

村规民约的治理困境与立法保障研究 ——以设区的市立法为切入点

周树超¹, 刘娜²

(1. 四川大学法学院, 四川 成都 610064; 2. 四川农业大学法学院, 四川 雅安 625000)

摘要:村规民约是基层群众自治的直接、重要手段,但其强制力微弱和救济途径缺乏等现实困境制约了其作用发挥。在自身力量难以摆脱困境的背景下,探寻有力的外力是治理的必然选择。设区的市的立法作为国家立法层级的末梢,贴近乡村治理的实践,无疑是乡村法治的优越选择。以设区的市立法规范村规民约的内容,规范制定和修改程序,健全审查机制等措施是深化依法治国实践的应有之义和践行乡村振兴战略的有效选择。

关键词:村规民约;乡村治理;设区的市立法

中图分类号:D422.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-1883(2020)01-0067-08

Study on the Problems with Rural Governance Rules and Regulations and the Legislative Guarantee: From the Perspective of the Legislation of Cities with Districts

ZHOU Shuchao¹, LIU Na²

(1. School of Law, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610064, China;

2. School of Law, Sichuan Agricultural University, Ya'an, Sichuan 625000, China)

Abstract: Rural rules and regulations are direct and important means for grass-roots governance, but the lack of coercive force and relief channels and other practical difficulties restrict their roles. Beyond capacity to solve these problems, it's inevitable to resort to stronger external forces of governance. As the lowest level of national legislative hierarchies, the legislation of cities with districts is closest to rural governance practice, undoubtedly a superior choice for rural governance by law. Use of the legislation of cities with districts to regulate rural rules and regulations, to standardize formulation and revision procedures, and to improve review mechanisms, etc. is inherent in the practice of improving national governance by law as well as an effective choice for implementing the rural revitalization strategy.

Keywords: rural rules and regulations; rural governance; legislation of cities with districts

村民自治制度是我国基本政治制度的重要组成部分,作为自治规范的村规民约有着重要的治理作用。但是,由于客观障碍和自身缺陷的存在,村规民约难以发挥有效的治理作用,其面临的困境无法依靠单纯的自治力量来解决。基于此种背景,探讨自治力量以外的“解困之力”成为找到村规民约出路的必然选择。中共十八届四中全会提出,法律是治国之重器,良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用。2015年修改的《立法法》赋予了设区的市在城乡建设等事项上的立法权^①。设区的市立法有针对性强、制定成本较低、贴近乡村基

层治理实践等优越性,在乡村治理方面,设区的市立法有着深厚的治理潜力和极大的创制活力。

党的十九大提出乡村振兴战略,要求健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系,本文在分析政策意蕴的基础上,试图以村规民约的困境和治理为研究对象,以自治和法治相结合为指导思想,以设区市立法作为“解困之力”来解决当前村规民约面临的困境。

一、村规民约在乡村治理中的地位与价值

(一)村规民约的概念界定

《村民委员会组织法》规定“村民会议可以制定

和修改村民自治章程、村规民约。”村规民约和自治章程是并列陈述的,可见这二者不能画等号,但在实践中,村规民约和自治章程并没有严格区分,且本文讨论的村规民约是从与国家法对应的角度来讨论的,所以本文对二者概念不作刻意区分。刘笃才认为,村规民约是农村基层社会组织中社会成员共同制订的自治规范,具有民间性、乡土性、自治性、成文性等特点,在乡村社会起着重要的调控作用^[1]。高其才认为,村规民约包括由村民委员会主持制定的村规民约,也包括由村民小组、村奖助学基金会、村联防队等乡村组织制定的成文规约^[2]。

很大程度上,村规民约效力面临困境的原因在于当前对村规民约的认定不严格,制定主体和程序不严守法律法规的“村规民约”也成为村规民约。这样的“村规民约”经不起合法性和有效性的推敲,因此本文坚持村规民约是指由合法主体、经过法定程序、充分反映村民意愿并且不违反上位法和国家政策的自治规范。但是考虑到村规民约的制定现状和研究需要,本文所称村规民约包含由乡村组织和团体制定或认可的各种规范。

(二)村规民约在乡村治理中有重要地位

从历史来看,村规民约可以追溯到北宋的《吕氏乡约》,从古至今,村规民约都在我国农村地区普遍存在,有重要的治理地位以及深厚的文化和历史基础。当前,村民自治制度是中国特色社会主义民主政治的重要组成部分,作为自治规范的村规民约有着“小宪法”和“民间法律”的重要地位。从治理作用来看,高其才教授认为,村规民约涉及乡村治理的政治、经济、文化、社会等领域,包括村民自治、乡村环境保护与资源利用、农村治安、农民权益、农村公共事务、农村纠纷解决等各个方面,在调整农村生产生活关系,促进经济和社会发展有着不可替代的作用和地位。从治理角色来看,如梁治平先生所言“他们是一个社会法律秩序中真实和重要的部分,甚至是比国家法更真实而且在某些方面更重要的部分”。^[3]

(三)村规民约有独特的治理价值

首先,村规民约有弥补立法的价值。如果要国家法规定得面面俱到又要保证其贯彻实施,那么其成本是难以估量的,因此引入自治机制、发挥村规民约作用,可以弥补不便立法或者立法成本、执法成本过高的治理事项。如《浙江省河长制规定》第八条规定了“鼓励村级河长组织村(居)民制定村规民约、居民公约,对水域保护义务以及相应奖惩机制做出约定。”国家立法难以对于河流保护等道德性质的权利义务做出有执行力的规定,而村规民约则能有效发

挥自治、法治、德治的作用,延伸立法的治理价值。

其次,村规民约有促进立法实施的价值。出于简洁性的考量,国家立法往往可能缺乏可操作性也不利于理解和认同,而村规民约可以将国家政策和立法以通俗的语言表述和宣传,此外国家立法写入村规民约,本身就是法制下乡的具体形式,无疑将促进立法的实施。如《云溪区云溪街道八一村村规民约》第三条规定“不赌博买码写单,远离毒品”,第十二条规定了“要多陪父母、勤走娘家,禁止强迫老年夫妇分开居住”。^②这样的村规民约以更通俗和更具认同感的表达贯彻了《治安管理处罚法》《刑法》《老年人权益保障法》的相关规定,促进了立法实施。

再者,村规民约体现自我管理和民主价值。村规民约是自治的体现,是通过民主程序体现村民意愿的规范,更容易形成村民的内心信仰,在减少不安定因素,维护乡村社会的风土人情和农村公务管理等方面有着国家法不能取代的作用。

二、村规民约的治理困境

村规民约的自身缺陷和外部障碍相互作用,使得村规民约面临治理的困境,本部分将论述村规民约的自身缺陷,为促进村规民约自身优化提供发力点,同时分析村规民约面临的外部障碍,明晰妨碍村规民约治理作用的因素。

(一)村规民约的自身缺陷

1. 村规民约缺乏强制力的保障

村规民约缺乏强制力是由其自治规范而非法律规范的性质决定的,该矛盾集中体现在惩罚性条款的适用效力上。如铜鼓镇《花桥村村规民约》规定“严禁非法同居、乱搞不正当男女关系等破坏社会风尚的行为,违者双方各罚款2000元”。^③彦洞乡《瑶白村防火公约》规定了“严禁在山上用火,特别是封山育林区内,发现一例罚款50至100元”。^④

从学界观点来看,一部分学者对村规民约的惩戒性条款持肯定态度。坚持肯定说的学者有从罚则的必要性、合法性、自治性等角度来论证罚则的有效性,如学者韩娜认为“村民罚则源于‘责任社会’下的社团处罚,社团处罚依据民主性、契约性的罚则对其所属成员作出违反团体协商一致的条款规约的行为予以一定的制裁”。^[4]也有通过反驳否定村规民约罚则条款的观点来支撑肯定说的,如学者孙韡认为“村委会并不受行政法的调整,通过的村规民约赋予村委会的处罚权完全不同于行政处罚法规定的行政机关或者特定条件下可以行使行政处罚权的其他行政主体。用《行政处罚法》作为

立论的基础来研究群众自治性组织的职能犯了张冠李戴的错误”^[5]。然而,学术界的百花齐放并没有导致罚则效力否定说的动摇和实务上的处理分歧。普遍观点坚持村规民约的罚则条款违反了《行政处罚法》对罚款主体的限制性规定,是无效的。诸多学者也认为,村规民约出现制定主体和程序不合法、实施不规范、制定技术粗糙等问题,其自身缺陷使得其不应当获得普遍的强制力。

从司法实务考查,村规民约的罚则条款并没有司法救济和执行力的保障。村规民约并非法院裁判的正式渊源,在司法裁判中,村规民约的罚则条款往往被认为违反了《村民委员会组织法》和相关的行政规范。如在《湛江市麻章区麻章镇古河村民小组、湛江市麻章区麻章镇古河村古河经济合作社侵害集体经济组织成员权益纠纷二审民事判决书》中,二审法院维持了一审法院的判决,认为“对虚报、假报者一人罚款5万元的决定明显与现行法律、法规和国家的政策相抵触,侵犯了相关村民的合法财产权利”^[5]。对于违反法律法规的村规民约罚则多以“删除”代替“修改”,原本完整的规范成为宣示性的条款,这种“修改后”的村规民约并没有因为不再违反法律而有执行力。缺乏国家强制力和救济力维护又没有探索出合法有效惩戒方式的村规民约,难以独立担负起乡村治理的重任。

2. 村规民约制定程序缺乏民主

村规民约的制定程序往往出现制度上或者主观上的阻挠因素妨碍参与和民主价值的实现。在治理模式下,要形成农村治理的广泛参与,发挥自治的功能,我国《村民委员会组织法》也充分肯定了农村农民自治、民主和参与的价值,但是在村规民约的实际制定中民主和参与往往流于形式,自治变“他治”,参与变“围观”,村干部意思变村民意愿的现象的并不少见,村规民约难以形成村民“内心权威”被主动遵守。

3. 村规民约违反上位法的规定

《村民委员会组织法》第27条第二款规定“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。”笔者通过威科先行法律信息库检索“村规民约”并限制案由为“民事”,检索到20002件案例。其中法官裁判援引《村民委员会组织法》第27条的案件有8326件,占案件的41.6%,该条文是有关“村规民约”的民事案件中援引次数最多的法条。可以归纳出,现阶段村规民约违反或者至

少可能违反上位法的案件较多。

乡村直接参与的自治有导致“多数人暴政”的风险,即便是经过民主程序制定的村规民约同样可能违反上位法、侵犯村民权利。村民生活在熟人社会的乡村,隶属于家族和宗族,处于既定的血缘和地缘关系,他们在集体经济、土地分配权的习惯法上与国家法存在较大冲突,侵害妇女权益的现象明显;在债权债务的习惯法上有“父债子偿”“债务不死”等规定;在婚姻家庭等方面习惯性违反男女平等的原则,赋予家长过多权利;在违法犯罪方面,与国家法制存在明显冲突,对于符合传统价值观的犯罪行为有包容甚至赞扬的倾向等^[6]。如佛山市三水区云东海街道《西股份合作经济社2017年章程》规定“本社的外嫁女可正常参加本社的分红分配及一切福利待遇,但其子女不得享受本社的所有分红分配及一切福利待遇”。^①

(二) 村规民约的外部障碍

1. 村规民约被行政干预架空

理论上,自治是农村基层治理的核心,村规民约应当是法律范围内的反映村民意志的自治规范,适应法律法规的同时发挥“地方性”的特色。诚然,随着现代社会的发展,城乡差距的缩小,村规民约中那些体现朴素道德、风俗习惯、乡土人情的规则会日益减少,但是偏离自治规则价值,将村规民约视为“国家法传声筒”,将村委会视为“准行政机关”的发展趋向应当被遏止。

乡村治理的行政化首先体现在自治和行政的界限不明晰,村干部认为自己是“官”,认为自己是乡镇干部的“下级”,并且乡镇干部对这种认识并不反对。“上级”下达行政命令、甚至下派驻村干部的现象司空见惯。其次体现在现实治理的需要,作为国家权力末梢的乡村,与国家治理体系大相径庭,在自治的同时又要受到国家的治理,行政任务的摊派、委托,乡镇治理压力的下放,使得村委会逐渐具有自治组织和准行政组织双重性质。

村规民约的价值绝不单在于维护国家法律法规政策的执行、保障行政命令的实现。但是村干部的工作重心演变为执行行政命令,村规民约的制定成为国家政策和法律法规的汇编或缩影,甚至有些地区印发了政府统一制定“村规民约”,国家意愿取代了村民意愿成为常态。村规民约流于形式和行政工具,忽视了村规民约内在价值的挖掘,抑制了自治活力的迸发和自治成效的充分实现。

2. 村规民约面临治理空心化

“善治是贤能治理,即注重选择贤与能参与国

家和社会治理。善治是民主之治,是实现全体公民共同参与国家和社会的治理”^[7]。在充满自治的乡村治理中,贤能之治和民主治理显得更为重要,民主和参与是农村基层自治的核心,贤能是治理有效的关键。民主和参与直接决定村规民约的合法性和接受度,贤能的运用则是解决村规民约制定程序粗糙、制定水平不高的有效途径。截至2018年年末我国城镇化水平已经达到59.58%^[8],若干年内城镇化水平将继续提高,农村人口不断向城市人口转移是必然趋势。乡村面临人口空心化,进而引发基层治理的空心化。流出村民参与难、留守的老人和儿童参与水平低、治理人才流失,这一系列现状都在村规民约的制定和执行上体现得淋漓尽致。治理空心化的现状绝不是村规民约能够自我解救的问题,它从根本上削弱了乡村社会自主治理的能力,探索新途径的需要迫在眉睫。

3. 村规民约缺乏引导和监督

《村民委员会组织法》规定村规民约要报乡、民族乡、镇的人民政府备案,不得违反上位法和政策,不得侵权合法权益,否则应当责令改正。现阶段,村规民约的审查监督主要有以下几个问题:

第一,审查范围过窄。对村规民约的审查其实只是合法性的审查,对其可行性、科学性、是否符合制定程序、是否真实反映村民意愿等因素缺乏考量。第二,审查流于形式。乡镇政府并没有具体的部门负责村规民约的审查工作,普遍缺乏专业人才,现实中只备不查的情况普遍,甚至有许多村规民约根本不会报请人民政府备案。第三,司法监督和政府监督缺乏协调。在实践当中村规民约侵犯村民权益只能个案处理。《村民委员会组织法》并没有赋予法院对违法村规民约的撤销权或者责令改正权,法院也没有和乡镇政府建立完善的司法建议制度。第四,审查机制不完善。法律对审查规定过于原则化,乡镇政府如何启动审查、如何审查、效力如何等问题有待解决。第五,缺乏事中监督。从现有的审查模式来看,审查是一次性的,从审查启动程序上来看,不报则不查。缺乏对于村规民约的实施情况、事后的颁布和修改情况、事后是否和新的法规政策相抵触等事中监督的事项。

三、村规民约治理的“解困之力”

村规民约面临的困境已经不能单独依靠其本身的自我完善,而需要结合法治力量,发挥法治功能,本部分将简要论述国家和省级立法在乡村治理中的短板,并论述设区的市立法具有的优越性,来

说明设区的市立法作为治理手段的合理性基础。

(一)以设区的市立法作为“解困之力”的必要性

1. 国家涉农立法体系不健全

和大多数国家一样,“农业”是我国涉农立法的核心。虽然涉及三农事项的方方面面存在数以万计的规章和其他规范性文件^[9],但是这些规范往往稳定性不强、效力层级过低、部门利益保护倾向明显、相互矛盾和冲突,难以弥补法律和行政法规体系不健全带来的诸多问题。推动推动法治乡村的全面建设,应当强化乡村振兴制度性供给,但是完善的法律体系并非朝夕之事。国家法律法规的制定颁布既要受到法滞后性、原则化等固有缺陷的影响,还会受到当前复杂的形式、各种利益博弈的影响。要应用于全国的法律法规面临制定难,出台难的问题,要健全体系尚有漫长过程。

2. 国家立法操作性不强

我国法律、行政法规在一定程度上存在概念界定模糊、主体权利义务划分笼统等问题,使得其操作性减弱。通常,法律会作出较粗略的规定、国务院可能出台相应实施办法,这在一定程度上弥补了操作性的缺陷。但是我国幅员辽阔、具体到各地有不同的实施环境,操作性作为较高层级立法的内在缺陷,难以通过自身协调实现完美解决。

3. 省级立法特色性缺乏

根据《立法法》,地方性立法规定的事项限于:(一)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。在第一种情况下出于执行法律、行政法规的目的,作为立法体系的中间层级,省级立法能够在一定程度上弥补国家立法操作性、针对性的缺陷,但是我国省、自治区、直辖市的管辖面积也比较大,面对下设区县、乡村复杂多样的环境和情况同样难以兼顾操作性或者彰显地域特色。在第二种情况下,省级立法其实并没有补充执行力的作用,甚至可能出现和法律、行政法规一样的原则性规定的倾向,如《四川省环境保护条例》规定:“鼓励建立村级河长制或者巡河员制。”对于如何建立、如何鼓励的问题只字未提,只能依靠相关政策或者更低层级的立法来细化。

省级立法内容多为适用于本行政区域内的总括性的规定,其操作性仍然不强,以涉及历史文化保护的事项为例,各种文化的保护方式、力度、所需资源等都存在较大差别,各种文化遗产、名胜古迹在地域上可能也只局限于某一个下辖区域,不具有全省普遍性,不便通过省级立法来规制。

(二)以设区的市立法作为“解困之力”的可行性

1. 制定难度较小

乡村治理的制度供给不能一味寄期望于漫长的法律制定和修改。发挥地方治理能力,丰富社会主义法治建设,设区的市立法有着明显的成本优越性。设区的市立法相对于国家和省、自治区、直辖市的立法来说,适用对象更少,管辖范围更窄,地域差异性更小,立法的政治、经济、文化背景更单一,利益冲突更小,所需的立法调研更少,因此在制定成本上远远小于其上位层级的立法。加之有上位法和国家政策的引导,极少存在摸着石头过河的状态,制定难度也相对更小。

2. 富有地方特色

大量地方性立法在实践中处于沉睡状态,有些地方性立法从未在司法审判和行政处理当中被援引。法律的生命在于实施,出现沉睡状态的原因无非在于地方性立法大量重复上位法导致自身没有实际效用。大而全、粗而广的立法思想导致地方性立法仅具有形式上的完整却缺乏弥补和创制的作用。

地方立法应当具有地方专属性,主要反映地方特色,在内容上应体现因地制宜的必要性,而不适宜由中央来统一规定^⑧。国家赋予设区的市立法权,就是为了让设区的市立足地方特色制定小而精的法规规章,而非成为上位法的传声筒。随着立法误区的纠正,设区的市立法已经体现了比较明显的地方性特色,如《烟台市全民阅读促进条例》第二十八条规定“鼓励和支持对烟台地域文化的发掘整理,创作反映烟台地域特色的作品,讲好烟台故事,为全民阅读提供优质阅读内容。”要求挖掘本区域的文化作品。有的地方结合地方特有的文化,制定了符合地方特色的立法,如《贵阳市青岩古镇保护条例》就有针对性地规范和加强了青岩古镇的保护,促进了传承当地优秀历史文化遗产。

3. 可操作性较强

不具有操作性的设区市立法势必面临被边缘化和架空命运。设区的市立法在立足地方特色的基础上还应该关注操作性、执行性,有效发挥基层治理的作用。根据俞祺博士的考察结论,包括设区市立法在内的地方性立法,往往在这几个方面的规定被活跃适用:第一,解释或补充上位法概念的条款,法院或者行政主体引用的目的主要在于解释上位法提出的概念;第二,设定地方标准、确认行政主体、确定行政处罚或强制行为、规定当时人的权利义务、填补上位法漏洞的条款,此类条款将上位法具体化或者直接创制新的权利义务和责任,是地方

性立法的核心内容;第三,重复相似条款也被一些法官或者行政主体补强规范效力所用,其本质上并没有特殊作用^⑨。不难看出,除了“重复相似条款”,其他被活跃适用的条款都是极具操作性的条款,而一些原则性的规定往往没有适用的空间。作为最低层级的设区市立法,其制定价值也在于细化和创新,否则将会成为束之高阁的书卷。设区的市立法往往可以规定更具体可行的措施和方法,比如《昌都市市容环境卫生管理条例》规定:“街道办事处、居委会应当与市容环境卫生责任区的责任人签订管理责任书,明确管理职责”。明确了签订管理责任书的具体办法。《金华市农村生活垃圾分类条例》第十条规定:“农村(社区)生活垃圾产生者和垃圾分拣员或者收集、运输经营者应当按照以下‘二次四分法’的规定分类投放生活垃圾……”,明确了符合当地实践经验并且富有成效的垃圾分类方法。

四、村规民约治理的“解困之路”

本部分将阐述设区市立法解困村规民约的具体方法,一方面吸收目前实际存在的治理经验和教训,另一方面结合现阶段乡村治理的需要、难题提出可供参考的想法。

(一)设区的市立法规范村规民约的内容

目前法律和省级法规对村规民约的内容限制过于原则化,要么导致层出不穷的抵触现象,要么导致一刀切的不敢创新,从而照搬上位法和政策规定,笔者认为规范村规民约可以从以下方面入手:

1. 规范制定事项

作为最接近乡村实情的设区的市立法能够有效、科学地规范村规民约的制定内容,将国家法不便规定、不便细化或者暂时存在立法空白的事项交给自治规范,也能促进自治组织在引导下规制其他事项。一方面实现自治和法治的结合达到全面的治理成效,另一方面促进乡村发挥局部特色,鼓励制度创新。雅安市的立法在这方面值得借鉴,《雅安市新村聚居点管理条例》规定:“居民管理公约应当根据新村聚居点实际情况制定,将下列事项纳入居民管理公约:(一)清理打扫房前屋后卫生的行为规范;(二)房屋使用规范……(十)居民共同讨论决定的其他管理事项。制定居民管理公约,应当尊重社会公德,推动移风易俗,树立文明乡风,不得违反法律、法规的规定和损害社会公共利益。居民管理公约对新村聚居点全体居民具有约束力。”该条规定仅对制定事项进行规范而非越俎代庖直接细化规定,既给规约制定提供了指导又尊重了新村聚居

点居民的自治权,同时强调了制定其他管理事项的权利,从制度上避免了政府主导、统一制定村规民约的现象,也促进了村规民约真正具有自治规范的性质,而非流于形式的道德宣告和文明标语。

2. 规范罚则条款

自治规范目前在惩罚性条款上与上位法冲突最为明显,单纯希望国家授权村规民约行政处罚权尚不具有可行性,落实于自治规范的自身改良更具有现实意义。第一,转变思维,用权利本位思想取代义务本位思想。从行为模式的性质来看,我国村规民约中大量规范属于义务性规范,就不可避免地出现惩罚性后果。在民主自由极大发展的今天,村民当家做主的实现不应限于义务规定,还应保障自由和民主,树立权利意识、法治意识。第二,规范“法律后果”,用奖励代替制裁,用合理处罚代替行政处罚方法。村规民约应该坚持教育为主,处罚适当的原则,以奖促治,在适用处罚时必须轻于法律制裁,且不能采取强制措施,违反法律法规强制性规定的应当交由国家机关处理^[10]。设区的市立法,应当促进自治思维转变,不仅要规定限制性条款约束村规民约的惩戒性条款,如对违反村规民约的村民采取予以批评、教育、取消评先资格等措施,而不是罚款甚至其他侮辱性的惩戒措施;也要为村规民约的奖励性后果提供物质和制度保障,如提供经费、进行表彰等。

3. 规范制定技术

每个法律条文,都表现出存在的理性,而条文的结构整体也呈现出组织的原则。规范性的完善可以减少内部冲突,促进村规民约地推广宣传以及修改。村民自治章程,应当具有规范性,清楚了,可以按照法律法规的“章、节、条、款、项”等层次结构来表现。对于特殊事项则可以制定单项规约,比如“护林规约”“广场舞规约”,增强村规民约的针对性。目前,已经有设区的市立法对单项事项要求制定村规民约,但是对于制定的规范性缺乏限制,可能导致村规民约的零散、不系统、修改无序等问题。制定的技术性规范可以在设区市立法的法规中直接体现,也可以授权相关部门进行指导。

(二)设区的市立法规范村规民约的制定、修改程序

村规民约属于一种社会契约,其效力基础来源于社会成员权利的让渡,其权威属于一种“同意权利”,那么其制定程序的民主性便是这一“同意权利”的法理基础^[11]。然而,这一民主性不应仅体现在表决时的多数决原则,还应体现在立项、起草、讨论、修订、废除等各环节。

1. 严格坚持村民会议的制定主体地位

《村民委员会组织法》将制定和修改村规民约的权利赋予了“村民会议”。但是这一规定并没有得到良好落实,乡镇统一印制、村民委员会代劳等现象层出不穷,民主表决也多流于形式甚至直接略过。在这种情况下,村规民约的制定不是基于村民意愿,难以形成对自治规范的内心确信,增加了执行的阻力妨碍了治理效果,甚至在根本上动摇了村规民约正当性、合法性的根基。设区市立法应当在规范村规民约的条款中强调村民会议的主体地位,确保制定修改的程序符合上位法规定的人数要求、遵守村民会议的召集和表决程序。

分析现阶段设区市立法的相关表述,法律明确规定的制定主体“村民会议”被“村民委员会”取而代之。如《丽水市饮用水水源保护条例》规定“村(居)民委员会应当制订保护饮用水水源的村规民约”。《广安市城乡污水处理条例》规定“村民委员会应当加强农村生活污水处理的管理,将下列事项纳入村规民约”。设区市立法者考虑到责任落实和管理便利等因素将职权主体规定为村民委员会,在一定程度上对于村规民约的制定和落实有积极作用,但是这样的规定一方面有抵触法律的嫌疑,一方面更是反映了对于民主程序的忽略,主体权利的漠视,以及行政化直接干预自治事项的冲动。建议设区市立法在发挥村规民约作用时,明确村规民约的制定、修改、细化的主体,并强调严格依照围绕村民会议展开的一系列程序和实体条件。可以参考《黄山市河湖长制暂行规定》的表述“鼓励村级河湖长组织村(居)民制定村规民约……”把村级河湖长或者村委会制定表述为“组织制定”。

2. 完善村规民约的制定以及修改程序

程序是确保科学立法、民主立法的关键。我国法律、行政法规等法律规范在立项、起草、审查、决定、公布、修改、解释等方面都有着较为细致的规定,一些设区的市在立法程序上也相继出台规定,如《哈尔滨市人民代表大会及其常务委员会立法条例》。诚然,村规民约作为自治规范不能直接嫁接立法程序的规定,但是也应当看到程序在制定规范的过程中发挥的积极作用。村规民约的制定和修改流于形式和缺乏民主的重要原因就在于缺乏程序性的限制和要求。解决这一问题,有三个途径:第一,各市结合实际,制定统一的“村规民约制定条例”,并可以要求各村在不违反条例的基础上结合本村实际,优化、细化、新增程序性要求;第二,在具体事项的立法中,如涉及规范村规民约的内容,应

当对程序有一定要求;第三,在具体事项的立法中,如涉及规范村规民约的内容,授权相关部门、组织对程序进行指导。具体选用或者结合上述三种办法,应当结合各地经济、文化、村民治理能力等方面的实际情况。

(三)设区的市立法加强并健全村规民约的审查机制

1. 设立乡镇政府法制部门

乡镇人民政府没有法制办公室也没有下设的司法行政部门,乡镇府法制工作多由县级政府法制办指导,乡镇司法行政工作多由司法局派出的司法所承担。乡镇政府的法制水平受到体制限制,没有规范的法制机构,没有专门的处理人员,在处理“合法性”相关问题上难免力不从心,很大程度上这就解释了现实中存在的村规民约“只备不查”现象。

有些地区如枣庄市薛城区常庄镇为推动依法行政和法制服务已经设立了乡镇政府法制办,有些地方在乡镇司法所上加挂乡政府法制办公室,有些地方要求配备处理法制业务的专门人员。这些改革思路为乡镇法治建设提供了宝贵思路,但是法制办是政府的直属部门并非内设机构,现阶段乡镇府直接决定新设法制办或者县级政府要求司法所挂牌乡镇法制办的做法,无论从实体还是程序来看都和《地方各级人民政府设置和编制管理条例》有冲突。该条例第9条规定新设政府机构,由本级政府提出方案,上一级政府编制管理机关审核,报上一级政府批准。而乡镇政府新设机构的批准机关即为设区的市的政府,属于设区的市立法管辖范围,由设区市通过法规或者规章要求乡镇政府设立法制部门,可以起到统筹规划、整合区域内各地实践经验、强力推动法制建设和协调法制人才配给等作用,并且可以在乡镇法制部门的职责中明确审查村规民约的职能,实现审查能力提高和审查部门法制化。考虑到实现可行性,在设立法制部门尚不成熟的地区,可以规定配备法制人员,实现乡镇政府审查工作的可操作性。

2. 规范审查的程序和内容

我国法律只要求村规民约“备案”没有要求审查,但是修改后的《村委会组织法》明确规定了“责令改正”的职权,实质上要求乡镇人民政府进行审查。但是该条规定的操作性不强,从程序上看,对于审查的具体部门、人员配备、审查时间、审查异议,责令改正后的后续事项等没有规定;从实体上看,审查仅限于是否和上位法还有政策冲突,不考虑是否经过民主商定、是否符合村民意愿,也不审查是否符合村规民约制定的法定人数和程序,即只

审查抽象规范,不审查制定程序。此外对于审查责任等也未作规定。笔者认为通过设区的市立法可以全面系统地细化审查部门、事项、程序、人员配给和协作,也能够从责任角度规范“只备不查”“没有尽到合理审查义务”等普遍问题。

3. 给审查赋予法律强制力

目前,对村规民约的审查权处于“建议权”的尴尬境地。根据《村民委员会组织法》规定,村规民约需要满足村民会议制定和政府备案两条形式规定。但在实践中往往只要习惯是合法的,就可以用来作为审判的依据,与其说是适用了村规民约不如说是适用了《民法总则》中规定的习惯这一民事法律渊源,是否经过备案和审查不是法院认定效力的考虑因素。显然,政府的备案是单薄无力的。经过备案,对于司法救济而言并没有多少意义;但是不经过备案,显然又会使得国家缺乏合适的途径对村民自治章程和村规民约进行约束——这样就陷入了一个两难的境地^[2]。笔者认为,在健全备案机制的基础上,将备案制度作为村规民约生效的前提条件,将极大增强村规民约的合法性和规范性。当然备案作为生效要件要和各地审查水平相适应并且要和审查的一系列机制相协调,目前由设区的市来规范备案制度更具有现实可行性。

(四)设区的市立法固化相关政策促进村规民约制度保障

政策性的举措在各地的部署和实施程度、方式都有较大差异,例如2016年12月11日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于全面推行河长制的意见》,此后,地方上到省市下到县乡出台了大量规范性文件来明确各地区的实施办法,有些地方在政策成熟后开始制定地方性法规,如《浙江省河长制规定》《江西省实施河长制湖长制条例》等。浙江省在国家要求建立的“省市县乡”四级河长制基础上创新性地规定了包含“村级”的五级河长模式。由于村一级的管理模式与国家行政体制下的治理模式存在较大差别,雅安市在总结实践经验的基础上起草了《雅安市村级河长制条例》^⑨全面规制村级河长的各个事项。我们不难发现,政策的立法固化有强烈的地方属性,用设区的市立法来固化政策是最具操作性和贴近治理实践的选择。

政策法制化的思路和参与设区的市立法的相关经验给了笔者一些启发,关于在村规民约的“外力”保障中,一些有助的国家政策值得注意,可以借助已有条件发挥一举多得的作用。如在乡村“空心化”背景下,村规民约制定人才的保障方面,立法可

以吸收国家层面的一些人才性的计划,如“一村一大”“一村(社区)一法律顾问”等政策^⑩,拓宽原有职能,组织并鼓励这些知识分子、法律人才参与村规民约的制定、指导、审查、宣传工作,既有利于落实国家政策,又能发挥当地的主观能动性激活制度活力,还能促进制度的稳定和长效。在立法技术选择上,条件成熟的地区可以制定《大学生村官条例》《关于实施一村(社区)一法律人才的规定》等地方性法规,在其职责中明确有关村规民约的相关工作;制定这类统一授权的法规尚不成熟的地区,可以在具体有关乡村治理的立法中,如涉及乡村垃圾分类、农村环境保护、村民文明促进、地区文化传承的设区的市的立法中,明确村干部和顾问参与村规民约相关工作的规定,为村规民约的制定和实施供给人才保障。

注释:

- ① 《立法法》14条规定“设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规”。
- ② 该处村规民约摘自湖南省岳阳市云溪区云溪街道八一村2019年3月16日表决通过的《云溪区云溪街道八一村村规民约》。
- ③ 该处村规民约摘自贵州省锦屏县铜鼓镇2005年1月20日版《花桥村村规民约》第13条。
- ④ 该处村规民约摘自贵州省锦屏县彦洞乡2011年3月20日版《瑶白村防火公约》第8条。
- ⑤ 摘自广东省湛江市中级人民法院民事判决书(2019)粤08民终458号。
- ⑥ 广东省佛山市顺德区人民法院行政判决书(2018)粤0606行初1197号认为“原告(佛山市三水区云东海街道上西股份合作经济社)制定的《2017年章程》第七条(六)对外嫁女子获得股份资格进行限制,从而导致第三人无法享受与其他村民平等的股东资格和村民待遇,违反了《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第二十四条的规定,侵害了第三人的合法权益,故上述章程条款不能作为认定第三人不具有原告成员资格的依据。”
- ⑦ 数据来自国家统计局2019年8月15日发布的《新中国成立70周年经济社会发展成就系列报告之十七》。
- ⑧ 笔者通过威科先行法律信息库,以“农”字为题目关键词,检索到现行有效的法律法规规章规范性文件109455件。
- ⑨ 笔者均参与了本条例的调研和起草工作。
- ⑩ “一村一大”计划是教育部为贯彻落实党的十六大和中央农村工作会议精神,落实《国务院关于进一步加强对农村教育工作的决定》而启动的计划;“一村(社区)一法律人才”是司法部启动的计划。

参考文献:

- [1] 刘笃才.中国古代民间规约引论[J].法学研究,2006(1):135-137.
- [2] 高其才.通过村规民约保障人权——以贵州省锦屏县为对象[J].南京社会科学,2017(7):97-104.
- [3] 梁治平.清代习惯法[M].桂林:广西师范大学出版社,2015.
- [4] 韩娜.村规民约罚则问题研究[D].烟台:烟台大学,2013.
- [5] 孙韡.试析村规民约设置惩罚条款的合法性[J].贵州民族大学学报(哲学社会科学版),2012(5):73-77.
- [6] 高其才.试论农村习惯法与国家制定法的关系[J].现代法学,2008(3):12-19.
- [7] 王利明.法治:良法与善治[J].中国人民大学学报,2015,29(2):114-121.
- [8] 俞祺.设区的市立法及规范性文件领域分布研究[J].法制与社会发展,2017,23(5):163-172.
- [9] 俞祺.地方立法适用中的上位法依赖与实用性考量[J].法学家,2017(6):14.
- [10] 于大水.村规民约之研究[J].社会主义研究,2001(2):73-76.
- [11] 王振标.论村规民约的法治化治理[J].行政与法,2016(2):45-50.
- [12] 孟刚,阮啸.村规民约的司法审查研究[J].国家行政学院学报,2011(3):82-86.

五、结语

乡村治理是一个重大的议题,诸多学者为乡村治理建言献策,笔者试图结合自治和法治的方式,探寻设区的市立法解决村规民约困境从而推动乡村治理的路径。这样的思路在各地级市制定的地方性法规中已经有所体现,笔者一方面总结现存做法,另一方面分析治理现状提出创新的方式,初步描述了设区市立法作用于村规民约的思路和见解。但是制度的构建和推行势必面临违法性风险和实践困难,仍然需要摸索。笔者本着务实的学术态度,在提出治理方式时遵守现行法律规范进行制度创新,具有可直接适用性;但是出于对治理成效的考虑和改革法制弊端的初衷个别措施只是一种有实施可行性设想,其构建仍需实践试点。