



中国文物保护法实施效果研究

张伟明◎著

 文物出版社

中国文物保护法实施效果研究

张伟明 著

 文物出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国文物保护法实施效果研究 / 张伟明著. —北京:
文物出版社, 2017. 7

ISBN 978 - 7 - 5010 - 5157 - 1

I. ①中… II. ①张… III. ①文物保护法 - 研究 - 中
国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 148076 号

中国文物保护法实施效果研究

著 者: 张伟明

责任编辑: 许海意

封面设计: 程星涛 张 帆

责任印制: 张道奇

出版发行: 文物出版社

社 址: 北京市东直门内北小街 2 号楼

邮 编: 100007

网 址: [http: //www. wenwu. com](http://www.wenwu.com)

邮 箱: [web@wenwu. com](mailto:web@wenwu.com)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京都六环印刷厂

开 本: 710mm × 1000mm 1/16

印 张: 9

版 次: 2017 年 7 月第 1 版

印 次: 2017 年 7 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5010 - 5157 - 1

定 价: 38. 00 元

本书版权独家所有, 非经授权, 不得复制翻印

目 录

导 论	1
一、文物保护法实施效果的核心问题	1
二、为什么要关注中国文物保护法的实施效果?	4
三、文物保护相关研究回顾	6
四、研究基础:法律效果理论的述评	7
五、本文选取的理论框架	24
六、研究方法及材料来源	24
七、创新性	25
第一章 路径的选择:根源于中国治理实践的文物保护体制	26
一、文物保护历程的“实践历史”视角	26
二、行政逻辑主导下的文物保护体制的形成	28
三、《文物保护法》对历史路径的确认	39
四、规则演进的历史逻辑与法律效果的关系	41
五、小结:法律制度的产生和实现有其历史逻辑	44
第二章 文物的所有权配置及其实现效果分析	46
一、国外的文物所有权配置类型及特点	47
二、中国的文物所有权配置特点	50
三、文物管理体制的有效性分析	54
四、文物国家所有权的行使成本及投入产出效益	57
五、文物国家所有权配置的效果分析	67
六、小结:权利的不同配置与法律效果	76

第三章 文物保护与经济建设的关系：矛盾还是共赢？	77
一、防止文物建设性破坏的四道防线	78
二、为什么存在着大量的“法人违法”和建设性破坏？	81
三、文物保护事业是“财政包袱”吗？	84
四、小结：文物保护与经济建设之间的共赢	87
第四章 文物违法犯罪行为及执法威慑效果	90
一、中国的文物安全——历史与现实	90
二、文物法令与文物犯罪之间的相关程度及其影响	94
三、文物犯罪的威慑曲线是否已经变平？	100
四、小结：法律威慑效果的有限性	106
第五章 《文物保护法》实施的支撑结构	107
一、文物法律意识的替代性思维与民间纠纷的解决	107
二、文物保护法律的传达体系与执行结构的影响	114
第六章 如何有效地保护文物？	120
一、建设性条款是未来《文物保护法》立法修订的重点	122
二、建立新型的文物保护参与机制	123
三、加强民间文物保护法律意识的培育度	124
四、仍然需要探索更加有效的文物安全保护机制	124
参考文献	127
致 谢	135

图表索引

图 4-1	1980~2000 年某地区年度盗墓数与年度法令数和年度安全法令数的矩阵散点图	97
表 2-1	文物保护管理机构历年机构数及年度总收入和总支出情况	60
表 2-2	历年各地区文物保护单位维修项目情况	63
表 2-3	博物馆收支情况	65
表 2-4	2004 年北京某地区文物保护单位的归属情况	70
表 3-1	1996~2009 年间文物观众参观数量及门票收入	87
表 4-1	1980~2000 年某地区文物法令颁布及文物盗掘情况	96
表 4-2	文物法令与文物犯罪行为之间的相关性	98
表 4-3	(一) 模型汇总、(二) Anovab	99

导 论

一、文物保护法实施效果的核心问题

《文物保护法》及以此为核心的文物保护法律法规体系是文物保护事业有序发展的基础。随着社会和经济的进步，我们的文物保护工作取得了显著成绩。文物的保护和合理利用更加有序，文物保护和基本建设之间的关系更加协调，全社会文物保护意识大大增强，大量的可移动文物和不可移动文物得到有效保护。

但是，也应该看到，我国文物保护与利用的整体水平还不能很好地适应文化事业发展的需要，不能完全满足人民群众日益增长的精神文化需求。文物工作中还存在一些实际困难和问题。主要表现在文物保护体制上还需要继续完善，社会参与文物保护的机制还需健全；文物的盗窃、盗掘、走私等违法犯罪行为频发；“法人违法”现象屡禁不绝，文物违法犯罪的成本较低等。

2015 年左右，根据文物保护工作实际情况，全国人大启动了《文物保护法》新一轮的修订工作，并进入全国人大修法日程之中。2016 年国务院法制办公室公布了新的修订稿草案。因此，研究《文物保护法》的主要内容、存在的主要问题，特别是在实际工作中的执行效果，有助于理解《文物保护法》的内涵，有助于文物保护实际工作的开展。

中国文物保护法^①实施效果的核心问题是文物是否得到有效保护和合理利用。这个问题，既是《文物保护法》立法目的和制度设计要解决的问题，也是文物保护实践中的难点。那么，实践中的文物保护究竟难在哪里？对此，文物保护行业中的不同从业者，有不同的答案。甲是国家文物局一位专家，他认为文物保护的最大问题在于文物管理体制的不顺畅，文物的分级属地管

^① 本文所说的中国的文物保护法是指以《中华人民共和国文物保护法》为核心的文物保护法律法规的总称。在行文中，以《文物保护法》来特指《中华人民共和国文物保护法》。

理造成了文物管理的浪费和低效,主张建立类似于海关、税务等垂直管理的文物管理体制,以破解当前文物保护效果不佳的问题。乙是某市文物局官员,他认为,当地文物保护最大问题是“法人违法”,政府机关、企事业单位这些法人主体往往知法犯法,而且违法行为难以处罚和禁止。丙是一考古发掘项目的负责人,他说,田野考古发掘中最担心的就是文物盗掘问题,许多考古发掘项目往往因被盗墓者先行光顾而失去科学研究价值。综观近年来文物界的一些典型案例来看,三位文保专家的回答均具有一定的代表性,实际上反映了文物保护工作中存在的三个难点问题:

(一) 文物管理体制的有效性問題

文物管理体制包括文物行政管理体制和文物保护管理体制。文物保护法有大量针对文物管理体制的规定,包括文物所有权、文物行政机构的职能、文物保护管理机构的建立、财政投入、人员资质、文物保管手段的规范等。问题在于,这些规定的效果如何?从文物行政管理机构的现状来说,管理主体多元化、管理权分散、权责不对称、缺乏有效的文物保护监督机制和责任追究机制,其结果便是出现利益之争谁都可以管,文物出现了问题谁都不负责任。这也是访谈时国家文物局的专家认为需要建立垂直管理体制以提高文物行政管理效能的原因。从文物保护管理机构的现状来说,尽管一直在完善,大多数文物保护管理机构存在着归属管辖复杂、内部管理低效的特点。文物管理体制总体上呈现出计划经济体制下的影子,表现在人员和经费管理的粗放性,内在人才激励机制的缺乏,决策过程及后果估计的随意性,财务预算的任意编制,不关心经费投入之后的产出效益等,其后果就是文物管理的精细化程度不够,文物得不到良好的保护,文物的社会效益难以有效发挥,甚至发生文物被盗、被损的后果。例如,某省级博物馆文物损坏被盗骗案^①就典型地体现出文物管理制度的有效程度对文物安全的影响。该博物馆拥有10万多件珍贵的文物,但因缺乏有效的文物监管体制,20世纪90年代,该博物馆秘密销毁20多件受损的文物;2000年,由于文物出入库管理制度松懈,被文物贩子骗走22件珍贵文物;2002年又因防盗意识薄弱,致使6件珍贵文物从展厅中被盗。另一被称为中国文物界“第一大案”的李海涛监守自盗文物案,同样暴露出现行文物管理体制较为粗放、缺乏监督的一面。李

^① 《新疆博物馆内幕调查:一个“基建馆长”的落马》,北方网, <http://news.enorth.com.cn/system/2004/04/08/000765047.shtml>, 2011年10月9日访问。

海涛系河北承德外八庙管理处原文物保管部主任,利用库房管理的漏洞,在长达10年的时间里,窃取文物库中的馆藏文物共计295件。^①2016年的十三陵被盗事件等。从根源上说,还是文物管理体制有效性不足的问题。

(二) 如何妥善处理文物保护与经济建设的关系

我国的文物所有权和使用权在实践中的分离现象,以及文物属地管理和单位权属管理的复杂性,使得无论是在大规模的国家基本建设、地方各级政府的城市建设还是文物权属单位的工程建设中,都出现了文物受到侵害的情况,有的损害情况还非常严重。例如,2002年福州市全国重点文物保护单位崇妙保圣坚牢塔(乌塔)受到建设性破坏的案件就是一起典型的“法人违法”案件。^②1996年,福州市政府决定对原乌塔周边区域进行旧城改造,2002年采取商业运作方式,将该塔周边区域出让给一家房地产企业经营,2004年该企业未经批准即开工建设塔基加固工程和冠亚广场项目,造成具有1000多年历史的乌塔历史风貌的严重受损。该违法案件被国家文物局认定为典型的法人违法案件,由福州市政府负主要责任。实际上,在不可移动文物保护方面,大量的文物损害都与各地的经济建设活动有关,涉及的违法主体包括地方政府、企业、事业等单位。国家文物局2008年出版的《文物行政执法案例选编与评析》^③中收录了42件文物行政执法案例,其中超过50%的行政违法案例都是在文物保护单位保护范围及建设控制地带违法进行工程建设。因此,法人违法和建设性破坏是文物保护的一个热点和难点问题,也是《文物保护法》实施过程中必须正确处理的一个重要问题。

(三) 文物安全防范的有效性问题

文物安全是文物保护的核心问题,也是文物保护法律法规关注的核心问题。近年来文物盗掘、盗抢、走私活动日益猖獗,而且呈现出犯罪组织职业化、犯罪行为暴力化、作案手段高科技化等特点,盗窃、盗掘、销赃、走私的犯罪网络已经形成规模。据报道,1件内地出土的文物,可以在3天之内出现在海外市场,文物走私的能力较过去有质的提高,^④甚至是一些很难盗

① 《原承德文物局干部窃取文物近300件被执行死刑》,东方网, <http://news.eastday.com/c/20101119/u1a5559519.html>, 2011年10月9日访问

② 国家文物局:《文物行政执法案例选编与评析》,文物出版社,2008年,第20页。

③ 国家文物局:《文物行政执法案例选编与评析》,文物出版社,2008年。

④ 《我国约10万盗墓者游走各地 所盗文物3天出境》,大洋网, http://news.dayoo.com/society/201005/12/61961_101930861.htm, 2011年10月10日访问。

运出境的文物,也可以被走私出境。例如,2004~2005年文物盗窃团伙盗掘西安市长安区庞留村附近的唐贞顺皇后敬陵墓,将墓中重达27吨的彩绘石棺盗运走私出境。2010年5月西安市长安区韦曲街办新合村高约2米、重1吨的北周时期石佛造像被盗。^①这些犯罪案件说明,在巨额的利润刺激下,文物犯罪问题日趋严峻,文物安全防范措施的有效性亟待改善和提高。中国的文物保护立法已经预见或者说采取了一些措施以预防某些特别的损害发生。这表现在对馆藏文物的安全保护、工程建设中的文物破坏、考古发掘的审批、文物市场的管理、文物犯罪的打击等方面进行的细致规定,以防止诸如火灾、过失损害以及法人违法、建设性破坏、文物盗掘、文物走私等违法犯罪行为对国家文物造成的损害。但这些规定的困境在于,现实中频繁发生的建设性破坏、文物被盗、被抢、文物走私现象实际上折射出社会对文物国家所有权的不尊重,折射出这些文物保护规则的权威缺失及应用于现实中的无力。

对上述三个问题的研究构成了本书的主要内容。这三大问题还可以归纳为:中国的文物保护法针对这些问题有哪些规定,这些规定在中国的治理实践中又有哪些表现,表现甚佳或表现不佳的原因是什么。这三者递进的关系构成了本书的结构。文物保护法与文物保护的有效性之间的关系是本书的核心。

二、为什么要关注中国文物保护法的实施效果

为什么要关注中国文物保护法的实施效果?从理论上说,回答这个问题,相当于回答一个在法学领域中的基本问题,即为什么要关注法律效果?关注法律效果的原因其实不难理解。法作为一种实践智慧,利用规范来解决事实问题。^②在社会生活中,法律规范与事实问题相辅相成,法律文本与社会实践紧密相关,法律文本的实际执行力和权威性在社会实践中得以体现。因此,不关注法律效果,不关心书本中的法律如何在社会中的具体实现,对法律文

^① 这两个案件的犯罪情况曾经在公安部、国家文物局举办的“众志成城雷霆出击——全国重点地区打击文物犯罪专项行动成果展”(2010年11月17日在中国人民革命军事博物馆开幕)上展出。见《“全国重点地区打击文物犯罪专项行动”成果展举行》,中国网, http://news.china.com.cn/rollnews/2010-11/17/content_5204149.htm, 2011年10月10日访问。

^② 郑永流:《法是一种实践智慧——法哲学和法律方法论文选》,法律出版社,2010年,第113、136页。

本的社会有效性和实际影响力的认识就难免模糊。但研究法律效果问题,其难点并不在于提炼出这种一般化的认识,问题的难点恰恰在于特定法律实施过程中所面临的特殊性上,即应该如何认识特定法律文本与特定社会实践之间的具体关系。这也是为什么很多法律效果研究实际上都是个案研究。因此,研究中国文物保护法的实施效果,问题也并不在于一般化地认识文物保护的法律文本与社会现实之间的关系,问题在于中国文物保护行业的特殊性上。

选取中国的文物保护法及其相关法规作为本文法律效果分析的具体研究对象,其原因还包括:

1. 法律效果研究要以具体法律制度作为参照对象,离开了对具体法律制度的深入探讨,从理论到理论探讨法律效果的问题,很容易变得空洞与乏味。

2. 选择文物保护法作为研究对象的主要原因在于对文物保护法及其相关法规的效果分析,具有“扩展个案研究”的意义。^①

(1) 文物保护法在中国的行政管理法规中具有一定的代表性和典型意义。中国的法律体系根据调整方法和调整对象的不同,可以分为宪法、行政法、民商法、经济法、劳动与社会保障法、刑法、程序法等七个部门。其中,行政法部门是调整国家行政管理活动中形成的社会关系的法律规范的总和,包括治安、民政、工商、文教、卫生、财税、交通、环境等各方面的法律制度。^②《文物保护法》体现了国家对文物或文化遗产的保护权和管理权,属于行政法部门体系中的文教法律制度,与文物保护相关的法律法规分散在宪法、民商法、经济法、刑法等部门法领域,例如刑法中有关文物犯罪的条款,但主要的法律法规还是集中在行政法部门。文物保护法与治安、民政、工商、环境等行政管理法律制度一样,具有相对独立的法律制度体系以及从上到下的政府执法机构的配置。因此,对文物保护法的分析具有较为典型的参照意义,对于理解中国的行政法律乃至中国法律都具有一定的价值。

(2) 文物保护法及其相关法规的实施效果具有典型的考察价值。文物保护以及在此基础上扩展的文化遗产保护在21世纪的中国正日益显示其重要意

^① 关于“扩展个案研究”,可参见卢晖临、李雪:《如何走出个案——从个案研究到扩展个案研究》,载朱晓阳、侯猛:《法律与人类学:中国读本》,北京大学出版社,2008年,第342~362页。

^② 朱景文:《法理学》,中国人民大学出版社,2008年,第373~376页。

义。中国的文物保护法及相关法律法规体系的建设也渐趋于完善。但是，我们在承认 1949 年以来中国文物保护所取得的巨大成绩的同时，也必须面对着文物安全的沉重话题。尽管我们的文物保护法律体系已经渐趋完善，公民的文物意识也在提高，文物保护的执行机构较为完整，但我们文物的自然和人为损害还是很严重。全国的文物家底不清，保护经费投入不足，许多文物保护单位难以实现有效保护；文物的盗窃、盗掘、走私等违法犯罪行为频发，大量的文物被走私出境；文物的建设性破坏依然严重，“法人违法”现象屡禁不绝，文物违法犯罪的成本较低，甚至在国家行政机构的督办下，文物仍然遭到破坏。^①

因此，这种健全的法律体系和完整的执法结构与其不良的实施效果之间的矛盾关系，对于考察影响法律效果的因素及法律效果的内容具有典型的个案意义，对中国特色文物保护实践历史过程及其效果的分析，对于法律效果的理论研究具有重要的参考价值和推论价值。

三、文物保护相关研究回顾

学界有关文物（文化遗产）保护的研究集中在几个方面：

1. 文物保护的历史和现状的研究。这其中包括对民国时期文物保护研究，对中央苏区、陕甘宁边区、解放区的文物保护实践研究，对 1949 年后的文物保护历程的研究。^②

2. 《文物保护法》及其相关法规的研究。包括对国内外文化遗产立法保护的比较分析^③，对国内文物保护立法过程的回顾^④，对《文物保护法》修订

① 《江苏宋元粮仓遗址被毁调查：塔吊货车仍在作业》，新浪新闻，<http://news.sina.com.cn/c/sd/2010-07-14/052420672752.shtml>，2011 年 1 月 2 日访问。

② 参见谢辰生：《新中国文物保护工作 50 年》，《当代中国史研究》2002 年第 3 期，第 61～70 页；刘建美：《陕甘宁边区文物保护工作述析》，《延安大学学报（社科版）》2010 年第 2 期，第 51～56 页。

③ 黄燕民：《国际文物保护立法简述》，《中国博物馆》1987 年第 4 期，第 74～81 页。

④ 梁吉生、顾伯平：《新中国文物立法的回顾与展望》，《中国博物馆》1988 年第 4 期，第 75～81 页；张松：《中国文化遗产保护法制建设史回眸》，《中国名城》2009 年第 3 期，第 27～33 页。

利弊的分析^①，对文物保护法的私法性及文物所有权的物权属性的研究^②。

3. 对文物违法犯罪行为的研究。例如对文物犯罪量刑的研究^③，对文物犯罪罪名与刑法罪名协调的研究^④，对刑法文物犯罪体系的完善研究^⑤，对文物执法体制的研究^⑥。

4. 对具体文物保护制度的研究。例如对文物保护单位的研究^⑦，对历史文化名城、名镇、名村保护制度的研究^⑧，对文物管理体制的研究^⑨等。

总的来说，现阶段文物（文化遗产）保护的研究范围已经大为扩展，各种研究成果很多，其中对文物保护法的实施效果研究，大多集中在对文物保护现状的忧虑上，对形成文物保护难题的原因有初步的分析，但是还没有形成较为系统的理论认识。

四、研究基础：法律效果理论的述评

（一）法律效果评价的意义

从法社会学诞生以来，法律与社会之间的相互影响已经成为现代法学的

① 黄锡生、晏晓丽：《论新文物保护法的制度创新及其立法完善》，《江汉大学学报（社会科学版）》2004年第6期，第74～78页；李都安：《新〈文物保护法〉存在的问题及其补救措施》，《唐山师范学院学报》2010年第1期，第125～127页。

② 李玉雪：《文物的私法问题研究——以文物保护为视角》，《现代法学》2007年第6期，第136～146页；刘红兵：《论文物保护法的物权规定及其完善》，山东大学2008年硕士学位论文。

③ 马秀娟：《论我国文物犯罪的量刑平衡》，《山西警官高等专科学校学报》2009年第1期，第10～13页。

④ 薛瑞麟：《关于文物犯罪几个问题的思考》，《杭州师范学院学报（社会科学版）》2005年第2期，第28～32页。

⑤ 罗朝辉：《我国刑法对文物的保护及立法完善思考》，《重庆交通学院学报（社会科学版）》2006年第2期，第30～35页。

⑥ 文物警察体制研究课题组：《河南省文物警察体制问题调研报告》，《山西警官高等专科学校学报》2009年第4期，第5～10页。

⑦ 王运良：《中国“文物保护单位”制度研究》（非出版物），复旦大学2009年博士学位论文。

⑧ 赵中枢：《从文物保护到历史文化名城保护——概念的扩大与保护方法的多样化》，《城市规划》2001年第10期，第33～36页。

⑨ 马健：《中国文物管理制度的变迁：1950～2002年》，《理论界》2010年第2期，第222～223页。

一个核心研究课题。用埃利希的话说,从法律命题中发现全部法律的时代已经过去,法律发展的重心存在于社会的内在秩序之中,存在于契约、交易惯例、财产处分等具体的人类活动之中。^①用卡多佐的话说,法律的成长将不仅仅借助于逻辑的力量,也借助历史和社会实践的力量,借助“实在法、被实际遵从的惯例、经济需求和实现正义的渴望”。^②因此,我们不仅仅关心书本中的法律,更关心书本中的法律如何在社会中的具体实现。为此,我们在纸面法律 and 实际法律运作的两分架构下,研究法律的威慑效果,研究刑事法律案件中的辩诉交易,研究商业行为中的非合同因素,^③关注法的执行效果,例如中国法院案件的执行效果,^④其目的就是探寻纸面上的法律与隐藏在纷繁复杂的社会生活之中的规则是如何发生碰撞、融合或者排斥,研究是什么样的机理在影响着法律的运作行为,使它有效或无效,使它发生这样而不是那样的效果。

美国学者庞德指出社会学法学的首要研究对象就是法律制度、法律律令和法律准则所具有的实际的社会效果,研究使法律具有实际效果的手段,并认为这是一种法律功能上审视法律,探究法律如何运作的研究方法。^⑤同样,法律经济学的一个核心问题就是研究不同的权利配置如何带来不同的法律效果。“对法律经济学家而言,法律效果研究是对经济理论和经验方法的最好运用。他提出并试图回答这样的问题:什么是法律的可能效果?它实现了吗?法律达到了自己的目标了吗?”^⑥法律效果是与法的运行、法的作用乃至立法活动都是紧密联系的。只有通过法律实施效果进行评价,才能揭示法发挥作用的实际程度,才能揭示法律在满足社会需要方面的得失,才能揭示法的

① [奥] 尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》(三),叶名怡、袁震译,九州出版社,2006年,第1063~1065页。

② [美] 本杰明·内森·卡多佐:《法律的生长》,刘培峰、刘骁军译,贵州人民出版社,2003年,第52页。

③ 关于辩诉交易、商业中的合同与非合同关系等有关行动中的法律案例,可参见朱景文:《法社会学》,中国人民大学出版社,2005年。

④ 唐应茂:《法院执行为什么难——转型国家中的政府、市场与法院》,北京大学出版社,2009年。

⑤ [美] 罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社,2004年,第356~359页。

⑥ 蒋兆康:《中文版译者序言》, [美] 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社,1997年,23页。

实现过程及立法本身的得失。^①

法律与社会的相互影响是一个历史和实践的事实。社会对法律的影响和法律对社会的影响构成了法律实践的场域。^② 具体的法律效果都是特定群体在特定场域中行为的结果。无论是弗里德曼提出的以“法律行为”为核心的法律效果理论,^③ 还是布莱克为我们揭示的社会分层、形态、文化、组织性和社会控制与法律效果之间的规律性关系,^④ 还是波斯纳指出的权利的合理配置将促进有效率结果的经济分析理论,^⑤ 都根源于这样一种法律事实,即法律的运作行为将产生各种影响。

我们为什么要关注法律效果问题?亚里士多德说,良法之治的条件,一是要有好的法律,二是法律能够得到很好的遵行。法律的良好实施是良法之治的一个必要条件。如果法律的实施效果不佳或者根本没有效果,法律文本的本身可能具有法学理论上的学术价值,但该法律却缺乏现实的规范意义。一个只能“锦衣夜行”的法律文本,其意义和价值有多大?1960年颁布的《埃塞俄比亚民法典》由比较法学家勒内·达维德在著名的《法国民法典》基础上改进,反映了独立的埃塞俄比亚现代化法律改革的愿望,该法律无论是在立法理念还是立法技术上都堪称典范。但是,该法的实施用一句话可以概括:“在40年的时间里作为一只无牙的老虎存在”,其效果令人遗憾。^⑥

但是,我们需要考察的是这种法律事实到底是什么?苏力在分析制度的后果时曾指出:“因为对社会真正产生影响的是制度运作的实际后果,而不

① 北京大学法律系法学理论教研室、中国经济体制改革研究所法律室:《法律社会学》,山西人民出版社,1988年,279~280页。

② 布尔迪厄的场域理论认为场域是一种社会关系结构,是权力和利益的分配结构,任何人希望获得利益,必须按照场域中的规则行动。与场域理论相配套的是惯习理论,所谓惯习是一种社会规则和团队价值的内化,体现为具有文化特色的思维、习惯和行为。任何人都是带着惯习在场域中行动。参见皮埃尔·布迪厄、华康德:《实践与反思:反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社,1998。

③ [美] 劳伦斯·M·弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社,2004年。

④ [美] 唐纳德·J·布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社,2004年。

⑤ [美] 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社,2003年。

⑥ 转引自徐国栋:《埃塞俄比亚民法典:两股改革热情的结晶》,载 <http://www.yadian.cc/paper/18899/>, 2011年2月5日访问。

是设计制度者的意图。……我们必须考察的是，如果运作起来，效果会如何。”^① 作为韦伯意义上的社会事实，法律或某一法律制度的影响力始终在社会生活中扮演着重要的角色。例如，1929年美国国会批准占据萨摩亚群岛的条约中，有一个非同寻常的条款，即任何情况下不得将土地出售给非萨摩亚人的条款。正是这一个法律规则，其法律效果极其深远而有意义，它使得附着于土地之上的萨摩亚原住民的传统文化得以保存下来。19世纪至20世纪初新奥尔良和旧金山征收的资产税，产生的法律后果是当地的住宅形成独一无二的长方形建筑样式，这种建筑样式的唯一目的就是为避税。^② 充满辩证意义的是，社会生活中也一再上演着立法目的与法律结果相背离的矛盾剧。例如美国的禁酒令。1920年美国的禁酒令不仅没有达到立法目的，反而导致大量的酒类私酿行为以及走私、暴力等组织犯罪行为的泛滥，其间接效果和未预期的效果明显。^③

因此，法律效果研究是连接法律文本与现实世界的桥梁，通过观察法律的实际效果，了解法律的实际运行状况，对理解法律与社会的关系具有重要的参照价值。同时，在现实层面上，法律效果研究也有利于提高立法质量，这也是各国为什么开展立法评估的原因。法律效果的研究主题主要集中在影响法律效果的因素及法律效果的具体内容方面。想解决的问题是，影响法律实施效果的因素是什么？在谈到法律效果问题时，应该从哪些方面来回答？

（二）法律效果理论的总结

1. 不同学者的法律效果理论

（1）帕森斯的功能主义理论

帕森斯把社会行动作为其分析的基础，以功能主义的逻辑与系统分析的方法论，建立的结构功能主义社会学理论，认为个人的社会行动是文化系统、社会系统、人格系统和行为有机体系统之间的相互联系和制约的结果。这里的文化系统是指社会的符号系统，为个人的行动提供共享的价值观基础；社会系统是指不同角色行动者之间相互作用的系统，行动者根据不同的情况进行互动；人格系统是指不同的行动者的需求、动机和态度；行为有机体系统

^① 参见苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社，2004年，第176～177页。

^② 这些法律效果的案例，转引自〔美〕克密特·L·霍尔：《牛津美国法律百科全书》，林晓云等译，法律出版社，2008年，第466、607页。

^③ 朱景文：《法社会学》，中国人民大学出版社，2005年，第329、377页。

主要是指人与自然之间的联系。这种划分实际上构建了个体在自我、社会关系和社会文化价值这些系统之间如何行动的系统。按照帕森斯的说法,个体的需求倾向通过社会化的过程,对外在的物质客体和共享的文化价值理念加以内化,最终成为社会有机体的一部分。社会化的个体进行的互动活动,受制于意义和价值系统的制约,即文化系统的制约。互动活动的扩大化必然面临资源分配和组织压力的难题,这就涉及社会制度安排、结构设置和功能发挥的问题。也就是说,帕森斯的结构功能主义认为社会系统的结构和功能来源于社会化个体之间的社会互动行为,已经形成的社会系统也同时承担着资源分配和社会个体的型塑功能。制度安排、社会结构的设置以及各种角色形成的“社会角色丛”既来源于个体之间的互动行为,也为个体的互动提供一个现实的平台。^①

法律是一种重要的社会结构和制度安排。它通过法律内含的社会价值理念,对个体行为进行规诫,通过规范性手段和制裁的威慑作用,对个体行为进行引导和制约,在纠纷解决的过程中,实现了个体行为之间的互动。同时,法律作为一种潜在的经济配置工具,也发挥着社会资源再分配的功能。因此,法律是帕森斯结构功能主义理论的一个极佳研究样本。实际上,在帕森斯结构功能主义的影响下,法社会学的功能分析着眼于规范和制度的法律效力和法律效果分析,即对法律制度实现的目标、产生的利益和对社会带来的影响分析。法社会学分析的对象是法律制度的各种现象、影响、结果之间相互依存的关系。法律制度的功能可以分为规范性功能和社会性功能。法律的规范性功能是指通过义务规范和授权规范产生的不同法律效果来控制人们的行为;法律的社会性功能是指将法律作为控制的一种手段,以实现社会控制的目的,包括通过审判和纠纷调解等手段,来维持社会的秩序,进行资源的分配等等。^②

(2) 庞德的法律效果理论

在法社会学领域,庞德明确提出了法律效果研究的重要意义。他认为对法律制度的实际社会效果的研究,是社会学家应该坚持的主张。我们不

① 具体论述参见[美]杰弗里·亚历山大:《社会学二十讲——二战以来的理论发展》,贾春增译,华夏出版社,2000,29~37页。

② 具体论述参见季卫东:《从边缘到中心:二十世纪美国的“法与社会”研究运动》《北大法律评论》1999年第2卷第2辑。