

反思民间法研究中的社会实证法

作者：周 贇

作者单位：厦门大学法学院

出处：甘肃政法学院学报 2007 年 9 月总第 94 期

内容摘要：近年来，民间法研究渐成热潮，其中，关于民间法基本范式的反思性研究也隐有成风之势。这当然是值得肯定的，然而根据学问的一股规律，所谓反思研究应主要包括两个部分：即方法的反思和根据方法的反思。从这个意义上讲，当前的反思研究又似乎存在一个明显的疏忽：即没有对作为民间法研究的基本方法予以反思。这其中，尤其缺乏对社会实证方法(最重要的民间法研究方法)的反思：它是否有其限度?如果有，其具体表现是什么，可以说，这是所有法社会学(当然包括民间法)研究者都必须关注的问题 4 / 4 / 没有对它们的清晰认识、回应，相关研究结论就只能是某种程度的“色厉内荏”。

关键词：法社会学;方法;实证;限度

中图分类号：DF08 文献标识码：A 文章编号：1007—788X(2007)05-0022-06

Reflection on the Social Positivist Approach of Folk Law

ZHOU Yun

(Law School, Xiamen University, Xiamen, Fujian 361005)

Abstract: Research on folk law has been becoming a focus recently: reflexive research on the basic paradigms of folk law has also been a trend All these are worth approving, however, according to the general law of learning: the reflexive research mainly includes two parts: reflection on the method and reflection based on the method in this sense, there is comparatively obvious thoughtlessness in the current reflexive research, i. e. pay no attention to the basic method of folk law research, especially the social positivist approach of folk law, whether there is an extent? If there is, what is it? This is a problem that each researcher of sociology of law should pay close attention

Key words: sociology of law: method: positivist approach: extent

正文：

应当说，自上世纪末“民间法”作为一个法学范畴进入中国法学界视野以来，相关研究已经取得了丰硕成果：这一方面固然表现为大量作品、刊物的出现；更重要的也许是，近年来已陆续有论者开始关注、反思民间法研究的范式问题^[1]——一般而言，一门没有足够充分发展的学问是很难意识到对其基本范畴、基本方法进行反思之必要的。

本文的出发点正是为这种关于民间法研究范式的反思“添砖加瓦”，只不过笔者重点关注的将不是基本范畴而是方法论问题。

虽然，对民间法的研究亦可以采取纯粹法学的研究方法(规范分析)，但考虑到“民间法”概念的引入本身就是源自法学对人类学、社会学、文化学等相关学科进行借鉴的结果，因此，对民间法进行研究更重要的方法也许应是人类学、社会学等学科所更擅长的社会实证法。也就是说，社会实证应当成为民间法研究的重要方法^{4/4} / 如果它不是最重要方法的话。那么，是否有必要对之进行反思?以及，如何反思?

根据一般的理论常识，任何方法都必定有其限度——很显然，这一判断已然清楚地表明了对其进行反思的必要性。因此，我们需要回答的是接下来的问题：作为一种方法，社会实证的限度是什么，很显然，欲回答这个问题，就必须先对“实证”一词进行界定：记得涂尔干曾明确告诫社会学学者，“社会学家就不应该热衷于对社会现象进行形而上学的思考，而应该把各种具有明确界限的现象作为研究的对象；这些现象可以说是用手摸得着的，人们可以说出它们的来龙去脉，而且可以抓住不放”，在做这种研究的时候，虽然我们可能不止一次地弄错，在我们的归纳中超越观察到的事实。但是，至少每一种假设都附有证据，而且我们力求使证据尽可能多一点。尤其重要的是，我们每次仔细地把推理和解释同解释的事实明确地区分开来”，“社会学方法完全基于这样的基本原则：各种社会现象应当被当作事物，即外在于个人的现实来研究”。^[2]涂尔干的这一忠告实已揭示出“实证”一词的内涵：即，从对象上讲，强调的是可经验的、具体的并且是外在于研究者的现象；从方法上讲，强调对具体现象作个别的观察和思考，然后对观察结论作谨慎而有限的归纳。笔者以为，正因实证方法具有如上内涵，因而如下一些因素的存在实际上也就是其限度之体现：

一、实证对象的非被给定性

根据前文对实证一词的界定，可以认为，“实证”作为一种研究方法之所以可能，其前提在于现象界存在各种可实证的、可经验的客观对象。因此，真正的或者说理想的实证应当是将被实证的对象应外在于并独立于实证者(研究人员)而存在。换言之，对实证者而言，实证对象应当是被给定的，而非他自己选定的——任何掺杂实证者本身之主观性的对象都将影响结论的可靠性。从逻辑上讲，如果实证对象真能完全地“被给定”，那么，实证方法所得出的结论也许确实是最具说服力的、至少是最具说服力的一种结论所谓。事实胜于雄辩”。然而，问题的关键恰恰是，在现实的研究工作中，可能根本就不存在这种外在且独立于实证者的现象。为什么这样说呢，

让我们先来看看自然科学中的情况。笔者以为，即便在自然科学的研究中，似乎也不存

在这种完全被给定的、不掺杂实证者主观性的对象：如果自然科学的研究者没有一种对他自己所赖以存在之生活世界的整体性把握，就根本不会有他当下的这种问题意识(如古希腊人不可能有网络研究的冲动，农夫不可能有发明先进捕捞网具的想法)，而他一旦带上关于生活世界的整体认识(也即一定的问题意识)去观察这个世界，那么，所谓对象的严格被给定性就已经在很大程度上让位给了研究者自身的选定性。换言之，所谓真正的“实证”在自然科学中亦不过是一个理想类型式(ideal types)的概念。^①

自然科学尚且如此，不难想见，社会科学中实证对象之非被给定性当更加明显——事实也正是这样：在各种社会科学实证研究的所谓抽样调查中，我们不可能找到一种没有问题意识的调查或一种完完全全、彻彻底底的“随机”调查。可以说，任何所谓实证调查都一定是充盈着研究者(不管他是否有意、是否愿意)之目的调查：如果没有一定之目的，调查材料只能是一盘散沙，并且一定具有多个可能的面向(而在实证者的研究视野中，这些材料恰恰是有序的，并且恰恰也仅仅被突出某个面向)。换言之，所谓实证调查、实证研究——与其他研究方法一样——也不可能将研究者的前见驱除出调查、研究过程。或许正因如此，加达默尔才会认定所有的社会科学都不过是一种关于解释、也即关于主体主观性释放的学科。加达默尔曾指出，即便是最具实证品性的统计学科学也是如此，因为它的“成功有赖于如下事实即其他提问的可能性被(事先的)抽象所掩蔽”，“统计学所宣布的东西看起来似乎是一种事实的语言，但是，这些事实回答的是什么问题，如果提出另外的问题又将由哪些事实开始讲话却是解释学的问题”。总之，在统计结论中，“没有一种陈述不能被理解为对某个问题的回答”。^[3]有意思的是，加达默尔的这个论断我们甚至可以从涂尔干(而正是他强调作为社会学研究对象之事实的客观独立性)那里得到呼应，后者在谈及自杀动机的统计问题时清醒地认识到，“所谓自杀动机的统计，实际上是负责这项资料的官员——往往是下级官员——对动机的看法的统计”，因而，“这样被认为是自杀的动机的，并不是自杀的真正原因”^[4]。如上的分析以及两位学者的论断均表明，社会学家所谓的实证对象都在一定程度上是研究者自己选定的——这就正如库恩(T. S. Kuhn)所言，“更直接了当地说，独立于理论之外的事实是不存在的，因而所有理性的人都必须接受的、独一无二的观察、分析、解释世界的方法

①也正是这个意义上，我们才能很好地理解当年罗素针对培根经验主义哲学(试图通过归纳法来得出、论证一切结论)的如下批判：“通常有某种的假说是收集事实的必要先决条件，因为在对事实的选择上，要求有某种方法确定事实是否与题有关。离了这种东西，单只一大堆事实会让人束手无策”。[英]罗素·西方哲学史(下卷)[M]。马元德译。北京：商务印书馆，1976。65。另外，R. M. 黑尔亦曾接着康德的那个“没有范畴，经验则乱；没有经验，范畴则空”的说法指出，“如果你想要事实，你就必须观察；如果你想要价值，你就必须选择。但是在观察或选择中，我们试图说我们观察和选择了什么，就受到概念的逻辑限制……”

([英]麦基. 思想家: 与十五位哲学家的对话[M]. 周穗明等译. 三联书店, 2004. 196. 申言之, 除非我们根本不想表达, 更不用说讨论或理论建构, 否则, 我们就根本不可能使事实保持“物自体”属性。也即, “事实”就一定不是被物自体世界“给定”的, 而是被主体“选择”的。

也是不存在的。我们当然可以比较相互竞争的不同理论, 但我们手上并没有客观的尺度”^[5]。

如果我们认可如上论断, 那么, 随之而来的结论就是: 从根本上讲, 由于实证方法所谓之实证对象是不可能完全被给定的, 因此, 严格的实证在现实研究中是不可能的^{4/4} / 它总是被实证者的主观性所歪曲。而这标示出社会科学中实证方法的第一个限度。与这个限度相关的另一个面向是, 实证方法往往不能用来证立研究者本身的理论前见^{4/4} / 在前文的分析中, 我们已经明确了实证研究者必须具备一定的前见才可能展开研究: 没有理论前见的所谓实证必定是一盘散沙。也就是说, 一个完全没有理论前见的人是不可能着手进行实证研究的。那么, 研究者的这个理论前见从哪儿来, 坚持实证方法万能的论者可能会回答说“研究者的理论前见系通过前一次的实证得来的”。对这种可能的回答, 我们还可以继续追问: 这前一次实证研究展开之初前的那个理论前见又从哪儿来? 如此循环下去, 我们就一定可以找到每一种实证研究, 其最后都必定是仰赖于一个先于所有实证方法而被证立的理论前见。换言之, 作为实证研究之先决条件的理论前见本身是不可能通过实证方法、而只能通过其他方法来证立的。申言之, 实证方法的运用总是建立在通过其他研究方法得出的理论前见之上^{4/4} / 严格说来, 这不能说是实证方法所特有的一个缺弊, 因为任何研究方法都必须在一定程度上依赖其他方法; 但不管怎样, 这毕竟标示出了实证方法的一个“不能”。

当然, 需要随即指出的是, 第一, 就实证对象不可能完全被给定这一限度而言, 由于研究人员的学术自律(这构成了实证者会尽量避免歪曲材料的内在动力)以及研究成果的竞争性可与可验证性(这构成了实证者会尽量避免歪曲材料的外在压力)等因素的存在, 故在实际的科学研究过程中, 借助于实证方法^{4/4} / 因研究者力图避免对材料进行主观歪曲^{4/4} / 总是可以得出一些有价值并且可靠的结论。换言之, 我们说“实证对象的非被给定性决定了实证的根本不可能”强调的是严格的实证不可能, 而并非否弃其作为一种研究方法的存在价值。第二, 就实证方法的运用必须仰赖于通过其他方法证立的理论前见这一“不能”而言, 由于除了少数情形以外, 并无大量论者坚称实证方法是万能的。因此, 这里指出实证方法的这一点“不能”同样不应视为本文作者对实证方法本身的否弃。

二、实证过程的循环悖论属性

如上我们从哲学解释学的角度分析了“实证”的不可能性。笔者以为, 这个结论还可以通过考察实证方法在实际运用过程中的循环悖论属性而得到。那么, 何为此处所谓的循环悖

论？

让我们先看看传统的渔民是怎么打鱼的：一般而言，渔民所打到的鱼取决于他所采用的工具(如粗网可能就打不到小鱼，而细网则可能网不住大鱼)及捕捞地点(如浅海区不可能捕到深海鱼，深海区也捕不到浅海鱼)，而渔民采用什么工具或到什么地方下网又取决于渔民想捕到什么样的鱼(如他想捕海蜇，就绝对不会用普通网或到长江及其他淡水区下网)——因此，渔民所捕的鱼实际上主要取决于他捕鱼的意愿；而他之所以有这种愿望又恰恰是因为以前的相关捕鱼经验。

在如上渔民打鱼的这个例子中，我们会看到如下一个明显的循环：一定的捕鱼愿望→特定的捕鱼工具和捕鱼地点→捕捞到特定的鱼→形成一定的捕捞经验→继续强化该特定的捕鱼愿望……很显然，在如上循环中，任何一个环节出现问题都有可能导致整个循环的破碎和不存在。需予以明确的是，对渔民而言，他们的打鱼生涯存在如上循环并不构成什么“悖论”；但是，如果这个循环出现在实证研究者身上，就很有可能成为一个悖论：即所谓“实证调研”往往变成了一个搜集有利于其已然认定之结论的材料或证据的过程；而一个实证研究果真陷入此种情形，则毫无疑问等于颠覆了实证研究本身的品性及价值。那么，实证者会否陷入渔民的这个打鱼循环中？

回答是肯定的，因为实证研究者有时确实很容易就变成了传统的渔民：一般而言，研究者往往是已经大致具有了一个观点或思路才去进行实证的调研，此时，研究者就极有可能会对那些与其观点相左的材料视而不见，而只会注意到能支撑其观点的材料。换言之，研究者很可能仅仅会“捕到”那些被自己自觉不自觉之愿望所欲求的“鱼”；更为严重的是，一旦研究者真捕获到他想要的“鱼”，又会强化他的如上捕鱼思路。笔者以为，正是因为这个打鱼情境的作用，国内的法社会学研究才会热捧诸如“秋菊打官司”、“山杠爷的故事”等子虚乌有的“实证”案例；相对应地，国外的部分法社会学学者(如弗兰克)才会认定法官的个性、情绪、人生经验才是唯一的法律渊源^[6]——在类似的研究中，一方面，我们可以看到一个明显的循环：一定研究吁求→特定案例的寻找→特定案例的择取→某种结论或观点的证成→一定研究经验的形成→继续强化该特定的研究吁求……；另一方面，我们也可以很明显地看到一个悖论：实证研究作为一种方法，生命力本在于其研究对象的独立性，然而，在这个循环中却清楚地显现出对象的“被制造”性^{4/4} / 这当然是与实证精神相悖的。笔者以为，此类研究的结论之所以让人感到比较极端或比较片面以致不具强说服力，其原因就在于它们陷入了如上循环悖论之中。

也许有人会说，如上例子并不具有说服力，因为它仅仅是部分研究者的研究方式而已。

这种说法的潜台词是：如果研究者足够自律，是可以避免如上循环的。然而，正如前文所揭示的，由于前见的不可驱除性，因此，这决定了研究者事实上不可能完全摆脱这个循环。那么，如果实证研究改由如下方式进行是否可以摆脱如上循环？即，调研工作与观察、分析材料的工作分由不同的人进行，这样一来，后者的前见就不会干扰材料的实证性。这种从逻辑上讲得通的建议在实践中却由于如下一些因素的存在而在实践中更为不可取：首先，正如霍贝尔在谈到法人类学的调研材料时所说，“法律心理学告诉我们，甚至最诚恳者提供的证据，也具有潜在的不可靠性，这是一个不证自明的公理”，“这些人也很可能在使用观念准则的类型时无意地改变了原来提供的东西”，因此，只有在实证者“在场的情况下，由于他是一位现场的观察者，所以对材料的真伪的辨别自然容易些”；^[7]拉德克利夫—布朗亦认为，虽然由研究者进行实证调研易陷入这样一种危险中，即观察易受先入为主的理论影响。但是，依赖那些完全没有学科前见的其他观察者的先入之见，所造成的危害可能要比受过训练的专业人士造成的危害严重得多。^[8]申言之，相对实证者自身的不可靠而言，一个单纯的调研者可能更不可靠。其次，也许也是更重要的是，如果调研工作完全独立于观察分析工作，那么，所谓实证研究就可能蜕变为诡辩：一方面，材料本身具有多个面向，并且哪个面向都不会说话；另一方面，研究者又必定只能择取其中的一个或几个面向进行分析^{4 / 4 /}此时，他必须说服他人相信其所择取的面向是合理的、甚至是唯一合理的。而实证研究一旦跨入到说服的领域，实际上也就不再具有实证品性，而蜕变成一定程度的诡辩。总之，实证研究过程中材料的被制造或被塑造在一定程度上是不可避免的。

因此，本部分的结论是：实证研究很容易、甚至可以说必定会一定程度地带有如上循环悖论属性。这就正如詹姆斯所言，“我们对实在的怎样说法，全看我们怎样给它配景。实在的实在，由它自己；实在是什么，却凭取景，而取景如何，则随我们”。^[9]如果我们认可这个说法，那么实际上也就等于承认了实证研究法的又一个限度^{4 / 4 /}同样需立即指出的是，这也并不能成为否弃实证研究之于法学之价值的藉口(理由与第一部分结尾处同)。

三、实证结论的个殊性

在前文中，笔者曾引用涂尔干的有关论断对实证研究的精神予以揭示，即它以“具有明确界限的现象作为研究的对象”，并且，“至少每一种(理论)假设都附有证据，而且我们力求使证据尽可能多一点”。简言之，实证研究的精神在于对象的个殊性；进而言之，虽然实证研究并不必然反对得出全面而概括的结论，但从根本上讲，它不以追求形上结论为圭臬，而追求对具体问题的考察、分析和解决。

如果说，具有如上个殊性属性的实证法在其他社会科学学科的研究中并不会带来很大的

问题的话，那么，就法律科学或法理学而言，这种对个殊性的过分强调就有可能成为一种明显的限度。为什么这么说，这取决于法律、法律科学以及法理学本身的一种基本属性。关于法律的属性，虽然不同的学者对其有不同的界定，但应该说，除了极少数理论以外，绝大部分理论都肯定某种程度的普适性是法律的一种基本属性^{4/4}。因为完全个殊的东西可能是具体的判决、具体的命令、具体的要求，但决不可能是规范，而法律恰恰是一种典型的规范。考虑到所谓规范就一定是在某种范围之内具有普适性的，因此，我们可以得出结论说法律一定是具有普适性的。不赞成这个结论的人可能会说，法人类学的研究不早就证立了“法律是一种地方性知识”这样一个命题么？^[10]笔者以为，这个命题固然有它的合理性，但并不能作为否定“法律具有普适性”的有力理由，因为第一：由于这个结论系通过实证得出，这意味着仅就已有的人类经验来说它是成立的。换言之，它并不表明在将来的人类法制实践历程中不会出现相反的经验^{4/4}。事实上，类似WTO这样的制度框架不就很大程度上宣布了这个命题的不完善甚或破产么，第二，我们说法律是普适的并不是说法律具有一种无限度的普适性，而仅仅是说“一定范围内”具有普适性。这个所谓“一定范围”可能是指一个民族国家，可能是指一个特定的文化域，甚至可能指一个特定的组织……当然，也可能指全人类社会。从这个角度看，我们就会发现“法律是一种地方性知识”其实并不必然与如下命题目悖、或者说根本上就等于如下命题：即，“法律在每一个地方会有不同，但在该地方内它是普适的”。

以上的简略分析表明，作为一种规范，法律具有普适性的特点；与法律本质上所具有的普适性相对应并且必定更明显(理论本身就比事实更具普适性)的是，法律科学、法理学也总是追求一种普适的知识，即便作为一种科学的它们也承认差异性、个殊性，但在法学视野中的个殊性、差异性一定是存在于某种共识(也即普适性)上的个殊性和差异性。

如果我们承认法律科学追求的主要是普适性知识，那么，实证研究所具有的个殊性就显然与之相龃龉。这种龃龉可从两个角度予以认识：其一，实证研究不能用来证立某些涉及法律基本价值因而也是非常重要的命题或原则。在法律实践或法学研究中，某些反映特定价值的原则和命题只可能是通过思辨、而不可能通过实证得到证立，因为它们本就具有如康德所言之“先天综合”属性。以司法独立原则为例，它就不是一个能够通过纯粹实证得出的结论，并且也不可能被实证所完全验证，真正的司法独立原则肯定只能存在于柏拉图所谓的理念世界，因而司法独立原则必定是形上研究的结论(事实正是这样，该原则的产生主要是一种理论产物：其最早可追溯到古罗马波利比阿，系统阐述的则是孟德斯鸠、洛克及杰弗逊等人)。也许正是因为认识到了单纯的实证研究所具有的这个不足，实证法学之始祖孔德才会在提出法科学发展阶段论时特意将形上论(抽象法)阶段作为衔接自然法阶段和实证法阶段的中间

环节。^[11]与如上第一个方面相对的另一面是，其二，实证研究得出的结论不能直接成为法律实践或法学研究中的、体现基本价值的原则或命题。实证研究所得出的结论中尽管可能蕴含着某种普适的价值观，但是，就其本身而言，毕竟不能直接体现出这些价值观，它还必须借助于思辨、综合、抽象，才能被发现。考虑到法学研究的一个重要任务是发现、证立各种普适性的价值、原则或命题，因此，实证研究的这个“不能”就当然可以视为它的一个限度。再者，也是与前两方面相关联的是，实证研究者本身的理论前见往往不能由实证本身来提供，而只能通过思辨或逻辑推演获得^{4 / 4 /}而这则从根本上规定了实证结论的限度。

另外，如若采取一种类似“吹毛求疵”之态度来看待实证研究之结论所具有的限度，那么，除了上述个殊性问题外，应该说还存在一个经验性的问题。在这里，所谓实证研究的经验性，系指由于实证研究总是以已然的、实在的和可经验的对象作为得出结论的前提(这是实证研究的安身立命之所)，因此，其结论也往往具有强烈的经验属性：它往往只能说明、证立已有经验世界中的现象。承认这一点，就意味着第一，由于实证研究之结论必定具有强或然性，而“科学”又总是以追求必然性为圭臬，因此，实证研究结论的经验性属性就实可谓它的一个限度。也许正是基于这种认识，韦伯才会明确地提醒道，“人们习惯于作出各种各样的社会学概括，例如像‘格雷欣定律’这样的‘定律’。事实上，这些定律是有观察所证实的类型或然性。其意思仅仅是指，在某些给定的条件下，将会出现社会行动的可期望道路”。^[12]第二，实证结论具有经验性属性还与法学——门典型的实践理性之学——具有内在的相左。如所知，法学研究的目的之一是为法制实践提供某种“理想图景”，以指明实践的将来面向。然而，实证研究之结论却不具有这样一种功能，它能做的可能仅仅在于总结过去并根据该总结预测未来，这就正如韦伯所言，虽然经验科学可以告诉人们“能够做什么”以及“在特定条件下他想做什么”，但却永远“不能告诉任何人应该做什么”。^[13]申言之，如果仅仅强调法学研究中对实证方法的运用，导致的结果很可能就是我们的理论研究丧失构建“理想图景”的功能；进一步讲，也正是由于“理想图景”的阙如(一定程度上讲也即衡量标准的阙如)，还可能导致理论研究丧失批判现实的功能^{4 / 4 /}而批判的精神、批判的功能又恰恰是学术研究的根本功能。

依然需要明确的是，我们指出实证研究法之结论具有个殊性这个弊端，并不意味着它在法律帝国中的各种先天综合命题之前就完全没有价值，因为我们至少可以用实证结论来验证通过思辨、抽象而得出的普适性结论——这就正如晚年卢埃林所言，“虽然案例本身不是确切理论的替代物，但它却能为作者和读者检验理论”；^[14]同样地，我们说实证研究不具有设定理想图景、不具有批判现实之功能，也并不意味着它在设定理想图景、批判现实的理论研

究中就完全没有价值⁴ / ⁴ / 它至少可以为相关研究提供前提性的材料或命题。

四、余论：实证方法的法学价值

正如前文所一直提示的，本文的研究并不是一种试图否弃将实证法运用于法学研究(尤其是民间法研究)中的前奏，它的所有内涵只是揭示实证方法在法学研究中的限度；如果说它否弃了什么，可能也仅仅是对那种主张用实证方法去完全取代其他研究方法之观点的否弃。换言之，本文亦肯定实证法作为诸多法学研究方法中的一种确有其存在价值。这些价值除上文(第三部分结尾处)中提及的外，还包括如下几个方面：

首先，从学术史的角度讲，法学研究对实证方法的引入“使人对在社会规范化和惩戒过程中的位置有了理解并提请法学家们对活生生的、自发性的或业已经过实践的法予以重视。退一步来看，实证主义唤起了这样一种关注，亦即在制定法律或立法方案的过程中，法的生活之具体环境知识的重要性”。^[15]并且，也正因如此，导生了现实主义法学运动、后现代法学思潮等法学智识流派的勃兴——与此相对的是，实证方法的运用使得传统的法律存在之形式主义理论及法律发生之契约理论等再一次被有力地批驳、乃至动摇。

其次，从实践(包括理论实践和操作实践)价值方面来说，它丰富了人们关于法律渊源、法律实践(如审判)过程的认识角度(当然也就有利于在实际的操作中作出相应的改善)：在引入实证方法前，人们普遍认为法律渊源不外国家立法、自然法(或类似范畴，如普通法的精神)，然而实证方法的引入使得所有其他实际影响法官判决的因素，如社会连带关系、法官个性、道德习惯等都进入到了法律渊源的可能范围之内；同样地，在引入实证方法前，人们普遍地认为法律实践的过程就是一个三段论的过程，然而，通过现实主义法学以及心理学法学^①的实证研究，人们已经清楚地意识到法律实践的过程可能远不是三段论可以概括的：它有时候是一个三段论的过程，但更多的时候它可能是一个直觉以及进一步对直觉进行证明的过程^②。

另外，正如霍布豪斯所曾警示的，社会科学不应沦为这样的一种形上研究，即：它“或者只提出一些只适用于培养狂热者，而极少可能实行的抽象的主张；或者完全抛弃对实际社会的兴趣，一味构筑乌托邦以自娱”^[16]。本文以为，实证方法的引入恰恰为各种片面追求所谓逻辑严整、自洽之形而上学式的法学理论提供了一针有效的解毒剂：它可以不断提醒后者应时时保持一种实践的面向。

① 心理学法学是法社会学的一支，其核心观点可以用如下一句话来概括，“法律现象是由独特的心理过程构成的，而只有通过运用内省的方法才能观察到这种过程”。参见[美]博登海默·法理学：法律哲学与法律方法[M]。(修订本)，邓正来译，北京：中国政法大学出版社2004，150

② 请参考哈特在对现实主义法学理论作出批评后所坦承的如下内容，“在一个特定社会中，法官可能总是首先直观地或‘靠预感地’得出裁决，然后从法律规则汇报中选择一个它们声称与手中的案件相似的规则；继之，它们或许声称这就是他们认为要求他们如此判决的规则”。[英]哈特. 法律的概念[M]. 张文显等译, 北京: 中国大百科全书出版社 1996. 139

参考文献:

- [1] 谢晖. 民间法·民族习惯法主持人手记(八)[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(2)
- [2] [4] [法]涂尔干. 自杀论[M]. 冯韵文译. 北京: 商务印书馆, 1996. 2—4, 139—140
- [3] [德]加达默尔. 哲学解释学[M]. 夏镇平, 宋建平译. 上海: 上海译文出版社, 1994. 10—11
- [5] 邓正来. 社会科学与知识类型——兼评荷曼斯的《社会科学的本质》[J]. 中国书评(香港), 1994(2)
- [6] [美]博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法(修订本)[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 165
- [7] [美]霍贝尔. 原始人的法》(修订译本[M]. 严存生译. 北京: 法律出版社, 2006. 39
- [8] [英]拉德克利夫—布朗. 社会人类学方法[M]. 夏建中译. 北京: 华夏出版社, 2002. 32
- [9] [美]詹姆斯. 实用主义[M]. 陈羽纶等译. 北京: 商务印书馆, 1979. 125
- [10] [美]吉尔兹. 地方性知识: 事实与法律的比较透视[M]. 邓正来译. 梁治平. 法律的文化解释[M]. 北京: 三联书店, 1994. 73—149
- [11] 洪谦主编. 西方现代资产阶级哲学论著选辑[M]. 北京: 商务印书馆, 1964. 25
- [12] [德]韦伯. 社会学基本术语[C]. 韦伯. 社会科学方法论[M]. 杨富斌译. 北京: 华夏出版社, 1999. 52
- [13] [德]韦伯. 社会科学和社会政策中的客观性[C]. 韦伯. 社会科学方法论[M]. 杨富斌译. 北京: 华夏出版社, 1999. 151
- [14] K. N. Llewellyn and E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press, 1941. 40
- [15] [葡]叶士朋. 欧洲法学史导论[M]. 吕平义, 苏健译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 214
- [16] [英]霍布豪斯. 形而上学的国家论[M]. 汪淑钧译北京: 商务印书馆, 1997. 6