

中国社会科学院院级特殊学科“法社会学学科”研究刊

中国社会科学院创新工程项目“完善我国法律体系与立法效果评估”2012年度成果

法律与社会论丛

Law & Society VOL.1

第一卷 法律实施的理论与实践研究

Theoretical and Empirical Studies on Implementation of Law

主 编 刘作翔

执行主编 冉井富



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国社会科学院院级特殊学科“法社会学学科”研究刊

中国社会科学院创新工程项目“完善我国法律体系与立法效果评估”2012年度成果

法律与社会论丛

Law & Society Vol.1

法律实施的理论与实践研究

Theoretical and Empirical Studies on Implementation of Law

第一卷

主 编 刘作翔

执行主编 冉井富



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法律实施的理论与实践研究/刘作翔主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2012. 10

(法律与社会论丛)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 3769 - 9

I. ①法… II. ①刘… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 218262 号

法律与社会论丛 (第一卷)

法律实施的理论与实践研究

主 编 / 刘作翔

执行主编 / 冉井富

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目统筹 / 刘骁军

经 销 / 社会科学文献出版社市场营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 芮素平 关晶焱

责任校对 / 杜若佳

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

版 次 / 2012 年 10 月第 1 版

印 次 / 2012 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 3769 - 9

定 价 / 79.00 元

印 张 / 28.5

字 数 / 464 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

《法律与社会论丛》总序

改革开放以来，中国法学日益发展和繁荣，这是有目共睹的。然而，由于我们“起点低，底子薄”，学界始终充满了紧迫感和危机感，甚至陷入了集体性的忧虑和迷茫之中。而学界的忧虑与迷茫，一方面在于如何通过理论体系的构建和研究方法的改进，提升法学的科学性与自主性；另一方面在于，面对中国日益丰富的法治实践及其现代化与全球化背景，如何增强法学研究的现实性与有效性。对于这些问题，学界多年来一直在思考和探索。基于这些努力，法学学科的自主性日益增强，研究方法日益多元，研究成果日益丰富。然而，时至今日，法学研究的重心仍然充满争议，研究方法的运用仍不够规范和先进，法学研究的成果仍不能满足法治实践的智识需要。因此，对于当前中国法学的学科建设，对于法学的研究重心和范式选择，学界仍然需要认真反思和充分讨论，尤其需要从不同的视角积极地尝试和探索。

中国法学发展所面临的学科建设问题，其实也是西方近代以来法学家不断的追问，追问的结果是众多的法学流派不断地兴起和衰落。中国问题虽然不能等同于西方，但是因为“家族相似”，我们可以通过梳理西方国家不同学派对这些问题的回答而获得启示。

当今世界盛行的法学理论流派众多，观点各异。然而，归纳起来，不外乎两种立场：自治的立场和开放的立场。自治还是开放，是就法律相对于外部的社会环境而言的。所谓自治的立场，就是将法律视为一个自治的体系，由此形成法学的问题意识和研究方法。这一立场包括多个学派，按照波斯纳的归类，这些学派有一个统一的名称：法律形式主义。法律形式主义具体又包括狭义的法律形式主义（主要盛行于19世纪的美国）、分析法学、法律实证主义、概念法学、法教义学、法条主义以及部分自然法学。这些学派之间，除自然法学以外，并不是并列的，而是存在相互重叠、交叉的关系，并且大致可以统称为法律实证

主义。

这些学派之所以被归为一类，是因为他们对法律持有相同的、自治的立场，并由此形成特有的研究对象和研究方法。自治的立场对于法律持如下观点：①法律是外在的、客观的、确定的、普适的，不因社会的不同、时间的变化而改变；②法律是一个自我决定的体系，包括立法中如何确立规则，以及行政和司法中如何根据规则做出决定，均不受法律体系之外的因素的影响。基于这种看法，法律形式主义形成了自己的研究对象：因为法律独立运行，和外部的社会环境没有关系，所以其研究对象就是这个自治的法律体系。在此，法律形式主义内部分成了两大阵营：一派大致相当于自然法学，他们研究作为实在法的正当性基础和效力基础的高级法；一派是法律实证主义，他们以国家制定的、发达的实在法体系为研究对象，研究其体系构成、内部关系和适用技巧。由于特殊的研究对象，法律形式主义又建立了独特的研究方法：自然法学建立了哲理的、思辨的方法；法律实证主义建立了逻辑的或分析的方法。

就西方的法律实践来说，法律形式主义对法律的看法在一定程度上是真实的。这种法律实践在 19 世纪形成了它的典型形态：自由主义的法治秩序。对于这种法治秩序，韦伯称之为形式理性法，昂格尔称之为法律秩序，伯尔曼称之为西方法律传统，诺内特和塞尔兹尼克称之为自治型法。从上述学者的归纳和描述来看，法治秩序和法律形式主义者们的看法大致吻合。而且，更为重要的是，法律形式主义的盛行以及他们的学术贡献，在很大程度上促成和维护了自由主义法治秩序的运行。法律形式主义的第一个功劳，是其学术著作、文章和在教室里的阐述，使得法律制度变得概念化和系统化并由此得到改造。如果不是这样，法律制度将彼此分立，不能被组织起来。第二个功劳是法律形式主义建立的法律解释和法律推理技巧，成为法律人借以从事法律实践工作的实践理性或基本技艺。第三个功劳是盛行于法律职业群体甚至全社会之中的法律神圣、法律必须被遵守的观念，反过来维护了法律的权威性和自治性。在很大程度上，正是由于法律形式主义的理想和坚持，西方法治秩序成了自我实现的预言。

然而，尽管法律形式主义对于促成和维护西方自由主义法治秩序贡献巨大，但是其缺陷也是显著的。而且，随着西方国家社会形势和法治形态的变迁，这种缺陷不断被放大。首先，法律形式主义者从理性或理

辑的角度探寻法律体系，使得他们无法解释或解决很多问题。比如，他们无法解释为何不同的社会形态，包括西方现代社会、西方古代社会和各种非西方社会中，法律实践的模式完全不同；又比如，对于西方国家后自由主义时期社会形态变迁之后带来的法律变革需要，他们的理论坚守使他们不可能提出有效的解决方案。其次，法律形式主义者认为，法律适用的决定是严格进行形式推理的结果，是逻辑上的三段论的运用，这多少是不真实的。越来越多的研究表明，政策、道德、宗教、舆论、法官的个性等因素，都会对法律的决定产生影响。第三，在后自由主义时期，法律的开放性进一步加大，绝对的法律形式主义者变得迂腐而不合时宜。开放性的扩大体现在三个层面上：一是在法律原理上，强调法律应当更加关注社会目的，关注实质正义，换言之，法律工具主义或法律实用主义开始盛行；二是在立法中，迅速地扩张使用无固定内容的标准和一般性条款，增加了司法和行政中的自由裁量权；三是在法律适用上，行政和司法活动更加能动，更加关注社会目的和社会政策，法律变得更加不确定了。

法律形式主义的缺陷和后自由主义法律实践的变化，使得越来越多的学者批评法律形式主义，转而以开放的立场研究法律。开放体现在不同层面：一是一些社会学理论家考察法律类型和社会形态的关系，分析那些决定法律模式的社会因素。比如，马克思考察了经济基础对法律类型的决定关系，涂尔干考察了社会分工对法律变迁的影响，等等。二是一些学者重新审视法律和社会的关系，提出法律应当服务于社会目的、应当注重社会功效的主张。比如，耶林因此建立了目的法学，庞德因此提出了社会利益理论和法律工程理论，等等。三是一些学者否定规则的确定性，进而考察社会环境中影响法律适用的各种非法律因素。比如，埃利希的自由判决理论，美国的法律现实主义运动，布莱克的案件社会学，等等，都是这方面的代表。需要特别指出的是，由于社会形势的变化和开放立场的学者的批评，一部分法律形式主义者也修正了自己的观点，转而持一种温和的法律形式主义。例如，新康德主义法学提出了相对自然法理论，认为法律的普遍正当性原理必须依照具体社会环境的需要进行调整；哈特讨论了法律的空缺结构，指出概念存在模糊的“边缘地带”，进而承认法律规则存在一定程度的不确定性，等等。

以开放的立场研究法律问题，同样存在很多流派，比如法律经济

学、法律人类学、行为法学、法社会学、社会学法学、法律现实主义等。它们也有一个统称：广义的法社会学。和法律形式主义相比，法社会学有着完全不同的问题意识和研究重心，因此，原有的逻辑方法和分析方法已不敷其用。实际中，一些法社会学家来自其他学科，比如经济学、社会学、人类学、心理学等，他们直接以本学科的立场和方法研究法律问题；一些学者则来自法学家阵营，他们根据所研究的问题的需要，借鉴社会科学的理论框架或实证方法。无论是哪种路径，最后的结果都是利用社会科学研究方法，以开放的立场研究法律问题。由是，广义的法社会学也被称为“社科法学”。

然而，法社会学的兴起，并没有完全取代法律形式主义。实际中，二者各自具有不同的研究领域，各自具有不同的笃信群体。二者从不同的角度解读和研究法律，并驾齐驱，互相砥砺。这是因为，一方面，如伯尔曼在《法律与革命——西方法律传统的形成》一书的导论中所言，西方国家虽然出现了“法治的危机”，但是西方法治最核心的四个特征仍然得以保留，即：①法律仍区别于政治、宗教和其他类型的社会制度，它仍是相对自治的；②法律仍交由专业的法律专家、立法者、法官、律师和法律学者们培植；③在法律制度被概念化和达到某种程度系统化的地方，法律培训中心仍是兴旺的；④法律形式主义仍构成一种超法律的因素，通过这种因素可以评估和解释法律制度和规则。换言之，西方国家仍然是一个法治社会，因而需要法律形式主义的精神鼓励和技术支持。然而另一方面，法律和社会之间日益复杂的互动关系，又需要社科法学进行科学的研究，借以增加法律理论和法治实践中的理性成分。比如，如何治理环境问题，如何解决诉讼案件积压，如何维护消费者的权益，等等，无不借助社会科学的方法进行经验研究。

法律形式主义和社科法学的并肩发展，回答了西方国家当前社会形势下法学的研究重心与范式选择问题。而他们的这一方案，对于反思和解答我国法学发展中的诸多疑问也具有重要启示。这是因为，我国作为后发国家，我们的法治形势和西方国家虽然不完全相同，但是有些问题是相似的，基本道理是相通的。具体言之，一方面，“依法治国，建设社会主义法治国家”是我们的目标，因此，我们需要温和的法律形式主义，借以构建我国的实在法体系，提供从事法律实践活动的知识，宣扬和维护法律的权威，提升法律自治性水平。另一方面，我国的法律实践

比任何西方国家都更具有开放性，而且，大量的法律问题、政治问题、经济问题、道德问题等，都根源于这种开放性，因此，要解决这些问题，就需要研究这种开放性。易言之，也许就目前的法治形势而言，我们不应维护和提倡这种开放性，但是我们必须将其作为一种现实存在进行研究，以获得解释和应对这种开放性的理性知识。由此看来，无论是法律形式主义，还是法社会学，都是不可或缺的，我们都应当大力发展和繁荣。

尽管两种立场的研究都是必要的，但是，相对来说，集中人力和物力资源加强法律的开放性研究更是当务之急。一是因为在我国当前，尽管两种立场的法学研究都称不上发达，但是法社会学的研究相对来说更为薄弱，是法学研究木桶中相对较短的那块儿木板。而法社会学研究之所以更为薄弱，是因为以诠释法学为主要内容的法律形式主义研究在我国发端更早，大约从20世纪80年代中期开始，诠释法学的研究就得到了大的发展。而法社会学则是20世纪90年代中期才开始逐步兴起。同时，由于学者队伍知识结构的限制（法社会学研究需要多学科的知识背景），由于知识生产机制的限制（法社会学研究需要更多的经费，需要更长的周期，这些条件在当前的学术体制中更难满足），社科法学研究的开展困难更多，因此体现在统计数据上这方面的研究成果的比例比较低。二是因为，尽管我们的目标是强调法律自治的法治国家，但是智识的支持必须来源于开放性研究。从当前的现实来说，在很大程度上，法律的自治性较弱的根源不在法律自身，而在法律和外部环境的关系。如果这种关系得不到改善，即使法律体系逻辑严谨、内容先进，法律的自治性仍然得不到保障。反之，以开放的视角考察法律开放的现实，却可以查明法律开放的原因，进而发现变革的可能性及其路径。从这个角度看，以自治的立场研究法律自身的体系，于法治的理想而言，多少有些闭门造车，美好的蓝图终究难过残酷的现实环境的考验。三是因为，法社会学的特点将使我们更加面向中国，贴近现实，从而构建和发展解决中国问题的法学理论。虽然无论是开放的视角还是自治的视角，都有中国问题，但是相对来说，中国当前法律和社会的互动关系更具有地方特色，更是蕴含诸多法治问题和社会问题的解决方案的“本土资源”。对这些“本土资源”进行开发，不仅有利于解决中国特色的现实问题，而且有利于建立中国特色的法学理论，从而在全球法学发展的频谱上展

现来自中国学者的色彩。

正是基于上述三个方面的原因，我们郑重推出《法律与社会论丛》这一年刊，借以推动法社会学研究的发展。法社会学一方面坚持法律具有一定程度的开放性的立场，同时广泛借鉴社会科学的研究方法。而这里所谓的“开放”，是指法律向社会的开放，包括法律根源于社会、法律服务于社会、法律运行于社会等基本看法。基于这些看法，法社会学尽可能运用科学方法，从不同角度、不同层面，研究法律和社会的关系。因此，本年刊取名为《法律与社会论丛》。

《法律与社会论丛》依托中国社会科学院院级特殊学科“法社会学”学科和法学研究所的创新工程项目开展工作。“法社会学”学科的成立目的和科研宗旨是推动中国法社会学的研究，为中国法治国家建设提供法社会学视角的理论和经验支持。创新工程是中国社会科学院以重大研究项目的形式，在全院进行的组织方式、激励机制和学术风气的重大改革。

《法律与社会论丛》拟每年出版一卷。在“法社会学研究”的总体框架下，每一卷确定一个相对集中的主题，借以增加研究的深度和广度，并为相互的交流对话提供了可能性。

《法律与社会论丛》是一个开放的学术交流平台，面向国内外学者征稿，希望有志于法社会学研究的同仁不吝赐稿。集大家的智慧和努力，《法律与社会论丛》必将培育成一片出产法社会学研究优秀成果的沃土。

《法律与社会论丛》编者 谨识

2012年9月1日

目 录

导论 从法律条文到法律实施

——倡导法学研究重心适时转向 冉井富 / 1

中国法治国家建设战略重点的转移：法律实施及其问题

..... 刘作翔 / 35

藏族习惯法的司法适用

——以四川省甘孜州地区的藏族习惯法为例

..... 周世中 周守俊 / 80

长三角社会保障法规政策差异冲突及其协调对策

..... 易凌 李毅飞 / 123

试论影视作品著作权原始权属之认定问题 邹三丹 / 151

行动中的依法调解原则

——对山西省 Z 村的实地调查与理论分析

..... 冉井富 王佩芬 / 189

新农村合作医疗实施的问题与对策 余少祥 / 289

政治动员与立法定制

——从对安徽省繁昌县“新型农村合作医疗”

参合率的实证研究切入 支振锋 / 336

北京市网吧禁烟规定落实状况调查报告

..... 黄金荣 夏引业 包有鹏 卓识 卢侃 / 418

致谢 / 439

导论 从法律条文到法律实施

——倡导法学研究重心适时转向

冉井富

一 为何转向？

改革开放以来，无论是法律实践，还是法学研究，都日渐繁荣兴盛。然而长期以来，法律实践偏重于加强立法，法学研究集中于规则和制度，集中于法律条文。二者的共同特点是，都集中于“书本上的法”。尽管在改革开放初期，我们有很多理由为这种偏重辩护，但是在当前的法治发展形势下，我们应当调整这种偏重，将法治实践和法学研究侧重于法律实施，侧重于行动中的法，借以推动和实现法治发展和法学研究的战略转向。这是因为：

（一）徒法不足以自行

对于法律，尽管众说纷纭，但是人们都承认的一点是，在现代社会中，法律是通过规则进行的一种社会调整，最终目标是要形成一种理想的社会关系、社会秩序或社会结构。一如富勒所说，法律就是使人类行为服从规则治理的事业。^① 由此观之，法律包括两个基本的要素：一是规则，或曰静态意义上的法律；二是符合规则所要求的社会秩序，或曰法律秩序。这两个要素所对应的，是法律调整的两个环节：人们通过立法，形成法律规则，将法律调整的目标寓于法律条文之中；通过一定的调整过程，规则变成法律秩序。而链接这两个环节的，是法律的第三个要素：法律实施。法律实施的意义在于，静态意义上的法律，只有通过法律实施的活动和过程，才能转变为现实的法律秩序，实现法律调整的

^① 参见张宏生、谷春德主编《西方法律思想史》，北京大学出版社，1990，第464～467页。

预期目标。具体言之，法律实施对于整个法律调整而言，至少具有如下三个方面的作用。

第一，几乎所有的法律，都必须借助法律实施，才能实现其要求。所谓法律实施，包括法律的宣传、守法、行政执法、司法、仲裁、调解、法律监督等活动，以及开展这些活动所必需的机构、人员、技术、设备、经费等条件。“徒法不足以自行”，几乎所有的法律，都必须借助法律实施，才能将法律条文的应然性要求，转变为现实的行为、关系和秩序。这是因为，首先，任何法律，都可能被违反。反过来说，如果一个要求不可能被违反，或者一项要求无须任何强制，那这项要求就不可能成为一项法律。昂格尔说：“[社会的]共识的范围、具体化、强度和一致性越广，规则就变得越无必要。在共识的缝隙中存在，是它们[即法律规则]的本质。”^①即使不是故意违法，有的法律规定也可能存在歧义，法律适用的条件和范围可能比较模糊，这些情形，需要权威的机构根据法定程序予以认定或裁决。其次，法律的实现基本上都需要宣传、动员，有的法律还需要检查、鉴证、登记，有的法律实施还需要特殊的机制和程序，而这些工作，必须基于特定的人员、机构、设备、程序和经费，才能正确、公正、有效地开展。特殊的程序和机制，保证法律实施的正确性，如诉讼过程。总之，由于这些原因，法律的实现，离不开法律实施。

第二，立法中的不足，在一定程度上，可以借助法律实施的过程得到纠正。在法治国家，法律实施必须依法进行。在通常情况下，如果立法正确，则国家机关、社会组织和个人依法行事；如果立法存在错误，或者法律规定不够合理，则通过立法程序进行修改或者废止。但是，由于一方面，立法是一项成本较大的活动，一般不随意启动；另一方面，为了维护法律的权威性，法律应当尽量保持一定的稳定性，尽量减少修改的频率。因此，对于法律规定的某些缺陷，可以在法律实施的过程中予以克服。比如，法律的适用范围需要调整，法律的某些适用条件需要变更，法律配套措施需要补充，等等，都可以在法律实施过程中完成。在法律实施过程中克服这些立法缺陷，需要一定的机制。在英美法系国

^① R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社，2001，第29页。

家，这种机制主要是遵循先例的判例法制度；在我国，司法解释在这方面发挥着重要作用。

第三，法律制度的合理性需要通过法律实施来检验，立法中存在的问题需要通过法律实施发现反馈。人类的社会实践是通过试错机制不断向前发展的，法律实践更是如此。由于人类理性的局限性，由于社会形势的不断发展变化，由于法律调整方式自身的局限性，有些立法可能存在某种问题或局限。比如在国外，美国曾有过“禁酒令”立法的失败，意大利的诉讼程序曾导致积案严重，英国的刑事诉讼法曾被批评为对被害人保护不力，等等。在国内，我们长期实行收容审查制度，反革命罪的罪名应用了半个世纪，投机倒把罪曾使许多人被判入狱，等等。法律制度中的这些问题，有些固然可以从法理上推断其合理性，但是更多的时候，其合理性需要通过法律实施来检验，其缺陷要通过法律实施来发现。比如，美国历史上的“禁酒令”和北京在20世纪90年代实施的“禁放令”，在未实施之前，人们大都持乐观的态度。而正是法律实施的过程和结果，展示了这两个法律文件的致命弱点，同时也揭示了法律调整的可能性和局限性。^①

（二）立法相对完备

改革开放以来，我国社会生活各个领域的制度化建设日益加强，各种位阶的立法工作快速推进。截至2012年3月，我国立法工作取得了巨大的成就：宪法经过多次修改完善，已制定现行有效的法律240余件、行政法规700多件、地方性法规8800多件，并全面完成了对现行法律、行政法规、地方性法规的集中清理工作，目前，涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全，各法律部门中基本的、主要的法律已经制定，相应的行政法规和地方性法规比较完备，法律体系内部总体做到科学和谐统一。为此，吴邦国委员长先后在两次重要的会议——全国人大常委会办公厅2011年1月24日举行的“形成中国特色社会主义法律体系座谈会”和2011年3月10日召开的第十一届全国人民代表大会第四次会议——上宣布：“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪

^① 《改革的步子要加快》，《邓小平文选》第3卷，人民出版社，1993，第240页。

法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成，国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。”^①

我国的立法工作之所以快速推进，一是因为在法制建设的十六字方针中，“有法可依”被理解为法治的前提和基础，至少在时间上需要优先完备。二是我国公权力的行使相对集中，立法过程中的审议成本较低，规范性法律文件制定通过的效率较高。对此，邓小平有过经典的论述：“资本主义社会讲的民主是资产阶级的民主，实际上是垄断资本的民主，无非是多党竞选、三权鼎立、两院制。我们的制度是人民代表大会制度，共产党领导下的人民民主制度，不能搞西方那一套。社会主义国家有个最大的优越性，就是干一件事情，一下决心，一做出决议，就立即执行，不受牵扯。我们说搞经济体制改革全国就能立即执行，我们决定建立经济特区就可以立即执行，没有那么多互相牵扯，议而不决，决而不行。就这个范围来说，我们的效率是高的，我讲的是总的效率。”^② 三是这多少和一种错误的观念有关：只要法律制定出来了，法治就实现了。相当长一段时间内，这种观念有一定的普遍性，成为我国法治发展立法优位战略的理论基础。例如，有学者就环境法制方面的观念指出：“在众多分析我国环境法制问题的研究成果中，很多文章得出的结论是加强环境立法，似乎只要有了管理行政相对人的法律，一切问题就会迎刃而解。”^③ 在2006年社会各界讨论《刑事诉讼法》修改之际，针对辩方权利得不到保障的问题，多数学者主张增设辩护人、律师的权利。有学者对此提出批评：辩护制度改革根本出路不是增加辩护权利的外延和规模，而是确立基本的权利救济机制。^④

立法工作的快速推进，凸显了加强法律实施工作的紧迫性。如果用

① 参见吴邦国《在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》（2011年1月24日）、《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》。

② 《改革的步子要加快》，《邓小平文选》第3卷，人民出版社，1993，第240页。

③ 杜万平：《环境行政权的监督机制研究——对环境法律实施状况的一种解释》，载吕忠梅主编《环境资源法论丛》，法律出版社，2006。

④ 陈瑞华：《增列权利还是加强救济？》，《环球法律评论》2006年第5期。

木桶理论来做比喻，那么在法律调整的各项要素中，立法相对来说，是最长的那块木板。这是因为，一方面，大量的法律制定出来后，必须将书本的法律付诸实施，才能维护法律的权威，才能实现立法的收益；另一方面，具备了有法可依的前提和基础之后，国家有条件将更多的资源集中于法律实施，也只有集中于法律实施才是收益最大的。正是基于这样的认识，一些学者指出：“在法律体系已然形成的背景下，法律实施成为了法治建设的关键。”“中国特色社会主义法律体系的形成首先意味着中国立法取得了辉煌的成就，也意味着中国法制发展具有了较好的制度基础。法律体系的形成侧重解决了‘有法可依’的问题。在‘有法可依’之后，‘有法必依、执法必严、违法必究’就成为法制发展的重点。这时候，执法的地位就必然得到凸显。执法是法治中极为重要的环节，执法的成败决定着法治的成败。”^① 国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书也在结尾处强调：“法律的生命力在于实施。中国特色社会主义法律体系的形成，总体上解决了有法可依的问题，对有法必依、执法必严、违法必究提出了更为突出、更加紧迫的要求。中国将积极采取有效措施，切实保障宪法和法律的有效实施，加快推进依法治国、建设社会主义法治国家的进程。”

（三）有法不依、执法不严是法律实践中最为薄弱的环节

自改革开放以来，虽然我们不断加强立法，并于2010年形成了中国特色社会主义法律体系，但是，一直以来始终存在的情形是：我国法律实施机制不佳，法律实施成效不足。虽然我们的立法还存在这样那样的不足，这成为法律实施效果不佳的一个重要原因，但是，即使现有法律中那些相对比较合理的、明确的规定，得到有效实施的比例也不是很高。一些盛传的说法，可以说是法律实施状况不佳的一种生动写照，比如，“中央的政策不出中南海”，“立法不少，执法不好”，“立法如林，执法无人”，“经济要上，法律要让”，等等。

关于我国法律实施的严重不足，对社会各界来说，基本上是一个不

^① 朱磊：《执法的成败决定着法治的成败——法学名家齐聚高峰论坛畅谈法律实施》，《法制日报》2011年12月14日。

争的事实。媒体报道、执法检查、社会生活中，随处都可以找到法律实施状况不佳的例证，一些学者也曾专门进行过考察和研究。归纳起来，我国法律实施环节所存在的问题，具有两个特点：

一是既有的法律和制度不能得到严肃对待和有效实施，是一个长期的问题。改革开放之前，是一个彻底法律虚无主义、无法无天的时代，虽然国家存在一些法律和制度，但是先后受到各种政治运动的冲击而得不到有效实施。改革开放之后，国家在社会生活各个领域加强制度化建设的同时，法律实施的效果好于过去，但是依然存在严重不足。在改革开放初期，我们开展了大规模的“严打”活动，这表明，一方面，我们关于社会管理方面的法律实施效果不佳，导致了严重的社会治安形势；另一方面，我们所实行的“严打”，很大程度上突破了当时的《刑法》和《刑事诉讼法》的明确规定，是以破坏法律实施的方式，追诉犯罪。进入20世纪90年代以后，虽然大量的法律制定出来，但是这些法律的实施效果依然不佳。比如，我国虽然于1985年就颁布了《会计法》，但是在1992年后的市场经济大潮中，不少会计师事务所和会计人员造假账，出具虚假财务报告，许多贪污受贿、偷税漏税、挪用公款等经济违法犯罪活动，以及大量腐败现象，几乎都与财会人员做假账分不开。这些行为成为严重危害市场经济秩序的一个“毒瘤”，以至时任国务院总理朱镕基在视察上海国家会计学院时，亲笔题词“不做假账”以期许。^①又比如，我国在20世纪80年代先后颁布了《环境保护法》和《水污染防治法》，但是在90年代，长江污染非但没有被有效制止，反而出现日趋严重的趋势。^②这一时期，据有关部门统计，在许多地区法律能够得到认真执行的仅占20%，有的地方甚至只占10%。^③21世纪以来，虽然法律文件日益丰富，但是法律实施的效果依然不见起色。可以说，这方面的例证俯拾皆是。比如，2003年10月，重庆一名村妇让温家宝总理帮其讨薪，而在村妇“风光”的背后，是许多农民工以跳楼、跳桥、静坐等非和平方式讨薪的艰苦和辛酸。最近几年，矿难频

① 盛大林：《底线 不做假账》，《法制日报》2001年7月2日。

② 王红霞：《谈谈当前法律实施中的几个问题》，《贵州省政法管理干部学院学报》1994年第3期。

③ 路有全：《当前法律实施弱化现象的分析与思考》，《社会科学》1995年第10期。

发，食品安全事件不断被曝光，这些现象在很大程度上都可以解读为法律实施的问题。

二是法律实施问题几乎存在于所有的法律部门。在我国，长期以来，上至宪法，下至部门法，都存在比较严重的法律实施问题。首先就宪法来说，我国专门的、有效的宪法实施监督建构一直未能建立起来，在现有的宪法实施监督机制下，法律、行政法规、地方性法规等和上位法发生抵触的情况大量存在，但是这些情况未得到及时的纠正。在刑事领域，不时有余祥林案、赵作海案等大量的冤假错案浮出水面，而在这些案件的背后，则是大量的、已经习以为常的刑讯逼供、联合办案、侵害律师权益等违反法律规定的现象。在民事领域，则存在着严重的诚信缺乏、合约难以自动履行、交易成本高企的问题。早在 20 世纪 80 年代末期，我国企业之间就相互欠款，发生了大规模的“三角债”问题。在 20 世纪 90 年代中后期，合约履行情况依然很差。具体以 1996 ~ 2000 年为例，民事一审合计收案 23969959 件，其中合同案件 13201082 件，占 55.1%；在合同案件中，买卖合同和借款合同合计收案 7983054 件，分别占合同案件的 60.5% 和民事案件的 33.3%（见表 1）。在这两类合同案件中，借款合同案件绝大多数是事实清楚、没有争议的借钱不还的问题，买卖合同则大多数是不能如期支付货款方面的纠纷。我国于 1999 年制定了新的合同法，学界又称之为统一合同法，从而使合同法律规范健全起来，但是实践中，全国合同平均履约率仅 60% 左右，有些地方甚至只有 40%。^①

相比较来说，经济和行政类的法律执行情况更差。一份基于 20 世纪 90 年代的研究总结说：“特别是经济领域中的违法行为更为普遍，如有的利用经济合同诈骗；有的严重违反物价、税收、工商、海关等管理法规，扰乱经济秩序，侵害国家和消费者利益。据不完全统计，目前全国国有、集体企业偷税面约占 50%，个体户和私营企业偷税面约占 80%，骗取出口退税以及外资企业逃税现象也比较严重。乱涨价现象屡禁不止，假冒伪劣商品已成为一大社会公害。走私行为也十分猖獗，1993 年上半年查获走私案件的案值高达 17.46 亿元。在社会生活的其他许多领域，也同样存在着大量有法不依的现象，如土地管理法实施

① 许德宾：《法律实施的效果与法治期待》，《扬州教育学院学报》2002 年第 1 期。