

法律社会学的法概念

张 文 显

什么是法？这个法学研究对象的本体论问题也是法律社会学必须解答的首要问题。不过，法律社会学对于这个问题的解答不同于传统法学的解答。在法学史上，在学者们没有运用社会学的观点和方法考察和解释法律现象之前，法学家们总体上是把法理解为一个封闭的、固定的规则或命令体系；即使在社会学知识已经被运用到法学领域以后，仍有相当多的法学家把法理解为自给自足的规则体系。在这方面，法律实证主义可谓典型。法律实证主义者把法定义为由一个总的标准（“基本规范”或“承认规则”）确认的、社会旨在决定什么行为应受国家权力加以惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则。与此相对立，法律社会学把法理解为开放的、运作的体制。以下五种具有代表性的法律社会学观点都表明了这一倾向。

一、多元论。法的多元论强调法不独与国家相连（不独出自国家），“国家的法”（State Law）只是社会法律秩序的一部分，而且不一定是最主要的部分。法律社会学家把法与确认和实施规则的权威机关或专门机关相连，认为只要由权威机关（不论它是国家，还是教会、商会、律师协会、学校或其他团体）确认并保证实施的规则就是法。任何关于法的理论都应考虑存在于依靠正式权威和制定规则以进行社会控制的公共组织中的法。

很多著名的法律社会学家，如古尔维奇（G·Gurvitch）、彼特拉任茨基（L·Petrazycki）蒂曼色夫（N·S·Timasheff）、伦纳（K·Renner）、埃利希（E·Ehrlich）、坎特诺维茨（H·Kantorowicz）都发表过此种观点。古尔维奇说，法是秩序或不同社会关系及社会生活和谐的表现，因此，法的性质很大程度上取决于它所表现的社会关系及它所调整社会或群体的性质。法可以是创制的，也可以是非创制的；可以是事先确定的，也可以是事后创造出来的或直觉的。它可能包括、但非必然地包括一个外来的强制规定。法律社会学中心理学派的代表人物彼特拉任茨基认为，法是由涉及权利和义务的连带感情组成的心理现象，可以分为四类，即实证的（建立在确定的惯例或明确的正式规定之上的）、直觉的（非建立在确定的惯例或正式规定之上的）、官方的（由法院或其他国家机关承认的）和非官方的（非由国家机关承认的）。心理学派的另一代表人物蒂曼色夫把法区分为“国家法”和“社会法”，认为前者决定着后者的效力范围。不过，各种形式的法都表达了一个基本的社会现象，即由权威模式调整的人类行为。至于埃利希把法分为“法规”（国家制定的法律规范）与“活法”（商会、教会、工会等人类组织的内在秩序），坎特诺维茨把法区分为“正式法”（法典、法律中的规定）和“自由法”（习惯、法律解释、判例理由、法学家的权威论述等），更明确地表达了法不限于国家机关正式制定和适用的规则。

二、强制秩序论。很多法律社会学家把法理解为强制秩序。例如，德国的韦伯（M·Weber）指出：“一种秩序，如果它是由物质的或心理的强制的可能性外在保障的，以引起服从或回报违法行为，就将被称作法，并将由专门人员为着引起服从或回报违法行为之目的而

加以适用。”^①这个概念既强调了法是一种特殊的强制秩序，又强调了法不限于“国家的法”。再如，美国法律社会学中人类学派的杰出代表霍贝尔（A·Hoebel）说：“这样的社会规范，就是法律规范，即如果对它置之不理或违反，按例就会遇到拥有社会承认的，可以这样行为的特权的人或集团，以运用物质武力相威胁或事实上加以运用。”^②西德著名法律社会学家卢曼（N·Luhmann）也是强制秩序论的拥护者，卢曼从现象学的“生活世界的结构的不确定性”和“相互主观性”原理出发，指出人类的社会关系存在着“两重不确定性”即各系统相互联系的不确定性和主客观转换的不确定性，亦即两个主体的行为的不确定性。法及其他社会规范的功能在于通过某种强制解决不确定性，增加社会的相互期待和社会相互作用。不过，这种强制主要不是行为强制，而是预测强制。

三、操作论。操作论把法看作一种活动，强调法并不是一套纯粹形式的，孤立的规则体系，而是由活生生的体制中的活生生的人所进行的一种活动，一种组织和决定的方式，一种预防争端和解决争端的程序。因此，必须注重研究“行动中的法”（law in action）或“作为行动的法”（Law as action），即研究法是如何被制定、执行、适用、遵守或违反的，法是怎样影响人类行为的，律师、法官、检察官、警察、行政官员是如何对待法律和实施法律的，法的一般原则和规则与其贯彻实施之间的差距，法的目的与其实际结果之间的差距，等等。持这种观点的，除了法律社会学中的行为主义学派（或新现实主义学派）外，还有霍尔（J·Hall）、斯通（J·Stone）等著名法学家。霍尔认为法是形式、价值和事实的独特结合，应当有一个溶形式、价值和事实为一体的整体的、操作的法概念。为此，他把法理解为“现实的、合乎道德的权力规范”，并用“法即活动”这一概念统一各要素。在霍尔看来，虽然法是由规则和概念组成的，但是如果把法官、行政官员和强制执行官员的日常实践纳入法的概念结构，就不可能理解作为社会制度的法。斯通则指出法有七个特征：（1）法是由许多现象组成的复杂整体；（2）这些现象包括规范，这些规范通过指定、禁止和允许一定的行为来指导人们的活动，并成为法官和其他官员适用法律提供指南，这些规范也包括内在行为；（3）法所包括的规范是社会规范，它们指导人与人的行为；（4）法是一个系统安排的整体，即法律秩序；（5）这种秩序具有强制性；（6）强制是制度化了的，即它们必须是根据既定的规范实施的；（7）这种制度化的社会规范的强制秩序应当由价值观念效力来维护，并应有一定程度的实效。

四、法理说。法理说把法理解为“制度化的法理”（Institutionalised legal doctrine）。把焦点对着“合法性”概念，并把规则的存在作为操作的法概念的中心要素，而规则的概念意味着限制专断和对官方自由裁量的一定程度的规范控制。因此，在某些法律社会学著作中合法性及其价值问题是作为核心来处理的。在最开放的法律社会学著作中，法被解释为一个法理体系，并作为一个法理体系被习惯地适用。法是由社会规范构成的，而这些社会规范意指一定的认识和评价原则和概念。法区别于其它社会规范之处在于它包括有制定、解释和适用的机构和程序。法理说不严格地把法与特殊的社会经济秩序相连，因为社会规则是所有社会和所有稳定的社会群体的普遍特征；也不把法限定在国家的法的范围内。把法视作法理，就可以直接地探讨法的意识形态方面。依据社会学观点，法理不是在一个自给自足的观念世界中为着自己而存在的东西，它是在社会活动中构成的，即在纠纷中，政治冲突中，法

① 韦伯：《论经济和社会中的法》第5页，哈佛大学出版社1954年。

② 霍贝尔：《原始人的法》第28页，哈佛大学出版社1954年。

院、律师、执法机关之间的互动中，在商业实践中构成的，也是通过公民诉诸法律以求保护利益的活动构成的。

五、社会控制论。社会控制论把法看作一种特殊的社会控制方法。这一理论主要是由法律社会学大师庞德创立的。庞德指出，从公元前6世纪以来，什么是法这个问题一直是一个争论的题目。许多东西曾发生作用而使这个问题成为一个困难的问题。困难的重要根源在于人们使用同一个词表达不同的意思。人们曾在三种意义上使用“法”这个词：（1）法律秩序，即通过有系统的、秩序地适用政治上组织起来的社会的强力来支配人们的行为和人际关系的方法。这种秩序同宗教、道德一样，是社会控制的一种方法。当我们说到“尊重法律”，人们所说的不是法律规则的总和，而是社会控制的方法。（2）一批制定或社会公认的司法和行政活动的权威性资料，其中包括律令——规则、原则、概念和标准等——如何制定和解释法律，如何在权威性法律规定中寻找对案件作出判决的根据以及如何适用法律的方法、理想——法律规定应当是什么和法律技术应当怎样适用——的哲学上、政治上或伦理上的观念。（3）司法和行政程序，即为了维护法律程序，依照权威性指示以决定各种案件和争端的过程。庞德认为，为了正确理解法的性质，应当把三种意思统一起来。为此，他把法理解为“发达的政治社会中高度专门化的社会控制形式——一种通过有系统有秩序地适用社会强力的社会控制。在这种意义上，它是一种统治方式，称之为法律秩序的统治方式。”这种方式的统治，是根据权威性的理由或指南有系统有秩序地进行的，并且是通过一定的司法程序和行政程序，借助公认的权威性技术和理想进行的。^①所谓“控制”，是指对人类本性顽固的利己主义一面的控制，其目的是平衡存在于社会中的各种利益，以最小的代价（摩擦和冲突）来保证最大的需求的实现。

上述西方法律社会学的观点都把法理解为开放的、操作的规则、制度和活动，突破了传统法学（概念法学、机械法学，分析法学）的形式主义或纯粹“理性”，克服了见物（规则）不见人的注释法学局限，有着巨大的实践意义和理论意义。但是，西方法律社会学没有彻底克服传统法学的局限。这突出表现在它没有揭示或有意回避了法的阶级本质或阶级的（集团的）价值取向。此外，它把法律规范与社会规范、国家权力与其他权力混为一谈，也是不可取的。于是，人们运用马克思主义的观点，对法律进行社会学的研究，认为：法是与国家相连的一种社会现象，是掌握国家政权的阶级（集团）的价值观念的外化，而这种价值观念决定于该阶级（集团）在社会经济、政治和文化中的地位，最终决定于该阶级（集团）的物质生活条件。从这一点出发，马克思主义的法律社会学同时反对对法进行任意的或无限制扩大的解释，即反对把法溶于社会规范性调整体系而不加区分，用社会性的一般概括抹煞法现象的独自的特质。

马克思主义的法律社会学在指出西方法律社会学的法概念的局限的同时，借鉴了其中的合理因素。它也坚持：第一，不从给定的原则或僵化的模式出发，而是从实证的经验材料出发概括法的本质；第二，它不仅从本体意义上，而且着重从社会意义上理解法；第三，它不忽视法的“静态”和“虚效”（抽象的、一般的规定和效力），但更注重法的“动态”和“实效”。从这些方法论原则出发，马克思主义的法律社会学也把法理解为一个开放的、操作的、工具性的体系。具体说来，它的法概念包括这样一些基本思想：

^① 转引自莫里斯：《伟大的法哲学家》，第532页，宾夕伐尼亚大学出版社1981年。

第一，法是由国家制定或认可的，并对社会关系和社会生活发生实际作用的社会规范。这首先意味着法与国家是不可分的，所有的法都是“国家的”。至于那些在功能上与法相似或相同，对法起着辅助和加强作用的社会规范（如政党、社团的章程及乡规民约等），可以称之为“准法”，但不能归属于法的范畴。否则，就会导致法的不确定性，甚至可能出现把法律没有禁止、但其它社会规范禁止的行为作为“非法行为”处治等扰乱和破坏法治的现象。其次也意味着那些仅仅停留在书面文字（法典、法律、法规）上，长期不对社会生活发生实际作用的规则、原则，并不能算作法，正象一台根本不起计时作用的“钟表”不能算作钟表一样。

第二，法是一种复杂的体制。这种体制代表着国家对权利和义务（即社会合作的成果和负担）所进行的权威性分配。所以，法的核心内容是权利和义务。这是法区别于宗教、道德和习惯的主要之点。宗教以人对上帝的义务（信仰和服从）控制社会，道德以人际之间的义务和责任调整社会关系，习惯则表现为行为的经常性，依一定习惯模式活动是无所谓权利和义务的，法律则是以“权利”和“义务”这对对应范畴来调节社会关系的。法既是一种体制，自然就包括硬件和软件两部分。“硬件”指制定和实施法律的国家机构，软件指国家机关的各种指令。如果权利和义务的分配是由一定的国家机构按照事先确定好一定的规则和程序进行的，这种法定权利和义务的配量就具有权威性和合法性。

第三，法是一种秩序。秩序意味着在社会生活中存在着某种程度的关系的稳定性、结构的一致性、行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性以及人身财产的安全性。秩序的存在是人类一切活动的必要前提，所以，除了极少数试图从混乱中渔利的坏蛋，大多数人都希望有某种秩序的存在。秩序是与无序（混乱）相对的。当无序（混乱）发生或将要发生时，人类必须采取措施去保护受到危害的秩序。在文明社会中，法是预防和制止无序（混乱）发生的首要的、经常起作用的手段，因而也是秩序的标志。

法是秩序，它突出地表现于以下各方面，即：现代民主社会的阶级控制秩序，社会生产和交换秩序，社会生活秩序，以及权力运行秩序。所有这一切都表现为法律秩序。

第四，法是实现一定社会目的或价值的工具。法本身不是目的而是工具。就现代法来说，法的工具性表现为：赋予个人从事某种活动，实现某种利益的资格、机会、条件，维护个人期待的人身和财产安全；为不使用私人武力解决纠纷和冲突提供权威机构和正当程序，以维护公共秩序、和平和安宁；授与政府合法权威，使之能够公平地、有效地配置资源，促进经济增长和社会福利；教育和促进公民参与政治程序和法律秩序，并为公民参与提供保障；引导社会变迁或为社会变迁开辟道路，等等。既然法是工具，人们就可以根据确定的目的来评价法，并按照不断变化的环境和价值标准对法进行解释和修改。

作者工作单位：吉林大学法律系

责任编辑：谭深