

司法的堕距:中国法治建设的社会学思考

■郭星华 何铭灏

法律文本与法律实践之间存在着一定的差距,这种差距体现在法律知识与司法实践的张力空间之中,具体表现为“书本上的法”与“行动中的法”之间的脱节。司法堕距即指的是这一情形。“书本上的法”与“行动中的法”之间的差距本就孕育于西方的法治传统之中,我国在学习西方法律制度之时,不可避免地会将这一冲突移植至本土。立法的滞后性使得“书本上的法”逐渐失去对社会生活的控制,然而在司法实践中,真正发挥作用的是司法人员将“书本上的法”与具体的社会情境相结合所创制的“行动中的法”。产生司法堕距的根本原因,在于中西方社会环境与文化传统的差别,导致移植的法律在本土化适应的过程中产生新的矛盾,即外来文化与本土文化之间的冲突。

[关键词] 传统文化;现代法治;法律移植;司法的堕距

[中图分类号] D924 [文献标识码] A [文章编号] 1004-518X(2020)12-0221-09

[基金项目] 教育部人文社科重点基地重大项目“新型城市化中的社会矛盾与治理创新”(16JJD840014)

郭星华,中国人民大学社会学理论与方法研究中心教授、博士生导师。(北京 100872)

何铭灏,中国人民大学社会学系博士生。(北京 100872)

十九届四中全会提出了坚持和完善中国特色社会主义法治体系,提高党依法治国、依法执政能力的明确要求。这不仅为全面依法治国、建设法治中国指明了方向,还为在法治轨道上坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化作了充足的准备。这些论述的提出说明我国法治应当立足于我国的本土实践,才能发展具有中国特色的社会主义法治理论。事实上,我们现在熟悉的法治知识,是源自西方社会具体事物及其秩序的知识。从清末以来,西方文化随着国门的打开如潮水般涌入我国,简单地学习和模仿西方的文化和制度成为时尚,法治也不例外。在这种情形下,我国的法学理论与法治实践之间不可避免地会产生冲突与矛盾。从历史来看,在法治建设过程中我国借鉴了许多西方法治理论与法律制度,但由于理论和制度产生的文化和社会背景不同,这些移植过来的法律在本土化适应的过程中产生了“水土不服”,我国现代法治建设困难重重,其原因众说纷纭。本文试图从司法堕距的概念出发,解读产生这种困境的缘由。

一、何为司法的堕距

法律并非由文本向实践的自然过渡,二者之间存在一定的差距和鸿沟,司法的堕距即是指这一情形。文本中的法与实践中的法之间存在着天然的差距,无论是在西方社会还是我国本土,这一差距都是客观存在的。司法的堕距指的是在司法实践中由于“书本上的法”运用到具体情境中产生了走样与失真,导致“书本上的法”与“行动中的法”之间产生差距,这一差距被称为司法的堕距。司法的堕距主要产生在司法实践的过程之中,从理论到实践的跨越出现了种种冲突。社会法学的首倡者庞德将国家法和民间法的冲突视为一种“书本上的法”(law on books)与“行动中的法”(law in action)之间的冲突。在他看来,“书本上的法”和“行动中的法”之间的差别,是“旨在调整人与人之间关系的规则”和“实际上调整着他们的规则”之间的矛盾。若是将这种矛盾放置于今天的司法层面来看,其存在于法律理论和司法实践之间,不仅经常真实地存在而且还相当深刻。在法律社会学视野中,“书本上的法”指的是国家制定法,而在现实生活中真正起作用的法被认为是“行动中的法”。19世纪末社会学法学派创始人埃利希提出了“活法”的概念,“活法”指的是在司法实践中能够实际产生效用的法律。更进一步来说,“活法”是不包含在法律条文中的法律,这些法律通常是以社会关系自发秩序的形式产生于不同的社会情境之中,例如婚姻、家庭、民间契约、族规等,它们并没有包含在法律的条文之内。也就是说,“活法”既不是法典中以成文形式记录下来的法条,也不是在司法过程中依靠强制力保障实施的法律,而是在社会生活中能够产生实际作用的法律。它不仅包括社会习惯、商业惯例,也包括各种正式、非正式社会团体内部的规范。埃利希认为“在每个机构中,也都有一系列标准,这些标准就是社团的‘内部命令’,这些内部命令是组成活法的主要内容”。此外,一些地方判例、习惯以及各种民间契约、规范等“活动法律”也是“活法”的重要组成部分。例如,德国民法典和奥地利民法典中关于婚姻契约、夫妻共同财产等制度的实践,在现实生活中并没有取得良好的适用效果,人们遵循的恰恰是在法典中没有规定的规范。^[1]在实证主义法学的影响之下,人们对于法律的理解局限于把它看作是由立法机构制定的、由法官采取适用于解决法律纠纷的规则体系,从而忽视了社会调整中发挥实际作用的“活的”规范。基于庞德与埃利希对于“活法”与“行动中的法”的解释,两位学者都否定了国家制定法一元主义,认为除了国家法以外,其他社会性规范也同样存在价值与意义。但二者之间也存在着差别,简言之,“活法”指的是那些除了国家法以外在社会调整中实际产生效用的社会规范,而“行动中的法”指的是司法人员将“书本上的法”在现实生活中运用的实际状况,它是法律在现实生活中的一种实践模式。简单地区分,就是前者强调规范,后者强调过程。由此可见,在西方社会中,国家法与其他社会规范之间的差距是普遍存在的。因此,在实践中,国家法与民间法的冲突不断凸显,使得“书本上的法”与“行动中的法”之间的张力越来越大。

近代以来,我国开始不断学习西方,法律也不例外。尤其是在我国加入WTO以后,为了迅速让我国市场融入全球市场经济体系,我国的法律体系和法律秩序都必须与西方发达国家的法律体系和制度“接轨”。至此,我国进入了法律体系的“大复制”时代。由于缺乏对本土实际情况的了解,这些移植过来的法律并没有发挥人们想象中应有的作用。此时,“法律多元主义”观点从西方传入我国,众多学者开始讨论除国家正式制定的法律之外的其他非正式的、民间的和约定俗成的“法”。黄宗智认为,现今我国的法律体系是一个多元的混合体,在这个混合体系中法律的来源也是多方面的,有来自古代、西方现代以及现代革命等三种不同传统的成分,需要协调、融合这些不

同的传统来创建一个适用于当今实际的法律体系。^[2]可见,法治国家并非一日建成,照搬西方的法律成果并不能解决我国社会所产生的实际问题。究其原因,是在移植制度本土化过程中,理论到实践的转向产生了巨大的差距。具体来说,这种差异主要表现为国家法在适用的过程中与本土社会环境不相容。出现纠纷时,现行的法律并不能有效地调节人与人之间的关系,而真正发挥作用的是一直以来被人们摒弃的老传统。至此,人们开始反思,有学者认为民间法与普通民众日常生活秩序密切相关,即使在整体变更、国家法被彻底改写之后,它仍然可能长久地支配人心,维系民间社会的秩序。^[3]事实上,国家法的行使依赖于基层政治运作,其功能取决于民间秩序的配合,国家法的失效意味着民间秩序在乡土社会中依然发挥着作用。这也说明了从西方移植至本土的法律在本土化的过程中将会面临着来自本土传统社会 and 生活方式的抵抗。^[4] 将一个完全陌生的规则搬到另外一个完全陌生的社会环境中加以适用,就好比是鸡同鸭讲。

概而言之,“书本上的法”与“行动中的法”之间的差距本身就孕育于西方的法治传统之中,立法的滞后性导致“书本上的法”逐渐失去对社会生活的控制。经历了法律移植,我国不可避免地将这一差距移植至本土。在陌生的社会环境中,“书本上的法”与“行动中的法”之间的冲突日益凸现,从而产生了司法的堕距。可以说,司法堕距是当前我国法治建设的痛点,因此,我们必须厘清司法堕距产生的内在原因和背后的作用机制。

二、制度形变：“书本上的法”与“行动中的法”之间的堕距

在传统社会向现代社会转型的背景下,我国社会呈现出从乡土社会向市民社会、从熟人社会向陌生人社会、从社群本位向个人本位、从强调社会关系向强调个人权利的转变。这些变化产生的原因,是现代与传统、西方文明与本土文化之间产生了冲突与融合。现代法治以西方的法律为中心,将现代法治与本土传统完全割裂开来。在这场带有排他性的法治建设进程中,各种矛盾日益凸显。随着传统力量的不断削弱,现代法治将法律程序替代了传统的纠纷解决模式,使得外来制度与本土制度之间的矛盾不断升级。

(一) 法律知识 with 地方性知识的对立与合作

美国法人类学家格尔兹分析道:“法律就是地方性知识,地方不只是指某些具体的空间、时间或阶段,而指的是特色,在这里,特色指的是把某个事件的本地认识与对事件本身的想象结合起来。这种认识和想象的复合体,隐含了对原则的形象化描述,这种描述便是我们所谓的法律认识。”^[5]格尔兹认为法律是一种地方性知识,他主要从两个方面来进行解释:一是源于西方传统的法律认识,即将法律与事实区分开来,并用程序来进行规范,防止二者相互混淆;另一种是宗教传统中将法律与事实勾连起来,并用程序来强化二者之间的关系。法律程序是有效防止法律与事实之间产生联系的关键所在,这种联系不仅可能会打破通过法律所力求保障的公平公正,还可能会导致法律知识的证伪。因此,程序性便成为推行现代法治的代名词。以韦伯的形式“理性法”为标准,他认为法律应当是有严密的逻辑,能够通过计算来得出结果的一种“公式化”的知识,而这些法律知识却是法律工作者必然掌握的学得知识。

在司法实践中,人们对法律的认识仅仅停留在本地知识和传统的解决模式之中,地方性知识会随着当事人的认识和想象逐渐渗透到具体案例中且发挥作用。这套被称为地方性知识的非正式规范如同日常生活中的仪式一样,内化在人们的意识当中,它与法典、法律条文等可视化 and 可操作的文本不同,并没有构成一种客观知识,也没有理论逻辑上的反思性,它们是从历史传统中

积淀下来的。这种知识在历史的传承中被我们欣然地接受了,从祖辈传下来没有人反驳、也没有人质疑。也正是这样的历史传承使得我们在每天的日常行为 and 实践中不断地习得这种知识,并将这些知识延续下去,这种知识已经内化为人们处理所面临的问题的一套技艺与智慧。法律作为一种权力的实践,要求法律知识的掌握者在运用法律的过程中能达到其目的,而往往这种权力是自上而下加强的,是对统治者的意志的坚持和体现,也是维持社会秩序和推动社会进步所需要遵循的规则。

正是在这场权力的实践中,人们不断被法律知识所驯化。法律在这样的反复实践中从“学来的知识”转化为“习得的知识”,从习得知识转化为法律思维,法律制度也在不断地实践中与地方性知识相融合。因此,在法律实践过程中,法律知识与地方性知识之间的关系可以通过图1来解释。

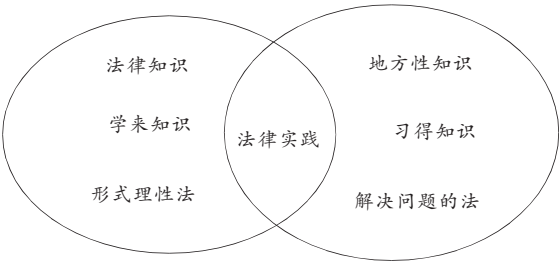


图1 法律知识与地方性知识关系图

简言之，法治社会中要求将从西方学来的知识运用到法律实践之中并按照形式理性法的原则来执行,并加以贯彻和实施。而在传统社会中,通过习得而来的地方性知识在解决具体的纠纷时,并不像法律一样需要符合演绎与推理的逻辑,它们更在乎的是问题解决的方式是否妥当。地方性知识不是用判决书的形式给当事人说明其所触犯的法条,划清权利义务的界限,而是通过日常生活中的权力技术给当事人实在的利益补偿。由此可见,在传统社会中,起决定作用的并不是从书本上学来的国家法的知识,而是从生活经验中习得的地方性知识,是那些能解决问题的日常权力技术。进入司法程序以后,司法工作人员将这些地方性知识与法律知识有机地结合起来以解决实际的纠纷。

(二) 司法人员的法律意识和专业素养差别

法律制度所构建的社会关系,会对从事法律工作的人设置一定的门槛,同时也建构了司法人员之间的一系列特定的社会关系,例如法官、检察官、律师、当事人,等等。他们之间的社会关系网络构成了一种司法“场域”。随着角色的不同,某些特定的角色进入法律制度所规定的社会关系中,同时也进入这种关系所规定的司法场域。其中,他们行动的标准必须符合法律的逻辑以及场域的逻辑才能够保证自身的权利。他们必也须按照自己的角色要求来规范自己的行为,例如法官、检察官等,必须按照法律规定的程序来审理案件。有时法律制度要求他们将日常生活世界与司法场域明确区分开来,但往往这样的做法会让他们“人格分裂”。在实践中,法律能够得到有效执行的关键在于司法人员的运用,他们根据国家法的规定以及对当事人实际情况的把握,有机地对法律进行本土化或地方化处理,使其满足案件的社会效果与法律效果。司法的过程就是司法人员将“书本上的法”变成实践中能够发挥效用,并能够解决实际问题的“行动中的法”的过程。随着司法程序的正规化和可预见性的不断加强,对司法人员的专业性要求越来越高,更多拥有法律专业教育背景的人员进入司法系统。同时,司法程序的正规化还带来了司法组织形式的科层化。在

科层制的体制下,司法人员按照法律的规定来执行司法程序。但是,并非所有的法律在执行的时候都能产生相应的效果,例如在基层司法部门,刚入职的新检察官与有经验的老检察官对待同一个案件会有不同的审理结果。这是由于司法人员的法律意识和专业素养之间的不同,使得法律制度在运行的过程中产生了外部表达和实际内涵相分离的现象。美国社会学家梅耶称这种现象为“断藕”,指的是一种符号化的组织结构在运作过程中与组织的实际运作相分离的情况。司法人员会根据他们对法律的理解并结合地方的不同需要,来改变那些制度的实际内涵。^[6]也就是说,这些法律制度的实际内涵是由司法人员运用各种非正式的司法运作而重新构建起来的。尤其是在以乡土逻辑为主导的基层社会中,乡土化的法律传统更贴近群众的生活、为群众所熟知,使用传统的方式来解决纠纷,其过程更加贴近人们的生活,其结果更能让公众接受。

司法人员作为司法活动的行动者和参与者,既是国家权威的象征,同时也是法治理性的代表,并兼具乡土社会治理精英的职责。在转型时期的乡土社会的语境下,乡土司法处于事实与法律产生巨大张力的空间中,基层司法人员在遇到问题时往往会陷入国家法与民间规范的冲突之中。可以说,在日常的司法活动中他们面临着两个方面的困惑。一方面,如果考虑法律效果,司法人员必然要按照法律的规定严格执行司法程序,但严格执法或将面对案件无法实现自然的社会效果,甚至无法满足当事人对法律的期待;另一方面,如果要达到良好的社会效果,司法人员在司法的过程中就必须观照民间传统以及地方的非正式规则来进行弹性执法。有研究表明,不同人群的法律意识存在一定的差别,这些差别会导致在不同的社会语境下人们在诉讼中的要求有所不同。司法人员的年龄结构以及入职时间的长短各不相同,并且由于个体的差异性,他们的法律意识以及专业素养也不相同,因此对法律条文的规定存在不同程度的理解。例如,工作多年的法官会更倾向于结合地方特色运用一些非正式的方式来化解纠纷。在基层司法单位,有经验的司法人员经过长时间的职业训练后,对地方的风俗人情以及习惯传统了如指掌,在处理当事人诉求与法律适用之间的关系时游刃有余。再加上个人经验的积累,他们善于将生活的智慧融入法律的逻辑当中。因此,在解决纠纷的过程中,他们对案件的法律效果与社会效果的处理是非常有经验的。相反,刚进入司法部门的司法工作人员对法律的认识依然停留于书本上的知识,更多地关注案件的法律效果而忽略了社会效果。^[7]因此,司法人员的法律意识和专业素养的不同也会导致“书本上的法”与“行动中的法”之间产生差距。

概而言之,司法堕距是“行动中的法”与“书本上的法”之间的差距,主要表现在两个方面:一是法律知识与地方性知识的差别,导致法律知识在运用到具体实践当中产生了形变;二是在司法实践中,司法人员的阅历、学历、经历的不同导致他们法律意识和专业素养的差别,这进一步加深了“书本上的法”与“行动中的法”之间的鸿沟。正是由于司法人员的法律意识和专业素养的不同,一部分人善于将地方性知识与将“书本上的法”相结合变成发挥效用的“行动中的法”。他们既没有完全抛弃乡土逻辑指导下的纠纷解决方式,也没有仅按照法律制度的内容按部就班,而是将情理融入法理之中并结合实际情况来解决问题。如前所述,“书本上的法”与“行动中的法”之间的差距产生于西方的司法实践之中,我国在学习西方的同时将这一差距带入了我国本土,而这一差距在引入本土之后又产生了新的矛盾,这也是产生“书本上的法”与“行动中的法”的根本原因:即本土文化与外来法律文化的冲突。

三、文化冲突:本土法律文化与外来文化之间的堕距

法治是一种现代治理技术,不是理性、人性、自由、民主之类的空洞的、美丽的大词。^[8]我国在将这种治理技术移植到本土后,如何实现其应有的价值,需要我们回到移植法律的本土化过程中去寻找更深层次的原因。

(一)外来文化的入侵

如果说英美法系的根本精神是基于衡平法的司法正义,大陆法系的根本精神则是立法正义,一部完整、清晰、逻辑严密的成文法典是法治得以可能的前提。我国在引入大陆法系的同时就接受了自由、平等、个体、人权这一整套的立法原则,并将其视作现代文明的尺度,但其实这套所谓的“普世价值”只是基于西方历史经验提炼出来的,有着强烈的西方文化背景。这种文化差异体现在法治思维上,从西方文化土壤中衍生出来的法律思维的养成是基于市民伦理的权利本位思想。与之不同的是,我国法律的基础是亲情伦理的责任本位。因此,从我们开始移植西方法律之时,西方文化就对我国文化开始了改造。近代以来,我国的法律改革大体上沿着西方的路子,在概念、结构及其原则等方面都大量引进了西方的规则。法律作为文化的一部分,它的发展得益于文化的语境,一旦脱离了语境,法律也将无所适从。有学者将法律移植分为机械移植模式与有机移植模式,机械移植指的是一种机械式的、教条式的移植模式,是一种否认本土文化传统的移植模式。^[9]通过机械移植模式移植过来的法律,不仅没有观照我国的本土实际,而且还否认传统文化的价值与作用。至此,我国的法律与本土社会环境格格不入,法律所产生的效用更是日渐式微。有学者将这种西法东渐的过程称为我国传统文化的“失语”。在长时间的“言必称罗马”或“言必称西方”的法律习惯影响下,我国传统的法律文化所隐含的那些具有永恒生命力的精髓以及对现代法治具有积极意义的传统法治精神,都被抛诸脑后。这样所带来的严重后果是,我国法学丧失了自己的话语权,乃至将西方话语树立为学习的榜样。久而久之,我国似乎成了西方法学的试验场。我国自己的声音逐渐被湮没了,我国法学也患上了“失语症”,丧失了自己对世界的理解能力。^[10]正因如此,我国法治患上了“失语症”才会导致主流法治理论的失效,这主要体现在两个方面:一是我国的法治理论无法有效地解释实践中面临的制度与实践之间的冲突;二是司法人员按照我国的法治理论无法有效地解决实际纠纷。

设想一下,在我国这样一个巨大而又复杂的国家里,想要迅速地建立起一个现代化的法治体系,就必须借鉴西方发达国家的成功经验,吸收这些国家的先进成果。那么,如何在短时间内建立起一套完整的法律制度呢?最快速、最直接的方法就是从西方的法治实践中,移植那些确实对西方社会产生积极效果的法律规章和制度,在学习西方法治的同时还能够加快我国法治现代化的发展步伐。为了向西方看齐,历史遗留下来的传统、习惯及地方性知识和民间规范,都成了陋习,同时被刻上了落后的标签。因此,必须用现代社会所谓的理性的标准来对落后的传统和习惯进行改造和清理。只有这样,才能为法治的发展减少阻力,为实现本土的法治建设节约更多的时间,尽快建立起现代化的法治。事实上,西方的法治发展历经一个漫长的试错过程,在不断试错的过程中最终建立起了一套成熟的现代法律制度。我国通过移植和借鉴这些先进法律,希冀于快速完成西方国家经过几百年才完成的法治历程,从而顺理成章地走上建设现代法治国家的道路。但是,我们却丝毫没有考虑到全盘西化所带来的后果,生长在他国文化土壤中的法律被机械地移植至本国的社会环境之中后,会与我国的文化传统、民众的生活习惯等方面产生诸多的冲突。这些冲

突产生的原因在于移植过来的法律与本土文化之间的相互排斥，从而导致制度适应的效果与实际情况之间的张力越来越大，最终导致现代法治与传统文化之间的冲突愈演愈烈。例如，在我们的实地调查中发现，刑事和解制度的司法实践过程就是如此。作为一项外来制度，在西方恢复性司法理论的影响下，我国将刑事和解制度移植至本土，该制度的初衷是为了减轻司法人员的负担，并通过和解的方式来解决因刑事犯罪而产生的纠纷，其目的在于弥合当事人之间的关系，恢复社会的和谐状态。但是，因为刑事和解在制度化的过程中缺乏对本土的人文特征、风俗习惯、地域差异等因素的考量，使得刑事和解制度在实践中使用率不高，而且成功率较低，甚至在一些地区因为门槛太高、程序太复杂而遭到冷藏。由此可见，若是将一个制度机械地移植到另一个社会中，必然会产生矛盾与冲突。

（二）本土文化与外来文化的冲突

在我国传统社会当中，指导人们行为准则的是传统文化。费孝通在《乡土中国》解释了礼治在我国传统社会中的作用与力量。在传统社会中礼是社会公认的行为规范，所谓“礼”是一种对过去的经验的积累，这些经验可以指导人们实践并成为他们生活的指南。因此，人们对传统抱有敬畏之感，并将礼作为一种传统维持下去。礼治必须能够成为解决生活问题的有效方式，这样才会成为一种传统，得到大家的尊重。^[11]若在一个变迁的社会里，传统的力量不复存在，大家只能共同制定规则来保障各家各户安居乐业，当纠纷出现时，只有这些规则才能够有效地解决问题，这就产生了对法律和法治的要求。换句话说，“法治和礼治是发生在两种不同的社会情态中。”礼治社会反映的是乡土社会的特征，法治则适合于变迁很快的时代和社会。社会情境发生了改变，秩序类型也会随之发生变化。^[12]在传统的礼治社会中，礼是维系社会秩序的规范，而礼在社会中发挥作用得益于传统和习惯的支撑。礼对于人的约束是内在的，通过强调修身和克己的教化，人们主动地被礼所约束。在这样的社会中，人们为了维持礼，就必须依靠调解来解决纠纷，打官司被认为是一件丑事。这正是传统社会的映射。然而，在法治社会中，维持社会规范的是法律，法律是依靠国家力量来实施的，其方式是从外部对人加以约束。法律主张保护个人权利，鼓励人们通过法律的武器来伸张各自的权益。正因如此，律师和法学家们成了法治社会中的重要角色。与法治相配合的社会是个变迁很快的社会，即我们所谓的现代社会。

在西方法治社会中，“书本上的法”主要是国家制定法，这些国家制定法不仅是西方人民智慧的结晶，更是西方文化的重要组成部分。在实践中，这些国家制定法体现的是原则性的要求，立法的滞后性使得现有的法律无法解决生活中不断出现的新问题，因而“书本上的法”的作用越来越小。因此，人们就开始寻找其他的纠纷解决途径，例如民间法、民间规范以及地方性规范，等等。这些民间的非正式制度来源于西方的历史经验和文化传承，人们将生活中的经验与文化相结合变成一套生活中的纠纷解决模式，并传承下去。

反观我国的实际情况，在经历了法律移植之后，当满怀希望地认为内含着外来文化的国家制定法能够解决本土社会产生的问题时，我们却发现中西方之间的文化差异开始凸显，法律难以深入执行，司法工作也变得困难重重。有学者认为，在一定条件下，法律移植可以成为创造法律秩序和促进社会进步的方式。但是，这不意味着法律移植是“绝对的善”，对法律移植本身、法律移植的方式以及法律移植的后果，仍然有很多值得探讨的问题。法律是约束行为和设定制度的，在这个意义上，移植法律也就是移植制度，制度的产生是由文化所滋养的，移植法律也是在移植文化。^[13]在我国社会中，“书本上的法”是从西方移植而来的国家法律，在一定意义上更多地代表着西方文化。而“行动中的法”是司法人员在行动中总结出来的一套解决问题的规则，这套规则包含了传统

文化以及人们智慧的结晶。礼是我国传统文化的重要组成部分,也是影响人们行为的重要因素。礼为文明的表征,在一定程度上甚至可以说,礼就是中华文明的核心。其形态由低而高,由简而繁,从日用器物到生活仪节,从生产技艺到人伦纲纪,从家庭组织到社会规范,从乡俗土风到典章制度,终至无所不包,实为“中国物质文化和精神文化之总名”^[14]。因此,我国传统文化即为活的法律,是真正内化在人们心中的准则。

总而言之,在西方社会中,“书本上的法”主要是国家制定法,“行动中的法”主要是来源于人们日常生活中的经验积累以及历史文化的传承。在我国社会中,“书本上的法”大多是从西方移植过来的法律,“行动中的法”是内化在人们心中的礼俗传统,即中国传统文化。通过比较中西方关于“书本上的法”与“行动中的法”的来源,发现除了书本上的法大多是西方的国家制定法以外,产生冲突的根源在于“行动中的法”。究其内在,是外来的西方法治文化与中国传统文化之间的冲突,这也是司法堕距产生的根本原因。

四、总结与讨论

在我国,司法的堕距指的是由“书本上的法”与“行动中的法”之间的差距所衍生出来的外来文化与本土文化之间的冲突。“书本上的法”与“行动中的法”之间的差距主要表现在两个方面:一是法律知识与地方性知识之间的对立与合作,通过学习而来的法律知识在很大程度上继承了西方社会中的文化传统,这与通过习得而来的本土地方性知识之间存在着根本性的差别;二是司法人员的法律意识及专业素养之间的差异,会影响他们将“书本上的法”变成“行动中的法”以解决纠纷的效率。由于司法人员的生长环境、个人经历以及经验习得的不同,一部分人按照法律的要求按部就班;另一部分人能够通过“学来的知识”与“习得的知识”合理地将国家法与“地方性知识”进行融合,适用于其所在的社会情境当中。外来法律文化与本土文化之间的冲突,是“书本上的法”与“行动中的法”之间产生差距的根本原因。在法治国家建设中,我们大量移植和借鉴了西方所谓先进的法律制度与理念,但由于受到外来文化的入侵,我国传统文化的作用日渐衰弱。深入司法实践中可知,司法人员结合地方的实际情况与本土的风俗习惯等因素,形成一套有效解决纠纷的“行动中的法”。而这些在实践中真正产生作用的“行动中的法”的内核,乃是我国的传统文化。现代法治是西方社会的衍生物,将法治移植到我国,应当在尊重我国传统的基础上进行,切不可像移植主义那样依赖于西方的个人权利逻辑的实现,并把它认作是唯一的参照物。我们应当立足于对历史的清醒认识,立足于对社会现实的充分考虑。^[15]

当法治要打破礼治的传统,重新确立一套规则来适应本土的社会时,根本的路径应该是寻求合作,而非一味地改造。因此,处理好外来文化与本土文化之间的关系是解决我国法治问题的关键所在,也是缩小司法堕距的根本所在。处理好外来文化与本土文化之间的差距,可从以下两个方面入手:一是从制度层面来说,国家法的制定应当在观照本土的实际上吸收和借鉴外来的制度、理念乃至文化;二是从行动层面来说,作为置身于纠纷解决第一线的法律执行者,司法人员要将“书本上的法”与所处的社会情境相结合,探索和总结出一套能够产生实际效果的“行动中的法”。因此,增强司法人员的能动性,让他们将“书本上的法”灵活地运用到司法活动中,这才是实现法治的关键所在。总的来说,缩小司法的堕距需要我们关注具体的司法实践,我国的法治建设离不开传统文化的支持。要处理好外来文化与本土文化之间的关系,首先就要坚持文化自信。就像习近平总书记指出的那样,一个国家、一个民族的强盛,总是以文化兴盛为支撑的,中华民族

伟大复兴需要以中华文化发展繁荣为条件。

[参考文献]

- [1] Richard, E. D. Schwartz. *Community And Democracy: Syracuse Reflections*. Syracuse Journal of International Law and Commerce, 2005.
- [2] 黄宗智. 探索中西法律融合的路径[J]. 法制资讯, 2011, (4).
- [3] 梁治平. 清代习惯法: 社会与国家[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [4] 储卉娟. 从暴力犯罪看乡村秩序及其“豪强化”危险国家法——民间法视角反思[J]. 社会, 2012, (3).
- [5] (美) 格尔茨. 文化的解释[M]. 韩莉, 译. 南京: 译林出版社, 2014.
- [6] Meyer, John W. & Brian Rowan. *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*. American Journal of Sociology, 1977.
- [7] 郭星华, 何铭灏. 司法的堕距: 冲突与弥合——一起刑事和解案例的社会学分析[J]. 天府新论, 2020, (3).
- [8] 苏力. 送法下乡——中国基层司法制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [9] 郭星华, 何铭灏. 从机械到有机, 法律移植的本土化调适[J]. 新视野, 2020, (3).
- [10] 秦强. 中国传统法律文化的基本特征及其现代性改造[J]. 重庆社会科学, 2007, (4).
- [11] 费孝通. 乡土中国[M]. 北京: 三联书店, 1985.
- [12] 梁治平. 从礼治到法治[J]. 开放时代, 1999, (1).
- [13] 信春鹰. 法律移植的理论与实践[J]. 北方法学, 2007, (3).
- [14] 邹昌林. 中国古礼研究[M]. 北京: 文津出版社, 1992.
- [15] 黄宗智. 中西法律如何融合?——道德、权利与实用[J]. 中国检察官, 2011, (1).

【责任编辑: 陈保林】

(5) From Separate Civil Law to Civil Code: Preservation and Innovation

Wen Shiyang Li Yunda

The compilation of China's civil code is the process of subsuming the civil law. Although influenced by Pandekten's concept and based on the continental law system mainly in Germany, China's civil legislation continues to show its preservative aspects obviously based on historical inertia, social reality, system response, ethical concepts especially in legislative style, subject of real right, validity of contract, type of personality rights, degree of kinship, order of succession, and multiple tortfeasors. Other factors such as the social reform, protection of transaction, adjustment of policy and value coordination determine that the civil code has more innovations in the rights system, rules of transaction and guarantee, protection of minor interests and property distribution, protection of rights and responsibilities. The preservation and innovation of this compilation of civil code is based on the practical experience of China to a certain extent. The legislative attitude of pragmatism is worthy of affirmation, and it will also be the evidence of the social development of China.

(6) On the Judicial Lag: Sociological Thoughts on the Construction of Rule of law in China

Guo Xinghua He Minghao

There is a certain gap between the legal text and legal practice, which is reflected in the tension space between legal knowledge and judicial practice, specifically manifested as the disjoint between "law in books" and "law in action". Judicial lag refers to this situation. The gap between "law in books" and "law in action" is born in the western tradition of rule of law. When China learns from the western legal system, it is inevitable to transplant this conflict to its own land. The lag of legislation makes the "law in books" gradually lose its control over social life. However, in judicial practice, what really plays a role is the "law in action" created by judicial personnel combining the "law in books" with the specific social situation. The primary cause of judicial lag lies in the differences between Chinese and western social environments and cultural traditions, which lead to new conflicts between foreign culture and local culture in the process of localization adaptation of transplanted laws.