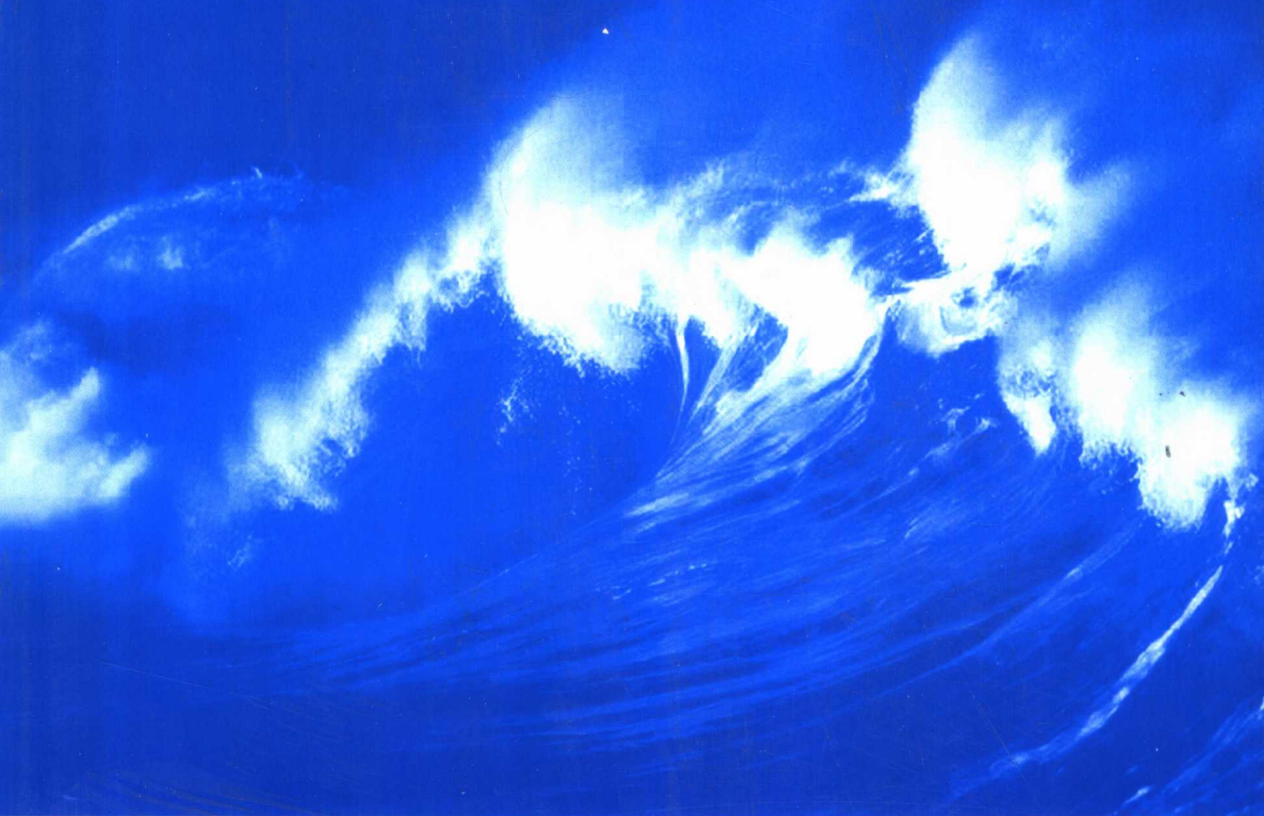


三元法学文丛

汤唯/著

法社会学在中国

——西方文化与本土资源



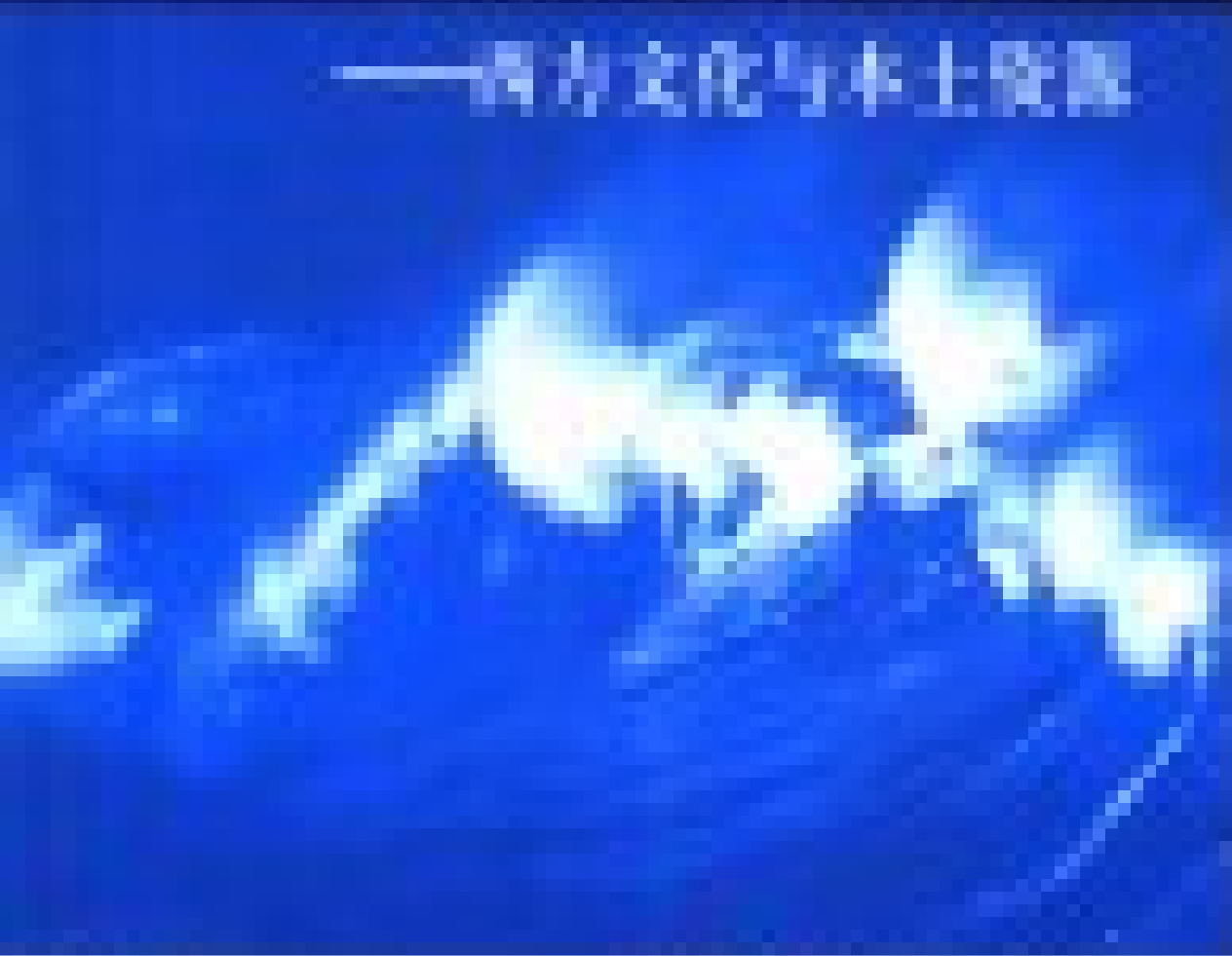
 科学出版社
www.sciencep.com

中国政法大学
政法图书系列

第三卷

法社会学在中国

——西方文化与本土发展



中国政法大学
政法图书系列

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

三元法学文丛

法社会学在中国
——西方文化与本土资源

汤 唯 著

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

本书是从西方与中国、历史与现实、理论与实证对比的角度,分析西方法社会学在中国的传播源流、学术风格、内涵形式、价值功能、特色原理与发展趋向,主旨在于为中国法律文化本土资源的研究提供学理上的深厚积淀,架起一座西方法学通向中国法学、传统法学通向现代法学、理论法学通向社会实践的桥梁。

本书适用作高等院校法学专业本科生的参考用书和研究生“法社会学”的课程教材,同时也适用于法学研究人员、法学教育工作者以及司法工作者参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

法社会学在中国:西方文化与本土资源/汤唯著. —北京:科学出版社, 2007

(三元法学文丛)

ISBN 978-7-03-019794-8

I. 法… II. 汤… III. 法社会学-研究-中国 IV. D90-052

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第132961号

责任编辑:徐 蕊 王剑虹/责任校对:桂伟利

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

陈海印刷有限责任公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2007年10月第一版 开本:B5(720×1000)

2007年10月第一次印刷 印张:20 1/4

印数:1—2 500 字数:380 000

定价:36.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

编委会名单

编委会主任 郭明瑞 房绍坤

组成人员 (按拼音顺序排序)

房绍坤 郭明瑞 胡华强 金福海 潘维大
汤 唯 唐广良 汪建成 杨立新

编委会秘书长 张平华 徐 蕊



丛书序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟大校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟大为地方出资，北大、清华援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始建于1984年的烟大法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟大法学的风雨历程，分享着烟大法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，藉此公告世人、报恩于世人？

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求指标，坚持宁缺毋滥的原则；我们期望烟大法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟大法学院的校友等）能在这一舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地在舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

“广”。内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上全面而内容丰富的学术大餐；

“精”。内容“广”而不乏“精”，内容详实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点、争点，排疑解难；

“时”。内容博、深而具前沿性、前瞻性，以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术讯息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛，在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，将不胜感激！

郭明瑞

2007年8月26日

前 言

法学发展的一个重要趋势或潮流，就是形成主流意识，引导学术方向。就此而言，中国需要一批法学家提供法学原理，显示学术气魄，完成制度改革，健全法制社会。而当代中国，虽然难以说形成了独立的法学派别，但20世纪80年代以来的法学事业得到了迅猛发展，这种发展无疑是养成中国法学思潮的前奏。因此，比较前辈的学者，新一代的中国法学家有着自己的气度和收获。其中之一，即在法学研究中将西方文化与本土资源联系起来，形成了法哲学研究领域的重大突破。

(一)

在当代，三大主流法学派别各执一端，分别阐述法的一个侧面，即法的价值（自然法学派）、形式（实证主义法学派）和现象（法社会学派）。其中，法社会学是现代西方法学思潮中占主导地位的学术派别，它的特征在于强调法的社会资源、社会目的、社会功能、社会控制和社会效果，使法学研究渗透于社会的实际法律之中。

但在中国，是否也形成了法社会学流派？怎样评价法社会学在中国的定位？一些当代中国法学家们的思想究竟归属于何种法学派别？中国法学研究的潮流与趋向是什么？这些命题在中国尚属空白，而“使空白的领域不再空白”正是现代法学家的时代使命。本书，旨在通过纵横相交的探索研究，充分展示现代西方法社会学对中国本土文化的影响，以及这种影响的中国特色。在笔者看来，现代法学思潮既是一种理性，也是一种经验；既是西方法学追逐的学术理念，也是中国本土吸纳的思想意识；法学家既要对其然的西方法学原理进行反思；也要对相应的中国法学动态进行预测；既要将其西方法学作为反光镜和回音壁，让当代的法学家都保持清醒，也要对各国法学发展规律及其互动关系进行考察，在价值层面上为现代中国法治建设提供宏观导向。在此方面，法社会学研究激发着我们的想象力、洞察力和学术的扩张力，而这些“力量”正是中国法学生生不息进化发展的源泉与希望。

应该说，法社会学是西方法学流派中独树一帜、独占鳌头的流派，于20世纪初传入中国后，对中国法学思潮的形成有重大影响。因此，从西方与中国、历史与现实、理论与实证对比的角度，分析法社会学在中国本土的传播源流、学术

风格、特色原理与发展趋向，具有重要的理论价值和学术意义。特别是进入 20 世纪以来，在社会实践和法学兴盛的时代潮流推动下，法社会学在中国成长起来，堪称“南京国民政府”时期的一股强大思潮。而 80 年代后，以朱苏力为代表的一批学者，从对西方法社会学流派的洞察之中，架起了一座西方法学通向中国法学、传统法学通向现代法学、理论法学通向社会实践的桥梁。这种思潮，以“活法”、“民间法”、“自发秩序”、“社会规则”、“社会控制”等观念为核心，影响着现代法理学、法哲学、法史学研究，成为观察中国法学发展脉络的一条路径。

值得指出，凡法学流派或法学思潮，在一定历史阶段对于一个国家的法治建设，体现着极其强烈的启蒙性、传播性、诱导性、创新性与实践性等诸多功能，是学界应当也必须予以关注的学术资源。尤其法社会学思想，随着人们对法学领域的政治化、行政化、人治化、机械化思潮的反思和批判，越来越多地纳入了法学家和法律人的研究视野，更成为当代解决中国法治问题的“工具箱”里的诸多“工具”之一。

据此，笔者在研究中，将对法社会学派的研究作为自己的一个重要研究方向，并由此申报了 2006 年国家社会科学基金课题“当代中国法律文化本土资源的法理研究”。该课题拟出版两本专著，其一即为《法社会学在中国——西方文化与本土资源》，主旨在于从西方法社会学原理出发，揭示法社会学思想在中国流传的社会意义、内涵形式、价值功能，为中国法律文化本土资源的研究提供学理上的深厚积淀；其二则为《当代中国法律文化本土资源的追索与评析》，主旨是从思想建设、制度建设两条路径，对中国当代的、独有的、与社会自恰的法律文化资源进行法理学的求证与分析。

(二)

在当代，中国虽未形成法学流派，但中国的法学研究应该有我们自己的学术目标、学术范畴、学术内涵与学术特色。而法社会学这种取之于西方的学术原理也应该在中国有传播的历史、扎根的土壤、研究的范畴和创新的思维。为此，“立足于中国的法学研究”是中国学人的独特视角。本书的主旨，就在于梳理自中华民国以来法社会学“洋为中用”的里程和规律，并使这种梳理具有一种独特的、立体的、比较的、新颖的、填补学术空白的属性和特征。

从研究范畴看，法学论题的研究，可在宏观上分两大类：一类是制度学研究；另一类是思想观研究。以往的学术选题偏于论证法制问题而非法学问题，本书则将法学流派的研究作为出发点与目的地。而学术流派的构成有众多的代表人物和复杂的思想脉络，使研究本身带有庞大的值得探究的学术空间。

从研究视野看，法学论题的研究，又可分为横向研究与纵向研究两大类。以往的学术研究选题偏于对历史上法社会学原理进行引进与传播，偏于翻译介绍西方法社会学派的观点，而本书则侧重“法社会学在中国”的形成发展与特色，尤其涉及对当代一些中国法学家的法社会学思想的评述。因此，本研究具有跨国、跨年代、跨学科的纵横比较性质，可以展示法学研究纵观历史、横看世界的宏观视野。

从研究方法看，法学论题的研究，可以借助哲学、经济学、社会学、实证主义各种方法论。但以往中国问题的法学研究，或以理想主义、教条主义的纯哲理思辨为基础，或受实证主义、经验主义的纯逻辑思维的束缚，缺乏对法社会学思想的系统概括、整合运用，使中国的法社会学研究还停留在对西方学术的枝节掌握状态之中。如何将西方的原理化作有中国本土特色的学术见地，是我们应该承担的学术使命。

(三)

在当代，法学研究不仅实现了量的突破，而且实现了质的更新。其转变尤其表现为几大方面：一是中国的法学研究从亦步亦趋、模仿他人，开始走向独立思考、筛选移植；二是中国的法学研究从隶属政治、排斥自我，开始走向拓展领域、张显个性；三是中国的法学研究从沉醉传统、封闭国门，开始走向内外兼修、资源共享；四是中国的法学研究从批评否定、怀疑一切，开始走向精神启迪、体制创新。这几大趋势，无疑为本书提供了新的研究视野，这就是“纵横比较”、“聚焦当代”、“突出改革”、“关注共性”。据此，本书在结构上分为四编，共13章。

第一编，原汁主义，即西方法社会学的历史源流与思想特征，主要介绍西方法社会学的学术大师、学术作品和学术思想，意在为中国法社会学研究提供理论诱导。这一部分研究又包括两大论题：一是揭示西方法社会学派的形成发展过程，将西方法社会学分为孕育、初创、发展、成熟四个时期，其中介绍了西方法社会学主要代表人物的观点和贡献。二是概述西方法社会学的基本原理，包括法社会学的法概念、法关系、法功能、法价值以及法学研究方法论。

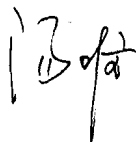
第二编，西学东进，即法社会学在中国的传播影响与演化历程，旨在纵向勾画法社会学在中国传播发展的历史脉络，洞察法社会学在中国流行的时代背景和时代特征。其中，将法社会学在中国的传播划分为三大时期：一是奠基时期，主要是中华民国时期，当时的法学家掀起了第一次研究西方法社会学的热潮；二是中断时期，主要为20世纪50~80年代，是西方法社会学被批判、马克思主义社会学占据意识形态主导地位的时段；三是发展时期，主要是20世纪80年代以

来，法社会学研究在中国东山再起，形成热势。

第三编，中国问题，即中国法社会学的特色论题与特色原理，重点归述我国法学家运用法社会学原理和法社会学方法研究“中国问题”的各种观点，对在中国传播和成长的法社会学思潮进行立体分析和宏观透视。尤其通过总结中国目前所涉及的法社会学主要研究领域，论辩“中国特色”的法学热点、焦点、难点命题。主要包括法哲学的五大理论领域，即中国的法哲学基本问题；中国的习惯法与民间法问题；中国的法律文化与法治建构问题；中国的市民社会与政治国家问题；中国的法律运行与部门法改革问题。

第四编，说长论短，即对法社会学原理的基本定位与基本评价。这一论题，是笔者对法社会学思想的总体评判，试图从优势、缺陷、趋向三大方面分析法社会学原理的利弊与前景，从而提出创建中国法学流派主客观条件的指标体系，对中国法学流派的未来成长寄予期望。虽然，这类探索不过是“微人轻言”，但对于中国法学研究与法学流派的养成具有一定的参阅价值。

总之，当代法学研究的中心问题，不在于法律规则和法律制度本身，而在于将法学理论运用于社会实践的过程。因此，《法社会学在中国——西方文化与本土资源》一书，旨在向传统的概念法学、哲理法学、注释法学、实证法学发出挑战，将西方文化与本土资源高度结合，为当代纷繁速变的中国社会提供法律的控制目标和手段、法律的运作机制和原理、法律的改革方案和实效。



2007年6月18日

目 录

丛书序
前言

第一编 原汁主义：西方法社会学的历史源流与思想特征

第一章 大师建大桥——西方法社会学的纵向脉络·····	3
一、西方法社会学之孕育（19 世纪末）·····	4
二、西方法社会学之形成（19 世纪末~20 世纪 30 年代）·····	9
三、西方法社会学之异端（20 世纪 30~60 年代）·····	13
四、西方法社会学之成熟（20 世纪 60 年代以后）·····	15
第二章 大桥通大路——西方法社会学的基本内涵·····	21
一、与众不同：法社会学的研究对象·····	21
二、法的概念：非国家法、习惯法、活法·····	23
三、结构主义：法社会学的理论基石·····	29
四、法的作用：法律的功能主义学说·····	35
五、纵横视野：法社会学的价值观念·····	40
六、取各家之长：多元综合的方法论·····	44

第二编 西学东进：法社会学在中国的传播影响与演化历程

第三章 迈步从头越——奠基时期的法社会学（20 世纪初~40 年代末）·····	51
一、阅史数家珍：中华民国时期法社会学研究之状况·····	51
二、点滴汇河流：中华民国时期法社会学研究的成果·····	55
三、睁眼看世界：中华民国时期法社会学研究的内容·····	62
四、评说任心智：中华民国时期法社会学研究的特色·····	71
第四章 断流实可惜——中断时期的法社会学（20 世纪 50~80 年代）·····	78
一、意识形态：中断时期的法学指导思想·····	78
二、时代命运：中断时期的法制社会实践·····	89
第五章 吾人当自行——发展时期的法社会学（20 世纪 80 年代至现在）·····	96
一、近点观察：当代法社会学专题研讨之风再度兴起·····	96
二、人杰地灵：当代法社会学研究中的法学大家·····	103
三、思想空间：当代法社会学论著所涉及的主要领域·····	109

第三编 中国问题：中国法社会学的特色论题与特色原理

第六章 也论主义——中国的法哲学基本问题·····	131
一、首要论题：关于法社会学学科地位之承认·····	131
二、观点罗列：关于法律概念的法社会学原理·····	136
三、深层分析：关于法律价值的法社会学原理·····	140
四、简单构造：关于法律功能的法社会学原理·····	148
第七章 半壁江山——中国的习惯法与民间法问题·····	154
一、悄然变化：习惯法与民间法的法社会学语境·····	154
二、学理思考：习惯法与民间法的社会性质分析·····	159
三、现代难题：习惯法、民间法与国家法相互关系探讨·····	166
第八章 精彩博弈——中国的法律文化及法治建构问题·····	174
一、扩张主题：通向法律文化研究领域·····	174
二、评价历史：中国传统法律文化透析·····	178
三、现代国情：关于本土化问题的争论·····	185
四、异域文化：法律西方化及其评价·····	192
五、两难选择：中国法制现代化道路·····	197
第九章 热门领域——中国的市民社会与政治国家问题·····	201
一、基本立论：社会关系、社会组织、社会制度·····	201
二、核心话题：政治国家与市民社会关系·····	206
三、社会自治：激发社会自身的活力·····	211
四、公法观念：国家权力的存在必要和社会制约·····	217
第十章 走近现实——中国的法律运行与部门法改革问题·····	223
一、视角转换：从原理研究到应用研究·····	223
二、活法原理：司法中体现的法社会学精神·····	226
三、私法领域：民商法的社会化足迹·····	236
四、朦胧之见：刑法社会学初探·····	244

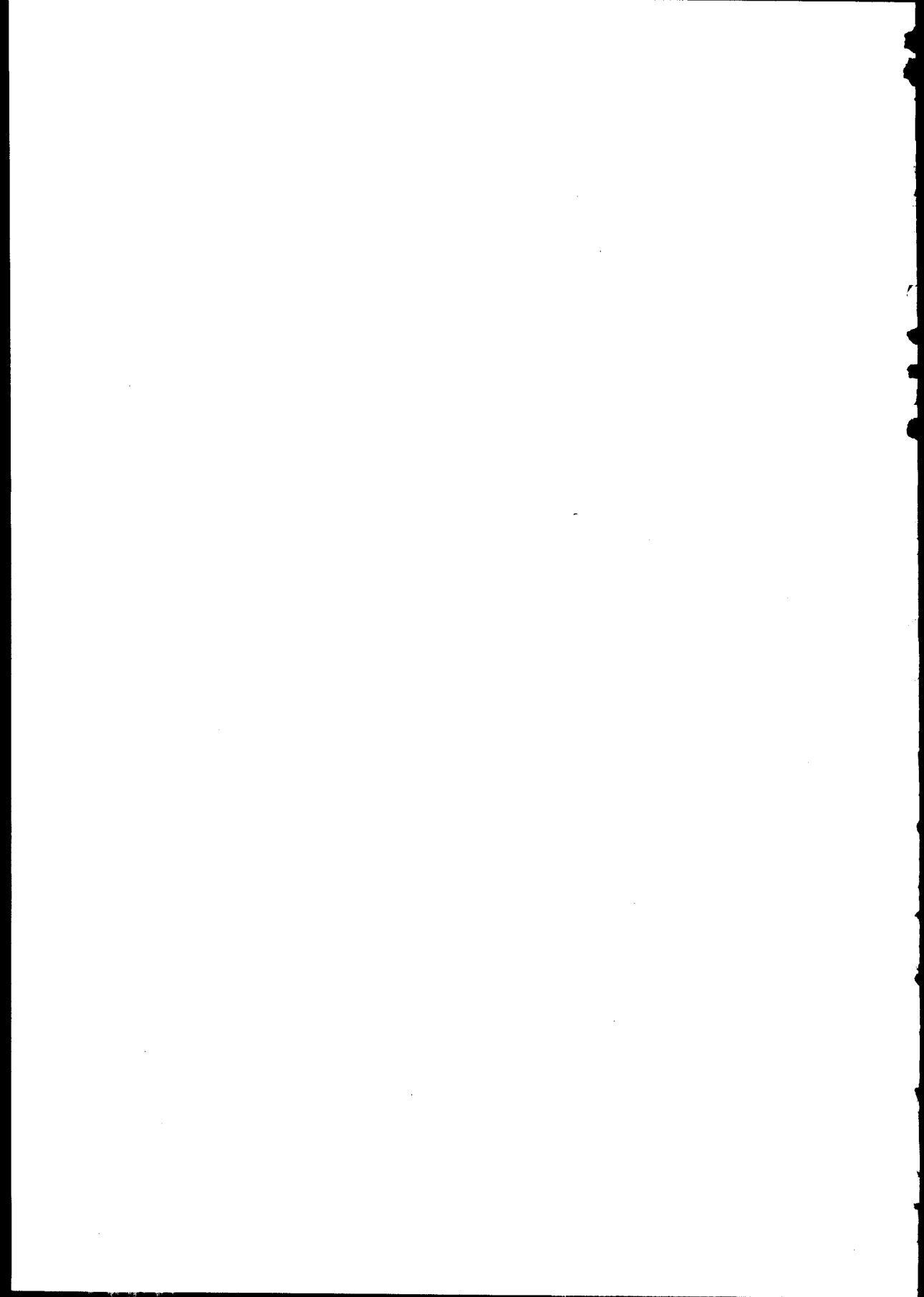
第四编 说长论短：对法社会学原理的基本定位与基本评价

第十一章 路是宽的——法社会学原理的优点与优势·····	253
一、敞开思路：泛泛而论的评价·····	253
二、辨析主流：法社会学学术特点的归纳·····	257
三、横向竞争：法社会学派与其他法学派别的对比·····	261
四、本书立场：客观地看待法社会学·····	265
第十二章 道是窄的——法社会学原理的缺点与不足·····	270

一、对法社会学研究缺陷的质疑·····	270
二、对法社会学法概念和法原理本身的质疑·····	278
第十三章 渴望创新——法学思想的纵横比较与趋向前瞻·····	288
一、倾向透视：中国法学思潮的最初分野和基本属性·····	288
二、殊途同归：法学思潮发展的现代启示和思路调整·····	295
三、微人轻言：笔者眼中的法学派别和法学思潮·····	299
参考文献·····	306
后记·····	309

第一编 原汁主义：西方法社会学的 历史源流与思想特征

法社会学 (sociology of law) 又称法律社会学、社会学法学、社会法律学、社会法理学，是将法律置于社会背景之中，研究法律现象与其他社会现象相互关系的一门学科，是由法学与社会学相结合而产生的一种学术派别。一方面，它以人类社会中的法律现象为研究对象，因此可以被划分到法学研究范畴；另一方面，它又在研究法律现象时结合了社会学原理，使用了社会学方法，因此被认为是社会学的一个分支。所以，法社会学是一个科际整合、学科交叉的产物。



第一章 大师建大桥——西方法社会学的纵向脉络

同自然法学派与实证法学派相比，社法会学派形成较晚。它起源于19世纪后半期的德国，盛行于20世纪法国、美国、英国等西方各国，是现代西方法学思潮中占主导地位的学派。它用经验方法和社会观察冲击纯粹严格的法条主义，挑战抽象虚幻的自然理念，在西方众多的法学流派中，独树一帜，自领风骚，形成气候。

从研究对象看，作为法学的一个分支，法社会学是把法律制度、法律规则、法律行为和法律程序作为构成社会整体中的某些要素来对待，研究法律在特定社会中的功能、影响和效果的一门学科。英国社会学家米切尔（G. D. Mitchell）概括说：“法社会学是按照社会学概念对法律制度进行研究，社会规范是社会学研究的中心。因此，对法典的社会学分析是一项传统的事务。对犯罪、律师、法官、陪审员等社会角色及其与总的社会结构联系的分析，是法社会学的重要方面。”^①

从基本分类看，法社会学派可分为狭义与广义两种理解。前者一般指美国庞德为代表的社会学法学，后者则包括法国狄骥等的社会连带主义法学、美国弗兰克等的现实主义法学和在法、德等国流行一时的利益法学、自由法学等。本书的研究持广义理解。

从学术渊源看，法社会学有两大分支：一是来自哲学的一翼，以哲学思想为原动力，结果使法哲学复兴，侧重剖析法律与社会的理论关联性，而产生一种“社会哲学的法律学”，二是来自社会学的一翼，即以社会学为原动力，将法学作为社会学的组成部分而对法律制度进行研究，属于应用科学一个分支，称为“社会学的法律学”。

从代表人物看，西方法社会学思想是由许多学术大师们缔造出来的理论体系。孔德、斯宾塞、耶林、贡普洛维奇、契克、狄骥、杜尔凯姆、埃利希、韦伯、庞德、坎特罗维奇、霍姆斯、弗兰克、卡多佐、卢埃林、塞尔茨尼克、诺内特、卢曼、弗里德曼、科特威尔等，为法社会学的主要代表人物。

从演化历程看，一般认为法社会学经历了四个时期的发展。它开端于孔德的实证哲学，度过了实证哲学的倾向、生物学的倾向、心理学的倾向，进而融合为一种综合的、统一的倾向。又从产生之日起，经历了孕育时期、形成时期、变更

^① 米切尔：《新社会科学词典》，蔡振扬等译，上海译文出版社，1987年，第213页。