

21 世纪

高等院校法学系列

基础教材·选修课

BASIC

法社会学

AW

朱景文 主编

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法社会学/朱景文主编.

北京:中国人民大学出版社,2005

(21世纪高等院校法学系列基础教材·选修课)

ISBN 7-300-04731-9

I. 法…

II. 朱…

III. 社会法学-高等学校-教材

IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 133327 号

21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

法社会学

主编 朱景文

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
印 刷	北京宏伟双华印刷有限公司		
开 本	787×965 毫米 1/16	版 次	2005 年 6 月第 1 版
印 张	25.75	印 次	2005 年 6 月第 1 次印刷
字 数	469 000	定 价	28.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

总序

随着中国法治建设进程的加快,可以预见,21世纪必将是中国法治建设取得巨大成就的世纪。然而,倘无一种良好适当的法学教育制度据以培养一批批合格的法律人才,人们很难想像中国的法治建设如何能够取得巨大进步。经过数十年的发展,中国的法学教育制度取得的成绩是有目共睹的。每年都有众多法学院系培养出来的不同层次的法律专门人才走向法官、检察官、律师、法学研究人员等各行各业,他们中的许多人已经成为所在部门的业务骨干,为我国社会主义法治建设发挥着重要的作用。

作为一名在法学教育战线工作了几十年的老兵,我为这些成绩由衷地高兴。可是,必须清醒地看到,中国目前的法学教育制度并不令人满意,大量的问题依然存在,而且非常严重。我在这里并不对中国整体的法学教育制度发表评论,只想谈谈对目前我国法学本科教育的一点意见。

首先,我国大学的法学本科教育迄今尚未树立一个明确的目标。我们现行的法学本科教育的目标究竟是发给那些花费四年宝贵青春的莘莘学子以一纸进入法律职业的许可证,还是使他们养成在未来职业中必备的常识、认识社会的原则以及作为法律职业者应有的良知?究竟是应当培养出精通某一门或几门法律科学知识的专门人才,还是具有一般性法律知识并养成法律活动者应有的良好法律思维的法学通才?我认为,法学本科教育要培养的是法律基础人才,即那些具备社会生活常识以及法律职业基本素质的法律人,就法律职业基本素质而言,作为法律人必须具备的是这样几方面的能力:第一,扎实地掌握了基本的法律概念、法律规则以及法律制度,并清晰地了解这些概念、规则及制度背后的理念与价值;第二,明晰现行法律体系的框架与结构以及司法救济程序;第三,具有清晰严谨的法律思维能力,

能够娴熟地运用法律推理,依循法律逻辑解决现实生活中的法律问题;第四,深入地进行价值与理念的考量取舍,有力地论证法律判断;第五,准确地分析案件事实,把握不同的法律关系,合理地作出法律解释,准确地适用法律规则;第六,在实践中具备不断自我学习以掌握法律新知识的能力。

其次,我国大学的法学本科教学方法落后。现在的多数法学本科教育采用的方法是教师在上面照本宣科,而学生在下面记笔记。教师既没有提供与学生在知识和思维上相互进行挑战与应战这一教学相长的空间,也不去引导学生运用所学知识应对实际问题,训练他们分析问题、解决问题的能力。至于考试,则多属对记忆力的单纯测试,学生只要熟练记忆笔记及教科书内容甚至作弊技巧高超便可轻松过关。我没有在英美国求过学,不太了解它们的 Seminar,但是,我现在依然记得上个世纪 50 年代在苏联学习法律的时候,一些法律专业课程经常都有课堂讨论,这种讨论都是小班进行,二十多人,老师出的都是案例题,要学生援引法律和法规分析案例,这对于训练学生的法律思维能力具有莫大的帮助。至于考试,当时苏联的大学全部是采用口试,通过这种考试既能真实地体现学生的水平,又能锻炼学生的口才与良好的心理素质,至今仍使我受益匪浅。

最后,法学本科教科书参差不齐。在法学教育发达的国家,只有那些对某一学科有经年累月之深入研究、全面把握之权威学者,方能编写此类教材。如德国权威民法学者 Larenz 教授所著之《民法总则》、《债法教科书》,美国权威侵权法学者 Prosser 教授所著之《侵权法教科书》等。然而,在我国,各大法律院系只要编写人马齐全就可以编写一套自己的法学教材。如此众多的法学教材中固然也有一些精品,但大同小异、雷同抄袭,概念、逻辑混乱的教材亦不少见。青年学生有如一张白纸,法学教科书就像一名画家。只有技艺高超的画家才能在白纸上作出一幅佳作。品质低劣的教科书只能使那些辨析能力差的学子受到误导,被引入歧途,此种恶劣的后果无论是对未来的中国法治建设,还是对法学研究事业都会造成莫大的危害。而受害之学生非经长年累月的努力,难以消除其影响。

我想,中国法学教育尤其是法学本科教育的改善绝非一朝一夕之事,她是一项系统工程,需要各方面多年的努力与奋斗。也许我们可以先从一些较容易着手的方面切入,比如法学教科书的改善。现在的一些出版社已经注意到了这一点,他们希望能够组织好的专家学者来编写一套完整系统的好教材以供法学本科教育使用,对此我感到非常地高兴。

中国人民大学出版社即将出版一套专门供高等院校法学专业本科生、专科生以及司法部门有关人员培训使用的大型基础教材——21 世纪高等院校法学系列基础教材。在认真阅读这套教材的出版计划以及相关资料后我认为,该套教材较

之于目前国内的其他一些教材而言,具有以下特点:

首先,在编写人员上,该教材由中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中南财经政法大学、西南政法大学、西北政法学院、武汉大学、浙江工业大学以及中山大学等校法学院系的教授担任主编,并由其组成权威的编写队伍来完成。因此,该套教材的整体特点是,体系完整、概念准确、简明扼要、深入浅出。

其次,在编写体系上,该套教材系统完整,包括专业必修课教材、专业选修课教材、案例教学用书、模拟法庭用书、学生必备法律手册等几个系列。其中,专业必修课教材严格按照教育部所确定的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而精心编写。在编写内容上采用通说理论,不拘泥于一家之言,避免加入个人专著的阐述内容。同时做到学科体系完整,基本原理、基本概念和基础知识讲述清楚、准确。在编写体例上,教材由“提要”、“重点问题”、“课后复习”等部分组成。每章后的“法律应用”部分为该套教材的创新之处,它针对在司法实践中出现的疑难问题,安排由授课教师讲述解决问题的思路和办法,这对于培养学生分析问题、解决问题的能力具有重大的帮助。至于该套教材中的案例教学用书,显然是吸收借鉴了英美国家的案例教学法的优良经验,全部采用真实的综合判例,并针对目前法学案例教学中的新要求编写而成。其独特之处在于:对案例所涉及的法律争议焦点,从中外理论和学说的角度加以解说,同时包括各国司法发展现状,帮助学生从案例中学懂法律的基本原理、基本概念和基础知识。此外,案例教学用书设立了“课堂讨论”部分,并对课堂讨论的案例提供“重点提示”,这就为法学的案例教学提供了广阔的讨论空间。本套教材中的模拟法庭用书显然更具特色,这是一套专门为法学教育中的模拟法庭教学而设计的剧本式教材,它通过实体法与程序法在模拟法庭中的实际演示,将法律的基本原理与司法实践相结合,能够有效地培养学生运用所学的基础知识,解决司法实践问题的技巧与能力。

我相信,中国人民大学出版社即将编辑出版的21世纪高等院校法学系列基础教材,对于提升我国法学教育水平,培养出更多的合格的法律人才具有积极的帮助作用。同时,我也衷心地希望能够有更多比这套教材更好的法学教材出版,为完善我国法学教育制度,进而推动我国社会主义法治建设作出贡献。



2003年元月

BASIC

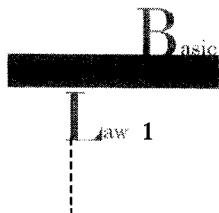
LAW 3

序 言



法社会学是一门研究法律与社会关系的学科，它是法学与社会学相结合的产物。对法律现象可以从不同的视角进行研究：从法学上主要以国家颁布的正式法律规范为中心，以合法性为标准，看人们的行为是否符合法律的要求，地方性法规和行政法规是否符合宪法、法律，如果出现违法，属于什么性质，是民事违法、行政违法、违宪还是犯罪，所有这些内容都要求把社会事实放到一个法律框架中去衡量和剪裁；而社会学对法律现象的研究则把中心放到法律在社会中的运作过程的观察上，它不是以合法性为标准去衡量法律现象，而是站在客观的视角发现和描述法律在社会中运作的规律。社会学研究也重视法律规范对人们行为的作用，但是只把它视为影响人们行为的许多因素之一。显然，社会学和法学对法律现象研究的侧重点、内容和方法是不一样的。

法社会学的结构没有统一的安排，因为法律与社会的关系实在是一个大框架，几乎所有与法律有关的社会问题都可以放在其中，究竟构建一个什么样的框架比较合适，完全取决于研究者的学术兴趣和注意中心。而且，就我国的研究现状而言，目前我们的注意力更应该放在经验法社会学的实证研究上，而不是理论法社会学的框架。本书的结构由四篇组成，第一篇法社会学的概念、框架和方法论；第二篇行动中的法：法律、自由裁量与交易；第三篇社会对法律作用研究；第四篇法律对社会作用研究。全书内容大体能够包括法社会学研究中的一些最主要的问题。



在我于1994年出版的《现代西方法社会学》(法律出版社)和2001年出版的《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》(中国人民大学出版社)的基础上,本书作者同时又参照了国内外一些最新的研究成果,特别是经验研究成果,力求做到反映学科前沿,给学生以最新的知识。应该看到,我国法社会学的发展,像其他许多学科一样,分三步走:第一步,在初期主要是介绍国外的研究成果;第二步,把这些研究成果引进到中国研究中;第三步,从中国研究中得出一般性的结论,证明或证伪在国外研究中得出的结论。显然,我国法社会学经过多年的发展,现在的研究不能再停留在对国外理论和方法的介绍上,而必须把重点放在对中国问题的研究上。在编写本书的过程中我们特别注意中国近些年来经验材料。但就总体状况而言,我们还没有到达第三步,即对国外的法社会学理论提出很有根据的挑战的阶段。我想,结合我国的实践,真正把国外已经提出的理论弄懂,是我们现在这个阶段要做的主要工作。

本书作为21世纪高等院校法学系列基础教材之一,可供高等院校法学和社会学专业本科、研究生课程使用。本教材除了教材正文以外,为了教学和研究方便,特别安排了“提要”、“重点问题”和“课后复习”部分。其中“提要”是有关章节的要点,“重点问题”是有关章节中读者需要掌握的知识点,“课后复习”则列出读者在学完本章后应掌握的内容。

本书的具体分工如下:

朱景文(中国人民大学法学院教授,博士生导师):第一、四、五、六、七、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、二十章,第八章第一节;

陆益龙(北京大学社会学博士、中国人民大学社会学系副教授):第三、十九章;

胡水君(中国人民大学法学博士,中国社会科学院法学所副教授):第二、十八章;

冉井富(中国人民大学法学博士,中国社会科学院法学所副教授):第九、十四、十六章;

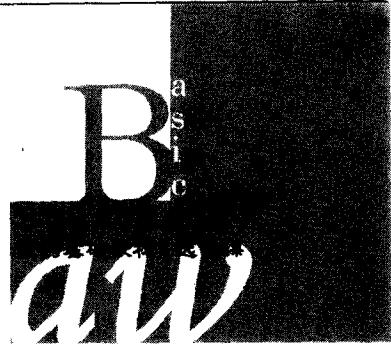
郭晓飞(中国人民大学法学院博士研究生):第八章第二节。

全书由朱景文主编,负责统稿。

朱景文

2005年4月于世纪城

目 录

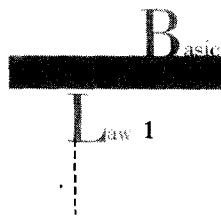


第一篇 法社会学的概念、框架和方法论

第一章 法社会学的概念和框架	1
第一节 法社会学的概念	2
第二节 法律与社会研究的框架	5
第二章 法社会学的历史发展	21
第一节 法社会学的产生及发展概况	22
第二节 欧洲法社会学的历史发展	29
第三节 美国法社会学的历史发展	39
第四节 当代法社会学的新发展	49
第五节 中国法社会学的历史发展	59
第三章 法社会学的方法论	63
第一节 法社会学范式	64
第二节 法社会学研究过程	70
第三节 法社会学的具体研究方法	74

第二篇 行动中的法：法律、自由裁量与交易

第四章 法的执行的法律模式和社会学模式	84
---------------------------	----



第一节	法的执行的法律模式	85
第二节	法的执行的社会学模式	86
第五章	行动中的刑事法律	88
第一节	刑事案件中的自由裁量	89
第二节	刑事案件中的交易	98
第三节	刑事案件的“私了”问题	105
第六章	行动中的合同法	109
第一节	商业中的合同关系与非合同关系——一项美国的实证研究	110
第二节	中国白酒行业中的合同关系和非合同关系	114
第三节	新契约论——合同运作的社会环境	115
第七章	行动中的交通事故法	118
第一节	美国交通事故保险理赔的经验研究	119
第二节	从中国道路交通事故处理办法的修改看 行动中的交通事故法	121
第八章	行动中的离婚法	130
第一节	法律阴影下的交易还是交易阴影下的审判 ——美国学者的观点	131
第二节	中国关于离婚损害赔偿和事实婚的法律 规定及其实践	135
第九章	行动中的民事调解法	146
第一节	行动中的依法调解原则	147
第二节	行动中的法院调解	163
第十章	解决争端的法律方法与非法律方法的选择	183
第一节	解决争端的不同方式	183
第二节	社会发展与解决争端的方式——日本、美国与中国的经验	184
第三节	制约解决争端方式选择的条件——理论模型	188

第三篇 社会对法律作用研究

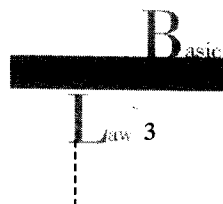
第十一章	社会分工与法律制度	197
第一节	分工对法律类型的影响	198
第二节	对杜尔克姆理论的挑战：调解、警察与辩护人产生的顺序	200

Basic

第三节	共生关系及其法律形式·····	205
第十二章	所有制形式与法律制度——以色列的基布兹 和中国的人民公社·····	209
第一节	以色列的基布兹·····	210
第二节	中国的人民公社制度·····	214
第十三章	社会组织与法律类型·····	219
第一节	社会组织的结构：科层制及其危机·····	220
第二节	法治资本主义和关系资本主义·····	224
第十四章	社会变迁与灾害法·····	230
第一节	灾害防治与灾害法·····	231
第二节	现代社会中的灾害与灾害法·····	238
第三节	我国的灾害法及其完善·····	252
第十五章	社会变迁与工业事故赔偿法的个案研究·····	265
第一节	下属雇员规则 (fellow-servant rule) ·····	266
第二节	下属雇员规则的削弱和工业事故赔偿法的产生·····	267
第三节	工业事故法与社会理论：对工业事故法变迁 的不同理论解释·····	268
第四节	《社会变迁与工业事故法》对当代中国法律变革的启示·····	271
第十六章	社会变迁与民事诉讼率研究·····	275
第一节	作为法社会学问题的民事诉讼率·····	276
第二节	民事诉讼率的解释理论·····	280
第三节	当代中国民事诉讼率的实证研究·····	298
第十七章	形式合理的法律体系与资本主义·····	313
第一节	马克斯·韦伯论形式合理的法律体系与欧洲 资本主义产生的关系·····	314
第二节	对韦伯法社会学理论的争论和批判·····	319

第四篇 法律对社会作用研究

第十八章	法律的作用与人的行为方式的改变： 美国禁酒令与北京禁放令·····	327
第一节	美国禁酒令·····	328



第二节 北京禁放令.....	334
第三节 立法与诉讼.....	340
第十九章 居民的守法意识.....	350
第一节 守法意识的构成要素.....	351
第二节 居民守法原因论.....	358
第三节 影响守法行为的因素.....	360
第四节 农民对法律的支持：实证研究的视角.....	365
第二十章 法律效果研究.....	374
第一节 法律效果的概念和分类.....	375
第二节 法律效果的测量.....	377
参考文献.....	388

B
asic

Law 4

第一篇 法社会学的概念、 框架和方法论

第一章

21世纪高等院校法学
系列基础教材·选修课

法社会学的概念和 框架

【提要】

法社会学是研究法律与社会的关系的学科，是法学与社会学相互结合的产物。由于不同的学术传统，法律与社会的研究框架可以分为法人类学的国家的法与非国家的法，法律多元主义的政府的法与非政府的法，法社会学中的书本上的法和行动中的法。法社会学研究中的法的概念不应该泛化。

【重点问题】

1. 什么是法社会学？
2. 法社会学研究中的法学传统与社会学传统有何不同？

3. 如何看待不同的法律与社会研究的框架?
4. 如何分析“法律多元”的主张?

第一节 法社会学的概念

一、法社会学的研究对象

法社会学是研究法律与社会的关系的学科，是法学与社会学相互结合的产物。西方许多国家又把这门学科称为“法律与社会”（Law and Society），或“法学与社会科学”（Law and Social Science）。

法律现象是许多学科，如哲学、经济学、政治学、社会学和法学等的共同的研究对象。那么，传统的法学与社会学在研究法律现象时有什么差别呢？对此学者们有不同的看法。

美国学者埃尔文（Michael John Irwin）认为，法学家和社会学家对法和法律制度的研究具有不同的态度。法学家的特点在于：（1）把法律研究作为自己的职业，受过专门的法律训练，具有自己职业方面的知识和经验，包括对法律术语和法律推理意义的理解；（2）其目的在于寻找法律结构的逻辑一致性，确定什么是已创造的法，实体法是否清楚，如果不清楚，应对它们作什么解释，其中是否有漏洞；（3）法学家有时也对法律持批判或变革的态度，但认为不是由于法律不适应社会需要，而是由于法律自身，其内部相互矛盾，不能有效地发挥功能。而社会学家研究法律制度的特点在于：（1）他们没有受过专门的法律训练，也不懂得法律的专门的术语和技术，而是从过去和现在的历史的、传统的、哲学的、社会学的、文化的、政治的和经济的观点出发，运用社会学的理论和方法、程序、技术进行研究；（2）社会学家关心的不是书本上的法，而是法的创制者的行为，创制法的原因，法的解释、适用、执行及其原因，由于法的创制、解释、适用、执行而在社会中实际发生的行为；（3）他们所关心的不是现行法律结构的逻辑一致性，而是他们所研究的行为在理论上的同一性，是用现有的理论解释这些行为，还是创造一种新的理论予以解释；（4）社会学家对法律的批判和变革的态度，认为不是由于法律内部缺乏一致性，而是由于法律不适应社会需要。^①

美国另一位著名的社会学家布莱克（D. Black）把法学家和社会学家研究法律现象的区别归纳为法学模式和社会学模式，并从中心、过程、范围、视角、意

^① See J. M. Irwin, *A Sociological Evaluation of the Development of Sociology of Law*, Vantage Press, 1986, pp.3~5.

图、目标六个方面分析二者的区别：(1) 从研究的中心看，法学模式的中心是规则，在正常情况下法律解释用一个或多个规则评价所确认的事实；而社会学模式的中心在一个案件的社会结构上——谁参与到案件中，这种参与对案件的影响。而在法学模式中，案件的社会结构是完全不相干的，如果参与人的社会性影响了案件的处理则是不正确的，属于违法。(2) 从研究的对象、过程看，法学模式把法看作是一个逻辑过程，每个案件的实施都可以从所适用的规则的观点评价，逻辑决定了结果；而社会学模式则假定法不是逻辑的，而是人们实际的行为。(3) 从对法的态度、范围看，法学模式假定从一个案件到另一个案件，法是不变的，同样的事实会产生同样的判决，法是普遍的，以同一个方式适用到所有的案件中；而社会学模式却假定法是可变的，它随着不同案件中参加者的社会性的不同而变化。(4) 从研究的视角看，法学模式出自参加者的视角，法官和律师从法律规则如何在逻辑上适用到事实中并作出判决的视角研究，而对案件参加者的社会性根本不予考虑；而社会学模式出自观察者的视角，注意案件参加者的社会性。(5) 从研究的意图看，法学模式是实践的，注重案件应该怎样判决；社会学模式是科学的，注重案件实际怎样判决。(6) 从他们所要达到的目标看，法学模式的目标在于作出判决，而社会学模式在于作出解释。^① 法学模式与社会学模式的区别如图 1-1：

	法学模式	社会学模式
中心	规则	社会结构
过程	逻辑	行为
范围	普遍的	可变的
视角	参与者	观察者
意图	实践的	科学的
目标	判决	解释

资料来源：D. Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989.

图 1-1 法的两个模式

弗里德曼 (L. Friedman) 则从人们研究问题的视角方面区别法学家与社会学家研究的不同。他认为，人们研究法律现象有两种不同的观点，即外在的观点

^① See D. Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989, pp.19~22.

和内在的观点。外在的观点是从一个或多个社会科学的观点，包括社会学、人类学、经济学、心理学、政治学等看待法律现象，它们每一个都有自己特殊的领域和观察人类行为和思想的方法。比如一个经济学家在处理污染案件时会比较几种不同的方法的效益，是给公司补贴从而避免排污，还是对排污处以罚金或刑事制裁；人类学家在处理家庭纠纷时感兴趣的可能是不同文化在处理这类问题中的差异；心理学家关心陪审团实际怎样作出裁决。但是所有社会科学领域又有共同的地方，其中最重要的就是只要可能就进行经验观察和科学测量，并尽量做到保持客观、中立。而内在的观点则是内部的人（insiders），即法律制度之内的人，包括法官、律师怎样看这个法律制度。当然，公众也可能采取内在的观点。内在观点不很关心经验上可测量的现实，而是从什么是正确的、合法的，或应该如何来回答所看到的问题。如一位经营者向一位税务律师提出一个问题：是否能把他的取暖费作为经营费，从而减少他的税收。他问的是一个内在的问题，他也期望税务律师能给他一个从法律观点、内在观点出发的答案。

二、法律社会学和社会学法学

正是由于法学和社会学研究法律现象的上述差别，在传统的西方的法律社会学研究中，又有法律社会学（legal sociology 或 sociology of law）和社会学法学（sociological jurisprudence）之分，前者属于社会学，是社会学的一个分支，其代表人物是社会学家，如孔德、斯宾塞、韦伯、杜尔克姆，而后者属于法学，是法理学的一个流派，其代表人物是法学家，如庞德、卢埃林、弗兰克。^①

但是，随着学科之间的相互渗透，法学与社会学之间的联系越来越密切，上述区分已经显得不那么重要。越来越多的法学家感到从法律研究法律的方法的局限性，要评价法律的善恶，法律执行的效果，不跳出法律本身的框框是没有出路的；而越来越多的社会学家也感到要研究法律现象，不把握法律的症结，不了解特殊的法律技术和原理，也很难把法律—社会的研究深入下去。对法律现象和法律问题的研究不仅仅需要法律的方法，也需要有社会学的方法，不仅仅要从内在的观点，也需要用外在的观点。而真正在法律社会学领域作出成就的人，往往都是那些具有法学和社会学双重学术背景，受过法学和社会学双重训练的人。

^① 关于法律社会学和社会学法学的区别，参见 R. Pound, *Sociology of Law and Sociological Jurisprudence*, 20 *Toronto Law Journal* 5 (1943); A. Hunt, *Sociological Movement of Law*, Temple University Press, 1978, pp.6~8.

第二节 法律与社会研究的框架

一、“法律多元”

法社会学是一门研究法律与社会之间关系的学科，其重点不在于从规范上分析法律本身，而在于研究法律是怎样受到社会关系的制约的，在于研究国家制定的法律在什么程度上能够改变社会，在于研究法律的运作过程中受到哪些因素的制约，法律运行的结果在多大程度上符合立法者要达到的目的。

为了表明法社会学的主题，即法律的有限性、受制约性，不同的法社会学家创造出了不同的概念来表述自己的想法，勾勒出法社会学的基本框架：有的使用国家的法和非国家的法；有的使用政府的法与非政府的法；更普遍的是使用书本上的法与行动中的法的二分法来表述法学意义上的法受到社会的经济、文化、政治、心理等法律赖以生存和运作的环境的制约。法律不能从其自身来理解，法律受到社会的影响，受到环境的制约，即使是同样的法律，比如第三世界国家仿照西方国家的合同法制定了自己的合同法，但由于运作的环境不同，它们所起的作用也会有很大差别。与此相联系，法社会学家们所使用的法律概念也有多元化的趋势，它们大体包括：

（一）国家制定的法律

这一概念与法学家所使用的法的概念是一致的。其特点是：第一，法与国家相联系，是国家意志的体现，得到国家强制力的保证；第二，法体现在法律文件中，是“书本上的法”。持这种法的概念的学者在他们进行法社会学研究时，其重点放在国家意志怎样受到社会因素的作用，国家法的运作怎样受到非法律因素的影响，“书本上的法”在其运作过程中受到什么因素的制约，会发生哪些变化。这些学者们的法社会学的框架是：法律—社会。

（二）野蛮社会（原始社会）的习惯

一些法人类学家提出，法这种现象无论在西方那样的文明社会，还是在非西方的野蛮社会都存在，它并不是西方社会所特有的现象。持这种观点的许多人具有反西方中心论的倾向。他们认为，西方社会的主流观点往往总是把法与现代国家的政府制度、议会制度、法院制度、警察制度、监狱制度相联系。而在许多社会，还没有国家，看不到国家暴力的影子，即使存在国家，各个国家机关之间并没有那样明确的划分，还处在未开化的“前现代”时期，但在这些社会中人们同样可以辨认出调整人们行为的规则、解决人们纠纷的方法，它们执行着与文明社会的法律一样的职能。因此没有理由只把文明社会的国家所制定的行为规则定义为法，而不把这些未开化社会的发挥着同样功能的行为规则看做法。因此，在这

部分法人类学家中流行的法社会学的框架是：国家的法—非国家的法。

（三）非政府的社会团体规则

这些社会团体规则包括宗教组织、教育组织、文化体育组织、经济组织，甚至黑社会的团体规则。有些学者把所有这些非政府的社会组织称为“私人政府”。他们为了证明国家法律的有限性，提出公共政府与私人政府，国家法律与私人政府的规则之间并没有严格的界限，二者在功能上很难分开，它们之间相互渗透，公中有私的成分，私中有公的阴影。因此，在这部分法社会学家中所主张的法社会学的框架是：政府的法—非政府的法。

（四）行动中的法

一些学者虽然把法的概念限制在国家法律的范围之内，但他们认为，法社会学所研究的法，不是书本上的法，而是行动中的法，即法的执行者、遵守者在法律运行过程中所实际遵行的法则。在法律运行的过程中，无论是法官、检察官、律师、警察还是当事人，都不是简单地按照法律办事，除了法律的作用之外，其他社会因素，如自由裁量、交易都起着重要的作用。有的学者甚至认为，书本上的法不是法，只有行动中的法，即真正决定判决结果的因素才是现实生活中的法。这些学者所主张的法社会学的框架是：书本上的法—行动中的法。

二、国家的法与非国家的法的框架：法人类学

法人类学家使用了国家的法与非国家的法的二元结构，他们所谓的非国家的法也有不同的含义。

（一）马林诺夫斯基：“社会所固有的相互性和公开性”

马林诺夫斯基 (B. Malinowski)，英国著名的社会学家，现代人类学的创始人，在 1926 年出版的《野蛮社会的犯罪和习惯》一书中描述了他在新几内亚沿岸的岛屿——Trobrandor 所观察到的“原始法”：原始法是使那里的社会有秩序、统一和一致的力量，它的执行不是通过强制力，而是通过那个社会所固有的相互性和公开性的特殊机制。他从功能主义观点提出，那个社会的社会均衡是靠相互性和公开性，即成员间相互给予和取得的实践和对规则的普遍认同来维系的。他发现 Trobrandor 人的相互性原则主要不是基于功能性的产品交换，而是符号性的礼物之间的连续不断的相互交换，这种相互交换网起到使社会生活一体化的作用。而 Trobrandor 人服从这些“原始法”，不是因为他们畏惧法律制裁，而是由于他们的社会是一个需要具有相互的、有约束力的义务的社会，这也就是原始法的主要功能。

在此基础上，马林诺夫斯基对法下了这样一个定义：“法是由社会结构所固有的相互性和公开性的特殊机制有效的维护的，赋予一方权利、另一方责任的有

B
asic