

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

民间法

F O L K L A W

第25卷

主 编·谢 晖 陈金钊 蒋传光
执行主编·彭中礼

中南大学法学院 主办



中国出版集团
研究出版社

总 序

在我国，从梁治平较早提出“民间法”这一概念起算，相关研究已有25年左右的历程了。这一概念甫一提出，迅即开启了我国民间法研究之序幕，并在其后日渐扎实地推开了相关研究。其中《民间法》《法人人类学研究》等集刊的创办，一些刊物上“民间法栏目”的开办，“民间法文丛”及其他相关论著的出版，一年一度的“全国民间法/民族习惯法学术研讨会”、中国人类学会法律人类学专业委员会年会、中国社会学会法律社会学专业委员会年会、中国法学会民族法学专业委员会年会等的定期召开，以及国内不少省份民族法学研究会的成立及其年会的定期或不定期召开，可谓是相关研究蓬勃繁荣的明显标志和集中展示。毫无疑问，经过多年的积累和发展，我国民间法研究的学术成果，已经有了可观的量的积累。但越是这个时候，越容易出现学术研究“卡脖子”的现象。事实正是如此。一方面，“民间法”研究在量的积累上突飞猛进，但另一方面，真正有分量的相关学术研究成果却凤毛麟角。因此，借起草“《民间法》半年刊总序”之机，我愿意将自己对我国当下和未来民间法研究的几个“看点”（这些思考，我首次通过演讲发表在2020年11月7日于镇江召开的“第16届全国民间法/民族习惯法学术研讨会”上）抛出来，作为引玉之砖，供同仁们参考。

第一，民间法研究的往后看。这是指我国的民间法研究，必须关注其历史文化积淀和传承，即关注作为历史文化积淀和传承的民间法。作为文化概念的民间法，其很多分支是人们社会生活长期积累的结果，特别是人们习常调查、研究和论述的习惯法——无论民族习惯法、地方习惯法、宗族习惯法，还是社团习惯法、行业习惯法、宗教习惯法，都是一个民族、一个地方、一个宗族，或者一个社团、一种行业、一种宗教在其历史长河中不断积累的结果。凡交往相处，便有规范。即便某人因不堪交往之烦而拒绝与人交往，也需要在规范上一视同仁地规定拒绝交往的权利和保障他人拒绝交往的公共义务。当一种规范能够按照一视同仁的公正或“正义”要求，客观上给人们分配权利和义务，且当这种权利义务遭受侵害时据之予以救济时，便是习惯法。所以，民间法研究者理应有此种历史感、文化感或传统感。应当有“为往圣继绝学”的志向和气概，在历史中观察当下，预见未来。把史上积淀的民间法内容及其作用的方式、场域、功能，其对当下安排公共交往、组织公共秩序的意义等予以分门别类，疏证清理，发扬光大，是民间法研究者责无旁贷的。在这方面，我国从事民族习惯法，特别是从史学视角从事相关研究的学者，已经做了许多值得

赞许的工作，但未尽之业仍任重道远。其他相关习惯法的挖掘整理，虽有零星成果，但系统地整理研究，很不尽人意。因之，往后看的使命绝没有完成，更不是过时，而是必须接续既往、奋力挖掘的民间法学术领域。

第二，民间法研究的往下看。这是指我国的民间法研究，更应关注当下性，即关注当代社会交往中新出现的民间法。民间法不仅属于传统，除了作为习惯（法）的那部分民间法之外，大多数民间法，是在人们当下的交往生活中产生并运行的。即便是习惯与习惯法的当下传承和运用，也表明这些经由历史积淀所形成的规则具有的当下性或当下意义。至于因为社会的革故鼎新而产生的社区公约、新乡规民约、企业内部规则、网络平台规则等，则无论其社会基础，还是其表现形式和规范内容，都可谓是新生的民间法。它们不但伴随鲜活的新型社会关系而产生，而且不断助力于新社会关系的生成、巩固和发展。在不少时候，这些规范还先于国家法律的存在，在国家法供给不及时，以社会规范的形式安排、规范人们的交往秩序。即便有了相关领域的国家法律，但它也不能包办、从而也无法拒绝相关新型社会规范对人们交往行为的调控。这在各类网络平台体现得分外明显。例如，尽管可以运用国家法对网络营运、交易、论辩中出现的种种纠纷进行处理，但在网络交往的日常纠纷中，人们更愿意诉诸网络平台，运用平台内部的规则予以处理。这表明，民间法这一概念，不是传统规范的代名词，也不是习惯规范的代名词，而是包括了传统规范和习惯规范在内的非正式规范的总称。就其现实作用而言，或许当下性的民间法对于人们交往行为的意义更为重要。因此，在当下性视角中调查、整理、研究新生的民间规范，是民间法研究者们更应努力的学术领域。

第三，民间法研究的往前看。这是指我国的民间法研究，不仅应关注过去、关注当下，而且对未来的社会发展及其规范构造要有所预期，发现能引领未来人们交往行为的民间法。作为“在野的”、相对而言自生自发的秩序安排和交往体系，民间法不具有国家法那种强规范的可预期性和集约性，反之，它是一种弱规范，同时也具有相当程度的弥散性。故和国家法对社会关系调整的“时滞性”相较，民间法更具有对社会关系“春江水暖鸭先知”的即时性特征。它更易圆融、自然地适应社会关系的变迁和发展，克服国家法在社会关系调整中过于机械、刚硬、甚至阻滞的特点。惟其如此，民间法与国家法相较，也具有明显地对未来社会关系及其规范秩序的预知性。越是面对一个迅速变革的社会，民间法的如上特征越容易得到发挥。而我们所处的当下，正是一个因科学的飞速发展，互联网技术的广泛运用和人工智能的不断开发而日新月异的时代。人类在未来究竟如何处理人的自然智慧和人工智能间的关系？在当下人工智慧不断替代人类体力、脑力，人们或主动亲近人工智慧，或被迫接受人工智慧的情形下，既有民间法是如何应对的？在人类生殖意愿、生殖能力明显下降的情形下，民间法又是如何因应的……参照民间法对这些人类发展可以预知的事实进行调整的蛛丝马迹，如何在国家法上安排和应对这些已然呈现、且必将成为社会发展事实的情形？民间法研究者对之不但不能熟视无睹，更要求通过其深谋远虑的研究，真正对社会发展有所担当。

第四，民间法研究的往实看。这是指我国的民间法研究，应坚持不懈地做相关实证研究，以实证方法将其做实、做透。作为实证的民间法研究，在方法上理应隶属于社会学和人类学范畴，因此，社会实证方法是民间法研究必须关注并运用的重要工具。无论社会访谈、调查问卷，还是蹲点观察、生活体验，都是研究民间法所不得不遵循的方法，否则，民间法研究就只能隔靴搔痒，不得要领。在这方面，近20年来，我国研究民间法，特别是研究民族习惯法的一些学者，已经身体力行地做了不少工作。但相较社会学、人类学的研究，民间法研究的相关成果还远没有达到那种踏足田野、深入生活的境地。绝大多数实证研究，名为实证，但其实证的材料，大多数是二手、甚至三手的。直接以调研获得的一手材料为基础展开研究，虽非没有，但寥若晨星。这势必导致民间法的实证研究大打折扣。这种情形，既与法学学者不擅长社会实证的学术训练相关，也与学者们既没有精力，也缺乏经费深入田野调研相关，更与目前的科研评价体制相关——毕竟扎实的社会学或人类学意义上的实证，不要说十天数十天，即便调研一年半载，也未必能够成就一篇扎实的、有说服力的论文。因此，民间法研究的往实看，绝不仅仅是掌握社会学或人类学的分析方法，更需要真正掌握一手实证材料的基础上，既运用相关分析工具进行分析，又在此分析基础上充实和完善民间法往实看的方法，甚至探索出不同于一般社会学和人类学研究方法的民间法实证研究之独有方法。

第五，民间法研究的往深看。这是指我国的民间法研究，要锲而不舍地提升其学理水平。这些年来，人们普遍感受到我国的民间法研究，无论从对象拓展、内容提升、方法运用还是成果表达等各方面，都取得了显著的成就，但与此同时，人们又存有另一种普遍印象：该研究在理论提升上尚不尽如人意，似乎这一领域，更“容易搞”，即使人们没有太多的专业训练，也可以涉足，不像法哲学、法律方法、人权研究这些领域，不经过专业训练，就几乎无从下手。这或许正是导致民间法研究的成果虽多，但学理深度不足的主要原因。这尤其需要民间法研究在理论上的创新和提升。我以为，这一提升的基点，应锚定民间法学术的跨学科特征，一方面，应普及并提升该研究的基本理念和方法——社会学和人类学的理念与方法，在研究者能够娴熟运用的同时，结合民间法研究的对象特征，予以拓展、提升、发展。另一方面，应引入并运用规范分析（或法教义学）方法和价值分析方法，以规范分析的严谨和价值分析的深刻，对民间法的内部结构和外部边界予以深入剖析，以强化民间法规范功能之内部证成和外部证成。再一方面，在前述两种理论提升的基础上，促进民间法研究成果与研究方法的多样和多元。与此同时，积极探索民间法独特的研究方法、对象、内容、范畴等，以资构建民间法研究的学术和学科体系——这一体系虽然与法社会学、法人类学、规范法学有交叉，但绝非这些学科的简单剪裁和相加。只有这样，民间法研究往深看的任务才能有所着落。

第六，民间法研究的比较（往外）看。这是指我国的民间法研究，不仅要关注作为非制度事实的本土民间法及其运行，而且要眼睛向外，关注域外作为非正式制度事实的民间法及其运行，运用比较手法，推进并提升我国的民间法研究。民间法的研究，是法律和法

学发展史上的一种事实。在各国文明朝着法治这一路向发展的过程中，都必然会遭遇国家法如何对待民间法的问题，因为国家法作为人们理性的表达，其立基的直接事实基础，就是已成制度事实的非正式规范。随着不同国家越来越开放性地融入世界体系，任何一个国家的法制建设，都不得不参照、尊重其他国家的不同规范和国际社会的共同规范。因此，民间法研究的向外看、比较看，既是国家政治、经济、文化关系国际化，人民交往全球化，进而各国的制度作用力相互化（性）的必然，也是透过比较研究，提升民间法学术水平和学术参与社会之能力的必要。在内容上，比较研究既有作为非正式制度事实的民间法之比较研究，也有民间法研究思想、方法之比较研究。随着我国学者走出国门直接观察、学习、调研的机会增加和能力提升，也随着国外学术思想和学术研究方法越来越多地引入国内，从事比较研究的条件愈加成熟。把国外相关研究的学术成果高质量地、系统地译译过来，以资国内研究者参考，积极参与国际上相关学术活动，组织学者赴国外做专门研究，成立比较研究的学术机构，专门刊发民间法比较研究的学术专栏等，是民间法研究比较看、向外看在近期尤应力促的几个方面。

当然，民间法研究的关注路向肯定不止如上六个方面，但在我心目中，这六个方面是亟须相关研究者、研究机构和研究团体尽快着手去做的；也是需要该研究领域的学者们、研究机构和研究团体精诚团结、长久攻关的事业。因此，在这个序言中，我将其罗列出来，并稍加展开，冀对以后我国的民间法研究及《民间法》半年刊之办刊、组稿能有所助益。

创刊于2002年的《民间法》集刊，从第1卷到第13卷一直以“年刊”的方式出版。为了适应作者及时刊发、读者及时阅读以及刊物评价体系之要求，自2014年起，该集刊改为半年刊。改刊后，由于原先的合作出版社——厦门大学出版社稿件拥挤，尽管责任编辑甘世恒君千方百计地提前刊物的面世时间，但结果仍不太理想。刊物每每不能按时定期出版，既影响刊物即时性的传播效果，也影响作者和读者的权利。《民间法》主编与编辑收到了不少作者和读者对此的吐槽。为此，经与原出版社厦门大学出版社及甘世恒编辑的商量，从2020年第25卷起，《民间法》将授权由在北京的研究出版社出版。借此机会，我要表达之前对《民间法》的出版给予鼎力支持的山东人民出版社及李怀德编审，济南出版社及魏治勋教授，厦门大学出版社及甘世恒编审的诚挚感谢之情；我也要表达对《民间法》未来出版计划做出周备规划、仔细安排的研究出版社及张立明主任的真诚感谢之意。期待《民间法》半年刊作为刊载民间法学术研究成果的专刊，在推进我国民间法研究上，责无旁贷地肩负起其应有的责任，也期待民间法研究者对《民间法》半年刊一如既往地予以宝贵的帮助和支持！

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

2020年冬至序于长沙梅溪湖寓所

原 序

自文明时代以来，人类秩序，既因国家正式法而成，亦藉民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统，在近代大学法学教育产生以还即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学，实乃国家法的法理。究其因，盖在该专业训练之宗旨，在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然，国家法之于人类秩序构造，居功甚伟，即使社会与国家分化日炽之如今，前者需求及依赖于后者，并未根本改观；国家法及国家主义之法理，仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派，固守国家命令之田地，立志于法学之纯粹，其坚定之志，实令人钦佩；其对法治之为形式理性之护卫，也有目共睹，无须多言。

在吾国，如是汲汲于国家（阶级）旨意之法理，久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于：过度执著于国家法，过分守持于阶级意志，终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心，反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具，排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光，反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者！

所以然者何？吾人以为有如下两端：

一曰吾国之法理，专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣，而放弃其缜密严谨之逻辑与方法，其结果舍本逐末，最终所授予人者，不过御用工具耳（非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具）。以此“推进”法治，其效果若何，不说也知。

二曰人类秩序之达成，非惟国家法一端之功劳。国家仅藉以强制力量维持其秩序，其过分行使，必致生民往还，惶惶如也。而自生于民间之规则，更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系，不论其操持的理性有何差异，对相关地方习惯之汲取吸收，并无沟裂。国家法之坐大独霸，实赖民间法之辅佐充实。是以 19 世纪中叶、特别 20 世纪以降，社会实证观念后来居上，冲击规范实证法学之壁垒，修补国家法律调整之不足。在吾国，其影响所及，终至于国家立法之走向。民国时期，当局立法（民法）之一重大举措即深入民间，调查民、商事习惯，终成中华民、商事习惯之盛典巨录，亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见，国家法与民间法，实乃互动之存在。互动者，国家法借民间法而落其根、坐其实；民间法藉国家法而显其华、壮其声。不仅如此，两者作为各自自治的事物，自表面看，分理社会秩序之某一方面；但深究其实质，则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共

同旨趣，在构织人类交往行动之秩序。自古迄今，国家法虽为江山社稷安全之必备，然与民间法相须而成也。此种情形，古今中外，概莫能外。因之，此一结论，可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者，倘弃民间法及民间自生秩序于不顾，即令有诤诤之声，皇皇巨著，也不啻无病呻吟、纸上谈兵，终其然于事无补。

近数年来，吾国法学界重社会实证之风日盛，其中不乏关注民间法问题者。此外，社会学界及其他学界也自觉介入该问题，致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者，亦在认真对待民间法。可以肯定，此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型，亦且表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地，鄙人经与合作既久之山东人民出版社洽商，决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨，大致如下：

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁，共创民间法之法理，以为中国法学现代化之参照；

二为通过研究，促进民间法与官方法之比照交流，俾使两者构造秩序之功能互补，以为中国法制现代化之支持；

三为挖掘、整理中外民间法之材料，尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范，以为促进、繁荣民间法学术研究之根据；

四为推进民间法及其研究之中外交流，比较、推知相异法律制度的不同文化基础，以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者，皆须相关同仁协力共进，始成正果。故鄙人不揣冒昧，吁请天下有志于此道者，精诚团结、互为支持，以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此，则不惟遂本刊之宗旨，亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年春

总序/原序

谢 晖 / I

学理探讨

- 国家公共政策的“私人执行”：草根动员与公民诉讼
论民间法的场域公共秩序
——基于广义法哲学视角之民间法的基石法益型构
民间规范的修辞阐释
当代中国司法回应社会的模式研究
——基于类型化的分析与反思
三维重塑：走向规范意义的调解
——基于法官、习惯与调解的互动关系分析
民族地区刑事和解的实践困境与调适方向
基层法官参与社会治理的三重叙事
——以“援引民间规范的基层司法裁判文书”为线索
社区网格化治理法治化的规范之维
——基于社会内在性视域

陈洪杰 / 3

姚选民 / 21

李 杰 黄琦翔 / 41

侯明明 / 50

童晓宁 / 64

彭 昕 / 76

王文玉 / 93

王 琦 / 108

经验解释

- 民间法视域下唐代立嗣亲子关系价值取向及其启示
中西法律传统中的地理性
德昂族习惯规范研究的回眸与前瞻
家规在中国传统基层社会治理中现代转化

曹薇薇 / 127

孙日华 赵卓越 / 139

赵天宝 / 153

刘志松 / 175

- 博弈视角下的清代乡村失序现象研究
——以徐士林《守皖谿词》及《续》为范本 李悦田 / 186
- 民事纠纷解决中的国家法与民间法的互动
——基于紫阳正堂司法档案的考察 金 怡 / 198
- 家礼与族规：家国谱系的制度逻辑 林树煌 / 218
- 武定团碑苗族土地使用权习惯法的演进及其社会功能探析 徐建平 / 235

制度分析

- 民族地区乡村治理的习惯规则之维
——基于新制度主义的分析 廖 艳 吴承超 / 255
- 民事审判中习惯适用的规范化问题研究
——以 Z 市基层法院 292 份民事判决书为样本 于志洁 李 宁 / 265
- 论我国民法典中习惯要素的设置及其司法实效
从分散到统一 宋 菲 / 276
- 论地方权益性假期的立法乱象及克服路径 林立成 王志勇 / 289
- 作为公司 (Companhia) 母体的合伙 (Sociedade) 制度历史梳理
——以澳门民商法为视角 王 华 / 304
- 论我国仲裁机构社会服务机构法人地位 刘君之 / 324

社会调研

- “祭龙”议事与乡村治理 张利利 / 341
- 论藏式调解的司法整合 王林敏 王 亮 / 358
- 我国农村纠纷化解难点的成因及治理
——基于中国传统政治文化治理特征的解释 王韬钦 / 369
- 清代民间土地交易的习惯 (法) 探赜
——基于宁波地区契约文书的实证研究 陶文泰 李学兰 / 384
- 清末民初湖南民商事习惯调查之研究及意义 夏新华 陈仁鹏 / 403
- 多元协作框架下网络餐饮第三方平台的治理路径 尚海涛 / 417

域外视窗

- 法律多元视角下的荷兰阿达特法 张 泽 / 435

习惯法对法律现代化的稳定作用

——以英国古典普通法的习惯法特征为例

王永祥 / 446

跨文化视野下的中国藏族与日本古代对偶婚比较研究

孙 璐 / 459

学理探讨

国家公共政策的“私人执行”： 草根动员与公民诉讼

陈洪杰*

摘要 行政中心主义的治理模式经常会陷入这样一种自相矛盾的困境中：本应作为国家公共政策执行者的政府机构自己却在以各种方式“扭曲”、甚至是“抗拒”国家政策的执行。而“草根动员”固然可以通过“行动—回应”的关系架构帮助中央政府克服地方治理过程中存在的信息不对称，提升国家治理绩效。然而，中央政府显然不可能一以贯之地对千千万万的私人行动一概做出有效回应。因此，现代法治国家通常都是基于政治与法律的功能分立，通过确立司法最终解决原则而将地方治理的绩效问题从行政系统向司法系统进行输送。在行政治理与司法治理的路径分化以及社会行动者的“竞争性”选择中，国家也许可以通过一种“市场化”的路径来实现“私人执行权”与国家治理资源的优化配置。

关键词 国家治理绩效 行政治理 司法治理 多元共治

引言

在国家治理体系中，国家各级行政职能部门是自上而下执行中央政策与国家法律的常规载体（此即通常所说的“委托—代理”模式），但诸多研究表明，由于信息不对称等原因，政策制定者往往无法充分掌握政策目标在各层级执行者手中具体的落实情况。这就导致政策执行者经常出现两幅相互矛盾的面孔：一方面，许多经验研究发现，基于所谓“压力型体制”的内在运行逻辑，各级行政职能部门会采取“层层加码”的方式来迫使下级机构采取积极措施来落实政策；另一方面，研究者同时又发现，基层官员会采取各种策略

* 陈洪杰，法学博士，上海师范大学哲学与法政学院副教授。

与共谋行为来化解上级的压力。甚至，“同一政府机构常常扮演相互矛盾的角色，即向下施压、层层加码，与此同时又和下级共谋应对上级。”^①

为了克服“委托—代理”模式下行政代理人利用信息优势“上下其手”的结构性难题，谢岳、党东升在《草根动员：国家治理模式的新探索》（以下简称“治理新探索”）一文中提出以“草根动员”作为国家公共政策执行的补充机制，以矫正科层官僚在政策执行过程中难以避免的推诿与扯皮——“底层民众发起的草根动员之所以能够提高治理的绩效，是因为集体行动能够在地方政府与社会之间建立起一种横向责任关系，给地方政府制造外部压力，从而迫使这些代理机构在政策执行时减少失误与懈怠。”^② 有研究者发现，“中国民众表达抗议和诉求有一个显著特点，即他们创造性地运用中央文件、法律、政策和其他官方支持的价值目标，以抗议‘不忠’的地方官员，并向中央政府或上级政府寻求帮助。”对于中央政府而言，这样一种有限度的“合法反抗”或是“忠诚抗议”可以帮助克服政策实施过程中的信息不对称，“有助于中央政府监督地方政府和调整政策。”^③ 正是在这一意义上，我们或许可以将草根动员视为是国家公共政策的“私人执行”机制，正如“治理新探索”所指出的：“只要草根动员具备了一定的政治和社会条件，就有可能以理性与和平的方式推进基层社会的治理，使之成为国家治理体系的一个重要的组成部分。”^④

一、草根动员的经验逻辑及其局限

作为一种实然的描述，草根动员既可能是以单纯的个体或小集体利益作为行动诉求，也可能包含了公共利益表达；与其利益诉求密切相关的行动组织策略也相应地包括了从利用个人社会关系网络到动用国家、社会公共资源（上级或者中央政府、媒体以及 NGO 组织，等等）；行动方式既可能是诉诸“堵门”“静坐”“游行”等“街头政治”渠道，也可能是通过上访等体制内渠道，有的时候也会利用集体诉讼这样的法律手段。应星通过个案研究发现，草根行动者对于采取何种利益表达渠道并没有特别的偏好，“由于‘诉讼的政治学’使司法与行政处于同一权力谱系中，因此，公民寻求救济的行动就不会拘于司法救济/非司法救济之分。他们打官司并不一定是出于他们对法律的相信，就像他们上访也并不一定出于对‘青天’的相信。他们把法律和上访同样都作为权宜救济的手段，就如同支配者把法律和信访作为权宜治理的手段一般。”^⑤

① 对相关经验研究的问题呈现与文献梳理可参见周雪光、练宏：《中国政府的治理模式：一个“控制权”理论》，载《社会学研究》2012年第5期，第70页。

② 谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015年第3期，第1页。

③ 参见曹正汉：《中国上下分治的治理体制及其稳定机制》，载《社会学研究》2011年第1期，第3页。

④ 谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015年第3期，第1页。

⑤ 应星：《草根动员与农民群体利益的表达机制——四个个案的比较研究》，载《社会学研究》2007年第2期，第17页。

正是因为草根动员与权力体制之间的关系互动具有鲜明的“权宜”色彩，这就使得其在很多时候必须凭借特定的“机遇”才有可能发挥预期的功能。比如，“治理新探索”描述了这样一个经验个案：福建省 PN 县政府于 1994 年从福州引进的一家化工企业（福建 RP 化工有限公司，以下简称 RP）生产的是污染性极高的氯酸钾产品。在长达 10 年的时间里，RP 向企业所在地的 XP 村排放了大量的废水、废气和废渣。当地村医 ZCJ 基于职业敏感，将污染与村民的身体状况建立起有统计学数据加以支撑的因果联系。于是村民们被动员起来展开抗争行动，其早期的行动主要围绕着自我的利益表达，以围堵工厂大门、信访等方式寻求经济赔偿，但收效甚微。

ZCJ 从 1999 年开始从事动员抗争，在吸取早期教训之后，他将村民的污染遭遇与 PN 县的环境破坏联系起来。这一策略取得了成功，国家环保总局和当时的国务院总理朱镕基均表示了关注，媒体也开展了专门报道。在这里，高层的关注与媒体的广泛介入实际上是以全国人大与国务院在 1998 年将环境保护确立为基本国策并加以推行为背景的。在 ZCJ 罗列的媒体清单中，国内几乎所有的国家级媒体都在其中。舆论压力导致的直接结果是，RP 化工厂在 2002 年被国家环保局列入 55 家污染最严重的企业黑名单。

舆论关注同时也引来了环保 NGO 的介入，《方圆》杂志记者引荐中国政法大学污染受害人法律援助中心来为集体行动提供帮助。在援助中心的支持下，2002 年 11 月 7 日，1721 名环境污染受害者向宁德市中级人民法院提起了民事诉讼。援助中心不仅为 PN 县的农民免费提供诉讼代理，而且提供诉讼所需的全部费用。2005 年底，经过 ZCJ 等人和援助中心长达 3 年多的共同努力，村民们胜诉了。

基于上述经验案例，“治理新探索”试图建构一种基于“行动—回应”关系架构的草根动员模式：“通过草根行动者的动员，在基层社会，中央政府能够对它的代理机构形成一种有效的外部监督，弥补自上而下的行政机构内部监督不到位的缺陷，督促地方政府更加积极地执行国家的治理目标。”^①然而，由于国家高层的注意力是稀缺的，只有很少部分的地方治理事件能够“幸运”地进入国家高层的视野。如果在国家公共政策的执行中，每一起个案的政策贯彻都需要国家高层予以特别关注、督促落实，那就基本上等同于消解了行政治理“委托—代理”模式的存在价值。

就像在前文的经验案例中，类似这样的环境污染个案在我国可能是大面积存在着的，而该案的“幸运”之处是恰逢发生在国家大力推进环境保护政策初期的大背景下，^②国家高层出于抓典型的考虑当然会对“具有代表性的新现象”予以额外的关注。而一旦类似的个案层出不穷地冒出来，国家高层的注意力显然是分配不过来的，其后果要么是导致草根行动之间的“动员竞争”以争夺稀缺的高层注意力，而这必然会导致其与地方政府之间的

① 谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015 年第 3 期，第 19 页。

② 谢岳、党东升在文章中使用了“幸运”这个说法，参见谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015 年第 3 期，第 16 页。

冲突升级；要么就是“石头飞上天，也得落回地上来”。

二、草根动员的社会行动结构与路径分化潜力

如前所述，行政中心主义的治理模式经常会陷入这样一种自相矛盾的困境中：本应作为国家公共政策执行者的政府机构自己却在以各种方式“扭曲”、甚至是“抗拒”国家政策的执行。而按照“治理新探索”的分析框架，草根动员之所以可以作为一种提升国家治理绩效的“私人执行”机制，是因为其可以通过“行动—回应”的关系架构引入国家高层与社会共同体的关注来推进政策执行。这一社会行动结构主要是以国家行政治理体系“上下分治”的权力配置逻辑为基础的——“中央政府主要执掌治官权，即选拔、监督和奖惩官员的权力；至于实际管治各地区民众的权力（简称‘治民权’），则交给地方官执掌。只要地方官不违背中央政府所定大政方针，均可以因地制宜地行使其治民权，灵活地处置所管辖地区的民众事务。”^①

这就意味着，草根动员的“强度”必须要达到“上达天听”的程度才有可能谋求执掌“治官权”的国家高层介入；与此同时，草根动员还必须借助于社会共同体意识对自身的行动诉求进行阐释，将自我利益表达有效地框定在公共利益表达的架构里。只有通过行动框释，草根动员才有可能整合来自国家与社会两个层面的政治支持，迫使执掌“治民权”的基层政府回归到努力谋求共识的行动框架中；这就涉及关键的“第三方”，这主要指的是专业化社会组织与大众传媒，正是“第三方”的介入，可以更有效地框定草根动员的行动边界，扩大行动影响，确保社会集体行动与地方政府之间的博弈维持在和平、理性的界限内。

我们可以看到，草根动员固然可以帮助国家高层克服地方治理过程中存在的信息不对称，但它一方面受制于偶然的行动者、偶得的社会关系网络以及国家高层自身的议程设置与注意力分配；另一方面，也会制造潜在的社会冲突。正如“治理新探索”对福建XP村草根行动的判断，如果缺乏国家政策环境的“机遇”、有效的行动框释和第三方介入，“该项运动或许像大多数集体抗议一样，要么不了了之，要么以暴力的方式草草收场”。^②不仅如此，由于国家高层的注意力始终都是有限的，其不可能一以贯之地对千千万万的私人行动一概做出有效回应。因此，尝试与纵向导控的行政权力体制进行对接的草根动员作为一种旨在提升国家治理绩效的常规性机制所能起到的作用可能始终是有限的。

也正因为如此，现代法治国家通常都是基于政治与法律的功能分立，通过确立司法最终解决原则而将地方治理的绩效问题从行政系统向司法系统进行输送：“法律系统既能够通过广泛的法律共同体传达以法律表现出来的政治指令，又能够通过普遍化的权利诉讼提

^① 曹正汉：《中国上下分治的治理体制及其稳定机制》，载《社会学研究》2011年第1期，第1页。

^② 谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015年第3期，第8页。

供丰富的信息监控与有效的制裁机制。”^① 藉此，以法律的普遍性命令所加以建构的“国家机构之间的平行责任”^② 就可以作为实施国家公共政策的替代性机制而在“行动—回应”的关系架构两端重新配置社会行动资源。

事实上，在国家治理体系较为成熟完善的西方国家，作为行政治理的补充机制，司法治理为“草根动员”提供了机制化的行为导向与行动激励。比如，美国的“私人检察总长”理论（private attorney general）正是基于强调在特定领域通过私人诉讼引入司法治理对破坏国家公共政策的行为予以矫正、制裁的积极意义。

三、司法治理与社会行动资源的“市场化”配置

（一）社会行动资源配置的效率问题

当草根动员从日常政治行动向更为复杂的法律行动发生演化，集体行动成本过高的问题就会凸显出来。比如，在前文福建 RP 企业污染案中，按照传统的当事人观念，只能由近两千名污染受害者作为私法上的权利主体以集体诉讼的方式对污染企业提出控告，在这种情况下，如果缺乏有效领导，一致行动本身的协商成本就可能是高不可攀的。当然，在这个例子中，由于 ZCJ 的个人独特作用，使得这个问题似乎并不显得尤为突出。但我们仍然需要注意到，集体行动困境是客观存在着的。

在早期的一则例子中，四川省资阳市雁江区境内的清水河及其支流沿岸有数十家石料加工作坊肆意排放污染物，不仅阻塞河道，而且污染水体，使 4 个村的 800 亩土地、近 2000 人的生产生活受到严重影响。雁江区环保局曾对污染企业发出整改通知，限期停产整改。但众厂家仍然我行我素，污染问题得不到切实解决。受害农民思想难以统一，部分受害农民与污染企业交涉无果之后，担心胜诉无望，并因诉讼费用的负担，起诉态度消极。^③

另外，在诸如环境公共政策的执行过程中经常会出现公共利益与私人权利之间的复杂竞合与冲突，在很多时候，我们其实并不能合理地预期在事实上享有权利或存在个体性利益的社会成员就一定会积极地采取符合国家公共政策预期的私人行动。他们也许会在公共利益与私人经济利益以及长远利益与短期收益之间做出在他们看来是符合“理性”的取舍。比如，在类似于福建 RP 企业与 XP 村的关系例子中，如果企业的环境破坏行为并不是像在本案中那样对相关村民利益构成不可调和的根本性矛盾，或者企业属于那种足够暴利的行业，也许他们就会在私下里达成在他们看来属于“双赢”的“共谋”行为。

有的时候，违反国家公共政策的行为尽管同时侵害了多数人的利益，但对于每一个单

^① 伍德志：《欲拒还迎：政治与法律关系的社会系统论分析》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2012 年第 2 期，第 10 页。

^② 谢岳、党东升：《草根动员：国家治理模式的新探索》，载《社会学研究》2015 年第 3 期，第 2 页。

^③ 参见齐树洁、林建文：《环境纠纷解决机制研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 235 页。