

# 构建法治主导下的中国社会秩序结构： 多元规范和多元秩序的共存共治

刘作翔

**摘要** 构建一个适合于当代中国社会的社会秩序结构，是法学、政治学、社会学等诸多学科关注的重大理论和实践问题。一个国家和社会中的规范形态和社会秩序状态是相互照应的关系，有什么样的规范形态，便会有什么样的社会秩序状态。规范是社会秩序形成的必要要素，而社会秩序则是规范产生的结果，它们互为一体，互相照应，由此而形成色彩斑斓的规范和秩序的世界，主导着人们的生产和生活方式及其样态。在当代中国社会，存在着多元的规范形态，由此形成多元的社会秩序状态，针对这一客观现状，应当构建一个法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构。

**关键词** 法治主导 规范体系 多元规范 多元秩序 共存共治

作者刘作翔，上海师范大学哲学与法政学院特聘教授（上海 200234）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)05-0102-11

党的十九届四中全会提出了“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”的战略任务和目标，并提出从十三个方面进行制度体系建设。要完成和实现这样一些重大的战略任务和目标，法治将成为制度建设的重中之重。“构建法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构”这一问题的研究是因应十九届四中全会提出的这一战略目标和任务的需要。<sup>①</sup>

## 一、规范和秩序的概念及其相互关系

“构建法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构”这一问题的研究涉及两个核心概念：一个是“规范”，一个是“秩序”。那么，界定“规范”和“秩序”的概念是首先要解决的问题。

### （一）规范和秩序的概念

关于规范的概念，国内外学术界已有很多解释。笔者认为凡是能够对人们的行为起到约束、指导、指引、规制作用的规则，都是一种规范。从这个角度看，规范就是一个国家和社会的制度或非制度化的形态。关于制度化，比较好理解，如法律规范体系、党内法规体系、国家政策体系，以及社会规范体系中的社团章程、大学章程、村规民约、居民公约、企业事业单位的自制规范等，都属于可以制度化形态的规范类型。十九届四中全会提出了十三个方面的制度建设，有专家统计，有二百多项制度举措要完善和坚持。

<sup>①</sup> 参见刘作翔：《当代中国的规范体系：理论与制度结构》，《中国社会科学》2019年第7期。该篇文章比较系统地阐发了笔者对当代中国规范体系的研究结论和心得。而“法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构”是在这个前期研究基础上对当代中国社会秩序结构问题的继续深化和一些拓展性的新思考。

此外，还有非制度化形态，主要指社会规范体系中的习惯和道德等，比如习惯，很难说是制度化形态的规范类型，习惯是千百年来流传下来、积累下来，被人们所约定俗成遵守的一种规范类型；还有道德，也不好说是制度化形态的规范类型，虽然现在有些地方和部门制定一些道德规范或伦理规范，但道德从本质上讲是一种非制度化的规范类型，是人的一种道德认知和内心体验，从而指导人们的行为，不好说是一种制度化形态的规范类型。

秩序，是指人类社会生活的各个方面处于有序化运转的一种状态。秩序和无序是一对互相对立的概念。美国法学家埃德加·博登海默将秩序看作是法的两大价值之一（另一价值是正义），并对秩序的概念作了精彩的概括：“秩序概念，意指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。另一方面，无序概念则表明，普遍存在着无连续性、无规律性的现象，亦即缺乏可理解的模式——这表现为从一个事态到另一个事态的不可预测的突变情形。历史表明，凡是在人类建立了政治或社会组织单位的地方，他们都曾力图防止不可控制的混乱现象，也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。”<sup>①</sup>博登海默还指出，在自然界，一般来讲，秩序似乎压倒无序，规则压倒偏差，规律压倒例外。<sup>②</sup>自然界的这种有序运转状况以及产生的结果启迪和影响人类生活。秩序在人类生活中起着重要作用，小至家庭生活，大至国家政治，都在追求一种秩序化的活动方式。秩序更为深刻的含义在于它能够对人类生活和行为提供一种可预测性，使人们能够预见到自己的行为会产生什么后果，以便合理地安排自己的各种活动和行为，防止由于不可预测性而引起的人们心理上以及行为上的不安、恐慌和混乱，乃至来自各方面的随意侵犯。就这一点来讲，秩序概念包括了安全这一实质性价值的内涵。<sup>③</sup>

## （二）规范和秩序的相互关系

社会秩序状态和规范形态是密切相关的。规范和秩序之间会形成一种相互照应的关系，即有什么样的规范形态，便会有什么样的社会秩序状态。比如有法律规范体系，便会有一个法治秩序状态；有党内法规体系，便会形成一个党内秩序结构；有道德规范体系，便会形成一种道德秩序状态；一个社团的章程和规则，便会在社团内部形成一种社团运行和活动秩序；一个企业、事业单位的规章，就会形成企业和事业单位内部的秩序结构；在宗教组织和宗教团体中，宗教教规、教义、经文以及宗教组织及其场所如寺院规则，就会形成一种宗教秩序结构；中国社会遍及城乡的各种习惯和风俗，会形成各种各样的习俗秩序。由此可见，规范是秩序形成的必要要素，而秩序则是规范产生的结果，它们互为一体。这种规范或者是成文的，或者是不成文的。规范和秩序之间互为照应，由此形成一个色彩斑斓的规范和秩序的世界，主导着人们的生产和生活方式及其样态。如中国四川的凉山彝族自治州有一个习俗，“改嫁后的母亲和子女不再来往”。在凉山，有一些儿童父亲去世了，母亲改嫁，改嫁以后就不再同自己的子女来往，不再联系，子女就成为了“失依儿童”。从法律上讲，这样的做法不符合法律要求，但由于当地有这样的习俗，改嫁后的母亲从这个习俗里面获得了一种笔者称之为的“习惯权利”，这就形成了当地的一种习俗秩序，这种习俗秩序是由习俗规范产生的。由于有这种习俗的存在，逐渐演化为当地的一种社会文化，改嫁的母亲从这种习惯权利里获得一种正当性，别人对她的这种行为不能说三道四。但是从法律上看，这样一个习俗显然是和法律有冲突的，法律的规定非常明确，父母有抚养孩子的义务，孩子有获得父母抚养的权利，这是基本的法律常识，但由于四川凉山彝族有这样的习俗，改嫁母亲就从这种习俗秩序里面解除了抚养孩子的法定义务，而孩子失去了获得母亲抚养的法定权利。如果这类事情被起诉，法院肯定会按照法律来判，不会迁就这种社会习俗，这种习俗不具有合法性。但问题在于，由于有这种习俗的存在，而这种习俗是当地社会文化的组成部分，也可以说成为了当地的一种习俗秩序，除非有社会力量的介入，一般很难有孩子起诉母亲的案件发生。

① 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来等译，北京：华夏出版社，1987年，第207页。

② 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，第207—208页。

③ 刘作翔：《法律的理想》，《法学研究》1994年第6期。

### （三）在社会结构中，每一种规范和秩序有主次之分

一个社会中存在着多元规范和多元秩序。那么，在这样一种多元规范和多元秩序的状态下，每一种规范和每一种秩序都发挥着自己独特的作用和功能，但任何一种规范和秩序既不是一家独大，不及其他，也不是八仙过海、各显神通。以法律规范体系和法治秩序结构为例，在当代中国的规范体系和秩序结构中，尽管法律规范体系和法治秩序结构是最重要的规范体系和秩序结构，但法律规范体系和法治秩序也不能一家独大，不及其他，即法律规范体系和法治秩序结构不可能包打天下。在依法治国的大背景下，我们提倡宪法法律至上，高度重视法律作为治国之重器的作用，但也不能忽略其他规范体系和秩序结构的客观存在，及其在社会实践中所实际发挥的作用。同时，也要看到，在这种多元规范和多元秩序结构中，有其主导的规范体系和秩序结构。多元规范是一种客观存在，但是这种客观存在并不意味着各种规范在实践中和事实上是各显其能，而是有主导因素，这个主导因素不仅仅是一种主观的意向，也是一种客观的事实，至于以哪一种规范作为主导，在不同的社会形态下有不同的表现方式。在传统中国社会，提倡的是“德主刑辅”“礼法结合”，因此，道德和礼就是传统中国社会的主导性规范形态，统治秩序也就是混合了礼、德、法在内的封建君主主人治为主要特征的秩序结构；而在现代法治社会，强调的是依法治国，法律规范和法治秩序的主导地位和作用就会凸显出来，成为现代社会的主导性规范体系和秩序结构。比如对于中国社会存在的大量社会规范，在笔者考察的很多司法案件中，有相当一部分案件是由村规民约、企业规章、大学规章等社会规范引起的，但最后法官在判决时，要仔细考量如果引发案件的这些社会规范与法律不冲突的情况下，会认可这些社会规范，但是如果引发案件的社会规范与法律相冲突，最后还是要按照法律规范来作出判决。之所以以法律规范为主导，是由法律在法治社会中的地位决定的。法治的一个元解释就是法律之治。当然，现代法治理念已经不局限于法律之治，其他的多元规范体系在法治的主导下，也发挥着其应有的功能和作用。

## 二、以法律为主导的多元规范共存

要理解以法律为主导的多元规范共存，首先要建立在两个前提基础上，即从两个方面入手：第一个方面，对当代中国的规范体系做一个全方位的梳理和扫描，必须了解在当代中国到底有多少种规范类型，这些规范类型是什么样的一个结构体系；第二个方面，在这样一个前提的基础上，要进一步研究，这样一个多种规范类型同在的情况下，它们之间的相互关系是怎样的，进而导出以法律为主导的结论。

### （一）当代中国的规范体系及其结构

现代国家和社会的治理首先表现为规范体系的治理。现代国家是一个依靠规则进行治理的国家形态。法治国家首先是指一个国家的治理是一种规则性治理，即是一种规范体系的治理。规范体系概念的提出，是为了因应国家治理体系和治理能力现代化的需求。规范体系为国家机关、政党、社会组织、公民个人等各类主体的行为创设规则，并遵循之。<sup>①</sup>当代中国的规范体系基本上可以划分为以下四大体系。

第一大体系是法律规范体系及其结构。在当代中国的规范体系中，法律规范体系是首位的，而且是最重要的。它的重要性在于法律规范体系会成为其他规范体系的一个判断标准。把法律规范体系作为第一体系，其法理根据是：在法治国家和法治社会，包括宪法在内的法律规范体系为国家和社会确立基本政治结构、政权结构、经济体制、社会体制、司法体制、文化体制等，为各类国家机构授予权力以及行使权力的原则和程序等，为公民确立权利和义务以及行使权利和履行义务的条件和保障，因此，包括宪法在内的法律规范体系，应该是最高的行为依据和规范准绳。按照中国的《立法法》，法律规范体系可以分为国家立法和地方立法。国家立法可分为（1）宪法；（2）法律；（3）行政法规；（4）国务院部门规章。地方立法可分为（1）地方性法规；（2）地方政府规章；（3）自治条例；（4）单行条例。由此，法律规范体系有两大层次、八大结构。这是当代中国法律规范体系的基本状况。<sup>②</sup>

① 刘作翔：《当代中国的规范体系：理论与制度结构》，《中国社会科学》2019年第7期。

② 刘作翔：《当代中国的规范体系：理论与制度结构》，《中国社会科学》2019年第7期。

法律规范体系除了以上八种结构外，现在要增加一种新的结构形式，即“监察法规”。2019年10月26日十三届全国人大常委会第十四次会议表决通过的《全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定》（以下简称《决定》），明确“国家监察委员会根据宪法和法律，制定监察法规”，该《决定》自2019年10月27日起施行。“监察法规”在我们国家法律形式里面是一种新的形式，现有的《立法法》没有这种形式。如何给它归类呢？不可能把它归到行政法规中去，因为行政法规是国务院制定的，而监察法规是由全国人大常委会授权国家监察委员会制定，由国家监察委员会发布的。按照我国《立法法》的规定，行政法规由国务院总理签署，而监察法规是以国家监察委员会的名义发布，很明显，监察法规不可能归属到行政法规中，更不可能归到下级阶的国务院部门规章，因此，会产生一个新的法律形式，即“监察法规”。按照我国《立法法》的规定，法律规范类型是八种，现在要增加一种，即监察法规，变成九种。当然，这个问题需要在《立法法》中做出修改和补充。

第二大体系是党内法规体系和党的政策体系。党内法规的制定依据是《中国共产党党内法规制定条例》（以下简称《党内法规制定条例》，2012年5月26日由中共中央发布，2019年8月30日中共中央政治局会议修订）。根据修订后的《党内法规制定条例》第六条的规定：“党内法规一般使用条款形式表述，根据内容需要可以分为编、章、节、条、款、项、目。”即凡是条款形式表述的就是党内法规。除了以条款形式表述的党内法规，还有党组织发布的决定、决议、通知等不是以条款形式表述的，怎么给它归类呢？这就出现了一个新的形式，即党的规范性文件。根据《中国共产党党内法规和规范性文件备案审查规定》（2012年6月4日中共中央批准，2019年8月30日中共中央政治局会议修订）第二条规定：“本规定所称规范性文件，指党组织在履行职责过程中形成的具有普遍约束力、在一定时期内可以反复适用的文件。”党的规范性文件可以概括为党的政策，比如十九届四中全会的决议不是以条款的形式表述的，它属于党的政策，十八大报告、十八届四中全会决议、十九大报告等等这样一些以文件形式呈现的党的决策、决议，都属于党的政策范畴。这样一来，在党的规范类型里面就出现了两种形式：一种就是党内法规体系，即以条款形式表述和发布的；另外一种不是以条款形式发布的党的规范性文件，即党的政策体系。学界在研究党的规范问题时经常容易将两者混为一体，其实是两种规范形式。

关于党内法规的最新发展，修订后的《党内法规制定条例》第十三条第二款规定：“制定党内法规涉及政府职权范围事项的，可以由党政机关联合制定。”这个规定有个大的背景，就是党政机构合并、合署办公后带来的新问题。这个规定有两个指向：一是今后的党内法规，可能同政府职权相关联；二是党政机关联合制定的这个规范属性如何确定？是仍然属于党内法规，还是属于别的规范类型？有的学者将它称为党政联合立法，这种说法是否准确？能不能说它是联合立法？恐怕还不能，因为它毕竟还是在《党内法规制定条例》里面规定的。那么党政机关联合制定的这个规范叫什么？它仍然叫作党内法规，属于党内法规范畴，是党内法规的一种新的类型，即由党政机关联合制定的党内法规。

第三大体系是国家政策体系。关于国家政策能不能作为一个规范，有一些理论争论。有些专家对政策能否成为一种规范提出质疑，这个问题涉及到我们如何理解规范。从规范的概念来讲，家规也是规范，中国传统社会中的族规家法是典型的社会规范。国家政策也可以看作是一种规范，国家政策有明确的约束作用、指导作用和规制作用。虽然《民法总则》第十条取消了国家政策，但是在我国法律体系的270多部法律中，大约有100多部法律、200多个法律条款直接指向国家政策，法律条款中的国家政策种类大约有20多种，几乎我们能够想象到的国家政策类型在法律体系中都存在。很多的学者在研究法律和政策关系的时候忘记了这一点，在我们的法律体系里，有许多的国家政策是直接进入到法律条款之中，即当我们依照法律处理一个事情的时候，法律条文将直接指向一个国家政策，最后还要看国家政策是如何规定的。

国家政策体系可以分为国家总政策和国家具体政策。国家总政策就是国家在一个时期内宏观性的、阶段性的、战略性的决策和部署，例如“十三五规划”“国家人权行动纲领”等等，所以国家总政策是一种带有宏观性的战略性的政策；国家具体政策可以分为三大类：第一个是立法政策，最典型的是立法规划，全国人大每五年换届，每一次换届提出一个五年立法规划，立法规划就是立法政策最典型的表现；第二个



是司法政策，司法政策的表现方式有多种多样，其中司法解释就典型地表达了司法政策的内容；第三个是行政政策，即国务院及其下属单位发布的在行政工作中要贯彻落实的行政政策。

第四大体系是社会规范体系。社会规范体系是指由社会自身产生的以及社会组织等制定的规范类型。社会自身产生的规范如习惯和道德。比如习惯，不是由哪个主体、哪个组织制定的，它是一种历史的、文化的、传统的积淀，被人们所约定俗成遵守的一种规范类型；而道德规范则是人们的一种道德认知和内心体验，是一种观念形态，这种观念形态指导着人们的行为和行动。除了社会自身产生的习惯和道德规范外，社会规范的很多类型是由社会组织制定的，社会组织作为主体所制定的规范样式很多，表现形式也很多。

从社会规范的表现形式来看，社会规范体系可以分为以下几种：第一种是习惯，习惯是社会规范体系中最典型的一种形式；第二种是道德规范；第三种是宗教规范；第四种是自制规范。在自制规范中，有的是自治型的，有的是非自治型的。在第四种自制规范中，还可以细分为以下四大类：第一大类是社团章程和规则；第二大类是大学章程；第三大类是村规民约、乡规民约、居民公约等；第四大类是从中央国家机关到基层企事业单位自己制定的自制规章。

以上四大体系有不同的特点。前三大体系，即法律规范体系、党内法规与党的政策体系、国家政策体系，皆是由立法机关、执政党组织、政权机关制定的，和政治权威密切相关。而社会规范不是建立在政治权威基础上，由社会自身产生、或者由社会组织制定。以企事业单位而言，其法律性质仍然是一个私法主体，它们制定的规章也不是以政治权威为基础和后盾。至于从中央国家机关到基层企事业单位制定的大量的自制规章，也不具有法律属性。所以，四大规范体系的前三大体系和后面的社会规范体系应该有所区别。

## （二）当代中国规范体系及其结构之间的相互关系

当代中国规范体系及其结构之间的相互关系是一个非常重要的问题。在研究当代中国规范体系问题时，笔者认为在当代中国各种规范体系中，每一种规范都有它自己独立的价值和作用，在各自不同的领域和场域中发挥着自身的作用。由于各种规范体系的制定主体、制定程序、适用对象、适用范围都不同，它们之间的相互关系呈现为复杂的关系。

首先，党的十九大报告提出了“坚持党对一切工作的领导”。党领导一切工作就需要通过一定的规范形式去领导，这种规范形式一个是党内法规；一个是党的政策，即党的路线方针政策，以及那些不用条款形式呈现的党的决议、决策、意见、通知等规范性文件。因此，党的政策对于整个规范体系的其他制度结构都有一种领导和指导的作用，这是必须明确的总原则。

其次，在坚持前一原则的前提下，总体上讲，所有的规范体系和类型都不能违反宪法和法律，因而，宪法和法律在当代中国规范体系中具有最高的和最权威的地位，包括党内法规在内，也不能违反宪法和法律，其制度依据就是《党内法规制定条例》。《党内法规制定条例》中有两条明确的规定，其中第七条“党内法规制定工作应当遵循下列原则”的第五项规定：“坚持党必须在宪法和法律的范围内活动，注重党内法规同国家法律衔接和协调”；第二十七条“审议批准机关收到党内法规草案后，交由所属法规工作机构进行前置审核”。前置审核主要审核内容的第三项规定：“是否同宪法和法律不一致”。这两个条款明确规定了党内法规的制定要“坚持党必须在宪法和法律的范围内活动”的原则，并“注重党内法规同国家法律衔接和协调”，就是在起草党内法规草案的时候，不能违反宪法和法律；审议批准机关在审查党内法规草案的时候，应把“是否违反宪法和法律”作为审议批准的一个重要的审查内容。所以，党内法规的制定要遵循党在宪法和法律范围内活动的原则。

党的政策对于规范体系的其他制度结构具有领导和指导作用。党的政策的制定不能违反宪法和法律，其制度根据除了上述的“党必须在宪法和法律范围内活动”的党章原则和宪法原则外，根据《中国共产党党内法规和规范性文件备案审查规定》第十一条“审查机关对符合审查要求的报备党内法规和规范性文件，应当予以登记，从下列方面进行审查”的第二项规定：“合法合规性审查。包括是否同宪法和法律相一致”；第十九条“党内法规和规范性文件存在下列情形之一，审查机关应当不予备案通过，并要求报备

机关进行纠正”，其中第二项规定不予通过的情形就是“违反宪法和法律的”。

还有一个需要强调的问题：中国现在处在改革的转型期，改革是中国转型社会的主旋律。从改革的需要出发，会出现一些改革的方案、决策与宪法和法律不一致的情况，如何处理这种情况？其实，十八届四中全会的《决定》已经给出了答案，即“重大改革要于法有据”，这是处理改革与法治关系的重大原则和制度安排。<sup>①</sup>凡是需要进行改革的，如果与现行法律不一致，通过先行先试，经过法律授权以后，在先行先试的领域、地区、事项，现行法律中止效力，这样就解决了改革的合法性问题。所以，“重大改革要于法有据”这一重大原则的确定，解决了改革的合法性问题，即改革不能在违法的状态下进行，也可以使改革能顺利进行，这就避免了我們以前的改革有时在违法的情况下进行的风险。

再次，由于各种规范类型的制定主体、制定程序、适用范围、适用对象的不同，在当代中国规范体系的四大体系之间，很难说存在着一种效力位阶关系。虽然各种规范类型的制定及其内容都不能违背宪法和法律，这是法治原则和法治要求，但不好说其他规范类型的制定一定要依据宪法和法律，这是两个既相互联系又有所不同的问题。

最后，法律规范体系、党内法规和党的政策体系、国家政策体系的内部，各自存在着一种比较复杂的效力关系。如，法律规范体系之间，应该遵循《立法法》所确定的效力原则，即上位法高于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法等；党内法规体系中，根据《党内法规制定条例》第三十一条的规定：“制定党内法规，应当严格遵循效力位阶要求：（一）党章在党内法规中具有最高效力，其他任何党内法规都不得同党章相抵触；（二）中央党内法规的效力高于中央纪律检查委员会以及党中央工作机关和省、自治区、直辖市党委制定的党内法规，中央纪律检查委员会以及党中央工作机关和省、自治区、直辖市党委制定党内法规不得同中央党内法规和规范性文件相抵触；（三）中央纪律检查委员会以及党中央工作机关制定的党内法规的效力高于省、自治区、直辖市党委制定的党内法规，省、自治区、直辖市党委制定党内法规不得同中央纪律检查委员会以及党中央工作机关制定的党内法规相抵触。”以上的诸项内容其效力位阶规定是很清楚的；党的政策体系中，党所确定的路线、方针、政策对于具体的党的规范性文件有指导作用；在国家政策体系中，国家总政策高于国家具体政策；在国家具体政策中，立法政策、司法政策、行政政策三者相互独立，又相互产生影响，其中，立法政策对于司法政策和行政政策有指导作用。社会规范体系各规范类型之间相互独立，没有效力关系和隶属关系。<sup>②</sup>

### （三）法律的人民意志属性决定了以法律为主导的多元规范共存格局的形成

当代中国的规范体系应该形成以法律为主导的多元规范共存的格局。首先，多元规范体系的存在是一个不容否认的现实状态。在这个基础上，通过对它们之间相互关系的分析，可以得出“以法律为主导的多元规范共存”这样一个结论和命题。之所以要以法律为主导，是因为法律具备了正当性要素和合法性要素。从原本含义讲，法律规范也是社会规范的一种。德国的法社会学家托马斯·莱塞尔（Thomas Reiser）认为：“事实上，法律是社会规范的特殊形式。”<sup>③</sup>在早期，规范合一，混沌不分，后来逐渐分出道德、法律、宗教、禁忌等，早期的规范都是社会规范的组成。但是由于社会的发展，法律规范逐渐在社会规范中占据主导地位，由于法律规范的特殊性和重要性，“法律规范”从社会规范的概念中剥离了出来。<sup>④</sup>在现代社会中，法律的制定都要经过一个复杂的立法论证的科学化、民主化和程序化过程，这个科学化、民主化和程序化过程保证了一个社会大多数成员意志的体现，也保证了制定出来的法律具备正当性和合法性基础。当然，其他的一些规范的制定也遵循程序化原则，但法律代表的是一个国家人民的意志。诚如王岐山同志所讲：“党是政治组织，党规党纪保证着党的理想信念宗旨，是执政的中国共产党党员的底线；法律体现国家意志，是全体中华人民共和国公民的底线。”<sup>⑤</sup>它们的规范性质、制定程序、适用对象、适用

① 参见刘作翔：《论重大改革于法有据：改革与法治的良性互动——以相关数据与案例为切入点》，《东方法学》2018年第1期。

② 参见刘作翔：《当代中国的规范体系：理论与制度结构》，《中国社会科学》2019年第7期。

③ 托马斯·莱塞尔：《法社会学导论》，高旭军等译，上海：上海人民出版社，2008年，第162页。

④ 参见刘作翔：《当代中国的规范体系：理论与制度结构》，《中国社会科学》2019年第7期。

⑤ 王岐山：《唤醒党章党规意识 推进制度创新》，[http://www.xinhuanet.com/politics/2015-05/10/c\\_1115235340.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2015-05/10/c_1115235340.htm)。

范围等都有所不同。尤其同目前还尚未规范化、程序化的诸多社会规范的制定比较而言,法律就更加体现出了它是人民意志的集中表达,它的正当性源自于此,而这种正当性赋予了它的权威性。正因为如此,包括宪法在内的法律规范体系是最高的和最权威的,其他规范体系的制定和内容都不能违反宪法和法律。尤其是当其他规范体系和法律规范体系的内容发生冲突时,法律规范会成为判断标准。当然,从历史的长时段来看,没有永恒的法律,每一部法律都是历史中的法律,法律规范的这种正当性和合法性也不是永恒的,也要经受历史、时间和实践的检验,不断做出修正、修改甚至废除,否则,法律的立、改、废也就无从谈起。

但为什么又要强调多元规范共存?因为宪法和法律虽然是最高的和最权威的,但也不能包打天下,一家独大,法律规范不可能成为一个国家和社会中唯一的、单一的或“一维”的规范类型和规范体系,不可能把其他的规范类型和规范体系都磨灭掉,即使在所谓法治发达的国家也是如此。多元规范类型和规范体系的存在是一个客观的社会事实。如前所述,每一种规范类型都有它独自的和独特的价值和作用,我们不能把各种规范类型的独自的、独特的价值和作用忽略掉。这些年在一些学者的研究中,反映出对法律之外的多元规范的不自信,总是想把法律之外的其他规范类型往法律上套,甚至有些专家认为,民间法也是法,党内法规也是法律体系的组成部分,和国家法律也有同等的价值和作用,忽略了国家法律是由国家强制力、国家机器、国家暴力作为后盾的这样一个法的主要特征。这些年我们讲法的概念时不大讲法的这个特征了,不大讲法是以国家暴力机器为后盾的法的国家强制力了,并把它视为过时的观点。对此,费孝通非常明确地指出:法律是“国家权力维持的规则”,“法律是靠国家的权力来推行的。‘国家’是指政治的权力,在现代国家没有形成前,部落也是政治权力。而礼却不需要这有形的权力机构来维持。维持礼这种规范的是传统”。<sup>①</sup>党内法规在更重要的领域和场域中发挥作用。党内法规对于一个党员最大的处分就是把他开除出党,但不能对他的人身、财产、自由作出剥夺和限制;社会规范也同样不能对他的人身、财产、自由作出任何的剥夺和限制(除了经法律授权的之外),如果社会规范对他的人身、财产、自由作出任何的剥夺和限制,要受到法律的惩处;但是法律可以剥夺一个人的财产,剥夺一个人的自由,甚至剥夺一个人的生命。

### 三、构建法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构

为什么要构建法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构?要回答这个问题,也要建立在两个研究基础上:首先,对当代中国社会秩序结构作出准确判断,即当代中国社会秩序到底是一个什么样的结构类型?其次,如何构建一个适合当代中国实际状况的社会秩序结构模式。

#### (一) 当代中国社会秩序结构——“多元混合社会秩序结构”

如何准确地分析和判断当代中国的社会秩序结构,既是一个很重要的学术理论问题,也是一个很重要的社会实践问题。费孝通在《乡土中国》中将传统中国社会秩序描述成一种礼治秩序结构,认为传统中国社会是一个礼治社会,在这样一种礼治社会基础上形成的就是礼治秩序,即礼的规范秩序,礼就是一种规范。《乡土中国》写于上世纪 40 年代。在那个年代,费孝通就做出了一个判断,说礼治社会并不能在变迁很快的时代中出现,这是乡土社会的特色。<sup>②</sup>这种靠礼治运行的社会是不可能长久的。

时光已经过去了 80 年,现代中国社会是一个什么样的社会秩序结构?要回答这个问题,就需要对当代中国社会秩序结构进行一个准确的分析和判断。笔者在 20 年前通过对当代中国社会现实状况的分析,认为当代中国社会秩序结构是一个以法治秩序、礼治秩序、德治秩序、人治秩序、习惯秩序、宗法秩序等组合而成的“多元混合社会秩序结构”,因而,当代中国社会秩序呈现为一种极为复杂的结构。<sup>③</sup>20 年过去了,笔者当年的这样一个判断和概括是否还符合当今中国社会状况,就需要对当代中国社会秩序结构做出

① 费孝通:《乡土中国》,北京:人民出版社,2008年,第60—61页。

② 费孝通:《乡土中国》,第65页。

③ 刘作翔:《转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择——兼对当代中国社会秩序结构论点的学术介评》,《法学评论》1998年第5期。



一个准确的和科学的研判。

考察当代中国社会秩序结构的状况，从方法论上需要建立两个分析视角：一个是制度层面的视角，也即规范层面的视角；另一个是社会现实状况的视角，也即社会实证层面的视角。从制度层面来看，当代中国社会已经进入到现代社会体系，中华人民共和国是当代中国的国家形态，这一形态已经成为现代世界体系中的重要构成内容。中国的宪法制度、国家结构、法律体系、立法体系、司法体系、行政体系等，都是现代形态的制度结构。从制度形态上讲，中国的法律制度体系适用于中华人民共和国的主权管辖范围，没有哪一个角落，即使最偏僻、边远的社会也不可能游离于这个主权国家的现代制度的统辖和管理之外。制度层面的另一个显著标志是：现代政权结构形式是全中国的社会基本政权结构形式，未曾听说还有哪一个范围、社区是农奴制或封建制政权结构形式。因此，从制度层面上讲，中国应该是已步入现代社会形态。<sup>①</sup>而从当代中国实际社会状况视角分析，费孝通先生上世纪40年代所作的“中国正处在从乡土社会蜕变的过程中”的判断对当代中国社会的现状来说，仍是一个恰如其分的判断，即中国仍然经历着且正在进行着由传统社会向现代社会的转型，传统中国社会的思想、文化、观念、制度等的影响仍或明或暗地发挥着作用，现代法律制度体系的建立并不能一下子消除这些生长了千百年的传统影响因子。

因此，笔者关于当代中国社会秩序结构是一个“多元混合社会秩序结构”的分析和判断仍没有过时。2011年3月10日，时任全国人民代表大会常务委员长吴邦国在第十一届全国人民代表大会第四次会议上代表全国人大常委会作工作报告时宣告：“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。”<sup>②</sup>这是对中国特色社会主义法律体系已经形成以及国家各个方面实现有法可依的一个基本的政治判断。但在当代中国社会中，现实存在的秩序结构仍然是一个以法治秩序、礼治秩序、德治秩序、人治秩序、习惯秩序、宗法秩序等组合而成的“多元混合社会秩序结构”。在我们的政治生活、经济生活、文化生活以及日常社会生活中，各种秩序的影响及其因子都可以触碰得到，我们无法用任何一种单一的秩序形态来描述我国现实的社会秩序状态。如果说中国现在已经是法治国家和法治社会，法治秩序已经覆盖社会的所有领域，这既不符合中国目前的现实状况，也同党的十九大提出的三步走目标体系不相符合。十九大报告提出，到2035年，“法治国家、法治政府、法治社会基本建成，各方面制度更加完善，国家治理体系和治理能力现代化基本实现”。如果说中国现在仍是人治秩序，既不符合客观事实，也无以解释在中国的立法体系、司法体系、行政执法体系以及社会政治生活、经济生活、文化生活等领域中法治广泛发展的状况。如果说中国还是一个礼治秩序，那么费孝通在上世纪40年代就作出判断：“礼治社会并不能在变迁很快的时代中出现的，这是乡土社会的特色”。如果认为中国的社会秩序还是一个德治的秩序状况，或者习惯秩序、宗法秩序，那无以解释国家确立依法治国的治国方略，以及建设社会主义法治国家的国家目标所展开的所有行动。所以，当代中国社会秩序是一种多元混合的复合社会秩序结构，任何一种单一的秩序形态都无法客观地描述中国当代社会秩序现实。同时，这种多元的社会秩序结构在社会生活中都可以时时感受到它们活跃的力量和发挥功能的场域。仅以社会规范体系中的企业自制规章为例，就存在大量的与法律相抵牾的规定，由此引发案件，很多纠纷是由于企业的自制规章引起的。这些社会规范平时是看不见的，在企业自制规章中，有一些违法的条款隐藏其中，只有当有案件发生后，这些隐藏的违法条款才暴露出来。2019年，闹得沸沸扬扬的迪士尼自带食品案也是如此。类似的案例还有很多。企业的自制规章不单是对内的，它的许多规定直接对消费者产生作用，由此而形成了一种企业与消费者之间的秩序结构，这种秩序结构直接影响着消费者的权利和义务。这种现象的发生，主要是目前对于社会规范中大量自制规范的制定尚未做到规范化和程序化，还处于一种自发自然状态。解决的办法就是对于自制规范的制定要建立一种审查

① 刘作翔：《转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择——兼对当代中国社会秩序结构论点的学术介评》，《法学评论》1998年第5期。

② 吴邦国：《中国特色社会主义法律体系已经形成》，<http://www.chinanews.com/gn/2011/03-10/2895965.shtml>。



机制,使其符合法治化要求。但这项工作是十分艰巨的。

经过 20 年的发展,这种“多元混合社会秩序结构”也不是铁板一块,也发生了一些“结构性比例变化”,即每种秩序所占的比例和权重发生了一些变化。<sup>①</sup>这种“结构性比例变化”表现为:随着国家对于法治的高度重视,法治秩序在整体社会秩序结构中所占比重和权重较之 20 年前有很大的提升,一个最主要的表现是诉讼率的极大提升,2018 年全国法院的案件受案数已剧增到 2800 万件,破了历史纪录,说明中国社会公民的法治意识得到了极大的提高;立法和司法过程的程序化得到了极大的遵守和提高,行政执法的程序化、法定化也开始被重视;而被费孝通视为传统中国社会占主导地位的礼治秩序结构,虽还有遗存,但随着城乡二元结构的变化,熟人社会的解体,礼治秩序结构在整体社会秩序结构中逐渐式微;在传统社会中作为社会规范中很重要的族规家法形成的宗法秩序,由于其本身所带有的传统因子,被新时期的观念体系和制度体系冲击得七零八落,但也不能说完全绝迹;作为千百年来流传下来、积累下来,在社会日常生活中被人们所约定俗成遵守的习惯规范所形成的习惯秩序,由于强大的历史惯性和积淀以及其常态化的文化强力,对日常社会生活的影响也随处可见。

尽管有以上这样一些“结构性比例变化”,即每种秩序所占的比例和权重发生了一些变化,但“多元混合社会秩序结构”作为当代中国社会秩序的基本结构没有变化,这是我们分析如何构建一个适合当代中国的社会秩序结构的基础和前提。

## (二) 构建法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构

面对这样一种客观现状,我们如何构建一个适合于当代中国社会实际状况的社会秩序结构,成为法学、政治学、社会学等诸多学科关注的重大问题。为此,我们应当构建一个“法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构”。法治秩序固然是一种美好的社会秩序结构,也是一种理想型的社会秩序结构,但是在现实的中国社会中,法治秩序、礼治秩序、德治秩序、人治秩序、习惯秩序、宗法秩序等,都是当代中国社会的一种现实存在,我们不能视它们为无物。多元秩序的存在是以多元规范的存在为前提和基础的,多元秩序来源于多元规范。正像前文所分析过的,包括宪法和法律在内的法律规范体系虽然是最高的和最权威的,但也不能一家独大,法律规范体系不可能成为一个国家和社会中唯一的、单一的或“一维”的规范类型和规范体系存在,不可能把其他的规范类型和规范体系都磨灭掉,即使在所谓法治发达的国家也是如此。多元规范类型和规范体系的存在是一个客观的社会事实,每一种规范类型都有它独自的和独特的价值和作用,我们不能把各种规范类型的独自的、独特的价值和作用忽略掉。既然多元规范是一种客观存在,那么,建立在这种前提和基础上的多元秩序也是一种客观存在,我们就需要认真对待这种客观存在和现实。笔者提出的“法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治”,是以法治为主导,并不是各种秩序各显其能。在这样一种多元混合社会秩序结构中,法治发挥着主导作用,其他社会秩序结构和方式在法治的主导下,在各自领域中发挥其应有的作用和功能。以法治为主导也不是一句主观意向的空话,因为各种社会秩序结构之间并不是完全和谐和融洽的,当各种社会秩序结构之间发生冲突时,法治就成为解决冲突的主导因素和方式。需要说明的是,随着法治的发展,有些不符合时代发展的秩序结构要解构和消除;有些秩序结构会逐渐被法治所吸收,或剔除其中的不符合现代社会理念和法治要求的成分。

“法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治”还蕴含着一个更长远和更深层次的思考。如前所述,我们通常讲到的法治,首先是法律之治,这是法治概念的核心要义。但现代法治理念已经并不只局限于法律之治,法律之外的其他规范类型和秩序结构也包括在法治这个概念范畴。十八届四中全会的决定将“形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系”作为“建设中国特色社会主义法治体系”的组成部分,表明法律规范体系之外的“党内法规体系”也是“法治体系”的重要构成。那么,对于其他规范体系诸如国家政策体系、社会规范体系等,也有一个如何法治化的问题和任务,以比较典型的习惯这种自生的社会规范类型为例,如果要进入司法领域,也有一个鉴别和判断问题,《民法总则》第十条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规

<sup>①</sup> 用“比例”和“权重”的概念来描述一个社会的秩序结构不是太恰当,本文只是一种比喻。

定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”在司法中适用习惯时“不得违背公序良俗”，就是法律对于适用习惯的一个限制性要求。十八届四中全会还提出了“国家和社会生活的法治化”的重要命题，只要涉及国家和社会生活中的政治生活、经济生活、文化生活、民生生活等领域的大方面，都有一个法治化的问题。笔者认为，“国家和社会生活的法治化”命题的提出，既是对现阶段中国社会发展中国家和社会治理的一种法治化要求，也是对未来中国社会发展的一种法治化预示和预期，即多元规范体系和多元秩序结构都要经历一个法治化过程，或者说向法治化的过渡。如前所述，法治化不是法律化，法治化并不意味着所有的规范类型都变成法律，不意味着只靠单一的法律规范治理社会，更不意味着消除法律和法治之外的其他规范类型和秩序结构，这既不符合法治化命题的内涵，也不符合人类社会多元化客观现实下产生的多元规范和多元秩序的实然状态，而是要求各种规范体系和秩序结构都要符合一系列法治原则、法治精神的要求，发挥多元规范在社会治理中的作用。如藏族的“赔命价”这样一个习俗，如果按照传统的藏族习惯法，直接适用这一习惯法就可以了结案件，但是在现代司法制度下不允许这么做。于是，在司法实践中，就有犯罪嫌疑人和被害人之间签署一份同意书，这份同意书就作为书证进入到证据环节，作为案件量刑考虑的一个证据。在这样的案件中，“赔命价”这样一个传统藏族习惯法，不能作为法律依据来直接适用，得把它转换成一种证据，即被害人方签署同意书，以一种书证的方式进入到证据的环节，供法官作为案件判决时的考量因素。

村规民约是中国农村基层实行村民自治的主要规范和方式，但村民自治也不是法外之地不受制约，如果村规民约侵害了村民的合法权益，也可以通过诉讼得到司法救济。2017年最高人民法院行政审判厅受理了一个再审案件，河南省郑州市金水区柳林镇路寨村村民徐有利及长女徐慧雅和次女徐睿雅三人被取消了村民待遇，因路寨村村委会制定的《柳林镇路寨村村规民约》第八条第一款第四项规定“出门闺女只享受当年的福利待遇（以农历为准）”。具体案件如下：

2016年5月16日始，徐有利、徐慧雅、徐睿雅开始先后向金水区人民政府提出申请，请求纠正违法的村规民约，要求享有村民待遇。在没有获得诉求结果后，先后又经历了河南省郑州市高新技术产业开发区人民法院一审、郑州市中级人民法院的二审以及河南省高级人民法院的第二个上诉审，均因各种原因未获得支持，最后申请再审到最高人民法院。最高人民法院组成合议庭，经过审理，于2018年12月27日作出裁决，指令河南省高级人民法院再审此案。最高人民法院关于该案的受理理由是：《行政诉讼法》第十二条第一款第六项规定：“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：……（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。”根据该项规定，公民、法人或者其他组织请求行政机关履行法定职责所保护的权利范围，并不仅限于人身权、财产权，也包括法律、法规规定的人身权、财产权以外的其他合法权益。《村民委员会组织法》第二十七条规定：“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。”<sup>①</sup>

据此，村民认为村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定侵犯其人身权利、民主权利和合法财产权利的，有权请求乡、民族乡、镇的人民政府行使行政监督权，有管辖权的乡、民族乡、镇的人民政府具有履行法定监督职责的义务，未履行监督义务，即构成不履行法定职责，根据《行政诉讼法》第十二条第一款第六项规定，属于人民法院行政诉讼受案范围。<sup>②</sup>

当其他社会秩序方式同公民合法权益发生冲突时，法治就成为解决冲突的主导因素和方式。因此，“法治主导下的多元规范和多元秩序共存共治的中国社会秩序结构”这样一种结构模式的选择恰恰是建立在对当代中国现阶段或者今后一段时间内社会现实状态分析的基础上，采取的一种更加现实主义的立场。

①《最高人民法院案例：村规民约侵害村民权益的救济方式》，[https://www.sohu.com/a/321771598\\_120060769](https://www.sohu.com/a/321771598_120060769)。

②《最高人民法院案例：村规民约侵害村民权益的救济方式》，[https://www.sohu.com/a/321771598\\_120060769](https://www.sohu.com/a/321771598_120060769)。

法治是一种理想化的追求，但是中国的法治化道路是一个艰难的、长期的过程。在这个过程中，提出以法律为主导的多元规范共存，以法治为主导的多元秩序共治的中国社会秩序结构，使所有的规范类型、规范体系、秩序结构都能够在法治的主导下发挥其应有的作用和功能，这是一种现实主义的选择，但其中也蕴含着对未来中国社会发展模式的一种理想主义的追求。

（国家社会科学基金重点项目“‘重大改革于法有据’理论与实践研究”（18AFX001）；上海师范大学社会科学精品项目“法治中国下的规范体系研究”阶段性成果，并受“上海高校高峰高原学科建设（上海师范大学）资助计划”资助）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Constructing China's Social Order with Multi-norm and Co-existence and Co-government under Rule by Law

LIU Zuoxiang

**Abstract:** Constructing a social order for current Chinese society is a key issue concerned by many disciplines, such as law, politics, and sociology, etc. Whether in a country, or in a society, normal morphology and social order situation constitute a mutual-correlation. The norm of morphology determines the situation of social order. Norms are necessary elements in forming social order, while social order is the result of norms, thus forming a colorful world of norm and order, and guiding people's production and ways of life. In contemporary Chinese society, there exists a multi-norm morphology, therefrom forms a multi-social order situation. According to the objective present situation, China's social order structure must be build up for a co-existence and co-government structure of multi-norm and multi-order under the guidance of law.

**Key words:** rule by law as guideline, standardizing system, multi-norm, multi-order, co-existence and co-government

---

（上接第 101 页）

## Mirror Image of the Trump's Era: A Study of Huntington's Political Thought

ZHANG Feian

**Abstract:** In 2016, Trump's election ushered in a post-liberal era in American history. His deviant views on liberalism triggered a war between liberal pluralism and ethnic nationalism in the United States and the Western world. Study found that Huntington and Trump are soul mates. Whether it is his criticism of immigration policy or his indignation at multiculturalism, his oath of nationalism or his call to White-centrism, his dissatisfaction with global supranationalism or his conversion to China as a core imagined enemy, Huntington resonates with Trump's domestic and foreign policy philosophy. Through the interpretation to the situation of *The Times* for Huntington text across, we reviewed American politics from 1960s to today's development in the perspective of historical politics. The conclusion is that Trump's post-liberal turn is the result of the failure of liberal policies. From the source, it can be traced back to the transformation of the Democratic Party from the economic left to the cultural left in the 1970s. From the consequences, it led to the revival of the "ethnic nationalism".

**Key words:** Huntington's political thought, Trump, ethnic nationalism, liberal pluralism