

CSSCI来源集刊

民间法

【第十七卷】

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
上海师范大学



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

民间法

【第十七卷】

主编：谢晖 陈金钊 蒋传光

执行主编：彭中礼

中南大学法学院
上海师范大学

主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第十七卷/谢晖,陈金钊,蒋传光主编. —厦门:厦门大学出版社,2016. 8
ISBN 978-7-5615-6147-8

I. ①民… II. ①谢…②陈…③蒋… III. ①习惯法-中国-文集 IV. ①D920. 4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 161040 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 甘世恒

装帧设计 蒋卓群

电脑制作 张雨秋

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 28, 25

插页 2

字数 606 千字

版次 2016 年 8 月第 1 版

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

定价 75.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦借民间非正式法而就。然法律学术每每所关注者为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即为定制。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:过度执着于国家法,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,非唯国家法一端之功劳。国家仅借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如何差异,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、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;民间法借国家法而显其华、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,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相需而成也。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,即令有谔谔之声,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,此不唯预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦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,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,则不唯遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

目 录

学理探讨

民间法在国际大都市社会治理中的运用及其思考

——以上海市浦东新区合庆镇“草根宪法”实践为例……………李瑜青 张 玲(2)

法律多元视域中的都市习惯法

——规范领域、规范类型与规范功能……………魏小强(10)

民间规范司法运用方法研究……………贾焕银(27)

法律全球化背景下的中国法治二元观

——基于一种民间法哲学主体视角……………姚选民(37)

夷夏之辨与中国古代礼法文化

——以法社会学和法人类学为视角……………孙健飞(51)

民间习惯对刑事司法事实的救济……………陈文华(63)

法律变通的意义、困境与对策探讨

——以民族自治地方社会治理为视角……………田钊平(73)

论环境习惯法的法源价值……………郭 武(82)

民间信仰的权力分析……………吕廷君(100)

《西游记》中神魔世界秩序格局与治理形态的民间法分析……………白利寅(113)

规范二元论的现代性思考

——概念辩证、实证样态与价值申说……………张式奇 温 勃(130)

论民族国家的兴起与习惯法的边缘化……………齐晓洁 王林敏(152)

经验解释

民国时期婚约纠纷中陋俗旧规残留现象管窥……………周阿求(162)

法院调解与习惯法的契合路径分析

——兼论 5W1H 方法的法律漏洞补充……………刘 洋(173)

民间彩礼的法律问题研究	黄娅琴 黄 梅(190)
“叫魂”习俗及其对社会秩序构造的影响	孙午生 王月峰(202)
从非正式规则到正式规则	
——以当代刑事和解制度的形成和发展为例	林仪明(214)
自生与融合:少数民族村寨秩序的建构	
——以曼芽村为例	刘红春(225)
公权介入下私权纠纷解决机制的嬗变	
——以“挟尸闹访”为例	吴国洋(234)
乡规民约在壮族社会治理中的作用及启示	
——从清末龙脊潘日昌案切入	卢明威 汤伶俐(244)

制度分析

论城镇化进程中的制度合法化	
——从“周口平坟事件”说起	韦志明(256)
从“权威治理”转向“规则治理”	
——对乡贤治理的思考	沈 寨(268)
移民社会格局与民间规范生成机制	
——以影视剧《闯关东》中的相关情节为基本素材	汪 潇(277)
传统与现代的良性互动:彝族多元化纠纷调解机制的创新	张邦铺(292)
集体建设用地置换的制度“本土资源”研究	
——以政策性实践为视角	孙建伟(302)
清代城市民间规约及自治功能探析	周执前(314)

社会调研

新乡贤与乡规民约的良性构建	刘广登(324)
社会转型期村规民约的异化问题及其对策研究	
——基于浙江部分村庄的调研分析	戴津伟(338)
论民间借贷纠纷案件的司法认定	蓝寿荣 李沃幸(350)
论习惯在民事司法适用中的现状、困境与出路	
——基于我国司法实践的视角	陈建华(362)

域外视窗

英国法中的习惯法渊源

——以民事执行制度的变迁为视角 宫 雪(374)

原始的法与现代的法 [美]卢埃林 霍贝尔 著 李杰 译(386)

学术评论

何谓流浪权:权利话语的忧思 陈 斌(400)

基于惯例制度主义的民间规范司法运用研究

——评《民间规范司法运用方法研究》 赵玉增(410)

贫瘠的突围

——《藏族“赔命价”习惯法研究》读后 多杰昂秀 赵康仪(420)

读《萨摩亚人的成年》

——法人类学读书会札记 朱 未 多杰昂秀(432)

学术信息

第十二届全国民间法·民族习惯法学术研讨会征文通知 (444)

学理探讨



- ◎民间法在国际大都市社会治理中的运用及其思考
- ◎法律多元视域中的都市习惯法
- ◎民间规范司法运用方法研究
- ◎法律全球化背景下的中国法治二元观
- ◎夷夏之辨与中国古代礼法文化
- ◎民间习惯对刑事司法事实的救济
- ◎法律变通的意义、困境与对策探讨
- ◎论环境习惯法的法源价值
- ◎民间信仰的权力分析
- ◎《西游记》中神魔世界秩序格局与治理形态的民间法分析
- ◎规范二元论的现代性思考
- ◎论民族国家的兴起与习惯法的边缘化

民间法在国际大都市社会治理中的运用及其思考

——以上海市浦东新区合庆镇“草根宪法”实践为例

李瑜青* 张玲**

摘要: 作者认为民间法研究对一些在建设中的国际大都市同样具有重要价值。本文以上海市浦东新区首创且普遍推行的“草根宪法”为例,深入考察了作为“草根宪法”实践创发地的上海市浦东新区合庆镇,分析了“草根宪法”的实践动力,及其对当地所带来的变化,并论证说明“草根宪法”作为民间法的特质及其功能。

关键词: 民间法;国际大都市;社会治理;功能

民间法研究以往更为关注民间习俗、规则、习惯等在传统乡村或少数民族地区的实践、功能与变迁,并强调民间法以传统文化要素的身份弥补着现代国家法的缺位或失控,似乎民间法的活动空间主要是偏传统、偏少数民族的。但是,上海市浦东新区首创且普遍推行的“草根宪法”,却向我们呈现了一个在建设中的国际大都市在社会转型期对借助民间力量、民间规则的迫切需求,而民间法的制定与实施的确在都市乡村社会治理中散发出了真实活力。本文即通过考察上海市浦东新区合庆镇对“草根宪法”的创发、实践,来深描民间法在都市乡村社会治理中的实践及其所带来的影响。

一、为什么是合庆镇

改革开放以来,乡村社会治理体制逐渐由人民公社向“乡村政治”模式转型,对应于此的具体表现则是治理主体由一元向多元的转变,治理目标从管制向提供公共服务转变,治理过程由权威服从向更多的民主协商转变。^① 这一发展变化的特点深深印记于上海市浦东新区合庆镇。

* 李瑜青,华东理工大学法学院教授,博士生导师。

** 张玲,华东理工大学法社会学博士研究生。

① 于建嵘:《社会变迁进程中乡村社会治理的转变》,载《人民论坛》2015年第14期。

合庆镇位于上海浦东新区东南角,东临长江入海口,地处城乡接合部。地域历史上曾隶属上海县,清雍正三年(1725年)后隶属南汇县。建国后,废除保甲制,建区、乡、村组织。1958年人民公社化,实行政社合一制。1984年,政、社分设,恢复乡、村建制。1995年,乡改镇。2000年,“撤二建一”,由原合庆镇和蔡路镇合并成立新建制的合庆镇。下辖29个村、6个居委会,镇域面积41.97平方公里,耕地面积929.29公顷。经新区政府批准的集镇规划面积2.15平方公里,规划经济园区面积4.56平方公里。^①

合庆镇历来以农业为主,主要种植水稻、棉花、麦子等,沿海居民也有以捕鱼为生的。当地历史上素有男耕女织的传统,也有少数男人从事泥工、木工、缝纫等活计,妇女则在农闲时从事绣花、织土布、毛巾等活儿。经济收入低微,人民生活贫寒。建国后,特别是20世纪90年代初以来,经过产业调整,合庆镇已从单纯的农业经济逐步融入市场经济之中。且自1997年起,为了适应社会主义市场经济的发展和变化,镇村集体工业企业开始改制,并通过开发区建设与大力的招商引资助推了合庆镇外资与民营企业的发展。目前合庆镇规划的4.52平方公里总面积的工业园区已开发建设3平方公里,吸引投资额超80亿元,进驻中外实业型企业近90家,园区总人数超过6000人。^②而据合庆企业黄页统计显示,合庆镇现已有企业1005家。^③

而伴随生产方式的变化,合庆镇的人口结构也在悄然发生变化。据2010年第六次人口普查数据统计,^④合庆镇共有人口13.2万,人口密度为3154人/平方公里。外省市人口占比62.2%,比十年前提高30个百分点以上,超过了当地的本市居民人数。家庭户有46867户,人均住房面积24.65平方米。其中,少儿抚养比为13.55%,老年抚养比为13.37%,老少抚养比为98.62%。此外,合庆镇还是上海浦东新区近十年来少数民族人口增加较多的街镇,少数民族人口占比达3.2%。人口结构的变化也对政府的社会治理提出了各种挑战。

而随着大量劳动力从第一产业向第二、第三产业转移,人民收入递增,生活水平也得到了显著提高,新建的一幢幢现代农民新村遍布集镇四周,商业网点不断发展,集镇日趋繁荣。但是,合庆镇社会治理面临的挑战也增多了,尤其是集体资产管理、动拆迁政策、“三违”整治、环境卫生治理等问题不断凸显,多年积累的用地矛盾、环境冲突、思想意识在此交织、碰撞、对抗,而村一级在处理这些矛盾冲突时明显乏力,甚至出现了一些村民“与村干部对话就闹心,看到村里建设就疑心,对村务工作不上心”的情况。利益严重受损的村民往往选择求助于镇一级部门,于是镇政府办公室几乎成为告状大户区、信访重灾区、维稳难点区。问题倒逼改革,此现状令政府部门必须创新社会治理机制予以回应。

① 《合庆镇志》浦东史志网, http://szb.pudong.gov.cn/pdszb_pddfz_zz/2014-04-24/Detail_541157.htm。

② 参见 http://hqpark.com/content_1.asp?sys=101。

③ 参见 <http://www.b2b168.com/shanghaiqiye/pudongxinqu/heqingzhen/>。

④ 《浦东新区2010年第六次全国人口普查主要数据公报》,参见上海市浦东新区疾病预防控制中心网站, <http://www.pdcdc.sh.cn/news/index.php?id=190>。

幸运的是,合庆镇身处上海这座现代化水平相对较高的国际化大都市,更关键的是隶属浦东新区这样一个综合配套改革试点地区,上层在社会体制层面给予的改革空间、期待和支持都会比中西部地区的农村要高。2005年6月,中央将浦东新区确立为中国第一个综合配套改革试点,并提出“要着力转变政府职能,着力转变经济运行方式,着力改变二元经济与社会结构;要把改革和发展有机结合起来,把解决本地实际问题与攻克面上共性难题结合起来,把实现重点突破与整体创新结合起来,把经济体制改革与其他方面改革结合起来,率先建立起完善的社会主义市场经济体制,为推动全国改革起示范作用”。承接这样一个改革重任之后,浦东新区政府便开始寻求新的社会建设思路、方法和举措,社会建设走向内涵式、质量化的发展道路,并积累了“树立经社并重、先行先试的发展理念;按照跨部门思路,组建社会管理机构;注重社会事业的战略研究与规划;力求建设公共服务型政府;探索社区协商共治新机制,提高社区自治能力”等实践经验。^①可见,政府部门从理念到工作模式积累了大量的社会建设经验,同时,社会成员也在这一改革氛围与条件下增强了参与治理、维护自身利益等方面的权利意识与法治意识。

因此,在内部压力与外部动力的双重作用下,合庆镇在推动由传统的社会管制向多元共治的社会治理转型上较容易形成合力,并成功实现了由政策创新向制度创新的跨越,即“草根宪法”工作模式。

二、“草根宪法”的制定与实施

“草根宪法”工作模式乃由上海市浦东新区合庆镇在社会治理实践中首创。该模式在2015年被评为“第二届上海社会建设十大创新项目”并被隆重推广。下面,我们从模式的内涵、制定过程及实施效果等方面来一一解读该模式。

首先,“草根宪法”工作模式具体应当称为“1+1+X”村民自治模式,其核心理念为“村情民知、村官民选、村策民决、村事民定、村财民管、村务民督、村绩民评、村利民享”这32个字。^②其中,第一个“1”指党组织的领导。合庆镇的社会自治并非自发自为的自治,而是在村居党组织引导下的各方参与协同治理,党组织的核心领导地位不容忽视。第二个“1”指《村民自治章程》,该章程对村民组织、村民权利和义务、经济管理、社会管理、文化建设、劳动就业、社会保障及福利待遇、奖惩、执行和监督等9个方面作出了原则性规定。该章程作为一项基础性文件,为各村依据自身特点制定符合自身需求的细则提供了灵活空间与指导。“X”指各村根据《自治章程》,对涉及村民利益、村民关心的“政策法规

^① 陶希东:《上海浦东新区社会建设的历程、成就与经验》,载《纪念浦东开发开放20周年理论研讨会论文集》2010年第6期。

^② 参见《28个村村有本“草根宪法”——合庆“1+1+X”在依法治国中的现实意义》,载《浦东时报》2014年11月19日。

之外,道德情理之中”的事项所制定的各项实施细则,^①即被上海市委组织部命名的“草根宪法”,亦即村民口中亲切称呼的“小宪法”。具体来说,“草根宪法”具体规定的事宜广泛征求了村民意见,大至农民建房的审批、征地安置,小至90岁老人生日蛋糕的购买等,并终点明确操作方式、处理程序、具体标准、奖惩处理和结果公开等环节,强化了操作性和程序性。^②而章程各环节的实施,必须完全置于村民的监督之下。

其次,该模式制定源头要回溯到2007年。新组建成的合庆镇领导班子,面对合庆镇存在的违建、环境污染等种种治理难题,经过研究专门设立了“历史问题化解办公室”,并组织深入调研、实地走访,开启了社会治理模式改革的前期准备工作。尔后,合庆镇秉持以制度化设计来解除各种顽固杂症的理念,选择了8家试点村进行试点探索“1+1+X”村民自治模式。2010年11月25日试点村之一友谊村召开了沪代表会议,并在会上表决通过了《友谊村村民自治章程实施细则》,这标志着“1+1+X”工作模式顺利落地。其后,另外7个试点村也相继制定了本村的“草根宪法”。到2011年9月,全镇29个村的“草根宪法”全部制定完成并发放到每家每户。2012年又根据实际形势需求进行了“修宪运动”,以强化对新问题的回应。减去操作性不强的内容,章程从89条减为71条,减25%;细则从61条减为31条,减50%;增加群众利益相关事项以及经济社会热点难点问题,如三资管理、合同备案、来沪人员管理、农民建房等;理顺篇章结构,从原来的经济管理、社会管理、劳动保障改为民主决策、民主管理、民主监督三篇。^③自2014年8月起,随着区专题动员大会的召开,书院镇、高桥镇等均开始启动“1+1+X”工作法的试点,“草根宪法”得到了大力推广。而随着“草根宪法”的落地与实施,合庆镇各村村务管理日渐规范化,决策有机制、办事有依据、议事有平台,社会实践中的难题在众议中得以解决,干群关系得以重建,各种显性变化与隐性变化交相辉映,合庆镇的面貌逐步在发生改变。在合庆镇形成的积极效应也是多方面的、明显的。

其一,合庆镇社会治理中的大小难题或得以攻破,或正在被消化,而问题的解决方式正从小修小补向制度化解决转型。比如老违建问题,依据“草根宪法”中的一条:“未经许可不得改变土地性质和用途,不得违法用地,不得私自转包。否则除责令土地使用人自拆、整改外,村民委员会应及时告知镇相关部门并配合执法。对不听劝阻或抗拒执法的土地承包人,村民委员会有义务根据协议终止流转合同,收回土地使用权”,村民摆脱了“都是乡里乡亲的,个人跳出来不好意思”的顾忌和尴尬,最终在政府执法力量的支持下拆除了一部分老违建,并拉开了浦东新区全年拆违攻坚战的序幕。如困扰村委会的征地工作、老年福利问题经村民自治论坛讨论后,审议通过了“本村农退人员及本村征地退休

① 参见《28个村村有本“草根宪法”——合庆“1+1+X”在依法治国中的现实意义》,载《浦东时报》2014年11月19日。

② 凌燕:《让村民自治在法律的框架下实现》,载《检查风云(社会治理理论专刊)》2015年第1期。

③ 《浦东合庆“1+1+X”村民自治成文化素材》,中国农业信息网 http://www.agri.cn/V20/ZX/qgxxlb_1/sh/201411/t20141114_4151830.htm。

人员并年满 80 岁以上老人生日都发放蛋糕、长寿面及慰问金 500 元”的规定,体现了“草根宪法”对情感因素的考虑,富含人性化。此外,河道整治、空气治理等方面的工作正扎实推进,群众利益得以维护。

其二,村干部权力得以有效约束。“草根宪法”对事务标准、操作方式等的严格规定转变了村干部过去“一言堂”“毛估估”“家长制”等做法。村干部能做什么不能做什么,是否按章办事,村民都可以在“草根宪法”中进行对照查询。以春节享受补助的权利与标准为例,以往一到春节各村都发生有村民到村委会争取补助的现象,因无严格标准,往往出现张家多李家少、“一碗水没有端平”的现象,而引发村民的不满。但自从“草根宪法”对春节补助予以详细规定之后,大家都按规矩办事,是否享受补助以及享受标准均由细则规定,既约束了村干部的权力,又降低了社会管理的成本。

其三,社会共治力量得以充分发挥。在“村事民定”“按章办事”等原则的调动与支持下,村民真正树立起了“主人翁”意识,参与村务的积极性也提高了,2012 年村民会议出席率除三个村在 85% 左右外,其他各村均超过 95%,赞成票超过 99%。而在群众广泛参与中,以往没有直接答案的农民建房问题、土地资源紧缺问题、“三违治理”问题都在集群众智慧后得到了解决。干群间的误解在规范中得以消除,信任与理解也在公开中得以巩固。据统计,群众对村干部的满意率从 2010 年的 86.2% 提高到 2012 年的 97%。^① 在共治社会问题的过程中,群众与干部逐渐凝结成了一个社会治理的共同体。

此外,“草根宪法”也为合庆镇经济水平的提升,尤其是村级经济收入的提高,提供了良好的环境。比如收缴土地租赁费事项曾一度陷入僵持,存在签约难的问题,为此村委会根据镇政府《关于加强集体资产管理若干规定》的文件精神,拟定了《企业合同调整方案》,经党员会议审议和完善,最终由村民代表审议并进行表决,并取得了企业经营者的认同,最终令新一轮的集体土地租赁合同调整签约工作顺利完成了,签约率 100%。^② 据统计,在“草根宪法”的推动下,2013 年,全镇村级集体净资产 7.02 亿元,比 2006 年(2.44 亿元)翻了 2.88 倍;村级可支配收入 1.4422 亿元,比 2006 年(0.6061 亿元)翻了近 2.4 倍;全镇村级租赁总收入 0.7093 亿元,名列全区第一。

三、“草根宪法”的民间法特质及其意义

基于以上“草根宪法”的生成背景、制定过程与实施效果来看,我们可以且应当分析其性质。对此,笔者注意到大家对合庆镇的“草根宪法”实践有一种观点,即认为“草根宪法”是在短时期所制定出来的,是由党政部门牵头制定的,结构框架和制定过程都参考了

① 《沪郊镇、村 农村社会治理如何创新?》, http://www.cnepaper.com/DFCXB/html/2015-02/17/content_2_1.htm。

② 《沪郊镇、村 农村社会治理如何创新?》, http://www.cnepaper.com/DFCXB/html/2015-02/17/content_2_1.htm。

国家法,似乎不是传统意义上的民间法。作为民间法,它应“生于民间、出于习惯乃由乡民长期生活、劳作、交往和利益冲突中呈现,因而具有自发性和丰富的地方色彩”^①。但笔者认为这其实是对“草根宪法”的误解。第一,尽管最初“草根宪法”是由党委部门发动,但其根本动力是广大村民基于其社会生活实践需求的共同参与。从合庆镇“1+1+X”村民自治工作模式的生成过程来看,“草根宪法”的制定计划源自党委一把手的直接推动。但是,“草根宪法”的整个制定过程却是由广大村民的民主参与支撑起来的,包括自治事项的确定、处理程序的建议、《实施细则》的最终表决等。正如有学者所说:“进一步培养和提高公民的法律素养和法治意识自然是题中应有之义;同时不能忽略社会组织的积极参与之于法治建设的价值。”^②第二,尽管结构框架参照《村民委员会组织法》而制定,但具体的条款则由村民日常所关注的事项梳理而成。草根宪法所规定的具体事务并不是党委一把手或村干部的个人意志,而是村民集体智慧的体现,重点规范项目是村民反映最集中、最强烈的事项,既包括村容村貌、征地劳动力安置、土地租赁、农民建房等大事项,也包括老人福利、子女考大学奖励等小事项。第三,尽管在实施过程中有一部分社会问题的解决必须借助行政执法力量,但大部分日常社会事务的处理准则依旧是当地村民所认可的情理,体现了价值取向上的共同性。即对列入规范范围的重点事项到底该如何操作,其应遵循的程序和标准等规则都充分吸纳了全体村民的意见和建议,兼顾了道德情感要素。而且,在具体事项的处理过程中不乏村民的参与、讨论、决议,各方价值观在这一过程中得以充分表达,博弈之后也就容易取得程序上与价值上的双重一致。可见,“草根宪法”具有作为民间法的传承性、自发性、地方性等特质。

但是,“草根宪法”又在实践中赋予了民间法以新的活力,比如不再仅是口头上的传播和传承,而是白纸黑字随时可资利用,同样落实于具体的行为和心理。又比如,不再仅依赖人们情感、心理上的认同与社会舆论来维持它的效力和影响,而更多依据特定的程序和法规处理社会治理难题,富含法治意涵。再比如,不再是难以更替的,而是可以在较短时间内,根据社会发展的需求及时修订,以满足解决实际问题的需求。可见,“草根宪法”是“总结某种习惯性规范并内涵有统一权利义务观念的行为规范体系”,^③是切切实实的“行动中的法律”,是“国家法治框架下民间法的创新”。^④该民间法的创新证明了“送法下乡”并非必然形成国家法与习惯法的冲突,而是存在两者有效融合的可能与现实。在现代化发展大潮的激变下,市场经济发展引发负面问题已成现实,对克服问题的诉求、对社会秩序的渴望,以及社会自治能力的增强、制度空间的让渡等多重因素共同促成了“草根宪法”的创发与推广。

如今,不仅上海浦东新区已全面推广“草根宪法”,上海市其他区县均在积极试点《村

① 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。

② 魏治勋:《“消极法治”的理念与实践路径》,载《东方法学》2014年第4期。

③ 王青林:《民间法基本概念问题探析》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2003年第3期。

④ 李瑜青、李思豫:《民主制度化的有益尝试》,载《检察风云(社会治理理论专刊)》2015年第1期。

规民约》。实践可证明,民间法对正在建设中的国际大都市上海具有重要意义。我们从民间法作为法的功能意义上分析这个问题。其一,以一定区域内的正当权利的维护作为国家法的补充发挥作用。这里一般所说的区域一般包含有四个基本的构成要素,即相对稳定的人文区位意义上的地域,一定规模的具有同质性的人口,有基本共同性的文化心理和生活方式,以横向分布和联系为主要特征的组织结构等。区域作为一个“社会生活共同体”在过去的传统生活中,它的主要功能是满足直接发生于居民日常生活中的各种需要。对于这些大量发生在家门前的衣食住行以及情感性需求,任何庞大发达的行政系统都是难以包办处置的,但新型的区域管理在内容上更为丰富,把过去由政府管理的部分内容也归在区域内,因此出现了各类区内的服务团体、福利委员会、业主管理委员会、居民委员会、老人和妇女自给组织、各类旨趣性组织以及区内具有法人地位的企业、学校、中介团体等等,这些组织形成横向分布和横向联系的网络结构,以专业化的分工满足区内成员的多样化要求。这里“草根宪法”以村民自治方式表达的民间法使在一定区域人们的权利明确化,从社会治理的意义上这种民间法对国家法而言起到补充的价值功能。

其二,以契约方式明确人们之间具体的权利义务关系。由于现代生活的丰富多样性,契约在经济和非经济生活的影响不断扩大。所谓的契约,其内涵是以约定的双方都是独立主体为前提,每一方都必须对自己的行为承担责任为内容。契约是一种约定,这种约定中包含了每一个个体的独立、自由、选择、责任等重要内容。我们在刚开始进行经济体制改革时,行政调控经济的方式很强,但随着市场经济的引入和发展,契约关系从原来的萌芽状态得到了长足的进步,无论是个别的产购销活动,还是承揽工程,不动产租赁、企业联营、科技攻关协作、技术转让、广泛地社会就业等都反映出契约在其中的作用。另外,信守契约也成为现实生活中十分重要的问题,很多不诚信的现象反映出遵守契约或违背契约在现实生活中的冲突。再另外,纠纷裁决的硬度也在提高,过去人们习惯于行政的约束和规范,用行政手段调节人们的纠纷,但现在人们更多的是通过到法院进行诉讼来解决纠纷,而这时人们之间已有的约定就很重要,可以看到契约关系已经成为社会的一种基本的关系。^①而这种情况深刻地反映到作为民间法的内容中,由于契约关系的形成,一定区域人们之间就有了明确的权利义务关系,使得人们之间的活动有了基本依据。如果合意的一方做出违背契约的意思表示,或第三者实施了破坏现有契约关系的违法行为时,维护自由合意的神圣性或及时排除对契约的妨害就是绝对必要了的。凡是不符合契约关系的行为,实际上也就是对当事人合法权益的侵犯和对区域秩序的一种干扰,维护当事人的合法权益成为当事人必须做的事情。

其三,以舆论等软暴力为基础。国家法的实施以国家的强制力为保障,这里所谓国家的强制力以军队、警察、监狱等硬暴力为基础,这是国家这个机器所具有的功能所决定

^① 李瑜青:《契约精神与社会发展》,山西人民出版社1997版,第2~3页。

的。但民间法的实施所具有的强制力则不同,民间法的实施主要依靠人们的内心自觉来维系,而民间法的实施中的强制力主要表现为是社会的道德评价等舆论来实现的,在社会舆论的压力下往往使不遵守约定的个人很快被边缘化,并在这个区域使他“抬不起头”。这种暴力方式可以称为软暴力,这是民间法所具有的文化性所决定的,它不是靠政治的手段逼迫人们接受规范,而是依靠人们内心的认同接受这种规范,并形成普遍化的社会舆论式的思维方式。

Social Governance by Folk Law in International Metropolis

Li Yuqing Zhang lin

Abstract: We think that the folk law research also has an important value to some international metropolis in constructing. This paper take the “grassroots constitution” as an example, which is pioneered and generally implemented by Heqing town in Shanghai PuDong new area, and deeply analyzed the practice power and the changes brought to the local, and demonstrated the grassroots constitution as the character and function of folk law.

Key Words: folk law; international metropolis; social governance; function