

## Responses to the Risks of Adopting Folk Norms as Laws from the Perspective of Gender Equality

Yong LI

**Abstract:** From the perspective of gender equality, there are certain problems with the tendency to adopt folk norms as laws in jurisprudential circles. Compared with modern national laws, which are based on the basic principles of gender equality, folk norms that have not undergone corresponding examination and evaluation contain more content that is not friendly to women. Originally, gender discriminatory folk norms were shaped by patriarchal ideology. Under the phenomenon of cultural inertia, the negative impact on women continues to the present. The issue of adopting folk norms as laws was put forward during the social transformation period. It was intended to achieve the utilitarian purposes of making up for limitations in national law and fixing division and dispute resolution, but it ignored the problem of deviations from women's rights and interests based on the ethics of care. The adopting folk norms as laws without gender awareness is essentially enshrines negative gender cultural traditions in the form of legislative absorption and judicial and law-enforcement recognition. The potential division between national laws and folk norms in the public and private spheres is not conducive to the pursuit of redress by women whose rights and interests have been damaged by the application of folk norms. Complicity between judges and law enforcement officials and folk norms in particular areas also affect women negatively. Therefore, to implement the requirements of "gender mainstreaming" in adopting folk norms as laws, it is necessary to incorporate value judgments that follow the principles of gender equality to protect women's rights and interests. A gender equality assessment procedure for adopting folk norms as laws could be established on this basis, and the application of national law could thus be clarified in cases involving women's rights and interests.

**Keywords:** gender equality, discrimination against women, folk norms, rule of legalization, folk laws

**Author:** Yong LI, Ph.D. in Law (Southwest University of Political Science and Law, 2022), is an associate professor at the Law School of Guizhou University. Her main research focuses are jurisprudence and feminist jurisprudence. She is the author of *Nvxingzhuyi canzhang zhengyiguan yanjiu: yi canzhannvxing quanlikunjing weishijiao* [A Study on Feminist Disability Justice: From the Perspective of the Rights Dilemma of Women with Disabilities] (Beijing: Intellectual Publishing House CO., Ltd., 2025). She has published more than 40 articles, such as "The Necessity for Anti-surrogacy Legalization from the Perspective of Socialist Feminism", "The Ethical Characteristics of Women's Emancipation in the Communist Party of China over the Past Century", and "On the Development of the Legal System for the Elimination of Discrimination against Women in China."

# 性別平等視域下民間規範法化的 風險及應對<sup>①</sup>

李勇

[摘要] 從性別平等視角看，法學界的民間規範法化傾向有一定問題。相較於接受了男女平等基本原則洗禮的現代國家法，未經相應檢視和評估的民間規範暗含著更多對女性不友好的內容。最初，帶有性別歧視色彩的民間規範是父權主義意識形態塑造的結果。在“文化惰性”的作用下，給女性帶來的不利影響延續至今。民間規範法化議題於社會轉型時期提出，其在試圖達到國家法局限彌補和定分止爭之功利性目的的同時，忽視了欠缺關懷倫理所造成的與女性權益相背離的問題。欠缺性別意識的民間規範法化，實為以立法吸收、司法和執法認可的形式肯認否定性性別文化傳統。隱藏其後的國家法和民間規範在公私領域的潛在分工，無益於因民間規範的運用而遭受權益損害的女性尋求救濟，司法、執法者與民間規範在特定場域中的“共謀”還會將之置於消極處境。於此，為在民間規範法化中貫徹“社會性別主流化”的要求，應在激發性別意識覺醒的基礎上納入遵循性別平等和女性權益保障的價值判斷。依此設定擬法化之民間規範的性別平等評估程序，並明確在涉女性權益的案件中國家法的優先適用。

[關鍵詞] 性別平等 女性歧視 民間規範 法化 民間法

[作者簡介] 李勇，法學博士（西南政法大學，2022年），貴州大學法學院副教授，碩士生導師，主要從事法理學、性別與法律研究。出版有《女性主義殘障正義觀研究：以殘障女性權利困境為視角》（北京：知識產權出版社，2025年），發表〈從社會主義女權主義看反代孕合法化的必要性〉〈百年來中國共產黨婦女解放思想的倫理特徵〉〈論我國消除對婦女歧視法律制度的發展〉等論文40餘篇。

<sup>①</sup> 本文系貴州大學人文社科青年項目“從女性主義視角看民間規範法化的風險及應對”（批准號：GDQN20 22009）的階段性成果。感謝匿名評審專家專業、建設性的修改意見及編輯老師的辛苦付出。

作為秩序建構而自然存在的民間規範歷史久遠，但成為對象進入法學研究者的視野是相當晚近的事情。或出於法律人對法的高度敏感，法學界對民間規範的研究呈現出強烈的法化傾向。一是體現在“民間法”的使用上。較早使用此概念的是梁治平，此後，作為法社會學主題詞的“民間法”為法學界廣泛接受。二是將民間規範與國家法並列起來，認為“法治絕不僅僅等同於國家立法之治”<sup>①</sup>，“習慣、道德、慣例、風俗……，因此也是其法治的構成部分”<sup>②</sup>。概言之，既有研究中的“法化”是一種寬汎的民間規範轉換形式。這裡的“法”有別於“道法自然”之類的法，而是國家法意義上的法。它不僅是將民間規範上升為國家法，還包括依照國家法的精神和原則，使之“采用法的符號”“分享法的榮譽和法的尊嚴”<sup>③</sup>，從而實質性地扮演國家法的角色。

可見，主流的民間法研究主要是在贊同“民間法”這一概念或民間規範作為法秩序組成部分的基礎上展開的。本文的創新在於，基於性別平等視角，對這些觀點持反思性的批判態度。在涉及到女性權益的議題時，民間規範很可能會以一種落後的解構性力量的姿態呈現出來。相應地，那些出於功利價值而備受推崇的民間規範可能成為問題。當下，顯見的性別歧視已從國家法中褪去，轉而藏身於更具保守性的民間規範。它們“依然故我，周行不怠，一如既往地作用於人們的日常生活，國家對之徒嘆奈何”<sup>④</sup>。於此，本文擬呈現民間規範內含性別歧視的情況，指出民間規範法化之功利性考量越過關懷的具體情境及其與女性權益背離的現實。依此揭示欠缺性別平等意識之民間規範法化所遮蔽的問題，最後在民間規範法化的框架內探討此問題的解決路徑。

### 一、民間規範乃性別歧視的藏身之所

民間規範是生長於民間社會、調整民眾生活起居的行為準則。因為形成時間久遠，具有歷史的延續性。故與國家法相比，民間規範對傳統的守正更加明顯。這使得未曾接受過現代法治確立之性別平等和女性權益保障原則規訓的民間規範，仍舊以“天不變，道亦不變”的姿態作用於民間社會，其更容易成為性別歧視的藏身之所。

#### (一) 女性地位在國家法和民間規範中的落差

按照恩格斯有關私有制、階級和人類起源的觀點，中國歷史的較長時間裡，男性在家庭和社會中均佔據著絕對統治地位，男性的統治與法律形成了一種特殊的“合作”關係。於此，“通過在法律中采用男性的觀點，並同時在社會中推行那種觀點，使男性統治既是無形的又是合法的”<sup>⑤</sup>。這種情況的改變需藉助處於同等位階、彰顯性別平等之新法的出臺。因受西方資產階級性別平等立法的影響，民國時期的國家立法便開始在形式上融入性別平等思想。新中國成立，特別是改革開放後，我國更是在全面否認歧視、壓迫、殘害女性之法律條文和立法原則的基礎上，頒布了一系列彰顯性別平等和女性權益保障的新法律。如今，以《婦女權益保障法》《反家庭暴力法》《民法典·婚姻家庭編》為核心，輔之以相關性別平等法律的規範體系已經形成。

然而，國家法規定的性別平等和女性權益保障，與民間規範建構之社會中女性的實際處境可能錯位。這導致女性的現實處境非但未因法律詳實而細緻的規定得到根本改觀，甚至在某些方面變得更糟。<sup>⑥</sup>就此，女性當下面臨的諸多權益困境不能再簡單歸咎於國家法，癥結在民間規範。

① 龐正：〈法治秩序的社會之維〉，《法律科學》2016年第1期。

② 蘇力：〈二十世紀中國的現代化和法治〉，《法學研究》1998年第1期。

③ 廉睿、高鵬懷：〈來自民間的社會控制機制——中國“民間法”的過去、現在和未來〉，《理論月刊》2016年第2期。

④ 謝暉：〈主體中國、民間法與法治〉，《東嶽論叢》2011年第8期。

⑤ [美]凱瑟琳·A·麥金農：《邁向女性主義的國家理論》，曲廣娣譯，北京：中國政法大學出版社，2007年，第350頁。

⑥ 參見馬姝：〈我國女性主義法學研究的回顧與展望〉，《河北法學》2012年第11期。

經過民國的顛覆、新中國初期的改造、改革開放後的集中完善，明顯歧視女性的法律已被廢除。由於外在表現的誤導性和作用邏輯的隱秘性，性別歧視的民間規範很難因外力的介入而中斷。結果是，在男女平等已成為基本共識的當下，儘管有程度和表現形式的差異，傳統社會中用以規範女性行為的倫理、道德準則，仍以民間規範的方式發揮作用。國家法和民間法之間的張力的存在，使民間規範中的性別歧視無法因性別平等國家法的出臺、男女平等基本立法原則的確立而自動消除。體現兩性平等之國家法的適用效果，還會因民間規範內含之性別歧視要素的牽制而被削減。

## （二）男尊女卑傳統及民間規範對其的延續

有觀點認為民間規範是“人們在交往行為中，通過長期的交涉、磨合、總結、提升而自發地產生的”<sup>①</sup>，這種認知不盡準確。就歷史的根源而言，民間規範的生成不是“沒有創造者的遊戲”<sup>②</sup>。看似自發產生的背後，實則存在著男性主導的結構性生成過程。基於恩格斯的研究，女性地位的淪落源自於私有制產生和階級社會出現導致的母權制被推翻。自此後，“丈夫在家中也掌握了權柄，而妻子則被貶低，被奴役，變成丈夫淫慾的奴隸，變成單純的生孩子的工具了”<sup>③</sup>。為讓這一顛覆性的成功產生長遠而且穩固的效果，男性藉助習慣或風俗將之固定下來。傳統中國存在類似的情況。“商周更替完成了由父系制定型到父權制確立的過程，確立了父系本位、男性中心的父權制體系”<sup>④</sup>。為穩固父權統治結構，男性憑藉將性別化的行為規範鑲嵌於儒家禮教的方式，將女性集體性地固定在了從屬者的位置，依此維持著男女之間不對等的性別權力關係。

中國封建國家政權建立以後，經過統治階級的系統化改造，禮開始具有了規範的屬性。男性士大夫擬定的禮儀規範雖不只是針對女性，但父權制結構決定了其中的確暗含著一個性別不平等的規範網絡。從周禮對兩性行為要求的區別化規定，到孔子的“唯女子與小人難養也”，再到“罷黜百家獨尊儒術”後“三綱五常”成為定制，一直到儒法合流形成的僵化教條，這一規範網絡以權威性的方式將女性置於了特定男性附庸者的位置。同時，通過“將某個規範或角色納入自身人格，認為自身應服從某種既定的規範，避免遭至不良體驗”<sup>⑤</sup>，《儀禮·喪服·子夏傳》規定的“三從”、《周禮·天官》規定“四德”<sup>⑥</sup>等內化為後世女性的行為準則。於此，或出於父權制社會中的生存考量，或隨大流帶來的集體性別意識喪失，女性甘願套上男性為自己量身打造的禮教枷鎖。

“‘傳統’是一個無法割捨的流動著的文化聯結體，它不僅是歷史的也是現實的”<sup>⑦</sup>。與封建政權的崩塌不同，因為民眾諳熟並信任的規範系統，儒家禮教中對女性不友好的內容難在短期內為人力推翻。這可用文化惰性來解釋。蔣夢麟所言，“他們像蠶一樣作繭自縛，自立智識活動的界限。他們深愛他們的道德之繭，而安居不出”<sup>⑧</sup>，形象地反應了傳統文化的惰性及其對民衆

① 謝暉：〈“文化中國”的規範塑造——以清代民間法中的“家法”“鄉約”和“行規”為例〉，《蘇州大學學報》（哲學社會科學版）2020年第6期。

② [法]布爾迪厄、[美]華康德：《反思社會學導引》，李猛、李康譯，北京：商務印書館，2015年，第130頁。

③ [德]恩格斯：《家庭、私有制和國家的起源》，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，北京：人民出版社，1999年3版，第57頁。

④ 張菁：〈唐士大夫的女性觀與武則天現象的產生——以墓誌為中心〉，《江海學刊》2011年第5期。

⑤ [英]安·奧克利：《看不見的女人：家庭事務社會學》，汪麗譯，南京：南京大學出版社，2020年，第184頁。

⑥ “三從”即“未嫁從父，既嫁從夫，夫死從子”；“四德”係“婦德、婦言、婦容、婦功”。

⑦ 龍大軒：《鄉土秩序與民間法律：羌族習慣法探析》，北京：中國政法大學出版社，2009年，第311頁。

⑧ 蔣夢麟：《西潮·新潮》，長沙：嶽麓書社，2000年，第248頁。

的影響。兼具文化和規範屬性的性別歧視傳統儒家禮教亦如此。“一旦有人想強加一種外在的秩序時，這無為的法就會‘無不為’”<sup>①</sup>，導致性別歧視性的禮教得以超越歷史而作用於當下。鑒於在民主法治的現代社會，明顯歧視女性的儒家禮教在法律中雖已無存在的土壤，它們卻在民間社會找到栖居地。在此中，性別歧視的禮儀傳統仍通過習性和觀念規訓民衆思想並指引其行爲。這種否定性禮儀衍化為民間規範，藏身於婚姻習俗、宗教教條、家庭秩序、道德習慣之中。

### （三）民間規範中蘊含性別歧視的當代表現

由於“傳統中還有和現代性卯榫相睦的內容，還有被此時代的人們念茲在茲的因素，不論其僅僅是一種記憶，抑或是約定俗成的生活方式”<sup>②</sup>。性別歧視的民間規範雖應被廢除，實際卻影響著民衆的觀念並支配其行爲。這表面上看似行爲的慣性作用，在某種意義上實爲對儒家禮教守成的結果，隱藏的性別歧視內容隨之被保留下來。此類傳統儒家禮教的內在結構是父權制，父權制的傳統作用域是家庭，核心乃丈夫對妻子的控制。隨著家庭和社會的嚴格界限被打破，家庭內部的不對等性別權力關係逐漸延伸到社會，故上野千鶴子援引索科勒夫的觀點將父權制定位為“使男性統治女性成為可能的社會權力關係的總和”<sup>③</sup>。結果是，傳統儒家禮教中的性別歧視內容以充斥父權制色調的民間規範再現於當下社會。

一是（異化的）彩禮婚俗將給女性造成負面影響。性別平等和宗法、婚嫁觀念的改變，雖帶來了婚姻形式的一定改變。兩頭婚偶有出現、不婚主義開始興起，國家出臺彩禮限高舉措，並通過舉辦集體婚禮來推動移風易俗。然而，傳統婚姻禮教中的“納彩”不僅以彩禮的形式被延續下來，還在特殊的社會情境中演化為了一種典型的惡俗。不同地區的數額雖有差異，但彩禮習俗和社會現實綜合作用形成的高額彩禮問題亟待被解決。有社會性的調查顯示，77.93%的受訪者表示所在家鄉存在彩禮習俗，全國平均彩禮為12.27萬元，江西以12.52萬元成爲結婚“最貴”的省份。同時，男性認爲合理的彩禮範圍為5萬—10萬元，女性則主張10萬—20萬元。<sup>④</sup>不可否認，適度金額的彩禮給付確實具有事前補償的積極意義。問題是，作爲父權制家庭文化中攫取利益的工具，區別化、高額度的彩禮惡俗在助長家庭之間攀比之風的同時，增加了女性本身被“代內剝削”和遭受家暴的風險<sup>⑤</sup>。

二是“內外有別”的傳統資源劃分規則致使“外嫁女”權益受損。作爲有明顯性別色彩的“腐蝕性”規範<sup>⑥</sup>，“內外有別”是傳統婚姻習俗形塑的結果。從女性視角出發，“內”與“外”是雙向的。原生家庭中，兄弟屬內，出嫁姐妹屬外。<sup>⑦</sup>進入夫家後，丈夫屬內，妻子屬外。“內外有別”規範傳統將直接影響資源分配，典型的是“外嫁女”土地權益。“終將嫁人”的初始預期，導致女性難以獲得在原有集體經濟組織的成員資格。外嫁後，作爲夫家關係網絡的外來者，女性亦難以獨立身份融入夫家集體經濟組織。雙重影響下，“外嫁女”的土地權益可能兩頭落空。“外嫁女”土地權益受損問題可以平移至房產（宅基地）上。出於“內外有別”對男

① 蘇力：《法治及其本土資源》，北京：北京大學出版社，2015年，第39頁。

② 謝暉：〈主體中國、民間法與法治〉，《東嶽論叢》2011年第8期。

③ [日]上野千鶴子：《父權制與資本主義》，鄒韻、薛梅譯，杭州：浙江大學出版社，2020年，第46頁。

④ 參見他趣信息技術股份有限公司：〈2024彩禮研究報告〉，2024年8月5日，<http://www.chinadevelopment.com.cn/xc/2024/0805/1905858.shtml>，2025年1月20日。

⑤ “代內剝削”指在同輩兄弟姐妹之間形成的剝削，即父母將嫁女兒收取的彩禮補貼至兒子娶妻的彩禮和婚禮開銷上。參見韋艷、姜全保：〈代內剝削與代際剝削？——基於九省百村調查的中國農村彩禮研究〉，《人口與經濟》2017年第5期。

⑥ 參見[美]瑪莎·C.納斯鮑姆：《尋求有尊嚴的生活——正義的能力理論》，田雷譯，北京：中國人民大學出版社，2016年，第105頁。

⑦ 由於在男方入贅女方家庭的情況下，“內”和“外”的傳統劃分會出現倒置，故入贅除外。

女平等原則的克減，“外嫁女”很可能因“外”的身份限制，而實質性喪失父母和公婆遺產的繼承權。<sup>①</sup>

三是傳統勞動性別分工將造成對女性的勞動剝削和職業性別隔離。最初，“男主外女主內”是自然的選擇。但“訴諸‘自然’是一種狡辯的論證方式，……（它）從事情總是呈現為某種方式這個事實，很快就推斷出這種方式具有生物學基礎，或者它是唯一可能的方式”<sup>②</sup>。這導致它超越自然的合理基礎，造成對女性勞動的系統化剝削。如今，這種極具剝削性的勞動性別分工“在文化、習慣、風俗和觀念的層面仍然存在，成爲了與法律并行且在一定地區發揮著實效的規範體系。……以一種甚至為人們所不意識的方式發揮作用”<sup>③</sup>。目前，女性解放的要素之一“大量地、社會規模地參加生產”已逐漸達成，但要素之二“家務勞動只占她們極少的功夫”遠未實現<sup>④</sup>。最新數據顯示，雖有量的減少，但勞動性別分工並無實質改變。<sup>⑤</sup>由男性把持之生產勞動的很大部分雖轉至女性身上，但被視爲女性“天職”的家務勞動未對應分派給男性。下班後，女性還需承擔家庭的“第二輪班”<sup>⑥</sup>。家庭勞動剝削表現得很明顯。

在人口新常态背景下，家務勞動開始行業化和職業化，進而成爲具有“性別上的聚集效應”的新興行業<sup>⑦</sup>。需要注意，性別聚集效應的形成不是職業於兩性間的平等分配，亦非出於女性職業選擇的實質性自由，而是在傳統不對等勞動性別分工的指引下，面臨特殊脆弱性的女性“不得已”的選擇。在由此帶來女性就業機會增加的背後，隱藏著職業性別隔離的實質。民衆諳熟於心、歷來被遵循的民間規範強調，女性是家庭的服務者。由於對象是丈夫、孩子、公婆等家庭成員，她們被要求溫柔細心、善於照顧、甘於奉獻。恰恰是傳統勞動場域——家庭的限定與上述特點的耦合，家政工作和女性之間被建立起必然的連接。強調家政服務的行業化和職業化，旨在凸出家政行業和其他職業的同質性。但當通過社會化將家務勞動者從家庭的次要者轉至社會的次要者身上時，“社會對家務勞動價值的輕視、低估，也變成了對從事家政服務者的輕視、低估”<sup>⑧</sup>。

## 二、民間規範法化的功利考量與性別意識缺位

民間規範法化主張於20世紀80年代，由以梁治平和蘇力教授為代表的法學研究者提出，他們希望希望依此“分析中國法治化進程中的地方性知識與本土資源”<sup>⑨</sup>。這並非學術研究內在邏輯衍生，而是社會需要反向驅使之果。正因如此，民間規範法化主張提出伊始便有濃厚的功利色

① 根據對重慶市某村的調查，按照繼承立法明確之男女平等享有繼承權的原則，銀行在處理逝者存款時有所有子女須同時出面的程序性規定。但現實中，爲了獨享這筆存款，兄弟通常會要求出嫁的姐妹出具放棄繼承的書面說明，她們對此往往也沒有疑義。

② [美]瑪莎·C.努斯鮑姆：《女性與人類發展——能力進路的研究》，左稀譯，北京：中國人民大學出版社，2020年，第237—238頁。

③ 楊曉暢：〈家庭勞動分工、婦女地位與女性主體性——基於當代中國經驗的考察〉，見[美]辛西婭·格蘭特·鮑曼、於興中主編：《女性主義法學：美國和亞洲跨太平洋對話》，北京：中國民主法制出版社，2018年，第166頁。

④ [德]恩格斯：《家庭、私有制和國家的起源》，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，北京：人民出版社，1999年3版，第168頁。

⑤ 2021年發佈的第四期中國婦女社會地位調查顯示，在業女性工作日平均勞動時間為649分鐘。其中，有酬勞動時間為495分鐘，照料家庭成員、做飯、清潔、採購等家務勞動時間為154分鐘，約為男性的2倍。參見第四期中國婦女社會地位調查領導小組辦公室：〈第四期中國婦女社會地位調查主要數據情況〉，《中國婦女報》2021年12月27日，第4版。

⑥ 參見[美]阿莉·拉塞爾·霍克希爾德：《職場媽媽不下班：第二輪班與未完成的家庭革命》，肖索未、劉令堃等譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，2021年。

⑦ 胡大武：〈理念與選擇：勞動法如何照耀家政工人〉，《法律科學》（西北政法大學學報）2011年第5期。

⑧ 楊書：〈“消費的城市”與“邊緣”的“她們”——轉型社會中進城家政女工生存境遇研考〉，《貴州社會科學》2008年第7期。

⑨ 廉睿、高鵬懷：〈來自民間的社會控制機制——中國“民間法”的過去、現在和未來〉，《理論月刊》2016年第2期。

彩。從性別平等視角看，在這種功利性的利弊權衡中，隱藏於民間規範中的性別歧視內容會被策略性地忽視，民間規範的法化亦可能將性別歧視的內容吸納進去。

### （一）社會轉型背景下民間規範法化主張的提出

民間規範在效用和強力上都與國家法存在明顯的區別，到底是何原因促使“民間法”研究者試圖通過“法化”，以將國家法的特質平移至其上？就緣起而言，我國的民間法研究不是內生的結果，作為概念參照的“活法”源自於西方。19世紀末期，主要資本主義國家迎來了從自由資本主義轉向壟斷資本主義的大變局，致使曾在資產階級革命時期發揮過重大作用的法律出現了暫時性失靈的情況。為回應新形勢下的社會危機，法學研究者開始向社會學靠攏，進而從聚焦國家法轉向對社會中存在之“活法”的關注。我國民間規範法化主張的提出與西方法社會學中“活法”的提出有邏輯上的高度相似性。

隨著改革開放的深入，社會轉型的大背景向中國法制建設提出了新要求。為儘快渡過廢除國民黨舊法制帶來的“空窗期”，新中國成立後的前三十年便頒布了《婚姻法》《憲法》《刑法》等一系列重要法律。社會主義法制建設“十六字方針”提出後，中國更是展開了大規模的立法活動。按照立法中心主義者描繪的，編織恰切法網並使之妥當落實的理想圖景。只要有制定完善的國家法，妥當化解矛盾糾紛、建構和諧社會、保障公民權利的目標即可實現。然而，當法律浪漫主義圖景破滅，社會真實樣態呈現為糾紛湧現、矛盾四起時，國家該如何及時有效應對，便成為當務之急。就此，法學研究者開始引入“活法”的理論體系和研究方法，跳出對國家法的單方面看重，轉而求教於社會本身以尋求解決辦法，民間規範法化的主張順勢被提出。

有別於既有“民間法”研究多秉持廣義的法化，將民間規範定位為與國家法并列的法秩序。本文基於狹義的法治視角認為，民間規範的“法化”係“法治化”。理解民間規範的法化首先需劃定民間規範的疆界。穩固的規定性應為民間規範的內在屬性，這使其不僅應對民眾行為有“穩定”的指引，而且須包含權利和義務的“內在規定”。就此，只有長期為民眾遵循並內含權利義務分配要素的習慣、風俗、規約、禮儀等才是民間規範。表現形式上，當下民間規範的隱秘和多元性弱化了規範主義範式的解釋力。作為替代之“文化主義範式”關注的以潛在影響、口口相傳形塑民眾心理機制的作用方式<sup>①</sup>，可更好地呈現民間規範。範圍明確後，民間規範的法化應基於法治全過程來理解。或通過立法吸收，使與國家法契合的民間規範成為正式的法律；或基於法官行駛自由裁量權和執法者“柔性執法”的實際認可<sup>②</sup>，使民間法成為裁判規則和執法依據。“法化”都旨在突破民間規範社會治理的“民間性”，而以強力的姿態進入國家法治軌道。

### （二）民間規範法化的功利性目標設定

在特定時代背景下，民間規範法化的核心目標被設定為彌補國家法的局限和定分止爭。由此形成之對實效的追求中，功利主義色彩鮮明。相較於國家法適用的高成本性，以法化的方式求教於民間規範，可花費最小的成本來解決最棘手的問題。對國家和社會整體而言，此舉也更“合算”。同時，對民間規範法化的強調，旨在遵循國家法秉持之“規則功利主義”範式來指引民眾行為<sup>③</sup>。依照蘇力教授的說法，日常生活中，民眾可以憑藉理性尋找足以實現利益最大化的解紛之道，並形成一套適用於社會演變的規則體系。<sup>④</sup>這套規則體系因采取了功利主義秉持的限制論

① 參見劉順峰：〈民間法的人類學範式研究〉，《江蘇社會科學》2021年第2期。

② 參見杜婷、孫艷艷：〈柔性執法暖人心〉，《延安日報》2024年12月13日，第3版。

③ 姚大志：〈規則功利主義〉，《南開學報》（哲學社會科學版）2021年第2期。

④ 參見蘇力：《法治及其本土資源》，第21頁。

方案，而有著“直覺意義上的吸引力”<sup>①</sup>。如果它能夠得到充分地遵守，將帶來比國家法更有效的糾紛解決效果。

一方面，基於民間規範的法化，可以憑藉規範的“外部救濟”<sup>②</sup>來彌補國家法的局限。“法學視野的民間法研究，緣起於在秩序構造和糾紛解決中，國家法供應不足的情形。”<sup>③</sup>事實上，立法中心主義者秉持的法律萬能論只是一種虛幻的想象。人之理性的有限性決定了，立法者不可能制定出盡善盡美的法律。由此形成的法律漏洞，不僅會對後續司法和執法活動的展開造成現實阻礙，還成爲了通過民間規範的法化以發揮局限彌補作用的認知前提。具體表現為，由法化的民間規範處理國家法未曾顧及得到、顧及起來不經濟，以及單憑國家法難以根除的矛盾糾紛。<sup>④</sup>就路徑而言，民間規範的法化以發揮局限彌補作用多依託於法律的認可。由法官通過裁判規則構造、執法者對於習慣和風俗等的援引，使之實質性地轉化爲具有法律性質的規則。

另一方面，將民間規範法化並運用於基層社會更能達到定分止爭的效果。“民間法”研究的主流觀點認爲，“如果機械地遵守法律而不能很好地遵循民間習慣，則可能會使判決產生非常差的法律效果和社會效果，只有充分地尊重民間法才能實現案結事了的目的”<sup>⑤</sup>。基層社會中的矛盾糾紛多有關係複雜和情感色彩濃厚的特性，嚴格依照國家法來處理恐怕會造成“案結”但“事不了”的局面。相反，作爲吉爾茲意義上的“地方性知識”<sup>⑥</sup>。民間規範更“瞭解”基層社會的特性及生活於其中之百姓的習性。依此，法化傾向的凸顯正源自於民間規範與基層社會秩序的內在契合性，迎合了基層社會對於法治的特殊需求。不同於法律的實施須以國家公權力作爲依託，民間規範的運行主要依靠的是，民眾基於習性或對周圍人行爲的效法形成的內心認同。出於內心認同達成的矛盾糾紛化解，不僅不會破壞人與人之間的初始信任，還可以快速恢復被破壞的社會關係。

### （三）女性關懷倫理背離與性別意識缺位

出於效用的考量，民間規範法化的功利性目標設置並無不妥。但從性別平等視角看，欠缺關懷倫理將動搖民間規範法化的正當性基礎。作爲早期倫理學的奠基者，卡羅爾·吉利根（Karol Gilligan）提出了一種以關係和情境爲中心的道德推理方式。<sup>⑦</sup>它關注生理現實和否定性性別文化（Negative Gender Culture）對女性的負面影響，聚焦具體情境中的女性關懷和保護。<sup>⑧</sup>事實上，以《婦女權益保障法》的出臺爲節點，消除對婦女歧視立法的指導倫理便實現了關懷倫理對政治倫理的全方位超越。<sup>⑨</sup>但受制於強大保守力量的牽制，作爲性別平等和女性權益保障立法內核的關懷倫理，並未滲透進民間規範法化的情境中。這導致民間規範中的性別歧視要素難被發現，毋論法化後之運用實踐帶來的負面效應。

可見，在有關對國家法的局限彌補和定分止爭之功利性目標的設定中，欠缺關懷倫理所要求的，對具體情境中性別平等和女性權益保障的關注，是民間規範法化可能帶來負面效應的關鍵。

① 馬馳：〈老年人權益分配的正義論辨析與法律應對〉，《南國學術——澳門大學學報》2024年第2期，第228頁。

② 謝暉：〈論民間法對法律合法性缺陷外部救濟之範圍〉，《西北民族大學學報》（哲學社會科學版）2020年第4期。

③ 謝暉：《民間法的視野》，北京：法律出版社，2016年，第62頁。

④ 參見姚選民：〈論民間法的場域公共秩序邏輯——基於廣義法哲學視角之民間法的基石法理型構〉，《湖南大學學報》（社會科學版）2021年第6期。

⑤ 張建：〈民間法在司法過程中實際功能的類型化研究〉，《甘肅政法學院學報》2013年第6期。

⑥ [美]克利福德·吉爾茲：〈地方性知識：事實與法律的比較透視〉，鄧正來譯，見梁治平主編：《法律的文化解釋》，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1994年，第74—171頁。

⑦ 參見[美]卡羅爾·吉利根：《不同的聲音：心理學理論與婦女發展》，肖巍譯，北京：中央編譯出版社，1999年。

⑧ 參見龍藝、張程琪旭：〈女性主義關懷倫理學視角下的代孕探析〉，《醫學與哲學》2014年第10A期。

⑨ 參見李勇：〈論我國消除對婦女歧視法律制度的發展〉，《人權》2020年第5期。

涉情理關係之矛盾糾紛的解決確實棘手，但在關懷倫理普遍化和實踐化的情況下，這不是國家法將之推脫給民間規範調整的恰切理由。當下的法治建設并非簡單地追求利弊衡量，而試圖達到“良法善治”<sup>①</sup>這一更具關懷色彩的目標。同樣地，法化的民間規範不應當僅基於對“圓融性”<sup>②</sup>的追求，而強調糾紛的“了結”，甚至這種“了結”僅為減少法院訴累、提高績效，或“為社區成員帶來的好處多於其害處”<sup>③</sup>。在消極利弊衡量中，化解矛盾糾紛要求體現民眾立場、體貼民眾心理、獲得民眾認可。若能快捷有效地解決糾紛，給部分女性造成的負面影響可被容忍。

就民間規範法化旨在達成糾紛了結的最終目標，本部分以依舊影響民眾觀念和認知的“無訟”為例來闡釋。“無訟”是傳統社會糾紛解決的底綫要求，也是當下社會具有規範性質的價值期待。然而，基於關懷倫理審視“無訟”觀念中蘊含的父權主義意識形態，性別歧視的問題就可能出現。特別在婚姻家庭領域，於“無訟”帶來的“厭訟”心理的作用下，女性受到的歧視和剝削難被看見。為達到“無訟”目標，調解和私了被視為“治愈”家庭內部問題的“靈丹妙藥”，但這對停止家庭暴力永不適宜。<sup>④</sup>當下，嚴重損害女性健康的家庭暴力並未消失，甚至在“文明”外衣的包裹下越演越烈。於此，再忌諱公權力的介入，而强行將之“消化”於家庭內部可能帶來極端後果。另外，調解和私了通過強調義務的履行來化解矛盾糾紛，關懷倫理則擬建構一種“關懷的權利”<sup>⑤</sup>來消除女性的“權利貧困”<sup>⑥</sup>。而且，以調解和私了結案多為實現“無訟”帶來的妥協之果，性別歧視性民間規範指引下的妥協難免會以犧牲女性權利為代價。

### 三、缺失性別意識之民間規範法化所遮蔽的問題

民間規範法化的目標不能局限於價值無涉的功利考量，甚或僅為息事寧人。從性別平等視角看，欠缺性別意識而概括性主張民間規範的法化，並為此設定功利性的目標，極有可能帶來有悖於性別平等、損害女性權益的事實後果。

#### (一) 以“法”的形式肯認否定性性別文化傳統

法特指國家制定或認可的規範體系。為能與國家法類比甚至等同起來，民間規範法化遵循的是規範主義範式，即“與國家法一樣，也有著與國家法相類似的法治使命擔當”<sup>⑦</sup>。就此，即便法化的民間規範不與國家法處於同等位階，也有高度相似性。因為，披上法的外衣後，民間規範便有了“次級法”<sup>⑧</sup>或“准法律”<sup>⑨</sup>的效力。本應被廢除或修正的規範內容，則演化為正式法律或司法和執法者的解紛依據。不加區分地將內含性別歧視內容的民間規範轉化為法，會給女性造成消極影響。不同於民間規範的運用以倫理、道德、輿論等軟性力量為支撐，法化後的民間規範將獲得公權力助力。民間規範內含的否定性性別文化傳統，將順勢得到更高程度的承認和更大力度的實施。

民間規範的法化對否定性性別文化傳統的肯認貫穿於法治的全過程。考慮到性別平等已經成

① 魏哲哲：〈奮力書寫良法善治新篇章〉，《人民日報》2022年3月17日，第7版。

② 陳文華：〈民間規則與法律方法——以比較法為視角〉，《甘肅政法學院學報》2012年第2期。

③ 田成有：〈鄉土社會中的國家法與民間法〉，見謝暉等主編：《民間法》（第1卷），濟南：山東人民出版社，2002年，第26頁。

④ 參見黃宇：〈婚姻家庭法之女性主義分析〉，北京：群眾出版社，2012年，第87—89頁。

⑤ 劉慧：〈女性主義關懷政治倫理的理論邏輯和政策構想〉，《浙江學刊》2020年第5期。

⑥ 余少祥：〈弱者的權利——社會弱勢群體保護的法理研究〉，北京：社會科學文獻出版社，2008年，第9頁。

⑦ 姚選民：〈論民間法的法治中國擔當——一種法哲學視角〉，《原生態民族文化學刊》2020年第4期。

⑧ 謝暉：《民間法的視野》，第60頁。

⑨ 龍大軒：〈鄉土秩序與民間法律：羌族習慣法探析〉，北京：中國政法大學出版社，2009年，第311頁。

為現代法律的基本原則，在基於嚴格立法程序的民間規範法化中，明顯蘊含性別歧視要素的文化傳統，更有望被阻卻在正式國家法的大門外。作用邏輯的靈活性和影響要素的複雜性，使公民的法律信任和遵守無需憑藉民間規範的正式“法化”。相應地，民間規範法化過程中對否定性性別文化傳統的認可和吸收典型體現在司法裁判、執法活動中。

主流“民間法”研究特別強調，當國家法出現疏漏時，民間規範可作為替代社會力量發揮調控作用。按照《民法典》的要求，如果法無規定，民事糾紛的解決可以在不違背公序良俗的前提下運用作為典型民間規範之一的習慣。鑒於此情形下援引的民間規範是法官憑藉“良俗”標準甄別過的，故哪怕存在否定性性別文化傳統的作用，亦更隱蔽、數量更少、程度更低。然而，因判斷主體是法官（不論男女），良俗與否的個體化判斷難免會受其可能受到之否定性性別文化傳統的影響。除正式援引外，更多時候，特別在司法調解中，法官對民間規範的援引往往是潛在而隱秘的，並且多依託於個人的認知和觀念。<sup>①</sup>對此，存在較大作用空間的否定性性別文化傳統，可能帶來法官的視野局限甚或是對女性的偏見。依此援用民間規範，極有可能造成對女性不友好的結果。

當法無規定或法的適用效果不佳時，執法者亦可能求教於民間規範。不同於司法裁判的嚴格程序要求，執法活動的高度靈活性，使之在矛盾糾紛的處理上嚴格依循國家法並不現實。而且，執法介入民衆生活的門檻相對較低，導致執法案件遠超過司法案件。面對最貼近百姓生活的家長裡短，法律不可能面面俱到，亦為執法者在矛盾糾紛的解決中援用民間規範提供了空間。無論是增強效果還是填補法律漏洞，隱藏其間的否定性性別文化傳統都可能以理所當然的方式融入執法活動。另外，對一般執法活動而言，調解是執法者解決矛盾糾紛的重要路徑。為達到勸和的目的，國家法在此過程中將退居其位，更為當事人熟悉和接受的民間規範則成為了作出執法決定的規範根據。問題在於，執法調解中前置篩查程序的缺位，使得否定性性別文化傳統更可能以民間規範的形式被承認。

## （二）民間規範法化與性別主義公私二元論的連結

西方政治哲學中的二元論是說，“世界必須被理解為兩極對立的類別，這兩個類別中有一個低級一個高級，一個好的一個壞的”<sup>②</sup>。在由此形成的諸多二元論中，公私二元論是典型。

“公私二元論是以政治生活及市場為內容的‘公共’領域與以家庭生活和個人關係為內容的‘私人’領域的區分”<sup>③</sup>。因與傳統勞動性別分工存在高度對應性，公私二元論呈現出明顯的性別偏向。其中，“公共領域中活躍的是男人，他們是政權的代表，是理性的實踐者，是法律的代理人”<sup>④</sup>；“體現特殊性、天生屈從、不平等、情感、愛情、局部性、女性化的，則是私領域”<sup>⑤</sup>。在民間規範法化的場域中，這種“公=男/私=女”的非對稱性別規範亦存在作用空間。在國家法和法化的民間規範同屬於法秩序組成部分的情況下，前者調整的是公領域事項，後者的調整範圍則被限定在了私領域。

基於與調整領域劃分存在的內在連結，民間規範被默認為處理婚喪嫁娶、人情往來、生活起居、節日喜慶等私領域中的事務。研究者認為，對於這些帶有輕微性、關係複雜、情感色彩濃厚

① 參見葉億培：〈法官思維的反思與重構——兼論民間法對基層法院法官思維的影響〉，《人民論壇》2013年第17期。

② [美]貝爾·胡克斯：《激情的政治：人人都能讀懂的女權主義》，沈睿譯，北京：金城出版社，2008年，第108頁。

③ [美]蘇珊·穆勒·奧金：《正義、社會性別與家庭》，王新宇譯，北京：中國政法大學出版社，2017年，第154頁。

④ [澳]瑪格麗特·桑頓：《不和諧與不信任：法律職業中的女性》，信春鷹、王莉譯，北京：法律出版社，2001年，譯者〈序〉，第1頁。

⑤ [美]多諾萬：《女權主義的知識分子傳統》，趙育春譯，南京：江蘇人民出版社，2003年，第260頁。

等特點的私領域事務，國家法的強力介入可能適得其反，民間規範的運用則有快捷、高效等優勢。<sup>①</sup>簡言之，在國家法和民間規範與公私領域劃分對應起來的情況下，最日常交往領域的事項被劃歸為民間規範調整。如果僅是爲了結矛盾糾紛，策略性地忽視女性的不利影響似乎具有一定的可取性。但是，鑒於“對於屬於國家法規範圍內的事項，國家法必定‘當仁不讓’，對於屬於民間法規範圍內的事項，民間法亦應當‘寸土必爭’”的嚴格劃分<sup>②</sup>，碰上父權主義意識形態形塑之民間規範內含性別歧視要素的現實，這種分工在正當性上就存在明顯欠缺。

國家法和民間規範在調整範圍上的劃分，將民間規範與私領域對應了起來。表面上，這種對應關係只是事實的呈現。但考慮到公私二元論的性別化，這種連接就可能存在問題。就私領域事項的處理，性別主義公私二元論秉持的是國家不干預或限制干預的態度。相應地，將民間規範的作用領地劃定為私領域，目的是為“人們在熟知的人事範圍中解決問題”<sup>③</sup>。然而，在女性的權益於私領域中受到損害或有受損之較大風險的情況下，限制堅持性別平等和女性權益保障原則之國家法的強力干預，將妨礙因運用民間規範而造成的性別歧視後果的糾正。就此，有關山杠爺“爲什麼要懂那些與他們的日常生活相距遙遠的正式法律呢？”的提問並不合理<sup>④</sup>。單純地以“特別是在農村，長期以來，除了重大的糾紛外，一般問題都是鄉間自己解決”為託詞<sup>⑤</sup>，罔顧國家法對性別平等和女性權益保障的追求，而為山杠爺抱不平，有悖於性別平等的基本要求。

### (三) 司/執法者與民間規範“共謀”下女性的消極處境

從性別主義公私二元論視角看，國家法和民間規範在調整領域上的分工不是性別中立的。放任民間規範調整私領域事項，而讓國家法保持相對不干預，可能從作用領域的劃分演化爲一種“共謀”，與私領域緊密聯繫的女性將成爲性別歧視性民間規範的受害者。當然，本部分所言之“共謀”有別於國家法基於公私領域的分工一般不調整民間規範作用場域的事項，形成的消極“共謀”關係。鑒於司法和執法是法治系統最核心的環節，也被認爲是民間規範研究可慾、可期、可行的路徑。故本部分旨在考察司法裁判和執法活動中，作爲國家法代人之法官、執法者與民間規範存在的積極“共謀”關係。

基於“法學視野的民間法研究，在制度上的功能主要是促進國家司法”的目標預設<sup>⑥</sup>，積極的“共謀”首先表現爲，法官依循法定程序，很多時候也是嚴格依照實體法的規定，對涉及女性權益的案件進行裁判或調解，最終卻產生了與國家法的預期相背離的性別歧視後果。從立法和法律實施的理想狀態看，在司法活動中，法官只需要在準確認定案件事實的基礎上，尋找恰當的現行法律依據，再基於合理的“三段論”推理邏輯，便足以得出正確的裁判結果。鑒於此，如果國家法對性別平等和女性權益保障作了完善的規定，女性受損的權益就足以獲得救濟。然而現實中，理想和現實之間的偏差真實存在。在國家法的司法適用受到性別歧視民間規範反作用力牽制的情況下，國家法所明確的性別平等和女性權益保障基本原則的落實將會受到阻礙。

在一起彩禮返還案件中，法官談到“女方所講的話不符合我們這裡的風俗習慣，在男女訂婚

① 參見賀東航、牛宗嶺：〈全面依法治國背景下的基層法治建設與民間法再造〉，《江蘇行政學院學報》2016年第4期。

② 周俊光：〈論法治進程中民間法與國家法的二元並立〉，《甘肅政法學院學報》2015年第5期。

③ 田成有：《鄉土社會中的民間法》，北京：法律出版社，2005年，第29頁。

④ 山杠爺是電影《被告山杠爺》的主角，他在一個非常偏遠但治安較好的山村做黨支部書記。山杠爺人品很好，也受人尊敬，但他的職責和性格使之在村裡不時與人發生衝突。村裡有個年輕媳婦虐待婆婆，山杠爺看不過，便命人把媳婦抓起來游村。在羞愧和憤怒之下，這位青年女性自殺了，山杠爺隨之被逮捕。參見蘇力：《法治及其本土資源》，北京：北京大學出版社，2015年，第34頁。

⑤ 蘇力：《法治及其本土資源》，第34頁。

⑥ 謝暉：《民間法的視野》，第73—74頁。

的過程中，哪有女方不向男方要彩禮和金首飾的”<sup>①</sup>。當代婚嫁中依然遵循的彩禮習俗，是法官得出女性收取錢財之結論的關鍵。問題在於，在欠缺有力證據支撐的情況下，僅僅依據彩禮習俗形成的負面假設認定女方收受彩禮，有違國家法確立的男女平等基本原則。在北京市房山區法院審理的家務勞動補償第一案中，全職太太王某以婚內幾乎承擔全部家務勞動為由，要求丈夫補償經濟損失16萬元，最後只得到年僅1萬餘元的補償款，則是受傳統勞動性別分工及對不同勞動作出之差別性價值評判影響的結果。可見，在藉助裁判規則構造，通過司法認可實現法化的情境中，性別歧視的民間規範宛如幽靈，它不依主體的意願而時時處處地滲透進司法活動中。

執法活動的靈活性，亦為執法者和民間規範的“共謀”營造了空間。這裡以傳統性規範為例，考察性騷擾執法中暗含之對女性不友好的要素。傳統社會中隱而不宣卻廣為接受的性規範仍延續至今。其中，男性為性的主導和發動者，女性是性的從屬和接受者。社會對男性的性更包容，卻依循“婦德”要求女性質樸忌淫，堅守貞操。當這些規範性認知為執法者內化時，對女性貞操的默認及其性操守的不信任，或將滲透進性騷擾執法活動。在性騷擾事件的處理中，執法者的調查是概括性的。行動上，他們關注行為的性質、情節、後果等因素，落於紙面的亦是合乎法律規定的內容。然而，在“暗竊”邏輯中，為執法者內化的差異化性規範，可能作用於性騷擾執法案件的處理。有關女性應穿著得當、保持性的自愛和隱忍、好女孩不談性、無反抗便等同於接受等認知，以及在此基礎上被實質性拔高的性騷擾認定標準，都會影響執法者對社會層面多發之性騷擾的認定和準確的責任施加。在由此形成之執法者與民間規範的“共謀”中，加害者轉化為受益者，受害女性則喪失以行政執法的方式獲得最快捷救濟的機會。

#### 四、性別意識覺醒下民間規範法化風險的應對

揭示欠缺性別意識帶來的種種問題并非一律否定民間規範的法化，而是強調基於性別意識覺醒、遵循“需求解釋的政治”<sup>②</sup>，在承認關懷權利並將關懷倫理融入民間規範法化政治實踐的語境下再探討這一問題。性別“意識覺醒”是女性解放的核心方法之一<sup>③</sup>。性別意識覺醒和關懷倫理綜合指引下的民間規範法化要求，“民間法”研究者和民間規範法化的實踐主體持守性別平等基本原則。

##### (一) 民間規範法化中價值判斷的再立

研究者就糾紛解決專注於國家法提出的批評——“罔顧地方民間規範、片面推行國家法的行為往往會招致地方民眾強烈的反抗，而在國家法的適用過程中主動關注並引入民間規範的行為卻往往能得到地方群眾的廣泛認可”<sup>④</sup>，存在越俎代庖之嫌。糾紛是否得到妥善解決不能僅以公眾認可為標準，對民間輿論應保持高度的警惕。很多時候，拒絕保障“外嫁女”土地權益、要求其放棄遺產繼承權，符合（後）鄉土社會的主流認知；彩禮乃公眾普遍遵循的習俗；職業或崗位性別隔離、過問婚戀和生育情況等係職場潛規則。但現實不止一次以教訓提醒我們，民間輿論可能帶來消極後果。無論如何，法不應淪為民間輿論中隱藏之性別歧視民間規範的產物，民間規範的法化須避免為民間輿論所牽絆。

為此，民間規範法化需要將理由從迎合民間輿論，轉向對價值判斷的關注。超越單純的功利

① 張建：〈民間法在司法過程中實際功能的類型化研究〉，《甘肅政法學院學報》2013年第6期。

② 劉慧：〈女性主義關懷政治倫理的理論邏輯和政策構想〉，《浙江學刊》2020年第5期。

③ [美]凱瑟琳·A.麥金農：《邁向女性主義的國家理論》，曲廣娉譯，第118頁。

④ 周俊光：〈論法治進程中民間法與國家法的二元並立〉，《甘肅政法學院學報》2015年第5期。

性考量後，這裡的價值判斷應為善與惡的判斷。對女性而言，價值既指向性別平等、增權賦能等直接價值，又包含自由、平等、公正等對女性友好的間接價值。鑒於“所有的功利主義論證都無法逃脫因為只追求效率最大化而忽視個體應得權益的悖謬”<sup>①</sup>。民間規範的法化就不能僅追求功利性的判斷標準，而須滿足性別平等和女性權益保障的價值追求。依此，性別歧視性民間規範的法化便喪失了正當性基礎。由於影響的深刻性和行為遵循的習慣性，著力打破性別歧視民間規範的初期，可能會招致民眾的不滿。即便如此，民間規範法化對性別平等基本原則的堅持不僅不能妥協，還需要致力於提升民眾的認識，並幫助他們養成新的習慣。概言之，“法律最好被理解為目的論的概念：只有牢記最終目標——此處的最終目標是一個公正的社會，一個概念或者制度才能被合宜的理解”<sup>②</sup>。同樣，只有秉持對以價值判斷為基礎之目的論的看重，才足以使民間規範的法化在性別平等的價值預設下進行。

為避免將性別歧視的民間規範法化，首先應基於性別平等視角考察擬法化之民間規範的價值蘊含。對此，許慶坤的研究中提到的觀點：“更不可或缺的是基於現代法治精神的學術良知和民生情懷，聽任思維飛翔並玩物喪志於陳風古韻的學者顯然無力擔當讓民間法復活於現代法治的重任”提供了重要啟發<sup>③</sup>。若說主流“民間法”研究失之於對良知和民生情懷等價值要素的關注，法治實踐便要突破“擺平就是水平、搞定就是穩定、沒事就是本事、妥協就是和諧”等功利目標的指引<sup>④</sup>。“惡法非法”是自然法的內核，民間規範的法化亦應遵循此價值標準。法不僅是規範事實，法治實踐更是重要變革力量。因此，民間規範法化的探討不可固守功利抑或錯誤的做法。只有附加價值判斷，有悖於現代法治精神的性別歧視民間規範的法化才有望被阻卻。從長遠看，法化的民間規範與國家法共建性別平等法治秩序的美好圖景，才不至於因欠缺女性權益保障的良知和情懷而徹底破滅。

## （二）民間規範法化的前置篩查標準與落實

為防止性別歧視民間規範的法化給女性造成不利影響，設置前置篩查程序就很有必要。對此，有研究者提出了——獲得特定時空內主體的普遍承認、對特定時空內主體的權利義務分配、在特定時空內有現實活動性、係糾紛解決的根據或參照等標準。<sup>⑤</sup>然而，因為不能（或全部）篩除性別歧視的民間規範，它們便呈現出欠缺性別針對性等問題。另有研究者提出了，“具有類似‘良俗’的品質”和“符合國家法的原則和精神”等價值標準<sup>⑥</sup>。鑒於評估主體對於什麼是“良俗”和符合國家法的原則、精神可能存在認知偏差，它們的評價效果亦會出於欠缺性別針對性而被克減。鑒於此，地方立法性別平等評估機制的普及提供了路徑參考，即通過設置明確的指標體系來對擬法化的民間規範展開性別平等評估（表1）。

① 馬馳：〈老年人權益分配的正義論辨析與法律應對〉，《南國學術——澳門大學學報》2024年第2期。

② [美]朱迪斯·克爾曼、斯科特·夏皮羅主編：《牛津法理學與法哲學手冊》（上冊），杜晏林、朱振、韋洪發等譯，上海：上海三聯書店，2017年，第92頁。

③ 許慶坤：〈美國法學會“法律重述”及其對我國民間法研究之鏡鑒〉，《暨南學報》（哲學社會科學版）2014年第6期。

④ 謝暉：〈論民間法與糾紛解決〉，《法律科學》2011年第6期。

⑤ 參見謝暉：〈“文化中國”的規範塑造——以清代民間法中的“家法”“鄉約”和“行規”為例〉，《蘇州大學學報》（哲學社會科學版）2020年第6期。

⑥ 參見瞿琨、戴焱：〈民間規則的司法識別：程序、內容與機制〉，《山東大學學報》（哲學社會科學版）2012年第5期。

表1民間規範性別平等評估指標草擬

序號	一級	二級	回答
1	內容是否體現性別平等?	是否對兩性做出不公平的區別對待?	是或否
2		是否忽視了與兩性平等有關的重要內容?	
3		是否為實現實質性別平等而采取(暫行)特別措施?	
4		是否為減輕照料和家務負擔而為女性提供關懷扶持?	
5	運用是否體現性別平等?	是否有助於增加女性的機會,提升女性的能力?	
6		是否有助於增強公眾對性別平等的認同?	
7		是否有助於營造兩性平等的民間文化氛圍?	

在依照具體的性別平等評估標準展開評估的情況下,民間規範法化的論證思維亟待完成從“宏大敘事”到“微觀建構”的範式轉變。<sup>①</sup>同時,由於性別歧視性民間規範具有多元化和隱秘性的特徵,對之予以全面識別和評估並不現實。另外,因為附隨於父權制形塑之否定性性別文化傳統,裹挾著濃厚的鄉土氣息,栖身於複雜的關係網絡,並不是所有的民間規範都具有接受評估的必要性。於此,性別平等評估指標的設定僅僅致力於評估擬法化部分的民間規範,具體可以依據如下雙重路徑展開:

就擬法化之民間規範的評估,主要在立法吸收<sup>②</sup>、司/執法認可等法治實踐中進行。對於立法吸收,應由性別與法律研究者、婦聯工作者等利益相關者組成的評估委員會,參照評估指標,對擬納入正式法的民間規範內容展開逐一的篩查,並提出書面審查意見。此外,“在充分發揮習慣等民間社會規範與非正式機制積極作用的同時,應注重剋服其固有弊端,……其中最重要的就是建立必要的司法審查救濟機制”<sup>③</sup>。依此,民間規範的性別平等評估還可通過司法審查進行。司法援用時,應由主審法官依漏洞填補等實際需要提出,合議庭應依指標對涉案民間規範進行評估確認。司法審查中對民間規範的性別平等評估可援用至執法。這要求執法者不能再為糾紛了結而恪守民間規範,而須通過(正式/非正式)的性別平等評估,主動隔離性別歧視的民間規範。

民間規範的性別平等評估,還可與“社會規範備案審查”<sup>④</sup>並行展開。相較於對暗含於觀念、認知、心理機制的民間規範評估,多需藉助立法、司/執法的契機。對有明顯可識別外觀的民間規範的性別平等評估,可在事前憑藉規範步驟進行。對居/村民公約、村民自治章程等的評估,可通過將評估標準融入法定備案程序,由縣級政府展開。<sup>⑤</sup>對民族/宗教習慣、婚俗、行業規則等有明顯可識別外觀的民間規範,亦可由縣級政府依評估標準進行審查。不同的是,前者需經居民或村民委員會報送,後者則由縣級政府主動審查。因貼近最基層的居/村民社會,具體審查主體的

① 參見許慶坤:〈美國法學會“法律重述”及其對我國民間法研究之鏡鑒〉,《暨南學報》(哲學社會科學版)2014年第6期。

② 由於最接近的是地方性法律法規,民間規範的立法吸收主要通過地方立法程序進行。在此情形下,如果出現對擬法化之民間規範的專門評估與已經常態化展開的地方立法性別平等評估重疊的情況,二選其一即可。

③ 范愉:〈民間社會規範在基層司法中的應用〉,《山東大學學報》(哲學社會科學版)2008年第1期。

④ 劉作翔:〈論建立分種類、多層級的社會規範備案審查制度〉,《中國法學》2021年第5期。

⑤ 《城市居民委員會組織法》第15條,“居民公約……報不設區的市、市轄區的人民政府或者它的派出機關備案”;《村民委員會組織法》第27條,“村民自治章程、村規民約,並報鄉、民族鄉、鎮人民政府備案”。

思維更可能保有傳統色彩。就此，通過“社會性別意識培訓”<sup>①</sup>，提升他們的性別平等意識是必要的。實際操作方面，可委託性別與法律領域專家提出意見，由同級婦聯展開全過程監督，並對涉性別歧視的內容提出詳細建議。

### （三）涉女性權益的案件中國家法優先適用

作為法律漏洞填補的重要方式，可能依附於法官、執法者的思維觀念、潛在認知和行為慣性。某些民間規範確實能夠突破原有的存在空間和作用方式，轉而進入法治實踐的核心場域，依託於國家公權力的輔助，搖身成為一種補充性法源。就適用順位而言，有研究者認為，當國家法與民間規範發生衝突時，必須優先運用民間規範；以國家強制力為保障實施手段的國家法，則應作出必要的妥協和讓步。<sup>②</sup>對於那些發生在基層社會涉及倫理和情理關係的一般案件，民間規範優先的適用順位之於“案結”目標的達成或許具有一定的可取性。問題在於，在涉及女性權益之矛盾糾紛的解決中，如果依舊持守民間規範運用的優先性，性別歧視的規範內容和思維觀念將隨之被吸納進去，由此形成的腐蝕性劣勢還會將女性置於更廣汎的不利處境中。

憑藉國家公權力的積極干預，在顯性性別歧視於公領域事項上逐漸消失的情況下，涉及女性權益的案件往往與婚姻、家庭和性有關。女性在這些私領域事項上受到歧視、貶低和剝削，本就是民間規範補充性社會調控作用發揮帶來的不利後果。按照公私領域劃分的傳統觀點，這並非需要（或可以）由國家法出面解決的“問題”。即便公與私的嚴格分立被打破，公私二元結構仍牽制著國家法對作為民間規範“自留地”之私領域的干預。女性在其中受到的權益損害難以被定性為“問題”，更毋論以國家公權力介入的方式獲得救濟。基於此，再任由法化的民間規範處理女性在私領域中的權益受損問題，將導致對父權制催生之不對等權力關係及由此形成之差別化行為規範的復歸。就此，性別歧視性民間規範的束縛，加上“清官難斷家務事”等性別化解紛觀念的影響，受害女性尋求公權力救濟本非易事。很多時候，她們不僅要打破內心的壁壘，還得衝破民間規範形塑之“關鍵周圍人”的輿論干擾<sup>③</sup>。

於此，再簡單援用民間規範，會將女性置於更不利的境地。相應地，處理涉女性權益的案件時，法官和執法者應警惕民間規範的介入。代之以堅持國家法的優先適用，以使民間規範回歸國家法有關性別平等和女性權益保障的價值預設。就此，當出現漏洞時，法官首先應通過策略性變更訴由來在現行法律中尋找規範根據，而非徑直基於“在特定地方環境下個人的生存考量”<sup>④</sup>而援用民間規範。兼顧比例原則和靈活性的同時，執法活動亦須堅持法律標準，嚴格把控對民間規範的援引。因生長環境的特定性，保持“認知和諧”的潛在要求<sup>⑤</sup>，使法官和執法者思維中難免殘留性別歧視性民間規範的印記。故對內而言，他們需吸收性別平等觀念，以提升性別歧視民間規範的識別能力。外在方面，可藉鑒“法庭之友”制度<sup>⑥</sup>，吸納婦聯工作者參與訴訟；強化檢察公益訴訟，增加女性的維權能力。因貧困女性可能被阻卻在司法之門外，優化並有效落實訴訟費用減免制度也有必要。為消除執法給女性造成的負面影響，婦聯應充分發揮監督作用。依此否定性別歧視性民間規範，基於國家法堅持之性別平等原則，強化女性權益保障。

① 沈奕斐：《被建構的女性：當代社會性別理論》，上海：上海人民出版社，2005年，第347頁。

② 參見周俊光：〈論法治進程中民間法與國家法的二元並立〉，《甘肅政法學院學報》2015年第5期。

③ 需要說明的是，這裡的“關鍵周圍人”是指個人所處之關係網絡中最核心的那部分人。參見姜玉梅：《中國生育權制度研究》，成都：西南財經大學出版社，2006年，第73頁。

④ 熊雲輝：〈民俗習慣司法運用研究評述〉，見張衛平、齊樹潔主編：《司法改革評論》（第10輯），廈門：廈門大學出版社，2010年，第257頁。

⑤ 參見魏治勛：〈“民間法消亡論”的內在邏輯及其批判〉，《山東大學學報》（哲學社會科學版）2011年第2期。

⑥ 阮建華：〈“法庭之友”制度的探究與啟示〉，《中國檢察官》2024年第1期。

## 結語

當今學術界，民間規範的法化已成為一件“野心勃勃”的事業。但從性別平等視角看，民間規範的法化有一定的問題，“民間法”概念也存在內在邏輯悖論。從《婚姻法》出臺，到《婦女權益保障法》通過，再到《民法典》問世，中國已經構建起相對完善的性別平等法律體系。然而，性別平等法律體系的建立不代表民間規範中性別平等的達成，性別歧視的民間規範還會牽制其間存在之積極價值的實現。對此，再籠統談論民間規範的法化，不僅“用規範塑造‘文化’中國”的目標無法實現<sup>①</sup>，還會為性別歧視的做法披上極具迷惑性的“法治”外衣。因此，研究者要認真對待女性遭受的不利影響，並通過性別平等和女性權益保障原則的納入，為民間規範的法化注入法治的內核。這非依循“現代性及其理性主義的霸權邏輯”<sup>②</sup>，而是新時代背景下女性尋求解放的現實要求。最後，性別平等視域下民間規範法化風險的揭示，為女性解放的路徑選擇提供了新的啟發。在性別平等和女性權益保障原則確立後，女性仍舊面臨各種權益困境的情況下，相關主體需要協調好國家法和民間規範之間的關係，並通過充分發揮國家法的規範和理念優勢，以引導民間規範法化的良性進展。只有這樣，民間規範才能以良善的面目進入法治軌道，助力性別平等於民間社會的真正實現。

[責任編輯：黃奇琦]

① 謝暉：〈“文化中國”的規範塑造——以清代民間法中的“家法”“鄉約”和“行規”為例〉，《蘇州大學學報》（哲學社會科學版）2020年第6期。

② 魏治勛：〈“民間法消亡論”的內在邏輯及其批判〉，《山東大學學報》（哲學社會科學版）2011年第2期。