

国家社科基金项目 (07BFX026)



郑州大学嵩阳法学文库



中国土地制度 改革研究



ZHONGGUO TUDI ZHIDU GAIGE YANJIU

沈开举 主 编
杨俊峰 副主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

014035750

国家社科基金项目“修宪后的中国土地管理制度改革”

F321.1

156

中国土地制度 改革研究

沈开举 主 编
杨俊峰 副主编



F321.1
156



北航

C1722966



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国土地制度改革研究 / 沈开举主编. —北京:
法律出版社, 2014. 3
(郑州大学嵩阳法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6004 - 0

I. ①中… II. ①沈… III. ①土地制度—经济体制改革—研究—中国 IV. ①F321.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 024273 号

郑州大学嵩阳法学文库

中国土地制度改革研究

沈开举 主 编	责任编辑 刘文科
杨俊峰 副主编	装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14.5 字数 346千

版本 2014 年 3 月第 1 版

印次 2014 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6004-0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

撰稿人及其写作分工

(以姓氏笔画为序)

- 王红建 (郑州大学法学院副教授,法学博士)第三章
司久贵 (郑州市人大常委会,法学博士)第二章第四节
李永超 (郑州大学法学院,法学博士)第四章第二节
沈开举 (郑州大学法学院教授,法学博士)绪论、第七章
宋炉安 (河南省高级人民法院,法学博士)第五章
杨俊峰 (中国人民公安大学法律系讲师,法学博士)第一章第三节,第四章第一、三节,第五章
郑磊 (北京大学法学院,在读法学博士生)第六章
程雪阳 (中国人民大学法学院博士后研究人员,法学博士)第一章第一、二、四节,第二章第一到三节

中国土地法律制度的变革与完善应坚持的一个前提和八大走向(代序)

这已经是我和我的课题组就中国土地问题写的第二本专著了。在过去的几年中,我们持续地关注,不断地讨论,并与法学界、经济学界以及国外关注中国土地制度的诸多学界同仁进行协作研究,终于有了今天这样一个成果。

毫无疑问,继新中国成立初期的土地改革和改革初期的家庭联产承包责任制之后,当下中国的土地问题,特别是土地制度改革再次成为经济、社会与法律发展的热点问题。今天的人们也越来越清楚地认识到,土地制度的变革不仅关系到未来中国财富的分配,而且会影响到整个国家的宪政民主制度的建设和发展。

或许正因如此,人们才对土地制度的改革问题争论不休,对于下一步的土地制度如何改革、朝着哪个方向改革、改革应当遵循哪些基本的原则等一些重大的问题,人们迄今也无法达成共识。这种热闹但有点凌乱纠结的学术现状固然与不同论者各自的立场和

利益相关,但其表明当下的人们已经无法就中国的社会和政治改革达成共识。于是,各种改革理论和建议纷纷登上舞台,诸神共舞。新左派们试图回到毛时代,甚至不惜极力美化那个时代的缺点和罪恶;自由主义者们则在鼓吹土地私有化,并坚定地认为唯有土地私有才能定乾坤、止纷争。

我们并不想参与这种无休止的争论。因为作为法学学术人,我们所擅长的并非是进行意识形态的斗争,而是如何在尊重现行法律秩序下,通过“权利—义务”的分析框架,通过立宪主义的指引,为中国土地法律制度的变革贡献自己的思考。当然,这并不意味着我们没有理想,没有原则,没有坚守,只会盲目地宣布自己保持价值中立,相反,我们不但要大声地说出我们应当坚持的原则和底线,并且还要像马丁·洛克林所说的那样,绘制出“一幅地图来指导自己在法律的领地上穿行”。这幅地图不但将统领本书的研究,而且将表明我们对于当下中国土地制度变革的立场、观点和态度。

我们认为,并坚信,社会主义市场经济是土地管理法律制度修改变革的根本前提。市场经济就是要在承认各种市场主体平等地位的前提下,依照市场规律和经济杠杆来配置各种生产要素。市场经济要求国家要尊重和保障公民、法人和其他组织的财产权和其他基本人权,要尊重法治,落实民主。同时,社会主义市场经济还要求国家更加关注社会的公平,实现共同富裕。改革开放三十多年来,中国之所以能够取得举世瞩目的成就,很大程度上依赖于市场经济体制的建立和逐步完善,今天土地制度中存在的矛盾也多是因为没有认真贯彻和落实市场经济的要求而造成的,比如国家所有和集体所有两种土地所有权的不平等引发了农民土地权利受损、政府的土地管理仍然严重依赖建设用地指标这种计划经济“一刀切”的手段来管理土地等等。

未来土地立法的制定和修改,不能也不应该再过分强化政府的微

观管理职能,而要在如何充分发挥市场的作用上做文章,要检讨和反思现行的制度哪些是计划经济时代的产物,哪些依然不符合市场规律和社会主义市场经济关于社会公平的基本要求——正如最近十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中所要求的那样,要“使市场在资源配置中起决定性作用”,“要着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位问题”。我们坚信,唯有如此,才可以使制度的变革利国利民,也才能使国家长治久安。这是改革的根本方向和基本前提问题,必须予以高度重视。

为了落实社会主义市场经济对土地制度建设的要求,我们认为,未来的改革应当坚持八个走向:

(一)由两种土地公有制的平等向平等转变。我国宪法在1982年时确立了土地集体所有和土地国家所有两种不同的土地公有制与集体土地所有权和国有土地所有权两种不同的土地所有权。依照民法学的一般理论以及我国《物权法》第39条的规定,所谓“所有权”,就是指所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。其具有最高性和最终性的特征。不存在A所有权的法律地位高于B所有权的可能性,也不存在A所有权人对其所不享有所有权的B拥有最终处分权。然而,由于我国相关法律制度、政策以及旧有不合理观念的限制,集体土地与国有土地实际上并不平等:一方面,作为土地所有者的农村集体组织对自己所有的土地并不享有完整的处分权;另一方面,由于法律规定“集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设”,实际上造成了集体土地的“使用权残缺”。农民和农村因此没有或者很少分享城市化、工业化带来的土地增值。

其所带来的结果我们今天已经可以看得很清楚,既妨碍了市场经济的建设,又剥夺了农民应有的权利,阻碍农民增收的步伐,同时还进一步扩大了城乡的差距,激化了城乡矛盾。所以,利用中国城市化不断

加快的机遇,赋予集体土地以完整的土地所有权和土地使用权,实现两种国有土地地位和产权平等,应当成为中国土地产权制度改革的首要问题。只有这样,才能把原本属于农民的财产权利和收入还给农民,也才能让农民真正可以与其他利益主体共享城市化、工业化带来的土地增值成果。

(二)从国有土地地方化、单位化向国有化转变。中央政府代表国家直接行使国有土地所有权,实现国有土地“国有化”,并明确国有资产监督管理委员会作为国有土地所有权行使人的地位。国有土地所有权的“国有化”似乎是一个自相矛盾的伪命题,然而对于当前中国来说却并不必然如此。

虽然《土地管理法》规定“全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使”,虽然全国人大常委会法制工作委员会曾解释说,“国家所有的土地的所有权主体只有一个即国家,其代表为国务院”,“地方各级人民政府不是国有土地所有权代表。无权擅自处置国有土地,只能依法根据国务院的授权处置国有土地……”但由于中国地域极为辽阔,上述规定和解释似乎仅仅停留在宣示阶段。因为在实践中,地方政府在没有明确的法律授权、也没有经过国务院委托的情况下,依然直接代表国家行使国有土地的所有权,从而出现了“国有土地地方化”的怪现象。

我们认为,(1)既然这些土地属于国家所有,那么中央政府就应当真正地代表国家直接行使所有权,而不能任由“国有土地,非国家所有而是地方所有”的情况一直延续下去;(2)有一个认识误区需要改变,即国有土地不仅仅是一种资源,其同国有企业一样,更是国家重要的财产。这就意味着应当由国家的国有资产监督管理部门来具体行使国有土地的所有权。这不但与国有资产监管部门的职责一致,而且可以实现国有土地所有权与管理权分离,更有利于国有资产的保值和增值;

(3)为了实现中央政府直接行使国有土地所有权,国有资产监督管理委员会应当在地方设立垂直领导的派出机构,专门行使国有土地所有权,机构的设置可以借鉴目前的国土督察模式,不需要完全依照行政区划来进行。具体实施办法可以由国务院另行规定。

(三)集体土地所有权主体从虚化走向明晰。明确村民小组会议、村民代表会议和乡人民代表大会作为集体土地所有权代表人的地位。尽管现行宪法和法律都确认,“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,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有”,但对于什么是“集体”、谁来代表集体行使所有权以及集体土地所有权与管理权之间的区别,人们往往争论不休,进而滋生了诸多矛盾和冲突。我们认为,今后农村集体土地所有权和管理权应当遵循以下思路进行改革:

首先,在人民公社体制下,集体是指公社、生产大队、生产队,并且土地所有制实行“三级所有,以队为基础”。1983年中共中央、国务院《关于实行政社分开,建立乡人民政府的通知》下发以后,人民公社逐步解体,乡一级成立了乡级人大和人民政府,生产大队改为村,成立村民委员会,生产队改为村民小组。那么可以推论,村民小组、行政村和乡级人大分别继承了生产队、生产大队和公社的土地所有权。

其次,对于三种不同性质的集体土地所有权,应当进一步明确所有权的行使主体和行使方式,具体说来,(1)已经分别属于行政村内两个以上农民集体所有的土地,由村民小组通过召开村民小组会议的方式行使所有权;(2)依法属于行政村农民集体所有的土地,由全体村民通过村民会议方式行使所有权;人口特别多的行政村,村民会议可以授权村民代表会议代表村民行使所有权。村民会议或者村民代表会议的召集方式和程序依照《村民委员会组织法》进行;(3)已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)人民代表大会代表乡(镇)农民集体享有所有

权;乡级人大可以授权或者委托同级人民政府进行经营和管理。

(四)土地管理部门从代表者、管理者走向执法者。实现国家所有土地“代表权”和“管理权”的分离,重新定位国土资源管理部门职能。国家对国有土地享有的是一种私法意义上的所有权,而对领土范围内的一切土地享有的是公法意义上的管理权。由于没有意识到这两者的区别而常常将它们混淆在一起,造成了今天政府国土资源管理部门的定位错误,似乎这一部门享有所有土地管理的权力(power),也就当然地享有了代表政府行使国有土地所有权的权利(right)。中央无法有效遏制地方“以地生财”,地方国土资源管理部门保护土地资源(特别是农用地)的低效和无能都与此密切相关。我们认为,国土资源管理部门除了负责日常的土地行政管理工作(比如登记)以外,今后最为重要的工作应当是依照土地规划对各自辖区内的所有土地进行督察和执法监督。这样一来,地方国土资源管理部门今后就没有必要进行“半垂直化”管理,完全可以将其列为同级人民政府的组成部门。当然,为了实现中央政府对于土地的严格管理,国土资源部向地方派驻的9个国家土地督察局可以依旧保留。

(五)从指标管制向规划管制转变。过去的三十年间,尽管国家也制定了各种各样的土地利用规划,但是政府对土地的管理主要是依靠建设用地指标(土地利用计划)来完成。然而,作为一种管理制度,指标管制模式严重依赖于中央政府对全国土地利用的统一筹划和审批。我们可以暂且不谈这种中央集权式管理模式的科学性、可靠性和可行性,在此管理体制下“十八亿亩的耕地红线”能否保住本身就值得怀疑。计划经济体制在中国的破产不就说明了这一点吗?所以,科学有效的土地管理制度不应当建立在建设用地指标这种计划经济时代的残留物之上。未来土地管理制度的改革,应当以弱化土地管理的指标管制、建立和完善土地利用规划管制制度为目标。当然,这就要强化各种土地利

用规划的法律效力,严格执行土地规划并建立和实施强有力的土地督察制度。

(六)由粗放式经营向集约节约利用土地方向发展。各国在高速城市化过程中,都不同程度地出现过土地的粗放式经营模式。以美国旧金山为例,原来就采用“摊大饼”式发展模式,结果造成城市的发展极为松散,人们居住在郊区,工作却在城市。由此造成了两个方面的浪费,一是工作和住房用地占地过多,土地利用率极低,其二则是增加了碳的排放量,而且不利于人们集中共享城市的基础设施和公共产品。今天发达国家的城市发展和土地利用思路已经从过去的“摊大饼”式发展模式转变为“密集型”发展模式。

然而,中国的很多地方却依然在重复着别人走过的弯路,贪大求全、好大喜功、要规模不看效益的粗放式土地利用模式也早已司空见惯。如果说中国在土地利用上有“后发优势”的话,依照集约节约利用土地的原则进行集中发展和“聪明的开发”(Smart Growth),从而提高土地和公共设施的利用率才是未来的发展方向。

(七)由土地供给的“单轨制”向“双轨制”转变。我国《土地管理法》第43条规定,任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地,这被称为“土地供给的单轨制”。其特点是由国家垄断土地一级市场,任何建设单位如果要进行非农业建设,如办厂、建房,包括修路等所有的建设项目,除极其个别的情况外,只能申请使用国有土地。于是,中国土地的国有化与城市化被错误地捆绑在一起,不但导致了城市发展越来越大,越来越畸形,而且排除了乡村民众进行城市化的可能性,地方政府“土地财政”也由此形成。我们认为,应当迅速改革这种畸形的土地供给“单轨制”,建立“公益用地的征收模式与商业用地的市场模式”的土地供给“双轨制”:即,(1)应当尽快建立城乡统一的土地供给和流转市场,使能够通过市场途径供给的土地尽量不

通过土地征收来实施,从而实现商业用地通过土地市场供给的市场模式;(2)严格将征地的范围限制在为了“公共利益”的需要方面,并按照正当程序的要求保障被征地者的程序权利,同时还要按照市场价格对被征地人进行公平补偿。

(八)由政府单方决定向强调公共参与转变。现代民主制度以“代议制+精英治理”为特征,政治的运作机制也是围绕着代议制政府理论建构的;该理论的支持者往往宣称,人民已经通过选举产生的代表参与了政府,所以即便是政府单方做出的决定,也完全可以代表人民的意愿。然而实践证明,这种理论是站不住脚的。实际上,日益复杂的现代官僚机构不但具有自身独立的利益追求,而且还通过政治秘密运作来防民、设威和自保。

当下中国土地规划领域、土地征收以及房屋拆迁领域决策随意、朝令夕改以及腐败蔓延都与一些政府或者政府部门“暗箱操作”、单方即可作出决定有着密切的关联。所以,未来土地制度变革的各个方面应当更加重视建立形式多样、切实可行的公共参与制度。只有让民众参与到土地管理的各个环节中,国家的土地资源才能够更加科学合理地利用,各种土地权利人的权利才能得到很好的保护,土地领域社会矛盾才能有效缓解。在当下中国代议制民主依然不够成熟的今天,强调这一点尤为重要。

当然,我们并不认为上述所谈的这些问题就可以完全解决中国土地产权和土地管理制度领域的所有问题,事实上,土地问题是一个极为复杂的问题,也需要多学科的交叉研究。然而,诚如我多年前所谈到的那样,制度和总体框架是重要的,制度的力量是无穷的。好的制度能使国家长治久安,繁荣昌盛;好的制度能使党由弱到强,兴旺发达;好的制度能使坏人变好,好人更好。

今天的很多人认为,学术的研究应当关注细节,应当精细化。对此

一研究路径,我们并不反对。但需要注意的是,如果细节的完善不是建立在正确的基础之上,或者沿着一条错误的方向前进,那我们越努力就会距离成功越遥远。也正是在这个意义上,本书对于中国土地产权和土地管理制度改革的思考尽管算不上完美无缺,但却希望能够为中国土地制度总体框架的变革找到一条正确的道路。可喜的是,最近刚刚公布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》表明,我们确实是走在正确的道路上,这让我们信心百倍。

是为序。

沈开举

2013年12月10日

于郑州大学祥园

目 录

中国土地法律制度的变革与完善应坚持的一个前提和八大走向(代序) 001

第一章 中国土地法律制度的历史与启示 001

第一节 理想与现实的左右徘徊 004

一、作为一种理想的土地公有制 005

二、万般无奈的权宜之计:“土地公有”到“土地私有” 007

三、理想与信念的再次高昂:“土地私有”向“土地公有”的 回归 012

第二节 农村土地产权制度变迁:私有,按份共有,到抽象 公有 015

一、初级社:“土地所有权归农” 016

二、高级社:按份共有的集体土地所有制 019

三、人民公社:抽象的集体所有及其带来的问题 022

四、后人民公社时代:我们保留了什么? 028

第三节 我国城市土地制度之流变 030

一、基本维持新中国成立前的土地所有制:1949年—1956年 033

二、随着私房改造运动开始部分国有化:1956年—1967年 036

三、大规模的国有化时期:1967年—1970年代末 038

四、城市土地国有的正式宪法化:1982年《宪法》的颁布 041

第四节 如何解释 1990 年以来中国土地产权制度的变迁? 048

一、近现代中国的意识形态:国富民强与马克思主义 048

二、国富民强、“共产主义—社会主义”与土地公有制 050

三、社会现实的压力与意识形态的修正 054

四、意识形态变迁与中国土地制度中的“权利—义务”变化 055

第二章 公法视角下的当代中国土地产权制度 058

第一节 国有土地与集体土地所有权的不平等 060

一、意识形态的视角 060

二、法律的视角 061

三、宪法内在的冲突 063

第二节 谁是中国集体土地的所有者? 065

一、所有权残缺所带来的困惑 065

二、“土地使用权残缺”:以土地所有权性质决定使用权范围 067

三、低价征收农民土地与“溢价归公” 071

四、何为土地“集体所有” 074

第三节 模糊的城市,模糊的国家与扭曲的城市化 078

一、模糊的“城市”与“有意的制度模糊” 078

二、何为国家土地所有权中的“国家” 082

三、“城市化”与“土地国有化”的错误捆绑 086

第四节 相关制度改革建议 089

一、改革“城市土地=国有土地”的制度 090

二、废除“以土地所有权的性质来确定土地使用权的范围”的制度 091

三、明确“农民集体所有”的性质和主体 092

第三章 我国土地登记法律制度的改革 094

第一节 土地登记的概念与性质 094

一、土地登记系一种不动产物权公示方式 094

二、土地登记的性质:私法行为抑或公法行为 096

第二节 土地登记的审查模式与司法救济 101

一、土地登记:实质审查还是形式审查 101

二、土地登记错误的救济途径 106

三、土地登记机构的赔偿责任 113

第三节 完善我国土地登记的具体思路 117

一、统一不动产登记机构 117

二、完善救济途径 123

三、规范赔偿责任的认定 136

第四章 土地利用法律制度及其改革 154

第一节 概述 154

第二节 土地利用规划制度及其改革 156

一、土地利用规划的制度识别 156

二、土地利用规划主体及其权利的辨识与配置 162

三、土地利用规划程序的分析与选择 171

四、土地利用规划中的侵权救济与公平负担 192

第三节 土地转让制度及其改革 201

一、我国现行土地转让制度及其制度变迁 202

二、我国现行土地转让制度存在的主要问题 215

三、完善我国土地转让制度的若干建言 219

第五章 我国的土地征收制度及其改革 224

第一节 征收概念考 224

- 一、修宪说明中界定标准的困境 225
- 二、学术与立法上概念使用的随意和混乱 227
- 三、解决“征收”、“征用”概念纠葛的出路 232

第二节 土地征收权的正当性及限制 244

- 一、保留权利(reserved right)理论 246
- 二、固有权力(inherent power)理论 248
- 三、征收权正当性的经济解释 249
- 四、小结 251

第三节 我国的土地征收制度及其问题点 253

- 一、征收公共目的认定的一般原理 253
- 二、我国公共目的认定制度的主要问题 258
- 三、我国土地征收程序的主要问题 264
- 四、我国土地征收补偿制度的主要问题 275
- 五、我国土地征收争议司法救济的主要问题 282

第四节 完善我国土地征收制度的若干建言 291

- 一、征收目的认定制度的完善 291
- 二、土地征收程序制度的完善 293
- 三、土地征收补偿制度的完善 297
- 四、土地征收争议司法救济制度的完善 305
- 五、完善我国土地征收制度的立法模式 307

第六章 中国土地税费制度改革研究 313

第一节 为什么关注土地税费改革? 314

- 一、土地税费的基本概念与功能 315