

二十一世纪法学热点系列

法律社会学

The Theory and Application

的

学理与运用

S Law of
Sociology

◎ 田成有 / 著

◎ 中国检察出版社

云南省跨世纪学术带头人资金资助

法律社会学的学理与运用

田成有 著

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律社会学的学理与运用/田成有著. —北京: 中国检察出版社, 2002.5

ISBN 7-80086-959-8

I. 法… II. 田… III. 社会法学—研究 IV. D90.052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 024969 号

法律社会学的学理与运用

田成有 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010)68650016(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂印刷

开 本: A5

印 张: 8.125 印张

字 数: 220 千字

版 次: 2002 年 6 月第一版 2002 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80086-959-8/D·959

定 价: 17.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

依中国传统，为人作序本应德高望重者居之。成有君嘱我为其新作《法律社会学的学理与运用》作序，恐怕是出于“选择性的亲近”之缘故吧。虽力有不逮，但为了这份中国式的友情，也只好承命言说。

田君治学，中西汇通，余虽与其求法言道经年，但又岂敢妄言贯此博彼。遥想成有当年，风发意气，论法治学，言传身教，育人、学术两不相误，且著作迭出，不觉间已洋洋洒洒近百万言，知者欣然。

田君成有，出生乡土，不曾想此情节竟与田君学术追求相始相终。朱子曰：“公法行于上，私义申于下。”先从法律，后讲人情习惯，情理兼顾，斟酌尽善，方为圆满。

借用苏力先生的话说：“你我都深深嵌在这个世界之中。”想写的未必写得出，写出的并非一定是想写的，理一分殊，求异趋同，以义达理，以理致道，勿以飞鸟啄腐鼠，不逐功利，方显功力。

学术如要有大成，首在打破偏见。法律社会学自孟德斯鸠以来，在泰西人才辈出，现足以与任何法学派别鼎立。中国社会之精辟分析，本导自吴文藻、费孝通等社会先贤，已蔚然成风；借助此深厚传统，精熟西方法律社会学理论的当代法律学人再从中国乡土起步，他们目光深远，脚踏实地，累积厚重，理论精到；一言以蔽之，法律社会学在当代中国已成显学。

田君身陷边陲，却心系学术，奋笔疾书，激情人生，以一人之力执著梳理西域法律社会学之学理，并竭力为中国法治之实践寻一

条理论进路，凭此两者，可喜可贺。是故，诚以尼采之言说共勉：

In the mountains of truth, you will never climb in vain; either you will get up higher today or you will exercise your strength so as to be able to get up higher tomorrow. (攀真理之巅，将永无止境：或小有新获，或勤学不辍，厚积薄发。)

是为序。

原 江

前 言

法律社会学是西方社会二十世纪以来出现的一种崭新的学术派别，它用社会实证方法和经验观察术冲击纯粹、僵死的法条主义，挑战抽象、虚幻的自然法理念，在西方众多的法学流派中，独树一帜，自领风骚，形成气候。

在我国法学教育的传统理路中，我们基本上是以国家法为核心，以统治阶级意志论为基调认识法律，不仅“法上之法”的自然法理念十分欠缺，而且“法外之法”的活法更是视而不见。面对纷繁复杂的社会和国家法在社会运作中的实际效果，我们“就法论法”、“就事论事”，空间较小，空洞较大。

中国法学的“幼稚”事实，是压在我们每个法律人心中的坟。检讨中国法学的研究，着实充斥着很多“假”、“大”、“空”的话语，显露着过多意识形态的政治情结。我们不能体现出自己强劲的独特品味与自我研究范式，有很多相同或相似的“过失的”、“多余的”货色，正统的、概念化的、模式化的、僵化的、一元化的表达和认识充斥在整个法学界，在陷入各种陈见或偏见的包围中，许多善意的命题经不起推敲，精细的感觉在干巴巴的理论教条压迫下日渐萎缩，说教化的语言在消灭一切差异与矛盾。我们失去了自己独特、新颖的声音，也失去了自己对中国法学的贡献。我们必须寻找突破。

事实上，“有社会皆有其法”，法律除了受国家和政治的影响外，更与社会发生着实实在在的关联与碰撞。法治的源泉和基础不仅在于国家，而且更在于社会，法治的推动者应是公民，而不仅仅是政府，如果没有内生于社会生活的自发秩序作支撑，国家法就有可能缺乏坚实的基础，难以形成合理的、正当的秩序。如果不从社会的角度去反思和推进法律，我们也就无法知晓法律存在的价值和

意义何在。

我国本是一个法治后进型的国家，法治的现代化属于外发型，它起始于以英、法为代表的资本主义列强“船坚炮利”的刺激和对这种刺激、挑战的回应，在“自生自发”的传统资源与“后生外发”的历史境遇发生冲突而又迫切需要形成新的整合秩序的条件下，中国基本上失去了依靠内部因素促成、由内部创新或创造性转化引发法治现代化变迁的背景和条件。像其他处于现代化之中的国家一样，在受到外力的介入和与传统的历史断别之后，我们不得不依靠西方国家的模式来建构自己的政治和法律制度。到目前为止，源于西欧的现代化仍是当今世界上主要的或支配性的现代模式，不论我们情愿与否，当今的现代化，实质是现代西方文明向世界扩散的过程，中国的法治现代化实质上是寻求本土化进入新的文明秩序的一个颤变历程。在这种大气候下，我们以西方法学研究的成果和方法为参照系，反思和推进中国的法律问题，也许是我们寻求突破的一条可取途径。也正是在这种意识的支配影响下，多知道一些西方的法学流派和法律观点，并能“善意地”、“巧妙地”运用到自己的学术实践中，也许是一种“无奈”的可取之法。如胡适所言“一切主义，一切学理都该研究，但是只可以作为一些假设的见解，不可认作天经地义的信条；只可认作参考印证的材料，不可奉为金科玉律的宗教；只可用作启发心思的工具，切不可用作蒙蔽聪明、停止思想的绝对真理”。

你我都深深嵌在这个世界之中，法学研究本来就应当对中国本土社会和民众鲜活的生活予以同情、理解和关注，如果我们只一个劲地盯着和编织书本上“美丽的谎言”，我们有可能被一些似是而非的概念和言词所遮蔽，我们有可能陷入主观建构的宏大叙事中而无法自拔，不知不觉中，我们会形成一种不愿面对现实，脱离于社会的“假、大、空”的风气，我们存在于社会的灵气和贡献也将日趋萎缩和减少。

必须承认，我们并没有真正读懂现实而复杂的社会，对中国社会现实问题的研究与其他“虚假”的学术繁荣与“无用”的争论相

比，法学界缺席很多，中国社会每天正在发生和演绎的“事件”总让我们这些久坐书斋的“饱学之士”始料不及。在现代化、后现代化喧嚣不断的弥漫氛围中，在知识分子急于把中国推入现代化的努力中，我们更多地是忙于“制造观念”和“学术复制”；我们往往把“形式制度”与“现代术语”视为生活本身，或者说，往往更多地是学会了从书本的“逻辑的事物”出发，而不是从现实的“事物的逻辑”出发，结果我们在把高、精、尖的理论 and 非常深刻、晦涩的“外来术语”对照和搬移到现实的社会中“对号入座”时，书本上纯粹的概念和沉睡的语言，在中国社会很难找到它的所指所依，它们只是漂浮在知识分子表层思维与语言中的浮萍，我们实在没有作出什么可令人骄傲的贡献与作为。面对丰富的现实和具体的社会生活，我们的理论似乎多少有些黯然失色、无病呻吟。

中国法学走到了它应该突破的时候了。我们应当多思考一些属于中国的、社会的、百姓的问题，找到自己的学术定位和研究价值。

在自己多年从事法学教育与科研中，法律社会学是我偏爱和关注的一门学科，这门学科是我本人深受费孝通、朱苏力、梁治平、朱景文、李循、石泰峰、赵震江等学者和同事影响的结果，它可以看成是我企图寻找突破自己学术困境的一种努力和姿态，尽管这种努力还是非常幼稚的。本书以深入浅出的方式，总结西方法律社会学的基本学理，然后以法律社会学的基本学理和方法为指导，不停留在高歌理想和鼓吹“书本上的法律”，学会站在社会的立场观察法律，站在法律的角度审视社会，尝试法律社会学在自己学术活动中的贯彻、运用与体会，探讨一些在学术上有争议和在实践中值得深思的问题。

因而，本书写作的目的之一是希冀能对法律人进行必要的法律社会学方面的知识介绍，扩展我们的法律知识增量，促使我们在进行法学研究的方法时和继续法律思考的过程中多一些反思和训练，让我们学着从多元的角度审视法律，瓦解和颠覆我们曾经坚信的法律常识，从而添加一些我们对法律的“另类”思考，培养我们提出

问题和挑战问题的能力与素质。

本书写作的另一目的是寄盼于中国能涌现出众多的法学流派，呼唤一切坐惯了冷板凳的法学家、法学研究者们能从容走出书斋，深入社会，从概念法学和注释法学中解放出来，研究社会中存在和出现的“真问题”，同时，也寄盼于从事实际工作的法律人能在社会变迁和依法治国的道路上，在面临着法律知识重新升级和改版的挑战中，努力提升自己从一般感性认识向理性思维的嬗变。

田成有

2002年4月于昆明

目 录

前 言	(1)
上篇：西方法律社会学的基本学理与方法	(1)
一、西方法律社会学产生的背景分析	(3)
(一) 社会变迁的推动	(3)
(二) 深厚的传统渊源	(4)
(三) 社会学的方法论启示	(5)
二、西方法律社会学的研究理路	(6)
(一) 完整意义上的法学研究与社会法学研究的区别 ...	(6)
(二) 社会法学派与其他法学派的差别与比较	(7)
(三) 西方法社会学家对法律社会学的认识	(10)
三、西方法律社会学的研究基调	(13)
(一) 历史主义回溯	(13)
(二) 强烈的工具主义向度	(14)
(三) 反形式主义姿态	(14)
(四) 多元主义格调	(15)
四、西方法律社会学的研究内容与范围	(16)
(一) 法社会学的一般理论研究	(17)
(二) 法社会学的应用研究	(17)
五、法律社会学的研究方法	(19)
(一) 传统的法学研究方法	(19)
(二) 西方法律社会学研究的主要方法论	(22)
(三) 法律社会学研究的基本方法	(25)
六、法律社会学的地位、性质与关系	(27)

(一) 法律社会学的地位	(27)
(二) 法律社会学的性质	(28)
(三) 法律社会学与其他学科的关系	(29)
七、法律社会学研究的意义	(32)
(一) 方法论意义	(32)
(二) 社会变革的意义	(33)
八、西方社会法学派主要观点简介	(35)
(一) 孟德斯鸠：社会与法的精神	(35)
(二) 萨维尼：法律与“民族精神”	(36)
(三) 庞德：法律与社会工程	(37)
(四) 霍姆斯：法律与实用主义	(40)
(五) 约翰·格雷：法律与社会经验	(41)
(六) 卡多佐：法律与社会生活	(42)
(七) 耶林：法律与社会利益	(44)
(八) 埃利希：社会与活法	(45)
(九) 哈格施特勒姆：法律与现实主义	(47)
(十) 弗兰克：法律与不确定性	(47)
(十一) 马克斯·韦伯：法律与控制类型	(49)
(十二) 布莱克：纯粹法律社会学	(51)
九、现代西方法社会学关于法的概念	(53)
(一) “非国家的法”	(53)
(二) “书本上的法”与“行动中的法”	(56)
十、法律多元主义的多元提法及意义	(59)
(一) 从属法	(61)
(二) 法律层次论	(61)
(三) 民众法	(62)
(四) 本地法	(62)
(五) 民俗法	(63)
(六) 非官方法	(63)

下篇：法律社会学的学术实践与方法运用	(65)
一、法律社会学在中国的兴起、缘由与发展前景	(65)
(一) 社会的变革和法学的发展需要法律社会学	(66)
(二) 解决中国社会现实的法律问题需要依托法律社会学	(67)
(三) 法律社会学在中国的兴起有着自身学术相承的渊源	(68)
(四) 法学理论在价值观、方法论的变革方面需要法律社会学	(68)
二、法律的起源：人类学、社会学的一种分析思路	(73)
(一) 禁忌：原始社会最早的法律——法律的源头	(73)
(二) 习惯：原始社会基本的法——现代法律的前身和萌芽	(78)
三、传统乡土社会中国家法的地位与民间法的功能	(84)
(一) 从血缘与地缘的控制作用看国家法的难产	(84)
(二) 社会的封闭与经济的落后对法律的压制	(88)
(三) 儒学与礼俗对法律作用发挥的限制	(91)
四、从法社会学的角度看民间法	(95)
(一) 民间法引起关注的原因	(95)
(二) 民间法的界定与特征	(98)
(三) 民间法存在的价值与范围限定	(100)
(四) 国家法与民间法的冲突与对峙	(107)
(五) 民间法的缺陷与整合	(113)
五、国家与社会：国家法与民间法在乡土社会的分化与调适	(123)
(一) 国家对社会的压制、替代：政府推进型法治	(123)
(二) 转型期社会的分化、重组：民间法的地位与培育	(129)
六、社会转型期宗族关系的嬗变与民间法的调适	(140)

(一) 宗族的兴起、衰落、复兴与国家法的互动 关联·····	(140)
(二) 国家法与民间法在宗族问题上的作为与不 作为·····	(143)
(三) 非农化活动下乡村关系的转变与民间法的 变化·····	(152)
七、民间法的作用与基层法官解决纠纷的策略·····	(155)
(一) 乡土社会的民间法对基层法院的影响·····	(156)
(二) 基层法官在依法之治与解决纠纷中的困惑与 选择·····	(159)
(三) 乡土社会民间法的实现与反思·····	(164)
八、法官的作用：一个法社会学的分析·····	(169)
九、法官自由裁量权与严格依法办事·····	(175)
(一) 法官自由裁量权与严格依法办事的学术争议·····	(175)
(二) 法官自由裁量权的价值·····	(177)
(三) 防范法官自由裁量权的滥用·····	(181)
十、法治传统的形成与法官素质·····	(184)
(20) (一) 崇法——法官的精神和信念·····	(186)
(二) 知法——法官的本领和职责·····	(188)
(三) 守法——法官的品格和德行·····	(190)
(四) 护法——法官的胆识与使命·····	(192)
十一、立法：社会转型期的挑战·····	(194)
(一) 立法与社会的脱节加剧·····	(195)
(二) 立法与民众的亲合力缺乏·····	(197)
(三) 立法与法的可操作性低劣·····	(199)
(四) 立法与立法者的素质困扰·····	(200)
十二、社会变迁中法律的变革与权威·····	(203)
十三、老调重弹：法治的西化与本土化·····	(211)
(一) 法治的定位·····	(211)
(二) 法律的功能·····	(212)

目 录

(三) 法律西化还是本土化	(213)
十四、歧义与沟通：法律的语境与多元	(216)
(一) 西化的法律与中国固有法律的语境转化	(216)
(二) 时间和空间维度下的法律语境差异	(222)
(三) 观察者与实践者的法律语境分化	(228)
后 记	(237)

上篇：西方法律社会学的基本学理与方法

十九世纪中叶，欧洲出现了一个反对形而上学理论的实证主义运动，这场运动的结果是促使分析法学取代了自然法理论，导致分析实证主义法学占据着近半个世纪的统治地位。实证主义作为一种科学态度，反对任何先验的思辨，力图将自己限定在经验材料的范围内，强调法律的普遍性和自治性，强调对法律规范的构造，反映在立法上，旨在建构一种构造简单、规定明确、稳定性强的规范体系。在当时的法律专家、法官和学者们看来，法律就是一个设备齐全的系统，它通过规则进行逻辑演绎就可以得出满意的结果，就可以实现依法而治。因而，分析法学家们所信奉的是一种“法条主义”，在法庭上奉行的是严格依法办事，在这种严格的法条主义限制下，法律被比喻成一个自动售货机，吃进去的是法条，吐出来的是判决。法律专家、法官、学者们一代又一代地固守在律师楼、法庭和图书馆里“闭门造车”、“远离尘世”而又自鸣得意地进行着“逻辑演绎”的“专业技术工作”。在这种情况下，法学日渐脱离其他社会科学，妄自尊大，像一位离群索居的隐士，法律与社会的发展拉开了距离。

进入十九世纪末二十世纪初，随着社会的变迁和经济的变革，在参与法律制度的人中引发了一种迫切变革现有法律意识的冲动。因为他们敏感地发现，书本上的法律与现实生活中真正有用的法律实在差距太大，分析法律不能仅仅盯着一些僵死的规则和条文，必须重视法律的运行和法律在社会中的效果，要注意从社会学的角度来研究。这种态度和倾向在美国非常明显和突出，它力图打破法律

传统主义的思想，推动法律有新的突破和对社会有更大的作为。在这种认识的推动下，西方资本主义国家又掀起了一场以整个社会为背景来分析和研究法律的运动，“法律毕竟是法律”的分析实证主义受到了挑战与责难，法律开始被看成是不再完全脱离于政治、经济和社会生活而独立存在的和不可更改的“纯粹的东西”，法律研究也不再是法律专业人员的专擅领域。这场运动在学术上的表现，就是导致了名为“法律社会学”的专门性学科的兴起。

有人说，法律社会学的出现是二十世纪西方法律发展史上最重大的事件和最突出的成就。确实，法律社会学为我们提供了一个新的研究路子，它要求我们运用法社会学的理论或方法，从政治、经济、哲学、宗教、习俗、传统等多个角度或层次对法律的进化背景、形成机制、发展趋向以及可能的解决方法等问题进行深入、细致、周全地考察、调查、分析和论证。从那时开始，很多学者逐渐认识到法律社会学的作用和意义，并通过各种方式对法律社会学的发展作出贡献。在他们中间，有些人是孜孜以求地想要建立起法律社会学的理论系统，而另一些人则是以社会学的知识和方法为指导，观察法律的具体运行和法律在社会中的实际效果。这些人多来自社会学阵营，他们凭借敏锐的理论直觉将法律置于社会中进行研究，这种研究和努力，使法律社会学日益受到社会的重视，他们所创造的研究方法，仍然对我们今天研究法律有着重要的借鉴作用和参考价值。

曾记得早在十九世纪时，马克思就断言：“法的关系正像国家形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系。”这可以看成是二十世纪法律社会学在西方社会兴起的最好预言。今日，我们以法律社会学的思想和方法来反思与构建当代中国法的理念与实践，正如借镜自鉴，他山之石，可以攻玉，具有重要的理论价值和现实意义。

法律合法性的关键，在于把握法律理想与法律现实之间的距离，它们两者之间必须保持若即若离的关系。当法律理想与法律现实差距太大时，理想就会显得飘渺虚无，而距离太小时，理想也就不复存在了。也就是说，法律理想必须总是显得仿佛能够实现的现实，而法律必须总是表现为社会关系的理想形式，而不是现有社会关系的复制品。

[英] 罗杰·科特威尔

一、西方法律社会学产生的背景分析

（一）社会变迁的推动

从十九世纪末开始，西方主要资本主义社会经历了由自由资本主义到帝国主义的阶段。垄断资本主义的出现使各种社会矛盾趋于激化，战争、经济危机等灾难频繁来临，旧的利益结构急剧变动，新的利益结构正在形成，新旧利益的冲突不可避免，这些社会问题的出现需要法律进行回应与解决。此时，法学家和社会学家感到用十七、十八世纪形成的传统的法律思想和分析思路已不能很好地解释日益变化着的社会，他们感到：必须冲破传统的概念法学、分析法学的束缚。通过调整法学的结构，创立新的理论，如果法学与社会脱节，仍然在传统的思维空间和法律范畴内工作，仍然只是注释现有的法律，不为国家的立法和司法服务，不为政府解决蜂拥而至的社会问题出谋划策，不去考察法律的实践效果，法律就没有多大用处。

在这一阶段，资本主义法律制度与资产阶级革命时期提出的民主法治理想之间产生的距离越来越大。工业革命所带来的社会问题