

上海大学出版社

法律

F

SHEHUIHEXIE
YU FAZHAN CONGSHU

社会学理论与应用

CONGSHU

FALÜ

SHEHUIXUE LILUN YU YINGYONG

李瑜青等◎著

■ 社会和谐与发展丛书

■ SHANGHAI DAXUE CHUBANSHE



社会
和谐
与
发展
丛
书

法律

社会学理论与应用

◎ 李瑜青 主编

SHHX YFZCS
社会和谐与发展丛书
SHHX YFZCS
社会和谐与发展丛书
SHHX YFZCS
社会和谐与发展丛书
SHHX YFZCS
社会和谐与发展丛书
SHHX YFZCS
社会和谐与发展丛书

上海大学出版社

SHANGHAI DAXUE CHUBANSHE

图书在版编目(CIP)数据

法律社会学理论与应用/李瑜青等著. —上海:上海大学出版社, 2007. 3

ISBN 978-7-81118-010-7

I. 法... II. 李... III. 社会法学 IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 039587 号

责任编辑:欧阳华

封面设计:王春杰

技术编辑:金 鑫

社会和谐与发展丛书

法律社会学理论与应用

李瑜青◎等著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码:200444)

<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110

出版人:姚铁军

*

上海锦佳装璜印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本:787×960 印张:23.5 字数:409 千

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81118-010-7/C·059

定价:39.00 元

社会和谐与发展丛书编委会



主 编：邓伟志

沈关宝

副主编：胡申生

仇立平

张钟汝

总 序

于光远

欣闻上海大学社会学系的同仁们新近编辑出版了一套“社会和谐与发展丛书”，我谨向他们表达诚挚的祝福。众所周知，世纪之交，中国社会的多元化发展，引发了各种新的研究热点，社会学的分支学科也层出不穷，社会学进入了繁荣发展的新阶段。相对于改革初期社会变迁集中在农村而言，进入 21 世纪以后，在经济全球化的背景下，新一轮的所有制改革所导致的结构性变迁，更多地是在城市的领域中演化的。城市社会的和谐发展能够成为热门研究，确实是形势所致，水到渠成。

上海大学社会学系地处中国最大的现代化都市上海，周边的长三角地区又是中国城市化水平最高、城市建设最先进的地区之一，这为他们研究城市与农村社会的和谐发展，赋予了天时地利的优势。该系的历史最早可以追溯到上世纪的 80 年代。那时，中国社会学的教学与研究刚刚得以恢复和重建，上海大学文学院的前身——复旦大学分校，便首先开设了社会学系。20 多年来，经过不断地努力和探索，该系在发展上具备了“规模效应”，“系”、“研究所”、“学术杂志”、“硕士生、博士生与博士后流动站等结合成一体”，培养了众多的社会学研究和应用型与理论型人才，逐步确立了其在学校文科建设中的重要地位。与此同时，本着“社会学的研究必须从现实生活出发”的原则，该系的教师和研究人员承担了一批国家和上海地区的重点研究课题，为国家和上海及周边地区的社会经济和谐发展出谋划策。他们的研究成果受到了国内社会学界和相关政府部门的关注。可以说，这套丛书很大程度上是这些研究成果的结晶，对于社会学分支学科的建设以及中国社会的健康而和谐地发展都具有良好的借鉴作用。

早在 2000 年，上海大学社会学系就在邓伟志、沈关宝两位教授的主持下，编著出版了“社会学与社会发展丛书”。当时这套丛书是被列为国家“十五”期间（2000—2005）重点图书出版规划的，丛书出版以后，受到社会学界和广

大读者的欢迎。应该说丛书也填补了国内某些社会学分支学科在专著和教材出版方面的空白,摒弃了其中一些脱离时代的陈旧内容,收到了良好的社会和经济效果。时隔六年,同样是由邓伟志、沈关宝两位教授主编的“社会和谐与发展丛书”又被批准列为“十一五”期间(2006—2010)国家重点图书出版规划,在他们的精心谋划、精心组织下,这套新的丛书很好地继承了原有丛书的体例,既保存了精华,又根据构建社会主义和谐社会的要求和发展目标、面临的形势和任务,予以更新和拓展;既着眼于学术探讨和交流上的价值,又适于社会学研究和教学实践之本色。相信这套丛书的问世,一定会给人以耳目一新之感。

当前,经济的高速发展与社会问题的频生如梦魇般牵绕在中国社会的急剧转型中。显然,单纯的市场化并非能够解决现代社会的所有问题,现代社会的复杂性需要更多的人文科学,特别是社会学的考量,这既是中国社会学界的责任之所在,也为社会学的创新提供了大量的机遇。我真诚地希望上海大学社会学系的同仁们能够延续他们紧密联系社会实际、严谨求新的学术风格,以敏锐的嗅觉、开阔的视野和浓厚的人文关怀不断为中国的社会学发展注入新的活力。

2006年7月21日于北京

目 录

法律社会学应用研究专题

第一章 当代中国法治路径的考察

——从一个乡村基层法官的判理说起

1

一、案件发生与法官的判理

1

二、法院功能与法官角色

4

三、国家法与乡土正义

7

四、一个可能的结论

10

第二章 论情理在司法审判中的功能以及 包含情理要素的司法程序建设

——一个以人情、面子和关系三大情理要素为
视角的论证

14

一、情理——司法审判中值得关注的现象

14

二、情理要素:人情的分析

16

三、情理要素:面子的分析

17

四、情理要素:关系的分析

19

五、自然情理和异化情理

21

六、自然情理的功能分析

22

七、程序与自然情理的张扬

26

第三章 法律场域行动逻辑:审判的平衡术 30

一、问题的提出

30

二、法律场域的平衡力学	32
三、法律场域的平衡技术	35
四、审判平衡术的逻辑	42
第四章 “嵌入性”与人民陪审员制度的运作	47
一、研究的缘起	47
二、“嵌入性”:制度与社会结构关系的分析框架	49
三、在相斥中生存的陪审员制度	50
四、变通与适应	58
第五章 信访维权的行动逻辑	59
一、问题的提出	59
二、一个信访案例的多元观察视角	61
三、案例的背后——法律制度下的行动逻辑	64
四、结语:信访制度的重新认识	68
第六章 当代中国公司监事会制度的结构与功能分析	71
一、问题的提出	71
二、当代中国公司监事会监督制度的结构	77
三、当代中国公司监事会制度的功能表现	79
四、当代中国公司监事会制度的功能不足与功能实现	82
法律社会学基础理论思考	
第七章 法律社会学理论视角考察	89
一、华南一民间收债的个案讨论	89

二、从历史的意义来认识梁祝悲剧的个案讨论	91
三、法律社会学对法学研究对象的思考	93
四、法律多元主义问题	95
五、法学研究的学术指向	96

第八章 西方法律社会学的历史发展与代表人物的主要观点分析 98

一、西方法律社会学历史发展概况	98
二、埃利希、坎特诺维奇的法律社会学理论	101
三、杜尔克姆的法律社会学思想	102
四、庞德的法律社会学思想	105
五、马克斯·韦伯法律社会学思想	107

第九章 法学研究传统方法与法律社会学方法 109

一、法学研究的传统方法	109
二、法律社会学方法系统	111
三、法律社会学方法论和基本方法应用分析	112

法律与社会基础探讨

第十章 习俗与法 115

一、对法的一种新视野	115
二、法律发展进程中的法与习俗/习惯	120

第十一章 道德与法 130

一、传统道德的现代冲突	130
二、道德发展所体现的新精神	137
三、集体主义道德品质在新时期的表现方式	142

四、依法治国与以德治国	146
-------------	-----

第十二章 文化与法 150

一、文化力与法律文化人格	150
二、对文化的辩证视野	151
三、中国传统内在文化分析	153
四、文化理念的现代冲突	155

第十三章 法与社会心理 160

一、社会心理与法学研究的视角	160
二、法律社会心理演变的历史考察	162
三、现阶段法律社会心理特点分析	165

法律与社会发展的动态视角

第十四章 社会变迁与法 167

一、社会变迁要论	167
二、社会变迁与法的关系	172
三、转型期的中国社会与法律的发展	178
四、全球化进程与中国法律发展趋势	182

第十五章 传统与法 191

一、我国法制现代化的过程中对传统法文化的评价	191
二、我国传统法文化的主要内容及分析	193

第十六章 社会分层与法 207

一、社会分层:如何判断我们在社会中的位置?	208
-----------------------	-----

二、法律秩序与社会分层	210
三、法律实践与社会分层	218

第十七章 法律整合功能的社会学分析 225

一、法律整合及其功能的含义	225
二、法律整合功能的基本形式	228
三、法律整合功能的主要表现	230
四、法律整合功能的实现	234

法律职业角色研究

第十八章 法官角色与社会学分析 237

一、角色分析方法与法官角色研究的方法	237
二、法官的应然角色与实然角色	242
三、现阶段中国法官的角色冲突分析	247
四、法官角色与法官的职业化	254

第十九章 检察官的作用 259

一、检察官的角色定位和职业特点	259
二、检察官的职权配置	263
三、检察官的任职条件和保障	266

第二十章 诉讼使命与律师的职业角色 271

一、法治社会催生律师	271
二、律师职业和律师身份	277
三、律师职业的社会功能	280
四、律师职业的角色本质	283
五、律师职业角色面对的问题	285

附 录

第二十一章 契约观念的发展与法的建设 290

一、市场关系对契约关系的客观要求	291
二、契约关系与政府管理	295
三、契约关系与自由选择	300
四、契约观点发展的历史考察	308
五、契约观念对法治建设的意义	321

第二十二章 市民社会的理念与法制观念的现代转换 329

一、市民社会理念的释义	329
二、社会自主性发展的逻辑确证	331
三、社会自主性的现时态表现	333
四、社会自主性发展中传统文化因素的作用	337
五、社会自主性与法制观念变化	339

第二十三章 依法治国的方略与法律社会学的使命 343

一、中国改革开放的历史主题	343
二、中国走上法治之路的必然性分析	346
三、当前中国法治建设面临的主要任务	350
四、法律社会学的历史使命	352

参考文献 357

后 记 360

第一章

当代中国法治

路径的考察

——从一个乡村基层法官的判理说起

乡村基层法院法官的判理,对我们思考当代中国法治的路径具有重要意义。这种判理虽是个别化的,但深得民心,说明它包含了具有普遍性的内容。对一个国家法治路径的把握,与其说是概念化的,不如说应当是经验性的,法律所追求的是它在一定社会生活中的有效控制。法官审理案件的判理是审理案件过程中作出判决、裁定、决定的内在依据。这种内在的依据不仅能够切实地反映出我国乡村基层的司法状况,而且还能够展示出乡村基层法官其所思所想的特点。

一、案件发生与法官的判理

我们选取的案件并非法院受理的典型诉讼,而仅仅是非诉中简单的强制执行申请,但它足以展示乡村基层法官司法实践的全部,为我们考察国家法与乡土正义的实践奠定了基础。

(一) 案件的发生

本文沿引的案例是发生在2006年1月江西A县的D村。D村位于A县较为偏远的地方,距离县城大约一个多小时的车程,这对一个小县城来说是比较远的。该村现有52户人家,主要由肖姓、罗姓和李姓三个姓的村民构成,其中肖姓有35户,罗姓有15户,李姓有2户。新世纪以来,农村兴起一股修建祠堂风潮,在A县里,各个乡村姓氏比较单一,几乎村村都有自己的祠堂,D村也不例外。但由于该村祠堂因老旧而倒塌,因此,村民提出要重新修建。而纠纷就是在重新修建祠堂的背景下发生的。

在建新祠堂前,三姓村民共用一个祠堂。但重建时肖姓提出自己本姓人

单独集资建立一个祠堂,而拒绝罗姓和李姓入伙共同集资修建,同时也拒绝罗姓和李姓的人以后到他们的祠堂里祭祀。肖姓的祠堂在2005年9月动工,10月完工。在此种情况下,罗姓15户人家也只好集资单独修建,为此他们购买了所有的建筑材料,也准备开始了本姓祠堂的修建。而李姓两户人家由于户头少,无足够的钱单独建立本姓的祠堂,故要求集资入股肖姓的祠堂,以获得逢年过节可以在祠堂进行祭祀的权利,但一直遭到拒绝。在这种情况下,李姓两户人家以村里修建祠堂没有经审批为由,于2005年11月向县里土地管理局上访举报,并要求拆除违章建筑。土地管理局受理后对该村修建祠堂的案情展开调查,核实其祠堂确实属于没有经过土地审批的违章建筑,以此为依据,土地管理局做限期拆除违章建筑的决定,同时向法院行政庭申请强制执行。

法院受理后,行政庭对土地管理局强制执行的申请进行合法性审查,在证实D村祠堂修建确属违章建筑后,法院并没有简单地裁定强制拆除,也没有裁定不拆除,而是详细地分析了案件的利害关系所在,以此为基础形成了一个初步处理意见。其一,到D村给乡民做工作,尽量促成肖姓、罗姓和李姓共建一个祠堂;其二,给土地管理局做工作,促成其撤销强制执行申请;其三,建议土地管理局补批土地使用证,但要求村民的祠堂更名为文化会堂或其他名称。为此,法院由分管院长、行政庭庭长和几名法官会同土地管理局有关人员下乡到D村里招集村委会成员做工作,力陈单独建祠堂与合建的利弊关系。即如果单独建祠堂可能引起村里各种矛盾及不利后果,在法律上不仅得不到土地管理局的支持,无法获得土地使用权,而且也得不到法院的支持。但如果合建就能够得到各方的支持。经过法官的谈判,基本按照法院的设想达成了意见,但没有形成书面文件,但是当结果在村里公布时招到村民的反对,第一次谈判就宣告失败。但法院并没有放弃,过了一个星期等民情缓和下来后法官再次会同土地管理局进行第二次谈判。这次谈判地点选在D村所在的乡镇府,由乡长组织村民各姓代表和村长参加。经过一天的努力各方终于按照法院的意向达成了一致意见,并形成了一个书面的文件。这一案件,最终以土地管理局撤销强制拆除违章建筑申请,村民合建文化会堂结案。

(二) 法官的判理

可以说这一案例并非法院典型的司法判决,也没有经过法庭审理。而是案情比较简单,程序也不复杂,仅仅是行政机关申请法院的强制执行。按照现代法律的要求,法官作为中立的裁判者,在这个案子中它的义务就在于审查土地管理局强制执行的申请是否符合法律规定,如果证据充分又合乎法

律,就应在法定的期限内做出强制拆除的裁定,并对非法建筑进行强制拆除。如果强制执行的申请不符合法定条件就驳回申请。而在本案中法官并没有局限于法律的要求,而是甚至超越法律赋予的权限,不辞辛劳地奔走于D村的村民和土地管理局之间,努力协调村民之间及村民与土地管理局之间的分歧和矛盾。法官的这种努力似乎与法治社会对法官的要求相违背,与现代法律处理案件的要求相违背。但在基层法院,尤其是乡村基层法院不仅视为正常,而且还非常普遍。

在我们的访谈中了解到,在乡村基层法官看来,他们首要的目标就是化解纠纷与矛盾,而非一个简单的裁判者。在这个案例中,问题的实质并不在于是否强制拆除违法,法官考虑问题的中心在于如果裁定拆除会有什么后果,不拆除又会有什么后果。在拆与不拆的利害关系之间权衡利弊后作出处理决定。很显然,法官也看到了D村修建祠堂的非法性,但他们并没有局限于法律的认定,他们还看到在法律之外的社会。其一,李姓村民举报的目的并非要拆除祠堂,而是想共同集资修建祠堂。在这一意义上讲,拆除祠堂也没有能够解决纠纷,而是加深了D村三姓之间的矛盾,而且处理不好这种矛盾有可能会发生激化;其二,全县几乎每个村庄都有自己的祠堂,而且都没有经过土地局的审批。如果该村的祠堂被拆除了,他们同样会举报其他村庄,如果全县的祠堂都必须强制拆除,可能的后果就很难预料;其三,最为根本的是祠堂是村民信仰表达和公共活动的重要场所,拆除祠堂可能触犯众怒,引起群众的不满与抵触,不仅不能化解纠纷解决矛盾,反而会激化政府与村民之间矛盾。这种现实社会环境是法官不得不考虑的。在这里法官的判理是,法律在他们看来首先是解决纠纷,化解矛盾,维护社会稳定,在此基础上才能谈法律的正义和法治的实现。

从法官的办案策略来说,他们一方面要说服土地管理局撤销其强制执行的申请,另一方面要使D村各姓村民接受他们的建议,即在合理合法的基础上建祠堂。对土地管理局来说,法官建议土地管理局给D村祠堂的修建颁发土地使用权证,使违章建筑合法化,但可以就D村祠堂的修建行为处以一定的罚款,以示法律的严肃性和权威性。如果土地管理局没有采纳法官的意见,拒绝补办的话,法官就通过法定的程序驳回土地管理局强制拆除祠堂的申请。而对D村村民来说,法官力主D村三姓共同筹建祠堂,把祠堂名称改为文化大会堂或其他名称,这是补办土地使用证使祠堂修建合法化并受法律保护的前提。在这里,法官的判理是土地管理局补办土地使用权证最大的障碍是对修建祠堂的法律理解,因为在现有立法中祠堂一直是视为封建迷信的

SHEHUI HEXIE YU FAZHAN CONGSHU

场所而被法律禁止修建,当然也不能在颁发或补办土地使用证的范围之内。但随着改革开放的深入和文化多元化局面的形成,现代社会对祠堂有了更加宽容的理解,而不能局限于早期的立法对祠堂一概禁止。就也是现在几乎各村都有祠堂而又能够相安无事的根本原因。但就本案来说,祠堂的修建要获得法律合法性还得做技术上的处理,即把祠堂名称改为文化大会堂等中性词语。这样既解决了法律上的障碍,又能很好的把纠纷化解于无形之中。法官既做到了依法办事,又没有与传统的乡间民俗相冲突,并使现代的法律能够很好地与社会相结合。

二、法院功能与法官角色

通过此案的分析及其对法官乡村基层法官办案过程的展示,我们发现法官案件办理中似乎并没有沿着现代法治司法独立的要求进行,也没有恪守中立原则。而是积极主动地介入于与案子相关的各方当事人关系中,调解并处理好各方的关系。法院和法官在案件纠纷解决过程中充当了一个与我们目前构建的现代法治对他们定位不一致的角色。这种角色用吴方言话话说叫做老娘舅。法院这个角色的取得当然与其在当代中国的社会功能有关。

(一) 法院在现代社会中的功能

棚濑孝雄认为审判制度的首要任务就是纠纷的解决。^①而在我国法院则是审判制度的组织载体。从法治的意义上讲,按照法院职能的要求使得作为司法机关的法院与其他机关相比应当是独立的、在当事人之间是中立的,在法律适用上是客观公正的,在法律效力上是最权威的。这种要求是建立在现代市场经济基础上的非人格化的司法体系之上。但法院在我国现代化过程中又承载了多样的功能。具体说来主要包括以下三种:

其一,法院的行政功能。法院的行政功能不仅包括内部行政,而且还包括外部行政。从广义的角度讲,任何组织机构都有自己内部的行政管理职能,法院也不能例外。正是由于法院总要履行与审判相关的一些行政管理职能,因此法院内部的行政管理就有可能与法院的审判工作交叉、混合,有时甚至与司法权的行使发生某种冲突,并在一定程度上影响司法审判权的行使。^②

^① 参见[日]棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

^② 参见苏力著:《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,第63页。

而且在我国司法过程中实际体现的行政化审判制度,即审判制度和行政管理制度混同了,更为重要的是审判制度成了法院行政制度的附属。^①而法院的外部行政功能又使法院承载了许多与其他机关同等的行政功能。法院经常会同其他行政机关联合执法,介入行政事务的管理和执行工作。可以说无论是法院的内部行政还是外部行政的功能都是由于法院在整个制度体系中的地位和作用所决定的。审判委员会与党委会的交叉与重合,法院的财权和人事权为行政机关所掌控一直为司法独立的主张者所诟病,但在我国独特的政治体制下法院的这种结构和功能又具有一定的必然性。

其二,法院的法治化功能。法院的法治功能是我国法院在审判功能之外的又一大功能,这主要是由于我国正由传统社会向现代社会转型。现代化必然要求有一个现代的法治秩序,而作为发展中国家的中国,现代法治构建又主要是通过对西方现代法治的吸收和借鉴来完成的。实现法治不仅需要通过教育等方式完成,它更需要通过法院的司法实践来完成,即通过法院一方和作为当事人的另一方的互动来完成,从而使法律与现代社会融于一体,实现现代法律司法正义的同时实现社会的法治化。因此,法院在具体个案中要及时地宣称法律的合法性,不仅要在解决纠纷的每一个环节和过程中宣称,也要在法律处理结果中宣称,并以此为基础实现现代法律的下乡过程。

其三,法院的社会管理功能。法律是近代社会的主要控制手段,通过对每个人所施加的压力迫使他自己维护文明社会并阻止他从事反社会行为。^②而法院是法律地位平等之主体(包括个人、组织和政府)以法院制度为中介和载体进行利益表达与整合,从而协调关系、和平解决冲突,最终达到治理性整合效果的方式。^③它在社会的管理与控制中承载了重要的使命,但法院的此项功能又是与行政的方式有所不同。不是通过一般的立法,而是通过个案去实现,即通过案件的处理、个案的法律解释去实现。因此在重大问题上,法院考虑的不仅仅是法律问题,而更多的是考虑社会问题。它必须要在社会管理中实现法院维护社会和谐安定的价值。

法院在我国现代社会所具有的多种功能,使得其在处理现实纠纷时经常处于与理想中的法治模式相异的情境。法院在行使审判职能时看到了具体的社会场景,而这些场景又决定了法院在中国当代社会的功能。就本案来

① 参见苏力著:《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,第77页。

② 参见[美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,商务印书馆1984年版,第8—9页。

③ 参见左卫民:《法院制度功能之比较研究》,载《现代法学》2001年第1期,第43页。