

法治的社会基础

——兼对“本土资源论”的新阐释

王启梁

摘要 法治“本土资源论”可以重新阐释为法治建设的社会基础问题：一是法律和制度是否建立在国家自身的基础上，对本土社会实际具有适应性，这关系到能否实现法治发展的内生性和自主性；二是社会中是否有足够的非正式制度等本土资源，能够促成社会局部和微观领域秩序的形成，以支持法治的推进和法律的实施，或者弥补法律体系本身的不足和缝隙。加强法治的社会基础，关键在于增强法治及法律实施机制的回应性、通过试错和修正机制提升法律的适应性以及建设支持法治的微观机制。在发展和变革的背景下，需要更加审慎地对待法治的社会基础，取得国家规划与社会实际之间的融贯，寻求内生性、自主性法治道路的机会和路径。

关键词 法治 社会基础 本土资源 内生性

作者王启梁，云南大学法学院教授（云南昆明 650505）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)10-0110-11

法治建设是改革开放 40 年来的重要部分，是国家治理方略的转变，是一场由国家发起和推动的巨大变革。然而，任何变革都离不开一定的社会基础，变革路径无法超脱其存在的社会。否则，就不会有失败的改革。提出法治的社会基础问题，是源于法律与社会之间有着复杂关系。法律能够改变社会，但是不存在不受社会约束的法律。法治的社会基础之所以重要，就在于其具有双重性：一方面，法治建设受到社会的基础因素制约；^①另一方面，法治的社会基础一旦形成或坚实起来，法治的推进就会更加顺利。法治建设中需要在法律与社会之间建立起相互联系观察。在这一问题上，费孝通对法治与礼治秩序的整体性诊断可以说是先驱。^②苏力则是改革开放以来较早认识到“变法”模式与社会之间存在巨大张力的学者。^③他在上个世纪 90 年代中期提出法治的“本土资源”问题，^④引发了巨大的反响。^⑤这些作品的写作时代背景恰是中国改革开放的关键时期，是正在建立却尚未完全建立市场经济的时期，也是法治正在发展而尚未全面推进的时期。苏力提出的问题指向了中国应当实行什么样的法治及怎样实行法治，根本上是中国法

① 正如有学者指出的，法律作为上层建筑领域的重要内容，它的进化与发展是为社会上诸多因素所制约的，同样法治国家的建立也要受到诸多因素的影响。刘佳：《中国法治化的现实基础》，《中外法学》1999 年第 1 期。

② 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京：北京大学出版社，1998 年，第 58 页。

③ 苏力：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，1996 年，第 23—37 页。

④ 苏力：《法治及其本土资源》。

⑤ 代表性评论参见邓正来：《中国法学向何处去（下）——对苏力“本土资源论”的批判》，《政法论坛》2005 年第 3 期。

治的道路问题。^①今天我们以40年的历史维度回过头来看,已经能够相对全面地把握中国法治建设的基本脉络。此时审思“本土资源论”,不仅没有过时,相反,对于推进对法治的社会基础的认识和研究更加具有了现实意义。

一、什么是法治的社会基础

法治的建立是一个法律体系形成并被实施的过程。不同的国家,法律体系在什么样的社会基础上建立起来,在各国政治、经济和社会发展进程中法律充当何种角色等问题上,并没有完全一致的经验。但是,关键性的问题在于国家如何运用法律以及法律在一个国家的社会生活中处于何种地位、作用。因此,法治的社会基础问题,根本上源于法律与社会之间是何种关系。

中国和许多第三世界国家都选择了“变法”模式,试图通过运用法律来变革社会,以实现国家发展和现代化。这在理论上富有争议,在实践上则呈现了广泛、多样的后果。理论争议可以概括为有关法律与社会关系的两种理论——法律是“镜子”还是“剪刀”。“镜子理论”的共同点在于总体主张法律并非自足的规则体系,法律总是由社会和经济等因素所铸成,为社会诸要素所制约,因而不能摆脱社会而自足地运转。也因此,法律移植事实上不会是一种成功的法律发展方式,因为各个社会总是存在着各不相同的社会状况和精神,法律应在本土社会中被发现。“剪刀理论”的核心主张是法律可以充当制造社会变革、改变社会的工具,法律可以形塑社会。法律就像剪刀,而社会就像一块布,手握法律的人可以把社会“剪”成他所希望的样子。法律与社会的关系并不像“镜子理论”所认为的那样紧密和重要,法律有足够的自足性。基于“剪刀理论”,法律是一种由法律人制造的可以独立于社会、自足的规则体系,当然可以借助法律移植获得并成功运行。^②然而,从广阔的经验来看,运用法律变革社会,有大量失败的教训。^③尤其是最近这几十年,许多第三世界国家雄心勃勃地建立旨在促进社会变革和发展的规划、政策、法律,却在实施中遭遇了各种挫败。^④

前述理论上的争议和第三世界国家的教训之间有无关联呢?其实,“镜子理论”着重强调了法律是和一定社会因素联系在一起,法律要获得成功依赖于一定的社会条件,而忽略的是这些社会条件有可能通过对本土资源的发掘、转化和建构获得。“剪刀理论”则强调了法律作为国家强制力运用的自主性,突出了法律是一种力量和建构性的武器,其忽视的则是法律的作用的发挥依赖于一定的条件。在实践的领域,第三世界国家遭遇挫折的原因有许多,其中一个重要方面是国家建立的法律和制度无法改变或取代既有的、与国家改革目标不符的非正式制度。^⑤这些国家的变法缺乏社会基础条件或不能建构起相应的社会基础。

关于这一问题,苏力的研究思辨地表达了对中国“变法”模式的警惕,即强调政府运用强制力规制经济和社会的法制建设模式是否真的能够有效实现变革社会、建立新秩序的目标。其核心的问题意识就是基于法律与社会关系的认识,指向的是法律能否变革社会。他看到了西方法治、法律体系在很大程度上是“长”出来的,而中国的法治是“建”出来的。这其中的睿智在于清醒地看到了法治的建立需要一定的社会基础或条件。说到底,对于推行法治并致力于建构法律体系变革社会的国家来讲,法律体系是否具有对本土社会的实际、情势的适应性,是法律能否发挥变革和建构作用的关键。并且,只有当法律具有基本的适应性,法治的推进才有可能走上内生性的道路。这就是法治的社会基础的第一个方面。

① 郑戈:《寻找法治中国化的道路——以苏力〈法治及其本土资源〉为样本的分析》,《探索与争鸣》2017年第5期。

② 王启梁:《迈向深嵌在社会与文化中的法律》,北京:中国法制出版社,2010年,第258—275页。

③ 罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松译,北京:华夏出版社,1989年,第61—64页。

④ 世界银行《1997年世界发展报告》编写组编著:《1997年世界发展报告:变革世界中的政府》,蔡秋生等译,北京:中国财政经济出版社,1997年。

⑤ 乔尔·S.米格代尔:《社会中的国家——国家与社会如何相互改变与相互构成》,李杨、郭一聪译,南京:江苏人民出版社,2013年,第43—59页。

在微观方面,苏力的“本土资源论”强调了非正式制度的重要性。^①大量的法律人类学、制度经济学研究都表明,习俗、惯例等非正式制度对于各个社会领域的秩序的形成具有重要意义。^②虽然现代国家的力量已经渗入社会的各个方面,国家试图运用法律建构“标准”的社会秩序,但是,缺乏非正式制度的社会领域往往因此缺乏秩序。缺乏非正式制度也经常意味着法治的施行、法律的实施缺乏必要的社会基础,法律因此而“孤立无援”。^③福山对美国社会的研究表明,即使在高度法治化的美国,由于作为社会联结源泉的家庭和亲属关系的衰落、信任度的降低等,美国仍然出现了秩序的“大断裂”。他广泛地论述了能够产生出微观秩序的“社会资本”的重要性。^④一个秩序良好、全面守法的社会,往往是得益于法律与社会互动形成的非正式约束,比如积极守法的社会文化心理。^⑤

总结起来,法治的社会基础问题根本上是如何建设法治的问题,包含两个大的方面:一是法律和制度是否建立在国家自身的基础上,对本土社会实际、情势具有适应性。这关系到法治发展的方向以及基本路径,法治发展能否实现内生性和自主性。二是无论是基于发现、整合或建构,社会中需要有足够的非正式制度等本土资源,能够促成社会局部和微观领域秩序的形成,以支持法治的推进和法律的实施,或者弥补法律体系本身的不足和缝隙。

二、中国法治建立过程中的社会基础

中国过去的 40 年,是在缺乏市场的情况下发展市场经济,在缺乏法治的情况下发展了法治。这种建构性的活动,面临着新的制度、机制和组织能否适应社会以及是否有相应的秩序资源支持的巨大挑战。事实是,中国的改革开放和法治建设在这个阶段取得了巨大的成就,为什么?这需要从中国改革和法治的推进过程与社会变迁的关系中去发现和解释。

(一) 中国改革与法治推进中的制度适应能力

中国的法治建设是在改革开放的进程中发展起来的,和改革的逻辑、进路一致,是“政府推进型”法治。^⑥依法治国方略是随着改革开放的全面深入而逐步被提出、确立和全面推行的。改革过程就是国家“通过改变规定重复性行为方式的规则、让官员以新方式从事——即改变法律秩序,来促进社会发展”。^⑦中国建立新的法律和制度服务于改革开放、社会发展目标。法律体系的发展更多地体现出建构和变革的取向。虽然存在许多问题,改革在整体上还是获得了成功。40 年波澜壮阔的改革,席卷到政治、经济、社会各个领域,可以说是对一个国家的全面重构。

改革开放 40 年来的实践体现出法律是变革社会的重要力量,这和苏力对法律功能的定位看似相反。^⑧这并非说苏力的担忧和观点错了,其写作的时代是中国改革的艰难时期。作为变革工具的法律在整个改革推进过程中既有成功,也遭遇过挫折甚至失败。他在另一篇文章中讨论的破产法问题就显示出法律超越一定的社会基础所面临的困境。^⑨制度形成过程中的适应性难题始终存在。中国之所以能够取得较大的成功,得益于在一定程度上减小了制度与社会之间的差距,变革过程中制度具有较强的适应能力。这种适应能力来自中国独特的改革经验:一是制度的建立过程以解决中国自身的问题为中心。改革和制度建立是一个自我诊断的过程,围绕着如何解放生产力、建立社会主义的市场经济,不断发现问题,以此来确定发展

① 苏力:《法治及其本土资源》,第 8—9 页。

② Sally Falk Moore, *Law as Process: an Anthropological Approach*, London, Routledge and Kegan Paul, 1978; 柯武钢、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,北京:商务印书馆,2002 年,第 119—129 页。

③ 王启梁:《国家治理中的多元规范:资源与挑战》,《环球法律评论》2016 年第 2 期。

④ 参见弗朗西斯·福山:《大断裂:人类本性与社会秩序的重建》,唐磊译,桂林:广西师范大学出版社,2017 年。

⑤ 李娜:《守法社会的建设:内涵、机理与路径探讨》,《法学家》2018 年第 5 期。

⑥ 蒋立山:《中国法治道路初探(上)》,《中外法学》1998 年第 3 期。

⑦ 安·塞德曼、罗伯特·B. 塞德曼:《法律秩序与社会改革》,时宜人译,北京:中国政法大学出版社,1992 年,第 21 页。

⑧ 苏力说:“法律的功能也许并不在变革,而在于建立和保持一种可以大致确定的预期,以便利人们的相互交往和行为。”苏力:《法治及其本土资源》,第 7 页。

⑨ 苏力:《法治及其本土资源》,第 92—95 页。

的阶段性目标和改革的具体措施。因此，法律体系的生长在导向上有较明确的问题指向。随着国家发展和治理需求的变化，法治在国家战略中的定位不断清晰。二是改革开放和制度建设推进的方式，既是有规划的，同时又是试错和渐进的。改革开放的各个阶段都是在中央的领导下进行，并因为采取广泛的“分级制政策试验”，使中央和地方能够形成较好的互动，使地方的创新和经验能够进入到中央主导的政策制定过程，提高了中国政府整体的创新能力和适应能力。^①法律体系发展和法治建立的过程与改革开放同步，并体现出中国改革的这种特征和经验，即阶段性、渐进性和试验性。这种制度发展和法治推进的独特路径使“变法”模式能够在一定程度克服法律作为“地方性知识”以及计划中的理性有限问题。^②因而具有较强的制度调整能力和适应性，对社会情势及其变化能够进行必要的回应，避免大规模制度失灵的发生。

（二）基层社会秩序问题的化解

改革开放的核心是建立社会主义市场经济体制，围绕这一核心引发了全面性的体制和制度变革，导致了全面的社会结构变迁。中国的改革于20世纪80年代初首先在农村取得突破。政治方面废除了人民公社体制，建立乡镇政府，实施村民自治。经济方面，改革土地制度，实施农村家庭联产承包责任制，农村的基本生产单位从生产队变为农户。这些改革极大地释放了农村的生产力，农民获得了前所未有的自由。但是，这一过程同时是国家“收缩”的过程，国家对乡村的社会控制、秩序供给明显减弱。国家与农民之间、村庄（集体）与农民之间、村民之间、家庭成员之间等一系列关系发生了巨变。在城市，随着商品经济发展、市场经济的建立、国企全面改革的推进，“单位制”逐渐瓦解，^③原有的基于单位（组织）对城市人口的社会控制随之急剧减弱。此外，在市场经济条件下，无论农村还是城市，人口的流动性显著增加，陌生人之间的交往扩大。改革开放和市场经济建立的过程是经济模式、社会结构以及行为规则破旧立新的过程，是新的不确定性增加以及重建确定性的过程。在这样的背景下，人际交往风险不断加大，陌生人或半熟人间的纠纷发生数量增多，依赖熟人社会的礼治或单位控制已经不能全面满足社会结构变动带来的秩序和解纷需求，法律因此越来越多地被需要。然而，被需要与适合之间是两个完全不同的问题。中国的立法急剧增长，但是新建立的法律并不能完全契合基层社会的需求，尤其是日常秩序的维系和生活纠纷的解决。过多的邻里纠纷、孝道衰落、自杀、犯罪等都是基层秩序危机的表征。急剧的社会变迁所可能引发的最大危险在于非正式控制和国家法律的双重无效，致使基层社会陷入不能生产秩序的境地。

然而，回顾过去的40年，中国社会并没有出现大规模的失范。这得益于微弱但基本有效的社会基础，即社会自身对非正式约束和微观秩序的生产以及改革中产生的秩序生发源泉：一是来自基层社会进行的制度创造和努力。改革和社会变迁会引发原有社会秩序生成机制的弱化甚至瓦解。但是基层社会本身具有生产秩序的需求、创造力和机制。上世纪80年代初人民公社体制废除而新的管理体制尚未形成，从而引发治理真空，“村委会”的产生就是源于农民对这一真空状态的应对。此外，农民在改革过程中还有一系列创造性行动，对政策、制度的形成都具有重要影响。^④基层社会创造制度、生产秩序的能力并不平衡，但是大量的微观社会如村落、工厂还是有着不同程度的社会控制能力，一些基层社会或领域甚至还能够继续产生行之有效的非正式制度。二是传统文化的部分复苏。上世纪80年代初开始，传统文化在乡村有不同程度的复苏。人民公社制度废止之后，国家对乡村社会的控制急剧减弱，传统文化有了复苏的政治空间。尤为重要的另一个因素则是源于体制变迁引起的精神和秩序需求，传统文化不仅部分地区提供了生活样式，而且对于社会关系的调控、纠纷解决起到重要作用。在一些地区，由传统文化提供出的非正式社会控制对于乡村秩序的维系和再生产起到重要的作用。^⑤三是以道德、人际关系为基础的社会成员间的非正式互助。改革过程中出现了大量利益受损的群体。国企改革、乡村城市化导致了为数众多的工人、农民失去

① 韩博天：《通过试验制定政策：中国独具特色的经验》，《当代中国史研究》2010年第3期。

② 苏力：《法治及其本土资源》，第17—20页。

③ 王伟：《单位制向社区制的回归——中国城市基层管理体制50年变迁》，《战略与管理》2000年第1期。

④ 徐勇：《农民改变中国：基层社会与创造性政治》，《学术月刊》2009年第5期。

⑤ 参见夏当英、宣朝庆：《乡村生活秩序重构中的传统文化复兴——以皖南H镇为例》，《河北学刊》2018年第4期。

原有的生计,在社会法体系、社会保障制度尚未建立的时期,相当一部分下岗、失业民众不仅依靠自身从事非正式生计渡过难关,还得益于来自家庭、朋友等社会关系的帮助。^① 社会中的非正式帮助行为对于克服社会结构变动引发的生活困境起到了重要作用,在一定程度上缓解了法律和制度的不足。中国百姓的韧性和努力在很大程度上容纳、消化了改革中的失误或不利后果。四是在经济体制改革推进过程中,人们不断从单位、村落的既有约束或保障中松脱出来,在一定程度上导致了阶段性或局部性的失序。与此同时,随着旨在建立和维护市场经济的民法等法律系统的建立,市场本身也成为了产生微观秩序的源泉。五是国家建立起的立体化治理体系。改革开放 40 年来,司法和行政体系被全面建设,多元化纠纷解决机制的探索和建立为社会成员间的争端提供了基本的制度渠道,以安全稳定为核心的社会管理提供了基本的安全。治理体系的基本建立本身不仅是法治建设的一部分,而且对于形成国家与社会的制度联结具有重要意义,增进了法律和制度的社会基础。

(三) 当前法治建设面临的社会基础问题

前文的论述旨在指出,中国的法治建设能够取得较大的成功,离不开一定的社会基础。但是,当前的法治建设仍然面临着社会基础不够坚实的挑战:

一是法律的内生性与适应性问题。如前所述,“分级制政策试验”等政策决策和制度发生机制,^② 使我们的改革和制度建构具有了较强的适应性和调整能力。法治建设和法律体系的形成取得重要成就。但是,法律作为一种基于计划(人为理性)产生的制度,相较于基于社会演化产生的非正式制度,其外在性始终存在。当然,好的制度能够降低其外在性而增强适应力。但如果法律的外在性过度,会导致法律与社会之间的差距过大而引发法律失败或意外后果。换言之,虽然能够建立一套形式完备的法治和法律体系,但是未必能真正地影响、改变社会,甚至导致与目标背道而驰的意外后果。典型的情况如我国的殡葬法制,在实施过程中并没有完全达到节约土地的制度目标,反而产生了公墓危机以及“二次土葬”“缴费土葬”等大量越轨行为。这些法制的意外后果源于习俗和国家对丧葬的双重社会控制之间未能有效调适以及殡葬管理、执法中存在的种种问题。^③ 外在性过度表明法律目标或实现法律的机制与社会实际之间存在过大的差距,法律的适应性较弱。此种情况下,依靠强制并不能有效地形成良好的新秩序。提升法律的内生性和适应性,一方面取决于法律目标、机制设定是否合理、适度,另一方面取决于是否能够促成实现法律的社会条件的产生。例如,2013 年 7 月开始实施的《老年人权益保护法》对“常回家看看”的规定,虽然立法力图解决现实问题,从目的、法理上能够成立。但是社会和经济因素制约了人们“常回家”的可能。换句话说讲,法律如果真要能让人们“常回家”,除非它有办法改变既存就业形势以及职业领域所制造的“不敢回家”“不能回家”的非正式约束。

二是法律秩序与其他规范性秩序间的关系问题。法律秩序是“一套依照国家所制定的规则进行管理的社会秩序”^④。但即使是法治较为成熟的发达国家,法律秩序仍然只是规范性秩序中的一部分。法律和非正式制度之间的关系、法律秩序与其他规范秩序之间的互动决定了社会秩序的基本状态。诚然,法治是一种新秩序,其建立需要在一定程度上改变社会成员原有的社会行为模式,法律被用来改变某些既有规范。但同样重要的是,政治、经济和社会的运行从来就离不开非正式制度。因此,运用国家强制、法律祛除一部分非正式规范,仅仅只是法治建立中的一个侧面。如何处理法律与非正式规范之间的关系,如何促进有助于法律制度运行以及社会秩序形成的非正式规范的产生,本身就是法治建设应当包含的内容。对我们来说,当前法律体系及其运作还面临着与非正式规范之间的复杂关系,法律秩序与其他规范性秩序之间远没有达到有效整合的程度。在法律和法治领域中,远没有形成来自非正式制度的广泛支持。典型的问题如过多的违法,不仅源于法律及其运作的不足,也源于守法的缺失。^⑤ 而在社会领域中,也常常缺乏有效的法

① 苗红娜:《制度变迁与工人行动选择》,南京:江苏人民出版社,2015年,第252—268页。

② 韩博天:《通过试验制定政策:中国独具特色的经验》,《当代中国史研究》2010年第3期。

③ 王启梁、刘建东:《中国殡葬法制的意外后果》,《云南社会科学》2016年第1期。

④ 安·塞德曼、罗伯特·B.塞德曼:《法律秩序与社会改革》,第1页。

⑤ 李娜:《守法社会的建设:内涵、机理与路径探讨》,《法学家》2018年第4期。

律支持来形成微观秩序，典型的情况表现在家庭、村落秩序的失范等。

三是基础性社会结构的建设问题。微观秩序与宏观秩序的形成有紧密联系，但是在形成机制方面存在差异。在微观领域，如村庄、公司或学校，通过结构、规范和行为分析，我们可以细致地观察和把握人们如何行动，以及影响微观秩序形成的主要因素。一个个微观、局部的社会构成会以不同的方式影响着中观和宏观层面的秩序状态。例如，普遍良好的村落秩序是构成区域乡村总体秩序的微观因素；分散而普遍守法的公司，构成了良好市场的基础。然而，我们还必须看到，在微观社会与宏观社会之间更为重要的关系是：宏观的社会结构会影响到微观社会的构成及其秩序机制的发生可能。当前，我国的社会结构还存在着许多重大问题，贫富差距、城乡差距、区域差距、公共资源分享不均等结构性问题极易引发和转化为持久性的秩序难题。

三、增进法治的社会基础的路径

如前所述，法治的社会基础，核心问题是法治如何形成，法律需要具有本土社会适应性，法治发展最终应该具有内生性，在微观层面需要获得广泛的社会支持。法治建立的过程是国家嵌入社会的过程，因此，法治建设不仅是宏观层面的问题，而且它的微观生长机制也极为重要。

（一）增进法治发展的内生性

第三世界国家广泛的教训表明，法治应该具有解决问题的实际效能并且要以合适的方式发展。依靠法律移植建立法治之所以容易失败，就在于此种路径往往建立了一套形式化的制度，却缺乏对本土现实问题的针对性或者缺乏来自本土社会的支持条件。^①“变法”模式要取得成功，不仅依赖于国家有计划地建立制度，还需要使法治发展路径具有本土的内生性。“基于本土、利用本土”的法治才能服务于发展战略，^②才能使法治成为国家和社会的内在需要，从而获得持久发展。提升法治发展的内生性，需要从两个方面加强：

1. 增强法治及法律实施机制的回应性

法律是解决问题的制度工具，法律的回应性重在权能的发挥。^③虽然人类社会分享着一些基本的价值，但是在具体的实践中，法律要解决什么问题、以何种方式解决等等，在具体的时空、社会背景中才能厘定。没有任何法律和制度具有放之四海而皆准的效能。^④法律的产生需要有明确的问题导向。立法要能够对社会发展中出现的问题、人民的重要需求进行回应，从源头上使法律的产生具有本土取向。如何使社会发展中的问题、民众的关切更加有效地转化为立法议题，在我们的立法机制、程序中还有非常大的改善空间。

当前法治建设需要进行回应的重大问题首先是社会的基础性结构问题。党的十九大报告指出：“我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”^⑤这种“不平衡不充分”体现在城乡、东中西部、公共资源、产业构成等诸多领域和层面。一个社会如果出现总体的结构性紧张^⑥，秩序就不可能从一般的司法救济中获得。平衡的社会结构是形成良好秩序的基础，只有大部分人能够获得基本的社会公平、发展机遇，社会自身的调节能力才能有效增长和发挥。近年来，党中央多次强调了社会建设的重要性。^⑦对于中国这样一个处于社会主义初级阶段的发展中国家，法治建设不能

① 赫尔南多·德·索托：《资本的秘密》，王晓冬译，南京：江苏人民出版社，2001年，第185—210页。

② P. 艾伯·班茨-辛普森主编：《第三世界的法律与发展》，洪范等译，北京：法律出版社，2006年，第10页。

③ P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，季卫东、张志铭译，北京：中国政法大学出版社，2004年。

④ 正如诺思所告诫的：“出现在西方世界的制度，如产权和司法体系，是不能够被原封不动地复制到发展中国家的……”道格拉斯·诺思：《理解经济变迁过程》，钟正生、邢华等译，北京：中国人民大学出版社，2013年，第143页。

⑤ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，《人民日报》2017年10月18日，第1版。

⑥ 关于结构性紧张，参见罗伯特·K. 默顿：《社会研究与社会政策》，林聚任等译，北京：生活·读书·新知三联书店，2001年，第92页。

⑦ 中共中央文献研究室：《习近平关于社会主义社会建设论述摘编》，北京：中央文献出版社，2017年。

局限在形式法治层面。“法律秩序与法律可以被视为实现‘发展’‘转型’和‘善治’变革的重要因素”^①。法律的形成要能够切合国情，将国家的政策要义转化为法律形式，推动社会结构的调整，实现社会的公正和协调发展。

此外，法治的回应性对法律实施同样有所要求。法律实施的回应性主要涉及两个方面。一方面是对社会的基本价值观和公正感的回应。在司法、执法过程中，如何更为恰当地解释和运用法律直接影响到法律的效能和后果。观察司法领域的轰动案件，会发现不同的司法取向产生不同的社会后果。有的情况是司法打击了社会的基本价值和期待，近期的典型如“电梯吸烟案”一审、“气枪案”等。^②有的情况是司法对社会基本价值观的回归，典型如近期的几起正当防卫案件。^③执法领域有和司法相似的问题。执法过程本身是法律进入社会的过程，执法彰显何种价值和观念会直接影响到社会对国家、法律的认知与态度。无论是司法还是执法过程，应该弥合法律和社会的差距，而不是让法律制造更多的不团结。另一方面，中国是一个大国，统一的法制与社会多样性之间存在巨大张力。法律实施要能够面对和处理制度与具体情境之间的张力。虽然法制是统一的，但是生活具有地方性的特点。这决定了社会对秩序的需求、面临的问题具有区域差异和文化多样性。在司法和执法领域需要发展出中观、微观的实施机制，使法律的实施在本地生活中能够更加有效地应对本地情境从而发挥效能。

2. 通过试错和修正机制提升法律的适应性

法律的实效受制于众多因素，其中一个重要方面是构成法律的具体制度、规则及其实施方式是否具备必要的社会适应性。法律经由立法而产生，大多是人为理性、计划的产物，与经由演化产生的非正式制度相比，对社会而言具有外在性。在当代中国，法律担负着变革社会的重任，但是过度的外在性会导致法律失败或严重的法律变形，也可能撕裂社会。因此，任何立法产生之后都需要不断调整、修正和改善其实施机制，使其真正能够发挥实效。

在改革开放的 40 年实践中，中国的立法形成了一些基本的经验。一是通过制定“试行”“暂行”法律法规进行试验；二是通过立法规划，有计划、有针对性地推行法律的制定和修改。这两个机制使中国的立法体制具有较好的试错和制度修正功能。但是，还有很大的改善和提升空间。例如，从目前的实践看，过长的行政链条往往会阻断立法机关掌握法律实践状况的信息。从而导致在许多方面，只有发生重大事故或产生严重的社会后果，才进行应急性的法律完善。如 2003 年非典引发的公共卫生领域法律完善^④，2008 年三聚氰胺奶粉事件引起的乳制品领域法制完善等^⑤。不同的立法机构处于不同的行政层级，相较基层实践，都处于较高的位置。而真正的问题往往只有在基层才会充分暴露或发现。近年来，不同层级的立法机关开展了立法后评估的探索，但是其机制和经验还不成熟。对于立法机构而言，建设一种动态的、及时的机制，掌握基层法律实施遇到的问题和困难，以此为基础进行立法的完善就非常重要。所谓提升法律的适应性，关键在于针对具体的法律，是否有一种机制能够在法律、基层实践之间形成整体认知，以此为基础完善法律规范和机制。

提升法律的适应性，还有一点很重要，即立法要有治理思维。基层是社会秩序的基础，而基层治理需要一定资源和手段。制度设计要考虑如何容纳基层微观治理的需求。然而，容易被忽略的是，在一定的情形下，法律可能会破坏基层治理结构，同时又没有替代的方案。一个典型的例子是，村级组织对土地的控制农村地区广泛存在，其不仅是村庄社会自身整合的需要，也能极大地降低国家基层治理的成本。但

① 安·塞德曼、罗伯特·鲍勃·塞德曼、那林·阿比斯卡：《立法学理论与实践》，刘国福、曹培等译，北京：中国经济出版社，2008 年，第 10 页。

② 参见冀天福：《“电梯劝阻吸烟猝死案”审判纪实》，《人民法院报》2018 年 2 月 5 日，第 3 版；胡春艳：《摆气枪射击摊被判刑 天津大妈提起上诉》，《中国青年报》2017 年 1 月 4 日，第 4 版；陈宏光：《涉气枪案，不唯枪支数量定罪》，《上海法治报》2018 年 4 月 9 日，第 B08 版。

③ 参见赵丽：《涞源反杀案三大焦点问题解读》，《法制日报》2019 年 1 月 26 日，第 4 版；本报评论员：《昆山反杀案的有益启示》，《法制日报》2018 年 9 月 3 日，第 1 版。

④ 参见吴志攀：《“非典”检验〈传染病防治法〉》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 3 期。

⑤ 参见中国法律年鉴编辑部：《中国法律年鉴 2009》，北京：中国法律年鉴社，2009 年，第 560、556 页。

是,这种控制没有得到正式法的明确承认,甚至与土地财产法的主旨和规定相悖离。这种非正式制度的存在是以农民土地权利意识的相对弱化为前提,一旦土地利益支撑并放大了农民的权利意识,其必然与村级组织的土地控制发生对冲。^①不少村庄治理出现危机,往往是源于法律带来的个人权利意识增长引发了村落社群控制瓦解。基层治理困境产生的一个重要原因就是以个人和权利为核心的法律设置与维系集体、社群秩序之间的张力过大。在很多领域,法律的制定没能考虑给基层治理带来的意外后果,在基层治理资源被抽空的情况下,没有形成可替代的方案。提升法律和法治的适应性,需要面对和解决法律本身导致的后果,比如国家在社会自身弱化的情况要能够有效介入或者给基层重新注入治理资源、合理界定政府与基层组织的责权等。

(二) 建设支持法治的微观机制

大部分法治理论着眼于法治的规范性、目标和功能等方面,法治更多地被作为宏观现象进行讨论,或者作为对政治的评判标准。然而,要实现法治的本土化、自主性道路,还需要在微观层面形成有效的支持实施法治的机制。这些机制重在对本土资源的发现、整合以形成法治的微观社会基础,促进国家对社会的有效嵌入以及二者的良好互动,从而减小法治与社会之间的鸿沟。建构支持法治的微观机制,最终要有助于社会的微观领域形成秩序,改善公民守法的激励结构,促进法律实施,在整体上降低法治实施的成本,促进法治的持续生长、延伸。

1. 发现和挖掘法治实施的本土资源

在国家层面,2014年党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“深化基层组织和部门、行业依法治理,支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。”《乡村振兴战略规划(2018—2022年)》中的“第八篇健全现代乡村治理体系”,体现了国家对乡村治理资源的政治整合、法治化思路。这些可以看作针对基层社会治理,国家试图运用本土资源来加强法治的社会基础。在理论上,苏力讲“本土资源”主要是指法治建设要立足现实和重视对非正式法律的利用。然而,仅从习惯、风俗、惯例等规范、规则的角度认识“本土资源”并不够充分。在这个问题上,应该着眼于探究社会获得秩序的源泉以及生产秩序的机制是什么。所谓本土资源,就是那些能够促成秩序生长、维系的社会构成和因素。

因此,认识和把握法治实施的资源,离不开对社会是如何构成的考察。社会生活的一个基本特征是:宏观社会由无数个微观单元构成,如村落、家庭、公司、学校等,人们主要的生活实践是在这些具体微观领域中发生。微观领域会形成形态各异的规范性秩序。对法治本土资源的考察和辨识要从形成这些微观秩序的因素去进行。影响和塑造人们的行为以及塑造微观秩序的因素有许多,这些因素同时就是能够转化法治本土资源的因素。因此,最好把“本土资源”理解为一种集合,即所谓“本土资源”是各种各样的能够形成非正式约束的因素。虽然这些因素形式各异,因社会不同、时代不同而不同,但是大致上可以区分为政治资源、文化资源和组织资源。^②政治、文化和组织的任何一种都可以构成对微观社会的非正式约束,是非正式制度产生的基本载体,每一种或者混合形态都能够产生出某种秩序。或者,从相反的角度看,每一类非正式制度、规范性秩序的背后都有这三种资源中的某一种或者混合地发生作用。

政治主要表现为权威人物、权力结构、合法性象征等。政治本身能够对社会形成约束,产生规范并构成规范的合法性基础。文化是社会构成的主观维度,包括世界观、宗教和信仰系统、知识系统、意义体系等。文化在两个方面影响和塑造秩序:一是作为人们应对各种问题的指导性框架,指导着社会成员的行为方式。文化同时还是想象、建构制度和秩序的主观源泉;二是产生社会规范。组织主要表现为社会中基于传统或协商而形成的各类社会联结形式,人们熟悉的诸如家族、教会、行会等等,新型的如商业平台等自组织形式。组织的功能在于社会成员按照某种形式、准则形成联系并产生出行动。组织本身就是对成员的约束,它能生成和维护规则。在基层社会中会发现政治、文化、组织可能相对独立存在,并以各自的方式

^① 郭亮:《村级组织的土地控制:功能及其弱化——理解地权冲突的一个视角》,《学术月刊》2018年第5期。

^② 对于秩序资源的认识,李娜的研究提供了一个有益的认识框架。参见李娜:《基层社会的秩序生产能力——从计划性与自发性秩序的关系切入》,《学术月刊》2018年第5期。

影响着秩序的形成。当然,在地方生活或群体关系中,更多的是三种资源的混合形态,它们往往以一种相互嵌入的隐蔽方式塑造、建构或影响着规范性秩序。^①

三种资源都蕴藏在特定的社会结构和文化之中。不同的社会结构和文化之下,塑造微观秩序的力量、因素及其表现形式不同。要发现本土资源,关键是抓住不同社会和时代的社会构成和微观秩序形成机制。每个社会、时期都有其特点。当我们讲“中国”时,首先应该充分认识到这是一个极具多样性的大国。这种多样性并非仅仅表现在民族和文化领域,而是全方位的。在中华民族认同和国家法制统一的基本架构之下,地方性、民族性的政治、文化和组织千姿百态地存在着。其一,政治方面,基层社会有其自身的传统,来自于历史、国家和地方特点等所共同塑造的意识形态、权威形式等依然发挥着作用和影响。例如,同样是村寨,不同地域、民族的村寨,其组成和维系社会文化关系的政治逻辑、制度很不一样,并在现代发展中遭遇着不同的机遇和困境。^②又如,“枫桥经验”最初产生于农村,现在则成为了城镇基层社会治理的典范。在笔者看来,其产生、形成、发展和成熟的过程中,当地人关于如何处理人民内部矛盾、党群关系、走群众路线等地方化了的政治观念具有关键作用。这些政治观念同地方文化传统(伦理观念)、社会关系形态(熟人社会)的相互作用是“枫桥经验”的核心机制。^③换言之,在干部和群众普遍没有和谐团结意识的地方不可能产生也不可能移植、复制枫桥模式。其二,文化方面,丰富的传统文化跨越时代的传承与变迁,不同性质的地方和民族文化仍然在塑造着地方性的规范性生活。例如风水,我们一般将其视为普遍的汉文化现象。围绕着风水这一世界观所进行的实践,会在一定的社会领域形成某种规范秩序。^④又如,生态环境保护方面,许多地域性的和民族的文化有助于生态环境保护在当地的实现,能够转化为法律实施的社会基础。^⑤其三,组织方面,随着 1949 年以来的国家建设、经济制度变革,社会发生了翻天覆地的变化。当前社会的组织形式和社会关系呈现出极为复杂的形态,市场经济和普遍的流动,使人们同时生活在陌生人社会、半熟人社会和熟人社会,在不同的社会关系中来回切换角色。人们既是现代人也是受传统影响的人,并总是在一定的社会关系之中。差别是在具体的地方、群体或组织中,何种因素的影响更强以及国家的渗入有多深。无论如何变迁,人们总是不同程度地生存于某些组织之中,完全的个体主义并不存在。但是,组织的形态、功能决定着在微观领域对个人的约束形式和程度,也影响着微观秩序的形成。在一些社会中,传统的社会组织仍然发挥着生产秩序的作用。例如在一些拉祜族村寨中,即使实行了来自国家法律的村民自治制度,传统的“卡些”组织制度仍然构成了村落秩序的重要基础。^⑥与此形成鲜明对比的是互联网商业所发展出来的非正式约束机制。如果把阿里巴巴等互联网商业理解为一种新型的组织,那么,这些商业组织面对的一个基本挑战就是如何约束分散、非面对面互动的客户,保证网络商业的基本信用与秩序。从现在的实践来看,这些互联网商业组织正在创造大量的规则^⑦,建立了信用评分等一系列约束和激励机制。这些机制和规范使进入到这个领域的商家、消费者在不知不觉之中被有效地规制着。这些非正式机制有效地提供了高度网络化社会交往对规则和秩序的需求,成为了国家法律的有效补充。这种基于新型组织创造出来的“数字社会权力”是当前社会中重要的秩序生产机制,^⑧也正是 21 世纪信息社会中法治本土资源的典范。总之,法治本土资源的发现、挖掘和运用,依赖于法治的实施者能否敏锐地发现那些隐藏在社会构成中的机会。

2. 本土资源的政治整合、文化引导和法律规制

我们也应该清醒地认识到,所有能够产生非正式约束、生产出微观秩序的力量和因素,也就是“本土资源”,都可能成为国家计划和法治实施的阻碍。换言之,本土资源也存在暗面。法治不是将法律之外的

① 一个典型的个案可参见王启梁:《迈向深嵌在社会与文化中的法律》,第 182—238 页。

② 马骞炜:《村寨主义的实证及意义——哈尼族的个案研究》,《开放时代》2016 年第 1 期。

③ 有关事实情况,参见汪世荣主编:《枫桥经验:基层社会治理的实践》,北京:法律出版社,2008 年,第 18—22 页。

④ 陈进国:《风水信仰与乡族秩序的契约化——以契约为证》,《中国社会经济史研究》2004 年第 4 期。

⑤ 薛达元主编:《中国民族地区生态保护与传统文化》,北京:科学出版社,2014 年。

⑥ 王晓珠主编:《拉祜族——澜沧糯福乡南段老寨》,昆明:云南大学出版社,2000 年,第 107—110 页。

⑦ 典型如阿里巴巴集团,参见刘鹰等:《阿里巴巴模式》,北京:中信出版社,2014 年,第 155—184 页。

⑧ 胡凌:《数字社会权力的来源:评分、算法与规范的再生产》,《交大法学》2019 年第 1 期。

非正式制度、秩序形态排除在外。而是将那些有利于法治秩序形成的因素有效地纳入到治理结构中。法治是国家建构的一部分，然而，如果国家无法有效地改变、整合“社会势力”或进行自我调整，就可能导致各种挫败产生。^①因此，法治的社会基础的建立、本土资源的获得，还依赖于必要的政治整合、文化引导和法律规制。这也是使法治的实施方式能够依据社会实情进行自我调整，使其具有包容性和整合性功能的途径。^②

政治整合主要是针对社会中的各种组织和社会力量。中国目前的治理架构中，村民委员会、居民委员会是乡村和城市基层治理的基础性政治组织。虽然它们是自治组织，却是基于法律而产生的基层治理单位。近年来，中央特别提出加强和发挥基层党组织的领导作用。因此，基层具备通过现有政治架构来整合本土资源的基本条件。那些不经过有效的政治整合的组织和力量都可能偏离国家治理和法治的基本要求，反而形成不合理的压制、约束甚至破坏性力量。例如，2018年《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》和《乡村振兴战略规划（2018—2022年）》明确提出“积极发挥新乡贤作用”。“乡贤治理”在短期内就形成了热门话题，各地也频频效仿、创新。^③然而，我们不应忘记，第一，中央所说的乡贤重在“新”，也就是所谓乡贤应该是符合当代的社会主义核心价值的乡土杰出人物。第二，中国的历史很清楚，乡村经常陷入到“赢利性国家经纪人”的压迫和盘剥中。^④中国革命的对象之一就是土豪劣绅。所谓乡贤，只有在经过党的组织系统和村民自治架构的政治整合，才能防止其质变为破坏性的力量并发挥积极的辅助作用。2019年中央农村工作领导小组办公室、农业农村部《关于做好2019年农业农村工作的实施意见》突出了加强农村基层党组织建设，无疑是有的放矢的。

文化引导也是建设法治之社会基础必不可少的路径。人不仅会理性地算计利益，而且是寻求意义的动物，深受文化乃至非理性的成规所约束。能够形成对法律和国家最强的抵制和冲突的领域往往来自文化，包括那些与国家不同的信念体系、价值观、认知模式、情感等。在这些领域，仅靠强制往往难以奏效。有些领域，以“大禹治水”的策略因势利导地引导文化事项，反而可能产生出新的、有利于法治实施的社会基础。而有些领域，则可能需要更长的时间，逐步改变价值观、习俗存在的基础，方能改变人们的行为方式。例如，不同的民族文化中对于生与死、现世与彼岸的不同认识，塑造出不同的丧葬秩序，^⑤并与国家的殡葬法制发生各种关系。有的地方能够通过对民俗的再造和利用，有效地推进殡葬法制。^⑥有的地方则是因社会需求的变化而引起人们对火葬的欢迎。^⑦有些地方则需要更多的时间来引导文化和社会心理的更新。

法律规制是通过法律实施来影响人们的行为方式以及塑造社会。法治秩序的形成是社会变迁的过程，是新的秩序形态形成的过程。社会变迁源于复杂的因素，其中一个方面是来自法律等国家正式制度的影响。然而，没有一个社会是完全依靠法律来运行的，越往基层和微观的领域，人们对法律的依赖越少。那么，法律是如何发挥作用的？相对于社会既有的非正式制度、微观秩序，法律是一个外来的变量。法律一旦进入社会领域，就改变了人们选择和行为的可能性。一个坚固的群体秩序、组织体系会因为法律的进入引发成员的观念、心理等的变化，从而影响、强化或动摇既存的规范和秩序。法律作为一种规制性的因

① 乔尔·S.米格代尔等主编：《国家权力与社会势力——第三世界的统治与变革》，郭为桂等译，南京：江苏人民出版社，2017年，第1—40页。

② 有关法治的包容性和整合性问题参见李娜：《基层社会的秩序生产能力——从计划性与自发性秩序的关系切入》，《学术月刊》2018年第5期。

③ 例如左昆：《村庄大变身 群贤助振兴》，《农民日报》2019年3月21日，第5版；黄耀明：《“乡贤反哺”，凝聚乡村振兴战略人才力量》，《福建日报》2018年6月4日，第9版；陈曦：《“乡贤参事会+幸福党建基金”开启乡村治理新模式》，《青海日报》2017年10月23日，第5版；程正龙：《为永川“乡贤评理堂”点赞》，《重庆日报》2017年9月15日，第15版；袁才方：《江宁首家乡贤会落户孟墓社区》，《南京日报》2017年8月28日，第A1版；印江自治县县委政研室课题组：《“村支两委+乡贤会”治理模式的启示》，《贵州日报》2017年8月3日，第6版。

④ 杜赞奇：《文化、权力与国家：1900—1942年的华北农村》，王福明译，南京：江苏人民出版社，2003年。

⑤ 和少英主编：《逝者的庆典》，昆明：云南教育出版社，2000年。

⑥ 张蝉：《我省丧葬改革的环保路》，《云南法制报》2016年7月8日，第8版；李灿梅：《小丰乐村推行“绿色殡葬”已五年》，《大理日报（汉）》2010年12月21日，第B01版。

⑦ 陈柏峰：《半熟人社会——转型期乡村社会性质深描》，北京：社会科学文献出版社，2018年，第75—94页。

素,能够在一定程度上引起人们的行为改变继而引发社会变动。例如,有关醉驾的法律使人们可以以“守法作为借口”,把“禁酒令”作为“挡酒令”,使人们能够在一定程度上摆脱酒宴习俗。^①酒驾执法的日常化还催生了代驾市场的出现,使人们可以选择不酒驾。不管个人有何种动机,酒驾的行为因法律得到相当大的改变。又如,法律的有效介入,使具有高度社会约束功能的宗教团体不至于发生大的偏离。^②

四、结语

本文提供了一种视角,即从社会的角度来认识法治。这种视角并不否认国家的作用,但同时强调社会对国家的影响和约束。这意味着我们既不能等到社会条件成熟了才来建设法治,也不能不顾社会实际进行“变法”。法治虽然看起来是由国家主导,但是,法治秩序的形成并非国家的单向度作用。法治建设也不能仅从国家的角度来思考和推进。法治的形成是国家与社会相互作用、法律与非正式制度互动的结果。法律和其他非正式约束之间的关系以及它们的实施机制决定着秩序的现实状态。法治应该是法律秩序与其他规范性秩序之间融贯、协调的秩序形态。因此,有了法律、建立制度并不等于建立了法治,法治的建立是动态、变迁的过程。法治,说到底是在国家与“社会势力”之间建立起一种恰当的关系,是一种互动秩序,一种生存格局。法治是在社会变迁中得以建立。在发展和变革的背景下,我们需要更加审慎地对待法治的社会基础,取得国家规划与社会诉求之间的融贯,寻求内生性、自主性法治道路的机会和路径。这同时对法律人提出了要求:对法治的认识和把握不能局限于它的形式方面,我们需要更多的关于法律及其实践的实质性知识。需要更多地从中国的现实去理解法律可能的作用、局限及其实现条件。这就不仅需要学习已有的理论,更要广泛地发展经验研究,使法治的宏观、中观和微观实践同时纳入到研究中,更全面地考虑法律实践带来的政治、社会、经济和文化后果。有关法治的理论,需要建立在更加坚实的现实基础之上。

(本文为国家社科基金项目“守法社会构建的机理与路径研究”(17BFX163)的阶段性成果)

(责任编辑:天竞 编辑:王鑫)

Social Foundation of Rule by Law

—— And a New Explanation of “Local Source”

WANG Qiliang

Abstract: The “local source” of rule by law proposed by Su Li is based on the recognition on the relationship between rule by law and the society. It may be re-explained as the issue of social foundation of the building of rule by law. On one side, whether the law and system is founded on the basis of the state itself, and is adapted to the native reality and situation of society, it is related to the innate and autonomous nature for realizing the development of the rule by law. On the other side, whether there is enough local sources, such as informal systems, which can help to form the partial and micro fields of social order, it is to support an improvement of rule by law and the enforcement of law, or to be a remedy to the insufficiency and shortcomings of the legal system itself. In order to lay a sound foundation for the rule by law, it is essential to enhance rule by law, the responsive ability of the law enforcement, as well as to heighten the adaptability of law and to build the micro system in supporting the rule by law through a mechanism of try and revision. The so-called “local source” means those social formation and elements which can promote order. In the situation of development and reform, it is necessary to deal with the social foundation for the rule by law cautiously, thus to communicate between state plan and social reality for the purpose of finding the chance and the routes to an innate and autonomous way of rule by law.

Key words: rule by law, social foundation, local source, innate change

^① 戴昕:《“守法作为借口”:通过社会规范的法律干预》,《法制与社会发展》2017年第6期。

^② 马海云:《规则与教化:当代城市清真寺功能研究》,博士学位论文,云南大学,2016年。