

农村集体土地流转前提是明确权属

李宇嘉

十八届三中全会提出,建立城乡统一的建设用地市场,实现农村集体经营性建设用地与国有土地同等入市、同地同权;赋予农民更多的财产权利,推进城乡要素平等交换。集体建设用地和宅基地流转,以及通过流转实现农民的财产性溢价收入,把把数亿农民从此前一直被禁锢在作为农业生产要素的土地上,小农生产的作业方式、与资产收入隔绝的状态下,拉入到工业化、城市化和现代文明大潮中;也意味着数亿农民将分享改革开放和资产溢价的红利。如此,本世纪以来因资产价格上涨而拉大的收入差距有望缩小、城镇化有望被自然地引到以人为本的轨道上,城市房地产泡沫有望实现软着陆、内需增长的动力有望全面启动。

集体土地市场化的改革能否达到“牵一发而动全身”的这种效应,前提是确权工作要前置和“做实”,这项工作的难度超乎想象。正如科斯所言,“清楚界定的产权是市场交易的前提”。事实上,在城市化快速推进的东部地区和中西部大城市,农村集体土地突破法律和政府规制层面的流转早已风起云涌,而根据用途比较的优势,微观主体将农地转换为非农用途的自发行行动,也早已突破边缘革命并向更高级行政区域展开。也就是说,存在市场化溢价收益的农村土地资源也早已被卷入到我国工业化、城市化和房地产市场化的大潮中,流转和非

流转的溢价差已经摆在每个人的面前,这是谁都阻挡不了的趋势,小产权房越禁越多,也并没有被强拆多少就是最好的注解。确权既是顺应市场趋势,也是助推市场发展。

如果权利明确了,是否交易、交易为何种用途、如何定价等,农民自然而然会遵循市场规则来行事,土地资源也就会得到最佳配置,农村土地低效利用、浪费严重和城市用地紧张的不平衡,耕地保护和建设用地之间的冲突等问题也就解决了。另外,明确权属是构建村民自治的基础,长期以来农村集体组织内村民自治意识薄弱、民主生活缺乏,根源在于生活和生产的要素——土地,其分配上的实际控制权在村干部或村主任,农民没有完全实际产权的内在意识,无恒产者无恒心,无民主的物质基础和激励,城乡统一用地市场就缺乏主体。

相比十七届三中全会提出的“逐步建立城乡统一的建设用地市场”,本次《决定》中“逐步”两个字消失了,意味着“经营性建设用地市场化”步伐要加快。但是,赋予农民更多财产权利的提法,尽管相比之前多次“土改”(没有触碰这一问题)而言,进步意义极大,但表述用的是“探索”、“慎重推进”等顾虑重重的措辞,这意味着集体土地市场化的突破口,将放在“经营性建设用地”上。

从用途上划分,农村集体土地分

为耕地、非经营性建设用地(主要是宅基地)和经营性建设用地,经营性建设用地主要是乡镇企业用地,这部分用地最大的特征就是使用权上的集体所有(按人头数确定股份)。事实上,与耕地一样,农村经营性建设用地的权属是非常糊涂的,这类土地权属已经被“虚置”。村集体自治,特别是事关重大的村集体土地作经营性利用方面,一直是在村干部的带领下进行的,村支书或村主任以村集体的名义把持了本应为“村民自治的组织”,带头致富经常走歪,经营性建设用地的实际控制权多数落入村干部手中。因此,经营性建设用地的市场化,极有可能会造成“内部人控制”的结局,即实际掌握经营权的村干部变相把持了本应属于所有村民的资产,并可以通过利益输送等隐蔽方式甚至明目张胆的方式化公为私,这可能将是农村新的不稳定的根源。

相比之下,宅基地作为流转的突破口更可行。一方面,宅基地多数为农民家庭世代居住和繁衍的地方,相比经营性建设用地(使用权为村民共有),其产权边界较为清晰、村民的产权观念也较为强烈;另一方面,宅基地测量、登记资料残缺和丢失的情况很少,而且“世代居住”是对产权归属最好的注解,上市流转的争议也较少;另外,从规模上讲,农村宅基地有2亿多亩,空闲达总量的10%-15%,人均宅基地229平方米,而经营性集体建设用地只有5000万亩,且不是每一个村都有经营性建设用地,即村民民间拥有的经营性建设用地的份额差别很大,而人均宅基地则不大,对于基本同步实现村集体内每一个村民的市场化流转利益来说,宅基地流转更好一些。

目前,对于宅基地流转的顾虑有三

个:法律障碍(联想到小产权房的上市)、对农民安身立命的威胁(社会稳定和政府责任)、对房地产的冲击(土地财政的冲击)。事实上,在用途管制的框架内,完全可以通过建设用地“增减挂钩”、农业产业化等模式来实现宅基地的合法流转。例如,今年10月国土部批准将“增减挂钩”试点扩展到29个省,意味着已经推广到全国,而此次《决定》中城乡统一建设用地市场地位的提出,更是对这一模式的正名。不突破法律障碍下,这一模式可以说是农村居民分享城市化、土地资产收入的唯一途径;宅基地市场化并不会对农民的安身立命形成威胁。试想,住房市场化改革15年来,并没有出现城市居民流离失所的现象,反而是城市居民居住水平的提高和财产收入的增加。一样的道理,农民成为市场化资产的拥有者,即融入城市化和市场化大潮中,自然会按照有利于自身的市场规则来行事。如果将确权工作前置和“做实”,违背农民意志的流转被杜绝,流离失所就能避免。反倒是,土地长期“二元”管制给政府背上了巨大的补贴成本、拆迁“维稳成本”,这一制度维持越久,转轨成本也就越大;宅基地实现流转,有利于加速“人的城镇化”,促进地房价泡沫的软着陆,不致爆发土地财政短期危机;另一方面,宅基地实现流转,城市建设用地增加,土地收益总额也增加,对地方政府的长期收益也是有利的,这一点从房地产全面市场化15年来的税收贡献可见一斑。

(作者单位:深圳市房地产研究中心)

■ 算法经济 | Li Bin's Column |

小产权房的法律辨析



李斌

十八届三中全会提出了土地改革的大目标和总原则,这就是土地的主人有权对土地用途做主。这条正确原则的一个直接推论,就是应当承认已经建成的小产权房的合法地位,或者,在补办一定的手续之后,应当使之进入法律的框架之内。然而,近日,有多位重要人物发声,言之凿凿地说,小产权房是违法的。这些人的总观点是,小产权房必须主要作为一种违法行为的后果予以看待和处理。笔者非常支持严格执法,但是,我认为这些人士所表达的观点中包含着严重错误的法律观念;这种错误向来有之,因而很有必要予以指出。

从表面上看,小产权房的确与现有的法律相抵触,可是,在法律之上,还有自然的、驻在每个人心中的不成文的“法律”,也就是公平正义的观念;此外,还有宪法以及其他基本的法律。成文的、低级别的、行政性的法规有可能与自然法以及高级别法律相冲突,这样一来,就产生了司法审查的问题。

在法治程度较高的国家,都有比较正式的司法审查制度。我国的司法审查制度正处于酝酿之中,因此目前还难以用于对不当法律后果进行及时的补救;但是,改革开放的伟大实践在人们的心中树立起了另一个规则,这就是:现有法律的合法性本身是可以怀疑的,现有的法律在原则上也是有待于改进的。因此,当现行法律与具体的实践相冲突时,我们并不是简单地要求严格执法,我们应当保持一种审慎权衡的态度。根据权衡的结果,国家既可以选择维持执行现有的法律,也可以选择修改法律,使之与新的实践相适应。这是一条并未明确表达出来的规则,但是,在过去数十年中,这条规则已经通过众多的案例含蓄地表达出来了。通过对它的运用,大体上也可以实现类似于司法审查的效果。笔者认为,对于处于快速变革之中的中国来说,明确提出和运用这条规则来处理法律更新所带来的问题是非常必要的。

上述理论也可以用来解答有关小产权房的法律问题。在过去这些年中,围绕土地与房产所执行的一系列法规与政策,在许多方面都是不恰当的。这些法规与政策,既违背了基本的、人人都同意的公平正义原则,也违背了基本的经济合理性。正是因为这个原因,十八届三中全会才提出,要对土地制度进行改革。执政党的文件还不是国家法律,但是,我们可以合理地预计,它即将转化为国家法律;这就是说,按照这种非正式表达的公共意志,或者遵照这一文件的精神实质,小产权房应已不属于违法现象之列了。

有人说,小产权房的建造者是在明知违法的情况下实施其行为的,如果我们现在追认它的合法性,那么,以后谁还会遵守法律呢?这个逻辑貌似有理,但它并不正确。按照司法审查制的原则,被宣布为违宪因而必须予以撤销的法律,并不是在被撤销的时候才失去其效力,而是在它生成之初就没有效力。比照这个理论,我们同样可以认为,有关禁止小产权房的法律与规章,在它颁布之日就存在效力上的不足,因此也就不能说小产权房的建造者知法犯法;或者,即使不能完全取消此类法律的效力,但是,

至少可以推知,新的文件暗含着对于(其后果延续至今的)此类“违法行为”的责任给予斟酌的意思。

为什么要作上述理解?其中的道理还可以从反面来进行阐述。假如我们规定,那些违背自然法和宪法的法律法规,只有在它们被宣布为违宪之后才失去效力的话,那么,对于那些多年积存下来的、悬而未决的案件的处理,就会立即陷入自相矛盾的境地。人们将会发现,对于情节相似的案件,法院几乎在同时作出了截然相反的判决。这是群众的情绪所难以接受的。法律被宣布为违宪和不当,而同时却依据它来惩处那些违反该法律的人,情理上都是说不通的。

一种法律体系,应当允许甚至鼓励人们来质疑它自身,这样才能使之得到不断完善和巩固。尤其是在像我国这样一个法治基础比较薄弱、行政机构权力过大的国家,实行这样的规则尤其必要。公民质疑某项法律,是一种风险投资。大部分这样的质疑都是无果的;也就是说,它通常不会导致某项法律的修改,违法者依然受到了惩罚。然而,同时应当允许某些质疑取得成功。想想看,行政部门今天要我们这样做,明天要我们那样做,假如全体社会成员都必须无条件地服从它,即使该命令被撤消也要受到惩处,那么社会的矛盾将会激化到何种地步?行政机关又怎会小心行事?最终的结果必定是法律权威的丧失和法治体系的崩坏。在相当大的程度上,法律的修改与改革的发生正是由那些质疑法律的少数人所推动的;社会大众从这种质疑中获益,却不让质疑者自身获益,这也是不公平的。

有人认认为使小产权房合法化,对于那些未曾购买小产权房、而去购买高价商品房的人不公平,这是对于公平原则的误用。一部分人由于不当的法律而遭受了损失,却要求另一些未曾遭受损失的人也要遭受同样的损失,这是不合理的。恰恰相反,由于这些未曾遭受损失的人的努力,那些遭受损失的人们今后可以不再遭受损失了。

以建筑安全性为理由强行拆除小产权房的做法有找借口之嫌,这种执法是粗暴的。政府疏于执法在先,致使小产权房成为既成事实。强行拆除小产权房,就是让房主自行承担这种过失,政府方面则一点儿责任也不承担。危险的高层建筑的确应当拆除,但是,低层的、安全的、以及建设在恰当地点的小产权房也要拆除吗?对此要划上一个大大的问号。广大农村和城市的老区又有多少危房呢?拆除小产权房的人是不是也应当平等地“关照”一下那些房屋呢?

小产权房不可能合乎政府的规划。然而,有时候令人最为担忧的恰恰是政府的不当规划。政府都要规划什么?是不是土地供应数量仍然在规划之列?规划是不是要包括城市生活的每一个方面?如何来制订规划?这些都大有讨论的必要。

依法治国,绝不是简单地、机械地、死板地执行业已成文的法律,更不是把法律凌驾于不言自明的公平正义原则之上。深孚众望的任志强先生竟然也会在这个问题上犯糊涂,足见法律知识的传播与法治精神的确立有多么急迫。利益集团已经率先行动起来。

据笔者的观察,许多明明临时性、过渡性的举措,却都以立法的形式固定下来了。这显然是利益集团所推动的。陈锡文先生说,不能让建小产权房的人得到好处。我要套用这句话:要运用司法改革的手段,不让那些掌握立法权力、因而随意制订法律来保护自身利益的人得到好处!我还要引用邓小平先生的话(参见《朱镕基讲话实录》第二卷第1页)。由此可见,在对自然法的理解上,总设计师仍然可以给我们提供教益。

注册制改革应还权于市场

吴福明

11月20日,证监会主席肖钢在《财经》年会上直陈当前中国资本市场存在的严重问题,认为要解决资本市场的这些问题,唯一的办法就是积极稳妥地推进市场化的改革。资本市场改革要坚持市场化、法治化、国际化的取向,股票发行注册制改革应该是还权于市场,还权于投资者的一个根本举措。

中国资本市场在20年快速发展的同时,也产生了一些严重的问题。当下中国股票市场正面临着发展过程中的困局,被边缘化日益显现,集中表现为资源的错配上。

首先是市场资金的严重错配。企业本来只要募足一个亿资金足矣,在投行的精心包装下,一下子圈进了10个亿,钱多得没处花,于是公司买楼买车,购买理财产品等等。而大股东面对巨额财富,“上市”后急忙高价套现。近十年来的股市,一批企业老板圆了富豪梦,但投资者难以从中分享到经济增长的红利。面对一个疲弱的股市,巨额民间资金找不到出口,于是炒楼,炒商品,资金在体外循环与空转。

其次是公司治理方式的错配。大股东一股独大,外部投资者难以发挥作用,独立董事成摆设。特别是家族型一股独大的上市公司信息不透明,公司治理存在严重缺失。不少公司利用大股东和控股股东优势地位来侵害中小股东和中小投资者的权益。

第三,筹资与投资的错配。产业证券市场应成为筹资者与投资者利益共沾的市场,但过往市场的天平偏向融资者,投资者只能选择逃离,筹资也难以继, IPO一次又一次被迫暂停。

显然,中国资本市场种种弊端,其根本原因在于行政主导了市场,无论从资本市场的运行机制还是外部环境来看,都没有真正的市场化。所以改革迫在眉睫。百年中国近代产业证券史告诉我们,如果不从本国市场的实际情况出发,不重视市场的基础建设,不珍视广大投资人的热情并采取切实可行的改革措施,资本市场就不能成为一个真正的市场。而20余年新中国资本市场的不足也应当引起我们的重视,历史不能割裂,我们应以史为鉴。

当下中国股票市场的困局不利于国民经济的健康发展,长此以往,将错失发展的良机。当下,我们不能错失新兴产业革命的机遇,我们必须痛下决心,进行以市场化为主导的改革,找到一条资本市场强国之路。

第一,市场化离不开法治化。资本市场是一个法治市场,没有法律、法规的规范,市场化是无法进行的。

其二,证券市场的改革创新必须立足于国情,不能言必称“华尔街”,国际化不能脱离中国化。

其三,当市场明显无效时,市场化不能成为政府推卸监管的借口。

改革必然触及某些参与主体的利益,但没有改革,就不能建成一个健康的资本市场,强国之梦就成为空谈,资本市场的改革任重道远。

国家将重点严管六大行业价格垄断行为



部委出手反垄断,社会各界有期盼。自由竞争要鼓励,价格联盟当清算。民生领域多关注,六大行业严监管。若想垄断被根治,还须简政加放权。

赵乃育/图
孙勇/诗

证券市场需要刑事司法更好衔接

李允峰

11月22日,中国证监会召开例行新闻发布会,通报了2013年1月至10月证券期货稽查执法情况。统计显示,今年前10个月,证监会各项主要执法数据均全面超越去年全年水平,受理各类证券期货违法违规线索486件,同比增长44%;启动调查286起,同比增长25%;移送公安机关案件34起,同比增长70%。证监会表示,将重点加强证券行政执法与刑事司法的衔接。

与大量的立案数据相比,每年证券违法犯罪中处以刑罚的案例却相对较小。投资者经常看到的是证监会给予上市公司和违法者行政处罚,但金融证券犯罪最大的特点就是涉及金额往往比较大,社会危害性很强,如果刑事司法介入不够,会严重影响法律制度对金融证券犯罪的遏制效果。此次证监会发言人

提出重点加强证券行政执法与刑事司法衔接,应该说切中了市场的要害。

先说说证券市场刑事司法存在的问题。国内证券市场立法的明确就不少,至今为止,已有《中国人民银行法》、《商业银行法》、《票据法》、《证券法》等法律法规颁布,但这些法律基本上只是国内证券市场运行的基本法律框架,与异军突起的证券犯罪行为来说,立法步伐显然还跟不上。具体说,首先是证券立法不完善。不少证券法律制度存有漏洞或者空白;有些金融与证券法律法规的规定过于原则、抽象,弹性过大,缺乏可操作性;其次是证券刑事法律立法存在滞后的问题。此外,《刑法》规定与相关的金融法律法规之间不协调,例如,原《证券法》中规定对短线交易、非法融资融券交易、证券公司承销代理买卖上市公司股票、证券交易虚假陈述信息误导和非法处理客

户证券等行为应当依法追究刑事责任,而《刑法》中没有相关专门规定,造成执法人员定罪与量刑上的困难。证券犯罪的大多数罪名《刑法》都规定了“情节严重”、“数额特别巨大”等为定罪量刑的标准,但对于具体的界限却没有相应的司法解释,导致罪与非罪、罪与违法之间界线模糊,实践中把握难度很大。

证券犯罪由于具有隐蔽性和强大的危害性,单纯依靠行政执法显然不够,尽快加大行政执法与刑事司法对接,十分重要。金融证券犯罪涉及的领域广泛,与经济违法行为有着密切联系,而对这些违法行为的查处大多是由行政机关负责的,行政机关不仅有独立的行政处分权,而且还有一定范围内自由裁量权。对于行政机关移交的涉嫌犯罪案件一般都要求行政机关查清全部案件事实,收集足够的证据后再移交,但是行政机关由于调查措施和手段所限,难以收集足够的

证据,这就造成了刑事司法介入相对较少的现象。只具有有限行政执法调查手段的行政机关,并不具备侦查权的强制手段和有关秘密的和技术的侦查手段,很难有效地完成发现和查证犯罪,控制犯罪嫌疑人。现行体制下,侦查权不可泛化的原则与行政执法调查权相对无力的矛盾难以克服。

证券行政执法和刑事司法如何更好更快地衔接?在当前的制度下,可以由确立公安机关“提前介入”机制,即由刑事执法人员提前介入行政执法,引导行政执法人员收集、固定和保全证据,在移送审查时,按刑事诉讼法立案条件进行审查,不仅可以使行政执法的移送审查与公安机关的立案审查合二为一,而且还可以减少公安经侦部门的重复取证行为,使有限的经济犯罪侦查资源得到更好的配置,有效地保障刑事诉讼的顺利开展。