

社会学视野 中的法律

一种学科的穿越与融合

牟利成 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

013054213



山东财经大学法学精品文库

社会学视野 中的法律

一种学科的穿越与融合



牟

D90-052
47

D90-052

47



北航

C1662567

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会学视野中的法律:一种学科的穿越与融合 /
牟利成著. —北京:法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4522 - 1

I. ①社… II. ①牟… III. ①法律社会学 IV.
①D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 013139 号

社会学视野中的法律

——一种学科的穿越与融合

牟利成 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 薛 晗

责任编辑 薛 晗 慕雪丹

装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 10

字数 262千

版本 2013年5月第1版

印次 2013年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4522 - 1

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

原山东经济学院的法学学科从无到有,不断壮大,已十年有余。法学院的建设者们历经艰辛,凝神聚力,入主流,创特色,抢抓机遇,加快发展,追求卓越,不断探索并逐渐明晰了财经类大学法学科建设的定位、方向与路径,为学校学科建设与发展、学校综合竞争力与影响力的提升做出了重要贡献,也为兄弟院校法学教育提供了可资借鉴的经验与做法。

回望十多年来的发展,我们可以看到,在 1983 年建立经济法教研室、1993 年设立经济法专业招收法学专科学生的基础上,2000 年正式成立法学系,开始了真正意义上的法学教育与学科建设。2005 年法学院正式建制,逐渐形成门类齐全的法学专业体系、布局适当的学术梯队和学缘结构比较合理、实力较强的师资队伍。2006 年民商法学二级学科硕士点申报成功,2010 年法学一级学科硕士点申报成功,2011 年民商法学成为山东省省级重点学科。在学术科研方面,法学院从没有课题立项到国

校级课题的突破、省部级课题的增多和省级以上科研奖励的获得,从少有教师走出校门参加学术访问、会议交流到各类学术活动日益频繁,仅2010年学院教师外访和参加学术会议达51人次,学界影响力逐渐扩大。走出去还能请进来,学院每年邀请国内外知名学者来学院访问,仅2010年就邀请国内外知名学者12人,举办学术讲座18场,并成功举办了全省法学教育学术年会。在人才培养方面,已经形成了有特色的本科专业教育,与广大教师的教学科研活动紧密结合的实践教育力度不断加大;法学院的教学科研设施也日益完善;学生通过到境内外知名高校访学、暑期到国外大学游学等扩大了视野;学生的创新意识也日益增浓,多人次在全国挑战杯竞赛中获得金奖、铜奖。与公、检、法、司系统以及大型律师集团的合作越来越紧密,社会服务日益深化。

我们深知,在法学学科发展的过程中,有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事:信守道义恪守职责极尽本分,专心管理强化服务加班加点;用足心情教书育人专注三尺讲台,潜心学术牵领学科专注于学问精进;发展学术、建设学科、培养人才,获得了校内外广泛关心和赞誉。

在学校以经、管学科为主,文、法、理、工多学科协调发展的过程中,法学院明确定位、凝练特色,她的发展历程、发展成果和发展精神已经成为学校高水平财经大学建设历史的重要组成部分。在新的起点、新的征程中,法学学科的发展将为高水平财经大学建设发挥独特而重要的作用。

我们的法学教育既要培养具有深厚财经背景的法科人才,也要促进通法律、懂外语的高层次复合型、应用性财经类人才的培养。我们的法学学科要努力与经济学、管理学构建起学校的支柱性学科群,这既是法学学科发展的需要,也是经济、管理学科发展的需要,要努力在学科交叉中培育学术增长点。要达到这个目标,需要法学院的广大教师更加努力地创造性、开放性地开展学术研究,及时把握学术前沿,逐渐占据学术高地,形成有特色的研究领域,同时要把学术研究成果反哺教学,促进人才

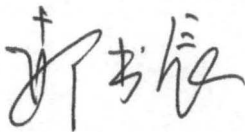
培养。法学院要努力成为全省乃至全国财经立法、司法和教育的思想库和学术平台,成为财经法律复合型高层次人才的重要培养基地。

在山东财经大学筹建之际,法学院决定编纂出版这套《山东财经大学法学精品文库》系列丛书,这是一件值得庆贺的事情,也是十分有意义的事情,这是一份献给新生的山东财经大学的厚重礼物,在一定意义上也能说明学校学术立校的办学思想。文库丛书的出版,既是法学院教师多年来辛勤耕耘与学术研究的总结,体现法学院教师的学术贡献与影响力,也是法学院从教学型向教学研究型转变的标志。

我相信,通过我们的共同努力,山东财经大学的法学学科将会迎来更加美好的未来,为我国法治建设和经济社会发展、为我校高水平财经大学建设做出新的更大的贡献。

是为序。

山东财经大学(筹)党委书记



2011年9月12日

共同关注的共同问题，即“秩序如何可能”的问题。在《秩序如何可能》一书中，作者首先提出了“秩序如何可能”的问题，并指出这是一个跨学科的问题。作者认为，社会学和法学都关注“秩序如何可能”的问题，但它们的理论传统和取向不同。社会学关注的是社会结构、社会关系和社会行为，而法学关注的是法律规范、法律制度和法律实践。作者认为，社会学和法学在理论传统和取向上存在差异，但它们都关注“秩序如何可能”的问题。因此，作者认为，社会学和法学应该进行对话和互动，共同探索“秩序如何可能”的问题。

自序

《秩序如何可能》一书，是作者多年从事社会学和法学研究的成果。作者在书中，首先提出了“秩序如何可能”的问题，并指出这是一个跨学科的问题。作者认为，社会学和法学都关注“秩序如何可能”的问题，但它们的理论传统和取向不同。社会学关注的是社会结构、社会关系和社会行为，而法学关注的是法律规范、法律制度和法律实践。作者认为，社会学和法学在理论传统和取向上存在差异，但它们都关注“秩序如何可能”的问题。因此，作者认为，社会学和法学应该进行对话和互动，共同探索“秩序如何可能”的问题。

社会学和法学都关注“秩序如何可能”的问题。共同的问题让它们经常携手一起进行“思考”。在古典社会学理论思想家马克斯·韦伯、埃米尔·涂尔干的著作中，都有专门立基于社会学理论论述法律问题的一部分。这一理论传统和取向被称为社会学法学。另外，在法学领域，埃利希·狄骥、庞德等法学理论思想家立足法学，关注更加广阔的社会问题。他们的理论传统和取向通常被称为法律社会学。这两个跨学科的理论传统和取向一个共同的特点就是各自仍然有学科偏重——社会学法学偏重社会学，法律社会学偏重于法律。在这种情况下，它们在进行理论论述时，论述的问题往往是所偏重学科下的问题，从而使得两个学科的问题域重合程度不高，导致各自的理论与方法也无法真正渗透到对方那里去。

该书试图尝试克服这一学科面临的困境。以一个学科——社会学——为支撑，按照关键人物的

线索,找出他们所关心的社会学问题和法律问题,然后把找出的共同问题重新放回到作者的理论语境中,考察它们共同指向的普适性话题——如自由、正义、平等、公平、民主、权力、权利、契约等。同时解释它们在这种共同指向中沿循了什么样的论证思路,遵循了什么样的逻辑。在这一过程中我们还可能发现不同的思想者以不同的理论语境和逻辑方式论证了同样的社会学和法律共同关心的问题。这时候我们可以问:是什么促使他们把社会学和法律交叉来研究,并产生对同一问题的关注?

该书分为两部分,第一部分涉及马克斯·韦伯、埃米尔·涂尔干、亚力克西·德·托克维尔、卡尔·波兰尼、迈克尔·福柯和尤尔根·哈贝马斯六个西方有影响的社会学家(很多人把福柯看做一个哲学家,但是其社会学思想是不容被忽视的)。该部分论述了他们进行社会学或社会科学研究时所采用的方法;其法律思想进入他们社会学理论的路径;沿循特有的路径,他们对“普世”价值或制度设置的思考方式;在他们进行思考时法律与社会如何相互配合、嵌入、融合抑或背离、脱嵌、分裂?

第二部分以中国社会学最重要的奠基人——费孝通及其提出的问题切入,看一个社会学问题如何成为“中国问题”并进入法律,使得中国法律在其推动下展开长时间的理论争论。而在这种争论中,中国法律理论不自足的缺点暴露出来。这种理论不自足一方面是因为我们传统社会中没有现代化法律的理论基因;另一方面是我们自身对“法条主义”和“实证主义法学”的过分迷恋。最终这种不自足使得中国法律在面对中国社会结构的巨变时,表现为一种法律“理想图景”的缺失,从而使得我们不得不问:中国法律向何处去?

书的两部分可以分开来,第一部分为国外思想,第二部分为国内的思想实践。但思想和知识本身是没有疆界的,当我们在论述西方社会学中的法律思想的时候,心中总不能没有那个缠绕我们的“中国问题”。而在回顾中国社会学和法律思想的发展历程中,又总不能撇舍西方社会学和法律思想对中国的借鉴意义和影响冲击。从此意义上说,这两部分是

一个相互映衬的理论整体的两部分。

查阅资料的过程中,笔者发现,站在社会学理论上,对法律和社会同时进行融合性穿梭梳理的成果不多。该书是自己依循学科融合的学术想法进行的一次“社会学和法律之旅”。也可以说是我个人的第一次“学术”之旅。作为人生的第一次,尽管在旅途中畅享了沿途采撷知识的快乐,但在涉及知识所坚守的“真理”二字的时候总不免心虚和忐忑。要很好地和那些伟大的思想对话,自己仍需“十年苦读”。文中书写的偏颇谬误,笔者愿意承担起文责。在此前提下不能不提及的是,笔者现所在法学院梁如霞院长是直接促成我第一次旅行的人。她给我准备了行装,给了我前行的力量。她的师长的言行,在笔者今后的读书、教书和写作进程中将一直是一种温暖和动力。我愿意把该书献给她。

牟利成

2011年9月于济南

目 录

第一部分 自由、理性与法律

——国外主要社会学 思想中的法律

第一章 马克斯·韦伯：世界的祛魅与法律的 理性化/3

一、韦伯的社会科学方法/5

(一) 韦伯方法论的学术背景与传承/5

(二) 韦伯的理解社会学、理性类型和选择性

亲和/9

1. 理解社会学/9

2. 理想类型与选择性亲和/12

二、法律在韦伯处的社会学走向/14

(一) 法学的法律观与社会学的法律观/15

2 社会学视野中的法律——一种学科的穿越与融合

(二)“社会性”作为一种法律形式的出现/19

1. “社会性”对“意志理论”中自由主义的拯救/19

2. 韦伯法律的社会历史性与目的性/21

三、世界的祛魅与法律的理性化/27

(一)韦伯的支配社会学与秩序/27

1. 韦伯社会学理论视野中的权力与合法性(正当性)/28

2. 自由、合法性(正当性)与秩序/29

(二)统治类型与理性化法律的诞生/32

1. 卡里斯玛型统治与秩序获取/32

2. 法理型统治 vs. 法律理性化——一种澄清与辨难/35

(三)理性化与“世界的祛魅”/38

1. “韦伯命题”——一个关于宗教的故事/39

2. 韦伯对宗教生发出来之“理性化”的厘定/43

3. 理性化的法律、经济与社会/44

结语/48

第二章 涂尔干的秩序与法律/51

一、作为理论命题的秩序与法律/52

(一)涂尔干与孟德斯鸠和卢梭/54

1. 《论法的精神》中“社会”与“法”的发现/54

2. 从卢梭的“公意”到涂尔干的“集体意识”

——一种法与秩序理论的逻辑/57

(二)从对自由的探求到社会决定论/62

1. “求助”于社会主义/62

2. 对古典经济学的批判与借鉴/64

二、道德、法律与劳动分工——涂尔干社会重构的议题/67

(一)道德事实的揭示/67

(二)同质性社会、机械团结与压制性法律/68

(三)自由、有机团结、契约与法律/71

第三章 阿列克西·德·托克维尔的“贵族世界”与法律/77

一、“站在巨人的肩膀上”——托克维尔理论与方法的渊源/79

(一) 洛克的社会观——一种政治社会学的理论进阶/79

(二) “国家—社会”理论中的“第三条道路”/80

二、民主社会关键要素及其结构安排的找寻/84

(一) 作为一种社会组织形式的民主及其实现/84

1. 托克维尔对民主之研究路径与方法/84

2. 美国民主社会的现实路径/85

(二) 以民情和法律为基础的民主与自由/89

1. 不稳定但被尊重的法律/89

2. 法律、宗教与民情/95

三、旧制度与大革命/100

(一) 托克维尔的问题/100

(二) 大革命与宗教/102

(三) 王权、社会阶层与法律/104

结语/107

第四章 卡尔·波兰尼之“嵌入”性理论与法律/109

一、波兰尼的整体性方法与“嵌入”性理论/112

(一) 波兰尼方法与理论的社会学来源/112

(二) 整体性与“嵌入”性的内涵/117

二、市场、社会与法律/120

(一) 市场社会/120

1. 科学技术、进步与功利主义/120

2. 市场制度的演进及其从社会的“脱嵌”/122

(二) 反对市场保卫社会的法律/126

1. 都铎王朝——以法律照顾社会/127

2. 史宾翰连法及其意外的后果/130

4 社会学视野中的法律——一种学科的穿越与融合

三、法令能否改变社会/135

第五章 福柯的主体、权力、知识与法律/139

一、福柯的知识考古与系谱学/141

(一) 知识获取方法的重新设定/141

(二) 知识考古/143

(三) 系谱学/145

二、自由、市场与作为权力的法律、真理/147

(一) 福柯的突破——“再生产性”与遍布关系实践中的权力/147

(二) 市场、治理与法律/151

1. 为治理产出真理的市场/152

2. 法律在治理中的位置/154

(1) 古典治理的问题与理路/154

(2) 市场与真理加入后之治理新理路/156

三、法律、被规训的社会与权力/158

(一) 达米安案件及以后/159

(二) 由“惩罚”的法律到规训的社会/160

1. 福柯的法律人文主义传统/160

2. 惩罚与规训/163

(1) 法律和司法惩罚的悄然变化/163

(2) 被规训的社会/165

结语：“人之死”与自由/170

第六章 哈贝马斯的生活世界与社会结构转型中的法律/174

一、哈贝马斯的问题与方法/176

(一) 对“现代性”之探讨：从韦伯到哈贝马斯/176

(二) 哈贝马斯的理论方法与路径/179

二、公共领域的结构转型与生活世界的再发现/182

(一) 携带着政治论题的公共领域/182

(二) 公共领域中的法律——一种古老政治论题的现代继承与批判/184

1. 古希腊的政治与法律/184

2. 现代资产阶级的公共领域及其法律议题/187

3. 市民社会、自由市场与法律/191

4. 公共领域社会结构的转型与古典私法制度的变迁/196

三、社会整合与法律/200

(一) 哈贝马斯的法律合法性议题/200

(二) 生活世界及其理性化议题/202

(三) 生活世界的殖民化与法律理性化/205

结语/211

第二部分 中国社会变迁中的权威、法律与社会

第七章 “乡土中国”的权威、秩序与法律/217

一、中国的文化社会学——对“中西之争”的“乡土”回应/219

(一) 社会的失序与中西文化论战/221

(二) 中国文化社会学与社会结构分析/224

二、内嵌并生成于社会文化结构的法律和秩序/230

(一) “无为政治”与乡土秩序和法律/231

(二) “礼治”秩序/236

(三) “无讼”的社会与“以礼入法”的法律/242

结语/247

第八章 现代性语境中的社会整合与法律

——一种中国理论“实践”的考察/249

一、现代性与“中国问题”/249

二、社会转型与法律/253

(一) “传统一现代”的二分/253

6 社会学视野中的法律——一种学科的穿越与融合

(二) 转型社会中法律的条件/255

1. 市场与契约条件/255

2. 法律、信仰与信任/259

三、中国法律的“应激反应”与理论问题/265

四、基于社会学视野的法律思考：中国法律向何处去？/271

(一) 法理学中的“中层理论”——“权利本位论”/272

(二) 构筑法律的“孤岛”——法条主义/275

(三) 中国法律研究方法的困惑——法律文化解释学/277

(四) 法律“本土资源”——以社会学视野看法律/281

结语/285

参考文献/288

第一部分 自由、理性与法律

——国外主要社会学思想中的法律

看新書，由自 代陪一第

特設南中書院學會圖書館——