

治理论还是法治论

——当代中国乡村司法的理论建构

陈柏峰 董磊明*

内容提要：当前乡村司法呈现出双二元结构形态：基层法官的司法有着法治化和治理化两种形态，乡村干部的司法则是治理化形态。综合考量乡村社会变迁及其所受到的结构性约束，双二元结构形态可以呼应乡村社会的司法需求，回应乡村纠纷的延伸性和非违法性，适应中国乡村的经济基础。在很长时间内，乡村司法都应当在法治化和治理化之间保持某种平衡。

关键词：乡村司法 治理化司法 法治化司法

一、乡村司法的论域和既有理论

“乡村司法”是一个经常被学者使用却尚未有统一界定的词汇。一些学者以基层法庭（法院）为中心展开分析。喻中则区分了民间司法、国家司法和乡村司法，并将乡村司法定义为乡村干部的司法。^{〔1〕}王亚新将乡镇层级的行政机构和乡镇干部的纠纷解决纳入乡村司法的范畴。^{〔2〕}范愉提出，乡村司法由基层法院（法庭）、司法所、法律服务所、人民调解组织共同构成。^{〔3〕}我们认为，除了基层法院（法庭）以外，乡镇司法所、派出所或信访办、综治办、人民调解组织等，都在实践中承担了一定的司法功能，乡村司法应该将它们涵盖进来。这种仅仅将权威人物主持的民间调解排除在外的广义乡村司法，大致分为两部分：基层法官的司法和乡村干部的司法。相应地，有关这种乡村司法的理论亦主要关注三个方面的内容：基层法官的司法，乡村干部的司法，以及两者之间的关系。

（一）乡村司法的治理论

十多年前，苏力对法制建设的“现代化方案”进行了深刻反思和有力挑战。他从“地方性知识”观念出发，以“秋菊的困惑”为切入点，对现代法律的普适性提出质疑，认为法制建设应该

* 陈柏峰，中南财经政法大学法学院副教授；董磊明，北京师范大学哲学与社会学学院教授。

本文是国家社会科学基金青年项目“民主法制进程中的乡村司法制度建设研究”（批准号 09CFX060）的成果。贺雪峰教授向我们提出了写作建议，张继成教授对本文初稿给予了不厌其烦的批评和建议，特此致谢。

〔1〕 喻中：《乡土中国的司法图景》，中国法制出版社 2007 年版，第 18 页。

〔2〕 王亚新：《农村法律服务问题实证研究》，《法制与社会发展》2006 年第 3 期。

〔3〕 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社 2007 年版，第 389 页。

尊重本土资源，寻求国家制定法和民间法的相互妥协和合作。^{〔4〕}后来他又指出，基层司法人员是“另一种秋菊”：在送法下乡的过程中，不但国家制定法与乡土社会之间存在紧张，基层司法人员对法治理念和制度也有隔膜；那些执行送法下乡任务的基层法官，形成了他们的一套地方性知识，成了“新法官”；他们面对现代法治论者，就像秋菊面对现代法制一样。苏力试图揭示“所有的适应都是知识”，论证基层法官的地方性知识具有乡村司法的合理性，^{〔5〕}这成就了“基层司法的反司法理论”。^{〔6〕}这种理论的重要资源是吉尔兹的地方性知识理论和福柯的微观权力理论。它以基层法官的司法为中心展开论述，认可乡村司法的治理化形态，可以称为“治理论”。

治理论的观点可以概括为三个方面：第一，在规则层面上，地方性规范在微观意义上常常（但不必然）占有竞胜地位，国家法律常常（但不总是）被规避。实际上，何者占有竞胜地位，往往取决于基层法官的治理需要。第二，在程序层面上，乡村司法并不遵循法治原则，司法过程充斥着各种策略和权力技术。第三，基于治理乡村社会的需要，基层法官和乡村干部组成了一套非常系统的纠纷解决机制和乡村司法体系，乡村干部在其中起了非常重要的作用。基层法官的司法遵循治理的逻辑，在事实层面而不是规则层面解决问题，是结果导向而不是规则导向。

在治理论中，“地方性知识”是司法治理的重要工具。在苏力那里，实际上有两种不同的“地方性知识”：用作司法规则的地方性知识和用于司法策略的地方性知识。用作司法规则的地方性知识，就是吉尔兹意义上的地方性知识，是小社群所具有的独特文化和符号系统。^{〔7〕}在乡村司法中，人们共享了一套不同于西方司法的独特文化和司法知识系统。用于司法策略的地方性知识，是指不为外人所知晓，无法批量或文本化生产的具体知识，它包括村干部对当事人个性、品行、脾气、家境等情况的了解，这种了解是外来的法官所无法知晓的。用于司法策略的地方性知识是乡村干部协助基层法官司法的“独门暗器”，而用作司法规则的地方性知识往往是基层法官劝说当事人接受治理方案的重要“法器”之一。

尽管治理论的建构以基层法官为中心，但它对乡村干部的重要作用也有足够的认识。乡村干部既是司法地方性知识的载体，也是司法权力运作的导管，他们处在权力关系生产性实践的中心位置。经由这一导管，说服诱导、欺诈胁迫、一打一拉、人情面子等权力技术进入了司法过程，法律强制的一面和乡土社会温情的一面紧密结合在一起，国家权力在边缘地带完成了支配性重建，建立了法律秩序。依据治理论的逻辑延伸，乡村干部司法所形成的精微法律秩序，及其治理化司法现状，也应当得到尊重。这样看来，整个乡村司法体系就与现代法律知识体系存在着紧张和对立，因而可能是“反司法”的。

（二）乡村司法的法治论

乡村司法的治理论一直遭到现代司法论者的强烈反对。这些反对大多是理念上的，较少从乡村法治经验来展开。最近，杨力从经验上对治理论进行了反证，提出了乡村司法的法治论，认为当前中国乡村出现的新农民阶层及其推动的乡村社会变迁，使得治理论面临诸多悖论性事实。他从“地位获得理论”与乡村司法运作的关联出发，解释了这些悖论，进而认为乡村司法应当摆脱地方化特征，走向追求普适性的法治化轨道。^{〔8〕}

与治理论相比，乡村司法的法治论更易于理解，它是现代法治向乡村司法领域的传输，其理论资源是西方法治理论及其司法实践。法治论的主要观点有：第一，将乡村司法权力复归为判断

〔4〕 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第61页。

〔5〕 苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社2000年版，第150页。

〔6〕 赵晓力：《基层司法的反司法理论？》，《社会学研究》2005年第2期。

〔7〕 参见〔美〕吉尔兹：《地方性知识》，王海龙、张家瑄译，中央编译出版社2000年版，第273页以下。

〔8〕 杨力：《新农民阶层与乡村司法理论的反证》，《中国法学》2007年第6期。

权,除去其治理化功能;第二,实现从“司法特殊主义”向“司法普遍主义”的回归,平等对待当事人,实现规则之治;第三,通过法律程序在农民群体中建构共识,进而化解地方性司法知识导致的不同农民阶层间的“结构性利益冲突”;第四,通过民主方式,建立农民群体的制度化利益表达渠道;第五,作为地方性知识载体和作为司法权力运作导管的乡村干部都是“行政干预司法”的另类表达,应当被完全清除出乡村司法过程。

二、乡村司法理论的经验基础

乡村社会的现状和变迁,包括其变迁趋势和所受到的结构性约束,构成了乡村司法理论的经验基础。治理论和法治论在经验基础上都有失偏颇。前者难以面对当前乡村社会的巨变,后者对乡村社会变迁缺乏全面的认识,尤其是对变迁所受到的结构性约束缺乏考量。

(一) 作为治理论经验基础的乡土中国发生了巨大变迁

治理论的经验基础是费孝通半个多世纪前提出的“乡土中国”、“熟人社会”。〔9〕苏力从村庄熟人社会中人们之间的默契和预期出发,发现现代性法律制度没有能力提供村民需要的法律服务,又禁止那些与熟人社会性质相符而与现代法治相悖的实践,这使村庄秩序处于极其艰难的境地。〔10〕在对基层司法制度的研究中,苏力的分析无一不是放在乡土中国、熟人社会这个背景中。强世功、赵晓力等则将乡村熟人社会的性质和秩序机制融入到对陕北“炕上开庭”案件的讨论中。〔11〕如果说乡土中国、熟人社会作为乡村司法理论的经验基础,在苏力等人展开研究时是基本有效的,那么最近十多年中国农村发生了空前的巨变,“乡土中国”、“熟人社会”的理想类型已经很难再成为乡村司法研究的理论前提。

当前中国乡村的变化,主要是从事传统农业的普通农民和农业型村庄发生的变化。今天的乡村社会,农民开始摆脱土地的束缚,家庭的生产生活已经突破了村庄社区的边界,被市场经济整合到更大的社会范围中;人们的交往和行为,不再局限于乡土熟人社区和基层市场区域,而是镶嵌到了更大的社会系统中。与此伴随的是,乡村社会日益增加的流动性和异质性,以及由此产生的不确定性。与外部世界频繁密切的互动还使得人们的价值和观念发生了巨大变化。城市社会的繁荣和电视媒体的教化,使得农民身上的乡土性越来越淡薄,人们在更大的市场中牟取生计,在行为和观念上都以城市为榜样,不再留恋乡村生活。今天,开始摆脱土地束缚的农民与他们的祖祖辈辈已经开始有了质的差异,村庄呈现出生活面向的城市化、人际关系的理性化、社会关联的“非共同体化”、公共权威的衰弱化,乡村社会的一切正在被重塑。〔12〕显然,治理论难以呼应当前中国乡村社会巨变的现实。

(二) 作为法治论经验基础的新农民阶层并不存在

法治论的经验基础主要是陆学艺等人关于当前中国社会分层的“十阶层理论”。〔13〕根据这一理论,农民组成结构已发生了重大变化,形成了所谓的“新农民阶层”。这种社会分层的依据主要在于职业分化。然而,职业分化是否对乡村社会结构产生了重大影响,这需要进一步的证明。

〔9〕 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第7页、第31页以下。

〔10〕 前引〔4〕,苏力书,第23页以下。

〔11〕 参见强世功:《“法律”是如何实践的》;赵晓力:《关系/事件、行动策略和法律的叙事》,均载王铭铭、〔英〕王斯福主编:《乡村社会的公正、秩序与权威》,中国政法大学出版社1997年版。

〔12〕 参见董磊明等:《结构混乱与迎法下乡》,《中国社会科学》2008年第5期;董磊明:《宋村的调解:巨变时代的权威与秩序》,法律出版社2008年版。

〔13〕 参见陆学艺主编:《当代中国社会阶层研究报告》,社会科学文献出版社2002年版。

传统中国乡村社会也存在士、农、工、商的职业分途，乡村社会却较为均质。“十阶层论”认为，当代中国社会阶层结构“从原先的金字塔型逐渐向橄榄型转变”。但是，如果仔细考察新阶层的从业人数和比例，就会发现这种转变并不明确，占人口大多数的从业人员仍然集中在偏低的社会位置上。通常所说的中产阶级，如果从人口和财富比例上看，可能属于全社会的“富豪”阶层。由此可见，“十阶层论”对中国社会结构的解释力较为有限，法治论者据此作出的相关判断值得质疑。

实际上，对当前中国社会分层的解释中，除了“十阶层论”外，还有孙立平等人提出的“四个利益集团论”，^[14]李强提出的“倒丁字形结构论”，^[15]黄宗智提出的“悖论社会形态论”等。^[16]这些社会分层的解释都表明，中国已经出现了较为严重的社会分化，但这些理论都没有讲到当前乡村社会内部也出现了严重的社会分化。在“四个利益集团论”中，当前农村人口基本上都属于社会底层群体。“悖论社会形态论”则表明，作为一个整体，农民在政治上属于“中间阶层”，但在经济上仍然属于社会底层。

“倒丁字形结构论”更有说服力，它采用国际社会经济地位指数对第五次全国人口普查的职业数据进行测量，认为中国的总体社会结构既不是“橄榄型”，也不是“金字塔型”，而是一个倒过来的“丁字型”。在全国就业人口中有一个巨大的处在很低社会经济地位的群体，该群体内部的分值高度一致，在形状上类似于倒过来的“丁”字的一横，占了全部就业者的63.2%，而其中的91.2%（占全部就业者的58%）是从事农业的农民。^[17]也就是说，尽管当前农民和农业型村庄发生了巨大变化，但“新农民阶层”实际上并不存在。

（三）乡村司法理论建构所依据的经验基础

在经典的社会学理论中，人们总是强调传统社会与现代社会的二元对立，其中最有影响的是滕尼斯和涂尔干的二元区分。滕尼斯将社会规范分为秩序、法律和道德三类，认为在“共同体”中，秩序的基础是普遍同意，法律的基础是共同习惯（习惯法），道德的基础是宗教；而在“社会”中，秩序的基础是契约，法律的基础是理性（立法），道德的基础是公共舆论（民意）。^[18]涂尔干则认为，在机械团结的社会中，压制性法律占主导地位，它依靠整个社会来承担，而不是专职的司法机构；^[19]在有机团结的社会中，恢复性法律占主导地位，它依靠专职司法机关来承担。西方社会理论中社会形态的二元对立被费孝通传神地转译为礼俗社会—法理社会。^[20]显然，不同社会形态下，法律和司法机制有所不同，每种社会形态都应有与其相适应的法律和司法机制。

在传统社会与现代社会二元对立的思维框架下，人们思考中国乡村司法制度建设时很容易预设，伴随着现代化进程，乡村司法应当从传统走向现代，其目标体制就成了当代西方司法。然而，不同的社会形态并不是截然对立的，并不存在一种纯粹的社会类型。社区—社会、机械团结—有机团结等都是一个连续统，任何特定的社会形态都处于连续统中间的某个位置。正如帕森斯所说：“共同体和社会都是具体关系的理想类型。……不能无保留地接受这两个概念，作为社会关系的一般性区分根据，或者有可能从任何只有两种类型的两分法出发去区分社会关系。”^[21]既

[14] 参见孙立平等：《中国社会结构转型的中近期趋势和隐患》，《战略与管理》1998年第5期。

[15] 参见李强：《“丁字型”社会结构与“结构紧张”》，《社会学研究》2005年第2期。

[16] 参见黄宗智：《中国的小资产阶级和中间阶层：悖论的社会形态》，《领导者》2008年第3期。

[17] 前引[15]，李强文。

[18] [德]滕尼斯：《共同体与社会》，林荣远译，商务印书馆1999年版，第328页以下。

[19] [法]涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第39页。

[20] 前引[9]，费孝通书，第9页。

[21] [美]帕森斯：《社会行动的结构》，张明德等译，译林出版社1998年版，第782页以下。

有乡村司法理论将其经验基础放在社会形态的极端，这不符合中国乡村社会的实况。

当前中国有三种农村：一是以农业生产为主的普通农村，二是依托城市和工业形态已有较大改变的农村，三是少数民族聚居的边疆农村。^{〔22〕}普通农村无论在人口还是农业产值上都是中国农村的主体。这种类型的农村主要特征有三：一是农业人口密集，精耕细作，农业发达；二是工商业不发达，农民收入主要来源于农业收入和外出打工收入；三是处于非城郊地区，土地未能明显增值。要从整体上理解中国农村，理解中国农村的政策、制度和法律实践形态，不能以第二、第三种类型的农村作为主要分析对象，而应将重点集中在普通农村。

一旦进入占据主体地位的普通农村进行考察，就可以发现法治论和治理理论的经验基础都有失偏颇。实际上，农民的职业分化并不普遍，所谓“新农民阶层”占农民人口的比重其实非常小，新农民阶层所存在的农村地区也不普遍。而且，就算一些普通农村存在为数不多的新农民和穿梭于城乡之间的广大农民工，他们在乡村社会场域中，也往往不得不顾及乡村规则和习惯。在另一方面，虽然农民的经济分层在整体上并不明显，但村庄社区中流动性的增加，异质性的凸显，理性化的加剧，社会关联的降低，村庄认同的下降，公共权威的衰退，乡村混混势力的趁乱而起，这些又导致了村庄共同体逐步趋于瓦解，乡村社会面临着社会解组的危险。这种“结构混乱”状态与“乡土中国”的理论模型有巨大差异和质的不同。^{〔23〕}

法治论者也许并不关心这样的现实。他们可能认为这只是乡村变迁过程中的简短截面，是可以且应当被忽略的。然而，我们很难简单地预设，乡村社会变迁的结果是城市化或村庄社会的终结。改革开放30年来，城市化高速进行，但农村人口并没有明显减少，村庄规模也没有减小。而且，在可以预见的相当长时间内，农村人口也不会有大幅的减少，农村无法快速、全部实现城市化。^{〔24〕}当然，是否城市化并不是绝对要素，关键在于包含司法在内的各种制度和公共设施的现代化。今天，城乡司法制度的现代化表现出很大差异。在城市里，单位制几乎全部瓦解，单位、居委会基本上退出了市民纠纷解决体系，不再提供司法供给。而在农村，改革开放之前的司法供给体制仍然发挥着不可替代的作用，乡、村、组三级干部继续承担着主要的乡村司法职能，解决农民的大部分纠纷。^{〔25〕}这种城乡差别主要因为乡村社会的发展受到了乡村经济基础和国家财政能力的结构性约束，而目前乃至今后很长时间内，乡村司法供给的现代化仍将受到这种结构性约束。

三、乡村司法的双二元结构

实践中，基层法官的司法具有两种形态：一方面，日益法治化；另一方面，过去那种治理化形态依然不时出现在司法过程中。在基层法官的司法之外，还存在另外一套系统——乡村干部的司法，这套系统解决了大量的纠纷。这样，乡村司法就具有两个层面的二元结构，微观层面的二元结构存在于基层法官的司法中，宏观层面的二元结构由乡村干部的司法与基层法官的司法共同构成。这两个层面叠合起来，就构成了乡村司法的“双二元结构”。在这个双二元结构中，乡村司法呈现出三副形态：一是基层法官司法的法治形态，二是基层法官司法的治理化形态，三是乡村干部司法的治理化形态。

〔22〕 贺雪峰：《什么农村，什么问题》，法律出版社2008年版，第102页。

〔23〕 前引〔12〕，董磊明等文。

〔24〕 贺雪峰：《乡村的前途》，山东人民出版社2007年版，第19页以下。

〔25〕 新世纪以来，人民调解委员会调解的纠纷仍然占纠纷总量的50%以上，它们主要集中在社会流动不大的中西部农村。参见朱景文：《中国法律工作者的职业化分析》，《法学研究》2008年第5期。

（一）基层法官司法的法治形态

基层法官的司法过程日益法治化，越来越具有以下三个特征：第一，不再那么依赖地方性知识；第二，越来越关注法律规则的施行；第三，越来越程序化。也就是说，基层法官的司法日益“去治理化”。应该说，这是全国性的发展趋势。

在当前日常案件的审判中，基层法官往往更加遵循法治原则，依法办事。以离婚案件的审理为例。黄宗智曾认为，离婚法实践是“毛主义法庭调解”制度传统的核心，在整个民事法律制度的形成过程中起了关键性作用。^{〔26〕}而他最近的研究表明，当前离婚法实践由审判员调查取证变成了主要由当事人举证的制度，日趋程序化。^{〔27〕}贺欣的研究也表明，对于具有严重争议的离婚案件，判决已经取代调解和好成为基层法院办案的主要方式，这种转变与法院系统近年的司法改革密切相关。^{〔28〕}

在治理化司法中，离婚案件的审理过程非常繁琐，法官需要深入村庄向干部、群众尤其是当事人亲属调查事实及相关复杂背景，还会为了当事人和好而不厌其烦地进行调解。而现在，基层法官的审理效率非常高，他们在受理离婚案件后，一般不会下乡调查；法官与当事人见面只有两三次，就可能作出判决。如果双方在离婚与否、子女抚养和财产分割问题上，不能达成一致意见，法官在两次较为形式化的召集协商后，就会进行判决。我们参与观察了一起离婚案件：女方结婚不到三个月就起诉离婚，法官召集双方在法庭协商了一次，男方不同意离婚。几天后，法官打电话问双方是否改变了意见，在得到否定答复后两天，便直接判决不准离。判决后，双方分居半年，女方再次起诉离婚，法官表示将判决准离，并要求当事人协商财产分割事宜。法官召集当事人在法庭协商了两次，未达成一致意见，直接作出了判决。^{〔29〕}

该离婚案件审理的整个过程显得非常程式化，少有从前乡村司法的治理化特征。访谈时，这个法官说：“现在农民也懂法了，我们只需要依法办案就行了，没有以前那么麻烦。”显然，他不再愿意与前辈法官一样，通过繁琐、琐碎的工作去化解纠纷，而更乐于用法律程序去应对当事人喋喋不休的争吵。他们越来越乐于推行法治，而不是进行治理。

正由于基层法官司法过程日益法治化，他们与乡村社会的关系也起了很大的变化。刘思达的经验研究表明，派出法庭主动收缩并在很大程度上与乡土社会保持距离，“以退为进”地在司法体制与传统社会中保持平衡。^{〔30〕}我们的经验调查也支持这种观察结论。基层法庭日益远离乡村社会，重要原因有二：一是交通和通讯的发展使法庭无需像从前一样设在每个乡镇，而乡镇不断合并也使得法庭需要随之合并；二是中心法庭的建立更有利于合议庭的组成，这样不仅有利于压缩成本，还有利于摆脱乡镇政府的影响，树立司法独立的形象。

在此背景下，乡村干部作为地方性知识的载体进入司法过程的情形日益少见，他们与基层法官的关系日趋疏离。我们在湖北通山县发现，调研点周围三个村的所有村干部，居然与设在邻镇的派出法庭的三个法官均不熟识，而这三个法官已分别在此工作了二年、五年和六年。基层法官每次下乡送达法律文书，几乎从不与村干部接触。与此形成有趣对比的是，这些村干部大多与几年前调离的老庭长非常熟悉，很多人至今还与之保持联系。这些年的调研中，我们发现基层法官与乡村干部关系的疏离是个普遍现象。它是基层法官司法日益法治化的直接结果。

〔26〕 黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社2007年版，第271页以下。

〔27〕 黄宗智、巫若枝：《取证程序的改革：离婚法的合理与不合理实践》，《政法论坛》2008年第1期。

〔28〕 贺欣：《离婚法实践的常规化》，《北大法律评论》第9卷第2辑，北京大学出版社2008年版。

〔29〕 案例来源于作者2008年7月在湖北通山县某派出法庭的参与式观察。

〔30〕 刘思达：《法律移植与合法性冲突》，《社会学研究》2005年第3期。

(二) 基层法官司法的治理化形态

基层法官司法的法治化,并不意味着它已完全去治理化,而只是说基层法官不再将治理当作司法的首要目标。事实上,今天他们仍然必须面对治理性目标,其司法也因此常常呈现出治理化形态。这在全国普遍存在,具体有以下几种情形。

1. “漠视”法律的调解

一个年轻农妇来法庭要和在外打工的丈夫离婚,接待的法官了解到,夫妻感情一直不错,并无纠纷,因此感觉很疑惑。面对法官询问,农妇吞吞吐吐,欲言又止。后来法官经过多次走访得知,原来是农妇的公公趁儿子不在家,经常占儿媳的便宜,儿子知道此事也束手无策。法官便将父子都传唤到法庭,告诉他们这是一起刑事案件,一旦立案,父亲要负刑事责任。父子都恳求法官手下留情。法官趁热打铁,讲了一通法律,并要求父亲写下保证书;还告诉农妇,以后再遭到侵犯,就立即报警寻求保护。^[31]

显然,案例中法官对成文的法律是有所“漠视”的,他关注的并不是法律的施行,而是纠纷的解决及其社会效果。他要让农妇从困境中解脱出来,还要维护其家庭的基本和谐,因此没有简单地遵循法律。法官在司法过程中不忘普法,但普法的目的在于让当事人接受治理结果。换句话说,法律只是法官的司法策略和技术的一部分。应该说,类似做法在当前基层法官的司法过程中虽不断减少,但仍然比较常见。

2. 送法下乡

村民王某因土地承包与村委会发生纠纷,镇干部多次调解无效。2007年3月,王某到法庭起诉了村委会。镇干部得知后,告诉法官该镇类似的土地承包纠纷不少,并建议法官公开审理该案。法庭采纳了镇干部的建议,4月的一天在村委会院内公开审理了该案。附近几个村庄的100多名村民自发前来旁听。庭审结束后,法官向村民们指出了该案的要点,讲解了相关法律知识,并耐心解答了村民们的疑惑。事后几周,镇干部将全镇其它类似纠纷轻松调解妥当。^[32]

案例中基层法官的送法下乡,目的是促进乡镇政府调解纠纷、维持稳定。送法下乡在当前乡村司法中仍然较为常见,但具体情形与十多年前已有所不同。十多年前,苏力调研发现,基层法官常常被当作基层政府的一个职能部门。当前的送法下乡,基层法官处于较为独立的地位,其送法下乡行为往往基于乡镇政府的邀请,而乡镇政府并没有制度上的资源,主要依赖非制度性的人际关系。当乡镇干部与基层法官没有特殊交情时,基层法官可以拒绝乡镇政府的要求。总体而言,基层法官在送法下乡行动中越来越消极。

3. 选择性立案

基层法院常常会将那些依法审判就与政府治理目标相冲突的案件,通过“立案的政治学”手段拒之在法庭门外。对于自己难以控制社会效果的行政诉讼案件,基层法院也往往采取“选择性司法”的方式不予立案,^[33]尤其是在社会转型时期发生的一些高度敏感的案件,如世纪之交的农民负担案件、目前的征地纠纷案件。最高法院从1993年开始多次下文明确指出,^[34]地方各级法院对于农民不满行政机关加重税费负担的,可以受理,但基层法院实际很少受理。

4. 案外协调

邵阳某县法院2004年9月受理了47名村民诉某镇政府违法收费群体诉讼案,2006年5月受理了村民张某诉某镇政府拖欠建筑款案,都以案外协调方式,使镇政府认识到其行为违法,主动

[31] 丁卫:《乡村法治的政法逻辑》,华中科技大学博士论文,2007年,第122页。

[32] 案例来源于作者2007年4月在湖南邵阳市某镇的调研。

[33] 汪庆华:《中国行政诉讼:多中心主义的司法》,《中外法学》2007年第5期。

[34] 如1993年“关于及时审理农民负担过重引起的案件的通知”,1998年“关于法院干警不得从事非审判事务的通知”。

退费或支付款项,使原告在合法权益得以维护情况下撤诉而结案。^[35]

基层法院有时会将那些依法审判就与政府治理目标相冲突,或让政府“难堪”的案件,通过案外协调的方式予以解决。其具体范围包括行政诉讼案件、群体诉讼案件、“涉府”案件、涉及与法律相冲突的风俗习惯的案件等。^[36]案外协调通常既可以保护农民利益,又能照顾政府的“面子”;法院既履行了法律的职责,又可以完成治理任务。

5. 委托调解

2007年7月,村民王某因相邻关系起诉同族兄弟王某某。十年前,王某某将房前原被规划为公共道路的水塘垫平占用,不让王某通行。为此,两个家庭吵吵闹闹了近十年。法院受理案件后,委托村、镇两级组织协助调解。法官和乡村干部一起,到当事人家里察看现场、展开调解,最终化解了矛盾,王家两兄弟握手言和、冰释前嫌。^[37]

委托调解的依据是2004年最高人民法院审判委员会通过的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》。目前,河南省、安徽省、上海市等都在辖区内专门推行了这一制度。委托调解制度具有明显的治理化特征。

此外,参与“大调解”机制也是一种司法治理化形态。大调解机制一般由政府主导,以社会稳定为目标,强调将人民调解、行政调解和司法调解有机结合起来。基层法院(法庭)的参与,显然需要服从政府的治理逻辑。

对于基层法官来说,只要将社会效果作为司法的重要目标之一,非法律的因素就可以合理、合法、制度性地进入司法过程。事实问题与法律问题相互缠绕,实质正义和形式正义相互竞争,纠纷解决与规则之治无法厘清。这样,基层法官的司法就不可避免地呈现出“治理化”形态。

(三) 乡村干部司法的治理化形态

在基层法官的司法之外,乡村干部的司法解决了大量的纠纷,其中充满了各种技艺。法治论对乡村干部的司法非常轻视,对乡村干部的治理化司法现状很难认可,这可能是由于对乡村干部的司法解决大量纠纷的现实不够了解。

水某与李某发生纠纷,包组干部调解多次都无效。一天,水某威胁要弄死李家的独子。左村长闻讯后立即前去处理,他知道纠纷不好调解,因为李某是包工头,“有钱有势力”,门户也大,向来要占上风。左村长先找到水某,谎称李某愿意道歉。随后去李家,由于知道李某是“顺毛驴”(“摸得好就好,摸不好就很犟”),便夸他:“李经理,你是有本事的人啊,好烟拿出来抽啊!”李某很高兴,说:“今晚在老弟家喝酒!”左村长说:“还有几个村干部要来喝酒。”李某就问怎么回事。左村长说:“你是明白人,也是有面子的人,有事你自己知道的。”李说:“是不是和水家的事情?”……村干部说了很多好听的话,李某最后说:“你要我怎样赔礼都行。”于是,左村长又去劝水某见好就收。一起可能演化成恶性事件的纠纷,最终以李某到水家道歉而被成功化解。^[38]访谈时,村干部说:“调解之前,当事人的性格要摸清楚,这样才能找到解决问题的好方法”。他们称之为“一把钥匙开一把锁”。本案中,对李某“顺毛驴”性格的把握就是打开纠纷这把“锁”的有效“钥匙”。

两户村民因地界产生纠纷,一直无法解决,最后闹到镇政府。负责调解的副镇长知道,纠纷一方是村支书的侄子,另一方是村长的亲戚,而村长和支书之间存在矛盾。副镇长找到支书,支

[35] 案例来源于作者2007年4月在湖南邵阳市某镇的调研。

[36] 参见吴英姿:《司法过程的“协调”》,《北大法律评论》第9卷第2辑,北京大学出版社2008年版,第479页。

[37] 案例来源于作者2008年7月在江苏徐州市某镇的调研。

[38] 案例来源于作者2008年4月在安徽固镇县的驻村调研。

书说,自己可以出面管侄子,但管不了对方。村长也是类似的说法。最后,副镇长将所有人员都叫到地界处,他朝争议土地中间画了一条线,说:“就这样定了,以此为界,谁也不准再闹!”并分别对支书和村长说,如果再有异议,你们管不住自家人,就是与我个人过不去。这样,副镇长“粗暴”地将纠纷摆平。^[39]调研时,副镇长说:“农村的纠纷常常是‘意气’的事,只能‘意气’解决;这些纠纷没有真理可言,只有情感,因此不能只讲法律,必须运用整体思维。”

上述两起个案,鲜明地凸显了乡村干部的司法技艺,而这在当前乡村干部的司法中有很强的普遍性。乡村干部的司法至少有以下三个特征:第一,高度依赖地方性知识;第二,不遵循法律程序,通过独特的司法策略和技巧,解决村民生活中的具体问题;第三,对于村民而言,它是快捷而低成本的。因此,乡村干部的司法是治理化的。

乡村干部是村庄地方性知识的载体,他们生长于村庄之内,了解纠纷诉求的意涵,了解纠纷的前因后果和症结,了解当事人的性格特征,了解村民的实际需求,能够“对症下药”,以出人意料的方法解决纠纷。一个乡镇干部告诉我们,他处理纠纷时,起初总是放任当事人数落与案件无关的事情,甚至放任双方吵架,而且总是认真地听他们数落或争吵。他说,这是当事人“消气”的过程。当事人只有“消气”了,才可能心平气和地坐下来谈论纠纷的实质问题;乡村干部只有认真听当事人“消气”,才能获取信任。另一个乡镇干部告诉我们,他有时会故意放任事态的“恶性”发展,直到最后一刻才出来摆平,这样可以给不讲理的当事人造成压力,压制他们接受调解方案。乡村干部更多以举例子、打比方、“将心比心”等方式调动当事人的感情,以感情的力量而不是逻辑的力量说服他们。长期在农村基层摸爬滚打,乡村干部掌握了大量的地方性知识和乡村司法技术,在实践中解决了大量的纠纷。尤其是村干部,生活在村庄内部,是村民中的一分子,与村民“鸡犬之声相闻”,能在第一时间制止纠纷的恶化,将矛盾消灭在萌芽状态。毫无疑问,乡村干部的司法是成本最低的乡村司法机制。

需要说明的是,当前乡村干部的司法仍然处在法制的大框架下。尽管司法过程缺乏程序性,但实体利益的调解还是要以法律规定为基础,尤其是涉及利益之争时,“现在农民也懂法了,不依法也不行”。

四、双二元结构的合理性

乡村司法理论的功能在于对乡村司法实践进行有效指导,回应乡村社会的秩序需求。具体来说,乡村司法理论的建构应当综合考虑以下三个方面:第一,乡村司法在实践中应当与乡村社会的经济基础相适应;第二,乡村司法在实践中要能满足乡村社会生活各种具体的、特殊的复杂秩序需求;第三,乡村司法在制度层面应当具有恰当的统一性和足够的灵活性,以在法制统一的前提下兼顾各地农村经济社会发展的非均衡性。

(一) 法治化形态的合理性及其限度

乡村社会的变迁对乡村司法产生了新的需求,使得乡村社会与国家法律越来越具有亲合性。这主要体现在两个方面。第一,乡村纠纷的案件类型有所变化,对乡村司法提出了新的要求。当下的中国农村,与传统中国或计划经济时代的农村有了很大不同,纠纷的类型也有很大变化,合同、侵权、交通事故、产品责任等新型纠纷不断出现,对它们的责任认定需要借助现代技术和法律知识。第二,以市场经济为核心的现代化进程重塑了农村家庭关系和人际关系,使得村庄地方性共识日趋瓦解,地方性规范存在的空间日趋狭小,国家法律日益成为人们达成一致意见的中

^[39] 案例来源于作者2007年10月在河北新乐市的驻村调研。

介。可以说,日益陌生化、异质化和流动化的村庄,比以往任何时候都需要权威性的国家法律体系来维持秩序,乡村社会变迁正在造就接应现代法律的环境。在这种背景下,基层法官的司法若不走向法治形态,而完全维持治理化的形态,将难以面对司法需求的压力。

乡村司法治理化形态的维持需要两个方面的条件:在社会性质方面,乡村应该处于较少流动、均质的状态,人们有着共享的地方性知识,共同遵守地方性规范;在司法干部队伍方面,他们应当对民间习惯、风俗人情有着很好的把握,个人品德和职业道德高尚,深入群众,不计个人得失,一心为人民服务。当前乡村社会不再是均质的,村民由于利益分化而日益难以达成共识,在利益面前越来越难以作出让步。基层法官日益缺乏对乡村社会风俗人情的娴熟把握,缺乏对当事人性格特征等地方性知识的有效掌握;他们也很难抱着无私奉献的态度开展工作,而越来越仅以职业伦理要求自己。同时,由于人们权利意识的增长,以及社会控制体系的松弛,越来越多的纠纷涌向派出法庭。这种情况下,治理化司法会导致当事人司法需求的扩张。基层法官越有耐心,个人道德越崇高,涌向派出法庭的案件就越多,基层法官就需要更多的耐心。如此,国家需要在每个村建立派出法庭,这显然是不切实际的。面对变化的乡村社会,走向法治是基层法官乐意的选择。

当前乡村司法中的法治形态,是变迁中的乡村社会和基层法官两者“合谋”的产物。这种司法形态虽然有其合理性,但其合理性也有一定限度。它使农民解决纠纷的成本大大增加,使乡村司法越来越文牍化,难以有效消解社会内部的冲突。黄宗智等研究指出,当前离婚的司法实践日趋程序化,其中有合理成分,也有不合理的官僚主义原因。旧的取证和法庭调解制度,仍有一定的积极意义,应该予以认可,而不应盲从“现代化”的法律形式主义模式。^[40]这是看到法治形态缺陷的真知灼见。下述个案更能反映法治的限度。

弟弟种着父亲的地,并赡养父亲。随着父亲的劳动能力不断下降,弟弟便要求哥哥一起承担赡养责任,却又不愿意将父亲的地分一半给哥哥。兄弟俩发生纠纷,父亲被晾在一边无人赡养,村干部和司法所多次调解都无效。最后父亲到法庭起诉,法庭判决哥哥必须承担赡养义务,而对土地纠纷未加处置。判决之后,哥哥与弟弟、父亲形同陌路。他每个月将米和钱送到法庭,再由法庭送回村里给父亲,这种状况一直维持到父亲去世。^[41]当我们问法官处理时为什么不按地方习惯将赡养义务和土地分割结合起来,法官回答说:“赡养义务是法定的,不应该附任何条件。”而当提及“逆子送粮”的恶意行为时,法官说:“这种做法虽不妥,但并不违法,最多只能劝说。”显然,僵硬、教条的法治形态可能在乡村中导致糟糕的社会效果。

(二) 治理化形态的合理性

对治理化司法形态,法治论者已经给予了充分的批评,这些批评有一定道理。但是,乡村社会及其司法需求固然有变化的一面,乡村纠纷的核心特征却并未发生根本变化,乡村社会仍然有较强的治理化司法需求。在我们看来,乡村纠纷的核心特征有两点:一是纠纷案情的“延伸性”,二是纠纷诉求的非适法性。

纠纷案情的“延伸性”,^[42]是指纠纷的起因和结果不是由一次矛盾冲突、一个明确的标的所导致,而是有着复杂的前因后果和社会背景。在乡村纠纷中,无论是纠纷的起因,还是最后的解决,都要与当事人的过去状况和未来生活相结合,与村民对纠纷的整体看法相结合。同样性质的纠纷,发生在不同人身上,村民的看法和评价可能大有不同;同样的行为,当事人的性格不同,

[40] 前引 [27], 黄宗智等文。

[41] 案例来源于作者 2006 年 12 月在安徽固镇县的驻村调研。

[42] “延伸性”一词取自“延伸个案”司法。关于“延伸个案”司法,参见 M. Burawoy, *The Extended Case Method*, 16 *Sociological Theory* 4-33 (1998); 朱晓阳:《“延伸个案”与一个农民社区的变迁》,《中国社会科学评论》第 2 卷,法律出版社 2004 年版。

结果也不一样。纠纷诉求的非合法性,是指纠纷所指向的对象不一定是法定标的,不一定是当事人法律上的权利和法定利益受到侵害。

前文提及的水某与李某的纠纷鲜明体现了乡村纠纷的特征:水某与李某是邻居,纠纷起因于水家的水牛磨破了李家的树皮。水某是村里独户,不敢惹事,愿意赔偿。但李某向来比较霸道,他说:“树已经活不了了,你说怎么办?赔礼也不行!”水某说:“你这不是耍无赖吗?”李某听后很生气,甩手打了水某一巴掌。水某受此侮辱,要和李某拼命,但被村民劝开。回家后,他对老婆说:“你改嫁吧,我要跟他家拼了。他家只有一个独子,我拼了也值得。”^[43]水某被打一巴掌后的反应之所以这么大,其中一个重要原因是他的独户处境:在村庄里处于弱势地位,总是“被人欺负”,因此心理比较脆弱,尊严感也比较强。同样的纠纷发生在大姓村民身上,不计较就是“高姿态”,而如果水某不计较,就是“好欺负”,从而越发丧失做人的尊严感。纠纷案情的“延伸性”,使得乡村司法必须将纠纷放到村庄场域之中,才能获得完整认识。水某因被李某打一巴掌而扬言要杀人。打一巴掌,在法律上并不是多么严重的事情,甚至很难构成独立标的。但当事人因此受了很大的“气”,这个“气”不出,做人都没有尊严,在村庄生活中就没有“面子”;为了这个尊严,有时将命拼了也值得。由此可见,纠纷诉求是情感性的,而不完全具有现实利益性。但在现代司法看来,情感诉求并不构成法律上的独立标的,不够成诉讼的理由。因此,水某被打后的诉求具有非合法性。

2004年,李某租用果村的土地开办砖瓦厂。其中的一小块地曾被张某租去养猪,合同到期后,他没有腾出土地。后来,他威胁李某,并索要一万元的“搬迁费”。张某仗着有个兄弟是混混,为人向来霸道,李某和村干部都无可奈何,于是求助于派出所。最终,在民警的调解下,李某“自愿”向张某支付了一千元的“搬迁费”。^[44]从法律上说,张某的行为属于勒索,其诉求根本没有合法性。但很多村民认为张某的“勒索”也有一定正当性。因为李某的到来,直接使他丧失了既得利益,尽管既得利益的正当性并不足(合同没有续签)。李某最终支付了“搬迁费”,主要基于纠纷延伸后果的考虑。如果他对张某的“勒索”置之不理,正常的生产生活可能遭遇妨碍和不测,而且难以预防。因为他处于信息不对称的处境,无法确知张某何时会“下手”,预防成本太高,最终只好“花钱买安心”。派出所以“和稀泥”的方式了结纠纷,想必也是对纠纷的延伸性和诉求的非合法性综合权衡的结果。

乡村纠纷的特征,决定了纠纷可能导致无法预期的社会风险。纠纷如果得不到及时有效的处置,很可能导致恶性事件,甚至刑事案件;反之,连民事案件可能都不构成。正因此,乡村干部的司法必须以纠纷解决为中心,其模式与法治必然有所不同。纠纷的延伸性决定了司法必须从源头上解决纠纷,而不是贯彻法治化的“规则之治”。在越来越具有现代性特征、与国家法律日益亲合的乡村社会,贯彻礼治规则和地方性规范常常并不具有可行性,而贯彻现代法治的规则也难以有效解决这类纠纷。法治化司法的标的具有独立性,在这一司法模式下,乡村纠纷的法定诉求可以得到解决,但其间接争议和延伸性争议却难以得到解决,矛盾便会在法治的“压制”下潜伏下来。这种矛盾可能在未来的“合适”场合,以其它方式表达出来。纠纷诉求的非合法性决定了乡村司法必须追求地方性正义,而不是普遍的抽象正义。任何人不可能生活在抽象的正义下,人们之所以可能接受抽象的正义观,往往因为抽象的正义观与具体的正义观念能够契合。现实中,“气”、“面子”等具有情感性、关涉尊严的纠纷诉求,就是村庄生活中的地方性正义,乡村司法不能回避这种正义的实现;缺乏合法依据的既得利益诉求,也深嵌在人们的生活之中,兼顾它们

[43] 案例来源于作者2008年4月在安徽固镇县的驻村调研。

[44] 案例来源于作者2009年2月在湖北荆州市的驻村调研。

乡村生活才能安定和谐，乡村司法很难彻底无视这种利益。

（三）双二元结构的合理性

基层法官的司法在日趋走向法治的同时，有时也呈现出一定的治理化司法形态，乡村干部的司法则完全呈现出治理化形态。这种状态具有合理性，它呼应了乡村社会的司法需求，回应了乡村纠纷的特殊性，适应中国乡村的“经济基础”。国家目前无法承担完全的法治化司法在乡村社会的运作成本，农民更承受不起这种成本。例如，一位农民的小孩因邻居小孩玩火被烧伤而诉至法院，打官司中双方各花费2万多元，这位农民为了打官司甚至将住房也卖了，最后虽然法院判决邻居赔偿2.5万元，却因邻居的外逃而无法兑现。^{〔45〕}这样的官司告诉我们，脆弱的小农根本无法支撑完全现代的司法制度体系。在实践中，乡村干部解决了大量的纠纷，规避了农村纠纷的特定社会风险。它们是基层法官所无法全部替代的。

即便当前基层法官的司法日趋“现代化”，基层法院也难以完全忽视乡村干部的司法。当基层法官碰到难以实现“法律效果与社会效果相统一”的案件时，往往会通过各种方式回到治理化司法的老路，或干脆求助于乡村组织。这在土地纠纷的处理中表现得最为突出，因为土地纠纷涉及复杂的村庄历史和人际关系，取证调查费时费力，法治化运作非常困难，基层法官一般都会要求乡村组织协助。2005年，最高人民法院在《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》中规定，法院“必要时可以委托人民调解组织进行调解”。这表明，在新形势下，基层法院仍然需要乡村组织的配合，基层法官的司法与乡村干部的司法有相结合的内在动力。

如果认为目前广泛的乡村司法体系会对司法独立和司法权产生侵害，追求所谓作为客观中立的司法权，追求所谓普适化的乡村法治，势必无法满足乡村社会的司法需求。在中国的绝大多数乡村，乡村干部所成功调解的纠纷，是派出法庭的数十倍甚至上百倍。如果所有的农村纠纷都由法庭解决，国家需要在每个村建立派出法庭，这显然是不切实际的；如果整个乡村司法体系全部按照法治原则运作，即使国家在每个村建立派出法庭，也无法解决问题。

让基层法官的司法完全走向法治，而让乡村干部的司法保持治理化状态，从而将乡村司法的现有双二元结构改造成二元结构，这是否可行呢？答案是否定的。第一，乡村干部并没有足够的法律和政策义务来处理乡村纠纷，其司法很容易陷入“官僚主义逻辑”。当纠纷可能影响基层政府的中心工作时，乡村干部会积极处理；反之，他们完全可能消极应对，推脱调解责任。这与基层法院的“有求必应”有所不同。况且，当前乡村组织有弱化倾向，其纠纷调解能力正在下降。如果将乡村司法改造成二元结构，一旦乡村干部的司法陷入“官僚主义逻辑”，基层法官的司法又是法治的，难以满足地方性的复杂秩序需求。第二，农民在遇到纠纷时，通常可以在乡村干部和基层法官之间进行选择，这种选择常常具有偶然性。选择乡村干部，需要双方当事人一致同意，这种一致有时难以达成。因此，乡村司法应当保证，当农民选择基层法官时，也能获得他们所需要的地方性正义。这样，基层法官的司法就需要保持二元性。过去十多年，基层法官的司法在法治化方面走得较快，在呼应乡村司法需求上出现了一些偏颇，而近来基层法官的司法不断出现治理化形态，有其相当的合理性。基层法官司法的法治与治理化形态，连同乡村干部司法的治理化形态，能够针对案情和诉求不同的纠纷，各自拥有“领地”，互补协调，“和而不同”，满足乡村社会的司法需求。

在长远的将来，城乡二元结构实现基本弥合，乡村司法最终可能会走向法治。随着创新型社会逐渐建成，中国的产业不断升级，农民工可以从世界产业链条中获取更多的工资收入。农村自身的经济发展，以及政府惠农措施的持续，会使农民与市民的收入差距逐渐缩小，支付现代法律

〔45〕 贺雪峰：《新乡土中国》，广西师范大学出版社2003年版，第80页。

服务的能力会有所提高。而且,随着社会流动的加剧和常态化,越来越多的农民年轻时进城务工经商,村庄生活对他们的重要性和影响力有所降低,他们不断在城市接受各种现代观念,越来越成为拥有现代法律意识的公民。在这种背景下,农村纠纷的性质会有所变化,纠纷案情的延伸性会逐渐降低,诉求的非适法性也会逐渐少见。这样,治理化司法就会日益丧失其经济基础和社会需求,治理化司法形态会逐渐弱化,这是乡村司法的发展趋势。而在此之前的很长一个时期,治理化司法还有相当的合理性,乡村司法还需要保持“双二元结构”,需要在法治化和治理化之间保持某种平衡。

Abstract: In a broad sense, the rural justice consists of grassroots judges' judicature and village cadres' quasi-justice. There are two main theoretical approaches on the rural justice in current literatures, one is the governance theory, and the other is the theory of formal legality. They are both biased because of their biased empirical basis. The governance theory is hard to face the radical changes taking place in current rural society. The theory of formal legality lacks of comprehensive understanding of the great rural social changes, and ignores the structural constraints of the rural social changes. To construct the rural justice theory, we should mainly focus on the common agricultural rural areas, where trade and industry are under-developed, and pay attention to other types of rural areas as well.

Before constructing the rural justice theory, we should understand the patterns and actual state of rural justice. At present, rural justice shows a dual structure of two-layered. It has two levels, that is, the dual structure in micro-level existing in the grassroots judges' judicature, and the dual structure in macro-level composed of the grassroots judges' judicature and village cadres' quasi-justice. There are two patterns in the grassroots judges' judicature, one is the formal legality, and the other is governance. And village cadres' quasi-justice shows the governance pattern.

There is a gap between the “is to be” aspect of the actual state of rural justice and the “ought to be” aspect of the rural justice theory. Taking rural social changes and their structural constraints into account, the pattern of two-layered dual structure sounds reasonable. It is able to echo the judicial needs of rural communities, respond to the extension and non-legality of village disputes, and adapt to the economic basis of rural China. A two-layered dual structure theory of rural justice should be the main rural justice theory in new era. For a long time following, the rural justice should hold a balance between governance and formal legality.

Key Words: rural justice, two-layered dual structure, governance, formal legality

民法中的财产权竞合规范

——以优先规范为中心

常鹏翱*

内容提要：作为多重财产权并存的一种，民法中的财产权竞合以债权竞合、物权竞合和债权物权竞合为基本形态，其基本规范要素是管制强弱和时间先后，其规范不同于其他财产权并存规范，但又有相当的关联性。作为核心规范的优先规范以公示为基础，并引申出法定顺位规则，而权利人的意思自治能改变优先规范，由此产生顺位意定规则。

关键词：财产权竞合 管制 自治 优先规范 顺位

一、引言

为了充分发挥财物的效益，针对同一财物而并存多重独立的权利，实属资源稀缺条件下的无奈选择。如果这一选择能兼顾各方利益，如在一宗地上设立内容不悖的多个地役权，民法当然无需顾及。但这实属少数，更多还是权利相互冲突，部分权利的实现导致其他权利不能或不能完全实现，对此，民法不得不予以规范，此即财产权的竞合。

财产权在民法中分为债权和物权，以它们为变项，财产权竞合有三种形态：（1）债权竞合，即数个债权指向同一标的物，如一物数卖、一物数租赁等；（2）物权竞合，即一物承载数个物权，如为他人不动产的便宜，被抵押的房屋成为地役权的供役物；（3）债权和物权竞合，即一物涉及物权和债权，如被抵押的房屋被出租。这三种形态貌似简单，基于债权和物权得以区分的特性，以债权平等规范解决债权竞合，以设立时间早者效力强的优先规范解决物权竞合，以物权排斥债权规范解决债权与物权的竞合，似已足矣。

其实不然，因为债权和物权均是包含多种具体权利形态的抽象概念，这导致财产权竞合有为数不少的具体形态，同时还有不少形似实不同、形同理相异的细微之处，不仔细捉摸难辨其妙。比如，债权通常具有相对性，但在法律规定的特殊情形，还有诸如劳工债权（海商法第22条第1款第1项、第25条第1款，企业破产法第132条）这样的优先于其他债权甚至物权的优先权，〔1〕这

* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 优先权是否债权，在学理上争议很大。但如果着眼于它们优先于其他权利而实现的法律地位，而不因其为债权就必然使之在实现上劣于物权，则此类权利的定性问题对本文主题的探讨并无关键的实质意义。鉴于它们既非物权法规定的典型物权，又非在学理上得到普遍认可的非典型物权，在财产权分为物权和债权的框架内，本文将之界定为债权。