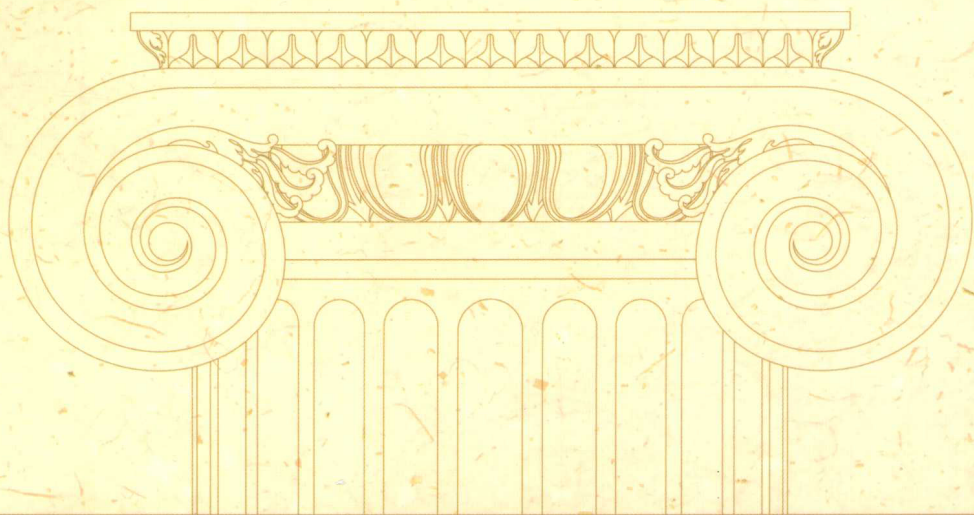




大国宪治丛书

丛书主编/张千帆



Constitutional Protection of Peasant Land Rights in Urbanization

城市化进程中的农民土地权利保障

张千帆 党国英 高新军 等◎著



中国民主法制出版社



大国宪治丛书

丛书主编/张千帆

Constitutional Protection of Peasant Land Rights in Urbanization

城市化进程中的农民土地权利保障

张千帆 党国英 高新军 等◎著



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

城市化进程中的农民土地权利保障/张千帆等著.

—北京: 中国民主法制出版社, 2012. 11

(大国宪治丛书)

ISBN 978-7-5162-0182-4

I. ①城… II. ①张… III. ①农民—土地所有权—保障—研究—中国 IV. ①F321.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 240895 号

图书出品人: 肖启明

出版统筹: 赵卜慧

责任编辑: 庞从容 唐仲江

责任校对: 姚丽娅

书名/城市化进程中的农民土地权利保障

作者/张千帆 党国英 高新军 等著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/16开 710毫米×1000毫米

印张/18.25 字数/304千字

版本/2013年1月第1版 2013年1月第1次印刷

印刷/河北省永清县金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0182-4

定价/45.00元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

《大国宪治》丛书序

张千帆

1911年，大清王朝迫于革命压力颁布了《十九信条》，可惜这部沿用英国虚君模式的宪法没能挽救屡屡拒绝改革的清朝。此后百年间，中国宪法改革历经曲折，或时运不济、或命中注定，或领导壅蔽、或民智未开，或传统思维障碍、或既得利益者作梗，阴差阳错之间失去了许多机会。百年后，中国宪政依然是路漫漫其修远，诸多志士仁人仍在不懈努力、上下求索。

幸好，宪政早已不再是孤独的探索，而是世界各国的共同追求。从美国到法国、从德国到日本、从印度到以色列、从韩国到南非，大凡进步国家无一不最终踏上宪政的阳关大道，泱泱大国同样需要宪法制度的有效规范。即便波兰、匈牙利、斯洛文尼亚、泰国、不丹、尼泊尔、柬埔寨等看上去不起眼的小国，在宪政进程中也有不少可圈可点之处。“他山之石，可以攻玉”；即便他国的失败也未尝不可作为中国“成功之母”，帮助中国宪法改革在“摸着石头过河”的进程中避免涡流和暗礁。和一个世纪以前一样，今天中国宪政还有太多的东西需要向其他国家“取经”。考察世界各国宪法制度的成败得失，实为中国宪政建设的当务之急。

《大国宪治》丛书的宗旨即为探索世界大国的宪法制度，希冀从中得出宪政发展的一般规律。既然中国是世界文明大家庭的一员，中国宪政也是世界宪政大家庭的一个组成部分，理应在和各国宪政交流、切磋、比较、竞争的过程中不断发展成长。我们唯愿以宪政学术推动宪政实践，祈望中国百年宪政之梦早日成真。

前 言

土地制度在任何一个国家都是根本问题，农村土地制度是中国农村的根本问题。尤其是改革开放三十多年来，中国经济发展的主旋律就是城市化，大量农村土地转化为城市住宅或建设用地，而这个仍将长期持续的过程已经产生太多的社会和法律问题。由于1982年宪法规定了城市 and 农村两套土地所有权，“农用地”要变更为“城市建设用地”，就必须经过“国家”征收才能改变土地所有权的性质。但是“国家”只是一个虚拟的概念，实际上负责征收的是各级地方政府，而近年来农地征收出现了许多问题。由于地方政府可以低价征收农地，然后高价卖给开发商，从中赚取巨额利润，征地已经成了不少地方政府的主要财源，甚至造就了为数不少的贪官，进而引发了地方政府官员的“圈地”冲动。中国各地方兴未艾的城市化进程，实际上就是通过征地变更土地所有权性质完成的，但是这种方式的城市化产生了巨大的社会代价。一方面，农民对土地的基本利益得不到保障；另一方面，大量廉价征收的“开发区”被搁置抛荒，极大地浪费了中国很有限的耕地资源。因此，在中国农村的城市化进程中，征地往往意味着补偿过低、农民流离失所、官员和开发商中饱私囊以及国家规定的耕地红线受到威胁。能否解决农村土地制度在城市化进程中出现的问题，直接关系到中国经济和社会发展是否具有可持续性。

虽然农村土地问题一直广受关注，但是国内学者对于解决方案众说纷纭，既没有产生一种主流意见，也没有形成一套令人信服和行之有效的主张。例如，不少人认为，由于宪法要求土地征收必须符合“公共利益”，所以应当通过法律严格界定“公共利益”的范围，限制地方政府的征地自由裁量权。但是“公共利益”太抽象、太模糊，不具备可操作性，以至于不论什么征收项目，总是多少可以和它沾上一点边。问题的关键在于，在“公共”和“私人”之间不存在一条绝对分明的界限，因而通过“公共利益”限制征地行为的希望注定是要落空的。还有人认为，目前的集体所有制无法解决土地产权虚置导致的诸多问题，因而主张农村土地私有化。固然，土地私有化有助于

土地产权的具体化和实体化，从而有助于农民和城市居民维护自己的财产权利。然而，即便实行土地私有化也未必能根除征地制度不完善所带来的弊病。如果补偿标准过低而“公共利益”难以界定，那么地方政府依然可以通过变卖土地而财源滚滚，因而依然存在强烈的征地冲动。因此，在相关制度缺位的情况下，土地私有化并不足以规范政府征地过程。

本书在中国农村实证调查的基础上，尝试探索农村土地问题的解决之道，主要研究以下几个方面的问题：

第一，探讨农村土地所有制的性质及其法律意涵。最近，国务院对“小产权”房屋买卖的禁止重新引发了学者对中国土地所有制的思考。在土地管理法规定的土地管理体制下，“小产权”交易是不合法的。但在某种意义上，“小产权”是对政府征地过程的一种“短路”，因为土地交易双方绕过政府直接买卖，因而在一定程度上有助于限制地方政府的违法征地和瓜分利润。如果农民和城市居民都从交易中得利，国家似乎没有必要禁止。问题在于，现行宪法规定的集体土地所有制是否容许“小产权”等城乡土地交易的合法存在？如果答案是否定的，那么集体所有制将对土地使用权构成严重限制，并进而变相支持土地私有化论点；如果答案是肯定的，那么需要进一步探讨集体所有制可以允许哪些变通、如何从制度上保障土地使用权等重要问题。

第二，反思中国农村土地管理制度和城市化发展模式。虽然“小产权”等土地自愿交易对双方都有利，但国家还是可以限制甚至禁止这类交易，只不过政府措施必须具备正当理由。就目前看来，政府限制的理由主要有两类：一是保护农民自己，二是保证国家的粮食安全。无论是保护农民还是保护耕地，都是国家不仅有权力甚至有义务实现的正当目的。问题在于，国家所采取的手段能否有效实现这些目的？现行土地管理法似乎不能回答这个问题，因为其中某些限制对于实现国家正当目的来说是不必要的。要在集体所有制下保障农民权利和国家利益，必须重构中国的土地管理制度。

第三，强化“公共利益”的制度保障。目前，“公共利益”的宪法要求并未能对地方政府的征地行为构成实质性限制。事实上，许多地方政府正是打着“公共利益”的旗号进行大面积城市化和城市改造。如何在不阻碍经济开发的条件下限制地方政府的征地冲动，成为中国在城市化进程中面临的独特课题。一方面，为了保护耕地等国家利益，各级政府有必要对农村土地交易和使用权变更进行审批；另一方面，许多征地行为纯粹是为了满足城乡土地二元化体制的形式化要求，并不具备保护公共利益的实际意义。因此，解

决城市化问题的契机在于审批和征地脱钩，而为此有必要重新界定土地征收权的范围并建构新的土地管理模式。

中国目前的绝大多数征地或拆迁都是在城市化或城市改造背景下发生的，其中受制于政绩体制和“土地财政”压力的地方政府发挥了主要的牵引作用。这种发展模式固然加快了中国城市化和城市面貌更新的速度，但是其代价是不容忽视的，征地和拆迁过程中发生的大量违法和侵权行为就是有力证明。我们认为，中国城市化和城市改造也应该贯彻市场原则、遵循市场规律，主要依靠私人主体之间的自愿交易而非政府强制征收来逐步推进。相应地，政府职能应该从发展地方经济转移到完善地方治理，保证一方水土的安全、健康、文明和法治上来。

但是在宪法所规定的“公共利益”和补偿制度都不足以遏制征地冲动的情况下，如何保证地方政府不滥用其土地管理权？目前，宪法规定的“公共利益”不仅没有约束征收权，反而成了地方大肆征收的权柄，似乎一旦“公共利益”存在，地方政府就不仅可以而且应该征收。这个逻辑显然是不成立的：即便具备“公共利益”，政府也不一定有必要动用征收权，而是可以任由开发商和农民或城市居民自愿达成协议；“公共利益”只是政府在行使征收权之前所必须满足的一项条件，但是它并不要求政府为了实现公共利益而主动行使这项权力。归根结底，“公共利益”最终要由公众自己站出来维护；要真正保护广大农民对集体土地的“公共利益”，还需要强化村民自治和基层民主，让农民充分参与到城乡规划和征收决策中来。

城乡二元化遗留下来的土地双轨制不仅约束了中国农村的发展，而且也混淆了城市化和政府征地这两种不同性质的过程：从农村集体所有制土地变为城市建设用地，似乎只有通过政府征地。但是即便维持土地所有权的二元化格局，也没有必要刻意强调这种二元化的实质意义，更没有必要通过政府征地完成城市化进程。事实上，在土地所有权被虚化的制度环境下，绝大多数市场交易都发生在使用权层面上。在集体所有权性质不变的前提下，农村土地完全可以为了工商业或住宅等城市用途而被长期租用。即便土地所有权性质发生变化，也未必要经过政府征收，而是可以通过在买卖双方自愿交易的过程中完成。一旦和征收脱钩，政府征地失去了大部分理由和动力，中国的城市化进程也会理性、自然和正常得多。

为了验证本书的命题，我们带着问题对山东、河南、湖南、江苏、浙江、安徽、重庆、四川等地的农村土地管理问题进行了实地调研，并在此基础上

形成本书的结论。理论研究和实证调查表明，中国土地管理制度亟须全面改革。首先，中国的土地管理者需要转变国家主义思维，还原集体土地使用权的财产权属性，放宽对农村土地进行非农建设的管制。其次，宪法第 10 条规定的土地所有制二元结构并不要求城市化和征地挂钩，因而必须扭转目前中国城市化的政府主导模式，让农村城市化按照自愿交易的市场规律自然发生并和强制征地彻底脱钩。最后也是最重要的，城市化及在农地上进行的其他非农建设活动实际上涉及政府规划与审批，而无论是城乡规划还是土地征收，都只有在作为土地使用者的农民充分参与下才能保证其符合“公共利益”。要合理管理农村土地，必须完善宪法规定的村级自治和基层民主，让农村土地的管理和决策符合广大农民的利益和意愿。

作为教育部人文社会科学重点研究基地 2009 年度重大项目“城市化进程中的农村土地制度研究”（2009JJD820002）成果，本书是该项目研究团队的集体努力的结晶。在过去三年中，项目主要参与人党国英教授、高新军教授、曲相霏研究员、杨世建博士、田飞龙博士和熊伟主任为实地调研付出了辛勤的劳动。中国民主法制出版社对本书的出版提供了诸多帮助，尤其是责任编辑庞从容和唐仲江耐心细致审读了全书。福特基金会为本书的研究和出版提供了资助，在此一并表示衷心感谢。

张千帆

北京大学陈明楼

2012 年 5 月

1	《大国宪治》丛书序
I	前 言
1	农村土地“集体所有”的宪法解释 /张千帆
1	一、引言——城市化与土地二元所有制
2	二、农村集体所有权的性质
9	三、城市化是否要求征地
15	四、如何管理农村土地
24	五、代结论——从过度征收走向参与式规划
26	城市化背景下的乡村治理方式演变与土地制度改革 /党国英
26	一、中国乡村治理的现实与理论
51	二、城镇化背景下的土地制度公权边界
63	三、以民主自治攻克农村土地制度改革难题
68	四、农村建设用地整理中协商民主个案调研
81	五、城乡一体化进程“迁村并居”个案调研
87	中国城市化进程中的农民权利和农村土地制度 /高新军
87	一、还权于民，在清晰的土地产权基础上构建 农民权利体系
97	二、官民博弈，城镇土地征用折射出中国制度 变迁轨迹
101	三、生产要素的流动，农村土地承包责任制基础 上的制度创新
107	四、中国城市化进程中新农居建设中需要注意的 几个问题

114	五、转变政府职能、强化公共服务——广东省云安县农村综合改革的启示
118	六、对中国农村社区工作的几点意见
122	七、中国农村建设的基础工程：农村社区建设的组织创新
127	八、中国地方治理的内容和改革的目标
135	集体土地产权及其保障机制
	——山东省土地管理抽样调查报告 / 曲相霏
135	一、山东省土地资源及土地综合整治、城乡统筹发展概况
147	二、主要问题
164	三、城镇化背景下保障农民土地权益的障碍
174	四、保障农民土地权益的出路
199	农村土地管理与农地权利保障
	——河南省农地管理问题调研报告 / 杨世建
199	一、引言：背景、目的及意义
204	二、河南省土地管理问题
215	三、河南省土地管理制度实施与农民权利保障现状
244	四、分析与结论
246	五、制度改革建议
257	农村土地承包经营权流转程序的实践考察与模式分析
	——以湖南省长沙市经验为例 / 田飞龙
257	一、背景解释与问题描述：农民与土地关系
260	二、流转程序之一：长沙县果园镇双河村的“政府指导模式”
268	三、流转程序之二：长沙农村土地流转交易中心的“市场竞价模式”
273	四、两种模式的简要比较及其可推广性分析
274	五、结语：超越“经验模式”的民主法治忧思

农村土地“集体所有”的宪法解释

张千帆*

一、引言——城市化与土地二元所有制

一般认为，1982年《中华人民共和国宪法》（以下简称宪法，下文中涉及的基本法，一律采用简称）第10条不仅在一夜之间宣布“城市的土地属于国家所有”，而且建立了城市土地国有、农村土地“集体所有”的城乡二元体制。这一突如其来的规定在当时似乎没有吸引多少注意，但是近年来却引发了广泛争议^①，并产生了土地公有制所特有的持久困惑。除了城市土地收归“国有”是否意味着城市居民失去对城市土地的使用权之外，一个更为重要的问题是农地变为城市工商业用地是否必须经过国家征收。在征地和拆迁冲突此起彼伏的今天，这些问题不仅涉及宪法解释的学理探讨，而且关乎中国社会的可持续发展与长治久安。即便中国宪法尚未通过诉讼而进入人们的现实生活，误读宪法第10条所产生的影响也绝不仅限于理论层次，而且早已体现于法律、政策乃至整个发展模式，并直接触动广大农民和城市居民的基本生存。

和城市土地不同的是，农村土地为“集体所有”。1982年宪法第10条明确规定：“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”尽管在1982年制宪时期曾有人提出将农村土地和城市一样“国有化”，但是这种主张并没有被采纳。1982年宪法在承认农村土地集体所有的现实基础上规定城市土地国家所有，从而形成了城市和农村土地所有权的二元制度。

城乡土地二元制的一个逻辑推论似乎是，农村集体土地只有经过政府征收才能转变为城市国有土地。既然农村土地为“集体所有”，城市土地为“国家所

*政府学博士，北京大学宪法与行政法研究中心教授。本文受教育部人文社会科学研究项目“城市化进程中的农村土地制度研究”（项目批准号：2009JJD820002）的资助，特此感谢。

①例如参见王维洛：《1982年的一场无声无息的土地“革命”——中国的私有土地是如何国有的？》，《当代中国研究》2007年第4期。

有”，土地所有权属性的变更意味着所有权人的转换；“国家”从“集体”手里拿地，自然需要征收。当政府规划将农村集体土地变为城市国有土地的时候，强制征收似乎成为一道必经程序。然而，如果“国家所有”只是一种名义性所有权，那么所有权归属未必具有决定性意义。笔者已在别处论证，除了政府用地、公路街道等公益用地及无主空地等少量土地之外，城市土地的“国家所有”仅限于名义所有权，实质性的使用权为居民个人或企业等单位所有。在这种情况下，即便所有权不变也可能构成征收（譬如土地使用权的属性从私人变为政府），而所有权变更则未必意味着必须征收，譬如名义所有权发生变更，但是实际使用权却并未变更或仅在私人之间流转。

本文探讨了农村土地“集体所有”的属性，以及土地所有权属性变更和征收之间的关系。虽然和“国家”或“全民”所有的土地相比，集体土地可以具备实质性的所有权，但是中国历史经验和教训充分表明，农村土地的使用权最终属于农户或农民个体，个体化的农地使用权必须受到法律尊重与保障。然而，目前由于农村土地使用权受到人为的法律约束，农地价值遭到极大贬损。文章进一步澄清了城乡土地二元体制产生的一个普遍误解，那就是城市化以征地作为先决条件。通过合理解释 1982 年宪法第 10 条规定的城乡土地二元结构，本文驳斥了将城市化和征地画等号的观点，认为这是对宪法的误解，并论证了从制度上将城市化和征地脱钩的必要性与可行性。文章最后指出，城市化涉及的实质问题是合理的城乡规划与政府审批，而要保证规划与审批的合理性，必须充实规划过程的人大职能和公民参与。

二、农村集体所有权的性质

2012 年 3 月 5 日，温家宝总理在第十一届全国人民代表大会第五次会议上所作的政府工作报告中指出：“土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权是法律赋予农民的财产权利，任何人都不能侵犯。”然而，在过去长达几十年的时间里，农民的土地权利并未受到有效保护。虽然 1949 年前后农地属于私有，但是经过“大跃进”和“人民公社”等集体化运动之后，私人土地悉数加入公社^①，因而到 1982 年，农村土地的“集体所有”早已是既成事

^①事实上，当时就有一鼓作气将农村土地国有化的主张，但是中共中央认为人民公社建成以后，不要忙于改集体所有制为全民所有制，在目前还是以采用集体所有制为好，这可以避免在改变所有制的过程中发生不必要的麻烦。实际上，人民公社的集体所有制中，就已经包含有若干全民所有制的成分。参见《中共中央关于在农村建立人民公社问题的决议》（1958 年 8 月 29 日），《人民日报》1958 年 9 月 10 日。

实。1982年宪法第10条规定：“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”在承认农村土地集体所有的现实基础上，现行宪法进一步规定了城市土地“国家所有”。宪法旗帜鲜明地确立了全部国土的公有制，也产生了土地公有制所特有的持久困惑。

困惑之一是宪法第10条形成的城市和农村土地所有权的二元结构。这种产权制度安排原本是为了更好地保护集体土地和农民利益^①，但是现在却蜕变为对农民权利的最大歧视，农村土地用途受到严格管制，且只有通过政府征收变为城市土地之后才能自由流转。结果，在广大中国农村，近十几年来此起彼伏地上演着一幕幕惊心动魄的征地悲剧，而且竟然是理直气壮地“以宪法的名义”。

当然，农地征收困惑只是折射了中国农村混乱与不公的一个表象；造成这种困惑的根源还在于严重误读宪法并忽视农村集体土地的财产权属性，完全没有将农民土地利益作为“任何人都不能侵犯”的“财产权利”。几十年来，农民土地权利从来没有被认真对待过。“土改”实现了“耕者有其田”，但是农民高兴没几年就失去了自己在宪法上“所有”的土地。1978年进行了第二次“土改”，农民获得了宅基地和承包地的使用权，并以“集体所有”的形式得到了1982年宪法的确认，但是这些权利受到了法律和政策的严重限制。“集体所有”变成了剥夺农民自由、束缚农村发展的法理依据，似乎只要是农村土地就天然不能从事建设或自由交易。即便法律承认的权利在实践中也没有得到应有的尊重，以至农民的土地只要政府想拿走，就可以随时拿走。在“土地财政”驱动下，政府不仅可以通过各种项目以“公共利益”的名目征地，而且也可以简单大笔一挥将农地划入城市化范围而征地。在农地权利未落实到农民个体和村级自治不完善的情况下，“集体所有”甚至很容易蜕变为“村委会所有”，村委会主任或村支书背着农民“卖地”的现象屡见不鲜。

然而，我们没有必要以这种方式解释宪法。就和宪法上的“国家所有”

^①尽管在1982年制宪时又有人提出将农村土地和城市一样“国有化”，但是这种主张并没有被采纳。1982年4月15日《宪法修改委员会全体会议记录》显示，制宪当时有人主张土地全部收归国有，但考虑到农民所获得的土地是在中国共产党“分田地”的号召下为夺取和巩固政权付出了巨大的牺牲才换来的，一下子宣布国有难以为农民接受，而且没有实际意义，因而采取了彭真等人主张的折中办法，先规定城市土地国有化，况且征地的障碍可以通过征地立法解决，其他事情“以后慢慢来”。参见蔡定剑：《宪法精解》（第二版），法律出版社2006年版，第195—196页。

不应被解释为一夜之间剥夺私人对城市土地的使用权一样^①，农村土地的“集体所有”显然也不能被解释为“村委会所有”或“地方政府所有”，而应该被解释为最终由农民个体享有的财产权利。本文探讨农村土地“集体所有”的属性，并尝试在此基础上重构理性的土地管理体制。虽然和“国家”或“全民”所有的土地相比，集体土地可以具备实质性的所有权，但是中国的历史经验和教训充分表明，农村土地的使用权最终应当属于农户或农民个体，个体化的农地使用权必须受到法律尊重与保障。然而，由于目前农村土地使用权受到人为的法律约束，农地价值遭到极大贬损，因而亟须改革中国农村不合理的土地管制主义模式，将宪法赋予的集体土地财产权还给农民。在此基础上，也就不难澄清城乡土地二元体制的本来意义，并驳斥城市化和征地画等号的宪法误解。事实上，城市化涉及的实质问题是合理的城乡规划与政府审批，而当前中国各地的城乡规划严重缺乏民主参与并带有极大的随意性。笔者最后介绍了美国地方规划的法治化经验，并指出其对中国的借鉴意义。要保证规划与审批的合理性，必须充实规划过程的人大职能和公民参与。

1982年宪法第10条规定农村土地“属于集体所有”，但是如何理解“集体所有”的性质？这个问题的答案对于界定农村土地的政府管理权和农民的使用权至关重要。温家宝总理的政府工作报告首次将承包地经营权和宅基地使用权提升到“财产权利”的高度，为解释农村土地“集体所有”的属性提供了新的思路。在解释宪法第10条之前，首先有必要说明中国农村土地制度的宪法演变。

（一）1982年之前的农村土地制度

众所周知，1949年之前，中国农村土地主要为私人所有。1949年《中国人民政治协商会议共同纲领》第3条宣布：“有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制”；第27条规定：“凡已实行土地改革的地区，必须保护农民已得土地的所有权。凡尚未实行土地改革的地区，……实现耕者有其田。”此年之后的标志性事件是中央政府1950年制定土地改革法，基本上按人口平均分配土地，并明确规定农民对分得的土地“有权自由经营、买卖和出租”，广大农民因此而获得土地所有权和实际使用权。土地改革只是

^①例如参见王维洛：《1982年的一场无声无息的土地“革命”——中国的私有土地是如何国有化的？》，《当代中国研究》2007年第4期。

将农地所有权从地主和富农转移到农民，而并未改变土地私有制本身。^① 1954年宪法肯定了农村土地私有制，其中第8条明确规定：“国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权。”

另一方面，农业合作化运动已与此同时悄然进行。早在1953年12月，《中共中央关于发展农业生产合作社的决议》就已经揭开了农业合作化和集体经营的序幕。1955年的《中共中央关于农业合作化问题的决议》进一步加快了合作化速度。1958年中央政治局扩大会议通过的《中共中央关于在农村建立人民公社问题的决议》则在短短一个月内终结了农民土地私有制。此后三年的“社会主义改造运动”建立了2.6万多个“人民公社”，99%的农户都转变成社员，原属于农民私有的土地、农作物、林木、牲畜、农具等全部归公社所有。^②农村土地所有权与经营权统一归于合作社，农户家庭经营主体地位被农业基层经营组织与基本经营单位取代。事实上，该决议还宣布“要在几年内把农村土地集体所有制进一步过渡到国家全民所有制”，只是因为“大跃进”很快被指责为“冒进”而有所收敛。1959年之后，农村土地实际上实行“三级所有，队为基础”，确立了以生产队为基本所有单位的体制，并恢复了社员的自留地。这种体制在1975年宪法和1978年宪法的第7条中获得确认。

虽然“人民公社”制度彻底消灭了农村土地的私有产权，但是除了1975年与1978年两部宪法语焉不详的事后追认之外，其并没有法律上的根基。有关农业合作化的所有重要决定都是以中共中央“决议”形式作出的，而这些政策从未获得立法确认。换言之，中央政府从未正式废除土地改革法，也从未正式宣布土改时期颁发的“土地证”作废或失效。^③在这个意义上，1958年之后建立的“人民公社”制度是一种违法的存在，至少在1975年之前是如此。当然，在那个“如火如荼”的革命年代，法律乃至宪法并不意味着什么。事实上，1978年之后建立的家庭承包责任制本身也在长达十余年的时间里处于“违宪”状态，直到1993年修宪才“合宪化”。^④然而，属于农民私人的土地权利并不因为事实上的长期违法侵占而灭失。至少在法理上，1950年土地改革法落实的农地所有权是农民占有并使用土地的合法性起点。

①参见靳相木：《中国乡村地权变迁的法经济学研究》，中国社会科学出版社2005年版，第111—119页。

②参见汪利娜：《中国城市土地产权制度研究》，社会科学文献出版社2006年版，第67—68页。

③同上，第69页。

④参见张千帆：《为什么禁止“小产权”？》，《中国经济时报》2008年1月1日。

从1978年安徽小岗村“包产到户”开始，农民土地权利逐步恢复，但是仍然未能恢复到1950年的水平。到1981年10月，全国农村已有98%建立各种形式的生产责任制。^①1983年，中共中央颁发《中共中央关于印发〈当前农村经济政策的若干问题〉的通知》，全国农村开始普遍推行包干到户，到年底已有98%的农村基本核算单位实行了包干到户，家庭承包经营的土地面积占耕地总面积的97%。在这种情势下，1982年宪法第10条并未规定农村土地私有制，而是规定农村土地“集体所有”，但是1988年修宪规定“土地的使用权可以依照法律的规定转让”，在一定程度上实现了土地所有权与使用权的分离。2003年实施的农村土地承包法从法律层面上保障了农民对承包土地的经营权，合法取得的土地承包权可以“依法”转包、出租、互换、转让或者以其他方式流转。问题在于，这个“法”（即土地管理法）严重削弱了承包权的财产属性，严格禁止农地和非农地之间的使用权交易，从而极大地贬低了农地价值。

（二）如何解释1982年宪法的“集体所有”

在这个历史背景下，让我们探讨1982年宪法规定的农村土地“集体所有”的本来意义。不可否认的是，和“国家所有”的城市土地不同，集体所有权可以是实质性的，由特定“集体”直接行使管理权或使用权。^②虽然农村土地的集体所有权也带有公有制不可避免的模糊性，但是和城市土地的“国家所有”相比，集体所有权要具体和明确得多。和“国家所有”不等于政府所有一样，“集体所有”也不是村委会或任何村级组织所有，而是全体村民所有。但是和国家规模相比，村庄规模要小得多，中国村落的平均规模也就是几百户到一两千户。虽然有的行政村地理面积较大、交通联系不便，但是至少在原则上，通过村民大会或代表大会等决策机制集体决定土地用途是可行的。因此，和“国家”或“全民”名义性的所有权不同，集体所有权可以具备一定的实质意义；集体土地的用途由符合法律条件的全体村民集体决定，使用集体土地所获得的收益在全体村民中间公平分配。

^①谈佳隆、陈婧：《中国农村土地制度及土地流转的政策演变》，《中国经济周刊》2005年8月29日。

^②关于中国农村集体土地所有权的性质，参见徐汉明：《中国农民土地持有产权制度新论》，社会科学文献出版社2009年版，第109—112页。有学者认为，即便是公有制土地仍然可以建立在个人所有制基础上，参见巫继学：《国土公有制下的土地混合所有制新论》，《中国经济问题》2006年第1期。但是鉴于政府对农村土地用途的严格管制，也有人认为国家和农民都享有部分土地所有权，参见钱忠好：《中国农村土地制度变迁和创新研究（续）》，社会科学文献出版社2005年版，第204—205页。

然而，集体所有权并不自动决定农村土地的占有和使用方式，土地用益的公平分配也不等于平均分配。“人民公社”运动的失败表明，即便在村庄范围内实行“大锅饭”，照样会“养懒汉”；集体主义管理模式极大抑制了农民的生产积极性，不仅造成农村的普遍贫困，而且使整个国家长期处于粮食危机之中。^①要根治集体主义和平均主义带来的巨大危害，必须将集体土地的使用权和受益权分配到农户或农民个人。继1978年安徽小岗村试验之后，农村土地承包制的全面展开之所以在全国取得巨大成功，关键便在于定分确权——承包制将土地使用权分配到每家每户，农户和农民个体成为使用集体所有土地的主人。

固然，土地承包带有一定的期限，承包期间也不得改变土地的农业用途，况且土地分配方式即便在承包期结束之前也可能受制于村组织的调整（村民委员会组织法第24条），因而农民个体对所承包的土地占有和使用方式并没有完全的决定权，但是毕竟在法律限制范围内对土地的经营方式和收益获得了自主权。由此可见，1982年之后的中国农村土地确实属于“集体所有”，但是集体所有权并不是抽象空洞的，而是由具体化的个体使用权构成的；所谓的农村土地集体所有权，就是由农民的宅基地、承包地以及未分配到户的建设用地等公用地组成的一个权利束。即使用“股权制”等方式买断农民对承包地的使用权，农民对土地的收益权仍然体现于各自拥有的具体“股权”之中。^②

既然农村土地的使用权最终属于农户或农民个体，个体化的农地使用权必须受到法律的尊重与保障。土地使用权的任何调整或流转应在原则上基于自愿，例如2002年的农村土地承包法第33条规定，土地承包经营权的流转应遵循“平等协商、自愿、有偿”原则，任何组织和个人不得强迫或阻碍承包方进行土地承包经营权流转。村委会等集体组织对土地分配方案的调整不应和承包方案的确立一样，获得三分之二多数村民或村民代表的同意，而且应遵循等价交换的原则，农民对土地使用权价值的任何减损都应获得公平

^①参见周其仁：《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》（增订本），北京大学出版社2004年版，第18页。

^②2007年，国家发展和改革委员会发布了《批准重庆市和成都市设立全国统筹城乡综合配套改革试验区的通知》（发改经体〔2007〕1248号）。2007年7月，重庆市工商局出台政策，允许农民以土地承包经营权直接入股，成都则早在2003年就开始准备城乡综合配套改革。这些举措被有些媒体誉为“第三次土地革命”，例如见《成都部分地区持续推行建国以来第三次土地革命》，《新京报》2007年6月21日。但农民入股其实只是便于农地集约化使用的一种措施，并未突破农地用途限制。参见党国英：《“土地入股”是“第三次土地革命”吗？》，《中国青年报》2007年7月15日。