

· 政治文明与法律发展 ·

社会学视野中的法律世界

——解读埃利希的“法律社会学”

李霞, 明辉

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720; 北京航空航天大学法学院, 北京 100191)

摘要: 欧根·埃利希是西方法律社会学的代表人物之一,在《法社会学原理》一书中讨论并确立了法律社会学的基本主题与原理,从而取得极具开创性的法学成就,但却未能在其有生之年得到应有的承认与评价。埃利希从社会学的视角将法律界定为人类团体秩序及调整秩序的规则,指出社会团体的内部秩序是法律秩序的基础。从社会法、法官法、国家法三个维度展开对法律的社会学研究:法律规范是来源于法的事实规范;法律规范是法院或法官据以解决冲突与纠纷的规范;国家法的主要功能是维护从社会中发展而来的法律。法律规范应当研究作为“活法”的具体习惯、法律关系、契约等,从中归纳调整社会关系的行为规则,从而奠定现代法律秩序的基础。这也正是法律社会学的研究方法。基于此,埃利希理应得到当前法学界的承认与关注。

关键词: 埃利希;法律社会学方法;法律规范;社会规范;活法

中图分类号: D90-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-1971(2013)03-0041-05

作为西方法律社会学的代表人物之一,欧根·埃利希在《法社会学原理》中确立了法律社会学的基本主题与原理,取得开创性的法学成就,但却未能在其有生之年得到应有的承认与评价。正如帕特森所言,埃利希“对欧洲的影响因其颇受争议的个性与其理论著作的不可信赖性而被弱化。世界大战又阻碍了他正在对美国形成的持续影响”^{[1]445}。虽然《法社会学原理》亦有不足,但不失为19世纪末至20世纪初的法学名著之一^{[2]341}。

了解埃利希的生活环境至关重要。在埃利希的出生地与布科维纳公国,至少生活着九个不同的种族与宗教群体,不同的法律与地方习惯并存。独特的法律文化体验使埃利希意识到,规制社会生活的“活法”不同于法院的裁判规范。裁判规范只规制被置于司法或其他法庭之前的争端,

“活法”是一种用于习惯性建构社会关系的框架,其渊源在于不同类型的社会联系之中。这种法律的本质不是争端与诉讼,而是和平与协作。

为了研究母国人民的“活法”,埃利希在塞尔诺维茨大学开设了一门法律课程,让学生调查“附近居民共同体的(社会生活)实践与态度,并使用开创性的而非原始性的私人访谈调查问卷”^{[1]445}。埃利希不仅“开启了一种探明大众行为之习惯以及探究这些习惯与书本中的法律和现行的司法及行政过程间关系的一种技术”^{[2]341},还主张将孟德斯鸠的《论法的精神》视为“建构法律社会学的第一次尝试”^[3],但这都无法影响他开创一门“社会学比较法学”^{[2]342}。迄今,法官、律师、立法者、法科学生,会或多或少地从“活法”的意义上关注法律的功用及其运作。这种关注在相当大的

收稿日期:2012-09-18;修订日期:2013-04-03

基金项目:北京市优秀人才培养资助项目“中国司法的现实主义转型研究”(2011D009002000002);教育部哲学社会科学研究后期资助项目“现代西方法理学研究”(11JHQ016)

作者简介:李霞(1979—),女,湖南郴州人,助理研究员,法学博士,从事宪法学、行政法学研究;明辉(1975—),男,河北邯郸人,副教授,法学博士,从事法理学、法律史学研究。

程度上受到埃利希法律社会学研究的影响^{[4]21}。

一、法律的概念

在厘清 19 世纪至 20 世纪初欧陆法学的缺陷与不足的基础上,埃利希详细分析了法律的概念。埃利希认为,从法官的视角看,法律是“法官据以必须对呈现在他面前的法律争议进行裁决的规则”;而从法学研究(特别是法律史学家)的视角看,法律则是“人类行为的规则”^{[5]19}。然而,多数西方法学家忽略了两种规则间的差异,当追溯外国法或古代法时,他们采用后者的视角将法律视为“人类行为的规则”;当研究国内法或现行法时,他们又轻易地转而采用前者的视角。在埃利希看来,这种模糊或忽视的态度实际上隐含着一种与日常经验相悖的观念,即“法院据以进行裁决的规则就是人们应当据以行为的规则”,而“随着时间的发展,人们确实将会按照法院据以裁决的规则来调整自己的行为”。埃利希主张法律社会学必须首先研究“法院的判决对人们的实际行为产生影响”在多大程度上符合实际情况及其“依赖于什么样的环境”^{[5]10}。立法者不能对无法预测的案件作出规定,所以法官实际上成为正义的终极卫士。法官不仅要关注当前既有的“活法”,而且还要考虑未来可能出现的“活法”——经济的、政治的、文化的以及伦理的需求。社会学的任务正是为法官与立法机构提供相关资料与信息^{[4]29}。

20 世纪初期,在理论层面,受过科学训练的法学家普遍认为,西方法律史上的“大部分法律不是由国家创制的,即使在今天,大量的法律也来自其他的源头”^{[5]12}。此前,至少已有两种法学思潮开始质疑“只有国家宣称的才是法律”或者“法律是主权者的命令”的观点,进而试图从各自不同的视角科学地探究法律的本质,从国家之外追溯法律的起源:自然法学发现了人性;历史法学找到了民族的法律意识。埃利希通过对西方法律与法学说的历史考察,梳理了西方法律史上关于法律概念的理论界定,大致可以归纳为:法律是由国王或者国家制定的;法律是法院或者法官据以处理人际争议的规则;法律是一种国家通过强力而施予的强制秩序;法律是一种人类团体秩序,或者是调整此类秩序的规则^{[5]2-26}。

二、社会团体及其内部秩序

法律社会学的出发点在于将法律置于社会背

景下加以考察,在对法律展开社会学研究前,埃利希分析了“社会”。人类社会是“彼此存在联系的人类团体的总体”,各种人类团体相互交织、相互影响,共同构成了社会^{[5]28}。埃利希没有严格界定社会团体,只是从历史演进的角度列举了具有法律意义的社会团体形式。他认为,在人类历史发展过程中,社会团体形式经历了从氏族、家庭、家族、部落等以血缘为纽带的共同体,到教会、行会、政党等以宗教、经济与政治为纽带的共同体,最终形成国家。埃利希主要关注能够证实“内部秩序”的社会团体。在不同形式的社会团体中,存在着适于维系团体成员之间相互关系的行为规则,即“确定的、以词语表达的、由超越于个人之权力发布的、从外部强加于个人的法律规则”。在古代社会,法律主要是氏族、家庭、家庭成员共同体中的秩序,决定着夫妻、父母与子女间的相互关系以及其他氏族、家庭和家庭成员共同体之间的相互关系^{[5]30-31}。在实证意义上的法律形成之前,社会团体的内部秩序具有法律的典型特征。

通过列举实例,埃利希试图阐明在不依赖于法律规则的社会团体内部秩序与法学家研究的法律之间存在的差异^{[6]4}。他认为,在古代社会中,法律大致是随着土地占有的出现而形成的,因而最古老的法律应当是土地法,尽管还不是现代意义上的一般法律规则;契约法与之类似,仅以所签订的契约的内容为基础,缺乏有关契约的具有强制性、补充性或者解释性的一般规则;或许,在继承法中最早出现了简单的一般法律规则,这可以从古代日耳曼部落法中发现此类法律规则的痕迹。在古代社会,整个法律秩序存在于人类团体的内在秩序之中,它不是通过法律规则,而是通过社会团体的内部秩序来维持平衡^{[5]35}。

在中世纪欧洲封建国家中,氏族、家庭、家族等古老团体形式依然存在,但同时也出现了一些全新的地区性团体,并担负起一系列社会职能,其中最重要的是自治城市。在这些中世纪自治城市中,为了适应诸多前所未有的社会团体及其相互关系,出现了许多新型的法律制度与法律理念。然而,这些法律制度仅仅构成法律秩序中的极小部分。在封建国家中,绝大部分法律秩序是依靠各种社会团体的内部秩序,而不是法律制度。因此,人类的群体、联合体和各种关系中的内部秩序是法律秩序的基础,为世人提供了“活法”^{[2]342}。

通过对欧洲法律史的考察与比较,埃利希指

出,现代社会的普遍观念是充满矛盾的。无论法官还是行政官员,都知道大量裁决是根据法律文书、证人与专家证言、契约、团体章程、遗嘱等进行的,而不仅仅依据法律条文。从法律社会学角度看,法官或行政官员从大量裁决依据中提炼出来的“事实问题”恰恰是“人类团体的内部秩序”,因而,即便在现代社会,人的命运在很大程度上仍然取决于团体内部秩序而非法律条文^{[5]38}。

埃利希认为,社会现象不能按法律推理的方式加以解释,而是基于以此为基础的事实展开思维的方式加以解释;根据这一法律社会学原理,人类团体的内部秩序不仅是古代法的形式,而且是现代法的基本形式;法律条文很晚才出现,至今绝大部分仍来源于团体的内部秩序。因此,“要说明法的起源、发展和本质,就必须首先探究团体的秩序”^{[5]39,40}。为了探究是什么导致社会团体的内部秩序,埃利希主张,相对于法院与立法者表达的法律命题,在更为现实的意义上,内部秩序的功能预示了“法律”的特征。相对于历史法学而言,在对法律的理论研究上,埃利希走得更远^{[6]4}。

三、法律的三个维度

在一般意义上,法律概念仅指制定法或成文法,但在埃利希看来,这种法律观念根本无法满足法律社会学研究的基本需要,故而,埃利希从以下三个不同的维度展开对法律的社会学研究。

(一) 社会法

埃利希认为,人类团体的“内部秩序”不仅是古代的法律形式,而且仍是现代法律的基本形式。因此,法律的首要功能在于社会生活秩序的维系或者和平,而解决冲突或纠纷仅仅是法律次要的或者衍生的功能,尽管这对于法律人而言通常是居于首要地位的。只有从这个层面认识法律的功能,才能真正理解法律的内涵与意义。

埃利希也认识到,法律规范与其他规范之间也存在差异,只是难以确定^{[5]176},因为从科学角度很难在法律规范与其他社会规范之间划出一条清晰的界线。对于这个理论难题,埃利希认为,尽管实践中很少存在,但仍应作出区分,法律规范与其他社会规范之间的主要区别“存在于它们的稳定性、确定性方面,存在于它们的社会重要性之普遍感受上,而不存在于内容方面”^{[5]134}。

法律的标志就是一种普遍的社会心理,即人们普遍意识到行为规范对社会秩序与和平的维系

与发展是不可或缺的。因而,埃利希创设了法律规范的“承认理论”,即无论法律规范还是其他规范,只要人类据以调整自己的行为,就必须得到承认;规范经由社会团体的承认所赋予的社会力而发生作用^{[5]179}。依据法律社会学原理及“承认理论”,埃利希归纳出法律规范的特征:法律规范调整较为重要的和具有根本意义的事项;法律规范经常用清晰、确定的语词表达,从而赋予以法律规范为基础的团体以稳定性;法律具有一种他律性,必须作出详细的指引性规定,以使人们据以对自己的行为及后果形成合理预期^{[5]179-181}。

据此,埃利希对法律规范作出较为清晰的界定:“法律规范是来源于法的事实规范,即来源于在社会团体中给每个成员分配其地位和职责的习惯,来源于支配与占有关系、团体章程、契约、遗嘱处分和其他类型的处分行为;而且,法律规范也是来自国家的法条和法学家法的规范。”^{[5]181}

(二) 法官法

法律规范是法院或法官据以解决冲突与纠纷的规范。仅从解决冲突与纠纷的角度讲,法院并不是以国家的机关而是以社会的机关的形态而出现的。法院的功能原本在于“根据相互之间已存在关系的氏族和家庭的委托”对“不同团体成员之间的争端”作出裁决^{[5]126}。塔西陀在《日耳曼尼亚志》中记述了古代日耳曼人的冲突解决方式:通过血亲复仇或者交付赎罪金来赎罪,甚至还列明了赎罪金的具体额度。很久以后,才真正出现作为国家机关的法院,处理直接涉及国家或者国王的事务。就社会功能而言,法院仅仅是“不参与争端的人或者人的集合,他们应当通过其关于争议对象所表达的判决意见,来促进和平”或者维持社会秩序。

任何裁判规范均有特定的社会基础,包括团体的内部秩序、构建这种秩序的法律事实,据以在团体中分配个人权利与义务的习惯、支配与占有关系、契约、章程以及遗嘱的处分等。同时,裁判规范也不同于团体的内部秩序,因为法院据以适用裁判规范的纠纷不是和平的关系,质言之,裁判规范不是针对和平的关系,而是针对法律诉讼。

社会团体与生活的多样性及其引发的冲突与纠纷的多样性,导致裁判规范必须通过普遍化与统一化手段来简化规则,以应对这些纷繁复杂的情况。埃利希推断,最早出现的是普遍而统一的裁判规范,并不是“活法”;在统一的形式下,个别

的、地方性的差异也可能继续存在^{[5]130}。随着社会的发展,基于普遍社会心理、经济性考量及巨大的社会需求,法律不仅适用于当下的案件,而且也适用于相同或类似的案件,这就是裁判规范对法律形成至关重要的“稳定性法则”。正是由于稳定性法则,裁判规范才获得了“非凡顽强的生命力和巨大伸展力”,最终演变为法律规范,并被以固定内容和书面形式记录下来^{[5]137-141}。

(三) 国家法

在讨论国家法时,埃利希先追溯了国家的起源。国家最初源于“军事团体”,即军事贵族联盟。在早期阶段,除军事功能外,国家还有供给国王与军事领袖的功能与治安保护的功能。至国家发展的晚期,这些原始功能因司法系统的发展与立法程序而得到补充^{[6]20}。只有在将法律视为“国家法”时,才有所谓的“法律实证主义”。此时,法律成为一种借以实现国家特定目的的手段。

现代国家在很大程度上参与司法运作,创设了适于国家秩序与法院的规范,但这并不能说明国家是法律的渊源。埃利希指出造成这一谬论的四个因素:国家通过立法参与制定法律;国家通过法院参与司法运作;国家有权并控制法院以施行制定法;国家可以通过强制力维持现状的观念^{[5]142}。

在埃利希看来,国家法是“通过国家而产生的法”,严格地区别于制定法。国家法包括军事法、警察法、税法及“国家干预法”或国家行政法。其内容是将法律当做构建、改变社会结构的工具。与来自社会的法律规范相对,国家创制的法律规范通常依赖于国家机关及其官员的执行^{[5]142,403}。

近代以来,国家法发展迅速,但在全部法律规范中仅占较小的部分。若能克服社会与国家的矛盾,即可建立一个全新的社会秩序,国家法变得多余,其重要性也随之降低。在此,埃利希有低估国家权力之嫌,因为正是国家权力在具体实施国家制定的规则。在他看来,“基本的社会制度……不依赖国家而产生。法律发展的重心自古以来就不在于国家活动,而在于社会本身”^{[5]428-429}。因此,国家在法律形成与发展中的作用非常有限,以至于国家仅仅是一种服务于社会的机构,其主要功能在于维护从社会中发展而来的法律。

四、“活法”——开启法律社会学之门的钥匙

埃利希始终致力于研究社会中确实为实践接

受的法律。为此,他创造并运用了“活法”这一独特概念,以区别于作为规范文本的法律。

经过对古代罗马法与日耳曼法的历史考察,埃利希认为,法条并未包括全部法律,这种观点不仅适用于历史上的法律,也适用于现代的法律;法条也没有意图呈现一幅“法律状态的完整图景”^{[5]540}。尽管埃利希充分运用历史材料从事法律社会学研究,但仍指出了法律史与法律人类学的不足,认为后者仅对法律发展的学说有用,而不能对现实法律的认识有所助益。

基于上文论述的西方传统法律概念的四个构成因素,埃利希认为,应当将作为人类团体秩序的法律作为法律社会学研究的出发点,但其他三个因素都不是法律概念的必要因素。原因在于:法律概念与国家没有必然联系;法官进行裁判的依据并不仅仅来自制定法;强制力并非法律所特有。因此,历史上的法律有相当部分不是国家制定的,即使在今天,除制定法外,法律仍有其他渊源,也就是埃利希所谓的“活法”。在多元化的社会中,“活法”必然不仅有一种存在形式。在埃利希看来,“活法”是“支配生活本身的法”;“活法”的来源首先是“现代的法律文件”,其次是“对生活、商业、习惯和惯例以及所有联合体的切身观察”^{[5]545}。“活法”不是“法院在裁断某个官司时认可其具有约束力的法律文件的内容部分”,而是“当事人在生活中实际遵守的那部分内容”^{[5]549}。

为了探寻“活法”,埃利希建议研究法律的渊源:司法裁判,规制人类事务的文书,生活习俗。研究者必须作为生活的观察者,能确认并区分源于共同体生活实践的习俗与抽象的道德标准^{[4]25-27}。

对“活法”概念的认识,有助于理解埃利希的法律社会学原理,因为在他看来,法律社会学的工作就是对“活法”的探究。法律社会学首先应研究具体的习惯、法律关系、契约、遗嘱处分,然后从中总结归纳据以调整社会关系的行为规则。现代意义上的裁判规范与制定法正是在行为规则的基础上产生的。因此,“活法”即人类社会法律秩序的基础^{[5]553-554}。然而,埃利希意识到可以将法律命题作为衡量社会发展的标尺,只有通过研究“活法”,才能确定法律命题对行为的影响^{[4]23}。

五、法律社会学及其方法

埃利希对法学家使命提出疑问:法学家应如何理解社会、社会中的“活法”以及社会团体?在

《法社会学原理》的最后两章中,埃利希探讨了法律社会学及其方法问题,并集中在法律史及对“活法”的研究上。

基于对制定法与社会法的考察,埃利希批判了流行于19世纪至20世纪初的分析实证主义法学,因后者仅仅关注国家制定的法律及法律命题^{[6]22}。埃利希认为,若法学研究的任务仅仅是在概念与逻辑上分析制定法,并使其构成一个逻辑完美的规范体系,那么这种法学就不能恰当地反映法律的本质与现实。质言之,这种法学根本不是科学,而只是法律人关于法律技艺的学说,仅仅表达了一种旨在使法官在裁判规范的约束下进行裁判的尝试^{[5]20-21}。然而,埃利希更强调应将法律科学研究的重心放在如何改善法律的实践上。在任何用于实践的法律理论形成之前,法律科学的任务均在于研究作为社会现象的法律及其生成与演进的过程。此项任务只能由法律社会学完成,因而也成为法律科学的核心。

法律科学的科学因素应当在对人际关系的实际观察而非对法律命题的分析中寻找。法律科学仅仅研究特定实在法体系的法律命题,而隐藏于实在法体系之后的人际关系却并不依赖于法律命题。法律制度、国家、个人、所有权、合同及继承随处可见;对科学家而言,揭示出一般特征并予以普遍化,是完全可能的^{[6]23}。在埃利希看来,最有可能实现法律目的的方法就是将“法律事业”的所有方面联系起来并达到一种和谐状态。因此,有学者将埃利希的法律社会学理论称为“协作法理学”^{[4]35}。正是在这个意义上,埃利希认为,若将社会科学理解为一种研究人类社会的科学,那么它既可能是理论性的,也可能是实践性的。

在埃利希看来,法律社会学可以并应当成为一种关于法律的科学理论。法学家的任务应当是双重的:对作为“活法”的科学的科学研究应符合正义的观念;法学家应能创设用于实现社会目的的工具与方法。对正义的适当研究应在引导其发展的社会力量而非法律命题中寻找。若正义能成为法律科学的研究对象,那么埃利希就再次证明了法律发展的重心在于社会,而不在于立法或司法裁判^{[6]19-20}。在研究方法上,埃利希是第一位提出运用归纳研究方法、社会调查和调查问卷、搜集合同文本和举办访谈等研究方法的法律人^[7]。

结 语

当代法律人不应被埃利希的“在当代以及任

何其他的时代,法的发展重心既不在于立法,也不在于法学或司法判决,而在于社会本身”^{[5]1}误导。法律人习惯于使法律原理符合社会事实,或者基于社会利益而分析司法裁决。如前所述,埃利希主张,存在一种不依赖于法律命题的“活法”,这正是法律科学研究的对象。

从内容与逻辑结构上看,《法社会学原理》是一系列与法律社会学主题相关的文章集合,而不是一个具有系统性的诠释。在一定程度上说,这也是该书的不足之处。只有在阅读该书的后续章节后,才能完全理解前面章节中的特定阐述。因此,只有通过再次阅读,才能理解埃利希的法律社会学主题。书中的各个章节分别讨论了社会、社会团体及其内部秩序、团体规范、法律规范、裁判规范以及法律命题的创设与结构等问题。正如庞德所言,“埃利希有能力对罗马法、英国普通法、现代罗马法以及当今的欧洲大陆法的法律思想和法学思想作出极其智慧的比较,而在他之前,却不曾有任何人做到这一点”^{[2]341}。

《法社会学原理》少有哲学概念与原理。埃利希自视为能运用社会科学家的方法从事研究的法学家。20世纪早期的社会科学家大多求助于自然科学的成功经验,埃利希更应被视为一位描述可观察到的法律与社会现象的科学家^{[6]3}。在这个意义上,埃利希也依赖于历史法学与分析法学的研究方法,但其目的却是呈现一个“社会学视野中的法律世界”。因此,作为一位极具独创性的法律社会学家,埃利希理应得到法学界的承认与关注。

参考文献:

- [1] PATTERSON. Ehrlich [J]. Encyclopedia of Social Sciences, 1937, 5.
- [2] [美]庞德. 法理学: 第1卷 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [3] EHRLICH E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence [J]. Harvard Law Review, 1916 29(6): 583.
- [4] LEWIS O C. Synergistic Jurisprudence and Eugen Ehrlich [J]. Northern Kentucky Law Review, 1977 4(1).
- [5] [奥]埃利希. 法社会学原理 [M]. 舒国滢, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009.
- [6] LITTLEFIELD N O. Eugen Ehrlich's Fundamental Principles of the Sociology of Law [J]. Maine Law Review, 1967, 19(1).
- [7] [德]莱塞尔. 法社会学导论(第四版) [M]. 高旭军, 等, 译. 上海: 上海人民出版社, 2008: 72.

[责任编辑: 张莲英]