

“十二五”国家重点图书出版规划项目

社会学文库 SOCIOLOGICAL LIBRARY

主编 郑杭生

现代法治建设 与传统文化变迁

郭星华 等 / 著



he Construction of
Contemporary Governance
by Law and Transition of
Traditional Culture



中国人民大学出版社

现代法治建设

“十二五”国家重点图书出版规划项目

社会学文库 SOCIOLOGICAL LIBRARY

主编 郑杭生

现代法治建设 与传统文化变迁

郭星华 等 / 著



he Construction of

Contemporary Governance
by Law and Transition of
Traditional Culture

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

现代法治建设与传统文化变迁/郭星华等著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 7
(社会学文库)

ISBN 978-7-300-25597-2

I. ①现… II. ①郭… III. ①中华文化-关系-社会主义法制-建设-研究-中国
IV. ①K203②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 032916 号

“十二五”国家重点图书出版规划项目

社会学文库

主编 郑杭生

现代法治建设与传统文化变迁

郭星华 等 著

Xiandai Fazhi Jianshe yu Chuantong Wenhua Bianqian

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京玺诚印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2018 年 7 月第 1 版

印 张 19 插页 2

印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷

字 数 297 000

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

本书为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“传统文化与现代法治”
(项目批准号: 11JJD840005) 成果, 获得该项目基金资助

社 会 学 文 库 编 委 会

主 编 郑杭生

编 委 (按姓氏笔画排序)

马广海	王思斌	王雅琳	包智明	田毅鹏
孙立平	刘少杰	刘世定	刘祖云	关信平
庄孔韶	江立华	李培林	李 强	李路路
苏国勋	沈关宝	宋林飞	吴忠民	张 静
周晓虹	洪大用	侯钧生	郭于华	郭志刚
黄 平	景天魁	景 军	蔡 禾	潘绥铭
戴建中				

总 序

现在，文库不少，社会学文库也有几个。在这样的情况下，接受中国人民大学出版社的委托，主持一套社会学文库，就不得不追问自己：这套文库只是单纯在数量上增加一个文库而已，还是应该在质量上力求有自己的某些特点？这就是本套文库不可避免要面对的定位问题。经过考虑，本套文库的定位至少涉及如下四个方面：

第一，它是一套研究性的文库。就是说，进入本套文库的著作，必须是研究性、探索性的。研究性、探索性的必备要素是与某种新的东西联系在一起的，即有某种创新性，因此，它们不同于一般资料性的、介绍性的、编译性的作品。这并不是说后者不重要，而是说，因为类别不同，后者应该有自己的出版渠道。

社会学研究无疑涉及诸多方面，有理论研究和经验研究、定性研究和定量研究，有对现实社会现象的研究，又有对社会学本身的研究，等等。本文库欢迎一切真正有研究价值的著作；同时，根据社会学国际化与本土化相结合的要求，根据本国的国情，把重点放在如下几个方面：

- 对转型中的中国社会的认识有所深化的研究著作。
- 对有中国特色的社会学理论有所贡献的研究著作。
- 对世界社会学的新发展和走向有所把握的研究著作。

第二，它是一套精品性的文库。就是说，在研究性的著

作中，我们更看重精品之作。所谓精品，在内容上至少要符合下述几条中的一条或同时具有：一是能够从社会学的视角对人们普遍关心的社会热点和焦点问题作出有说服力的分析，公认有真知灼见，经得起时间和历史的考验。二是能够对实现“增促社会进步，减缩社会代价”的社会学深层理念有所贡献。三是对社会学的学科建设和理论创新有所推动。四是对中国社会学的国际化和本土化有所促进。而在形式上，要有与内容相匹配的叙述形式，要有较好的可读性，力求深入浅出，尽可能雅俗共赏，为大家所喜闻乐见。

第三，它是一套使社会学界新生力量脱颖而出的文库。就是说，通过研究性的精品之作，使那些在社会学界没有什么知名度，或知名度不高的“无名小卒”、新生力量、后起之秀程度不同地提高知名度，把他们实实在在地介绍给学界和社会，使他们尽快成为学界名人，在这个意义上，本文库也许能够成为培养社会学人才的有效渠道之一。众所周知，没有或缺少新生力量的学科和学界，是没有什么希望的。这当然在任何意义上都不是说可以忽视现在的学界名人，他们是我们最重要的依靠力量，他们负有提携后进的重任。我们真诚希望现有的学界名人和即将脱颖而出的学界名人，共同使本文库成为名副其实的名人文库，在学界和社会上发挥更大的作用。

第四，它是一套供不同学派观点争鸣的文库。一个没有不同学派争鸣的学界，不能说是成熟的。我在社会学界多次强调“要多一点学派，少一点宗派”。因为学派之争是学术问题、学术观点的争论，用的是学术标准，可以争得面红耳赤，但过后仍然是朋友；宗派之争则用非学术标准，党同伐异，大有“谁不和我们歌唱，谁就是我们的敌人”的“气概”。因此，学派之争，与人为善，相互切磋，推进学术；宗派之争，与人为恶，相互攻击，阻碍学术。如果本文库在促成不同观点的社会学学派形成方面、在促成不同学派展开富有成果的争鸣方面，起到了应有的积极作用，我们将会感到非常高兴和欣慰。本文库将对各种不同观点的学派一视同仁。

总之，我们真诚希望本文库能够出研究成果、出精品、出名人、出学派。简言之，我们把“四出”作为中国人民大学出版社社会学文库的定位。

古人曾说过这样的意思：定位于“上”，可能得乎“中”；定位于“中”，可能得乎“下”。本文库这种“四出”的定位，从目标上说应该属于“上”，但结果仍有两种可能：或“上”或“中”。我们希望能够争取前一种可能，避

免后一种。最后究竟如何，当由读者和时间来鉴定。

应当指出，本文库是在一个不平常的时候出版的。

首先，无论是就政策环境和体制条件来说，还是就国内氛围和国际环境而论，中国社会学正处在新中国成立以来最好的大有可为的发展时期。现在，社会学的学科地位，即作为要加强的哲学社会科学基本学科之一，得到了确认。人们越来越体会到社会因素即非经济因素对改革、发展、稳定的重要性，从而也认识到以非经济因素为切入点的社会学，也和以经济因素为研究对象的经济学一样，是一门与每个人的实际生活息息相关的学问，是一门推进改革、发展、稳定的科学，感受到有许多问题需要从社会学的视角来看待和解读，并领悟到社会学的理论研究和经验研究是制定符合实际情况的社会政策的基础环节。人们对社会学从不了解、不甚了解甚至误解到逐步了解；一些社会学的用语（如社区、社会化、弱势群体、社会转型、良性运行等）日益普及化、大众化，其中一些还为政府部门所采纳和使用。这使中国社会学的发展不仅有了自上而下的体制条件，而且有了自下而上的社会氛围。经过激烈竞争，中国社会学界获得了第三十六届世界社会学大会的主办权，该届会议的主题是“全球化背景下的社会变迁”，将于2004年7月在北京召开，由中国社会科学院社会学研究所承办。现在欧美社会学界都十分关注中国的变化、中国社会学的研究。无疑，在世界社会学的格局中，与欧美强势社会学相比，无论从规模、投入，还是从成果、影响等方面说，中国社会学仍然是弱势社会学。强势社会学界如此关注中国的研究，对植根于本土社会的中国社会学界来说，既是一种沉重的压力，同时又是进一步发展的强大动力。在这样的情况下出版本文库，应当说是正当其时。我们希望不要辜负这样好的条件。

其次，这种不平常性还表现在世界社会学正处在自我反思和重建的过程之中。这种自我反思和重建的趋势并不是凭空而生，而是有现实根据的。这就是旧式现代性的衰落、新型现代性的兴起。我认为，这种旧式现代性的衰落、新型现代性的兴起，既影响着中国社会学的国际化，又影响着中国社会学的本土化。关于这一点我想多说几句。

所谓旧式现代性，就是那种以征服自然、控制资源为中心，社会与自然不协调、社会与个人不和谐，社会和自然付出双重代价的现代性。20世纪向21世纪的过渡时期，全球社会生活景观呈现出重大转折的种种迹象，人们看

到：人类对自然的倒行逆施造成了越来越严重的“绿色惩罚”，导致了天人关系的紧张，甚至“人类对自然的战争，变成了人类自我毁灭的战争”；人欲的激发和资源的匮乏所引发的对资源控制权力的争夺，又不能不导致价值尺度的扭曲、伦理准则的变形、个人与社会的关系的恶化。旧式现代性已经进入明显的危机时期。这样，在世界、在中国，探索新型现代性便成为一种势在必行的潮流和趋向。

所谓新型现代性，是指那种以人为本，人和自然双赢、人和社会双赢，两者关系协调和谐，并把自然代价和社会代价减小到最低限度的现代性。从中国社会转型加速期取得的巨大社会进步和付出的种种社会代价中，我们都能从正反两方面，亲身体会到新型现代性的深刻意涵。

就两种类型的现代性与社会学的关系而言，过往的旧式现代性锻造了以往的社会学——它的感受力和想象力、设问和眼界，甚至它的理论抱负和期望所能达到的限度。当现代性面临重大转折之时，必定也是社会重构、个人重塑、个人与社会的关系发生重建之日。社会学不可避免地卷入其中，经历预设的根本变化、视野的重大调整、理论的重铸和再生过程。

对旧式现代性作出反应的，不仅有新型现代性，而且还有后现代性。如果说，新型现代性是对旧式现代性的一种积极、正面意义的反思，那么主张后现代性的后现代主义则一般是对旧式现代性的一种消极、否定意义的反应。后现代主义批评旧式现代性的弊病是对的，但它的解决方法不是革除弊病，而是连现代性也加以抛弃，从而走向了极端。它对社会和知识基础的所谓“解构”，无助于增进社会的和谐。

因此，处在这样一个旧式现代性步入没落、新型现代性勃然兴起的历史时期，中国社会学必须顺应时代的要求，跟上世界社会学重建的步伐，结合中国的实际，在理论研究上开拓出新的学理空间。而经过我国快速转型期独特经验的熏陶，中国社会学界的主体性、自觉性和敏锐性已经大为提高，将有助于达到这一目标。

我们也真诚希望，本套文库能在实现上述目标的过程中发挥应有的促进作用。

以上权且作为本文库的序言，与大家共勉。

郑杭生

2003年8月于气和文轩

目 录

第一章 社会规范的变迁

- 1 第一节 规则僭越：转型时期的社会失范
- 12 第二节 社会规范：多元化下的冲突与互动
- 27 第三节 无赖生存的社会环境

第二章 法律文化的转型

- 40 第一节 无讼、厌讼与抑讼：中国传统诉讼文化的本质
- 54 第二节 转型社会中法律意识的代际变迁
- 70 第三节 中国传统文化的现代性转化

第三章 乡村秩序的重构

- 92 第一节 转型乡村中的“豪强秩序”
- 117 第二节 基层暴力与基层纠纷解决过程
- 136 第三节 农村社会纠纷解决途径的选择与满意度
- 148 第四节 民转刑：纠纷解决的震荡效应与漏斗效应

第四章 现代法治的逻辑

- 183 第一节 涉诉信访：行动逻辑与发生机制
- 202 第二节 拆迁：法律与权力博弈的资本与策略
- 231 第三节 微博时代法治文化建设的机遇与挑战
- 243 第四节 角色转变：法官职业角色的冲突与缓解

第五章 反思：现代法治建设与传统文化

- 271 第一节 “全息”：传统纠纷解决机制的现代启示
- 283 第二节 从摒弃到尊重：传统文化与现代法治关系的新定位

第一章 社会规范的变迁

第一节 规则僭越：转型时期的社会失范

“规则”是社会学研究领域的重要内容，它为社会成员提供合乎社会目标的社会价值观念和社会行为模式，对于调适人际关系，制约和指导社会成员的社会行为以及协调社会运行的各个系统具有重要意义。“没有规矩，无以成方圆”，正是对规则的召唤。规则那条条框框的棱体，常常给人冰冷、僵硬的印象，这是规则的锐利面向。然而，规则更是人们在日常生活实践中用情感、用智慧建构出来的有血有肉的鲜活体。

一、规则辨析：上位规则与下位规则

（一）概念的厘清

对于“规则”，《现代汉语词典》（第7版）的解释之一是：“规定出来供大家共同遵守的制度或章程。”在一定意义上，规则就是人行动的依据。正是有了规则，人们遵守规则，社会才得以形成，秩序才得以显现。学术界对于规则的分类有正式规则与非正式规则、硬规则与软规则、制度规则与非制度规则以及显规则与潜规则等分类方式。正式规则、硬规则、制度规则及显规则是指人们有意识地创造出来的一系列政策法规。在现代社会中，这些规则总是与国家权力或组织联系在一起的。在国家层面上，法律是其代表；在社会层面上，各种组织规章制度是其体现。非正式规则、软规则、非制度规则及潜规则是指那些对人的行为不成文的限制，是与法律等正式规则相对的概念，是人们在长期的社会交往中逐步形成并得到社会认可的一系列约束性规

则,包括价值信念、伦理道德、文化传统、风俗习惯、意识形态等等。

在国家正式法律规范中,世界上很多国家为了区别不同法律法规在整个法律体系中的纵向地位,提出了“上位法”和“下位法”这两个基本概念,以确立区分法律效力等级及法律位阶。简言之,处于高一层次的法律规范称为“上位法”,反之称为“下位法”。在此,我们借鉴“上位法”和“下位法”的概念区分方法,依据规则的实际效用和适用顺序,将规则区分为“上位规则”和“下位规则”。在国家视阈中,由国家制定、由国家强制力保证实施的具有普遍约束力的社会规范是“上位规则”,如正式规则、硬规则、制度规则及显规则等等,具有规范性、强制性和普遍性的特征;由风俗习惯、伦理道德等民间规范长期演变而来并没有通过“国家”正式“授权”的规则是“下位规则”,如非正式规则、软规则、非制度规则及潜规则等等,具有自发性、分散性和地域性的特征。

(二) 上位规则与下位规则的关系

为了进一步厘清“规则”概念的丰富内涵,本研究从规则的伦理性及规则实际运作的方式和形式两个维度系统地分析“上位规则”与“下位规则”之间的关系,具体如下。

一致:上位规则所规制的社会行为、调节的社会关系的方向与下位规则的一致。

法律是上位规则的代表,深刻理解法律价值对于我们重新审视上位规则的内涵具有重要作用。法理学家张文显认为,法律价值是指在作为客体的法律与作为主体的人的关系中,法律对一定主体需要的满足状况以及由此所产生的人对法律性状、属性和作用的评价。法律价值作为主体与法律之间特定关系的范畴,标志着法律所追求的一定目标,它包含着人们的需要和理想成分。因此,正式规则、硬规则、制度规则及显规则等上位规则也具有比较浓厚的道德色彩,即具有伦理性。那么,从规则的伦理性角度来考虑,与上位规则一致的下位规则表现为优秀的价值观念、文化传统和伦理道德,如诚信、公正、正义等等,这样的下位规则代表了社会道德观念的主流方向,具有积极意义。此外,上位规则与下位规则的一致还体现在实际运作的方式和形式上,美国著名法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound)说,法律的真正目的是实现正义。何为正义?就其实质而言,正义意味着一种体制,意味着对关系、

的调整和对行为的安排,以便人们生活得更好,为人们提供享有某些东西或实现各种主张的手段,使大家尽可能地在最少阻碍和浪费的条件下得到满足。从这一分析视角来考虑,与上位规则相一致的下位规则是指那些符合社会公德、传统习惯以及绝大多数社会成员利益和价值观的规则,而且它们能够以更灵活、更低成本的方式来化解矛盾、平息冲突和维护社会秩序,如乡土社会中的民间纠纷往往依靠“情”“理”而得以解决。

冲突:上位规则所规制的社会行为、调节的社会关系的方向与下位规则的不一致,甚至相反。

从上位规则的伦理性角度来看,与上位规则相冲突的下位规则,是指颠覆了社会基本价值判断标准的规则,与诚信、公平、正义等理念相悖。这些下位规则阻碍了社会发展、损害了绝大多数社会成员的利益,造成了社会的恶性循环。在实际运作的方式和形式上,与上位规则相冲突的下位规则更是肆无忌惮地对法律规章制度等正式规则进行践踏与颠覆,如投机钻营、弄虚作假、行受贿赂和以权谋私等等。这些现象在当前中国社会极为普遍,究其原因在于当前我国社会发展正从传统型社会向现代型社会转变。伴随经济的快速发展、社会的深刻变革、文化的相互交融和价值观念的多元化选择,在传统型社会消解和现代型社会生成的过程中,由于社会关系的不稳定性,原有社会规范呈现出中间性和过渡性特点,使得新旧体制在转型的衔接契合部位出现部分盲区和真空地带,社会规范不能有效地对社会生活发挥正常的调节和引导作用,社会生活在某种程度上出现失衡、失序状况,进而导致大量越轨行为的发生。

无涉:上位规则对某些社会行为、社会关系的方向有所规定,而下位规则没有相应的规定,反之亦然。

与上位规则无涉的下位规则,是指上位规则与下位规则互不影响、互不干涉,下位规则的伦理价值和理念对于上位规则来讲无所谓吻合匹配,也无所谓冲突相悖,对于社会的运行和发展无所谓促进,也无所谓阻碍。例如,在我国一些民族区域自治地区,少数民族的婚丧嫁娶、继承和日常生活方式等方面的民族习惯一般均受到尊重和保护,一些与文化传统息息相关的民族习惯也作为历史文化遗产得到保护和发扬,这些下位规则的理念和实际运行与上位规则既不一致,也不冲突,呈现出无涉的状态。

在上位规则与下位规则的这三种关系中，“冲突”是我们要着重探讨的。在现实生活中，当上位规则与下位规则发生冲突时，如果适用的是下位规则而非上位规则，我们就把这种情形称为“规则僭越”。

二、规则僭越：转型期的社会失范

（一）从“社会失范”看“规则僭越”

对于“失范”，法国著名社会学家迪尔凯姆（Émile Durkheim，又译涂尔干）认为，人们不具备为实现自我和获得幸福所必需的条件便会失范，这些条件是：行为必须由社会规范控制；这些规范应该形成一个完整的、没有冲突的体系；个人应该在道德上与他人发生关系，以便一个自我完满的人的形象变成与我的形象不能分离的形象，并且给生活中所能得到的快乐规定明确的界限。凡是存在着不明确的、彼此冲突的、分散的地方，个人与他人就不存在有道德意义的关系，或者没有规定获得快乐的界限，这就是社会失范状态。简言之，社会失范就是指当社会规范不得力、不存在，或彼此矛盾时，个人和社会所出现的混乱、不知所措的状态。在迪尔凯姆之后，美国社会学结构功能论大师罗伯特·默顿（Robert K. Merton）从功能主义角度提出了社会失范理论。他从价值上将社会结构划分为两大类：一类是目标；一类是达到目标的手段。将社会所规定的目标与决定着达到这些目标的规范不一致的状态称为社会失范。换言之，社会失范就是当人们通过制度化手段无法实现自己的文化目标时，只有用不符合社会规范的手段才能实现自己的文化目标的行为。在本研究中，上位规则也就是默顿所讲的制度化手段，而下位规则即是“不符合社会规范的手段”，这里的社会规范一般是指国家正式的法律制度规范，是狭义的概念。由此可知，上位规则与下位规则的冲突是转型期社会失范广泛存在的重要因素。费孝通认为，传统的中国社会是礼治社会，而现代社会是法治社会，“中国正处在从乡土社会蜕变的过程之中，原有对诉讼的观念还是很坚固地留存在广大的民间，也因之使现代的司法不能彻底推行”，因为“现行法里的原则是从西洋搬过来的，和旧有的伦理观念相差很大”。也就是说，在社会转型过程中，原有的传统习俗、伦理道德等下位规则并没有彻底消失，新建的一系列的所谓现代的上位规则在强制的推行中，可能会与下位规则发生冲突，进而导致转型期社会失范现象的大量出现。

在此,需要指出的是,默顿根据文化目标和制度化手段这两个社会因素的相互关系,提出了五种适应模式,即遵从、创新、形式主义、隐退主义和反抗。除第一种类型外,其他四种类型都是不同程度的社会失范与离轨。所以,社会失范带来的并非只是社会矛盾丛生与社会秩序混乱,反而常常成为一种调解社会矛盾、重建社会秩序的力量。法国哲学家让·马利·居约(J. M. Guyan)认为,“失范是一种有创造力的新生事物,是对僵死的观念的一种挑战,不是一种邪恶的东西,也不是当代社会中的一种疾病”。“失范”在居约看来,是伦理进步的标志和道德价值的体现,是个人自治的必然结果,也是个人获得解放后个体自由伸张的标志。

从规则层面来分析,社会失范就是社会成员通过上位规则无法实现自身的目标时,只有通过下位规则的规范和逻辑才能实现自身目标的行为。在国家正式法律规范中,上位法与下位法发生冲突时,选择适用上位法而排除适用下位法,这称之为“上位法优于下位法”原则。以此类推,依据“上位优于下位”的原则,非正式规则、软规则、非制度规则和潜规则等下位规则就要服从正式规则、硬规则、制度规则和显规则等上位规则。然而,本研究所讲的“上位”与“下位”,不是国家视阈中的法律制度安排,而是以人们在日常社会生活中的优先行为选择为标准。在日常社会生活中,上位规则的规范和要求往往因其“高高在上”而脱离现实,成为一种无效的理想,它总是试图将人们日常例行事务中的行为固定化,或是强迫人们在日常行为中同它保持一致,但社会成员却努力摆脱上位规则的束缚,使其逐渐成为一种标志和符号而降级为“下位规则”;而下位规则所包含的风俗习惯、伦理道德以及依据实际状况而采用的价值观念和行为方式在人们日常社会生活中发挥着更具普遍意义的重要作用,所以,在社会成员行为选择中的优先地位必然使其荣升为“上位规则”。对此,我们将非正式规则、软规则、非制度规则和潜规则等下位规则超越正式规则、硬规则、制度规则和显规则等上位规则,并且在日常社会生活实践中发挥作用的现象称为“规则僭越”。“规则僭越”不只导致了社会矛盾、社会失序以及大量社会越轨行为的出现,更是调解社会矛盾、重建社会秩序的重要力量,这也是本研究论述的重点所在。

著名经济学家、诺贝尔经济学奖获得者诺斯(Douglass C. North)曾指

出：“在现代社会中，正式规则只是决定选择的总约束中的一小部分，而人的大部分社会生活是由非正式规则调节的。”正式规则、硬规则、制度规则和显规则等上位规则具有强制性和普遍性的特征，在维持社会秩序方面发挥着重要作用，但是法律和规章制度不可能覆盖人的所有行为，即不可能对人的所有行为进行有效的规定，下位规则就成为上位规则的一种扩展和丰富，在上位规则无法规制或不适合规制的场所，下位规则就显得尤为重要。常人方法学创始人哈罗德·加芬克尔（Harold Garfinkel）提出，人是理性的，日常生活也有秩序和逻辑，但常人使用日常推理而不是科学推理来完成日常生活实践。换言之，社会生活中绝大多数社会成员是以大量不断重复的习惯性动作和行为模式等下位规则创造着他们身处其中的社会生活世界，建构他们关于社会世界的实在感。因此，下位规则对于社会成员的日常社会生活实践产生了更重要的影响，发挥了更重要的作用。

（二）实证研究——以我国法律援助制度为例

国家《法律援助条例》（简称《条例》）规定，民事法律援助的范围包括六大项内容：请求国家赔偿；请求给予社会保障待遇或者最低生活保障待遇；请求发放抚恤金或者救济金；请求给付赡养费、抚养费、扶养费；请求支付劳动报酬；主张因见义勇为行为产生的民事权益。

我们的实证研究结果却表明，在法律援助制度的具体操作层面上，法律援助执行者所依据的并不是《条例》规定的内容，而是“胜诉原则”“稳定原则”或“同情原则”等下位规则。“胜诉原则”是指援助案件要有胜诉的可能，即要看当事人所掌握的证据是否充分、案件是否已过了诉讼时效等要件；“稳定原则”是指法律援助中心要充分发挥“缓解矛盾、稳定社会”的政治功能；“同情原则”是指法律援助执行者基于对法律援助需求者处境和遭遇的情感认同而给予援助的行为选择。

在实地调查中，我们发现有些法律援助诉求即使不被包含于《条例》所规定的六项内容，但满足了实际操作层面“胜诉原则”“稳定原则”和“同情原则”的标准，法律援助制度的执行者就必然给予较为优质的“服务”。在这一过程中，《条例》等上位规则虽然是国家制定的法律法规，具有强制性和权威性，但是在具体操作过程中却不能及时有效地发挥作用，成为“下位规则”，而“胜诉原则”“稳定原则”和“同情原则”等下位规则却荣升为法律、

援助执行者的“行为指南”，成为事实上的“上位规则”。这也充分体现了“规则僭越”的深刻内涵。

当前，我国处于社会快速转型期，下位规则荣升为上位规则的例子比比皆是，在正式规定的各种制度之外产生影响、发挥作用。改革开放 30 多年来，我国在立法领域和司法领域都开展了大规模的法律移植，法律移植规模之大，法制建设速度之快，无论在历史上还是世界上，堪称之最。但从实际效果来看，基本上都不太成功。法国思想家孟德斯鸠（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）提出“为某一国人民定制的法律，应该是非常适合于该国人民的。所以，如果一个国家的法律竟然能适合于另外一个国家，那只是非常凑巧的事”。19 世纪德国的法学家萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）更是认为法律不可移植的极端代表，他认为法律是一个国家民族精神的产物，也是民族精神的集中体现，从本质上说，它是不可移植的。美国学者罗伯特·塞德曼（Robert B. Seidman）夫妇则在其著作中多次强调了“法律不可移植规律”，宣称“从一个地方到另一个地方移植法律，这种世界性的经验表明，由于法律所引起的行为具有高度的时空特定性，被移植的法律在它的新移植地通常不能成功地再产生出它在起源地所引起的行为”。这些年来，中国的法律法规和规章制度大多数是从西方移植而来的，并不是在中国的土壤和气候中成长起来的，其中的许多规则与中国社会的实际生活传统并不吻合，这些上位规则常常使人们无所适从，大量的法律规避使得很多法律形同虚设，成为下位规则。因此，在法律的实践运作过程中，人们不得不回归传统，重新思考本土资源在我国现代法治建设中的作用。

三、秩序重建：“法”中的“规则僭越”

谈到规则，“法”无疑是规则研究中的重中之重，司法领域本身不公正、不透明的规则对大众情感的伤害程度也是最强的，然而，本研究提出的“规则僭越”在“法”中作为调解社会矛盾、维系社会秩序的重要机制和手段发挥着重要作用。此处所讲的“法”与“法律”不同，黑格尔曾指出，“法就是作为理念的自由”，这种自由的理念要成为普遍的、现实的、有效的东西，“就必须获得它的普遍形式”，这就是法律，所以，法和法律是内容和形式的