



中国土地制度的 宪法秩序

桂 华 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA



中国土地制度的 宪法秩序

桂 华 著

图书在版编目(CIP)数据

中国土地制度的宪法秩序 / 桂华著. —北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1268 - 6

I. ①中… II. ①桂… III. ①土地法—研究—中国
IV. ①D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 207086 号

中国土地制度的宪法秩序
ZHONGGUO TUDI ZHIDU DE XIANFA ZHIXU

桂 华 著

策划编辑 高 山
责任编辑 韩向臣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
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
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 7.25
字数 176 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1268 - 6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

研究土地制度,存在起点选择的问题。以保护私人财产权利为起点,法学界逐步形成一套关于中国土地制度的话语体系,并影响当前改革。跟其中一些人接触后发现,他们中的大部分人并不关心我国土地制度的现实,而是常常用德国或者美国的法律规范来批判我国实践。这让人感到困惑,难道离开德国民法或者美国的财产制度,我国的土地制度就不存在自身的合法性基础吗?

前几日,我们在北京农村调查时看到,当地集体土地制度运行越是良好的村庄,村级治理就越是良好。那些集体组织发挥作用的村庄,不仅公共品供给有效,而且国家惠农资源投入也越是容易起成效。集体土地制度构成农村善治的关键。围绕这些现象,我们在调研过程中讨论了土地制度和农村集体经济组织性质的问题。我曾经指导读书的一位学生,现在已经法学博士毕业,她向我们介绍长期困扰我国法学界的一个难题是,如何将公有土地制度纳入以个体产权为根基的现代民法体系中。主流的法理学理论解释不了公有的性质,自然就无法对集体经济组织进行定

义,也无法区分宪法意义上的“国家所有”与民法意义上的“国家所有”。

法律上,农村集体经济组织被视为“特殊组织”或“其他组织”。制定法律的人尽管意识到了它与其他类型的组织主体不同,但是却对农村集体经济组织自身属性并没有清晰认识,因此只好用“其他”来指称。在实践中,推动农村集体经济组织改革,必须建立在对集体经济组织属性深刻认识的基础上。也就是说,仅仅在法条中将其定义为“其他”是不够的。在很多人那里,“其他组织”仅仅是一个词语,将其替换为“A组织”或者“B组织”并无差别,因为“A组织”或者“B组织”也可以在法律条文中与一般法人组织区分开来。由于缺乏对集体经济组织运行规律的认识,“其他”就成为没有内容的抽象词汇。更有甚者,由于德国、美国或是其他国家的制度里没有这个事物,有人于是就将我们实实在在存在和发挥巨大作用的集体经济组织视为“怪胎”。这一类看法,几乎成为当前我国土地制度研究上的主流。这类主流认识,试图抛弃我国土地制度的历史和现实,将德国或是美国的历史和现实当作一般现实。

还有一类思路是,追求对集体经济组织性质、规律和功能的认识,通过研究将法律上的“其他组织”变成包含具体内容的制度和实践。这种思路将我国土地制度的历史和现实作为讨论问题的起点,深入考察土地制度实践,实事求是地认识其合理性和不合理性成分,并分析制度改善方案。

以上谈论对集体经济组织性质的看法,是想通过这个来表明我们看问题的思路。我本人不从事法学研究,我们团队中关注土地制度的同人,也从来没有人会对照着国外法律条文来批评中国土地制度实践。法律是社会制度的一种形式,研究土地制度最终会指向相关法律。尽管如此,作为基本社会制度的土地制度却不是学习过法律知识的人的思想产物,想要建立更好适应社会发展的土地制度,必须回到社会

现实。

我本人以及我所在的团队较晚才开始关注土地问题。在从事农村社会问题的研究过程中,我们发现主流理论所无法理解的中国土地制度,在实践中却发挥重要的作用。比如,集体土地制度在解决土地细碎化、推动农业现代等方面的作用;再如征地制度在促进我国工业化、城市化发展以及保障社会公平等方面的作用。我认为,不能抽象地去讨论一项制度的好与坏,也不存在抽象的“好制度”或者“坏制度”。当一项制度能够促进社会发展和社会公平时,它就是好的制度,否则,就是应当改进的制度。我国现存的土地制度,在促进社会发展和社会公平方面都发挥积极作用,不能因为不符合其他国家的制度规范而否定它。

中国现有的土地制度是经过不断改革完善形成的。经过新民主主义革命和社会主义建设,消灭土地私有制,建立土地公有制,土地公有制是我国土地制度的根本起点。一些人试图将其他国家的制度照搬到中国,是忽视了我国土地制度的根本起点。比如,一些人认为《土地管理法》不符合物权规则,主张按照物权原则来修改《土地管理法》。这类主张,忽视我国土地制度的起点是《宪法》所规定的土地公有制,修订《土地管理法》不能越过这个底线。桂华在本书中讨论“中国土地制度的宪法秩序”,针对的是一部分人试图超越《宪法》来理解土地制度。其中,一个简单而又十分重要的道理是,中国土地制度的基本原则是由《宪法》而非《物权法》规定的。土地属于基本生产资料而非私有财产,带着宪法的视角,才能够理解《土地管理法》和《农村土地承包法》相关条款的内涵,并指导当前改革沿着正确方向前进。

在本书中,桂华将建设用地与农用地分开讨论,全面涉及当前一些重大焦点问题,比如征地制度改革、土地承包法修订、集体经营性建设用地入市、农村宅基地改革等。桂华不是法学专业出身,为了更好地对话,他运用经验研究方法来讨论很多法学问题。即这本书关于我国土

地制度的认识,都来自于作者广泛的社会调查和基于调查的思考。这是一本接地气的著作,它会带给我们关于中国土地制度很多完全不同的认识。是为序。

贺雪峰

麻城五脑山 2017 年 7 月 30 日

目 录

绪论 001

第一章 集体所有制下的地权配置与制度设置 011

第一节 集体农地的产权配置原则 012

第二节 土地承包经营制及其当前困境 022

第三节 尊重集体所有权的农地制度重构 035

第二章 城乡建设用地二元制度合法性分析 050

第一节 城乡建设用地二元制度 050

第二节 城镇化过程中的土地增值收益及其分配 052

第三节 城乡建设用地“不同权”的法律基础 059

第四节 农村集体建设用地入市方式及其困境 069

第五节 土地制度的社会主义宪法秩序 077

第三章 宅基地管理与物权法的适用限度 082

第一节 宅基地管理制度的结构与功能 083

第二节 宅基地属性及对财产权话语的反思 094

第三节 物权法在宅基地管理中的限度 102

第四节 城镇化背景下的宅基地制度完善 117

第四章 “城市土地国家所有”的宪法解释 121

第一节 “国家所有”的剩余控制权说 122

第二节 土地自然增值与国家剩余控制权实现 134

第三节 城乡土地转化的合宪性分析 143

第四节 超越“国有所有”的二元论 155

第五章 农村宅基地制度财产化改革陷阱 157

第一节 我国农村宅基地的公有私用制度 158

第二节 农村宅基地财产化改革主张及其辨析 166

第三节 城镇化进程中农民宅基地权利的实现 176

第六章 土地承包经营制度的异化与回归 184

第一节 作为集体所有制实现形式的土地承包经营 185

第二节 土地财产化改革及其制度异化 188

第三节 农业经营转型背景下的制度供给评析 197

第四节 回归经营制度的改革展望 203

参考文献 206

后 记 220

绪 论

近年来,我国土地制度改革一直朝着土地财产化的方向推进。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)颁布后,主张改革的人获得了新的“法律”武器,要求按照物权原则修改土地制度的声音不绝于耳。这类改革主张,很多已经被现实回应。党的十七届三中全会决议作出土地承包关系“长久不变”的决定,紧接着中央又推动农村土地承包经营权确权登记办证工作。十八届三中全会决议将“建设城乡统一建设用地”列入全面深化改革任务,随后国土资源部等承担的“三块地”改革试点工作在全国33个县市区启动。无论是农村土地承包经营权物权登记工作,还是“农村宅基地改革、集体经营性建设用地入市和缩小征地范围”的试点工作,都在释放土地财产化的改革信号。

保护农民的财产权,是一句彰显政治正确性的口号。但是在实践中,让土地顺利进入财产制度体系,却是一个需要深入研究的理论问题。早在《物权法》

草案征求意见期间,就发生过是否违宪,以及是否有必要“根据宪法,制定本法”的争议。这些争议指向宪法与民法的关系,更根本的是,民法、物权法是否具有超越宪法的“中立性”。最典型的财产权,是指权利主体对财产物拥有排他性和可转让的权利。当下中国的土地财产化改革的直接目标是,赋予农民对于土地明晰的排他权利及其处置土地的自由权。承包地、宅基地和集体建设用地方面的改革,具有相似的追求。

目前,国家已经启动《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)和《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)的修订工作。对这两部与土地相关法律的实施修订,都绕不开《物权法》。比较有趣的是,2003年开始实施的《农村土地承包法》,已经较高程度地贯彻了物权原则,土地承包关系基本法定化,农户手中的土地承包经营权具备用益物权性质。然而,经过政策界和学者的共同努力,在实现土地承包经营权物权化之后,我国很快又开启了农村土地“三权分置”改革。目前,正在加快落实的“三权分置”改革,针对土地承包经营权物权化带来的地权错位配置问题,实属为之前的改革“填坑”。一些曾经极力主张土地承包经营权物权化合理的学者,一转身,又开始论证“土地经营权”物权化的必要性。

相对而言,《土地管理法》的公法色彩更浓。推动土地财产化的改革,必须要推动《土地管理法》的修订,以适应《物权法》关于土地的私权保护理念。将《土地管理法》和《农村土地承包法》的修订工作放在一起比较,可以看到,在缺乏一部关于土地的基本法的情况下,《物权法》似乎在扮演“土地法”的替代角色。尽管《物权法》在保障民事财产权方面具有较高地位,但土地制度并非单一民法物权法所能涵盖的。土地制度改革,在某些方面,为适应市场经济发展,需要在保护私权上作出更完善的规定。然而,《物权法》非关于土地的基本法,因为保护土地财产权不能超越《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)所确立的基本

制度原则。

目前正处我国民法典创建之际,关于宪法与民法关系的认识分歧,恐怕会再次出现。这个问题相当重大,关涉我国整个法制体系建设。本书研究土地制度的宪法秩序,或多或少牵涉这一重大问题。笔者的看法是,中国土地的基本原则在《宪法》中已经明确规定,按照物权理念推进的土地制度改革必须保持在宪法原则限度内。中国土地制度的起点是《宪法》规定的生产资料“社会主义公有制”,一切关于土地制度改革的观点和主张,必须要经得起这个基本原则的检视才具备合法性。

二

《宪法》作为我国土地制度体系的起点,可从土地的基本属性与土地制度的基本功能说起。关于土地,威廉·配第说过,“劳动是财富之父,土地是财富之母”。一方面,土地属于生产要素,土地资源配置影响经济社会生活;另一方面,土地与劳动结合产生财富,土地参与生产过程,更重要的是,土地占有状态决定财富的社会分配。土地制度包括两方面的基本追求:一是提高土地资源配置效率;二是促进社会财富公平合理分配。

针对以上论述,我国《宪法》作出明确规定。《宪法》前言指明,“中华人民共和国成立以后,我国社会逐步实现了由新民主主义到社会主义的过渡。生产资料私有制的社会主义改造已经完成,人剥削人的制度已经消灭,社会主义制度已经确立”。土地属于最基本的生产资料,在中国共产党领导的土地革命、新民主主义革命到社会主义革命和社会主义建设的各个时期,土地制度一直是被改造的对象,土地一直被当作改造社会的工具。取消土地私有制,是我国过渡到社会主义的基本标志。《宪法》第6条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有

制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能、按劳分配的原则。”《宪法》第6条落实到土地上是,取消土地的私人所有制,从而消灭基于土地私人所有所产生的剥削行为。

威廉·配第被视为古典经济学鼻祖。他生活在欧洲资本主义对封建主义的革命时期。站在新兴资产阶级的立场上,这位古典经济学鼻祖看到了封建阶层依靠土地不劳而获的落后一面,最先认识到劳动创造财富的意义,发觉地租的分享剩余价值功能。这一观点被马克思发扬光大,马克思系统地创造了劳动价值学说,揭示地租的本质是土地所有权的经济实现。在此,不得不重复马克思那一经典论述:“土地所有权并不创造那个转化为超额利润的价值部分,而只是使土地所有者……有可能把这个超额利润从工厂主口袋里拿过来装进自己的口袋。它不是使这个超额利润创造出来的原因,而是使它转化为地租形式的原因”。^①

封建地权的落后一面,不止在于不劳而获所带来的社会不公平,而且在于土地垄断占有所产生的身份特权。对于新兴的资本主义来说,在土地封建式占有上产生的人身依附关系与人格化的土地权利,会阻碍社会生产的发展。因此,要解放土地和劳动力。资产阶级革命的意义在于,将活的劳动从封建依附关系中解放,让其成为自由劳动力,让土地去人格化,变成可以被市场交易的纯粹生产要素。社会关系上的“从身份到契约”,土地上的从以“所有”为中心到以“利用”为中心的权利制度转变,是同期发生的服务于资本主义生产需求的两个运动。

近现代历史上的土地革命,大概包括两场。第一场是资产力量对封建主义的替代,成果是土地的“物化”(去人格),这场革命所产生的现代物权制度,保护的是土地作为生产要素自由流动的权利。第二场是

^① [德]马克思:《资本论》(第三卷),人民出版社2004年版,第729页。

公有制对土地私有制的替代。尽管两者存在差异,但是在反对土地封建化上是同一立场。经历过资产阶级革命的国家,同样不鼓励土地食利阶层的发展,如设置财产税制度,土地就难以成为世代不劳而获的财富摄取工具。完成社会主义革命的中国,则通过直接取消土地私人所有制来实现这一点。

比较奇怪的是,时下中国弥漫着一种鼓励土地食利行为的话语。最近媒体报道,南京高新区的某个村庄面临动迁,全村共有 160 对夫妇集体离婚。很显然,这与按照户籍实施赔偿还建的拆迁安置方案有关。在制度缝隙中谋取利益最大化,是大多数人都可能作出的选择。对这种以“离婚”方式获得更多补偿的行为进行道德批判,并无意义。然而,作为研究者和政策制定者,必须要意识到这种现象的不合理。一种流行的声音是,改革土地制度的目标是避免政府“与民争利”。因为“民”是弱势的“农民”,政府则在收储出让土地中赚取巨额差价。

这种看法,既没有对“民”做区分,也混淆了政府的性质。无论如何,目前中国有机会参与土地征收和房屋拆迁的农民都是极少数的。能够像深圳三十万原居民那样通过征收拆迁过上千万、亿万富豪生活,是每个农民都期盼而不可得的。而政府的土地出让收益是进入财政账户,最终化为公用。离开劳动,土地不能自动产生财富。站在整个社会的角度看,土地制度所欲实现的公平目标在于,劳动者不能因丧失土地生产资料而堕入贫困,同时生产者所创造的社会财富也不应被特定位置的少数土地占有者过度摄取。

目前,关于建设用地制度改革的争议,最终都落脚到财富再分配上,包括前几年一度流传的土地征收补偿标准提高十倍,目前正在探索的集体经营性建设用地入市,以及备受争议的小产权房处置政策等。将政府的土地征收行为定性为“与民争利”,隐含对政府主导社会财富再分配制度的不认同。设想一下,取消土地城乡二元制度和土地征收,

实施集体土地参与城镇建设用地市场和“农地农房”自由入市,注定要为一少部分“民”带来从天而降的财富。然而,财富永远不可能从天而降,这少部分“民”所得,是其他劳动者付出的所失。在财产税很不完善的情况下,让土地变成累世财源,这是一种明显的退步。中国已经完成社会主义革命,没有理由让土地制度重新封建化。

三

上面讨论的是建设用地。关于农地,根据《宪法》第8条的规定,“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。农地制度主要解决生产资料配置问题。目前,全世界广泛存在的农业经营者与土地所有者分离的状态表明,土地所有权不是决定农业生产的关键。现代物权制度中的用益物权,在很大程度上是针对土地封建所有与农业资本化经营的矛盾产生的。我国现行的以土地承包为核心的农地制度,发端于农村经营体制改革。实施土地承包的目标是,在不改变所有权的情况下将土地使用权向农业经营者配置,保护经营者的“利用”权利,以提高土地利用率。

推进我国农地制度改革,必须明确的前提是,农地制度服务于经营制度。20世纪80年代初期,我国打破集体统一经营管理模式,实施“分田到户”。进行土地承包经营,并非回到合作化之前的小土地私有制,而是改善农业经营效率的一种手段。在最原初意义上,土地承包属于经营制度调整。经过探索,我国最终确定了以家庭承包经营基础的农业双层经营体制。一方面,赋予农民土地经营控制权和剩余索取权,以激励承包户生产投资积极性;另一方面,保留集体经济组织在公共生产环节发挥统筹经营功能。以《宪法》形式确定下来的双层经营体制,建立在承包户与集体合理分割土地权能的基础上。

随着时间的推移,农地制度改革发生逻辑变异。土地承包越来越

摆脱其改善农业经营效率的初始目标,演变成分割集体公有土地的财产制度。我国农地制度设置长期遵循的一个理论假设是,排他性的私有产权具有更高的投入激励。受此影响,土地承包经营制度改革持续朝着强化土地承包经营权的方向推进。早期保护农民利用土地从事生产经营,后期则转换到增加农民土地财产权的目标上。所谓土地财产权,即农民通过流转处置土地获得地租收益的权利。这意味着,越来越多实际从事农业生产经营活动的真正农民,需要向那些脱离农业生产却控制土地权利的“农民”支付地租。

农业是弱质产业。为扶持农业发展,国家每年直接和间接投入的农业补贴和农业基础建设资金达数千亿。有农村实地调查经验的人都会看到,凡是国家投入资金完成基础建设的土地租金水平,都会高于建设之前或未获得投入的地块;同样,目前农村土地流转合同中,凡是约定国家直补款归经营者的,流转费也必然同比例增加。这就是说,国家投入最终以地租形式被原土地承包户获得。受地租规律支配,在农业经营者与土地生产资料之间,在国家财政扶持与弱质农业产业之间,横亘着一批降低资源利用效率和降低国家投资效率的土地食利者。

“农民”在农地上的财产权表现为控制土地的绝对权利。土地财产化改革的后果是,农地从农业生产资料变成私人财产物,既损害农业经营效率,也无益于社会公平。农地制度改革要回到《宪法》这一起点。从土地的生产资料属性出发设置农地制度,操作上需遵循的基本原则是,农业经营者占有土地权利,离农者退出对土地使用权的控制。

四

不能脱离中国城镇化现实来讨论土地制度问题。一方面,无论是农地制度改革还是建设用地制度改革,动力都来自正在加速推进的城镇化进程。另一方面,土地制度改革也是为了适应我国新型城镇化

需求。

从改革动力方面来看,建设用地制度上的矛盾,包括征地制度、“小产权房”问题、集体建设用地入市问题等,都与城镇建设占地有关。这方的改革争议在于,谁有资格为城镇建设提供土地。《宪法》规定“城市土地属于国家所有”,相关法律将其具体落实为,城市建设用地由国家供给。取消个体私人以及集体经济组织供地,理由是城镇建设所产生的级差地租是社会公共投资带来的,国家通过垄断城镇建设用地一级市场,将这部分公共投资转化为公共收益,并实施公共分配。国家所有即全民所有,全民属于“大公”,在公共利益分配上,“大公”的正当性高于集体“小公”和个体之“私”。

农地制度调整也与城镇化有关。实施土地承包初期,农业之外就业机会较少,农民主要依靠土地获得收入。自20世纪90年代后期以来,我国农村人口流动加剧,目前农民工规模已经超过2.7亿。城乡人口流动,打破了早期土地承包者与农业经营者同一的局面,农业劳动力外出与农业经营体系更新,带来了农地资源重新配置的动力。与此同步的是,土地承包经营权物权化程度越来越高。当下国家正在落实“确地确四至”的土地承包经营权确权工作。土地承包经营权物权化的后果是,锁定早期形成的地权分散和地块插花局面,将土地权利配置给原承包者。以“利用”为目标的土地承包制度,脱离城镇化进程中的人地重构需求,演变为保护离农者“占有”地权的制度。针对此矛盾,国家启动土地“三权分置”改革,试图以更复杂的制度形式,弥补前期制度异化带来的问题。

然而,还必须意识到我国城镇化的独特方式。城镇化的质量取决于我国的经济的发展程度和产业形态。中国追求高质量的城镇化,追求让所有人享受高质量公共服务的包容性城镇化,前提是提高劳动生产率,改变在全球产业分工中的位置,而产业升级还需经过较长时间的奋