

# 转型期民间投资乡村公共物品的 路径及其制度困局

刘光华（兰州大学法学院、中国人民大学法学院，  
UC Hastings College of the Law 访问学者）

赵忠龙（兰州大学法学院）

经过 20 多年的转型改革，中国乡土社会发生的一个重大变化，就是“工业化”价值的逐步显现。在这个过程中考察乡村公共物品的提供，就会发现，1978 年开始的农村土地家庭联产承包责任制，通过改革农村生产组织形式——从计划行政管理的集体生产，转变成更有市场敏感性的分散家庭作业——在乡土社会中引入了商品和市场的因素。但是，它只是在家庭承包的土地这一准私人物品上，引进了民间投资农业生产的机制，却未从实质上触及乡村公共物品的提供机制，传统计划体制和大集体生产方式下形成的公共物品及其制度得以完整地延续下来。

随着社会转型的进一步深入，“三农”对公共物品的需求日益增加，而计划体制下积累的公共物品其价值与使用价值也都在逐渐耗尽。在此背景下，民间资本从对土地的投资，进而参

与到乡村公共物品的建设中来，就非常必要了。在这个渐进的过程中，围绕乡村公共物品的建设，必然会产生不同群体的多元化（特别是公、私之间）的利益诉求，冲突在所难免。转型中国的“共时性”，又使冲突的解决不仅会带有转型期的时代特征，还将反映出民间投资乡村公共物品的制度性障碍。

本文分为四个部分。第一部分，介绍民间投资乡村公共物品的一个司法个案，引出讨论对象；同时，设定本文的基本学术立场，即基于中国社会的转型背景而非“价值论”的学术批判来提出论题。第二部分，分析国家权力、地方性利益共同体和民间私人投资者对机井的投资和产权“角力”，刻画转型背景下民间资本进入乡村公共物品领域的具体路径，及其所能借助的社会资源。我们认为，民间投资者参与乡村公共物品的建设，在相当程度上弥补了转型期乡村公共物品的缺失，并通过“集资”和“承包合同”等制度创新，实现了对传统乡村公共物品功能的有机传承。第三部分，根据法院对这起案件的处理及其运用的司法策略，分析转型背景下国家权力对民间私人投资乡村公共物品的干预性介入，同时揭示民间投资乡村公共物品的复杂性、制度困局及其根源。最后是一个简短的结论。

## 一 问题与材料：民间资本参与 乡村公共物品建设

本文分析的个案，发生在甘肃省中部靠近沙漠地区的古浪县，这是中国西北地区一个典型的贫困县。1988年，该县大靖

镇圈城村第五和第六村民小组，为解决农地灌溉问题，经多次开会协商，决定动员村民集资打井取水，并请求政府支持。随后，两个小组的大部分村民都参与其中，共集资 33573 元（其中五组 12035 元，六组 12862 元）。施工期间，因资金不足，又动员第四小组个别村民集资 2456 元。同年 9 月 24 日，古浪县农村建设指挥部、县财政局共同发文，拨给五、六两组改造旧井专项资金 12000 元，大靖镇人民政府投入 50 千瓦变压器一台。1989 年春，机井打成出水后，双方共同管理使用了 3 年。1992 年国家引黄（河）灌溉工程完工，因五组在机井灌溉范围内没有土地，同意机井由六组管理使用。其间六组将机井承包给该组村民 HYS 经营 3 年。1997 年 1 月 3 日，五、六两组村民开会协商，一致决定“六组将原四、五组打井款在 3~5 天时间内退清，机井归六组，退不清，可再行协商”。但六组在限定时间内没有退清四、五组的集资款，双方也没有再进行协商。此后，五组以六组在约定期限内未履行退款协议为由，于 1997 年 1 月 10~15 日，将 3 寸水泵、97 米出水管、补偿器等机井设备全部拆卸。因无人管理机井，50 千瓦变压器被烧坏。1998 年 1 月 15 日，六组单方面以甲方名义将机井承包给该组村民 ZJY（乙方）经营管理，并签订了承包合同。合同约定承包期 10 年，乙方在承包期内购买的机井设备（每年）按 10% 折旧，期满全部归公（甲方）。合同订立后，ZJY 购买了包括 30 千瓦变压器一台，3 寸水泵一台等共计价值约 15126.40 元的设备，对机井进行了重新安装，并于 1998 年 1 月下旬正式启动抽水。

眼见五组对机井的经营权可能丧失，该组村民 WWX 等人出资 24540 元购买了原集资村民 41 户的股金 14214 元。六组方

面也不甘落后，ZJY等三人出资10940元购买了原集资村民27户的股金15639元。至此，双方矛盾严重激化，当地政府和有关部门多次协调处理，均无结果。五组于1999年3月21日向当地基层法院——古浪县人民法院起诉六组和ZJY，诉称：“（一）二被告的行为严重侵犯了原告的合法权益，要求确认二被告签订的承包合同无效，机井由五、六组双方管理使用；（二）ZJY经营一年多的收入按五、六组双方投资比例分成，并赔偿更换原机井设备造成的一切经济损失。”

对此，被告（实为第三人——作者注）ZJY辩称：“机井属原告与六组共同所有我没有异议，但我与六组签订的合同是有效的，理由是签订合同时通过民主评议，六组出资人数的91%，户数的93%都同意我承包机井。同时合同生效后，我更换了机井的大部分设备使机井恢复运转，发挥了效益。至于原告辩称合同是背着他们签订的，这不符合事实。签订合同事出有因，黄河水上来后，原告在机井灌溉范围内没有土地，他们也就无意经营机井。1997年WWX等人将机井设备拆卸损坏，致使机井瘫痪，部分设备丢失。我们多次找原告商量管理机井之事，都因原告没有诚意而无结果。六组群众在有井不能用，有水不能浇的情况下，主动修复机井，发挥效益，解决群众困难是有功无过，根本不存在对原告财产的侵权。我经营1年来，支出大于收入，也无赢利可分，且更换设备花钱不少，要求原告承担拆卸、丢失原设备所造成的损失。”

此案经过当地基层法院和中级法院两级审理后，在诉讼程序意义上已经生效的终审判决的主要内容如下：（一）该机井归五组与六组共同所有；（二）六组与ZJY签订的机井承包合

同属无效合同，不受法律保护。ZJY 须于判决生效后 10 日内将机井交付五组、六组共同管理；（三）ZJY 经营的收入从 1998 年 1 月 15 日起至交付机井时，扣除电费后由五组、六组按集资比例分配；（四）五组对拆卸机井设备造成的损失承担赔偿责任。以上为二审法院支持的一审判决内容，同时二审判决又补充道：（五）五、六两组给付 ZJY 经营管理期间的工资报酬，时间从 1998 年 1 月 15 日起至机井交付之日止。每年按 8 个月计算，每天按 10 元支付；（六）六组赔偿 ZJY 经济损失 2000 元<sup>①</sup>。

## 二 乡村公共物品提供机制的历史更替： 民间投资的进入路径

### 1. 计划体制“城乡二元”结构下乡村公共物品的提供：引子

根据目前的主流研究成果，计划体制下“城乡二元”框架的事实存在，使得乡村公共物品及其提供，理论上由国家作为单一提供者独立完成，并通过国家统一组织和财政无偿划拨的方式来承担。但是，由于当时宏观上“抽农补工”的倾斜政策，

---

<sup>①</sup> 纵观本案，就会发现，我们摘录自相关司法原始文件的很多基本数据相互间存在偏差。这其中的原因主要有：第一，机井建设施工过程中有部分村民追加投资；第二，当地基层人民法院是在与机井投资建设时隔 10 年有余后的 1999 年才介入纠纷解决的，其中的某些财务会计记录可能会遗失；第三，机井投资从一开始就不具备完善的会计记录。而这种情况也正反映出中国乡土社会转型初期民间投资行为的非工商业经营特征。

以及微观层面的大集体“工分制”的存在，乡村公共物品的提供，事实上却是由村民集体自我负担的（叶兴庆，1997；叶子荣、刘鸿渊，2005）。

上述研究揭示了乡村公共物品问题存在的历史根源，但却可能忽略了问题的另一个（甚至是关键的）方面，也就是：1978年改革前的城乡社会生产和生活，都被“社会主义改造”和“割资本主义尾巴”等社会运动“公共化”，所以，不论是在“城乡二元结构”的内部还是外部，也不管是身处其中的行动者还是置身事外的研究者，实际上都很难区分哪些是私人物品，哪些又是公共物品。只是随着改革开放和农村家庭联产承包责任制的推行，以及由此产生的多元化利益评价标准，特别是私人利益参照系的出现，计划体制下由国家财政主导的乡村公共物品的供给才不再“理所当然”；民间投资乡村公共物品也才成了颇具现实意义的“问题”，被纳入讨论的范围。

这就要求我们，必须深入到中国社会转型的渐进过程中，具体观察和概括乡村公共物品的提供机制及其历史演变。

2. 公有产权框架内民间投资的初步尝试：以“集体组织”的名义

甘肃省古浪县大致位于“15英寸等雨量线”（黄仁宇，2001）上。历史上，这条等雨量线以北的地方难以进行传统的农业生产，是游牧民族的天下。在以南的边缘地带，传统的农业生产方式也仍然受到很大的制约。恶劣的自然地理条件，使当地农民几百年来一直保持了“靠天吃饭”的传统。这样的生存空间，不仅见证了中原农业生产方式与北方游牧生产方式之间此消彼长的历史，而且，还在不同历史时期，为各种边缘状

态的“地方性知识”<sup>①</sup>的存在提供了可能<sup>②</sup>。

1949年新中国成立后，在古浪这个靠近沙漠的小地方，也建立了现代国家的基层组织（黄仁宇，1997）。但是，由于地理环境、财力、人力等诸多方面的因素，在中国坚持了大约30年的乡村公共物品计划供应体制，最先开始在这些国家权力无暇顾及的地区松动了<sup>③</sup>。

到本案发生的1988年，中国的社会经济改革已经进行了整整10个年头。在东南沿海地区，各种公、私混合经济形态中的民间投资，如雨后春笋般涌现出来。但在整个社会生产和生活中，公有产权及国家财政投资体制依然占据主导地位（费肯杰，1993）。就乡村公共物品的建设而言，形成了两种对比鲜明的情

- 
- ① 本文使用的“地方性知识”（local knowledge）源于吉尔兹（1998）。此前，吉尔兹的分析更多地赋予“地方性知识”以想像共同体的同质性，苏力（2000）则强调了地方性知识的具体性（know-how），强调它与“空间位置”（locality）的关联。由于利益往往建构于具体知识和知识能力之上，借用诺思（1994）关于“资源基数的扩张依赖于技术进步，最终取决于知识存量的基点”的观点，我们认为，应当从广义上理解“知识”（巴里·巴恩斯、大卫·布鲁尔、约翰·亨利，2004）本身，理解知识与知识能力对产权演变的影响。所以，本文使用的“地方性利益共同体”，强调分享具体地方性知识所带来利益的共同体。当然，并非地方的每个成员都能均等地参与分享地方性知识所带来的利益，在具体成员收益和共同体收益之间存有差别。
- ② 这里，如果接受米歇尔·福柯（1998）“对于任何一种权力的考察，都应当是在微观层面和权力运作的末梢，在一种权力与另一种权力交界的地方”的观点，那么，本案发生的这个特定时空，对于考察转型期国家权力、地方性知识与民间投资之间围绕乡村公共物品产权的“角力”，就具有重要的理论价值。
- ③ 比较权威的观点认为，农村土地承包责任制的尝试开始于1978年的安徽省凤阳县小岗村。而根据我们对西北一些偏僻农村地区的考察，相当多类似的民间自主实践，在更早的时候实际上就已经存在了。

形：一方面，国家权力更加积极地在跨省区重大公共物品投资中发挥作用<sup>①</sup>，而不再对充满地方性知识意味的乡村公共物品——如本案中的小机井建设——抱有兴趣。实际上，就在本案发生的同时，在距离本案实际发生地点不超过 100 公里远的地方，“景泰川引黄（河）提灌工程”正在政府主导下有条不紊地建设着——该工程从 1960 年代开始筹建，前后时间跨度将近 40 年，是当时中国最大的水利灌溉工程之一<sup>②</sup>。另一方面，本案中的五组、六组村民，却基于共同的和更真切的地方性利益，而对建设小机井充满热情。为此，两组村民经过多次开会协商，决定在村民集资的基础上，请求政府予以资金支持，打机井灌溉农田。出于对农村基层社会治理的考虑，同时由于计划体制下政府无偿供给公共物品的惯性，当地（县、镇两级）政府无偿提供了建设机井的开工许可证和 50 千瓦变压器一台，并划拨改造旧井专项基金 12000 元。

村民的集体行动表明，发轫于农村并历经 10 年的经济改革，虽然使农民的个体利益开始分化，但是，既有制度的惰性

---

① 改革开放以来，每每占据主流媒体头条的重大新闻事件，如南水北调、西气东输、青藏铁路、跨省区的高速铁路、公路等等，作为新国家权威主义指导下的公共物品建设工程，都背负着共同的理念。

② 该工程总体规划设计提水流量 28.6m<sup>3</sup>/s，加大流量 33m<sup>3</sup>/s，装机容量 24.87 万 kw，兴建泵站 43 座，最大提水高度 602m，灌溉面积近百万亩，安置移民 30 多万人。该工程以扬程高，流量大，多梯级而被列入“中华之最”。其中一期工程 1969 年开工，1974 年竣工。在中央的大力支持下，省委、省革委等机关部门动员省内厂矿职工、驻地官兵参加施工，最大限度地保证了钢材、水泥、机电设备等紧缺物资的供应。一期工程国家投资 6608 万元，二期工程（1984～1994）投资 4.88 亿元。1992 年，这项庞大的水利工程将黄河水送到了古浪县部分地区。参见陈可言、姜作孝（1995），甘肃景电管理局网站：[www.gsjdinfo.com](http://www.gsjdinfo.com)。



或说中国社会改革的“路径依赖”，使得地方性知识和地方性利益的合法载体，依然更倾心于“集体”和“集体组织”。因为，借助于“集体”和“集体组织”的名义，行动者可以更有效地在公有产权的固有框架内，协调已经分化甚至对立的多元利益，跨越公、私观念和制度的现实障碍，并尽可能地弱化源自意识形态的政治风险。其次，它还表明，在此阶段，国家权力与地方性利益共同体之间，是一种合作互补而非竞争替代的关系。虽然建设机井的原始动机来自于村民的利益及其农业生产目的，但在机井建设的整个过程中，起关键作用的仍然是政府的许可、财政资金、设备和其他制度条件的支持。与此同时，家庭联产承包制这个基本转型条件又决定了，不管是国家权力的关键性作用，还是村民集体的投资动机，都不是独立发生的，而需要相互间达成某种默契和配合。

而且，本案的村民“集资”，正如众多研究所揭示的那样，作为转型期乡村公共物品提供的主要方式之一（彭代彦，2002；高峰，2003），实际上是一项非常重要的制度创新。如同中国市场化改革以来，在社会不同领域率先冲击计划体制堡垒的各种“集资”一样<sup>①</sup>，它们都蕴含着同样的转型价值。“集资”制度兼顾了投资入股和组织内部成员资格这两个方面，因此，在引入资本/产权规则的同时，又能很好地衔接计划体制下单位内部共同福利（即“集体积累”）。换言之，在社会改革相关领域内，通过这种制度创新，有可能在不损害内部成员既有福利

---

① 从典型的住房“集资”、国有企业股份制改造中的职工“集资”，到城市和乡村自来水、电力、煤气、通讯等典型公共物品建设中产权性质不明的“集资”，等等。

的基础上，提升集体、或至少是某些个体的福利水平，从而达致“帕累托改进”状态。而且，它还可以巧妙地利用“法不责众”这一为主流法学研究所贬抑的情境，低成本地对相关制度进行“破旧立新”。当然，在转型中国的背景下，因为“集资”一定是发生在“公、私（产权）”的交界面上，这样，它就为公权力的随时介入留下余地，民间私人投资者的产权风险也就不可避免。“河北大午农牧集团公司非法吸收公众存款案”（刘光华，2005）这样的事件也就可能发生<sup>①</sup>。

所以，在改革初期的社会经济治理中，要想继续保持对地方行动者的控制，国家权力就必须在其相对势弱的地区，与地方性利益共同体达成某种妥协。而这正是中国乡土社会在工商业化初期的实际演进路径。也就是说，从一开始，国家权力、地方性利益共同体和基层具体行动者就纠缠在一起，这和西方语境下“公、私法”的泾渭分明或者“政治国家与市民社会”的二元对立是决然不同的。也正因此，随着家庭联产承包制的实施，计划体制下代表“社会治理术”的乡村

---

① 在这个俗称“孙大午案”的著名案例中，民间投资者孙大午及其作为法定代理人的河北大午农牧集团公司，为筹措生产发展资金，在无法跨越国家正式金融制度给民间投资者融资设定的“高门槛”的情况下，根据专业律师的咨询意见，在集团公司内部职工及其有亲缘关系的附近村民中进行“集资”，并尝试建立了农民金融合作周转中心。为此，孙大午被当地司法机关以“非法吸收公众存款罪”为名逮捕并审判。最后，在社会的广泛关注和舆论的强大压力下，该案以一种略带妥协的方式——“缓刑加罚金”而告结束。如果说本案的“集资”仅仅针对的是最为物质化层面且具有浓厚地方性知识特征的乡村准公共物品的话，孙大午及其大午集团公司通过“集资”方式直接创制民间草根金融制度的实践，则在本质上触动了转型中国乡村社会典型的纯公共物品提供机制。由此，“孙大午案”在某种程度上已构成对本文论题时空上的延展与内容上的深化。

集体组织，也逐渐恢复了对经济绩效的追求（刘光华，赵忠龙，2004），并成功地扮演了传统国家权力和市场化私人利益之间的媒介角色。

如果可以把地方性利益共同体与国家权力间的“角力”，理解为新制度经济学中的“产权交易”的话，则会发现，在国家和集体这两个非人格化主体之间的“产权交易”，实际上是在缺乏确定产权结构的前提下展开的。交易双方，尤其是作为私人投资者的村民集体，最终都将无法获得一个确定的产权。另外，由于任何一个确定性产权的诞生，都要与具体的社会生产模式相结合才有意义，所以，在市场化的家庭联产承包生产模式中，传统的国有或集体产权状态下的乡村公共物品，必然会成为“异物”。一旦条件成熟，作为“壳资源”的它们就会被抛弃。

改革初期这种典型的“产权交易”模式，虽然揭示了以国家财政为主导的乡村公共产品单一提供机制的松动，但却没有真正触动传统乡村公共物品提供机制的内在逻辑。

3. 乡村公共物品公有产权的内在矛盾与承包合同制的引入：  
私人投资者开始以独立面目出现

(1) 乡村公共物品公有产权的内部矛盾——国家和集体的关系及“承包合同”的引入。

回到本案中，就在两组村民对这口小机井的建设充满期待的时候，由政府主导建设的“景泰川引黄（河）提灌工程”第二期已接近完工。1992年，这项庞大的水利工程将黄河水输送到古浪县部分灌区。本案中的五组成为该工程的受益者。由于将不再有实际需要，五组同意暂时由六组管理使用机井。

后者很快将机井承包给本组村民 HYS 3 年。

至此可以看到，引黄提灌工程及用于灌溉的黄河水资源，作为现代主权者的一种社会治理方式，一旦进入公有性质的乡村公共物品的产权框架内，就会立刻导致经由国家和集体之间的“产权交易”而在表面上定型的利益关系，又开始瓦解和重组。另外，六组和村民 HYS 之间承包合同的签订表明，作为地方性利益载体的五组、六组以及特定的村民个人，已经通过自身的实际行动，触及到了传统乡村公共物品及其公有产权的内在逻辑。或者说，民间投资者已经开始出于自然人的天然人格利益，来谋求乡村公共物品中公有产权的剩余利益，因为在机井建设中，政府提供的资金、设备及其他资源都具有国有产权性质。这一点无疑更有意味。

国家对该机井投入的 12000 元现金和一台 50 千瓦的变压器，尽管从财政资金的总量上看，只占其中极小的份额。但是，从涉案机井的现实产权及技术操作的角度来看，即使刨除其中的采水许可权、国有水资源等国有财产成分，国有产权却也占到该机井产权的 1/3 强。而细心的人还会注意到，在两个村民集体之间，以及村民集体与私人投资者之间的产权交易中，自始至终都没有国有产权及其代表的影子。一方面，本案展现了由于公有产权主体缺位而造成的“公地悲剧”（Hardin, 1968）；另一方面，联系到国家和集体之间的第一次“产权交易”，可以发现：恰恰是公有产权的模糊性与包容性，以及公有产权特别是国有产权高昂的实现成本等制约因素，使得那些同样自称为“公有产权及其代表”的集体产权与村民集体组织，事实上就可以顺理成章地填补乡村公共物品中“国有产权

主体”的空缺之位。而且，也只有借助于“集资”状态下的集体产权<sup>①</sup>和以集体组织为一方的“承包合同”，私人投资者才可能现实地介入乡村公共物品投资。从实证的角度，我们无法想像一个转型背景下的私人投资者，可以离开“集资”和“承包合同”这种制度创新，而直接进入乡村公共物品投资领域。

这样，村民小组等集体组织就兼有双重身份——既是国家权力进入乡土社会的中介，又是地方性知识及地方性利益的有效载体。这种“双重身份”不仅使得作为集体经济组织的五组、六组，能够“从容”地代表和行使包括国有财产在内的全部公有产权，成功地对机井这个乡村公共物品进行产权交易，如五组和六组之间签订“股权转让协议”，以及六组在两个承包关系中充当“发包方”的角色，等等；并且，还为下面将要看到的独立民间投资者的“登堂入室”，预留了可能的空间。

它也再次证明：我们无法跨越转型中国的村民集体组织——这一“熟人社会”的存在形式，而将西方市场体制发达国家“陌生人社会”中的契约理论与个人权利概念，直接推演适用于中国乡村社会和中国农民的经济生产、社会生活。任何对乡村公共物品抱有企图的民间投资者，首先和至少在“名分”上，都要借助于一顶集体的“红帽子”，才能显得“名正言顺”，也才能在事实上为其投资行为寻找到合法性基础。

---

① 随着1990年代社会主义市场经济理论的提出，特别是现代企业制度下“明晰产权”政策的实施，大批集体企业开始要求摘掉“红帽子”，还个体/私营企业以本来面目。正是这个历史背景，使得广义“集资”样态下的集体产权开始退出历史舞台，并形成了辉煌一时的“乡镇集体经济”光辉不再的迷思。

正因如此，尽管民间私人投资公共物品的技术条件还比较落后，产权结构也没有被现存制度赋予应有的合法性，民间投资者面对可能得到的产权，却依然表现出极大的积极性，并使包括“假集体”在内的集体经济，实实在在地成为1980年代末至1990年代初国民经济增长的主要贡献者（裴小林，2003）。

另一方面，机井承包经营合同在六组和村民HYS之间的引入，揭示了表面符合形式要件的“集体共有产权”的内在不稳定性，也表现了在“集资”面具下，私人的独立利益开始凸现。同时，它还为六组和村民ZJY之间更长期、更具实质产权内容的机井承包经营合同的签订，埋下了伏笔。这里要指出的是，虽然在“承包合同”签订之前，乡村社会通过“集资”的形式引入了私人对乡村公共物品的投资，但却很难证明，其中的当事人各方真正是从“商品经营”和“产权”的角度来行动的。所以，“集资”制度并没有立竿见影地给民间投资者带来产权意识和相应的稳定产权模式。只有经过“承包合同”及内含于其中的经营目的和商品意识的洗礼，真正独立的私人产权观念和模式，才可能被分化和催生出来。同“集资”这一制度创新可以媲美的是，“承包合同制”借助于主流市场经济的“契约”形式，通过其内容的交易性、主体的独立性、利益的封闭性、书面形式的确定预期性等内在特性，在特定领域里为私人投资者确立了相对排他的产权机制<sup>①</sup>；而且，承包合同浓厚的“共向

<sup>①</sup> 因为，相对于具有“对世性”和“绝对性”的产权——所有权来说，“对人性”和“请求权”性质的产权——合同债权，始终只是一种相对排他性的产权。

性”（而非“对向性”）特质<sup>①</sup>，又为公、私主体双方的沟通与合作提供了可能。

这同时也说明了，为什么早期的农村和城市经济体制改革，都不约而同地选择了承包经营合同制模式。也正因此，在经济转型初期，我们单独制定了《中华人民共和国合同法》来规范各种形式的承包经营合同，并在司法机关内部单独设立了“经济庭”来专门管辖此类经济合同纠纷。类似法律制度创新，并非就没有一点独特的立法理念和实践价值！因为，把它们取而代之以《中华人民共和国合同法》与“大民事”格局的司法体制（史际春、孙虹，2002），这些依照主流市场经济强势法制话语而建立的制度，依然无法将承包经营合同有机地包容进去，也未能有效地解决相关的法律纠纷。

（2）民间投资者内部的“角力”：独立民间投资者的出现及其产权诉求。

如上所述，“集体产权”的天然包容性，虽然为“集资”和“承包合同”等制度创新带来了便利；但同时，不同质的、特别是多个排他性私人产权的混杂状态及其带来的不稳定性，又必然隐藏着本案机井产权内部的离心倾向。机井由六组村民 HYS 承包经营 3 年后，就机井的经营管理问题，五组、六组曾达成以退款换取股权的暂时协议。然而，后来六组并没有在约定的

---

<sup>①</sup> “共向性”的合同意味着当事人的意志和利益具有更多合作、一致的色彩，如合伙协议、国有企业经营责任制合同等；而“对向性”的合同，则意味着当事人双方意志和利益的更多竞争与交换性质，如商品买卖协议。正因如此，在一些地方，如山东寿光，还出现了对最典型的公共物品——“社会治安”的“承包制”（叶子荣、刘鸿渊，2005）。

时间内履行退款协议。故而，五组采取了极端手段，拆卸了机井的部分设备，并造成那台 50 千瓦变压器及其他机井设备被毁或被盗的后果。此时的机井，在经济学上的价值和在农业生产上的使用价值，都已严重贬损。至此，本案乡村公共物品——机井中所存在的“集体共有产权”，一个最初看来非常合乎主流民法权利形式，并具有相当社会合法性基础的产权结构，当所附着的社会生产条件发生变化后，它内部的离心力就毕显无疑了。

但是，在西北干旱农业生态条件下，农业生产对机井的现实需求却不会因此中止。所以，机井的价值和使用价值，一定会在工商业因素日益加深的背景下重现。随着另一份机井承包合同的签订，这个可能就变成了现实。考虑到“有井不能浇田”的现实农业生产压力，1998 年 1 月 15 日，六组单方面以甲方名义将机井承包给该组村民 ZJY（乙方）经营管理，并签订了内容较为完备的机井承包合同。合同约定承包期 10 年，同意由乙方投资恢复机井运转。并且，乙方在承包期内购买的机井设备（每年）按 10% 折旧，期满全部归公（甲方）。合同订立后，双方特别是作为私人投资者的 ZJY 依约履行，投入大笔资金重置设备，对机井进行了安装调试，并于 1998 年 1 月下旬正式启动抽水。双方产权交易的法律形式——“承包经营合同”，虽然表面上还带有传统中国乡土社会“立字为契”的痕迹，但从其主要条款的内容来看，作为一项充分体现了现代产权观念的法律制度创新，它更多地昭示了经济改革 20 年后，当地农村“熟人社会”及其行为规则的式微，以及现代工商社会生产关系及其行为规则的初现。此时的民间私人投资者 ZJY 与他所共同生活的村民集体，都已经具备了比较明晰的产权意识和工商业经营观念。当事人之间虽然存在种种



宗亲和血缘关系，但即使是“亲兄弟”也还得“明算账”。

而且，这种产权意识，很快通过最具现代意味的市场交易——对其他村民股权（溢价或减价）的收购<sup>①</sup>，演化成 ZJY 和 WWX 为代表的独立私人投资者之间争夺机井产权的实际行动。私人民间投资者已不再满足于机井的承包权（剩余索取权），他们更希望得到的，可能是机井的所有权（剩余控制权），一个具有更大排他性和稳定性的产权。

和在争夺机井“集体产权”名义下所发生的冲突不同，也和当事人非理性的“以牙还牙”的“强力”举动不同，在大概又一个 10 年过后，同时也是转型中国社会明确了“市场化取向”的主流改革话语之后，私人民间投资者已经开始懂得寻求带有公力救济性质的司法诉讼，并有意识地选择国家的形式化法律规则（如物权规则、无效合同规则等），来主张和论证自己的私人独立产权。

本案两个村民小组中各自涌现出的领军人物 ZJY 和 WWX 及其争取机井产权的行动，表明了中国农民拥有自主选择乡村公共物品产权模式的智慧。但不管是六组村民对协议的“背信弃义”，还是五组村民所采取的极端报复手段，又都显示出：他们虽然接纳了合同的“纸面化”形式，但似乎还缺乏对作为“一组信诺”的合同制度的理解、信仰与尊重（Black's Law Dictionary 8<sup>th</sup> ed.

① 相对于机井对其生产生活有着实际意义的六组村民和 ZJY，WWX 与五组村民之间的交易（以高价买卖没有农业生产使用价值的机井股权），虽然显现出更多的赌博冒险而非实业冒险性，但它依然是一种正常的商业理性。只可惜，在案情所限的时空与制度环境下，这种赌博即使侥幸成功，也无法通过非合作的方式给产权人带来真正的利益。

2004, contract)。当然, 其中更根本的原因可能是: 由于本案当事人的具体生活场景——传统农业生产方式主导的中国西北贫困农村, 正在形象地再现“从身份到契约”(梅因, 1933)的历史转变<sup>①</sup>, 所以在本质上缺乏支撑现代“合同”制度运作所需要的物质生产基础与制度保障条件(阿蒂亚, 1982)。

另外, 在整个过程中, 虽然 ZJY 和 WWX 都一再声称, 他们争取机井产权的目的是为了各自村民小组集体的利益; 而且 WWX 也是假借五组集体的名义提起诉讼的, 但是, 机井的地方性知识特征和集体产权本身的模糊性, 使得私人投资者完全可以将他们独立的私人产权诉求, 无间隙地镶嵌在其所声称的“集体产权”之中。如果再考虑到私人投资者以经营为目的而对其他村民股权的收购, 就可以清楚地看到, 在乡村社会经济改革 20 年后, 地方性知识及地方性利益的主要载体, 正在以一种不易觉察的方式, 从改革初期的村民集体组织向其具体成员——村民转移。

并且, 民间私人投资行为得以实现的物质前提——ZJY 本人前后用于购买设备、恢复机井运转所实际发生的 20000 余元费用<sup>②</sup>, 若以当时该地区的经济发展程度和生活水平(人均年收入 300~600 元)为参照<sup>③</sup>, 是他难以独立承担的巨额负担。但

① 乡村社会中的当事人, 特别是作为发包方的地方政府和集体经济组织对农村承包合同的随意撕毁, 以及中国社会整体上的信用危机, 都可以在这样的语境下得到理解。

② 这一数据是根据 ZJY 提供的再审申请书, 并结合两级法院审结的判决书所确定的。

③ 该数据未得到官方统计数据的证实, 是作者根据有关被调查人提供的参考材料做出的保守估计。

是，ZJY 本人却做出了有悖传统农业理性与农民思维的选择：通过银行贷款甚至私人高利贷等融资手段筹集了上述资金，并自愿签订了一份带有“折旧”和产权归属条款的、对一口“烂摊子”机井包期 10 年的承包合同。上述种种迹象表明：民间投资者 ZJY 的行为实质上是一种“实业家”的理性化算计、比较与选择。ZJY 立足于对“机井”这一乡村公共物品潜在社会经济价值的判断，通过自主选择“承包合同”的法律形式，投资并经营管理机井。其最终目的在于：获取某种（至少是在地方性知识中）可以期待的私人产权，进而参与到一种新的“工业化”的社会生产关系中。而不再仅仅满足于传统农耕模式下的“养家糊口”，或者通过家庭土地承包制来改善个人生计。

由此可见，无论是本案中 WWX 和 ZJY 为代表的私人民间投资者对机井控制权的争夺，还是孙大午通过自觉创新民间草根金融制度，在家乡投资兴建学校、医院、公路等乡村基础设施的行动，实际上都预示了：随着中国社会转型程度的日益加深，传统乡村公共物品提供机制（特别是产权机制）开始衰落。投资乡村公共物品的独立私人主体，呼之欲出！

#### 4. 关于转型时期民间投资乡村公共物品具体路径的总结

从计划体制下的国家财政建设，到改革初期的“吃老本”和榨取早年集体积累，到迫于农业生产的现实压力而由国家、家庭承包者们集体共同投资（“集资”），再到公共物品由于公有产权界限不清和“搭便车”而闲置和废弃，这样一个乡村公共物品及其提供机制演进的基本历史轨迹，说明了以下几点：

首先，改革初期的意识形态和制度状态，根本没有也不可能

间。所以，乡村公共物品领域内私人投资的缺失，是一种不证自明的事实状态。而作为农民的本案当事人 ZJY 和 WWX，他们对乡村公共物品——机井——的投资和产权争夺，则以一种极端的方式揭示了公共物品在更大范围和更深层次上市场化与民营化的可能。

其次，中国社会的转型现实，决定了民间私人投资者只有借助于“集体”这个媒介，即通过集体组织名义的“集资”和“承包合同”等制度创新方式，才可能参与投资乡村公共物品。这些充满实践智慧的制度创新，不仅弥补了中国转型时期乡村公共物品的缺失，还实现了对传统乡村公共物品及其功能的有机传承。并且，正如 30 年、50 年期限的农村土地承包经营合同创制出全新的“集体土地承包经营权”（王利明，2001）一样，上述制度创新，特别是为期 10 年的“承包合同”，借助于“长期契约”的形式，事实上已为主体一方的私人投资者创生了一种符合形式化法律权利规则的新“准物权”（崔建远，2003）。换言之，类似本案的“承包合同”制度，使私人产权在乡村公共物品投资领域成为现实。

同时还必须指出，即使我们承认私人投资者通过“集资”和“承包合同”等制度创新方式，冲破了传统的亲缘、宗法关系甚至计划管理的束缚，表现出较明确的私人产权意识，并确立了某种程度的可预期私人产权，但这并不等于说，当下中国的乡村社会已经完全具备了西方式的契约观念、个人权利理论或制度。转型中国背景下萌生的私人投资乡村公共物品的前提，和西方完全不同：其产权演进的基本底色是“不稳定”的公有主体、公有产权及在国家支持和集体积累基础上形成的乡村公

共物品；而不是西方式的“确定性”私人物品和人格化产权主体映衬下的公共财政与公共物品。正因为如此，国家权力、地方性利益共同体和民间私人投资者之间的持续性“角力”就不可避免。如果与西欧社会的“历史当下”（historic present）（泰戈、维利，1996）对比，那么，我们都需要在多种制度、观念和规则间进行权衡。其间必然会矛盾重重，险象环生；而且，立法者、政策制定者、执行者特别是司法者把握时代方向的能力、眼力和魄力，将显得异常重要。

最后，推而广之，中国社会的转型，如同上述乡村公共物品提供机制的历史演进所描述的那样，一定是一个非常具体和细致的过程。对这个过程，无法简单地进行是非、善恶的判断，而只能从制度的现实语境和制度下实在的生活来经验地理解。“抽刀断水水更流”、“斩不断，理还乱”是它的特征。其间一定有符合历史逻辑和实践理性的“起承转合”，等待着我们去发现。

### 三 民间投资乡村公共物品的制度困局

——法院扮演的角色与国家权力对民间投资的干预<sup>①</sup>

本案民间私人投资者 ZJY 及其竞争对手 WWX 等对机井这个乡村公共物品产权的争取，其中所传递的信息是：虽然集体

<sup>①</sup> 赵晓力（2000）曾做过一个宏观研究，分析了改革初期围绕土地承包经营纠纷的解决，法院作为国家权力对民间生活积极介入的情况。这可以作为理解本文的一个前提。本文所提供的分析将更加细致和明确。

组织和集体产权曾经在国家权力和私人资本之间发挥过有效的沟通作用，但随着民间私人投资与生俱来的扩张性和排他性的日益膨胀，私人产权对公共物品中所内含的公有产权的挑战就在所难免。面对民间私人投资者对公有产权表达出的产权诉求，国家权力——包括立法权、司法权和行政权等——必须要做出及时和适当的回应。在“理想型”市场经济法律制度还处于探索性建设中的转型背景下，这种回应更需要高度的政策水平与知识能力。否则，缺乏观察和想像力的旧体制、旧制度、旧观念及其历史惰性，必然会使国家权力的回应方式带有攻击性和破坏力<sup>①</sup>。

1. 公有产权的维护与传统行政权威合法性的丧失：法院作为公有产权代表介入民间投资的前提

虽然五组、六组于1997年1月曾经达成过“以退款换股权”的暂时协议，但由于产权仍然落脚在一个较大的村民集体，仍旧可以纳入公有制的框架<sup>②</sup>，所以，国家权力和民间私人投资者（集体）之间就风平浪静。借助于“集资”形态的“集体产权”的保护，私人投资者没有招致政治或法律风险。但是，1998年1月ZJY重新投资并恢复机井抽水，进而，以WWX和ZJY为代表的私人投资者开始收购原集资户的“股金”，公开发表对乡村公共物品的独立私人产权愿望，这样一来，公有产权的代表和国家权力就不可能再熟视无睹了。

① 借助于某种社会文化、价值和观念的意识形态，它可能具有的破坏力，比起器物性的暴力工具来讲，更具隐蔽性和攻击性。

② 具体参见《中华人民共和国宪法》第8条，《民法通则》第74条，《最高法〈民法通则〉若干意见200条》第95、96条的规定。

在 WWX 和 ZJY 为代表的私人投资者双方矛盾进一步激化后，可能是基于争议标的——机井的公共物品性质及其蕴含的公有产权等的考量，当地政府和有关部门曾多次出面，试图协调和处理这件事。但是，政府传统行政权的属性及其在市场经济条件下调控私人产权关系的局限性<sup>①</sup>，决定了它再也不能像计划体制下那样，下达关、停、并、转的行政指令了。而且，对于本案所涉的没有经过评估、登记、确权的国有资产历史遗留问题，即便存在基层国有资产管理机关，同样也会无能为力。再退一步，即或他们中有些精英“敢为天下先”，要提起诉讼，但在以国家为主体的民事诉讼制度（即民事公诉）空缺的前提下，也没有现实的可行性。换句话说，转型中国的社会经济结构变迁，已使得依赖于传统政治架构的国家行政权力，在解决市场化私人产权纠纷问题上，丧失了固有的合法性基础。

更重要的是，民间投资者的私人产权，及其所衍生的人格化权利、利益冲突，不仅同公有产权框架内调整国家与集体产权关系的规则和机制之间出现了断裂；而且，现代工商业的背景和民主法制的主流话语，也使得类似本案的私人产权纠纷，已经从政治意识形态争论越来越演变成为法律规则、司法程序和证据技术问题，这就是打官司。司法机关及其主导的司法诉讼开始逐步取代传统行政权的调控方式，成为更具合法性基础

---

① 不仅因为它同民间私人投资者之间缺乏行政隶属关系，“政企分开”等主流法制话语也会对它的干预企图产生制约。更不要说，“依法行政”理念下的相关制度建设如行政诉讼、国家赔偿等，使得传统国家行政权力越来越无法承担干预的后果及干预不当的风险。

的纠纷解决机制。这样，与中国市场化改革同步产生的“法制经济”理念的实践承载者——司法机关和司法裁判职能，就以其在西方“理想型”法制语境中的“利益超然性”、“裁判公正性”和“制度强制性”等特征，自然而然地被推到了解决私人产权争议的前台。这正是持续了 20 余年的渐进改革带给中国社会最大的政治变化之一：一个全能政府开始与其他专门性国家机关分享国家权力。

虽然，随着“政企分开”，传统国家行政权力在公有产权领域淡出，新的国有资产管理主体也尚未适时跟进，但它并非意味着相关领域内公有产权的代表和公共政策就销声匿迹了。公有产权的维护，必然需要寻找新的现实代理人。同时，由于中国社会中久已存在的“司法权力行政化”（刘武俊，2002）、“司法权力地方化”（蔡彦敏，1999）等传统，于是，法院作为国家权力的必然延伸，在介入具有转型背景和公私交融特征的纠纷时，就可以在其“居中裁决者”或者“权威第三方”的应然定位的掩护下，安然地实现“公有产权维护者”的角色目的。

通过对本案中法院具体司法实践的观察，可以看到，司法机关的介入和早期计划体制下国家行政权力的介入方式不同。后者具有表面上“直接、强硬”、事实上“柔性、防御”的特性<sup>①</sup>。而前者由于在地位和角色上的“超然”假象，裁判过程的

---

① 因为政府行政主导的纠纷解决过程，表面上由公安/警察等国家暴力机器做后盾，但实质上却是非严格程序和非证据主义的，是可以“讨价还价”并需要充分估量民情、民意的。这样就使得其间的国家行政权力，不管是基于计划体制的“父爱主义”（科尔纳，1986）还是传统文化的“父母官”定位，在事实上都是柔性与防御的。



当事人（通过程序和举证）自我选择和裁判结果的必须接受等特征，使它在裁量争议产权过程中对公有产权的维护，就成为国家权力干预民间私人投资的一种更具隐蔽性和不妥协性、因而更具优势性的方式。

基于转型中国社会的“共时性”特征（舒国莹，1998；苏力，2000；孙立平 2002；刘光华，2004；黄宗智，2005），对这种“攻击性”司法干预方式的效率价值及其在具体案件中的合法性问题等，可能更需要从更多的角度进行评估（刘光华，2005）；但是，如果反思一下我们习惯于生搬硬套的西方公、私法观念和三权分立理论，就应该承认：转型期的中国司法机关，通过具体行动时的策略性选择（苏力，2000），可以把“公有产权维护者”的身份巧妙地掩盖在当事人所期待的、也是司法制度所要求的“纠纷裁判者”的角色外衣之下。这样，本案法院对私人投资公共物品所引发纠纷的处理，就可能呈现出别样的特征——司法机关既要解决当事人的诉讼争议，同时还必须兼顾维护公有产权的职责。

## 2. 法院双重角色的扮演和司法活动中的具体策略与技术

此案经过两级法院的审理，司法机关最终确认：甘肃省 1991 年 1 月 20 日颁布的《农村集体资产管理条例》规定，集体资产归农村集体经济组织全体成员集体所有，包括农村集体经济组织投资、投劳兴建的房屋、小型农田水利等设施，村民作为农村集体经济组织的成员投资兴建的一切设施，均可视为集体资产。因此，本案争议的机井属于五组和六组的共同共有财产。基于这个关键性认定，法院最后否决了六组与 ZJY 签订的机井承包合同以及 WWX、ZJY 二人收购村民“股金”行为的法

律效力。

从法理上来看，两审法院的判决都根据原告的“诉讼请求”，而把本案定性为关于乡村公共物品——机井的集体产权纠纷。因此，机井由两个村民小组共有，任何一个村民小组的单方面处置（包括对外承包）都不具有法律效力。毫无疑问，法院上述判决的主体内容，严格遵循了民法物权法和合同法的相关规则，是一个完全依照当事人诉讼请求而居中裁决的结果。特别是二审法院的判决，在表面上使所有涉案当事人都“各得其所”，表现得几乎“无懈可击”<sup>①</sup>。

但是，如果结合前述关于整个案件前因后果的分析，结合民间私人投资进入乡村公共物品领域的历史演进路线和现实意义，并以当事人的真实诉讼目的为向来考察，我们又会发现，法院所肯定的本案当事人 WWX 进行诉讼的目的——谋求集体共有产权，与当事人高价收购机井股份的经济人理性及产权逻辑是根本冲突的。事实上，不管是最初五组、六组相关村民的集体“集资”，还是其后 ZJY、WWX 等人的股金收购行为，都说明早期机井的“集体产权”只是民间投资者为获取政策利益和规避风险而借助的徒有其名的“外壳”；而且，上述行为已从根本上消解了形式化的“集体产权”。也正因此，作为被告的六组根本就没有对起诉书进行答辩（因为那个“集体共有产权”对它本来就没有多少实质意义！）；相反，自始至终关心案件并通过各种方式试图推翻判决的却是第三人——ZJY。

<sup>①</sup> 二审裁判文书不仅判决了原被告之间的产权纠纷，甚至处理了原告诉讼请求之外、被告内部——六组和 ZJY 之间的承包合同纠纷，更代言共有产权人（六组）惩罚了五组先前对机井的破坏行为。

本案的实质应该是这样的：在引入市场机制后的乡土中国社会中，沿袭了传统公有产权的乡村公共物品提供机制，既失去了国家公共财政的支持，又缺乏来自集体组织内部的持续性投资动力，所以不得不借助于集体产权的模糊性和相关的制度创新，来引入独立的私人投资，但最终由于蛰伏于“集体产权”名义下的扩张性私人产权之间的冲突无法协调，才现实地引发了眼前这桩诉讼。换言之，本案的实质是私人民间投资者之间的产权之争。而且，我们相信，法院也清楚地意识到，其对机井“集体共有产权”的确权判决，虽然满足了形式化司法的要求，却没有解决真正的问题，即原告 WWX 与第三人 ZJY 的关系问题。所以，在整个司法裁判活动中，我们分明能够感到，本案的司法机关更像一个“善良家父”，积极主动且小心细致。它真正花力气和动脑筋来处理的，却是与原告当事人的集体产权确权及侵权损害赔偿诉讼请求无关的、ZJY 的身份和地位问题。

这样，法院尽管拥有很大的国家权威，可以“义正辞严”地判决机井归集体共同所有，但为了能够持久性地解决纠纷并恢复乡土社会的经济秩序，在适当时候也得揣摩基层具体行动者的底牌。为此，本案二审法院在一审裁判的基础上，做出了以“五组、六组给付 ZJY 经营管理（机井）期间的工资报酬，时间从 1998 年 1 月 15 日起至机井交付之日止，每年按 8 个月计算，每天按 10 元支付”为内容的补充判决，对民间私人投资者 ZJY 进行了策略性安抚。在此过程中，法院结合已在中国乡土社会中扎根的“工商业文明”基本语境，通过煞费苦心地选取“工资”——能够标示劳资关系这个现代工商业社会中最典型社

会关系的“语词”<sup>①</sup>，运用具体的裁判文本书写技术，将一种处在私人产权主体（老板）对立面的身份——“雇佣劳动者”，强加给了提出私人产权诉求的ZJY。最终，通过肯定“集体共有产权”和引入“劳资关系”，在两个不同的方向上否认了民间投资者的主体身份和独立地位，并在实质上摧毁了他们对乡村公共物品特别是其中内含的国有财产的产权企图。

这样，一个简单的术语选择，起了“四两拨千斤”的效果，使整个诉讼关系和产权关系的性质发生了质的变化。在无需确定公有产权主体（同时也是国有产权主体事实缺位）的情况下，轻松地实现了对公有产权的维护，化解了本案中公、私产权间的冲突和对立。而且，通过运用司法技术对国家权力利齿的包装，还使得司法裁判者自身，在实施错案追究的现行司法体制下，能够游刃有余地为自己找到退路。由此，实证而全面地考察法院的判决文本及其裁判活动，可以发现，中国司法机关特别是基层法院所拥有的绝非是一种纯粹西方式的消极司法裁判权，其中蕴含了相当多的、积极的国家权力与公共政策职能。

如果说司法活动的目的是为了解决冲突和实现正义的话，那么，本案中法院的最后裁决不仅没有减轻乡村公共物品（机井）的产权在法律（判决维持的“集体共有产权”）和事实（地方性知识所认可的“私人产权”）之间的张力，反而使之加剧。在缺乏具体的“送法下乡者”（苏力，2000）的情况下，法院的

---

① 在转型中国的乡土社会中，这种观念是通过“民工潮”和“打工”等经济活动灌输给普通村民的。

上述司法活动，除了在某种形式化司法裁决的掩护下，既没有效率也有失公正地履行了某种公有产权维护者的职能之外，没有显示出其他任何有助于乡村公共物品状况改善的价值和意义<sup>①</sup>。因为，截至本文成稿时，那口机井还在闲置，当事人争夺产权的活动也没有停止，ZJY 仍然在努力争取甘肃省高级人民法院审判监督程序的启动，甚至期望借助记者和媒体的力量来获得产权，他和 WWX 收购“股金”的资本也无法完全追回……总之，当事人并没有完全认可这项已经生效的民事判决书的“正当性”，甚至也不再真正感激政府曾经给予的投资支持及其他政策恩惠。

### 3. 民间投资乡村公共物品的制度困局：一个更为一般命题的引申

在结束本案分析前，让我们做一个回顾与总结。

如果本案中司法判决的瑕疵仅仅局限于个别案例，那就不能说明法院或者现行法律制度有意排斥私人投资乡村公共物品，也不能令人信服地引申出“民间私人投资进入乡村公共物品领域存在制度困局”这个更为一般的命题。所以，除了上述从法律社会学角度的个案分析之外，让我们再从法律实证主义的反证角度，来挖掘本案司法活动所映射出的普遍性制度因素，并进一步论证这个引申命题。

---

<sup>①</sup> 同样的情形发生在“孙大午案”的司法处理中，虽然形式化的法制/判决得到了遵守：孙大午及其大午集团公司被判有罪、集资活动被取缔，但是，僵化的金融体制并没有丝毫改动，孙大午及其大午集团公司随后的经营依然无法获得正常的国家金融支持，而只能仰仗朋友的私人借贷和资助来维系。

我们假定包括法院在内的各方当事人都处于最理想的角色状态，并承认本案的实质是 ZJY、WWX 为代表的民间投资者之间关于乡村公共物品的私人产权争议。如此，“言行一致”的民间投资者 WWX，就应该明确而直接地表达其真实的私人产权意愿，并以自己的名义来提起诉讼。那么他是否就能够如愿以偿地得到产权，或者彻底改写前述判决结果呢？答案依然是否定的！因为，从司法程序和技术——民事案件的起诉和受理标准——的角度来看<sup>①</sup>，如果 WWX 以自己的名义单独起诉，那么，作为私人投资者的他与六组集体之间就不存在直接的利害关系，也就不能提出六组及其与 ZJY 的承包合同侵犯了“集体共有产权”的诉讼请求。

这样，原告当事人 WWX 就只能依据“收购股金”的事实，来请求法院依法确认机井归他和包括 ZJY 在内的其他民间投资者共同所有并共同经营，而不是由 ZJY 一人独自经营。而要实现这个目的，双方当事人特别是 WWX 就需要证明自己产权的存在和权利的无瑕疵。因为，“股金收购”是一种继受取得财产和产权的方式，原始产权人（五组村民集体）的产权瑕疵，将可能同样被 WWX 所承继。进而，要历史地考察五组村民原始集体产权的“合法性”（legality）状态，就不能忽视他们在原告 WWX 带领下拆毁机井设备的行为及其导致的后果，也不能不涉及其中的国有产权问题。

由于此前以 WWX 为首的五组村民拆毁机井设备所造成的财产价值损失，已经等于甚至远远大于当年村民的集资款甚至

---

<sup>①</sup> 具体参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 108 条关于起诉条件的规定。

WWX 本人的收购资本。这样，依照投资和产权的比例原则，当事人 WWX 及五组村民的行为，实质上已经导致了自己产权份额消灭的事实后果。另一方面，即使我们抛开甘肃省《农村集体资产管理条例》对私人投资赤裸裸无偿征收的地方性立法规定，甚至忘却司法裁判背后隐藏着的优先保护公有产权的中国社会政治和法制理念，转而根据私人投资者的辩护依据——全国人大的民事立法及源于大陆法系的物权基本规则来审视，本案中占机井原始产权 1/3 强的国有财政资金部分，也会因时间的先在性而具有首先被司法确认和保护的可能<sup>①</sup>。这样的分析结果，只是给法院的判决披上一层更加精致的合法性外衣<sup>②</sup>，最后依然是回到当事人 WWX 私人产权主张的反面——本案实际的司法判决这个终点<sup>③</sup>。

而本案原告当事人 WWX 的真实意思表示——通过收购股金谋求机井私人产权，与其诉状中的“集体共有产权”诉讼请求的两厢分离，恰是被“规训”（福柯，2003）的法律人——代理律师，在权衡了形式化法制的格式化要求之后，根据被代理人利益最大化原则而不得不做出的理性选择<sup>④</sup>。因为，只有如此

① 从主流民法的物权理论和物权规则出发，国有和集体产权与私人产权一样，具有形式化的平等性和神圣性。

② 法院之所以选择了其实际选择的“捷径”，同时也还因为，我们假想和推理的上述路径，需要更多的“数目字化”（黄仁宇，1999）的物质和技术条件作保证。而这又都是中国转型期特别是乡村社会的基层法院最为欠缺的。

③ 上述独立私人产权的证明和行使过程，对本案中最理想化的民间投资主角 ZJY 来讲，无疑将更加艰难。他期冀的应该是纠纷发生前的那种“灰色”但平静的事实状态，是一个永远不要主动扰民好梦的真正的“夜警”国家！

④ “孙大午案”中，被告当事人被司法机关作为“非法吸收公众存款罪”加以刑事惩处的行为，也是在专业律师咨询意见的指导下进行的。

般地“填空”完成，才能在原告 WWX 和被告六组包括第三人 ZJY 之间建立起如案情所展示的、符合形式化司法要求的“直接利害关系”。也就是说，民间投资者 WWX 只有违背自己内心的真实意思去表示，才能符合形式化“诉状”的要求；也只有假借集体产权之名，才能顺利地被纳入司法诉讼程序。当然，他们这种理性选择的非理性成分又在于：期盼司法裁判过程中的偶在性侥幸的出现。但不幸的是，偶在性的侥幸并不会制度性地“再现”。最终，民间私人投资者的独立产权主张只好在形式化法制与地方性知识之间尴尬地徘徊。

同样，本案中的司法者也没有辜负形式化法制对其裁判职能和角色的定位。我们没有理由说司法机关为了判决而剪裁事实和法律，因为，根据民事诉讼的“不告不理”基本原则与“先告后审”程序理性，司法机关和法官的裁判只是在当事人 WWX 的诉讼请求基础上进一步展开。而且，如同司法裁判者费尽心机地在裁判文书中引入“工资”语词和“劳资关系”论证策略的司法智慧所展示的，他们的裁判行动很可能还是秉持着善良和公心。所以，自始至终我们没有在本案中看到司法腐败的影子。而且，整个案件经过上级法院的复查并得到肯定，最终成为具有法律效力的“终审裁判”。悲剧的化解，需要从“规则下的选择”向“对规则的选择”转变（布伦南、布凯南；2004），但这恰恰是形式化法制及其以“法律计算机”或“自动售货机”为追求目标的司法诉讼制度最为忌讳的。

纵观案件全过程，民间私人投资乡村公共物品及其产权诉求的被否定，实际上是一个从中央立法到地方立法的“集体选择”，一个从立法者、行政者到司法者“集体行动”的结果。而



类似本案的司法审判活动，仅仅是整个现行法制流水线从理念到规则链条的具体和最后的一环。正如承包合同形式的演变所揭示的那样，从改革早期被专门管辖并政策化处理的各种“承包合同”，到今天统一合同法和“大民事”司法格局下的“民事合同”，事实上表现出主流法制对所有合同标的“纯私人物品化”的意图。同时，它也暗示了：主流法律制度（至少在目前）不准备为民间投资乡村公共物品提供生长空间和保护机制。在主流形式化法制与中国社会转型实践的碰撞中，我们这个时而因“司法腐败”而灵活到极致的司法体制，在需要“审时度势”的另一场合，却又僵化得俨然古罗马的“令状时代”（周枏，1994）。正竭力洗脱“人情”、“常理”，而代之以严格制定法和程序理性的转型中国司法制度，正在面对波斯纳法官曾经提出的一个司法技术问题的拷问——是法律问题，还是事实问题（波斯纳，2002）？

同样不能忽视的是，无论民间投资者如何进入乡村公共物品领域，经典公共物品理论（斯蒂格利茨，1997）所揭示的那种私人产权的排他性与公共物品的非排他性之间的距离，并不会因为中国社会转型的特殊性而完全消除。因此，我们可以看到两个集体产权围绕本案的公共物品（机井）在相当长时间内相安无事，但却无法想像两个排他性私人产权在同样情景下可以和平共处。竞争的排他性私人产权所导致的“针锋相对”，与公共物品包容合作的内在要求之间的距离，在缺乏适当产权合作机制、交易机制和维护机制的情形下，就很容易从“双赢”的应然状态走向“两败俱伤”的实然结果。这是在讨论民间私人投资进入乡村公共物品领域时必须认真对待的问题之一！

由此可见，现行司法程序和司法者职能的客观限制，健全法制理念的缺失和主流社会主义市场经济意识形态的反向制约等，使得包括基层司法人员在内的本案所有行动者，虽然在投资——收购——审判的几乎每个环节，都以最适当和理性的方式，穿上或旧（既有制度资源）或新（制度创新）的鞋子，并怀着善良的愿望，最后却真诚地奔向了今天的窘境。可以说，导致本案私人投资乡村公共物品失败的基本因素，都不是仅仅涉及一个随机性的案例，或者只与当事人的个人素质、认知能力和其他偶然性的非制度偏好有关。它们已经远远超出这些范围，并且，依然耸立在每一个乡村公共物品制度变迁行动者的面前。

转型中国的法制格局，使得任何民间私人投资者都成为“方程式”中的具体代入数，司法判决则是一组代入数产生的一个解。方程式到底采取什么样的运算规则——加、减、乘、除等，都事先规定好了，不是由当事人或具体数字来自主选择 and 决定的。这样，类似本案和“孙大午案”的故事，就会以同样的叙事结构，在民间投资乡村公共物品、甚至更广泛的领域内不断地被复制重演。由此，我们认为，不管是从司法技术还是从社会价值的角度，本文的个案背后，实际上蕴含着一个更为一般的命题：中国转型期民间私人投资乡村公共物品面临着制度困局。在此，我们需要追问：面对转型中的中国乡土社会，私人民间投资者以“集资”和“承包合同”等制度创新形式，来回应乡村公共物品缺失的现实状况，那么，包括司法在内的整个中国法制，又为回应这种转型实践做出了什么贡献呢？

## 四 一个简短的结论

首先，目前关于民间投资乡村公共物品的主流研究及其论点，如合理划分中央和地方的财权与事权、政府特别是中央政府成为公共物品提供的主体、让农民享受国民待遇、改革财政税收政策、工业反哺农业，甚至农民“有组织地抗争”等等（李秉龙、张立承、曹暎，2003；田野、朱连心，2004；张红，2003；于建嵘，2003），虽然不无道理，也都很重要，但由于太过强调一种规范论的批判，而表现出一种非常浓厚的政治化价值取向。它们将乡村公共物品的缺失问题及其解决，寄希望于政治体制的变革、立法机关中农民代表比例的增加和政治领导人对“三农”问题的同情与重视，等等。这种从西方公共物品理论出发，预先假定公共物品提供者 of 各级政府的主张，既无实证基础，又充满了不确定性，技术操作难度大，政治风险也高。

即使忽略现实中农业投入的非农化、税收特别是农业税与乡村公共物品供给间的非正相关性，以及政治体制改革的非法律技术性等问题，我们也不能忽视这一点：目前在中文语境下讨论的“乡村公共物品建设”，有相当一部分指的是对计划经济农业生产体制下已然形成的公共物品的改造与完善，而并非仅仅是市场经济体制下的“平地而起”。另外，若将整个中国的社会经济变革作为样本，来同其他社会主义国家的转型实践相比较，“经济改革先于政治改革”也是中国举世公认的成功经验之一。若依照“倚重政治”的主流思路，在乡村公共物品问题上，

就会只专注于公有产权的静态完善与维护，而对民间投资进入特定乡村公共物品领域时，促成公私、私私产权交易的各种正式和非正式的规则，缺乏观察与总结。这样，则会使假借各种形式的国家权力而实施的貌似强大的“攻击性”干预，除了把民间投资乡村公共物品的问题推向恶性循环的起点外，并不能真正有效地解决乡村公共物品缺失的问题。正如罗伯特·C. 埃里克森所指出的，法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界（埃里克森，2003）。

其次，虽然主流的研究也都提出了引入包括私人投资在内的多元化机制，以应对目前乡村公共物品缺失的思路与观点，但却没有看到在理论推演之外，经验事实之中，民间私人投资乡村公共物品的实践，不仅仅是“应该发生”，也不是“或许发生”，而是“早已发生”。而且，主流研究只是给出了价值判断后的结论——应该（should-be）引入，并没有概括和总结转型背景下民间私人资本进入乡村公共物品所能依赖的具体社会制度资源。本文的研究，则结合“集资”和“承包合同”这些极具转型特征的制度创新，深入揭示了民间私人投资进入乡村公共物品领域的具体路径。而包括“孙大午案”在内的其他经验事实也表明，这个路径不仅是关于个案的历史性回顾，在转型中国乡土社会的背景下，它还具有普遍意义与一般价值。

其三，主流研究从规范批判的角度出发，提出并论证了包括民间私人投资在内的多元化机制在解决目前乡村公共物品缺失方面的应然优势（彭代彦，2002），但却没有看到民间资本进入乡村公共物品时所隐藏的风险与可能遭遇的制度性障碍。如

果这些风险和制度性障碍不被重视并得到有效解决，将很有可能如本案和“孙大午案”一样，使得应然的研究结论在私人投资乡村公共物品的具体实践中落空，甚至酿成悲剧。

最后，如果可以表达一点期望的话，那么，在社会主义市场经济基本发展目标确立之后，鉴于“三农”现代化的现实压力和更大范围内公共物品/公用事业民营化的广泛存在，传统乡村公共物品提供机制因政府公权力的退出而导致的空缺，以及大集体机制的内在障碍等现实因素，我们应该因势利导，充分挖掘和利用民间私人投资在解决乡村公共物品缺失问题和助推“三农”工商业化等方面的积极作用，在政府经济管理机关和法院“判例式”良性公共政策平衡（Cardozo, 1924）的协助下，建立一种真正立足于市场化承包责任制和已经分化的社会利益结构的乡村公共物品提供新机制。

## 参考文献

叶兴庆（1997）：《论农村公共产品供给体制的改革》，《经济研究》第6期。

叶子荣、刘鸿渊（2005）：《农村公共物品供给制度：历史、现状与重构》，《学术研究》第1期。

黄仁宇（1997）：《中国大历史》，生活·读书·新知三联出版社。

——（2001）：《放宽历史的视界》，生活·读书·新知三联出版社。

——（1999）：《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联出版社。

克利福德·吉尔兹（1998），邓正来译：《地方性知识：事实与法律的

比较透视》，载梁治平主编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店。

苏力（1998）：《二十世纪中国的现代化和法治》，《法学研究》第1期。

——（2000）：《送法下乡》，中国政法大学出版社。

道格拉斯·C. 诺思（1994）：《经济史中的结构与变迁》，上海人民出版社。

巴里·巴恩斯、大卫·布鲁尔、约翰·亨利（2004）：《科学知识：一种社会学的分析》，南京大学出版社。

科尔纳 J.（1986），张晓光等译：《短缺经济学》（上、下），经济科学出版社。

沃·费肯杰（1993）：《中国社会主义市场经济中市场与竞争的意义和作用》，《中德经济法研究所年刊》第4期，中国大百科全书出版社。

彭代彦（2002）：《农村基础设施投资与农业解困》，《经济学家》第5期。

高峰（2003）：《农村公共物品短缺及其解决办法——兼论税费改革后农村公共物品的供给》，《理论学习》第3期。

米歇尔·福柯（1998），谢强、马月译：《知识考古学》，生活·读书·新知三联出版社。

——（2003），刘北成、杨远婴译：《规训与惩罚》，生活·读书·新知三联出版社。

陈可言、姜作孝主编（1995）：《景泰川的足迹》，甘肃省景泰川电力提灌工程指挥部出版。

刘光华（2005）：《民间金融的司法障碍和经济法的可能作用》，《经济法研究》（2005），北京大学出版社。

——（2004）：《社会法调控机制创新论——以“非典”防治对传统公私法调控机制所带来的挑战和机遇为视角》（上、下），《兰州大学学报》

(社科版)第3、4期。

刘光华、赵忠龙(2004):《集体财产所有权研究:一个经济实绩的角度》(工作论文,待刊稿)。

裴小林(2003):《集体土地所有制对中国经济转轨和农村工业化的贡献:一个资源配置模型的解说》,《中国乡村研究》(第一辑),商务印书馆。

史际春、孙虹(2002):《论“大民事”》,《经济法学评论》第2卷(2001),中国法制出版社。

亨利·梅因著,方孝岳、钟建因译(1933):《古代法》,商务印书馆。

阿蒂亚(1982):《合同法》,法律出版社。

王利明(2001):《物权法律制度》(全国人大常委会法制讲座第二十二讲讲稿),中国人大新闻网, <http://www.npcnews.com.cn/gb/paper8/6/class000800002/hwz169445.htm>。

崔建远(2003):《准物权研究》,法律出版社。

泰格、利维(1996),纪琨译,刘锋校:《法律与资本主义兴起》,学林出版社。

赵晓力(2000):《通过合同的治理——80年代以来中国基层法院对农村承包合同的处理》,《中国社会科学》第2期。

刘武俊(2002):《法官职业:走出泛行政化定位的误区》,中国人大新闻网, <http://www.booker.com.cn/gb/paper8/15/class000800007/hwz214997.htm>。

蔡彦敏(1999):《独立审判探源及其现实分析——寻求实现立法与现实的契合》,《法学评论》第2期。

舒国莹(1998):《大众化与法制化:一个文化—哲学的解释》,《政法论坛》(中国政法大学学报)第3期。

孙立平(2003):《断裂 20世纪90年代以来的中国社会》,社会科学文献出版社。

黄宗智(2005):《悖论社会与现代传统》,《读书》第2期。

杰佛瑞·布伦南, 詹姆斯 M. 布坎南 (2004), 冯克利、魏志梅、王代、秋风等译:《宪政经济学》, 中国社会科学出版社。

周枏 (1994):《罗马法原论》, 商务印书馆。

理查德·A. 波斯纳 (2002):《法理学问题》, 中国政法大学出版社。

斯蒂格利茨 (1997):《经济学》, 中国人民大学出版社。

李秉龙、张立承、曹暉 (2003):《中国贫困地区县乡财政不平衡对农村公共物品供给影响程度研究》,《中国农村观察》第 1 期。

田野、朱连心 (2004):《应该努力扩大农村公共物品供给》,《农村经济》第 7 期。

张红 (2003):《农村公共物品资源瓶颈:现状、成因及对策》,《中国矿业大学学报》(社会科学版)第 3 期。

于建嵘 (2003):《农民有组织抗争及其政治风险——湖南省 H 县调查》,《战略与管理》第 3 期。

罗伯特·C. 埃里克森 (2003), 苏力译:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》, 中国政法大学出版社。

彭代彦 (2002):《农村基础设施投资与农业解困》,《经济学家》第 5 期。

Garrett Hardin (1968), "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162: 1243~1248.

Bryan A. Garner, Editor in Chief (2004), *Black's Law Dictionary* (8<sup>th</sup> ed.), West Thomson.

Cardozo, Benjamin N. (1924), *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press.