

張立濤

村民自治作為國家基層民主制度的一部分，在將要實行的新農村建設中起著重要作用，對其法理依據的探討也就顯得必要。

村民自治的法理依據是《村民委員會組織法》，《村民委員會組織法》的依據是憲法，「根據憲法，制定本法」。問題是憲法中存在兩個條款，而這兩個條款卻是在實質上是對立的。憲法的第一百一十一條的村委會條款和第三十五條的結社自由條款，依據的是憲法的哪一條，也就是說村民自治的法理依據是結社自由權利還是村委會條款。村委會條款處在憲法第三章國家機構第五節地方各級人民代表大會和地方各級人民政府中，很明顯當初立法的初衷就是要把村委會作為國家機關的延伸，國家權力的延伸和國家控制的一個基層設置。村民自治也就是以國家為主導，國家施恩於民眾，村民必須自治，背後是國家的強制力。村民自治的改革動力源在國家，而不在於村民本身，村民的權利獲得相對於村民而言，是外源性獲得，而非內生性，具有被動性。結社自由條款處在憲法第二章公民的基本權利和義務，屬於公民的基本權利。所謂基本權利就是作為公民本身應該享有的最基礎性的權利，其存在本身就是合理，不需要任何其他的外在證明。結社自由作為基本權利也就是對其規定怎樣行使就可以構成對其權利的限制，也就背離了憲法精神、原則和條文本身。誠如諾貝爾經濟學獎得主阿馬蒂亞·森所言「政治自由和公民權利與避免經濟災難的自由之間的聯繫，這一聯繫的最基本的證據可以來自以下事實，饑荒不在一個民主國家中發生。」「對於民主提供的保障，當一個國家非常幸運地沒有面臨嚴重災難時，當萬事順利時，不大會被想起。但是，由於經濟或其他境況的變化，或者由於來糾正的政策錯誤，喪失這種保障的危險可能就隱藏在看起來是升平的情況後。」¹

憲法的矛盾條款的理論依據是對公民權利行使的恐懼，還有對公民素質的偏見和對政府權力危害的缺乏必要的認識，此源於公民素質現狀與政府權力的危害的片面理解。村民素質的確需要提高需要鍛煉，在行使民主權利時可能會出現一些問題，因而有人就以此為藉口來幫助村民行使權利，而且憲法的村委會條款的制定和村委會組織法的制定都是要保障權利的正確行使。然而問題在於這種思維忽略政府權力的危害，而後者恰恰是最嚴重的問題，不給公民權力或者由政府來代替村民行使權利實質是以油撲火，最終是政府的負面作用最大化。「最壞的自然狀態將會比最壞的國家更可取。」²政府權力對公民權利的侵犯的可能性和危害性都沒有減輕的保證下，政府權力的擴大不僅沒有法律的限制反而得到法律正式的授權或者含蓄的默許，結果可以預見。在中國傳統就是政府權力過大，而民眾權利難以得到保障，法律不用權利來制約權力，而是規定在權力的指導下來行使權利，權利可能就成了空中樓閣。基本的人權是「人們僅憑其作為人就享有這些權利，而不論其在國籍、宗教、性別、社會身份、職業、財富、財產或其他任何種族、文化或社會特性方面的差異。」³具體說來，「我們稱之

為基本的那些憲法權利，如言論自由的權利，應該是在強硬的意義上反對政府的權利。這正是我們的法律制度尊重公民基本權利的可炫耀之處。如果公民享有言論自由的道德權利，那麼，政府如果取消保障言論自由的美國憲法第一修正案，即使它深信如果剝奪言論自由大多數人的境況可能會更好些，它的這種做法也是錯誤的。」⁴基本的權利和自由必須完全的給與不能有任何形式的截流。政府完全是過慮了，「公眾參與未必就意味著公眾控制政府。」⁵因參與本身就具有其巨大的價值，政府不必為此設置不必要的條條框框。「離開了基本人權這一基石，民主將無安頓處，而成為毫無意義和內容的空殼。」⁶中國的現實不是對人權的過度維護，恰恰是對政府權力的放縱，政府權力基本上已經滲透到每個領域。

村委會就其本質來說屬於非政府的民間社團組織，其性質是村民自治的實施機構，特點是在政府的主導下生存和發展，獨立性和附屬性同等明顯，那民間組織的生存環境也顯示著村委會的處境。「從東升村民間組織產生和存在的法律環境來看，中國農村民間組織的合法性目前主要來自上級黨政領導機關的檔規定，而不是公開公佈的法律。」⁷「民間組織的發展，存在著來自政府與民間兩個方面的動力。無論是社團組織，還是非營利的市場仲介組織，他們的產生與生存絕大部分來自於政府的職能分化與組織分化，特別是那些成立之初就能對社會發揮巨大影響力的社團組織和市場仲介組織。」⁸「民間組織與政府關係密切，具有明顯的官民兩重性。」⁸「中國的公民社會是一種典型的政府主導型的公民社會，具有明顯的官民雙重性，中國民間組織絕大多數是由政府創建，並受政府的主導，尤其是那些經過合法登記的有重要影響的民間組織，」。政府對重要民間組織的主導始終是中國公民社會的顯著特點。」⁹

村民自治最初出現的歷史軌跡證實法理依據是結社自由，村委會條款是人為的異化。1979年底，廣西宜山（現為宜州市）有一些自然村村民為了改變社會治安惡化，村莊無人管理的困境，自發組織村委會，選舉社會治安負責人，訂立村規民約。依據很明顯是結社自由。1982年該事件引起彭真等中央領導的關注，1982年底，村民委員會之說被正式載入《中華人民共和國憲法》第一百一十一條，屬於第三章國家結構，第五節地方各級人民代表大會和地方各級人民政府。由此，村民自治法理依據就發生了變遷，原本結社自由過渡到了村委會條款，具有內聚力的自治組織演變成了內耗性的政權延伸組織。

村委會作為村民的自治機構，村委會的性質對村民自治的法理依據有著重要參照作用。自治是一個相對性的說法，一種相對於中央的地方自治，一種是相對於政府的民間自治。《村民委員會組織法》在第二條規定「村民委員會是村民自我管理、自我教育、自我服務的基層群眾性自治組織，」很明顯就是第二種理解，相對於政府的民間自治。從這個角度可以看出依據還是以結社自由為妥當，否定了村委會是政府的延伸。村委會條款在憲法中處的位置所決定的，國家機構內的條款，道理上說不通村委會不是國家機構，法理上公民權利的價值位階也高於國家機構。「『自治政府』亦非每個人管治自己的政府，而是每人都被所有其餘的人管治的政府。」¹⁰社會也就趨向於更平等和更和諧，每個人行使自己的權利同時又被別人的權力所制約，權利在各自獨立的行使中得到聚合。從第一個新型村委會的誕生也可以看出這一過程，一個社群內人與人之間的聯繫和制約，完全可以形成一個和諧的組織。然而，憲法的雙重規定很容易使「地方權威具有官方身份。」¹¹從而延續著過去的老路，村委會成為准政府組織，維權也就出現了名義上和實際上的分離，自治機關行使政府作用，不是替代，而是發揮。「村民自治的成功與否，將取決於我們是否有足夠的智慧，通過制度和組織的工具，即通過對權利、責任和義務的分化性配置，促進社會整合，它取決於我們是否能夠認識

到，確立一種新的基層治理規劃——從更廣泛的意義上說，就是確立以憲政和法治為基礎的代表性村民自治——是惟一正確的方向。」¹²「通過自治體現國民參與國家管理。國民自治以非公務員的國民參與國家管理為特徵——並且與陪審法院與司法、國民代表參與立法保持一致。社團自治則是指在國家、城市、鄉鎮、縣、省當中，國家放棄一部分行政的職權範圍，由監督下的社團在該範圍內自行處理本身事務。」¹³村委會的性質作為自治組織，那其本身也就是自治性要超越其他的功能性作用，自治性的關鍵在於首先承認然後是存在獨立的個人，那其背後也應該是結社自由這一基本權利。

「新型治理秩序的核心是決策主體多元化，最大限度實現個體權利的基礎上形成有序的社會秩序和完成公共事務，如何在充分體現個體意志的基礎上達成社會秩序，是現代化治理模式中的主要問題。」¹⁴「傳統中國基本上沒有一個真正有主體性的社會，中國從前的『社會』嚴格說是在王權體制中權力剩餘的部分，王權不直接去管的部分。」（6頁金耀基）「從比較研究發現，幾乎任何一個後起的現代化國家，它的基本動源一定來自國家，來自政治建制本身。反之，早期的現代化國家，則其動員基本來自社會。二次大戰後的工業化國家，國家都扮演了最重要的角色。所以中國大陸的現代化最需要突破的是國家的自我角色。1978年之後，一個很清楚的變化就是國家（政府）的角色逐漸從社會退讓。」（9頁金耀基）「現在一些此類組織的產生，不是因為需求，而是供方出力的，更可以說，是在供方供應以後才產生需求的。舉個例子，一個社區內沒有成立報案中心的時候，誰也不會去報案，但成立之後，報案的人就多了，好像一下子犯罪率大增了。當然，沒有報案中心，就沒有報案，並不是說沒有犯罪的事。」「中國大陸現在的社團，恐怕因『需求』而產生的並不太多，最大的來源可能是來自政府的『供應』。」（8頁金耀基）¹⁵這些論述可以看出村委會的作用的變遷，是政府嚴格主導下的自治組織，也是政府「強迫」成立的民間組織（或者說非政府組織），由於政府原本在該領域的強大作用，自治慢慢就流於形式慢慢被弱化了，但是其背後的仍然是結社自由，因為個人權利正是矯正政府權力的一個武器，而且社會權力來制約政府權力過大，基礎也要建立在個人權利有保障的之上。所以有學者認為「公民身份不健全是第三部門的政治風險的重要根源。」公民身份表明存在一定的私域不可侵犯，人民則不同，人民的公意要無條件的服從。¹⁶可以說權利造就公民身份，只要給與其完整的權利，公民很快就知道如何行使。下麵是河南省洛陽市宜陽縣石村鄉四土地村第五屆村民換屆選舉（2005年3月）¹⁷雙方候選人和鄉包村幹部共同制定的選舉注意事項：

- （1）工作人員一律不得進入戶家，不准對選民有誘導、威脅行為，遇到選民對選票識別不清，一律由選委會成員解釋。
- （2）對委託投票和委託寫票的一定按要求發放選票。
- （3）工作人員在投票選舉期間一律不准私自離開投票區。
- （4）駐村工作組成員監督整個投票過程。

而且在操作過程中，雙方候選陣容互相監督，比如叫門，因為是流動票箱需要到每一戶去，一定要中立的人員叫，和選民交談，不能是任何一方的人，必須在門外大家的共同監督下進行。

可以看出村民的智慧，只要把權利真正給與他們，他們會想出一切辦法把它行使好行使全。鄉政府有時對一些檔會技術處理，盡量不讓村民接觸到原件，這一方面說明村民的素質已經根本不存在問題，或者說和政府比較而言一方面說明政府權力過重的危害。「結社自由存在的意義就是允許人民進行不受政府干涉的結社，以此制衡政府。民間組織對於實現民主政

治、實現基本人權和促進社會發展具有重大意義，對這一點政府還缺乏深入的認識。所以，關鍵是在力圖保持社會穩定的政治目標與實現人民的自由權之間，尋找一個恰當的平衡點。如果像我國現在這樣，基本禁絕民間自我探索的空間，長遠來說對社會、對政府也是不利的。我國行政機關目前對民間組織幹預得太廣、太深。此外，很多幹預措施也逾越了法定的許可權。」¹⁸

村委會作為村民自治組織掌握著村裏資源的利用和再分配，所以對其的規制不應該是怎樣的產生。這是公民自己完全可以行使的權利，而應該規制其怎樣的在法律內活動，也就是說其成立的依據是公民的基本權利，而村委會的工作方式之所以要規制，也是要對公民權利的保障。「對於法律來說，第三部門發展的問題就遠不止是一個完全脫離物質利益的問題。關於這類組織機構的定性、確認、登記、註冊等問題，而勢必涉及可能與這些機構組織相聯繫的經濟問題。它在一定層面上實際是對第三部門的進一步的操作性和實踐性界定，是對第三部門的具體資源獲取活動的操作性和實踐性的區分和界定。這種區分和界定既是對其進行規制和限制，防止其性質的蛻變，同時也是一種保護和引導。」¹⁹讓這些組織不至於偏離既定的軌道。

村委會的合法性同樣證實要以結社自由為村民自治的法理依據。「合法性不只是一個與法律的關係問題，更是一個與社會秩序的關係問題。合法性不是一個不被（司法部門）追究的問題，而是要被（社會）承認的問題。」（314頁）「中國第三部門當前的合法性資源除了法律，還有政治、行政和社會文化傳統。」（315頁）「政治合法性對於第三部門組織的存在和發展都是至關重要的。在中國的公共空間的任何存在都要首先解決政治合法性問題。」²⁰（355頁）

村委會的合法性首要來源是被村民的認可，這是法律規定的合法來源。村委會被上級主要是鄉級政府的認可。行政合法性，依法成立。法律合法性，不能反對四項基本原則。政治合法性，這幾類合法性也會存在衝突，如果不能得到村民的認可或者說不能在那裏獲得合法性，結果都是造成上訪的持續進行，從而導致社會的不穩定。獲取村民的認可是首要的，其背後就是村民的自我權利意識的增強，自己的村委會自己當然要有發言權，實際上就是要行使自己的權利不能存在其他的干涉和限制。合法性中，行政合法性是最弱意義上合法性，依法成立也就包含了法律和政治合法性，過程本身就獲得了法律和政治合法性和體現了傳統的因素，行政則應該是追認型的，也就說明自治的法理依據是結社自由。

註釋

- 1 阿馬蒂亞 森：《以自由看待發展》（北京：中國人民大學出版社，2002年），42頁。
- 2 諾齊克：《無政府 國家與烏托邦》（北京：中國社會科學出版社，1991年），12頁。
- 3 米爾恩：《人的權利與多樣性：人權哲學》（北京：中國大百科全書出版社，1995年），2頁。
- 4 德沃金：《認真對待權利》（北京：中國大百科全書出版社，1998年），252頁。
- 5 亨廷頓：《變革社會中的政治秩序》（北京：華夏出版社，1988年），88頁。
- 6 殷海光：《民主的試金石》，《殷海光文集》（武漢：湖北人民出版社，2001年），張斌峰主編，116頁。
- 7 俞可平：《中國農村民間組織與治理的變遷：以福建省漳浦縣長橋鎮東升村為例》，俞可平等：《中國公民社會的興起與治理的變遷》（北京：社會科學文獻出版社，2002年），46頁。

- 8 王穎、孫炳耀：《中國民間組織發展概況》，俞可平等：《中國公民社會的興起與治理的變遷》（北京：社會科學文獻出版社，2002年），26-27頁。
- 9 俞可平：《中國公民社會的興起及其對治理的意義》，俞可平等：《中國公民社會的興起與治理的變遷》（北京：社會科學文獻出版社，2002年），216-217頁。
- 10 密爾：《論自由》（北京：商務印書館，1982年），4頁。
- 11 張靜：《基層政權：鄉村制度諸問題》（杭州：浙江人民出版社，2000年），32頁。
- 12 同註11，212頁。
- 13 拉德布魯赫：《法學導論》（北京：中國大百科全書出版社，1997年），134-135頁。
- 14 賈西津：《第三次改革：中國非營利部門戰略研究》（北京：清華大學出版社，2005年），188頁。
- 15 金耀基：《從全球化與現代化看中國NGO的發展》，范麗珠主編《全球化下的社會變遷與非政府組織》（NGO）（上海：上海人民出版社，2003年）。
- 16 蘇力、葛雲松、張守文、高丙中：《規制與發展：第三部門的法律環境》（杭州：浙江人民出版社，1999年），358頁。
- 17 摘自鄉政府的選舉的總結記錄，該鄉因為鄉鎮改革已於2005年撤銷。
- 18 蘇力、葛雲松、張守文、高丙中：《規制與發展：第三部門的法律環境》（杭州：浙江人民出版社，1999年），184-185頁。
- 19 同註18，14頁。
- 20 同註18，314頁、315頁、355頁。

張立濤 1975年生，男，籍貫河南洛陽，南京大學政治系政治學理論碩士研究生，研究方向民間組織的法律規制。

《二 一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二 一世紀》網絡版第五 三期 2006年8月31日

© 香港中文大學

本文於《二 一世紀》網絡版第五 三期（2006年8月31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。