

法律社会学

——源流辨析与学理运用



马远俊 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

法律社会学

——源流辨析与学理运用



马远俊 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

法律社会学:源流辨析与学理运用/马远俊著.
武汉:湖北人民出版社,2009.12

ISBN 978 - 7 - 216 - 06312 - 8

I. 法…

II. 马…

III. 社会学—高等学校—教材

IV. D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 006417 号

法律社会学

——源流辨析与学理运用

马远俊 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:武汉市福成启铭彩色印刷包装有限公司

经销:湖北省新华书店

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32

印张:10.25

字数:291 千字

插页:1

版次:2009 年 12 月第 1 版

印次:2009 年 12 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 06312 - 8

定价:38.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

目 录

导 论

一、法律社会学的理论视角:一起交通处罚纠纷的个案分析	1
二、法律社会学的研究对象	4
三、法律社会学产生的社会背景	6
四、法律社会学的研究范围	8

上篇:源流辨析

第一章 法律社会学萌芽时期代表人物观点探析	11
一、孟德斯鸠:社会理论中的法律思想	11
二、孔德:实证主义社会学	16
三、斯宾塞:生物学法学	25
第二章 法律社会学形成时期代表人物的主要观点分析	35
一、涂尔干:社会团结中的法律	35
二、埃利希:自由法学说	50
三、庞德:社会法理学	54
四、马克斯·韦伯:法社会学思想	61
第三章 20 世纪以来法律社会学的主要流派辨析	70
一、功能主义法律社会学	70

二、伯克利学派	78
三、行为主义法律社会学	80
四、法律人类学	84

下篇:学理运用

第四章 文化与法研究	91
一、文化理论	91
二、中国传统法律文化的形成、演变与更新	94
专题研究:中国“法治”思想的沿革	105
第五章 法律制度研究	110
一、法律制度的理想模式	110
二、法律规范的实施保障	111
专题研究:城区居民对小额诉讼程序的法律态度	115
第六章 法律机构研究	134
一、法律机构的一般组织及特征	134
二、法律机构的功能状态	137
专题研究:和谐社区建设中基层法院角色的法社会学分析	144
第七章 法律角色研究	164
一、社会角色及其类型	164
二、社会角色的扮演	168
专题研究 1:行政法治文化形成中的政府公务员素养	175
专题研究 2:科研监理人主体地位的法律分析	183
第八章 法律内化研究	196
一、社会化理论	196
二、法律内化过程	198

三、法律内化条件	201
专题研究:青年侵权行为探析	204
第九章 法与社会冲突研究	210
一、社会冲突概说	210
二、法与社会冲突	214
三、当前中国的社会冲突	217
专题研究:析四代领导人的阶层观	220
第十章 社会变迁与法研究	231
一、社会变迁要论	231
二、法律引导社会进步的方式	234
专题研究 1:武汉城市圈经济中政府规制的创新	237
专题研究 2:民营企业海外发展的法律需求与保护	249
第十一章 法律实效研究	259
一、法律实效概说	259
二、法律实效的形态	265
专题研究:农村土地流转制度运行效果的法律分析	273
第十二章 法律社会学方法及运用	290
一、法律社会学的基本研究方法	290
二、法律社会学研究的程序	292
三、法律社会学研究中的定量调查方法和定性方法	293
四、法律指标体系	296
问卷 1	302
问卷 2	310
问卷 3	317
后 记	323

导 论

一、法律社会学的理论视角：一起交通处罚纠纷的个案分析

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，但深入人心，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基层的司法状况，而且还能够展示出基层法官其所思所想的特点。

在司法中，举证责任与证明标准的确定是个实践性非常强的问题。由于实际情形的无穷复杂，法律无力对各种情形下应当适用的举证责任和证明标准作出具体明确、包罗无遗的规定。有时，机械适用字面的规定将导致明显不合理的结果。这时，需要根据案件具体情况，遵循公正的原则，借助价值衡量的办法予以解决。下面通过一个具体案例来分析价值衡量在举证责任分配中的运用。

执勤交警韩某认定原告黄某驾驶的机动车闯红灯，依据《道路交通安全法管理条例》的规定，对她当场罚款 5 元。原告声称自己没有闯红灯，向法院起诉。在诉讼中，被告提交了惟一在场的执勤交警韩某的书面陈述，称韩某执行公务时看到原告违反交通规则的事实。除此之外，被告不能提供更多证据。虽然原告黄某对交警韩某的证言有异

议,法院仍采纳了被告的证据,并判决维持被告的处罚决定。本案争执的焦点是原告是否违反交通规则的事实问题。按照法律,这个问题应当由被告交警部门承担举证责任。被告是否完成举证责任的关键是,只有一名交警的陈述是否达到所需的证明标准?

由于缺乏其他证据的支持,本案变成原告和执勤交警“一对一”的陈述可信度比较。被告提供了所有能够提供的证据,但被告的证据显然不能确凿无疑地证明原告违反交通规则的事实;而原告方的证据也不能确凿无疑地推翻被告的证据。仅仅凭事实发生的可能性,很难有力地支持哪一方。这时,法官就需要越出个案事实的猜测,从一般的社会价值上考虑。法治的一个重要原则是法律——包括举证责任的规则——必须普遍地适用于同样情况。即使法官在个案处理过程中,也不能完全局限于对具体案件孤立的分析,而应当关照同类的情况,把那些同类的案件收入思考的背景中,在权衡处理结果时一并加以考虑。与本案类似的数量众多行为,例如压黄线、鸣喇叭、超速驾驶等等违反交通信号、交通标志、交通标线指示等,都具有违法行为瞬间发生、不留痕迹的特点,警察当场发现当场处理。所有这些案件——已经发生的和将要发生的——都面对着同一个尖锐的问题:警察对是否违反交通规则的现场判断在多大程度上应被尊重?

对这一问题的回答涉及两种互相冲突的法律价值的衡量:其一是受处罚的公民的权利,其二是交通秩序等公共利益。说“衡量”,意味着我们不能想当然地认为“个人利益服从公共利益”,而是要具体地分析、斟酌。

首先,要分析本案涉及的公民权利。即使一般来说交警的陈述更可信,但就这个案件来说,被告对原告的处罚可能是冤枉的;从保护公民权利、维护社会公正的立场出发,行政处罚仅仅依靠比较优势的证据也许是不够的。尽管本案对原告的罚款仅仅5元,但如果单个警察的判断权应当受到尊重,那么,今后同类案件中更严厉的处罚也是应当予以维持的。况且,即使数额微不足道的错误罚款,同样会侵害原告的人格尊严、损害社会道德,损害民众对政府的信任和亲切

感,而且在程度上并不一定相应减轻。必须存在别的重大理由,才能使可能的“错罚”成为值得付出的代价。

其次,要分析本案的处理涉及交通秩序等公共利益问题。在所有这类案件中,如果单个警察看到了违反交通规则的行为不“作算”,那么,单个警察即使发现有违法行为,也不能进行处理——因为“证据不足”。可以预料,警察可能束手无策,或者干脆撒手不管,结果将造成大量的交通违法行为逃逸法网。这对于交通秩序将带来潜在的损害。当然,我们可以设想其他替代办法以求两全其美。譬如,增加警力,每次执勤都由两个以上的交警执行,或者在路口安装交通监控设备。假如这些设想能够轻而易举地实现,并能够带来显著收效,法院可以通过判决行政机关败诉来促使行政机关改进行政管理。但事实是,由于警力、技术和财政上的原因,上述设想明显不可行。

在充分地考虑了各种社会价值和可能的替代办法后,我们也许能够赞同,为了公共交通秩序似乎应当牺牲个人的利益。据此看来,交警在执勤现场耳闻目睹的证据应当被推定正确,交警部门提供单个警察的证言应当视为完成了举证责任。综上所述,本案判决维持交警的处罚决定是正当的。

通过此案的分析,我们感知到“法与社会”的关系,发现“法”不是孤立运行的,而是在“社会中运行的法”,同时也体会到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。^[1]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。^[2]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。它必须在社会管理中实现法院维护社会和谐安定的价值。

二、法律社会学的研究对象

19 世纪末由法国哲学家孔德创立的社会学不仅完全确立了自己独立学科的地位,而且在西方社会科学的广泛领域都产生了十分重要的影响,法社会学可以说是这种影响的表现和产物。意大利社会学家安齐洛蒂在 1892 年出版了其名为《法律哲学和社会学》的著作,在这部著作中他首次使用了“法社会学”这个术语,其主要用意是表达当时流行的一种思想即:法是一种社会现象。进入 20 世纪后,这个术语逐渐被法学家和社会学家广泛接受和采纳并成为—个用以标志在研究方法、研究立场上与以往传统法学或标准法学之迥然不同的新学科的专门术语。1913 年奥地利人埃利希出版了《法社会学基本原理》,该著作的出版使法社会学作为—门独立学科的地位得到正式确立。

法社会学在国际学术领域还有一些别称如“法律与社会研究”、“法律与社会学”、“法律与社会控制”、“法律与行为科学”等,法社会学的独立的专业性学科之性质与地位虽早已在国内外学术界取得共识,但关于其具体研究对象的问题却至今在学者中存在着分歧,主要有三种不同的观点:

第一种观点主张法社会学应研究社会中的法。例如德国法学家莱宾德认为法社会学是关于法的现实科学,它着重研究两个问题,一个是研究从社会生活中产生出法的过程(“认为法是社会运动的产物”);一个是研究社会生活中法的效果(“认为法是社会行为的调整装置”)。^[3]

第二种观点则主张法社会学应研究法律与社会的相互关系、相互影响和相互作用及其过程。苏联法学家雅维茨、当代日本著名法学家千叶正士等均是这一观点的持有者。千叶正士说“‘法律与社会’是当代法律社会学研究的主要对象”。他形象地比喻说“法律与社会”是两个密不可分且相互联系的变量,就像“黄油面包”非指一片面包

和“涂有黄油的面包”，“‘法律与社会’能够在而且已经在类似于‘黄油面包’的意义上使用了……它反映了一群努力拓宽法律科学视野的学者们对这一问题的强烈关注”^[4]。我国从事法社会学研究的学者也大多倾向于这种观点，例如朱景文教授、马新福教授等。^[5]

第三种观点实际是对上述两种观点的兼容。这种观点认为法社会学既要研究社会中的法本身，又要研究与法律相应的社会条件，法与社会的相互关系。英国学者柯特威尔（亦译为柯特莱尔）基本上是这种观点的一个代表。他认为法社会学不是社会学的一个专业，也不是法学的一个专业，而是一种或一组对法律和法律研究的阐释，它注重按照法律准则（即法律规则、概念、原则和价值）以及法律组织（法院、法律执行机关、法律职业等）的社会根源和效果，并结合对它们的社会、经济和政治环境的系统研究，来理解法律准则和法律组织，注重设计研究方案，以便促进对社会法律性质的理论分析，更深刻地理解解存在于各种社会和社会环境中的一般法和法律组织。^[6]

法社会学关于研究对象的上述分歧一定程度上反映和说明了法社会学理论渊源的二元性以及研究思路与传统的二元性。第一种观点表现和反映了法学的研究传统或路向，第二种观点更见社会学的思路和影响。

我们认为法社会学首先是突破了传统法学的分析框架——法是一种逻辑严密的行为规范，它是将法视为一种在经验上可被感知的现实的社会现象，并将其置于广阔的社会背景下着重分析和研究其产生、存在、运行和实现的社会条件、社会因素和社会机制，研究法的实际社会效果、法的目的与法的效果之间的差距及其原因，研究在既定社会历史条件下法与社会诸现象、社会生活诸因素之间的相互关系、相互影响和相互作用等问题。事实上，法社会学既不是传统法学或标准法学可以包容的，也不是单纯社会学可以包容的。同时，法社会学既与传统法学有着渊源关系，又与社会学有着渊源关系，因此法社会学发展至今，若强行地将其归入法学或社会学，以为是其中某个

的分支都是缺乏事实根据和说服力的,恰当的讲法社会学是一门兼具法学与社会学知识与性质,以法与社会之相互关系为研究对象的边缘学科或交叉学科,是法学与社会学交互渗透与整合的产物。

三、法律社会学产生的社会背景

(一)社会变迁的推动

从19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17、18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日益繁多、严重,在这种情况下,资本主义国家不得不关注以往法律所没有涉及的领域,如劳动、福利、教育、经济等方面的问题,于是劳工法、社会保障法、环境保护法、公共交通法、经济法等社会立法不断制定出来,“法律社会化”成了时代的潮流。“法律社会化”的主要内涵是:古代和中世纪的法律精神是义务,强调人民服从国家的权力。从17、18世纪“天赋人权”的观念流行以来,法律精神转向强调个人的权利和自由。进入20世纪后,资产阶级要求充分利用国家权力和各种法律手段来加强国家对经济生活的干预和对社会公共事务的管

理,法律不仅要注意保护个人利益,而且更应强调保护社会利益,因此用“社会化的法律”代替强调个人权利、自由的法律。法律社会化的结果产生了大量的社会立法,如劳工法、最低工资法、环境保护法、住房法等,这是20世纪初席卷西欧、北美的法律制度的重大改革。这些社会化问题和法律实践要求对法学理论作出新的调整,如果法学研究依然与现实生活脱节,仍然像分析法学那样局限于现有法律制度的要素和结构分析,进行纯粹的法律探讨,机械地注释成文法和判例法,不为国家运用法律手段解决社会问题提供指南或提出意见,就不能适应社会和法律实践的需要,法律社会学就是在这种强烈的和积极的社会推动下,并借助于社会学家提供的新观念和方法应运而生的。

(二)深厚的传统渊源

在西方法律思想史上,法学研究一直倡导放在社会的大背景下进行理解,这似乎是一个很好的传统。从柏拉图的《理想国》到亚里士多德的社会观念,从中世纪的阿奎那到启蒙学者对人和社会的看法,都包含着丰富的社会学因子。自17、18世纪开始就有不少学者认识到应当在法与社会的关系中,或在法的社会背景下研究法律。如英国哲学家休谟在《人性论》一书中就认为,法是不断变化的社会制度,它起源于社会常例,而不是人性。法国启蒙思想家、法学家孟德斯鸠一直试图探讨社会环境对法的影响,强调地理、气候、国土和人口等自然条件对法律制度的影响,注意在社会现实中研究法与其他社会的相互关系,并把法的精神解释为“法律同各种政治、风俗、气候、宗教、商业等等应有的关系”。正因为如此,孟德斯鸠被奉为法社会学的先驱。德国法学家萨维尼和英国法学家梅因等历史法学家也很重视探讨法的发展动力,强调法与社会环境和社会环境与社会历史中发现法的真谛,当然,休谟、孟德斯鸠和历史法学家们的论述只是预示着社会法学,还不能把他们的学说冠以“社会法学”之名。

(三)社会学的方法论启示

法律社会学的理论和方法论基础,来源于孔德的实证主义哲学和社会学。进入20世纪以来,实用主义和实证方法盛行一时,他们认为确保知识内容可靠或科学的惟一途径,是将知识建立于可观察经验的基础之上,哲学不应以抽象推理为主,而应以“社会学”为根据,知识的进步只能通过观察和实验。社会学的目的论和方法论启发了大批学者运用社会学的原理与方法观察和研究法与法律制度。

早期的法律社会学认为法律是一种社会现象,主张用社会学的观点和方法来研究法律,而现代的法律社会学则在此基础上突出强调法律的社会目的、社会功能和社会效果,形成这一差别的原因就在于,后起的实用主义哲学思想渗入到法律社会学中去了。实用主义是20世纪初美国哲学家詹姆士等人所创立的一个重要的现代资产阶级哲学流派。这种哲学将主观臆想的“纯粹经验”当作世界上最根本的东西,坚持一切知识都起于经验,并以经验为限度和标准,而实践则是个人被动地应付环境的活动,实践的标准是所谓的“价值”和“效用”;宣扬“有用即真理”、“真理就是效用”,认为知识不是对客观世界的反映,而是行动的工具,判断真理的标准不是看它是否与客观现实相符合,而是看它在应付环境的行动中是否有效;认为知识和真理都不是绝对的目的,而只是在行动中获得成功的手段,认识活动的任务是从掌握真理变为在行动中取得最大功效。

受实用主义哲学的强烈影响,西方法律社会学带有强烈的工具主义倾向,把法律视为实现一定社会目的的工具和手段,要求根据法律制度的实际有效性来对它进行评价,认为法律重要的并不是它的内容或形式,而是它的效果。

四、法律社会学的研究范围^[7]

从西方法社会学的文献看,法社会学的研究内容可分为两大类:

理论研究或一般研究和应用研究或具体研究。

(一)法社会学的一般理论研究

一般理论研究包括这样一些论题:社会学的法律概念,法和法律制度的社会根源和文化基础,法的功能(尤其是统治功能和意识形态功能),法的限度或局限,法的价值,法律效力的社会标准,法律效能的社会条件和限制,法律文化,法律文化与社会发展,法律机制,人类互动和法,法社会化,法的国际化,法律行为的社会基础、道德基础和心理基础,法与社会变迁(社会变迁中的法律变迁,通过法律的社会变迁,社会变迁与法律改革,法对社会变迁的障碍),法与社会冲突,法与社会秩序,法治(合法性、权威性)及其社会政治、经济基础和心理基础,法律推理,法律与国家,法律与其他社会控制形式(道德、习俗、宗教、团体纪律等),立法政策,法律流动,社会冲突的功能,政治制度或法律制度中的危机,尊重和遵守法律的社会心理学研究,法律观念和法律制度的社会史,法的起源,法的未来等。

(二)法社会学的应用研究

法律社会学的运用研究涉及到法与社会的方方面面,其中主要的问题有:社会利益、需要、愿望与社会立法,契约自由的兴衰,立法的社会功能,具体法规之社会根源,社会保障法,法律的传播,离轨与社会控制,死刑的心理反应,罪犯的权利和监狱条件,公害与法,精神病与法律控制,自杀,白领犯罪,无害犯罪,吸毒,贫困,法律制裁的副作用,种族主义,性别与法律,离婚,法律和宗教问题,借腹产子的伦理和法律问题,法律职业(法律职业的利益和价值、法律职业的社会背景、法律职业的影响及其在政治中的作用、法律职业的法律意识、社会理想、法律职业的分层、法律职业的道德),律师活动中的当事人利益和公共利益,法院与法律程序,法院审判的政治化及其社会影响,对法院的政治压力,法院的政治功能和社会功能,法院解决冲突的能力,法院与社会化,法官权威的基础,法官独立,法官的价值准则和态

度,行政官员的自由裁量,警察的功能,警察的法律文化,警察的职业化,警察的习惯,警察对法律的态度,警察的法律控制,警察的越权行为,警察腐化,警察与公民,纠纷的社会心理学,被害人的法律保护,法律服务,社会舆论和法律的实施,证据法中的价值冲突,行政改革,国会改革,法社会化的战略和过程,法律教育,等等。

总体上看,无论是理论研究还是应用研究,对于法律社会学的研究内容,学术界一般认为主要有:(1)从社会的整体出发研究法在社会生活中的实际效能:(2)研究法律与社会之间、法律现象与其他社会现象之间、法律与人之间的相互联系和相互作用:(3)对一切与法律现象有关的社会实际问题进行综合性、系统性研究:(4)研究社会的立法制度、立法条件和立法基础,以及法律实施的社会、经济效果。多数学者认为,法律的实际作用比法律的抽象内容更重要,主张通过考察法律与社会事实之间的关系,寻求更有效的立法和司法手段,设计出一套对法律现象具有指导作用的科学法则,为修改、补充旧法,制订、实施新法,进行司法改革,提供建设性意见和参考方案。在稳定社会秩序、解决社会治安等问题上,不应局限于法律手段,而应重视综合治理。

参考文献:

[1][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。

[2]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。

[3]何勤华著:《西方法学史》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 468 页。

[4][日]千叶正士著:《法律多元》,强世功等译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 32-33 页。

[5]朱景文著:《现代西方法社会学》,法律出版社 1994 年版;马新福著:《法社会学导论》,吉林人民出版社 1992 年版。

[6]赵震江主编:《法律社会学》,北京大学出版社 1998 年版。

[7]李楠编:《法律社会学》,中国政法大学出版社 1999 年版。

上篇：源流辨析

第一章 法律社会学萌芽时期 代表人物观点探析

一、孟德斯鸠：社会理论中的法律思想

孟德斯鸠(Charles Louis de Montesquieu, 1689~1755 年)是法国 18 世纪著名的思想家,近代法理学理论创始人之一和“三权分立”学说的奠基人。他出生在法国一个贵族家庭,幼年时受到良好的教育,曾在一个修道院里学习拉丁语和希腊语,后在尤里学院、波尔多大学读书,毕业后曾一度担任律师。1716 年在其伯父死后继承了“孟德斯鸠”男爵封号和承袭了波尔多郡议会长之职位。1728 年,孟德斯鸠当选为法国科学院院士,不久他离开法国到奥地利、意大利、德国、荷兰、英国考察各国政治、法律和风俗习惯。其主要著作是:《波斯人信札》(1721 年)、《罗马盛衰原因论》(1734 年)和《论法的精神》(1746 年)。其中《论法的精神》“是他著作中最重要、影响最大的一本,是亚里士多德以后第一本综合性的政治学著作,是他的时代为止最进步的政治理论书。”^[1]该书以法律为中心涉及经济、政治、宗教、历史和地理领域,用比较的方法研究了法理学、宪法、刑法等一系列法律问题。