

农村土地集体所有的困惑与消解

张千帆^{*}

内容提要：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应该受到法律尊重与保障。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，亟需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，并将城市化与征地脱钩。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。要保证规划与审批的合理性，必须通过民主立法和参与程序保障政府规划权的行使符合多数民意，并通过适当的司法审查机制保证规划目的与程序的合法性。

关键词：农村土地集体所有 城市化 土地征收 土地管理法 宪法

一、引言

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基础上，现行宪法进一步规定城市土地国家所有，由此形成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莫大歧视。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。继而，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，其中许多竟然理直气壮地“以宪法的名义”。

造成农村征地悲剧的根源在于误读宪法并忽视农村集体土地的财产权属性，^{〔2〕}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，农民土地权利很少被认真对待

* 北京大学宪法与行政法研究中心教授。

本文受“农民权利与国家利益的宪法保障——农村土地制度比较研究”国家社会科学基金重点项目（项目批准号：09AFX001）的资助，特此感谢。

〔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，其他事情“以后慢慢来”。参见蔡定剑：《宪法精释》，法律出版社2006年版，第195页以下。

〔2〕 参见张千帆：《城市化不需要征地——消除城乡土地二元结构的宪法误区》，《法学》2012年第6期。

过。“土改”实现了“耕者有其田”，但是农民没高兴几年就失去了自己在1954年宪法上的“土地所有权”。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 and 政策的严厉限制。“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理所当然地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。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，也可以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。

与宪法上的国家所有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，〔3〕农村土地显然也不能被解释为空洞的“集体”所有，进而实际上蜕变为“村委会所有”，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。

二、农村集体所有权的性质

1982年宪法第10条规定农村土地“属于集体所有”。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和政府管理权和农民的使用权至关重要。

1949年之前，中国农村土地主要为私人所有。1949年《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。凡是尚未实行土地改革的地区，……实现耕者有其田”。1950年中央政府制定土地改革法，基本上按人口平均分配土地，明确规定农民对分得的土地“有权自由经营、买卖和出租”，广大农民因此获得土地所有权和实际使用权。土地改革只是将农地所有权从地主和富农转移到农民，并未改变土地私有制本身。〔4〕1954年宪法肯定了农村土地私有制，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。”

此时，农业合作化运动开始悄然进行。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《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。〔5〕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。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”，但因为“大跃进”被指责为“冒进”而中止。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1975年与1978年两部宪法语焉不详的事后追认之外，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，立法机关从未正式废除土地改革

〔3〕 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。

〔4〕 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2004年版，第111页以下。

〔5〕 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页以下。

法，中央政府也从未正式宣布土改时期办理的“土地证”作废或失效。^{〔6〕}在这个意义上，1958年之后建立的人民公社制度，至少在1975年之前是一种违法的存在。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。^{〔7〕}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。

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。^{〔8〕}1983年，中共中央颁发《关于印发农村经济政策的基于问题的通知》，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，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，从而极大贬低了农地价值。

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，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。^{〔9〕}虽然农村土地的集体所有权也带有公有制所不可避免的模糊性，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。虽然有的行政村地理面积较大、交通联系不便，但至少在原则上，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，和名义性的国家或全民所有权不同，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。

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。^{〔10〕}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，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，但承包制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

〔6〕 参见前引〔5〕，汪利娜书，第69页。

〔7〕 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。

〔8〕 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08月29日。

〔9〕 关于中国农村集体土地所有权的性质，参见徐汉明：《中国农村土地持有产权制度新论》，社会科学文献出版社2009年版，第109页以下。有学者认为，即便是公有制土地也仍然可以建立在个人所有制基础上，参见巫继学：《国家土地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页以下。

〔10〕 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。

有,而集体所有权并不是抽象空洞的,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力束。即使用“股份制”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。^[11]

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就必须受到法律尊重与保障。土地使用权的任何调整或流转应基于自愿原则,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仅应和承包方案的确立一样,获得2/3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补偿。如果发生土地征收,由于集体土地的价值主要乃至全部体现于农户或农民个体所有的土地利用价值,农民作为享有土地使用权的主体自然也是征收补偿的直接对象。作为村民会议或代表会议决定的执行者,村委会不过是联系、接洽并帮助履行补偿协议的中间机构,并不是接受补偿的适当主体,至多只能收取少量的管理费用。当前一些地方的村委会背着农民卖地、侵吞农民补偿款的行为,显然是村级民主不完善、村务公开未落实的结果,极大损害了农民受法律保护的土地使用权。

因此,虽然农村土地的集体所有可以成为实质性的所有权,中国农村的历史与现实经验已充分证明所有权与使用权分离以及使用权个体化的必要性。实质性的集体所有不仅曾导致“大锅饭”和平均主义,严重侵犯了广大农民的经营自由并极大削弱了其生产积极性,而且极易造成村级自治组织的腐败和滥用权力,剥夺农民赖以生存的土地,直接威胁社会稳定和国家规定的“耕地红线”(且不论具体“红线”的设定是否合理)。要防止这些不合理的土地制度造成的社会恶果,只有合理解释宪法第10条中“集体所有”的性质,将集体土地的使用权落实到个体农户,让广大农民享受实实在在的土地经营权、居住权和收益权。

在这个意义上,正在开展的农村土地确权登记工作具有重要价值。^[12]2010年中央1号文件提出:“加快农村集体土地所有权、宅基地使用权、集体建设用地使用权等确权登记颁证工作。”一旦以正式登记的形式确认到每家农户,宅基地使用权的物权或财产权性质就更加明确。承包地的权利和义务则通过土地承包合同确立下来,在承包期限内一般不得改变。虽然承包合同算不上完全意义的财产,但如果每家农户都能拿到土地承包证和宅基地使用权证,宅基地和承包地的财产权属性以及农民对其私有财产的权利意识将大为增强。在此基础上,中央有关部门应进一步要求,所有的农村土地交易都必须获得土地使用权人的同意和签字,否则一律无效。如此才能有效遏制村委会等村级组织俨然以集体土地的所有人自居、背着村民卖地的现象。

由此可见,虽然1982年宪法未能恢复1950年土地改革法的农地私有制,但是宪法第10条的集体所有却完全可以得到合理的解释,进而为农民宅基地使用权和承包地经营权提供实实在在的产权保障。根据合理的宪法解释,集体所有的农村土地的使用权必须得到明晰的分配。集体土地包括农地和建设用地,建设用地则包括住宅用地和乡村公益事业用地。^[13]其中宅基地和承包

[11] 2007年,国务院发改委发布了《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)。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”,参见《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。

[12] 参见《中共中央国务院关于加大统筹城乡发展力度、进一步夯实农业农村发展基础的若干意见》(中发〔2010〕1号);《关于加快推进农村集体土地确权登记发证工作的通知》,国土资发〔2011〕60号。

[13] 单胜道等:《农村集体土地产权及其制度创新》,中国建筑工业出版社2005年版,第94页以下。

地的使用权应被直接赋予个体农户，未分配的乡村公益事业用地则应由村委会代表全体村民的利益妥善管理，其收益以村民大会或村民代表会议决定的方式在村民中公平分配。只有这样，农村土地集体所有的内涵才能得到充分而明晰的展开。既然宅基地使用权是农户个体拥有的财产权利，就没有理由一概剥夺其市场交易自由，更没有理由强行要求农民放弃宅基地“上楼”。在原则上，农民对于宅基地应拥有完全自主的使用权，包括直接进入市场交易的权利。^[14]即便承包地受制于承包合同约定的用途限制，这种限制也不应当是绝对而不可更改的，否则就剥夺了农民和农村的发展权利。如果地方规划有所变更，那么承包地未尝不可突破用途限制并直接进入土地交易市场。

三、如何管理农村土地

既然农村承包地和宅基地的使用权在本质上是个体农户的财产权，就应该作为宪法权利受到适当的保护和尊重。虽然财产权并不是绝对的，可以为了公共利益而受到法律的限制，但是也不允许不公正、不必要或过分严格的限制。然而，出于对宪法第10条规定的城乡土地二元所有制结构的误解，中国农村土地的财产权不仅未能得到法律的充分重视，而且受到了严厉的限制和侵害，以至“集体所有”变成了一种严重残缺不全的权利，似乎集体所有的农村土地在宪法上不如国家所有的城市土地优越，因而理所当然受到各种严苛的限制。近二十年来，这种思维无所不在，主导了中国土地管理制度改革，致使土地管制在“严格保护耕地”的名义下越改越紧。从禁止“小产权房”到城市化和征地绑定，^[15]土地管理法所体现的管制主义模式严重剥夺了农村自主发展和农民使用土地的权利。

事实上，农地是否可以用于非农建设、农民宅基地是否可以建商品房是城乡规划问题，和土地所有制无关，更谈不上土地征收。城市化实质上仅涉及土地权属和用途的变更，完全可以通过农民、村集体、城市居民或开发商之间的自愿协议完成。政府的正当角色是审批规划的合理性，而非直接介入征地。尤其在不能保证公正补偿的前提下，政府介入土地征收和交易不仅无有助于保证规划的合理性，反而产生了巨大的“征地冲动”及其引发的资源浪费和公权滥用。中国当前冲突频发的农村征地事件即是明证。归根结蒂，农村土地的管制主义模式误解了宪法第10条的本来意义，忽视了集体所有制下农村土地的财产属性，混淆了所有制和土地管理体制之间的区别。在本质上，“农村土地”与其说是一个宪法所有制概念，不如说是一个区划概念。“农村”变为“城市”实质上不过是土地用途的变更，至于从“集体”到“国家”的所有权主体转换则在大多数情况下只是名义性的，对土地使用权主体并不产生直接影响，因而既不需要授权政府征地，也不能为严格的农地管制提供充分理由。中国未来的土地制度改革不能再纠结于“私有”、“国有”或“集体所有”等意识形态话语，而是要通过土地规划法治化等措施切实将农村土地管好。

毋庸置疑，现行土地管理模式从一开始就延续了国家主义的计划经济思维。事实上，1982年宪法之所以规定了城乡土地二元体制，很大程度上是为了便于国家在城市展开经济建设。^[16]1986年3月，中共中央、国务院联合发出《关于加强土地管理、制止乱占耕地的通知》，要求加

[14] 关于非农建设用地可直接入市的主张，参见钱忠好：《中国农村土地制度变迁和创新研究（III）》，中国农业出版社2010年版，第264页以下。

[15] 事实上，即便在农村土地确权发证过程中，有关部门也不忘重申“小产权房不得登记发证”，参见《国土资源部解答农村集体土地确权登记发证》，《农民文摘》2012年第1期。

[16] 1982年4月15日“宪法修改委员会全体会议记录”显示，主张土地全部收归国有的，既有民主党派人士荣毅仁、钱昌照、胡子婴，也有共产党的领导干部王震、耿飏等人。他们认为对土地这样重要的生产资料应一律规定为国有，因为“如果不把土地收归国有，国家征地时，土地所有者漫天要价，妨碍经济建设和国防建设。如果将土地收归国有，就可解决上述问题。”参见前引[1]，蔡定剑书，第195页以下。

强土地管理并组建国家土地管理局。同年制定了土地管理法,该法第21条规定:“国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业,需要征用集体所有的土地或者使用国有土地的,按照本章规定办理。”这一条显示,除了国防建设等一般由政府垄断的国家利益项目之外,中国的经济与文化建设以及“社会公共事业”也是国家的保留项目,而且既然国家要用地,经济建设一般是在国有土地上进行的,因而在农村进行经济建设首先要将土地征为国有。第23条甚至以相当强硬的语气规定:“国家建设征用土地,被征地单位应当服从国家需要,不得阻挠。”尽管如此,80年代的土地管理法仍然为农村经济的自主发展留下一定空间,譬如第36条规定:“全民所有制企业、城市集体所有制企业同农业集体经济组织共同投资举办的联营企业,需要使用集体所有的土地的,……可以按照国家建设征用土地的规定实行征用,也可以由农业集体经济组织按照协议将土地的使用权作为联营条件。”第五章规定,村民住宅、乡镇企业与公共设施、公益事业等乡(镇)村建设可以在政府审批之后,在集体土地上进行。

到1998年修订土地管理法的时候,管制主义色彩明显加重。这一过程始于1992年国务院《批转国家土地管理局、农业部关于在全国开展基本农田保护工作请示的通知》,目的在于保护耕地数量。1994年,国务院发布《基本农田保护条例》,为保护耕地加强了农地用途管制。1998年土地管理法第4条规定:“国家实行土地用途管制制度。国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。”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。”该条虽然为乡镇企业、村民住宅、公共设施和公益事业等乡村建设提供了和1986年土地管理法类似的例外,但是明白无误地确立了一条原则:农用地不能进行建设,建设用地必须是国有土地。本来,为了保护耕地而建立严格的土地用途管制是必要的,至少是无可厚非的,但是将经济建设和国有土地绑定在一起,显然混淆了土地用途和土地所有制两个性质不同的概念,极大约束了农民的土地使用权并人为贬损了农地价值。

目前的土地管理模式依然沿袭了1998年确立的管制主义体制。2004年修正后,现行土地管理法第63条规定:“农民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。”2002年农村土地承包法第33条第2款规定,土地承包经营权流转“不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途”。2007年物权法明确土地承包经营权为用益物权,进一步发展了农村土地承包法规定的使用、收益、流转、处分权能。但是,其第三篇“用益物权”规定宅基地使用权人享有占有和使用的权利,却没有规定收益的权利;第四篇“担保物权”又规定耕地和宅基地不得抵押,企业建设用地使用权不得单独抵押,因而不能直接进入市场交易,从而造成集体土地产权的残缺不全。

这些限制性规定极大抑制了农村土地的正常市场价值,几乎完全剥夺了农民分享城市化收益的权利,应被认为构成了未予补偿的“管制征收”。^[17]据党国英教授计算,在1952年到2002年的半个世纪之间,中国农民向社会无偿贡献的土地收益高达5.2万亿元,仅2002年无偿贡献的土地收益即达7858亿元。按照目前3%的银行利率计算,农民相当于无偿放弃了价值26万亿的土地财产权,而自从实行土地征用补偿政策以来,各级政府累计支付的土地征用费却不超过1000亿元。^[18]在宪法明确肯定“国家尊重与保证人权”、“私有财产不受侵犯”等基本原则的今天,这种掠夺性的农村土地管制政策不能再进行下去了。

温家宝总理将农地承包经营权、宅基地使用权和集体收益分配权定性为“法律赋予农民的财

[17] Regulatory taking, 参见美国判例 *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U. S. 825 (1987); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U. S. 374 (1994)。

[18] 党国英:《土地制度对农民的剥夺》,《中国改革》2005年第7期。

产权利”，为重新理解宪法第 10 条规定的农村土地的集体所有制性质并反思与之相适应的土地管理体制提供了契机。既然承包地经营权和宅基地使用权是农民受宪法保护的财产权利，就不能受到任意限制乃至剥夺，哪怕是以法律的形式。当然，立法可以为了保护重要的公共利益（如保护耕地）而限制土地用途变更，但是这种限制必须严格符合比例原则。换言之，土地用途管制不仅必须具备维护公共利益的正当目的，而且为实现正当目的所采取的手段必须是必要与适当的。^[19]

以此标准衡量，不难认定现行土地管理法并不符合比例原则。即便承认中国有必要实行“最严格的耕地保护”制度，土地管理法所规定的限制手段的合理性也大可商榷。首先，第 43 条要求“任何单位和个人进行建设……必须依法申请使用国有土地”，混淆了土地用途和土地所有制两种性质不同的概念，极大鼓励了地方政府为了“土地财政”而强行征地的冲动。在市场经济早已成为中国社会共识的今天，经济与社会建设显然不应该由国家包办，而主要应通过不同市场主体自由交易完成。没有理由认为，在经过适当审批之后，农村土地不能进行工商业或居民住宅建设。即便将“建设用地”和“国有土地”划等号，集体所有的农村土地向国有土地的转变也只是是一个象征性的标签变更，经过审批即可完成，完全用不着通过劳民伤财的征收过程。事实上，在不能保障征收给予公正补偿的普遍现实情况下，将城市化和征地绑定在一起的做法不仅无助于保护耕地，而且恰恰因为刺激地方政府的“征地冲动”而加剧耕地流失。

其次，土地管理法第 63 条规定“农民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”，同样混淆了土地所有制和用途管制，并对农村土地使用权设置了过分严格的限制。土地用途管制对于保护耕地来说或许是有效而必要的手段，但是第 63 条规定的管制模式过于绝对，并将土地用途和土地所有制直接挂钩。如上所述，只要经过适当审批，就没有理由禁止在农地上进行工商业或居民住宅建设。在这个意义上，对“小产权房”的绝对禁止体现了长期混淆土地用途和所有制的法律误区。^[20]其实只要符合城乡规划，无论在国有土地还是集体土地上建房都应该受到国家宪法和法律的 protection，有什么理由区分“大产权”、“小产权”呢？农地经过自然交易变成非农用地的绝对禁止不仅完全没有宪法和法理依据，而且违背了宪法第 33 条规定的“公民在法律面前一律平等”，构成了对农民财产权的最大歧视。尤其在农产品价格显著低于正常市场价格的情况下，强迫农民种地就等于剥夺了农村自由发展的权利。如果允许自由交易，农村土地本来可以很值钱，现在却因为法律限制而极大贬值，直到被政府征收并变为城市土地。而在此过程中，土地市场价值的相当部分也作为土地出让金被政府收走。无论征收前还是征收后，对农民土地财产的剥夺都未给予公平补偿。

有人援引美国的农地保护政策法（Farmland Protection Policy Act），认为美国也对农地实行“严格的用途管制”，^[21]禁止农田的用途变更。这是对美国联邦体制的误解。事实上，美国的土地产权界定极为清晰，或为联邦或州政府所有，或为私人所有，联邦一般不会干预州或私人拥有的土地使用权，否则即可能因构成“管制征收”而必须予以补偿。农地保护政策法第 658.3 条明确规定，该法的目的限于尽量减少“联邦项目以没有必要和不可挽回的方式将农地转化为非农用途”，并不授权联邦政府“以任何方式调控私人或非联邦土地的使用，或以任何方式影响这些土地所有人的财产权”。当然，也有法治发达国家对基本农田实行严格保护，一般不允许农地用途随意变更。例如 1973 年，加拿大英属哥伦比亚省（British Columbia）立法成立“农地委员会”，同时建立了严格的农地保护机制。该省以 2% 的土地出产 80% 的全省庄稼，因而农地委员会对农

[19] 参见张千帆等：《比较行政法——体系、制度与过程》，法律出版社 2008 年版，第 554 页以下。

[20] 参见张千帆：《城市化不等于征地》，《新京报》2008 年 1 月 5 日。

[21] 文贯中、许迎春：《市场制度和法治框架下的美国农地征收、征用经验》，载中国社会科学院农村发展研究所宏观经济研究室编：《农村土地制度改革——国际比较研究》，社会科学文献出版社 2009 年版，第 52 页以下。

地保护极其严格,极少允许农地转为非农用途。如果需要改换用途,需要向委员会申请将其排除在农地范围之外。和中国不同的是,该省受保护的农地数量极少,用途管制也不是绝对的,而且农产品价格由市场决定。因此,虽然农地比城市土地便宜,但是差别并不大。农地也相当昂贵,因而年轻人一般买不起农地。农场主大都是五六十的老人,雇用墨西哥“移民工”种植。^[22]如果用途管制确实降低了土地收益价值,就构成了管制征收,政府有义务通过建立农地发展权等方式补偿因用途管制而失去的发展机会。

综上所述,现行土地管理法对农地使用权的种种限制是不必要和不适当的,并因为变相鼓励政府征地而产生了极其严重的社会后果,因而必须在正确理解宪法第10条的基础上加以适当修改。为了保护耕地,政府可以限制农地用途变更,但这种限制不能是绝对或一成不变的。首先,在目前的价格体制不能充分体现农产品价值的情况下,中央有义务为根据土地利用总体规划而不得不种地的农业大省提供适当补贴,作为对其牺牲发展权的补偿。这笔发展补偿应该直接下发到农户,地方政府只能从中抽取适当比例的税收。其次,中央有义务根据国家的实际需要反思耕地保护制度的必要性和保护方式的适当性,并及时调整土地利用总体规划。粮食生产安全的最可靠保障不在于通过行政命令强迫农民种地,而在于通过消除城乡差别、建立健全市场机制来充分体现农地的价值,让广大农民愿意种地并保护耕地。最后,对于农地变更为工商业或住宅等用途的建设用地,各级政府有义务建立合理的审批机制,依据土地利用规划和“占补平衡”等可操作的法律原则实施合理的用途管制,经过审批的土地用途变更不需要征收就自动改变所有权属性。

由此可见,土地管理的关键在于规划与审批过程,理应在立法与执行过程中受到重点关注。显然,政府的规划与审批权力不是任意的。其中规划权的适当行使尤其重要,因为一旦确定下来,规划就是审批的依据,因而制定规划必须慎之又慎。这是法治国家极其重视土地用途规划编制和修改的民主参与的原因。例如,美国的土地规划编制分为调查、预测、形成规划方案、公众讨论、听证、地方议会批准等程序,一般需要几年时间才能完成。有些地方的规划还要求半数以上民众讨论同意,经地方议会批准以法律形式出台,才具有正式的法律效力。^[23]同样重要的是,法治国家的规划程序还受制于相当严格的司法监督,其规划法治化经验值得中国借鉴。

需要说明的是,我们通常所说的城乡“规划”其实更准确地对应着西方国家的“区划”(zoning)概念。在美国,“土地使用规划的焦点是土地的有效使用和发展”,而区划是市镇通盘规划的最重要实施方式。^[24]区划旨在隔离居民、商业和工业区域,并保证特定区划内的财产用途相对单一,目的在于促进社区整体的健康、安全、福利、便利、道德和繁荣,而非改善特定居民的经济利益。^[25]在传统上,区划属于各州治安权的行使,绝大多数州再将区划权下放给地方政府,一般是地方议会。如果权力来源是授权法,区划权有时为地方议会和计划委员会等行政部门分享。某些州仍然保留选民对区划的创制权和复决权。早先的区划权仅被下放到城市,但是随着城市的扩张,区划类型越来越多元,并逐步扩展到农村,农业区划现已十分普遍。^[26]

美国的规划法治化主要体现于地方区划的立法化与司法化。1916年,纽约市制定了第一部现代意义上的区划规章,全面定义了城市的所有地带、对土地用途进行归类并在地图上标明了所

[22] William Buholzer, *British Columbia Planning Law and Practice*, 19 Current Report 15-19, LexisNexis (2010).

[23] 参见李茂:《中美土地利用规划对比分析》,载前引[21],《农村土地制度改革——国际比较研究》,第59页以下。

[24] See Donald G. Hagman, *Urban Planning and Land Development Control Law*, St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971, pp. 18, 55.

[25] E. J. Sullivan, *The Evolving Role of the Comprehensive Plan*, 32 *Urban Lawyer* 813 (2001).

[26] See James J. Brown, *Land-Use Planning and Zoning*, 31 *Stetson Law Review* 403 (2002).

有地块的用途。1920年，纽约州法院维持了这一规章的合法性。^[27]1921年，联邦商业部委托区划顾问委员会起草《各州区划授权法范本》，经1926年修改后成为美国区划法治化的里程碑。部分因为《范本》的出台，Euclid区划模式风靡美国。这种区划当时分为三类：工业、不限用途、商业和居住，后来扩大到农业用途。农业区划是级别最高的区划之一，通常允许居住和部分与农业相关的加工业，但是为了保护农业资源，一般不允许其余的城市用途，包括和农业无关的商业或高密度居住。

和其他行政行为一样，区划行为也受制于司法审查。早在现代区划规章发布之前，美国最高法院就一直对区划行为进行司法审查。例如1885年的判例维持了旧金山对某些地段的华人洗衣店的运行时间限制，^[28]1900年的判例维持了新奥尔良指定某些地段作为“红灯区”的区划。^[29]除了区划不得实施种族歧视或授权邻里私人行使同意权之外，^[30]最高法院一般判决各地限制高度和消除侵扰的区划合法，但是经常判决禁止非侵权性用途的区划无效。由于根据治安权制定区划的做法遭到司法质疑，某些地方开始通过征收行使区划权。然而，如果剥夺了发展的权利，政府即应该按照征收赋予公正补偿。如果政府的发展许可对周边业主造成损失，也应该补偿财产损失。^[31]

因此，从区划的目的正当到程序合法，区划行为的各个环节受到全方位的司法审查。《范本》规定了一个区划目标的清单，主要包括维持财产价值、保持区域的整齐划一、保证交通安全和快捷、控制密度、美化市容、建筑控制、保护历史文化、促进道德和增加税基。如果区划目的在州治安权力范围之外，那么特定区划就构成目的违法。但是在某些情况下，即便区划降低乃至摧毁了财产价值或影响了相邻土地的价值，区划仍可能被判决有效。早期的美国法院对市容区划并不友好，单独以市容为目的的区划可能被判决无效。但是到20世纪50至60年代，法院开始承认市容可以作为维持区划的独立目的。在1954年的判例中，^[32]最高法院的附论甚至将市容提高到和健康几乎同样的高度。

在程序上，区划变更必须经过公开听证。《范本》规定，政府应在报纸上张贴15天的听证启示，说明区划听证的时间、地点，并通过适当方式通知利益相关的当事人。启示必须公正和适当，不准确或不合适的启示可能被法院判决无效。范本还要求地方议会就区划变更举行公开听证，支持者和反对者代表都应被给予参与机会。如果立法允许，地方计划委员会也可以举行准司法性质的非正式行政听证。某些州要求地方议会或协调委员会超多数通过区划改变，范本仅在当事人提出反对的情况下要求3/4所有成员的超多数通过。偏袒、个人利益、不当压力、听证缺席都可能构成决策无效的理由。在1964年的案例中，^[33]苏联申请在哥伦比亚特区限制最严格的住宅区修建使馆，联邦高官给审查申请的委员会打电话请予批准，委员会以3:2批准申请。然而，联邦地区法院撤销了批准。由于上级官员对下级施加了显著的压力，听证不符合公证要求。

《范本》没有明确规定挑战区划立法的合宪性或合法性的程序，但是规定了针对调整区划的委员会决定的司法审查。如果决定区划的委员被发现决策动机违法，法院可以下达临时中止执行区划的命令。在1951年的案例中，^[34]两名市议员在竞选中保证取消停车区划变更，而在其当选

[27] Lincoln Trust Co. v. Williams Bldg. Corp., 229 N. Y. 313, 128 N. E. 209 (1920).

[28] Barbier v. Connolly, 113 U. S. 27 (1885); Soon Hing v. Crowley, 113 U. S. 703 (1885).

[29] L'Hote v. New Orleans, 177 U. S. 587 (1900).

[30] Washington ex rel. Seattle Title Trust Co. v. Roberge, 278 U. S. 116 (1928).

[31] See Michael Lewyn, *Twenty-First Century Planning and the Constitution*, 74 University of Colorado Law Review 651 (2003).

[32] Berman v. Parker, 348 U. S. 26 (1954).

[33] Jarrott v. Scrivener, 225 F. Supp. 827 (D. D. C. 1964).

[34] Saks & Co. v. City of Beverly Hills, 237 P. 2d 32 (1951).

后果然取消了变更。加州法院认为市议员已经对此问题存在先入为主的偏向，因而撤销了这项决定。然而，对区划发表意见或表明态度本身未必构成取消立法者或委员会成员表决资格的充分理由。例如在1963年的案例中，^{〔35〕}委员在听证前公开表示他们支持重新区划的决定，而乔治亚州法院维持了变更决定。朋友关系、客户关系等非直接财务利益一般并不足以取消决策者的资格，但是如果立法者或委员会委员个人和投票表决的事务存在直接的财务利害关系，法院将撤销其表决资格乃至整个表决结果。

美国土地管理的经验显示，只有实现区划过程的民主化与法治化，才能保证土地规划的合理性。地方规划和区划过程不仅应该公开透明并广泛征求民意，而且受制于相当严格的司法监督。相比之下，中国2008年施行的城乡规划法主要依赖自上而下的行政审批，不仅对于自下而上的民主决策程序重视不够，而且法治化程度严重不足。在目前的70条规定中，只有第46条要求编制机关“采取论证会、听证会或者其他方式征求公众意见”，并向本级人大常委会和镇人大提交评估报告以及征求意见的情况。然而，即便这一条极其简略的规定也未能得到认真实施。既然城乡规划并不需要获得当地人民的实质性认可，政府确定农村城市化后就自行动用征收权，而强制征收所要求的公共利益和公正补偿又得不到司法保障，则征地和拆迁暴力冲突就无法避免了。要防止征地悲剧重演，首先要保证城乡土地的合理规划，而土地规划是否“合理”，最终取决于地方民意，因而规划草案必须充分征求公众意见，并由地方人大表决通过才能生效。对于程序或目的不合法的土地规划，利益受影响的当事人应有权起诉，法院应有权撤销规划的法律效力。

四、结语：从过度征收走向参与式规划

如何理解1982年宪法第10条不只是一个普通的文本解释问题，还直接关系到中国社会的和谐稳定与可持续发展。对第10条的误读不仅违背了尊重人权、法治、公正和市场规律的宪法精神，而且已经在实践中造成了极其严重的社会后果。现在是正本清源并认真对待农民土地“财产权利”的时候了。

首先，对于中国农村土地，集体所有可以是一种实质性的所有权，全体村民通过村民会议或代表会议等民主决策方式集体决定土地用途，但是农村集体化运动的失败和家庭承包制的成功充分表明，土地使用权必须具体落实到个体农户。正如党国英教授指出的，任何模糊的公有产权都必然被盗用。^{〔36〕}各国经验表明，所有权是可以分割的，^{〔37〕}名义上的集体所有完全可以和农民的实际使用权相分离。在效果上，农村土地的集体所有权是主要由宅基地和承包地的使用权构成的一个权利束。当然，在集体所有制下，农村土地的用途和分配确实可以通过民主决策加以调整，但是必须充分尊重和保障农民的土地使用权。

其次，农村土地管理必须转变国家主义思维，确立私人主体和市场经济的主导地位，农民对土地的使用权不应受到政策或法律的过分束缚。在不损害国家利益的前提下，农民完全可以通过自己的劳动或市场交换行为逐步建设城镇，城市居民或开发商也有自由和农民或村组织自愿达成互惠交易，而用不着政府主导城市化进程。以城乡土地二元结构的名义将城市化与征地捆绑在一起，实际上是计划经济时代国家主义管制模式的延续，过度膨胀了地方政府的征收权，并完全剥

〔35〕 Binford v. Western Elec. Co., 219 Ga. 404, 133 S. E. 2d 361 (1963).

〔36〕 据观察，农村土地承包法贯彻得好的地方，几乎都是土地市场价值低的地方；土地市场价值高的地方，承包法则几乎必然落实得不好。参见党国英：《苏格兰的土地改革及其对中国的借鉴意义》，载前引〔21〕，《农村土地制度改革——国际比较研究》，第111页以下。

〔37〕 同上书，第105页。

夺了农民分享城市化收益的权利，实际上已成为当今最大的户籍歧视。要遏制这种贻害无穷的发展模式，必须澄清对宪法第 10 条的误读，放松土地管理法等立法对集体土地使用权的过度限制，赋予农民真正意义的土地使用权，^{〔38〕} 并从制度上将征地与城市化彻底脱钩。

最后，耕地保护的关键不在于剥夺农民的发展机会，而在于建立法治化的城乡规划与土地用途管理体制。要合理管理和规划中国农村土地，不仅要在法律上保证土地征收的公共利益和公正补偿，而且要通过民主立法和参与程序保障政府规划权的行使符合多数民意，并通过适当的司法审查机制保证规划目的与程序的合法性。

Abstract: According to Article 10 of the 1982 Constitution, a dualist structure of land ownership was established in China. Such an institutional arrangement was originally intended to better protect rural land and the interest of peasants, but has now degenerated into the most serious discrimination against the peasants in China. Not only is the use of rural land strictly regulated, but the title of rural land cannot be transferred without being first expropriated by government and converted into state land. This article discusses the nature of the collective ownership of China's rural land, and aims to reconstruct a more peaceful and just land management regime.

In contrast to the city land owned by the state or the whole people, the collectively owned rural land may acquire a degree of substantive ownership. Nevertheless, lessons from China's history indicate that the right to use the rural land shall ultimately reside in individual peasants or their households, and such individualized right shall be respected and protected by law. China's rural land has long been greatly devalued, however, by the legal restrictions on the right to use rural land. The irrational and discriminative regulatory regime over China's rural land needs fundamental reform, so as to return to the farmers the collective land property right as conferred by the 1982 Constitution, and to disconnect land expropriation with the urbanization process.

In fact, the substantive issue associated with urbanization is the urban planning and the examination and approval of the land use change by local governments. In this respect, the existing planning process in China, seriously deficient in democratic participation, is often carried out at the mercy of official whim. The American experience of bringing rule of law to the local zoning and review processes may provide some inspiration for China. To assure the rationality of local planning and related examination and approval, it is indispensable to bring democracy to the legislative and civil participatory processes. It is also necessary to establish an appropriate judicial review mechanism to safeguard the legality of the purpose and procedure of planning.

Key Words: collective ownership of rural land, urbanization, land expropriation, land management law, constitution

〔38〕 在这方面，越南的土地改革经验值得借鉴。1981年，越南共产党第100号文件开始土地改革，逐步实现了个人承包制。1993年的土地法让农民长期稳定地使用土地，并获得转让、交易、出租、继承和抵押五项使用权；土地分配期限为50年，可以延长。2003年12月颁布、2004年7月生效的新土地法修改了城市用地和重新安置用地方面的规定，并要求政府收回农民土地必须给予补偿。参见潘万黄：《维护越南土地改革过程中的平等》，载前引〔21〕，《农村土地制度改革——国际比较研究》，第25页以下。