

PEARSON

社会学译丛
经典教材系列

Law
and
Society
Ninth Edition



[美] 史蒂文·瓦戈 著
Steven Vago

梁坤 邢朝国 译 郭星华 审校

 中国人民大学出版社

法律 与社会

第9版

经典社会学译丛
教材系列

法律 与社会

[美] 史蒂文·瓦戈 著
Steven Vago

梁坤 邢朝国 译 郭星华 审校

第9版

Law
and
Society
Ninth Edition

中国人民大学出版社

· 北京 ·

中文版序

很高兴也很荣幸能为《法律与社会》（第9版）的中译本作序。本书的出版将为中国的法律与社会研究贡献一份力量。在过去的几十年里，本书的第一版以及之后愈益全面的版本不仅受到法社会学家们欢迎，而且被世界上超过450所的学院和大学指定为课程教材。本书每一版本的多次重印不仅证明了这本书的价值，而且反映了法社会学越来越受到关注。之前的版本广受好评，实效显著，最新的第9版正是在此基础上问世的。最新的第9版继承了前几版所受到的广泛好评和显现的效用。我在保留前几版中被读者广为接受的版式、结构框架、主题以及特色的前提下，对本书的内容进行了大量补充和更新。新版本不仅保持了前版的旨趣、视角以及基本构架，而且继续增添了详细的材料来对相关内容进行扩展性的论述。为了便于读者理解，书中所用的材料更具针对性，并且被重新组织，以一种整合性的、相关联的方式呈现出来。当然，就内容而言，本书将继续与法律体系中的本土变化和全球变迁保持一致，最大可能地涵括近期的理论进展和研究成果。我重写了书中的多处内容，进一步提高了内容的清晰度和可读性，并包含了对新趋向、新问题以及新争论的介绍。与图书修订中常见的装点门面式的名不副实的修改不同，本书的再版修订严谨务实。如果现有的章节已经非常清晰、紧凑和实用，并且紧跟前沿，那么我不会出于改变的目的而改变它。我在这几个版本中始终坚守这样的目标：写一本适合教育的书；智识上具有启发性；富有思想性和洞见；提供丰富的信息，激发思考，让阅读成为一种享受；详略得当，突出涵盖的主题。就读者一直以来的积极反馈来看，上述目标已经实现了。我相信中国的读者也会有同感。

这一版增加了许多新材料，包括对中欧、东欧以及苏联正在转型的法律体制以及这一转型所带来的一些预料之外的结果（如团伙犯罪率上升）进行的前沿性讨论；述评女性主义和种族理论的最新发展；日本的社区警务；执法与量刑指南的新动向；对毒品的法律规制的变化；说客；死刑适用中的一些问题以及争论；社会时事变迁和技术变革导致的法律变更；替代性纠纷解决的新趋势；对未来律师教育以及计算机技术在律师培训中的角色的争论；法律工作者的收费和报酬。学生们和读者们提出的诸多有益的建议也反映在了这一版本中。为了充分反映学科当下的发展状况以及未来趋势，本书所有的章节都进行了更新和扩充，如增添了将近800条新的参考文献，扩充了每章结尾部分的补充阅读书目以及大量增加了跨文化阐释的篇幅。此外，与以往的版本一样，为了进一步提高语言的清晰度，本书也避免使用很多抽象的专业术语。

本书旨在为本科生的课程教学提供教材（课时大约为一学期）。尽管本书主要是面向大学生读者群，但只要是对法律与社会这个领域感兴趣的读者都将会发现这本书是有用的、信息丰富的而且是富有启发性的。本书将过去三十年里课堂教学中使用的精选材料以一种有序的方式呈现出来，并且每一章的内容都是建立在前版的基础之上。至于本书的内容是否应该以读者欲求的另一种编排方式呈现出来，这并不会减损本书的价值。例如，读者可能希望在阅读完第二章的理论回顾之后就直接阅读在社会中研究法律这一章（第九章），而不是到最后才读这一章。在章节内容提要后面，一些读者可能想要浏览更为详细的概要。每一章结尾都提供了补充阅读的推荐书目，意在为感兴趣的读者更深入地探讨某个话题提供一个线索以及展示其他的视角。

正如我在前面的版本中所指出的那样，我在这里想再次强调，对法律与社会之间的相互作用的研究在很大程度上是博采众家之长的。这一领域的知识无规则地累积，知识传统受到诸多理论流派的影响，导致其思想和

研究存在各种各样的脉络。在此意义上，这一领域提出的问题要比回答的问题更多。大量的有待回答的问题以及预料之外的发展使法律与社会研究一直富有魅力和挑战性，令人向往而且具有智识上的刺激性。

著书立说经常离不开许多人的合作、支持以及鼓励。从本书初版以来，普伦蒂斯—霍尔公司（Prentice Hall）的评查人员以及国内外的同行们提出了诸多富有见地的有价值的建议。在这里，我要感谢下面这些第9版的评审专家们，感谢他们有益的反馈：格劳瑞亚·T·雷森（Gloria T. Lessan）（佛罗里达州立大学）、卡罗尔·汤普森（Carol Thompson）（得克萨斯基督教大学）、罗伯特·盖诺（Robert Gainor）（花岗岩州立大学）、玛撒·L·肖基（Martha L. Shockey）（圣路易斯大学）。同样，我要感谢许多学生实际的反馈，多年来，他们以口头或者书面的方式对这本书的多个手稿提出了建设性批评——需要更清晰的语言、更简洁的表述，谢谢他们敢于质疑并愿意将他们的偏好和想法反馈给我。此外，与普伦蒂斯—霍尔公司前任执行编辑克里斯托弗·德约翰（Christopher DeJohn）的合作是令人愉悦的，他富有成效地对本书的几个版本进行了完善。他的工作将会被读者们记住。当然，我还要特别感谢泰克斯泰切（Textech）非常出色的编辑工作以及为本书整理的索引。正如以往版本以及其他学术活动（国内外的调研以及跨文化的交流等）一样，本书的写作得到了瓦戈基金会（Vago Foundation）慷慨的资助以及道义上和精神上的支持，该基金会承担了硬件设备和图书资料的购买以及秘书薪水等全部的费用。尽管总体上的经济衰退导致了大范围的预算紧缩，但瓦戈基金会再一次慷慨地承担了本书写作所需要的全部费用。

史蒂文·瓦戈（Steven Vago）

2010年6月10日

目 录

第一章	导 论 / 1
	第一节 概述 / 1
	第二节 法律的定义 / 5
	第三节 法律的类型 / 7
	第四节 主要的法系 / 8
	第五节 法律的功能 / 13
	第六节 法律的反功能 / 14
	第七节 社会的范式 / 15
	第八节 社会学家的选择 / 18
第二章	理论视角 / 31
	第一节 法律制度的演变 / 32
	第二节 关于法律与社会的理论 / 35
	第三节 当代法律研究中的智识运动 / 47
第三章	法律的组织结构 / 67
	第一节 法院 / 67
	第二节 诉讼的流程 / 82
	第三节 立法机关 / 87
	第四节 行政机构 / 92
	第五节 执法机构 / 96
第四章	立 法 / 121
	第一节 关于立法的观点 / 121
	第二节 议会立法 / 123
	第三节 行政性立法 / 125
	第四节 法官造法 / 126
	第五节 立法程序受到的影响 / 129
	第六节 推动法律的源泉 / 135
第五章	法律与社会控制 / 151
	第一节 非正式的社会控制 / 151

	第二节 正式的社会控制 / 153
	第三节 无受害人犯罪 / 167
	第四节 白领犯罪 / 177
	第五节 对异议的社会控制 / 180
	第六节 行政法与社会控制 / 183
第六章	法律与纠纷解决 / 203
	第一节 相关术语介绍 / 203
	第二节 纠纷解决的方法 / 204
	第三节 诉诸法律的纠纷解决 / 210
	第四节 诉诸法院解决纠纷的先决条件 / 218
	第五节 关于诉讼当事人的类型学分析 / 219
	第六节 个体之间的纠纷 / 220
	第七节 个体与组织之间的纠纷 / 224
	第八节 组织之间的纠纷 / 229
第七章	法律与社会变迁 / 245
	第一节 法律与社会变迁之间的关系 / 245
	第二节 社会变迁导致法律变迁 / 247
	第三节 法律作为社会变迁的工具 / 248
	第四节 法律在引导社会变迁中的优势 / 252
	第五节 法律在引导社会变迁中的局限 / 255
	第六节 对变迁的抵制 / 259
第八章	法律职业 / 273
	第一节 背景 / 273
	第二节 律师的职业化 / 274
	第三节 美国法律职业的沿革 / 276
	第四节 当今的法律职业 / 280
	第五节 律师的工作场所 / 284
	第六节 律师与金钱 / 289
	第七节 业务竞争 / 295
	第八节 穷人与富人所享有的法律服务 / 298
	第九节 法学院 / 301
	第十节 律师资格的许可 / 309
	第十一节 作为利益集团的律师协会 / 311
	第十二节 职业惩戒 / 313
第九章	在社会中研究法律 / 331
	第一节 研究方法 / 331
	第二节 社会学对社会政策的影响 / 338
	第三节 评估研究和影响研究 / 342

如今，法律已逐渐渗透于各种形式的社会行为之中，其重要性和普及性在社会生活的各个领域中得到彰显。卷帙浩繁的法典以一种灵巧的（有时则是机械的）方式控制着我们的全部存在和所有行为，从出生登记到遗产分配，从约会、求偶、婚前协议到结婚和离婚，从宠物所有权到教授的课堂教学。法律限定车速，调控上学时间，规定我们的食品范围，告诉我们可以上哪儿买东西以及可以买什么样的东西；我们该如何使用我们的电脑以及我们可以在电影院、电视上看什么节目；我们可以穿戴什么以及如何穿戴。法律保护所有权，界定私有财产与公共财产的界限。法律调控商贸，提高税收，当合约破裂时提供救济，维护社会制度（比如家庭体制）。法律通过定义权力关系来保护占主导地位的法律与政治系统，以此确立在任何特定的情境下谁是上级谁是下级。法律维持现状并为变革提供动力。最后，法律（尤其是刑法）不仅保护个体利益和公共利益，而且还维系社会秩序。可以说，在我们的社会生活中，法律无处不在。

本书的主旨是为本科的法律与社会课程教学提供一本教材。近年来，本书被大量引用，这表明本书对于那些从事法社会学研究的研究生、第一次从事法律与社会课程教学以及那些有志于深入了解法律与社会之间错综繁杂关系的人来说都是不可或缺的、具有价值的资料来源。由于本书主要是为本科学生编写的，所以笔者采取了一种兼收并蓄的方式来处理那些常常具有争议性的论题，没有偏向或者支持某一具体立场、意识形态或者理论取向。对一本教材而言，这样做可能是有局限的，它可能忽略一些重要的贡献或者脱离特定情境来谈论这些发展。因此，本书没有提倡某个单独的议题或者立场，相反，它向读者呈现了社会科学文献中那些被用来解释法律与社会之间关系的主要理论视角以及社会学方法。当然，对于那些有兴趣进一步了解某个理论视角和实际问题或者支持某一立场的读者来说，每个章节的议题、参考文献以及丰富的推荐阅读书目为其深入探讨与法律和社会相关的问题奠定了基础。

第一节 概述

从古至今，每个人类社会都有一套推广、变革、管理以及执行人们生活所需的规则的机制。然而，并非所有的社会在利用正式的法律系统（法庭、法官、律师以及法律执行机构）方面达到相同的程度。例如，在发展程度较高的国家中被当做理所当然的财产权制度在大部分第三世界却不存在。正如著名的经济学家赫尔南多·德索托（Hernande de Soto, 2001）在其名著《资本的秘密》（*The Mystery Capital*）中指出的，发展中国家 80% 的穷人不能分辨谁拥有什么，情愿呈文（address）无法得到核实，不同的社区甚至不同的街道都有不同的财产管理规则。拥有财产所有权的观念主要限于为数不多的精英，他们的资产记载于正式的文件，是法律结构中的

组成部分，这在西方是普遍的现象。

此外，传统社会主要将习俗作为法律规则的来源，并且纠纷解决的主要方式是由当事人进行协商或者由村庄长老以及其他具有声望、感召权威的第三者（参见 Pottage and Mundy, 2004）进行调解。这些社会并不需要多少法律。传统社会比现代社会的同质性强，社会关系更加直接、亲密，利益共享，需要争吵的事情相对较少。在传统社会中，人们彼此之间的互动更加直接，关系更为亲密，非法律的以及非正式的社会控制机制具有普遍的功效。

伴随着社会规模不断扩大，社会的复杂性和现代性逐渐提高，社会的异质性将超过同质性并成为主导，这使社会成员之间的共同利益逐渐减少，特殊利益逐渐增多，亲密关系的重要性也愈益降低（亲属关系也不例外）。物质必需品的获取变得更加间接，难度增大，分配的不公平性增加。这些都大大提高了社会冲突和纠纷发生的可能性。因此，社会愈发需要一套精细的规则及其执行机制来应对这些问题。另外，贸易和工业的发展需要一种正式的普遍性法律规则来规范商业组织和贸易活动，而这些领域则不在习惯法、宗教法常规的调控范围之内。此类商业行为同样需要保障、可预期性、持续性以及更为有效的纠纷解决方法，而不是神明裁判、角斗裁判抑或元老会的决议。正如一位评论家所指出的那样，“悖论是……人类的文明程度越高，人类就越需要法律，制定越多的法律。法律几乎是对社会需求的反映”（Hoebel, 1954: 292）。

3

用霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr）铿锵有力的话语来讲，“法律包含着一个民族数个世纪的发展故事”（Holmes, 1881: 5），每项法律制度都与社会的观念、目的、需要紧密相连。法律与利益、目标以及协议不可分离，这些因素会形塑或平衡社会经济生活（Morales, 2003; Posner, 2001, 2007; Sarat and Kearns, 2000）。当然，法律也反映某个具体“法律文化”中的观念、理想以及意识形态——这些行为和态度的特征将一个社会的法律与其他社会的法律区别开来，比如爱斯基摩人的法律与法国的法律便彼此相异（Friedman, 1998, 2002）。

在社会学的学术传统中，法律研究包含了许多业已确立的研究议题（参见 Abadinsky, 2008; Cotterrell, 2006; Friedrichs, 2006）。这一传统关注价值、互动模式以及作为社会基本的结构性安排之基础的意识形态——它们中有很多都体现在作为实体规则的法律中。社会学与法学都关注规范——指导人们在特定情境下如何行为的规则；对冲突以及冲突解决的研究都是核心问题；都关注合法的权力主体的性质、社会控制的机制、人权问题、权力分配、公共领域与私人领域之间的关系、正式的契约义务（Baumgartner, 1999; McIntyre, 1994; Selznick, 1968: 50）。社会学家与律师都意识到，法官、陪审员、罪犯、诉讼当事人以及其他法律产品消费者的行为都掺杂了个人情感，被认知缺陷和愿望落空所扭曲，受到利他主义、行业规范或者责任感的约束。

回溯历史，社会学（连同人类学、经济学、心理学以及其他社会科学）（Kapardis, 2003; Posner, 2001, 2007; Roesch et al., 1999）与法学之间的协作关系并不是虚构的。在 20 世纪早期，美国的社会学家就强调了法律与社会之间的关系具有多个面相。E·亚当森·罗斯（E. Adamson Ross, 1922: 106）将法律视为“社会使用的最具专业性、高度精密化的控制引擎”。莱斯特·F·沃德（Lester F. Ward）作为一位相信政府控制和社会计划的社会学家，宣称将来立法会解决“社会进步问题，改善所有人的生存状况，去除所有可能存在的贫困，采取措施积极增加社会福利。简言之，法律将安排人们的幸福”（Ward, 1906: 339）。

这些早期的社会学家的著作极大地影响了法哲学学派的发展，使这一学派成为了美国社会学法学的主要力量[社会学法学是研究法律和法哲学的学问，并主张在法律中采用其理念来调控行为（Lauderdale, 1997: 132）。它将法律体系、法律原则以及法律制度当作一种社会现象并对其进行比较研究，且以实际的法律运作为研究对象——将“行动中的法”（law in action）与书本中的法加以区别。]社会学法学的代表人物罗斯科·庞德（Roscoe Pound）借鉴吸收了早期社会学家的研究发现。这些社会学家宣称，法律应该被作为一种社会制度进行研究。对于庞德而言，法律是一种特殊化的社会控制形式，它对个体施加压力，“目的是约束个体履行职责以维护文明社

4

会,制止个体的反社会行为——与社会秩序的基本要求相悖的行为”(Pound, 1941: 18)。

第二次世界大战于1945年结束之后,社会学家对法律的兴趣迅速增加。在美国,一些社会学家对法律产生兴趣几乎可以说出于偶然。当在调查特定的问题(如种族关系)时,他们发现法律与这些问题息息相关。在20世纪60年代以及反越战时期,一些社会学家成为激进者,其研究开始强调社会冲突,突显社会分层的功能。对于左翼社会学家们来说,解答法律制度的理想与现实之间的差距是迫在眉睫的。出于同样的原因,那些秉持这一研究路径的社会学家则急于展现法律是以合法性方式来处理社会冲突的。与此同时,公共基金投入研究之中,以评估大量以法律为基础并旨在解决美国社会问题的项目,这进一步提升了社会学家对法律的兴趣(Ross, 1989: 37)。这些发展为法律与社会研究提供了必要的动力。法律与社会研究起步于20世纪60年代中期,标志是法律与社会学会(Law and Society Association)的成立以及学会官方杂志《法律与社会评论》(*Law & Society Review*)的创办(Abel, 1995: 9; *Law & Society Review*, 1995: 5),2007年出版的三卷本《法律与社会百科全书》(*Encyclopedia of Law and Society*) (Clark, 2007)更是具有里程碑意义。当然,除《法律与社会评论》之外,越来越多的专业期刊为法律与社会领域高涨的兴趣提供了学术市场,如《法律与社会调查》(*Law & Social Inquiry*)、《法律与人类学杂志——法律与社会》(*Law and Anthropology Journal of Law and Society*)、《法实证研究》(*Journal of Empirical Legal Studies*)以及《欧洲法律杂志》(*European Law Journal*)。

法律与社会研究工作在一些悲剧事件之后得到进一步加强。例如,2001年9月11日,美国世贸中心和五角大楼遭受恐怖主义袭击;2004年3月11日,西班牙首都马德里的几个火车站发生连环爆炸,将近200人遇难,1500多人受伤;2006年7月11日,印度孟买的铁路客车在交通高峰期发生爆炸,导致大约200人死亡,700多人受伤。

当今,许多大学在本科、研究生或者联合学位项目中开设了法律与社会课程,比如亚利桑那州立大学法学院、加州大学伯克利分校的社会政策学位、阿默斯特学院法学与社会思想部的法学系;威斯康星大学;马萨诸塞大学阿默斯特分校。其他法学院强调将国际关系与已经确立的社会科学分支学科以及学位项目结合在一块,比如哈佛大学法学院与海外大学共同设立联合学位项目(Gilgoff, 2004)。除此之外,一些具有悠久的法律与社会研究传统的学术机构依旧保持着良好的发展状态,仍具有较强的影响力,像伯克利的法律与社会研究中心、纽约大学的法律与社会研究所以及威斯康星大学的法律研究所等(Abel, 1995: 10)。

当然,对法律与社会这一领域的关注并不限于美国。波兰著名的社会学家亚当·坡杰瑞克(Adam Podgorecki)在与法律有关的社会科学研究中对诸多独特的国家类型进行了分析。斯堪的纳维亚学者强调了正义的社会意义,并且探讨了人们的法律知识、法律态度与正义观之间的关系。意大利社会科学家对法官判案以及法庭审判过程进行了实证研究。此外,伴随着苏联的解体,苏联法律的合法性也随之丧失。俄罗斯社会科学家们在总统普京(Vladimir Putin)的鼓励与支持下对俄罗斯社会主义法律体制向更具西方特点的、以市场为导向的法律体制转型过程进行了研究,分析了私有化、合资企业、领导继承以及在刑事案件中重新引入陪审制。德国社会学家则着重探讨两德统一后的社会—法律问题,如人口迁移导致人口结构的变化,外来工人(guest workers)的同化,关于经济冲突和民族主义的应对。另外,日本也正在兴起法律与社会研究热潮,这一热潮产生的原因是日本移植欧洲法律带来了诸多问题,近些年国际社会对日本在国际贸易中的不公正感引发出不断增长的反日情绪,以及日本国内要求改革准封建的刑罚体系的压力(*The Economist*, 2004; West, 2005)。可以说,越来越多的地方性和国际性组织与研究机构逐渐建立起来,并参与到法律与社会多重互动的研究之中(Rehbinder, 1975: 13—48)。1988年,国际社会学学会(法社会学研究委员会)与巴斯克自治区^①政府(Basque government)

^① 巴斯克自治区是西班牙的一个自治地区,位于西班牙北部,由吉普斯夸、比斯开和阿拉瓦三个小省组成。——译者注

共同成立了国际法社会学研究所 (International Institute for the Sociology of Law, IISL)。该研究所坐落在西班牙古老的欧尼亚提大学,到 20 世纪 90 年代中期时,这所大学建立了非常完善的硕士研究生教育(学费非常合理,在 2006 至 2007 学年,只需要 1 900 欧元,而且还提供奖学金)和一个法社会学国际博士学位课程。到 2007 年时,国际法社会学研究所的成功和声誉使申请加入的人数剧增。此外,该研究所有广受欢迎的国际访问学者骨干培训项目,包括海牙国际法庭的成员以及来自各类联合国组织的法律专家(如联合国教科文组织)。

毫无疑问,从事法律与社会研究的社会学家很少质疑尤金·欧利希 (Eugen Ehrlich) 的那句广为传颂的名言:“法律发展的重心不在于立法,不在于法律科学,也不在于司法判决,而在于社会本身。”(Ehrlich, 1975: Foreword) 对此,我与威洛克 (I. D. Willock) 的立场一致,即“至今为止,法学一直尝试为法律在整个人类活动中谋得一席之地,并且它将得益于社会学的发展”。社会学知识、视角、理论以及方法对于理解和改进社会中的法律与法律制度来说不仅是有益的而且是指导性的。

但是社会学家与律师之间通常存在互动困难,这在某种程度上限制了社会学家的法律研究。这两个领域的专家在分析问题时所使用的话语方式是不同的 (Conley and O'Barr, 2005)。对此,埃德温·M·舒尔 (Edwin M. Schur) 一针见血地指出:“在某种意义上,律师与社会学家‘并不使用同一套语言系统’,这种沟通的缺乏不可避免地导致双方对彼此的研究半信半疑,使学科之间合作的尝试更是少之又少。”他接着指出:“社会学家与律师投身的事业相当不同”,“律师的职业特点是需要时不时地做出决定,这可能使他们对社会学家明显无限制地延缓对问题做最终判断的倾向感到不耐烦……”(Schur, 1968: 8) 法律有特殊的修辞 (Garner, 2001; Sarat and Kearns, 1994) 和词汇,诸如代位权 (subrogation)、具结取回被扣押物 (replevin)、雇主责任 (respondeat superior) 以及动产留置权 (chattel lien) 之类的术语大量存在。律师使用晦涩的写作风格,不时地掺杂着反复迭代,比如订立 (made and entered into)、终止 (cease and desist)、无效 (null and void)、具有完全的法律效力 (in full force and effect) 以及遗赠 (give, devise, bequeath),并且用逗号将这些词语连接起来 (Robertson and Grosariol, 2006)。由此不难看出,“在这种专业性词汇与晦涩的文风下,法律语言对于外行们来说是个挑战” (Chambliss and Seidman, 1982: 119)。对此,一种抵制法律术语的运动正在进行之中,律师和法学院逐渐认识到良好的语言表达是有意义的 (Gest, 1995)。“受到语言挑战的专业” (Glaberson, 2001) 这一困境因为法律写作的复杂性 [以及需要将法律专业语言转换成普通用语 (Garner, 2001)]、令人烦恼的文书制作 (即所谓的判决引证,往往在判决还没有列述完成的情况下便进行引证) 所具有的困难而进一步加剧 [参见例如 *Bush v. Gore*, 531 U. S. 98, 121 S. Ct. 525, 148 L. Ed. 2d 388 (2000)]。当然,目前并没有发生对法律文书进行革新、将引证放在页面底部的运动。法律引证书可以包含日期、卷册以及判例在出版物中的页码。

此外,法学圈与社会学圈两种不同的文化氛围强化了律师与社会学家之间的隔阂 (Davis, 1962)。律师是辩护者,注重证实和解决委托人的问题。社会学家对所有的证据一视同仁并用一种开放的思维来解决问题。律师极大地受到判例的影响,可以说过去的判决影响当下的案件。与此相反,社会学家强调创新性、理论的想象力以及研究的独创性。在法律系统中,法律代表具体的个体和组织 (Walker & Wrightsman, 1991: 179)。法律声称主要是规定性的:它告诉人们应该如何行为,否则将会面临什么样的后果。而社会学则强调的是描述,注重说明人们在具体场景下做出特定行为的原因。法律在大多数情况下是对问题做出应对反应。而在社会学视野中,争端、焦虑以及问题的产生与学科紧密相关,与智识上的挑战、资助机构的需求勾连在一起。

上述专业文化的差异在很大程度上是由律师、社会学家以及其他社会科学家使用不同的方法和概念去寻求“事实”所导致的 (参见 Mattei, 1997; Samuels, 2006)。例如,威尔海姆·奥伯特 (Vilhelm Aubert, 1973: 50—53) 在数十年前就已经详细解释了法律思维不同于科学思

维的几个原因：

法律似乎更倾向于关注特殊性而不是普遍性（例如，在一个具体案件中发生了什么）。

1. 与物理学以及社会科学不同，法学并不致力于在手段和目标之间建立明确的关系（例如，判决对被告人未来行为的影响）。

2. 法律事实是规范性、非概率性的。某件事要么已经发生要么没有发生过；条例要么有效要么无效（例如，一个人是否触犯了法律）。

3. 法律主要是定位于过去和当前，但很少观照未来事件（例如，监狱中的罪犯将会遇到什么事）。

4. 法律后果是否发生对其效力没有影响，也就是说，法律后果的形式效力并不一定要依靠服从来体现（例如，遵守合约的义务；如果合约没有被遵守，这并不会使人们怀疑法律的效力）。

5. 法律判决是一个非此即彼（either-or）、全有或全无（all-or-nothing）的过程，折中解决的空间很小（例如，诉讼人要么胜诉要么败诉）。

当然，这些概括是有局限的。它仅仅凸显出法律是一种权威的且满足社会具体需求的问题解决反应系统。法律强调的是确定性（或者是可预测性和终结性），其运作方式经常建立在对世界的简单假设之上。律师通常将法律视为一种可资利用的工具，他们经常沉浸在法律的实践和武断判断之中，而不是将法律当作学术研究的对象。

那些对法律感兴趣的社会学家可能最常被问到的一个问题是：“你研究法律，到底研究些什么？”与律师不同，社会学家需要证明法律领域中的任何一种研究的正当性（证明其具有“正当性”），他们经常羡慕法学院的同行们不需要重申研究的意义以及自身的研究能力便可以从事同样的研究。当然，这种“正当性”证明并不完全是坏事，因为这能够提醒社会学家他们并不是律师，而是具有特殊旨趣的专家。但与律师相同的一点是，社会学家也可能关注法律的理解、预测甚至是发展。显然，社会学家与律师没有共享的经历，缺少共同的追求。与此同时，社会学家和律师在他们共同感兴趣的问题上逐渐加强彼此间的合作（比如陪审员的挑选、冲突解决、同性婚姻、移民、越轨行为、犯罪、人口问题，等等），并且开始将这种合作视为互惠行为。社会学家也意识到，他们的研究如果想吸引律师的话，那么就必须考虑到律师对金钱的实际需求。鉴于法学院的职业取向以及律师们对实际的法学说的笃信，那种以理论建构为目标的研究很难引起或者维系大多数法学院学生和教授的兴趣（Posner, 1996: 327—330）。

8

第二节 法律的定义

通常意义上，“法律”一词有着诸多含义（参见 Clark, 2007）。对一些人来说，法律可能意味着收到一张超速驾驶的罚单，未到法定年龄不能买到啤酒，或者对当地“贝耙”^① 条例（“pooper-scooper” ordinance）的抱怨。对于其他人而言，法律是上缴个人所得税，签署婚前财产协议，因吸食大麻而入狱。对于另外一部分人来说，法律是关于立法者颁布什么样的法律或者法官做出什么样的判决。法律包括上面的一切但又不止是这些。即使是学者，对法律也没有一致的定義。此处，笔者将介绍一些现当代经典的法律定义，以此来说明法律定义的多元性。

到了今天，“何为法律”仍然是法学理论中挥之不去的一个问题。学者们对法律概念的定义和解释可能比社会学、法学中的任何其他概念的界定都要多。罗纳德·L·埃克斯和理查德·霍金斯（Ronald L. Akers and Richard Hawkins, 1975: 5—15）、丽莎·J·麦金太尔（Lisa J. McIntyre,

① “贝耙”在英语中是捡粪用的长柄粪铲，类似于宠物拾便器。——译者注

1994: 10—29) 以及罗伯特·M·里奇 (Robert M. Rich, 1977) 的文献综述显示, 几乎有多少种法学理论就有多少类法律定义。霍贝尔评论道: “寻找一种法律定义就像找寻圣杯一样。” (E. Adamson Hoebel, 1954: 18) 他借用了雷丁 (Max Radin) 的警言: “那些学会谦卑的人已经放弃了定义法律的尝试。” 尽管有这些警言, 法律还是能够被定义的。然而, 在任何类型的法律定义中, 我们必须将朱利叶斯·斯通 (Julius Stone) 的告诫铭记于心: “‘法律’ 必然是一个抽象的术语, 定义者可以自由选择一个抽象的层次来定义它; 但是出于同样原因, 从受众的体验和利益来看, 这一选择和其他选择一样必须是有意义、有价值的。” (Stone, 1964: 177)

在对多样化的法律概念进行阐释性梳理时, 我们首先要介绍两位伟大的美国法官卡多佐 (Benjamin Nathan Cardozo) 和霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes, Jr.), 卡多佐将法律定义为: “一种行为法则或者规范, 其得以确立是为了证明具有合理确定性的预测是正当的, 当这种法则或规范的权威受到挑战时, 便将得到法庭的强制执行。” (Cardozo, 1924: 52) 霍姆斯宣称: “事实上对于法庭将会如何行事的预测, 正是我所称的法律, 而不是别的什么更为矫揉造作的东西。” (Holmes, 1897: 461) 对于霍姆斯而言, 法官是基于以往的经验来创制法律的。在上述两种法律定义中, 法庭扮演了重要角色。这是一种实用主义的法律定义路径, 即将法律视为法庭判决的呈现物 (court-rendered decisions)。尽管这一定义暗含了法律得到政治国家权威力量的支持, 但它似乎具有暂时性特征, 即当下的法律是什么。

从社会学的视角来看, 马克斯·韦伯 (Max Weber) 对法律的定义是最具影响力的法律概念之一。韦伯从合法性秩序开始论述, 认为 “就外在方面而言, 如果 (物理的或者心理的) 强制机制能够为其适用提供保障的话, 即由那些为此目的而设立的专门人员采取行动强制遵守, 或者在违法时施予惩罚, 以此实行这种强制, 那么这种秩序就是法律” (Weber, 1954: 5)。韦伯指出法律有三个基本特征, 这些特征集合在一起能够将法律与其他规范 (如习俗和惯例) 区分开来。第一, 遵守法律的压力必须来自外部他者的行为或者行为的威胁, 而不管个人是自愿遵守法律或者是出于习惯遵守法律。第二, 这种外部行为或者威胁总是带有强制性或者暴力。第三, 那些掌管强制性威胁的人是正式的法律执行者。当承担法律执行责任的人隶属于政治权威机构时, 韦伯将其称为 “国家法” (“state” law)。

韦伯认为习俗 (custom)、惯例 (convention) 能够与法律相区分, 因为前者不具有上述特征中的某一条或者不同时具备上述特征。习俗在特定的情境下才是一种行为规范 (rules of conduct), 即具有相对较长的持续时间, 而且人们对它的遵守是习惯如此、不假思索的。习俗性行为规范被称作 “习惯法” (usages), 对它的遵从并不是出于责任和义务。与此相反, 惯例则是一种指导行为的规则 (rules for conduct), 它关涉责任感和义务感。当个人不遵守惯例时, 它将被施予压力, 比如说不赞同。与法律相比, 韦伯认为惯例 “缺少实施强制力的专门人员” (Weber, 1954: 27)。

尽管许多学者接受韦伯对法律本质的定义, 但他们对其中的两个重要方面提出了质疑: 第一, 一些学者认为韦伯过于强调强制力, 而忽视了其他可能导致人们遵守法律的因素。例如, 菲利浦·塞尔兹尼克 (Philip Selznick, 1968, 1969: 4—8) 指出, 法律规则的权威性导致一种特殊的义务感, 这种义务感并不依赖于法律的强制力所施加的威胁或者暴力。很多时候, 人们遵守法律是因为他们觉得自己有义务去遵守。第二, 关于韦伯所说的执行法律强制力的专门班子 (special staff), 一些学者认为韦伯的这一定义限制了 “法律” 这一术语在跨文化和历史情境中的运用。他们认为 “班子” (staff) 一词暗含了一种组织性行政机构, 而这种机构在初民社会中可能并不存在。例如, 霍贝尔 (Hoebel, 1954: 28) 提出了一个较为宽泛的术语, 认为个体拥有 “一种社会认可的特许权” (a socially recognized privilege)。罗纳德·L·埃克斯 (Ronald L. Akers, 1965: 306) 则主张一种 “社会授权的第三方主体”。当然, 在现代社会, 法律被当作一种独特的治理工具。但是, 我们在研究法律的历史发展过程或者考察初民社会时 (参见 Mundy, 2002; Pospisil, 1971, 1978; Pottage and Mundy, 2004) 应当铭记上述主张。

唐纳德·布莱克 (Donald Black, 1976: 2; 1989: 121; 1998: 1—26; 2002: 118) 作为法律与社会研究领域中的领军人物之一, 从另外一种研究路径对法律进行了探讨, 认为法律实际上是政府实施的社会控制。在此意义上, 法律是“一个国家及其公民的规范化生活, 比如立法、诉讼以及判决” (Black, 1976: 2)。他宣称一个社会中可以观测到几种类型的法律, 每种法律类型对应一种社会控制形式。法律可以体现为四种社会控制类型: 刑事的、赔偿的、治疗的以及调解的。在刑事类别中, 越轨者被视为是禁令的违犯者, 将会被判罪并被施予惩罚 (比如贩毒者)。在赔偿类型中, 个体被认为负有契约义务, 因此需赔偿受害者的损失 (比如债务人没有偿还债权人的债务)。这两种法律类型都是控诉性的, 具有原告和被告、赢家和输家。在治疗型法律类型中, 越轨者的行为被定义为非常态, 并且越轨者需要外界帮助, 比如精神病医师的治疗。在调解型法律类型中, 越轨行为代表了社会冲突中的一个方面, 对其解决并不需要考虑谁对谁错 (比如婚姻纠纷)。后两种法律类型是修复性的, 目的是帮助身陷困境的人以及改善不利的社会状况。当然, 这些法律类型并不是截然分离的, 而是有可能在某一个特定的例子中一同呈现出来。例如, 一个吸毒者被指控藏毒, 但他可能被判缓刑, 以使其参加一些戒毒的治疗项目。

上文所提及的法律定义阐明了一些可供选择的法律研究路径。法律内容的具体性、适用对象的普遍性以及执行方式的正式性使它与其他的社会控制手段之间有明显的区别。这些定义背后都共同暗含了法律在分析的层面上能够与其他的社会规范体系区分开来。法律拥有完善的政治设置、专业化的立法机构以及执法机构。法律的首要功能是调控和约束个体关涉他者的行为。在理想情况下, 只有当其他正式的和非正式的社会控制方式失效或者效力不足时, 法律才介入。最后, 法律能够与其他社会控制手段区分开的主要原因在于它是一种包含了明确的行为规则的正式制度, 运用制裁来确保人们服从, 并且有一套权威化的官方人员负责解释规则、对违犯者实施制裁 (Davis, 1962: 39—63)。从社会学的视角来看, 法律规则仅仅是一种行为向导。若无阐释和执行, 法律将是一纸空文。正如哈特 (Henry M. Hart, 1958: 403) 所指出的那样, 在社会学视野中, 法律可以被当作一种行事“方式” (method)。就这点而论, 我们可以将法律视为一种社会过程而加以研究, 因为它是在社会互动的过程中通过个体实施的。在社会学意义上, 法律包含行为、情境以及制定、解释、使用法律规则的条件, 而这些规则获得了国家合法的强制性执法装置的支撑。

11

第三节 法律的类型

法律的内容可以被划分为实体性的或者程序性的。实体法包含权利、责任以及法庭颁布的禁令——哪些行为是被允许的, 哪些行为是被禁止的 (比如禁止谋杀或者销售毒品)。程序法关注实体法如何被实施、执行、更改以及法律实践者在司法系统中如何运用法律 (比如起草指控书、挑选陪审员、在法庭上举证或者起草判决书)。

有时候, 法律会被划分成公法和私法 (Johnson, 1977: 59—60)。公法关注的是政府结构、官员的义务和权力以及个体与国家之间的关系 (Tomkins, 2003), “它包括宪法、行政法、公用事业规则、刑法和刑事诉讼法以及与国家及其政府部门所拥有的权力相关的法律” (Davis, 1962: 51)。私法则关注那些调控个体之间关系的实体规则和程序规则 (侵权法或者私人伤害法、合同法、财产法、遗嘱法、继承法、婚姻法、离婚法、收养法等等)。

此外, 人们更为熟知的一种法律分类是民法与刑法。顾名思义, 民法与私法一样, 都包括旨在调控个体之间行为的实体规则和程序规则。违反民事条例的行为 (即所谓的民事侵权行为) 是一种私人的不当行为, 受害方可以通过法庭来为自身承受的损失诉求赔偿。在大多数案件中, 法庭会判定被告以一些支付形式弥补其被指控的伤害。与此相似, 一家公司可能因为没有履行合同中的条款而被判定赔给另一家公司一笔钱, 通过这种方法, 原告公司因其他公司的疏忽或

12

者无能而遭受的损失获得补偿。刑法关注的是犯罪的界定以及对罪犯的指控和刑罚处理。尽管一起犯罪行为可能导致的是对某些人的伤害，但是犯罪则被视为针对的是国家或民众（the people）。刑法针对的是一种公共性的不当行为，与个体或者私人的不当行为不可相提并论。在刑事案件中，由国家对违犯者进行指控，而不是由受伤害的个体提起指控。另外，国家采取的行动与民事案件中原告采取的行动是不同的。例如，如果案件牵涉民事侵权或者民事伤害，那么法庭将根据伤害程度判定赔偿。但是在一起刑事案件中，若干惩罚形式将被执行。哈特指出，犯罪“并不仅仅是公权力执行者有义务抑制的反社会行为，并不仅仅是立法选择给予刑事处罚的任何行为。它是这样的一种行为，一旦它发生，它将招致一种来自社会共同体的正式的严肃的道德谴责”（Hart, 1958: 404）。在哈特看来，这一行为招致的谴责及其后果可以被视为是惩罚的一部分。有时候犯罪行为可能附带民事诉讼，比如在强奸案件中，除了刑事处罚之外，受害者还可以请求经济赔偿。

当然，我们还可以将法律划分为大陆法与普通法。其中大陆法系是指那些发展受到罗马法（《罗马民法法典》）极大影响的法律体系，它具有法典化的形式，基本法都编撰在法典中，法条由国民议会制定。法国便是大陆法系的代表国家。法国于1908年颁布了《法国民法典》（又被称为“拿破仑法典”）。与大陆法不同，普通法抵制法典化。这一法系下的法律并不是由议会制定的，而是来源于判例，即依据法官先前对案件的判决（Friedman, 1998, 2002）。因此，这是一种“法官造法”，与立法或者制定法不同。美国的法律可以被细化成以下分支：宪法性法律、判例法、成文法、行政命令（executive order）以及行政法。其中宪法属于公法的分支，它决定国家政治组织的设置及其权限，并且对政府权力的运行进行实体限制和程序限制。宪法还包含以宪法文本为基础的根本原则的适用，这是由最高法院加以解释的。判例法是由上诉法院的法官裁决的案件构成的。成文法是由立法机关颁布的制定法。行政命令是由联邦和州级政府部门的执行机构颁布的法规。最后，行政法是由行政机构以规章、条例和决策的形式发布的大量法令。本书后面将对这些多样化的法律分类做进一步的讨论。

第四节 主要的法系

13

除了法律类型之外，法系也是多种多样的（可参见 Clark, 2007; Johansen, 1998; Kritzer, 2002）。世界上主要的法系有大陆法系、普通法系、社会主义法系以及伊斯兰法系（David and Brierley, 1985）。大陆法系除了在欧洲占主导地位之外，在法国、德国、意大利、西班牙、葡萄牙、比利时这些国家以前的大部分殖民地以及那些在19世纪和20世纪对自身的法律制度加以西化的国家中都是占主流的。普通法系在英语国家盛行。伊斯兰法系存在于中东以及其他一些信仰伊斯兰教的地区。社会主义法系在中国、越南、古巴以及朝鲜存在。社会主义法系在苏联所辖区以及东欧国家仍有残余。

大陆法系

大陆法系或者罗马法系是指在罗马市民法或者民法的基础上发展起来的法系（Abel and Lewis, 1988, Vol. 2; Mousourakis, 2007）。罗马法系的建立始于公元6世纪东罗马帝国皇帝查士丁尼（Justinian）在位时期编撰的法规，它包含在《查士丁尼法典》之中，并逐渐发展成实质上的私法，作为调控个体之间私人关系的方式（参见 Mears, 2004）。在罗马帝国灭亡之后，《查士丁尼法典》与入侵欧洲的日耳曼部族的习惯法产生抗衡。该法典于公元1100至1200年在北欧的法学院课程上被重新介绍，之后被传播到欧洲大陆的其他地区。因此，一直到17世纪，罗马法与欧洲各地的地方法是共存的。在19世纪，《拿破仑法典》以及之后的《德国民法典》

(1900) 与《瑞士民法典》(1907) 都是大陆法系制度化的例子。

法典编纂制度是将基本法编列在法典之中。一部法典仅仅是一系列法律的汇编 (参见 Kevelson, 1994; Mears, 2004)。国民议会制定这些法条, 对整个法律领域以一种有序的、综合的、渐增的以及符合逻辑的方式进行设置。当今, 大多数欧洲国家制定了习惯法与罗马法混合在一起的国家法典。

普通法系

英国的法律制度以普通法为特点。这一制度形成于 1066 年诺曼底人对英格兰的征服之后。英国法以及以此为模型的英美法 (比如美国、加拿大、爱尔兰以及印度的法律) 抵制法典化。法律并不是来源于议会的制定而是判例, 即依照法官先前对类似案件的判决 (Friedman, 1998, 2002)。因此, 与立法或者成文法不同, 普通法采取的是“法官造法”。遵循先例是普通法在实践中强调的原则。普通法的各部分——包括概念、内容、结构、法律文化、语词以及律师和法官的工作方式——与罗马法或者大陆法存在着较大差异。这些差异将在本书的论述过程中显示出来 (参见 Abel & Lewis, 1988, Vol. 1)。

社会主义法系

尽管社会主义法系存在多个不同的版本, 但其源起可追溯至 1917 年的布尔什维克革命。这一革命缔造了苏维埃社会主义共和国联盟。经典的社会主义法律的目标有三个: 第一, 法律必须为国家安全服务。在理想的情况下, 国家的权力必须集中强化以抵御外部对社会主义国家的攻击以及确保社会主义加盟共和国内部的和平共生。第二, 基于社会主义原则, 法律具有调控生产发展、物资分配的经济任务, 以使每个人能够“按需分配”。第三个目标是教育, 即克服长久以来由经济组织程度低下所导致的自私自利以及反社会的性情倾向。

14

社会主义法的来源是立法, 立法活动反映的是人民意志, 而人民意志是由共产主义政党来体察和诠释的。法院的角色是适用法律, 而不是创制或者解释法律。

社会主义法排斥分权思想, 其核心概念是所有制。对物资的私人所有权被重新命名为个人所有制, 而个人所有制不能作为增加收入的途径, 只能被用于满足个人需求。社会主义法具有独特的社会主义所有制, 即集体所有制和国家所有制。集体所有制的一个典型例子是苏联的集体农庄, 它建立在国有土地之上。国家所有制在工业部门占主导, 体现为国家占有设备、器材、建筑、原材料以及产品。在社会主义法律制度下, 真正的财产问题并不是谁拥有财产的所有权, 而是谁拥有财产的使用权以及如何使用 (David and Brierley, 1985)。这一法律制度仍然在中国、古巴 (Zatz, 1994)、朝鲜以及越南存在 (参见 Calvi and Coleman, 2008)。

1989 年, 随着苏联解体以及东欧剧变, 维系共产主义结构的政治制度 and 经济制度瓦解, 多党制开始设立, 政治生活转向“民主化”, 这些都直接影响到了社会主义法系 (Hesli, 2007; Priban, Roberts, and Young, 2003; Tismaneanu, 1992)。由于社会发生转型, 一些基本概念需要重新进行界定, 包括所有制、权威、合法性、权力甚至是法律的概念本身 (Elster, 1995)。

作为东欧和苏联正在发生的不可预测的剧烈转型的组成部分 (Collins, 1995), 新建立的独立国家在创制与市场经济以及公民自由相适应的法律体系的尝试中, 找寻到了代替社会主义法治的可行途径 (Alexander and Skapska, 1994; Bryant and Mokrzycki, 1994; Hesli, 2007; Milor, 1994; Priban, Roberts, and Young, 2003)。尽管东欧各国由于各自的历史条件和政治环境不同, 在转型过程中遇到的困难也不尽相同, 但它们需要应对一些共同的问题, 比如建立新的政治意识形态, 创立新的法律权利, 对先前的精英施加约束以及引进新的合法化形式。其中针对下述状况阐释和实行新的法律是极为现实的问题: 确立新的所有权; 在立法上达成共识;

15

对私有化和合资企业进行规范；修改刑法；应对渐涨的民族主义、排外主义以及反犹情绪；采取多党选举制（Oleinik, 2003）。此外，一些之前被社会主义法律规避的法律问题重新被人们所关注，如卖淫、吸毒、失业以及经济短缺。除此之外，剧烈的结构性变迁对议会的构成、司法系统的转变、在野党的觉醒都产生了影响。而这些转变最终促使法学院设立新的课程、挑选新的授课教师以及替换那些仍然掌权的先前的共产党员或者使其重新社会化。

迄今为止，东欧国家的转型是缓慢且参差不齐的，在偏远的农村地区更是如此，转型受到的限制非常大，旧体制培育的法官在那里仍然受到器重。至今，东欧国家的宪法仍然没有被完全修改，尽管人们对此讨论得非常多（Klingsberg, 1992）。此外，辩护律师数量也不足（Erlanger, 1992）。（根据 1989—2008 年法学院为数不多的毕业生人数可以大致估算新法官和辩护律师的数量，而其中大部分的法学院学生会选择收入丰厚的民法领域）到 1993 年 11 月，俄罗斯的法律允许被告人申请陪审团的审判（Stead, 1994）。但是公诉人的权力大体上延续了斯大林时期的法律，没有做多少革新。在俄罗斯模糊不清、矛盾重重的法律之下，公诉人仍然具有超强的影响力，他们严厉、不负责、腐败，几乎能够让任何人遭到逮捕并且被定罪（Oleinik, 2003; *The Economist*, 2001）。

新法制定者面对的最大挑战或许是如何营造旨在刺激海外投资的法律环境。西方投资者需要确保他们的投资是安全的，而这需要基于民主原则建立的法律基础设施的保障。新的法律还需要确保投资者能够将利润输入本国，保护其财产权、私有化以及商品的流通。

但是，这些国家面对的最大挑战是犯罪控制（参见例如 Friedman, 2000; Hesli, 2007; Oleinik, 2003; Perlez, 1995）。在俄罗斯及其之前的加盟国，原苏维埃刑法典并没有被大幅度地更改，这导致了一些不曾预料的结果。与对待不同政见者进行的指控相比，培养人们对法律和规则的敬畏感要困难得多。法律的目标是维护作为一个整体的国家，而不是个体。总统的政令和立法机关的活动已经超越了其应有的界限——从购买、销售财产的权利到开设银行、私有公司的自由——但是声名狼藉、效率低下的法院对这些法令的解释不但没有法律依据，而且很少执行。其结果是，警察不能正式地处理有组织犯罪活动，因为在现有的法律之下，只有个体才能被作为刑法处罚的对象。由此不难想象，在 20 世纪的最后 10 年里，俄罗斯的团伙犯罪组织数量迅速增长（Gaddy et al., 1995; Friedman, 2000; Oleinik, 2003; Priban, Roberts, and Young, 2003; Ryan and Rush, 1997）。

如今，犯罪组织的活动遍布俄罗斯的每个地区，其中玛菲雅（Mafiya）便是一个全国性和国际性的犯罪组织（Friedman, 2000; Handelman, 1995）。例如，在西欧的卖淫网络中，每年有成百上千来自苏联国家的妇女被输入到西欧从事卖淫活动。这些妇女大部分受俄罗斯和乌克兰境内的犯罪组织控制，为这些组织带来巨大利润。这些犯罪组织平均从每个妇女漫长的冒险活动（取得护照、行程、安置，等等）中获得几千美元的收入，“掮客”（middlemen）则会从每个妇女那里按人头获得平均 2 万美元的报酬（Paringaux, 1998: 18）。

在俄罗斯的各大城市，黑社会组织肆无忌惮，它们从事欺诈、勒索、非法交易、贿赂政府官员以及残忍谋杀那些任何阻碍他们的人的勾当。为了给俄罗斯军队 1994 年年末攻占车臣计划提供经济支持，俄罗斯政府开始对全俄的犯罪财团进行镇压。1993 年，俄罗斯以诈骗罪起诉了 335 000 名犯罪团伙成员，并以谋杀罪将接近 30 000 名的犯罪组织成员送上法庭。在莫斯科，黑帮暗杀事件超过 1 400 起，现实的数量可能远远超过于此。到 1994 年第一季度末，黑帮谋杀事件达到了每天 84 起，这很可能超过了美国的谋杀率——事实上可能是美国谋杀率的两倍多。大部分暗杀事件是由商业和金融活动中的纠纷引起的，属于买凶杀人（contract killing）（Viviano, 1995）。尽管买凶杀人的数量在 21 世纪第一个 10 年早期有所减少，但是从频繁曝光的案件来看，买凶杀人的数量在 2006 年的时候似乎有所反弹（Buckley, 2006）。根据最新获得的 2003 年的数据，莫斯科的谋杀率大概是每 10 万个居民中有 18 人被杀害（Wines, 2004），而与此同期相比，美国纽约市的谋杀率是每 10 万个居民中有 5 人被杀害。

在俄罗斯，几乎每个生意人都要向黑社会交保护费。一些评论家甚至提出这样的问题：“俄罗斯的未来是西西里^①吗？”（Varese, 2001）储量巨大的原料——从黄金到石油——被团伙组织通过波罗的海诸国脆弱的边界走私出去。这些团伙组织用贿赂沿途的政府官员这一方式打通走私之路，所经之地的地方政府部门在获得丰厚报酬的同时对走私团伙给予关照。在俄罗斯，官员腐败十分猖獗，存在税收反复无常、许可证发放混乱、不尊重知识产权等问题，其中官员将忽视知识产权视为抑制西方私人投资的必需之手段，以便于俄罗斯创造就业机会、建立一种功能性的市场经济（functioning market economy）（Erlanger, 1995）。

尽管当今的俄罗斯已尝试开展法律的专政（dictatorship of law）（Buckley, 2006; Priban, Roberts, and Young, 2003; Wines, 2001），然而状况仍然混乱不堪。在《布鲁金斯评论》（Brookings Review）这份有影响力的报纸上，评论家们认为许多俄罗斯人仍然相信有组织犯罪有利于俄罗斯经济的发展（Gaddy et al., 1995）。尽管难以启齿，但是玛菲雅也会带来某些好处。商业人士将有组织犯罪看做是必要的罪恶，有组织犯罪为其提供的保护伞有助于抵抗那些可能影响他们客户的非有组织犯罪。玛菲雅提供的另一项服务是纠纷解决，但是玛菲雅对有序的市场交易秩序的形成最大的贡献可能是合同的执行。在当下的俄罗斯，合约的约束力很小，不遵守合同——为订购或者提供的商品、服务买单——实际上并不会受到官方的制裁。在已经统计的俄罗斯行业犯罪中，差不多有一半是拖欠税款罪。导致这一状况的原因是俄罗斯政府不愿意或者没有能力为私人合同提供公共执行力，于是私力执行就成了变通的保障。当商人们需要为他们的交易寻求保护时，私力救济就成了他们的选择之一。在某种意义上，这很好地验证了社会学中的功能主义理论。^②

17

伊斯兰法系

与之前所讨论的法系不同，伊斯兰法并不是一个独立的知识流派。伊斯兰法系中的法律与伊斯兰教紧密相连，它是以真主的名义创制信徒需要遵守的社会秩序（Ahmed, 2001; Al-Azmeh, 1988; Barzilai, 2007; Cooper et al., 2000; Hallaq, 2004; Lippman et al., 1988; Neusner and Sonn, 1999）。伊斯兰教意味着服从或者屈服，个体应该屈服于真主的意志。伊斯兰教阐明了穆斯林必须信仰的教律，包括伊斯兰教教法“沙里亚”^③（Shari'a）。该法基于神意以及神的启示为信徒们制定行为规范。与那些以法官的判决、先例、立法为基础的法律制度不同，伊斯兰法主要有四种来源。第一，《古兰经》（Koran），即真主给予先知的圣训，它是伊斯兰法主要的来源。第二，《逊奈》（Sunna），即穆罕默德言行录中记载的穆罕默德言行以及得到他所默许的弟子的言行。第三，司法共识，类似普通法中的先例，它依据合格的法律学者的历史共识，可以限制法官个人的判断。第四，类推，它用于那些《古兰经》或者其他法律来源没有提供依据的情境。例如，一些法官判处向鸡奸者投掷石块，认为鸡奸与通奸类似。再如，在沙特阿拉伯，鸡奸仍然可以被判处死刑，而且这一王国仍然保留着许多禁令——反对吸烟、酗酒或者进迪斯科舞厅，并且禁止男与女之间的社会交往——很有意思的是，“在一个禁止所有婚外性行为的社会中，这更容易催生同性恋而不是异性恋”（Wall Street Journal, 2007）。在此信仰下，一个女性与一个男性受到相同伤害，但女性获得的赔偿可能只有男性得到的赔偿的一半，因为一个男性的继承权是一个女性的两倍。除了上述这些主要的法律来源之外，各种附补性来

18

① 西西里岛是地中海面积最大、人口最稠密的岛，它属于意大利，位于亚平宁半岛的西南，该岛存在人口过度密集、浪费、贪污、环境污染、缺水和国际性的非法组织（黑手党）等社会问题。——译者注

② 以上关于社会主义法系的叙述和评论，其中部分内容有失偏颇。对社会主义制度、社会主义法相关问题的论述并不完全准确。因此，本部分内容仅供读者参考。——译者注

③ “沙里亚”在阿拉伯语中原意为“通向水泉之路”，引申义为“安拉指引的大道”、“必须遵循的常道”，在《古兰经》里是指安拉指明的“常道”、制定的“教律”，即安拉圣训的总称。——译者注