

土地纠纷解决：规则的不确定

——一个解释框架¹

张静

提要

本文旨在认识中国地权纠纷的解决机制，解释土地规则为何不稳定。由于政治和法律各自的活动领域及原则未经区分，中国基层地权纠纷的解决遵循利益政治逻辑，而不是法律衡量逻辑。利益政治的特点在于：不是根据法律规则辨认地权主体及其正当利益，而是允许当事各方通过力量竞争，“确定”对自己有利的处理规则。因而，土地纠纷的结果受到力量对比的强烈影响，势力大者在影响结局中优势明显。这样，地权纠纷虽然貌似法律和经济问题，而实际内容却是政治和社会性主题——不同理念、利益、身份和权利的社会平衡结构未形成，缺乏对权利的法律界定“生产”认可（合法化）的社会机制，因而产权规则难以制度化。

土地纠纷 规则不确定 政治逻辑 合法化机制

问题

最近几年，中国乡村社会发生了大量土地纠纷。在纠纷中，人们分别引用不同的政策法规说明自己“正确”：一些人援引土地承包合同，认为土地是承包户（在承包期间）专门使用的财产，其生产价值应当属于承包户；另一些人则援引土地法中“集体所有”条文，认为它属于（村庄所有成员的）公共财产，其价值应当由所有村民共同分享；还有一些人援引一般的“公有制”理念，认为土地是公家的，应当由“公家”机构或人员、即政府来决定如何处理。这些纠纷的焦点在于，使用土地产生的价值应如何分配、由谁来决定这种

¹ 本文首次作为会议论文在“法律与社会”国际研讨会（2002年10月，11—12日）上宣读，后应北京天泽经济研究所之邀，在233次双周研讨会上再宣读。作者感谢茅予轼、盛洪、王亚新、强世功、张敏、郭星华等学者的评论。本文首次发表于《中国社会科学》，2003年1期，在此又经修改。

分配。显然，不同的人认同的分配规则不同。如果把这类价值连同土地资源一起，看成是乡村社会一般意义上的社会财富，那么，上述土地纠纷的中心问题，在于确定这类财富分配的规则。从研究的角度看，这实际上包含了三个更具体的问题：第一，土地财富按照什么规则分配；第二，由谁来决定、实施这种分配；第三，土地分配规则的合法性来源，即它以什么途径获得社会承认、并能够作为实践中的分配依据。

本文希望透过土地纠纷案例，对土地使用规则不能确定的原因给出解释。这个研究方向在理论上的意义，是寻找影响规则确定的要素、并建立一个解释框架，使之可能对乡村社会的秩序形成现象提供认识。本文的问题视角采取韦伯式的（Weberian）法律社会学立场。在对法学和社会学两种“法律观念”进行区分时，韦伯注意到，法学的法律观念关注法律的内在效力，社会学的法律观念则倾向于关注社会成员承认并履行法律规则（即使之有效）的现实。²人们已经注意到，中国不缺少关于土地的法律和政策，尽管它们符合一般意义上的“法律”定义，但并非在任何条件下都能发挥作用。为什么这些法律缺少实际效力？从法律的角度是法律条文不够清楚或不够尽合理，从法律社会学角度看，需要从使规则获得承认的社会行为中寻找解释。在这里，“规则”泛指行为需要遵循的东西，它以一些基本原则为基础，对行为的预期进行制度化和标准化。规则包含正式（法律）和非正式（习惯、约定）的方面。如果合法性的基本定义是广泛的社会承认，我们也可以说，不具效力的法规对社会行为不具有制度化作用，即社会成员并没有真正“授予”一些规则以（可实行的）合法性。这样，如果以土地问题为案例，我们关注的问题就变成，社会如何选择某种土地使用规则？这种选择过程遵循什么逻辑？那些社会因素、以及怎样影响了规则的确定？一些法律规则为何不能制度化？

我希望指明，在政治关系和法律关系未经分化（区分）的社会关系结构下，不存在包含限定性合法性声称的统一行为原则系统，结果是多种行为原则和规则并存、并分别有着各自的象征合法性。它们分别被不同的人群承认，通过力量竞争被选用实行。根据利益政治的逻辑，这些竞争受到下列因素支配：执行者身份，影响力（包括人数、势力或权力）、对“公共需要”的阐释能力（说明某项规则适合本地情况或更多人利益）。这样，规则的执行过程同时也就是规则的选择过程，它遵循利益竞争、而非规则（法律）衡量原则。这导致了社会规则的不确定秩序。我认为，这一描述性模式不仅有助于认识现阶段大量土地纠纷的性质，还可以在一般意义上解释中国社会法律规则不能确定的社会原因。

² Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Vol.1, 311; 参见郑戈，“韦伯论西方法律的独特性”，“思想与社会”第一辑，《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社，2001；

法学与经济学提供的知识

在学者中间，对中国土地规则的不确定事实似乎不存在大的争议，然而，对于这种不确定的原因解释各有不同，它们很大程度上受到研究者专业背景和问题意识的影响。

先看法学角度的解释。普罗斯特曼根据他和同事对中国七个省市中 240 家农户的 119 次访谈，发现农民是土地的“准所有者”，其“准所有”的程度，超过了 1979 年集体农业化解体之前的状况。但是，至少在三个重要方面，农民的“准所有权”是不确定的。（1）使用权期限的不足、也不确定；（2）存在着因人口变化调整土地而失去土地的风险；（3）存在着因非农征地而失去土地的风险。这说明农户的土地使用权不是明确永久的。据此，普罗斯特曼指出，土地使用权的不明确是土地制度不稳定的原因。比如“集体”究竟是什么含义不甚明确，哪种实体有权实施土地集体所有权，也存在着模糊不清的概念。这种模糊状态导致了权利真空现象，农民中没有一个人知道具体谁拥有土地。这使得各级政府和集体经济组织都可以分头介入土地使用权的管理（普罗斯特曼，1994）。³这种解释在说明权力实体（各级政府和集体经济组织）对土地使用的影晌方面颇有说服力，但它假定农民是地权确定的支持力量，后面的案例将提示我们，这一假定并不可靠。实际发生的情况是，不仅权力组织对土地的使用施加影响，农民也可能通过某种途径施加影响，比如运用集体行动强行终止当事人的土地合约，并要求不断进行土地调整以减少土地受益在农户间的差异。上述影响虽然来自不同的方面，但它们对土地规则不能“确定”的作用却惊人地相似。

艾尔温·莱施认为，中国在土地利用（规则）方面出现自相矛盾的情况，反映了“领导人未能确定土地所有制度的最终目标”。他列举土地制度的基本目的有：提高产量；保护小农和自然资源；保持土地在农和非农之间的平衡；保护生态资源。根据不同目的设计的土地制度有所不同。由于土地私有是个人生产行为的动力源泉，而追求私利又可能忽略公共利益（资源、生态和土地过于集中，可能导致社会不满和不公感受），并阻碍经济的长期发展，他提议，建立兼顾私人动力和公共需要的土地所有制度是当务之急。但在在这之前，不得不面对的事情，是确定建立土地制度要达到的目标。比如，目的是防止土地过于集中，一些国家立法对私人拥有土地进行最高限量，并禁止非农业买主在农业地区内购买土地；相反，目的是防止土地过于分散，一些国家法律规定了购地者的资格，比如，要求他们必须已经拥有一定面积的土地，以避免土地细碎化（艾尔温·莱施，1994）。⁴在

3 罗依·普罗斯特曼，“解决中国农村土地制度现存问题的途径探讨”，缪建平主编，《中外学者论农村》，页 236-239，华夏出版社，1994；

4 艾尔温·莱施，“保证农业土地稳定使用的法律制度——西方国家的实践及其重要性”，同上书，页

艾尔温·莱施看来，每一种地权划分的方式都有它确定要达到的目的，如果目标不明确，就不可能明确地权划分，因为不知道划分地权究竟是要干什么。

这两种说法都在法律文本方面寻找解释，认为具有明确目标和使用权说明的法律，是土地使用制度稳定的原因。这是对的，但前提恐怕是要假定，有一个政治市场存在，作用于上述目标或原则的公共认同达成。这是一种政治和法律的分化性结构。在土地法规被确定之前，政治活动领域发挥作用，政治市场中各种持不同“目标”、不同原则主张的团体，通过争论，竞争出相对更多公众接受的原则。这些原则之所以能够作为立法基础，在于它们政治上是可接受的（被不同的利益团体承认），土地规则确立的结果（法律文本）因此具有合法性（权威性）。当纠纷发生时，已确立的原则成为法律解释的准绳，所有利益都由这一准绳进行衡量。换句话说，存在着一个与法律领域适当分离的政治领域，作用于共识性原则的确立，是法律获得确定性的前提。

在中国的各种立法过程中，也存在着“征求意见”程序。但由于参与者的产生、相关者利益的组织化、及其意见的传输渠道等方面的特性，法律原则的争议往往不是在具有不同利益和理念的社会成员之间进行，而主要是在管理者、或立法者之间进行。这些意见对于法律规则变化的影响具有随机性，而且它们与大量相关者利益难以建立直接关系。因而，直到法律文本确定，社会成员对于其基本原则的接受仍没有达成，于是这一过程往往改由其他途径、比如在法律规则的执行过程中显现出来。认识到这一点，我们在接受上述解释时就不得不十分谨慎，因为不存在这个解释包含的制度假定。我们的案例将提示，在某些地区，有着明确目的和确定说明的法律条文，但不同村庄采取的土地分配规则仍不一样；同样，在书面法律没有明确农户地权的情况下，当事人约定在乡村仍然受到广泛承认。这种看似“矛盾”的现象说明，“规则目的”和“明确地权”的解释都只是部分的，原因在它基本上是从法学认识的角度出发，重视的是法律条文本身的缺陷，而不是法律的合法化——人们对社会规则的承认。我们向法学者提出的问题是，为什么要假定，有了确定的法律，人们就一定会执行它？怎样认识实践中普遍存在的法不责众现象？

现在看经济学视角的解释。在“产权明确”问题上，主流经济学和法学的看法相似。但经济学者又提出一个新的解释变量：区域差异。他们认为，中国土地制度随着区域差异而变化，区域差异的核心是地权的“个人化程度”不同，因而经济学的另一个研究焦点，在影响“个人化程度”的因素分析上。特纳、布然特和若泽尔（Turner, Brandt, Rozelle）发现，区域差异的主要决定因素，是追求“生产剩余之和”行为对农地调整的影响。由于农地分配由村干部决定，他们关心的是全村“生产剩余最大化”，当调整土地有利于达到

这一目的时，村干部就会决定调整土地。在这个解释中，土地频繁调整的作用是相当正面的，因为它可以带来“全村生产更大的剩余之和”。⁵

那么，追求“剩余之和”为了什么？恭启圣（1994）和董晓媛（1996）指出，调整土地追求剩余之和的目的在于福利。而福利如此重要，原因在于农村保险市场的不完备，与此相适应，村庄必定通过对土地的控制权、或一般所称的“集体所有权”，使土地发挥社会保障功能。这个解释的基本论证是，村庄土地调整的目的，在利用“剩余之和”以便最大化村民福利。由于生存约束的存在，村集体不再追求单纯效率意义上的帕雷托最优，而是防止村民的生活跌落至生存线以下。所以，调地提供了风险分担机制。当调地的集体收益大于它的集体成本时，它就会成为一个集体选择。他们的研究认为，影响这一选择的几个因素有：财富积累、土地禀赋、非农业生产的发达程度、土地税收和土地租赁市场的完备（姚洋，2002）。⁶

也许是受到斯科特（J.Scott）早期工作的影响，这些研究从生存环境角度解释问题，基本上，它们将农地制度不确定的原因归结为生存环境不同。但是在上述影响调地的“五个因素”中，至少有三个（土地禀赋、土地税收和土地租赁市场的完备）完全是制度因素，其他的两个（财富积累、非农生产的发达程度）也很大程度上与制度有关。“农村保险市场的不完备”也是制度因素。那么究竟是制度环境因素（因而改变制度就可能改变调地决策），还是生存环境因素（贫困，因而需要维持均担风险保障集体生存）导致了不断进行调地的选择？还不是很清楚。对制度环境和生存环境的区分并非没有意义，它涉及到解释模型的重心所在：其中一个社会环境（重心在用人与人的关系进行解释），一个是自然环境（重心在用人与自然的关系进行解释）。由于注重自然环境而不是社会环境，上述研究似乎并没有充分讨论它的关键性假定——“集体剩余之和”的性质，就认定它属于公共福利，一定被用于公共目的。

而在我看来，这一点是需要证明的。如果调地的决策是代表集体意愿的，而且集体确实可以共享“剩余之和”，那么它的确具有公共福利的性质，可以成为土地调整的（福利）决策理由。但如果这些集体剩余之和被挤出来，但它的用途和共享都并非公共性的，那么“全村剩余之和”就无法定义为公共福利，它可能在相当程度上具有专控、排它、甚至私用产品的意义。这些非公共用品当然不可能被社会承认，并成为确立土地规则的理由。目前，大量乡村社会冲突的来源恰恰证明，公共（福利）和专用（福利）的混淆已经是司空见惯的事实。如果是这样，“生存环境”和“集体福利”就成了调整地权的借口，显然，

5 参见姚洋，《自由、公正和制度变迁》，河南人民出版社，2002，页 195-196；

6 姚洋，“集体决策下的诱导性制度变迁——中国农地稳定性演化的实证分析”，同上书，2002，页 204；

它的“合理解释意义”只是在书面学术论证上。

经济学者刘守英、卡特（Carter）和姚洋的看法是，土地制度是国家和农户之间博弈的结果。由于所有权的多面性及合同的不完备性，所有权也不可能是完备的。所有者在选择所有权更改时，对某种所有权的态度取决于他从中获益的程度。比如在生产责任制实施之前，土地所有权归于国家。后来国家向农民让度部分土地权的原因是，家庭经营的制度转变促进了帕雷托改进，它既增加了农民的收入，也增加了全国粮食产量。但国家一直保留对地权的控制，原因是它关心国内粮食供应的充足来源，试图避免粮食供给的市场风险。作为这一论证的根据，他们指出，对土地使用权和土地流转限制最多的地区，是国家粮食采购依赖的重点粮区；而在非主要粮产地区，国家对农民的自发选择则给予了高度的弹性空间（姚洋，2002）。⁷这等于说，是不是主要产粮区的“环境差异”，影响了国家对粮食来源的利益考虑，进而影响了土地制度的稳定或变化。

这个研究存在两个问题。一是前面提到的环境决定论，如果过分注重这一点，那么必然的结论就是，调整人与人关系的法律演进之贡献非常有限；二是似乎过高估计了国家在地权变更和控制方面的作用。从法律文本方面看，国家力量的确是地权确定的一个重要因素，但在实践中并非完全如此。否则，我们怎样解释在国家的三令五申、甚至“冻结”地方批地权的情况下，全国农用土地的流失仍然严重？这说明，国家权威只是地权变化或稳定的因素之一，不是全部。但上述讨论显然把国家不适当地放在了规则确定的唯一重要位置上，而忽略了其他层次对法律规则实际形成的影响。

毫无疑问，法学与经济学的解释提供了相当有用的知识，但基本上，它们停留在法律条文设计本身、国家作用、或环境因素的分析逻辑上。受到这一思维方式的限制，这些解释没有充分注意，地权确定在法律条文和经济环境之外的解释因素。在很大程度上，权利的变化不仅仅是一个经济和法律过程，它更是一个社会乃至政治过程。如果我们扩大眼界，将法律、经济、社会和政治过程联系起来，就可能有更丰富的观察。事实上，政治和制度经济学已经进行了这样的探索。我赞同这样的说法，所有权结构是由政治因素决定的，同时这些结构又对财富和政治权力实行重新配置（利贝卡普，2001[1989]，页13）。⁸联系到我们关注的问题来说，地权变化意味着重新界定一些利益正当或不正当，如果存在着可选择机会，利益政治活动就会竞争对自己有利的安排。这种竞争的目标不完全在经济效率，比如粮食产出，而更在对产出财富的分配施加有利于自己的影响，否则就是政治上不可接受的。这说明，改变规则的竞争不一定会遵循经济效率（比如土地私人产权）原则，竞争

⁷ 姚洋，2002，页197-198；

⁸ 加里·D. 利贝卡普，《产权的缔约分析》，中国社会科学出版社，2001；

目标也不完全在稳固地支持一种规则建立，因为确定规则会限制利益变化和机会。这一点提示我们注意，利益竞争活动不一定会追求法律的确定性。

多种土地使用规则

[案例一] 国家政策

1984年，农民SH与D县H乡签定了承包三千亩荒沙地合同。合同规定，SH负责种树种草进行绿化，未来木材按照二八分成，乡政府二成，SH八成。他先后说服了七户农民加入，他们变卖家产购置树苗，当年栽树成活率达到85%。1985年在陕西治沙工作会议上，SH作为先进样板到会发言，他表示愿意扩大承包面积，继续治理沙地。县林业局长支持SH的想法，在他的联络下，SH又承包了5800亩长茂滩沙地。这是当地有名的不毛之地，约定也是二八分成，有127户农民入股加入。开始他们没有技术，第一年成活率只有10%，第二年也只有20%。第三年找到治沙专家请教，采用网络障壁技术，先固沙，再种树，加上当年雨量充沛，成活率达到85%。长茂滩绿化为县里创造了一个奇迹，因为，如果这块沙地能治好，就没有比它更差的地了。这鼓舞了更多的人投入种树治沙。SH于是在1986年办起了“D县黄沙治理有限股份责任公司”，承包沙地扩大到228000亩。公司对内的组织形式是联户开发，入股分红，分割承包，他们和乡政府签定的治沙合同明确规定，入股家庭的获益比例为树木未来市场赢利的80%。

1993年，一些早年种下的树木进入成材期，部分股民开始砍伐树木变卖。但他们的行动受到县林业局的警告和处罚，说必须获得批准，因为树木已经归入国家防护林体系，不能随便砍伐。一些有经济困难的股民要求公司兑现入股利益，这才发现有国家政策不让砍，SH无权同意他们砍树，拿出合约也不顶事，尖锐对立发生。股民坚决要求兑现合同收益，SH多方努力还是做不到，最后不得不到信用社贷款给他们退股。但这些农民几年的劳动仍然无法得到补偿。从此以后，大家对治沙公司的赢利分成可能发生了普遍怀疑。⁹

在这个案例中，沙地承包合同在治沙农民与乡政府之间签定，合同明确未来财富分配为种植树木的二八分成。但是显然，这个合约确定的分配规则并不具有唯一的权威地位。由于其财富被定义为防护林，在保护林木、谨慎砍伐的政策下，当事人合约被国家的环境保护法律搁置。在这一案例中，国家政策显然可以影响（改变或阻止）当事人合约的兑现。

⁹ 资料来源：根据中央电视台节目“SH的苦恼”归纳整理（2002年6月）；

[案例二] 村干部决定

河北 Q 县农户收入的主要来源是栗树。在调整土地时，需要对每棵栗树估计产量，按产量估计和家庭人口，在农户中分配承包有树的地块。Q 县在 1983 年施行家庭联产承包制，1991 年进行了重包（调整）。承包合同在村干部和农户之间签定，承包期十年，应当到 2000 年再进行重包。可是，为了防止短期经营并控制人口，1995 年国家出台了新政策，规定土地继续延包三十年不变。根据这项政策，到 2000 年合同期满的时候，Q 县不应当再进行土地重包调整。但县政府下发了自己的文件，因地制宜给出了弹性政策：要求重分过栗树的村遵守合约，需要调就调，没有重分过的村遵守国家规定，延期三十年，不得再进行大调。而实际上，不同的村采取了各不相同的调整方案：有的没有做任何调整，按照国家规定“继续延包三十年”；有的村进行了“微调”，在人口变化的农户之间协商调换，协商未成的由村出面进行调换，差额由公共土地每年补贴 50 斤栗子解决；有的村进行了大调，打破队界，在村内重新均摊土地和栗树承包。¹⁰

这个案例突出显示了基层干部在土地分配上的作用。如果完全按照国家政策办，则不应当有调与不调、微调和大调的区别，如果完全按照农户自己的意见办，则不会出现大规模的意见（上面三个村都出现了程度不同的意见，其中一个村 70% 的人对调整结果不满意，另一个村几乎 100% 的农户有意见）。这里，基层干部的作用在于决定——（选择）用什么方案调整土地分配，例如是微调、大调还是不调，以及微调后用什么方法补偿不均。这些决定还包括如何利用公共土地补偿差异。而国家政策、甚至县政府文件并不能“统一”左右这些决定。根据一位村干部的说法，这样的决定地位来自于他们处置集体资产的“发包方”身份：“我们村委是承包地发包方，到时间就应该能收回来，我们有权这样做。”¹¹这样的认识不仅仅来自村干部，实际上它也是广泛默认的做法。这表明，即使有了中央文件的明确规定，基层的土地规则也不是确定的，执行者因地制宜的变通随处存在，受到上下认可，而且相当制度化。

[案例三] 集体意愿

因搞市镇建设，浙江某县和镇联合征用 Y 村土地约 269 亩。按市政府规定，每亩田补

¹⁰ 资料来源：徐富海，“作为农民利益表达方式的结果博弈与乡土秩序——河北三村的土地调整状况与农民反应的调查”（2002）；

¹¹ 河北 D 村村主任座谈会发言记录（2002 年 7 月）；

偿农户6万元现金，同时从其他地方调拨返还25%的土地，作为Y村村民宅基地和村集体的建设用地。据此计算，应当返还Y村69亩地，这些地如果分给200多户人家，每家可以得到一间房大小的宅基地。由于返还地的位置靠近市政规划的新城，有很大的商业利用价值，Y村许多村民对此翘首以盼。有人算了帐，每家光转手卖地就能从中获利10万以上，更不用说建房以后再卖或者出租了。但村干部没有把返还土地分到村民手中，而是和县城建指挥部做了一笔交易：在这片土地上建房由村委会支配，城建指挥部负责办建房手续，并可以租用一幢建筑开茶馆；河东11亩土地送给镇政府，让县领导干部作为宅基地。

1998年，按照这个方案开始动工建房时，村民一百多人聚集在河东建房的工地上，阻止工程队建房，要求把返还土地分到农户手中。在对峙中，城建指挥部承认他们占了村民的地，但说这是村委会主任同意的，而且有新的地皮调换。但村民经调查发现，计划用来调换的土地已经卖给开发商，98年签的协议，一共是6亩。开发商答应为村委会干部代办一座6层建筑的土地使用权手续，村委会可以建房出租。村民认为，这样实际上等于征地后返还的利益都由村干部支配，村民不能分享。为了要回土地，村民不断向上级反映，2000年在县政府的干预下，返还了部分土地，但一些村民继续到省土地检察院，要求返还另一部分土地。有700多村民联名的举报材料上交到了中纪委。在信访材料中，村民反复强调，村干部所为违反了村庄的集体利益。¹²在村民的集体努力下，相关方面承诺正在研究还地方案，一定返还村民土地。

这个案例与案例二的不同之处在于，村干部对土地的处置被集体意愿否定。农民采取集体行动阻止了村、乡干部的决定、以及他们和它方签署的土地使用合约。这意味着，虽然没有任何正式程序，但没有多数村民的默许，干部的处置方案不能轻易实现。对于我们关心的土地规则来说，这里有重要意义的事实是，当多数农户不接受时，他们可以经由集体行动进行干预，并在相当程度上改变原先确定的规则。

[案例四] 当事人约定

河北X村在前几年土地调整中留出1000多亩公共机动地，由村委会支配。其中有的原先是荒地，承包给农民耕种改造，期限15年，有的签了书面合同，有的只是承包人和村干部间的口头协议。但这些农户承包费只交了一年，以后就没有交了。村里其他农户有

¹² 资料来源：章永乐，宋秋道，“浙江Y村调查报告”（2001）；

意见，要求新村班子处理，让他们补交承包费。一些承包户拿出了 15 年合同；另一些承包户说，当时口头协议是在承包地上种棉花，村里负责收购并许诺给补助，但后来村里没给，所以不交承包费。考虑到口头协议和书面合同存在，新班子没有强行要求归还过去的承包费，而是决定重新丈量承包土地，和各家再签定新承包合同，一户一户的做。这项工作进行顺利，村民认可。¹³

这说明，在实践中，如果在当事人之间确有承包合同，当其他人希望对分配规则作出改变时，也必须适当承认原合同。但与前几个案例相比，当事人合同最容易被改变，原因是少数（意见）往往不敌多数（意见）。河北另一地区干部证实了这一点：

“有一户承包了果园，合同上规定 1995 年到期，但如果承包户进行了嫁接，就继续延包三年。1995 年的时候，果园收成特别好，很多村民眼红他的果园，要求村里收回重包。但承包户坚持继续承包，这样就出现了问题：承包户只嫁接了一部分，另一部分没有嫁接。可合同里没有说明继续承包的条件是全部还是部分嫁接。于是各说各有理。我们只好做工作，哪边好做就做那边。承包户是个老师，挺讲道理的，最后他向群众让了步。”¹⁴

我注意到，村干部处理该事的原则是两边做说服工作，他们并不知道最后哪一个规则会取胜，而是“哪边好做做哪边”，这等于哪边坚持且力量大听哪边的。显然，这不是用已有的规则（比如合同）衡量不同利益要求的正当性，而是允许规则导向力量大、人数多的利益要求方。如果多数人不接受，合同对少数人的保护往往非常困难。

选择规则的竞争

总结以上四个案例，我们发现，在乡村实践中，至少存在四种影响土地规则变动的要素，它们是国家政策、村干部决策、集体意愿和当事人约定。其中的每一种都可能成为影响土地规则的重要因素，但不必然一定成为决定性因素，要视具体情形而定。什么具体情景呢？

● 执行者身份

国家权威理论上具有最高地位，在一些特别事件中，国家可以以新的土地政策强制性地改变基层惯例，比如治沙案例中显示的那样。但显然，国家并非在每一土地事件中都是

¹³ 资料来源：河北 X 村农民访谈记录（2000 年 8 月）；

¹⁴ 资料来源：徐富海，河北某农经站 zh 访问记录（2001）；

具体的执行人，国家依赖基层代理人执行它的政策。但是，基层代理人——拥有审批、管理和分配土地权的机构和人员——之行为并未成功地受到控制。他们的基本优势是执行人、知情人（了解信息并可以垄断信息），基本权力是因地制宜的变通权——用法律的语言就是：改变规则、亦即制定规则。县政府可以发文件对国家的政策作出因地制宜的解释，村干部也可以以执行者的身份对国家政策进行因地制宜的变更，当事人也可以订立不一定符合国家政策的土地使用合约，同样，国家也可以发布新政策中止、承认、更改或否定上述三种人已经的决定。一句话，执行身份中谁都可能否定其他。例如，河北 X 村两村民买卖宅基地（居住用地，属福利性质），但实际上为开设企业使用（赢利用地，属生产性质）。由于不具备宅基地购买资格（该村民已经有了宅基地），根据国家政策，他应该拿不到合法土地证件，也接不上电源，但这并没有阻止这桩土地交易的发生。双方仍然订立了土地转让合同，而且明确说明了各自的权利义务：

“由卖地方负责开好宅基地证，且负责给面粉厂接通电源，否则所欠 4 万元无期付给，直至拿到合法证件再付清。在此之前，面粉厂占地引起的纠纷，均由卖地方负责，拿到证件之后，则一切纠纷与他无关”。¹⁵

以个人间合同为基础，这项土地买卖进展顺利。它意味着个人约定改变了国家制定土地规则的权威性。这种情况表明，国家可以“废止”当事人的土地合约，当事人也可以“废止”国家政策的作用。谁能够在某一案例上取胜，视具体执行者是谁的偶然因素，其间无法预知确定（可推论）的后果。

● 阐释公共需要的能力

基层干部具有集体土地所有权代理人的身份，他们代表“集体”（所有者）管理土地、并对土地收益进行分配。但不同的干部对政策的理解不同，服务的对象不同、代表的人群不同，价值观和利益倾向也不同。他可以贯彻均等共享原则，也可以贯彻稳定不变（有利于投资者）的原则，甚至可以遵循土地资源利用利益最大化原则。他们支持什么原则取决于具体的目的，不一定是唯上级政策是从，也不一定是唯农民意愿是从。例如河北 X 村的干部支持土地调整，理由是希望划出一块土地进行承包收取费用，补贴公共行政开支；而 Q 县某村干部视调整为必要，理由是担心土地产出（栗树）在农户中的不均分布影响到税

¹⁵ 资料来源：X 村村民土地转让合同书（1998 年 8 月 27 日）。

赋，不调整提留就收不上来；¹⁶而河北 Q 县乡镇干部支持承包地稳定不变，原因不是由于它符合国家政策，而是该干部认为，收回土地重分，承包人就会砍掉新种的树。如果不断重分造成不断砍树，果林业就难以发展：

“树是谁的，树下的地也相应归谁管理。如果有人在自己的承包地上种了小树，哪个人肯把辛辛苦苦种大、且有产量的栗树无偿贡献给集体？在承包期将要结束的时候，把树给砍了，还可以得一块木头。国家规定不准砍伐树木，尤其是果树。但是对这些（承包人自己种的）树你怎么处理？这些树算是谁的？他砍了你怎么处置他？如果对砍树的罚款，以后还有谁再种树？如果没有人种树，生产队时期种的那些树会越来越老，这怎么发展果林业？”¹⁷

可以发现，人们对利益分配原则——均分均担还是多劳多得出现了分化性认同，而这种认同的统一过程并没有在土地法规确定的前期阶段完成，它不可避免地“转移”到规则的执行过程中了。在执行中，他们实际上在选择规则，人们确信的分配原则虽然不同，但都需要对这些原则进行“公共需要”或“公共利益”论证。这些论证往往把问题道德化：在河北 2000 年进行了土地大调整的村庄，那些增加了人口的农户要求再次均分土地，以便让“娃娃们吃得上饭”。

● 力量对比

当村民对某项规则的接受存在严重分歧的时候，人数和力量往往可能决定胜负，这些力量集聚了公共利益信息。例如，浙江 Y 村案例，结果还是要以其它地块补偿村民的要求。再比如，在调地中面对强烈分歧，河北 Q 县县政法委干部进村解决调地纠纷，采取了大数同意的投票方法。他总结这次经验时说：

“有一个村闹的厉害，什么意见都有，信访的不少。我去背对背谈话，一个一个来。后来给党员村民代表开会，门外冰天雪地，但站满了人，都站在窗边听。会上意见还是一不了。最后我说，如果意见不能统一，一家一个代表，谁能主事谁来，大家投票。结果是 85% 的人同意不调地，于是我们决定这个村不调了。”¹⁸

¹⁶ X 村村干部访谈（2000 年 8 月）；河北乡村干部座谈发言记录（2002 年 7 月）；。

¹⁷ 参见徐富海，村干部访谈记录（2002 年 3 月）；

¹⁸ 河北 Q 县政法委干部发言记录（2002 年 7 月）；

基层干部的决定虽然很关键，但是这些决定有时不得不随着支持者力量而变化。值得注意的是，集体意愿在规则选择中强势明显，尤其是在面对分歧、决定难以作出的时候。集体意愿的一种力量是制造公共舆论和事件，在造成巨大公共影响后，集体意愿甚至能够改变已经作出的决定，无论是国家政策还是干部决定。集体意愿的压力对当事人约定也可以起到影响作用，村民普遍接受，个人承包合同就可能继续，人们不接受，就可能更改。这表明，在规则的选择过程中，对于国家政策、干部决定、以及个人约定的正当性，仍然存在着被相关者再次确认的过程。何种规则最终能够实践，并不完全以执行机构的权威地位、或已有的规定为据，而是以人们的反应为根据。这些反应作为是否默许的信号，影响着即定规则的继续实行、中断或放弃。这个时候，人数力量成为规则选择的决定要素。这种默许不一定通过听取意见程序获得。在多数情况下，集体的反应是被动消极的，但有时又是主动积极的。华北 Q 县发生的案例相当有代表性：

1998 年国家下了政策，拍卖荒山。村里就把一片栗树及周围的荒山一起拍卖，由出价最高的农户承包，合同期限 30 年。拍卖的钱给 W 队村民分了，一人二十块钱。后来县里强调国家土地不变的政策，不许各村大动土地。这使 W 队村民感觉吃了亏，要求收回土地自己管理。但承包这些土地的人认为自己已经买了树苗，平整了荒山，植了新栗树。他们要求按合同办，如果一定要归还，村里必须按 30 年的收入给予补偿。W 队的村民认为承包时自己没有同意（意为没有参与制定合约），所以合同无效，承包人的损失不应由他们负责。如果要补偿，只补偿当初分到的每人 20 元拍卖款。村里说自己具有处理集体财产的权利，合同应该有效。县乡认为这是村里的事，应该由村里解决。在向上反映和协商无果的情况下，W 队村民集合在一起，强行夺回了荒山和栗树，私下里按人口分了。承包人上告，县里大事化小，息事宁人，不作进一步处理。最后大家承认了这个现实：W 队收回来就收回来了。¹⁹

这里，意见分歧表面上在选择适当的土地规则，但更基本的，是在选择不同规则包含的原则、乃至关于“公正”的理念，这和在一些制度中立法前期政治市场活动的性质类似。在不同的理念下，利益的正当性不同，这常常是集体支配土地的根据，并和土地的个人承

¹⁹ 资料来源：徐富海：Q 县调查案例记录（2002）。

包（支配）权发生抵触（张静，2002）。²⁰所以，执行规则的过程变成了选择规则的过程，选择依赖权力、信息、力量对比和控制竞争，这些活动使法律关系变成了政治关系，因为规则主导变成了利益、影响力、力量和机会主导。接受均等分配的人反对长期承包，接受多劳多得的人反对调整。谁能够真正影响土地规则的实践，在很大程度上，取决于谁的力量大，换句话说，取决于实行某种规则带来的利益机会是否能够被更多的人分享。如果只有少数人分享土地利益，多数人会采取行动迫使已有的协定作出改变。这可以解释为何当事人约定的稳定性最弱。它可以轻易被破坏，原因在于力量主导着规则选择过程：不是规则衡量利益的正当性，而是利益对规则的正当性作出确认。在河北Q县，当一些承包户意识到不得不交出土地参加调整时，他们的做法是砍掉自己种的果树然后烧掉。这种毁坏财富的行为，源于不认同他人获益的正当性。

总之，在土地使用方面可以发现有多种规则，它们分别包含不同原则和价值。其中的任何一个，都可能被社会成员选择采用，不断的选择给规则变化提供了机会。由于不存在限定的公共认同原则作为标准，人们根据实际利益和力量对规则作出取舍，他们的行为方式是根据当前利益对规则进行权衡，而不是根据规则衡量利益是否正当。最后结果取决于力量对比，有三个因素影响力量对比：执行者权力、阐述公共需要的能力、以及结成势力或大数力量。它们可以增加对选择的影响力，这可以解释土地规则的不确定现象，因为这三个因素是不断变化的。尤其重要的是，这种选择活动的性质，不是在同一原则下对不同规则的选择，而是对包含不同（公正）原则的地权规则（法律）进行选择。

秩序“形成”的两种模式

行为和规则的关系不同，构成不同的社会秩序。让行为以确定的规则为指引，构成一种社会秩序，在其中对人们的行为后果可以大致预期，因为作为衡量标准的规则已经存在。由行为根据利益竞争去选择取得支配地位的规则，构成另一种秩序，在其中没有确定的预期，因为力量对比是不断变化的。

让我做一个对比。在产权（包括拥有权、受益权和处置权）明确于个体财产人的法律框架下，土地使用不是分配、而是通过当事人交易完成。这样问题变得相对简单：交易合约怎么定，人们就怎么做。交易合约及其未来收益的分配由当事人决定，法律的任务是保护合约的权威地位。一旦合约生成，其中一方或其他人都不具有改变它的权利，或者说随意改变者必被追究法律责任。在这种秩序中，出现纠纷（利益竞争）则根据规则衡量之。作为衡量的标准，这些规则类似于一种限定的合法性声称（restrictive basis of legitimate

²⁰ 张静，“村社土地的集体支配问题”，《浙江学刊》，2002年2期，页32；

claims, Xueguang Zhou, 2002) 系统, 21 它权威性地垄断了合法授权——何为正当行为的定义地位。这就为行为的衡量和身份的界定提供了统一的标准。如果出现纠纷, 所有行为、所有的身份都被用同一标准(原则)审查, 辨别其是否属于正当。换句话说, 是用规则做标准衡量行为, 而不是反过来, 由利益做标准去选择规则。

与此对照, 利益竞争秩序是一个具有多个合法性声称的秩序, 它没有受到统一限定。仍以土地规则为例, 一方面, 根据承包法, 土地可以经农户分别承包, 而且承包期限被承诺可以不断延长; 另一方面, 根据土地法, 乡村土地的所有权是集体共有的, 没有确定的个体具有最终产权。这样, 承包户的权利更接近于(作为使用集体土地者)定期耕作、并获得该阶段收益的权利, 但这份权利显然和所有权相区别。再则, 根据惯例, 基层政权机构是集体所有权的代理人, 他们可以代表村民处置集体地产, 包括和当事人签定租赁、买卖和承包合约, 还可以通过文件形式发布政策, 解释法律、并参与调解土地纠纷。上述各项规则都是“合法”的, 它把所有权、所有权代理人和使用权做分开处理, 因而产生了几种与地权相关的社会身份: 所有者、所有者的代表、使用者。面对土地权利问题, 这几种身份都构成法律承认的直接或潜在当事人, 他们事实上都可能根据土地分配后果的预期和利益情势的判断, 参与规则的选择过程, 而它们的行为和角色又是不一样的。

这就出现了有趣的问题。在限定的合法性声称秩序中, 相关法律的原则及规则是一致的, 相关解释权是专门(职业化)的, 相关身份也是特定单一的。拥有不同利益的社会成员只能使用同一标准表述并合法增进自己的利益, 其利益的正当性也受到同一标准的约束。在行为的标准方面, 各方受到的限制是同样的, 因为对于规则的选择已经在规则制定之前阶段完成。这样, 纠纷的性质是判定某种利益是否合法(合乎规则标准), 是否应受到保护。但是, 在非限定的合法性声称秩序中, 不同的规则都有象征的合法性地位, 不同身份都有资格就地权主张意见, 就出现了选择问题。由于规则众多却各自体现不同的原则, 它们各自只对保护某类利益有利, 这样, 如果这些利益要求者之间产生分歧, 只能通过力量竞争解决问题。因为他们都会尽量争取规则有利于自己。

如果我们把以维护利益为目的的力量竞争定义为利益政治活动, 上述选择活动的目标显然指向影响或控制规则的确定, 这使法律纠纷的性质朝向政治性转化: 它的核心不是判断何为合法行为, 而是判断何为公正规则, 即什么样的规则是正确的、政治上可接受的, 因而是应当被采纳的。因而在有关的社会实践中, 工作人员不是根据限定统一的法律规则衡量某项利益, 而是寻找多数同意的、或不会引起大范围异议的规则。在纠纷发生时, “谁

21 此概念来自 Zhou Xueguang, An Institutional Theory of Reputation, presented paper at Academy of Management Annual Meeting, 2000, USA, p31;

好工作就说服谁”（村干部语录），“要紧的不是有没有理，而是有没有人”（村民语录）。这同一般理解上的法律关系形成鲜明对照：“有理”意味着有根据，“有人”意味着有力量，这正是法治秩序和政治秩序的核心差异所在。

显然，这一过程不是典型意义上的法律过程，而是一种政治过程，它遵循利益政治逻辑。这不是法律判决，而是政治协调。我用一个并非十分准确的表格，来概括这些差异的主要秩序特征：

秩序特征	判定内容	判定标准
限定的合法性声称系统	行为是否合法	一致性规则
非限定的合法性声称系统	规则是否公正	多元价值和利益

就我们关心的问题来说，上述政治性转化实际上使地权成为一个在多种身份参与下的、不停止的协定缔结过程，他们之间通过力量对比决定胜负，这意味着规则的不确定现象。非限定的合法性声称秩序提供了这一条件，也可以说，它事实上“使”权力和社会势力都有可能根据利益需要和阐释，对规则及其代表的原则进行取舍。

而在限定的合法性声称秩序下，这一竞争过程是通过政治市场完成的。政治和法律的分化结构限定了政治活动的领域和时间，它允许利益政治在一定的阶段（时间）、领域（空间）内充分竞争，动员社会共识，组织化利益认同，使一些基本原则通过辩论达成共识、并作为法律修订的依据。当人们对具体的规则细节存在分歧时，通过引用共识性原则进行判断。在此之后进入法律活动范围，在这个范围中，上述利益竞争受到限制：它不能继续竞争以影响规则的执行，因为这类活动领域应在政治市场。这样的分化结构使得政治关系和法律关系在各自的领域中发挥作用：前者是政治性的，不同利益、价值和意识形态原则充分竞争，取得多数共识，选择并确定原则和规则；后者是法律性的，它有已确定的标准和专门的解释权威，中立于任何具体的利益，而以公共性和文明性作为基本理念，所有的利益都应当受到它的衡量和约束。

这种分化的一个重要后果是，相对而言，两个领域的行动逻辑和标准互不干扰，从而为利益竞争影响法律权威，或法律权威影响利益竞争设置了障碍，同时又保持了它们各自的特长：（合法规则的）稳定和（利益政治的）活力。政治领域由政治关系主导，即利益政治主导，解决规则的活力和利益代表性问题；法律领域由法律关系主导，即权威规则主导，解决规则的确定和秩序问题。如果不存在这种结构区分，就不存在真正意义上的法治秩序，因为利益竞争能够在任何时候进入执法过程发挥改变规则的作用。在分化的制度结

构中，是用原则衡量利益行为，即行为跟随即定规则，除非再经过政治程序改变规则；在非分化的制度结构中，是利益行为选择原则，并倾向于随时根据它改变规则。因而规则不是确定的。

领域	主导	社会关系的性质
政治	多元利益力量	政治关系
法律	中立于利益的统一法律权威	法律关系

从上述事实中，我们可以总结出规则形成的差异模式，它们可以显示两种秩序中的行为和规则的不同关系。在一种模式下，利益竞争行为没有标准，规则是一个永无止境的缔约过程。在另一种模式下，存在着两个分立而又联系的领域：政治领域和法律领域。规则的基本原则形成于政治领域中的竞争行为，构成成法律后，相关者只有服从它们，不容随便更改，否则将有专业型法律权威介入，解释并强迫实行。在这两种模式中，相关者的角色和相互关系根本不同。在前一种情况下，相关者可以通过竞争确定什么行为是他认为公正的，并说服或压服别人作出选择，当事人可以根据价值和利益选择决定，相关者之间是利益同盟或冲突的政治关系。在后一种情况下，相关者的角色没有这么重要，他们的作用是扩大和传播已经认定的原则，但自主选择 and 决定的余地不大。在这种情况下，相关者之间是合法或非法的法律关系，判定谁合法不取决于他们本身的利益和力量，而是取决于行为和已定法律原则（标准）的一致程度。

在前一模式中，规则是一个选择过程确立的，它是不断经由同意或默许过程建构并改变的；它是群众化的，原因在于它随时会受到多数者的意见左右；在垄断信息很容易的情况下，它也是权力（影响力）化的，因为掌握信息、并拥有解释地位的一方，常常是能够决定的一方。因而不存在一个稳定认同的规则，所选规则包含的基本原则随着人们利益变化而变化。在后一模式中，原则已经存在，因为它在别的地方——立法阶段的政治市场中已经确定。它是权威化的，因而相对稳定，必须经由专业权威表述并不容随意改变；它又是专业化的，较少受到即时利益变更的影响，除非有专门的授权允许这样做。

我用“利益政治”模式和“法律衡量”模式，来表达上述两种秩序类型。在这两种秩序中，规则的确定性大不相同，它们构造着截然不同的社会关系。我们讨论的土地规则也是如此。两个模式的性质差别在于，前者是一个政治秩序，后者是一个法治秩序。法治是试图运用普遍主义原则（同一标准）规范人类行为的秩序，但政治关乎现实利益，如果利

益是冲突的，和这些利益相关的价值就无法在冲突的人群中间达成通约。这等于说，无法有政治上统一的标准评估公平和正义，所有的政治利益都是集团性的，是“反对它者”的，它们都是用自己的标准去衡量他人的利益正当性。所以寇雷曼（Jules Coleman）把政治定义为，它只是参与者自己的标准框架，人们借用它实现自己或集团的目标（Jules Coleman, 1985）。²²而法律则是超越性的，是高于个别或集团利益的，它追求用统一的原则框架去衡量不同利益诉求。

我认为，认识到这种不同，并运用结构分化的安排，去利用它们各自的正面作用（保持活力和确定性）、抑制负面作用（特殊利益的工具和呆板），是人类制度文明的进步。

结语

利益政治模式“允许”主观的认知差异随时影响规则，并通过力量对比和交易、较量作出取舍。虽然这些较量也是一种平衡机制——过于不公，总会遇到障碍，但其结果不可预见。因为规则随着利益和力量而变化，一个事件摆平了，但不能成为未来同类事件的参照。它只能使用于一个事件，无法通过明确规则对未来人们的行为进行指引，社会上同样性质的冲突将重复发生，需要重新按照新的力量对比再度寻找平衡。另外，利益政治模式的稳定秩序依赖各方基本满意，而权力，地位，势力，贪心多的一方更有机会通过“难以满意”而影响结果，难以约束机会主义行为，秩序平衡达成的社会成本因此提高。

参考文献

见各页脚注

22 Jules Coleman, “Market Contractarianism and the Unanimity Rule”, *Social Philosophy and Policy*, 1985, No. 2: 69-114.