

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

¹⁴ 资料来源：徐富海，河北某农经站zh访问记录（2001）；

¹⁵ 资料来源：X村村民土地转让合同书（1998年8月27日）。

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？他砍了你又怎么处置他？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。会上意见还是统一不了。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

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）；



是 85%的人同意不调地，于是我们决定这个村不调了。”¹⁸

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

18 河北 Q 县政法委干部发言记录（2002 年 7 月）；

19 资料来源：徐富海：Q 县调查案例记录（2002）。

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



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 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

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



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，“谁好做工作就说服谁”（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。

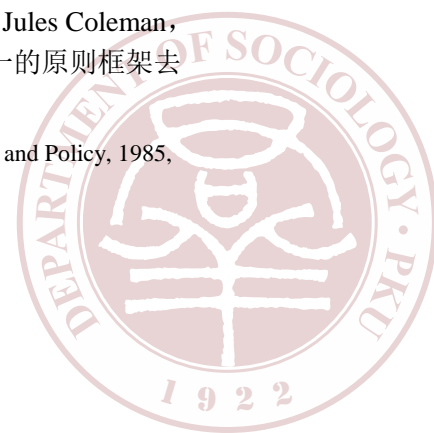
领域	主导	社会关系的性质
政治	多元利益力量	政治关系
法律	中立于利益的统一法律权威	法律关系

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

22 Jules Coleman, “Market Contractarianism and the Unanimity Rule”, *Social Philosophy and Policy*, 1985,



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。

