

Competition and Cooperation of multiple rules
Dispute Settlement and Legal Practice of Rural Society in Transition



规则竞争

乡土社会转型中的纠纷解决 与法律实践

张 浩◎著

中国社会科学出版社

014043779

Competition and Cooperation of multiple rules
Dispute Settlement and Legal Practice of Rural Society in Tai

D925.104

116



规则竞争

乡土社会转型中的纠纷解决 与法律实践

张 浩◎著



北航

C1731372

中国社会科学出版社

D925.104
116

图书在版编目 (CIP) 数据

规则竞争: 乡土社会转型中的纠纷解决与法律实践 / 张浩著.

北京: 中国社会科学出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5161 - 4107 - 6

I. ①规… II. ①张… III. ①民事纠纷—研究—中国
IV. ①D925. 114. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 062014 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 凌金良
责任校对 胡新芳
责任印制 王炳图

出 版 社 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2014 年 4 月第 1 版
印 次 2014 年 4 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 16.5
插 页 2
字 数 262 千字
定 价 49.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

目 录

第一章 导论	(1)
一 问题的提出	(2)
二 相关研究与本书思路	(7)
三 研究方法:案例与叙述	(19)
四 田野调研与资料收集	(24)
五 篇章结构安排	(27)
第二章 研究案例:源起与争端	(29)
一 源起	(29)
二 争端	(33)
第三章 集体土地产权:农民的认知	(38)
一 农民如何认识集体土地产权	(38)
二 农民土地认知:“规划的社会变迁”的历史遗产	(56)
第四章 法外世界	(65)
一 乡村社会“司法场域”	(65)
二 软硬兼施的法外世界	(66)
第五章 司法运作	(71)
一 审与判	(71)
二 执行难	(83)
三 调解! 调解!	(90)

第六章 党政干预	(94)
一 上访“软肋”与“花钱消灾”	(94)
二 铐人事件	(99)
三 铐人事件续	(105)
四 “案子终结”	(118)
第七章 村庄的边界	(121)
一 “假买卖”与真难题	(121)
二 村庄共同体的坚固与脆弱	(131)
三 事情还在继续	(151)
第八章 结论与讨论	(160)
一 规则竞争:乡土社会转型中的纠纷解决与法律实践	(160)
二 余论:国家公共角色转型	(172)
附录	(176)
附录一 西乡供销社河村分站纠纷事件资料目录	(176)
附录二 访谈录音资料目录	(180)
附录三 部分访谈记录	(184)
参考文献	(235)
致谢	(258)

第一章

导 论

一个社会，有其协调配合的一面，也有其矛盾冲突的一面。如何有效处理纠纷，化解矛盾，维系秩序，是每一个社会都要面对和解决的问题，处于变迁中的社会尤其如此。在社会变迁中，旧的规则不再，新的规则却又无法一蹴而就，新旧纠葛，青黄不接，纠纷的处理、冲突的化解、秩序的维系就成了问题。这正是中国乡村社会自近代以来所面临的一个基本困境。

在完成于1948年的著作《乡土中国》中，费孝通先生指出，传统乡土社会是一种礼治秩序，现代社会是一种法治秩序，中国正处于从礼治秩序向法治秩序蜕变的过程中。他说：

中国正处在从乡土社会蜕变的过程中，原有对诉讼的观念还是很坚固的存留在广大的民间，也因之使现代的司法不能彻底推行。……在乡间普通人还是怕打官司的，但是新的司法制度却已推行下乡了。……现行的司法制度在乡间发生了很特殊的副作用，它破坏了原有的礼治秩序，但并不能有效的建立起法治秩序。法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭，重要的还得看人民怎样去应用这些设备。更进一步，在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。如果在这些方面不加以改革，单把法律和法庭推行下乡，结果法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。

一甲子的时光过去了，沧海桑田，整个中国社会经历了剧烈而深刻

的转型与变迁。即便是在费先生写下上述文字的年代，传统乡土社会就已经渐行渐远了。那么，在 60 多年后的今天，原来的乡土社会蜕变成什么样子了呢？当下乡村社会的纠纷是如何解决的呢？人民得着法治秩序的好处了吗？

在其更早的一部著作《江村经济》中，费先生指出，社会变迁策略的制定，需要基于“坚实的知识基础”，“正确地了解当前存在的以实事为依据的情况，将有助于引导这种变迁趋向于我们所期望的结果。……中国越来越迫切地需要这种知识，因为这个国家再也承担不起因失误而损耗任何财富和能量”（费孝通，1999a：2—4）。本书通过发生在华北乡村社会中的一起民事土地纠纷案例，来呈现乡土社会转型中的纠纷解决过程与秩序达成模式，并尝试对其中的复杂面向进行初步讨论，以期能够为认识当下中国乡村社会转型的“实事”提供一些微帮助。

一 问题的提出

在经济人类学家卡尔·博兰尼（1989）看来，整个西方近现代文明的历史就是一部“自我调节市场”不断扩展的历史。作为人类基本经济整合原则之一，市场机制脱颖而出，取代了互惠、再分配等其他方式，成为经济生活的支配性原则。而且，在国家有意识的、关键性的引导干预之下，统一市场逐步形成，土地、劳动力和货币渐次商品化，市场原则突破经济领域，渗透于包括政治、社会、文化在内的整个社会生活，形成所谓的“市场社会”。原本是社会涵摄了市场，现在是市场脱离了社会而且覆盖了社会，从而构成了博兰尼所谓的“大转变”（“巨变”）。与自我调节市场的扩展相伴随的，是社会的自我保护运动的兴起，社会力图将市场重置于自身掌控之下。自我调节市场的扩展和社会自我保护运动的共存构成了一种“双向运动”。

布洛维接续了博兰尼的观点，将这段历史称作“第一次大转变”，并针对 20 世纪 80 年代末期苏东和东亚各社会主义国家的市场转型，提出“第二次大转变”的论断。他指出：如果说马克思、涂尔干和韦伯的古典社会学致力于解释朝向市场经济的“第一次大转变”的话，那么“第二

次大转变”就构成了对当下社会学的智识挑战（Burawoy, 2000；沈原，2006；郭于华，2006；毕向阳，2006）。

中国社会正处于规模与深度皆前所未有的转型之中。中国社会转型在时空背景与制度环境上的独特之处，正如沈原（2006）正确地指出的，在于它正处于两次“大转变”的交会点上。中国的社会转型包括了两层意涵：一方面，中国正处于社会主义体制转型之中，这一层次涉及共产党新型国家建立以来的历史；另一方面，中国同时也处于由传统农业社会向现代工商社会的转变之中，这一层次则包括了自进入近代以来的整个历史时期。事实上，前一个层次涵摄在后一个层次之中，构成了后一个层次的一个组成部分。^①因此，中国的社会转型是一个“传统—社会主义—现代”或者“传统、社会主义—现代”的过程（孙立平，2005a）。黄宗智（2005a，2005b）特别指出，中国自近代以来就是一个长时间混合了不同类型的社会，从当下看更是混合了资本主义与前资本主义、工业社会与前工业社会以及后工业社会等不同类型的社会。因此“转型”一词用于中国，不应理解为目的先导的从一种类型转成为另一种类型，从封建主义转到资本主义，从社会主义转到资本主义，而应认作是一种持久的并存以及产生新颖现象的混合。

两次“大转变”的观点，为观察和研究当今中国社会提供了基本视角。本书正是在社会转型的基本视角和大背景下，来考察基层乡村社会的纠纷解决和秩序模式。

社会转型涉及面广，过程复杂，从个体行为到国家治理，从心理动机到社会认同，无所不及。而其中的一个基本方面和关键问题，在于社会秩序维持模式的变革。如前所引，在费孝通先生看来，传统乡土社会是一种礼治秩序，礼是“合式的路子，是经教化过程而成为主动性的服膺于传统的习惯”。但是，礼治秩序只能适合于传统可以保持不变的

^① 如何看待和评价共产党国家的建立及其之后的转型在整个近代以来社会转型中的位置，是一个耐人寻味的问题。历史学家唐德刚先生（1999）提出“历史三峡”说，认为中国社会在春秋战国时期经历了第一次历史大转折，之后基本格局就逐渐定型，一直延续到清末。随着西方的侵入，中国开始进入第二次历史大转折时期，所谓“历史三峡”。既然是过“三峡”，自然免不了暗礁险阻，中国这艘古老的船只，至今都没有能够驶出三峡险区，而共产党国家的建立及其转型正是其中的一段。

社会，一旦社会发生变迁，传统的效力丧失，礼治的维持也就变得困难了。旧的礼治秩序不再，新的法治秩序的建立与实现却又不能一蹴而就，秩序的维持就成了问题，这正是中国进入近代以来所面临的基本困境。

与乡土社会的蜕变和礼治秩序的破坏相伴随的，是一个自 20 世纪初开始一直延续至今的重要社会政治现象：国家政权建设，即国家权力的扩张和政权机构在乡村的下沉。事实上，前者在很大程度上正是后者的一个结果。从社会结构看，在传统社会中，中国一直维持着国家、士绅（宋以前是贵族）、农民三层结构。其中的士绅阶层，作为国家与社会的中介和基层社会的基本整合力量，扮演着关键性角色（费孝通，1999d，2006；张仲礼，1991；孙立平，2005）。随着国家权力的有意识扩展，加上现代工商业的发展、西方近代文明的传播、科举制的废除等因素所导致的士绅阶层的衰败，稳定的三层结构开始解体（孙立平，2005：123—125）。但是，正如杜赞奇所指出的，国家统治在乡村社会中的实现，有赖于“权力的文化网络”（culture nexus of power），文化网络包括了乡村社会中在市场、宗教、宗族、水利控制等方面形成的相互交错影响的等级组织和由诸如庇护人与被庇护者、传教者与信徒等组成的非正式人际关系网络，以及塑造权力运作的各种规范和象征，所有这些构成了权力与权威施展的基础。在现代化意识形态的影响下，国家政权力图斩断其同传统的因而被认为是“落后的”文化网络的联系，而企图在文化网络之外建立新的政权体系，其结果，国家权力的扩张和下沉极大地侵蚀和破坏了权威基础，从而导致了“国家政权内卷化”（杜赞奇，1995：1—4，15，50—52）。费孝通所指出的 20 世纪 40 年代“基层行政的僵化”（费孝通，1999b：334），揭示的大致是同一种问题。共产党革命更彻底地摧毁了权力的文化网络基础，最终建立起一个以国家对社会资源的全面控制与垄断为特征的总体性社会体制（孙立平，2005b：126—127）。之后相继经历了土改、集体化、“大跃进”、人民公社，国家权力更是空前深入乡村社会。由于自身难以克服的缺陷和弊端，到“文革”结束的时候，总体性社会体制走到了尽头。改革开放之后，国家权力逐渐有意识、有选择、有限度地从乡村社会撤出。如何妥善处理国家撤出后所留下的权力真空，如何重新整合乡村社会并形成新的秩序模式，

以及如何妥善应对新的市场经济体制引致的一系列重大改变与影响,构成了当下乡村社会所必须面对的问题。

当然,说传统社会是礼治秩序,并不是说它没有法律。事实上,中国制定成文法典的历史渊源,可以追溯至战国时代魏国人李悝所编纂的《法经》六篇以及经改编而成的大一统帝国的《秦律》。此后历经历史流变,形成了一套完备详尽、蔚为大观的“中华法系”,自成一格地延续了2000多年(陈弘毅,1998;张晋藩,2003)。但是,中国传统意义上的“法”“律”“刑”,与西方及当下意义上的法律与法治是截然不同的(瞿同祖,1981;梁治平,2002)。近代以来,大清皇朝统治下的中华文明遭受严峻挑战,内忧外患重重,局势每况愈下,为救亡图存,一系列新的尝试渐次出现。清末修律,打破了原有法律体系的自古相沿,开启了中国法制现代化的进程。民国编订《六法全书》,初步形成了近代国家法律体系。新中国建立之初,废除了民国时期移植自英美和欧陆的法律制度,转而效法苏联的法律制度,但是随后“反右”、“大跃进”、“文革”等一系列政治运动的相继出现,使得法制化进程出现逆转。改革开放,拨乱反正,中国法制建设终于进入“山花烂漫时期”(陈弘毅,1998:153—163)。

回顾近代以来的历史,尽管中国长期处于战争、革命、运动之中,但是对西方法律制度的学习却基本上延续始终。如果说晚清法律移植是西方世界殖民主义背景下“法律帝国主义”的产物(强世功,2003:4),以及是清政府为维持统治而不得不实行“变法图强”的一种被动努力,那么改革开放之后的法制建设则是积极主动、自觉自愿吸收借鉴西方法律制度的结果。一方面为了追求自身权力的合法性,另一方面为了消除建立市场经济制度过程中所出现的秩序混乱现象,国家力图通过建构一套完善的法律体系,来实现“依法治国”的目标(赵旭东,2003:3—4)。

实行依法治国,建设社会主义法治国家,成为基本治国方略。“中国应当实行法治,中国正在走向法治,无论当代中国人对中国社会的政治法律现状或走向如何评价、作什么样的预测,‘法治’已经变成了一种公众的信仰,就如同先前中国人对‘革命’、如今对‘改革’的信仰一样。”(苏力,2000:1—2)一方面,各种法律法规的数量开始以惊人的

速度增长。1979—1997年间,全国人大及其常委会通过、修订了328部法律及相关决定,国务院制订了大约770项行政法规,地方政府制订了超过5200项地方性法规(刘思达,2005)。2011年3月,中国最高立法机构负责人宣布:到2010年底,中国已制定现行有效法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件,并全面完成对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作;一个以宪法为统帅,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。^①另一方面,大量法律法规相继付诸实施,司法制度改革大张旗鼓。随着1990年《行政诉讼法》、1991年《民事诉讼法》和1996年《刑事诉讼法》的实施,司法程序的正式化和可预期性变得越来越强,^②法袍和法槌等符号化的措施在司法审判中被推广使用并加以本土化,更多拥有法律教育背景的人员进入法院系统,法院的组织形式变得更加专业化和科层化(刘思达,2005)。然而,尽管中国的法治进程获得了一定推进,尽管一批批的法律法规“下乡了”“上门了”,现实中也不乏“迎法入乡”(应星,2007a;董磊明、陈柏峰、聂良波,2008)“依法抗争”(李连江、欧博文,1997;应星,2007b)乃至“以法抗争”(于建嵘,2004,2008)的例子,但是社会生活实践却表明,法治的理想图景并没有实现。很多法律法规被制定出来,却并没有得到切实有效的实施,^③而只是停留在法条

① 参见2011年3月10日中新社报道(<http://www.chinanews.com/gn/2011/03-10/2895683.shtml>)。

② 在20世纪90年代初,季卫东强调了法律程序在法制建设中的重要意义。尽管相对于实体规范,程序只是形式和手段,但是适当的实体规范往往是通过公正程序形成的。缺乏程序要件的法制难以协调运作,如若强行推行,则极易混同于古代法家的严刑峻法,不免招致“治法”存而法治亡的结果。如同威廉·道格拉斯所指出的:“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”所以,法律程序实在是一个社会制度化的基石,程序的完备程度可以视为法制现代化和法治程度的一个根本性的指标。而中国法制建设中的一大问题,就在于法律程序制度化进程的进展缓慢。所以,推进法制程序化,突出程序合理性和秩序正义,就成为法制建设中的紧迫任务。(季卫东,1993)。

③ 2012年12月4日,习近平在“纪念现行宪法公布施行30周年”大会上讲话指出:“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施,要坚持不懈抓好宪法实施工作,把全面贯彻实施宪法提到一个新水平。”这本身就表明了法律的有效实施尚待实现的社会现实状况。

层面,成为庞德所谓“书本上的法”^①。“有法律不等于就有法治,法律越多也不等于法治越完善,就像我们认识到有宪法不等于有宪政那样。”(江平,2004)与此同时,部分法律的实施非但未能解决问题,反而引发更多的社会矛盾,可见法治固然意味着法律被实施,而单单法律的实施却并不就意味着法治。显见的事实是,乡村社会的法治进程依然任重而道远,费孝通先生当年提出的问题在今天依然需要解答。面对理想与现实的巨大差距,我们需要追问:为什么法治秩序迄今无法在乡村社会中实现?乡土社会转型中的纠纷究竟如何解决?

二 相关研究与本书思路

关于“法治为什么无法实现于中国(乡村)社会”的问题,在法学界,往往被置换为由法律移植所导致的“制度断裂”问题(强世功,2003)。

20世纪80年代兴起的文化论大体上认为,中国与西方分别代表了两种截然不同的文化,自西方移植而来的法律作为西方文化的一部分,无法实现与中国文化传统的融合,故而所谓的“制度断裂”其实源于不同文化间的紧张关系。要消除这种紧张关系,就需要进一步引入西方文化并借以取代中国本土传统文化。

盛行于20世纪80—90年代的现代化论则认为,中国社会正处于从传统农业社会到现代工商社会的转变之中,根植于基层社会的一系列传统因素作为一种历史包袱,阻碍了社会的现代转变,因而需要利用自西方现代社会移植而来的法律对其实行改造。所谓的“制度断裂”问题,正在于法律移植的不够彻底和现代因素对传统因素的取代不够彻底。

文化论和现代化论尽管各有其偏重,但有一个共同点,就是主张和

^① 美国法律社会学的创始人罗斯科·庞德(Roscoe Pound)区分了“书本上的法”(Law in book)与“行动中的法”(law in action)(转引自强世功,2003:5)。早期法律社会学家埃利希(Eugen Ehrlich)提出“活生生的法”(living law)概念,借以指代与由国家实施的法律相对的由社会进行实践的法。埃利希将活法视作支配社会生活的法律,即使它没有被列入法律命题之中。“现在以及任何别的时候,法律发展的重心既不在于立法,也不在于法律科学和司法判决,而在于社会本身。”与日常社会生活中所完成的无数的契约和交易相比,法院的判决只是一种例外的情况。(转引自博登海默,2004:148—149)。

坚持对西方法律全面移植。进入20世纪90年代以来,学界对此进行了反思。文化论的批评者认为,一方面要引进西方文化以改造不适合现代法律制度的本土文化,另一方面自身所坚持的文化相对主义却从根本上拒绝这一引进和改造,文化论因此陷入一种自相矛盾的境地(强世功,2003:6—7)。现代化论更是不断受到学界的批评(黄宗智,1992b;邓正来,2006)。邓正来一口气指出了现代化论所存在的五个问题:第一,把西方国家发展过程中的问题及西方理论旨在回答的问题虚构为中国自己发展进程中的问题;第二,把西方论者迈入现代社会以后所抽象概括出来的种种现代性因素倒果为因地视作中国推进和实现现代化的前提性条件;第三,把中国传统视为中国向现代社会转型的基本障碍而进行整体性的批判和否定;第四,忽略对西方因其发展的自生自发性而不构成问题但对示范压力下的中国发展却构成问题的问题进行认真且仔细的研究;第五,在西方的理论和观念未经分析和批判以及其理论预设未经中国经验验证的情况下就把它们视作当然,进而对中国的种种问题做非彼即此的判断(邓正来,2006:87—88)。①

20世纪90年代中后期,“国家—社会”分析框架流行于学界,部分研究者利用这一框架,对法律移植所致的“制度断裂”予以重新解释。强世功借用人类学家雷德菲尔德(Redfield)的“大传统”与“小传统”概念,指出所谓的“制度断裂”既不是中西文化的断裂,也不是传统与现代的断裂,而是西方移植而来的大传统与传统文化中的小传统的断裂,是国家推行的正式制度与社会中生成的非正式制度之间的断裂,这种制度断裂意味着国家在社会中陷入了合法性危机。弥合这种制度断裂的可能途径不仅是文化比较或者现代化推进,更主要的是重建国家与社会的关系,重建国家在社会中的合法性,由此沟通大传统与小传统,重建一种新的文化传统(强世功,2003)。

朱苏力对盲目的法律移植提出质疑,他认为,中国法治进程的推进,

① 邓正来进而反思了中国法学自身的发展对中国法治进程的影响。他认为,1978年至2004年间,中国法学在取得很大成就的同时也暴露出了它的问题,它的根本问题在于未能为评价、批判和指引中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”。他警告说:“不知道目的地,选择走哪条路或确定如何走某条路都是无甚意义的;然而,不知道目的地的性质,无论选择哪条路还是确定如何走某条路,却都有可能把我们引向深渊。”(邓正来,2006:1)

需要回到中国社会自身,从中国传统社会的特性以及正在进行的社会制度变革中寻求一种“本土资源”(朱苏力,1996)。梁治平对中国传统社会中的民间习惯法进行了深入讨论,并借助于一些实际案例,研究了当下乡村社会中民间习惯法的持续存在及其与国家制定法的互动关系(梁治平,1996,1997)。朱苏力与梁治平的观点引起学界广泛的关注,他们观点的提出一方面打破了法学界长期以来只关注理论命题和法律法规的探讨和解释而缺乏实证研究的状况,一定程度上促成了90年代后期以来学界关于乡土社会中的法律的实证研究(强世功,1997,2003;赵晓力,1997,1999;郑戈,1997;赵旭东,2003;刘思达,2005;黄家亮,2006);另一方面也引发了人们对法律多元的更多关注。

法律多元,通常是指两种或两种以上的法律秩序共存于同一个社会中的状况和现象,法律多元理论的主要关注点在于几种法律秩序之间,尤其是民间法与国家法之间的互动关系(千叶正士,1997)。“法律是广泛地界定为包括国家支持的规范性秩序,以及各种非国家形式的规范性秩序。因此,许多社会实际上都是法律多元的。”(朱苏力,1997)无疑,处于剧烈转型期的中国社会,法律多元的现象广泛存在,因而法律多元理论,尤其是关于国家法与民间法互动关系的研究,具有很强的解释力。

但是,法律多元理论运用于中国社会的局限也是明显的。正如有研究者已经指出的,要认识法律移植的后果和中国(乡村)社会法治进程,仅仅关注国家法与民间法的互动是不够的,因为在秩序的维持和纠纷的解决中,起作用的并不仅仅是国家的或非国家的法律,更牵涉政治、经济、社会、组织、意识形态等各领域各层面的因素。在传统社会秩序、社会主义秩序与市场经济秩序共存的情况下,被移植的法律制度的意涵所显现出的多元性已经不仅仅是一种“法律”多元,而更应当是一种更广泛的社会学意义上的制度合法性的多元(刘思达,2005)。这一状况促使研究者将目光投向法律之外,从一个更大的社会系统来审视法律以及法律与政治、行政等的关联,由此引发对中国法律自主性缺失的问题的关注和讨论。

考察中国基层司法制度所由发生的政治历史性背景可以发现,基层司法制度及其“送法下乡”“巡回审判”的司法实践是作为现代民族国家

政治建设的一个重要组成部分而被加以推行的，司法在中国从一开始就具有一种独立于常规司法所强调的解决纠纷和确认规则之外的政治性功能（朱苏力，2000）。这种“通过法律的治理”或者“法律的治理化”，也就是所谓的新中国“政法”传统（赵晓力，1999；强世功，2003）。由于被作为实现社会治理的有效管道与技术来使用，法律因此溢出自身的领域，以一种奇特形式被整合进政治权力系统。法律必须服从政治的需要，政治也要借助于法律的技术，这种政治与法律之间的有机结合产生了一个独特的概念：“政法。”它不仅是一个概念，更是一套学说，一套组织机构，一套权力技术，一套成熟的法律实践。这种“政法”传统源于陕甘宁边区政府时期（其突出体现就是著名的“马锡五审判方式”），并从那时起一直延续至今。尽管改革以来依法治国的逐渐确立暗示了法律自主性的不断成长，但是法律依然没有能够从政治权力的母体中摆脱出来，反而成为“社会治安综合治理”的一部分并进一步加强了治理的效果（强世功，2003：78—134）。应当说，国家政权建设和国家治理模式的解释非常有力地揭示了中国现今法律制度的本质特征。事实上，这样一种工具主义法律观在中国长时期占据着主导地位，并鲜明地体现于不同时期的一些宣传口号之中：“为阶级斗争服务”，“为改革开放保驾护航”，“为当地政府排忧解难”，“为市场经济提供保障”，等等^①（黄家亮，2006）。伯尔曼在总结西方法律传统的特征时指出，西方自12世纪就形成了法律本身的自治，法律与政治、道德等的分离。他说：“法律的历史性与法律具有高于政治权威的至高性这一概念相联系。……自12世纪起，所有西方国家，甚至在君主专制制度下，在某些重要的方面，法律高于政治这种思想一直被广泛讲述和经常得到承认。”（伯尔曼，1993：11）昂格尔同样认为，现代法治秩序的实现，不仅有赖于法律的公共性、实在性和普遍性，更有赖于法律的自治性和自主性，这种自治性和自主性具体表现在实体内容、机构、方法和职业等四个方面（昂格尔，2001：49—51）。而中国工具主义法律观甚嚣尘上以及法律

^① 工具主义在中国长期占主导地位，有人认为这要归咎于马克思主义的法律理论，这一理论包括了如下三个基本假设：法律是不断发展的经济力量的产物；法律是统治阶级用以维护其阶级统治的权力工具；作为社会控制工具的法律将在未来的共产主义社会中消亡。实际上，以上这些假设并非马克思的原意，而只是苏联的曲解（参见博登海默，1999：103—108）。

同构并依附于政治权力的状况的一个致命后果，就在于法律自治性和自主性的缺失。贺卫方呼吁“通过司法实现社会正义”，正是基于和针对这一现实状况。因为他对中国法院和法官的实证调查结果表明，司法“遭受干扰”的状况非常严重（贺卫方，1998：1—84，103—128）。无疑，法律自主性的缺失，法律与政治权力的纠缠，已经导致很多负面后果，甚至严重影响到当下社会秩序的维持。张静注意到了乡村社会中土地使用规则不能确定的现象，她认为，根本原因就在于法律与政治未经分化。在政治和法律各自活动领域及活动原则未经区分的情况下，不存在包含确定性原则和限定性合法性声称的法律系统，多种土地规则并存，在实践中通过力量竞争被选择使用，这一选择过程使法律事件政治化：根据利益竞争对规则做出取舍，而不是根据确定的法律规则辨认正当利益，因此，土地使用规则随着利益、力量的变动而不确定（张静，2003）。

因此，当我们考虑转型社会中冲突的解决和秩序的维持的时候，就不能仅仅着眼于法律自身和法律内部，而应当对法律外部因素及其与法律的关系予以充分注意。既然诸多方面的因素都影响到法治进程的推进，我们就需要知道，在实际的社会生活中，在一个个具体的案件纠纷及其解决过程中，各种影响因素是如何各自产生其作用和影响的，彼此又是如何相互纠合、缠绕、牵连、强化以共同发挥作用并进而对整个法治进程产生影响的。

就此而言，韦伯对法学和社会学两种法律观念的区分可以给我们提供启示：“当我们提到‘法律’‘法秩序’与‘法规’时，必须特别注意到达法学观点与社会学观点的差异。从法学观点而言，问题在于，何者真正具有法概念的妥当性？换言之，如何以逻辑严谨并兼具规范意味的语言，来陈述一个法规？然而，从社会学观点而言，则问题毋宁是：在一个团体里，真正具有决定性的因素乃是，那些介入共同体行动的人，尤其是那些拥有相当重要的社会权力的人，不仅主观上认为某种规范具有妥当性，并且实际依此而行——换言之，他们自己的行为即以这些规范为准则——的可能性究竟有多大？”（韦伯，2005b：195）法学的法律观念关注法律的内在效力，社会学的法律观念则更关注于社会成员承认并履行法律规则的现实。法治秩序不仅关涉规则的制定与实施，更关涉人

们对规则制定与实施的观念与想象，以及对规则本身的认知与接受程度。^①一种法律，只有当它在一定程度上反映了社会的共同意志和普遍利益从而能够得到人们发自内心的认同乃至信仰的时候，才能具备充分的实效。当伯尔曼提出他的箴言——“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。它不仅包含有人的理性和意志，而且还包含了他的情感，他的直觉和献身，以及他的信仰”（伯尔曼，2003：3）——的时候，我们有理由相信，人们所信仰的法律，应当本身是值得被信仰的，“应该本身是制订得良好的法律”^②。

有鉴于此，我们可以更进一步地提出问题：为什么法律缺少实际效力？乡村社会的人们如何看待这种法律以及它的制定与实施？在当下乡村社会生活实践中，纠纷如何解决？遵循何种规则？^③

要回答这样的问题，就必须深入到乡村社会基层去，深入到实际的社会生活过程中。事实上，转型期社会生活的无限丰富性、极端复杂性和高度不确定性也要求我们这样做。

布迪厄指出，以往社会科学研究中之所以存在着诸如客观主义与主观主义、机械论与目的论、结构必然性与个人能动性等等形形色色的二元对立，主要问题在于它们都是纯粹理论理性的产物，布迪厄称之为“唯智主义”。各种唯智主义二元论的最大缺陷，在于对社会世界的实践特性的无知和漠视，借用马克思的一句名言，就是“用逻辑的事物代替了事物的逻辑”。为克服这一缺陷，布迪厄发展出一种“实践理论”，力图“回归那个我们凭借生存这一简单事实而与之发生接触的社会，那个在任何客观化活动之前就不可分割地被我们负载于身的社会”（布迪厄、华康德，1998：21）。实践活动本身的紧迫性、模糊性、总体性以及受到经济

① 这里其实涉及规则、秩序的正当性与合法性的问题。韦伯认为，这种正当性和合法性可以由传统、基于情感的信仰、基于价值理性的信仰以及基于被认可的法律（制定法或习惯法）而获得（韦伯，2005a：48—50）。

② “法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”（参见亚里士多德，1965：199）

③ 需要说明，在强调法律与规则的社会认知的时候，并不是暗示说国家法就是错的和不好的，社会认知与习惯法就是对的和好的。一方面，有国家法不见得就有法治；另一方面，社会认知却也并非一贯的温情脉脉，而同样可以是残酷而无人道的（比如殉葬习俗）。这里的关键在于，在现实乡村社会中，适合的规则是什么。