

## 法律鏗入：政治衝突的秩序和地方自治的缺失

### ——棲村一樁訴訟案件的解讀

◎ 蕭樓

民間法和國家法的分野和衝突是法學界關注農村治理的重要視角（蘇力，2000；田成有，2002）。在村治研究當中，考察國家法和民間法的衝突、效力、整合是建立在現代國家政權建設和現代化話語之上的。顯然，由於這樣的特殊背景，使得這些研究帶有強烈的政治言說傾向：即政權建設和政治力量是實證法學研究的不可忽視的維度。但是由於學科和分析話語的選擇關係，這些研究又偏偏放棄了對於政權建設和政治力量的正面解剖，使得案例描述滯宥於特定的法律關係。本文考慮將法律關係上產生的政治影響和道德影響放在政治制度設計——特別是立憲選擇的角度——考察，試圖揭示村莊治理的困境產生的原因和法律制度設定的理論資源。通過對於一個村莊微觀視角分析，我們試圖建立地方自治在政治制度演進和法律制度構建中的初始和淵源的地位。

表面上看，棲村的一樁村幹部之間、村幹部和村委會之間的訴訟案，集中體現了民主的政治模式引入村莊社區後的制度困境——對於「民主」生存狀態的迷惑和對於民主力量的迷戀構成的複合體。與此同時，訴訟引起的村治危機和社會成本的最後承擔者就是棲村社區，法律作為力量鏗入後就產生一個非均衡的格局，然後這個格局的均衡的力量又重新在社區內醞釀。不過，我們對棲村訴訟事件的研究在以下三個方面得到初步啟發：一是法律作為國家力量的一種在對村莊作用時和行政權力大為不同，法律的剛性使得政治權威在村莊範圍得到全面、毫無餘地的調整，但是正是這樣的調整使得村莊社區道德化氣氛被破壞，而重塑這一氛圍需要村民承擔較多的學習成本；二是村莊約定的個體交易方式和法人交易方式大為不同，實際上，大宗村莊資產引發的內部衝突就是對於交易規則的不認同，對於交易爭端解決的過程，可以認為是達致交易規則認同的過程。三是政治組織通過國家認定的程式集中了大部分人的政治願望，但是這種程式解決了權利授予的合法性問題，卻難以培育村民自發的政治忠誠。此時，村委會可能被政治精英當作政治競爭和玩弄權術的工具。這些初步的印象引導出一系列問題，法律忠誠和政治忠誠在村莊政治中是如何設定的，法律調整政治組織設定的立法意圖和表達的正義觀念是甚麼，村委會的法律主體資格是甚麼或者法律調整的限度是甚麼，精英政治的動員有效性和法律程式自治的週邊支援是如何改變村莊政治秩序的，村莊治理的法律邊界和政治邊界如何劃分——甚麼制度可以導致這樣的劃分和維護真正的村民權利。這些問題是我們面對棲村案例的思考方向。

本文的展開，就是隨著訴訟事件的發展而進行鋪陳的。

#### 一 訴訟事件的文本解讀

訴訟的起因是對於村裏一樁場地出租協定的爭議。前任村委會將村裏的一塊場地以租賃的形式交由鄰縣一M姓老闆MYT搞建材市場開發經營，棲村的場地約5,500平方，合同期限為11年，由MYT出資建設，合同規定：前7年MYT建市場的投入作為租金，後4年每年交租金25萬元<sup>1</sup>。合同生效時間為2001年12月。同年底，村民委員會進行改選，PXY不再擔任村委會主任，繼任村委會主任PSM上台。由於塗鎮城市化進程加快，位於鎮區中心地帶的棲村的地價上升奇快。原先簽訂的合約顯示出利益上的反差，投資方獲利巨大，而村委會財務狀況不佳又加劇了對原來決策的懷疑。這些懷疑，在起訴書的文本上得到最為完整的表現。

起訴狀認為，PXY與承租人MYT等人簽訂的租賃合同「實為承包被告所開辦的L市HD建材市場的承包合同」，違反《中華人民共和國村民委員會組織法》強制的法定民主議事原則和損害了村集體經濟、原告村民等巨大利益。訴訟請求要求判令被告與第三人MYT、ZYJ2001年12月5日簽訂的「場地租賃合同」無效，並按無效合同的處理原則予以返還市場。

於是法律就介入了村莊事務。在原有的研究當中，我們已經關注了村莊權力的複雜構成，國家、村莊與政治精英操控成為整個村莊治理的主要組成力量。村莊和非均質國家的博弈導致精英權力的凸現，村莊和精英的合謀導致動態的村莊疆界的形成（蕭樓、王小軍，2001；蕭樓2002）。但是法律的介入是國家權力剛性進入村莊社區的表徵，它部分消弭的地方政府與中央國家非均質性的權力特徵，從而使得政治精英操控的空間減少。當然事實並不是那麼簡單，不少法學家已經意識到並做了深入的研究<sup>2</sup>。但是村莊政治在法理意義上的衝突並不是簡單就可以歸納為民間法和國家法（如田成有，2002）、制定法和習慣（如蘇力，2001），因為正像霍姆斯所言：「任何時代的法律，只要其運作，其實際內容就幾乎完全取決於是否符合當時人們理解的便利；但是其形式和佈局，以及它能在多大程度上獲得所欲求的結果，則在很大程度上取決於其傳統」（Holmes，1948）。問題在於，在沒有憲政支援的農村社區，法律實現了甚麼？它對村莊內部治理結構起到甚麼樣的影響。

### （一）法律鏗入後的權力格局

村莊治理的格局是由村莊近幾年的反覆競爭達到的暫時均衡。在經過數輪選舉之後，村莊的政治勢力已經表現得比較完全了，政治關係也相對熟知，派系爭鬥導致的相互監督也愈加嚴格。因此，政治鬥爭的方式更加絕對化，在選舉中表現格外突出（蕭樓，2003，2004）。不過更重要的是，在政治程式導出村莊領導人後，社區事務管理的衝突如何解決？更深層次的背後是經濟利益如何分配，或者如何操控。

在棲村的案例當中，上任村委會已經將市場租賃給了投資者。實際上由於契約的生效，其自身對於雙方意思歸納為一種利益均衡，意思自治成為一個狀態。但是就村莊內部而言，新任的村委會不認為這是一個好的契約，其相對傾向於更改己方的意思。這裏面實際上三種力量都在角力，精英政治權力的較量體現在一方要穩定契約，一方要更改契約；專業知識權力的較量體現在運用何種手段達到己方目的——我們將在分析中看到專業知識和技能如何介入的；關係網絡的較量是在政治程式和法律程式之外的力量如何組織起來和如何運用的。第一種較量是村莊政治最為顯見的，因為從選舉開始，村莊治理組織內部就被各派系分割，從村委會、黨支部和其他民兵、治保、群團等等。這種爭鬥不是我們討論的重點，因為契約更改涉及政治力量的對比，沒有通過政治方式更改契約就已經證明了要求更改一方的力量不足。第二種較量實際上將鄉村爭端訴諸國家量解決，這需要實質性的知識去納入<sup>3</sup>。對於租賃和約

的爭端選取法律方式解決，實質上將爭議裁決權上交，在提起訴訟的理由選擇、適用法律的選取、程式規定的環節等方面動腦筋，從而專業知識在法律裁決當中佔有支配力量。最後是關係網絡的影響，如何找到法律諮詢人員得到援助，如何說服更多的村民支援訴訟，如何應對取證要求、如何影響政府和法官、如何通過法律手段震懾對手等等都需要在社會關係中尋找支援。

這樣的權利結構在訴訟過程中是圍繞第二個角力展開的。前者只是設定了一個前提，也就是政治機制已經無法使現任村委會達到目的，後者只是一個補充，在運行過程中關係資源如何配合訴訟進行。

## （二）政治程式與法律程式的銜接

政治程式至少有三個環節可以改變結果。按照《中華人民共和國村民委員會組織法》十九條規定，將租賃合同交由村民大會討論作出變更決定<sup>4</sup>；村民大會定性原來的租賃合同決策不符合法律規定，進而推導合同無效；三是動員村民對履行合同進行阻撓<sup>5</sup>。但是根據瞭解，PSM多次想召開村民大會，遭到PXY的反對，而棲鎮政府也對「破壞招商引資」表示不滿。甚至當村委會以微弱票決定召開會議的時候，所有村幹部被通知到鎮政府禮堂開會，所以村民大會顯然是開不成了。

在尋找法律「救濟」過程中，至少有四個階段可以明顯劃分出來。首先，法律救濟的啟發。想法的出現是因為看了中央電視台的「法制在線」欄目，PSM當時就覺得「我們這裏的情況不就是這樣嗎！」。於是PSM將這一想法告訴了自己的支持者，得到了大多數人的支援。但是在進入第二階段——也就是尋找「被告」的時候，遇到了麻煩。PSM理所當然的想到將原來的村委會主任PXY當作被告，至少將租賃人MYT當作被告，不過律師告訴他，PXY已經不當村委會主任了，不能告他，告MYT也沒有依據。只能選擇百姓告村委會，將MYT作為第三人。第三階段，在村民訴村民委員會過程當中，少數原告的訴狀沒有被受理。因為被告知「少數村民不能體現集體意志」。於是必須徵集到更多村民的簽名同意才能使訴訟繼續，這花了幾乎PSM和他的支持者半年的時間。第四個階段就是問題凸現了，PSM作為積極採取訴訟手段的組織者，但當訴訟開始時卻坐上了被告席。這個被稱為「自己告自己」的訴訟案的巨大反差被村民和當地媒體傳開了。

「自己告自己」在「專業」的法律人士那裏是「不難解釋」的。一位法官說，他上被告席是代表村委會，而簽名訴訟是作為村民的權利。但是為甚麼無法啟動村民大會的PSM卻能夠獲得超過半數的村民的簽名？為甚麼作為村莊政治的頭面人物的PSM可以作為原告告自己領導的組織？法律調整了甚麼層面的政治行為，政治程式的法制規範應該包涵甚麼樣的道德預設？在此法律的悖論產生了，政治選舉程式經過法律化以後規定了必須服從的若干規範，當然也包含政治道德的遵守，其中最為重要的是對自己領導的政治組織的忠誠。但是民事權利又可以自由主張，從而破壞了政治組織的完整和權威。PSM的行為被不少村民稱為「流氓」或「無賴」。

## （三）社區道德的破壞和重建

村莊由於訴訟引起了兩方面的道德懷疑，這些懷疑由於中級法院對於案件的重視而施以管轄後顯得激烈起來。一方認為國家已經表示對這樣的案件很重視，「你看中院受理了，案子很

嚴重」，「前任領導肯定還有其他問題」，「抓住了就可能要判刑」；一方認為村委會主任告村委會是對政治原則的破壞，是「詭計」，「你們想一想不合常理啊」，鄉鎮領導也表示反對「都這樣搞村委會還有人相信？」「我們政府多次說了不贊成」。百姓也認為PSM有鬼，但是自己的利益也很重要。

可以看出，對於PSM的行為大家並不贊同，但是在程式上又是有效的和合法的。在理論上可以有兩種方法糾正PSM的政治道德偏差，一是啟動罷免程式，罷免其村委會主任職務，只是訴訟使得村民利益和PSM有密切關係，啟動這一程式難度極大。對於村民訴訟的資格限制放寬，採用村民代表公益訴訟制度（蘭海，2003）<sup>6</sup>。從而PSM不會再選擇作為訴訟的組織者出現。只是前一個程式本身就是一個矛盾，村民大會無法召開顯示了村中堅定支援廢除租賃合同的呼聲不夠強，但是在經過數月糾纏後，大多數村民願意在訴狀上簽名。一方面政治程式的正義性在簽名一事上已經遭到挑戰，罷免PSM和選舉PSM上台的是同一群村民，罷免的理由就是他組織了訴訟？那大多數村民又已經簽字了，不可能作為罷免理由。而對於村委會的法律地位，在設定的時候就有一定的模糊性<sup>7</sup>，當然難以建立完善的司法救濟途徑。

對於起訴狀，有三點在庭審當中雙方爭執。一是關於簽名的有效性，至少有數個簽名被認為是作假的。這一點導致第一次庭審就鬧成僵局。第二是關於被告的資格，因為合同是經濟合作社與投資方簽訂的，不涉及村委會及其決策程式。第三是對於PSM的問題，代表村委會和代表自己個人角色衝突時，法庭的態度。這一點在事後得到法官的確認，當天不少被告方村民情緒激動正是為了此事。

這樣一個案例，情節是簡單的，但是生髮出來的問題卻是如此巨大。顯然法律本身對此事的態度是清楚的，最後結果也是通過調解來達成共識。村委會將租金上調，承包商得以延長承包期。按照PXY的話說，沒有甚麼改變，只是花了村裏的不少錢。可是這樣一出「村委會主任告村委會（或者說自己告自己）」的戲劇是如何演出成功的？我們只有進入戲的背後去揣摩。

## 二 法和權力體系的實踐解讀

卡多佐對於法律做過精闢的論述，「法律的終極原因是社會福利。未達到其目標的規則不可能永久性地證明其存在是合理的」（卡多佐，1997）。卡多佐認為法律收到歷史、傳統和哲學的多重作用，最終獲得表現正義的力量。那麼就棲村訴訟案例呈現出來的諸多問題，顯見的是必須首先反省法律制度本身，不然法律目的、政治忠誠、程式完備和社區秩序都難以討論。

### （一）自治抑或控制

在現行《憲法》第111條和《村委會組織法》第2條規定村委會設定的法律地位，但是對於自治的性質沒有規定，一些「純粹」法條詮釋者認為這是一個「村民自治」的執行機構，自治權在於村民，權力在於村民大會，「法律所保護的村民自治，實質上是保護以自然村為基礎的村民集體行使自治權」（崔智友，2001）。這一解釋無疑使以自治為名的村莊治理陷入了無法抽身的怪圈。一方面，村民在這裏回歸到一個原始的起點，即以自身的村民身份「參與」法律調整——即被法律調整。這裏自然村顯然是先於法律調整存在的，而村民的土地和其他權益也是先于自治而且不受自治權管轄？另一方面，村民自治達成的行政村不是一個自

治單位，也就是說村民自治體是全體村民，村委會不能成為法人，這樣自治法律正對的就是公民本身，這樣的管轄權實際上是專屬於憲法的，何來自治法。

農村社區實行自治，主要是基於二元社會造成的巨大反差和公社制度的衰落<sup>8</sup>。村民自治實際上是對於滯後於工業化群體的放權——一方面是國家無法承擔如此巨大的行政成本，另一方面國家也發現了村莊社區的治理內聚力。實際上放權決定的作出是在經濟領域實行聯產承包數年後，這也顯示了國家對這一問題的遲疑。但是，實際上工業化過程形成的城市價格體系主宰了國家經濟命脈，這在後來二元結構的斷裂化分化過程得到證明。可是，村莊依然沒有得到完整的自治權，從中國的現實來說，自治實際上是弱勢的村民和農村保持尊嚴免遭侵犯的憲政安排，絕非法律給予的一條約束。

就歷史而言，中國自秦漢以後就沒有封建歷史和共和傳統，只是外表有極大的相似性（韋伯，1997：47）<sup>9</sup>。因而，在中國歷史中找是沒有甚麼結果的，即使可以翻檢到民國不成功的例子，也是於事無補。對於傳統社會，自治的出現有兩方面的原因，一是傳統社會的農民沒有能力對政府的政策發生影響，「只得儘量躲避於政府的接觸，而不是去改變政府的政策和行為」；二是傳統國家的確沒有能力和意向去直接管理農村中的行政事務。在這種情況下，「農村享有不受外界干擾處理自己大部分內部事務的自由」（J.米格代爾，1974：39—41）。實際上，這好像就是公社制之後鄉村狀態的。

不幸的是，除了當年彭真同志對於自治制度有良好預期外<sup>10</sup>，我們沒有對於自治有甚麼好主意。很多人將自治的理論資源直接追溯至城邦時代（比如黨國英，1999）<sup>11</sup>，其實美國的鄉鎮自治給我們最好的啟示<sup>12</sup>。作為地方自治的一個典範，托克維爾認為「建立君主政體和創造共和政體的是人，而鄉鎮卻似乎直接出於上帝之手」，「鄉鎮組織將自由帶給人民，教人民安享自由和學會讓自由為他們服務」（托克維爾，1991：65—66）。這些被稱為新英格蘭「鄉鎮精神」的自治，實際上是一種憲法權力保護的地方自治。自治必然始於地方，因為幾乎所有的需要由自治保障的權益均與地方體有關，土地權益、自治組織設置、對於習俗和傳統的保護、教育和文化等方面的制度設定均要求設置不受國家權力隨意侵犯的地方體。可以肯定，憲法將農村自治條款和民族、區域自治在同一條規定，實際上已經認同了農村地方自治的合憲性。但是，具體的法條應該將這一法理精神貫徹進去。中國的農村政治制度的設置，已經關係到了國家的長治久安，這一點，在政治上的認識應該是在二元結構下重構國家共和理念的問題。二元結構造成的城鄉分割和農村問題，需要在一個共和政治理念下，分享國家權力。古典政治時代的公民權利是不完整的——也就是沒有實現人人平等——普遍權利，但是古典民主政治被視為現在民主政體的思想淵源的主要原因是，建立在階級分化和社會等級基礎上的政治參與早就了不少思想家引以為豪的「混合均衡政體」（mixed constitution, balanced constitution）。有學者認為，沒有一切個人一律平等的概念，但是以單位參與政府和以個人參與政府應該有傳承關係（天成，2003）。現代民主制政體發展了混合政體以階級群體參政模式，將均衡、和諧、寬容、妥協和共治共有共用精神轉為憲政來表達。但是在憲政處於「建設」狀態而非約定狀態的時候，甚麼樣的政治治理框架的建立才能導致農村政治朝著憲政的方向「啟蒙」<sup>13</sup>？那就是地方自治。

## （二）地方自治和立憲選擇<sup>14</sup>

對於地方自治的研究，特別實在憲政意義上確立學術對話平台是首先考慮的問題。因為在政

體選擇上，有人就宣稱，美國政體對於中國政治體制改革是沒有借鑒意義的，因為美國是一個沒有甚麼歷史的國家（楊小凱，2001）<sup>15</sup>。這樣的分析是有根據的，歷史、現狀、政治制度設立時的狀態、民族性都給人以多種思維選擇。不過政治制度的設置——我們的歷史和現狀又無法說出哈耶克意義上的「演進」之類的话——難道不可以通過詳盡的分析來針砭時弊嗎？顯然這是過分悲觀的想法。政治框架的建立，在所有的探究者當中，在未有付諸實踐之前，都是可以懷疑的。漢密爾頓在《聯邦黨人文集》開篇就說，人類社會是否真正能夠通過深思熟慮和自由選擇來建立一個良好的政府，還是他們永遠注定要靠機遇和強力來決定他們的政治組織（漢米爾頓，1982：3）<sup>16</sup>？麥迪遜也認為，人類不是面臨一個較好的選擇就是面臨一個較差的選擇，而不會是最好的選擇（轉引自奧斯特羅姆，1999：16）。所以政治框架的建立始終在一個懷疑和修正的狀態下進行不失為好辦法。

因此，我們需要在立憲層次考慮的首要問題是，建立地方自治實際上就是遵循了共和原則，就農村和城市關係而言，農村應該建立一種與城市抗衡的共同體。自治體的建立才能為共和體制的建立創造基礎。特別要提請關注的是，在聯邦制下的主權體現要麼通過議會來實現，要麼通過複合的共和制來體現。但是單一制國家的地方自治關係就相當複雜，比如法國，官員在地方議會兼職就對政治體制影響很大（松歧村夫，1989：10）。就憲政而言，沒有制衡群體的產生，永遠也不會出現現代民主意義上的憲政。在中國，2/3的人口在農村，而且相當弱勢，不採取地方自治，恐怕這個群體始終會像馬克思描述的一樣，是「麻袋裏的馬鈴薯」。只有地方自治造成的村民對於自治權力的天然維護，農村才可以改變在整個國民經濟體系中收到城市工業定價的盤剝，從而在法律體系上，集體被定義為地方體，使物權和地方概念結合，而不再是籠統而又易變的「集體」概念，並賦予其政治組織——可以是村委會——法人資格。作為生產資料的土地應該明確產權。

於是，我們需要建立的法理對話方塊架應該是，地方自治的村擁有地方治權，它和政府需要通過立憲選擇層次的對話來調整關係。它建立的基礎是，地方上的人民在土地和生產資料上有完整的產權，同時他們在地方上的政治組織組成將可以多樣化。

### （三）精英力量和村莊道德

對於自治制度建設的關心，不應只限定於中央和地方關係的角度去研究。在立憲層次，恰恰是這一關係是需要反思的，毛、鄧和江都對於中央和地方關係做過論述，這顯然是一個老大難問題，以前經常被表述為「一放就亂，一統就死」。毛在談到地方過死的時候就說過，儘管美國搞帝國主義的確不好，但是它的政治制度是可以研究的，看起來我們也要擴大一點地方權力（薄一波，1997：上卷488）。政府間關係（IGR）實際上完全是立憲選擇的，在地方自治體建立之前，討論中央和地方關係會面臨兩難選擇——國家本位和地方本位各持一端。王紹光和胡鞍鋼提出的中央和地方九原則<sup>17</sup>就被認為是講普適性太多，講特殊性太少（辛向陽，1999：376）。所以我們有必要將地區權力結構分析（Analysis of Community Power Structure：ACPS）作為研究社區與政府權力來源和權力關係的重要工具。

村莊精英在運作這一次訴訟過程當中受到了村莊道德秩序的懷疑。但是這遠非政治制度層次的共同信仰。PSM發起的訴訟導致村莊權力直接置於法律權威之下受到審查，這迫使一部分鄉村自治關係中的私人領域暴露出來。不容否認的是，地方自治正義觀是民間法的根基之一，至於國家法如何設定政治機構和職位並得到公民尊重，則是需要培育和溝通的事。儘管道德化政治被認為是中國政治的一個特徵（陳佩華、趙文詞和安戈，1998；Schwartz, B. 1968，

魏儀，2001）<sup>18</sup>，但是道德化政治並沒有帶給村莊兩難選擇，因為在地方自治機制沒有建立以前，政黨化和國家化話語維持這一模式達到基本穩定，只不過訴訟就將穩定背後的悖論揭示出來了。法定程式建立的村委會的權威在國家審視下失去了影響力，但是精英的作用卻過分體現出來，維護甚麼樣的權力是道德的兩難。道德化治理在村莊當中又分化為兩個取向，一個方向導致對個人的權利和治理組織（村委會）權力配置的次序的思索，另一個方向導致對於國家賦予村莊權利還是村莊（地方）有權締約授權的憂慮。

PSM的訴訟是短暫的，不過村莊又要在懷念傳統道德觀念和服膺現代國家權力之間觀望。法律此時不再具有與村莊締約的性質——這在地方自治實現之前是不會出現的，而更多的帶有權力技術的性質。它程式完備（嚴密的程式使所有鄉村所謂的「道理」湮沒在法條釋義當中）、言語周詳（幾乎造成村莊在其面前失語）、形式莊嚴（村莊權勢顯得尤其勢單力薄），這一切使得村莊的自主性極其微小。當然，村莊精英的行動部分消解了國家技術的絕對壟斷地位，不過同時也帶有明顯的官僚權力技術特徵，從而在道德上遭遇村莊百姓的質疑。

### 三 進一步的討論

在對於村莊治理的法律方面的研究，在現有可檢索的文獻當中，大概可以分為三大類型，一種是借用國家——社會框架討論國家法和民間法的衝突和融合關係，這類研究在法學領域佔有統治地位；第二種是在史學視野當中發掘中國傳統法律和社會規則對於現代法律研究的理論資源價值；其三就是西方法學理論在中國的比附和適性探討，以期求得學術視野上的開闊。當然，這些研究的經驗價值是值得肯定的，不過更值得反思。幾乎同樣的理由，對於中共法治的預期都是建立在現代化背景之下，法律在理論上不但是據此「說服別人，更重要的是說服自己」，因此更大的使命在於本土資源可以超越傳統，而不是恢復中國的法律傳統，進而建立與中國現代化相適應的法治（蘇力：1995）<sup>19</sup>。這裏面當然包含「海上修船」邊漏邊修的困境，不過找出傳統資源作為法學的思想資源，就像找出舊木頭來修還是換一塊新木頭來修一樣，看是甚麼質地的木頭了。需要指出的是，國家法和民間法的衝突，表面上看好像是傳統社會資源和現代社會資源的衝突，但更是現代國家和法律侵入了民間領域，造成了道德觀念的混亂。法治現代化是社會發展的題中之義，但是法治現代化過程當中對於傳統資源的破壞和導致的道德問題卻是現代法律自身的問題。棲村的訴訟案在現代法律體系下的問題只有一條，就是法律為甚麼在規定社區政治程式和支援救濟時捨棄了村莊道德——一種信守職位承諾和堅持社區和諧共處的原則。如果村莊的政治組織不能管轄村莊可以自決的事務，那麼法律的介入在形式上是合理的。不過這樣的組織有甚麼必要存在，法律又為甚麼要予以確立<sup>20</sup>。

實質上問題的答案是簡單的，法律中心主義的視角認為，法治的建構幾乎可以成為社會美德的全部內容，它的建構隱含著告訴人們它是支配社會秩序的唯一法則。於是，在法治內部建立了一整套等級觀念，也就是圍繞確立法學中或者法律中可以產生聚焦作用的核心支點，圍繞或者以其為出發點，構建法學或法律的等級推論層次。在等級當中的「中心主義」式的法律文本含義具有唯一性的觀念，導致了「二元對立」的法律推論與政治議論的分野觀念，從而又推論出「二者何為優先」的爭端（劉星，2001）<sup>21</sup>。但是恰恰是這些中心主義的思想傾向導致了法律在面對政治力量時的束手無策，《村委會組織法》被大量的實施辦法和村一級的村規民約糾纏，只是朝著規制的道路越走越遠，幾乎見不到導向自決自治的影子。哈耶克

尖銳的指出，「西方國家在力圖保護個人自由且使之免遭政府侵犯的過程中所訴諸的各種制度，當被移植到這樣的傳統未佔支配地位的國度的時候，則往往會顯得力不從心」，「只有權力當局，包括之人民多數的權力當局，在行駛強制性權力的方面受社會共同體所信奉的一般原則的限值的時候，這樣一種系統才有可能得到實現並得以繼續」（哈耶克，2000：86）。法律中心主義似乎忘記了，社會秩序的產生不是法律的結果，而是其產生的原因。如果就當前的憲政問題考慮，佔9億人口的農村擁有的社會秩序和道德理想應該成為憲法觀念的來源。因為「憲法創造了一種工具，以確保法律和秩序，且為提供其他服務創制了一系列機構，但是它本身卻不界定任何法律或何為正義」（哈耶克，2000：212）。所以自治權力的確定應該成為法治國家的基本要意。

不少學者在鄉鎮直選試點後感到要進行地方自治<sup>22</sup>，不過不少人表示反對，甚至有人認為現在的自治是分裂的前兆<sup>23</sup>。但是，現在的形勢和痛苦的農村一再表達了對於自由權力和地方自治的渴望。2003年的農村工作會議指出關注農村，關心農民，支援農業，把解決好農業、農村和農民問題作為全黨工作的重中之重。政權組織和下層百姓共同表達了對於農村發展的高度關注，顯然可以成為一種佔「支配地位的意見」<sup>24</sup>，進而構成立法的基礎。不過針對現在的鄉鎮自治的呼籲，似乎可以作為村一級地方自治的後續進行討論。在現有的政治框架內，給予非政權領域的行政村——當然在自治當中也可以考慮自然村，甚至是新的地域組合——以地方自治的權力。這種權力的變化是有限的，但是如果立刻走到鄉鎮這一步，那麼，地方自治的協商機制如何建立、何以可能？所以，建立村一級的地方自治應該是立憲選擇的首要任務和現實途徑<sup>25</sup>。

棲村的訴訟導致了一場法律介入調節而引發法律自身的悖論的討論。雖然訴訟案件在眾多的司法案例當中並不顯眼，但是它卻揭示了人民在立憲選擇上的矛盾，民主選舉、民主決策、民主管理、民主監督為甚麼不盡美好？因為自由權利的建構並不存在，農村和農民性質是鄉土的，但是權利是整個共和國的。地方自治似乎可以恢復農民政治的鄉土性，但是私有財產權、土地權、妥協精神、關愛精神充斥的鄉土性一定可以蘊育整個共和國的自由觀念和民主美德。

#### 參考文獻

- 沈延生，1998，〈村政的興衰與重建〉，《戰略與管理》第6期。
- 2002，〈自治抑或行政——中國鄉治的回顧與展望〉，[www.ccrs.org.cn](http://www.ccrs.org.cn)。
- 楊小凱，2001，〈土地私有制與憲政共和的關係〉，[www.jjxj.com.cn](http://www.jjxj.com.cn)。
- 劉軍寧，2002，〈從政治體制改革到政治體制突破〉，<http://www.sino1liberal.com>。
- 傑弗里·薩克斯、胡永泰、楊小凱，2001，〈經濟改革和憲政轉軌〉，<http://www.sino1liberal.com>。
- 賀雪峰，2000，〈當前村民自治研究概述〉，[www.cc.org.cn](http://www.cc.org.cn)。
- 黨國英，1999，〈論鄉村民主政治的發展〉，<http://www.sino1liberal.com>。
- 彭勃、金柱演，1999，〈國家與鄉村社會關係的發展沿革〉，《中共福建省委黨校學報》，第1期。
- 徐勇，1997，《中國農村村民自治》，華中師範大學出版社。
- 1999，〈利益與體制：民主選舉的變數分析〉，《華中師範大學學報》第2期
- 樊平，1998，〈村落公共權力：農村經濟與社會協調發展的關鍵〉，載《中國社會與現代化》，中國社會出版社。
- 費孝通，1999，《費孝通文集》第五卷，北京：群言出版社。

- 朱蘇力，1995，〈變法，法治建設及其本土資源〉，《中外法學》第5期。
- 2000，〈為甚麼送法下鄉〉，<http://www.china-review.com>。
- 2001a，〈鄉土社會的法律人〉，<http://law-thinker.com/detail.asp?id=959>。
- 2001b，〈穿行於制定法和習慣之間〉，<http://law-thinker.com/detail.asp?id=401>。
- 強世功，1997，〈「法律」是如何實踐的〉，載《鄉土社會的秩序、公正與權威》，中國政法大學出版社。
- 田成有，2002，〈鄉土社會中的國家法和民間法〉，載《民間法》，山東人民出版社。
- Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948, p.2.
- 蕭樓，2003，〈村莊精英行動的場域、組織、話語和記憶〉，香港中文大學《二十一世紀》，2003年11月號。
- 2004，〈選舉——一個權力場域的搭建〉，《華中師範大學學報》第3期。
- 龐德，1934，《法律肄言》，北京：商務印書館。
- 蘭海，2003，〈村民代表訴訟制度之研究〉，《村民選舉和自治機制》有獎徵文作品，[www.people.com](http://www.people.com)。
- 崔智友，2001，〈中國村民自治的法學思考〉，載《中國社會科學》第3期。
- 陳箭、劉民安，1992，〈簡論村民委員會的法律地位〉，《政治與法律》第6期。
- 卡多佐，1997，蘇力譯，〈司法過程中的歷史、傳統和社會學方法的作用〉，在《中外法學》第6期。
- 中共中央文獻研究室，1982，《三中全會以來重要文件選編》下冊。
- 何懷宏，1999，《選舉社會及其終結》，中國社會科學出版社。
- 白益華，1995，《中國基層政權的改革與探索》，中國社會出版社。
- 費爾南·布羅代爾，1990，《法蘭西的特性》，商務印書館。
- 托克維爾，1991《論美國的民主》上卷，商務印書館。
- 天成，2003，〈論共和國〉，載《公共論叢·憲政主義與現代國家》，北京：三聯書店。
- 康得，1997/1784，《歷史理性批判文集》，北京：商務印書館。
- 楊小凱，2001，〈中國政治隨想錄〉，<http://xueshu.newyouth.beida-online.com>。
- 文森特·奧斯特羅姆，1999，《複合共和制理論》，上海：上海三聯書店。
- 邁克爾·麥金尼斯和文森特·奧斯特羅姆，2003，〈民主變革：從為民主而奮鬥走向自主治理〉，載《公共論叢·憲政主義與現代國家》，北京：三聯書店。
- 松歧村夫，1989，《地方自治》，北京：經濟日報出版社。
- 薄一波，1997，《若干重大決策與事件的回顧》，人民出版社。
- 王紹光、胡鞍鋼，1993，《中國國家能力報告》，遼寧出版社。
- 陳佩華、趙文詞和安戈，1998，孫萬國等譯，《當代中國農村曆滄桑：毛鄧體制下的陳村》，香港：牛津大學出版社。
- Schwartz, B. 1968, 「Rule of Virtue」, *China Quarterly*, N35
- 魏儀，2001，〈論當代中國的新德治〉，《戰略與管理》第2期。
- 全志輝，2003，「各省實施《村民委員會組織法》辦法比較」，<http://www.people.com.cn>。
- 哈耶克，2000，《法律、立法與自由》（第一卷），北京：中國大百科全書出版社。
- 杜剛健，2003，〈民主選舉和鄉鎮地方自治〉，<http://www.jcrl.com/zyw/n6/ca12159.htm>。
- 任不寐，2000，〈自由，是如何可能的〉，<http://www.gongfa.com/ziyouruhekenengrenbm.htm>。

- 1 資料來源：提交法院的訴訟材料附件5。
- 2 比如法律權力介入鄉村的案例（朱蘇力，2000），基層法律工作者的角色和鄉村幹部的行為（蘇力，2001；強世功，1997）。
- 3 因為正像龐德所言，「國家必不能預先制定一部規則，使法院禦繁應變於無窮。故法律的本身必不是單純的一部規則」（龐德，1934：16）。所以，要援引法律達到「救濟」，是一項專業性較強的工作，鄉村政治精英的能力可以在這個事件當中體現出來。
- 4 當然取消合同仍需要法院支援，不過顯然村莊的這一行為可以影響法院的決定。
- 5 這是農村常用的方法，在建材買賣、道路和人工的使用、市場爭端的解決等方面阻撓業主，獲取利益。這個方法曾經在PSM嘴裏說過，但是PXY一方勢力也強，故不敢使用。
- 6 這裏面主要指的是公益訴訟制度裏面的公益私訴，即利害關係人或相關人以自己的名義提起的旨在維護社會利益的訴訟。村民代表訴訟是指當村委會等農村基層組織或成員在自治事務範圍內侵犯村民集體權益的時候，村民個人為了集體的利益而依法對村委會等基層組織提起民事訴訟，要求其承擔民事責任。
- 7 這些討論可以參見陳箭、劉民安，1992；徐勇，1997；崔智友，2001。
- 8 中共中央1982年1號文件很能夠說明問題：「農村一部分社隊基層組織渙散，甚至陷於癱瘓和半癱瘓狀態，致使事情無人負責，不良現象在滋長蔓延」（中共中央文獻研究室，1982：1061）。
- 9 何懷宏指出，韋伯在他的統治社會學中，區分出傳統性統治與合法性統治，傳統性統治以「家產制」（Patrimonialismus）和「封建制」（Feudalismus）為兩極，在這兩極之間又有一些中間的形態，他認為父權家長制結構（patriachale Struktur der Herrschaft）是傳統性統治的原型，在封建時代之前，可能有一個家長制的時期，就像埃及的「舊王國」時期。參見「導論」的「封建社會的解釋模式」和「官僚帝國社會模式」兩節（何懷宏，1999）。
- 10 彭真在1987年說過，群眾自治應該和人大制度上下一夾，作用巨大。這好像說的就是現在倒逼式改革的模式（轉引自白益華，1995）。
- 11 布羅代爾就曾指出，城市政權可能為幾個強大的家族所控制，雖然政權由選舉產生，但這只是掩人耳目而已。（布羅代爾，1990：56）
- 12 美國的鄉鎮實際上和我們的村類似，人口一般為二三千人。如1830年，麻塞諸塞州共有鄉鎮305個，人口為610,014人。托克維爾認為，鄉鎮是自然界中只要有人集聚就能自行組織起來的唯一聯合體（托克維爾，1991：67-66）。
- 13 毫無疑問，啟蒙就是康德所謂的「人類脫離自己所加之於自己的不成熟狀態」。「不成熟狀態就是不經別人的引導，就對運用自己的理智無能為力。當其原因不在於缺乏理智，而在於不經別人的引導就缺乏勇氣與決心去加以運用」（康德，1784/1997：22）。
- 14 文森特·奧斯特羅姆認為人類的自由選擇可以分為三個層次：個人和群體在操作選擇、集體選擇和立憲選擇。在操作領域，採取具體行動的是最直接受到影響的個人，包括公共官員。這些行動的結果明顯地直接影響世界。界定和約束單個公民和官員在操作領域活動的規則為發生於集體行動領域的過程所確立，而修改這些規則之規則則是在立憲選擇領域所確定的。在某些情況下，立憲選擇導致一部成文憲法，但是較普遍的情況是社群發展非正式的共同理解，據此社群組織自己作出集體決策。這些共同理解是作出集體選擇和操作活動之決策環境的重要因素。這些非正式的理解是各社會所固有的，它們依靠自己的非正式實施者，而不依靠政府和國家權力機關（2003）。
- 15 楊的政治態度代表比較純粹的自由主義者的思想，非暴力、私有制和較多的歷史制度意識。但是楊的思想只能代表政治理性的一種，他的純粹的政治理念和具體的政治制度設置有較長的距離。這可能就是一種理想狀態，類似於經濟上他創建的超邊際分析理論。
- 16 針對聯邦黨人的言論，有些美國政治學家認為這是一種宣傳和托詞，但是文森特·奧斯特羅姆認為這是真誠的（奧斯特羅姆，1999：15），因為這是我們可以探討的平台之一。

- 17 王紹光、胡鞍鋼提出中央和地方關係博弈有9個原則，利益和權力交換的原則、平等參與的原則、公平競爭的原則、公平分配的原則、主導性原則、激勵原則、強通訊原則、協商原則和懲罰原則（王紹光、胡鞍鋼，1993）。
- 18 魏儀認為，新德治的最大悖論在於，這種史無前例的「去自我」的道德作用力恰恰消除了個人自由向善的倫理實踐的可能性，反帶來了普遍的虛偽表現。敗壞是新德治政體下的意外後果，但它並沒有構成對德治權力的挑戰，反而被德治政體吸納為「幕後解決」的機制，並進一步強化了不斷用政治運動來動員人們的道德熱情的合法性和必要性。
- 19 當然蘇力是將這一問題的反思建立在其設定的框架內討論的，即「變法模式」。「許多學者主張，政府要運用國家強制力儘快建立一個現代的法律體系，以保證市場經濟的順利發展；同時主張更多並加快移植經濟發達國家和地區的法律制度，即所謂同國際接軌。」他將這種強調政府運用強制力來規制經濟和社會的法制建設模式為變法模式。
- 20 這裏面還涉及許多省的「實施《村民委員會組織法若干辦法》」，對於許多自治保留事項作出了規定，這些規定不少是違憲的，可以參見全志輝，2001。
- 21 劉星認為，首先，主張法律文本（text）亦即立法機構的立法文本（statutes' legislation）或法院判決的前例文本（precedents' decided cases）存在著準確的唯一含義，這一含義，或者展現為制訂者的意思，或者展現為語言本身固有的語意，或者展現為由統一性質的原則、政策、法理作為基礎的意義系統。其次，從主張存在著準確的唯一含義這一核心支點概念出發，進而主張法律文本在法律整體運作中具有核心指導的功能作用，所有法律活動，應該而且必須要以法律文本作為一個軸心。無論是行政機構的行政，還是審判機構的裁決，公民的守法，乃至立法機構本身的修改、補充和廢止法律，都要以法律文本的準確意義作為基點。再次，依此推論「法治」的存在，（因為，如果法律規則沒有準確的唯一含義，「法律的統治」顯然是無法談論的。）論說「法治」是如何在歷史中實現和發展的，以及「法治」是如何在一些國家逐漸替代「人治」的，其必然性又是如何的……。可以覺察，語彙上的「立法、執法、司法、守法」的詞語排列順序，以及「法治優於人治」的陳述，在側面正是表現了這種以「中心」為基點的等級觀念。沒有「中心」，其後的等級推論層次是無法建構的。再如，主張法律制度和法學理論中可以存在作為建構起點的一個基本觀念，比如「義務」、「權利」，等等。並在這些基本概念基礎上，主張建立「義務為本位」（如「首先要考慮秩序」）的，或者主張「權利為本位」（如「首先要考慮公民自由」）的諸如此類的法律制度或法學理論，從而推演法律制度的細節等級機制，推演法學理論的等級路徑理解（劉星，2001）。
- 22 比如杜剛健就認為，二十一世紀中國農村社會的根本變革出路在於加強民主參與，開展鄉鎮自治，發揮廣大鄉鎮村民居民參政議政的作用（杜剛健，2003）。
- 23 任不寐反對這樣的說法，他認為，膚淺的政治理論把地方自治和國家分裂混為一談，傳統中央集權的既得利益者充分發揮和利用了這種農業社會特有的理性局限性。事實上，強制統一纔是國家分裂的根源，再沒有比大一統下的地方市場分割和諸侯經濟更是一種分裂的了。
- 24 哈耶克認為，佔支配地位的意見（opinion）指的是任何正當行為規則都必須具備的一般屬性。並指出，就像大衛·休謨說的那樣，一切權力都是以意見為基礎，並受意見的限值（哈耶克，2000：141）。
- 25 托克維爾在論述美國人民主權形成時認為，人民主權的自治體制的基礎是英格蘭鄉鎮萌芽和發展起來的治理方法；但是不能讓鄉鎮強大，因為你在那裏決不會得到公民而只能得到順民（文森特·奧斯特羅姆，1999：165、168）。

本文於《二十一世紀》網絡版第三十期（2004年9月30日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。