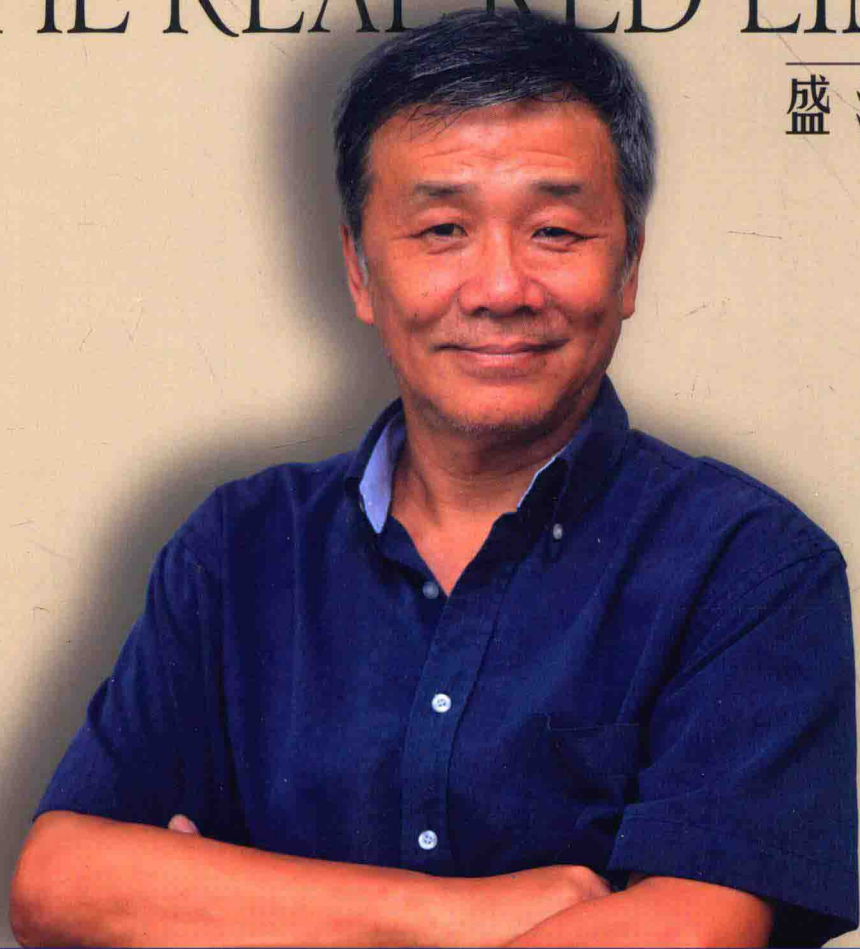


真正的红线是市场

MARKET IS THE REAL RED LINE

盛洪 著



盛洪，在我看来是我国制度研究的第一人。他多有惊人之语，发人深省。读他的书必有所得。

—— 茅于軾

中央广播电视大学出版社

真正的红线是市场

MARKET IS
THE REAL RED LINE

盛洪 著



图书在版编目 (CIP) 数据

真正的红线是市场 / 盛洪著. -- 北京: 中央广播电视大学出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 304 - 07388 - 6

I. ①真… II. ①盛… III. ①时事评论—中国—文集
IV. ①D609.9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 082652 号

版权所有, 翻印必究。

真正的红线是市场

ZHENZHENG DE HONGXIAN SHI SHICHANG

盛洪 著

出版·发行: 中央广播电视大学出版社

电话: 营销中心 010 - 66490011 总编室 010 - 68182524

网址: <http://www.crtvup.com.cn>

地址: 北京市海淀区西四环中路 45 号 邮编: 100039

经销: 新华书店北京发行所

策划编辑: 翟永存

版式设计: 黄 晓

责任编辑: 翟永存

责任校对: 赵 洋

责任印制: 赵连生

印刷: 北京宏伟双华印刷有限公司

版本: 2016 年 10 月第 1 版

2016 年 10 月第 1 次印刷

开本: 169mm × 239mm

印张: 16.25 字数: 220 千字

书号: ISBN 978 - 7 - 304 - 07388 - 6

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

目 录

第一部分 产权不分大小，一律保护

《土地管理法》及其“修订草案”批判	3
小产权房与土地制度改革	24
先把房子变成“问题”，再去“解决”	32
农民的土地产权是不可剥夺的权利	38
为什么市场制度是配置土地资源的决定性制度？	41
政府不能当商人	63
《土地法律制度的原则框架》研究的背景说明	70
制度应该怎样变迁？ ——中英土地制度变迁比较	76

第二部分 维护垄断，国企会效率更低

供给侧结构性改革应该改什么？	105
追寻流失的租金	108
不能让国进民退毁了中国经济	121
“国”字称“企”图何为	126
扶持民企发展关键在于废止不合理法规	139
收入分配是个政治问题	146

必须从宪政层面上深化国企改革 151

改革国企与打破垄断的宏观经济含义 158

真正的红线是市场 162

关于杨小凯的“后发劣势”及其争论 179

第三部分 “公正”比“权力”更有力量

“公正”比“权力”更有力量 197

为什么批评之声很美妙？ 204

第四部分 公共治理为什么重要？

公共治理为什么重要？ 215

禁止部门立法的含义 237

“顶层设计”，抑或“宪政原则”？ 242

救救官员！ 246

第一部分

产权不分大小，一律保护

《土地管理法》及其“修订草案”批判^①

一、世间罕见的法律修订草案

我们在互联网上看到据说是国土资源部提出的“《土地管理法》修订草案征求意见稿”（后面简称“修订草案”，2009），修改（包括更改、新增和删除）条款多达116条。对于一个原来仅有86条的法律来说，修改率高达135%，用“脱胎换骨”或“天翻地覆”都难以形容。

如果一个大约10年前修订的法律要进行如此大范围的修改，我们就要问一问当初修订《土地管理法》时是否存在严重问题，当时的修订草案是否由不负责任的或缺乏专业知识的人提出，人大或人大常委会既不认真、也不严谨，草率地通过了一个谬误百出的法律。如果不是这样，我们也有理由怀疑，这个修订版本如此大动干戈是否正常。更不能确定的是，如果法律可以这样制定和修改，这个“修订草案”的方向会是正确的吗？

记得道格拉斯·诺斯教授说过，法律不能不改，但又不能太容易改。这是因为法律要与时俱进，法律也要相对稳定，给人以稳定预期。我们欢迎对《土地管理法》的认真改动，但这种满篇红字的做法恐怕会让世人

① 本文一些部分受到张曙光、郑振源和秋风等人在一次讨论会中发言的启发。

视中国法律如儿戏。

二、应该怎样修订法律？

说法律要与时俱进，是说不仅要随着时代演进做出调整，而且还要根据过去实践中的利弊得失，修正原有法律中的错误，使法律变得更为公正，以及使社会更能有效运转。这首先需要对自上次法律修订以来，相关领域的重要问题进行梳理。那么，自 1998 年以来我国有关土地的问题主要有哪些呢？我以为大致有以下几点。

第一，由土地征收征用引起的大范围的严重的社会冲突。于建嵘指出，在中央电视台“焦点访谈”节目 2005 年电话记录的 74 000 多起群体性事件中，有 15 312 起与土地有关。其中多数是政府低成本征收征用农民土地导致的冲突（2006）；后来土地引起的冲突上升到约 60%（2009）。相对于其他事件，这种事件又具有很强的暴力性质。于建嵘说，中央政府有明文规定，在对待抗税冲突时不可动用武警，但对待土地冲突时却没有这样的规定（2009）。因而由土地冲突引起的恶性事件时有发生。比较著名的是 2005 年的汕尾事件，造成了多人伤亡。这严重地威胁着我国社会的和谐与稳定。

第二，由土地征收征用使大量农民失去土地，农民又没有得到合理的补偿，以及稳定的工作岗位。据说早在 2002 年失地农民的数量已达 6 630 多万人（于建嵘，2005），约占中国公民总数的 5%；另据民进中央（2009）估计，这一数字到 2020 年将达到 1 亿人。这既反映出我国农村居民的财产权利（尤其是土地产权）没有得到法律的保护，从而说明我国的产权体系受到了普遍的威胁；也反映出我国相当大的一个群体，即农村居民群体的基本权利没有得到与其他群体同等的尊重，从而颠覆着我国的公平理想；还实际上造就了一个基本生活得不到保障、深受伤害的群体。无视他们的问题将会产生深刻的社会对立和冲突。

第三，由于政府可以强制性地低成本征地，导致过度的土地城市化，及对土地不当配置、滥用和浪费。据不少研究指出，征地的价格（即对农村集体的补偿）通常只占土地价值的2%~10%（天则经济研究所《中国土地问题课题组》，2007），在损害了农民利益的同时，也给了城市政府错误信息，让它们误以为土地很便宜，不去考虑怎样有效利用土地，而是以滥用土地的方式大建形象工程，城市基础设施和市政工程大而无当，利用率很低，甚至建设空城和长期闲置土地。这导致“土地城市化的速度”远高于“人口城市化”。据一项研究，2007年，浙江省的“土地城市化”年均增长11.9%，远高于同期的“人口城市化”的3.5%（柳博隼，2008）。由于土地便宜，我国城市土地利用效率远低于大多数其他国家。据国土资源部的数据，我国城市人均占用土地约133平方米，远高于不少西方国家（82.4平方米）和发展中国家（83.3平方米）（董黎明，2006）。

第四，绝大多数国有土地被企业、事业单位和政府机关免费占用，且实际享有土地租金及其他土地收益。迄今为止，我国的国有企业虽然大多数进行了公司化的改革，却实际上还免费占用着国有土地，不交地租。例如，我国农垦系统拥有国有农场近2000个，土地总面积3922万公顷，约为58830万亩；按农业用途地租约400元/亩（2007年）计算；约有2353亿元国有农场地租没有上交。国有农场（或林场）的职工却可以以很低的“承包费”、甚至不交承包费来经营国有土地，收入归己。又如，我国中型以上国有矿山企业用地面积共约754061公顷，约合11310915亩；地租按1500元/亩（2007年）计算；约有170亿元国有矿山企业地租没有上交（天则经济研究所，2008）。再考虑还有大量城市国有土地和工业企业占用的国有土地，其价值要远高于农业和矿山的国有土地，流失的租金更为巨大。

更为严重的是，占用国有土地的企业、事业及政府机关单位将国有土地出租或出售，并将收益归己的现象非常普遍。而这种非法占有国有土地收益的情况竟被视为合法。如国税局对中国石油公司土地收益征税，意味

着承认中石油（以及类似的国企）可以将国有土地收益作为自己的合法营业收入（国家税务总局，2004）。这反映了现有法律制度对国有土地及其收益的管理缺乏制度化的安排，至少是默认占用国有土地单位实际享有国有土地收益，致使国有土地产权在实施中背离了其基本性质。

第五，由于缺乏对土地管理部门和征收征用土地的政府部门的制度化监督，相关土地部门滥用权力，设租寻租，成为了腐败的重灾区。例如在国土资源部颁发的一些“国土资源部令”中，明显包含了对自己的授权。在《土地管理法》中也没有对土地管理部门权力限定和监督机制。这使得土地管理部门和征收征用土地的政府部门作为个人或集体存在着很大的寻租或腐败空间。事实上，这一部门已被舆论称为“三大腐败重灾区”之一。“据国土资源部执法局 2003 年统计，2002 年全国立案查处土地违法案件 11 万多件，涉及土地面积 2 万多公顷，给予责任人行政处分 452 人，党纪处分 771 人，刑事处罚 168 人”。（张丽锦、郑飞，2004）许多重大腐败案件，如成克杰案、慕马案、于飞案、周良洛案、殷国元案，等等，都与土地有关。由于涉及土地，涉案金额动辄数千万元、上亿元，是腐败案件中最为恶劣的。

第六，农村集体在被征用土地过程中受到损害，由于农村集体主体概念模糊，以及农村集体的公共决策机制和监督机制存在问题，致使已经很低的征用土地补偿款还不能公平分配。村官侵吞农村集体的征地补偿款，是经常发生的事情。例如，吉林省桦甸市大城子村四名村官合伙贪污了土地补偿款 450 多万元（姜彦艳，2008）；深圳龙岗一村小组长私吞 75 万元土地补偿款（《南方都市报》，2007）。村干部背着村民卖地侵吞收入的情况相当普遍。

第七，由于现有法律和政策对农村集体或农民个人决定土地用途方面的限制，致使我国农村土地的使用效率非常低。比较明显的例子，是因大量农民进城，由于宅基地的交易受到限制甚至禁止，农村住宅和村庄用地无法进行重新配置，大量住宅闲置。再如，农村集体土地被限制用途，派

生出禁止所谓“小产权”的政策，使农村集体失去大量通过改进土地用途增加收入与财富的机会，甚至那些与这些不合理政策目的不相冲突的机会也被剥夺。如农村集体在远离城市规划范围的地方，在山坡、河滩等地方建设商品性建筑也被限制。

这些围绕着土地的重大问题，直接或间接地反映了我国有关土地的实践与现有法律框架的互动关系。若要修改法律，我们首先要做的，就是对这些问题进行进一步的调研、梳理与判断，认定这些事实确实存在。其次，我们就要进一步判断，这些问题是与相关法律无关的、偶发事件，还是因法律而产生的问题。例如，众多的围绕着土地的群体性冲突显然不是偶发事件，而是由相关的法律制度引起的系统性问题，即因农村集体被侵占了土地权利，又没有通畅的司法途径解决冲突所致。

接下来，就是对这些问题的法律原因，即与现有法律的关系予以探索和判定。有些问题很明显地是由现行法律的不当安排所引起，如在征用土地过程中农民被强制性剥夺的问题，这是由于有关法律赋予政府过大权力，而置农村集体于一个无权和被动的境地；又如失地农民的补偿过低的问题，并非是各地方政府违法剥夺农民，而是现行的《土地管理法》本身规定得太低，仅为年产值的4~6倍，最高不得超过15倍，这一标准大大低于按净现值法计算的25倍（地租率为50%，贴现率为2%时）或50倍（贴现率为1%时）。

有些问题，如国有土地收益的管理问题，虽然在总体上说明国有产权行使的机制存在问题，但具体为什么会出现这种普遍地实际占有国有土地收益的现象，还需通过进一步调查和分析才能得出结论。

当然，对目前围绕着土地的问题与现行法律之间的因果关系，要有深入细致的分析和认定。如果对导致问题的法律原因判断有误，甚至完全颠倒，也会影响到法律的修订。例如，对于城市扩张侵蚀耕地的问题，有些看法认为是政府管制过少，有些看法认为是管制过多，政府权力过大，导致政府可以以强制力低价征地。如果按照后一种看法，在修法时就要约束

政府部门的管制权力，也许能阻止问题的进一步恶化。

然而，反观这一稿“修订草案”，上述几个围绕着土地的重大问题似乎都不存在，或者认为不需要总结和提炼《土地管理法》实施以来的利弊得失，而“修订草案”的修改方向，包括进一步增加土地管理部门和征地政府部门的权力，以及进一步剥夺农村集体的土地权利，则显得毫无理据、武断。

三、关于《土地管理法》的宪法层面

现行的《土地管理法》以及我们面对的“修订草案”，明示地或隐含地包含了一些基本原则，即有着宪法含义的条款，这些原则反映了《土地管理法》及其修订草案的立法思路。这一思路在我们看来是存在严重错误的。

1. 把手段当目的：“为了加强土地管理”

《土地管理法》及其“修订草案”开宗明义，在第一条“立法目的”的第一句话就说，“为了加强土地管理，……”。把这句话放在所有立法目的之前，相当于将所谓“土地管理”作为土地立法的最高原则，不能不说这在宪法层次上是僭越的，即违反我国宪法原则的。就政府与社会的关系来说，社会是目的，政府是手段，某个政府部门是手段之手段。有关土地的社会目的应是让全国人民公平享有土地资源，创建和保护一种有效配置土地、创造更多财富的机制。为实现这一目的，在证明市场失灵的情况下，才可由政府进行管理。

而将“加强土地管理”作为《土地管理法》的最高原则，无疑是本末倒置，仿佛社会是为政府而存在，土地是为土地管理部门而存在。这句话实际暗含着“加强土地管理部门权力”的含义，是“部门立法”的典型特征。这一原则决定了《土地管理法》本身不可避免地会走偏方向。

2. “维护土地的社会主义公有制”忽略了现有的土地公有制存在的严重问题

“立法目的”的第二句话是“维护土地的社会主义公有制”。在这里，土地公有制似乎是一个不言自明的、无需质疑的原则。无论土地出现什么问题，仿佛一变成土地公有制，问题就迎刃而解，问题就不是问题了。实际上，正如前文所述，在我国的实践中，土地公有制恰恰是许多问题的根源。

例如，我国的国有土地不仅被大量地无偿占用，而且其收益被大量占用土地的组织或个人实际享用；农村集体的土地收益或征地补偿金也因没有有效机制的保证，而不能确保公平的分配。这种土地名义上公有，实际上被一小部分人享有的情况，恰是我国土地制度中最严重的问题。再如，国有土地的划拨、分配和转让需要由具体的政府官员实施，这同时就造就了大量腐败的空间。巨额国有土地收益流入不法官员的腰包。

如果不能在制度安排中设立严格和有效监督公有土地使用、处置和收益分配的机制，上述问题就不能得到解决，就会颠覆真正的土地公有制。由此引申的立法思路应是，或者不要将土地国有作为几乎所有土地问题的解决方案，或者建立对公有土地特别严格的监督制度。

实际上，真正公正和有效的土地制度是一套公平设立、受到保护和自由交易的土地产权制度。就产权制度是公共物品而言，这一土地产权制度才是真正公有的，即是有价值的公共财富。

3. 将所谓“保护耕地”放在不恰当的高位上

在“修订草案”中，将“立法目的”中原有的“保护、开发土地资源”删除，将原来处于“立法目的”第五位的“切实保护耕地”加强语气为“实行最严格的耕地保护制度”，提升到了第三位。实际上，如果“立法目的”头两句话还是抽象的观念，通览整个《土地管理法》，这一原则却是贯穿始终的逻辑基础。

“保护耕地”作为一个技术性的单一目标是可以理解的，但放在《土

地管理法》如此重要的位置上，当包含了与社会公正、有效配置资源和保护权利等更高原则发生冲突时，后者也要屈从于前者的含义。这正是在现行《土地管理法》本身发生的事情。实际上，上述社会公正、有效配置资源和保护产权等宪法原则，不仅可以替代、而且远远优于“保护耕地”原则。“有效配置资源”涵盖了“有效配置土地资源”，而“有效配置土地资源”不仅意味着利用土地生产所有所需产品，其中包括粮食等农产品，而且意味着通过有效利用城市土地而节约出更多的土地，还意味着可以用更少的土地生产既定量的粮食等农产品。

因此，只要我们强调社会公正、有效配置土地资源和保护产权原则，就没有必要将“保护耕地”单独列出来。如果非要写上，也必须在强调遵循上述宪法原则前提下实施这一原则；或者，如果发现“保护耕地”与社会公正、资源配置效率和保护产权等宪法原则发生冲突时，有更高的法律权威裁定违宪。否则，将“保护耕地”放在《土地管理法》的如此高位，又没有可以纠正的制度安排，就不可避免地损害社会公正、有效配置资源和保护产权的原则。

然而，通观《土地管理法》及其“修订草案”，实际上将“保护耕地”原则放在了那些更为重要的宪法原则，如“社会公正”“有效配置资源”和“保护人权与产权”之上。本来“保护耕地”有多种手段，以市场制度为基础配置土地是“保护耕地”的最有效的手段。但是与前面“为了加强土地管理”相呼应，《土地管理法》及其“修订草案”将“保护耕地”原则生硬地演绎为“加强政府管制土地的权利”。

实际上，由于我国现在还没有建立起违宪审查制度，将一些明显违背宪法原则的原则写入某一部具体法律，就必然带来实际违宪的后果。

4. 暗含着为了“公共利益”可以让局部或个人做出牺牲的原则

现行《土地管理法》及其“修订草案”赋予政府征收或征用农村集体土地权力的理由，是为了“公共利益”。在这一公共利益的旗号下，《土地管理法》可以将征地赔偿限定在大大低于土地农业用途的市场价值

之下（为后者的24%~40%，当贴现率为2%时；或为12%~20%，当贴现率为1%时），“修订草案”虽然删除了这一明显不公正的条款，却仍将补偿标准放在政府手中，而不按市场价值补偿。而所谓“公平补偿”就是按市场价值的补偿，即假如原土地所有者出售该土地所获得的市场收益。这意味着，《土地管理法》及其“修订草案”认为，为了公共利益可以侵害或牺牲部分人的利益。

这个看似高尚的原则实际上是极端错误的。“公共利益”的成本本应由所有受益者公平承担，但在《土地管理法》中，却以“公共利益”为名，让部分人承担全体人民公共利益的成本。尤其是，这些承担公共利益成本的人又是全体人民中的弱势群体。这是非常不公平的。更一般地看，按照这一逻辑，“保护耕地”以保证“粮食安全”也是一项重要的公共利益，所以可以侵犯一部分个人或集体利益。这是《土地管理法》及其“修订草案”存在着削弱和侵犯农村集体和个人土地产权问题的宪法层次的原因。

5. 暗含着对居住在不同性质区域、从事不同产业的人可以区别对待的原则

在《土地管理法》及其修订草案中，通篇有“农民”概念。在自然语言中，“农民”是从事农业或居住在农村的中国公民的一个群体。他们在法律上应该与其他中国公民一样拥有同样的权利。而《土地管理法》及其修订草案的“农民”概念暗含着某种法律含义，即可以在法律权利上与其他中国公民区别对待。

例如在“第七章：土地征收征用”中，只是针对农村土地的征收征用，以及对农民的补偿和安置做出规定，并没有对从事其他产业及居住在农村的其他人群做出同等规定，这显然是歧视性规定。

又如“修订草案”第八十九条（原第六十二条）只有针对农村宅基地的规定，并无其他人群的相关规定。其中规定农村村民一户只能申请一处符合法定面积标准的宅基地，其面积不得超过相关规定的标准。该草案

又提出，限制农村村民对宅基地的交易。而这些规定并不适用于非农民的其他中国公民。

这种在法律上明确的区别对待的规定是对公平原则的公然违背。在现实中，一个国家的不同人群会有些各自特殊的地方。但在立法中，应在强调平等权利的基础上，在对特殊性做出令人信服的说明后，才可做特殊安排。

四、“修订草案”中的重大错误

1. 对“公共利益”做了过于宽泛的解释

在“修订草案”新增的第六十八条中，认定“公共利益”包括“在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，国家实施城市规划进行建设”。这等于将所有城市规划建设用地，包括大量商品性住宅和商业性设施用地，都纳入到“公共利益”之中。这显然是过宽的解释，其结果就是进一步扩大了土地管理部门管理和政府直接征地的范围。

在以往的征地冲突中，一些政府部门为商品性住宅和商业性设施征地，被批评为违反了现行《土地管理法》只应为公益用地征地的规定。为了解决征地冲突问题，中共中央十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》（下简称“决定”）也提出，“改革征地制度，严格界定公益性和经营性建设用地，逐步缩小征地范围，完善征地补偿机制。”（2008）“修订草案”的上述解释，不能不被理解为是其起草者针对上述中共中央决定的反措施，即通过在“修订草案”中扩张“公共利益”的定义去弥补它认为的“法律漏洞”，将有关政府部门本来非法的行为合法化。

2. 删除了保留农村集体在其土地上进行建设的重要例外条款

现行《土地管理法》的第四十三条规定：“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；但是，兴办乡镇企业