

的某事物原因的一个陈述。^①这就意味着这种说明性有着它自身的特殊要求,即使是形式类型的社会学理论也是如此。这种要求包括理论命题的生命力是内在于社会实在,是从社会实在中生长出来的,该命题对于社会实在而言只能是真命题。同时,还要求理论命题与使用的概念不仅能够有效说明有关社会现象的形式与内在、存在状态与演变过程,还要求这种理论与概念具有新知识,具有“科学的精神特质”,具有知识的技术性、客观性或阐释性特征,而且这些因素之间的联系是在知识范式与知识统中有机联系的。更重要的是,这种新知识不仅被要求能在“帮助我们认识早期著作中的预想和暗示具有溯及效应”^②,还被要求对将来知识的发展具有预示或暗示作用。否则,这种理论与知识就无法形成对一组事实或现象给出有效说明的一套图式或体系。

在社会学原野中披荆斩棘的学者们,相信能不同程度地体味出社会学自有它与众不同的质的东西。如果说早期社会学家如斯宾塞、齐美尔、韦伯、涂尔干等人所作的探索犹如抽象画令人着迷又晦涩难懂,那么,近代各种社会学理论如功能主义、进化论、冲突论等理论的诞生就犹如现实主义画派的作品,让人清晰地辨识到这种质的东西。之所以写下这些文字,确实是执著于某种该执著的东西,这种执著的东西不仅仅是人类累积下来的已分门别类建构起来的领域或学科,而是某种凭认知方能进入视域的“实在”,比如社会学家眼中的“社会”,更高级的如黑格尔的“绝对理念”、康德的“纯粹理性”。它们就是后文将要提到的以“包含真理的物理形态存在的事物”。尽管文本中的语境是构建起来的实在,但它必须能在文本的时空中穿梭,能在同一象征上承载新知识的使命。社会学的理论担负着能够将社会现象与其本质之间的因果关系在它自身的等级序列、认知模式和语境文脉中得以阐释的任务。它能将现象与本质从各自大量模糊不清的经验与体验中凭借认知在同一象征意义上表达出来,并在现象与本质的重构和解构中让人们认知到不同等级视域、不同种属中的重要性,然后运用社会学理论的说明性或阐释性特征加以表达。因此,社会学理论研究的方法论特征表露无遗。

社会学理论属于认知领域,而认知领域的理论有它的特殊性,并不是逻

^① 参见《牛津英语大词典》(简编本)(上海外语教育出版社2004年版)“理论”词条。

^② 参见[美]罗伯特·K.默顿:《社会研究与社会政策》,林聚任等译,生活·读书·新知三联书店出版社2001年版,第316页。

系,而这些关系就是法的精神。”^①孟德斯鸠的政治理论就是著名的共和、君主、专制的政体分类学说和三权分立、君主立宪学说及地理学说。他的地理学说强调地理环境尤其是气候、土壤与人民的性格、感情之间的关系,他认为法律应该考虑这种关系。这也是孟德斯鸠的法的精神的涵义所在。而他的法律理论反倒是一些关于具体法律的理论,诸如反对酷刑、量刑应该正确、刑罚应该有教育意义、舆论可作为控制犯罪的工具等,对国际法他也提出了一些纲领性的思想。他在经济理论方面最重要的贡献是提出了私有财产是人类的自然权利,此外,他还主张兴办工业与商业,主张小土地耕作,反对奴隶制。在上述基本理论中,大家可看到孟德斯鸠的法社会学思想主要体现在他的前两个理论中,他的法律理论虽然也有一些法社会学元素,但不是他的精华所在。

孟德斯鸠认为:“法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上,一切存在物都有它们的法。”^②“我们所看见的世界上的一切东西”都是根据“一个根本理性”产生的,“法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系”。^③“个别的‘智能存在物’可以有自己创制的法律,但是有些法律不是他们创制的。”“在法律制定之先,在人为法建立了公道的关系之先,就已经有了公道关系的存在。”^④当然,这种人为法之前就已经存在的公道关系是指自然法。所以,他认为自然法的四原则就是和平(平衡)、基本需要、爱慕与希望过社会生活。他所讲的人为法包括国际法、民法与政治法。最后,他总结道:“一般地说,法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^⑤也就是说,孟德斯鸠认为,当每个国家将这种根本理性基础上产生的人类理性适用于它们各自国家的结果就是导致了各国实在法的诞生。因此,他认为这种实在法“应该同已建立或将要建立的政体的性质和原则有关系,不论这些法律是组成政体的政治法规,或是维持政体的民事法规。法律应该和国家的自然状态有关系,和寒、热、温的气候有关系,和土地的质量、形势与面积有关系,和农、猎、牧各

① 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆2005年版,第9页。

② 同上书,第1页。

③ 同上书,第1页。

④ 同上书,第2—3页。

⑤ 同上书,第7页。

第五章 法律与社会的基本关系

法律的诞生本就是人类社会运行的结果,因此,法律与社会的关系自始就是法社会学研究的核心问题,而法律与社会结构、法与社会变迁及法与现代化的关系是现代社会的法与社会的最基本关系。

第一节 法与社会结构

一、昂格爾的观点

哈佛大学的著名教授昂格尔把法视为“现实社会中人与人之间关系或结合方式的深层奥秘的暗码体系”^①。就是指人与人如何结合,人与人之间的关系到底具有何种深层奥秘以及要如何去破解这种奥秘。法则就是破解深层奥秘的暗码体系,这是昂格尔对法的理解。这种理解有一定的道理,因为现代社会中人与法的关系就像人与空气的关系一样,人要在一个社会生存很难摆脱掉法律的影响与制约,做一个完全的法外人。所以,在现代社会中,法就是破解人与人之间结合方式的深层奥秘的最合适的密码。为了说明这个问题,昂格尔举了一个特例来解释它,即自17世纪以来的近代西欧社会的深层结

^① 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第44页。

妙的和直率的社会控制形式。”^①例如，按规定每个人拥有同样的诉讼权利，当一个人的权利受到侵犯就可以起诉，但实际上穷人因付不起钱而没办法起诉，根本进入不到诉讼程序，诉讼权利对他而言就没有任何实际意义。另外，诉讼权利只是程序上的，可以判一方败诉，让一方的实质权利得不到保障。所以说权利在执行的过程中有很多微妙的情况。什么是直率的、微妙的。微妙之处在哪里？这是研究社会学的人需要去揭示的。在很多社会学的理论中，权力就像始终动态的天平，筹码（指各种社会力量与社会因素）稍微有变化，天平就会倾斜。这一点要保持清醒，法律在执行的过程中充满了微妙的直率的控制形式，穷人付不起诉讼费用，也就失去了纸上的许多权利，而富人或者有势力者则可以利用一些程序，如在备审案件目录中选择对自己有利的法官、陪审团，然后将他们的偏见变成法律等。所以，司法并不像它假装的那样视而无物，没有阶级性，它的眼睛只向一个方向斜视，即权力分配的优势者，忽视的是权力分配的劣势者和穷人。犹如爱德温·H. 萨瑟兰所说：“由于法院的阶级偏向和它们阶级对法律的实施所具有的影响力，白领罪犯比较不受影响。”也就是说，司法是和阶级连在一起的，相反的观点是神话。^②“法院的阶级偏向和它们阶级对法律实施所具有的影响力”，这句话是指什么？它是指一般法官的阶级来源系中产阶层的家庭，法官自身通常也属于白领阶层即中产阶层，所以白领犯罪比较容易得到宽容，而对特别有权的人会有些严厉，对底层的人则会瞧不起。

所以说，“即使是最复杂的程序也不能真正保障穷人与弱者的利益”^③，程序设计再完美都是由人来执行的，而人终究是社会人。书面上的程序并没有毛病，但是穷人的权力与其他参加者的权力之间有巨大的差距。错的不是结构或程序设计，而是恰当的力量对比。例如，美国有位叫托马斯·谢夫的法社会学教授对美国中西部的一个州作过调查，那里精神病院关押的许多人都不是精神病人，只是习惯有些古怪的老年人，这些古怪习惯对己对人没有任何威胁、任何危险，但他们的家人不厌其烦，不愿他们留在家里，这些老人就被认定为精神病人。^④而美国的精神病人不是医生认定的，而是需

① 参见〔美〕弗里德曼：《法律制度：从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第213页。

② 同上书，第210—214页。

③ 同上书，第214页。

④ 同上书，第216页。

第二节 “活法”与行动中的法

一、“活法”

(一) 哈耶克与昂格尔的解释

活的法律是埃利希在其名著《法社会学基本原理》中首次提出的。他认为,两种法律中即国家制定的法与代表社会秩序本身或人类联合的内在秩序的“活法”,是法社会学研究的重点。“活法”是直接产生于社会生活并支配、指引着人们实际生活的那些规则与事实。它先于国家自发地形成,是与社会同时出现和发展的。国家产生以前,这些调节人们生活与社会秩序的规则已经存在了,它认为“人类联合的内在秩序不仅是法律最初的形式,而且直到现在为止,还是它的基本形式”^①。卢梭曾经考察人类原初社会,发现没有正式法律(这里的法律是指国家法律)之前人类照样生存得很好^②,可见,人类社会早期就有规则在支配人类生活。

20世纪极为重要的自由主义思想家哈耶克(1974年诺贝尔经济学奖得主)也曾经描述这种活的法律对于人类行动和社会秩序的重要性。他说:“人的社会生活,甚或社会动物的群体生活,之所以可能,乃是因为个体依照某些规则行事。随着智识的增长,这些规则从无意识的习惯渐渐发展成为清楚明确的陈述——它(指这些规则)就如同社会生活赖以为基础的语言、货币或大多数习俗及惯例一样,几不可能是任何个人心智的发明所致。”^③他的意思是,随着大脑的发展,人的动作、习惯等也不断增加,人的行为也越来越有规律。在多次重复与慢慢积累经验的过程中大脑又进一步生长,脑力结构的发展和知识的增长始终在互为条件地相互促进。大脑发展到了一定程度,原来无意识的行动,可以清楚地有意识地表述出来。在人类早期的时候可能有一些简单的音节,这些简单的语言已经能够表达一些意义,同时又渐渐发展成为更为抽象的且更具一般性的陈述。这就具有概括能力,概

① 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第184页。

② 参见卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,商务印书馆1962年版,第74—110页。

③ 同上书,第184页。

法律如何与所居的民族的需求、个性、所处的时代相和谐固然重要,例如,我国现在的立法,首先要考虑怎样立法才和中华民族精神相契合,才能促进中华民族的真正崛起。如《劳动法》为什么出台时民众一片哗然?现在在美国等很多西方国家都在评论我国的《劳动法》,国内外对一部法律的反响都如此强烈,责难不少,那这部法律就可能确实存在问题,需要反思。我国现行《劳动法》借鉴了很多英美国家的制度,但它是否和中国当下的需求相适应?是否与我国配套的其他制度相适应?诸如此类的问题都值得好好研究。除此之外,法律与现实的适应度要与人类文明和社会进步相协调这一点更为重要,难度也更高。现实需求常常会有短视与盲点,它更需要立法时的卓越智慧与高瞻远瞩的能力。一部法律的出台要去考察是否至少在一个领域或一个阶段是推动社会进步的,而这种进步是否能够推进更宏大的长远的目标实现;任何一部法律的出台都需要放置到一种目标链中去检视,直至终极目标的尽头。只有经过这样的考察,这部法律制定出来才有科学性、前瞻性。

三、对立法基本条件的考察

综上所述,培根与萨维尼所指的立法的首要条件是在寻求自然法与实在法的契合点,推演和挖掘出一种文明、进步的法律公理并能将之有效地融入实在法的一系列原则中第一个层次,而埃文所指的条件则在如何科学地进行实在法立法第二个层次上,可称之为基本条件,即将一般公理与具体的国情与社会现实有机联结起来,制定出真正良法的基本条件。如何对这两个层次的立法条件进行科学的考察,是摆在立法面前的最大难题,也是法社会学研究的现实任务。

对第二个层次即如何科学地进行实在法立法的考察,重点在于对欲立法与社会现实需求的适应度方面的考察,主要还是采用实证的研究方法更为有效。这就需要立法之前,对各区域、各民族、各种团体、各个层次、各个群体的各种需求,对整个社会的经济、政治、社会、文化、人口、地理等所有的现实状况作全面的考量,问卷、访谈、田野调查、统计分析等方法都是测量这些问题的有效手段。现实需求度考量最难的问题是:什么才是真正的需求,而不是表面的、局部的、暂时的,是从这个民族、社会中内生出来的真实的、长远的、整体的需求。所以,对现实需求度的考察还免不了对民族历史的考察,而人也是需要特别加以考察的,因为所有的法律无非是规范人的行

活动,直接反映了特定社会与民众的现实需求,还因为它能受到即时的试错检验与修正,具有实证性与鲜活性的实验性质。

这种法律经验通常的来源主要有四个途径:第一,大量司法案例中的法律经验。这种经验主要来自于从基层法院到最高人民法院的全国各级法院。最高人民法院由于处理案情特别复杂、疑难、重大或影响特别巨大、深远的案件,相应地要求法官具有最高的业务水平和能力。因此,他们做出的判决常常具有类似于司法解释的作用,这种经验通常都能进入立法者的视野。地方法院由于每年处理的案件数量特别庞大,曾经有一个约十人的法庭每年审理上万件案件^①,因而具有丰富的审判经验,也最能发现法律中的漏洞与不足。此外,其他司法机关如检察院、公安局、仲裁机构和其他拥有部分执法权限的政府职能机关的执法经验与体会也是正式立法不可忽略的重要渊源。第二,地方立法与政策来源。因为这些规则与政策都是为了满足区域性或即时性的现实需求而做出的,是对社会需求做出反映的一种规则实验。所以,它们最能反映社会发展的动态和需要,是社会变迁与差异的晴雨表,是衡量社会现实需求的重要标识与工具。从某种程度而言,它们也可以被看成是一种规则的社会试错机制。又因为这些地方立法与政策具有广泛的社会参与和社会渗透基础,因此,这种社会试错机制又为正式立法提供了最有力的证据和最全面的资源基础。第三,民俗习惯与大量的非政治公共领域的经验。民俗习惯作为一种法律的存在形式,笔者曾经在另外一篇文章中做过详细介绍^②,它们是活生生的、经验具体的,数量也最为庞大,它们的鲜活性与实践性特征是正式立法的活的源头。非政治公共领域是中国改革开放与推行市场经济以后出现的新生力量,大量的民间社团与非营利组织都有一套各自行之有效的规则与经验,这种经验为中国的立法注入了新的生机与前瞻性的实验。第四,律师的经验。之所以将这一类经验单独罗列,在中国是有特别原因与意义的。一方面是基于律师的身份、地位与职责,其代表民间力量和私权一方,履职过程中无任何公权力可依靠,又要维护其当事人的利益,所以,其只能全力仰仗法律的力量。他们不但熟悉案件的全部事实,也谙熟法律,他们最能发现法律对现实需求的空白点、滞后、

^① 参见海淀法院民一庭、民二庭2011年结案数量。这种超负荷的工作量带来的不利后果很多,无论是对审判员的工作强度还是案件的质量而言,一般以每人每星期一个案件较为适宜。

^② 参见何珊君:《就制定法与民俗习惯间张力论村治》,载《华北电力大学学报》2008年第3期。