

“祖业”观念 与民间地权秩序的构造*

——基于鄂南农村调研的分析

陈柏峰

提要:“祖业”现象在中国农村较为多见,既有研究展示了其特殊性,却并未对祖业观念嵌入后的地权结构进行有力分析。本文基于鄂南马镇的经验素材,展开贯穿观念、制度和实践的分析。祖业声索主要发生在建房、葬坟、土地征收时,争夺的是依附于土地的某种权益,依据的是祖业观念及背后的地方性规范。在村庄语境中,祖业意味着成员资格,承载了生活秩序的象征功能,村民会据此援引各种资源展开争夺。地权实践形态是各方角力的平衡结果,法律和地方性规范在其中实现复合,形塑了一种“混搭”的地权结构。它是各种不同的“业”构成的“权利束”,祖业、土地集体所有、农户承包经营等共存其中。“业”的思维不仅可以很好理解祖业嵌入后的地权结构,还可以理解日常生活中的诸多权益冲突现象,有相当的理论解释力。

关键词:祖业 业 地权 地方性规范

一、祖业现象及其学术方位

(一)祖业现象的调研与发掘

“祖业”是祖先留下来的产业,多指房屋和土地等不动产,具体包括如下几类:一是祖坟山。同一宗族或房支的村民死后往往被安葬在同一座山上,经过几代人,这片山头就被称为祖坟山。祖坟山在制度上属于村组集体所有,实际上属于宗族或房支所有,分田到户时往往作为“不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地”,^①被宗

* 本文受国家社会科学基金重大项目“新型城镇化建设的法治保障研究”(项目批准号:16ZDA062)、国家“万人计划”青年拔尖人才支持计划的资助,特此致谢。

① 《中华人民共和国农村土地承包法》第3条第2款。参见中华人民共和国司法部中国法制信息网(http://www.chinalaw.gov.cn/Department/content/2019-01/17/592_227050.html)。

族或房支的村民承包。二是宗祠。宗祠及其土地与祖坟山类似,名义上属于村组集体所有,实际上属于宗族或房支所有。三是老祖屋。老祖屋及其宅基地往往属于某一房支的几个兄弟、堂兄弟共有,交易也只能在亲房之间进行。四是集体林地、荒地、滩涂、水面。这些土地往往没有分给农户,由于经济价值不高,人们不太重视,因此大多边界不清,遇到土地征收就很容易产生争议。五是村民承包的责任田、责任山。虽然农民都认为土地属于集体所有,农户享有承包权,但在特定时刻,“祖业声索”可能会出现。

“祖业声索”就是农民以祖业为由,声称、索要某种权益,地方社会对此常常予以认可,一定范围内存在共识性的“地方性规范”(陈柏峰,2008)。农民所说的“祖业”,大多是指新中国“土地改革”之前的土地归属关系,它在现行的政治和法律上并不具备合法性。如何理解祖业声索与土地法定权益之间的冲突和融合,如何理解祖业权益嵌入之后的民间地权秩序,这是学术讨论需要面对的问题。已有学者基于全国不同地区的田野调研展开讨论,主要从以下两个方面切入。

一是地权冲突中的祖业观念及其作用机制。郭亮(2010,2012)认为,农户基于历史的“祖业权”与国家权力赋予的地权并列,在国家权力未覆盖的领域发挥着界定权属的作用。余练(2013)认为,祖业观、村落成员权和生存伦理权作为地权纠纷中的表达诉求,共同影响了土地产权的属性。谢小芹、简小鹰(2014)认为,“祖业权”实践蕴含着政治世界和农民生活世界、大传统和小传统等两套话语逻辑的博弈和冲突。黄鹏进(2014)认为,农村土地产权认知和规则存在多维之争,祖业属于社会文化维度的产权规则。张富利(2017)认为,“祖业权”以身份认同为价值基础,无法与开放的现代社会相匹配,国家之法与乡村之法遭遇后产生了尖锐冲突。

二是祖业观念下土地的产权性质。桂华、林辉煌(2012)认为,受祖业观念影响,中国农村形成了不同于西方的“小农产权”,它建立在血缘基础上,通过代际更替和兄弟分家实现对物的占有和使用。陈锋(2012,2014)指出,祖业观念下的土地产权具有人格化、象征性和社区化的特征,具有完整的使用权,却不具备独立产权的完整性。徐嘉鸿(2014)认为,农民的祖业权认知不同于个体私有意识,也不同于村社集体共有意识,而是一种宗族集体主义意识。陶自祥(2015)认为,农民家业产权具有延续性、象征性,其主体是家庭而非个人,祖先、“我”

和子孙三重人格参与形塑。刘锐(2018)认为,祖业权作为民间习惯并未形成权利,属于认知范畴地权。

这些研究存在一些共同特点,对祖业问题的学术化有所贡献。第一,上述研究描述了祖业观念的存在,并强调其不同于现代物权的认知。第二,强调了祖业观念对村庄地权秩序的冲击,将“祖业”描述为引发土地纠纷的重要因素之一。第三,分析了祖业观念的社会意义,描述了它们在村庄社会语境中的特殊意涵。同时,这些研究也存在共同的问题和缺陷,由于始终没有讲清楚祖业观念嵌入后的土地权益结构,导致分析地权秩序缺乏有力的理论框架,难以较好理解祖业与土地法定权益之间的冲突和融合。

(二) 产权研究的视角及其解释力

祖业现象属于土地产权实践的范畴,因而产权相关研究可能有所助益。产权是经济学处理的核心问题,产权经济学理论把产权看作是“一束权利”(科斯等,1994)。这一理论框架与改革开放以来中国的市场化改革相契合,为不少改革措施提供了话语框架和理论基础。奥利弗·哈特认为,产权的核心是对于资产的剩余控制权,即在法律明确限定或合同约定他人使用的权利之外,所有者对其资产的全部权利(哈特,1998:76)。界定清晰的产权,将对市场主体产生激励,从而提高效率——这在很多中国人心中几乎成了一种“信仰”。然而,在现实中产权往往是模糊不清的,产权经济学理论对此也有所认识,登姆塞茨就曾讨论过“产权的残缺”问题(登姆塞茨,1994:186-189)。

由于“产权残缺”往往是现实常态,因此产权的社会学研究就成为更现实的选择。中国学者的切入视角可以分为三类。

一是“规则不确定性”的视角。张静(2003)认为,人们不是根据确定的法律规则辨认真正当利益,而是根据利益竞争对规则做出取舍,因此土地使用规则随着利益、力量的变动而不确定。熊万胜(2009)认为,参与地权界定的规则是多元的,地权的清晰和稳定需要有一种主导性的规则,具有超越其他规则的力量,否则规则只能成为主体利用和选择的对象。在“规则不确定性”视角下,土地产权实践成了不同产权规则竞争和适用的场域。

二是“关系产权”的视角。周雪光(2005)提出“关系产权”的概念,强调“产权是一束关系”,反映了一个组织与其他组织、制度环境,

或者组织内部不同群体之间稳定的交往关联。臧得顺(2012)提出“关系地权”概念,认为农村地权深嵌在社会关系之中,附着在土地上的“人与人之间的关系”才是土地问题的本质与核心。“关系产权”的视角注重产权关系与更广泛的社会关系的关联,可谓“产权的社会视角”(曹正汉,2008),曾被广泛用于产权实践的解释(折晓叶、陈婴婴,2005;申静、王汉生,2005;曹正汉、冯国强,2016)。这一视角在人类学中也有深厚的知识传统,研究主题集中在特定族群对于资源、资产和产品的社会安排(周歆红,2016)。

三是“复合产权”的视角。张小军(2004,2007)提出“复合产权”概念,将之视为经济产权、社会产权、文化产权、政治产权和象征产权等的复合体。刘世定(2003)曾将产权与观念、认知联系起来,讨论观念、认知对于产权的作用。杨磊、刘建平(2015)提出“混合地权”概念,认为财产权利、公共治理、社会关系和观念习俗等四个维度共同决定了农地产权实施的过程和效果。“复合产权”的视角与人类学中“产权的系统分析框架”(周歆红,2016)有相通之处。

上述研究视角试图跳出传统的西方产权经济学思路,从本土经验出发,借鉴社会学、人类学的理论资源对中国的产权问题进行理论思考。它们可以部分解释祖业现象。第一,祖业现象中确实存在多元的地权规则,且规则的适用并不稳定,“规则不确定性”视角因此有其适用空间;第二,祖业实践中,地权深嵌于各种社会关系中,地权界定受相关主体的社会关系和社会资本的影响较大,因此“关系地权”视角有其适用空间;第三,祖业声索不仅包含经济诉求,还有其村庄政治、社会文化、象征意义,因此“复合产权”视角有其适用空间。

不过,从上述视角难以充分理解祖业观念嵌入后的地权观念和地权结构。祖业观念与土地集体所有、农户家庭承包的观念,在农民的思维中是如何共存的?祖业声索的权益,与集体土地所有权、农地承包经营权,为何可以共存,又是如何共存的?如果不讲清这些问题,祖业现象的理论意义就可能被低估。本文以鄂南农村的经验素材为基础,分析祖业嵌入后的地权结构,讨论民间地权秩序的构造,开掘其理论价值。笔者的老家在鄂南农村,2016年暑假,笔者带研究生到鄂南马镇进行了一个多月的驻村调研,获取了关于祖业现象的丰富素材;2017、2018年,笔者又三次返回鄂南农村补充调查。

二、祖业的声索和实践

“祖业”看起来像是对土地产权关系的现实描述,其实只是对土地所有关系的历史描述,或者说只是对传统中国土地权属关系的一种历史记忆。不过,这种历史描述和历史记忆可能成为现实权利声张和利益索取的依据。

(一)“集体”(宗族)之间的祖业声索

祖业一旦成为权益声索的依据,就容易引发宗族之间的纠纷,可以表现在不同村组集体之间,也可以表现在同一村集体内部的村与组之间。第一,发生争议的两个宗族属于不同的村或村民小组,从而表现为不同村组集体之间的纠纷。例如,严洲村的刘家(七组和八组)解放前曾在杨家(九组)买过土地。集体化时期,这些土地被划给了九组;分田到户后,被九组村民承包。七组和八组的刘姓村民一直以祖业为由,向九组村民要求收回那些土地,为此双方经常发生纠纷。20世纪80、90年代,这类纠纷在全国范围内引发了不少械斗,如鄱阳湖地区的草洲纠纷(吴贇,2014)。第二,发生争议的是村集体与其内部的村民小组,实质是村内某宗族以祖业为由,向行政村主张权利。由于土地制度在权利界定上存在一定的模糊性,不同行政层级之间的土地纠纷并不少见(皮特,2008:41-48)。例如,共升村三组的一块水域在集体化后划归行政村所有。分田到户后,三组不断以祖业为由向行政村主张权属。

“集体”(宗族)之间祖业声索的起因主要有两种。一是在土地边界上存在争议或变动。要么由于对祖业的记忆不同,土地边界模糊而难以认定;要么因有的宗族以强凌弱,以大欺小,人为改变边界。二是由于环境变迁或政策变动导致原有利益格局变化,相关宗族不能协调好新格局下的利益。例如,在集体化时期,钱庄村的二组和五组为耕作方便将两口池塘互换。近些年,五组将集体山林连同已互换给二组的池塘一起对外发包,承包人在池塘里养鱼,不允许二组放水灌溉。五组村民认为,当年只是互换了使用权,池塘的祖业性质并未改变。二组村民则非常生气,不断上访,并多次到池塘搞破坏。

(二) 村民之间的祖业声索

村民之间的祖业声索针对的往往不是土地所有权。在法律上,农村土地所有权属于村集体,宅基地使用权和耕地承包经营权属于农户。祖业声索不可能从法律上颠覆地权秩序。耕地的承包权来自村集体的发包,村民不可能以祖业为由主张耕种的权利。村民之间的祖业声索只发生在三个特殊场合:建房、葬坟、土地征收。

第一,建房。土地所有权属于村集体,承包经营权属于农户。从制度上讲,在一块土地上建房,要土地承包权人、村组集体同意,还要政府审批。政府审查是否符合城乡规划和用途管制规则;村集体审查是否符合村庄规划,同时行使土地使用和用途变更的所有权权能;需要土地承包权人同意,是由于建房迫使其承包经营权灭失。此外,祖业“业主”会声索权利,建房者需要对其补偿,才能顺利建房。即使是农户的承包地,如果祖业属于他人,也需要支付补偿。例如,在杨家湾十组,刘姓是老区,几十年前人口多,祖业多,如今仅剩一户;王姓来得晚,如今人丁兴旺,祖业却不多。王姓村民在自己承包地上建房,需要恳求祖业“业主”刘家同意,还要想办法取悦刘家,为刘家帮工或逢年过节送礼,关系生疏的还需要支付钱物。20世纪80年代,占用他人祖业建房,只需要“说人情”。到20世纪90年代,需要祖业换祖业;没有祖业的,就用承包地换祖业,有按面积2:1的比例置换的,也有按面积1:1的比例置换的。2013年后,宅基地不断涨价,需要用钱购买祖业。

第二,葬坟。由于葬坟所占地块不大,只要在当地拥有祖业,人们不会多计较。同姓村民的土地几乎可以随意葬坟。在单姓的自然村,葬坟时看不到祖业冲突。本地人将坟墓在自家祖业上,并不需要向承包权人支付补偿。例如,在杨家湾九组,王某家的承包地是刘家的祖业,刘家在此地葬坟,王某并不反对。然而,在当地没有祖业的村民,葬坟就会遇到障碍,即使支付对价也不行。例如,杨家湾九组,雷家来村时与王家是亲戚关系,前两代葬坟在王家山上。后来两家亲戚关系逐渐淡薄,王家便不让雷家葬坟。最后雷家只好由村里安排葬在山顶几个家族坟山的模糊边界处。再如,在严洲村三组,何家是“外来户”,但在村里已有百年。何家第一代(袁家的女儿)葬在袁家祖坟山,但到何家第二代去世时,袁家不再允许其葬在袁家祖业上。最终,何家只能葬回几十公里外、百年前迁出的老家。老家村庄热情接纳了何家,承认他们的祖业份额。

第三,土地征收。土地征收时,只有本地人才能分得补偿款,因为“土地是祖宗留下来的,只有子孙才有资格受益”。某些“外人”虽然从户籍上看属于村集体,但会少分或者不分补偿款。“本地人”和“外人”通过祖业来确认,在当地有祖业是本地人,如果没有祖业,即使一直在当地生活,也不算本地人。20世纪90年代,严洲村三组土地被征收,其中包括何家部分承包田。村民认为,土地是袁家的祖业,何家不能分享补偿款。何家因此不断上访,乡镇干部多次调解都无效。同样,在马镇的邻县,即使“外来户”的主张有国家法律制度的支持,也会遭到本地户以祖业为由的排斥(郭俊霞,2015)。对于二轮延包后搬到村里来的“外来户”,严洲村各小组态度高度一致,在土地和房屋转让时就要求他们在合同中放弃未来可能的土地征收补偿。有时,即使不享有任何法定权利,村民基于祖业也可以分享土地征收补偿利益。例如,杨家湾的山林被征收,其中部分祖业属于袁家,袁家据此提出分享土地补偿款,经过协商得到一万元。

(三)祖业声索的目标权益

“集体”(宗族)之间祖业声索的目的是争夺土地所有权。如果祖业声索与土地所有权的现状一致,这种声索往往能取得成功;当祖业声索与土地所有权的现状不一致,声索很难改变现状。在前述钱庄村二组与五组的池塘纠纷中,祖业声索与土地所有权现状不一致,五组将池塘外包,这种行为在当地并未获得认可。村委会认为,池塘所有权属于二组,这是土地改革和集体化后的现实,五组以祖业为由对外发包,纯属无理;村委会因此还将当时的组长撤职。这表明,祖业声索不可能从制度上推翻现有的土地集体所有权归属,只能在占有模糊的边界处起作用。在此意义上,“集体”(宗族)之间的祖业声索,其实是土地物理边界的模糊性所致,其本质是相邻关系的处理,祖业并没有嵌入地权结构内部。

村民间的祖业声索并非争夺既有的土地所有权或使用权。声索主要发生在建房、葬坟、土地征收三种场合,是土地用途的性质发生变更的时刻。建房和葬坟将耕地转变为农村建设用地,土地征收将农用地转变为城市建设用地。如果土地用途的性质不变化,祖业的“业主”就不会出现在土地占有、使用关系的视野中。本研究没有发现以祖业为由,要求收回村组集体的土地所有权或干涉村民既有的使用权和收益

权的案例。

村民之间的祖业声索,针对的是依附于土地所有权的某种权益,这无疑冲击了既有的地权秩序。建房和葬坟时,耕地变更为农村建设用地,如果不涉及国家土地用途管制,属于村组集体所有权的权能范围;土地征收时,农用地变更为城市建设用地,则是国家行使土地征收权。在法律上,祖业并不合法,所谓的“业主”无权干涉他人的土地使用,也不应享有收益权,而实践中“业主”常常可以获得收益。建房时祖业“业主”可以要求建房者土地互换或现金补偿;土地征收时,也可以获得一些补偿。祖业还冲击了既有的土地利用或用途管制体系,事实上给土地利用施加了负担。

祖业声索对土地权利体系的冲击体现在建房、葬坟、土地征收等土地的永久性使用时。土地一旦以这三种方式被使用,祖业“业主”就完全失去了利益的期待可能性;而在其他使用中,即使祖业“业主”没有任何现实收益,但未来收益确有可能。

三、祖业观念背后的地方性规范及其运行

祖业观念能嵌入地权结构,有其深厚的地方性规范基础。在地方生活语境中,祖业构成了村庄成员资格的基础,承载了农民的人生意义,承担了农民生活和发展势头的象征功能。正因此,村民才会在祖业纠纷中着力斗争,使用各种策略。国家力量和法律规范可能被引入,地方性规范因此被激活,祖业斗争成为地方性规范运行的中介和平台。

(一) 祖业观念背后的地方性规范

祖业观念是地方社会共同秉持的观念,是一种“地方性共识”。地方性共识为地方生活的人们提供了行动的无意识依据,构成了人们行动中的理所当然,生发出一种评价体系及标准,以判定何为正当,何为不正当,这就是“地方性规范”(陈柏峰,2008)。祖业观念的背后,有一套地方性规范。

祖业是村民在村庄生活的成员资格基础,村民以祖业来界定村庄中的自己人和外人。“你的祖宗在当地有祖业,那你就是自己人,别人有一份你也有一份。”但如果祖宗在当地没有土地,或者根据继承规则

没有资格获得祖业,尽管可能在当地生活上百年,仍然不被认为享有完全的村庄成员资格。祖业可以证明一个人是村庄里的人,而不是“外人”。费孝通早在半个多世纪以前就注意到村庄成员资格的问题,被称为“客边”“新客”“外村人”的人物,得不到一个普通村民的权利,不被信赖(费孝通,1998:72)。没有土地,就不算是村子里的人,难以进入村庄婚姻圈,不能在血缘网中生根。

由于这种地方性规范的存在,南方农村中不少在集体化时代(甚至更早)迁居的村民,至今都难以真正在他姓村落中立足,他们在村庄生活中常常遭受歧视,很多人甚至被迫回迁到祖先的村落(朱冬亮,2002;刘良群,2006)。在鄂南农村,宗族观念依然强劲,祖业仍然是村庄成员“资格”的基础。例如,前述严洲村三组的何家,虽然在村里生活已有百年,却仍被当做“外来户”,在村中遭到歧视,承包地被征收却得不到任何补偿。

祖业是祖宗留下来的产业,它强调的不是用益和价值,而是产业的来源,这使祖业具有人格化特征,甚至构成村民安身立命的伦理基础。土地来源于祖先,将来还要传给子孙,当下的家长只是一个管理者,受到不在场的祖先和子孙这种虚拟主体的限制,不能自由处分财产。出卖土地常常被认为是对祖先的不孝,也是对子孙的不负责任。祖业在观念上蕴含了祖先的恩惠,也意味着对子孙的责任,这种责任表现为守护而不是败坏。祖业存在着一种伦理化的等级秩序:祖坟山→祠堂→宅基地→共有山林→承包地。祖坟山和祠堂在祖业中有着无与伦比的重要意义,它们都是“安置”祖先的地方。“人死后有三个去处——墓地、神龛及宗族的祠堂。死者的尸体葬在墓地,他们的灵魂却留在家庭的神龛上和宗族的祠堂里”(许烺光,2001:35)。

祖坟山是安置逝去成员的地方,也是在世子孙的祭祀场所之一。农民认为它的位置、风水的好坏,直接影响到生活是否安定、生产是否发达、子孙和六畜是否兴旺,特别是家庭和宗族未来的运程。它是生活和生产空间的一个“镜像”(张柠,2005:45)。如果破坏了祖坟的风水,可能给家族成员和子孙招来灾难。因此,当出现冲突时,针对祖坟山的攻击和保卫就十分激烈。宗族祠堂一般位于村庄中心,它是与祖坟山一样的神圣空间,安置着祖先的灵位,也是祭祀场所之一。祠堂是一个抽象的精神空间,通过成员的集体想象,将宗族的过去(死亡)和未来(不朽)联系在一起(张柠,2005:56)。可以说,祖坟和宗祠都是为“现

在”的秩序提供保护的地方。此外,宅基地与墓地一样,也讲究“风水”,对生产生活也有象征意义,但宅基地主要还是生活空间的物质载体。与祖坟山、祠堂不同,山林、承包地等主要是农民生产生活的物质空间和载体,不具有太多的精神和价值意涵。

祖坟山、祠堂、宅基地、共有山林、承包地等各种不同祖业,建立起了农民生产生活的物质空间和精神空间。正是在祖业的象征意义及相关的地方性规范之上,鄂南农村的祖业声索变得可能。祖业的象征意义和农民的家园经验在生活场域生发为地方性规范,成为人们声索祖业的动力。正因此,祖业声索在建房、葬坟、土地征收等土地的永久性使用中表现最为突出。而且,建房和土地征收中的祖业声索大多最后落实为利益分享和金钱补偿,而葬坟却几乎是禁止性的,建宗祠更不可能。其实,葬坟所占用的土地面积不大,经济利益在多山地的鄂南农村甚至可以忽略不计。然而,葬坟意味着一个家庭或宗族在一个地方“生根”,它可能冲击的是村庄生产生活的未来秩序。

村庄生活中不同宗族兴衰起伏的历史经验,使人们对新的姓氏和宗族的生根十分敏感。大姓衰落被小姓取而代之,土地也随之成为他姓的财产,这是人们村庄生活的历史经验。小姓虽然起初很弱小,但一旦扎下根来,几代之后可能“枝繁叶茂”,构成老户的强劲对手,挤压其子孙的生活资源。例如,严洲村三组的何家,第二代就有五口男丁,第三代发展到八口,第四代仅老大家就有四口男丁。家族势力的涨落,反过来又会体现在象征性的器物中,如土地庙。严洲村十组的刘姓本是大族,但后来衰落了,如今只剩下一户,而王姓本是刘家的长工,如今发展为大姓。十组的土地庙,建在刘姓的祖业上;王姓兴起后,近年又建了一座土地庙,从而出现罕见的一村两庙现象。类似变迁让村民对小姓人口的繁盛有很强的防备心,进而转化为对祖业的强调,发展出根据祖业来衡量成员资格、排斥外来者的地方性规范。

(二) 祖业争夺与地方性规范的运行

祖业观念在鄂南农村普遍存在,背后有地方性规范的支持。然而,地方性规范的实现绝非自然而然的事情,并不存在一个自动实施的系统,也不存在强力执行地方性规范的机构。因为土地集体所有制、土地承包经营实践也不断深入人心,内化为人们的观念,背后有强大的法律规范支持,而这些观念和法律法规与祖业观念及其背后的地方性规范

是冲突的。其实,祖业声索的成功,并非地方性规范的自动实施,而是斗争的产物,祖业斗争促成了地方性规范的运行。祖业对地权结构的嵌入,是各种力量角力后的妥协和平衡结果。

祖业声索能否成功,地方性规范能否实现,与声索祖业的家庭势力紧密相关。例如,杨家湾九组在外来户雷某去世后,决定将其葬在山顶处,占用的地方算是杨家祖业。之所以如此,是因为杨家没有男丁,缺乏阻拦的势力。其实,按照村庄大致认可的祖业规则,雷家算是有祖业的,因为雷家20世纪30年代曾买过刘家一块地,但由于缺乏家族势力,村民不承认,雷家毫无办法。又如,在杨家湾十一组,杨某以祖业为由,将王某的承包田抢来耕种,这显然是强取豪夺。杨某仗着家里兄弟多,且有一个儿子是“混混”,以祖业名义侵夺王家的土地承包经营权。这即使在承认祖业的地方社会也缺乏任何正当性。由于缺乏家族势力,也缺乏乡村组织的有力支持,王家无计可施。

祖业的维护与地方性规范的实现,还取决于斗争能力和斗争技巧。例如,杨家湾十组多数土地的祖业属于刘家,近几年村民建房需求增长,有几户王姓村民不愿意受刘家祖业束缚,直接在承包地上建房,刘家媳妇陈芳坚决维护祖业。纠纷调解中,乡村干部支持王家,认为应遵循法律而不是地方性规范,“新中国不应按祖业观念办事”。当晚,陈芳当众喝下农药。在抢救时,王姓村民和乡村干部接连向刘家道歉。陈芳侥幸保命,她以死相争,维护了祖业。无疑,陈芳表现出很强的“守业能力”。在她嫁入刘家之前,刘家由年老的婆婆、在外打工的大儿子、患小儿麻痹症的小儿子组成,斗争能力非常有限,祖业被王姓占用不少。陈芳嫁入刘家后,婆婆反复告知其刘家历史,培养了她强烈的家族认同感和维护祖业的责任感。在清明节时,陈芳会带领全家祭拜祖坟山上的几百座祖坟,既培养了下一代的祖业观念,也向其他宗族表达了捍卫祖业的决心。陈芳与娘家联系紧密,其娘家人数众多,有一些官员和富人,她还与同村别组的同族交往密切,这改变了刘家势单力薄的局面。更重要的是,陈芳性格泼辣,她以死相争,保全了祖业。

势力弱小的家庭可以通过斗争来维护祖业,同样也可以通过斗争来抵制祖业。例如,严洲村三组的“外来户”何家承包田被征收,小组却以祖业不属于何家为由拒绝给予补偿。何家因此而拒缴农业税费,并持续上访。最终,镇里免收其三年农业税费,与征地补偿款相抵。何家在处事时表现出“会闹”,能够援引各种有利力量,在多起事件中通

过不断找政府、上访甚至打官司,引入国家力量和法律来抵抗祖业观念和地方性规范,最终间接取得了成功。

祖业嵌入地权结构,除了地方性规范存在之外,与当事人的声索和斗争也分不开,最终的地权实践状态是妥协和平衡的结果。这种平衡和妥协取决于多种因素,当事家庭背后的力量和斗争策略都是不可忽略的。在纠纷解决中,力的因素是情、理、法之外的另一重要维度(董磊明,2006)。地方生活中,村民背后的力量是不对等的,完全遵循情、理、法的状况并不存在,纠纷解决的本质是利益界分和调整,这个过程很难不顾及力量对比,否则纠纷调解方案难以被强势一方接受。当然,弱势一方也会寻求对自己有利的因素,比如诉诸国家力量和法律。一般来说,村庄中的小姓家庭、外来户往往倾向于借助国家力量和法律,与村内的大姓宗族力量抗衡。最终,纠纷的解决就是在情、理、法、力之间寻找平衡点。

从政府和法律的角度来看,祖业观念完全无凭无据,是应该被“革除”的。但在社会稳定需求下,基层政府行为十分微妙,这给地方性规范留下了运行空间。一方面,政府似乎应当维护法定权益,不应肯定于法无据的地方性规范;另一方面,政府又担心出事、上访,在以较大成本贯彻法律法规与“无为而治”之间,往往倾向于后者,因此地方性规范有其运行空间。

四、法律与地方性规范复合的地权结构

(一) 法律与地方性规范的复合

在祖业观念强大的村庄,祖业与土地所有权放在一起,就好像土地上有两种并行的秩序:国家正式法律规定的土地所有权、承包权、经营权的秩序,地方性规范中的祖业秩序。土地似乎处在一个二元秩序中,集体所有、农户承包经营的秩序处于“明”面,祖业秩序处于“暗”面。当二元秩序中的所有权人或“业主”重合时,一般不会产生争议,最典型的是宗祠和祖堂屋;即使有争议,也体现为所有权争议,例如祖坟山、集体林地、荒地的争议。而当二元秩序中所有权人或“业主”不同时,争夺的就是某种权益,例如承包地上的祖业声索。

祖业嵌入下的二元地权秩序,很容易让人联想到传统中国的“一

田二主”现象。明清时期,由于永佃权的发展,形成了“一田二主”现象。“同一块土地的上层称为田皮、田面,由佃户享有它的使用收益权,是为‘皮主’;下层称为田根、田骨,由原田主所有,是为‘骨主’、‘田主’”(张晋藩,1998:116)。“上层”“下层”只是一种形象的说法,意在说明两种权利的并存。多数情况下,田面、田底的交易互不干扰。从形式上看,祖业嵌入后的地权秩序与“一田二主”现象确实有类似之处,都存在二元秩序和“二主”现象。祖业与土地所有权所形成的秩序,在大多数情况下互不干扰,能够各自独立交易,土地承包经营权的流转与祖业的流转可以分开进行。但两者也有实质的不同,祖业并没有体现为通常情况下土地经营收益的分享,不能像田面权和田底权那样分享地租(大租和小租)。虽然祖业有时也体现为实际利益,但不能简单将其理解为所有权权能体现的收益。

祖业在实质上对所有权构成的限制,与现代社会中管制权对所有权的限制也有类似之处,尽管两者看似风马牛不相及。公法中的土地规划、分区控制、用途管制、建筑准则等,都是国家在土地利用方面行使管制权的体现(陈柏峰,2012)。在村民的观念中,建房、葬坟、土地征收这三种情形都是对土地的永久性使用,涉及土地用途的改变,与一般的经营收益不同。祖业声索在其中行使着村庄语境中的“审批”职能。这种“审批”有时涉及具体的利益诉求,或者可以转化为利益诉求(建房和土地征收),有时却与利益无关(葬坟)。在地方性规范中,祖业声索在功能上类似于管制权的行使,管制着土地用途的改变。这相当于祖业的地方性规范给土地所有权施加了额外负担。如此,地权秩序就处在法律和地方性规范的复合规制之下。

当前中国在很多领域都存在观念和规范复合的情形,这在学术上已有所反映。甘阳最早提出“通三统”,强调中国传统文化、革命和社会主义建设、改革开放三种传统的融合(甘阳,2007:3-4)。黄宗智(2010)认为,当前中国法律体系是来自西方的移植、中国古代的传统以及现代的革命传统的三种传统混合,未来发展方向也应是三种传统的结合。他还详细解说了中国正义体系的三大传统,并探讨三大传统所构成的多元体系如何取长补短,如何结合、整合乃至超越(黄宗智,2017)。这些描述和分析都是从宏观结构着眼的,而本文研究的祖业现象则提供了一个微观领域的范例。影响当代中国每个历史时期的传统,除了在宏观层面留下明显的思想和制度之外,在微观处也会留下痕

迹或印记。因为“人们自己创造自己的历史,但是他们并不是随心所欲地创造,并不是在他们自己选定的条件下创造,而是在直接碰到的、既定的、从过去承继下来的条件下创造”(马克思、恩格斯,2009:470-471)。

祖业与土地所有权的二元秩序,可以说是“通三统”的,在其中法律和地方性规范实现了复合。在祖业实践中,地权结构融入了三大传统:传统中国土地占有状况、土地宗族集体所有制以祖业的名义在地权结构中存续;新中国社会主义建设时期的土地集体化成果以“农村土地集体所有制”和“集体土地所有权”的名义在地权结构中存续;改革开放以来的分田到户、农户承包经营、农地承包权物权化、承包权与经营权分立等实践则以“农地承包经营权”的名义在地权结构中存续。由于集体与宗族的范围常常重合,“土地集体所有制”某种程度上对“土地宗族所有”构成了“代偿”。在集体与宗族的范围不完全重合时,这种“代偿”可能因土地边界问题而成为纠纷的来源。在这种地权结构中,新中国社会主义建设时期和改革开放以来的传统有国家法律的保障,中国古代的传统则以历史记忆维持存续,表现为农民的祖业观念及其背后的地方性规范。祖业嵌入后的地权结构是法律和地方性规范复合的结果。

(二)“业”的思维与地权结构

祖业嵌入后的地权结构很难按照土地所有权的权能结构去理解,祖业无法在当前土地制度框架中得到合理解释。在法律和地方性规范复合的规制下,祖业与正式制度中的土地集体所有权、农户承包经营权“混搭”在一起,形成了一种新的奇特的地权结构。理解这种地权结构,既要从土地所有权的权能结构这一法律维度切入,去看祖业的位置;也要从祖业的维度切入,去看土地所有权、承包经营权的位置;还要理解在土地所有权与祖业的背后,法律规范与地方性规范为何可能复合。因此,不能不先理解“祖业”中的“业”。

“业”在传统中国并存于国家法与民间生活秩序,在官方的律例法条、民间的契约文书及民事惯例中,“业”的语义与观念呈现出一致性。“业”强调气力与心智的投入,意味着经营与经营对象,意味着一种与生存权相关联的生计、营生。“守业”与“管业”是常被一起使用的概念。“守业”观念是“业”的宗法伦理属性的体现,它既是一种世袭权

利,又是晚辈业主对前代业主承担的宗法性的伦理义务。“管业”注重对标的物的占有、经营,“守业”则注重排除他人的侵夺(易江波,2009:453-454)。由于“业”的主体常常是家族、会、堂、帮等民间组织,从而呈现出团体属性、群体属性。可以说,“祖业”就是强调宗法伦理属性的“业”。

“业”在明清时期有独特含义,当时土地交易的对象并不是具有物理性质的土地本身,而是在土地上进行经营和收益(管业)的一种地位。所谓“土地的买卖”,指的是现在对某土地进行“管业”的人把这一地位出让给他人,而且今后永远允许后者对该土地进行“管业”;所谓“土地的所有”,指的是自己现在享有的管业地位能够通过“来历”来向社会表明状态。土地的交易行为整体上以土地的经营收益及其正当性为基础展开(寺田浩明,2012:217-218)。“业”是指能够给权利人带来收益的权利,它实际上被用来指称地权、田骨权、田皮权、永佃权、典权、股权、井权等一系列财产性权利,这种权利与物有关,但并不必然表现为对物的权利,在观念上并不以对物的占有为核心,而以收益的权利为其基本内涵(李力,2005)。在明清时代,权利人对物的关系被包含在“管业”概念中,即通过对物的管理来获得收益。地权秩序以“业”为核心概念,以私人契约为工具,分化为永佃、一田二主、典制等多样态的管业层级以及典卖、活卖、绝卖等一系列交易形态(汪洋,2017)。

与现代民法将财产权划分为物权和债权的体系相比较,“业”具有更大的包容性,既可以用来指代地权,也可以用来指代土地上的其他权利,还可以指代股权等与土地并不直接关联的权利。在传统观念中,田骨是收取田租的权利;田皮是对土地加以占有和使用以获得收益的权利;而“股”则是凭借在会产中的份额获得收益的权利,这些都被表述为“业”,收益权是它们的共性。

在包容性和权能本质上,“业”与英美法系的产权概念颇为类似,它以“权利束”的方式存续,可以囊括资源利用的所有权利。英美不动产法产生于“只有国王才能对土地拥有绝对的所有权”的特定历史环境和制度背景下,因此强调权利归属,而无“所有权”之内涵(高鸿钧、程汉大,2013:674-675)。土地持有人并不直接拥有土地,但拥有抽象的“物”——地产权,该地产权决定着持有人对土地的利用方式。当这种观念被扩展至保有关系时,一切土地上的权利都可以成为“所有”的对象。主体直接拥有土地的可能性被割断,不存在大陆法系的“所有

权”(高鸿钧、程汉大,2013:660-661)。与英美法系类似,传统中国与大陆法系的所有权体系也大为不同。在传统中国,土地权利的核心并不是对土地的占有、处分权利,而是收益的权利。地权秩序呈现出来的相对性观念、时间维度上的灵活性特征,不同于大陆法系以绝对所有权为中心的物权观念和“所有权—他物权”结构,它摆脱了绝对所有权理念,甚至包含与所有权的排他支配性根本矛盾的内容,所谓“业主的所有权”只是多余的现代性虚构(汪洋,2017)。

大陆法系的物权法体系以所有权制度为基石,物权分为所有权和他物权,他物权包括用益物权、担保物权,奉行“一物一权主义”。而在“业”的地方性规范中,一项不动产可以承载多项权利,并不追究理论上的物权归属和逻辑体系的完整性。一个物上可以存在很多平行、互不统摄的权利,可以分别继承转让,一切以人对物的“管业”为核心。在权利体系上有很大弹性和包容性,不同的“业”可以集合在同一个物上,构成类似于英美法系财产权的“权利束”。祖业观念和地方性规范以这种思维理解地权结构、安排地权制度。这样,就能以“业”为核心来概括地权之上的所有权利存在,将其视为对物的使用、收益或其他权利的集合。

通过“业”的思维,鄂南农村地权结构的复杂性以及法律与地方性法规的复合可以得到理解。农民以“业”的观念去理解祖业,它就是一种基于“土地改革”之前的土地占有状况而享有的某种权益,基于这种历史占有状况的记忆,可以对土地享有某种权益或期待性的权益。如果以“业”的概念概括更为广泛的物权关系,这些权利就有了多元性,有时仅为一种使用权,有时仅为一种期待权而非现实的收益(邹亚莎,2014)。地权结构下的祖业正是如此,有时有现实的使用和收益,有时又仅仅是期待未来的非现实收益。

在以“业”为中心建构物权关系的思维下,对于新中国土地改革和各种政策变动所造就的权益体系,农民都可以用“业”加以理解。土改之后的集体化将土地的所有权收归集体所有,“八二宪法”确认了这种土地集体所有,这是村组集体的“业”;改革开放后,农村集体土地实行承包制,农户家庭获得的承包经营权是村民的“业”。在这种思维下,法律和地方性规范都有正当性,农民不会感觉到承认祖业与承认农村集体土地所有权会有多大冲突,也不会感觉到祖业对集体土地所有权或农户承包经营权产生了实质冲击。因为农民理解的地权结构就是由

各种不同的“业”构成的“权利束”，而非“一物一权主义”基础上的所有权、用益物权体系，其中的多元权利并不冲突。

五、理论解释的反思与比较

表面上看来，祖业嵌入地权结构的个案似乎是一种被正式法律制度否定了的地方性规范的顽强存续。祖业观念来自古老的传统和制度实践，从制度上讲，它是“死亡”的，没有法律赋予其生命。然而，在实践中，祖业声索不乏成功案例。甚至在某些地方，经过多次博弈，这种实践在一段时间还有稳定化的趋势。本文着眼于地方性规范及其运行，以“业”的思维为中心，从动态的斗争实践和静态的地权结构解释了“祖业”现象。其解释力可以从比较中得以凸显。

在法律实践问题的研究中，学界存在一种倾向，将不同于正式法律制度的实践，归结为“民间法”的作用。按照这种思维定势，“祖业”的地方性规范实践很可能被当作“民间法”对国家法的胜利。如此，恰恰忽略了地方性规范的复杂背景和实践过程。苏力早前曾发现现代性法律制度的干预破坏了熟人社会中的社会关系默契和预期，进而对现代法律的普适性提出质疑，用“民间法”来反思法制建设的“现代化方案”（苏力，1996：61）。受此启发，一些学者从概念上梳理民间法，从经验中寻找民间法，将“国家法与民间法”的理论框架实体化，在面对现实问题时容易陷入误区，将法律实践处理为城市与乡村、国家与社会、西方与中国等简单的二元对立。

然而，地方性规范不是所谓的“民间法”。第一，地方性规范缺乏执行机构。国家制定法有一个甚至多个强有力的执行机构，遇到抵制时可以国家暴力为后盾进行执法；而传统时代可以执行民间法的宗族、行会等机构在现代社会都没有合法性。第二，目前很少存在均质的直接容纳民间法的乡村社会。与传统时代甚至20世纪90年代之前不同，目前乡村社会出现了普遍的阶层分化和利益分化，农民开始摆脱土地的束缚，生产生活被市场经济整合到更大的社会范围，交往和行为也突破乡土社会而被镶嵌到更大的社会系统之中，流动性、异质性、不确定性日益增加，价值和观念因此发生了巨大变化，甚至陷入“结构混乱”状态（董磊明等，2008）。在这种状态下，很难存在均质的容纳民间

法的乡村社会。

在鄂南农村,祖业现象的本质是各种力量角力的平衡结果,地方性规范只是角力过程中被援引的规范之一。正如有英国学者指出的,一个村庄“根据亘古以来之习俗”对公地或是权利的要求,表达的往往并非某种历史事实,而是村庄在反对领主或其他村庄的不断斗争中形成的力量平衡;“同业惯例”或是职业惯例体现的并非是旧的传统,而是那些工人在实践中已经确立的权利,他们试图通过赋予其永久性来扩大或捍卫这一权利。因此,“‘习俗’并不是永恒不变的,因为即使在‘传统’社会,生活也并非永恒不变”(霍布斯鲍姆、兰格,2004:3)。现代社会更是如此,即使经过多轮博弈,斗争的妥协结果很难生长为稳定的规则。在开放的社会情境下,太多因素可以改变博弈主体的力量对比,打破暂时的平衡。因此,将暂时性的妥协结果当作民间法并不合适。祖业观念确实进入了地权结构中,地方性规范有时获得优先地位,但并非因为它作为民间法而得到遵守,而是祖业观念和地方性规范为权益斗争提供了话语和资源。

从产权经济学理论去看祖业现象,解释力有限。祖业观念嵌入后的地权,所有者的权利不能如产权经济学理论中假设的那样实现,其剩余控制权受到了祖业规范的额外制约,是法律与合约之外的制约。这种权利形态倒是符合“产权残缺”的描述,但“产权残缺”的描述向度有限,不足以理解此时地权的复杂结构。“一束权利”可以用于理解祖业观念嵌入后的地权结构。不过,无需从产权经济学理论出发,英美法上的产权概念就能做到。英美法将产权理解为“权利束”,任何相关的权益都可以成为其中的一项权利。祖业观念嵌入后的地权结构是以“业”的思维建构的,与英美法的“权利束”思维可以类比。

从“规则不确定性”的视角去看祖业现象,其中确实存在多元的地权规则,且规则的适用并不稳定。法律虽然是地权界定的权威规范,但并非唯一的规范。农民可以基于祖业的地方性规范声索权益,但何时及能获得多少权益,取决于力量竞争。在竞争过程中,法律权益可能会减损,而祖业权益也可能得到认可。国家力量干预越少,祖业权益得到认可的空间就越大。通过“规则不确定性”的视角,可以看到不同产权规则的竞争和适用。

从“关系产权”的视角去看祖业现象,地权深嵌在政治社会环境中,受社会关系和社会资本的影响较大。权益的界定过程与相关主体

的个人能力、家族势力等社会资本和社会关系网络密切相关,也与“小传统”的强度相关联。附着在土地上的社会关系、社会资本的强弱直接影响着相关主体在产权纠纷中的收益。个人能力强、家族势力大的村民能够以祖业为由,获得更多土地权益。

从“复合产权”的视角去看祖业现象,祖业的诉求不仅仅是经济性的,祖业权益也并不仅仅是经济诉求,还有政治、社会和文化象征意义。在村庄生活中,祖业是政治和生活竞争的成员资格,承载了农民的人生意义,对农民生活和发展有着象征功能。这些因素与经济因素一起,促使农民在祖业纠纷中斗争。越是承载象征功能的事务,越不可能妥协退让,纠纷双方都会用尽策略。各种规范会在斗争过程中嵌入地权结构,地权因此变成“复合”的。

上述视角各有其适用之处和理解祖业现象的优势。然而,这些视角难以解释的是:在产权的实践结构中,法律和地方性规范为何可以复合共存,冲突的观念为何能同时被农民接受?在祖业嵌入后的地权结构中,不同的权益为何可以共存?附着在土地上的各种权益,如何在观念上被农民接受?各种规范本来处于竞争状态,为何嵌入地权结构后就变成了“复合”的?

上述问题只有在“业”的思维下,才能得到较好的理解。在“业”的思维中建构产权关系,从传统时代到新中国的各种制度留存和政策变动所造就的权益体系,都能以某种“业”的形态存续。祖业是祖宗留下来的“业”,土地集体所有权是村组集体的“业”,农户家庭的承包经营权是村民的“业”。在“业”的思维中,德国式所有权体系中无法容纳的权益就变得可以接受和共存,因为农民理解的地权结构,就是由各种不同的“业”构成的“权利束”。

地方性规范是一个体系,“祖业”中的“祖”有着特别的意涵。在村庄生活中,“祖”的规范事关当下村庄成员资格,承载了当下生活的人生意义和象征功能。因此,村民十分在乎祖业的归属和权益。祖业的观念和地方性规范为权益斗争提供了话语资源和利益空间,村民会以祖业为由争夺土地权益。祖业话语资源薄弱的一方,也可能引入法律规范和政治话语,借助国家力量与祖业话语相抗衡。在具体个案中,何者竞胜取决于很多因素。正是在此斗争过程中,祖业观念得以延续,地方性规范获得运行空间,祖业嵌入地权结构成为可能。

六、余论：“业”的理论解释力

讨论祖业观念及其背后的地方性规范,其意义不在于政策和制度层面,而在于社会科学理论层面。本文对祖业现象的解释,着眼于地方性规范及其运行,重心是“业”的思维。地方性规范本身很难超出地方而运行,“业”的思维则可能超出地方性,从而具有广泛的理论意义。

“业”是能够给权利人带来收益的权利,它指向土地,可以指业主对土地拥有某种权益,但并不以对物的占有为核心,并不必然表现为占有、使用,甚至不一定表现为收益,有时只是一种期待权。与大陆法系的财产权体系相比,“业”具有巨大的弹性和包容性。相关利益主体基于不同的规范根据在土地上的不同权益诉求,都可以被容纳进入地权结构。传统中国土地占有状况、土地宗族所有、农村土地集体所有制、农户承包经营、农地承包权与经营权分离等法律规范和祖业的地方性规范,都可以共存于地权秩序中。这些多元权益和规范互不统摄,以类似于“权利束”的形式存在。这种不重视所有权、强调权益归属的思维方式有足够的灵活性,从而也具备相当的适应性。

“业”的观念和思维反映的是如何看待人与物的关系、与土地有关的利益主体之间的关系,以及如何从制度上回应这种关系,如何对日常生活的权益冲突进行调和。因此,“业”有更广泛的理论解释力。传统中国是人均资源相当匮乏和紧张的社会,这种社会形态甚至被比拟为“拥挤列车”(寺田浩明,2010)。人与物的关系是生存依靠而非单纯的占有支配;对物之为财产的权益,重的是多层次利用而非明确的界限划分(陈景良,2017),“业”回应了这种功能需要。当今中国逐步走向丰裕社会,但相对于巨量的人口而言,各种资源仍然紧张,社会仍然“拥挤”,如何建立符合社会特性的权利体系,在人们生活样式和社会环境的基础上界定权利,必然是法治社会建设中的难题(陈柏峰,2019)。与通行的潘德克吞体系相比,“业”从更日常实用的角度界定权益,发挥相应的权利界定功能。从这一角度,可以深入理解基层社会中的一些常见纠纷。

以小型水利设施中养鱼权益与灌溉用水的冲突为例来看,小型水利设施为了谋取利益,常常在发挥灌溉作用的同时承包给专业户养鱼。在一般年景,灌溉和养鱼并无冲突;但在旱情严重的年景,灌溉和养鱼

就会发生冲突,承包者需要蓄水养鱼,而农民需要放水灌溉。面对这种可能的冲突,双方可以事先约定以蓄水深度来界定各自权益:高于特定水位灌溉优先,低于特定水位养鱼优先(罗兴佐,2006)。灌溉和养鱼的权益都可以从“业”的角度去理解,它们与传统民事习惯中的塘底权、塘水权如出一辙。比这更为精细的还有塘水权按照时段分配,或者按照水位涨落分配(邹亚莎,2014)。“业”从日常生活的角度表达和区分权益。塘底权、塘水权的表达,与当前法律的农地承包经营权、水权相比,是一种更为日常化的表达。“业”从日常生活形态出发进行资源的精细化配置,甚至可以将实际权利和可期待的权利予以区分。

在法学界,长期以来人们乐于研习大陆法系的制度,满足于用潘得克吞体系去分析、建构法律关系,这与中国法律实践难免存在一些抵牾,从而无法从现实出发把握生活世界和研究对象。祖业的观念和现实就是如此,很难从潘得克吞体系去理解祖业与所有权的关系。引入“业”的观念和思维,理论理解的困难可能迎刃而解。基层社会生活中有很多纠纷源于长期难以界定权利边界,就是由于不少非制度化的权益在社会心理层面仍然有影响力。“业”在历史上曾经是正式制度的一部分,目前虽不具有合法性,却能在社会心理层面发挥“赋权”功能,使一些权益得到一定的社会认可,从而成为事实权益。

例如,农村开荒地导致的纠纷便是如此。不少村庄都有荒山、荒坡、水域等,由于地力条件不好,这些地方可能一直处于荒废状态,被村民开垦以后用于耕种、养殖等。起初村民和村干部并没有干预,后来看到垦荒地的收益,就有人出来干预,为耕种、养殖制造障碍,甚至强行收回垦荒地。从现行制度来说,荒山、荒坡、水域等一般属于村集体所有,垦荒者应该与村集体签订合同,以确定土地使用权。但垦荒者在土地上投工投劳、改良土壤,如被村集体无偿收回,当然很难接受,不会轻易罢休。此外,农地上的拾穗权、拾禾权,山林里的砍伐权、拾柴权,江河湖泊上的捕捞权、取水权,草原的放牧权等,在中国农村曾经广泛存在,现在还在一些地区存在。这种农村社会内部出于守望相助的目的、照顾贫困村民的一种救济措施,也带有“业”的性质。

城市里也有类似带有“业”的性质的权益存在。易江波曾考察近代汉口码头,发现一些异地异乡的船民按地缘结成船帮组织,形成固定的航线,停靠固定河岸,获得了某种“码头权”;在特定的区域承揽帮工运送货物的活计,也获得了某种“码头权”(易江波,2009:452-462,

2010:87-93)。当今城市里也有类似现象。例如,人口聚集程度较高的区域,在特定地点摆设摊位进行小本经营,逐渐发展为某种在特定圈子里承认的权益,可以通过交易获取或出让这种权益。大学附近的小吃经营摊位、小商品出卖摊点都是如此。再如,国有土地如果没有及时开发,周围居民可能将之开垦种菜,这一行为虽然不合法,但政府并没有及时阻止,逐渐这种开垦土地有了“业”的性质,甚至可以在居民之间转让。正因为这些地方性规范认可的事实权益的存在,城管执法中遇到诸多阻力和挑战,而且权益存续的时间越长,当事人维护的决心和动力就越大,背后无疑有“守业”心态的作用。此外,有些“业”可以从法律中找到比附的依据。例如,长期在特定位置经营的店铺会因为消费者熟悉、信任而产生特定的权益,这种权益常常被纳入“商誉权”的范畴。其实,从“业”的角度理解可能更为贴切。

上述诸种事实权益建立在土地的基础之上,却并不在土地上设置某种物权。这些不容于现代物权制度的权益,在基层百姓的思维中都带有“业”的性质。与这些“业”相联系的是基层百姓的日常生活和生计。百姓心中顽强存在的“业”的观念及相应的地方性规范,是现实中的权益纠纷的心理基础。然而,“业”并不具有正式的规范性和制度性。如果将“业”与既有的所有权体系放在一起,“业”可能对所有权做出某种限制,但并不一定需要在土地上设置某种物权。这种限制可以类比英美法系土地上的各种产权,虽然产权人并不“拥有”土地,但诸种权利确实构成了“土地所有权”的某种限制和负担。也可以类比国家管制权对土地施加的负担,如土地发展权(陈柏峰,2012)、户外广告发布权(宋亚辉,2010),它们对土地或房屋的所有权构成限制和负担,却未正面挑战土地所有权的既有权能结构。当然,如何协调“业”与已经被广泛接受的物权体系,在制度建构上可能面临具体困难。不过,这已超出本文的中心议题,有待进一步的深入研究。

参考文献:

- 曹正汉,2008,《产权的社会建构逻辑——从博弈论的观点评中国社会学家的产权研究》,《社会学研究》第1期。
- 曹正汉、冯国强,2016,《地方分权层级与产权保护程度——一项“产权的社会视角”的考察》,《社会学研究》第5期。
- 陈柏峰,2008,《地方性共识与农地承包的法律实践》,《中外法学》第2期。
- ,2012,《土地发展权的理论基础与制度前景》,《法学研究》第4期。

- ,2019,《中国法治社会的结构及其运行机制》,《中国社会科学》第1期。
- 陈锋,2012,《“祖业权”:嵌入乡土社会的地权表达与实践》,《南京农业大学学报(社会科学版)》第2期
- ,2014,《从“祖业观”到“物权观”:土地观念的演变与冲突》,《中国农村观察》第6期。
- 陈景良,2017,《突出“民族性”是中国民法典编纂的当务之急》,《法商研究》第1期。
- 登姆塞茨,1994,《一个研究所有制的框架》,R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海:上海三联书店、上海人民出版社。
- 董磊明,2006,《农村调解机制的语境化理解与区域比较研究》,《社会科学辑刊》第1期。
- 董磊明、陈柏峰、聂良波,2008,《结构混乱与迎法下乡——河南宋村法律实践的解读》,《中国社会科学》第5期。
- 费孝通,1998,《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社。
- 甘阳,2007,《通三统》,北京:生活·读书·新知三联书店。
- 高鸿钧、程汉大,2013,《英美法原论(上)》,北京:北京大学出版社。
- 桂华、林辉煌,2012,《乡土社会的产权基础》,《二十一世纪》第4期。
- 郭俊霞,2015,《征地补偿分配中的“外来户”与集体成员权》,《华中科技大学学报(社会科学版)》第6期。
- 郭亮,2010,《祖业权:地方社会的“非正式产权”》,《中国社会科学报》3月16日。
- ,2012,《土地“新产权”的实践逻辑——对湖北S镇土地承包纠纷的学理阐释》,《社会》第2期。
- 哈特,奥利弗,1998,《企业、合同与财务结构》,费方域译,上海:上海三联出版社。
- 黄鹏进,2014,《农村土地产权认知的三重维度及其内在冲突》,《中国农村观察》第6期。
- 黄宗智,2010,《中西法律如何融合? 道德、权利与实用》,《中外法学》第5期。
- ,2017,《中国正义体系的三大传统与当前的民法典编纂》,《开放时代》第6期。
- 霍布斯鲍姆,E·兰格,T,2004,《传统的发明》,顾杭、庞冠群译,南京:译林出版社。
- 科斯,R. A. 阿尔钦、D. 诺斯等著,1994,《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海:上海三联书店、上海人民出版社。
- 李力,2005,《清代民法语境中“业”的表达及其意义》,《历史研究》第4期。
- 刘良群,2006,《宗族复兴背景下的人口迁移——对江西省XJ县农村人口迁移的社会学调查与分析》,《中国乡村研究》第四辑,北京:社会科学文献出版社。
- 刘锐,2018,《地权界定中的宗族与国家》,《思想战线》第1期。
- 刘世定,2003,《占有、认知与人际关系——对中国乡村制度变迁的经济社会学分析》,北京:华夏出版社。
- 罗兴佐,2006,《村级组织和农民抗旱中的水利设施——湖北省荆门市农村抗军调查及相关思考》,《调研世界》第8期。
- 马克思、恩格斯,2009,《马克思恩格斯文集》第2卷,北京:人民出版社。
- 皮特,何,2008,《谁是中国土地的所有者?》林韵然译,北京:社会科学文献出版社。
- 申静、王汉生,2005,《集体产权在中国乡村生活中的实践逻辑——社会学视角下的产权建构过程》,《社会学研究》第1期。

- 寺田浩明,2010,《拥挤列车模式:明清时期的社会认识和秩序建构》,阮云星译,《清华法学》第6期。
- ,2012,《权利与冤抑》,王亚新等译,北京:清华大学出版社。
- 宋亚辉,2010,《新权利的生成:以“户外广告发布权”为例》,《法制与社会发展》第3期。
- 苏力,1996,《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社。
- 陶自祥,2015,《祖业观视阈下农民家业产权研究》,《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》第3期。
- 汪洋,2017,《明清时期地权秩序的构造及其启示》,《法学研究》第5期。
- 吴秋菊,2014,《农地祖业产权:内涵、变迁及启示》,《私法研究》第16卷,北京:法律出版社。
- 吴贇,2014,《“农进渔退”:20世纪50-80年代鄱阳湖区的草洲纠纷》,《中国农史》第6期。
- 谢小芹、简小鹰,2014,《“祖业权”:作为一种非正式产权的地方表达与实践》,《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》第1期。
- 熊万胜,2009,《小农地权的不稳定性:从地权规则确定性的视角》,《社会学研究》第1期。
- 徐嘉鸿,2014,《祖业亦或私产:论农民的土地产权认知》,《广东社会科学》第3期。
- 许烺光,2001,《祖荫下:中国乡村的亲属、人格与社会流动》,王芃、徐隆德译,台北:台湾南天书局。
- 杨磊、刘建平,2015,《“混合地权”的制度分析及其实践逻辑》,《社会》第2期。
- 易江波,2009,《近代法制变迁中的一个本土概念“业”》,《法律文化研究》第5辑,北京:中国人民大学出版社。
- ,2010,《近代中国城市江湖社会纠纷解决模式》,北京:中国政法大学出版社。
- 余练,2013,《产权的地方性形态及其表达逻辑》,《中国农业大学学报(社会科学版)》第1期。
- 臧得顺,2012,《臧村“关系地权”的实践逻辑》,《社会学研究》第1期。
- 张富利,2017,《中国乡土社会的地权表达——以“祖业权”为视角》,《求索》第9期。
- 张晋藩,1998,《清代民法综论》,北京:中国政法大学出版社。
- 张静,2003,《土地使用规则不确定:一个法律社会学的解释框架》,《中国社会科学》第1期。
- 张柠,2005,《土地的黄昏——乡村经验的微观权力分析》,北京:东方出版社。
- 张小军,2004,《象征地权与文化经济》,《中国社会科学》第3期。
- ,2007,《复合产权:一个实质论和资本体系的视角》,《社会学研究》第4期。
- 折晓叶、陈婴婴,2005,《产权怎样界定——一份集体产权私化的社会文本》,《社会学研究》第4期。
- 周歌红,2016,《西方人类学产权研究的三种路径》,《社会学研究》第2期。
- 周雪光,2005,《“关系产权”——产权制度的一个社会学解释》,《社会学研究》第2期。
- 朱冬亮,2002,《土地调整:农村社会保障与农村社会控制》,《中国农村观察》第3期。
- 邹亚莎,2014,《清代物权关系构建的基本路径与价值追求》,《法学杂志》第3期。

作者单位:中南财经政法大学法学院
责任编辑:徐宗阳