: Reviewing Behavioral Law and Economics (Cass R. Sunstein, ed., 2000)”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 68, No. 1 (2001), p. 279.

<sup>②7</sup> See R. L. Revesz, “Environmental Regulation, Ideology, and the D. C. Circuit”, *Virginia Law Review*, Vol. 83, No. 8 (1997), p. 8.

<sup>②8</sup> *Supra* note ②⑦, Victoria Nourse and Gregory Shaffer, p. 78, footnote 57.

<sup>②9</sup> *Supra* note ②⑦, Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, p. 838.

<sup>③0</sup> *Supra* note ②⑦, Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, pp. 841–842.

<sup>③1</sup> *Ibid.*

<sup>③2</sup> *Supra* note ③①, pp. 11–13.

<sup>③3</sup> *Supra* note ③①, pp. 14–15.



意识形态对司法行为的影响时,需要考虑先例、法律规则、法律文本等法律性因素的影响,希望研究出在什么情况下这些因素无法对法官判案构成拘束,及其与意识形态之间的相互作用。<sup>⑭</sup>

在规范意义方面,这类研究的结果通常停留在数据分析的层面,得出的结论往往类似于这种样式:从收集的数据观测到,在某些案件中,当开明法官在合议庭中占多数时,保守法官对要求开明解释法律的诉求的支持性投票也会更高。由于没有从理论的高度对这一结果进行解释和提升,没有对结论进行规范化,不明确这种现象存在的理论机理,所以难以确定是否在所有案件或者所有级别的法院中都存在这种现象,以及这种合议庭效应的影响力会有多大,其与法律规则或先例的影响相比怎样,从而无法预测法官的判决行为。<sup>⑮</sup> 缺乏理论层面的分析,还会影响人们对这一模式背后的理论假设的把握,进而影响这一模式在更广范围中的应用。态度模式起源于美国,目前集中用于研究判例法国家的司法行为。它是否能很好地适用于美国之外的其它国家特别是成文法国家?这就要理解该模式背后的理论假设,即适用前提。笔者认为其中的一个重要前提是,该模式假设意识形态因素和法律性因素在某些情况下会要求不同的判决;而在某国法律制度中,法官按照意识形态或法律判案会产生不同的制度性后果。比如在美国,法官按照意识形态判案可能与民主制度的要求相背,因为有些法官不是通过选举而是通过任命产生的。但这种情况不是各国都有。所以,缺乏对理论假设的了解,就可能导致错误地运用这一模式。目前已有学者意识到该模式存在适用局限。<sup>⑯</sup>

## (二) 制度主义与法学研究的结合

制度主义 (Institutionalism)<sup>⑰</sup> 在社会学、经济学、政治学中都存在,具体内容有一些差别,但总体而言,它是指任何社会价值和目标在实现过程中都必然会被所选择的制度所影响,故而须在制度的背景中研究这些价值的实现,并认为选择不同的制度会对政策或法律的具体执行产生影响。

将制度主义引入法学研究,这主要是指:立法、司法、行政、市场、公司等制度会对法律的实际运行产生影响,会改变法律的原意;不能脱离制度的影响去研究法律在社会或经济的具体实践中所产生的结果。<sup>⑱</sup> 它主要有描述性和规范性两层意义。描述性的意义是指从微观的角度具体观察在这些制度中不同角色的个体如何参与到制度运作、如何相互影响、如何执行规则和命令,一项法律规则是如何在制度中被传递、理解和被改变,制度个体是如何考虑制度整体而改变行为等等,从而对制度在未来类似的法律或政策实施时的影响作出预测;观察者甚至会参与到制度的运作中去,以更好地理解这些影响和互动。比如,在研究司法行为的影响因素时,有些学者运用制度主义,来研究法官为维护司法制度的权威而在裁判时表现出的策略性行为(比如考虑到美国国会可以通过法案推翻法院的非宪法性判决,法官在作出不利于国会的解释时会更加谨慎)。<sup>⑲</sup> 规范性的意义则是指对这样的制度影响和互动进行评价,考虑其是否有利于相关法律价值或政策目标的实现、是否有益于

<sup>⑭</sup> *Supra* note ⑬, pp. 839-840; note ⑫, pp. 14-15.

<sup>⑮</sup> *Supra* note ⑫, Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, pp. 842-844; note ⑬, p. 838.

<sup>⑯</sup> See D. Robertson, "Appellate Courts", *supra* note ⑧, pp. 572-573.

<sup>⑰</sup> 制度主义中的“制度”的含义,既包含规范、准则、规程等的意义,也有机构的意义,比如依据某些规则建立起来的公司、组织等。

<sup>⑱</sup> See H. Gillman, "The New Institutionalism, Part 1: More and Less than Strategy: Some Advantages to Interpretive Institutionalism in The Analysis of Judicial Politics", *Law & Courts*, Vol. 7, No. 1 (1997), p. 6.

<sup>⑲</sup> *Supra* note ⑫, Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, p. 833.

制度本身的发展、在社会运转和经济发展中的意义如何等等。这种研究进一步发展,出现了不同的具体方法,目前主要有制度比较分析(Comparative Institutional Analysis)、制度微观分析(Micro Analysis of Institution)、制度循环分析(Recursive Institutional Analysis)、新制度分析(New Institutionalism)等。<sup>④①</sup>其中比较有影响的是科默莎(N. Komesar)提出的制度比较分析方法,主要是指任何实质的政策或法律目的之实现,都必然受到参与其实现的各种不同制度之运行过程的影响,从而要求对各种制度的影响进行比较分析和微观观察,通过对比来评价不同制度的影响和运行。比如认为司法过程会受到法官的偏见之影响进而影响到法律目的的实现,因此应当考虑立法过程是否更容易被利益集团利用而影响法律的实现;认为立法过程会保护某些利益集团而损害普通公民的利益,因此应当分析市场是否更具有偏见或者更无效地保护弱者的权益等等。<sup>④②</sup>这种方法提倡以比较的视野研究不同的制度对目标实现的影响,为制度的选择提供信息,反对单一、孤立地研究某个制度是否有能力实现某价值或目标。科默莎认为,不通过制度对比,是无法把握某个制度对实现相似政策目标的优缺点的。<sup>④③</sup>

随着研究的深入和发展,制度比较分析方法也在不断改进。之前由于过于强调通过观察制度中个体的参与和互动来认识制度过程对政策或法律目标实现效果的影响和改变,而忽视了制度作为一个整体所能产生的影响,即制度文化和宗旨、制度语言、制度行为方式、制度想法等在制度接收和传递政策或法律时具有的特点和产生的影响。<sup>④④</sup>为了改进这一缺陷,一些学者在研究时添加了制度作为整体参与的角度,观察某制度本身是如何与其它制度互动的。之前在对比不同制度的影响和作用时,往往是静止地研究,分别观察不同的制度在类似政策或法律的实现中产生的不同影响,然后进行比较和评价,并作出预测,但是忽略了制度之间的互动。在现实中参与某项政策实现的制度往往是多个的,包括司法、行政、市场、其它社会组织等,它们之间不是静止的,而是会互动和彼此影响,所以还要动态地研究制度之间的相互作用。这些制度还会影响立法、行政制度,影响法律或政策的形成。制度与制度个体之间也会互相作用,发生变化。上述这些方面都应当被注意。<sup>④⑤</sup>这一观点正是制度循环分析方法的要点。<sup>④⑥</sup>

制度主义也被运用在国际法研究中,用以研究和理解同样的国际法则和政策经过不同的国家或区域制度的过滤后,到达社会时所产生的实际结果与预期之间的差距,以便作出预测;也被用以理解不同国家对于同一国际问题或现象的不同观点及其形成过程和原因,比如在环境问题上,发达国家往往从保护的角度来阐释观点,而发展中国家则是秉持发展的观点。<sup>④⑦</sup>

<sup>④①</sup> See T. C. Halliday and B. G. Carruthers, "The Recursivity of Law: Global Norm Making and National Lawmaking in The Globalization of Corporate Insolvency Regimes", *American Journal of Sociology*, Vol. 112, No. 4 (2007), p. 1135; *Supra* note ②①, Victoria Nourse and Gregory Shaffer, pp. 85-87.

<sup>④②</sup> See G. Shaffer, "Comparative Institutional Analysis and A New Legal Realism", *Wisconsin Law Review*, Vol. 2013, No. 2 (2013), pp. 609-610.

<sup>④③</sup> See N. Komesar, "The Essence of Economics: Law, Participation and Institutional Choice (Two Ways)", in S. S. Batie and N. Mercurio, eds., *Alternative Institutional Structures: Evolution and Impact*, Hoboken: Taylor & Francis, 2008, p. 165.

<sup>④④</sup> *Supra* note ④①, pp. 616-617.

<sup>④⑤</sup> *Supra* note ④①, p. 618.

<sup>④⑥</sup> *Supra* note ④①, T. C. Halliday and B. G. Carruthers, p. 1135.

<sup>④⑦</sup> *Supra* note ④①, pp. 626-628; G. Shaffer, "A New Legal Realism: Method in International Economic Law Scholarship", in C. B. Picker, I. Bunn, and D. Arner, eds., *International Economic Law: The State & Future of The Discipline*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, pp. 9-10.

### 三、实证法学研究方法的发展

“实证法学研究” (Empirical Legal Research) 有时也称为“经验性法学研究”，它虽然是新法律现实主义提倡的基本研究方法，但不是为其所独有。这种研究范式在法经济学、法政治学、法社会学等研究中都有着广泛的应用。它曾在 20 世纪二三十年代一度兴盛，之后有一段低迷时期，在本世纪初又重新繁荣起来。<sup>④⑦</sup> 早期的实证法学研究大多是与旧法律现实主义运动相联系的。<sup>④⑧</sup> 正如艾森伯格 (T. Eisenberg) 在他的一篇论文中所解释的，实证法学研究在形成和发展过程中与法律现实主义运动之间存在着复杂的关系，旧法律现实主义在实证方面的雄心壮志最后大部分都没有实现，而是被之后的法社会学、法经济学所继承，现在又被作为新法律现实主义的基本进路。<sup>④⑨</sup> 艾森伯格进一步指出，实证法学研究是一种方法，而不是一种法律理论；它是为研究法律和法现象在社会中的实际状态提供研究路径和方法，是实证的而不是抽象推理的，所以可以广泛运用于反映法在社会中的客观情况、检验相关理论假设的各种研究中。它不是其它法学理论的竞争者，而是帮助它们进行法学研究的工具，以加入到更广泛意义的概率化研究运动中去。<sup>⑤①</sup>

目前实证法学研究的主要关注领域有：有关法律在社会中实际情况的研究，比如法律是怎样实际被制定出的，法律如何被社会参与者理解和改变，法律如何改变社会参与者的行为和预期，等等；有关法律功能的研究，包括法律是否具有独特的功能，与其它规则或纠纷解决机制相比是否具有优越性，等等；有关人们法律意识的研究，包括普通人关于法律的知识有多少，是否会利用法律保护自己的权利，怎样认识法律对自己的意义，等等。<sup>⑤②</sup> 也有学者提出这种研究方法可以在法理学、政策制定方面得到更多的应用。<sup>⑤③</sup> 实证法学研究包括很多具体的研究模式和方法，不过总体而言，往往都是针对理论问题提出假设性回答，然后通过科学的方法收集和分析实际的数据，检验假设是否成立。一般分为四个步骤：设计研究；收集数据；分析数据；作出结论。比较常见的具体研究方法有：定量研究的方法、定性研究的方法、多种方法相结合的方法。

#### (一) 定量研究方法

实证法学研究的一个重要方法就是定量研究 (Quantitative Approach)。这主要是指运用统计学的方法，定量地分析收集的数据，来检验某假设是否符合实际情况。这些假设可以是一般性的理论 (比如人们是否总是理性行为的)，也可以是针对某些具体问题 (比如受教育程度是否与强奸犯罪的发生有关)。定量研究能够研究整体分布格局和一般走向，不过往往更多的是用来解决发生多少或发生频率的问题 (比如人们进行非理性行为的频率是多少？强奸犯中有多少人的受教育程度低于中

<sup>④⑦</sup> *Supra* note ⑬, pp. 822-824.

<sup>④⑧</sup> See H. M. Kritzer, "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", *Supra* note ⑧, p. 875.

<sup>④⑨</sup> See T. Eisenberg, "The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2011, No. 5 (2011), p. 1720.

<sup>⑤①</sup> *Supra* note ④⑨, p. 1719.

<sup>⑤②</sup> See D. J. Galligan, "Legal Theory and Empirical Legal Research", *Supra* note ⑧, pp. 982-984.

<sup>⑤③</sup> *Supra* note ⑤②, pp. 991-999.

学?), 而不能用来回答是什么和为什么的问题(比如影响司法行为的非法律因素有哪些? 为什么法官会被这些因素影响?)。<sup>⑤③</sup> 定量研究一般是按上述四个步骤进行, 每一步都具有自己的特点。由于定量研究需要专业的统计学知识, 所以法学研究者多是与其它学科的学者合作进行研究。而研究设计这一步涉及研究结论是否具有实质的法律意义, 能否用以检验或启发法学研究, 是否为法学研究者信服等问题, 所以法学研究者能够也应当为此做出贡献。也正因为如此, 本文特别对该步骤进行介绍。限于篇幅, 不再解释其它三步, 但是这四步对于定量研究的成功都非常重要。

在设计研究时, 要考虑如何将抽象与实际相连接。首先是确定要研究的问题, 比如法官判案是否会受非法律因素的影响; 然后给出假设性的回答, 比如由于法律规则无法得出唯一的判决, 法官在作出选择时会受到非法律因素的影响; 接着对该回答进行可操作化 (operationalization), 引申出具体的可观测的假设, 比如上述回答若为正确, 那么在类似案情的案件中法官会作出截然不同的判决; 最后再对该具体假设确定可测量指标 (measures), 包括什么样的案件是类似案件, 怎样的判决属于截然不同。<sup>⑤④</sup> 到此为止, 基本完成了研究设计的步骤。这一步关系到之后的数据怎样收集和分析, 以及结论是否可靠, 是整个定量研究能否成功的关键。要做好这一步, 有两点很是关键。一是概念构建 (conceptualization), 即要考虑什么样的概念 (concept) 能够较好地捕捉到所关心的问题或现象? 它在不同的学科或不同的地区是否有不同的意思? 它应当有哪些维度? 概念之间及其维度之间是否具有因果关系? 等等。<sup>⑤⑤</sup> 比如所关心的问题到底是“法官是否会受非法律因素的影响”, 还是“非法律因素会怎样影响法官”, 抑或“哪些非法律因素会影响司法公正从而值得研究”, 等等。二是在对理论假设进行可操作化时, 要尽量缩短可观测假设与理论假设之间的距离, 比如“在类似案件中法官作出不同判决”, 是否就能说明“法官受到了非法律因素的影响”, 而不是“因为法律规则之间相冲突”。这两点若没有做好, 均会影响研究结论的说服力和可靠性。而这也正是很多法学家质疑定量研究意义的原因所在。<sup>⑤⑥</sup>

## (二) 定性研究方法

定性研究 (Qualitative Approach) 是实证法学研究的另一个重要方法, 主要是通过阅读 (包括阅读案卷、新闻报纸等书面材料) 和交流 (包括深度访谈、个案研究、观察等方式与研究对象进行互动) 的方法。<sup>⑤⑦</sup> 这种方法通过收集和分析材料, 研究某种现象是否存在、其存在的原因是什么、如何对现象进行分类、现象之间的联系是怎样的等问题, 但不能给出一般性的结论, 而只能针对样本给出结论, 所以它不能解决“量或度”的问题, 不能研究整体的分布。与定量的静态研究不同, 定性研究能够更近距离地观察社会背景下的法现象, 可以动态地研究不同主体之间的互动。

与定量研究相似, 定性研究一般也包括四个步骤。在设计研究时, 首先要根据所关心问题的性质、可能涉及的数据可获得性、研究的可实现性等, 确定哪种定性研究的方法是最合适的方法, 以

<sup>⑤③</sup> See L. B. Nielsen, “The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research”, *Supra* note ⑧, p. 953.

<sup>⑤④</sup> See L. Epstein and A. D. Martini, “Quantitative Approaches to Empirical Legal Research”, *Supra* note ⑧, pp. 905–908.

<sup>⑤⑤</sup> See G. Goertz and A. G. Mazur, “Mapping Gender and Politics Concepts: Ten Guidelines”, in G. Goertz and A. G. Mazur, eds., *Politics, Gender and Concepts: Theory and Methodology*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 15.

<sup>⑤⑥</sup> *Supra* note ④⑩, G. Shaffer, p. 5.

<sup>⑤⑦</sup> 参见郭星华主编:《法社会学教程》, 中国人民大学出版社2011年版, 第124–150页。

便能够捕捉到有意义的现象。然后具体地设计这种方法的操作。比如打算采用深度访谈的方式，便要设计访谈提纲、确定访谈对象；如果要用直接观察，则要设计观察的对象、角度、时间、地点、内容等。在进行定性研究设计时，要以开放、灵活、应变的态度，根据具体的环境不断调整原先的设计，不断展开，以适应变化的情况。一方面，要根据需要选择不同的定性研究方法；另一方面，在进行交流时，以总的主题开始在交流过程中不断调整和展开。另外，由于定性研究不依靠统计学，不利用样本进行整体性的推测，所以并不要求随机样本。为了让研究更有针对性和发掘性，定性研究往往采用目的性样本（purposive sample），即有目的地选择一些具有研究价值和特点的样本，对它们进行深入的分析。<sup>⑤⑧</sup> 其研究结论虽然不具有普遍性，但是如果设计合理，样本选择良好，就能很好地反映研究现象的变化、范围和跨度。所以在设计时，要考虑样本数据如何获得才能减少研究者自身的偏见（bias），使样本更有效性（validity）和可靠性（reliability）。<sup>⑤⑨</sup> 有效性是指样本能否良好有效地反映所研究的现象；可靠性是指样本在重复收集时是否基本不变，比如同一答卷人在不同的时间对同样问题的回答是否基本一致。如果不注意这几项，其结论就难有说服力，会受到质疑。<sup>⑥⑩</sup> 而为了减少偏见，有些学者采取将来源不同的不同种类的数据进行比较，看是否能相互印证。<sup>⑥⑪</sup>

### （三）多种方法相结合的方法

定量研究方法和定性研究方法是实证法学研究的两大基本方法。新法律现实主义发展至今，认识到法律与社会之间的关系是很复杂的，涉及个体、组织、制度、社会背景以及它们之间的互动，需要多角度、多层次、多方面地进行比较和印证，所以往往需要结合多种方法进行研究。另外，定量研究方法主要解决整体分布、发生频率等问题，容易将社会现象简单化，而忽略重要信息，定性研究方法则只能解决是否存在等问题，只针对样本，容易以偏概全。这两种方法在数据收集和分析时都有局限性，所以需要相互补充。<sup>⑥⑫</sup> 因此，在强调实证研究和多学科整合的同时，新法律现实主义以尊重事实为出发点，还提倡多种方法相结合进行实证研究。<sup>⑥⑬</sup>

常见的结合有两种。一是以定性研究方法开始，通过访谈或观察等方式寻找所关心问题的理论性解释，建立假设，然后用定量研究方法进行检验，在检验过程中又发现新的具有定性价值的问题。这种结合被称为“定量夹心的三明治”（Quant Sandwich）。二是以定量研究方法开始，检验已经建立的一般性假设，然后用定性研究方法根据成立的假设进行深度分析，发现背后存在的原因和变化，从而提出新的一般性假设用以定量分析。这种结合被称为“定性夹心的三明治”（Qual Sandwich）。<sup>⑥⑭</sup> 当然，具体的结合方法多种多样，关键是要根据研究对象的具体情况，找到合适的方法来进行研究。要以宽容的态度对待不同的方法，不能闭塞地只固执于一种方法。

<sup>⑤⑧</sup> See L. Webley, “Qualitative Approaches to Empirical Legal Research”, *Supra* note ⑧, p. 934.

<sup>⑤⑨</sup> Ibid, pp. 934-935.

<sup>⑥⑩</sup> *Supra* note ⑥⑩, G. Shaffer, p. 6.

<sup>⑥⑪</sup> See C. Seale, ed., *Researching Society and Culture*, UK: SAGE Publications LTD, 1998, p. 231.

<sup>⑥⑫</sup> *Supra* note ⑥⑫, pp. 953-955. 该文讨论了定量研究和定性研究的几种具体方法的局限，以及多种方法相结合的必要性。

<sup>⑥⑬</sup> *Supra* note ⑥⑬, pp. 843-849. 该文讨论了实证法学研究（经验性法学研究）在方法上的固有局限，强调需要针对不同的情况结合多种方法。

<sup>⑥⑭</sup> *Supra* note ⑥⑭, p. 955.

#### 四、新法律现实主义引发的争议与受到的批评

旧法律现实主义在其诞生之初就是以批判者的角色登场的。它针对传统法学所构造的法律自治的神话进行批判,揭示了非法律因素在法律和司法中的存在和作用。新法律现实主义延续了这一角色,继续从现实的角度描述法律和司法的运作,对新法律形式主义进行批判。其批判必然遭到后者的反驳。后者的反驳中既有针对新法律现实主义的研究结果,也有针对其研究过程和方法的。这些反驳引发了新法律现实主义学者们的思考,并予以回应。在这些交锋中,新法律现实主义与新法律形式主义不断地达成共识,发现真正的差异,接近几乎共同的目标,即推动法律更好地适应和促进社会发展。当然,二者在实现这个目标的路径和价值取向上有明显的不同;事实上,即便在其各自的内部,也都存有争议。但正是这种包容和互斥,使得这两种主义相互推动,一起进步。

##### (一) 关于批判内容的争议

在“平衡的现实主义”观点提出以前,<sup>⑤</sup>新法律现实主义常常将法律形式主义的主要观点阐述成:认为存在能够普遍有效适用的理论公式,使得所有的情况都能在法律理论的框架内得到解决;普通法是自治的、广泛的、富有逻辑的,法官只需对既有法则、先例进行机械的演绎推理即可作出判决。新法律现实主义对其进行批驳,以证明法律理论和规则并不能涵盖所有的情况,并不是总能得到合理的判决,并不是完全富有逻辑和和谐的;证明法官的判决不总是一致的,也不是总能被法律规则合理解释的;法律不是完全可预测的。在这些有力的反驳下,法律形式主义修改其原有的观点为:仅仅通过既有法则进行推理不足以解决所有的情况;<sup>⑥</sup>法律是有空白的,语言是模糊的,语义需要与语境相联才能确定;<sup>⑦</sup>法官经常需要借助文本以外的材料、立法者意图、语境等来明确法律的含义,在适用法律时需要一定的判断,而不只是机械地推理。<sup>⑧</sup>但法律形式主义同时也进行反批判,反对不加限制地运用文本以外的材料、意图、语境等来明确法律的含义,反对肆意地引入非法律因素来影响法官的判决,认为法律在很多时候是明确的,是可以通过法律推理来完成的,认为过分强调政治等因素的作用会使得法律更加不确定。<sup>⑨</sup>

面对这些修改和批评,有些新法律现实主义者仍不修正自己对法律形式的理解,还是针对

<sup>⑤</sup> “Balanced Realism” (平衡的现实主义) 一词是由塔玛纳哈 (B. Z. Tamanaha) 在其一篇论文中正式提出。但之后莱特 (B. Leiter) 撰文说道,该词所表达的内容,在自己的一篇文章中已经被阐述过。不过,之后很多引用“平衡的现实主义”的学者,都是引用塔玛纳哈的文章。Supra note ⑨, B. Z. Tamanaha, p. 1243; note ⑨, Brian Leiter, p. 123.

<sup>⑥</sup> See A. Scalia, “Common Law Courts in A Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Law”, in Antonin Scalia Amy Gutmann, eds., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and Law*, New Jersey: Princeton University Press, 1997. pp. 6-12.

<sup>⑦</sup> See F. H. Easterbrook, “Text, History, and Structure in Statutory Interpretation”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 17, No. 1 (1994), pp. 67-68; J. F. Manning, “Constitutional Structure and Statutory Formalism”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 66, Issue 3 (1999), p. 685.

<sup>⑧</sup> Supra note ⑦, J. F. Manning, pp. 688-693; L. B. Solum, “The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, No. 1 (2006), pp. 155-175.

<sup>⑨</sup> See A. Scalia, “The Rule of Law as A Law of Rules”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 4 (1989), p. 1175.

以往的观点进行批判，而这无益于研究的进步。<sup>⑦</sup> 于是塔玛纳哈 (B. Z. Tamanaha) 在此基础上提出了“平衡的现实主义”，明确论述了主流的新法律现实主义者与新法律形式主义者在某些方面是存在共识的。<sup>⑧</sup> 莱特 (B. Leiter) 虽然撰文反驳塔玛纳哈得出的“法律形式主义与法律现实主义其实是没有区别的，以至人人都是平衡的现实主义者”的观点，但是也认可有共识。<sup>⑨</sup> 莱特进而论述道，法律形式主义与法律现实主义仍然是有区别的，而这种区别主要是在程度上。法律形式主义者认为，法官仅在法律规则不明确的时候求助于非法律因素，这种情况是比较少量的，大部分时候法律规则是能够约束法官的。法律现实主义者则认为，即便在法律明确的时候，法官也会受非法律因素的影响，在大部分时候，当法官受到约束时，起作用的不仅是法律，还有政治等因素。<sup>⑩</sup> 诺斯 (V. Nourse) 和莎弗尔 (G. Shaffer) 则予以抽象，认为两者的区别在于是否认为预先设定的理性规则能够经过演绎推理适用于所有情况，以及是否认为法官在适用规则时会被约束而不考虑结果，简言之，理性是否足够，感性是否会起作用。<sup>⑪</sup> 根据这一区别，诺斯和莎弗尔认为，有些常被认为是法律现实主义者的法经济学家的观点，其实也是法律形式主义的，因为他们认为将市场机制、经济学分析引入法律后制定的规则是可以实现上述目标的，在这些规则中法官是受到约束的，是依据理性推理来判决的。<sup>⑫</sup> 然而，塔玛纳哈等人认为，这些法学研究者也赞同法律原则不是完全一致和富有逻辑的，法官会受到非法律因素的影响，从而认为他们是法律现实主义者。<sup>⑬</sup> 可见，对于批判的内容和坚持的立场，新法律现实主义在与法律形式主义在交锋中不断地加以厘清、深入和具体化，同时在其内部也存在不同的看法。在这种争议和批判中，新法律现实主义不断地发展。

## (二) 关于研究方法的批判

新法律现实主义提倡的由下至上的实证研究方法，在实际的研究中也受到很多批评。这些批评有来自法律形式主义者的，也有来自法律现实主义者本身的。一些很重要的批评是，实证研究不能揭示内在的规律，其所得结果要么显而易见，要么意义不大，要么与其想要证明的结论相距甚远而不具有说服力，从而使得这种研究不能有效地将“下”与“上”联系起来，起于表面但也止于表面。<sup>⑭</sup> 这的确是实证研究难以克服的缺点。

针对这些批评，实证研究者提出了很多应对办法，但是在实际研究中，上述缺点仍然很难克服。这主要是因为，规模性的数据收集耗时费财，学者也有发文的要求；真实的社会又难以在实验的情况下还原，比如参与模拟庭审的法官或律师都知道这只是模拟的，不会产生实际的影响，这就使得实验的方法难以在实证研究中运用；另外，现实的数据往往是多种因素在某一时空共同作用的结果，这使得在研究某一些特定因素的影响时，难以找到能够排除其它因素影响的数据。

除了以上两大批判外，新法律现实主义还受到很多其它方面的批判，包括被认为将法律看作是

<sup>⑦</sup> 比如参见 R. A. Posner, *How Judges Think*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 7-8.

<sup>⑧</sup> See B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 6.

<sup>⑨</sup> *Supra* note ⑧, B. Leiter, p. 123.

<sup>⑩</sup> *Supra* note ⑧, B. Leiter, pp. 123-132.

<sup>⑪</sup> *Supra* note ⑩, Victoria Nourse and Gregory Shaffer, pp. 95-96.

<sup>⑫</sup> *Ibid.* 诺斯和莎弗尔认为，这类实为法律形式主义的法经济学家的代表人物是波斯纳 (Richard A. Posner)。

<sup>⑬</sup> *Supra* note ⑧, B. Z. Tamanaha, p. 1263.

<sup>⑭</sup> *Supra* note ⑭, pp. 9-10.

政治学或经济学的分支而忽略了其所具有的独特的还原主义 (Reductionism)，以及相信现有科学的正确性而过分依赖科学的科学至上主义 (Scientism)，等等。<sup>⑧</sup> 对这些批判的应对，体现在上文对新法律现实主义最新发展的介绍中。

## 五、对我国法学研究的启示

虽然新法律现实主义在我国并没有形成流派，但是它所提倡和发扬的观点和方法对我国法学研究的发展很有启发。这主要体现在研究态度、研究方法和对已有成果的借鉴上。

### (一) 研究态度

在研究我国法治状况和借鉴他国经验时，要以现实主义的态度客观中立地研究我国的具体情况，运用实证的研究方法揭示法律制度在我国社会中的运行情况。研究我国的法治问题，应当深入了解具体的情况，以创新的思维和现实的态度，批判性地借鉴他国经验，提出建议时多考虑其可行性。比如在借鉴美国判例规则体系的构建经验时，应当注意美国的相关司法制度与我国的不同，包括既有规则体系的构成和表现形态不同，具有法律效力的判例构成部分的不同，等等；同时要意识到亦有可比之处，包括都是在一个既有的规则体系中构建新的判例规则，均需要确定类似案件，等等。<sup>⑨</sup>

在研究法律的现实运行状况时，不应只停留在揭示现实与理论之间的鸿沟，而应当对这种鸿沟进行分析，对造成鸿沟的因素及其形成原因进行定性研究，对这些因素的影响路径和程度加以定量研究。在这些解释和分析的基础上，进一步地将这些因素规则化，将其纳入到法律或政策的制定中，对法律或政策的实际运行进行预测。在这种规则化尝试中，厘清法律纠纷解决机制和其它多元纠纷解决机制之间的界限，促进不同纠纷解决机制之间的衔接、传递和合作。

新法律现实主义还提醒我们，在学术交流时，应当认识自身学说的局限性，不搞学术崇拜，敢于批评与自我批评，以包容的态度面对不同的看法。尤为重要的是，应当及时发现共识，厘清真实的差异，然后在此基础上继续交流，而不是在幻想的异见上浪费时间和精力。

### (二) 多学科结合的研究方法

在与其它学科结合方面，我国的法学研究做得是比较少的，即便结合，也常常是不深入和比较表面的。新法律现实主义在发展过程中产生了很多这方面的经验，给我们以启示。

首先，能够结合的学科并不局限于社会学和经济学，法学研究还可以关注人类学、政治学等学科。然后，在结合时并不能只局限于直接引用研究结论，还可以在设计研究模式时利用相关的理论，以提供更多的研究角度；在引用研究成果时则不限于直接引用，还可以关注能否间接或经“翻译”利用相关结果。就本文具体讨论的问题而言，包括应当关注法律政治学领域的研究成果，展开相应的合作；在研究司法行为所受到的非法律因素的影响时，一是要不只考虑单一因素，还要关注

<sup>⑧</sup> *Supra* note ②, Victoria Nourse and Gregory Shaffer, pp. 115-127.

<sup>⑨</sup> 参见邓矜婷：《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》，《华东政法大学学报》2014 年第 2 期，第 132-144 页。



个性、政策、提拔、薪酬、工作压力、教育背景等，二是要考虑判决是支持还是反对某一诉求，并具体研究判决理由、案件的特殊情况等多种测量指标；在评价一项法律的实现效果时，要考虑制度主义的研究成果，包括所选择和参与该法律实现过程之各制度的影响、动态的相互作用，比较不同制度在实现该法律时可能造成的不同效果，等等。

传统法学方法和现代科学方法对于法学研究均有可以发挥作用的空间，但是也各有局限性，应当相互补充。传统法学理论构建和逻辑推理的方法，对于论证法律的独特价值、理解表层现象的内在属性、提出具有较普遍适用性的理论以指导实践等等，具有不可替代的作用；而现代科学方法，包括经济学、政治学、社会学、人类学等，则对于证明社会现象与法学理论推导出的情况之间的符合程度、发现理论推理难以料到的潜在因素、了解社会实际情况等等，能够作出贡献。

新法律现实主义提倡一种桥梁意识，即以问题和事实为出发点，将不同学科、不同方法作出的相关研究成果进行汇总，从而更好地理解事实和解决问题。具体而言是指：一是将法学理论中需要实证解决的问题传递给其它学科的研究，促使其进行具有实质意义的研究；二是传递其它学科的实证研究结果的规范性意义，考虑如何将其在法律制度构建、论证、评价时体现出来；三是提倡对多种研究方法的包容，促进理解和合作，以更加开放的态度来研究事实。

### （三）对我国实证法学研究的启示

新法律现实主义的研究成果，对我国的实证法学研究也有启示。

一是在研究方法上。我国的很多实证法学研究通常仅使用定性或定量的某种方法，很少结合多种方法进行研究，使用的统计分析方法往往也比较简单。<sup>⑩</sup> 不过近期出现了一些使用高级复杂的定量研究方法的成果。<sup>⑪</sup> 新法律现实主义启发我们多关注不同方法的适用范围和优劣，不断更新有关定性、定量方法的知识，尝试不同的方法，进行比较。另外，在通过样本说明总体现象时，我国的一些实证法学研究往往只局限于某一地域或某类案件，在没有搞清其代表性时就对总体状况进行预测。这恰恰犯了新法律现实主义反对的那种错误，即没有认识到证据的局限性，仅通过研究一两个事例，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。

应当注意各具体方法自身的局限和在采用时需要注意的地方。比如，定量的方法仅能解决频率、整体分布等问题，不能回答为什么、是什么等问题，并且，必须采用随机样本，才能较可靠地通过样本反映整体分布；而定性的方法则不能回答频率、分布的问题，在采取样本时不要求随机，而是要求具有研究意义（主要是指能够反映一定问题的有特点的样本）、有一定跨度，但亦要注意多渠道、多角度地进行收集，以避免研究者自身的偏见，使研究结论更有说服力。这样，在研究不同的问题时应当采用合适的不同方法，而复杂的问题则可能需要多种方法相结合。

二是在数据收集上。我国大部分的法学实证研究还是以案例为基础展开的，常常需要依赖于内部渠道和关系网络。新、旧法律现实主义的发展过程提醒我们，数据来源的局限、数据的缺少会限制实证研究的开展。美国实证法学研究最近的兴盛，很大程度上得益于数据库，特别是多用户共享

<sup>⑩</sup> 常见的用于法学定量研究的统计分析技术，Supra note ⑧，p. 149。

<sup>⑪</sup> 应当看到，已经有一些中国学者在定量研究上做得相当深入，例如王志远：《国家结构、竞争政治与法治——基于1996-2009年间数据的分析研究》，《法学家》2014年第2期，第157-175页。

数据库的建立,以及各种统计调查报告的发布,比如美国联邦最高法院司法数据库、美国上诉法院司法数据库等。<sup>②</sup>我国也应当大力发展数据库,鼓励资源共享,突破内部数据的局限。

三是在理论抽象上。实证研究是自下而上的研究,是对社会表层的法现象进行处理,从而为进一步的法律或政策制定提供实证的数据支持,也有助于预测相关的法律或政策在实施过程中可能会发生的变化。它不是只有对“下”的研究,也不是为既定的理论结果作嫁衣,而是要客观中立地反映表层现象中蕴含的理论层面的意义,所以在研究设计和数据处理时,也要考虑对“上”的意义,要客观中立地如实反映有限样本的情况,即使这种情况不符合理论的结论。

#### 【主要参考文献】

1. 范愉:《新现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,《中国法学》2006 年第 4 期。
2. Victoria Nourse and Gregory Shaffer, “Varieties of New Legal Realism: Can A New World Order Prompt A New Legal Theory?”, *Cornell Law Review*, Vol. 95, Issue 1 (2005).
3. Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 2 (2008).
4. B. Leiter, “Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?”, *Legal Theory*, Vol. 16, No. Issue 2 (2010).
5. G. Shaffer, “Comparative Institutional Analysis and A New Legal Realism”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2013, No. 2 (2013).

(责任编辑: 尤陈俊)

<sup>②</sup> *Supra* note ⑬, pp. 829-831.