

农村土地确权规则的选择

——基于 S 市的经验研究

万 江*

目次

- 一、问题与理论回顾
 - (一) S 市土地确权规则出台的背景及其问题
 - (二) 既往研究回顾
- 二、确权规则选择的理论分析
 - (一) 资源禀赋差异下的不同行为策略
 - (二) 公平观对农户行为选择的影响
 - (三) 非零代理成本下的行为选择变化
 - (四) 平等方案还是历史方案?
- 三、村民意愿与确权规则的实际选择
 - (一) 承包地与宅基地上的公平观分离
 - (二) 并非村民自治的土地确权
- 四、S 市土地确权之法律延伸
 - (一) 农用地的局部调整具有一定合理性
 - (二) 宅基地使用权准物权化下的确权困境
 - (三) 农村土地确权应慎重使用村民自治
- 五、结语

摘要 土地确权是土地制度改革的基础,S 市在土地确权过程中试图平衡公平诉求与财产安全性之间的矛盾,准许村民在建设用地上确权时选择均分方案还是维持现状,而承包地确权时则严格贯彻承包经营权长期不变。但农民实际选择的产权界定规则与政府政策在宅基地和承包地方面发生了反转。无偿的宅基地提供制度与有偿流转会导致集体土地不断被蚕食,过于强化承包经营权的物权色彩则导致农村集体无法通过承包地调整解决村庄人多地少、地权分配不均的问题。因而,应当强化农

* 西南政法大学经济法学院副教授、法学博士。本文系作者主持的司法部 2012 年度国家法治与法学理论研究青年项目《农村土地增值收益分配的地方实践与法律回应》(12SFB3029)、国家社会科学基金青年项目《中央经济政策地方执行的法律制度研究》(12CFX022)的阶段性成果之一。

村土地的集体所有权,在保持土地承包关系总体稳定的前提下允许小幅调整,宅基地确权则应尊重历史。村规民约应得到足够重视。

关键词 土地确权 劫富济贫 公平观

丘也闻有国有家者,不患寡而患不均,不患贫而患不安。

《论语·季氏》

一、问题与理论回顾

(一) S市土地确权规则出台的背景及其问题

无论是为定分止争,还是为鼓励投资或者保护交易,清楚界定财产的权利束都是必须的。就集体土地而言,无论是为鼓励人们长期投资还是促进农村土地流转交易,确权登记都具有基础性的作用,首先得确认某一地块由谁所有或者使用,亦即确权,然后还得在相关权证上予以注明,亦即登记造册。确权登记后权利主体就可合法享有占有、使用、收益、处分等相关权能,农民享有的宅基地使用权才可依法得到法律的确认和保护。^{〔1〕}

在农用地方面,现行政策强调承包关系长期不变,要按承包合同确权。而宅基地使用权确权是从修建年限来确定相应的确权规则。1982年的《村镇建房用地管理条例》规定农村建房占用耕地的,需要获得县级以上人民政府的批准,并取得宅基地使用证明,农村建房还得符合各县级政府根据省级政府规定的用地限额制定的宅基地面积标准。原国家土地管理局还规定,1982年《村镇建房用地管理条例》颁布之前的农村居民建房占用的宅基地,在《村镇建房用地管理条例》施行后未经拆迁、改建、翻建的,原则上按实际使用面积确定集体建设用地使用权。《村镇建房用地管理条例》公布时起至1987年1月《土地管理法》开始实施时止,农村居民建房占用的宅基地,其面积超过当地政府规定标准的,超过部分在缴纳罚款、补办手续之后,按处理后的实际使用面积确定集体建设用地使用权。1995年国家土地管理局还规定,当宅基地面积超过地方政府规定标准的,可在土地证书内注明超标面积,但在房屋拆迁、改建或者政府修改规划重建时,超过部分退还集体。^{〔2〕}

长久以来,我国多数地方并未对农村土地的使用权进行确权登记。为促进集体土地流转,S市在2008年开始进行集体土地所有权和使用权的确认。但土地确权却面临着操作问题。由于生丧嫁娶,实践中普遍存有调地之传统,可《土地承包法》关于承包期内发包方不得收回、调整承包地的规定却使得频繁调地“非法”,地方政府需在《土地承包法》关于承包关系长期不变与农村“增人增地、减人减地”之调地传统之间进行选择。与农用地不同,宅基地从来没有进行过均分,加之婚丧嫁娶等原因,不同家庭实际占有的宅基地面积差异巨大,这种差距远大于承包地在农户之间的分配格局。一些农户的宅基地经过几百年的长期积累,其房屋、院坝及林盘面积高达

〔1〕 有关宅基地确权登记的重要意义可参见《国土资源部等部门关于进一步加快推进宅基地和集体建设用地使用权确权登记发证工作的通知》,2014年8月1日。

〔2〕 参见《国务院关于发布村镇建房用地管理条例的通知》第9、14条,1982年2月13日。

上千平方米,加上丧亲嫁女,其人均宅基地面积也可能高达几百平方米;但是也有一些外迁进来、娶妻生子的农户,其房屋、院坝、林盘就小得多,其人均建设用地面积很可能不足35平方米的省定标准。针对超标占地的处理,各地的做法并不一致,比如昆明市要求村民腾退超标准占用的宅基地,厦门市实行宅基地有偿使用制度,山东省则通过宅田挂钩方式相应扣减村民的承包地面积。

确权初期,S市对确权中的公平问题非常担心。S市政府认为,确权后无论宅基地还是承包地都将推行“生不增、死不减”,包括承包经营权、宅基地使用权、房屋所有权都可以流转,与之相伴会带来农户的贫富差异,按现状确权将会造成农户之间的不公平;^[3]同时,按现状确权还可能导致人们的机会主义行为,那些违章、超标建筑的农户将通过确权获得房屋的合法性,而老实的农户只能享有较少的宅基地,这会导致饿死胆小的、撑死胆大的不公平,甚至诱发大家抢先违法违规修建房屋;此外,一些地方干部也担心确权到户后,土地征收、农村房屋拆迁难度将会增大。^[4]为此,一些区县主张按现状确权,流转时超标部分收益归集体经济组织,还有部分村干部主张按人头分,以实现起点平等。^[5]

为化解前述矛盾,S市最终对农用地确权和宅基地确权进行了区别对待,在农用地方面,为确保承包期限长期不变,S市采取了按现状进行确权登记;但在农村建设用地特别是宅基地确权登记时,S市并未沿用现行法律和国土资源部在1989年颁发的确权文件,而是将宅基地确权规则的选择交由集体内部自行决策。S市国土管理部门的文件将房屋及附属设施(猪圈、厕所等)占地、院坝、林盘地等都认定为宅基地,宅基地使用权分为农村宅基地使用权和空闲宅基地使用权两种类型,^[6]农村宅基地使用权确权给农户,并在《农村宅基地使用权》证书上注明是“农村宅基地”;空闲宅基地使用权采用村民自治的方式,经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,将该宅基地的使用权登记在实际使用该土地的农户名下或者确权给本集体经济组织,若登记在农户名下需特别注明是“空闲宅基地”。如果该农户人均农村宅基地面积超出既定面积标准(区县颁布的农村宅基地面积标准),超出法定标准的农村宅基地由集体经济组织投票决定确权给集体经济组织还是实际使用土地的农户,土地分类为空闲宅基地;如果农村宅基地人均面积未达到标准面积的,可将其实际使用的房屋附属设施、院坝、林盘等用地合并确定农村宅基地使用权,直至达到人均标准面积。简单概括其做法就是,每位村民事先获得同样标准的农村宅基地,院坝、林盘、房屋附属设施及超出宅基地标准面积的房屋占地则实

[3] 参见《周鸿德同志在S市农村产权制度改革培训大会上的讲话》。

[4] 《周鸿德同志在柳街镇农村产权制度改革动员暨培训大会上的讲话》,2008年2月28日。

[5] 参见吴红缨:《S市推动农地确权改革明确土地流转主体》,载《二十一世纪经济报道》2009年2月7日。

[6] S市及各县级政府出台的一系列确权方案都将宅基地分为空闲宅基地与农村宅基地,并将空闲宅基地确权给谁交由集体经济组织投票决定。农村宅基地是指农村村民用于居住的宅基地;空闲宅基地是指农村居民点内部的空闲旧宅基地及其他空闲土地,此外,没有确定给农户的院坝、林盘及超出宅基地面积标准的房屋、附属设施等用地确定为空闲宅基地。S市确权初期不少地方还将宅基地细分为批准宅基地(按人均35平方米的标准确定批准宅基地面积)、其他宅基地(用于居住的宅基地实际面积减去批准宅基地面积的部分)和空闲宅基地(住宅周围的院坝、林盘地等空闲土地)。尽管成国土资发〔2008〕127号文件在2008年10月被废除,但是新的文件《S市集体土地所有权和集体建设用地使用权确权登记实施意见》继续规定了这一规则。参见《S市集体建设用地使用权确权、登记暂行规定(试行)》(成国土资发〔2007〕526号)、《S市国土资源局关于印发〈集体土地所有权和集体建设用地使用权确权登记有关问题实施意见〉(试行)的通知》(成国土资发〔2008〕127号)、《S市集体土地所有权和集体建设用地使用权确权登记实施意见》(成国土资发〔2008〕529号)等文件。

行村民自治,由村民会议或者村民代表选择是确认给农户还是村集体。两种规则的差距在于,宅基地使用权归现有农户是承认现状(后文称此为历史方案),但由于历史原因,各家庭之间所拥有的土地有多有少;而将宅基地使用权确定给集体经济组织则实现了全体村民的完全平等(后文称平等方案),但人均宅基地较多者就需要将其合法享有的宅基地拿出来与其他农户分享。无论基于何种理由,S市最终将宅基地确认规则赋予村民选择。那么,农民在什么情况下选择历史方案,在何种约束条件下又会选择平等方案?进一步抽象之,哪些因素决定了行为人对财产权界定与分配规则的选择?

(二) 既往研究回顾

资源禀赋的分配正义是一个被理论界持续关注的话题,无论是早远的亚里士多德还是后期的亚当·斯密、罗尔斯、森等学者大家,都进行了卓越研究。在我国,土地资源的平均分配历来就为人们所热议。早在20世纪80年代,赵冈和陈钟毅就研究了历史上人地矛盾对土地制度变革的影响,并详细论述了均田制的得失。^{〔7〕}而吴毅则研究了平均土地思想在20世纪的演变,发现无论是集体化管理经营还是承包到户之后的分散经营都是绝对平均主义。^{〔8〕}土地均分是“人人有饭吃”的制度基础,^{〔9〕}要实现土地耕种的平等,在农户之间经常调整耕地就是必须的。曹正汉认为集体土地调整有两个目标,保障每位村民拥有均等土地的“均平目标”,为村民提供基本生活保障的“济困目标”。不过这两个目标对农用地调整的具体做法有不同的要求,为实现均平目标就需要经常重新平均分配土地,而济困目标则需要将土地以及收益优先分配给贫困者。济困目标能否真正实现取决于村民是否信任村庄领导人,一旦村庄领导人无法获得村民信任,农民更可能会要求平分集体土地的使用权与收益权。^{〔10〕}一些学者更为重视农用地调整与产权稳定性之间的冲突。比如姚洋就指出,为确保耕地使用权的稳定性,就不应当因为农户家庭人口的增加而在农户之间随意调整土地,亦即“生不增、死不减”;但要达成村民之间土地分配的平等,又不得不对承包土地进行微调。^{〔11〕}如此,在耕地使用权稳定性所带来的效率与调整所带来的基本生存保障两个冲突的目标之间,只能择其一而不可兼得,政府实难决策。产权稳定对投资有较强激励的观点占了上风,加之一些学者认为土地调整便利了村干部的寻租,^{〔12〕}最终,《土地承包法》《物权法》等法律选择了承包经营权的稳定性,明确提出“承包期内,发包方不得调整承包地”,并规定了耕地、林地、草地各自的承包期限。但农用地调整是影响农民投资激励的主要因素被部分学者否认,^{〔13〕}赵阳则发现村民对土地调整的反对并非一边倒,不过赵阳并没有追问农民为什么不反对土地调整。^{〔14〕}而张三峰和杨德才的实证研究进一步发现,干部利益假说在土地调整中并不存在,土地的保障功能使人均土地较少的农民倾向于通过土地调整获得更多土地。^{〔15〕}

〔7〕 赵冈、陈钟毅:《中国土地制度史》,新星出版社2006年版,第19~40页。

〔8〕 吴毅:《理想抑或常态:农地配置探索的世纪之摆》,载《社会学研究》2009年第3期。

〔9〕 陈剑波:《农地制度:所有权问题还是委托-代理问题》,载《经济研究》2006年第7期。

〔10〕 曹正汉:《土地集体所有制:均平易,济困难》,载《社会学研究》2007年第3期。

〔11〕 姚洋:《中国农地制度:一个分析框架》,载《中国社会科学》2000年第2期。

〔12〕 Loren Brandt & Scott Rozelle & Matthew A. Turner, “Local Government Behavior and Property Right Formation in Rural China”, 160 (4) Journal of Institutional and Theoretical Economics (2004).

〔13〕 许庆、章元:《土地调整、地权稳定性与农民长期投资激励》,载《经济研究》2005年第10期。

〔14〕 赵阳:《共有与私用》,北京三联书店2007年版。

〔15〕 张三峰、杨德才:《农民的土地调整意愿及其影响因素分析》,载《中国农村观察》2010年第1期。

无论是均平济困还是提高效率,土地分配规则的最终选择都依赖于村民的集体决策,但是村民的策略不一定完全相同。而且,现有关于土地分配规则的研究主要集中于承包地,而对宅基地分配规则进行研究的文献着实不多。申静和王汉生的一项研究就提醒到,集体土地产权界定中的争议其实质还是每位成员都力图为自己争取更大利益。^{〔16〕} 孙明的研究同样发现每个人都是以自我利益作为参照来判断分配是否公平,地位越高的人越倾向于应得原则,而那些在改革中受损的阶层和社会底层更倾向于支持平均分配原则,支持财富从上层向下层阶级的转移。^{〔17〕}

已有文献研究表明,土地负载了大量社会目标,包括公平、效率、济困等目标,这些目标经常发生冲突无法兼得,不同的目标取舍会导致土地制度设计的巨大差异。可对村民在各种目标之间进行选择的研究文献很少,尽管对土地调整的研究已经部分揭示出这些冲突的目标,但不少研究更为重视制度设计时如何权衡取舍这些目标或者论述哪个目标更为重要,而要断定某个目标更为重要很可能是局外人的主观武断。更为关键的问题或许在于,是哪些因素影响了村民在这些目标之间的选择,村民又自主决定了这些目标的取舍吗?

二、确权规则选择的理论分析

(一) 资源禀赋差异下的不同行为策略

就农用地而言,其分配标准有面积、产量、肥沃程度等多个标准,实践中一些地区采用的是按农用地面积分配,一些地区则按照产量进行分配。与农用地不一样,宅基地的分配标准主要是面积,为实现村民之间的平等,就应当使每位村民实际占有的宅基地面积一样。

假定某集体经济组织内部实际人均宅基地面积为 b (包括房屋及附属设施占地、院坝、院林地),法定的人均宅基地面积为 s , h 个村民的宅基地面积在法定宅基地面积下,有 m 个人超过法定人均宅基地面积, n 个村民不足实际人均宅基地面积 b , 那么意味着有 $(h+m-n)$ 个村民的建设用地超过实际人均宅基地面积。在一人一票的投票规则下,如果每个村民都是理性行为者,^{〔18〕} 那么我们可以预计,宅基地面积超过实际人均宅基地面积 b 的农户将会投票选择维持现状,而宅基地面积不足实际人均面积 b 的农户将会投票选择平等方案。如果观察一个村庄的选票情况,维持现状与重新分配的比例应当为 $(h+m-n)/n$ 。在简单多数决议机制下,如果村庄土地分布呈正态分布,那么 $n > (h+m-n)$, 公正选择的结果将会出现 $v = n/(h+m) > 1/2$, 其中 v 是指赞成重新分配的票数占总票数的比例,亦即简单多数决议机制将会选择平等方案。当然,由于 S 市的确权文件要求采取村民大会或者村民代表会议中三分之二以上方可通过的决策机制,如果村庄土地分布较为均匀,赞成重分土地的村民难以达到所有投票村民的三分之二,平等方案难以达成。但如果土地分布差异大,比如少数几家人占据了村庄的大部分土地,那么赞成重分土地的票数占所有投票的比例就可能超过三分之二,平等方案更可能被选中。

这意味着,若按照每人一票的规则投票决定宅基地分配规则,家庭人均宅基地较少的村民会选择平等方案重分财产,家庭人均宅基地较多的村民会选择历史方案维持现状。由于宅基地较多

〔16〕 申静、王汉生:《集体产权在中国乡村生活中的实践逻辑》,载《社会学研究》2005年第1期。

〔17〕 孙明:《市场转型与民众的分配公平观》,载《社会学研究》2009年第3期。

〔18〕 未考虑年龄不足的非投票人。但是如果假设每家年龄构成一样,该指标的忽略不影响后续推论。

的村民往往只有少部分,很容易形成劫富济贫的局面。

(二) 公平观对农户行为选择的影响

如果不考虑其他因素比如投票操纵等情形,在村民的投票行为仅受利益最大化驱动的情形下,某一集体经济组织里赞成重新分配的票数占总票数的比例应该恰好等于财产较少的投票人占总投票人数的比例。但由于村民持有的公平观有多种,如果村民认可的公平并非最大化自身利益,则投票的结果就可能变化。

如果人们更为认可维持现状的公平原则,那么那些宅基地不足实际人均面积 b 的农户也可能会选择历史方案而非平等方案,导致 $v < n/(h+m)$ 的投票结果。如果“人人平等享有”的公平观更为普遍,那么那些宅基地超过实际人均面积 b 的农户也可能会选择平等方案而非历史方案,并导致 $v > n/(h+m)$ 的投票结果出现。而从最终的投票结果就可以推测出村民持有的何种公平观占优。

(三) 非零代理成本下的行为选择变化

之前的分析并未考虑确权成本,但村干部可能在分配中“挑肥拣瘦”、面积认定标准宽严区别对待等,这些行为都会影响村民选择。曹正汉对农用地调整的研究已经证实,村民对村庄领导人的信任决定了村民的不同选择。但是如何刻画村民对村干部的信任?如何甄别村民在公平因素与对村干部信任之间的选择?曹文并未给出可以观察的指标。

S市确权规则的另一个细节又提供了可供观察的机会。尽管S市的文件将历史方案和平等方案的选择权交由村民自主决定,但是S市文件亦规定采取平等方案时要将空闲宅基地使用权确权到集体经济组织而非均分到户。但把空闲宅基地使用权确认给集体经济组织,意味着村民无法直接使用或者控制该宅基地,村干部往往成为宅基地流转交易、使用的代理人。尽管宅基地使用权的收益最终还是由村民平均分配,但由于存在代理成本,村民很可能无法分享到这些宅基地使用权的收益。比如村干部能力不足、管理不当导致亏损,村干部也很可能将宅基地低价出租以牟取个人私利,宅基地使用权的收益也可能被村干部吞占私分或者被地方政府攫取,特别是在我国地方政府财政赤字而农民又无法约束村级财政开支的情况下,由集体经济组织(实为村干部控制)经营管理将会减少村民最终获得的收益。^[19] 实践中因为土地征收补偿款发放引发的诸多争议之例证提醒村民必须警惕这一情形之出现。

如果没有代理成本,如果农户对村干部非常信任,在土地确权给集体经济组织的时候,其收益依然归全体成员分享,因而土地确权给集体经济组织还是农户均分本无差别。但是由于存在代理成本,若将空闲宅基地使用权确权给集体经济组织,村民最终能享受的利益将低于其应当分享的收益,甚至一无所获。对理性的农户而言,如果代理成本较高,就算村民宅基地很少,就算他们赞成均分土地,他们也会更愿意自己占用宅基地而非交由集体经济组织管理,因为选择平等方案意味着他实际使用的超出法定面积的那部分宅基地收益也无法获得。对代理成本的担忧必然会导致一些原本偏向平等方案的居民转向历史方案(主要是那些建设用地面积大于法定宅基地标准的农户)。若将土地平等方案和确权给集体经济组织分别进行投票,可以发现确权给集体经济组织的赞成票应小于均分的赞成票。亦即出现 $v < n/(h+m)$ 。而对那些实际宅基地越多的村民而言,将宅基地交由集体经济组织经营管理可能会遭受更大的损失。由此可以推断,村民实际使用

[19] 比如北京市在2004年进行的农业用地确权中就出现了村民要求实分土地与村委会否决将农用地均分的冲突,参见《北京农业土地确权遭遇困境,农村政策面临考验》,载芜湖市国土资源局网站(<http://www.wuhugt.gov.cn/news/content.asp?id=859&sheet=news>)。

的人均宅基地面积越大,村民会更愿意自己占有宅基地而非交由集体经济组织经营管理。考察不同集体经济组织之间的选票差异,如果村组的人均建设用地面积越高,其更可能选择维持历史现状原则。也可以推论,如果 $m/(h+m)$ 越大,即超过法定面积的比例越大的村庄,其公共选择的结果更可能是选择维持现状。

由于代理成本影响的是村民预期收益,而宅基地收益与村民的监督也必然成为影响村民行为选择的重要因素。当村民对集体经济组织的监督较难时,对村庄领导的信任度降低,其选择平等方案的意愿会进一步降低。而对集体经济组织的监督取决于组织的大小与层级,村级内的监督比村民小组内的监督难度要高。此外,在经济发展越好、地价越高的地方,宅基地的价值就越高、其代理成本越明显,村民会更偏向于选择历史方案。

(四) 平等方案还是历史方案?

根据前面的分析,在采取一人一票的情况下,由民众投票来决定财富分配的最后结果很可能是占多数人的贫困者将富人的财产进行平均分配,亦即出现劫富济贫的局面。但是劫富济贫是否会出现取决于四个因素,首先是最低投票值,若赞成重分要达到的最低比值越低,劫富济贫的结果更可能出现;其次是财富占有的分布状态,一旦贫富差距较大,绝大多数财富集中在少数人手中,劫富济贫就可能发生;此外,由于存在代理成本,民众拥有的财产越多,就越倾向于维持现状而非重分财产;最后是村民的“公平观”,若财产较少的村民认可“维持现状”的公平观,则劫富济贫的局面就难以形成。

考察村庄的选票,在村民投票不受干预的前提下,如果赞成重分宅基地的投票占有所有投票的比例 v 大于 $n/(h+m)$,就表明有部分宅基地超过该集体人均宅基地的村民选择了平等方案,其原因是他们认可了“平等享有”的公平原则。如果赞成重分宅基地的投票占有所有投票的比例 v 小于 $n/(h+m)$,就表明有部分宅基地不足该集体人均宅基地的村民选择了历史方案而非平等方案,而其原因可能是这部分人认可了“维持现状”的公平原则,也可能是存在的代理成本使他们最终不得不放弃“平均分配”。对人均宅基地面积不足法定标准的农户而言,把空闲宅基地确权给集体经济组织总是不比维持现状差,如果单纯是利益最大化,他们始终会选择确权给集体经济组织,但若其选择历史方案而非平等方案,原因只能是其认可维持现状的公平观。如果最终的投票结果小于 $h/(h+m)$,就表明宅基地不足法定面积的部分村民也选择了历史方案,而其原因只能是维持现状的公平观而非代理成本所致。

三、村民意愿与确权规则的实际选择

前述理论分析建立在村民完全自治的前提下。为考察该理论假设的真伪,笔者在2008年底、2009年先后到S市国土资源局、S市城乡房产管理局、S市某乡镇政府和相关村民小组进行了访谈与资料收集。调研发现,S市土地确权规则的选择并非完全自主选择的结果,政府这一外生变量干扰了确权规则的自主选择,最终导致对宅基地的确权鲜有投票,对承包地确权的投票需求因与《土地承包法》不符合而难以兑现。因相关数据的缺失无法进行相应的数据分析,但宅基地和承包地确权所呈现的显著差异本身依然能回应前述理论假设。

(一) 承包地与宅基地上的公平观分离

与确权工作准备阶段政府的担忧相反,实践中关于宅基地确权规则的争议并不激烈,笔者在调研中发现鲜有集体经济组织对空闲宅基地的处理进行投票,大多把空闲宅基地直接确权到户。

地方政府官员称大多数集体经济组织全票同意维持现状;而对村民的调研也发现少有村民认为应当将宅基地进行均分。^[20] 这表明“平等享有”的原则并未得到民众支持。特别是访谈中那些人均宅基地不足 35 平方米的农民并未要求重分宅基地,这一定程度上表明“原始取得”的公平观才是村民普遍持有的。

另一方面,尽管承包土地承包期内“生不增、死不减”,但是由于各种原因,^[21] 村民之间承包土地面积已经不平等,笔者在调研中发现承包地上存在的分歧就普遍得多。那些人均承包地较少的村民会要求重分承包地,特别是其中曾将承包地调整出去的村民更会要求重分土地,而一些人均承包地较多的村民也同意重调土地。调研中笔者发现有村组决议对承包地进行重调,但由于中央三令五申要求确保承包经营权的稳定性,并以此作为考核评价地方官员的依据之一,乡镇政府并不认可该决议的合法性。而为避免与土地承包制度相冲突,S市某区已确权的 76 个村民小组有 7 个村民小组选择将承包地使用权确权到组。这表明,“平等享有”“生等死、进等出”的公平观已经深入人心,代理成本的担忧并未影响到村民选择。

更有趣的问题随之出现,为什么不少村民认为耕地应当确保平均,认可“生等死、进等出”而非“生不增、死不减”,但同时却又认为宅基地确权应维持现状,尊重历史?为什么地方政府一方面强调承包土地要“生不增、死不减”,同时却又创造性地允许对宅基地平等方案进行选择?农民的公平观为什么与 S 市政府的担忧完全背道而驰?

村民对宅基地与承包地持有的不同公平观源于承包地与宅基地的不同功能与权利来源及历史变迁。耕地多寡影响村民的粮食产量,事关其基本生存安全,而宅基地的多寡只影响财富分配。中国历史长期形成的平均地权思想主要也是强调耕者有其田,很少对房屋进行分配,建国时期土地改革虽然将地主富农的部分房屋分给贫下中农,但主要是分给那些无房可居的农民,大多数村民的房屋并未进行重新分配。也就是说,只有在涉及村民的基本生存时,村民才会强调平分财产,以满足每个人的生存需要,这种观念的形成并非因为村民要追求绝对平均,而是因为“一切人都有权利依靠本村资源而活着”。^[22] 我国《物权法》第 130 条也规定,因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形,可以适当调整承包的耕地和草地。由此可见,在村民面临着生存问题时,财产权的稳定性只能位居次位,生存权大于财产权的稳定性。

村民的房屋、院坝、园林乃祖祖辈辈积累下来,其间变动不大。尽管建国后的土改重新分配了一部分房屋、宅基地,但之后基本上未有任何再分配。与此同时,承包地的稳定性要差得多,在 20 世纪 80 年代初期包产到户时才均分给农户,其后承包土地的小调整一直持续到 2003 年《土地承包法》生效,部分村落在 2006 年甚至还有调整。^[23] 这种历史惯性显然强化了村民的生

[20] M 村的调研发现,无论是普通村民还是村组干部都不清楚其宅基地、承包地确权的决议,甚至对表决程序就没有清晰印象,镇政府直接介入了小组的确权会议,而村委会所扮演的角色非常有限,最终的确权决议书保留在镇政府而非村委会。N 村由于将承包地的一部分进行了重分未能获得镇政府通过,村民尚未领到承包地证书。S 市 J 区是少有采取公平方案的地区,但 J 区之所以采公平方案是因为历史方案难以操作,J 区在采平等方案的同时也要求农民放弃宅基地,仅补偿人均 4.5 万元。

[21] 农民耕地少的原因有三,一是举家外出打工,土地被搁荒弃耕,最后主动退包或者被集体经济组织强制收回;二是 2004 年之前,由于出嫁、死亡,一部分承包地被重新承包;三是修路修桥等被占用。

[22] [美] 詹姆斯·C. 斯科特:《农民的道义经济学》,程立显译,译林出版社 2001 年版,第 6 页。

[23] S 市对承包地调整问题的局部调查亦发现,每年调田、五年调田和随时可调的集体经济组织占 55%。参见李秀中:《S 市瓦窑村“新土改”故事》,载《第一财经日报》2010 年 5 月 6 日。

存伦理公平观与财富公平观的不同适用。对那些曾经自愿将多出来的承包地还给集体经济组织(特别是发生死亡、婚嫁时)的农户而言,其自然可以合理预期在有新增人口时,应当获得重新调地的权利。

1998年全国范围普遍进行了第二轮土地承包,当时大体实现了耕地的平等化。S市的土地确权发生在2008年,其间农村耕地分布发生了较大变化,农户之间耕地之不均已属于事实,但由于政策强调要确保土地承包关系长期不变,这相当于要将耕地分布不均的现状长久化,不难理解无论是普通村民还是村组干部与地方政府官员对“生不增、死不减”政策的不合时宜多少有所抵触,对他们而言,“生等死、进等出”更符合常情常理,只是地方政府官员已不敢冒被惩罚的风险进行土地调整。^[24]

S市确权实践表现出来的情形是:当面临农用地确权时,由于关涉到生存,村民朴素的生存机会均等化观念更为占优,平等方案被选择的概率较高。而在宅基地确权时,由于宅基地占有的多少不影响人们的生存,村民更认可“谁投资、谁享有”的财产观念,维持现状方案被选择的概率较高,而对地方政府行为的担忧以及村民要谋求最大利益之私欲尚不显著。

(二) 并非村民自治的土地确权

在土地确权到户后,是否流转、流转给谁、收取多高的价格等问题都应当由村民自行决定,村委会无权干涉。村民对宅基地确权维持现状方案的选择已表明了其持有的公平观,与此相对应,宅基地的流转收益同样应该由现有农户享有,因为宅基地流转收益不过是宅基地确权后的一种资产化,两者的投票情况应该一致。但不少集体经济组织在宅基地确权到户的情况下其确权决议却规定空闲宅基地、农村宅基地的流转收益在集体经济组织均分,一些村组甚至还约定承包地的流转收益都归集体所有。比如某村约定:“确权后,农民按确权面积享有使用权和管理权,并由土地管理部门颁发集体建设用地使用权。但集体建设用地流转后,其流转收益按流转时的集体经济组织成员平均分配,所有集体经济组织成员必须服从分配。”并特别写明:“本决议经该社三分之二以上农户签字同意后生效。”^[25] 尽管争议标的的生存或者财富属性发生变化,人们的选择也会发生变化。^[26] 但这一判断并不适用于S市的宅基地确权。笔者的调研却发现,很少有集体对确权方案、流转收益分配进行投票,不少村民对流转收益的决议方案并不知情,甚至村委会领导也不知

^[24] 在不少经济学家看来,“生不增、死不减”有利于鼓励村民投资与保持耕地肥力,并且防止基层干部借调地之机寻租。但是这种在外界看起来为农民着想的制度却与农民所普遍认可的“生等死、进等出”相抵触,更难以体现耕地的福利性。赵阳在安徽的调研就发现平均主义的思想普遍存在,不少村民都认为应当进行土地调整,而村民对土地调整态度的区别与其资源禀赋有很大关系。

^[25] 协议文本引自胡燕:《S市土地确权中村规民约适用性的法律刍探》,载《社科论坛》2009年第1期。根据笔者的有限调查,大多数确权决议都明确流转收益归集体经济组织所有,但是调研中不少村民却以为流转收益当然归农户所有。

^[26] 比如包产到户时,村民往往是按照产量而非面积分配土地。一旦土地被征收、流转,土地的财产属性就凸显出来,村民就开始要求按面积、人头均分。比如一些村组制定的“农村承包土地确权办法决议书”,约定实测时多余的承包“土地流转后,所有收益和耕地保护金按照集体经济现有人口平均进行分配”。S市耕保基金的发放更强化了村民对承包地均分与否的争议(每亩土地每年发放300元或者400元的耕地保护基金),地多地少的差异也引起了村民对耕保基金按亩数分还是按人头发放的争议。由于S市耕地保护基金要求农民与政府签订耕保合同,并把耕地保护基金直接发放到农民手中,就算村民决议按人头发放也无法实行。为此,对那些耕地多的群众而言,就转而反对农用地调整。而这一现象之存在表明平等方案被采取的更大可能还是经济人的最大化利益思考,而耕保基金的发放中禀赋效应并不大。

情,而乡镇政府则要熟悉得多。^[27]

就宅基地确权到户与流转收益平等分配共存之矛盾,地方政府当然可以解释农用地、宅基地皆属于村民福利,不能由村民单独享有,要体现宅基地的集体性质。但诚如之前的论述,这些宅基地可能是村民祖祖辈辈积累下来或者花费资金从他人处购买所得,既然使用权就可以确权到户,当然也应该认可村民对基于使用权而产生的流转收益分配的自治抉择。

更合理的解释应当是村庄精英和基层政府对村民自治和集体所有权缺失的利用。确权初期,就有地方干部担心土地确权到户后,土地征收、土地整理、拆院并院等工作难度将会增大,因此要求采取平等方案或者按现状确权但收益归集体经济组织。^[28]受制于《土地承包法》关于承包经营权稳定性的规定,农用地平等方案不可选自不必论。而将宅基地确权到村组而非农户同样有很大难度,一旦房屋、院坝、林盘等集体建设用地确权给集体经济组织而非农户,那么农民继续使用院坝、林盘的行为如何认定?更何况,三分之二的决策规则使公平方案被选中的可能性也非常小。显然,将空闲宅基地确权给集体经济组织不具可操作性。地方政府和村庄领导放弃了确权到集体经济组织的努力,转而通过约定宅基地流转的收益采取平等方案,而这容易得多,因为流转收益并非现实,村民的抵触情形要小得多,同时流转收益的约定可以不进行全民投票。如此看来,正是因为村民自治、集体所有权流于形式,才使得村委会乃至基层政府主导了土地确权与土地收益分配的方案定夺。

四、S市土地确权之法律延伸

S市的确权之所以会出现争议,是因为人口的变动导致农户之间无论是宅基地还是承包地的人均面积都不再平等,一旦确权后再物权化就会引发财富悬殊问题。农用地方面,因为婚丧嫁娶引发人口变动而导致的调地纠纷进一步增大,新成员有要地的伦理需求,出去的成员如外嫁女、户口进城农户则可以依据《土地管理法》《农村土地承包法》等法律据理力争拒绝交地。宅基地方面,尽管人口变动并没有引发宅基地确权的争执,但法律和实践的冲突却存在着,特别是农村土地集体所有引发的矛盾尚在酝酿中。

(一) 农用地的局部调整具有一定合理性

《农村土地承包法》规定,国家依法保护农村土地承包关系的长期稳定。十八届三中全会则提出土地承包关系长久不变。无论是法院还是地方政府,都将之解读为土地承包经营权长久不变。承包经营权长久不变已具有物权性质,是实质上的私有。^[29]但《农村土地承包法》第4条在规定承包关系长期稳定后,第20条又明确规定了不同类型土地的承包期限。因而,承包关系与土地承

[27] 已经有人注意到确权中流转收益分配的问题,“防止强势群体侵害弱势群体的利益。比如:规定集体土地(特别是宅基地)流转后的收益集体与农户(集体经济成员)的分配比例,防止个别村集体因各种原因和理由给村民少分或者不分钱款”。参见张天健:《农村宅基地确权颁证中的问题及对策建议》,2009年政协第十三届S市委员会第二次会议提案。

[28] 这次确权的主导者在一次发言中就指出,一些乡镇干部担心“土地和房屋确权以后,在推进三个集中、项目用地、拆院并院等工作的时候有的群众不愿意搬迁、不配合怎么办,我们又怎么抓发展?”参见《周鸿德同志在柳街镇农村产权制度改革动员暨培训大会上的讲话》,2008年2月28日。

[29] 相关论文可参见陈柏峰:《对我国农地承包权物权化的反思》,载《清华法律评论》2006年第1卷;陆剑:《二轮承包背景下土地承包经营权制度的异化及其回归》,载《法学》2014年第3期。

包经营权是有区别的。明确农村土地承包经营制度长期实施能够打消村民有关农村土地会被集体随意收回的顾虑,但承包期限届满后的调整则能够防止村民土地占有面积差异过大。

如果将承包关系长久不变等同于承包经营权长久不变,会导致承包经营权的物权化,虽然从经济效率、激励农户投资的角度来讲有重大意义。承包经营权长久不变的最终效应是农村集体必然无法通过承包地调整解决村庄人多地少、地权分配不均的问题。农村一直有调地传统,在过去很长一段时间曾有不少集体经济组织进行了承包地的局部调整,而且这些调地发生在二轮承包之后。突然终止这种调地传统,并将承包经营权物权化会引发农户之间承包地占有的不公平,也与村民实践的公平观相背离。S市土地确权中一些村集体经济组织对确权方案的争议不过是近年来上门婿、外嫁女、撂荒、农转非等相关争议的一次集中释放。^{〔30〕}机械地强调承包经营权长久不变,会搅乱破坏村庄伦理,立法的良好本意反成为加剧农村衰败的败笔。^{〔31〕}如果僵硬地简单强调要尊重事实,按现状确权后在未来30年甚至更长年限承包经营权长期不变,对那些曾经主动调出土地的村民并不公平。因而,正如有学者指出的,应当强化农村土地的集体所有权,实现发包方与承包方的权利均衡,在保持土地承包关系总体稳定的前提下,法律应当明确允许农民集体通过小幅调整方式对部分农户的土地承包经营权进行重新配置,通过承包土地的小幅调整对土地承包经营权进行均配置。^{〔32〕}

当然,这绝非要否认《农村土地承包法》关于土地承包期内不得调整、收回承包地规定之重要意义,更不是说要退回二轮承包的初始状态。而是认为,就算要严格执行承包经营权内不得调地的规定,但在以确权方式赋予农户长期的、不可剥夺的承包经营权时,不宜对农用地确权予以一刀切,必须注意村庄之前的土地使用习惯,如果村民认可的是“人人有地种,人人有饭吃”的公平观,在有调地传统的情况下贸然按现状确权,并没有实现起点一致的形式公平,更不符合实质公平,会造成村民之间的严重不公平,滋生大量纷争。

(二) 宅基地使用权准物权化下的确权困境

尽管在S市的确权实践中,农用地确权引发了较大争议,但承包地因以户为单位,且有承包期限,不存在继承问题,因而在承包期满后调整承包地是合法可行的。与农用地不同,宅基地使用权没有时间限制,可以继承。比如国土资源部明确规定,非本集体经济组织的农村或城镇居民,因继承取得农村宅基地的,可登记发证。非农业户口居民原在农村合法取得的宅基地及房屋,可依法办理土地登记。^{〔33〕}宅基地的准物权的性质更为浓厚,其与宅基地所有权在实际利用中的区别远没有法律上的区分巨大。十八届三中全会提出,要保障农户宅基地用益物权,慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让,探索农民增加财产性收入渠道。各地开始准许宅基地使用权有限度

〔30〕 比如,外嫁女要求参与集体的财产分配,地方政府也强力介入保护外嫁女的权利。但却导致村民采取集体行动抗议上级政府干预村民自治。可参见柏兰芝:《集体的重构:珠江三角洲地区农村产权制度的演变——以“外嫁女”争议为例》,载《开放时代》2013年第3期。与此相对应的是外来媳妇的资格问题,一些法院同样认为,因合法的婚姻关系,“在被告社有较为固定的生产生活,依赖于男方土地作为基本生活保障,也未在原籍参与集体资金分配,应认定原告具有被告社的集体经济组织成员资格”。可参见,《张万容诉重庆市九龙坡区巴福镇赵坝村12社农业承包合同纠纷一案》,(2011)九法民初字第3852号。

〔31〕 见前注〔29〕,陈柏峰文,第44页。

〔32〕 见前注〔29〕,陆剑文,第102页。

〔33〕 参见《国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》(国土资发〔2011〕178号)。

的流转。无偿的宅基地提供制度与有偿流转引发的问题在于,如果新生村民可以不断无偿获批新的宅基地,死亡、离开集体经济组织后的宅基地依然不受影响,甚至可以有偿转让,那么,集体土地本身是不断被蚕食的,村民之间巨大的人均宅基地面积差异也无法调和。

宅基地确权面临的更大问题则是法律和实践的冲突。我国法律对农村建房的占地面积有严格要求,但实践中超标占地的现象非常普遍。村民普遍持有的维持现状的观念不可能容忍政府轻易否认宅基地的合法性,按现状进行确权意味着追认了超标宅基地的合法性,但将之认定为非法用地不予确权更会面临村民的强烈抵触,必然会显著加大确权的难度。S市的做法是在调和现行法律和民众观念的冲突,将超标宅基地的确权交由村民自治选择是在回避前述矛盾,尽管超标本身的合法性则在此过程中被忽视了。^[34]

但土地所有权与宅基地使用权的冲突、超标宅基地的合法性问题都无法支撑均分超标宅基地的合法性。不少面积超标农户的宅基地属于历史取得,其房屋、院坝、林盘甚至可能已经存续上百年;《土地管理法》实施之前,政府并未禁止农户扩建住宅的行为,相关政策文件早已认可了1982年超标宅基地的正当性;^[35]更何况,农户可能已经为多出的建设用地受过处罚,并继续占有至今,国家土地管理局有关宅基地确权的规定亦几次明确1982年至1987年的超标宅基地在缴纳罚款后可按实际面积确权。如果不分宅基地面积多寡形成的历史原因,一味强调公平,不过是宅基地少的村民对宅基地多的村民的掠夺,对宅基地多的农户而言并不公平,也不利于保护农民的合法权益与信赖利益。因而,宅基地不可能实现类似于承包地一样的调整与均分。

(三) 农村土地确权应慎重使用村民自治

人口变动是影响农用地是否应当均分的直接原因,也是影响宅基地交易后收益是否均分的重要原因,但真正影响确权方案选择的原因则是农村集体土地所有权与使用权分离的格局。S市的确权方案之所以能得以出台,除了“公平”这个本身具有迷人浪漫色彩的话语正当性外,集体土地使用权与所有权共存的尴尬正是其合法性的来源。在农用地方面,过于强化承包经营权的物权色彩是以牺牲其他无地村民的生存公平为条件的;宅基地使用权的物权色彩本就更为浓厚,一旦准许流转,其与集体所有的冲突也就彰显出来。正如张静所指出,集体土地所有权与使用权之间的矛盾带来了土地使用规则的不确定性,地方政府最终享有了规则选择的决定性。^[36] 尽管S市政府试图将其在确权中面临的土地所有权与使用权的冲突交由集体内部选择,其赋予了村民自治的外貌,不过这种创造性的确权方案正是其规则决定权的表现,而这一看似明智的做法也可能适得其反。作为土地确权,政府需要做的仅是确认农户的农用地与集体建设用地有多少,集体土地使用权与集体所有权的矛盾完全可以搁置一边不顾,但S市的确权文件却不恰当地准许改变集体土地的权属现状与利益分配,导致S市土地确权在已有的文献研究中被归类为一种流转模式。

更重要的是,并非所有的事项都适合村民自治,村民自治适用的范围本应限于公共事务。土地确权中村民自治能发挥作用的地方主要是权属调查和纠纷处理,^[37] 村民自治、民主选举并不适

[34] 地方政府将超标宅基地认定为合法也与其由此可获得更多存量建设用地有关。对相邻D市的调研表明这一考量确实存在。

[35] 参见《确定土地所有权和使用权的若干规定》(国土籍字[1995]第26号),1995年3月11日;《S市集体土地所有权和集体建设用地使用权确权登记实施意见》(成国土资发[2008]529号)。

[36] 张静:《土地使用规则不确定性:一个法律社会学解释框架》,载《中国社会科学》2003年第1期。

[37] 参见《国土资源部等部门关于进一步加快推进宅基地和集体建设用地使用权确权登记发证工作的通知》,2014年8月1日。

合财产处分。正如民主会带来多数人的暴政一样，村民自治容易成为大众掠夺少数的工具，有时又会成为少数掠夺多数的工具。正是深知村民自治的缺陷以及可能的结果，特别是在村民自治本身尚不健全而沦为形式的时候，村庄精英和基层政府更乐于将其自身意志冠以村民自治、民主决策的虚幻外衣，比如在全国各地的集体建设用地流转中，地方政府、村委会就极力彰显村民自治与土地所有权，进行强制流转。S市政府显然意识到宅基地公平方案存在的问题，某政府官员明确提出要反对“均贫富”，“我们的改革不是为了劫富济贫，而是要把农民的权利固化下来”，“对农民的私有财产不能搞三分之二，不能说只要全组三分之二以上的村民同意，就可以对当事人土地进行重新分配，必须是当事人百分之百赞成才行”。^[38] 这表明S市政府已认识到平等方案以及村民自治所存在的局限，不过具体的政策调整却未能跟上，也使得个别村委会乃至基层政府介入土地收益的重新分配才有了可乘之机。

五、结 语

公平的最终表现不过是劫富济贫或者劫贫济富。对S市土地确权实践的考察表明，尽管行为者确有谋求更大利益的激励，但财产较少的行为者也认可他人基于正当途径累积的财产，而财产占有较多的行为者同样认可他人基于生存需要的公平诉求，何种观念占优取决于所分配资产的性质。在涉及生存安全时，“生存公平”要大于禀赋效应，村民的公平观首先体现为安全与生存，每个人都有权获得最低生存保障，而从投票结果看可能会形成“劫富济贫”；在不涉及基本生产生活的时候，村民更关心财产的稳定性而非财富占有的多寡。农民这种朴素的公平观分层被长期形成的“历史惯例”和重复博弈进一步强化，并抑制了其对有利于自身利益最大化的分配方案的选择。这也是S市有关宅基地确权的部分规则被村民搁置、有关承包地长期不变的法律规则在实践中并不完全被村民认可的原因所在。

S市关于宅基地、农用地使用权的分配实践和流转收益的分享之差异则表明，在村民自治受到村委会乃至基层政府的操作时，乡规民约就容易成为基层政府通过“形式民主”来管制村民的工具，其结果可能是分散的穷人、富人都受损，财产权无法得到尊重。^[39] 不少地方土地流转（包括建设用地、承包地）收益的分配支撑了这一论断。这提醒我们，在财富的再分配过程中，民主投票制度的运用必须慎重，而对政府行为的约束是必须的。

（责任编辑：蒋红珍）

[38] 《孙平常务副市长在都江堰市农村产权制度改革工作汇报会上的讲话》，2008年3月6日下午。调研中，这一句话经常被乡镇干部所引用。

[39] 于建嵘：《失范的契约：形式民主下的枷锁》，载《中国农村观察》2001年第1期。