

试论民间社会规范与国家法的统一适用

范愉

导言

对于今天的法学界而言, "民间法"作为一种实存的社会规范或秩序, 在社会调整系统(法律秩序)中的重要作用, 已是一个不争的事实。近年来, 学者们对"民间法"进行了大量极有价值的研究, 其中既有从法制史角度对中国民间习惯法(包括宗族法、家族法、行业法和其他地方规范)的历史考证, 亦有对少数民族地区的民族习惯法的实证调查; 既有对民间法与国家法之间的关系所做的发展研究, 亦有从法理的角度对这种关系的分析论证。民间法的研究, 不仅使得法学研究的视野超越了国家法的狭隘局限, 而且标志着学者的关注已不仅停留在单纯的规则体系与制度的移植和建构之上, 开始回归或兼顾到了法的社会基础和现实环境, 这本身亦是一种方法和理念的转变[1]。特别应该指出的是, 民间法的研究并不仅仅为我们提供了一个历史的诠释框架, 而且对于今天考察法律的动态运作实践和法律秩序的现实具有重要的方法论意义。本文既不是基于原始史料典籍对历史上的民间法所做的系统研究, 也不是在田野调查和实证研究的基础上对今天的民间法的专门考察, 只是根据前人的研究成果和司法案例, 着眼于现实的法治秩序和司法实践, 对国家法与民间社会规范的关系所进行的初步思考。笔者在此提出几个尚不成熟的问题, 期待引起学者同仁们的关注和讨论。并准备在以后的研究中, 通过实证调研和对社会发展的动态把握, 进一步深入研究这些问题, 验证本文的观点。

一、民间社会规范与国家法的关系

"民间法"并非一个严谨的概念, 尤其在现代法律秩序中, "民间法"的范围、形式、性质和效力都很准确难界定; 特别是, 当现代意义上的"法律"被定义为"由国家制定和认可、并以其强制力保证实施的规范体系"之后, 所谓"民间法"似乎就成为一种历史的或事实的概念, 相对于国家法的规范体系和制度以及法律统一的时代要求, "民间法"尤显得难以把握, 亦很难称之为严格意义上的"法"。因此, 笔者在探讨当代"民间法"问题时, 为了保持逻辑的严谨和概念的准确, 一般采用"民间社会规范"这一概念, 在论及历史时, 则按照约定俗成使用"民间法"这一用语[2]。

民间社会规范作为事实的法秩序的一部分, 相当于法社会学的"非正式的法"或"活法", 是对事实上的权利义务关系的确认。如果对"法"(实质意义上的法)与"法律"(形式意义上的法)加以区别, 民间法确乎可以归属于"法"的范畴。法人类学提出的法律多元的研究框架, 把民间法(非官方法)作为与国家法并存的法的重要组成部分[3], 这种划分对于理解民间社会规范的实际地位很有价值, 然而却容易导致"法"概念上的混乱。需要指出的是, 尽管概念并不是决定一切的, 但概念的混乱常常会导致逻辑上的混乱。例如, 法学上的"习惯"与"习惯法"是完全不同的概念, "习惯法"意味着一种将"习惯"认可、使其上升为国家法的机制, 否则就仅仅是民间"习惯"而已。历史上, 民间社会规范主要表现为习惯或习俗, 在西方, 习惯可能成为"民法"(习惯法即审判规范)的渊源, 通过国家的认可(制定法或判例)转化为国家法。而在中国古代, 由于"律法"主要是刑法规范, 州县

官在处理民间词讼时往往以调处为主，很少援引律例，也并不依据民间社会规范，所以，在国家的审判活动中，民间社会规范（习惯法或民间法）与民事审判规范并无必然关联，换言之，它们并非真正意义上的习惯法[4]。在一定意义上，这种状况恰好反映了中国古代社会调整的一种特征，即：国家法与民间法形成了一种分工与协调：集权与分权并行，国家一方面通过严密的基层政权组织（如保甲制度）实现对基层社会的控制，并将政权牢固地掌握在政府手中；另一方面，又对民间社会组织（包括宗族等）自治采取授权和放任的态度，以保持乡土社会的自然秩序。由各种社会组织运用民间社会规范建立基层社会秩序，与国家的法律调整系统相互配合，构成了民事关系调整和民事纠纷解决的双重机制。

在论及历史上、特别是宋代以后的民间法或宗族法时，鉴于其体系的发达和强大，国家法与民间社会规范的关系一直是人们关注和争议的焦点。毋庸置疑，从法制史的角度看，国家律法和司法的权威决非形同虚设；然而，从社会史的角度考察，民间社会规范的实际作用和社会功能、以及宗族等社会组织的巨大权力（直至刑罚权），又很容易使人怀疑国家法在乡土社会的作用和权威。毋庸置疑，这两个研究视角都是不容忽略、不可偏废的。实际上，纵观历史，国家法与民间法（表现形式大体上是“乡例”、“俗例”、“乡规”、“土例”，以及宗族的规约等等[5]）的关系，至少呈现出以下几种不同的形态。

其一，并行或对立状态。大量研究论著证实了民间法、特别是宗族法的存在及其强大的社会功能，使人看到，国家法在基层社会的作用似乎十分有限，民间秩序基本上是由宗族法或习惯法调整的，国家对此则采取了容忍的态度。因此事实上，至少在私权关系方面，国家法已经退居二线；并且，国家法与民间法在始终存在着严重的矛盾和冲突[6]。

其二，断裂状态。尽管国家对民间法和民间秩序采取了宽容和放任的态度，但民间法并未被国家正式认可，也不意味着严格意义上的习惯法或审判规范。地方官在审判活动中并不必然适用民间规范，也不存在使其转化为审判规范的机制。因此，二者之间实际上存在着一种断裂。民间法并非国家习惯法的渊源，二者也并未被纳入同一规范体系[7]。

其三，统一协调状态。尽管二者存在着冲突和矛盾，实力对比经常此消彼长，然而从整个社会秩序而言，在国家权力正常行使的情况下，国家法对于民间法仍然处于一种主导和支配的地位，国家有能力将民间自治及其规范的纳入其统治秩序。因此，这种集权与自治的协调，乃是中国古代社会调整的重要特征之一，也是其得以长期延续的内在合理性所在[8]。

综上所述，可以说，就总体而言，国家对民间自治的放任甚至依赖，正是中国古代社会调整的重要特征，甚至也可以说是中国古代“法”的特征，即，在国家法统辖之下的多元化“法”体系。在这种调整活动中，国家对于民间社会组织及其规范始终采取了一种自觉的借重和依赖的态度，无意于以正式的法取而代之。同时，国家在其统治过程中又以集权保证了审判权的集中和国家法的权威，并不得不始终把调节好与民间法的关系作为其政策的核心。在历史上，尤其是宋代以后，历代统治者对民间法的基本政策主要体现在：

首先，国家视“家”“国”为一体，积极倡导家族和地方自治，鼓励在民间社会秩序的建立和民间纠纷的解决中，充分发挥民间社会组织及其规范的功能[9]。国家无意用系统的成文法调整民事关系，也没有建立起通过判例或习惯法收集等确认民间社会规范的法律机制。众所周知，在历史上，宗族法和国家法的关系随时代和地域的不同呈现出极不平衡的状况。在历代统治的盛世，法制均是与自治同时得到发展的。家族和宗族作为社会的基层组织单位，与国家保持着一种有机的协调。同时，当宗族势力的发展超出了国家所能容忍的限度之时，国家亦会通过国家权力和法制对其进行限制和遏制，并把宗族权力控制在其势力和民事纠纷范围之内。除了宗族和家族之外，乡治也是重要的自治方式。历史上的乡治调解带有一定行政甚至司法色彩，但所谓里正、乡长之类多来自地方乡绅，并非国家派任的官员，原则上仍属于在国家授权或认可的范围内的自治。中国古代除宋代作为例外，对民事诉讼十分重视外，各代均限制户婚田土之类的民事诉讼，鼓励通过民间调解解决纠纷。其中既有重视民间道德教化、主张“和为贵”等理念方面的原因；也有基于“讼累”对生产和生活秩序的干扰、尽快“息讼”等功利方面的考虑；同时也体现了国家对民间的血缘或基层地域组织及乡绅、族长等地方势力的重视。现实中，地方官往往与地方乡绅族长等保持着良好的关系，在一定程度上借助这些地方权威实现国家集权统治与民间自治之间的协调。

其次，在民事纠纷解决中，国家的审判权和民间的自治权分工明确，把民间调处作为基本和必经的程序，允许地方权威根据民间社会规范进行调处；地方官员在其执政期间，通常会尽力维护与地方乡绅和宗族的和谐关系[10]。但同时，国家保持了审判权的独占和至上地位，民众在不服民间调处时，或者在纠纷涉及宗族之间、乡土社区之外的时候，可以迳向官府告状，直至层层上告，抵达京城。[11]在由国家审理的民事纠纷中，民间法的作用（特别是宗族法或所谓“陋习”）则是极其有限的，通常会让位于律法和礼教（情理）。诉讼中的调解原则上以法律为依据，但由于民事领域缺少可以直接作为审判依据的法律规范，以及这类纠纷的特殊性，地方官在实际办案中通常更注重“情理”与“法”的协调适用，而很少援引地方性的社会规范。一般而言，情理具有一定的普遍性，而民间的社会规范则具有较大的特殊性和地方性；前者可以作为纠纷解决的规范或基准，而后者只能作为事实或证据采信；当二者发生冲突时，地方官通常是维护普遍性的情理，而斥地方规范为“弊俗”、不予适用。由此可见，官府调解与民间调解在规范的适用上存在着较大的差距。官府调解，一方面与判决同样、以维护国家权力为宗旨；另一方面，在缺少法律规范的情况下，地方官在纠纷解决中，以情理为基本法源或法律原则，根据其自由裁量对具体案件做出具体处理[12]。重大刑事案件则原则上不允许民间“私了”。

最后，地方宗族势力之间及其与国家之间始终或隐或现地存在着矛盾冲突，各方在相互利用中相互牵制，共同发展。一般而言，在政权稳固，法制严明的盛世，国家法与民间法（宗族法）之间的关系呈高度协调状态，而在统治衰微、社会动乱之际，国家法对民间法往往会出现失控的局面，尤其是宗族势力可能直接成为威胁政权稳定的致命要素。[13]

中国古代国家与社会的这种关系尽管遭到了形形色色的批判，然而无论如何，其

内在的合理性仍不容忽视。集权形成了"天网恢恢，疏而不漏"的有效控制，使国家法理论上可以荫及每一个庶民，由以防止地方权力的恶性膨胀；而自治又有效地避免了官僚统治尾大不掉的高成本低效率，维持了乡土社会的自然秩序。毫无疑问，承认这种内在的合理性并不是为了粉饰封建统治、将其理想化，而是为了从中探索对我们今天可能包含的启迪。

由于众所周知的历史原因，中国古代国家与社会的集权与自治的关系在近代已经无法继续维持。对于一个走上现代化之路的国家而言，最艰巨的使命莫过于如何将国家的法律贯彻于社会基层，实现国家法的统一。实际上，从清末法制改革到国民政府近代法典制度的完成，距离这一根本目标都还相距甚远，应该说，直至国民党离开中国大陆，中国乡土社会的组织与秩序基本上并未发生任何实质变革。统一法制、实现中央集权的历史任务，是在新中国建立后，通过婚姻法的贯彻、土地改革和集体化（包括大规模群众运动的推动方式）最终基本完成的。建国 50 多年来，尽管我们的法制现代化进程尚未完成，但却初步实现了政令统一和中央集权。然而，改革开放以来，随着农村联产承包制的推行和村民自治制度的推行，地方社会组织及其规范得到了不同程度的复兴，也使得"民间法"和"乡土自治"问题重新受到关注[14]。这说明，中国的"民间法"问题的根源和实质是农村和农民问题，而这一问题的真正解决，必须依赖于国家农村改革总体发展战略的实施和完成。

另一方面，必须指出，当前农村自治状况已经与中国古代社会的乡土社会不可同日而语。农民已经开始成为独立的"公民"个体，在实现法制现代化的进程中，通过普法，国家正在进一步用法律统一人们的思想和行为方式，在积极鼓励公民利用诉讼实现自己权利的同时，即使在民间调解中也在强调"依法调解"。在法治主义的浪潮下，自治的空间似乎越来越狭小；而且，在司法实践中，民间社会规范一旦与国家法遭遇并与之冲突，在绝大多数情况下，注定会败北或被中和。我们似乎已经看到了一种趋势：随着现代化的进程，法律的统一大业即将实现。

回顾法治的发展史，可以看到，现代化给人类社会带来了法律的统一：法典化的完成使对习惯法的发现认可暂时告一段落；法院的统一使纠纷解决成为国家的专属特权；法律调整的范围日益扩大，几乎渗透到社会生活的每一个角落；与此同时，私力救济和民间社会规范则被视为消亡中的历史遗留，受到贬斥。毫无疑问，社会在法律的统一走向进步，然而，在这一过程中，多样化和自治的价值往往也由此而受到忽视。今天，当经过 20 世纪的反思之后，现代法治国家开始重新肯定共同体自治和多元化的价值理念，协商交流、互利双赢的诉讼外纠纷解决机制得到了社会的肯定[15]。在纠纷解决中，团体规范、社区规范和行业规范等自治性的社会规范的作用日趋重要。同时，人们对群体的利益、文化和发展的多样可能性也有了新的认识。在这种背景下，思考国家法与民间社会规范的关系，往往比单一的现代化思路更具有启发性。

1998 年 10 月，第二次亚洲法哲学社会哲学大会确定以"在亚细亚多元社会中法的本质和功能"为主题，会上韩国的全炳粹教授的发言具有一定的代表性。他认为：多元社会的真正价值在于各种异质要素共同并存，而不应走向以西方强国文化为中心的划一的发展方向。真正富饶的社会是多样价值共同发展、融合、丰富

人们生活经验的社会。.....当人们的境界到了追求文化价值阶段，社会才算进入了真正的多元社会。他批评中央集权制国家权力主宰下的制定法削弱了其他社会规范，国家的法律支配着社会生活的各个领域，使国家的价值观和生活文化出现划一化的现象。他认为，各社会团体的自律如不违背全社会的利益，其成员应优先遵守其自律规范。同时，多元社会也应是多样传统的社会。传统的不足之处应不断改善，而不应全盘废弃，否则会走向以权力为中心的官僚体制的划一社会。他认为，现代国家的法律规范之所以具有局限性，是因为它在削弱其他自发性规范的过程中，也削弱了自身机能。法律在介入社会问题之前，应正视自己的局限性，给礼节或道德等自发性生活规范提供充分发展其作用的空间。多元社会的法规应当与其他自发性社会规范相互取长补短。多元社会可以开放性地追求多样的价值，社会规范也多元化，应减少强制性规范，增加自发性的自律规范。[16]

诚然，在今天我国的法制建设中，多元化的问题尚未引起社会如此的思考，但是在社会实际生活及司法实践中，民间社会规范的实际作用和地位却十分重要和复杂。一方面，从法制现代化的逻辑上看，民间社会规范（特别是习惯）与国家法的矛盾和冲突客观存在，常常被归结为传统与现代、落后与先进的关系，根据这一逻辑，国家法现阶段主要是应注意解决法制现代化或法律移植过程中的社会适应性和现实合理性问题，随之应有步骤地限制和消解民间社会规范的作用，最终应以全面取代它们为目标。然而，另一方面，从多元化的视点出发，现代法治并不排除“公序良俗”的价值，在司法实践中，民众的判断和民间社会规范对于确定案件的事实和性质都有重要作用；这也是司法民主的要求。同时，我国宪法确立了村民自治和居民自治的法律制度，因此，自治组织制定的自治规范作为一种民间社会规范也具有了合法性。在这种情况下，公共权力与自治权、私权与自治权之间的关系，变得更加错综复杂，司法机关对自治规范的态度将成为今后司法实践中的一个重要问题。下面，本文将通过两个案例，探讨民间社会习惯以及自治性规范与国家法律统一适用的关系。

二、民间习俗与国家法的统一适用

案例 1：甲女与乙男均为农村青年，经人介绍建立婚约关系，约定男方先向女方支付 1 万元，婚前再支付 1 万元后立即完婚。甲女在婚约定立后到城里打工，对乙男渐生不满，但并未提出解除婚约。当乙男催促结婚时，甲女从城里回到家中，接受了乙男支付的另 1 万元后，在约定的成婚日，乘坐婚车，来到乙男家中，按照当地的风俗习惯举行了隆重的婚礼。在婚礼过程中，因向男方再次索要金钱遭到拒绝而生气，当晚及此后数日内坚决拒绝与乙男同房。在家人的策划支持下，乙男实施暴力强行与甲女发生了性关系。事后，甲女从乙男家中出走，直接到县公安局报案。公安局最初并未立案，但甲女拒绝再回乙男家，坚持继续告状。乙男见婚姻无法继续，遂向法院起诉，要求解除同居关系，甲女退还财礼。法院判决乙男胜诉，女方退回部分财礼。此后，在甲女的坚持下，县公安局立案侦查，检察院以强奸罪提起公诉。当地舆论哗然，认为双方已经结婚，夫妻之间理应同房，不存在强奸问题。法院经审理认为，甲女与乙男虽然举行了婚礼，但并未进行结婚登记，因此，双方不存在合法夫妻关系，乙男以暴力违背女方意志实施性行为，符合强奸罪构成要件，判乙男有期徒刑 3 年。乙男上诉亦被驳回。因乙男系独子，父母年迈多病，在羁押及服刑期间，承包土地荒芜，老人孤独无助，民

众为之不满。

当地公安局最初立案时曾考虑到"婚内强奸"能否成立的问题，由于法律对此并没有明确的规定，法学界正在为此争论不休，执法者们根据自己的常识和判断也很难支持这种定性。然而，在起诉和审判中，司法人员却用一个技术处理巧妙地回避了这个棘手的难题，即将所谓"婚内"转化为"婚外"，从否定婚姻关系开始，将本案变成了一个普通的强奸案。熟悉当地风俗的法官们并非完全没有考虑"婚礼"这一情节，但这一事实并没有改变乙男的命运。本节将从三个方面对本案进行分析。

首先，事实婚姻关系是否存在。在本案中，我们看到的是一种国家法对民间社会规范的一种不可抗拒、不容置喙的话语霸权（权威），尽管多数法学家可能会支持这种法律逻辑的正当性，认为这个判决在逻辑上和法律上都能够成立。理由是，1986年《婚姻登记办法》实施以后，国家开始强调婚姻登记是合法婚姻的基本条件，1989年12月最高法院在《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》的司法解释明确规定，自民政部新的《婚姻登记管理条例》施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活，按非法同居关系对待。也就是理论上不再承认事实婚姻。最近修改的《婚姻法》同样强调了结婚登记和不承认事实婚姻的原则，并通过无效婚姻制度进一步否定了事实婚姻的效力。

然而，民间事实婚姻状态及其遵循的社会规范并不会随国家法的单方否定就自然消失。在人类历史上，婚姻家庭领域历来是以习惯法调整为主的。无论是法定的登记、宗教的仪式或是民间的仪式，都属于一种形式要件，只要实质上不违反一夫一妻的原则，就应该具有相当的效力。当代世界各国普遍实行了婚姻登记制度，即使在这种情况下，事实婚姻仍然大量存在。目前各国普遍存在的事实婚姻主要有三种情况：第一种，就是所谓重婚性质的事实婚姻。第二种，是自愿性的事实婚姻，其中既包括婚前同居、即所谓试婚，也包括没有进行结婚登记、但举行过婚礼或其他仪式的情况。第三种，是高龄者的事实婚姻，这部分人一般是丧偶或离婚的老年人，他们为了找个伴侣互相照顾而同居，但由于都有子女和财产继承等复杂问题难以解决，所以故意不进行结婚登记。对待事实婚姻，各国的法律制度有所不同，但一般有两点是共同的，一是，事实婚姻与经过结婚登记的合法婚姻具有不同的法律效力；第二点，对事实婚姻必须根据具体情况进行法律调整，也就是同样要保护当事人的基本权利。其中，重婚性质的事实婚姻往往被排除在法律保护之外，但也有一定的灵活性[17]。至于其他两类事实婚姻的法律效果，一般可以比照合法婚姻，也就是作为准婚姻处理，比如，双方同样应该遵守同居、相互扶助和相互忠实的权利义务；在解除事实婚姻关系时，也可以比照婚姻法分割财产和向过错方请求赔偿。但是，另一方面，事实婚姻又不能产生某些合法婚姻所特有的法律后果，比如，在多数国家，结婚后女方有改称夫姓的权利，即所谓夫妻同姓；合法夫妻双方有相互继承的权利，所生子女具有婚生子的权利，等等，这些，在事实婚姻中往往都是没有的，只有在特殊情况下，例如没有其他继承人，才可能经过法院审判，允许同居的另一方继承。

相比较而言，在我国，除了事实的重婚和所谓"包二奶"等有配偶者的非法同居之外，大量的事实婚姻在农村，多为举行了习俗性的结婚仪式而未登记的；而在城

市中,则多是那些外来打工者和再婚的中老年人。很多事实婚姻是在不发达地区、或文化水平和法律意识较低的人群中发生的,其中尤以农村的事实婚姻为多。考虑到社会的实际情况,我国在1950年婚姻法推行结婚登记制度后,很长一个时期内,一直同时承认未办理登记手续的事实婚姻的效力。90年代以来,现行婚姻登记制度进一步强调了国家法的权威和唯一效力,继而彻底否定了民间社会规范和习惯的正当性。然而,这种做法往往会加大法律与社会生活之间的距离,导致法律与民间社会规范及道德发生频繁的冲突。在司法实践中,在处理彩礼、离婚、继承和赡养等有关婚姻家庭纠纷时,常常出现合法而不合情理、不合道德的结果[18]。一方面,引起了民众对法律的疏远或规避心理;另一方面,也破坏了地方特有的公平与秩序,加剧了利用法律的个人与维护地方习俗的群体之间的对立。进而,这种情况也导致了許多法律适用中的不统一。例如,在深圳,有一位见义勇为的英雄牺牲后,在处理抚恤金和捐款时,发现英雄与他的妻子并没有登记结婚,尽管他们已经有了一个孩子,实际上是"非法同居"。由于英雄的父母拒不承认他们的婚姻,与英雄的"遗孀"为争夺遗产和抚恤金走上了法庭。最后,法院还是按照事实婚姻处理了这起纠纷,英雄的"遗孀"仍然享受了家属的抚恤待遇。法律不能因人而异,既然这种事实婚姻符合婚姻的基本要件:男女双方均无合法配偶,自愿结合,形成同居关系;并无社会危害性,也不妨碍其他人的利益,又何必一概而论地否认其合法存在和效力呢。

从本案中,我们还可以看到一种逻辑混乱。1994年12月最高人民法院《关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》中明确做出司法解释:有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的,或明知他人有配偶以夫妻名义同居生活的,按重婚罪定罪处理。这实际上承认了重婚性事实婚姻的效力。而在民事案件审理中,仍然遵循1989年的司法解释,不承认婚姻登记条例实施后的任何事实婚姻。也就是说,这里存在一个双重标准。同样是同居,当试图追究当事人的刑事责任时,就承认它是事实婚姻;而当作为一种民事法律关系判断其效力(即使同样是重婚性同居)的时候,又不承认它是事实婚姻。这反映着法律中存在一种注重对犯罪行为进行刑事制裁,忽视对民事权利保护的"重刑轻民"的倾向。在本案审理之前,法院曾另案解除了双方的同居关系(事实婚姻),但是,在"强奸"案的审理中,为了绕过法律上的难题,检察院和法院对事实婚姻的效力又拒绝予以考虑和承认,是典型的以"法律事实"否定"客观事实"的做法。显而易见,在涉及剥夺人身自由的刑罚适用中,这种做法违背常理,与民众的常识有天壤之别[19]。

本案如果通过民事侵权赔偿解决的话,"公序良俗"或许可以得到考虑[20]。那么,从一般民事行为的角度看,毋庸置疑,乙男确实有严重过错,不应该使用暴力;但是,乙男的侵权行为与甲女本身的过错是可以进行相互抵消的。因为,这件事的恶果从一开始就是与甲女本人的行为分不开的。作为一个具有完全行为能力的人,如果对该婚姻不同意,或者反悔,她完全有可能和能力拒绝和解除婚约,但是最终她还是来到男方家庭、并完成了婚礼仪式。应该说,至少从形式上,她已经真实地表明了自己的"自愿"。即使是缺乏法律上的形式要件,但实质上已经符合婚姻成立的条件。退一步讲,这就好像是一个合同关系,即使是口头的,也具有合同的效力,当事人也应本着诚实信用的精神去履行。虽然,事后甲女声称自己不情愿,但所有的事实都表明,她当时并没有受到胁迫、强制或误导,因此,这

个合同关系已经成立。毫无疑问，如果甲女对合同反悔，她当然有权撤销、或者终止这种关系。但同时，她也必须为她的违约行为给自己和对方造成的损失承担责任或风险。实质上，双方当事人的这个合同中，恰好是把性关系作为根本目的的，否则'结婚'的意义何在？也就是说，至少甲女在承诺这个合同时，就完全知道会发生或者应该发生什么，因此，违约的责任及其后果主要应该由她来承担。即使本案的婚姻关系最终被宣布为"无效婚姻"或被撤销，也难以真正恢复原状，"无效民事行为"与"从未发生过的民事行为"并非一回事，这一点在确认事件的性质上至关重要。而且，甲女的过错也给男方造成了损害，即使过错相抵，也应该由她承担较大的责任。男方的过错，很大程度上是由甲女本人的行为引起的，如果没有这一特定条件，乙男怎么可能去强奸甲女呢？因此，乙男虽有责任，但显然并不构成犯罪。可以判其对甲女进行赔偿，折抵部分财礼。

其次，如果承认了事实婚姻的效力，接下来的问题便是婚内强奸能否成立。在各国，法律对于"婚内强奸"的规定相距甚远。既有明确规定该项罪名的[21]，亦有明确排除的[22]，同时还有规定在特殊情况下，此项罪名可以成立的[23]。事实上，婚内强奸就像是一个悖论--确实，用暴力强迫自己的配偶发生性关系是不应该，但是，这并不意味着妻子在任何情况下都可以拒绝与其丈夫进行性生活，否则婚姻还有什么意义？实际上，这里存在一个女性性权利与夫妻同居权关系的问题。所谓同居权，本是婚姻的应有之义，即夫妻双方要求对方以配偶身份共同生活的权利，这同时也是双方的义务。其内容包括夫妻间的性生活、共同生活和相互扶助等一系列权利义务。在世界很多国家的民法典中，比如法国、德国、日本和瑞士等，都有关于同居权的规定。依据同居权，夫妻任何一方都有权与对方进行性生活，而另一方如果没有正当理由则不能拒绝。在一方拒不履行这种义务时，还可以要其承担相应的法律责任，通过一系列的法律措施促其履行义务。例如，拒绝支付生活费、申请扣押其收入、进行精神损害赔偿等等，否则可认定构成遗弃。同理，如果同居关系不存在了，例如分居、失踪、服刑等，就自然成为婚姻关系破裂的标志之一。同居权及义务在整个婚姻关系存续期间始终存在，但在特殊情况下可以中止，比如生理原因、合理的客观原因，如工作地点问题、提起离婚或分居诉讼过程中，等等。根据同居权的原理，夫妻之间无正当理由而拒绝性生活是悖理的，这一点与我国民众的常识和道德完全一致。然而，另一方面，随着人类文明的演进，女性排他的性权利作为其基本人权日益受到重视，"婚内强奸"这一概念开始逐渐被世界各国所接受。尽管如此，鉴于这一问题的特殊性，无论是立法或是判例、司法解释，对这一罪名的认定都持极其慎重的态度。

然而，目前在我国，"婚内强奸"的问题在学理讨论中存在着较大的意见分歧。在以往的司法实践中，多数合法夫妻的"婚内强奸"指控被驳回，但是，作为例外，若干例在离婚过程中的、或结婚程序不合法(即所谓"婚姻关系非正常存续"状态)，且情节恶劣的，确有以强奸罪判刑的[24]。

针对 1999 年 12 月上海青浦县一例婚内强奸案(离婚判决未生效期间)，法学界曾展开过激烈的讨论。张军法官在分析该案时指出：对于"婚内强奸"能否构成强奸，理论界认识不一致，本案在起诉、审判过程中也一直存在三种意见：第一种意见认为，丈夫不能成为强奸罪的主体。理由是：夫妻之间有同居的权利和义务，这是夫妻关系的重要内容。夫妻双方自愿登记结婚就是对同居义务所作的肯定性

承诺，而且这种肯定性承诺如同夫妻关系的确立一样，只要有一次概括性表示即在婚姻关系存续期间始终有效，非经合法程序不会自动消失。因此，在结婚后，不论是合意同居，还是强行同居，均谈不上对妻子性权利的侵犯。第二种意见认为，丈夫在任何情况下都能够成为强奸罪的主体。理由是：我国婚姻法明确规定，夫妻在家族中地位平等，这一平等关系应当包括夫妻之间性权利的平等性，即夫妻双方中的任何一方无权支配和强迫对方，即使一方从不接受对方的性要求，也不产生任何法律后果；而我国刑法第 236 条规定的强奸罪，是指违背妇女意志，以暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性关系的行为，并未排除以妻子作为强奸对象的强奸罪，因而强奸的主体自然包括丈夫。第三种意见认为，在婚姻关系正常存续期间，丈夫不能成为强奸罪的主体。

张军认为：“夫妻之间既已结婚，即相互承诺共同生活，有同居的义务。这虽未见诸法律明确规定或者法律的强制性规定，但已深深植根于人们的伦理观念之中，不需要法律明文规定。只要夫妻正常婚姻关系存续，即足以阻却婚内强奸行为成立犯罪，这也是司法实践中一般不能将婚内强奸行为作为强奸罪处理的原因。因此，在一般情况下，丈夫不能成为强奸罪的主体。但是，夫妻同居义务是从自愿结婚行为推定出来的伦理义务，不是法律规定的强制性义务。因此，不区别具体情况，对于所有的婚内强奸行为一概不以犯罪论处也是不科学的。例如在婚姻关系非正常存续期间，如离婚诉讼期间，婚姻关系已进入法定的解除程序，虽然婚姻关系仍然存在，但已不能再推定女方对性行为是一种同意的承诺，也就没有理由从婚姻关系出发否定强奸罪的成立。就本案而言，被告人王卫明两次主动向法院诉请离婚，希望解除婚姻关系，一审法院已判决准予被告人王卫明与钱某离婚，且双方当事人对离婚均无争议，只是离婚判决书尚未生效。此期间，被告人王卫明与钱某之间的婚姻关系在王卫明主观意识中实质已经消失。因为是被告人主动提出离婚，法院判决离婚后其也未反悔提出上诉，其与钱某已属非正常的婚姻关系。也就是说，因被告人王卫明的行为，双方已不再承诺履行夫妻间同居的义务。在这种情况下，被告人王卫明在这一特殊时期内，违背钱某的意志，采用扭、抓、咬等暴力手段，强行与钱某发生性行为，严重侵犯了钱某的人身权利和性权利，其行为符合强奸的主观和客观特征，构成强奸罪。上海市青浦县人民法院认定被告人王卫明犯强奸罪，并处以刑罚是正确的。”[25]

需要注意的是，上述案件被告人王卫明以强奸罪被判处有期徒刑三年，缓刑三年。可见，如果按照“婚内强奸”来考虑本文的案例，乙男的罪名即使成立，在量刑上也可以考虑给予缓刑。因为事实婚姻状态甚至具有比非正常存续期间的合法婚姻更接近婚姻关系的实质。就行为发生的特定情节而言，是由于甲女自愿与其“结婚”后却拒绝发生性关系，乙男在多次要求均无结果的情况下采用了暴力。这种拒绝违反了常理，也违反了其本人的承诺，同时也违反了婚姻（即使是准婚姻）的本质。作为一个生长在该地域的农民而言，根据常理，乙男不可能具有所谓婚内强奸之类的意识，他并没有违法的故意，其行为也没有严重的社会危害性，在《刑法》对婚内强奸罪无明文规定的情况下，他本不应该承担刑事责任。即使作为“婚姻关系非正常存续期间”承担刑事责任，也应该酌情减轻处罚，避免以刑剥夺其人身自由[26]。当然，笔者非常不赞成乙男以及其他类似的不道德行为，认同法院对“婚内强奸”有条件地追究刑事责任，并且希望随着我们社会文明程度的提高，使真正意义上的“婚内强奸”减少乃至绝迹，使受害者能够得到充分的救

济。这里所要强调的是，法律不能过早地超越社会现实，不能跟民众的常识相违背，因为这种常识涉及到几乎每一个人的生活方式和价值观。

最后，即使由于结婚登记这个技术性因素使得事实婚姻无法成立，必须追究乙男刑事责任的话，那么，在本案的处理中应该怎样合理考虑民间社会规范的标准，酌定情节，进行事实判断呢？这就涉及一个司法机关、特别是法院在事实判断和法律适用中，怎样正确参考民间社会规范，把平民视点和民众的判断标准引入审判过程的问题。毋庸置疑，法律与诉讼是一种高度专业化、技术化的活动过程，在这里，强调的是形式合理性和程序公正。然而，任何公平和正义都是具体的，体现并验证于社会生活之中的，因此，对事实的判断和法律适用都不可能完全垄断在职业法律家的手里，也需要以平民视角和常识判断加以考量。为此，世界各国都有意识地强调并设立一种民众参与司法审判的机制：或者由民众陪审团直接做出事实判断（英美法系），或者由民众陪审员参审（大陆法系），以吸收民众的常识化判断来平衡和避免高度技术化和垄断性的法律逻辑可能产生的悖理之处。这归根结底是一个司法民主的问题[27]--没有民众的认同，任何法律都将失去社会基础。

长久以来，在我国的审判实践中经常听到“民愤极大”之类的话语，如果抛开其中意识形态化和虚假性的一面，其中多少也强调了民众视点、社会危害性和判决的社会效果等几个方面，这无疑具有一定的合理性；关键在于“民意”的真实性和普遍性能否得到证明。如果能在敞开民众言路的同时，保障法官依法独立办案，“民意”自有其特定的价值。然而，这一逻辑应体现在具体的制度中，具有法律上的可操作性，否则，如果仅用于处决罪大恶极的犯罪分子，成为加重刑罚的理由，就未免失去了它的合理性。实际上，在本案调查和审理中，乙男的乡亲们很多人出面保他，强烈反对对其定罪判刑，甚至甲女的家人也对她的行为持强烈反对态度。在这种情况下，假定是由民众陪审团做出事实判断，恐怕宣布无罪的可能性极大；而如果由民众参与审判（当然是真正意义上的），做出判决，至少在量刑上也会从轻减轻。由此可见，本案法院所作的三年有期徒刑的判决除了对乙男的愚昧和暴力进行制裁外，也不啻是对民众的常识、价值观和民间社会规范的蔑视。当然，听取“民意”、参考民间社会规范的途径并不仅限于陪审制度，也可以体现在职业法官的审判活动和他们的法律意识中，以及程序运作中对证人证言的采信等环节中。在当代西方法治国家的司法改革中，我们也听到了呼吁法官和司法程序向常识化靠拢的呼声。实际上，我国基层司法人员生活的环境距离乡土社会并不遥远，甚至他们的常识与农民本来也不存在天壤之别，只需在法律的逻辑中对生活的逻辑多一些善意的理解和同情，在行使自由裁量权时适当“准情酌理”，就可能更好地沟通法律与社会生活[28]。

总之，本案判决尽管张扬了一种个性解放，赢得了不少喝彩，然而它却有悖司法民主，褻渎了当地民众的一般意愿，它可能产生的社会效果也是复杂的：甲女在胜诉的同时，也付出了较大的道德成本，她从此在当地社会中信誉尽失，无法继续生活在熟人之间。然而，她本人对此已有充分的思想准备，作为被舆论捧起来的“名人”，她更有可能获得许多原来不可能得到的机会，因此，她是最大的赢家。而乙男的一生从此可能彻底改变，其社会评价受到了极大贬损；服刑可能使他失去对人生和社会的信心和许多生活的机会；其家庭可能会一蹶不振；服刑生活甚

至还会使他得到许多负面的知识、产生对社会的仇视或逆反心理。至于当地群众，或许能由此认识到法律与传统习惯的差异，从此自觉地利用法律检点自己的行为，保护自己的权利，与地方习俗对抗，从而导致民间社会秩序进一步瓦解；然而，作为负面效果，也不排除这种可能：当地民众对法律的厌恶和规避加剧；与此同时，判决作为一个信号，标志着地方民间社会规范开始失去传统的约束力。问题在于，由于在这一过程中并不能立即建立起一种取而代之的新秩序，就难以避免伴随出现秩序混乱和道德失范的局面。就像费孝通先生当年看到的："结果法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了"[29]。然而，这些效果毕竟还只是一种推测，其中隐含的许多问题尚需要一个较长的周期才能显现，笔者希望有机会通过实证研究进一步探讨这些问题。在本案分析结束之前，需要强调的是这样一个命题：我们的司法能否和怎样把沟通国家法与民间习俗(以及民意)作为司法民主的问题来考虑？

三、基层自治与国家法的统一适用

案例 2：湖南省某地农村 1994 年土地被政府部分征用，获得近 80 万元土地征收补偿费，为了合理分配这笔资金，村民委员会（村民组）召开村民大会，经多数村民签名通过村规民约，其中规定"凡出嫁到城关镇的女青年，户口在本镇本村本组的，一律不享受本组村民的待遇，婚嫁在农村的青年要在我组落户。承认空头户口，但必须承担上级下达的各种上交任务。"此后，该村民组按照这一规定分配了土地补偿款，每人平均 5 千余元。6 名已嫁到城镇的妇女以及他们户口在该组的子女共同起诉村民组，1999 年 11 月，县法院开庭审理，认为：村民组系集体经济组织，其财产属于全体成员共有。6 名妇女虽然已经出嫁，但她们及其子女的户口均留在村民组，应依法享有与其他村民同等的收益分配权。村民组制定的村规民约剥夺了已婚妇女应享有的分配的权益，违背了我国法律中男女平等的原则，该规定不具有法律效力，鉴于本案的特殊性，法院多次组织双方协调，并走访和邀请有关部门作原、被告双方的调解工作，由于双方分歧太大，无法达成一致意见。在多次调解无效后，于 2001 年 4 月作出一审判决：由被告村民组偿付原告及其子女土地征收费各近 5000 元。[30]

近期以来，此类诉讼已连续发生了多起，多数做出了类似的判决[31]，报界在报道这些判决时，还发表了诸如"乡规民约'约'不了法律"的评论。目前，在法学界，关于"村规民约不得违法"提法早已占据了主流，对个体权利的保护在近年的司法实践中也得到了普遍的认同。然而，据笔者了解，还有一些外嫁女子较多，且普遍在原籍保留户口的地区，例如浙江温州地区，此类纠纷也屡见不鲜，并涉及到承包土地和宅基地分配的问题。当地法院和政府对此都感到极其棘手，强调这些问题属于农村基层自治范围内的事务，应根据村民的多数意见和村规民约处理，除非村规民约存在法定程序上的问题、或违反了国家的强制性法律法规，法院一般不予干涉，因此，很多此类案件均被驳回。

本案从法院的判决看，法律依据和论证都很充分合理、无可挑剔，没有理由说判决是错误的。这里，笔者希望借此案对司法在农村基层村民自治中的作用加以分析，因此无论如何，有必要听一下被告的理由[32]。从村委会的答辩中，可以看到，村规民约的规定并非是刻意或恶意针对某一个个体的，它针对的是一部分人，

其中包括出嫁而不转户口的妇女。在这些地区，这种情况是如此普遍，以致如果每一个“出嫁女”都要求享受与村民同等的权利的话，那么不仅留在村里的农民所能得到的“补偿费”微乎其微，不足以补偿他们转产和维持再生产的需要，而且还将涉及村里的宅基地、土地承包权的分配等一系列重大问题，推而广之，整个乡村的秩序就会土崩瓦解，村民自治也将失去其实质意义。

村民委员会方面的抗辩意见主要可概括为这样几点：首先，农村的土地承包本身就是建立在以家庭为单位的基础之上的，在现阶段，农村的家庭仍然是男性为核心，妇女出嫁后随夫家生活，原来在娘家享受的权利自然应随之消失。如果要改变这种状况，除非把土地分到个人，否则不可能实现真正的公平。显然，这是现行土地所有权制度和生产方式本身的问题，只能通过国家的土地立法才能从根本上解决。据有关调查，目前我国多数农村承包土地在承包之后很少作调整，妇女在结婚后，原有的土地一般均被收回，而夫家村里也并不会分给土地，在妇女离婚后，如果把户口迁回娘家，娘家也不会再分给责任田；妇女丧偶之后，也只保留子女的土地份额，儿童在 14 岁前也只能分到成人一半的土地[33]。由于这种秩序既有政策性的背景，也基本符合农村家庭以男性户主为核心的习惯，因此作为一种约定俗成的方式得到了遵守。而且，在一个较大的地域，人们通过相互间的通婚得到互惠，基本上达到了相对的公平。不言而喻，这些规定对于少数个人（主要是妇女）而言，无疑会产生一定的不公平，例如，入赘的情况；以及有些农村妇女与干部或教师结婚后，并无生活来源，仍在原籍村里生活，取消她们的土地承包权就显属不公平[34]。然而，本案原告，即出嫁到城镇或其他村未转户口、不在本村生活的妇女则有所不同，当她们坚持自己享有宅基地、土地承包权和土地转让费的分配权时，实际上破坏了这种秩序和公平。她们的成功还会加剧秩序的解体，由此，可能会有更多的妇女出嫁后不转户口，从而使多数生活在村里的村民权利受到侵害。

其次，持有所谓“空头户口”的人实际上已不是真正的村民。因为，那些实际在村里土地上经营生活的农民履行了对国家、对社会和对自治共同体的各种义务，只有他们应该享有村民的全部权利。而户口只是一种国家对人口进行行政管理的依据，我国目前户口的形式化或虚置化已是一个普遍现象和社会问题，“户口”所产生的利益已经与“人”所应享有的权利产生了分离，越来越多的权利，如受教育权、就业权等都因户口而受到限制，成为社会资源分配不公的重要因素。因此，社会的发展趋势应该是以人为本、而不是以户口为根据来保证其基本权利的实现。试想一个出嫁多年的人，在享受着城市临时户口所有的优惠条件的同时，并未对家乡的建设付出任何义务，却因一纸户口而可以当然地享受那些农民仅有的一切权利和利益，难道是公平合理的吗？因此，在村规民约中规定：“承认空头户口，但必须承担上级下达的各种上交任务”，并非不合理的苛求，而是一种权利义务对等的合理条件。也就是说，如果履行了应尽的义务，空头户口也可以得到与村民同等的权利，这种对等并非苛求。换言之，如果那些出嫁女确实完全履行了作为村民的各种义务，村委会根据村规民约也应该承认她们的权利。

其三，基层村民组织享有的自治权，是依靠全体村民的参与实现的，村民的参与权实际上是一种权利义务的集合，包含着对多数决议的服从义务。当出嫁女不在本村生活时，当然就无法行使其民主权利与义务。但这并不意味着她们可以以自

己不知情或未参加投票为由随意推翻村规民约的规定。因为村规民约制定时，并非针对某个人，如确有特殊理由，且这种规定对每一个人同等适用，那么即使某种规定不尽合理，只要不违反国家法的强制性禁止性规范，就不能认为它是无效的。确实，出嫁女们因为根本不在村里生活，确实不可能实际参与这些规则的制定，但难道可以因为她们拒绝认可，就否定村规民约的效力吗？这样，每一个基于自身利益拒绝出席村民大会、或者不同意绝大多数村民通过的村规民约的人，难道都可以拒不履行其中的规定吗？

最后，包括分配补偿金、土地承包、宅基地分配等涉及村民利益的事务，本属于村民自治范围内的事务，应由村民自行解决，不属于法院民事案件受理范围。国家向农民支付土地转让补偿费，主要的目的是使在该土地上生活、经营的农民能够利用这笔钱度过困难，创造开发新的生产途径，保障农村的可持续发展。因此，土地转让费中往往有一定比例明确规定由集体掌握，作为发展基金，用于再生产和开发。村民自治组织承担着根据国家法律法规的授权，依照民主的方式建立自治机关，确立行为规范（村规民约），办理自治体范围内的公共事务和公益事业的责任，如果仅仅是分钱了事，农村的发展和自治还有什么意义呢？宅基地的管理也属同理，为了避免过多占用集体土地，原则上宅基地只限村民家庭使用，生活在城市里的出嫁女如果也要求分得宅基地，就可能会有人将农村变成自己的休闲别墅，并进而使土地私有化。这显然是不符合村民的根本利益和共同利益的，因此，应该由村民自治组织决定如何解决这样的问题，而不是由法院做出裁判。

原告的这些经笔者润色的理由当然并未得到法院的支持，但是其中所反映的问题却是相当复杂而深刻的，提出的是一个极具现代性的问题：在法律集权之下，司法应该如何协调国家权力与自治权、国家法与民间社会规范的关系？本文在第一节曾经指出，1949年以后的中国因处在现代化的进程中，国家法和民间社会规范之关系已经与传统的治理方式发生了根本性的变革。结合本案，笔者尝试从司法与自治的角度对这种关系作一粗略的分析。主要论及两个方面。

第一个方面，关于司法与自治的关系。建国后、特别是改革开放以来，随着中央集权的建立，特别是法院对农村各类纠纷的介入，国家法的统一适用具有了现实的可能性。80年代之前，国家对农村的治理主要是依靠政策调整、行政管理和群众运动的方式，基层农村社会被网罗进国家行政管理的体系中，从生产种植规划到干部任命几乎都由上级（人民公社或乡政府）层层统筹安排；农村的各类纠纷主要仍是通过民间调解和行政方式解决。农村改革之后，由于国家尚未理顺农村土地所有权制度，有关土地所有权和承包合同等方面的法律暂时付诸阙如，只能依靠集体自治和联产承包制维持现状，家庭和村落被确认为基本的生产单位，这使得乡土秩序在一定程度上得以恢复，地方习惯在一定程度上发挥着作用。然而，80年代特别是90年代以后，一个明显的迹象是农民涉讼迅速增加：从农村承包合同纠纷到土地转让和移民纠纷；从伪劣假冒生产资料的集团诉讼到农户家庭内部的婚姻家庭继承纠纷；乃至农民与村委会之间、与各级行政机关的纠纷等等，都开始到法院“讨说法”。各种案件类型复杂，涉及人数众多，甚至可以说，今天农民在解决纠纷时已经把法院列为最具权威性的机关，尽管与此同时，他们也并不放弃到各级政府和信访机关的努力。

法院确实向民众开放了国家法律程序，然而，每当这些纠纷涉及到民间社会秩序及村民自治的复杂问题时，法院往往会感到棘手：他们既需要考虑到政策性的问题和各种利益的平衡，也必须保护个体的合法权益，同时，还存在着与当事人对话的困难[35]。因此，事实上法院通常都会竭力与地方习惯达成某种妥协，尽量用调解而不是判决解决纠纷。从法院的审理过程可以看出，本案拖了一年多时间，想必自有其难断之处，法官煞费苦心进行了调解，以便求得更圆满的解决，但事与愿违，最终还是不得不作出判决。与中国古代地方官处理乡治调解无法解决的民间纠纷相比较而言，现代的法官尽管有一些法律规范可依，但如果考虑到地方秩序的维护，他们面临的难题实际上十分相似。不过，一般而言，现代法官们并不必须把维护地方秩序作为自己的职责，他们的首要任务是维护法律的统一适用（这也符合他们自身的根本利益）[36]。因而，从长远发展来看，随着当事人之间冲突的对抗性加强、调解的作用日益降低，法院不可能承担起联结国家法与民间社会规范的作用。他们要么把自治范围内的纠纷拒之于法院之外，要么就只能依据国家的法律规范做出判决。现代司法诉讼程序的启动，使地方社会规范被从所在的特定环境和共同体中抽出，失去了其权威和约束力。在民间社会规范面前，现代法制的至上性是不容置疑的，然而，法律就像是一把双刃剑，在防止自治权对个体权利的侵害的同时，也限制了自治权的空间和生命力。

笔者并不认为本案判决存在重大的问题，相反，恐怕法官只能如此判决，而且，在维护国家法律统一上，这些判决具有重要的意义。但是，从中我们不能不承认国家法的逻辑与乡土社会的生活逻辑存在着相当大的冲突，随着越来越多的个体不愿接受乡土秩序的规则而求助于司法，而法官们无力以调解协调这种冲突时，他们别无选择，只能维护国家法律规则的权威和统一适用。随着司法权的干预日益增多，民间规范的地位乃至乡土社会的秩序必然随之动摇，社会和共同体的凝聚力也将随之涣散。而如果相应的建构不能建立起更合理的秩序，就可能加剧混乱和冲突的状态。一些研究者注意到了这种失范的过程，赵旭东通过田野调查，认为：“乡土社会中习俗秩序是以一种互惠的原则为前提的，纠纷解决背后所持守的基本原则就是使原初的互惠关系得到恢复。随着帝国政治制度的解体，代之而起的是在中国所开展的现代民族--国家的建设，这种建设的一个明显特征便是国家权力在不断地向基层的乡土社会渗透。这种渗透打破了中国乡土社会固有的秩序所维持的互惠原则，国家的权力背后所隐含的社会资源与乡民对这种资源的需求之间出现了一种直接的交换，这种交换虽然在交换的两个人之间是互惠的平等，但放大到整个的村落社区所带来的却是一种社会的不平等。”[37]这种结论或许过于悲观，但绝非杞人忧天。

与此相反，苏力先生对习惯的作用比较乐观，他认为在基层司法过程中，习惯的作用是不言而喻的，他通过对基层司法制度的实证考察，认为：法官在选择性允许习惯性规则进入司法，修改或置换制定法时，既不主要是由于他们没有正式法律的知识，也并非主要是出于某种文化的认同，或某种文化结构释然（文化认同仅仅在决定以什么规则来修改、置换制定法上起作用），而同样是由于种种涉及他们自身一系列合法利益（其中包括对职务责任的考虑）的制约条件促成的。他认为，不能在习惯同制定法短兵相接之后，就得出习惯的空间小了，国家法的空间扩大的结论。“如果谁坚持这种看法，那只是坚持一种本质主义和实在论的观点看待习惯，用一种固定不变的观点看待习惯，用一种必须在习惯与制定法之

间做出善恶选择、非此即彼的观点来看待习惯。其实，法律学上的那个习惯只是一个被实体化的词，而任何现实中的习惯从来都是在各种制约因素下形成的，其中有些也不可能完全脱离这种或那种形式的暴力和强权。因此，在现代社会中，国家权力无论是以法律的形式还是以其他的形式挤压习惯，或者是否更强烈地挤压了习惯，或者是给习惯留下了更为广阔的空间，这都不过是制约习惯生长发展及其表现形态的一系列因素本身发生的某种格局调整。即使假定，此前，在习惯的生长中，国家的力量完全不在场（其他力量就会更多在场，例如宗法势力），那么，如今最多也只能说是增加了一个制约因素而已。习惯将继续存在，将继续随着人们追求自己利益的过程不断地塑造和改变自身。只要人类生生不息，只要社会的各种其他条件还会（并且肯定会）发生变化，就会不断产生新的习惯，并将不断且永远作为国家（只要国家还存在）制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约因素而对制定法的效果产生各种影响。"[38]

苏力先生的意见或许是符合我国目前农村基层司法现状的，然而，问题在于我国基层司法实践中法官对习惯的适当尊重，并非我国当代司法制度及其理念的应有之义，毋宁说是一种暂时的妥协。随着法治建设的进程，国家法（制定法）进一步健全，将逐渐形成一种规则之网；而司法的正规化程序化进程则将进一步强调法的统一适用，拉开国家法与民间社会规范的距离；至少在诉讼程序中，一旦与国家法发生冲突，习惯或民间社会规范的作用余地将会进一步缩小。这是一个程度和过程的问题，但无疑是一种发展趋势。事实上，在基层乡土社会，民间社会规范的调整范围及有效性只能依赖共同体成员的自觉遵守和共同体的凝聚力，否则一旦诉诸司法，且无法调解解决的情况下，败北的只能是民间规范[39]。因此，就法制现代化的逻辑而言，我们更热衷于（也更方便快捷）从现代西方法治国家移植借鉴先进成熟的经验、与国际接轨，而从社会习惯及其他规范中产生（认可）规则的可能性已经微乎其微。所以，民间社会规范的存在及其意义可能主要不在司法领域，而存在于基层自治之中。而且，只有在农村基层自治真正走向成熟之后，国家法与民间社会规范的关系经过重新整合才能协调存在。

第二个方面，国家法与民间社会规范之关系的重新整合：村民自治的历史使命。建国初期，国家对基层的治理固然存留着传统乡治的惯性，但通过婚姻法贯彻、土地改革和集体化，很快就结束了完全放任的状态。此后，国家对民间自治的态度经历了从否定到肯定的过程，最终在 80 年代后期确立了村民自治制度[40]。村民自治使得传统的基层自治获得了现代的制度和组织形式，也为中国的基层民主找到了一条希望之路，然而，毫无疑问，这种自治无论在理论或是在实际上都是在国家的严密监控下进行的，与古代乡土社会的"乡治"完全不同。

崔智友先生认为："村民自治就是农村特定社区的全体村民，根据国家法律法规的授权，依照民主的方式建立自治机关，确立行为规范，办理本社区内的公共事务和公益事业，村民自治应当包括如下要素：自治的法律依据、自治体、自治机关、自治权和自治行为规范。"[41]这里所说的自治行为规范是指村民会议制定的村规民约等规范。《中华人民共和国村民委员会组织法》第 20 条规定："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讨论决定的事项不得与宪法、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。"在这个意义上，村规民约很难说属于习惯或民间法的范畴。崔先生认为，村民自治行为规范即自治章程和村规民约与国家的法律法规及政策的关系是：首先，自治行为规范是根据法律授权而创制的，因此，它不得违反法律法规以及国家政策，这是不言自明的。其次，自治规范也是国家法律法规、国家政策的补充性规范。再次，与国家法不同，自治规范主要是由自治体的成员和自治机关自我实施。为了保证村民自治规范内容的合法性，他认为应该建立一个对其进行审查的法律监督机制，同时，"村民应有权就村民自治章程和村规民约侵犯村民合法权益的事项向人民法院提起侵权诉讼，当然，这种诉讼的性质并不简单地类似于行政诉讼和民事诉讼，而应当是一种具有宪法性质的侵权诉讼。这种诉讼可以采取行政诉讼的程序。"[42]也就是说，审查程序可以通过行政诉讼程序直接提起对村规民约的司法审查。按照这种设计，实际上，村民自治的治权将是极其有限的，村规民约只能在国家法允许的有限空间内，对国家法不予调整的事项作一些补充。

然而实际上，村规民约的内容中往往充满了创造性或民间社会的生命力，既有对现有资源与利益的分配原则，也包含着大量习惯和风俗的确认。我们从许多乡规民约的条文以及社会学研究中可以看到有关这方面的描述和结论。例如，张静教授通过对各类村规民约的研究，认为它们有以下共同点：（1）特殊主义--只有其内部成员有资格分享，对外部成员具有排他性、或采用另一类标准。（2）集体主义、绝对主义的权威导向--运用假定中一致的集体道德标准或加之评价处理事项。