

## 法律与实践分离的逻辑及原因<sup>〔\*〕</sup>

○ 许根宏<sup>1,2</sup>

(1. 南京大学 法学院, 江苏 南京 210093;

2. 西北政法大学 新闻传播学院, 陕西 西安 710063)

〔摘要〕随着法治进程不断加速, 诸多法律实施的场域仍不同程度存在着法律与实践分离的共性问题。在法律社会学视角中, 法律与实践分离的逻辑, 呈现为法律行动者用下位法架空上位法, 市场逐利者裹挟地方政府, 然后由幕后违法走向台前违法, 以内生违法推动外生违法。推动法律与实践分离的主要原因是由官本位的文化浸润、权力结构失衡下的考核机制、制度结构失衡下的获利机制、社会底层向上流动乏力和法律内化驱动力有限等系统因素综合导致的。

〔关键词〕法律与实践; 法律社会学; 场域; 法律行动者; 法律实施

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.07.016

### 一、问题提出: 法律与实践存在着分离

党的十八届四中全会《决定》指出, 法律的生命力在于实施, 法律的权威也在于实施。法律的生命力或法律的权威, 属于法律运行的实效问题。法律运行实效问题, 可以从法律与实践的关系维度来考察。美国法律社会学家庞德提出, “如果我们认真观察, 书本上的法和行动中的法之间的差别, 在目的在于调整人与人之间关系的规则和那些实际上调整着他们的规则之间, 很明显, 在今天这种

---

作者简介: 许根宏(1972—), 南京大学法学院博士后, 西北政法大学新闻传播学院教授, 南京航空航天大学网络安全法治研究中心研究员、法学博士、高级记者, 研究方向: 法律社会学、法治传播、网络安全、媒介融合与战略管理。

〔\*〕本文系 2015 年度安徽省哲学社会科学规划项目“法律与实践的分离及融合”(AHSKHQ2015D04) 的研究成果之一。

差距在法律理论和司法行政之间不仅经常真实地存在而且还相当深刻。”<sup>[1]</sup>“我们说法律制定出来以后还停留在书本上,如何使这个书本上、纸面上的法律变为行动中的法律,关键在适用。”<sup>[2]</sup>在中国封建社会,法律的表达与实践同样存在分离,因为“清代的法律制度是由背离与矛盾的和矛盾的表达和实践组成的”,<sup>[3]</sup>抑或“中国的法律制度并不等同于非理性的实体性‘卡地法’,而是一个由矛盾的表达和实践共同组成的包含既背离又抱合因素的统一体。”<sup>[4]</sup>无论是法律的表达与实践的分离,还是书本上的法未转换成行动中的法,均属于法律与实践的关系范畴,其直接或间接投射了当前法治实践水平。

以何种理论视角来探究法律与实践的关系,一个有效途径就是将法律还原到具体场域的社会实践中,通过法律与社会的互动,即以法律社会学视角来努力探求法律与实践的关系中可能存在的某种规律性因素。因为,社会是由人际关系和社会互动构成的,社会学就是要从研究有目的的人的行动开始,因为行动存在意义。<sup>[5]</sup>按照布迪厄场域理论,不同主体的具体行为是必须在一定的场域发生和演绎的。所以,以法律社会学的视角来观察和分析问题,首先要观察具体场域不同法律行动者的行为,寻找其行动的结果。

基于法律与社会互动的视角,通过对具体场域不同法律行动者行动的观察,可以发现一个不该被遮蔽的结果,即随着法治建设的加速,在诸多社会问题所在的法律实施场域,法律与实践的关系均不同程度地表现为某种分离的状态,抑或在所有问题的场域,法律与实践均产生了某种不同程度的分离。如近些年随着我国城镇化进程日益加速,<sup>[6]</sup>征地拆迁、生态环境保护等诸多场域因不同法律行动者之间的利益碰撞、分化及重构等导致的法律与实践普遍存在不同程度的分离,并伴随着相关社会问题,应引起我们重视。

以法律社会学视角来探究法律与实践存在分离这一法治进程中的共性问题,关键是要寻找法律与实践分离的逻辑过程及其发生分离的社会原因。因为当找到事物演变的逻辑过程及其发生背后的社会原因后,往往会让“药方”更具有解决问题的针对性。从逻辑层面看,法律与实践分离是由包括地方政府及相关市场逐利者等主体在内的不同法律行动者,因不同的行为机制而形成行动共同体,并以其“联合行动”来推动的。即不同法律行动者导致法律与实践产生分离的行动结构是基于单个行动的集合,并按照一定的逻辑被再生产而成的,抑或不同法律行动者导致法律与实践分离的逻辑是基于主体的微观行动结构向中观和宏观行动结构不断演化的结果。从法律与实践发生分离的原因看,虽通说认为是利益驱动的结果,但利益驱动的根源或社会原因,更值得我们关注。如布迪厄所言,“通过结构主义或结构,我想说明在世界社会本身以及符号系统内(语言、神话等)存在独立于意识和行动者意愿之外的客观结构。这些意识和意愿能够引导和限制他们的实践与表现。”<sup>[7]</sup>只有当揭示了社会行动者行动背后的动机或结构,或社会事实生成的“原因的原因”,才能透彻理解我国法治进程中法律与实践分离的社会根源。因此,探究法律与实践分离的逻辑与原因,便成了真正值

得我们关注的问题,从而尽可能为我国法治建设提供理论与实践层面的参考。

## 二、法律与实践分离的逻辑

探究法律与实践分离的逻辑,需要回到当前我国法律实施的具体场域,接近不同法律行动者的集体行动,观察、呈现和提炼具体场域法律与实践分离的行动结构,从而挖掘法律与实践分离逻辑过程中带有规律性的社会事实。即法律与实践分离的逻辑,是从法律行动者的行动方式抑或行动策略选择及其行动结构中体现的。譬如,通过对征地拆迁、生态环境保护等诸多具体场域不同法律行动者具有不同“粘合度”的共同行动的考察,可在一定程度上呈现法律与实践分离的逻辑过程。在具体法律实施的场域,不同法律行动者的共同行动,是指不同法律行动者因某种共同利益的需要而产生了共同的价值取向,并在该共同价值取向的指引中为实现共同利益而暂时形成的“联盟”,并以具有不同“粘合度”的共同行动策略来行事。当然,不同法律行动者“联盟”,经历了一个由自发到自觉,由妥协到合作的演变或“联合制造”过程。这也意味着推动法律与实践分离的不同法律行动者的行动策略选择,是一个不断修正的过程。

### (一)以“下位法”架空“上位法”

在我国法律体系中,存在着法律效力层次的结构问题。因各种法律的效力是有层次之分的,并在相互联系中构成了一个庞大的法律效力体系。我国法律效力层次可以概括为四个层次:最高层次——宪法具有最高法律效力;第一层次——全国人民代表大会制定的基本法律;第二层次——全国人民代表大会常务委员会制定的法律;第三层次——国务院制定的行政法规;地方层次——地方立法主体制定的地方法规,包括一般性地方法规和自治地方法规,特别行政区地方法规,其法律效力的层次为地方层次。<sup>[8]</sup>

在学术语境中,存在上位法和下位法之分。其划分标准是法律效力的位阶,指在法律体系中不同的法律制度所处的效力和等级位置,通常由制定该法的不同立法机构或国家机关的等级地位而决定。上位法高于下位法,后者不得与前者相抵触。在我国现行的法律制度体系中,《中华人民共和国宪法》作为我国根本法或母法,是具有最高位阶的上位法,较之根本法,其他法律制度均为下位法。当然,上位法与下位法之分是相比较而言的。在法律社会学语境中,较之一般意义上的上位法,包括地方政府出台的规章、实施意见甚至红头文件等在内的具有实际约束力的所有直接或潜在的规则,均可以称之为下位法。在法律实施的具体场域,法律与实践分离的逻辑起点往往是由相关法律行动者选择何种行动依据开始。即在法律实施的场域,相关法律行动者选择自己行为依据的“参照物”往往不是具有较高约束力的上位法,而是经过变通、修正甚至是违法的包括红头文件在内的下位法,即在行动策略选择上以下位法来对抗或阻却上位法的实施,抑或通过实际执行的下位法来架空上位法。

在法律实施的具体场域,上位法被下位法架空大致有三种情形:一是有关法

律行动者主要依据下位法而非上位法向外界宣示行动的开始。如在征地拆迁行为中,2011年1月21日《国有土地上房屋征收与补偿条例》被颁布实施前,鲜见征地拆迁公告直接写明“根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国物权法》”等规定来实施,而是依据备受争议的拆迁条例甚至是违法的地方政府文件。作为有关法律行动者行动的初始依据,具有瑕疵甚至违法的下位法的实际施行,自然成了法律与实践分离的逻辑起点。二是在实体法上未能完全依据上位法的规定对处于弱势地位的法律行动者进行相关权益的补偿或救济。如在征地拆迁补偿安置或环境污染等事件的物质救济中,包括根本法《中华人民共和国宪法》等在内的相关上位法均有明确的规定,但在实践中起实际作用的往往是地方政府文件的“打折性”权益补偿或救济。三是在程序上未能完全依据上位法来运作。如《中华人民共和国行政许可法》第36条规定:“行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系到他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。”在法律实施的实践中,上位法对信息公开、执法程序等虽有明确规定,但其在具体场域的实践中往往被“偷工减料”,上位法的价值和功能被弱化和遮蔽。

## (二)市场逐利者裹挟了地方政府

在法律实施的场域,下位法之所以能对抗上位法,直接决定因素是某些主导地方发展的地方政府在具体事务管理中,因某些共同利益的诉求而被拥有较多资本的市场逐利者所裹挟,并被迫甚至主动与这些拥有较多资本的市场逐利者结成了行动共同体,抑或地方政府在某种程度上由于土地财政、发展政绩等的需要与某些拥有较多资本的市场逐利者结成了行动联盟。在法律实施的实践中,由于诸多场域社会生产与财富积累的需要,地方政府在实现发展目标过程中,需借力市场逐利者的资源和力量来推动地方经济社会建设和发展。与此同时,拥有较多资本的市场逐利者为了实现利益最大化,须依靠地方政府各种政策等资源的支持。而地方政府出台的政策或在执行上位法过程中,因追求政绩等的冲动,很可能就自觉不自觉地考虑拥有较多资本的市场逐利者的利益诉求,接受其裹挟,并与拥有较多资本的市场逐利者一道以下位法阻碍上位法的实施,推动法律与实践的分离。

如随着城镇化加速,地方政府为了实现对城镇的开发,由于其资金、人才和技术等开发城镇所需资本的有限性,须寻找外援。作为拥有雄厚资本的市场逐利者,自然成了地方政府推动城镇开发的一个较佳外力。而这些拥有较多资本的市场逐利者与地方政府的结合,无一例外通过土地等资本纽带来演绎。如果没有外部拥有较多资本的市场逐利者的介入,地方政府代表国家掌握的土地等资本便缺少增值的渠道。地方政府借助拥有较多资本的市场逐利者的推力,至少可以实现两个目标:一是加速实现城镇化发展;二是快速积累和壮大进一步发展的资本。因此,地方政府需要拥有较多资本的市场逐利者的同时,拥有较多资

本的市场逐利者同样需要地方政府的支持。在法律与实践发生分离的过程中,我们经常可以看到这样的情景:当拥有较多资本的市场逐利者在帮助地方政府推动城镇化过程中遇到阻力时,有时甚至不惜以贿赂等违法方式裹挟地方政府,以便寻求更大的资源优势 and 资本力量,从而为自己行动策略创造更优的条件。

地方政府被拥有较多资本的市场逐利者裹挟后,其具体行动策略一般体现在两个方面。一是在行政许可上往往规避上位法的既有规制,甚至不惜以违法手段促成拥有较多资本的市场逐利者立项;二是在发展过程中,当拥有较多资本的市场逐利者遇到阻力时,地方政府以优化环境为幌子,甚至不惜动用警力等资源为其开辟“绿色通道”。所以一旦被拥有较多资本的市场逐利者裹挟,则本应作为守夜人角色的地方政府便难以保持公正立场来保证法律的有效运行,即“正式的文本层面与事实的运作层面处于明显的脱节状态,一些社会群体可以凭借自身的资源优势,在社会的博弈场中获得比文本还要多的利益,而一些群体则恰恰相反。”<sup>[9]</sup>此时,被裹挟的地方政府与拥有较多资本的市场逐利者一道共同推动法律与实践的分离。

### (三)由“幕后违法”蔓延到“台前违法”

在法律社会学视域下,违法是由社会人作出的越轨行为,所以研究违法行为的重点在于违法发生的社会性,而这种社会性通常又离不开对违法行为结构的考察和关注。在法律与实践分离的具体场域,违法行为结构往往是通过违法行为的主体构成及群体性违法行为来体现。基于此,具体场域中法律与实践分离之前或分离中还存在着这样一个渐变的逻辑过程:由上级违法演变到下级违法,由少数人违法演变到多数人违法,由一地违法演变到多地违法,最终形成了一个由幕后违法到台前违法的渐进结果。

在城镇化进程中,无论是为了解决发展不足的普遍矛盾,抑或是为了政绩工程和土地财政的需要,地方政府惯用的发展策略是要通过招商引资来发展项目和产业,最终推动城镇化进程。而这其中,让拥有较多资本的市场逐利者“先上车后补票”的做法,往往成了某些地方政府惯用的行动策略。在这一过程中,地方政府违规行动策略所积累的负能量会逐层传导给下级政府或执行者,直至村居一级最基层行政机构。在负能量的层层传导中,上级违法逐渐鼓励了下级违法。在上级违法的鼓励下,不依法办事开始成了一种习惯或常态,并逐渐滋生由最初的幕后违法公然走向台前违法,导致法律与实践之间的“缺口”日益增大。

在法律与实践分离的具体场域,从幕后违法走向台前违法的另一股推力来自少数人违法引发了多数人违法。在行动初期,一般由掌握决策权的地方政府的主要负责人和少数主要部门的违法行为,逐渐推动了多数人和多个部门参与违法,最终演变成群体性违法。在这一违法演变过程中,少数人违法引发多数人违法的行动逻辑,其负面影响力呈现出了“波纹效应”,如同将石子投掷到湖面,由单个违法主体向多个违法主体呈波纹状扩散,让包括拥有较多资本的市场逐利者在内的越来越多的法律行动者逐渐变成违法主体,并不断突破法律甚至道

德的底线,推动由幕后违法走向台前违法。同时,由幕后违法走向台前违法的现象,具有骨牌效应,完全有可能在多个法律实施的场域产生连锁反应。在违法的多米诺骨牌效应中,随着由一地违法蔓延到多地违法的演变,可以看到法律实施场域存在两个明显特点:在数量上,由幕后违法走向台前违法,从个别地区蔓延到多数地区;二在地域上,由幕后违法走向台前违法,从发达地区蔓延到欠发达地区,再从欠发达地区蔓延到落后地区。现实中,基于不同法律行动者所拥有不同资源与资本及其组合与变化,而采取不同行动策略的组合,逐渐生成了不同社会问题所在的场域存在着由幕后违法逐步走向台前违法的社会事实。在某种意义上,这一社会事实生成的逻辑过程,也是法律与实践分离的逻辑过程。

#### (四)“内生违法”推动了“外生违法”

在社会问题的具体场域,推动相关法律行动者由幕后违法走向台前违法的动力,主要来自于另一深层次或更具有隐蔽性的群体性行动策略选择——以内生违法推动外生违法。

法律社会学视角中的内生违法与外生违法,与法律的社会化问题密切相关。法律社会化的核心在于使法律规则、原则与概念,从国家的外在宣布或普法推广,转化为个人内在的行为动机并不断增强对法律的敬畏感,从而使其客观的行为标准逐渐向主观的行为模式转变,最终使立法精神与其附着的价值导向获得社会公众普遍认同的过程。<sup>[10]</sup>抑或作为一种极其重要的文化类型的功能与价值发挥,法律文化的社会化主要是指法律文化在整个社会中的普及、传播活动,及其功能发挥和实现的程度。<sup>[11]</sup>在社会行为实践中,个体内心良好守法习惯与依法办事意识会指引个体采取行动策略的合法性,或外在行为结果的合法性。反之,个体内心缺少了对法律的应有敬畏或法律意识淡薄,同样也会指引其选择行动策略的不合法性,导致其外在行为结果的违法性。在具体场域,地方政府和拥有较多资本的市场逐利者之所以存在诸多违法行为,关键在于这些法律行动者内心缺少对法律的敬畏感,对法律价值的认同度较低,依法办事的规则意识淡薄,使其在诸多场域作出了一系列的违法性的不同行动策略的选择。换言之,推动法律与实践分离的逻辑过程,离不开一个更深层次的群体性行动策略——内生违法推动了外生违法。抑或任一社会主体的违法行为,也往往是从该社会主体内心违法开始的,即绝大多数外在的行为违法主要是决定于主体内心对法律的不尊重而导致对法律价值的轻视。在内生违法决定外生违法的内在逻辑演进中,自然常会出现宣示政府(国家)立场的政府决策,始终遭遇着不同程度的执行乏力,或被漠视和被拒斥,甚至被虚无化的情形。<sup>[12]</sup>

按照布迪厄惯习基本理论,行动是由关于在社会世界中如何运作的“实践感”控制的。在某种意义上,在法律与实践分离的场域,“实践感”应该是由内生违法决定外生违法的一个必然结果。或者说具体场域中法律行动者的“实践感”,来自内生违法中的法律意识淡薄和法律价值扭曲。在这种“实践感”驱使下,法律实施场域的不同法律行动者,尤其是地方政府和拥有较多资本的市场逐

利者为了自身利益的需要,当然的在实践中将包括政府红头文件在内的下位法作为抵消宪法等上位法的一个行动工具,最终生成了这样一个亟待我们重视和解决的社会事实——法律与实践的分离。

### 三、法律与实践分离的原因

“孟德斯鸠以前的法律学者主要满足于法律条文的解释。孟德斯鸠则在法律之外,从历史、生活、风俗和习惯种种方面去研究法律的‘精神’,从社会的演进去探求这种力量在政治、法律方面所起的作用和一般的规律;这是一个伟大的尝试:它在社会理论的‘前科学’时期,使法学向科学前进了一大步。”<sup>[13]</sup>对于孟德斯鸠的研究旨趣和贡献,法国学者布东认为,“由于深刻地认识到政体、法律和被所有已知社会所接受的习惯是相互依存的,所以他试图研究这种相互依存的原因,因而预示了现代结构功能主义的研究。”<sup>[14]</sup>

在法律实施的具体场域中,法律与实践分离的直接原因,当然是利益驱动。但如果仅停留于利益驱动说这一宏观单元社会事实的解释本身,则很难深挖隐藏在法律与实践分离背后更隐秘或更有价值的微观单元的社会事实。

任一宏观单元与微观单元的社会事实,均由不同的行动者或集合后的行动者集体来完成。所以挖掘法律与实践分离的原因,需要对不同法律行动者或行动者集体作出的不同行为的动机或需求,以及影响其动机或需求的相关因素进行考察。“人们为了能够‘创造历史’,必须能够生活。但是为了生活,首先就需要衣、食、住以及其他东西。因此第一个历史活动就是生产满足这些需要的资料,即生产物质生活本身。”<sup>[15]</sup>按照马克思的社会发展理论,法律行动者的动机来自人类社会自身发展的需要。不断变化的需要主要不是先天性与与生俱来的,而要受到后天性的具体社会文化历史因素的影响和制约,并逐渐在演进中复合而成。

按照吉登斯结构二重性理论,社会行动者的行动维持着结构的同时,又改变着结构。很显然,对于决定社会行动者动机的需要,在行动者改变或生成新的社会结构之前,其需要的实质性内容主要还是受社会行动者所处社会结构的制约和影响,然后再通过生成新的社会结构反过来影响和制约行动者的新的需要。具体到法律与实践发生分离的场域,正是由于具体的社会结构影响和制约了不同法律行动者的需要或动机,抑或不同法律行动者的需要或动机受到了社会文化历史因素的具体影响和制约。在某种意义上,这种潜藏在利益驱动说背后的社会文化历史因素,就是我们要寻找的能够推动法律与实践分离的“社会物质”或“罪魁祸首”。

#### (一)官本位的文化浸润

文化的核心要素是价值观念,其社会化的实质,也是以价值标准为核心的社会文化的内化。不同文化则有不同的价值观念,不同的价值观念指引着不同的行为,并生成着不同的社会单元。当前,官本位文化价值取向仍大有市场。

所谓官本位,有人认为它是一种文化,<sup>[16]</sup>也有人认为它是一种意识,<sup>[17]</sup>还有人认为它是一种意识形态,<sup>[18]</sup>从人的角度看,党政干部中存在的官本位意识主要表现为:官僚主义作风、把当官升官当做人生目的、唯上是从和曲意逢迎心理、特权意识;民众中存在的官本位意识主要表现为:臣民意识和盲从心理、慕官敬官畏官心理、望子成官心理。从社会现象角度看,官本位意识的表现主要有:企事业单位的行政套级现象、干部级别泛化现象、科教文化单位的过渡行政化现象、学术活动中的官本位现象以及日常人际交往中的官本位现象。<sup>[19]</sup>

在法律与实践发生分离的场域,地方政府作为主导地方发展核心力量和关键作用的法律行动者,因其长期深受官本位文化浸淫,与官本位文化相匹配的政绩工程和土地财政等利益冲动成为他们的价值心理和价值判断,让地方政府与拥有较多资本的市场逐利者结成利益共同体,并在具体行动中逐渐达致某种价值观念的趋同性,在共同行动中形成合力,从而不断推动法律与实践分离。在官本位文化的长期浸润中,某些官员骨子里的价值取向仍定位于如何实现官场上的升迁,而不是最大化发挥公民社会政府“守夜人”角色的社会服务功能。

在上述文化浸润中,即使处在社会转型加速期,虽经价值多元化的冲击,但由于官本位的官场文化的根深蒂固,且不同程度地存在于社会各个场域之中,致使相关公务人员的非规则行事风格依然存在。该官场文化的大行其道,自然会影晌某些地方政府及拥有较多资本的市场逐利者行为动机选择上的价值偏好,即决定了法律行动者个体及群体行动策略的非制度性或违法性。

## (二)权力结构失衡下的考核机制

包括地方政府和拥有较多资本的市场逐利者在内的法律行动者之所以用下位法来对抗上位法的实施,与地方政府遵循的考核机制密切相关。而该考核机制,又存在于一定的权力结构中。在某种意义上,权力结构制约和影响考核机制。如果权力结构失衡,即权力组织体系中权力配置力量失衡,则考核机制必然按照权力配置中起主导力量的参与者的意志来设置,而力量薄弱的一方则很难掌控和左右考核机制。

在考核机制中,一个重要问题是考核标准的设置。近几年,虽然越来越弱化GDP在考核中的权重,但地方政府仍热衷于GDP至上。根源在于某些地方政府追求短期政绩,对可持续发展理念尚未真正内化,并变成指导地方经济和社会发展的行动自觉。教训表明,如果片面追求GDP的增长,则会忽视对政治、文化、社会和生态等其他领域的协同可持续发展。这种考核机制在当前实际操作中之所以弱化了社会指标的权重,其直接原因是决定当前官员考核机制的权力结构失衡了。

所谓考核环节的权力结构失衡,即在决定考核机制的权力组织体系中,因参与考核的主体成员组成方式单一而致结构失衡。考核官员晋升机制的权力结构失衡,也是当前社会结构失衡的具体化。按照社会结构失衡或“断裂”的理论,考核地方政府官员政绩机制的权力结构的失衡或断裂,是一种特定场域或更具有



针对性的微观上的社会结构的失衡或断裂。事实上,在当前体制中,对地方政府和官员的考核工作是由地方政府的主管部门来主导。在这种考核官员的实践逻辑中,虽因扩大民主和社会监督的需要,并以民主测验、社会投票、群众评议等具体方式,让公众参与到对地方政府和官员的考评中来,但公众只能按照规定动作来参与考核,对官员的真实评价和意见有时因被主管部门事先安排而减少了公众真实表达意志的机会和可能。

### (三)制度结构失衡下的获利机制

就获利机制而言,任一获利机制均发生在一定的制度结构中。在社会问题频发的具体场域,较之拥有较少资源的法律行动者,地方政府和拥有较多资本的市场逐利者之所以往往能占据获利的有利位置,在某种程度上取决于制度结构矛盾下的一个获利机制。实践中,该获利机制让地方政府和拥有较多资本的市场逐利者成为利益分配规则的制定者和实施者,掌握着利益分配的主动权。导致这种获利机制存在的一个重要原因,在于诸多场域利益分配的制度规范在结构上存在着不合理性甚至相互冲突。

实践中,不合理甚至相互冲突的制度规范往往通过地方政府制定的土政策或习惯做法代表下位法,并以下位法抵消甚至取代上位法,即以土政策或习惯做法作为事实上的土制度破坏应然法上的制度供给生态,导致大量非应然法上的制度,抑或非制度性方式,逐渐制造了制度结构上的失衡。这也意味着在诸多场域的利益分配机制中,调节和服务于利益分配的获利机制因大量非应然法意义上的土制度的存在或运行,抑或非制度性获利的普遍性,从而在利益分配上较大程度的有利于地方政府和拥有较多资本的市场逐利者,不同程度的损害了利益分配上的正义价值。通过制度结构失衡下的获利机制,地方政府和拥有较多资本的市场逐利者结成的集体联盟通过有利于自身的利益分配机制,实现更大的财富积累而具有更丰富的场域中的行动资本,且这种资本会日积月累,并在资本积累的量 and 质上均具有绝对优势,这无疑会造成地方政府与拥有较多资本的市场逐利者具有更强的力量来联合推动法律与实践产生更大的分离。

制度结构失衡下的获利机制,归根结底与我国结构性失衡的制度文化密切相关。在某种意义上,虽然我们近些年在制度建设上取得了巨大成绩,但制度的结构性矛盾仍是我国制度文化中的一个显著特点。制度的结构性失衡或矛盾,又可具体集中表现为我国还没有完全建成国家与市场之间关系均衡且良性互动的制度结构,即现有的制度结构仍不能完全适应经济持续增长和社会全面发展的需要。所以说目前市场制度仍不健全导致产权保护不力,政府行为边界不明导致政府职能尚未界定清楚,要素市场因竞争不充分和市场定价机制不健全等而制约市场经济充分发展。<sup>[20]</sup>

### (四)社会底层向上流动乏力

法律与实践的分离,离不开社会宏观结构的格局及运行状态。研究社会结构,无法绕开社会分层。因此,在我国诸多场域,法律与实践的分离与社会分层

尤其是阶层流动的动力大小同样具有内在关联度。分层是针对社会的一种特殊的观察角度,主要从人们社会地位垂直变化这一视角来观察社会,其本质在于人们之间利益或资源占有的关系。<sup>[21]</sup>在社会分层现象中,阶层流动尤其是社会底层向上流动问题,是以法律社会学视角解释法律与实践分离的又一个具体切入点或维度。

就目前看,社会底层主要指生活水平较低的农民和无业、失业、半失业人员,其次包括收入较低的个体劳动者、一般商业服务业人员、工人。这些处于社会底层群体的基本特征是经济地位和社会地位均较低。在当下的诸多场域,尽管改革开放以来随着我国社会经济的进一步发展,人们的生活水平也有了很大的提高,但贫富分化日益明显,财富集中度日益趋高,阶层分化的形势及由此造成的社会结构紧张局面,逐渐开始严峻,并使阶层结构出现了定型化的倾向。在这一过程中,虽然中产阶层有所发展,但总体比例依然较小,且这一过程还伴有阶层利益呈现多元化与碎片化的特点。<sup>[22]</sup>阶层之所以会出现定型化趋势,直接原因是社会底层向上流动力量的缺乏或不足。尤其随着我国工业化和城镇化的快速发展,传统体制下的城乡二元结构不但未消除,反而逐步向城镇蔓延,尤其是伴随着农民因就业向城镇移民的过程中,城镇中形成了规模庞大的农民工阶层,这些农民工阶层与城镇居民构成“城镇二元结构”。<sup>[23]</sup>随着城镇二元结构中各阶层距离的扩大,处于较低经济地位的广大民众因掌握的资本或资源较少,难以实现从底层向上流动,持有等量资本进行平等的博弈或抗争。

根据布迪厄场域理论,资本的多寡或资本量的大小,不但决定了广大民众缺少向上流动的经济基础而只能处于社会底层的位置,也决定了其与地方政府等法律行动者的斗争策略,注定他们几乎以失败告终的结果。因在场域中,不同行动者拥有的资本量决定了各自在场域中的位置和所能运用的行动策略。在诸多场域中,地方政府等法律行动者在经济地位、行政权力、社会资源等诸方面占有的资本量,较之底层民众所拥有的资本量占据绝对优势而导致资本比例严重失衡。就是说,民众的资本劣势决定了其最终无法阻止法律与实践的分离。

#### (五)法律内化的驱动力有限

法律与实践之所以分离,背后深层次的原因与法律行动者法律内化的驱动力同样密切相关。社会学派的文化学派主张社会化的实质,是社会文化的内化。社会学家迪尔凯姆在开始使用内化的概念时主要指社会规范通过内化过程可以深植于个人意识之中,然后扩大到社会文化的内化。<sup>[24]</sup>其实,法律内化应是生物人在向社会人转变的社会化进程中,逐渐将代表社会正义的普遍规则意识植根于内心,并变成自觉指导自己行动的一个内化过程。如在矛盾多发的征地拆迁和环境污染等场域,问题的直接原因虽是地方政府和拥有较多资本的市场逐利者的违法行为所致,但深层原因是法律内化驱动力有限。

有限的法律内化驱动力,源自非制度性文化。非制度性文化的社会根源主要是我国传统的乡土伦理对现代化进程中法治建设的深刻影响与制约。而这其

中,包括乡土本色、血缘和地缘、差序格局和礼治秩序等在内的乡土伦理,<sup>[25]</sup>整体上看,这种长期存在的非制度性文化,对法律内化的积极作用不但有限,而且往往具有较大的负面功能。由于非制度性文化制约,即使我国经历了30多年声势浩大的改革和现代化建设,法治建设虽也取得了很大的成绩,但距离依法治国的要求仍任重道远。

非制度性文化的影响,决定了法律内化机制的欠缺,即法律精神的认知与认同、配套制度的建设与执行、物质文化建设的保障三个主要层面均存在不同程度的薄弱环节。实践中,尤其是地方政府官员学法监管机制在整体上仍然欠缺。官员学法监管机制的缺失,尤其未将学法与用法效果与官员的考核和晋升挂钩,在某种程度上造成了官员尤其是地方政府官员缺少自觉学习法律的压力和动力,导致地方政府运用法治思维与法治方式履职的积极性不高,最终在有意无意、直接或间接、作为或不作为中推动甚至主导了法律与实践的分离。

#### 四、结 语

随着法治进程的不断加速,我国诸多场域均不同程度的存在着法律与实践分离问题。在某种意义上,我国所有社会问题均不同程度的受制于法律与实践的分离窘境。所以,推进法治建设的一个重要任务就是要解决法律与实践分离问题。

在法律社会学视角中,法律与实践分离的逻辑,即法律在实践中运行失效的过程。在这一过程中,不同法律行动者因相同的利益诉求而结成了法律行动共同体,并在个体行动策略的选择基础上按照场域资源或资本的发展变化,实施了新的更加隐蔽性的有别于个体行动者的集体行动策略。具言之,在这一集体行动策略实施过程中,首先直接表现为地方政府和拥有较多资本的市场逐利者,用存在瑕疵的下位法架空了理应遵守的上位法,直接导致了法律与实践的分离。推动下位法架空上位法的直接动力,主要是拥有较多资本的市场逐利者裹挟了地方政府而结成的利益共同体并付诸集体行动。然后促成地方政府与拥有较多资本的市场逐利者再选择新的集体行动策略——由幕后违法转向台前违法,加速推动法律与实践分离。而真正推动法律与实践分离的决定性因素或更具有隐蔽性的集体行动策略,是法律行动者群体用内生违法推动了外生违法。在这样的逻辑演进过程中,法律与实践逐渐产生不同程度分离。

然而,推动法律与实践分离的深层次原因应从法律与社会互动中来深挖。研究表明,在法律实施的诸多场域,官本位的文化浸润,驱使地方政府官员为了升迁需要借力拥有较多资本的市场逐利者推动经济发展;权力结构失衡下的考核机制,驱使地方政府官员在盲目追求GDP中,主动与拥有较多资本的市场逐利者结成利益同盟;制度结构失衡下的获利机制,决定了地方政府及拥有较多资本的市场逐利者在获利中的非制度性;社会底层向上流动乏力,决定了多数底层民众难以改变身份而与地方政府和拥有较多资本的市场逐利者抗争;法律内化

驱动力有限,决定了不同法律行动者尤其是地方政府与拥有较多资本的市场逐利者依法办事的自觉性并不强烈。这些社会事实,在不同程度地相互交织和相互渗透中,使某些地方政府、拥有较多资本的市场逐利者在法律实施场域不断集聚着资本量,继而占据着优势地位,在与掌握少量资本的底层民众的博弈中,更便于能采取一系列有利于自身的行动策略,最终造成了法律与实践的分离,并导致了一系列相关社会问题。

### 注释:

- [1]Pound, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review*, 1910, p.44.
- [2]殷泓、王逸吟:《把纸上的法律变成行动中的法律——访全国人大法律委员会委员王利明代表》,《光明日报》2011年3月15日,09版。
- [3][4]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社,2001年,第10、210页。
- [5][美]马修·戴弗雷姆:《法社会学讲义——学术脉络与理论体系》,郭星华、邢朝国、梁坤译,北京大学出版社,2010年,第37页。
- [6]国务院总理李克强2016年3月在第十二届全国人民代表大会第四次会议上所作的政府工作报告时指出,要深入推进以人为核心的新型城镇化,实现1亿左右农业转移人口和其他常住人口在城镇落户,完成约1亿人居住的棚户区和城中村改造,引导约1亿人在中西部地区就近城镇化。到2020年,常住人口城镇化率达到60%、户籍人口城镇化率达到45%。
- [7][美]乔纳森·H·特纳:《社会学理论的结构》(第7版),邱泽奇、张茂元等译,华夏出版社,2006年,第465页。
- [8]张根大:《法律效力论》,法律出版社,1999年,第180—181页。
- [9]蓝宇蕴:《都市里的村庄:一个“新村社共同体”的实地研究》,生活·读书·新知三联书店,2005年,第390页。
- [10]张文显:《法文化:法学的一块新垦区》,《当代法学》1991年第3期。
- [11]刘作翔:《法律文化论》,陕西人民出版社,1992年,第209页。
- [12]王锡锌:《中国行政执法困境的个案解读》,《中国法学前沿》2007年第3期。
- [13]张雁深:《孟德斯鸠和他的著作》,《论法的精神》(上册),商务印书馆,1961年,第18页。
- [14][法]雷蒙·布东:《社会学的方法》,殷世才译,商务印书馆,1995年,第3页。
- [15]中央编译局:《马克思恩格斯选集》(第1卷),第2版,第79页。
- [16]刘永信:《中国官文化批判》,中国经济出版社,2000年,第3页。
- [17]张晓琳:《官本位意识解析》,《人民日报》2002年1月17日,第9版。
- [18]戴清亮:《破除“官本位”》,《学术界》2005年第2期。
- [19]李太森:《当代中国官本位意识表现分析》,《中州学刊》2014年2期。
- [20]李英东:《重构现代市场经济制度结构的路径与对策》,《现代经济探讨》2010年第9期。
- [21]李强:《中国社会分层结构的新变化》,《鞍山社会科学》2005年第5期。
- [22]李强:《当前我国社会分层结构变化的新趋势》,《江苏社会科学》2004年第6期。
- [23]侯力:《从“城乡二元结构”到“城市二元结构”及其影响》,《人口学刊》2007年第2期。
- [24]马远俊:《法律社会学——源流辨析与学理运用》,湖北人民出版社,2009年,第197页。
- [25]此处“乡土本色”“血缘和地缘”“差序格局”“礼治秩序”“乡土伦理”等概念,均参见费孝通先生所著的《乡土中国》《江村经济》《生育制度》等。

[责任编辑:刘 鏊]