

# 法律洞的司法跨越\*

——关系密切群体法律治理的社会网络分析

张洪涛

提要: 当法官(法律)面对村民及其关系密切群体时,对方无结构洞,而自己周边有法律洞,处于不利的网络位置。为此,法官(法律)采取将村长、习惯法和调解嵌入的策略,填补法律洞以提高结构自主性。当法官(法律)面对陌生人群体时,可利用对方存在结构洞以提高结构自主性,但这时的法官(法律)还未处于自己无法律洞而对方有结构洞的最佳网络位置。因此,中国法治最紧迫的任务是实现国家制定法与中国因素的有机融合以填补法律洞。

关键词: 结构洞 法律洞 嵌入策略 结构自主性 关系密切群体

## 一、材料、问题与视角

本文研究的具体材料是发生在中国社会的一个很常见的已有许多学者研究过的“依法收贷案”。<sup>①</sup>

本案例发生在陕北北部的沙河镇。沙河镇坐落在黄河支流无定河畔,河的北岸是一望无际的沙漠。该案被告老王就住在河北岸地处沙漠腹地的村庄,离镇上30多华里。他大约10年前向原告、镇信用社贷款200元,期限3个月,到期后原告多次催要无果。1996年,在地区和县政府有关部门“依法收贷”的促动下,信用社新上任的法定代表人白主任代表原告向沙河镇人民法院提出诉讼请求。人民法院高庭长在1996年11月18日带着原告与请来帮忙的营业所主任以及派出所民警前去老王家,并租用了一辆小面包车“以壮声势”。笔者与其他两位

---

\* 本文是教育部人文社会科学规划基金项目《民意沟通与我国司法调审制度改革研究》(10YJA820128)和东南大学基本科研业务费国家社科基金预研项目《中国法治的中国元素之技术角度研究》(项目批准号:SKYY20110002)的阶段性研究成果。

① 有关此案背景材料以及相关分析和研究,参见王铭铭、王斯福,1997:541-550;强世功,2001:429-559;张洪涛,2009。后面不另加注释。

调查者碰巧得以随行。快到老王家时,高庭长出于“你村上跟上个人”的考虑,想请村支书帮忙。我们的到来,尤其是汽车惊动了村支书,还没等我们走过去,他就主动迎了过来,带着我们去老王家。我们进院子时,一只小狗挡在门前不停地叫,还没等主人出来,村支书将狗拉着拴到一边。不料,老王外出放羊,村支书就去找借贷人。不一会儿,被告回来了,于是诸位上炕就坐,直接在“炕上开庭”。

首先,营业所和信用社声称被告还有营业所一笔款没还,被告说还了,只是证据丢了,但有人证。高庭长不再过问此“案”,而是追问信用社那笔款为何不还。被告通过转换不同角色(如被告、主人、“私人”等),以认错、无钱、没空、社会舆论等道德的、客观的理由来推脱、抵赖和求情。原告和营业所主任也通过转换不同角色(原告、客人、“公家人”等),从道德角度阐述“兴师动众”地“依法收贷”的合法性“现在这个样子是你逼的”,特别强调这次与以前不同在于其“合法性”——是“依法收贷”。法庭庭长也通过转换不同角色(原告、客人、法官、朋友等),从道德和法律角度,运用人情面子和法律对被告的理由进行反驳和批评,一再声称这次是“依法收贷”,借贷人应交纳本金200元加上10年利息共700多元,再加上这次下乡的交通费和诉讼费各200元。村支书也运用类似方式说合,批评借贷人借钱不还,随后在未同庭长商量的情况下,自作主张地要求借贷人及时还上本息,诉讼费和交通费就免了,由他“顶这个人情”。对此,庭长并没反对,反倒说这是调解的办法,否则就依法审判,该罚就罚,现在这样是为借贷人着想。

这一“开庭”最后通过所有参与者采取一种模糊的策略——语言(法律的与非法律的)的模糊、角色和身份的转换、规则(国家法与习惯法)及其运作机制(显性的法律激励机制与隐性的声誉激励机制)的切换、论述进路(道德与法律)的变换、法律审理场景(炕上、法庭)的变化、法律审理方式(审判与调解)的交替——及其体现的主体间性精神、中庸精神以及沟通理性(如将心比心、换位思考)而不是工具理性,基本得到了令所有人满意的解决:原告收到了多年未收到的欠款;被告还了款,但“打了折”,获得了“口惠”;法官尽管没有完全“依法收贷”,但完成了政府交给的政治任务,赚到了社会资本;村支书露了脸,也收获了非物质性利益和社会资本。

从审理过程看,本案尽管宏观上存在着国家权力在乡土社会松弱的情形(苏力,1998),但国家权力介入的广度和深度相对于一般案件

而言,并不“显得”松散:作为政治任务有政府积极介入,得到了法院、公安、当事人等国家机构的积极配合,甚至还包括“舆论介入”(如社会调查者)。此案应是充分展示国家力量,严格使用法律,采取审判方式的,但却“硬法软行”(张洪涛,2010a),即法律规定非常明确、清晰而司法却呈现模糊、不确定的柔性状态。因此,本案对笔者研究的问题很具典型性和代表性。在此,笔者追问的就是:这些在立法阶段没有融进国家制定法的中国因素(包括习惯法、人情、面子等因素)为何在司法阶段进入了法律?它们是以何种方式进入的?立法者制定的没有中国因素的明确的法律即“硬法”为何要模糊地“软行”?“硬法”为何能“软行”?这些微观的角色转换、宏观的规则及其运作机制的变换与中观的法律审理方式的切换之间是否有内在的必然联系?申言之,法官为何要村支书的协助?国家制定法及其运作机制为何要借助于习惯法及其运作机制?便捷的审判为何转换成了复杂的调解?

本文试图运用社会网络分析方法,从结构洞理论角度对这些问题提出一些在笔者看来更深入、更具说服力和更有意义的新解释,以求教于学界同仁。这种结构洞理论的解释与以前的解释,尤其是关系/事件的角度不同。第一,该现象中因果关系的动因不是关系的强度而是有一定跨度的结构洞。关系强弱是相关关系,而不是因果关系。结构洞理论直接抓住了因果关系的动因,因此为理论提供了更坚实的基础,为经验研究提供了更清楚的指导。第二,弱关系理论削弱了结构洞的控制利益。结构洞的控制利益有时比它带来的信息利益更重要。将这两种利益都整合起来的理论能更清楚地说明所研究对象的一般性”(伯特,2008:28)。第三,结构洞理论还是一种能将宏观与微观统合起来的中观视角或“中间层次”(周雪光,2003:155),有效避免了宏观视角“过度社会化观点”的不足,将法律运行单纯看作国家权力和社会环境作用的结果,作一种国家主义或客观主义的解释(苏力,1998;张洪涛,2007),同时又能有效克服微观视角“低度社会化观点”的弊端,将法律运行只看作理性经济人的利益博弈过程,作单纯个人主义的解释(张洪涛,2007)。“这种解释意在绕开玩家<sup>①</sup>特质和行为结果之间的虚假相关,来揭示导致这种结果暗含的社会结构因素……使结构洞理论成

<sup>①</sup> “玩家”(player)是指竞争中的个人和组织,这种称呼更符合作者在竞争环境中的真实感受。“玩家”中性的表述是“行动者”(actor)(伯特,2008:48)。

为沟通微观—宏观分析层次的有力的概念工具”(伯特 2008: 200)。

## 二、法律洞<sup>①</sup>在司法领域的延伸: 司法洞

本案是一个非常典型的法律洞在司法领域延伸的个案。当法律运行到司法阶段时,这种在立法阶段存在的法律洞就会演变成“司法洞”,即法律适用对象(如本案村民与法官)之间出现了联结微弱或关系间断的情形。

上述个案中有哪些可能因素阻止村民去接近法官(法律),使村民与法官(法律)的联结较弱或出现关系间断的现象呢?

第一个最基本的可能因素是村民的社会生活环境和内容。作为本案的发生地沙河镇,贫瘠的土地、恶劣的气候和落后的交通造成了其经济上的贫困和文化上的落后;由于处于政治、经济和文化的边缘,也使其成为一块“法律不入之地”。近代以来随着国家政权的进入,法律触角已伸入这里,80年代中期设立了派出法庭,但审理的主要案件集中在婚姻、债务、相邻关系纠纷和打架斗殴导致的人身损害赔偿等方面,可以说由处于政治、经济和文化中心的立法者制定的国家法的大部分内容与它的关系非常微弱,甚至出现了间断。

作为本案被告村民老王,则处于边缘的边缘,成了“法律不入之地”的“法律不入之人”。老王居住在地处沙漠腹地的村庄,住在沙坡上四孔孤零零的旧窑洞里,是靠刨地为生的人。他种地、放羊,偶尔也赶赶集市、贩猪贩羊,“老根是不常动的”。这种“不流动是从人和空间的关系上说的,从人与人在空间的排列关系上说就是孤立和隔膜。孤立和隔膜并不是以个人为单位的,而是以住在一处的集团为单位的”(费孝通,1998: 8)。这种集团的生活网络大致是一个半径为30公里

① 结构洞广泛存在于政治、经济和社会领域(伯特 2008: 48)。笔者受社会学中结构洞概念的启发,将法律领域中的结构洞简称为法律洞。法律洞是指中国当代立法中由于缺乏对中国社会自身因素或信息的考量,大量充斥西方法制因素或信息,从而使中国法律网络在整体上呈现出一种结构性缺陷,好像法律网络上出现了洞穴,即法律结构洞,简称法律洞。法律洞与法律漏洞最主要的区别是其结构性,前者是结构性缺失,后者不是。以司法中的法律推理为例,法律推理是大前提+小前提=结论,但这里的小前提出现了缺失,而不是法律漏洞中出现的对小前提考虑不周或不当等问题。关于我国当代立法中法律洞的专门研究,笔者将从三个层面另行撰文阐述。

的区域(杜赞奇,1996:10-27)。在这个有限的交往范围内,人与人之间面对面的互动非常密切,同时也是多维度的,形成的是熟人社会(苏力,2004:6-14)。用结构洞理论的话说就是人们之间的接触频率和情感亲密度较高,结成的是强关系群体。作为生活在这种强关系群体中的老王,由于经济贫困,很难有明确的“物权”概念,正如老王的话中所透露的意思:公款不能短下,私产能够短下,即使到别人田地摘几个瓜吃吃也不能算偷窃的事情(可参见严景耀,1986:70-71)。在这里几乎不会有区分动产和不动产的概念和必要,也几乎没有遗产继承以及相关的法律需求。由于关系紧密,这里产生隐私权的意识和概念的可能性较小,村支书因此可以不经村民同意就“私闯”民宅;由于关系紧密,“跑得了和尚跑不了庙”,这里对担保法的需求也较弱,也不会产生调查者所担心的“躲债”问题,也不太需要产品质量法和消费者权益保护法。在这里,“我们大家是熟人,打个招呼就是了,还用得着多说么?”文字几乎成为了多余的东西,对文字的需求也不强烈;在这里,“法律是无从发生的”,“这不是见外了么?”这里对合同尤其是书面合同和证据法的需求也较弱,“心想款还了,要那个做什么”。由于社会不流动或流动稀少,规则间发生时空冲突的可能性不大,几乎不存在解决法律规范间冲突问题的需求,产生冲突法的可能性也不大(参见费孝通,1998;苏力,2004;王铭铭、王斯福,1997:415-480)。总之,“只有触及法律的时候,他们(老百姓)才在法律的脉络里面出现,但在他们的日常生活中,他们实际上是居于法律之外的”(王铭铭、王斯福,1997:481)。

第二个可能的因素是村民固有的秩序,即习惯法及其运作机制。法律除了包括立法外,还包括社会内生出来的法律,因此,没有立法的法律并不意味着没有秩序。习惯法粗糙、不规范、不明确,有些甚至还是“未阐明的规则”、“原生态的规则”、“事实性规范或描述性的规则”,也没有专门机构和人员来制定和实施,但并不意味着无效。这种规则与村民日常生活高度相关,是村民们共同“习”出来、平日反复“陶练”出来的,为村民所熟悉,“是从时间里、多方面、经常的接触中所发生的亲密的感觉。这感觉是无数次的小摩擦里陶练出来的结果……会得到从心所欲而不逾矩的自由”(费孝通,1998:10)。这种内部规则可以说已身体化为村民身上不可分割的部分,不是谁想把它剔除就能剔除出去的,也不是谁想不遵循就能不遵循的(张洪涛,2009)。借用哈

耶克的观点,遵循这种自生自发的内部规则实现的是自己的目的,不像立法的法律那样去实现立法者的目的,是一种“自由的法律”;用费孝通(1998:10)的话说就是“从俗即是从心。换句话说,社会和个人在这里通了家”。遵循这种内部规则还会给人一种“学而时习之,不亦说乎”的愉悦和“采菊东篱下,悠然见南山”的悠闲自在,村民即使是个“老粗”,也不会有接触法律的生疏感,不会一提及“依法收贷”就感到紧张、神秘和惶恐。正是这种规则的存在,非常有效地回应和满足了乡民们对规则生活和解决纠纷的正常需求,形成了“无需法律的秩序”和“习惯法共同体”(张洪涛,2003:56-72)。“这种共同体不但以信息的共享为其特征,而且其成员基本上拥有同一种知识,受制于同一种生活逻辑……对他们来说,国家法律所代表的不是另一种知识,而且,至少在许多场合,是一种异己的和难以理解的知识”(王铭铭、王斯福,1997:431)。因此,对他们而言,“立法的法律”是一种“外部规则”。

乡土社会的规则也有一套运行有效的激励机制。“人们生活在一个他们与之有强关系的人组成的群体中。信息在这些群体中高速传播。每个人知道的,其他人多半都知道”(伯特,2008:27)。因此,在这种群体内就不存在匿名社会所存在的信息不对称,以及由此而带来的“逆向选择”、“道德风险”等一系列信誉、信任问题。即使出现了有损信誉、信任的问题,由于人们交往是多重而长期的博弈,甚至“终老是乡”,由于实施社会惩罚便捷而有效,人们“也丢不起这个人”,故而有动力去维护关乎自己一生幸福的个人信誉及与之有关的面子,这样就容易形成一种除了基于个人的信任外的基于信誉的信任。这种“从熟悉得到的信任……其实最可靠没有了”(费孝通,1998:10)。由于这种信任,人们愿意进行一种基于互惠原则上的合作,乐于放一种跨越时空的“人情债”;由于这种信任,书面合同成为多余,即使必要,其条款也可大大简化;由于这种信任,还可以大大节约解决纠纷的成本和监督成本,降低风险成本,有效保证了可执行性。

乡土社会这套隐性正激励机制之所以有效,还得益于一套有效的隐性负激励机制即社会惩罚机制。“法律可以简单地理解为由第三方(法院)执行的交易规则”(张维迎,2003:32),其惩罚来自以法院为代表的国家暴力机关,成本高且效果有限,而乡土社会的规则可以“被称为第一方执行的合约”(张维迎,2003:31),其惩罚来自当事人和社会组织,成本低且有效。由于信息传播较快,获取信息的成本较低,那些

不守信的行为较易立即成为公共信息,形成强大的舆论力量,因此,在这里,最严厉的惩罚不一定是身体和物质的,而是心灵和非物质的,如“议论人与疏远人”(埃里克森,2003:174)、“戳别人的脊梁骨”、“丢人”、使你失去“面子”等。这些弥散而有效的社会惩罚措施实施起来也非常便捷,甚至许多制裁如对不守合约的人施以白眼、嘲笑、排斥等可由当事人通过“自我制裁”和“个人自助”直接完成(埃里克森,2003:149-165),无需由第三方如法院来保证。

与上述因素紧密联系的第三个可能的因素是村民源于自己长期生活经验积累而形成的对现代法律的传统化“误解”甚至“曲解”。由于习惯法及其观念强大,当国家制定法与之冲突时,法官并不坚守或论证正确的法律观念,批判甚至否定传统的错误观念,而是采取实用主义的做法,“将错就错”,以实现自己解决法律问题的目的。如本案村民存在着将“公产”与“私产”在法律上区别对待的观念,还存在着中国传统的法律观念——“法即刑”,这些显然与现代法律是对人们权利与利益的平等保护理念背道而驰。对此,法官没有批评和纠正,而是“将计就计”,以实现自己的目的。这样,客观上强化了人们脑海中残存的错误观念,阻碍了人们去接近并利用现代法律,使人们离现代法律渐行渐远,加深了村民与现代法律本来就存在的隔膜。

第四个可能的因素在于,与习惯法运作成本和效果相比,现代法律运作成本较高而效果较差。比较而言,由于受信息传播的限制和信息分布不对称的影响,易产生“逆向选择”和“道德风险”等问题,因此,法律作为由第三方(政府、法院)执行的激励机制的有效性,依赖于行为的可观测性和可验证性(张维迎,2003:196)。这两个条件意味着法律的信息成本较高,以及随之而来的法律执行成本、诉讼成本、监督成本、风险成本、乃至时间成本和心理成本都较高。法律这种“显性激励机制”作用有限,需隐性激励机制补充。但中国社会目前存在“信任危机”,声誉对人们行为作用有限,隐性激励机制难以正常发生作用,最终使法律运行成本在显性激励机制和隐性激励机制同时失灵的情形下更高,有时甚至会出现“法律白条”。

在我国,目前立法主要移植的是适用于陌生人社会和工商社会、为中国经济服务服务的西方形式法律,在这种情形下,上述这些可能的本土的直接或间接的中国因素显然不是立法者要着重考量并吸纳进立法中的因素,相反,更有可能是立法者试图通过立法加以否定、改变甚至

消除的中国因素(苏力 2001)。<sup>①</sup>在这个意义上,上述司法阶段村民与法官(法律)存在着隔膜、联结较弱和关系间断的情形,由此形成了国家提供的法律无法满足乡村社会的需要、而村民需要的法律无法得到制度化满足的“无法可依”局面,也即司法洞,它是立法缺乏中国因素而造成的法律洞在司法领域的延伸。

### 三、法律洞司法跨越的策略选择:退出、扩展还是嵌入

由上可以看出,由于国家制定法中没有有效融进中国因素如习惯法及其运作机制,国家制定法(图1中 $L_1$ 、 $L_2$ )与习惯法(图1中 $C_3$ 、 $C_4$ )出现了联结微弱或关系间断的情形,造成了法官G周边出现了法律洞(如图1中的“第五个玩家”)。而在关系的另一端法律适用对象老王 $W_1$ 与其他村民如 $W_2$ 、 $W_3$ 、 $W_4$ 形成了一个以村支书S为中心的关系密切群体 $C_1$ ,没有结构洞,因此,法官的结构自主性很低,处于非常不利的获取信息利益和控制利益的网络位置。<sup>②</sup>为了改变这种局面,提升法官的结构自主性,降低这种结构洞分布格局给法官带来的约束,在理论上,法官可以选取下述三种策略。

第一,退出策略,即压缩自己的网络边界,放弃对村民及其关系密切群体的信息利益和控制利益,以避免这种来自关系密切群体的不愉快的约束。但这种放弃并不只是对村民老王的信息利益和控制利益的放弃,极有可能意味着对整个关系密切群体信息利益和控制利益的永久放弃,以后再想进入这个关系密切群体就比较困难了。其次,退出策略意味着法院对政府 $L_C$ 的承诺就会落空。由于政府属于政治权力和社会的中心,与各群体(如图1中的 $L_A$ 、 $L_B$ 、 $C_1$ 、 $C_2$ 等群体)有广泛而紧密的联系,且政府内部组织化程度较高,关系紧密,没有结构洞(如图1中 $L_C$ 群体)。因此,政府对法院的约束最强,政府对法院提出的要求最难拒绝,法院一般会尽量满足政府提出的要求,与政府建立良好关系,尤其是当法官(法律)周边存在结构洞时更是如此(如图1中第五

① 在此需说明的是,笔者并不是要将这些中国因素直接规定为具体的法律规则,更重要的是说我们在立法时要根据中国因素对移植西方的法律规则进行必要的修正、变通,改变法律进入中国社会的方式,尽量减少法律与中国固有规则的不必要的正面冲突。

② 关于结构自主性一般理论的探讨详见文末,也可参见伯特 2008:9-51。



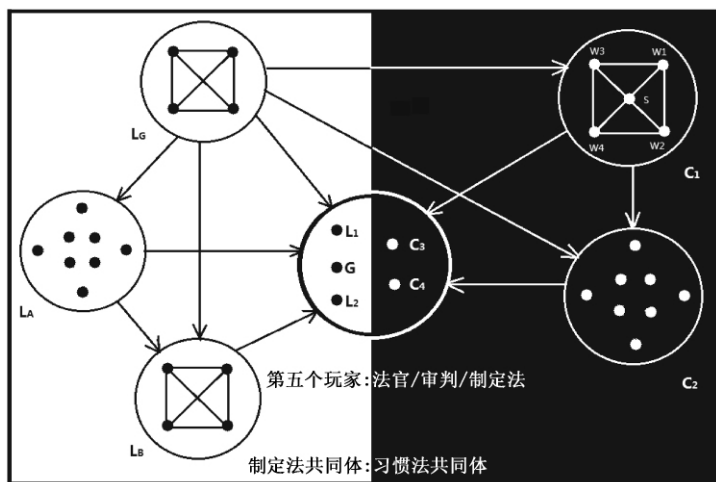


图 1 嵌入策略前法官(法律)的结构自主性

个玩家)。正如一位法官所言“我们浠水法庭和浠水乡政府一贯保持优良传统,现在我们这个党委书记刚换,新来了一个书记,一如既往和我们的关系照样融洽,这是我们多年保持下来的好的作风”;否则,“以后工作就彻底没法开展了”(强世功 2001: 467)。再次,退出策略还意味着法官放弃履行自己法律责任(如对此案的审理责任)。这既不是法律所允许的,也不是本案的原告能答应的,尤其是当原告及其所处群体是关系密切群体(如图 1 中的  $L_B$  群体)时,对法官的约束就更强。最后,退出策略还会侵蚀法官在其他关系中的可靠性,使法官的其他关系人无法确定法官还会结束掉哪些可能束缚他的关系,认为法官(法律)是个机会主义者,影响法官(法律)的权威和声誉。如法官一旦采取退出策略,就意味着无法兑现对其他群体如原告所处  $L_B$  的法律承诺,影响法官(法律)在群体  $L_B$  中的权威和声誉,侵蚀法官(法律)在以后的法律纠纷解决中的可靠性,使法官(法律)无法为人们的利益和行为提供明确的预期。这种负面影响还会通过  $L_B$  群体在社会中蔓延扩展开来,侵蚀、动摇其社会根基。总之,退出策略对本案法官不是一个好的策略选择,也不是一个现实的策略选择。

第二,扩展策略,即扩展关系网络边界,在关系人老王  $W_1$  周围选择另外一个关系人如  $W_2$ ,通过加强与  $W_2$  的联系发展出一种新的关系,使新关系与老关系竞争,从而达到通过新关系控制老关系的目的。

其实质就是在关系的另一端,即村民及其群体中,通过发展结构洞的办法来提高法官的结构自主性,最终达到控制村民的目的。这种策略实施的前提是村民老王  $W_1$  与  $W_2$  并没有联系,存在着结构洞。在本案中,这个条件实际上并不存在。如从村支书可以不经村民同意就将原告、法官等外来者擅自带到村民家中,而村民并不是像陌生人社会中那样将大门紧锁,只是用一只狗看门等细节中,我们可以推断出村民所生活的群体是一个关系高度密切群体,甚至从这只狗对熟人村支书和陌生人的不同反应中,也可以印证上述推断。如果说村民对内部人疏于防范,那么,对外来者则非常谨慎和敏感,也非常封闭。因此,外来者法官、原告等不能随便进入,其进入缺乏合法性,需反复阐述进入的责任在对方,“现在这个样子是你逼的”。这个推断还可以从一些学者的相关研究中得到佐证(费孝通,1998;苏力,2004;王铭铭、王斯福,1997:415-480)。总之, $W_1$  与  $W_2$  同处于一个关系密切群体  $C_1$ ,他们之间没有结构洞(如图1所示)。因此,在这样的一个关系密切群体中发展另一种新关系的扩展策略,“你可能令新老关系彼此过于熟悉……他们很容易联合起来令你满足他们的共同需求”(伯特,2008:237),使这种扩展策略以失败而告终。

第三,嵌入策略,即仍然保持引发制约的关系网络,但是将令人不快的制约嵌入到一个你更能控制的新关系中,其实质是将纠纷置于一种更广泛的关系网络中,通过变换“第五个玩家”,使第三方在一种新关系的约束下活动(见图2)。这里的“第五个玩家”,既可以是微观层面的纠纷(谈判)双方的特殊关系(Granovetter,1985:481-510),如对法官—村民之间联结较弱或间断的双边关系,通过嵌入村支书将其变为法官—村支书—村民之间的三边关系,使法官与村民之间存在的关系间断得以弥合,结构洞得以缝合,提升法官的结构自主性,实现法律洞的司法跨越;也可以是宏观层面的纠纷双方关于纠纷解决规则的共同社会理解(参见康芒斯,2009),将原先不易为双方接受的法律规则改变为易被双方接受的新规则,将单纯的国家制定法( $L_1$ 、 $L_2$ )改造成与习惯法( $C_3$ 、 $C_4$ )实现了有机融合的新规则,填补由中国因素缺乏而造成的法律洞,提高法官(法律)的结构自主性,使法官(法律)成为一个结构自治者,实现法律洞的司法跨越;还可以是中观层面的社会组织的组织结构,如将我国实然的等级结构的审判置换为调解的方式,将一种同等结构和具有主体间性的组织结构嵌入到纠纷的解决中来,将缺

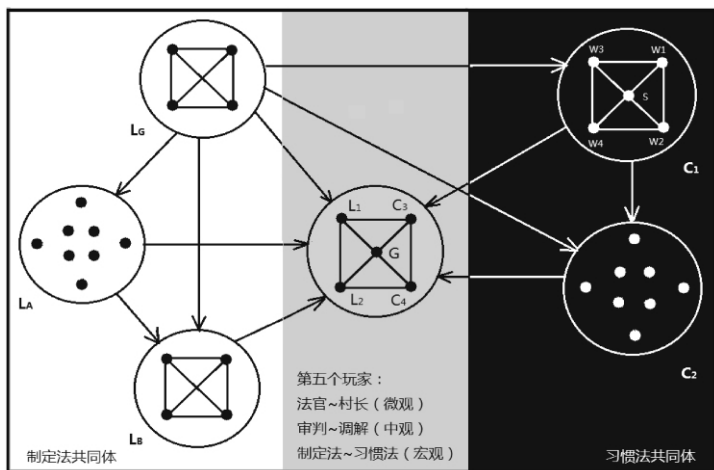


图 2 嵌入策略后法官(法律)的结构自主性

乏结构洞的“目标引导的网络”嵌入到结构洞丰富的“偶得的网络”中（奇达夫、蔡文彬 2007: 99 – 127），以便为微观层面村支书的嵌入和宏观层面习惯法的嵌入提供制度和组织保障。

与退出策略和扩展策略相比，“这种策略的优点，也就是它被广泛采用的原因在于，它不需要对现行的关系结构进行改变，不需要改变超过玩家自主控制能力的那些约束”（伯特 2008: 237），来达到降低其约束并提高其结构自主性的目的。受法官周边存在法律洞而村民身边无结构洞的制约，嵌入策略是本案法官主要采取的策略，下面将分而论之。

#### 四、法官微观层面策略性嵌入：法官为何被村支书代替

法官实施嵌入策略在微观层面就是将村支书引入到纠纷的解决中来，将原先法官无法控制的法官与被告村民之间双边的诉讼关系，嵌入到一种对法官具有一定可控性的由法官—村支书—村民构成的多边关系之中，填补法官与村民之间由于中国当代立法中缺乏对中国因素，尤其是像村民所处关系密切群体中的地方性因素的考虑而造成的法律洞，提高法官的结构自主性，最终使法官成为一个结构自治者。

为什么法官要将村支书嵌入其中而不是由自己独立完成呢？

第一 效率原则。法官受自身时间和精力以及机会成本的局限,要集中时间和精力维持和发展与非重复关系人的联系。增加网络规模,关键是要增加非重复性关系人的数量。“当若干关系人都介绍给你同样的人,提供给你同样的信息,他们就会成为重复的关系人”(伯特,2008:18)。在一个关系密切群体中,人们之间容易形成强关系,信息在这些群体中高速传播,他们之间容易形成重复的关系人。因此,法官高庭长不可能也无需与关系密切群体内的所有村民建立联系,但必须选择一些重要的或社会声誉较好的关系人(如村支书)发展成为他整个社会关系网络的非重复关系人,以便解决国家制定法与习惯法、自己与村民之间因法律洞的存在而带来的进入困难,最终使自己的信息利益和控制利益受损和受约束的问题。

第二,有效原则。“维持整个网络并非需要与所有的联系人维持关系,而在于确立初级关系人”(伯特,2008:22)。如本案中沙河镇法庭的高庭长,面对全镇那些关系紧密群体,即各自然村时,受时间、精力和机会成本的限制,不可能越过初级关系人(如村支书)来与王家村的所有村民包括老王发展关系,要想在全镇所有村子中有自己的初级关系人以便使自己的信息利益和控制利益得到保证,只能“集中维持与这些关键的初级关系人的联系,将原本与各个群体中的非关键人之间的直接关系弱化为通过关键的初级关系人的非直接联系”(伯特,2008:21-22),只能将村民作为他整个关系网络中的次级关系人。另外,法官除了要与各农村社区初级关系人建立好关系,还要与政府各部门以及金融单位等初级关系人搞好“外交”关系,以便“在其他条件一定的情况下,拥有一个巨大而多样化的网络,能够最大限度地保证在有用信息传递的地方总有自己的联系人”(伯特,2008:17),正如本案法官所言“人际关系比较熟一点的,办案子好办”。

与效率原则关注通过初级关系人获得的平均人口数量、每个初级关系人产出的初级结构洞不同,有效原则关注的是通过所有初级关系人获得的所有人口数,整个网络总产出的初级结构洞,但两者的最终目的是利用较少的初级关系人来达到控制更多次级关系人,以最小的时间和精力投入获取最大化的信息利益和控制利益。

第三,以法官的身份进入村民所在的关系密切群体尽管在法律上具有正当性,但这种自上而下的“合法律性”,并不天然地具有自下而上的“合法性”,最终还需得到社会群体,尤其是像本案中那样的关系

密切群体的承认。这就是原告、法官等外来者需要反复阐述其责任在对方——“现在这个样子是你逼的”——的原因，这实质上是法官缺乏“合法性”而不是“合法律性”的表现。法官不能“擅闯”这个“禁区”，他面对的不是一个个体村民老王而是一个对法官（法律）存在本能拒斥的习惯共同体，面对的不是一个村民老王的反抗力量而是来自整个关系密切群体的集体反抗力量（张洪涛，2003：56-72）。“缺乏合法性（由于是外来者或非传统身份的原因）的行动者，可能不得不转而从跨越结构洞的‘资助人’那里获得社会资本，而不是试图自己作为架桥的中间人来传递信息和资源”（Burt，2000：345-423）。因此，法官必须借助于村支书这个“中间人”及其社会资本。

当然，法官也可以利用其“合法律性”身份，越过村支书而直接进入这个关系密切群体，但那样做存在较高风险，“那些被认为是外来者的行动者或者来自非传统群体的行动者如果试图跨越结构洞，可能会因此而受到惩罚”（Burt，2000：345-423），会遭到来自这个群体的反抗，甚至是来自村支书的或明或暗的不作为或有作为的反抗，即使这次借助于非常手段侥幸实现了暂时的司法跨越，但法官会面临着下次更加顽强、更加周密、更具组织化的反抗和刁难，甚至会造成法官对这个关系密切群体的信息利益和控制利益的永久放弃。

第四，相比上述法官存在的时间、精力和身份局限，村支书则是一个非常合适的人选。首先，村支书长期生活在这个关系密切群体中，是其中的一员，不存在时间与精力上的限制，也不存在身份的局限。其次，村支书还是这个关系密切群体中具有一定声望和社会地位的一员，有较高的点入度中心性<sup>①</sup>，是整个关系密切群体中社会关系网络的中心和“信息的集散地”，是法官获取这个关系密切群体的有关信息的最好“库房”（苏力，1998；强世功，2001：533-559）。再次，“一个提供信息利益的结构洞也衍生出控制利益”（伯特，2008：47）。村支书是整个关系密切群体的信息中心和控制中心，同时又是国家权力进入乡村社会的最末端的行政管理者，是整个国家行政管理网络中的一个结点，是法官可以借助于政府这个中介而达到的目标及其目标群体（强世功，2001：533-559），因此，法官借助于村支书不仅可以获取信息利益，更

<sup>①</sup> “点入度中心性”指某个行动者在某一网络中被联结的数目（奇达夫、蔡文彬，2007：173）。

重要的是还可以获取控制利益。正是村支书的嵌入,使原先法官与村民之间显得僵硬、刚性、易断裂的双边的控制与被控制关系,变成了法官一村支书一村民之间有一定弹性的、不易破裂的多边的控制与被控制的关系。

法官能通过村支书的嵌入来填补法官与村民之间的法律洞,获取信息利益和控制利益,村支书也可以利用这个法律洞来实现对法官的控制和约束。“当关系人身边的结构洞为玩家提供了信息利益和控制利益时,关系人也可以培育玩家周围的结构洞以便为自己谋取利益”(伯特 2008: 44)。由于国家制定法与习惯法或者说法官与村民之间存在法律洞,法官附近存在更多的结构洞(如图 1 中第五个玩家),因此村支书有更多的第三方策略空间可利用;相反,村支书由于与村民处于同一关系密切群体,就此而言,村支书身边没有结构洞存在(如图 1 中的  $C_1$  群体),法官无第三方策略空间可利用。换言之,对处于关系一端的村支书而言,自己身边没有结构洞,而处于关系另一端的关系人法官却富有结构洞,因此,村支书就具有了更高层次的结构自治,处于获取信息利益和控制利益的最佳位置;相反,法官结构自主性较低甚至没有,处于获取信息利益和控制利益的不利位置。正因为如此,村支书能在不与法官商量的情形下,自作主张地为被告免掉诉讼费和交通费,由他“顶这个人情”;而法官对此不但没有拒绝,反而予以认同。可见,正是法官和村支书周围结构洞分布的不同,决定了法官在解决纠纷中必将被村支书所取代,至少是形成类似“官绅共治”的局面。这就是结构洞的力量。

因此,村支书的嵌入不仅可以为法官提供信息利益和控制利益,而且也为村民提供了“庇护伞”,使村民可以利用村支书来反制法官,缩短与法官的关系距离,获取抵赖和求情的空间;也因此,村支书的嵌入还可以扩大法官与原告的关系距离,使之不会像嵌入之前那样完全站在原告的那一方(图 1 中白色区域),而是尽量保持中立的态度,形成一片灰色的中间地带(如图 2 所示);最重要的是,村支书的嵌入为习惯法及其运作机制的嵌入和调解的嵌入提供了微观的、活的通道和载体。

## 五、法官宏观层面策略性嵌入:制定法与习惯法的融合

从理论上说,提高法律结构自治,除了实现国家制定法与习惯法的

有机融合,减少甚至消除法律自身存在的法律洞外,还可以通过在关系的另一端即法律治理目标群体(如村民所处的关系密切群体)内制造结构洞,以提高法律的结构自治。后者实际上就是我国目前学界惯常所说的对关系密切群体的改造,或随着现代化发展而使之陌生化,如将图 1、2 中的  $C_1$  群体改造成  $C_2$  群体,将  $L_B$  群体发展成  $L_A$  群体。笔者在此不谈从关系密切群体向陌生人群体的转变需要多长时间,<sup>①</sup>实际上,这种转变是否可欲本身就是一个值得怀疑的问题。像这种关系密切群体,不只是存在于中国“落后”的农村社会,也较为广泛地存在于中国现代化的都市社会;<sup>②</sup>不只是存在于中国的都市社会,也存在于西方发达国家的都市社会(埃里克森,2003:171-179)。这种关系密切群体中形成的习惯法不只是存在于较小范围的熟人社会,也可以在现代较大范围的陌生人社会中出现(波斯纳,2004:15-51)。特别是随着现代社会的多元化、去中心化、多中心化和碎片化的不断发展,形成关系密切群体的社会条件不但没有减少,相反有不断增多的可能(参见哈贝马斯,2003)。

我们在强调关系密切群体在世界范围内的普遍性与共同之处时,还应注意中国社会在这个方面的特殊性。由于我国地域辽阔,民族众多,居住相对集中、人口密度高,以及中国社会传统上家族社会、关系本位社会、伦理本位社会的长期存在和中国人对人际关系的重视(梁漱溟,1987:77-94;金耀基,2002:94-174),加之后来的城乡二元结构、“乡土中国”、“单位中国”等因素的影响,使中国社会更容易形成更多的基于血缘、地缘和业缘关系的关系密切群体。因此,对关系密切群体法律治理的问题,在中国社会应该更为突出,更为普遍,也更为紧迫。它不只是中国目前社会要面临的问题,也是中国未来社会要面临的问题。换言之,它不是一个目前许多中国学者意图消除的问题,而是任何社会、任何阶段都要面临的问题。

因此,将关系密切群体发展成陌生人社会,通过制造结构洞来提高法律结构自治的做法是不现实的,也是行不通的。现在惟一可行的有效办法就是通过将中国因素,如习惯法及其运作机制嵌入到纠纷的解

① 苏力(2004:37)论述过这个问题。

② 如在中国各地城市中存在着“温州村”、“安徽村”、“河南村”等关系密切群体(参见张翼,2002;苏力,2004:37)。

决中来,实现国家制定法与习惯法的有效融合,以填补立法中没有有效融入中国因素而出现的法律洞,提高法律的结构自主性,改变法律在与关系密切群体间形成的社会关系网络中所处的不利的网络地位。“当效用是最高考虑因素时,对解决一个群体之内发生的日常纠纷感兴趣的法律制定者不可能改进该群体的习惯规则。在这种情况下,一个法律体系的比较恰当的做法是依从一个群体的非正式做法”(埃里克森,2003:350)。因此,在这里,作为纠纷解决依据的规则是模糊的。“依法收贷”可以限缩解释为严格依据国家制定法,也可以扩大解释为包括习惯法在内,甚至还可以按村支书的话理解为“王法”,既有“国法”,更有“人情”与“天理”。在这里,规则运作机制也是不确定的:既有法律规定的显性激励机制,更有与信誉有关的面子等隐性的激励机制;既有法律论证的进路,更有道德论述的进路;既有“依法收贷”的法律权威的“显摆”,又有法律的无奈(赖——“不行就抵东西,今天过来交不齐就不走”。在这里,即使是追求明确、清晰目标的法律信息,也可以做模糊化甚至歪曲的处理:在专业人士看来,与案件毫不相干的银行法和破产法也可以派上用场;作为法律同等保护的财产,为了激活村民的认同,也可以区分为“公款”和“私款”并加以区别对待;赔偿的金额和罚款也可以“我给主任(信用社主任)做工作,费用(甚至包括国家的——引者注)可以少一点”;“准确的、模糊的或者歪曲的信息被第三方操纵着在关系人之间流动”(伯特 2008:34)。

正是通过习惯法及其运作机制(如图1中的黑色区域)的嵌入,使原先显得僵硬刚性的国家制定法(如图1中的白色区域)变成了有一定弹性和张力的、由国家制定法与习惯法融合而成的新规则(如图2中灰色区域),实现了国家法(图2中 $L_1$ 、 $L_2$ )与习惯法(图2中的 $C_3$ 、 $C_4$ )的有机融合,消除了法律自身存在的法律洞(如图2中的第五个玩家)。由于这种新规则吸纳或考量了关系密切群体的习惯法及其运作机制,使被告村民愿意也易于去接近、理解、认可和接受,由此可以改善法官与被告村民之间的关系,消除法官与村民之间存在的法律洞,也可以相应地减少因法律洞带来的法官对村支书的依赖和审判对调解的依赖。同时,由于新规则嵌入了习惯法及其运作机制,使法官与原告之间的关系受村民的牵制,不会出现像本案那种法官完全站在原告一边的不正常情形,这样就加大了法官与原告之间的关系距离,弱化了法官与原告之间的强关系,使法官显得更中立,为新规则被双方所理解、认同



与接受打下坚实基础,从而提高了规则自身的结构自主性(如图2所示)。“嵌入性能够将一种关系中的可以—必须—能够—不能这些默认规则,转变成令人更容易接受的其他规则”(伯特 2008: 240)。用高庭长朴素的话说就是“农村不依法律观念,依人情,人熟了以后,办事(人家就)相信你”。

习惯法及其运作机制的嵌入还会为法官带来意想不到的控制利益。是依国家制定法收贷,还是依习惯法收贷;是依“国法”,还是依“人情”、“天理”;是运用法律规定的显性激励机制,还是运用隐性的声誉激励机制如面子机制;是赔偿多,还是赔偿少;是审判,还是调解;是炕上开庭,还是法庭上见……这一切由于习惯法及其运作机制的嵌入而显得极不确定,没有哪个能表现得好像有绝对的权威。但正是这种不确定性使之产生了一种内在的张力,“最重要的张力不是竞争者之间的敌意,而只是不确定性”(伯特 2008: 47)。“没有张力,就没有第三方”(伯特 2008: 33)。正是这种张力,也提供了能够被法官所利用的第三方策略,最终为法官带来控制利益。这种控制利益表现在村民身上,就是要还清欠款,但也要留有余地,可以给予“折扣”和“优惠”,不能让他有“全败”的感觉;体现在原告身上,就是尽管可以收回欠款,但不能得理不饶人,不能让他有“全胜”的感觉;呈现在村支书身上,就是我可以给你面子,但也要有分寸,优惠不能全由你说了算,费用不能像村支书所说的全免,最后的决定权尽管实质上是“官绅”共享,但在形式上还是由“官”最后拍板定夺。可见,法官之所以将习惯法及其运作机制嵌入到纠纷的解决中来,除了填补法律洞以提高结构自主性外,还可以将令人不快的制约嵌入到法官更能控制的新关系中来。这就是法官宏观上采取嵌入策略的实质。

## 六、法官中观层面策略性嵌入: 审判为何被调解置换

法官之所以能实现微观层面村支书的嵌入和宏观层面习惯法及其运作机制的嵌入,还需中观层面能将微观和宏观联结起来的社会组织及其结构的嵌入,以便从组织上保障上述两种策略性嵌入得以顺利实现。换言之,就是法官为了制度化地实现村支书和中国因素的策略性嵌入,以便达到法律洞的司法跨越,必将审判置换为调解。这是因为:

不论是西方已实现司法化的审判的组织结构,还是中国目前没有完全实现司法化的审判的组织结构,都无法制度化地实现村支书和习惯法的嵌入,而中国调解制度的组织结构可以做到这一点。

就中国目前没有完全实现司法化的审判而言,它不仅是一种规范结构,而且是等级结构,嵌入这种结构中的所有人(包括法律人和有可能进入的非法律人)是服从与被服从的关系,其组织沟通主要是自上而下的纵向沟通,其组织互动是顺从型互动,其组织决策和目标由处于等级结构顶端的最高领导者如立法者决定,它有一个权威性的命令链来保障其组织目标的贯彻与实施(张洪涛,2010b),因此是一种非常典型的“目标引导的网络”。<sup>①</sup>这种网络有较为清晰的时间边界,严格遵循诉讼时效规定;有较为清晰的内容边界,辩论的内容和支撑辩论的证据等必须遵循法律的规定,围绕法官确定的法律争点进行;也有较为确定的社会边界,审理案件的地点、参与诉讼的人员等必须合法,任何不合法的选项(如炕上开庭、村支书等)都不能作为法官和当事人的选项。在这种网络中,人与人之间的联结较为紧密,不可能形成次网络,结构洞最少,因此无法融入相对法律而言的异质性因素,无法为法官提供策略性的制度空间,以嵌入特殊的关系(如村支书)和一种易于为纠纷双方接受的、由国家制定法与习惯法融合而成的新规则,不具有跨越其法律洞的功能。

西方已实现司法化的审判,尽管是同等结构和主体性结构,但嵌入这种结构中的所有人主要是平级关系,其组织沟通主要是横向沟通,其组织互动也主要是协作型互动。可能会出现冗长的辩论、观点的分裂,所有的观点都可以得到代表,所有的论点都可以阐发,所有的利益都可以给予其恰当的份量,法官也具有一定的自由裁量权(张洪涛,2010b)。偶尔也会填补一些法律漏洞,有少量的结构洞存在。但它不过是“在法律运用的角度之下再次打开了各类论据(它们已经进入立法过程中,并且为现行法律的合法性主张创造合理基础)的包裹”(哈贝马斯,2003:348),仍然是规范结构,不可能做到像本案那样将不合法的规则(如习惯法)和非法的人员(如村支书)嵌入到审判中,并对司法结果产生决定性影响。不可能与我国审判一样,有清晰的时间边界、社会边界和内容边界,主要是一种目标引导的网络。在这种主体性

<sup>①</sup> 关于目标引导的网络及其特征的详细研究,参见奇达夫、蔡文彬,2007:99-127。

结构中,倡导的是人的利益最大化,体现的是工具理性,而不是主体间性精神或沟通理性。因此,即使是像本案那样嵌入了村支书和习惯法及其运作机制,也不可能像本案那样形成“官绅共治”,达到国家制定法和习惯法“共治”而形成新规则的局面,也就不能有效填补法律洞,不具有跨越法律洞的功能。

而中国调解制度不仅是同等结构和主体性结构,更是空缺结构和主体间性结构(张洪涛,未刊稿)。这里没有明确的时间边界,法律规定的时效失灵了,“依法”只是一种修辞(苏力,2010),一个过去了10年的“依法收贷案”的时效问题无人提起,甚至还包括法官。第二,这里的社会边界也不确定。“任何可言说者均可参加论辩”(菲特丽丝,2005:61),即使是一些“局外人”如村支书、营业所主任等,也可以参与其中,甚至还有可能成为左右案件的关键性人物,而法律规定需要参加的人员(如书记员)却可以缺席,组织群体的边界根据需要可大可小,正如《人民调解法》第二十条规定“人民调解员根据调解纠纷的需要,在征得当事人的同意后,可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解,也可以邀请具有专门知识、特定经验的人员或者有关社会组织的人员参与调解”。这些不确定的人员所处的社会空间位置也是不确定的:既像是处于审判之中,更像是置身于调解之中;既像是处于法官主持的法院调解,更像是置身于村支书主持的行政调解;<sup>①</sup>既像是在庄重肃穆的法庭上开庭,更像是温暖地“炕上开庭”。第三,这里的内容边界也不确定。“任何人均可质疑任何主张,任何人均可在论辩中提出任何主张,任何人均可表达其态度、愿望和需求”(菲特丽丝,2005:62)。即使是在法律看来一些不符合法律甚至违背法律但对问题的解决至关重要的态度、愿望和需求,也可以带入调解之中并受到所有成员甚至法官的关注、考虑甚至“认可”;既可以谈论国家大事,也可以“拉家常”。可以将一些与案件毫不相干的法律如银行法、破产法等望文生义地随意“粘贴”,而对那些与案件密切相关的实体法和程序法不闻不问。即使是有一定法律约束力的调解协议也不确定,甚至可以以“制作”的形式由法官加以填充以应付“上面”的检查。总之,法律像是

<sup>①</sup> 法院调解与行政调解甚至和解,都是规范论者的一种理论抽象。现实生活中,这种区别意义不大。因此,尽管本文主要研究的是法院调解,但本文作为一种事实性或描述性的研究,没有也无需明确区别之。

一把村民所说的“活动锁,可上可下”,更像是一张“被揉皱的纸”(张洪涛 2003: 56-72)。

可见,这里形成的是一种典型的“偶得的网络”,<sup>①</sup>营造的是一种“超越法律”的“理想的言谈情景”,体现的是一种主体间性精神和中庸精神,突出的是沟通理性而不是注重个人利益和权利的工具理性。在规则主义者看来,这种不确定性应受到诟病;在公平的价值追求者看来,这种不确定性“也不是那么十分公平,往往亏着一方当事人了”,也应受到猛烈抨击;但在实用主义的法官高庭长看来,“调解的效果比判决好,好兑现,以后的相处关系也融洽了。判的话,矛盾一时解决不了,也不好兑现”。正是这种不确定性为纠纷解决提供了张力,为法官的策略性嵌入提供了策略空间,为一种特殊关系和一种规则的嵌入提供了制度化通道;正是这种主体间性结构及其体现的主体间性精神、中庸精神和沟通理性,为村支书和习惯法的嵌入,为原告方与被告方达成的新规则的嵌入提供了可能。这种典型的开放性的偶得的网络中,人员之间的关系较为松散,遵循着自愿原则,人员的进出非常自由,随着人员和规则的不断进出而不断地填补掉法律(法官)周边的法律洞,提高其结构自主性,为法律洞的司法跨越提供了可能。

“正如结构洞在个体间导致不平等一样,它也导致了组织间的不平等”(伯特 2008: 199)。由于我国未完全实现司法化的审判组织,西方已实现司法化的审判组织,而且中国调解组织的组织结构及其结构洞分布与西方不同,决定了本案中的审判必然要为调解所置换。

## 七、结语: 从个案研究迈向一般理论

法官为了克服关系密切群体法律治理中因次级结构洞的缺乏而受到的约束,只能通过嵌入策略将村支书、习惯法和调解引入到关系密切群体的法律治理中来,以填补法律(法官)周边的法律洞,提高法律(法官)结构自主性,实现法律洞的司法跨越。然而,法律不只是适用于关系密切群体,还要适用于所有社会群体,因此,我们除了像上文那样着重讨论法律洞及其填补和司法跨越外,关系密切群体本身也可以作为

<sup>①</sup> 关于偶得的网络及其特征的详细研究,可参见奇达夫、蔡文彬 2007: 99-127。

自变量加以开放式探讨,以使我们的个案研究迈向一种更具普遍意义的一般性理论。作为与本文研究的典型群体对应的另一类典型群体,关系松散群体或者陌生人群体也就成了探讨的主要对象。因为当我们研究清楚了这两类典型群体后,我们就可以解释所有社会群体,法律就可以顺畅地适用于所有社会群体。

在陌生人群体中,由于人们之间的联结较弱或者关系出现了间断,作为法律治理对象的陌生人群体中就有更多的次级结构洞(如图1、2中的 $L_A$ 、 $C_2$ 群体)。在法律(法官)周边法律洞相同的情况下(包括图1、2中的第五个玩家),法律(法官)的结构自主性比在关系密切群体中的结构自主性要高,法律(法官)就有可能不需要通过嵌入策略引入村支书、习惯法和调解等来提高结构自主性。即使是在法律洞存在的情况下(如图1中第五个玩家),也可以通过扩展策略,利用法律适用对象周边存在的结构洞(如图1中的 $L_A$ 、 $C_2$ 群体)来提高结构自主性,独立地实施法律,而不一定非要采取嵌入策略不可。如我国目前的国家制定法,尽管存在法律洞,但在陌生人社会或工商社会中还是大体可以得到实施。

当然,如果法律与中国因素如习惯法实现了紧密融合,法律(法官)周边没有法律洞(如图2中的第五个玩家),而陌生人群体中存在结构洞(如图2中的 $L_A$ 、 $C_2$ 群体),这时,法律(法官)就处于关系网络中获取信息利益和控制利益的最佳位置。“他们自己这一端没有结构洞,而在另一端有丰富的结构洞,那么他们就是结构自治者”(伯特,2008:48)。这就是法律(法官)的“美梦”。这种情形的典型例子就是西方的自治型法,这也许是西方走上法治之路的奥秘所在。

相反,如果在法律(法官)这一端有大量的法律洞(如图1中的第五个玩家),而关系另一端的法律(法官)关系人即法律治理对象没有结构洞(如图1中的 $C_1$ 、 $L_B$ 、 $L_C$ 群体),那么法律(法官)就处于关系网络中获取信息利益和控制利益的最坏位置,法律(法官)的结构自主性最差,如本案就是如此。这就是法律(法官)的“噩梦”。古代中国就是这种情形,这也许是中国未走上法治之路的深层次的社会原因和法律原因。

上述各种情形归结到一点就是:法律的顺畅运行决定于法律(法官)的结构自主性,需解决好法律运行的外部问题和内部问题,或者说受两个因素或变量——法律(法官)关系人周边的结构洞与法律(法

官) 周边的法律洞——的影响: 法律(法官) 关系人周边结构洞越多(如图中  $C_2$ ) , 法律(法官) 的结构自主性越高; 法律(法官) 关系人周边结构洞越少(如图 1、2 中  $C_1$ ) , 法律(法官) 的结构自主性越低; 法律(法官) 周边越缺乏结构洞(如图 2 中第五个玩家) , 法律(法官) 的结构自主性越高; 法律(法官) 周边结构洞越多(如图 1 中第五个玩家) , 法律(法官) 的结构自主性越低。总之, 法律(法官) 的结构自主性与法律(法官) 关系人周边结构洞(即次级结构洞) 正相关, 与法律(法官) 周边结构洞(即法律洞或初级结构洞) 负相关。

法律运行的外部问题, 不论是关系密切群体还是陌生人群体, 实际上在所有社会都存在, 只是相对比例不同而已。如在古代社会, 关系密切群体多于陌生人群体, 而在近现代社会, 陌生人群体相对增多, 关系密切群体有可能相对减少, 但绝不可能完全消失。未来的社会中, 随着社会去中心化、多元化、多中心化的发展, 关系密切群体还有可能增多。因此, 我们制定法律绝不能只针对陌生人群体, 还需考虑传统或现代的关系密切群体对法律的正当需求。这一点在中国目前的法治建设中尤为值得注意。即使是在陌生人群中, 也有社会规范的产出和形成(波斯纳 2004: 15 - 51), 也有法律与社会规范相融合以减少法律洞的问题。因此, 在笔者看来, 实现法律与社会规范的融合以填补甚至消除法律洞的工作更为重要, 尤其在中国目前的法治国家建设中更是如此。也许正因为这一点, 法律与习惯、道德、经济规律等社会规范融合始终处于西方学者, 尤其是法学学者研究和关心的核心。

上述法律结构洞的思想在法学界并不是什么新东西, 应该说它有极为久远的传统。我们可以从梅因的从身份到契约, 涂尔干的社会分工论, 狄骥的社会连带主义法学, 布莱克的社会分工、社会分层、社会文化、社会组织性与法律的关系, 费孝通的社会结构对法律下乡的影响, 梁漱溟的中国社会关系本位、伦理本位对民主法治的影响, 瞿同祖的中国家族社会与阶级社会对法律的影响等中外有关社会对法律的影响的研究中, 找到其次级结构洞研究的痕迹。我们也可以从亚里士多德的法治论, 孟德斯鸠的法的精神, 埃利希的法律与社会规范, 福勒的法律的道德性, 韦伯的法律与习惯、惯例属于同一连续体, 哈耶克的规则与秩序的多元论, 伯尔曼的法律既是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来又是从社会中的统治者们的政策和价值中自上而下移动而来, 波斯纳的法律的经济分析, 埃里克森的无需法律的秩序, 小波斯纳

的法律与社会规范,制度经济学的正式约束要与非正式约束兼容,分析法学有关法律规范体系的理论,中国古代儒家提出的“以礼入法”与“徒法不能以自行”等有关法律与社会规范的思想中,追踪到有关法律洞研究的踪迹。我们还可以从昂格尔认为中西法治之不同在于其国家制定法是否与习惯法实现了有机融合,进一步地在于其社会是否存在集团多元主义、超验性宗教和自然法观念等社会条件,哈贝马斯的法律处于“在事实与规范之间”等思想中,找到试图将上述侧重于事实性或次级结构洞的思想与侧重于规范性或法律洞的思想加以整合的迹象。

但只有结构洞理论使上述思想得到了更清晰、更全面的表达,使之极有可能走向量化的测量。它将上述有关次级结构洞的理论或者哈贝马斯所谓“事实性”的社会理论和有关法律洞(初级结构洞)的理论或者哈贝马斯称为“规范性”的法律理论,以及昂格尔、尤其是哈贝马斯试图将两者整合在一起的理论追求,用结构洞这个概念加以有效实现,不仅如此,结构洞理论还使个人网—组织网—社会网实现了“三网”融合,也使微观—中观—宏观实现了“三观”贯通,使以前分别侧重于宏观研究(如梅因、涂尔干等)、中观研究(如诺内特与塞尔兹尼克等)和微观研究(如法律经济学、法律心理学等)的思想整合在一个统一的概念和理论体系——结构洞理论——之中,避免了其各自的不足。同时,还让我们看到了微观—中观—宏观之间的内在联系——如中国自古至今存在的微观层面的“官”与“绅”、中观层面的“审”与“调”、宏观层面的“法”与“礼”之间为何要“共治”及其之间的内在联系。同时也明晰了西方法治中的宏观的规则自治与微观的人员自治以及中观的机构自治和程序自治得以实现的原因及其间的内在联系,以及结构自治在其中的突出地位。

尽管“世界偏僻角落发生的事可以说明有关社会生活组织的中心问题”(埃里克森 2003: 1),但建立在世界偏僻角落发生的事上的个案研究,还是可能存在“只见树木不见森林”的风险。因此,笔者希望通过本文抛砖引玉,吸引更多的学者来研究探讨这个问题,尤其是用来自处于世界中心的并建立在统计数据基础上的经验研究来验证、修改甚至推翻这个从沙漠腹地的个案中推导出来的暂时的一般性“预断”。

#### 参考文献:

埃里克森 2003,《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,北京:中国政法大学出

版社。

波斯纳 埃里克·A. ,2004,《法律与社会规范》,沈明译,北京:中国政法大学出版社。

伯特·罗纳德 2008,《结构洞——竞争的社会结构》,任敏、李璐、林虹等译,上海:格致出版社、上海人民出版社。

杜赞奇,1996,《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。

菲特丽丝·伊芙琳·T. ,2005,《法律论证原理》,张其山、焦宝乾、夏贞鹏等译,北京:商务印书馆。

费孝通,1998,《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社。

哈贝马斯 2003,《在事实与规范之间》,童世骏译,北京:三联书店。

金耀基 2002,《金耀基自选集》,上海:上海世纪出版集团、上海教育出版社。

强世功 2001,《调解、法制与 Modernity: 中国调解制度研究》,北京:中国法制出版社。

康芒斯 2009,《资本主义的法律基础》,戴昕译,北京:华夏出版社。

梁漱溟,1987,《中国文化要义》,北京:学林出版社。

奇达夫·马汀·蔡文彬 2007,《社会网络与组织》,王凤彬、朱超威等译,北京:中国人民大学出版社。

苏力,1998,《为什么“送法下乡”?》,《社会学研究》第5期。

—— 2001,《当代中国立法中的习惯——制定法的透视》,《法学评论》第3期。

—— 2004,《道路通向城市——转型中国的法治》,北京:法律出版社。

—— 2010,《关于能动司法与大调解》,《中国法学》第1期。

王铭铭、王斯福,1997,《乡土社会的秩序、公正与权威》,北京:中国政法大学出版社。

严景耀,1986,《中国的犯罪问题与社会变迁的关系》,吴桢译,北京:北京大学出版社。

张洪涛 2003,《社会学视野中的法律与习惯》,《民间法》第2卷,济南:山东人民出版社。

—— 2007,《法律运行观之比较研究》,《中国法学文档》第5辑,北京:知识产权出版社。

—— 2009,《国家法难行之源: 国家主义抑或人本主义》,《政法论丛》第5期。

—— 2010a,《从“以礼入法”看中国古代习惯法的制度命运》,《法商研究》第6期。

—— 2010b,《司法之所以为司法的组织结构依据》,《现代法学》第1期。

—— 未刊稿,《调解之所以为调解的组织结构—功能依据》。

张维迎 2003,《信息、信任与法律》,北京:三联书店。

张翼 2002,《国有企业的家族化》,北京:社会科学文献出版社。

周雪光 2003,《组织社会学十讲》,北京:社会科学文献出版社。

Burt, R. S. 2000, "The Network Structure of Social Capital." In Robert I. Sutton & Barry M. Staw Greenwich ( eds. ), *Research in Organizational Behavior*. CT: JAI Press.

Granovetter, Mark S. 1985, "Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness." *American Journal of Sociology* 91( 3 ).

作者单位: 东南大学法学院  
责任编辑: 杨 可



class position and voting behavior ,but also explicates the causal mechanisms between class position and voting behavior through class identification. This study demonstrates that class politics offers an appropriate logic to understand political participation in contemporary China.

The Judicial Spanning of Legal Structural Holes: Social network analyses of closely related groups' legal management ..... *Zhang Hongtao* 59

**Abstract:** When judges ( laws) face villagers and its closely related groups ,there is no structural hole among villagers while legal structural holes do exist on the side of judges or laws , which puts judges ( laws) at disadvantage in the network. Being constrained by the distribution of legal structural holes , judges ( laws) have the village heads ,customary laws and mediation embedded into dispute resolution tactics to change their disadvantageous position in the network and improve structural autonomy by filling up the legal structural holes. When the applicable objects of law are stranger groups , judges ( laws) can improve structure autonomy by using the structural holes of the applicable objects. But even then judges ( laws) are not in the best position ,where legal structural holes are not around them ,but on the side of the applicable objects of law. Hence the most urgent task for China's rule of law is to realize the organic integration of particular Chinese factors and enacted laws ,so as to fill up the legal structural holes ,increase judges' structural autonomy and make laws more appropriate for closely related groups or stranger groups.

The Industrial Social Work Intervention Strategy under Expanded Clinical Perspective: Targeting new employees of Factory D in Guangdong Province ..... *Zheng Guanghuai & Liu Yan* 83

**Abstract:** With the intension of industrial conflicts in contemporary China , as the bridge between labor and capital ,the industrial social work has become increasingly important. Based on the expanded clinical perspective proposed by Balgopal and the social work practice of Factory D in Guangdong province , this paper constructs a social work intervention strategy for new employees in order to change the person and the occupational environment simultaneously. The article also discusses challenges faced by social work profession when social workers practiced in the world of work and argues that the industrial social work intervention for new employees can reduce the high turnover rate of employees and will bring a new possibility for the development of industrial social work in China.

The State , the Financial Market and the Rise and Decline of Diversification Strategy in China: A new institutional perspective on