

The Sociology of Law

法社會學

朱景文◎主編

冉井富 朱景文 胡水君 陸益龍 郭曉飛◎著

EOLU:4870187

LIB:4337

UC
70

國家圖書館出版品預行編目資料

法社會學 / 朱景文主編.

—初版. —臺北市：五南， 2006 [民95]

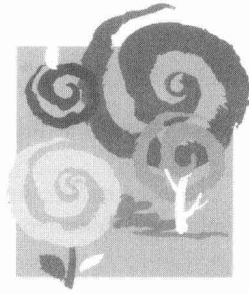
面：公分.

ISBN-10 957-11-4451-7 (平裝)

ISBN-13 978-957-11-4451-1 (平裝)

1. 法律與社會

580.163 95015027



1QP3

法社會學

主 編 — 朱景文

作 者 — 冉井富 朱景文 陸益龍 胡水君 郭曉飛 (依姓氏筆劃排列)

發 行 人 — 楊榮川

總 編 輯 — 王秀珍

主 編 — 詹岡璋

責任編輯 — 謝青秀 劉靜芬

封面設計 — 鄭依依

出 版 者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市中國區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 得力商務律師事務所 張澤平律師

出版日期 2006年9月初版一刷

定 價 新臺幣520元

©2006 by China Renmin University press (中國人民大學出版社)

All Rights Reserved.

本書中文繁體版由中國人民大學出版社授權出版發行

序 言

法社會學是一門研究法律與社會關係的學科，它是法學與社會學相結合的產物。對法律現象可以從不同的視角進行研究：從法學上主要以國家頒布的正式法律規範為中心，以合法性為標準，看人們的行為是否符合法律的要求，地方性法規和行政法規是否符合憲法、法律，如果出現違法，屬於什麼性質，是民事違法、行政違法、違憲還是犯罪，所有這些內容都要求把社會事實放到一個法律框架中去衡量和剪裁；而社會學對法律現象的研究，則把重心放到觀察法律在社會中的運作過程上，它不是以合法性為標準去衡量法律現象，而是站在客觀的視角發現和描述法律在社會中運作的規律。社會學研究也重視法律規範對人們行為的作用，但是只把它視為影響人們行為的許多因素之一。顯然社會學和法學對法律現象研究的側重點、內容和方法是不一樣的。

法社會學的結構沒有統一的安排，因為法律與社會的關係實在是一個大框架，幾乎所有與法律有關的社會問題都可以放在其中，究竟構建一個什麼樣的框架比較合適，完全取決於研究者的學術興趣和注意中心。而且，就中國的研究現狀而言，目前我們的注意力更應該放在經驗法社會學的實證研究上，而不是理論法社會學的框架。本書的結構由四篇組成，第一篇法社會學的概念、框架和方法論；第二篇行動中的法：法律、自由裁量與交易；第三篇社會對法律作用研究；第四篇法律對社會作用研究。全書內容大致包括法社會學研究中一些最主要的問題。

在我於 1994 年出版的《現代西方法社會學》和 2001 年出版的《比較法社會學的框架和方法—法制化、本土化和全球化》的基礎上，筆者在本書中同時又參照了國內外一些最新的研究成果，特別是經驗研究成果，力求做到反映學科前沿，給學生以最新的知識。應該看到中國法社會學的發展，像其他許多學科一樣，分三步走：第一步，在初期主要是介紹國外的研究成果；第二步，把這些研究成果引進到國內研究中；第三步，從國內研究中得出一般性的結論，證明或證偽在國外研究中得出的結論。顯然，中國法社會學經過多年的發展，現在的研究不能再停留在對國外理論和方法的介紹上，而必須把重點放在對中國問題的研究上。在編寫本書的過程中，我們特別注意中國近些年來的經驗材料。但就總體狀況而言，我們還沒有到達第三步，即對國外的法社會學理論提出很有根據的挑戰。我想，結合中國的實務，真正把國外已經提出的理論弄懂，是我們現階段要做的主要工作。

本書作為法學基礎教材之一，可供高等院校法學和社會學專業本科、研究生課程使用。本教材除了教材正文以外，為了教學和研究方便，特別安排了「提要」、「重點問題」和「課後複習」部分。其中「提要」是有關章節的要點，「重點問題」是有關章節中讀者需要掌握的知識點，「課後複習」則列出讀者在學完本章後應掌握的內容。本書作者群如下：

朱景文（中國人民大學法學院教授，博士生導師）：第一、四、五、六、七、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、二十章，第八章第一節；

陸益龍（北京大學社會學博士，中國人民大學社會學系副教授）：第三、十九章；

胡水君（中國人民大學法學博士，中國社會科學院法學所副教授）：第二、十八章；

冉井富（中國人民大學法學博士，中國社會科學院法學所副

教授): 第九、十四、十六章;

郭曉飛(中國人民大學法學院博士研究生): 第八章第二節。

全書由朱景文主編, 負責統稿。

朱景文

2005年4月於世紀城

Contents

序 言	3
第一篇 法社會學的概念、框架和方法論	
第一章 法社會學的概念和框架	1
第一節 法社會學的概念	2
第二節 法律與社會研究的框架	5
第二章 法社會學的歷史發展	25
第一節 法社會學的產生及發展概況	26
第二節 歐洲法社會學的歷史發展	35
第三節 美國法社會學的歷史發展	46
第四節 當代法社會學的新發展	58
第五節 中國法社會學的歷史發展	70
第三章 法社會學的方法論	75
第一節 法社會學範式	76
第二節 法社會學研究過程	83
第三節 法社會學的具體研究方法	88
第二篇 行動中的法：法律、自由裁量與交易	
第四章 法的執行的法律模式和社會學模式	101
第一節 法的執行的法律模式	101
第二節 法的執行的社會學模式	103
第五章 行動中的刑事法律	107
第一節 刑事案件中的自由裁量	107
第二節 刑事案件中的交易	119
第三節 刑事案件的「私了」問題	128

第六章 行動中的契約法	133
第一節 商業中的契約關係與非契約關係——一項美國的實證研究	134
第二節 中國白酒行業中的契約關係和非契約關係	139
第三節 新契約論——契約運作的社會環境	140
第七章 行動中的交通事故法	145
第一節 美國交通事故保險理賠的經驗研究	145
第二節 從中國道路交通事故處理辦法的修改看行動中的交通事故法	149
第八章 行動中的離婚法	159
第一節 法律陰影下的交易還是交易陰影下的審判——美國學者的觀點	160
第二節 中國關於離婚損害賠償和事實婚的法律規定及其實務	166
第九章 行動中的民事調解法	179
第一節 行動中的依法調解原則	180
第二節 行動中的法院調解	199
第十章 解決爭端的法律方法與非法律方法的選擇	225
第一節 解決爭端的不同方式	225
第二節 社會發展與解決爭端的方式——日本、美國與中國的經驗	227
第三節 制約解決爭端方式選擇的條件——理論模型	230

第三篇 社會對法律作用研究

第十一章 社會分工與法律制度	241
第一節 分工對法律類型的影響	241
第二節 對杜爾克姆理論的挑戰：調解、警察與辯護人產生的順序	245
第三節 共生關係及其法律形式	250

第十二章 所有制形式與法律制度－以色列的基布茲和中國的人民公社	255
第一節 以色列的基布茲	256
第二節 中國的人民公社制度	262
第十三章 社會組織與法律類型	267
第一節 社會組織的結構：科層制及其危機	267
第二節 法治資本主義和關係資本主義	273
第十四章 社會變遷與災害法	281
第一節 災害防治與災害法	282
第二節 現代社會中的災害與災害法	291
第三節 中國的災害法及其完善	309
第十五章 社會變遷與工業事故賠償法的個案研究	325
第一節 下屬雇員規則	326
第二節 下屬雇員規則的削弱和工業事故賠償法的產生	327
第三節 工業事故法與社會理論：對工業事故法變遷的不同理論解釋	329
第四節 《社會變遷與工業事故法》對當代中國法律變革的啟示	332
第十六章 社會變遷與民事訴訟率研究	337
第一節 作為法社會學問題的民事訴訟率	338
第二節 民事訴訟率的解釋理論	343
第三節 當代中國民事訴訟率的實證研究	364
第十七章 形式合理的法律體系與資本主義	383
第一節 馬克斯·韋伯論形式合理的法律體系與歐洲資本主義產生的關係	383
第二節 對韋伯法社會學理論的爭論和批判	390

第四篇 法律對社會作用研究

第十八章 法律的作用與人的行為方式的改變：美國禁酒令與北京禁放令	399
第一節 美國禁酒令	400
第二節 北京禁放令	407
第三節 立法與訴訟	414
第十九章 居民的守法意識	427
第一節 守法意識的構成要素	428
第二節 居民守法原因論	436
第三節 影響守法行為的因素	439
第四節 農民對法律的支持：實證研究的視角	445
第二十章 法律效果研究	455
第一節 法律效果的概念和分類	455
第二節 法律效果的測量	459
參考書目	471



第一篇 Law法社會學的概念、框架和方法論

第一章 法社會學的概念和框架

【提要】

法社會學是研究法律與社會關係的學科，是法學與社會學相互結合的產物。由於不同的學術傳統，法律與社會的研究框架可以分為：法人類學的國家的法與非國家的法；法律多元主義的政府的法與非政府的法；法社會學中的書本上的法和行動中的法。在法社會學研究中，法的概念不應該泛化。

🔑 重點問題

1. 什麼是法社會學？
2. 法社會學研究中的法學傳統與社會學傳統有何不同？
3. 如何看待不同的法律與社會研究框架？
4. 如何分析「法律多元」的主張？

第一節 法社會學的概念

一、法社會學的研究對象

法社會學是研究法律與社會關係的學科，是法學與社會學相互結合的產物。西方許多國家又把這門學科稱為「法律與社會」(Law and Society)，或「法學與社會科學」(Law and Social Science)。

法律現象是許多學科，如哲學、經濟學、政治學、社會學和法學等的共同研究對象。那麼，傳統的法學與社會學在研究法律現象時有什麼差別呢？對此學者們有不同的看法。

美國學者埃爾文 (Michael John Irwin) 認為，法學家和社會學家對法和法律制度的研究具有不同的態度。法學家的特點在於：1. 把法律研究作為自己的職業，受過專門的法律訓練，具有自身專業的知識和經驗，包括對法律術語和法律推理意義的了解。2. 其目的在於尋找法律結構的邏輯一致性，確定什麼是已創造的法，實體法是否清楚，若不清楚，應對它們作什麼解釋，其中是否有漏洞。3. 法學家有時也對法律持批判或變革的態度，但認為不是由於法律不適應社會需要，而是由於法律自身的內部相互矛盾，不能有效地發揮功能。而社會學家研究法律制度的特點在於：1. 社會學家未受過專門的法律訓練，也不懂得法律的專門術語和技術，而是從過去和現在的歷史、傳統、哲學、社會學、文化、政治和經濟的觀點出發，運用社會學的理論和方法、程序、技術進行研究。2. 社會學家關心的不是書本上的法，而是法的創制者的行為，創制法的原因，法的解釋、適用、執行及其原因，由於法的創制、解釋、適用、執行而在社會中實際發生的行為。3. 社會學家所關心的不是現行法律結構的邏輯一致性，而是他們所研究的行為在理論上的同一性，是用現有的理論解釋這些行為，還是創造一種新的理論予以解釋。4. 社會學家對法律的批判和變革的態度，認為不是由於法律內部缺乏一致性，而是由於法律不適應社會需要。¹



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

美國另一位著名的社會學家布萊克(D. Black)把法學家和社會學家研究法律現象的區別，歸納為法學模式和社會學模式，並從中心、過程、範圍、視角、意圖、目標六個方面分析二者的區別：1.從研究的中心看，法學模式的中心是規則，在正常情況下法律解釋用一個或多個規則評價所確認的事實；而社會學模式的中心在一個案件的社會結構上——誰參與到案件中，這種參與對案件的影響。而在法學模式中，案件的社會結構是完全不相干的，如果參與人的社會性影響了案件的處理則是不正確的，屬於違法。2.從研究的對象、過程看，法學模式把法看作是一個邏輯過程，每個案件的實施都可以從所適用的規則的觀點評價，邏輯決定了結果；而社會學模式則假定法不是邏輯的，而是人們實際的行為。3.從對法的態度、範圍看，法學模式假定從一個案件到另一個案件，法是不變的，同樣的事實會產生同樣的判決，法是普遍的，以同一個方式適用到所有的案件中；而社會學模式卻假定法是可變的，它隨著不同案件中參加者的社會性的不同而變化。4.從研究的視角看，法學模式出自參加者的視角，法官和律師從法律規則如何在邏輯上適用到事實中並作出判決的視角研究，而對案件參加者的社會性根本不予考慮；而社會學模式出自觀察者的視角，注意案件參加者的社會性。5.從研究的意圖看，法學模式是實務的，注重案件應該怎樣判決；社會學模式是科學的，注重案件實際怎樣判決。6.從他們所要達到的目標看，法學模式的目標在於作出判決，而社會學模式在於作出解釋。²法學模式與社會學模式的區別如表 1-1。

弗里德曼(L. Friedman)則從人們研究問題的視角，區別法學家與社會學家研究的不同。他認為，人們研究法律現象有兩種不同的觀點，即外在的觀點和內在的觀點。外在的觀點是從一個或多個社會科學的觀點，包括社會學、人類學、經濟學、心理學、政治學等看待法律現象，它們每一個都有自己特殊的領域和觀察人類行為和思想的方法。比如一個經濟學家在處理污染案件時會比較幾種不同方法的效益，是讓公司提供補償措施並避免污染，或是對污染處以罰金或刑事制裁；人類學家在處理家庭糾紛時感興



² See D. Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989, pp.19~22.

趣的，可能是不同文化在處理這類問題中的差異；心理學家則關心陪審團如何作出裁決。但是所有社會科學領域又有共同的地方，其中最重要的就是，只要可能就進行經驗觀察和科學測量，並儘量保持客觀、中立。

而內在的觀點則是內部的人 (insiders)，即法律制度內的人，包括法官、律師怎麼看待這個法律制度。當然，公眾也可能採取內在的觀點。內在觀點並不關心經驗上可測量的現實，而是從什麼是正確的、合法的，或應該如何來回答所看到的問題。如一位經營者向一位稅務律師提出一個問題：是否能把個人的暖氣費作為經營費，從而減少他的稅賦。他問的是一個內在的問題，他也期望稅務律師能給他一個從法律觀點、內在觀點出發的答案。

表 1-1 法的兩個模式

	法學模式	社會學模式
中心	規則	社會結構
過程	邏輯	行為
範圍	普遍的	可變的
視角	參與者	觀察者
意圖	實踐的	科學的
目標	判決	解釋

資料來源：D. Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989.

二、法律社會學和社會學法學

正是由於法學和社會學研究法律現象的上述差別，在傳統西方的法律社會學研究中，又有法律社會學 (legal sociology 或 sociology of law) 和社會學法學 (sociological jurisprudence) 之分，前者屬於社會學，是社會學的一個分支，其代表人物是社會學家，如孔德、斯賓塞、韋伯、杜爾克姆，而後者屬於法學，是法理學的一個流派，其代表人物是法學家，如龐德、盧埃林、弗蘭克。³

³ 關於法律社會學和社會學法學的區別，參見 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.

但是，隨著學科之間的相互滲透，法學與社會學之間的聯繫越來越密切，上述區分已經顯得不那麼重要。越來越多的法學家感到從法律研究法律方法的局限性，要評價法律的善惡、法律執行的效果，不跳出法律本身的框框是沒有出路的；而越來越多的社會學家也感到要研究法律現象，不把握法律的癥結，不了解特殊的法律技術和原理，也很難把法律—社會的研究深入下去。對法律現象和法律問題的研究不僅僅需要法律的方法，也需要有社會學的方法，不僅僅要從內在的觀點，也需要用外在的觀點。而真正在法律社會學領域作出成就的人，往往都是那些具有法學和社會學雙重學術背景，受過法學和社會學雙重訓練的人。

第二節 法律與社會研究的框架

一、法律多元

法社會學是一門研究法律與社會之間關係的學科，其重點不在於從規範上分析法律本身，而在於研究法律如何受到社會關係的制約，在於研究國家制定的法律在什麼程度上能夠改變社會，在於研究法律的運作過程中受到哪些因素的制約，法律運行的結果在多大程度上符合立法者要達到的目的。

為了表明法社會學的主題，即法律的有限性、受制約性，不同的法社會學家創造出不同的概念來表述自己的想法，勾勒出法社會學的基本框架：有的使用國家的法和非國家的法；有的使用政府的法與非政府的法；更普遍的是使用書本上的法與行動中的法的二分法來表述法學意義上的法受到社會的經濟、文化、政治、心理等法律賴以生存和運作的環境制約。法律不能從其自身來理解，法律受到社會的影響，受到環境的制約，即使是同樣的法律，比如第三世界國家仿照西方國家的契約法制定了自己的契約法，但由於運作的環境不同，它們所起的作用也會有很大差別。與此相聯繫，法社會學家們所使用的法律概念也有多元化的趨勢，它們大致包括：

(一)國家制定的法律

此一概念與法學家所用的法的概念一致。其特點是：1.法與國家相聯繫，是國家意識的表現，得到國家強制力的保證。2.法展現在法律當中，是「書本上的法」。持此類法的概念的學者在他們進行法社會學研究時，其重點放在國家意識怎樣受到社會因素的作用，國家法的運作怎樣受到非法律因素的影響，「書本上的法」在其運作過程中受到什麼因素的制約，會發生哪些變化。這些學者們的法社會學框架是：法律—社會。

(二)野蠻社會（原始社會）的習慣

一些法人類學家提出，法這種現象無論在西方的文明社會，還是在非西方的野蠻社會都存在，它並非西方社會所特有的現象。持這種觀點的許多人，具有反西方中心論的傾向。他們認為，西方社會的主流觀點往往是把法與現代國家的政府制度、議會制度、法院制度、警察制度、監獄制度相聯繫。而在許多社會，還沒有國家，看不到國家暴力的影子，即使存在國家，各個國家機關之間並沒有那樣明確的劃分，還處在未開化的「前現代」時期，但在這些社會中，人們同樣可以辨認出調整人們行為的規則、解決人們糾紛的方法，他們執行著與文明社會的法律一樣的職能。因此沒有理由只把文明社會的國家所制定的行為規則定義為法，而不把這些未開化社會中發揮著同樣功能的行為規則看做法。因此，在這部分法人類學家中流行的法社會學的框架是：國家的法—非國家的法。

(三)非政府的社會團體規則

這些社會團體規則包括宗教組織、教育組織、文化體育組織、經濟組織，甚至黑社會的團體規則。有些學者把所有這些非政府的社會組織稱為「私人政府」。他們為了證明國家法律的有限性，提出公共政府與私人政府。國家法律與私人政府的規則之間並沒有嚴格的界限，二者在功能上很難分開，它們之間相互滲透，公中有私的成分，私中有公的陰影。因此，在這部分法社會學家中所主張的法社會學框架是：政府的法—非政府的法。

(四)行動中的法

一些學者雖然把法的概念限制在國家法律的範圍內，但他們認為，法

社會學所研究的法，不是書本上的法，而是行動中的法，即法的執行者、遵守者在法律運行過程中所實際遵行的法則。在法律運行的過程中，無論是法官、檢察官、律師、警察還是當事人，都不是簡單地按照法律辦事，除了法律的作用之外，其他社會因素，如自由裁量、交易都起著重要的作用。有的學者甚至認為，書本上的法不是法，只有行動中的法（即真正決定判決結果的因素）才是現實生活中的法。這些學者所主張的法社會學框架是：書本上的法—行動中的法。

二、國家的法與非國家的法的框架：法人類學

法人類學家使用了國家的法與非國家的法的二元結構，他們所謂的非國家的法也有不同的涵義。

(一)馬林諾夫斯基：「社會所固有的相互性和公開性」

馬林諾夫斯基 (B. Malinowski)，英國著名的社會學家，現代人類學的創始人，在 1926 年出版的《野蠻社會的犯罪和習慣》一書中，描述他在新幾內亞沿岸的島嶼—Trobrandor 所觀察到的「原始法」。原始法是使那裡的社會有秩序、統一和一致的力量，它的執行不是透過強制力，而是透過該社會固有的相互性和公開性的特殊機制。他從功能主義觀點提出，那個社會的社會均衡是靠相互性和公開性，即成員間相互給予和取得的實務和對規則的普遍認同來維繫的。他發現 Trobrandor 人的相互性原則主要不是基於功能性的產品交換，而是符號性的禮物之間的連續不斷的相互交換，這種相互交換網達到社會生活一體化的作用。而 Trobrandor 人服從這些「原始法」，不是因為他們畏懼法律制裁，而是由於他們的社會是一個需要具有相互的、有約束力的義務的社會，這也就是原始法的主要功能。

在此基礎上，馬林諾夫斯基對法下了這樣一個定義：「法是由社會結構所固有的相互性和公開性的特殊機制有效的維護的，賦予一方權利、另一方責任的有約束力的義務。」⁴

這個定義的特點是：1. 它認為在不存在國家的氏族組織中也存在著

⁴ B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, London: K. Paul, Trench, Trubner & Co., 1926, p.15.

法。2.法依賴於社會結構所固有的相互性與公開性維繫。

(二)霍貝爾：「暴力的授權行使」

霍貝爾 (E. Adamson Hoebel)，美國著名的人類學家，在 1954 年出版的《原始人的法：法律運動的比較研究》一書中，比較詳盡地敘述了五個原始部族的「原始法」：北極的愛斯基摩人，菲律賓北呂宋島的伊富高人，北美印第安人中的科曼契、凱歐瓦和曬延部落，南太平洋島的特羅布里恩人，非洲的阿散迪人。他提出，原始法與現代法有原則的區別，它們是不同意義上的法。他反對在研究中把現代意義上的法律用語強加於原始資料之上，或用我們現代對法律的理解去衡量原始法律，否則就會得出原始社會沒有法律只有習慣的結論，或者歪曲了原始社會的真相。但另一方面，原始法與現代法又有共同之處，所有法律都有三個共同點，即特殊的強制力、官吏的權力和規則性。他說：「在任何社會裡，無論是原始社會還是文明社會，法律存在的基本必要條件是社會授權的當權者合法地使用物質強制。」、「沒有強制的法律就是不燃燒的火，不發亮的光。」這樣，強調強制力的作用，成為霍貝爾的法律概念的一個重要特徵。

霍貝爾給法下的定義是：「如果忽視或者違反一種社會規範，按例受到擁有社會承認的特權的個人或群體的有形暴力的使用或以其相威脅，那麼這種社會規範就是法律規範。」⁵

與馬林諾夫斯基的法的定義相比，霍貝爾的定義的特點是：1.它縮小了法的概念的範圍，法不僅僅與社會所固有的相互性和公開性相關，而且以社會所賦予的暴力為後盾，只有以暴力為後盾的社會規範才是法律規範。換句話說，這些規範對原始人來說不是隨意的，而是必須執行的，否則會受到暴力的制裁。2.它強調暴力的授權行使，即這種暴力不是任意的，而是具有合法性，是擁有社會所賦予的特權的個人或群體實施的，這樣就把「暴力的授權行使」與「暴力的非授權行使」區別開來。只有「暴力的授權行使」才是法的特徵。



⁵ E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Men*, Cambridge: Harvard University Press, 1954, p. 48.