

规民约的制定文字并不代表治理水平，甚至，乡规民约也难以完全成为治理仲裁的依据。文字制定的乡规民约越来越“报告”化，它与其说是给村民看的，不如说是给政府的应景差事。以房基地批转为例，政府文件和乡规民约都严格限制了土地交易，但作为执行乡规民约的乡村政权甚至政府部门本身，正是一系列土地划转交易的动力机构所在。

这个特征几乎在乡规民约处理的所有事务方面都能找到证据，尤其是在处理个体间的关系方面。例如浙江DT村乡规民约规定：对不赡养老人者处以强制，即为无条件赡养，但是一份涉及此事项的民间“协议”，却用老人对孙儿的抚养责任作为赡养成立的交换条件：

“关于YY和YK两兄弟对两老的抚养协议：

(1) 经两老和弟兄协商同意，两老领养弟兄两的小孩，大忙季节YY母亲领养（一般季节附带领养），同时帮助两方做饭，（一般季节各自负责）。

(2) 两弟兄每人每月给老人70斤大米；待老人完全没有收益时，两兄弟负担老人生活费每月14元。

(3) 以上各条，三方共同执行，尚有一方不执行，由村领导到场监督执行”⁴⁵。

另一个协议则以房产换取赡养责任的免除，这显然也不符合乡规民约的规定，但却是实际生效的民间调解文件：

“经我弟兄三人协议，HH愿将房地送我兄弟二人负担养老父母，房地均分HJ和ZH各一半”⁴⁶。

这些案例更使我们有理由认为，乡规民约主要不是调节个人间关系的规则，它的一个现实功用，是调节个人和集体间的权益关系，特别是确立村乡权威作为“公共”组织的管治权。它给了这个管治者极大的空间来施展权力，它允许村乡组织（地方权威）有“立规”、做中、“执行规约”、并对该“规”进行解释等重要地位。除了与国家法令相冲突、而又被人上告的部分，对乡村机构的立法、执法和司法权限本身，并没有其它的限制。基本上，只要规定中有的，他们就可执行，而执行的“度”更可以由权威“根据情节严重”把握。模糊和非形式化使恣意（非制度化）行为、尤其使基层政权的恣意行为普遍存在。

* 弥散性——允许将惩戒范围扩散到与当事人生存有关的任意事务。例如，如果发生个人和集体的土地纠纷，个人便可能处于十分不利的地位：被取消在企业中的岗位、被拒绝开证明（例如结婚、户口、身份证明），甚至被取消分享养老福利等。乡规民约的有效，并不在于人们对它的广泛认同，而在于村庄权威掌握的惩治手段很容易实现。容易实现的原因，在于村落组织执“法”的自然弥散权和追述权，这种权力，使得村组织对任何错误，都不是简单地作一对一处理，而是被允许扩散到违规者的其它权益、他的历史、未来乃至作为村成员有资格享有的集体福利上去。这表明，乡规民约的强制性并非来自它本身准则

制度等思考来表达”（梁治平，1998年6月29日，北京大学社会学与人类学研讨会主题报告）。这是一个令我感兴趣的意见。不过我初步认为，用“非形式化”或许可能更为精确地表达传统习惯法的特性。我的理由是，“权利”与“事实”的区分在理想的状态下难以理解：它似乎假定某部分声称的权利并非事实，反过来，某部分事实也不是权利界分使然，或不具有这样的意义。这并不符合通常对“权利”所下的定义。在我的理解中，权利不仅是一项声称，还包括能够使之实现（成为事实）的所有要素。现实权利是从事实中抽象出来的制度体系，它表达的是人们行为的事实界限，但完全可能没有以文字甚至语言的形式表述。“非形式化”反映了这种情况，同时又承认，社会规范中的事实界限本质上也是权利界限。那些不可实现或有待实现的“权利”（无事实基础支撑的“权利”）不在此处讨论之列，因为它们还未构成社会（行为）规范。我倾向于认为，各种社会规范，无论它采取怎样的表述形式，或无论其是否被明确认识到，本质上，都是关于权利（正当性行为）的说明和分配体系。

⁴⁵ 见TD乡民纠纷调解登记表1，86年8月7日。

⁴⁶ 见TD乡民纠纷调解登记表3，90年9月27日。

的社会共识，而是来自它之外的行政权力的沿射。由于村民对其“成员”资格及其待遇的依赖，当没有其它可替代选择时——比如，如果可以自由选择成为其它村的合资格居民，某一个乡规民约的约束作用就会有限。但当没有这些替代选择存在的时候，处罚实施的成本很低，某一个乡规民约的约束力增强。

* 局部性——相对于国家法律，乡规民约具有特定的治理原则及管辖范围，虽然在内容上，它越来越深地受到国家法律的影响。乡规民约体现的村庄治权与国家治权有联系又很不同，二者之间的复杂关系表现在：似乎互为补充或需要，必要时有意相互联系，但又尽量避免直接主动地干预它者。这种干预如果发生，往往是在对方要求的时候。西方学者明恩溥对百年前的中国乡村研究也证实了这样的传统，他发现在中国乡村，似乎并不真正欢迎国家权威正式的进入，他举出的例子使我们看到，官方只是作为一种后备，用于威慑对方，以支持乡村权威自己仲裁成功，他们并不真正期望对方实施管制。他称这种“自治”，不过是“丢下乡村任其自理”：

“村上的头面人物离开村庄去往县城控告，对犯错者的父亲而言，这种控告的诉讼是比任何洪涝都严重的灾难，它肯定会将这家人压倒。于是主人急忙去追赶头面人物，费尽口舌，将他劝回村里，没有进城提出正式控告。主人从外村请来几个朋友，为他向全村福祉的保护人、蛮横的头面人物说情。第二天上午，接受了这项艰巨任务的人来到村里，一批一批地拜访头面人物，与他们讨论这件事情。每一会面都涉及到补偿措施的提出、修改否决和再修正。经过多次重复，谈判持续了一整天，直到第二天清晨，这些调解人才回到自己的村里。他们总算不负使命，最终说服头面人物将原定的罚金减少到一个很小的数目，寥做惩戒而已”⁴⁷。

与此相对应，在半个世纪前的浙江北部农村，我们看到政府通过法令对乡规民约的约束。当时政府忧虑的，显然是地方权威利用乡规民约的合法化过程扩大其权力的企图：

民国35年11月

崇德县社会科司法处

令各乡镇公所及乡镇民代表会议：

“本县各乡镇民代表大会决议案大都仅将会议记录呈报即算了事，殊有未合本府对于上项会议的记录。此后经付存查不再逐一指复，所有乡镇民代表会决议各案均应分别专文呈候核示，在未核准以前，凡与习性法令有抵触者，不得决议，其决议并概不生效，乡镇长亦不得擅自执行”⁴⁸。

这些事实都从不同的方面印证了，乡规民约早有与政府法令相异的传统。但这种相异，与其说是它们的治理原则不同，不如说是它们的治理范围——即所支持的权威中心不同。事实上，乡规民约有与正式法令相合之处，有相互参照甚至吸收对方精要之处，但也有未能谋合之处。这些未能谋合的部分，通常各有一个发生作用的领域，并且谁都不愿意对方进入自己的控制区。但它们都需要对方来加强自己的弱处，比如乡规民约需要官方的支持以显示权威性，而官方难以或懒以到达的地方，又需要乡规民约助其规范秩序。在上级政府的立场看，乡规民约应重在约束自己的共同体而非垄断权力，特别不应与上级法令有冲突之处，不应将上级的权力排除在监控核准之外。为了做到这一点，政府多有对形成文字的约定之报上备案的审查制度。这些制度沿袭至今日，令乡规民约日益发展出对付官方审查的本领，它越来越象一个乡村“治安”法则，真正的社会规范涵义在文字上逐渐减少，其表述内容、甚至目的也不断受到国家目标的影响。这份县级干部的工作报告，一定程度

⁴⁷ 明恩溥，《中国乡村生活》，时事出版社，1998（1899）：页324—325。

⁴⁸ 崇德县（今浙江桐乡）社会科司法处，政府训令，民国35年11月；桐乡档案馆，卷宗295；目录6；案卷19。该引文原文并没有标点符号，为阅读方便，由张静加上，特注。



上代表了他们对乡规民约的认识：

“（应当）逐村制定具有合法性、民主性、制约性的《村民自治章程》和《村规民约》，发挥好对村民履行应尽义务的约束作用；对那些软磨硬抗，拒不服从的农户，坚持分类别抓典型，走通过司法程序解决问题的途径”。⁴⁹

但是国家并没有因此寻求建立专用的执法和监察渠道，以代替基层政权的“立法”、“执法”和“司法”地位。它未能有效改变地方治理的传统规则，这突出地表现在——没有改变地方权威在某一个区域中的优先裁定权力。为了基层治理的需要，裁定所依据的一般规则通常任由基层政权自己制定，这类制定的文本——“乡规民约”，或“自治章程”等，在依法治乡、依法治村的潮流中，明显受到政府的鼓励，与此相对应，多年来改变极少的是基层政权的仲裁地位。这样，即使在进入当代以后，“国家政权建设”中的重要制度整合机构——地方法院，虽然在形式上属于一个统一的、以最高法院为中心的层级体系，但是在实际上，它从未真正进入乡村日常秩序的治理，也没有脱离地方权威体系的控制。因而它不仅不可能具有在西方经验中的作用——通过其推行国家法律规范，瓦解地方管制权，废除或取代分割多样的治理规则，在基层建立对新的政治单位——国家机构的归属，而且，它本身还成为强化地方权威控制的工具，它往往向地方权威负责，而不是向统一的法律原则负责。所有这些建制，都日益巩固着地方传统的治理秩序。

本文早先提到的两个近期发生的案例（村委会单方面终止承包土地、果园合同），都证明了基层权威规范地方秩序的份量，而国家《合同法》规范基层秩序效力的微弱。法院、农林局、及公证处的文件不被理会，原因是这两个违反《合同法》的行动并不违背传统的村治常规。在上述两个案例中，村干部对采访记者说，群众意见大，自己不得不出来主持公道，让本村居民分享利益。这个“公道”反映了习惯法的公认规则，它被多数的村民所认同，因而在村委会看来，提前收回土地和果园没有违背社群惯例。显然，这个“公道”原则与国家《合同法》体现的“公道”原则是不同的，前者是共同体财产收益应为内部人占有，而后者，是指维护合法签约人（无论是集体还是个体）的权益。由于实际材料的不足，目前我们很难一一了解习惯法（传统乡规民约）所支持的“公道”规则的全貌，我们已经知道的是，《民商事习惯报告录》中对北方地区确有这样的记载：

“民间典当田地房产，有定明期限、亦有不定明期限者，惟各地习惯，赎田常为春前秋后，盖农家种地在播种前必有种种准备，若赎地时期漫无限制，则狡黠者往往延至播种使行抽赎，于典主之损失殊非浅鲜。这种关于典地回赎期限的习惯不但见于全国大部地区，而且往往移用于租佃关系，成为起佃、撤佃应为遵守的习惯”⁵⁰。

这里的记录显示，租佃土地通常以一年期为习惯起始，而且似乎事前并无具体明确的退租时限规定，否则为何明知地要被赎回，还要作播种准备？或者，即便有这种约定，也须以春前秋后为改限。若按照分成租的民间惯例（主二佃八、主三佃七、主一佃二、主四佃六等），以及土地所有者有绝对的决定力量之传统，⁵¹出典人可以要求加典，也可以找贴作绝，典主不得留难；⁵²更有“临时讨价还价”的例外常规，用于纠正以前过低的租价。所以，根据新的收成随时调整租金分成——等等的习惯法规论说，上例两村委会及村民的集体行为似无大的不妥，因为，从习惯法的立场看来，村委会应代表本村村民（而非外来租地者）的利益。违约的村委会再三声称，收回土地为的是租给本村村民，财产是集体的，

⁴⁹ 河北某县县委对农村基层组织的调查报告，1998年7月。

⁵⁰ 民国政府司法行政部编，《民商事习惯报告录》，台北，进学书局，1969；转引自梁治平《清代习惯法：社会与国家》中国政法大学出版社，1997，页53—55。

⁵¹ 周远廉，谢肇华《清代租佃制研究》，辽宁人民出版社，1986；转引自梁治平，页100、105、114。

⁵² 杨国桢，《明清土地契约文书研究》，转引自梁治平，页99。

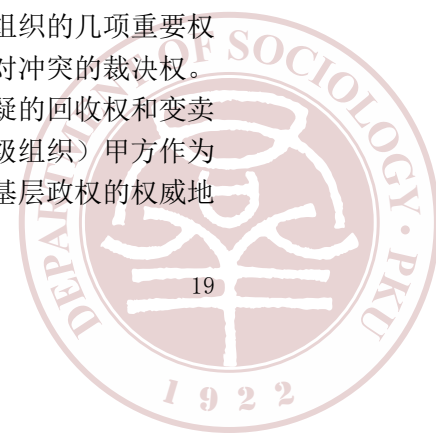


他们有权分享，为什么现在只能看着别人受益？可见双方没有共享的规则，都是用自己的规则保护自己人而不是平等地对待“别人”，于是冲突持续至今。在这里，乡规民约对人不对事，在不同共同体（自己人与外人）之间缺少共享（公认）原则等特点，清楚地显示了，它处理秩序的范围只限于特殊主义的社会结构。而且，在遇到纠缠不清的问题时，它并不求助它者之裁决，而是希望它者支持自己——也就是说，承认它者权威的前提是：它站在我这一边。在这个意义上，相对于乡规民约，任何其它的法律规范都有竞争管辖权的涵义，国家法律当然不受欢迎，也得不到经常的介入邀请。

那么，“送官法办”在什么情况下出现呢？一般而言，习惯法不允许“直诉官府”，而遵循“先由村落处理”的原则，同时，村落组织的优先调解执法权亦被国家所承认，他们要求“禁止径行诉到官府”（高其才，1995：页78-79）。现代的乡规民约将“送官法办”视作处罚之一，在村民的眼中，“送官法办”往往意味着，所犯错误已经无法在村内通过检查、处罚或调解解决。“官办”与“村办”的分野，通常不仅是指法令依据和原则的不同意见和解释，而且是指错误性质和严重程度的变化，以及当事人准备付出的诉讼成本期待。更深一层的，送官法办还意味着，公事公办——即更少有为求情疏通轻办的机会，人们理所当然尽可能避免之。人们需要并依赖在熟知的人事范围中解决问题，以增加自己和关系网络的影响力，但内部办理客观上增强了乡村组织的控制地位。在这方面，上面提到的1899年发生的故事，与当代村庄治权的情节本质上并无两至。

* 不可选择性——乡规民约确定了个体对于村落的归属关系，由于这种归属关系的存在，个体成员的权利才受到它的承认，个体才有资格要求共同体对其生存提供支持、给养和保障，比如划分住房宅基地、承包土地、房产、鱼塘和山林，享用供电、供水和农用机械等。这说明，村民生活的一般权利并不在抽象的意义上由国家或宪法授予，而是在实际意义上由它们所生活的初级组织授予。村民首先是生活在这种初级组织中，然后才生活在宪法确定的权利关系中。初级组织对于村民权利的优先认定权被当前的社会体制所认定，离开了这种初级组织，他的一般权利——如上所述：划分住房宅基地、承包土地、房产、鱼塘和山林，享用供电、供水和农用机械等等，并不能从其它的社会单位中轻易获得，也无法从国家宪法赋予他的抽象权利声称中获得。可以说，基层组织，在这里，已经在某种意义上取代了其它组织的授权有效性，它事实上是被“同意”代替宪法组织实现村民一般权利的基本单位。

这样一种社会建制运行的条件，是对个体权利、个体对组织进行社会选择的限制。在乡村，可以由于出生、继承或婚嫁进入这种社会单位，取得天然的生存权利。除了通过受教育或提干等途径合法进入其它社会单位之外，对一般的农民而言，它们不能通过流动、自主选择、外村求职或其它方法选择社会单位，除非它们愿意放弃那些权利待遇。农民的身份和权益必定与一个无可选择、也无可替代的组织相联系。这个组织拥有对他们权益进行解释的地位，当它们出嫁或生老病死，该组织即会收回他们的待遇和权利，或作价出卖，或充公，或转给其它有此权利的人，以防止外村人享用本村的资产。这样一个裁决地位，显然使村庄政权比法院更有效地进入了村落生活秩序，因为它规定着村民的权利，并通过对分配和服务的控制，实际上控制了这些权利的实现。在前面提到的一个案例中，村委会主任给薛某的通知称，虽然法院作了判决，但村委会“不能执行，仍然决定将王某的土地收回分配给薛使用”——这决定显示了，在村民生活秩序中，村级组织高于法院组织的涉入地位、以及村规民约高于法律条文的涉入地位。这种地位确保了村级组织的几项重要权力：对于村民财产转移的实际控制权，对村民资格声称的解释权，以及对冲突的裁决权。另一个上面提到的案例说明，村级组织对于村民房产和地产具有无可怀疑的回收权和变卖权，而其回收及变卖的“协议”，并没有原房产所有者参与，只有（村级组织）甲方作为所有者和收款者选择买家。所有这些行事规则，都强化着集体组织——基层政权的权威地



位。

乡规民约注重集体的传统，推测来自它的前身形式——“家法”或“户规”的用途，这些规则的原初目的在于，通过协调群体“共处”，增强整体的政治势力和社会内聚，在经济上保持共同体对财产的专有、专享和专控权，以防止财产的分散。很明显，实现这些目标，需要依赖某种组织形式，即公共权威来执行对社会单位的管制，因此乡规民约必定强化管制性组织的权威，尽管这些社会管制组织的形式处在不断变化中。在我国，这种变化近代以来的基本趋势，是行政性社会单位的重要性上升，但当旧的社会单位被行政村落逐渐取代、或经历一种过渡状态——二者共存的时候，宗族**整体**生存、并对危害者实施惩戒的基本原则，却以新的村规民约方式沿袭了下来。比如传统家法户规对违反者定有“送官究治、逐出，不准入祠入谱”等惩戒⁵³，而当代乡规民约有“个别或公开（广播）批评教育、检讨书或公开认错、罚款赔偿（包括罚公映电影、请戏班子经费）、开除驱逐、直至禀官究治等内容⁵⁴。这些惩戒的基本用意，显然在于规范集体生活的秩序，维护共同体的一致统一，它将这种规范的权力明确授予乡村组织，也就是今天我们所说的基层政权。

从上面的分析看去，并不是乡规民约本身，而是它所代表的一种社会建制强化了村级组织的权威。根据乡间的治理惯例，基层组织具有村民成员资格的授予权力，这种授予跟随而来的是农民多项政治（参与和选举）、经济（工作、财产分配和保护）和社会权利（享受福利和教育）的确认和实施，它体现了一整套特定的村民权利（确认）授予、和使权利可能实施的社会制度，尽管这种制度并不以“权利”的表达为形式。村民身份的确定虽然不必然能实现这些权利，但起码具备了实现的途径和所需的资格，而确定资格的主体是基层组织。这一事实，不仅造就了基层组织的权威地位极其管制形式，而且造就了基层组织和被组织的人群——农民之间的基本关系形式，因为，任何的权利授予确认制度，无论它的表述形式是什么，都反映了授予组织（基层政权）和对象（村民）之间的制度化关系。

从乡村整体秩序的角度看，当代乡规民约的种种性质，看起来，并不完全等同于“集结在一定的规范之下，愿意遵守该规范的人们所构成的一种集团或组织”，因为它没有创造出水平或对等结合的秩序（寺田皓明，1998，页153）。⁵⁵但同时，它也不似一个无可商量的、绝对的政治支配命令体系，而是一个从共同体公共利益的立场，限制私权的扩张企图，鼓励基层组织介入调整的防卫性秩序。防卫秩序允许仲裁者处在一个更为被动的位上，他并不谋求仲裁权威的专门化（分化）发展——控制并掌握原则的解释、处于主导地位、并超越于当事人力量的第三方权威，而是力图运用它巨大的包容及弹性力量，服务于当事人的力量对比、利益诉求的平衡，工作于缓解可能导致变革动力的结构性紧张。

这样一种姿态助长了社会规范的非制度化发展，使得社会行为的正当性更多地和当事人的意愿、力量投入和主动性联系到一起，也就是，把确定行为正当性的权利交给当事人的判断。这样，淡化规则的刚性，一切成为随具体情况而定的变数，难以预期、难以把握，一对一的特殊处理成为基层秩序的主流特征，其复杂与多变到了非最基层的人难以掌握的程度。或许这种管辖的高成本，可以解释规范秩序的主要权力组织总是设在基层的原因。随着事态的变迁，乡规民约也曾有过较大的文字改动，但这些改动很少涉及权威和村民关系、或公（集体）和私（个人）关系的再确定，也没有发展出重新建构地方政治基本架构

⁵³ 江南宁国府太平县馆田李氏宗族于清道光28年订立《李氏家法》，见朱勇，《清代宗族法研究》，湖南教育出版社，1987，页215；附件一。

⁵⁴ 参见民政部基层政权司编，《中华人民共和国村民委员会有关法规、文件及规章制度选编》，社会出版社，1995。

⁵⁵ 寺田皓明，“明清时期法秩序中‘约’的性质”，见滋贺秀三等著，《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社，1998，页153、159。



的活动，而是在资源分配方面做一些调整。

从这个意义上说，我们很难认为，村民与现代意义上的“公民”表述具有相同的涵义，因为后者的一般权利来自于其选择归属的宪法管辖范围。在这个涵义上，村民应当是国家公民，既国家作为其法律权利的制定、解释和执行的责任单位，在国家管辖的范围里，无论他走到哪里，他的权利都有生效的途径，特别是，他的权利被对待的原则与其他人基本一致。但是村民却不是如此，“村民”是作为一个有限的生活共同体中的成员存在的，尽管他可能同时属于外部更大的政治单位——譬如国家组织中的成员，但后者的法律并不能有效地规范他的生活，或保护他的权利。各种成文和不成文乡规民约的作用使我们认识到，后者不能简单地废除前者，或取代前者的地位去亲自协调乡村的生活秩序。是故，所谓的“国家政权建设”何以体现？就常规事项而言，各自独立的法律体系和仲裁系统的存在，没有改变以习惯法为依据的地方管制秩序，没有实现以国家权威为中心的法院体系的扩张（虽然建立了这样的机构，但是它归地方控制，并不能在真正意义上覆盖多数地区、并完全取代地方仲裁权），从而完成法律统一秩序的任务；它没有改变地方权威的仲裁角色，没有抵御习惯法的模糊性，建立显著的干预力量，从而成功地深入到传统上由地方管治处理的事务范围上去。

虽然近一个世纪以来，国家（或中央政府）不断发现这种现象对其权力基础的危害，亦有意识地进行这样的干预，但是很明显，它面临着重重困难。这种困境的主要之点，在我看起来，或许并不在于国家法律更为“现代”、乡规民约更为“本土”的特性区分上，也不在于形式法和自然（习惯）法的区分上，而是在于两个性质上非常相似的管制规范、竞争其各自的管辖地位和范围，力图加强或扩张自己治权的行动，一直没有寻得制度化配置的方法。而欧洲社会几百年来通过“国家政权建设”所解决的基本问题，正在于此。

