

# 城郊农民失地及其权利救济\*

## - 以失地农民生存权保障为中心 -

郑 尚 元

中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师

### < 目 录 >

- I. 问题引入
- II. 农民集体土地承包经营权的物权化思潮及其反思
- III. 我国土地权利在不同历史阶段的观念回溯
- IV. 步出私法域，寻求中国土地法律现代化的新路径
- V. 城郊农民失地之权利救济——以生存权为中心
- VI. 结语

## I. 问题引入

在工业化和城市化双重力量的推动下，城市建设用地、外商投资开发用地、乡镇企业用地数量日益增加，农民失地，尤其是城市近郊农民失去农用耕地的现象越来越普遍。“据最新统计，目前全国共有各级各类开发区 6015 个，60% 以上是省级以下开发区。各类开发区规划面积达 3.54 万平方公里，相比于 960 万平方公里的国土面积，这个数字相当于 1/300 强，超过了现有城镇建设用地总面积。”<sup>1</sup> 开发区占地大多为农用耕地，大多是城市近郊的、耕作条件较好的农用地，除上述开发区占地外，其他占用近郊农用耕地的现象亦非常普遍。大

\* 심사위원 : 박홍규, 조임영, 배성호

1) 李琳：“园区经济——圈地运动的美丽谎言”载《城市开发》2004 年第 8 期。

量的城市开发用地导致的后果是城市近郊农民大部分永久性地失去了可供耕作的土地,成为城郊失地农民。如何对失去土地的农民进行补偿,成为一个社会热点,学术界也在探讨这一问题,尤其是社会学界、经济学界对该问题的研究不论关注的力度,还是视野的广度,都是法学界所不及的。

中国正在起草《物权法》,不少法学界人士认为,只要《物权法》得以颁布实施,失去土地的农民就可以得到应有的补偿,关键问题即可得到解决。本文的立场是,《物权法》不是灵丹妙药,以私法的立场不可能解决非私法的问题。失地农民如何补偿?以什么方法补偿?什么样的方法补偿最为妥当?什么样的法制才更加理性?诠释这些问题是本文的最直接用意,由此可以抛砖引玉,以求从现代法律规制的视角注解失地农民的经济补偿问题,从而从根本上求解城郊失地农民经济补偿这一难题!

## II. 农民集体土地承包经营权的物权化思潮及其反思

1. 土地承包经营权物权化思潮及对立法的影响。20世纪70年代末80年代初,我国各地相继实行了农村家庭联产责任制,开始了土地承包经营的社会实践,形成了中国特色的农村土地承包经营制度。然而,农村土地承包经营者(农民)与发包者(村集体)之间的权利义务关系直到21世纪初都没有明确的法律规定,2002年8月29日,《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《土地承包法》)颁布,于2003年3月1日施行。至此,发包方和承包方之间的权利义务纳入了法律规制的范畴,即在“农村土地承包后,土地所有权性质不变”的前提下创设了“农民土地承包经营权”。《土地承包法》第9条规定:“国家保护土地所有者的合法权益,保护承包方的承包经营权,任何组织和个人不得侵犯。”对于“土地承包经营权”这样一个新鲜事物,它不可能在这么短的时间内具备周延的理论逻辑体系,更不可能具备象传统私法所有权那样学理论证基础,因此,农村土地承包经营权始终存在这样、那样的问题,正如有的学者指出的那样:“有的地区无地可供耕种,而有的地方又存在严重抛荒问题;农民进行农业生产经营增收困难,又缺乏保障;行政干预太大等等,这说明我国的农村家庭承包责任制存在一些问题。”<sup>2</sup>

由是,民法学界开始从物权法的视角分析农村土地承包经营制度,试图使

2) 耿艺:“农村土地承包经营权制度的法理分析”载《岳麓法学评论》第5卷,湖南大学出版社2003年10月第1版,第140页。

农村土地承包经营权成为独立物权之一种,尽管 20 世纪 80 年代到 90 年代企业财产经营权的法学探讨走入歧途,学界将“企业经营权”作为一种特殊物权的努力最终破产的事实存在,但是,人们仍循此途来进行“农村土地承包经营权”的物权制度设计。也难怪,历史上土地权利与物权法是那么的靠近,甚至难以分清彼此,即使近代部分学者早已意识到土地法从物权法中分离已是客观事实。<sup>3</sup>仍有不少学者循私法道路求解农村土地承包经营权的权属问题。大多数学者如此,立法实践也不例外,在《土地承包法》实施近两年时,《物权法》(草案)在用益物权编中专章规定了“土地承包经营权”,这一规定意味着“土地承包经营权”将成为用益物权之一种。笔者不清楚为什么《土地承包法》已经明确了的权利,仍会由《物权法》(草案)重新规制,但是,土地承包经营权的物权化思潮客观上导引了将土地承包经营权纳入用益物权的主观倾向。有的学者从现行土地承包经营权具有浓厚的债权性的角度,分析了目前农村土地承包是以书面合同的方式,也就是以债法的方式实现的,包括土地的转包、出租、互换或者其他方式流转的,都以书面合同的方式实现的,因此,农村土地承包经营权带有浓厚的债权属性。“土地承包经营权人主要依我国《合同法》的有关规定寻求救济,即发包人承担的是违约责任。由于立法并未赋予承包入侵权损害赔偿的请求权,而一般的物权是可以提起侵权之诉的,这显然说明土地承包经营权具有债权的典型特征——对人性,而不具备物权的对世性……总之,土地承包经营权不完全具备物权的特征,而更象是一种债权。”<sup>4</sup>在中国政法大学生商经济法学院举办的“中国民法典论坛”上,已故民法学家杨振山教授同样坚持农村承包经营权作为物权编入《物权法》乃至《民法典》的必要性。至今,农村土地承包经营权的物权化思潮成为学术主流,直接影响了中国民事立法,甚至听不到例外之声。笔者认为,异口同声之时,也是附庸多现之时。改革开放后的中国法制和中国法学已经取得了相当成就,二十多年的民法学积淀是毋庸置疑的,但中国社会关系的法律调整不是一部民法所能承担的,更何况这部民法还不知在哪里。20 世纪以来,土地法渐渐步出传统物权法调整的范畴,至少以一种全新的姿态出现就可以说明一切。我国的《土地管理法》和《农村土地承包法》的颁布实施就可以证明这一切,至于说这两部法律有什么不周延的地方,

3) 黄右昌先生认为:“盖自欧战以后,社会状况发生巨变,法律现象亦随经济而引起莫大之变化,于是公法之领域乃侵入私法之范围。例如劳动法侵入债编雇佣,土地法侵入物权编等是,欲以旧时法律适用于新时代之生活,匪惟不能致用,亦且难以自圆其说。”参见黄右昌:《法律的新分类》,自版,1930 年,第 22 页。转引自俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版,第 71-72 页。

4) 耿艺:“农村土地承包经营权制度的法理分析”载《岳麓法学评论》湖南大学出版社 2003 年 10 月第 1 版,第 141 页。

应当属于土地法的完善的问题，而不能通过物权法来矫正土地法律制度。

2. 农民土地承包经营权既非用益物权！亦非债权法上之经营权！——关于土地法与物权法的再分析。土地权利被大陆法系界定于物权范畴源自罗马法，不论是土地所有权、土地他物权乃至占有，其理论体系是完整的，尤其是他物权的完善至今仍有相当的实践价值。普通法系设置的土地财产权制度以保有权和地产权为基础，以领主制度为保障，从11世纪诺曼征服之后形成土地财产权制度为标示。<sup>5</sup>不论是大陆法系的土地物权制度的形成，还是普通法系土地权利的法律规制都有悠久的历史，应当说是传统法律的范畴。我国从《秦律》、《唐律》、《宋刑统》到《大清律》对土地制度都有不同程度的规制，不论是土地公有制的确立，还是土地私有制的实行，都未及形成类似罗马法系之土地物权制度，当然离普通法系的土地财产权制度更加遥远。因此，严格意义上，以我国本国法很难寻找创建土地用益物权的法理底蕴和历史踪迹。

我国农村土地在经过合作化、农村人民公社几个历史阶段之后，逐渐由农民土地私有制改变为农村土地集体所有制，实现了土地所有制公有化，铲除了旧中国土地私有和封建地主剥削农民的自然基础。土地公有制的建立最终使农村集体经济完全实现了公有制，然而，这种农村经济体制在经历二十年实践后证明其存在的弊端。“1983年1月，《当前农村经济政策的若干问题》被作为中央文件发布，极大地推动了联产承包责任制的进一步发展。包干到户、专业承包等形式的联产承包责任制普遍发展起来……1984年，农业生产责任制进一步完善，在坚持土地公有制原则前提下，各地延长土地承包期，鼓励农民增加投资，培养地力，实行集约经营。”<sup>6</sup>从20世纪80年代初形成的农村土地承包经营制度，在制度运行初期，并未精细到土地承包经营权的权利属性问题，以至发生的在土地承包人与发包人之间的纠纷大多通过行政干预的方式而平息了。在此背景下，更加增添了民法学者创建土地物权制度的迫切性和冲动性，中国民法学者试图打造土地物权制度的努力终于得到了立法实践的认可。但是笔者不敢苟同这种认识，中国封建社会的律法始终不以私权为中心进行土地制度的架构，土地的物权法制度在中国是没有历史的制度。及至中国近代，尤其是民国法制现代化之后，土地权利的规制已渐渐步出私法的范畴，而独立的土地法律制度开始形成。

我们生硬地将农村土地承包经营权设计为用益物权，姑且不谈与《土地管

5) 参见王卫国著：《中国土地权利研究》中国政法大学出版社1997年5月第1版，2003年1月第2次印刷，第22—33页。

6) 孙健著：《中华人民共和国经济史》中国人民大学出版社1992年12月第1版，1994年4月第2次印刷，第448页。

理法》和《农村土地承包法》之间的冲突，单就土地承包经营权属于物权还是债权这一问题，就可以难到不少人。笔者认为，土地承包经营权是中国土地法设置的特殊权利，它受《农村土地承包法》和《土地管理法》规制，是我国农村土地集体公有与农民独立经营的有机结合。如果非要将其设定为一种物权，将重蹈国有企业财产所有权与企业经营权确立物权制度失败的覆辙，“经营权”本身不属于物权范畴，因此，将土地承包经营权圈界在物权范畴，以占有、使用、收益、分配等支配财产的方式诠释经营权，会遇到类似国有企业经营权事实上根本不只是财产权一样的难题，土地承包经营既有对土地本身的经营，将来还会涉及到人力经营，对附着在土地承包经营上的农业雇佣人员的支配权同样是该权利的范畴。单就土地“承包经营权”一词我们不该忘记 20 世纪 80 年代中后期“企业承包经营权”制度设计、学术研究失败的教训！

将古老的土地物权制度运用在中国农业现代化的进程中，这样的制度设计不仅不能完成现代化，还会成为制约社会发展的障碍。同样，土地承包经营权也不可能成为一种民法上的债权，以合同方式建立的农村土地承包经营权从形式上看具有债权的特征，其权利的产生基于合同。但是，基于合同产生的权利并不一定是民法上的债权，合同本身存在私法上的合同和非私法上的合同。至今《合同法》也没有将农村土地承包经营合同作为有名合同予以规制，而《合同法》颁布之前农村土地承包经营制度已经实施多年，《合同法》的立法者们都曾意识到这类合同关系的存在。在农村土地承包合同纠纷的处理上，1995 年颁布的《仲裁法》更是将其排除在外，始终没有将其作为财产纠纷纳入仲裁的范围。种种迹象表明，农村土地承包经营权不是民法上的债权。因此，农村土地承包经营权的制度完善不是是否设计为物权制度和债权制度的问题，而是整合我国土地法律制度的问题。

3. 农民土地经营权物权化的弊端——土地事实私有与土地公有制之间的冲突。物权永远是针对财产的，不论是有形财产还是无形财产，物权必须建立在财产的基础之上，非财产的内容永远无法成为物权法保护的对象，也不可能成为物权法保护的对象。诚然，我国农村土地承包经营制度创建之后，并未以发包人和承包人之间的权利为本位架构制度，而是以政府促进经济发展的主观意识为本位所进行的实践操作，其中不乏“摸着石头过河”的探索。在农村土地承包经营制度实施的二十年里，土地承包纠纷的客观存在是有目共睹的，而处理这种纠纷的司法程序一直未得到正名。甚而至于，多数情况下，政府或相关行政部门仍然用行政手段处理这类纠纷。这正是民法学界建立土地承包经营权物权制度的动因之一。那么，我们试想，土地承包经营权是否必须成为物权之后才能成为真正的权利，才能得到法律的保护，进而成为对抗行政干预的利

器?笔者认为,对抗行政干预最好还是选择公法方法:宪政的实施,通过强化私法权利对抗公权力并非正途,何况中国土地权利还不是,也不应该成为私权利,中国上千年的土地制度未曾以物权法为中心而建立,改革开放二十年来也未在物权法体系下构建农村土地承包经营制度,难道一早一夕就能建立起土地物权制度?

土地承包经营权物权化的中心是将土地承包经营权设置为用益物权,是相对于自物权也就是所有权而设置的权利。“20 世纪对传统物权制度冲击最大的莫过于共产主义运动。这一运动以消灭私有制为目标,并且把传统的物权制度看作是私有制的产物。在苏联、东欧和中国,都曾经推行过土地公有化运动,以适应工业国有化(或者至少是以国有工业为主流)和农业集体化的运动。尽管这种冲击浪潮在世纪之末似乎已成为过去,它所留下的思考和批判精神却不会因此泯灭。在未来的人类文明进程中,对财产私有制度的批评与改良,对传统物权理论的反思与改造,仍然是一个足以吸引众多知识精英倾力求索的大课题。”<sup>7</sup>新中国成立后,最早立法的领域之一包括土地法,1950年,国家颁布了《土地改革法》,“在《中华人民共和国土地改革法》中也明确指出,实行土地改革的基本理由和基本目的是,‘废除地主阶级封建剥削的土地所有制,实行农民的土地所有制,借以解放农村生产力,发展农业生产,为新中国的工业化开辟道路。’”<sup>8</sup>中国共产党人在寻求民族解放的历程中,发现了历史悠长的封建土地私有的病源,以土地为中心进行革命,这一点稍有历史常识的人都清楚。随着社会主义改造的完成,农民土地所有制逐渐转变为农村土地集体所有制,彻底从土地的私有推进到土地的公有。至今,任何学者、任何组织尚未挑战中国的土地公有制度,在完全的土地公有制之上,建立一种“农民土地承包经营权”属于用益物权的制度,要么是自物权受伤,要么是他物权不保,将导致公私之间的两张皮。以笔者的揣度,农村土地用益物权制度的建立随着时间的流转将导致土地的事实私有,并有可能引发新一轮的土地兼并,人口与土地的矛盾将进一步激化。

### III. 我国土地权利在不同历史阶段的观念回溯

7) 王卫国著:《中国土地权利研究》中国政法大学出版社1997年5月第1版,2003年1月第2次印刷,第13页。

8) 孙健著:《中华人民共和国经济史》中国人民大学出版社1992年12月第1版,1994年4月第2次印刷,第50页。

土地权利是否属于民法上的用益物权，这一问题不能简单回答。如果说，在罗马帝国时期，以罗马法为中心所确立的法律制度将土地视为“物”之一种而设置用益物权，这一点是毋庸置疑的，曾经的土地用益物权制度发挥过巨大的作用，至今地上权、地役权理论仍具现实意义和操作可能。土地用益物权成为物权制度中的一项他物权具备了完整的逻辑体系，其理论逐渐成为教科书中的内容被许多国家学习与传承。我国历史上未曾存在过类似罗马法那样的逻辑严密的物权制度，也就是未曾存在私法范畴内的土地物权制度，土地作为重要资源一直是古代律法规制的对象。对于从奴隶社会就已经存在的土地与人口之间的矛盾以及几千年的亚细亚生产方式下的土地制度，从历史上对土地的制度匡定寻求答案，比从罗马法中寻求答案更加理性。“即使是在西方一些国家通用的法律或作法，即使理论上符合市场经济减少交易成本的法律和制度，如果与本土的传统习惯不协调，就需要更多的强制力才能推行下去。这说明了要在我国建立一个运行有效力并有效率的社会主义法治，依据、借助和利用本土的传统和惯例的重要性。”<sup>9)</sup>对于中国古人，对于基本原理性的认知，笔者有着叹服的感受，中国土地制度形成历经几千年，历朝历代莫不关注土地的制度匡定，不论是土地公有还是土地的私有，围绕土地与人口矛盾的化解这一主题，是西方国家所无从比拟的，及至当代，土地对于中国农民与土地对于西方国家农场主之间的比照没有更多的共性，因此，土地权利问题应从历史中寻求真谛，尔后在现代法律的背景下进行制度架构，才是正确的选择。

1. 井田制：奴隶社会授天与还田的自然理性。“周朝的土地制度，是井田法。可是，这种制度，不是周朝自己的发意，从新制定的。不过是因为人口增加和部落自治的关系，把已经萌芽于黄帝时代而渐次发达的制度，顺从人民的希望，给以统制而使其完成罢了。所以井田法的根本思想，是以根据社稷观念的人民衣食住和人民自治等的基础，加以组织而使其完成的。”<sup>10)</sup>井田制度，是以土地与人口相结合而实施的制度，是以土地公有、均分和生活安定为理念的一种制度。井田制是将土地按照一区为百亩，九夫为井的设计，以“夫”和“亩”为单元而进行的土地分配制度，实质上是依土地配人口的方法授予耕者之田，随着“夫”之家庭人口的多少演变，以户为单位的授田形式曾转变为以口为单位的班田方式。所谓授田，即指土地是公有的，只是交付农民耕种，耕者并不享有所有权。至于耕者享受什么样的权利，笔者认为，所谓授田是以国家权力

9) 苏力著：《法治及其本土资源》中国政法大学出版社 1996 年 10 月第 1 版，第 13 页。

10) [日]长野郎著：《中国土地制度的研究》强我译 中国政法大学出版社 2004 年 7 月第 1 版，第 9 页。

为本位而展开的，并未涉及到个人权利本位，因此，授田是以天下大同理念而打造的制度，自然无纠纷无救济渠道，至今也没有关于被授田者权利研究的论述。既然设计了授田制度，当然需要设置还田制度。土地属于有限的资源，数量是恒定的，如果仅仅存在授田而不还田，新增加的人口将无田可种，土地不足将难以避免。还田制度的实施是以耕者的实际耕作年龄为基准，达到一定年龄之后即开始还田，类似今天的退休制度，将土地授予那些耕作能力更强的青壮年，以利农业生产。所谓还田，即将土地无偿交还国家，这些土地再形成可授之田。

井田制的实行避免了土地兼并，按照耕者有其田的原始、朴素理念，塑造土地与人口之间的比例关系，刻意追求土地在人口搭配上的均衡。这种制度的朴素性在于：土地完全公有制下的土地使用的充分性和完整性，并以保障一定数量土地之上之农民的基本生活为目标。应当说这种制度的实施积累过上千年的历史，其原始公有性、社会公平性和耕地的稀缺性形成了一体和谐。井田制的实施建立在土地公有的基础上，严格禁止私人之间买卖或转让其被授予耕作的土地。“还田制，是表示土地应当公有的唯一条件，买卖，或私相授田，都是绝对禁止的。《礼记王制》里说：‘田里不粥，墓地不请。’从这句话上是可以证明的。”<sup>11</sup>

但是，井田制并未成为理想的土地制度的关键在于其土地公有的朴素性和拟制性，授田与还田是在土地完全公有的前提下才能实现，即土地完全控制在国家之公权力范围内才能得以实现。它的和谐建立在土地和人口的比例没有剧烈变化的基础上，本身这种和谐是不可靠的，何况在生产水平极其低下、国家控制力很弱的历史阶段，井田制随着社会的发展逐渐退出了历史舞台。“铁器生产工具和牛耕的推广，加以生产技术的改进和某些大型水利灌溉设施的出现，使得农作物的产量有所提高。农业生产的发展，使一家一户为单位的小生产和以个体经营为特色的小农阶层有了成为社会基础的可能……与此同时，奴隶主贵族驱使奴隶开垦井田以外的土地，使耕地面积急剧增加，‘私田’大量出现，从而破坏了以井田制为主干的奴隶制的土地国有形式，也影响了奴隶制国家的财政收入。”<sup>12</sup>私田的大量出现，奴隶主吸引逃亡奴隶，租耕其私田，进而再度拓展其私田范围，最终导致了井田亦成为可以租耕的土地，井田制的崩溃最终导致了“礼崩乐坏”。

11) [日]长野郎著：《中国土地制度的研究》强我译 中国政法大学出版社 2004 年 7 月第 1 版，第 26 页。

12) 张晋藩主编：《中国法制史》群众出版社 1982 年 7 月第 1 版，1988 年 5 月第 10 次印刷，第 53—54 页。



2. 封建土地私有制的巩固与土地物权制度未曾建立的历史：土地兼并与豪强夺地。历史上，朝代更迭，战争连绵使得我国土地制度在两千年封建社会中并未形成完整的土地公有制度或土地私有制度，而是因应时势实施有利于统治阶级的土地制度。自封建制度创立，土地公有制度崩坏后，土地的兼并和集中就未曾终止过，出现了严重的贫富不均现象，汉代思想家董仲舒就提出了限田的主张，他认为：“古井田法虽难卒行，宜少近古。限民名田，以赡不足，塞兼并之路，盐铁皆归于民。去奴婢，除专杀之威。薄赋敛，省徭役以宽民力，然后可善治也。”<sup>13</sup>富豪兼并土地是公元前二世纪中叶以后开始出现的新的社会经济矛盾，从此，土地兼并与梳理成为封建社会长期存在的问题。自王莽实行王田制失败以后，西晋的占田制和北魏的均田制都是企图在封建制度下解决土地问题的尝试，西晋的占田制包括以下内容：贵族与官吏的占田限制、世族荫附劳动力的限制、户调的规定、一般农民的占田课田等，占田制的实行一定程度上限制了土地兼并，提高了土地利用率，调动了农民积极性和增加了财政收入。从西晋永嘉之乱起一百多年中，由于中原地区各民族间的不断混战，迫使汉族居民陆续大量迁到江南。南迁居民所丢弃的田宅，继续以不同方式被新来主人所占有。又由于大量居民被杀戮或被迫迁徙，遂有大量田地或改为征服者的牧场，或让其成为无主荒地。北魏统治者认识到土地兼并、人口急剧下降的严重性，实行均田制度，北魏均田制度的实行几乎与西晋占田制度相同，但也有区别，一方面，北魏统治者掌握的荒地更多，另一方面对汉族大地主的限制更少顾虑。

宋代土地私有制度和土地交易制度日加发达，土地流转和交易量大大增加，土地和平兼并奠定了封建社会后期的土地制度的基本格局，“宋代是中国历史上土地交易最为繁荣的时期，这是与宋代的商品经济的相对发达分不开的。”<sup>14</sup>宋之统治者甚至实行“杯酒释兵权”的办法巩固统治，实际上鼓励了官僚阶层投身于土地和财富的兼并之中。宋朝土地的兼并，在经济繁荣的幕后实际上蕴藏着巨大的社会危机，宋代的农民起义与外族入侵，最终使宋朝失北国，丢南疆，宋朝可谓是清朝之外的第二个腐败、无能和丧权辱国的朝代，其不合理的土地制度是宋代亡国的原因之一。

封建土地私有制并未解决土地的“定分止争”问题，在战乱频仍的年代，土地荒芜，人民流离失所的现象非常普遍，在这样的年代，不要说通过私法确

13) 《汉书·食货志上》转引自胡寄窗著：《中国经济思想史简编》中国社会科学出版社 1981 年 7 月第 1 版，1985 年 1 月第 3 次印刷，第 195 页。

14) 柴荣：“透视宋代土地所有权”载《岳麓法学评论》第 4 卷，湖南大学出版社 2003 年 5 月第 1 版，第 129 页。

立的土地物权制度难以维护人民土地之权利，即便是国家公权力亦因改朝换代而不复存在；在和平年代，封建土地私有制面纱之下的是地主阶级通过巧取豪夺兼并土地，农民从来就没有真正意义上的土地“权利”！最后因失去土地无法生存的农民揭竿而起进行暴力抗争。这样的“周期律”几乎可以成为中国史的主线，土地问题成为中国封建社会难以解决的问题。

关于土地所有制与所有权的论述，有的学者认为：“二十世纪五六十年代发生于中国的民法知识型断裂这种私法语境中的所有权概念退出中国法律生活，取而代之的是来源于政治经济学与社会理论中的所有制概念，伴随所有权概念隐退的是主体独立、地位平等、意思自治等私法价值理念。所有制概念支配土地法域的结果是导致土地用益物权体系的土崩瓦解。然而，所有制概念的阴影依然笼罩着土地法域。我国土地用益物权体系至今依然以所有制概念为逻辑支点。”<sup>15</sup>的确，所有制与所有权是两个层面的问题，存在所有制并不必然存在所有权，而所有权必须依赖于一定的所有制。那么，是否能以所有权的光环照耀现实社会中土地公有制的阴影，笔者不敢苟同，所有制乃经济基础，而所有权为上层建筑，两者不能本末倒置，因此，谈论所有权重建问题还得先从所有制的选择入手。封建社会客观上存在着土地私有制，土地曾经成为债权债务关系的标的，成为交易的对象，但是，土地从来没有成为私法上物权体系中的用益物权的权利载体，漫长的封建社会只存在皇家律法，从来没有以民为本、以权利为本架构制度，而是以“普天之下，莫非王土”的理念构建制度，如何能产生土地用益物权，乃至私法之上的土地物权体系？“我国的土地法律制度，过去受计划经济体制的束缚，不适当地忽视甚至否认第二条主线，致使土地法律制度被定位于土地权力法，从而形成了土地权利法的萎缩状态。”<sup>16</sup>事实上，何止计划经济时期，整个封建社会都是土地权力法，根本未存在过土地权利法的社会土壤！至于当今中国民法学繁荣之后，要在短短的二十年中在没有私法底蕴的前提下创建理性的土地用益物权体系，笔者认为，姑且以民法学理论的成长具备了相应的立法技术，但是土地法从物权法中的分离从二十世纪初就是现实，而固守在私法之上的用益物权体系如何搭建？《土地管理法》是否该废止？我们看看《物权法》（草案）关于“土地承包经营权”一章的规定就明白它是多么的不成熟！

### 3. 土地均等思想与太平天国天朝田亩制度及孙中山先生的平均地权理念。

15) 李建华 杨代雄：“我国土地用益物权体系的立法构造—兼评《中华人民共和国民法（草案）》的相关规定”转引自人民大学复印资料《民商法学》2004年第8期。

16) 王卫国著：《中国土地权利研究》中国政法大学出版社1997年5月第1版，2003年1月第2次印刷，第3页。

古代井田制及至晋魏占田法与均田法都是以公平分配土地的理念而实施的制度，土地均等及土地与人口的协调思想曾经左右了土地制度的设计，但是，这种土地均等思想及其制度在封建社会中并未得到实现，封建社会最后一场巨大的农民革命也是以土地分配制度的设计而划上句号的。太平天国攻克南京改称天京后即颁布了天朝田亩制度，“凡分田，照人口，不论男妇，算其家人多寡，人多则分多，人寡则分寡，杂以九等。如一家六人分三人好田，分三人丑田，好丑各一半。”<sup>17</sup>天朝田亩制度是历代农民起义最完备和革命的土地纲领，二千年的封建土地私有制是财富分配不均和封建剥削产生的根源，太平天国革命从土地开始，从根源上解决封建剥削和财富严重贫富不均的问题：即从土地的公平分配入手，以求达到“有田同耕，有饭同食，有衣同穿，有钱同使，无处不均匀，无人不饱暖”的大同社会。但是，天朝田亩制度的制定者并未按照其制定的纲领约束自己，天平天国上层领导者严格的等级分层和腐败，使天朝田亩制度没有得到彻底推行，并最终败亡于日益没落的满清政府，其中最重要的原因是：规则既要约束规则规制之人，也要约束规则的制定者，至今这样的基本原理仍具现实意义！

天朝田亩制度动摇了封建社会的根基，落后的封建土地制度已经难以适应中国社会发展的需要，也难以适应中国与国际社会融合的现实。太平天国的土地制度改革直接将土地的平权观念输入到民众之中，“土地”这种特殊的资源，是宇宙赐给人类生存和发展的最重要的资源，尤其是在农业社会中，土地从来就不是可有可无的“物”，而是人们赖以生存的基本条件。因此，对于农业社会中的任何人，对于土地平均的渴求之强烈胜过对任何物之平均化的要求，土地均分体现了生存机会的均等。中国革命从旧民主主义革命到新民主主义革命，直至社会主义改造的完成，土地革命是最重要的范畴，是彻底改变半殖民地半封建社会的根本！孙中山先生作为民主革命的先行者，他的政策中包含了平均地权和节制资本两方面的内容，“孙中山平均地权纲领的具体措施：土地价格由地主自行申报，政府即照所报价格征收地价税并有权随时按照地主所报地价予以收买。这样，因社会经济发展而促使地价上涨部分就不会被地主所占有而转到政府手中。政府又逐渐利用这种收入以购买土地，逐渐实现土地国有化……直到他的晚年，才正式宣布‘耕者有其田’是他土地政策的重要部分并是其土地纲领的最后奋斗目标。”<sup>18</sup>孙中山先生的平均地权思想第一次在承认土地之上

17) 参见：罗尔纲：《太平天国文选》第119—129页，转引自胡寄窗著：《中国经济思想史简编》中国社会科学出版社，第454页。

18) 胡寄窗著：《中国经济思想史简编》中国社会科学出版社1981年7月第1版，1985

权利存在的前提下,又提出了权利平均的理想蓝图。我们由此对土地权利进行反思,什么样的权利能够平均?这一问题并不可能有一个非常明确的答案,但是,物权不能平均是人类创设私法物权制度以来的最基本的定律,不论所有权如何形成,对物之所有权予以平均任何朝代都未有过这样的思想,即使中国历史上农民起义曾经提出均贫富的口号,但是,更多的是针对现有财富分配扭曲而提出的主张,而不是对任何物品都要求平均。孙中山先生平均地权的理想,并没有设想将土地设置为物权法上之物予以平均,那样的话,土地不可能平均,地权概念也没有必要在物权之外而存在。“耕地是在国家的保障下分配给个人的,并且用界石标志出来,以确定一定的权利。因此,移动界石是一种触动国家的直接犯罪,因为这一行经使这种权利变得不安全,并且会引起无法解决的法律纠纷。”<sup>19)</sup>可见,农业社会中的土地上的权利如同“自然法权”一样,其权利的产生基于人类生存这一基本命题而展开,何时超越了农业社会,何时土地权利就可以摆脱“自然法权”,其权利的形成也不再基于“国家保障”而是多种渠道。

4. 永佃权的再思考:土地用益物权?超用益物权?永佃权是民法物权制度设置土地用益物权之一种,是实现土地所有与土地耕作使用关系之间博异的历史结果。长久以来,在土地私有制下,土地资源分配不均导致土地必须通过一定的方式实现所有权,土地只有使用才能充分体现其价值,为此,必须搭建土地所有与土地用益之间的桥梁,使土地能够得到充分利用。在农业社会中,土地的耕种是第一用益,因此,佃种现象不论东西方社会都曾出现,佃种现象的出现使土地所有与土地使用发生了分离,在土地所有者与土地使用者之间通过从信用到契约维系的这种关系,最初应当属于一种债权债务关系。佃种现象出现后,其中,佃种的期限问题成为一个敏感的问题,期限的确定如纯属于所有者之意志,使用人的权益将处于不稳定状态,而期限完全控制在使用人手中必然伤害所有者的所有权。在所有与使用的博异中,后者得到了立法者的青睐,最后形成了民法上之永佃权制度,即专门为协调土地所有与土地使用两者关系而设定的用益物权制度。“永佃权系以支付佃租,‘永久’在他人土地上耕作或牧畜之权,此将造成土地所有权与使用权的永久分离。对土地所有人而言,土地为最重要的资产,所有人愿将己有土地设定永佃权,永久供他人使用,应属少见。”<sup>20)</sup>笔者认为,在农业社会中,土地的耕种之用益首当其冲,故威廉·配第

年1月第3次印刷,第471—472页。

19) [德]费希特著:《自然法权基础》谢地坤 程志民译 商务印书馆2004年7月第1版,第219页。

20) 王泽鉴著:《民法物权2》(用益物权·占有)中国政法大学出版社2001年10月第1版,第61

认为劳动为财富之父,土地为财富之母并不为过,因此,保证土地的使用较之土地的所有而言更加重要。土地对于国家如此,对于个人同样如此,因此,法律保障土地使用人的耕种权显得更加突出。然而,在私有制和私法体系下,法律如何平衡土地所有人与土地使用者之间的关系呢?最终选择了“永佃制度”。笔者认为,真正的永佃是不存在的,人类的历史还没有土地永佃的事实,即便是超过五百年的佃种事实都不曾存在。假若永佃权存在,那么出佃权必然沦落为非自物权,自物权已不存在,谈何他物权?试想,出佃人只剩下一项收益权,并且属于无可选择的收益权,决非其情所愿!而他物权人因永佃权之存在变成特定权利人。这样,土地物权将从对世权转变为对人权!因此,“永佃权”是一个永远的假想!“永佃权的消逝直接肇因于 50 年代的土地改革,尤其是 1953 年《实施耕者有其田条例》的施行,规定出租土地的农地,地主除仍得保留部分土地外,其余土地一律由政府征收,转放现耕农民承领。”<sup>21</sup>台湾现行民法将土地永佃权改为农用地,缩短佃种期限,最长不超过 20 年,促进农地使用、收益和流转,应该说较之永佃权而言,迈出了一大步。然而,改革后的农用地作为民法他物权制度之一,是建立在土地私有,或土地能够私有的基础之上的。在此前提下,农用地成为土地物权之一种仍停留在私法领域之中,仍需要克服许多障碍,其理论的逻辑性、完整性仍需要长期不懈的努力!

新中国成立后,大陆无传统民法之永佃权制度的历史,更无永佃权设置的社会基础。从永佃权制度形成到发展,无不打上深深的私有制烙印,在土地所有与土地用益两者之间的博弈中,法律的天平倾斜于后者,一定程度上是实现耕者有其田的刚性化,但是,这种制度客观上损害了土地所有人的利益,如果真正实行土地永佃制度,最后的结果同样要超越民法物权制度,这是不争的事实。封建土地私有制下的永佃权形成,实际上是统治者平衡社会的一种结果,并没有实现逻辑和现实统一的可能性,学术上也没有应有的周延逻辑。

5. 农用地所有制存在的社会背景和我国土地公有制的历史选择。所有制与所有权属于两个层面的范畴,所有权是建立在一定所有制之上的上层建筑,没有所有制无所谓所有权,不可能存在超越所有制的所有权。人类公有观念的形成最初形成于原始社会,到奴隶社会后逐渐转变为私有制,人类进入 21 世纪后,公有观念<sup>22</sup>只会越来越强,不会越来越弱。在中国,土地私有制下架构的土地权利制度最终不仅没有保护了土地使用者:广大劳动人民的权益,同样也

---

—62 页。

21) 王泽鉴著:《民法物权 2》(用益物权·占有)中国政法大学出版社 2001 年 10 月第 1 版,第 11 页。

22) 或可表述为:“社会所有”观念越来越强。

没有保护到土地所有人：地主的权益。上千年的战争史使多少人的财产毁灭于一旦，至于搬不走、挪不动的土地总是随着战争而改弦更张。实际上，在中国农业社会中，土地私有制成为了制度打造者的掘墓人，周而复始的农民起义的根本原因在于土地问题，不破除土地私有就难以消除土地剥削。中国现代革命的历史实质上是土地革命的历史，是农民革命的历史，中国共产党人领导中国人民同上千年的封建主义进行斗争，其中围绕土地进行的斗争是其精髓。我党在建国之前和建国之后，都十分重视土地立法，先后颁布过《土地法大纲》和《土地改革法》，从根本上破除封建土地私有制，从土地农民个人所有到土地农民集体所有实现了土地私有向土地公有的历史跨越。历史已经证明、无须重新证明土地私有制度在中国的不合理性。我国是一个农业大国，近二十多年来，随着我国实行改革开放政策，加快了城市化和工业化进程，但是，广大的农村地区与工业社会仍有相当距离，农民对土地的依赖程度在短期仍不可消除，在此背景下，实行土地私有制是根本行不通的。因此，考问一下中国土地为什么公有的问题？回溯一下历史自会找到答案！

在根本不过问土地所有制形式的前提下，企图搭建土地物权制度，必然将土地理解为一般“物”，可以随便交换与流通，可以以债权的方式去实现，实在是法律万能论的一种体现。再以国有企业作类比，曾几何时，汗牛充栋的文论在诠释国有企业所有权与经营权的分离问题，并在试图构建国有企业所有权与经营权分离的特别物权制度，如今，《物权法》（草案）给出了我们答案，即国有企业所有权和经营权从根本上讲不属于物权范畴，因为国有企业不是“物”，当然不能设置物权！同样，土地是否属于“物”？是否属于法权范畴中的“物”？这些问题不能简单回答！月亮上的土地至今不属于法权上的“物”！同样，土地重要性程度超越一般“物”的层面，一样不能当作一般“物”对待！我国公有制下的土地，能否成为“物”关键在于其社会背景，也就是其社会经济基础。现今，农用土地显然还没有变成一般“物”的迹象，对于大部分农民而言，它不是可有可无的“物”。农村承包土地时，对于农民而言，承包土地不仅对承包权人不是自由的，对于承包人而言同样不是自由的，即是否承包不完全由双方当事人协商决定。我们该问问这些是否是物权制度中不可能出现的事件！还需要考虑农村土地承包到目前为什么仍袭用“平均”承包制度，或者说每个农户都有分得承包地的权利？此外，还有一个现象更值得我们深思：农村土地承包经营权之权利主体为“户”，而不是自然人或法人，试问：物权主体什么时候限制过自然人？如果实行不平均承包农用土地制度而其他配套的法律制度如何搭建？

古代井田制的实施考量了土地与人口之间的关系问题，即土地的农业人口

承载力是一定的,关于土地与人民结合而成的社稷观念长久以来是客观存在的。在当代,土地与人口的结合同样必要,以农村自治为基础的农村集体经济组织一定程度上是实现土地公有与村民自治的有机结合。至于农村集体经济存在的产权不确定等现象,笔者认为,这是一个对产权概念理解的问题。1937年科斯发表了《企业的性质》,揭示了企业产权的奥秘;关于产权的理论争论至今没有定论,可能涉及其他领域制度的衔接问题。比如,政治民主化问题,企业产权的落实需要政治民主,需要经济民主,需要治理结构民主。那么农村集体经济组织的产权不是同样道理吗?显然是同一问题。不能说因民主尚属幼稚就干脆否决民主,否决农村集体所有制。有的学者以“农地集体所有制走到了十字路口”为题,指出:“无论从政策、法律还是现实看,中国要真正形成长期而有保障的土地制度,就必须改变现行的农村土地集体所有制框架,真正将土地的权益赋予农民。”<sup>23</sup>笔者不敢苟同这一说法,粗线条地谈论农民土地权益时须认真思考中国农村土地的所有制问题,不是简单性的、结论性的宣泄。“将土地权益赋予农民”是将土地所有权赋予农民,还是将土地使用权赋予农民?这是一个无法回避的问题!“改革和完善土地法律制度是这场变革的一个重要组成部分。可以预期,到21世纪,中国将建立起一套既有利于促进经济发展,又有利于实现社会分配公平的具有中国特色的土地法律制度。”<sup>24</sup>既保障效率,又体现社会分配公平的土地法律制度,尤其农用土地法律制度在公有制的前提下如何实现所有与使用的充分协调是一个长期考量的问题。

#### IV. 步出私法域,寻求中国土地法律现代化的新路径

1. 完善中国土地法制,整合《土地管理法》与《农村土地承包经营法》对于土地的法律规制。不论是解放战争时期的土地改革,还是解放后的《土地改革法》的颁行,及至今天的《土地管理法》和《农村土地承包经营法》,这样的事实证明,党和政府历来重视土地法制建设。然而,这些法律的颁布有其时代烙印,亦有其立法的宗旨和相应的法律价值。但是,除新近颁布的《农村土地承包经营法》之外,其他土地法律并没有在土地使用交易、流转等环节上有所

23) 刘守英:“农地集体所有制走到了十字路口”载《21世纪经济报道》2002年1月28日。

24) 王卫国著:《中国土地权利研究》中国政法大学出版社1997年5月第1版,2003年1月第2次印刷,第3页。

规定,笔者认为,这是与当时的社会生活条件所决定的。在农村集体公有经济形成之后,共同劳动共同收益的结果是在劳动集体经济内部没有区分土地权利界限的必要。如今,农村联产承包经营责任制的实施,尤其是市场经济体制的形成,客观上要求区分农村集体经济成员内部的权利,客观上存在土地使用权利的交易制度。此时,对中国土地法制提出了前所未有的挑战,同时,土地作为承载农业人口生存的重任,加大了法律规制的难度。

在 20 世纪 80 年代,中国大陆民法幼稚的时候,人们尚未想到通过民法物权制度规制土地问题,而是将问题的重心投向企业改革领域。经过 20 多年的努力,民法学理论取得了令人瞩目的成就,民事立法已开始逐步完善,《物权法》已经纳入立法规划,并已有成型的草案。有相当一批学者认为,民法属于私法,以物权法的视角,只要土地物权制度得以确立,土地债权债务关系就可以形成,那么,土地的交易、流转乃顺理成章之事。这正是民法学界的基本立场。笔者不敢苟同这一立场,从《物权法》草案中“农村土地承包经营权”之“用益物权”制度,看不出与《农村土地承包经营法》中发包人与承包人之间的权利设置有何区别,也就是说,《物权法》(草案)中关于农村土地承包经营权设置于“用益物权”的规定并未体现出与《农村土地承包经营法》有别的相关规定。或多或少地保留了土地强行法规范,超越了私法的边界;将《土地管理法》和《农村土地承包经营法》中的强行法规范大部分与任意法规范割裂开来。因此,重新理解认识土地法是非常必要的。罗马法学家创造性地提出了公私法划分的理论,被后世所承继,这种划分在当代仍具有现实意义。然而,现代社会中,政治国家与市民社会的分野不是越来越清晰,相反政治国家与市民社会的制度链接越来越紧密。因此,产生了一批私法公法化类型的法律,有的学者称之为第三法域中的法律。笔者从 20 世纪 30 年代黄右昌先生等老一代学者的学术理念中读懂了法律为何要新分类,其中,土地法从物权法的分离乃是任何人不能否认的!至少学者们承认这一点,现实生活中,国家对土地的宏观调控是客观必须的,就目前土地行政管理与土地使用与收益法——《农村土地承包经营法》之间的关系而言,没有任何人敢说,我们必须放弃《土地管理法》,由《物权法》完全规制土地权利即可。“所有权与其他民事、商事法律制度的结合,构成了现代市场运行的私法秩序;而这种私法秩序与调整经济关系的种种公法制度的结合,则进一步构成了现代市场经济运行的法律机制。”<sup>25</sup>正如哈耶克指出:“私有财产权或契约自由(freedom of contract)的一般原理,并不能够为城

25) 王卫国著:《中国土地权利研究》中国政法大学出版社 1997 年 5 月第 1 版,2003 年第 2 次印刷,第 47 页。



市生活所导致的种种复杂问题提供直截了当的答案。值得我们注意的是,即使在当时不存在拥有强制性权力的权威当局,较大规模的土地单位所具有的较大优势仍有可能促成新的法律制度的发展……”<sup>26</sup>事实上,我国不仅存在大的土地开发单位,更存在公权力至上的土地管理当局及其之上的各级政府,土地法律制度完全可以成为独立于民法物权法之外当然的“新”的法律制度。

但是,中国土地法律制度并非是已经具备第三法域特征,就实在法而言,行政法与“私”法的严重分割导致的土地法制脆弱是客观的,这种分割导致的后果是行政法的规制过度,而“私”法规制的不足或不能。因此,统一中国土地法制,以完整的土地法实现对土地的法律规制。在统一土地法中,既有对土地监管的法律规范,又有土地所有、使用、收益、交易流转的法律规范,也有对农用耕地特别保护的法律规范等等。这样,完善的土地法制形成后,在中国工业社会形成之前,这样的法律完全可以实现对中国土地所有、用益的法律规制。至于说,若干年后农业人口下降,中国农民对土地的生存依赖度<sup>27</sup>降低时,将土地视为一种特殊的物而设置特别物权是否有必要则另当别论。

2. 土地权利救济之司法制度构建:成立土地审判机构。土地问题之所以与普通物不同,归由两点:一是财产之“不动”;二是资源相当稀缺和有限。因此,关于土地各国都有土地管理制度,都有土地征收征用制度,大部分国家也存在土地自由交易流转制度。于是,正如上文所言土地法既不属于传统的私法,也不完全属于公法,它应当具备第三法域的特征,土地法本身有自身完整的体系和逻辑。其实,令人钦佩的民法大师史尚宽先生在民法物权学术之外再写出《土地法原论》这样的著作已经说明了土地法与物权法的关系。

土地征收征用制度是客观存在的,土地征收征用实质上也是土地流转之一种,只不过这是一类特殊的土地流转。如果说今天需要搭建土地自愿交易流转制度的话,不能不考虑土地强行流转的社会现实和制度匡定。关于土地的政府强制征收征用,世界各国都有相应的法律规。我国在计划经济时期,政府征收征用土地也并非绝对无偿,大多数情况下实行就业安置政策,或土地实物补偿政策,对农民而言没有实行现金补偿,这些政策的实行并没有导致大的社会风波。客观上也没有发生过因政府征收征用土地导致失地农民生活窘迫的实例,相反,在计划经济时期不少人还期待政府的征收征用,以实现转变农民身份的

26) [英]哈耶克著:《自由秩序原理》(下) 邓正来译 生活·读书·新知,三联书店,1997年12月第1版,2003年8月第2次印刷,第116页。

27) 这里所指的生存依赖度仅仅指土地提供给人类吃穿等基本需求,并非指的是人类住、行空间的依赖度。笔者认为,人类对土地住、行的满足长期不会被打破,地球永远不存在住不下的人口。

期望。然而，市场经济体制与计划经济时期的许多规则发生了演变，就业安置越来越行不通，农民对失地的经济补偿成为第一期待。

关于土地征收流转和土地自愿交易流转的法律规制，其他国家和地区有很多经验可供借鉴。不少国家和地区针对土地征收征用的法定程序，权益补救程序都有相应的制度设置，应当说对失缺的中国土地审判制度具有相当的借鉴意义。“在德国，土地征收程序一般包括：事业的认定；应征收土地的确定；补偿金的确定；征收的完成。在救济制度方面，联邦行政法院审查征收的适法性及其法律依据的合宪性，而是否补偿以及何种范围内补偿则由普通法院管辖。”<sup>28</sup>也就是说，在土地私有或可以实行私有的国度，这些国家对政府强制征收征用土地既有相应征收程序的制度打造，又有关于对当事人进行经济补偿的程序设计。一般来讲，这些程序都是有机地交织在一起，并没有因程序的复杂给当事人的权利救济制造障碍。“就土地征收补偿的救济来说，它往往是与征收程序交织在一起的。从总体上看，前者侧重于行政程序，后者则包括行政程序和诉讼程序。行政救济程序包括行政调解、协商、裁决等，这些程序通常为诉讼程序的前置程序。通过行政程序，行政机关如果满足了相对人的请求，相对人取得了要求的补偿，补偿行政程序即告终结。行政机关如果拒绝或部分拒绝相对人的请求，双方不能就补偿的数额或补偿方式达成协议，或相对人不服行政机关单方作出的裁决、决定，即开始司法诉讼程序。”<sup>29</sup>在国家公权对私人土地所有权的对撞中，不少国家和地区设置了相应的征收事业认定程序，也就是说，政府是否该征收、政府是否能够征收都可以进行相应的救济程序，并可最终进入司法诉讼程序。一定程度上，体现了法治文明和制度理性。

我国土地征用过程中，对征收事业认定环节未设置相应的权利救济程序，一般情况下，行政相对人对政府征用土地本身有异议的，主要通过政府设置信访制度进行救济，而信访程序又非必经程序，实质上，我国关于土地该不该征用、征用是否合理、如何阻却征用权力等方面没有任何法定程序。在我国现行制度下，国家公权与农村集体土地所有权的对撞中，多数情况下演绎为行政权力与民权的博异，在该征用或不该征用没有任何程序设置的前提下，关于补偿问题自然在法律救济程序中难弥踪影。因此，我国土地征用纠纷大多通过行政方式解决，土地纠纷审判制度非常落后，土地纠纷诉讼的程序通道在哪里？

笔者认为，政府征用农民土地的权利救济必须针对性地设置专门的土地审判机构，这种专门的土地纠纷审判机构是人民法院的审判机构之一，它既可以

28) 转引自王太高：“土地征收制度比较研究”载《比较法研究》2004年第6期。

29) 王太高：“土地征收制度比较研究”载《比较法研究》2004年第6期。

审理农民要求土地权益补偿的纠纷,如土地青苗损失补偿纠纷,也可以审理土地征用异议纠纷。而不必通过民事诉讼或行政诉讼来救济自己的权利,事实证明,现行的审判制度对土地纠纷案件的审理是十分不力的。因此,创设人民法院土地审判机构,将土地权益纠纷不再严格地划分行政诉讼、民事诉讼,不再严格使完整的土地法律制度被人为地割裂于公法与私法之中,尽可能地避免信访方式解决纠纷的不规则性,使当事人的权益救济更加理性,是完善我国土地法制的一个重要内容。

3. 政府征用土地与农村社会自治之间的链接:失地农民的话语权。“作为一项现代法律制度,土地征收是现代民主政治发展的产物,因而相对说来,西方国家的土地征收制度较为完善。我国台湾地区在法治建设方面沿袭德日较多,所以在土地征收的理论与实践方面也较大陆发达许多。”<sup>30</sup>土地征收征用涉及的问题既包括私法领域中的经济补偿问题也包括公法领域中征用合法性问题,后一问题集中地体现了土地征收征用的实质:形式上是土地交易而实质上不是土地交易。中国土地问题向来涉及人民生活的安定问题,因而土地征收征用问题绝非单纯的私法问题。“土地所有权何在的问题,在土地制度上,有重大关系。土地在耕者之手是最便宜的,但有时却常常落于非耕者之手,或在农村以外的地主之手,更或在其他的人的手等,而其弊害程度,也都各个不同。中国古代,土地与人民相结合,以此人民和土地合成的自治体,作为国家组织的基干。不幸后来私有制度发达,官僚制度发生,这种自治组织,全被他们搅乱了。”<sup>31</sup>可见,我国在土地和人口之上形成的农村社会自治是难以分割的两个社会存在要素,对于当今农村土地权利的理解具有相当的启示作用。我国农村集体土地公有制,是农村社会经济基础的重要组成部分。现行农村土地所有权是一项非常特殊的权利,名义上被私法学者称之为“所有权”,但是,这种权利不属于物权法范畴的所有权,原因在于,农村土地由于集体公有,因此,村民自治和公意表达决定了这种权利的特殊性:必须具备公意表达的客观存在。对土地这种特殊“物”的权利行使不再是私法体系下的权利行使。

我国土地征收征用过程中,除具备相应的事业开发认定的程序之外,还应扩大农村土地权利的民意表达,即农村集体所有的土地应经过村民自治组织的民意表达,使农村土地征收征用更加理性,而不仅仅是政府公力的强制体现。在现实生活中,土地征收、征用先应设置土地征收征用异议制度,独立行政审查制度,确保土地征收征用的合宪性与合理性;同时,应设置政府征收征用机

30) 王太高:“土地征收制度比较研究”载《比较法研究》2004年第6期。

31) (日)长野郎著:《中国土地制度的研究》强我译 中国政法大学出版社 2004年7月第1版,第98—99页。

构与村民自治组织的谈判机制,确保被征地后村民的权益。然而,现实生活中,被征收征用土地的农民根本没有话语权,许多被强制征地的农民根本未有异议的机会。因此,完善我国农村土地承包经营法律制度,在促进土地流转、提高土地利用效率的前提下,应当体现村民自治在土地权利行使上的意愿,将农村土地权利的表达权作为权利的一项内容。如果征收征用土地没有履行相应的民意表达程序就可以认定为违法,那么,有的学者可能会提出这样的问题,当民意表达与政府意志相冲突,如何能够使征收征用程序进行下去,笔者认为,正如上文所述农村土地权利的救济应当包括上述内容。显然,停留在私法视野将无法解决上述纠纷。

4. 农村土地权利的再认识:关于农民生存权理念的塑造。“生存权作为明确的法权概念,最早发端于奥地利具有空想社会主义思想的法学家 A.Menger 1886 年写成的《全部劳动权史论》,该书认为,劳动权、劳动收益权、生存权是造成新一代人的经济基本权的基础。”<sup>32</sup>20 世纪以来,生存权不再是探讨中的抽象权利,这一权利的内容更加充实和具体,并将这项权利逐步制度化。“1919 年的德国《魏玛宪法》,在其第 2 编第 5 章《共同生活》第 151 条规定:‘经济生活秩序必须与公平原则及维持人类生存目的相适应。’第二次世界大战后,生存权的概念被各国普遍接受。法国 1946 年的第四共和国《宪法》于序言中宣称:‘对于全体人民,尤其对于孩童、母亲及老年劳动者,国家应保障其健康、物质上的享用、休息及闲暇。凡因年龄、身体、或精神状态、经济状况不能劳动者,有向国家获得适当生活方式的权利。’”<sup>33</sup>在社会尚未发展到一定的历史阶段之前,所谓的生存权最集中地体现为生命权、健康权和自由权,然而,现代社会中,“劳动权和劳动基本权也起到了相当于保障个人现实生活的作用。于此一来,在现代这个崭新的历史阶段中,为确保自由权体系能够存在下去并且能够有效地发挥其自身的作用,社会权就成了对自由权的一种补充物,一种必不可缺的新的法的规范。”<sup>34</sup>不论是学术界,还是实在法领域,目前,人们对生存权的理解已经大大向前迈进了一步,联想到我国土地制度的历史演变,客观地说,古代井田制度、封建时代魏晋之均田法、占田法一定程度上考量了人们的生存问题,一定程度上具有朴素的生存保障思想。但是,无论如何,在人民尚无

32) 转引自王启富 刘金国主编:《人权问题的法理学研究》中国政法大学出版社 2003 年 1 月第 1 版 第 185—186 页。参见徐显明:“生存权论”载《中国社会科学》1992 年第 5 期。

33) 王启富 刘金国主编:《人权问题的法理学研究》中国政法大学出版社 2003 年 1 月第 1 版,第 186 页。

34) (日)大须贺明著:《生存权论》林浩译 法律出版社 2001 年 3 月第 1 版,第 13 页。

权利的年代,根本上不存在权利的问题,存在的只是统治者保持社会安定、保持社会可持续发展的社会调节思想,这样的土地制度不可能产生出土地生存权的社会意识。

笔者认为,生存权从理念到制度乃是 20 世纪以来的新发展,是人类发展到一定历史高度的权利观念的现实体现。尤其是不少国家宪政实施以来,权利的重塑使我们真正认识到生存权是社会发展到一定高度后人的一项基本权利,是宪法上的权利,这些权利已经被相应的法律制度具体化。我国将长期处于二元社会结构的背景下,以亚细亚生产方式维持生活的农民,农耕、劳作、收获是其基本生活的所在,而其基本生活的基础就是土地。至少短期内,我们完全可以大胆地认为,上亿的中国农民离开了土地将无法生存,土地是其基本的生存资料。“千百年来,农民和土地的关系血浓于水,唇齿相依,是须臾不可分割的两个名词。”<sup>35</sup>基于这一点,确立农民对所耕种土地的权利为基本权利丝毫不为过分。“宪法上的生存权确实被具体法律实质化了,由此具有了法的权利性。在这一点上,我们承认其比第一种理论有积极性意义。但是,这样的积极性意义,说到底只不过是对请求权作出具体规定的、借此使生存权得以具体化的实际法律的反射性作用而已;它并非象法的效力之运动通常从高位阶流向低位阶那样,是从宪法第 25 条生存权所拥有的具体的法的效力之中产生出来的。”<sup>36</sup>尽管我国《宪法》尚未将农民土地承包的权利列为基本权利,也未设置“生存权”为基本权利的有名条款,但是,《宪法》第 42 条明文规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”对于生产力低下,尤其是完全依赖农业生产的农民来说,其劳动基本权如何落实?显然,只有土地权利得到保障,其劳动基本权利才有可以得以保障。因此,实质上,农村土地权利实质上属于农民的基本权利。可能的学者提出,财产所有权也属于基本权利,私有财产神圣不可侵犯是多数国家宪法所明文规定的,的确如此。但是,随着社会发展,基本权利的内涵在不断丰富,外延在持续扩张,基本权利也可分为基本私权利、基本公权利,生存权应当属于基本公权利,一个国家的政府可以通过合法途径征收、征用当事人的基本私权利,尤其是财产权利,只不过需要相应的补偿或救助而已,而对于基本公权利,褫夺当事人的公权利必须以当事人的违法为前提,人民的生存权公力机构无权征收、征用。“民法上的所有权,系以物为客体,指私的所有权。”<sup>37</sup>即使所有权被限定在基本权利层面,也属于私权利。当然,关于生命权、健

35) 涂名:“怎一个‘圈’字了得”载《中国改革·农村版》2004 年第 7 期。

36) (日)大须贺明著:《生存权论》林浩译,中国政法大学出版社 2001 年 3 月第 1 版,第 73 页。

37) 王泽鉴著:《民法物权》(1)(通则所有权)中国政法大学出版社 2001 年 10 月第

康权有的学者认为属于民法调整的私权利，长期以来民法学教科书也是这么阐述的，但是，生命权和健康权毕竟与其他私有权利存在实质上的区别。笔者认为，这一探讨可能会引发相应的学术论争，但是，生存权客观上不属于私权利，而应属于基本公权利的范畴。

长久以来，不少地方政府征用土地过程中客观存在公权力的张扬，其权力任性无法遏止。笔者认为，私权利永远无法与公权力相抗衡，在政府强制征收征用面前，不论是动产还是不动产都有可能成为被征收征用的对象，甚至出现了征而少补、征而不补的现象。那么，我们从基本权利的视角去分析这种法律关系，就可以发现，政府征收征用必须具备相应的对价，不论是经济对价或非经济对价，政府不得不考量人民的生存权问题，也就是人的基本权利必须予以救济。在此前提下，我们重新认识政府征收征用农民土地时出现的征而少补、征而不补现象，深切感受到农民土地权利作为基本权利宪法规制的迫切性。期待将来，农民生存权观念逐渐过渡到法律制度中的基本权利层面，那时，所有的问题将成迎刃之解。

5. 关于农村土地承包经营权之交易流转的法学思考。这一问题实际上属于土地法律制度的延伸问题，关于权利之交易，不是本文探讨的话题，也无法在这么一篇不长的文章中使权利交易的探讨深入下去。我们研究学术问题总是以各种方法透视事物的本来面目。权利是能够交易和流转的，不论是私法学者、公法学者，乃至第三法域之学者皆认同权利可以成为交易流转的对象，尤其是现代社会，除了物的交易流转之外，权利的交易流转成为法律规制的重要内容。我们探讨这一问题的关键在于：是否仅仅是民法上的私权利可以交易转让？答案很明显，目前，交易流转的权利并非完全是私权利，即使这种权利被私人所拥有，但权利的形成或权利的属性无不显示公权力在其中的渗透，以专利权为例，这样的权利显然与传统私法上的权利有着较大的区别。随着第三法域的逐步拓展，类似教育权利、环境权利、经济平等权利、社会保障权利等都应有相应的权利救济方式，农村土地承包经营权作为一项中国特色的权利，农民对农村集体所有的土地依法获得承包权，这一权利依法可以交易与转让。至于有的人提出的，既然土地承包经营权属于基本权利，是其生存权利，如何还能转让呢？我们认为，任何权利不是永恒的权利，任何权利都存在权利的让渡与限制。现实生活中，我国城市化进程已经在稳步推进，中小城镇建设将吸纳越来越多的农业人口，这些农业人口正逐步从农民转为城镇市民，这个过程是一个长期的过程，其转变可能还存在反复现象。因此，农民土地承包经营权在一定

程度上存在因土地搁荒而浪费权利、浪费资源的现象,但是,不能说存在这些现象就可以随意剥夺农民的土地承包经营权,该项权利是否该存在下去,我国现实生活的习惯已经给出了答案:如升学、就业、迁移而导致户口变动,其土地承包经营权将不再保留,同样,农民通过城市化进程改变身份后其土地承包经营权将被收回。至于如何确定其改变身份的标准,笔者认为,这一问题不属于土地法学解决的问题,而应当属于人口与社会管理学术需解决的问题,也是法律极需规制的一个问题,上述问题是一个复杂的系统工程。

从农业经济学角度讲,只有促进土地流转,提高土地利用效率,实现土地规模化经营,才能提升我国农业产业化的水平。通过农业产业化水平的提高而逐步降低传统耕作农民在社会成员中的比重,使农业产业工人逐步城市化,这一路径尽管缓慢,但仍是中国农业现代化的必由之路。土地规模化经营同样要涉及农民土地承包经营权的转让问题,也就是存在农村集体土地公有制前提下集体所有权实现方式的再构问题。这是一个非常复杂的系统工程,决不是一个学科、一门学问所能解决的问题。因此,农民土地承包经营权的交易与转让法律应予以肯定与规制,交易转让与政府征收征用应当有所区别。政府征收征用的发动依靠的是公权力,体现的是政府的意志,而交易转让则体现了交易双方共同的意志。我们可以通过私法调整的方法调整农村土地承包经营权交易与转让中的社会关系,但不能通过私法调整方法调整政府征收征用农村土地中的社会关系。因此,农村土地承包经营权的交易流转、政府对承包土地的征收征用应当体现在一部法律制度之中,笔者认为,在土地法律制度之下完全可以实现对上述问题的有效调整。

我国土地法律制度的现状是土地行政管理法与土地权利法的分割,如何实现两者的有机整合是一个无法回避的问题。政府对土地进行管理,是通过公力抑制的方式避免耕地的随意征用,避免耕地的流失,而现实生活中土地征收征用又是在政府操作之下进行的,如何通过政府公力抑制政府行为,现行法律制度并没有明确答案。实践中的政策是,哪一级政府权力大,公力强,就可能对下一级政府征用土地的行为有所节制,此外,公力抑制土地征用基本上处于无效状态。国土资源部有关负责人近日指出,新一轮圈占土地的动因主要是各地竞相攀比搞招商引资的土地政策优惠,基层政府往往成为土地违法主体。随着省以下国土资源管理体制改革的推进,进一步理顺土地审批与执法监督的关系,加强中央对省级国土资源管理的监督,成为迫切需要解决的问题。<sup>38</sup>由此我们可以发现土地权利难以维护的症结所在!那么,我们能够通过私法制度的建立,

38) 参见:《中国青年报》2004年8月28日谢登科文。

通过农村土地承包经营权作为用益物权的制度架构就可以避免公力机构的滥征土地的行为？显然，私法是作不到的。“全国政协委员、民进中央副主席蔡睿贤反映，土地征用过程黑幕重重。有的地方政府在征地时‘暗箱操作、低征高卖’；有的地方征地补偿安置费分配混乱，村级留用资金管理失控；有的地方领导人片面追求政绩，‘形象工程’占用土地现象严重。”<sup>39</sup>因此，问题的发生还要从发生问题的环节上寻求答案。土地权利是一项非常复杂的权利，现代土地关系必须通过现代法律制度予以调整，而不能固守在传统私法领域寻求解决问题的答案。“损害赔偿之概念系指侵权行为或债务不履行之损害赔偿，损害赔偿基本上系私法上之概念，土地征收补偿金则为公法上之请求权，就此点而言，二者自有差异……”<sup>40</sup>。法律制度发挥作用的空间是有限的，发挥作用的时间同样也是有限的，在我国农业产业化之前，农村土地承包经营被证明是理性的制度选择。那么，农村土地承包权的交易、转让、政府征用后的权利丧失都是市场经济体制下的客观存在，通过土地法律制度完全可以实现对上述行为而引起的社会关系的法律调整。如果说土地法律制度作为现代法律制度有许多待以完善的地方，不是通过完善私法制度匡定土地制度，而是应当从约束公权力之公法匡定入手完善土地法律制度。

## V. 城郊农民失地之权利救济——以生存权为中心

1. 农民失地经济补偿不足的怪圈。“农民失去土地以后，得到了政府和用地单位支付的数额不多的土地补偿费和安置费。所谓补偿费，只是对农民原来在土地上从事农业生产收益的补偿，它并不与土地的非农业化价值以及土地非农化后级差收益的增值相关联。安置费也只是保证农民在失去土地后几年以内生计的一次性货币发放……这些费用难以让失地农民保持以前的生活水平，与农民失去土地后的结果相比微不足道，只能暂时缓解农民的生活之忧。”<sup>41</sup>长沙县星沙镇，是一个依附于省会城市的现代卫星小城镇，机场高速路贯穿而过，一排排崭新的商住楼和各类新兴工业企业拔地而起。而另一种境地则是：一排

39) 涂名：“什么人的改革？什么样的发展？”载《中国改革·农村版》2004年第7期。

40) 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（7）中国政法大学出版社1998年1月第1版，第124页。

41) 涂名：“什么人的改革？什么样的发展？”载《中国改革·农村版》2004年第7期。



排矮小的、破旧的小棚屋，到处尘土飞扬，垃圾成堆、污水横流和臭气熏天。据当地农民说，10多年过去了，大部分农民当年领到的人均不足9000元安置补助费现在早已花完，目前他们在自谋出路。而去年才开发的每月40元低保费，比长沙市的最低生活保障线每月150元还差得老远。曾经较为富裕的村民们，现在大多只能靠打短工或者拣垃圾为生；他们的土地在被当地政府征用后，由于他们年纪大，连一般的企业招普通工人都不愿意要。有些家庭为了缴付小孩上学的学费，或者为了筹钱给年迈而没有生活来源的父母看病，他们只得把自己的安置房低价出租，然后一家三代挤在狭小破旧的棚户里面。长沙日月明律师事务所的几位法律专家在了解整个事件之后指出，长沙县在土地征用中存在以下违规行为：其一，在土地审批过程中越权违规，以化整为零的方式逃避《中华人民共和国土地管理法》和《湖南省土地管理实施办法》。按照这次土地征用的总量17278.675亩和耕地5152.675亩，必须上报国务院批准。其二，政府对土地补偿费和安置补助费的计算标准，没有结合当地的实际经济情况设定合理标准，而是依照过期的统计年鉴中的亩产值来计算，没有群众听政，更没有专家论证。其三，政府在给农民发放土地各项费用的时候，土地补偿费、安置补助费和其他费用的概念模糊，使农民无法清楚各项费用数目。其四，政府在建设安置房的过程中一味要求按照政府设计的标准建造，建筑金额远远大于政府发放给农民的房屋补助费，使农民建房资金入不敷出。<sup>42</sup>上述事例绝非个案，而是一类普遍现象，我国农村土地承包经营制度中，对农民土地承包经营权威胁最大的是来自政府公力征地，并非土地规模化经营引发的土地兼并问题。而政府征用土地的对象大多是城市郊区或城乡结合部的农民，这些农民所拥有的土地在被征用后才能产生出工业化、城市化后的经济效益、社会效益、甚至包括政治效益。

城郊农民失去土地后获得的补偿，目前属于单向操作，补偿是在地方政府的操作之下进行的，从上述案例中不难发现这样的规律：既然土地圈占无法遏止，同样补偿不足也无法遏止。《土地管理法》规定，征用耕地的土地补偿费用为该土地征用前3年平均产值的6至10倍，安置费为4至6倍。记者在调查中发现，一方面各地补偿标准由于土地用途、耕地年均产值、计算倍数等不一样而相差悬殊，另外一方面，补偿标准制定过低，绝大多数农民不满意。“低征高卖”引起不满，加之又是政府直接出面操作，对失地农民刺激很大，引发农民与政府的对立情绪。<sup>43</sup>笔者认为，在现行土地法律制度的框架内，从根本上讲，

42) 刘亚辉 涂名：“冷漠高楼的背后”载《中国改革农村版》2004年第7期。

43) 葛如江 潘海平 王新亚：“谁制造了2000万失地农民——城市化浪潮中的新弱势群体调查”载《中国改革·农村版》2004年第1期。

既无法遏止违法土地征用，也同样无法遏止补偿不足或征而不补的现象。强制征用同样也可以理解为强制补偿，可以补多也可以补少，将全面陷入上有政策下有对策的恶性循环。农民失去土地补偿不足是一个难解的怪圈！

同时，必须指出的是，土地补偿、土地安置一定程度上属于计划经济的用词，“安置”一词在中国的使用范围越来越窄，最终它将退出历史舞台。所谓的土地“安置”不是安置土地，而是安置失去土地的农民。因此，从中不难看出我国《土地管理法》的陈旧性。

2. 从计划经济时期的就业安置到市场体制下改革的尝试：上海市的征地改革路径。上海人的职业精神或专业素养是全国公认的，同样，他们在征收城郊农民土地后的各种举措也是与时俱进的。计划经济时期，我国现实生活中已经存在大量的农民失去土地的现象，尤其是发生在较发达地区的城郊，如上海市对农村土地的征用在计划体制下就有相应的措施，20世纪90年代后，市场经济体制确立之后，上海市开始探索新的路径。“上世纪90年代以前，由于本市征地数量较少，征地单位以生产性企业为主，因此确定了‘谁征地、谁吸劳’的安置原则，要求由企业自行安置征地农业人口。”<sup>44</sup>计划经济时期，因就业渠道狭窄，且只有计划就业一条路可走，被征地后，农民实际上都被改变身份，由农村户口转为城市户口，由农民转为城市工人，尽管这些操作略显突兀，但没有任何一种更好的办法替代它。不论是生产性建设用地、公用事业建设用地，还是机关、事业单位建设、军事设施用地，无不按照征地——安置的规则进行操作。市场体制确立之后，上海市开始进行新的探索。“1994年，市政府颁布了《上海市住宅建设征地集体所有土地农业人口安置办法》，开始将本市征地农业人口的安置方式分为征地吸劳与征地养老两种方式；安置原则调整为‘谁用地，谁负责安置’，允许征地单位不直接吸劳，可以委托其他单位或鼓励征地劳动力自谋职业等进行多渠道安置。近年来，上海市政府根据就业市场的变化，拟对‘谁征地，谁负责安置’原则作进一步的修改，设想为‘落实安置补偿，用于基本保障、适度生活补贴，进入市场就业’，已在浦东新区等地作了试点，不久将在全市范围内推广。”<sup>45</sup>

上海市的改革，集中体现了从计划经济向市场体制过渡的历史轨迹，在计划经济时期，不论是机关、事业单位、国有企业、乃至军事用地，征用土地大多按照计划经济的模式解决所有问题。征用土地行为应当说是政府公力行使的

44) 吴瑞君 吴绍中 孙小铭 冯晓华：“上海市城市化进程中离土农民的安置和保障问题研究”载《社会科学》2004年第4期。

45) 吴瑞君 吴绍中 孙小铭 冯晓华：“上海市城市化进程中离土农民的安置和保障问题研究”载《社会科学》2004年第4期。

体现,一定程度上是国家计划的另一种反映,同样,国家通过农转非、就业安置等计划经济时期的公力措施解决失去土地农民的生存问题。可以说,在计划经济时期,被征地农民不仅没有多少怨言,相反,因身份的转化而倍感自豪和安定:因征地而改变身份。计划经济时期身份社会中,农民因失去土地而改变身份,转而成为国有企业职工或其他国有单位职工,几乎没有发生过农民因失去土地而上访的事件,也没有那么多的法律纠纷。市场经济体制确立以来,因征用农民土地而引发的法律纠纷,甚至导致的政治突发事件层出不穷,根本原因在于:政府征用土地与计划经济时期无异,仍袭用公力强制征用,而被征地农民的身份却无法改变,公力机构再难以用计划经济的手段落实失地农民的生活安定问题。上海市的作法基本上代表了计划经济时期、及向市场经济体制过渡时期政府征用土地、落实失地农民权益的一般规律。

3. 浙江省部分地区以农民生存权保障为基点落实失地农民权益的社会实践。为了解决失地农民的后顾之忧,浙江变一次补偿为终生补偿,推出富有特色的四大解决模式:土地换保险和基本保障;转农为工,进行就业培训,成立社区股份合作社;土地平整置换等,有效缓解了失地农民的后顾之忧,有的地方甚至通过这些措施,使农民更加富裕,形成了有效解决农民失地问题的浙江模式。

变一次补偿为终生保障是浙江嘉兴、金华、衢州、宁波等地的创举。从1993年起,浙江各地先后采取“以土地换保障”的做法,给农民买保险。实行这一新办法后,不再向被征地村集体及农民直接支付安置补助费,而是由政府按照统一进入社会保障的办法,将费用划入劳动部门“社保”专户,统一用于失地农民的社会保险统筹和生活补助。嘉兴对达到退休年龄的失地农民,户口“农转非”,并为其一次性缴纳养老保险统筹费,最高为15年,从退休的次月开始发放养老金;对于男45—60岁、女35—60岁的失地农民,安置标准与退休人员大致相同,只不过退休前每人每月发给生活补助费和医疗包干费160元;如果农民在领取了生活补助费之后仍未就业的,符合条件的,可申请社会救济。金华市则以全面覆盖、分类处置、合理保障为原则,自2003年3月起出台一系列新举措。<sup>46</sup>

“浙江模式”现已成为政府征用土地政策推广的一种典范,是将土地征用与社会保障制度链接的一种尝试性改革。“浙江模式”的推广有其客观原因,一方面浙江经济发展快速,从工业产业和第三产业中积累了相当的财富一定程度上能够向农业让渡。地方政府无须从“高征低卖”中获取相应的利益,也就是

---

46) 傅百水:“解决农民失地问题的浙江模式”载《中国改革·农村版》2004年第7期。

征地开发收入不是其财政收入的关注对象；另一方面，浙江市场经济发达，市民社会力量强大，政府开始向服务型政府角色转变，服务意识增强，政府出台“安民”政策有其客观的社会背景、经济背景和政治环境。一定程度上，浙江模式的选择，并没有上升到制度层面，也没有相关立法予以规制，但其影响是客观存在的。从法律制度构建的角度分析，法律制度的建立必然由相应的经济基础，当然需要在现有的经济基础之上搭建上层建筑的试点经验，没有尝试最终不可能有成熟的制度。相信浙江模式在经历一些经验和教训的积累之后，可以成为我国农村土地征用法律制度的最后选择，并最终成为土地法律制度、社会保障法律制度的重要内容。

内地省份能否向浙江省一样，以终生保障替代一次性补偿，需要有一个渐进的历史过程。内地省份的地方政府能否从征用土地中寻求土地非农涨价受益，土地征用开发能否再被视为第二财政是决定农村土地征用是否合理“补偿”的关键。如果地方政府仍将农村土地，尤其是城市近郊土地视为一块肥肉，将其土地涨价收益视为一条增加财政收入的路径，那么，“浙江模式”仍离这些省份很远。笔者认为，土地征用制度是土地法律制度必不可少的内容，但因不同的经济基础存在，决定了征用土地制度架构的方向。这一问题实际上是反映了效率与公平的社会博弈，在相当多的地方，追求经济效益、政治效益成为征用农村土地的第一选择，其中包括：招商引资，刺激 GDP 的高速增长，政绩易于彰显；征地改造，制造形象工程，有助于升迁。于是，选择了效益意味着放弃了公平，甚至不惜牺牲农民的现实利益与长远利益。关于这一问题，任何征用土地的政府部门都可以得出这样的结论：目前的一次性补偿措施根本无法解决农民的生存问题，即使一次性补偿不打折扣，难以使这些失地农民获得长久的生活安定。

“浙江模式”的启示在于：我们有制定合理制度的智慧，更有与国际惯例接轨的勇气。相信不久的将来，内地省区不论是商业开发用地、非商业开发用地，都能够比照“浙江模式”进行相应的改革试点。不仅关注于效率，同时要体现社会公平。

4. 土地法与社会保障法的制度整合。“在取消农村土地承包经营权流转的限制之同时，应当逐步构建完备的农村社会保障机制。以取代农地这种传统的农村生活保障手段。这是世界各国实现农村城市化与农业现代化的普遍经验，中国当然不能例外。”<sup>47)</sup>在上文专门论述了农村土地承包经营权及土地强制流转

47) 李建华 杨代雄：“我国土地用益物权体系的立法构造——兼评《中华人民共和国民法（草案）》的相关规定”转引自人民大学复印资料《民商法学》2004年第8期。

48) 李建华 杨代雄：“我国土地用益物权体系的立法构造——兼评《中华人民共和国

之后,有必要对土地自由流转,也就是土地自愿交易进行阐述。如果说农村土地征用,尤其是城市近郊农民土地被征用后必须搭建相应的社会保障制度,是基于城郊农民失去土地后丧失了生活的来源,并且没有可以置换的土地等原因所决定的。那么,农村土地承包经营权不能为流转而流转,不能说只有土地交易制度形成了,才能实现农村城市化和农业现代化,因果不能倒置。我国农业现代化只有通过农业产业化、土地经营规模化、机械化、电气化来实现,是在保障农民的土地承包经营权的基础上通过上述措施来实现的。因此,整合土地法律制度与社会保障法律制度是土地法律制度完善的必由之路。

我国《土地管理法》颁布于1986年,负责起草该法律草案的是土地管理部门,也就是现今的国土资源管理部门;《农村土地承包法》在本世纪初颁布,负责起草该法律草案的农业行政管理部门;而社会保障目前还未通过法律予以规制,将来起草这些法律草案时,在体制不变的情形下,必然是劳动与社会保障部门、民政部门。这些行政部门起草的法律草案大多从本行政部门行政管理的视角出发,实质上张扬本部门权力和利益之法,并未考虑到法律制度的整合问题,以《土地管理法》为例,以土地管理部门的行政审批为主线打造制度,其中涉及到了农村土地,尤其是耕地保护的管理,并未考虑农民土地承包经营权的法律规制。而《农村土地承包法》又以农业部门的立场出发,在于保护耕地的使用价值的延续。两部法律因在不同领域操作下得以颁布,效果并不理想。因此,正如上文论述,整合土地法律制度,将城市土地、农村土地规划、土地权利及其限制、政府特别征用程序、社会保障补偿、司法救济程序等规定在一部完整的土地法中,使其充分发挥应有的法律价值。

应当说,行政部门起草法律有相应的优点,法律出台的时间大为缩短,法律起草经费易于保障,但是,行政部门起草的法律草案大多在程序救济环节上出现纰漏,他们更多是企图通过行政手段矫正违法行为,企图以行政的视角观察社会公平问题,而不是通过司法程序惩治不法行为。土地程序法律制度的欠缺就是其中之一,成千上万的失地农民的上访集中地体现了我国司法程序对农民土地权利救济的不力。那么,土地法能否与诉讼程序制度链接呢?答案是肯定的,因此,整合我国土地法律制度是将城市土地、农村土地中的所有权利、义务、职责、行政监督制度、司法救济程序都统一在一部法律制度之中。尤其需要注意的是,尽可能排除只有依据民法才能诉讼的旧观念,也就是排除非物权制度确立难以保障农民诉权的旧思维,使土地法规制的社会关系主体同样能够进入诉讼程序。

---

民法(草案)》的相关规定”转引自人民大学复印资料《民商法学》2004年第8期。

我国社会主义市场经济法律体系的建设起步于 20 世纪 90 年代中期,至今已十多个年头过去了,我国法律制度已从无到有。较之西方国家几百年搭建市场经济法律体系的过程而言可谓短暂,我国完善市场经济法律体系可谓任重道远。20 世纪末期,中国立法机构启动了社会保障立法程序,最先将社会保险法和社会救助法列入了立法规划,但是,由于多种原因上述法律并没有颁布,甚至连法律草案都未曾提出过。应当说,目前社会主义市场经济法律体系中,社会保障法成为相对薄弱的环节。社会保障已经入宪,确立公民获得社会保障的权利已不容缓,今后其他领域立法在注重效率的前提下,当注重社会公平的构建。

因此,《土地管理法》与《农村土地承包经营法》的土地法律制度整合自当必要,同样,社会保障法律制度与土地法律制度也不是风马牛不相及的范畴。中国法学中部门分割、“老死不相往来”的现象已经存在了二十年,如同行政部门制定政策、起草法律草案只从本部门角度出发,根本不谈制度的有机性、协调性和系统性一样,中国法学界所进行的法学学术研究同样存在这样的现象,即属于你的问题我不屑一顾,而属于我的问题你没有研究的权利!法学日益干瘪的与现实生活,与制度架构越来越远。法学学者当以博大之学术胸襟,对本学科不同学术观点兼容并包,对其他法学学门之学术,不论学术成熟或幼稚,当以宽容之心容纳之,这样,中国的法学才能完成学术的改造。学术是引领制度创新的根本,当学术没有了宽容与理解之心,制度的匡定必然偏狭甚至执谬。

我国土地法律制度构建中曾经没有考虑到与社会保障法律制度的衔接问题,这是由社会发展没有达到一定高度所决定的;同样,我国社会保障法律制度构建大多闭门造车,丝毫不与法学界,尤其是其他法学领域相通,所出规则皆任性之作更令人可叹。如何对城郊失地农民进行权利救济实乃两个法律领域共同承担的使命,两个领域甚至更多领域的学者、规则的制定者有必要坐下来认真的探讨如何落实民权的问题,以实现“三个代表”的宗旨和执政为民理想!

## VI. 结语

关于解决农民失地问题的探讨,目前社会学界、经济学界、土地学界已经有相当多的学术探讨,学术不论成熟与否,大家都在努力。相对而言,法学界对该问题的研究明显不足,可能有的学者认为这一问题属于个别问题,而非一般问题,因此,法学界不必作为一般规律进行研究。笔者通过上述的学习和领

会认为，农民失地而引发的纠纷成千上万，自不属于特殊个案，而涉及的土地征用法律制度、土地流转制度，乃至完整的土地法律制度，实属当今需要解决的大课题，也是比较难解之题。弯下腰来，认真努力，为中国土地法律制度之现代化而努力！

关键词：农民、失地、生存权、权利救济

[국문초록]

## 근교 농민 실지 및 그의 권리 구제

- 실지 농민의 생존권 보장을 중심으로 -

郑 尚 元

중국 정법대학 민상경제법학원 교수

본문은 근년에 농촌도시화 과정에서 농민 실지문제에 대해 각계에서 이 문제에 대한 연구를 바탕으로 독특한 시각인 실지농민생존권보장을 중심으로 논술하고자 한다. 전통 사법학계에서 농촌 토지도급경영권에 대해 용익물권으로 다루는 것을 비판하고 중국의 몇천년 토지제도역사의 변화를 기반으로 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 즉 농촌토지도급경영권을 용익물권으로 간주하는 것은 바람직하지 않다. 저자는 농민생존권과 토지권리를 집합하여 중국 토지제도를 논술하면서 중국 토지법률제도가 사실 이미 사법범주를 초월한 것을 지적하고, 따라서 중국의 통일된 토지법률제도를 구축하는 것이 매우 필요하다. 토지법률제도를 정합할 때에 토지와 인구 간의 유기적인 조화 즉 토지를 의존하는 농민들의 생존권을 소홀히 해서는 아니 된다.

주제어 : 농민, 실지, 생존권, 권리구제