

# 导 论

## 一、问题的提出

### （一）什么是村规民约

从统治者的角度来看治国，他们莫不希望疆域内和谐宁静，江山千秋万代，如何实现这一目标？首先当然是稳定的社会秩序，然而采取什么样的社会控制方式才能实现社会秩序的稳定呢？西方到东方，专制到共和，人类做了很多尝试，也出现了很多伟大的理论。在中国，营造核心价值观，利用中央集权来统一思想及规范行为规则，是不少社会精英认可的一条重要路径，历代中央王朝都在尝试。这种倾向从秦始皇统一度量衡开始，到明清时期，中央集权的程度达到了封建社会的顶峰。但是，由于中国幅员辽阔、人口众多、国家政权的统治从来没有，也很难真正深入到乡间田头，换句话说，国家法从来没有实现对老百姓生活的“全面管理”。更何况，单一使用国家权力来维护社会秩序是否合理和可行也是值得商榷的。事实上，不论是古代封建社会还是现代法治社会，国家法、民间法、民族习惯法、各种规则都在各自的领域游动着，同时，它们之间又彼此交融、缠绕、吸收、抵消着。在建构现代国家的努力中，执政党力图按照现代民族国家的模式打造中国，形成统一的社会规则、按照现代法律体系改造社会。这种努力在一定程度上取得了成功。

从法制角度横向看，1982年现行宪法颁布后，30多年来的法制建设开展得轰轰烈烈，社会主义法制体系基本建成，社会生活各领域基本都有法可依。1999年修改宪法的时候我国明确提出建设社会主义法治国家，便是在法制初步建成的基础上提出了依法治国的进一步要求。

从政治组织角度纵向看，中国共产党通过发展党员，建立各个层次的党委、党支部、党小组，辅以党内严密的纪律性，使得执政党的统治能有效地深入到社会的各个角度。伴随现代科技促进通讯、交通的发展，执政党的执政能力比历史上任何时期都更全面、更现实。

然而，国家法的“对象永远是普遍性……法律只考虑……共同体及抽象的行为，而绝不考虑个别人、（地方）以及个别的行为”<sup>①</sup>，用一套代表“普遍国家意识”的理想化标准去应对基层社会充满“地方性知识”的日常生活，矛盾和背离可想而知。事实也证明，国家施于农村的法律，未必都切合农村的实际，国家法的运作在许多方面并不能很好地满足村民的需要和解决他们的实际问题。尤其在边远少数民族地区，国家法与村民对秩序的理解，对正义的话语逻辑实际仍然存在较大鸿沟。

在诸多因素的影响下，公民社会自我治理能力受到不同程度地抑制。例如，作为居民自治组织的农村村委会更多的时候忙于承担上级政府交办的各项任务，<sup>②</sup>自治功能严重萎缩，行政功能不断膨胀，直接影响到村委会的自治属性。当村民对村委会成员使用“村干部”一词时，村委会在村民眼中更像政府的一部分。同时，针对基层社会的法律规范和法律实践，均不同程度地忽视了基层的力量，基层组织理应发挥的作用，导致村委会在参与社会管理和提供公共服务方面没有发挥协同作用。

作为对这些现实问题的回应，作为民主国家民主程度的体现，当然也是对公权力有所为有所不为的共识，1998年10月中国共产党第十五届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》中指出：要“全面推进村级民主管理。依据党的方针政策和国家的法律法规，结合本地实际，全体村民讨论制定村民自治章程和村规民约，把村民的权利和义务，村级各类组织之间

---

[法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第50页。

2006年以前村委会忙于税收、计划生育等各项任务和检查；2006年取消农业税之后，计划生育、防火护林等各类任务和检查仍然在进行。

## 2 ■ 黔东南苗族村寨村规民约研究

的关系和工作程序，以及经济管理、社会治安、村风民俗、婚姻家庭、计划生育等方面的要求，规定得明明白白，加强村民的自我管理、自我教育、自我服务。”2012年的中共十八大报告也明确提出要完善基层民主制度，在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中实行群众自我管理、自我服务、自我教育、自我监督，是人民依法直接行使民主权利的重要方式。要健全基层党组织领导的充满活力的基层群众自治机制，以扩大有序参与、推进信息公开、加强议事协商、强化权力监督为重点，拓宽范围和途径，丰富内容和形式，保障人民享有更多、更切实的民主权利。

在这些背景之下，村规民约，这种国家鼓励的村民自治形式覆盖了全中国几十万个行政村。村规民约的价值和意义毋庸置疑，笔者在这里想探寻的是，这种“运动式”地制定村规民约与自治的内在逻辑是否相悖？在这种背景之下成长起来的村规民约从实体内容和制订程序多大程度上反映了村民的意愿？能否起到村民自我管理、自我教育、自我服务的目的？

几百年来以传统<sup>①</sup>习俗或规则维持社会秩序的农村地区，被几个方向作用的合力共同改变着。第一，自治的必要性。在广大的边疆农村社区，历经多年的社会变革，特别是市场经济的冲击和人口的日益流动给村寨秩序的维护带来了新的问题，村寨各类治安案件、民事纠纷层出不穷。虽然在形式上也存在着法律供给，如成文法、法庭、律师、检察官，但受人力、财力和法律的普遍性的限制，国家法律的供给仍严重不足，不能完全满足乡村社区的法律需求，对村民因细事、琐事

---

费孝通在《乡土中国》中曾表述“(中国)乡土社会……是个‘无法’的社会，加入我们把法律限于国家权力所维护的原则，但是‘无法’并不影响这个社会的秩序，因为乡土社会是‘礼治’的社会。……而礼却不需要这有型的权力机构来维护，维护礼这种规范的是传统。”费先生所指的“礼”是儒家思想为内核的道德。诚然，礼对中国社会的整体影响巨大，但是礼对边远民族地区的影响力远不及于中原腹地，在民族地区，传统更多指的是适合民族习性和传统的民族习惯法。此外，礼所维护的秩序常常在理性人对利益的权衡取舍下被悄然篡改，也即以“潜规则”或者以莫尔的“半自治社会”规则的状态出现。

引发的权利救济或仅在地方性知识中存在的权利，政府往往不能及时提供，司法程序的专业、复杂也常常令村民望而生畏。国家治理的真真空区、基层民主实现的理想、地方性知识和传统文化作用于人的价值观、正义观等因素客观上都要求村寨具有相应程度的自治。第二，国家法的普遍性和强制力。单一制国家的传统和国家秩序整体维护的目的使得国家政策和法律对基层地区的自治仍然有较多的规制和约束。（立法法规定，基层群众性自治制度必须由全国人大及其常委会制定法律规定。即便是村规民约的程序和内容、村委会的组成等有关村民自治的内容也无一不是法律划定的框架）。第三，城市主流文化、工业文明的强势渗透。法社会学认为，多元社会中不同规则体系的冲突最终基本都可以归结为不同文化的冲突。传统封闭的村庄里越来越多的人外出打工，留守的村民也可能常常与因为风景怡人的田园风光吸引而来的游客打交道，文化发生剧烈的碰撞和嬗变，内部的自治该如何与大的环境接轨？

基于上述的分析，笔者认为：一方面，由于国家法不但无法应对村寨实际生活方面中千差万别、琐碎庞杂的矛盾和纠纷，也应对社会转型期快速的变迁（因为法的稳定性要求），并且这不仅是短期内，也是可预见的将来不能做到的。所以，各种类型的基层自治是必须的，缺乏市民社会传统的中国（当然，农业、伦理社会为主的国家几乎都不可能内生出市民社会）也并非没有各种团体的自我管理、自我规范的自治形式。另一方面，中国一直在尝试对自治形式进行规范统一。村规民约就是国家政权倡导的一种村民自治形式。虽然这种形式并不是国家政权发明创造的，这种形式的推广普及却是国家政权努力的结果。2002年的时候民政部就统计到，目前“绝大多数村庄制定了实施民主管理的村民自治章程或村规民约”<sup>①</sup>，有一种说法是80%以上的村<sup>②</sup>，与之不符的是村规民约在法律上的地位，村规民约在村民自治中的重

---

转引自何海波：《通过村民自治的国家治理》，载于沈岿主编《谁还在行使权力？——准政府组织的个案研究》，清华大学出版社2003年版，第112页。  
李全茂：《维护农民权益巩固执政基础 村民自治逐步完善》，载于《人民日报》2002年5月29日。

#### 4 ■ 黔东南苗族村寨村规民约研究

要作用还没有引起足够的重视。当下中国的村规民约正处在历史变革的十字路口，它既在顽强地坚守着自己的固有领地，并期望有所作为，但又不得不随着社会变革的需要而改变、削弱甚至隐退自身。<sup>①</sup>

在田野调查中，笔者收集了不少村规民约，其中，有的是比较规范的，有的是治安管理处罚法的照搬，有的主要体现了民族习惯法，有的只是对国家法律的重申（当然，多是针对那些当地最容易出现的违法现象的法律的重申）。村规民约的内容多样化是自治的内涵使然，这里面当然会不乏对国家法律进行吸收融合的，但是如果村规民约的内容仅仅是，或者绝大多数是国家法的回声，自治的意义何在？反过来，在村规民约与国家法多数不一致的时候，又应当如何去观察、分析、理解、包容或调整村规民约。从近年来的主流学术观点和司法诉讼实践看，村规民约与国家法冲突是普遍存在的现象，尤其集中在村规民约的处罚权问题上。村规民约作为村民自治的重要文本，本质上就是一种基层地方自治的规则，它应当有较大的空间，不应当过于严苛，动辄就被认定为“违法”。同时，村规民约作为一种具有历史源流的现象，它反应了民间的智慧和村民自我管理的能力，反应了国家和社会的二元格局。村规民约是否与国家法冲突是一个判断标准和观察视角的问题。因此，笔者在本书中试图探寻的是：一、现代村规民约从形式到内容是以怎样的方式呈现；二、村规民约与国家法冲突的争议何在？如何调适；三、如何发挥村规民约在村民自治中应有的重要作用。

## （二）为什么选择黔东南苗族村寨作为研究地域

### 1. 村规民约与民族习惯法研究的结合

民族习惯法是在少数民族地区相对稳定的社会环境中，少数民族

---

谢晖：《当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇》，载于《东岳论丛》2004年第4期。

群众在生产生活中反复博弈逐步形成的、原生的一套能够维护社会稳定的规则习惯，填补着国家法的空白并充斥于国家政权无法或者难以控制的领域。村规民约脱胎于传统的乡规民约，原本是村民“自发”建立的约束相互交往行为规范的文本，但是在中华人民共和国的语境中，同时也是《中华人民共和国村民委员会组织法》规定的一项法律制度。国家法并没有为民族习惯法制定规则，不提倡不反对（只要没有和国家法相抵触）；但是国家法不但为村规民约的制定程序、内容等做了相关规定，还积极促成了这种基层群众自治文本的出台。在笔者调查范围内的黔东南苗族村寨还没有发现未制定村规民约的行政村，从法学家、社会学家、报刊媒体网络资料的查阅情况来看，也可以推断全国范围内绝大多数村庄都制定了村规民约。

村规民约到底该怎样制定？《中华人民共和国村民委员会组织法》（2010年修订）只做了这样的规定：

**第二十七条** 村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。

村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。

村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。

排除村民自治权受干预或者极度不重视村规民约制定和实施的村寨（当然，这种情况也同样是应当被追问、被分析的），少数民族地区村规民约常常或多或少反映着当地的民族习惯法的内容。因此，在对村规民约的普遍性研究中，少数民族地区还具有其独特的个性，本书试图探索这种个性对于少数民族行政村村规民约的制定具有什么样的影响？在对村规民约的普遍性立法中，是否应当对少数民族地区具有特殊的理解和包容？

## 2. 为什么是黔东南？为什么是苗族？

一般认为，民族法学强调用法学的方法和观点来研究和认识民族问题，诸如规范分析法、演绎法是民族法学主流研究中的基本方法。但是村规民约这样具体、细致，必须在动态中分析其实效的研究对象，仅仅靠规范分析和演绎是远远不够的。何况，作为一门新兴的学科，民族法学学科建设基础薄弱，缺乏系统的理论和成熟的学科结构框架。要克服民族法学的幼稚性，必须要引进法律人类学以田野调查为主的实证分析比较方法为研究的方法。研究村规民约必须深入到田间地头，参与村民的生活，观察村寨中纠纷解决的过程，对比各村寨村规民约内容的异同、村规民约制定的程序，对调解村寨内外的纠纷是否发挥作用，发挥作用的程度及村内的社会秩序情况等进行研究。本书从最初开始思考选题的时候就已经把田野调查纳入到了研究手段之一。但是选择什么地方作为研究地点呢？

“认真地选择调查的地点和研究的对象，并将调查地点和研究对象限制在相对狭小的范围内。同时，由于研究者需要从社会变迁过程中对相关问题作出合理的文化解释，所以，在选择调查地点和研究对象时，还得考虑历史文献、文物、遗俗等间接材料是否可以再现历史场景。更要紧的是，在这样一个小地方，还要研究大问题，研究者必须考量其所研究的问题是否具有普遍性以及该调查地点能否为问题的解决提供充分的经验材料。”<sup>①</sup>根据这个标准，我选择了黔东南地区的苗族村寨作为研究地点。这其中包括了几层考虑。

第一，丰富的民族资源，苗族同胞独特的民族文化。

黔东南苗族侗族自治州位于贵州省东南部，是民族大州，少数民族总人口为 364.01 万人，占全州总人口的 81.87%。其中苗族 187.12

---

张晓辉：《法律人类学视角的学术魅力》（序），载于张钧著：《农村土地制度研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 3 页。

万，占总人口的41.8%。<sup>①</sup>笔者重点调研的台江县，全县人口15.9万，有苗、侗、土家、布衣等15个少数民族，其中苗族同胞占全县总人口的97%，有“天下苗族第一县”之称。<sup>②</sup>苗族源于炎黄时代“九黎”集团。聚居在黔东南的苗族，依山为寨，聚族而居。在国家法之下，民族习惯法仍然对当地老百姓的生产生活发挥着一定程度的作用，国家法确认的制度主要表现为农村土地所有制的根本制度、村民自治制度、刑事犯罪的处罚制度、计划生育制度、教育制度以及税收制度等。由习惯法调整的主要有维护村寨一般社会治安的制度、婚姻制度、防火制度以及祭祀制度等。

第二，有前人的研究成果可供借鉴、比对。

由于黔东南地区民族资源的丰富和独特，吸引了方方面面的专家（当然也包括法学家）对其文化、社会结构、体制进行研究，如《清代清水江下游村寨社会的契约规范与秩序》《黔东南苗族婚姻习惯法与国家法的冲突与调适》等著作以及《清代西南乡村集市与区域社会——以贵州黔东南小江为例》《黔东南台江县苗族林权习惯法研究——以阳芳寨为例》等学术论文。有前人的研究，才方便从历史的和文化的角度考察民族村寨社会规则的变迁。

第三，其他因素。

（1）在贵州省开发旅游资源，打造“多彩贵州”品牌的大背景下，黔东南地区作为民族风情旅游重点推出的风景区，苗族村民意识到了民族传统文化价值的同时，又更频繁地接触到外界文化。传统与现代之间，村规民约是否作出了灵活的回应？有没有遭遇什么难题？

（2）基层政府为了帮助村民致富，开发旅游业，做了很多工作，其中有些地方，村规民约的内容也要配合这一主题。如何理解这一“政府指导”？

---

黔东南州人民政府网 <http://www.qdn.gov.cn/info/1047/85726.htm>，最后访问时间2013年4月5日。  
台江县人民政府网 <http://www.gztaijiang.gov.cn/>，最后访问时间2013年4月5日。



(3) 笔者兼职的研究机构——贵州世居民族研究中心，2009 年到 2011 年的研究主题围绕黔东南州台江地区的苗族村寨进行了多方面多层次的研究。有了多次田野调查的经验、人脉等资源和对该片区村寨研究的基础，将本书的研究地点锁定在黔东南苗族村寨更具有现实性。

## 二、选题的研究现状

### (一) 基础理论的研究成果

#### 1. 公共治理<sup>①</sup>理论中的软法研究

软法是通过自律和他律相结合的软规制而不是通过国家强制规范人们行为，调整社会关系的现代社会公共治理机制。软法与硬法的区别主要有五：其一，软法制制的渠道是多元的，既可以由国家机关制定、认可，也可以由社会组织及民间团体制定、认可，还可以是人们在社会生活和政治活动及交往中自然地生长和形成的不成文规则；其二，软法通过个人、组织的自我约束和相互约束以及舆论约束和利益机制而实现规范人们行为，调整社会关系的作用，而硬法主要以国家强制力为后盾，由国家强制力保障实施；其三，软法的法源既可以是法律文件，也可以是社会组织、团体的章程、村规民约以及政治惯例、社会惯例等，而硬法的法源只能是国家法律文件；其四，软法既可以是静态的法规范，也可以是动态的公共治理方式，如调解、协商、讨论、指导、说服等，而硬法一般仅指静态法；其五，软法既具有相对

---

公共治理是区别于传统政府管制模式的一种新型的社会管理模式。在这种模式中，政府与非政府组织，国家与公民社会，公共机构与私人机构相互合作，共享管理权利，并通过多种管理手段与方式，达到共同分享责任与义务，增进和实现公共利益的目的。公共治理主要有以下几个特征：(1) 治理目标上追求公共利益。“治理的目标是在各种不同的制度关系中运用权力去引导控制和规范公民的各种活动，以最大限度地增进公共利益。”(2) 治理主体的多元化。在社会管理中，突破了将政府看作唯一主体的传统观点，认为不仅有一直承担重要角色的政府，也包括作为政府重要补充力量的社会非营利组织、非政府组织等。(3) 治理手段与方式的多样性。其管理手段除了国家行政的手段以外，更多的是强调各个主体之间的自愿平等合作。——高轩：《公共治理——和谐社会的治理模式选择》。

的普遍性，又兼顾一定时间、地点、对象的特殊性，注重在保证形式正义的同时最大限度地保障实质正义，而硬法则更多地强调普遍性，注重形式正义优于实质正义。<sup>①</sup>国外学者对市民社会中各种社团组织中的“软法”进行研究。这种研究可以溯及到20世纪上半叶。不过，比较集中的研究主要始于20世纪晚期。进入21世纪以来，研究广度和深度都明显增强。<sup>②</sup>中国的软法研究刚刚起步，2005年12月成立的北大软法研究中心是一个专门对软法进行研究的机构，也是目前对软法研究最多的机构。就笔者目前在各大书店网站的查询，尚未见将软法研究应用于对村规民约的著述。

笔者认为，村规民约正是一种软法！<sup>③</sup>软法之所以软，是因为没有国家强制力作为后盾，有约束力，但是无强制力。随着传统村寨寨老、族长这样的权威逐渐式微，没有强制力的村规民约靠什么来约束？仅仅靠国家法对这种村规民约的默许是脆弱的，当村民或者外来人口（不论是暂住的还是久居的）对依村规民约作出的处罚提出质疑，并诉诸司法机关或者其他国家机关请求救济时，政府的两难境地可想而知。

## 2. 村民自治的研究

从法哲学的视角来看，村民自治是社会和国家适度分离与互动的体现，村民自治高举着民主和法治两面大旗，村民自治是基层自治权直接行使、间接行使与委托行使的结合。<sup>④</sup>村民自治就是治理中国农村

---

姜明安：《软法：备受现代社会青睐的公共治理手段》，载于《检察日报》2010年7月29日。

罗豪才，宋功德：《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》，法律出版社2009年11月版。

对村规民约的属性，存在有多种不一致的看法，而属性的确定，对于村规民约制定的程序、范围、功能、法律效力等具有重大意义。一种意见认为，村规民约属于民族习惯法的范畴；另一种意见认为，村规民约属于官方法的范畴，也有人认为“村规民约和村民自治章程在属性上属于官方法中的亚国家法，作用上是在村民自治领域“弥补国家法调整的无力性”和“消解国家法刚性的弊端”，同时，也不乏有人认为村规民约就是一个村民之间的民事合同。

张景峰：《村民自治的法哲学分析》，载于《中国农村观察》2002年6月。

的法宝。但村民自治不只是定章程、立机关、筹经费、选干部，如何使村民积极地参与村务，如何培养村民自治的精神，如何防止村民自治僵化、形式化，将是更大的挑战。<sup>①</sup>

村民自治的生长在农村社会中存在着内源性动力和历史基因，但是，从总体上看，村民自治仍然是作为由国家发起的一项具有林毅夫意义上的“强制性变迁”的运动，即它基本上是自上而下、自外而内地进入乡村社会的。因此，它也就相应地呈现出了十分明显的费孝通意义上的“规划性社会变迁”的特性。<sup>②</sup>实践证明，推行村民自治，是现代农村基层社会稳定的基石和保障。村民自治的主要途径就是通过制定村规民约来约束管理者的权力和保障自己的权利。通过对村规民约的考察，发现规约中所缺的正是为了规约管理者——一般是村委会——权力的条款，缺乏有效的监督，也就不可避免地导致目前一些村寨村务公开流于形式甚至连形式也不做。<sup>③</sup>现行法律制度对村民自治的保障，主要体现在宪法、专门法律、地方性法规、规范性文件、村规民约和村民自治章程的保障等层面。由于现行法律制度自身存在的缺陷和不足，影响了村民自治的健康发展，因此必须修订、规范和完善村民自治的法律制度，才能保障村民自治的健康发展。<sup>④</sup>解开村民自治“死结”的出路在于提供有效的法律救济——立法规制之、司法救济之。然而法律规制的重心并不在于国家法，而在于民间法；司法救济的关键不在于技术，而首先在于更新观念。<sup>⑤</sup>必须构建我国村民自治中权利的司法救济制度，以保障村民自治中各项权利的实现和村民自治的健康发展。<sup>⑥</sup>

---

牛铭实：《中国历代乡约》，中国社会科学出版社 2005 年版。

吴毅，吴森：《村民自治在乡土社会的遭遇》，华中师范大学出版社 2003 年版，第 2 页。

黄艳萍：《民族村寨村民自治实现善治的进路——以村规民约的完善为视角》，载于《法学杂志》2009 年第 6 期。

黄荣英：《村民自治的法律保障》，载于《福建政法干部学院学报》2002 年第 4 期。

白呈明，陈晓丽：《对村民自治权的法律救济的思考》，载于《求实》2009 年第 3 期。

杨平：《村民自治中权利的司法救济》，载于《甘肃政法学院学报》2007 年第 5 期。