

经验地研究法律： 基于社会科学的外部视角

贺欣

摘要 法律经验研究在中国方兴未艾，亟待发展。法律经验研究的根本特点是：运用社会科学的方法，从法律的外部来研究法律。法律经验研究是不满足于规范研究而产生的，它将研究重心从书本的法律转向实际运作的法律。同时，在以经验作为论据这方面，它与法律经济学和比较法学等相关学科有着重要的差别。法律经验研究将为中国的法治建设提供重要的知识，为法学与其它社会科学以及国际学术对话提供平台，并为形成法学研究的中国学派创造契机。

关键词 法律经验研究 法律经济学 知识创新

作者贺欣，香港大学法律学院教授（中国香港 999077）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)03-0106-08

在社会科学中，进行经验研究的必要性是不言而喻的——经验证据是提供知识的重要来源。但在法学界，法律的经验研究却是新事物。这倒不是因为法学的“幼稚”，而是因为法学在相当长的时期内，占主导地位的是从原则和推理出发的规范或者条文分析的方法。从哲学上讲，条文研究的方法是从理性主义出发，而经验研究则是从事实、证据出发。它的核心内涵是用社会科学的方法来收集经验证据，从外部的视角来研究法律制度和法律现象。

一、外部视角

从外部来研究法律制度，是基于这样一个前提：法律和法律制度不是一个独立而封闭的系统；相反，它必须受外界因素的影响。在生物世界中，由于基因的存在，许多动植物的生长过程是独立和封闭的。例如，驴和马在出生的时候长得很像，很难从外形上辨别它们。但一旦它们长大，驴崽自然会变成驴，马驹也会变成马。它们的成长以及体型的变化、吃什么饲料、生长在什么气候环境、圈养还是放养都不会影响这个结果。

法律和法律制度是不是这样一个自主而封闭的系统？所谓自主，必定不受社会生活中的权力和权威的影响。换言之，自主的法律行为只受既定的法律规则的影响。它可完全按自己的方式来定义。甚至，在自主的法律制度下，法律和法律决定的认受性也来自法律，不受其他政治、社会、道德因素的影响。^①如果法律是自主的，那么将法律具体运用时，就像数学和物理的推导过程一样，也不受其他因素的影响。

规范法学或者法教义学就是从内部视角来研究法律。从法律的原则、规则、程序出发来研究如何立

^① Richard Lampert & Joseph Sanders, *An Invitation to Law and Social Science*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1986.

法，如何回答法律难题？什么是正确答案？但是，犯罪的类型、立法的出台、法律的适用、执法的效果是不是自主而封闭的系统？美国的法学教育史长期对此有所争论。19世纪末期，长期担任哈佛法学院院长的Langdell认为法学与数学推理一致。只要把从案件中抽象出来的法律规则与事实相结合，通过三段论的推理，就能得出确定的法律结论。显然，这是一种理想状态的法学研究。至少在今天的美国，除了极少数正统的法教义学者，很少有法学家还接受这种观点。

这种观点与基本的事实不符。以法律适用为例，法律面前人人平等、同案同判是现代法治的基本原则。但这些原则仅仅是一种理想，是努力的方向，100%得到实施是不可能的。老百姓的孩子与“李刚”的儿子在犯案时的遭遇很可能不同。诉讼中强弱当事人的胜率也肯定不一样，因当事人的阶层、职业、身份、财富、关系而异。因此，几乎可以肯定地说，法律制度不可能是完全自主的，不可能完全独立于它所镶嵌的社会。没有人会相信，法律制度完全按自身的力量来运行，按照法律的标准来作决定，而政治力量、道德考虑、经济后果等法外因素丝毫不起作用。这种完全自主的法律制度也许是可欲的，但却是不可求的。^①

但法律制度是不是部分自主的？是不是有一些顽强的抵制力量使它很难改变？是不是有时会按自身的内部规则或者旋律来行进？很多人会接受这种部分自主论。但真正的问题是，部分指多少？它在多大程度上是自主的？这个制度的哪些部分是绝缘于外在的世界，自我生产和发展，按照机械的或者传统的规则来运行？在某个时刻，一位法官可以说他就是按法律来判案，政府官员可以说他就是按规则来决定是否批准执照的申请，完全不受外力的干扰。这也许在一定程度上表明了这些决定的自主性，但问题是我们无法知道他们是不是在说实话，更重要的是，无法知道他们是否认为他们自己在说实话^②，也无从得知他们自己是否意识到他们其实正在受各种外在力量的影响。至少，当时当地的政治意识形态和法律结构都会对他们的决定产生影响。正是因此，才会有严打，而法官的决定是否需要领导或者审判委员会审批等制度性的安排，显然会影响案件结果。

从长期或者历史来看，这种规则决定论更是站不住脚。从美国的历史来看，刑法中最重要和常见的故意杀人罪、盗窃罪^③、强奸罪的界定都经历了深刻的变迁，受到社会、科技、文化、政治等因素的影响。在女权主义法学兴起之前，人们似乎没有意识到在美国很长的历史时期，从强奸罪的立法、侦查、取证、审判、执行整个过程都没有女性的参与。从中国改革后犯罪的类型来看，变化更是巨大，上个世纪80年代的投机倒把罪已经成为历史，流氓罪也换为别的名称，内容也大大缩小，而出现了毒品罪、侵犯著作权罪等新罪名。精神病如何界定，从来都是困扰罪与非罪的难题。

为什么会是这样？法律制度要回应的不是抽象的问题，不是数学、物理或者化学难题。它需要解决或者对付真实世界的问题。但这些问题都是存在于特定社会中的，而不是抽象地存在于所有的社会及历史中。更为重要的是，面临这些问题的是活生生的人，他们生活在真实的世界中，相互间存在社会关系。法律制度本身的设计也不尽相同。此外，它的运作还必然受到法律文化和偏好的影响。

因此，法律制度的整个运作过程肯定要受到社会环境中诸多因素的影响，而法律制度同时也会影响社会的变迁。不妨将一项立法比喻为河流两岸之间的一座桥梁，来揭示立法与社会变迁的关系。^④在两岸还没有桥梁的时候，两岸之间的交通是很不方便的，只能依赖于轮渡。而当有人提出要修桥的时候，就会出现很多问题。比如，经费的筹措，桥梁的式样、宽度、承运能力，桥墩的选址，工期等等。各种利益集团和社会政治力量就会卷入进来影响这些问题的解决。这与各种政治社会力量影响立法的形成过程十分相似。而一旦桥梁建成，它就会影响甚至改变人们的生活方式。比如，原来只能依赖轮渡过河的时候，人们必须按轮渡的时间表来生活。而有了桥梁以后，人们可以更自由地选择到对岸的时间，也可以选择使用汽车或者步行的方式通过。当然，也会出现新的问题。比如，过桥的费用会与轮渡的费用不同而可能引起争议。如果将桥梁比成立法，立法同样会对人们的生活方式产生重要的影响。

^① Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman, John Stookey eds, *Law & Society*, 1995, pp. 6-7.

^② *Ibid.*, p. 7.

^③ Rachel Shteir, *The Steal*, New York: The Penguin Press, 2011.

^④ Lawrence Friedman, *An Introduction to American Law*, New York: W.W. Norton. 1984.

二、聚焦于“是什么”

法律与社会力量之间互相影响和作用的关系是显而易见的。法律的经验研究便是致力于探讨它们相互之间的关系。它不满足于仅仅从书面上学习和研究法律，而是研究法律在社会生活中的真实的运作，增加经验的维度。这就是常讲的“书本的法律”与“运作的法律”之间的差别。如果说规范法学研究的问题是法律、公平、正义应当是什么，法律经验研究更关心法律、公正、正义是什么。用英语来说，是“ought to be”和“is”的差别。一个是理想，一个是现实。理想与现实的差别，就是法律经验研究的开始。

因此，法律的经验研究关心的重点不是正确的法律答案本身，或者如何寻找正确答案，以及为什么要去寻找法律的正确答案，而是把法律作为一种社会现象来研究，来理解它运作的特点和规律。规范法学与法律的经验研究的关系正如神学和宗教社会学。^①宗教社会学不会想方设法推进对某种宗教的信仰，而是研究宗教的类型和与社会生活的交互影响。规范法学鼓吹法律必须被信仰，并且传授达致信仰的方法；法律的经验研究关注法律被什么样的人信仰或者为什么不被信仰——即法律意识、法律的合法性。法律的经验研究将神坛上的法学变成真实世界的法学。

一旦摒弃了对绝对真理的迷信和追求，而认为法律运行受到所处语境的制约，就自然地得出法律因法域而有不同的类型。由于各个法域的文化、政治制度、历史传统、社会力量不同，各个法域下法律的运作自然也不同。因此，法律的经验研究可以从文化相对论上找到根源。法律的运作自然就属于地方性知识。这也是为什么可以将法律与语言作类比：法律移植虽然可能，但肯定相当困难并且需要很长时间，就像要改变某个地区的语言一样。

这样看来，法律的经验研究很大程度上是测量经验的事实。想要测量得相对客观——绝对客观和价值中立是不存在的——就必须借助社会科学的知识和方法。这是因为法律和法律现象本身并不是一个容易进行科学测量的对象。实际上，法律现象是很难用科学的方法来研究的。它本身就很难定义，而且无法对这种现象有足够的控制，以排除其他因素的影响。^②法律制度与其他社会制度的互相渗透是不可避免的。这些现象通常不是由可以触摸得到、并用同样实用的尺码就可以测量的。它包括观念、态度、道德、个人的隐私、经济利益、政治追求等十分微妙而又互相交织在一起的东西。法律还涉及社会建构——甚至有人宣称所有的法律都是社会建构——这表明一些被称作法律的原材料已经被扭曲和转化成另一套东西。比如，纠纷不同于调解，它的范围更大，更难捉摸，影响因素更多。调解员（有时是法官）、当事人、律师一起将纠纷转化成调解。当这些人在不同的时代背景下，基于国家的意识形态和政治要求和个人利益对这个过程施加影响甚至是操纵、引诱、强迫的时候，调解不断变化，最终就不再是法律最初定义的样子。中国的调解也就不同于外国的调解。如果研究调解都那么难，研究纠纷就只会更难。

对这些现象的研究，仅靠以传统教义法学的研究方法——主要是逻辑和解释的方法——显然不够。相比之下，社会科学中的社会学、语言学、人类学、地理学、政治学和心理学却为这些现象提供了大量的知识。就经济学而言，策略行为对人们在法律阴影之下交易的影响、信息经济学和博弈论对规管问题的研究、行为经济学对劳动关系的研究。人类学中的法律多元、话语，地理学中的空间技术，语言学中语言技术和意识形态，心理学的合法性都给法学带来前所未有的冲击和帮助。在方法上，法律的经验研究主要借助统计学、人类学的社会调查方法，以获得经验的事实数据。最近，实验的方法也被广泛地运用。各种学科之间的方法不完全一致，甚至每个学科都会有自己的独特之处——就像各地都有自己的俚语一样。但這些社会科学方法基本上都是尽可能地经验出发，去追求价值中立的客观真实。法律的经验研究本来就是一个开放的体系，它没有必要拒绝任何一种有助于增进理解法律制度运作的知识和方法。

显然，完全的客观真实只有“上帝”才能掌握。偏见无处不在，成熟的研究者对于科学及其局限性并非不知情。他们只是尽可能地去追求客观，防止偏见侵蚀研究的客观性，并且将使用的方法做详尽的交

^① Lawrence Friedman, *The Law and Society Movement*, 38 *Stanford Law Review* 763 (1986).

^② *Ibid.*

代，以便让读者可以理解和衡量偏见存在的强度。因此，通过这些方法生产出来的知识肯定不是绝对可靠的。知识生产本身就是一个社会建构的过程，充满各种变异以及不确定性。但这并不意味着无法进行有价值的研究。诚实的研究和没有研究的空想是有巨大的差别的。从观察和经验数据出发的研究，显然不同于从特定的意识形态的政治理念得出的推导或者观点。这就是有没有“研究”的差别。

比如，去观察人们是不是按交通规则的要求。这里面可能会有不同的研究方式，但真实的观察显然与拍脑袋的推断不同。一个有益的判断就是研究者如何面对预期之外的结果。从这些观察出发，总结出来的理论显然不同于从纯粹思辨出发而得出的理论。前者是在不同的场合，用类似或者不同的数据加以验证的，而后者却不是，尽管后者也可能有洞察和创见。

仅仅将法律的经验研究视为社会学的一个分支显然太过于狭窄。它让人只想到用社会学的方法来分析和理解法律现象，或者只是将经典的社会学家（Weber, Marx and Durkheim）的理论来加以任用，而忽略了当代其他众多的社会科学，特别是上个世纪六七十年代以来产生的知识。于是也有人将法律的经验研究称之为法律新现实主义。老现实主义也说要研究现实中的法律，但当时更多的是一个口号，一个研究的方向，而新现实主义开始真正地重视经验事实。

作为一门学科，法律的经验研究不仅有了上述基本主题，还形成了基本的结构。比如法律是如何产生的？是如何执行的？法律机构是如何做决定的？社会是如何通过法律来完成社会控制的？法律又是如何渗入社会的？法律与经济的关系如何？法律与政治的关系？人们的法律行为与文化和社会结构的关系如何？纠纷经过什么阶段才进入诉讼的？除了诉讼，纠纷还通过什么方式发展？什么因素会影响这种转变？纠纷是如何解决的？宪法行政法的是如何发展的？在法律制度和决定过程中，法律人的角色如何？法律职业功能和作用如何？他们如何影响纠纷的解决过程等等。这样，法律的经验研究将传统教义法学的研究范围扩充了无数倍，而且将法学从平面的研究变成立体的研究，使得法学可以同其他学科对话。所有的这些问题，都大致上可能从传统的法理学教科书上找到一定的相关性。也就是说，法律的经验研究其实提出了一套新的法理学。

三、法律的经验研究与法律经济学

有人认为这两个学科是对立的，其实这完全是误解。从最早的渊源来看，它们都是因应对规范法学的不满而产生的。法律经济学与法律的经验研究、法律人类学、法律心理学一样，是法律与社会科学大家庭中的一员。都是从法律外部来研究法律，而不是鼓吹法律作为信仰。只是法律经济学发展起来以后，变得一家独大，产生了许多分支，于是自然就在学术会议、刊物和身份上似乎成为独立的阵营。

应当说，法律经济学中的一部分走向了应然的研究，即从效率出发，论证法律规则应当如何。这类研究如何在做假定时偏离事实太远，则很容易走向数学模型，而远离真实的法学，与注重经验事实的法律的经验研究差别还是很大的。但大量的法律经济学的研究也同样注重经验，只是在研究时加入了微观经济学的知识，这类研究与法律的经验研究是完全兼容的。事实上，由于两者在认识论渊源以及研究方法和手段上的相似性，不少学者将法律经济学和法律的经验研究进行了很好的结合。单从研究本身来看，很难分清这是一个法律经济学的研究还是法律的经验研究。

著名的例子是 Mnookin and Kornhauser 对离婚中法律阴影下交易的研究，^① Ellickson 对邻人纠纷和社会规范的研究，^② Ayres 和 Braithwaite 对规管的方式的研究。^③ Ginsburg 及合作者对日本的案件数量变迁的研究，发表在传统的法律经济学的杂志 *Journal of Legal Studies* 上，但更像是一个法律社会学的研究。^④ Donohue 和合作者发表在经济学顶级杂志 *Quarterly Journal of Economics* 上关于堕胎合法化和犯罪率下降的

① Robert Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 *The Yale Law Journal* 950 (1979).

② Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard: Harvard University Press, 1994.

③ Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992.

④ Tom Ginsburg & Glenn Hoetker, The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation, 35 *The Journal of Legal Studies* 31 (2006).

研究, 同样被认为是一项法律的经验研究。^①今天, 在法律经济学的发源地和重镇——芝加哥大学法学院——也开始了法律经验或者实证的研究, 并将之称之为法律经济分析的 2.0 版本。言下之意, 之前的法律经济学的浪潮已经从经济学的原理上, 对法律制度和法律规则作了很多推论, 下一步的工作是要将这种推论用经验事实来验证。而当法律经济学转变成经验研究时, 与法律的经验研究的差别似乎就只剩下基本的假设和各自的学术传统。很多法学家会同时参加法律与社会协会和法律与经济学的会议, 而法律经验研究的与会人员的背景则更加庞杂。

这一点可以从相关刊物的取向上可以看得出来。 *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS) 本来就是法律与社会学会下面生长出来的刊物。它的出现是因为原有的法律的经验研究刊物无法承载许多的更注重经验研究的成果。在它创刊时, 它与法律的经验研究的会刊 *Law and Society Review* 的差别令人纳闷。经过 10 多年的发展, 这个杂志也慢慢地找到了自己的定位, 那就是 JELS 更注重统计学的运用, 从定量的数据中发掘, 但对理论讨论的要求稍微弱一些。由于有些问题对于了解法律制度的运行或在政策建言方面很重要, 但对于理论的发展却没有太多的相关性。换言之, 它是以问题本身的重要性来补理论探讨的不足。当然, 在传统上, 美国法学院的经验研究基本上指的就是法律经济分析。不出意外, JELS 的很多作者就是经济学家, 但它也是来自经济学、政治学、社会学以及法学等不同背景学者发表的园地。由于现在发表的研究基本上全是定量分析, 并且强调统计技术的运用, 定性的研究基本上消失了。这也许并不是创刊人的初衷。^②

虽然各种学科之间知识和方法的借用是值得鼓励的, 但并不意味着它们之间的差别完全消失。国内有学者在一篇文章之中各种方法都用一点, 形成一个大杂烩, 最后的结果“四不像”。无法与任何一门学科传统形成有效的对话, 无法给任何一个学科形成冲击, 很快就会被遗忘。这是不加区分的在两种传统之中穿行的后果, 最后可能得不到任何一个学科的认同。因此, 在进行理论对话的时候, 必须回到各自学科的语境中去, 回应各自学科的问题。毕竟, 在社会科学中, 不同学科的基本假设是不同的。法律经济学的假设是理性人, 即人们如何作选择开始研究。而法律人类学则是文化人或者社会人的假设, 强调人的行为是如何被所处的文化、结构社会条件限定。在这样的假设下, 人们是如何无法做选择的。

四、三类研究

如何进行法律的经验研究? 这也许是最容易入门的学科之一, 因为在生活中, 许多的问题都会与法律的经验研究有关。打开每天的报纸, 总能在头版找到法律的经验研究的问题。也许是国际争端, 也许是房产买卖, 也许是规管市政或者证券市场。任何一个学生, 随意说出身边的十件事, 总可以找到法律的经验研究的议题。

从研究的价值上, 可以将法律的经验研究大致上分成三类。第一, 要找到现实运作的法律与文本期待的法律的不同。李连江教授提到, 所有的社会科学都应当是病理学, 即旨在指出现行制度的问题。^③这不是说现行的制度不好, 而是说研究的目的着眼于制度的问题和不足。这在法律的经验研究来看更是不言而喻的。法律的经验研究的出发点, 就是要探讨书本的法律与运作的法律的差别。如果所选的题目中, 这种差别很小, 就不一定是病理学了, 而成了经验总结或者歌功颂德。当发现了法律的规定与实施相去甚远时, 就要追问为什么会有这种差别。当对这个问题找到详实的材料并形成有见地的分析, 就是不错的研究。

第二种类型的研究比上一种更进一步, 那就是它不仅找到法律的期待效果与实际效果的差别, 而且还找到了差别的规律。这种规律会对我们理解这一现象甚至是类似的现象有很大的帮助。从另外一个角度讲, 找到了规律, 就是找到了原因, 找到了事物之间的因果关系。上文提到的关于堕胎的研究就是一例。^④ 作者认为, 美国各大城市上个世纪 90 年代后重罪率下降的原因不是传统所说的“打击力度加大”, 而是

① John Donohue & Steven Levitt, The impact of legalized abortion on crime, 116 *The Quarterly Journal of Economics* 379 (2001).

② 创刊编辑之一的 Deborah Hensler 就对这个发展方向表示遗憾。

③ 李连江:《不发表, 就出局》, 北京: 中国政法大学出版社, 2016 年。

④ John Donohue & Steven Levitt, The impact of legalized abortion on crime, 116 *The Quarterly Journal of Economics* 379 (2001).

从1970年代开始的堕胎合法化。这是一个“意料之外，情理之中”的发现。又如，Feest对人们是否遵守交通标志“Stop”的研究。^① Feest发现，影响最大的因素是司机是否一个人在车内，司机单独驾车的时候要比车内还有其他乘客的时候遵守交通规则的机会低很多。他的解释是，车内还有其他乘客时，这些乘客会对司机是否遵守交通规则形成心理压力。这一点很好理解，车内的乘客大多是司机的家庭成员或者亲朋好友，司机在这些人面前都会试图表现得遵纪守法。

这个很小的研究显然特别有意思。它不仅找到了法律规定与法律实施效果的差别，而且还找到了差别的规律，并且认为同侪压力（peer pressure）会对人们是否遵守法律产生影响。一旦有了规律，就会追问是不是可以进一步的一般化，这就是第三类的研究。

第三类研究的重点是一般化。从个案中提炼出来的规律能否广泛运用？这往往看是否提出概念和命题。以概念化为例，即提出新概念来概括其发现，并且这种概括得到了广泛的认同。古往今来，社会科学上最重大的发现几乎都是推出了前所未有的词汇。之所以需要新的词汇，是因为原来的词汇无法概括新的发现，也就是证明了新发现的确存在而且会得到广泛的作用。在这一点上，法律的经验研究也不例外。古典时期，梅因、马克思、韦伯、涂尔干对法律类型的分类至今仍有相当的影响。当代著名的例子包括Galanter提出的重复当事人和单次当事人，^② Conley和O'Barr提出的规则导向和关系导向，^③ Braithwaite提出的规管中管理者与被管理者之间的以眼还眼等等。^④ 另一种则是提出新的分类或者类型学。著名的例子是Damaska关于诉讼制度与国家政权关系的类型学，^⑤ Merry对基层法官以及司法辅助人员三种话语的划分，^⑥ Felstiner, Abel和Sarat提出的纠纷转型的三个阶段，^⑦ 以及Ewick和Silbey对普通人法律意识的三种分类。^⑧ 这些研究的鼻祖则是Foucault提出的话语和Bourdieu提出的惯习。^⑨ 这些概念和分类都给我们认识相关的问题提供了新的视角和工具。如果说语言是思维的路径，后来的研究者一旦使用这些概念和分类，或者不得不与这些概念和分类对话，就无法摆脱它们的影响。

有人担心法律的经验研究的引用量较低，我认为这种担心并无必要。首先，每一个学科的引用量是与学科有关的。不同的学科和领域有不同的关注点，从业人员的数量也差别很大。就法律的经验研究而言，它本身就是注重特定情景下的法律现象，绝大多数的研究都是个案研究。这种研究方式已经决定了其引用量不会太多：从事法律经验研究的人员可能很多，因为不同的研究者自然会选取不同的个案进行研究，而在不同的情景下的个案很多时候不必去引用另外个案的发现。就像某些十分杰出的历史学的研究，引用量也远远不如一个平庸的心理学研究。毕竟，从事该领域的历史学者可能只有寥寥几人。同理，关于中国法的最好的英文研究，引用量也比不上一项普普通通的美国法的研究。其次，法律的经验研究虽然是以个案为主，但好的研究也同样增进了对这个领域的认识和知识的增长。这个知识的增长是发散型的，而不是像其他某些学科一样，它的研究领域更集中，更容易形成知识流，但也只围绕着几个概念转圈子。那样的研究可能引用量更高，但知识的增量却不一定高。第三，法律的经验研究本质上是交叉学科的研究，这意味着它的影响力不仅仅限于法学。规范法学也许很难在法学之外有读者，但法律的经验研究往往在法学之外有很大的影响。这个领域的经典论文往往在相近的学科如社会学和政治学影响很大，在这些学科同样产生

① Johannes Feest, Compliance with Legal Regulations-Observation of Stop Sign Behavior, 2 *Law & Society Review* 447 (1967).

② Marc Galanter, Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 *Law & Society Review* 95 (1974).

③ John Conley & William O'Barr, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.

④ *Supra* note 11.

⑤ Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press, 1986.

⑥ Sally Engle Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago: University of Chicago Press, 1990.

⑦ William Felstiner, Richard Abel & Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." 15 *Law and Society Review* 631 (1980).

⑧ Patricia Ewick & Susan S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

⑨ Michel Foucault, *The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language*, London: Tavistock, 1972; Michael James Grenfell (ed), *Pierre Bourdieu: key concepts*. London: Routledge, 2014.

了很多引注。最后，要提高法律的经验研究的引用量，从根本上来看，就是要有理论化和普遍化的能力。要能够提出新颖的概念和分类。与其抱怨法律的经验研究的引用量普遍低于某些其他学科，还不如多花点心思来把自己的研究一般化。从经验上来看，法律的经验研究领域引用量最高的文献，都是理论性的。

李连江教授将研究分成护路、开路和修桥三种。^①他的分类与上面所讲的三类研究异曲同工。只局限于个案，但做得扎实而有新意，可以是很好的研究。由于没有在规律上形成突破，这类研究只能算是护路和补路。能够找到规律，为后来的研究打开通道的，属于开路的研究，即路径突破式的。能够通过概念和命题将发现一般化则属于修桥的类型，即卡住了某个领域研究的咽喉，成为后来研究的必经之路。这种研究在相当长的时间内，在新的范式出现之前，会对相关领域产生深远的影响。

法律的经验研究入门容易，但做好却不容易。这也许是因为它本身是一个交叉学科，需要两个或者更多学科在知识上的积累。但更大的困难是理论对话。许多学者的研究都可以宽泛地称为法律的经验研究，但英文法律的经验研究依旧寥若晨星。这是一个正常的现象。一般说来，杂志的级别上升一级时，要付出的努力几何级数上升。窃以为，中国学者在这些专业杂志上发表有三大障碍：经验材料、英文写作和理论对话能力。许多国内同行已经成功克服了前两大障碍：利用生活在内地的优势，找到很好的经验材料，比如，从裁判文书网上下载数据，或者有一个地区、某个时段的数据，也有少数学者进入田野，进行详实的访谈；就英文写作而言，中国学者的水平已经提高很大，经过一些语言编辑的帮助，也达到了发表的水平。但最大的困难是理论对话（framing）和突破的能力。同样面对一堆材料，如何形成一个在学术对话上有意义的问题？如何将已有的研究搭成一个舞台，使得将要讲的故事适合在这个舞台演出？唯一的办法，还是需要仔细研读文献，形成理论思维能力，并加以创造性的思考。没有长时间的训练和积累，这个困难似乎不好克服。

当然，这只是一个笼统的说法。这些困难其实是相互联系的。比如，如果对理论文献缺乏了解，说很难知道什么样的经验材料才是有价值的。许多国内的学者都认为自己掌握“大量”的经验材料，但一旦通过文献或者理论视角去筛选，就会发现掌握大量的材料是没用的，而最有价值的部分恰恰被过滤掉了。英文写作也是困难的，不像一些学者想象的那样，将中文翻译过去就行。用词精练、准确，表达流畅，文气一贯，需要长时间的积累。更为重要的是，第三个困难，即讨论什么样的理论问题？这决定了写作时与什么样的学者对话，使用什么概念和技术？

也有学者经常纠结于定性还是定量孰优孰劣的问题。这不当成问题。研究方法是由研究的问题决定的。也可以倒过来说，什么样的材料就决定了研究什么样的问题。但基本点是，并不是量化的材料肯定会比定性的研究出更好的成果。量化数据的质量很重要：覆盖的广度和深度、代表性、科学性、变量等等都会对研究形成限制。而且，定量和定性两者也不冲突，量化材料质量欠佳的研究往往无法给出说服力强大的答案，也就是找不到规律或者原因。这时，如果有定性的材料作为补充，是一个很好的解决方案。但总的来讲，定量的研究更像是科学，只要经过一定的训练，按部就班地做，就能把研究做出来，成功的确定性比较高。而定性的研究更像是艺术，需要讲故事的能力和一些不容易言传的经验和感觉。在写作上，定量研究的套路容易模仿，定性研究因文因材料而异，缺乏定式，更难模仿。

五、结论

随着中国转型的深入，中国社会对法学知识的需求本身会发生变化，而这种变化将凸显法律的经验研究的重要性。这是因为这种研究思路最重要的长处就在于它将法律条文的运用与对法律条文本身的研究分离开来，寻求法律的真实运作，而这种知识的求真对于转型中国是非常重要的。虽然中国的转型远比欧美的转型来得要晚，但它的广度、深度、速度和持续的时间在人类社会却是史无前例的，其中大量的悖论、现象都是极具中国特色的，不可能为已有的理论、模式、经验所涵盖。法律的经验研究可以为理解转型中

^① 李连江：《在学术界谋生存》，https://www.sohu.com/a/141419486_632464。

国的相关法律问题提供很好的工具以及提供相关的洞见。已有的经验表明，在转型社会以及不稳定因素很多的社会中，法学对社会科学知识有特殊的偏好和需求。这一点在中国背景下也很好理解。在理解现象的层面上，比如，律师到底有没有起作用？在哪类案件上面起作用？什么类型的律师更起作用？律师在各种不同的案件类型中是否起作用？

男女平等从来都是宪法和法律中的基本原则，但具体在离婚案件的判决上，子女抚养权是不是真正地在夫妻之间平分？独子、特别是只有一个男孩的时候，是不是大多都分给了男方？反对家庭暴力在宣传时铺天盖地，但在离婚决定时是不是能够帮助女方离婚？死刑的存废问题沸沸扬扬，但有多少研究能够对死刑的震慑力给出一个经验上的结论？^①

从学科的发展而言，法律的经验研究可以为法学与其他社会科学进行对话提供最好的媒介。说穿了，法律的经验研究就是社会科学中的一种，只是它研究的对象是法律制度而已。在方法上是完全相通的。这有利于对法律有兴趣的社会科学学者与法学学者展开对话和合作。通常的情况是，社会科学的学者在方法上的训练较好，而法学学者对将要研究的问题的把握更准确。这种合作无疑是有利的。法律的经验研究也就为不同学科的交流提供了最佳的智识环境。

同理，法律的经验研究也有利于国内的学者与国外的学者对话和合作。法律制度具有大致相同的特点：立案，判决，调解，上诉。所有这些数据都需要在各个法域的特定条件下解释。但是，在不同的法域类似制度的比较也常常会带来新的启发。在法律的经验研究兴起之前，法学中的一种显学是比较法学。但那时的比较法学只限于条文的比较和借鉴，只是在平面上进行比较。法律经验研究的出现，则可以针对相同或者类似的条文，来比较不同法域的实施状况。这种比较将是立体的，更具深度，更能将法律运作上制度和文化的差别找出来。

法学的经验研究也会为政策决策提供基础，因为在没有精细地了解法律在社会中真实的状况以及为什么是这样之前的决策都会招致怀疑，特别当这种决策的基础是某些“放之四海而皆准”的西方模式、理论，或者是粗糙的法条分析的结论时。中国法学相当缺乏来源可靠、研究方法得当的基本事实。这门学科不是行将结束，而是刚刚来始。在2009年上海的一次会议上，我曾说过，希望将来法学研究的重心可以从北京转到上海，但我更希望世界法学研究的重心，可以从美国转到中国。正是由于法律经验研究可以带来的知识的独特性，它将为形成中国的法律学派创造新的契机。

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

Study on Law with Experience: Based on External Perspectives of Social Sciences

HE Xin

Abstract: The study on legal experience in China is thriving and in urgent need of development. The basic characteristic of the study on legal experience is to study law from external aspects by using the methods of social sciences. The study on legal experience comes into being because of the dissatisfaction with the normative studies, and it turns its central point from legal texts to practical operation. At the same time, with experience as grounds of argument, it is importantly different from the related subjects, such as legal economy, comparative law, and etc. The study on legal experience will provide China's construction of government by law with important knowledge, provide legal study and other social sciences with a dialogue platform of international academy, and create moments for forming the China school in the field of legal studies.

Key words: study on legal experience, legal economy, knowledge innovation

^① Moulin Xiong, Siyu Liu and Bin Liang, Criminal Defense and Judicial Sentencing in China's Death Penalty Cases, *Psychology, Crime and Law*, 414-432, 2018.