

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助

区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编

城市执法

执法过程

执法过程的性质

法律在一个城市工商所的现实运作

王 波 著

个案叙事

工商行政管理制度

组织社会学与代理经济学

专项整治

执法者与执法对象

社会分层理论

社会资本理论

基层执法

执法过程的性质

法律在一个城市工商所的现实运作

王 波 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

执法过程的性质:法律在一个城市工商所的现实运
作/王波著.—北京:法律出版社,2011.3
ISBN 978-7-5118-1803-4

I. ①执… II. ①王… III. ①工商行政管理—行政执
法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第021123号

执法过程的性质:

法律在一个城市工商所的现实运作

王波著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 710×1000毫米 1/16

版本 2011年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 9 字数 137千

印次 2011年3月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 978-7-5118-1803-4

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论	001
第一节 为什么要研究城市	001
一、为什么会偏向农村	002
二、农村视角和城市问题的尴尬	005
三、中国城市研究的现状与困境	007
第二节 为什么要研究执法,如何研究执法	011
第三节 本书的限定、角度以及方法	014
一、对“法律”的界定	014
二、个案中的叙事	015
第四节 本书的章节安排	019
第一章 背景介绍	022
第一节 工商行政管理制度变迁	022
第二节 工商“费”“会”制度的格局及影响	025
第三节 江州工商所	027
第二章 一次专项整治的故事	
——对基层执法者与上级关系的记录与讨论	031
第一节 序幕	032
第二节 法律科层传递的理论回顾	034
一、法律位阶理论	034
二、组织社会学与代理经济学	035
三、过程主义及其他	037
第三节 国家意志	039
一、《特别规定》的内容分析	040
二、先立法,后推行	041

第三节 规则丛 124

参考文献 127

后记 139

导 论

本书由博士论文修改而成,主要讨论当代中国城市基层执法的现实运作情况;同时,我也愿意它被视为一名工商所基层执法者的工作手记和初步思考。我将尝试回答的问题是:当代中国城市基层执法实际状况是什么样的?它们遭遇了哪些现实困境?以及如何勘定执法过程的本性?

大家可以看到,上述论题由几个限定性关键词构成:当代中国、城市、基层、执法以及现实运作。考虑到为什么要研究当代中国,为什么要研究基层已经逐渐变成学术常识,因此在导论部分我将集中论证为什么要研究城市法律社会,以及为什么要实证地讨论执法问题。

第一节 为什么要研究城市

孙立平教授在一篇颇为著名的讨论农村问题的社会学论文中曾有这样的表述:

城市中的税务人员到各个企业中收税的时候,可以使用千篇一律的方法和语言;而你到农村中去看看那些基层干部是如何在农民中收取各种税款的;几乎每人使用的方法和说辞都各不相同。因此,

与城市的生活相比,农村的生活更像是一种“魔术”。^①

我想很多有相关知识背景的人看到这段话都不会觉得陌生,因为它一定程度上代表了农村研究和中国研究的主流学术立场。尽管这出自一位社会学家之手,但也同样受到法学家们尤其是法社会学研究者的广泛认同。^② 如果我没有理解错误的话,这段论述应该包含两层意思:第一,诸如收税这样的执法行为是国家进入社会的方式之一,构成较为典型的“国家—社会”研究对象。第二,在税务执法问题上,城乡差别明显。这种差别的具体表现是农村收税像“一种魔术”,而城市收税“可以使用千篇一律的方法和语言”,有着规范性的特征。但是,当我们通读孙立平的这篇论文就会发现,上述所称“农村收税像一种魔术”是有经验支撑的,而看似顺笔一带的“城市中的税务人员到各个企业中收税的时候,可以使用千篇一律的方法和语言”,却无法在文中找到实证基础。这就带来了一个问题,孙立平对城市执法具有规范性的判断是如何得出来的?

一、为什么会偏向农村

为了回答上面提出的问题,请允许我首先简单梳理中国农村法社会学研究现状。因为在我看来,这一问题很大程度上是基于中国农村法社会学研究的相关路数衍生而来。

把目光和笔墨投向农村的法社会学研究者们已经为自己的行为给出了不少理由。首先,“中国的问题仍然主要是农村的问题”,关注农村是现实所迫。其次,“现代法律在很大程度上主要适用于城市社会、工商社会、陌生人社会”,而它们“都很难进入农村社会、熟人社会或在这样的社会中有效运作。”^③因此,研究农村也体现了反思并改进现代性法律制度的必要性。除此之外,不管论者是否言明,农村中蕴涵的传统文明虽然与西方现代性存在不少冲突,但这些冲突却也正好体现了中国文明的独立地位。关注农村就成为文化自觉的表现,以及

^① 孙立平:“‘过程—事件分析’与当代中国国家——农民关系的实践形态”,载《中国社会学》(第一卷),上海人民出版社2002年版,第110、111页。

^② 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。

^③ 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第7、8页;作类似表述的还可见汪庆华、应星编:《中国基层行政争议解决机制的经验研究》,上海三联书店2010年版,“引论”第2页。

学者们寻求自身主体性地位的方式。^① 所以,农村成为诸多思想者和理想者释放智慧与激情的场所就不足为奇了。

但是以上理由大都建立在一些既定判断基础之上,如“中国问题主要是农村问题”,“现代法律没有顾及农村”等,这些断语同时也是研究者在研究路途中不断发掘和证成的。为了正本清源,我们需要从一条逻辑脉络上去剖析研究者如何逐步走上法社会学通往乡村之路。

以黑格尔为节点,思想家对人类社会的研究重心从人与自然的关系逐步转移为国家与社会的关系。^② 后者不仅催生了西方正统的市民社会理论,还在代入非西方国家的历史与现实经验时,发掘了远比进入与抵制进入更为丰富的内容,提炼出诸如“内卷化”(involution)^③等一系列概念。伴随着这些研究,从“国家—社会”分析框架中形成的国家政权建设(sate-making)理论也不断得到发展和运用。张静对国家政权建设理论有一个很好的回顾,借助她的回顾我们可以看到,该理论主要揭示国家权力由中心向外部的扩张情况。扩张引发了官治和地方自治之间的矛盾,在客观上打击了地方权威,破坏了地方原有治理结构,并产生了国家权力主导下新的地方权力格局。^④ 简言之,国家政权建设理论反映的是国家对社会以及中央对地方的进入,^⑤并以进入与抵制进入为平台讨论两种力量之间发生的种种关系。

作为目前分析中国国家与社会关系重要的理论工具,国家政权建设理论不仅本身是政治社会学的一根主线,我认为围绕该理论的诸种争论,也能很好地覆盖法社会学的研究进路。因为当把法律视为国家权力的表现形式时,国家政权建设理论的法学版恰好代表了对法律进入社会的基本态度,即法律应否或者能否进入社会并改变社会,并最终成就法治社会。基于此,通常意义上的分析实证主义法学者和法条

① 参见黄平主编:《乡土中国与文化自觉》,上海三联书店2007年版。

② 参见[英]马克·尼奥克利里斯:《管理市民社会》,陈小文译,商务印书馆2008年版,第9页。

③ 参见[美]杜赞奇:《文化、权力与国家:1900—1942年的华北农村》,王福明译,江苏人民出版社2006年版,第50~52页。

④ 参见张静:《现代公共规则与乡村社会》,上海书店出版社2006年版,第35~55页,特别是第44页的总结。

⑤ 也有人分析认为国家对社会进入与中央对地方的进入具有很强的同质性。参见[韩]郑在浩:“改革时期中央与地方的关系——对过去25年的评价”,载吴敬琏、江平主编:《洪范评论》(第3卷第2辑),中国政法大学出版社2006年版,第136页。

解释主义者就可以被看作这种态度的正方以及潜在支持者,因为他们对法律能否进入社会问题的悬置姿态本身可以视作一种默认的假定,而其所进行的工作正是在默认假定下,努力使法律这种国家权力精致化和规范化。当然,对国家权力韦伯式的自信也持续不断地遭到反对。尽管反对者往往以异见人士自居,声称该理论的正方观点仍旧处于学说主导地位,但最起码以我有限的阅读经验来看,反对的力量其实并不逊色,甚至在某些领域更为主流。比如在以中国社会为研究对象时,社会学研究者几乎都相当程度上质疑国家权力进入基层社会的有效性或彻底性。

从中国近现代法制演进的角度检查这段争论的历史,如果说沈家本和伍廷芳的立场差别还没有挑明国家政权建设理论问题,至迟于20世纪三四十年代,以梁漱溟、晏阳初为代表的“乡村建设实验运动”和以吴文藻、费孝通为代表的“燕京学派”就已经非常自觉地站在这个理论两边进行争辩。“乡村建设”者认为中国乡村存在“愚、贫、弱、私”四大顽症,^①“非从根底上重新建立其自身所适用之一种组织构造不可”。^② 尽管内部观点和做法并不统一,但无论是梁漱溟还是晏阳初均认同对乡村进行改造及建设,并细致地提出了包括法律在内的具体制度性改革方案。与乡村建设者的观点相对立,费孝通的学术思想应该更为大家所熟悉。我们翻看《乡土中国》就可以看到,这本书的很多起笔立论就明确建立在对“乡村工作者”,即梁漱溟、晏阳初等人的批驳之上,而他关于乡间无赖借助移植而来的法律告状,破坏了农村社会秩序的分析一直被奉为当今农村法社会学的经典教义。^③

20世纪40年代以后是话语权逐渐集中的时期,从某种程度上说毛泽东完成了梁漱溟等人未竟的志愿。国家政权对以农村为主的中国基层社会进行了运动化的高度统合,加上研究领域的思想控制,从国家政权建设理论反方角度讨论中国政法社会只能存在于国门之外的西方汉学家文献中。这种状态持续到“文革”结束,农村公社解体。至1988年中国正式颁布《中华人民共和国村委会组织法》,村民自治制度化使得农村基层社会开始活络起来。当坚冰被打破,包括法学家

^① 参见晏阳初:“中华平民教育促进会定县工作大概”,载乡村工作讨论会编:《乡村建设实验》(第一、二集),上海书店出版社据中华书局1934年版影印,第56页。

^② 梁漱溟:“山东乡村建设研究院工作报告”,载乡村工作讨论会编:《乡村建设实验》(第一、二集),上海书店出版社据中华书局1934年版影印,第32页。

^③ 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第58页。

在内的研究者渐渐认识到农村社会的异质性。郑永流等人基于1990年的农村访谈和问卷调查,提出农村社会既需要法律启蒙又要注意具体情境的观点^①就反映了国家政权建设理论法学版正方观点的动摇。在此之后,反对者如燎原之火,渐燃成今日之势。^②

回看这段并不算长的历史,国家政权建设理论反对者的一个基本路数就是在国家权力的最末端发现乃至自觉寻找政权建设失败的证据。如福柯(Michel Foucault)所言,研究权力的最好办法是“在权力的极限,在它的最后一条线上抓住权力”,在那里“它变成毛细血管”,我们因而能够看清权力运作的极致状态。^③这样的方法论伴随着20世纪80年代末制度改革背景催化,很容易促使研究者逐渐在远离权力中心的农村展开对国家权力和法律的质疑与批驳。大家普遍认为农村正是福柯所说的“权力的极限”,是国家政权的毛细血管,甚而进一步把基层等同于农村,^④找到农村也就是找到了福柯方法论的最佳落脚点。当研究者把农村作为主战场对国家权力大一统发出挑战时,无疑认识到,并进而强化了城乡二元分立的基本思维。

二、农村视角和城市问题的尴尬

以我对库恩(Thomas S. Kuhn)的粗浅阅读^⑤来观照中国理论界,城乡二元是目前围绕中国社会研究最基本的理论范式。作为一种范式,它确保了研究者处于共同的话语体系之内,完成了对之前中国法制社会简单同质认知的超越,但是,城乡二元思维也有可能阻碍对中国社会进行更细致的理解。

当国家政权建设理论的批评者认为国家法律并没有如预期那样改变乡村社会基本结构的时候,往往会进一步得出一个城乡二元式的结论,即农村社会与城市社会在对待国家法律上存在很大的土壤差

① 参见郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展——来自湖北农村的实证研究》,中国政法大学出版社2004年版。

② 国家政权建设理论反方的后续发展可见贺雪峰的描述。参见贺雪峰:《什么农村,什么问题》,法律出版社2008年版,自序。

③ [法]米歇尔·福柯:《必须保卫社会》,钱瀚译,上海人民出版社1999年版,第26页。

④ 如有研究者强调:“所谓基层,是指县级层次及其所辖的区域特别是广大的农村地区。”汪庆华、应星主编:《中国基层行政争议解决机制的经验研究》,上海三联书店2010年版,“引论”第2页。

⑤ 参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版。

别,并导致适用法律上的大相径庭。作为硬币的另一面,研究者常愿以此批评普适主义者站在城市的立场上看待全中国,忽略了农村的特点。但是请注意,这个结论可能有瑕疵。瑕疵在于研究者基于农村经验只能说明农村如何,并不能根据农村经验和一种关于城乡二元的理论来推导出城市经验如何,因为休谟命题告诉我们经验只能用事实证明。这正是孙立平在我上文引用的那段论述中所犯的基本错误。因此我们看到,尽管农村法社会学研究者对之前的普适主义表现出了良好的警惕性,但是由于前者不加反思地以农村立场想象城市,会出现与批评者同样的思维方式错误,即都不自觉地把自己所观察到的知识全国化,所不同的只不过是在城市图景前加上一个负号而已。

批评者在论证上的瑕疵让下述问题被推至前台,即如何看待作为一种理论或立场的城乡二元?城乡二元究竟是如何中国研究的立论依据还是需要被不同学科反思,并加以经验证明的对象?在法律进入社会的有效性上,城乡差别究竟有多大?中国城乡差别主要是经济差别、制度差别,还是也包括具有同等重要性的法律有效性差别?进一步,在当代中国我们是否有足够的经验证据来证明城市居民面对法律时不存在村妇秋菊的困惑?

我的这番质疑很可能正中一种观点的下怀。该观点主张整体中国的乡土性,全方位地质疑移植法律在中国土地上成功的可能。由此“秋菊的困惑”就不再是农村特有现象,而“是中国法治进程中的普遍问题,是每个同或将同法律打交道的人都会面临的处境”。^① 仔细研究这一观点的论证脉络,它一方面模糊了在法律问题上的城乡差,另一方面用乡村覆盖城市,使得“城市—乡村”之争转化为“法律—社会”之争。认为“城市与乡村二元政治结构理论是国家与社会互动关系理论在中国社会研究中的具体运用”。^② 这一立场与研究进路被王铭铭概括为“以村见国”,认为它是“本土化了的西方乡村中心主义话语”。^③ 虽然我愿意对王铭铭文化形态式的批评有所保留,但是我基本同意他对这一问题的批评姿态:“在这样不断追寻乡村的未来之路中,学者们再度丧失了接近历史的机会。”^④事实上,研究者在从“城市—

① 凌斌:“普法、法盲与法治”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

② 于建嵘:《岳村政治:转型期中国乡村政治结构的变迁》,商务印书馆2001年版,第23页。

③ 王铭铭:《经验与心态》,广西师范大学出版社2007年版,第179~180页。

④ 王铭铭:《经验与心态》,广西师范大学出版社2007年版,第193页。

乡村”之争向“法律—社会”之争转换的过程中,不可避免地过度继承了城乡之争的基因,即把法律进入社会的尴尬主要看作法律用一种现代性的精英主义排斥了一般民众对于法律的参与能力,把大多数人制造成为法盲。^① 如果研究者坚持在法律与社会之争中这一观点的主导性,就很有可能导致其他造成法律实效不佳的原因被边缘化,甚至被漠视。同时他们对乡土的过分倚重,也可能为虚火上攻的中国社会敷上一层本不存在的田园式油彩。而这些,都是本书将力争清理的。

问题还不止如此。“以村见国说”和“城乡二元说”虽然表现为截然不同的两种学说主张,但是很少有此道中人对这两种观点明确划界。恰恰相反,一些人摇摆在两者之间,有时候“城乡二元”,有时候“以村见国”。我们据此或许可以初步判断,研究者们对待这一问题上的暧昧和摇摆是因为“以村见国”和“城乡二元”都立基于农村研究的共同出发点,它们本质上是同一研究内核下的双生子。作为硬币的另一面,很可能是因为缺乏真正意义上的中国城市法社会学经验研究。

三、中国城市研究的现状与困境

说中国缺乏真正意义上的城市法社会学研究,却又很容易引起争议乃至反对。因为我们并不是没有城市法社会学。比如对城市热点社会问题的法学分析,对城市交通、环境与社会的法学研究,以及对城市法规的实证讨论等,都属于这一范畴。不仅如此,很多法社会学文献并没有特意区分城市与农村,因此它们都不可避免地关涉到城市区域。但尽管如此,我认为在法社会学层面上的城市研究与农村研究依然存在重大差别。差别不仅体现在研究方法与气质上,更表现为城市研究往往以大家所不觉察的零散方式展开,研究者并无心提炼城市的本性,进而形成整体作战意识。与此相反,农村研究则在一种整体观的支撑下,常常以“中国本质”的形象昭示于世人。

^① 参见凌斌:“普法、法盲与法治”,载《法制与社会发展》2004年第2期,第133~140页。

面对如此情形,也是以此为戒,我不打算去寻找城市本性,^①以面对国内农村法社会学研究的集体阵营,树立起相对应的城市整体观。但与此同时,我们对城市法社会的研究和讨论也不应该处于无意识状态,任由农村研究者对国情进行想象与涂改。本书的写作目的将设定

① 实际上只要我们简单回顾城市观念史时就可以发现,城市本性并不清晰。汪民安等人在编纂城市论文集时说的一句话我觉得很恰当,他说“这本研究城市的书,与其说表明了城市研究的可能性,不如说表明了城市研究的不可能性——城市是如此之复杂和多面,以至于一种观点,一篇论文,或者一本书,根本无法将城市的奥秘穷尽,它们最多只是打开了城市的一个窗口”。

历史地看,城市问题并不首先是个法律问题,而主要属于建筑学、经济学、文化研究以及社会学的领域。其中,真正意义上的城市社会学研究始于20世纪初兴起的美国芝加哥学派。芝加哥学派一方面强调城市的“人性”,即城市是人类本性的产物;另一方面从组织结构上把城市进行生态化类比,以人类生态学的方式研究城市,特别是芝加哥市。但是这种方法论在之后的许多年里受到不少批评,人们怀疑把人类关系同其他动植物进行类比是否合适,在如此类比下应怎么看待城市上层建筑的复杂性,以及如何处理城市中的文化及意识形态等其他生物所没有的问题。20世纪70年代,哈维·莫勒奇(Harvey Molotch)提出了增长是城市政治、经济本质的观点,把城市看作一台不断增长与发展的机器,成为当时对城市本质生活“最流行的解释之一”。但与此不同,也有人更愿意从经典社会理论家那里发掘城市本性。腾尼斯(Ferdinand Tönnies)的共同体与社会,韦伯的传统与理性,马克思的封建社会与资本主义社会,涂尔干(Durkheim)的无机体和有机体,往往被视作城市演化前后的理想类型。

经典社会理论家关于社会组织转型的研究与西方社会从乡村向城市变迁的历史契合在一起,使得对城市本性的理解逐渐与传统乡村对峙起来,城乡差成为相互认识与区别的重要方式。但是在对立之后,社会学家仍旧对应该运用哪些要素解释和研究城市的本质存在广泛的分歧。有人强调城市的工商业经济主导及社会分工,也有人把城市本质定义为一种特殊的共同体,进而强调城市中空间和人两个要素,后一进路与奥罗姆(Anthony M. Orum)和陈向明的研究异曲同工。奥、陈两人在界定“空间是一种独立于我们存在的介质”的基础上,把主体性引入地点(place)这一概念中,使得具有人类主体特征的地点成为城市的本质特征。如此看来,大部分人似乎都同意把人和空间看作城市两大基本要素,差别只是两者如何组合。这种理解也影响到中国,或者是英雄所见略同,一些中国城市社会学研究者在建构自己的城市社会学理论时同样强调了“城市人与城市区位的结合与互动是城市社会学理论与实践的基本问题”。

但我们很快就能发现,把人和空间归纳为城市本质的观点并不具有多少比较优势。人与空间既是城市的要素,也是农村的要素。我们光从这两点本身无法看见城市,而必须进入到人与空间的具体情境当中去,人与空间只是城市社会学研究的分析工具和理论入口而已。有鉴于此,更多的社会学家放弃了对城市本质吉福德式的寻找,转而研究更加具体的城市问题,如社会分层、城市移民,以及颇具中国特色的小城镇研究和单位研究等。相关论述、观点参见汪民安等主编:《城市文化读本》,北京大学出版社2008年版,前言第1页;Robert E. Park & Ernest W. Burgess, *The City*, (Chicago: University of Chicago Press, 1967), p. 1, pp. 63-79; [美]安东尼·奥罗姆、陈向明:《城市的世界——对地点的比较分析和历史分析》,曾茂娟、任远译,世纪出版集团、上海人民出版社2005年版,第33、37、38、49页;Harvey Molotch, "The City as a Growth Machine: Toward a Political Economy of Place," *American Journal of Sociology*, Vol. 82, No. 2. (1976), pp. 309-310; Linda Stoneall, *Country Life, City Life: Five Theories of Community*, (New York: Praeger publishers, 1983), p. 8; [德]马克斯·韦伯:《非正当性的支配——城市的类型学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第1-4页; [德]斐迪南·腾尼斯:《共同体与社会》,林荣远译,商务印书馆1999年版;潘允康主编:《城市社会学新论:城市人与区位的结合与互动》,天津社会科学院出版社2004年版。

在两者的中间,即通过面向城市本身,一边对农村研究者想象城市的做法提出警示,另一边尽可能地还原、修复城市法律社会的真实面目,哪怕只是我所看到的局部真实。

当然,城市与农村也确实存在无法忽视的巨大差别,认清这种差别是进行城市法社会学研究的基本前提。城乡之间以户籍制度和经济体制为基础的鸿沟反映在法律社会领域,很关键的一个因素是政治权力疏密程度的差异。权力疏密程度的不同会对城市法社会学研究产生深刻影响,影响最起码体现在两个方面:一是如何进入田野,二是写作中的伦理问题。

权力因素同样受到农村法社会学研究者的积极反思,朱苏力在《送法下乡》中就专门讨论了法社会学调查中的权力资源问题。^① 但尽管权力对农村田野进入的范围和深度都有影响,研究者仍然必须承认它一般不构成进入田野的根本性障碍。不论是本土学者还是如斯科特(James S. Scott)那样的国际农民问题专家,都是通过自己对农民的观察与对话,为农民发言,呈现农民和农村的生活形态。在这种代替发言和代为呈现的过程中,大家把农民看作缺乏话语权的人,因而是可研究、易研究的群体。反观城市,情况却大不相同。城市中的人并不失语,特别是其中的公权力机构,话语权往往非常强大。这种与农民、农村相比差别悬殊的“权力—话语”能力,不仅能够调查者与被调查者之间垒起一条信息隔离带,让调查者迷失于科层丛林当中,还可能通过自己的话语优势,引导、遮蔽乃至欺骗研究者,让城市法社会学研究步履维艰甚至误入歧途。也正是在这个道理上,我非常同意一位青年学者对城乡法制研究所做的对比评价,尽管那番评价是针对司法问题的。他说:“乡土司法之断裂是普适化法治与本土化传统之断裂,而都市司法之断裂则更多的是制度逻辑与司法经验(对正式制度运作累积之经验)之断裂,前者仍然可以在书本中获得理论工具进行有效用的分析,即使是对于法律实践结构一无所知的学院中人亦可轻易为之,而后者却难以在书本中获致理想工具并在概念推演中获得可欲结论,以至于没有任何司法经验的研究者即使是仅仅试图‘同情

^① 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第425~444页。

地理解’制度行动者的‘所作所为’都十分困难。”^①

在中国进行城市法社会学研究另一个不容忽视的方面是伦理困境。通俗地说,所谓伦理问题主要指社会学调查应遵守伦理道德,不伤害被调查者,不破坏研究场域。社会学研究尤其是质性研究越来越表现出对伦理的关切,即便不同的人采取了不同的伦理模式或伦理标准,^②但基本立场仍然是一致的。研究者应该是个无害的观察者或参与者,其观察、参与及发表要尽量征得调查对象的同意,因为你不是“焦点访谈”或“新闻调查”栏目组下来曝光的记者。但问题是,对城市的法社会学研究,特别是针对其中政府法律机关的法社会学研究不可能不触及法律运作在现实中呈现出的非规范性,乃至违法性。这样一种尴尬无疑考验着社会学研究的伦理抉择。我还愿意提请大家注意一点,在“国家—社会”基本分析框架中,过去大部分研究主要集中在讨论民众对于国家权力的反应,即“社会→国家”模式。由于一般情况下我们总是把社会及民众看作被同情的弱者,因此当把目光落在社会层面时还相当程度上避免了过多的伦理尴尬,但如果我们转换角度从“国家→社会”模式进行研究时,就会与国家权力狭路相逢,从而遭遇更大的伦理障碍。这种伦理障碍,和国家权力的疏密程度以及地区城市化程度,都可能呈正态关联。比如应星在写作《大河移民上访的故事》时就遇到这样的“伦理困惑”,即便他研究的只是西部地区的郊县,而且还是交互的“国家←→社会”模式。对于这种困惑,应星的回答似乎应理解为既然无法避免伤害某些被调查者,在感到“的确有负于”他们的同时,只能从求真务实的学术大局出发牺牲个体。因为反思历史无意识与政治无意识要比反思个人无意识更为重要,^③这等于说学术价值高于受访者的个人际遇。话有时虽能这么说,但伦理困境依然存在。它不断考验着身处江湖的我们,如何在事实和现实面前掂量资料的取舍,以及语言的分寸感。

① 陈虎:“法社会学实证研究之初步反思——以学术规范化与本土化为视角”,载《法制与社会发展》2007年第2期。

② 参见[英]梅拉尼·莫特纳等主编:《质性研究的伦理》,丁三东等译,重庆大学出版社2008年版,第21~24页。

③ 参见应星:《大河移民上访的故事》,上海三联书店2001年版,第346、347页。

第二节 为什么要研究执法,如何研究执法

作为一个不争的事实,法学研究更多地聚焦在司法问题上。形成这个现状当然有它的道理:司法系统有着一套较为独立的运作机制,能够勾勒出与外界场域有别的法律帝国。但是不容否认司法以外的其他法律现象同样值得关注,如执法。一个人可能一辈子不与司法机关直接打交道,但任何人都无法完全隔绝于执法关系,执法时刻笼罩在我们的日常生活当中。不过,尽管执法的重要性不可轻视,与法学相关的执法研究却远没有司法研究那么热闹。

在西方政治哲学史和法学史的很长一段时期里,执法并不是一个显在的问题,充其量可以把社会契约的形成看作从个人执法到公共执法的转变,倒是西方公民不服从的理论史从执法的对立面涉及了这一问题。^① 据称在 19 世纪的欧洲,执法很大程度上是作为警察学的内容加以研究,^②一直到具有政治伦理学意味的警察学向警察法转变之后,对执法的讨论才由正当性论证转向制度性建构,并成为行政法的应有之义。^③ 纳入行政法专业下的执法研究传统延续至今,执法研究几乎等同于行政执法研究。总体上看,行政执法研究偏于概念教义的方式,通过把执法问题归化到行政强制、行政处罚、法律救济等概念体系当中去,获得对行政执法制度的规范认知。作为当下执法研究的主流,我们可以说这种研究方式主要基于形式理性,并以法学体系结构为基本导向,而主要不是以问题,或埃利希(Eugen Ehrlich)意义上的“法的事实”^④为导向。执法的行政法学规范研究回答的主要是执法应该是什么,不是执法实际上是如何进行的问题。因此尽管具有毋庸置疑的学术价值,但从解决实际问题的角度出发,对执法的规范分析依然不够完满,并受到一些研究者的批评。批评者认为这种分析在研究模式上难以跳出自上而下的“规划”视角,基本都蕴涵着对“完美执法”的追求,且教义化的研究方式使得多数研究对执法缺陷原因的查

① 参见何怀宏编:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社 2001 年版。

② 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上),山东人民出版社 2001 年版,第 118 页。

③ 参见[德]米歇尔·施拖莱斯:《德国公法史(1800—1914)——国家法学说和行政学》,雷勇译,法律出版社 2007 年版,第 316 页。

④ 参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 86~125 页。

处显得过于粗放,提出的一般也只是原则性对策。^① 借用欧克肖特 (Michael Oakeshott) 的说法,行政法规范研究从体路上展现的是以完美政治和一式政治为基本精神的理性主义法律观。^②

我们不得不承认,现当代执法逐渐成为引人注目的法理学问题主要还是经济分析法学的功劳。在 1974 年贝克尔和斯蒂格勒 (Gary S. Becker & George J. Stigler) 发表《执法、不正当行为与执法者补偿》^③ 之后,执法逐渐成为经济分析的模范试验田,而经济分析也成为执法研究的重要方式。研究方式的改变对原有执法学说的冲击显而易见。由于引入了个人主义方法论和代理经济学,无论是作为委托人的国家法律还是代理人的执法者都是效用最大化者,委托人需要支付对代理人进行激励和约束的成本,代理人也不会总以委托人最大利益而行动。^④ 当行政执法公权力面纱被撕开之后,由于公权力特性相对看淡,执法经济分析呈现出的另一个显著特点就是打破了公共执法与私人执法之间的本质区分,最起码使两者可以在比较中不断被转换。正是出于对这种美国式执法研究方式的认同,我们看到目前国内法理学领域的执法文献大多都集中在私人执法上就不难理解了。^⑤

但是,关注对执法的经济分析,关注私人执法也会带来一些视阈上的限制。一方面,执法经济分析把执法者视为理性人,通过理性选择完成执法任务。这一基本假定和研究套路固然精到,但它所坚持的现实主义路径依然是抽象化的现实。它基本上不考虑立法瑕疵,不考虑当事人配合程度的差异,不考虑执法者利益诉求的多元化以及执法对象的分化等现实,而真实社会远比这些抽象与假定复杂。现实的复杂性和多元化势必深刻影响着执法过程和执法结果,这些都被经济分析和理性选择的奥卡姆剃刀所抛弃。另一方面,执法主要研究的还应当是公力执法,私人执法虽然是非常有意思的社会现象和学术话题,

① 参见姚华:“政策执行与权力关系重构”,载《社会》2007 年第 6 期。

② 参见[英]迈克尔·欧克肖特:《政治中的理性主义》,张汝伦译,上海译文出版社 2004 年版,第 5、6、11 页。

③ Gary S. Becker S. & George J. Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (1974), pp. 1 - 18.

④ 参见陈郁编:《所有权控制权与激励——代理经济学文选》,上海人民出版社、上海三联书店 2006 年版。

⑤ 如徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社 2005 年版;桑本谦:《私人之间的监控与惩罚:一个经济学的进路》,山东人民出版社 2005 年版;李波:《公共执法与私人执法的比较经济研究》,北京大学出版社 2008 年版等。