

集体建设用地市场配置的法律问题研究

韩 松^{*}

内容提要 在《物权法》实施后,国家对集体土地的征收应当严格限制在公共利益目的范围以内,公共利益目的范围外的建设用地,应当允许集体建设用地直接通过市场进行配置。应当对《土地管理法》第 43 条进行修改,同时建立由国家严格控制的集体建设用地使用权市场化流转制度。随着集体建设用地使用权的流转,原集体村庄已经完全城市化以后,原集体建设用地所有权应当由国家所有。

关键词 集体土地所有权 集体建设用地使用权 使用权流转

一、问题的提出——“非公共利益建设用地必须使用国有土地”的土地来源何在

建设用地是指用于建造建筑物、构筑物和其他设施的土地,它是相对于农业用地而言的。在我国,建设用地包括国有建设用地和集体所有建设用地。国有建设用地,是指所有权属于国家的建设用地;集体所有建设用地,是指所有权属于农民集体的建设用地。按理来讲,建设用地都是用于建设建筑物、构筑物的土地,因而都是性质相同的土地,但在我国法律制度下,由于土地所有权属于国家所有还是农民集体所有而有不同的立法政策对待,所以国有建设用地使用权与集体所有的建设用地使用权具有不同的性质。《土地管理法》第 43 条第 1 款规定:“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;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”可见,集体所有的建设用地的范围极其有限,它被严格地限定在集体兴办乡镇企业、村民建设住宅、乡(镇)村公共设施和公益事业建设这四种建设范围内,其他的建设所使用的土地都是国有建设用地。《土地管理法》第 43 条第 2 款规定:“前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地。”可见,国有建设用地从其来源来看包括两部分:一部分是国有的存量土地,一部分是国有增量土地,即国家为了建设用地需要从农民集体征收的土地。这两部分土地都属于国有土地。进行建设需要使用土地的单位或个人向国家提出用地申请,国家批准其用地的,则分别按照划拨方式划拨土地使用权或以出让方式出让土地使用权,将国有土地配置给用地单位或者个人。划拨方式是以行政手段无偿分配国有土地使用权的方式,它被严格限定在国家机关用地和军事用地、城市基础设施用地和公益事业用地,国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地和法律、行政法规规定的其他用地。除此之外的建设用地必须以出让建设用地使用权的方式配置。出让方式就是以协议、招标、拍卖等方式有偿给用地单位或个人设立国有建设用地使用权的方式,它是对国有建设用地的市场配置。由此形成了国有土地使用权出让市场,即土地一级市场。由《土地管理法》第 43 条第 1 款可知,土地出让市场由国家垄断。在国家垄断土地出让市场的条件下,任何单位和个人进行建设,其使用的土地的初始来源都来自于国家的出让。

国家能够出让的既有的国有土地(即存量土地)是极为有限的。因为既有的国有土地中的绝大部

^{*} 西北政法大学法学研究员。
本文系作者主持的国家社科基金资助重点课题“集体所有权的性质、管理及保护法律机制研究”(2004A FX005)的阶段性成果。

分是属于已经被出让的建设用地,未被出让的国有土地中,有的已经被划拨用于建设用地,有的作为农业用地使用,可供出让的未利用地是很少的。依靠出让国有存量土地使用权显然难以满足社会经济发展的需要。为了满足社会经济发展过程中各行各业的建设用地需要,国家就要通过征收农民集体所有的土地以增加国有土地。这样,国家对建设用地市场的垄断,一方面表现为国家对农民集体所有土地的强制征收和集体土地买方的垄断;一方面表现为国家对土地使用权出让市场卖方的垄断。关于国家对农民集体所有土地的征用征收的合法理由,1986年的《土地管理法》第2条规定为:“国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用。”^③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。”可见,《土地管理法》第2条规定的国家为了公共利益可以依法征用农民集体所有的土地,依第21条的解释就是国家为了进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业可以依法征用集体所有的土地。作为土地征用目的公共利益在当时就是指国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业。但在市场经济条件下,进行经济、文化建设的不只是国家,而更多的是作为私人的单位或者个人。因此,1998年的《土地管理法》删去了原第21条的内容,并在第43条明确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。随着经济的迅猛发展,国有存量土地难以满足单位和个人进行建设使用土地的需求,国家就主要通过征收农民集体所有的土地增加国有土地以满足建设用地的需求。建设用地需要中有一部分属于公共利益建设用地,但更多的不属于公共利益建设的用地需求。但是增加国有土地以满足建设用地的渠道只有征收农民集体所有的土地,所以对于超越公共利益目的的土地征收显然属国家对土地征收权力的滥用。由于国家超越公共利益目的范围征收农民集体所有的土地,又不给被征地农民集体及其成员充分的补偿,因而严重侵害了被征地农民集体成员的合法权益,影响着社会的稳定和谐。为制止国家土地征收权力的滥用以保护农民集体的土地所有权不受侵害,2004年修改后的《宪法》第10条明确规定国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地,实行征收或者征用并给予补偿。此后,《土地管理法》也作了相应的修改,即将原第2条第3款修改为:“国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”。对原有条文中的征用改为征收。《物权法》第42条第1款规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”这样从《宪法》《土地管理法》到《物权法》都将国家对农民集体土地的征收目的限定在公共利益目的范围,那么在公共利益目的之外国家就不得征收农民集体所有的土地,否则就是对征收权力的滥用。在市场经济条件下,经济建设投资更多的属于市场主体的私人投资。经济发展建设用地的矛盾十分突出,2007年“各地提出的年度用地计划申请数为实际下达指标总数的2倍多”。^④但是《土地管理法》第43条规定任何单位和个人进行建设必须申请使用国有土地,而存量国有土地又不能满足社会经济发展建设用地需要的情况下,国家又不能再以征收手段增加国有土地的供给,那么经济发展就只能停滞。摆脱这一困境的途径无非有三条:要么允许农民集体所有的土地的使用权直接进入建设用地市场,打破国家对建设用地市场的垄断;要么扩大国家征收集体土地的目的范围,允许国家在公共利益范围以外征收农民集体所有的土地,再出让给为私人利益需要用地的单位;要么“指鹿为马”将非公共利益硬说成是公共利益,征收农民集体土地,或者“挂羊头卖狗肉”,以公共利益之名行商业征收农民集体土地之实,将征收的土地出让给私人用地者。最后一种做法显然不具有正义性,因而不具有合法性的。而前两种办法目前也不具有合法性,其实行明显违反法律规定。因此,无论采取哪种办法都需要认真地加以研究,都涉及对现行法律制度的改革和完善。因此,在物权法实施的背景下,公共利益目的之外建设用地的市场配置问题,就尖锐地摆在了我们的面前。问题的关键是能否允许农民集体所有的土地使用权进入建设用地市场,农民集体所有的土地使用权如何通过市场配置,法律制度应

③ 当时法律规定的征用就是指的征收。

④ 《改革内参》2007年第18期。

做那些方面的改革和完善。本文拟围绕公共利益目的范围外建设用地的市场配置是采取农民集体所有土地使用直接入市还是采取扩大国家土地征收范围两种思路展开研究。

二、解决问题的两种思路: 建设用地使用权直接入市与扩大土地征收的范围

土地属于自然存在物而非劳动产物,它是人类生存繁衍的物质基础,它在本质上应属于生存于土地的全体人。一定的地域与地域上的居民构成国家的基本要素。一国之土地本质上应属于全体国民。任何个人的生存和发展都离不开土地,任何个人都有利用土地和取得土地产权的欲望,人们无论居住或者从事农业、工业、商业或者精神文化活动都需要使用土地。但土地又是极为稀缺且非再生的资源。如果为少数人拥有和垄断,其他人就会失去生存和发展的基本条件,由此会引发为争取生存而争夺土地的社会矛盾。因此,土地作为这样一种特殊的财产最适宜由社会成员共同拥有。国家作为社会的公共管理者就是代表社会全体成员共同拥有土地权利和对土地资源进行管理。国家要通过管理将土地资源合理地配置于社会成员去支配,以满足社会成员的需要。实行土地私有制的国家,允许私人取得土地所有权,私人未取得所有权的土地则为国家所有。作为社会主义国家,我国采取土地公有制的形式,由国家在全社会范围内代表全体人民享有土地所有权,在社会的一定集体范围的土地由全体集体成员共同享有本集体范围的土地所有权。这样就排除了土地所有权的私有化。在我国这样一个在世界上人口最多而土地极其短缺并且农业人口占多数的国度里,实行农民的集体土地所有权,由各个集体范围的全体成员不可分割地共同拥有对本集体范围的土地,就能保障占人口大多数的农民享有最基本的社会保障,使他们住有其屋、耕有其田,而且终生享有,安居乐业。而城市土地由国家代表全社会享有所有权,就能由国家从全社会的整体利益出发合理地、公平地将土地分配到进行工业、商业和各项社会事业建设而需要使用土地的单位和个人。其配置方式,在计划体制下以国家权力划拨方式配置,在市场经济体制下则以建设用地使用权出让方式配置。建设用地使用权配置的源头由国家控制,国家是唯一能够代表全社会利益的机构,它能够从全社会利益的整体和长远考虑,公平、合理、平衡地配置土地,防止极其珍贵、效益巨大的土地资源为少数人垄断、囤积,以损害社会成员的整体利益。因此,城市的土地由国家享有所有权,国家垄断对建设用地的出让市场是由土地资源本质上宜由社会共同所有和公平配置的属性决定的,也是由国家所有权的唯一性决定的。而集体土地所有权由各个农民集体所有,其主体不具有唯一性,而是多元的,各个农民集体只是在一定的范围的公共所有,并不是全社会范围的公共所有,各个范围的农民集体都有其各自的集体利益,其各自的集体利益往往在土地所有权行使中会与社会整体利益以及其他集体的利益发生冲突。因此,虽然法律规定了各个农民集体对属于本集体范围的土地享有所有权,也并不意味着国家不得对集体土地所有权行使予以干涉。因而国家仍然要从社会的整体平衡调控对土地资源的利用。其调控的办法就是实现土地用途管制制度,规定农民集体所有的土地除了法律规定几种集体范围内的建设用地外不得用于建设,只能用于农业。因建设需要使用集体土地的只能由国家以其行政权征收农民集体的土地所有权,再以国有土地出让给需要建设用地单位和个人。这种由国家垄断建设用地市场配置的办法有以下好处:一是符合土地资源适宜社会公共所有的目标,即由国家统一所有土地资源,公平地将土地分配到需要使用土地的个人和单位。二是国家垄断土地市场,排除集体土地使用权直接进入建设用地市场,确保了农民集体土地所有权的稳定存在。拥有土地所有权的各个农民集体都是独立的利益主体,其集体公有相对于私人和其他集体,以及国家而言,其利益是独立的,也可以说是其集体的私利。如果允许其土地所有权或者使用权直接进入建设用地市场,在建设用地与农业用地经济效益的巨大反差的诱惑下,集体现有成员为追求其集体的私利,就会处分其土地所有权或使用权,从而失去对其土地的所有或现实的支配,其土地的所有权或者使用权就会受到私人的“掠夺”。在土地仍然作为农民最基本的社会保障的情况下,农民集体土地所有权或使用权直接入市,就会动摇其生存基础。因此,限制农民集体土地所有权直接进入建设用地市场,也就防止了私人“掠夺”集体土地

所有权或者土地使用权的可能。这样就保障了农民生存的物质基础,保障了农民子孙后代的长远利益。三是农民集体所有的土地主要是耕地、林地、草地、山地,因而集体土地是粮食生产的基础,是生态环境保护的基础,在市场条件下,由于农业生产和环境保护的经济比较效益远远低于工商业生产和经营,因此,如果由市场自由调节土地资源的配置,集体土地自然地就会向非农行业流转和集中,这样就会威胁国家的粮食安全和生态安全,损害社会公共利益。因此,由国家垄断土地出让市场有利于对农业用地实行严格保护,维护国家的粮食安全和生态环境安全。四是土地是最基本的生产要素,任何单位或个人进行建设都须先获得土地,因此,土地市场供给的总量控制是国家进行经济宏观调控的基本手段。当出现经济过热的情况时,国家主要通过压缩地根和银根的办法实施宏观调控。因此,由国家垄断土地一级市场有利于国家宏观调控手段的实施。五是国家对土地利用的调控主要是通过土地规划管理实施的,由国家垄断建设用地出让市场,有利于国家土地规划管理的实施,使土地使用符合国家规划。六是国家垄断土地一级市场,国家通过土地出让获得的土地出让金是国家的一项重要财政收入,它主要被用于支持城市基础设施建设,可以使国家获得确保城市经济和社会事业协调发展的资金。这几个方面正是国家垄断建设用地市场,禁止集体土地进入建设用地市场的主要原因。也是国家放开集体土地进入建设用地市场的主要担心所在。这些理由均无不道理,但须指出的是,由国家垄断建设用地市场未必能有效的防止这些问题的发生,而且由国家垄断建设用地市场也导致了更为严重的问题的发生。

一是国家全面垄断建设用地使用权市场缺乏法律上的正当性。农民集体土地所有权是各个农民集体独立的所有权,是各个集体的私权利。国家公权力对农民集体土地所有权的征收是公权力对私权的限制,依各国法律制度,非出于公共利益需要公权力不得侵夺私权利。因此,出于公共利益目的需要,国家对农民集体所有的土地的征收才具有正当性,也符合我国宪法和法律的规定,而对于公共利益目的以外的建设用地由国家以公共权力征收并出让则不具有正当性。二是国家在公共利益目的之外征收农民集体土地直接进入建设用地市场并不能达到防止私人工商资本掠夺农民集体土地,确保农民集体所有的土地的稳定存在的目的。相反,由于国家的土地征收是对农民集体土地所有权的永久剥夺,比集体建设用地使用权出让制度更能使农民永久失去了对土地的所有,损害其子孙后代的利益。三是由于公共利益目的以外建设用地使用权由国家垄断,国家征收农民集体所有的土地按照农业用地的用途对农民集体补偿后,按照工商业用地价格再出让给建设用地的使用单位或个人,其间赚取了巨大的利差,这部分土地差价都归政府所有,极大地诱导了政府赚取土地出让金的行为,使得一些地方政府具有扩大征地范围的冲动,往往导致土地规划管理,土地用途转用审批等制度形同虚设,有的划整为零越权办理审批,有的先用后批,有的为达用地目的而滥用权力修改规划,这样不仅不能严格控制集体土地的非农化趋势,而且助长经济过热导致宏观调控失控。从而不能确保严格保护耕地的基本国策的实现,不能维护国家的粮食安全和生态安全。四是国家垄断建设用地市场和对农民集体土地的征用,需要建设用地单位和个人要得到建设用地主要通过国家有关机关取得,拥有土地征收审批权和出让权的政府机关及领导人就极易成为权力寻租者和行贿的对象,土地征收过程中的行贿受贿等腐败现象十分严重,极大地损害了政府形象。五是公共利益目的范围外的建设用地由政府征收农民集体土地解决,而政府在征收农民集体土地后,失地农民在失去土地的基本社会保障后不能获得充分的补偿,难以保持原有生活水平和生产经营活动,而且重新就业困难,造成社会问题。六是由于政府征收集体土地并出让出去与由农民集体直接将土地投入建设相比,对于农民和建设用地的存在巨大的利益反差,从而导致一些农民集体和建设用地的者铤而走险违法将集体土地进入建设用地市场,造成大量土地隐形市场的存在,不仅破坏法制的统一,而且引发社会问题。例如,各地都存在的农民集体违法建房出售给城市居民的所谓小产权房,因无合法的建设用地手续而无法取得房屋所有权的情况就是例证。在广东省进行集体建设用地使用权试点以前,集体建设用地隐形市场就已经实际存在,据调查,珠江三角洲地区通过流转方式使用集体建设用地的超过了50%,在粤东、粤西及粤北等地,这一比例也超过了20%,这反映了集体建设用地使用

权流转的内在需求,有深刻的合理性,而自发流转引发了诸多的土地纠纷。^⑤因此,尽管由国家垄断建设用地市场,禁止农民集体所有的土地直接进入建设用地市场的初衷是尽可能防止农民集体所有土地特别是耕地大量非农化的趋向,确保农民集体土地对农民的社会保障功能的发挥,确保国家的粮食安全和生态安全利益,确保国家通过土地市场的垄断以有效地进行宏观调控,但事实上,国家对土地市场的垄断并不能有效地达到上述目的,而且还在一定程度上与上述目的的实现背道而驰。因此,解决公共利益目的范围以外建设用地的供给问题,就不能再以国家垄断对农民集体土地的征收和对土地使用权出让市场垄断的办法予以解决,而应当放开对农民集体土地所有权的禁止,允许农民集体所有土地的建设用地使用权直接进入建设用地使用权市场。

那么农民集体所有的建设用地使用权直接入市有什么好处呢?

第一,符合所有权平等保护的物权法原则。《宪法》第10条规定:“城市的土地属于国家所有。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。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”可见,国家土地所有权与集体土地所有权都是平等的所有权,不仅国有土地使用权,集体土地使用权也可以依照法律的规定转让。国家除了为公共利益需要可以依照法律规定对集体土地实行征收外,非出于公共利益目的不得征收或者征用集体所有的土地。《物权法》的最大亮点就是确立了物权平等保护原则,其第3条规定:“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”第4条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”第42条规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”因此,非公共利益目的国家不得征收农民集体所有的土地。非公共利益的建设用地,允许农民集体土地使用权直接进入建设用地使用权市场符合集体所有权与国家所有权平等保护的物权法原则。

第二,农民集体建设用地使用权直接进入建设用地使用权市场有利于充分实现集体土地所有权权能。农民集体土地所有权是各个农民集体对属于本集体所有的土地依法享有的占有、使用、收益和处分的权利。为了公共利益,国家对农民集体所有的土地的征收是对农民集体所有的土地的处分权能的限制,即由国家公权力决定了农民集体土地所有权的命运,而集体作为所有权人不得拒绝。公共利益目的之外,农民集体对其所有的土地依法应享有收益和处分的权能,有权决定在自己所有的土地上为他人设立建设用地使用权,并收取地租以实现其收益权。依据我国宪法和物权法,集体土地所有权人应当对其土地享有这样的权能,但依据《土地管理法》的规定,任何单位和个人进行建设必须申请使用国有土地,即农民集体不得在集体所有的土地上为建设用地单位和个人设定建设用地使用权,这就限制了农民集体土地所有权的权能,但这一规定是在未严格区分公共利益和非公共利益的土地征收目的的情况下制定的,国家可以通过征用确保国有建设用地的供给。在《物权法》实施的条件下,国家不得在公共利益目的范围外征收集体土地的情况下,该条规定显然存在矛盾。因此,允许集体土地使用权直接进入建设用地市场,就有利于充分实现农民集体土地所有权的权能:首先是实现了集体土地所有权的处分权能,即由农民集体以其所有人意志决定在其土地上是否为他人设定建设用地使用权;其次是农民集体土地所有权的收益权能的实现,即由农民集体收取建设用地使用费。由农民集体直接向用地单位和个人收取建设用地使用费是按照土地的使用年限收取的,当使用期限届满,续期或再行出让的,农民集体可再次收取使用费,因此,同征收一次性获得补偿相比就更能充分地实现农民集体土地所有权之收益权能。同时集体建设用地使用权可以抵押,也有利于发挥其融资功能,实现其信用利益。例如,“广州市白云区江高镇江村养鸡场使用的是集体土地,需要固定投入1.6亿元资金。过去集体建设用地不能抵押,企业

^⑤ 广东省国土资源网:《我省集体建设用地使用权流转工作的主要做法及成效》2007年7月18日访问。

也贷不了款;但现在该企业按有关规定拿企业的用地抵押贷款4亿元,一下子就解决了企业的资金运转问题,提供1.3万个就业机会,创造出25亿—30亿元的企业产值。”^⑥

第三,允许农民集体建设用地使用权直接入市有利于更好地实现集体土地的社会保障功能。农民集体土地所有权的首要功能就是为集体成员提供最基本的社会保障。土地在农业用途范围内为集体成员提供的基本保障就是解决其温饱问题。在土地被征收的情况下,国家应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。但在现实生活中补偿标准过低,存在贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用的严重问题,被征地农民的社会保障难以落实,在征地过程中形成了大量就业无岗位、耕作无土地的失地农民。如果允许公共利益目的范围以外的建设用地直接入市,农民集体就能以土地所有者身份,以平等的市场主体与作为市场主体的土地使用者讨价还价,在市场交易中获得土地使用的市场价格,而不是补偿价格,这样农民就能得到比征用补偿更多的对价利益,用于保障其基本生活和解决再就业的困难。但要达到这样的目的也必须确保农民与用地者具有真正平等的市场主体地位,具有平等的市场信息获取能力和谈判能力,而农民集体作为市场中事实上的弱者,政府则应给予保护。以广东省的经验为例,通过合理分配土地流转收益,有力促进了农村社会保障体系的建立和完善,保障了农民的合法权益,使农民真正得到了实惠。如佛山市顺德区龙江镇仙塘村自开展流转工作以来,共办理了流转(工商业用地)22宗,流转面积182亩,占全村工商业用地的23%;通过流转,全村集体土地更多地用于第二、三产业的发展。目前,该村从事农业生产的只有45人,占总人口的1.3%,而从事二、三产业的人员近万人(含外来人员),实现了大部分农业人口向工商业转移。现在该村土地流转和物业出租的收益,平均每年达800多万元,该村每股分红(物业上的)820元。通过流转,不仅增加了农民的收入,而且大大改变村容村貌和完善社会保障体系,近年该村投资兴建了市场、学校、幼儿园、敬老院等一批公益事业设施。^⑦

土地问题本身就包括公共利益问题,执行怎样的建设用地政策直接关系到国家的经济安全、粮食安全、生态安全,关系到经济社会的发展全局。由国家垄断土地一级市场并限制农民集体建设用地使用权直接进入市场正是侧重于对社会公共利益和长远利益维护而采取的措施,这在一定程度上当然就会为公共利益而牺牲农民集体的利益。因此,反对国家对建设用地市场的垄断而主张农民集体建设用地使用权直接入市的观点则主要是从保护农民集体利益为出发点。因此,无论由国家垄断土地一级市场或者允许农民集体建设用地使用权入市都有各自的立论基础,很难说孰优孰劣,但问题的关键是所选择的建设用地配给制度如何将国家代表的社会公共利益同农民集体利益很好地统一起来,而不能将二者对立起来,任何将二者对立起来,单纯强调公共利益绝对对主张国家对土地市场的垄断而忽视农民集体利益的主张,或者单纯强调农民集体利益而主张集体建设用地使用权直接入市观点都是有失偏颇的。我比较分析的结论就是,在国家的严格控制下,允许农民集体土地的建设用地使用权直接入市。

三、问题的解决——国家严格控制下的集体建设用地使用权直接入市

兼顾社会公共利益和农民集体利益,对于公共利益目的范围内的建设土地使用,由国家依法定权限和程序征收农民集体土地所有权,并给予农民足额补偿,然后以国有土地出让给用地者,这已经为我国《物权法》明确规定。而对于公共利益目的范围以外建设用地的供给,法律尚未有新的规定,《土地管理法》第43条依然存在着。有学者主张,“对非公益性用地则禁止采用国家强制征收或征用方式而应交由农民集体与用地单位自己自愿协调,由市场决定。”^⑧有的学者则更为明确地提出:“结合当前我国当

⑥ 参见前引⑤。

⑦ 参见前引⑤。

⑧ 刘小玲:《制度变迁中的城乡土地市场发育研究》,中山大学出版社2005年版,第205页。

前的实际国情,全国人大及其常委会应当果断地、及时地修改《土地管理法》《城市房地产管理法》等法律,承认农民集体自行流转农村集体建设用地使用权的合法性。”^⑨笔者认为,由国家垄断土地市场不允许集体建设用地使用权直接进入市场到允许农民集体建设用地使用权直接入市本身就是土地使用权配置方式的重大突破,但在“突破”的同时必须实行国家严格控制,应是在严格有序的条件下的入市,而不可放之过宽,以致失控。因为农民集体建设用地使用权直接实行市场化配置绝不是单纯的民事财产的市场交易,而是关系到社会公共利益。对于为了公共利益目的的土地使用,国家依法可以对农民集体所有的土地实行征收,我们主张在公共利益的范围以外的建设用地国家不再征收而是允许集体建设用地使用权直接入市,这只是说该建设用地的使用目的不是直接为了公共利益,但并不意味着集体建设土地使用权的入市本身与公共利益无关。农民集体建设用地使用权入市的本身是直接关系公共利益的,它关系到耕地的保护,关系国家粮食生产安全和土地生态安全,关系国民经济的可持续发展。特别是在我国人多地少、耕地后备资源严重不足、人地矛盾十分突出,耕地保护的形势日益严峻的趋势下,农民集体建设用地使用权的入市问题首先是关系公共利益的重大问题。在国家垄断土地市场,对土地征用实行严格审批的制度下,乱占耕地、滥用土地的问题也十分严重,经多次专项治理,尚难抑制耕地锐减的势头,若在国家允许农民集体建设用地直接入市的同时,取消国家的审批制度,听任农民集体建设用地使用权直接入市,就会助长乱占滥用土地的行为,造成耕地锐减和经济过热,损害国民经济的可持续发展,损害城市和乡村社会的协调发展。因此,笔者主张,应采取国家严格控制下的允许农民集体建设用地使用权直接入市的制度。

所谓国家严格控制下集体建设用地使用权入市制度,就是关于农民集体建设用地使用权的流转应规定严格的条件和政府审批程序。各试点地方的法规都规定了关于农民集体建设用地使用权的条件。例如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》(2005年10月1日施行)(以下简称《广东省办法》)第3条规定:“取得农民集体土地进行非农建设,应当符合国家有关产业政策及当地土地利用总体规划、城市规划或村庄、集镇规划。涉及农用地转为建设用地的,应当落实土地利用年度计划的农用地转用指标。”第5条规定:“通过出让、转让和出租方式取得的集体建设用地不得用于商品房地产开发建设和住宅建设。”第8条规定:“下列建设项目可以使用集体建设用地:1.兴办各类工商企业,包括国有、集体、私营企业,个体工商,外资投资企业(包括中外合资、中外合作、外商独资企业、‘三来一补’企业),股份制企业,联营企业等;2.兴办公共设施和公益事业;3.兴建农村村民住宅。”这里规定的三类建设项目中的第2、3项是《土地管理法》所允许的集体建设用地项目,只有第1项是对农民集体建设用地使用权范围的开放,是对《土地管理法》第43条规定的突破。依据《广东省办法》第10条规定:“土地使用者应当按照市、县人民政府建设用地批准文件规定的用途使用土地。确需改变土地用途的,应当经土地所有所有者和土地、规划行政主管部门同意,报原批准用土的市、县人民政府批准。”可见,土地使用者在取得集体建设用地使用权时就已经有市、县人民政府的批准文件,集体建设用地使用权是经过批准的使用权,这是集体建设用地使用权以出让等方式流转的前提条件。《广东省佛山市试行农村集体建设用地使用权流转实施办法》第4条规定:“农村集体建设用地使用权流转,必须符合下列条件:(一)经依法批准使用或取得的农村集体建设用地使用权;(二)符合土地利用总体规划和城市、镇村建设规划;(三)依法办理土地登记,领有土地权属证书;(四)界地清楚,没有争议。”《广东省顺德市集体所有建设用地使用流转管理暂行办法》第15条规定:“集体建设用地首次流转按下列程序办理:(一)对已经办理建设用地批准手续尚未建设的用地,由集体土地所有者提出申请并提供集体土地所有者同意流转的证明文件,凭流转的证明文件,凭流转双方签订的流转合同和有效的身份证明文件,经镇、区土地管理机构审查后,按现行的供地程序报市规划国土局办理。……”广东省佛山市南海区丹灶镇人民政府于2005年12月7日发布的《丹灶镇土地资源管理的暂行规定》第16条规定:进行农村集体建设用地使用权租赁、流转,农

⑨ 张鹏、王亦白:《对农村集体建设用地使用权流转试点的思考》,载《法学》2006年第5期。

村集体经济组织必须在土地使用权合法的前提下,经土地管理部门批准后才能办理相关手续,具体条件如下:“(一)经依法批准使用或取得的农村集体建设用地使用权;(二)符合土地利用总体规划和城市、镇村建设规划;……”第24条规定:“农村集体建设用地办理用地手续的程序如下:(一)提出申请。由原地所在的村民小组、村民委员会以书面形式向镇人民政府申请,并附图说明有关情况。(二)预审。镇土地管理部门及镇政府批准后,向佛山市国土资源局南海分局报批,预审通过后,将预审资料送国土厅办理用地项目预审。(三)用地申请。用地单位根据预审批复向各级土地管理部门提出建设用地申请,区分局根据上报资料、图件等进行复查并报省国土资源厅审批。(四)颁发用地批准文件。省国土厅根据申请单位申报的资料进行审核,发出用地批准文件”。由以上引述的各个规范性文件的具体规定来看,在广东省试点过程中,对集体建设用地使用权的入市采用的是严格审批制。依《广东省办法》第10条规定,用地者要取得市、县人民政府建设用地批准文件;第14条规定,仅仅是对集体建设用地流转在办理登记环节的规定。按照上述有关规定依法经审批取得集体建设用地使用权是流转的前提。因为在集体建设用地使用权流转时,对集体土地的建设使用是依法批准的使用或者已经依法取得了农村集体建设用地使用权,而且符合了土地利用总体规划、城市规划或村庄规划、集镇规划,而且土地权属清楚,符合法律法规规定的各项流转条件,因而只需向主管机关办理流转登记手续,即可完成流转。可见广东省试点中对集体建设用地的管理采取的是对集体建设用地的严格审批和对集体建设用地使用流转的登记制相结合的制度。

《安徽省集体建设用地有偿使用和使用权流转试行办法》(以下简称《安徽省办法》)第7条规定,农民集体所有的土地经批准用于非农业建设的,由市、县人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。第14条规定建设单位使用集体建设用地,应当持集体建设用地有偿使用合同、土地所有权证书等有关材料,报乡镇人民政府审查,经市、县人民政府土地行政主管部门审核后,报本级人民政府批准。其中,涉及占用农用地的,应当依法办理农用地转用审批手续。这与广东省的规定是相同的,所不同的是《安徽省办法》第22条至第24条分别就集体建设用地使用权转让、抵押、出租等规定,双方当事人应当持集体建设用地使用权证、集体建设用地有偿使用合同,分别持集体建设用地使用权转让合同、集体建设用地使用权抵押合同、集体建设用地使用权出租合同等有关材料,向乡镇人民政府提出书面申请,报市县人民政府土地行政主管部门批准后,办理登记。可见,在广东省,集体建设用地使用权经依法批准给所有人后,再以出让、转让、出租、抵押等方式流转的无需再报经行政主管部门批准,只需登记即可。而在安徽省,集体建设用地使用权以转让、出租、抵押等方式流转的仍然要报经行政主管部门批准后,才能办理登记。因此对农民集体建设用地使用权的初始发生必须经政府批准是没有争议的,而对于已经经过政府依法批准的集体建设用地使用权的流转是否还需要报经政府主管部门批准则是需要研究的问题。

有的学者认为:“在规定了农村集体建设用地使用权流转的具体条件之外,再规定必须经过相关部门的审批,未能充分尊重农民对土地的所有权,有损害农民土地财产权之嫌。依照我国宪法规定,农村土地归农民集体所有,农民对于自己所有的土地应当所充分的、不受干涉的自由处分的权利。如此,农民在处分自己所有的土地,向外流转建设用地使用权时,还必须由政府相关部门批准,其法理依据何在?此外,目前,在我国政府部门权力相对集中,且是由政府主导制定农村集体建设用地使用权流转方案的情况下,这种政府相关部门为自己设定审批权力的做法,既侵害了农民利益,也容易滋生新的腐败现象,一定要引起足够的重视。”^⑩同时,他们还指出,由于各地有关农村集体土地使用权流转制度中均已规定农村集体建设使用权利的流转必须符合且不得违反本地区整体的城市规划和土地利用图分类,因此,就不会发生不经政府相关部门批准、放任农民集体自行决定可能会导致土地市场秩序破坏、土地利用效能降

⑩ 前引⑨。

低、农民应得利益受损的情况。因此,他们主张取消对农民集体建设用地使用权流转的审批。^①对此,笔者认为,这些理由尚不是农民集体建设用地使用权流转不经政府部门审批的充分理由。首先,在近现代民法中,所有权并不是不受限制的、绝对自由的权利。对于所有权、特别是土地所有权在各国民法和有关法律制度上均有限制。不能因为农民集体享有土地所有权,就认为政府就不能对其土地使用权的流转予以必要的限制。在西方国家对于私人的土地所有权和使用权的流转也是有各种限制的,甚至要经政府审批。例如,日本、韩国的土地交易管理制度都规定有土地交易许可制、土地交易申报制等制度^②。对于私人的土地所有权的行使予以限制的依据在于在近现代民法上所有权负有义务和民法对于所有权滥用的禁止。由于土地作为极其珍贵的自然资源,土地所有人对于土地所有权的行使往往涉及公共利益。为了公共利益的需要,各国法律对于土地所有权的限制,不仅表现在国家可以依照法定的权限和程序征收私人 and 集体的土地所有权,而且对于依法取得的使用权的行使也受到法律的限制。例如,《土地管理法》第2条第4款和《物权法》第42条所规定的,国家为了公共利益的需要可以依法对土地征收和征用;《土地管理法》第56条规定:“建设单位使用国有土地的,应当按照土地使用权出让等有偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使用土地;确需改变该幅土地建设用途的,应当经有关人民政府土地行政主管部门同意,报原批准用地的人民政府批准。……”《房地产管理法》第39条规定:“以划拨方式取得的使用权的,转让房地产时应当按照国务院规定由有批准权的人民政府审批。……”又如日本的土地交易许可制就是主要依据《国土利用计划法》规定的原则,在由地方政府确定的限制区域内,“土地交易如果超过一定面积标准,就必须得到地方政府的许可批准。也就是说,交易双方必须向地方政府提出土地交易许可的申请,地方政府对其申请进行审查,最终来决定是否可进行土地交易。”^③可见,对于土地所有权和土地使用权等土地民事权利的限制是各国法律上都有规定的现象,不能因为农民集体享有土地所有权就认为对于集体建设用地使用权流转不得规定须经政府有关部门审批。其次,以由政府有关部门审批集体建设用地使用权流转可能会滋生政府官员的腐败为由主张取消政府审批就更是一种因噎废食的主张。因为,政府审批只是有产生腐败的可能并不必然会产生腐败,防止腐败的发生只能采取其他措施,而不是取消政府的审批。再次,虽然可以由法律或者行政法规和地方性法规对于集体建设用地使用权流转的条件作出规定,但这也并不能成为取消政府对集体建设用地使用权流转审批的理由,因为规定农村集体建设使用使用权的流转必须符合且不得违反本地区整体的城市规划和土地利用图分类,如果采用准则制,就意味着只要集体建设用地使用权的流转符合本地区整体的城市规划和土地利用图就要允许集体建设用地使用权流转,对是否符合规划和土地利用图则由登记机关予以审查,经登记机关审查只要集体建设用地使用权的流转符合本地区整体的城市规划和土地利用图就办理集体建设用地使用权流转登记,否则,就不予办理登记。但是徒法不足以自行,虽然法律、法规对集体建设用地使用权流转的条件作出了规定,但转让的双方当事人不遵守法律、法规所规定的条件,而登记机构不严格审查即办理登记的,或当事人不办理登记的,仍然会发生使土地市场秩序破坏、土地利用效能降低、农民应得利益受损的情况。如果采取政府部门审批制,则可以通过政府部门的严格审批促使当事人遵守法律、法规规定的条件,从而确保良好的集体建设用地流转的市场秩序。从这个意义上讲,由法律、法规对集体建设用地使用权流转的条件作出规定为政府部门审批集体建设用地使用权流转提供了依据。再说,对于集体建设用地市场的干预并不仅仅限于流转双方对建设规划和土地利用图的遵守,还有诸如土地使用权流转价格对于整体比价关系的影响、土地的过度集中和投机对于整体经济秩序的影响、对生态环境的影响等方面。对于土地利用规划是可以事先以准则形式予以公布和规定的,但对于其他方面的因素则是不可以以准则形式予以规定的。例如,对于集体建设用地使用权流

① 前引⑨。

② 参见柴强:《各国(地区)土地管理制度与政策》,北京经济学院出版社1993年版,第139-150页。

③ 前引⑫,第141页。

转的价格,应当是由一定时期建设用地市场的竞争所形成的,国家是不可能事先以计划定价并通过法律、法规规定和公布的。因此,国家对于集体建设用地使用权流转价格的干预就要依据一定时期市场价格形势制定合理的干预价格,并就个案进行审批。例如,日本、韩国的土地交易许可制度都是在国土利用规划的原则下,对交易价格和交易目的的具体审查。日本的交易价格审查,“主要以交易土地附近的地价水平及政府确定的指导地价——限制价格(当确定某一地区为限制区域后,由政府确定的地价,以此为基础加以一定的修正)为依据进行审查。”^④韩国的土地交易许可制同日本的做法基本一致,即在特定的地区内,由政府对于土地交易的价格和土地利用目的进行审查,如果认为交易的价格合理,利用目的恰当,则交易获得许可。相反,不被批准。没有获得许可批准的土地交易,不发给许可证,土地所有权转移也不予登记,所登记的契约合同视为无效,不受法律保护。”^⑤借鉴国外的有关制度,对于集体所有的建设用地使用权的流转除了由法律规定应当遵守本地区整体的城市规划和土地利用图分类等条件外,也可以由法律规定集体建设用地使用权流转应当经有关人民政府部门审批。这二者不但不矛盾,而且是相互促进的。审批制有利于促进交易当事人遵守法律规定的条件,确保合法交易,维护公共利益。

各国实行什么样的土地交易制度与其土地法律政策密切相关,例如美国,由于国有面积广阔,人口稀少,其因而执行较为宽松自由的土地交易政策,对于私人之间的土地交易,政府一般不干涉。而在日本、韩国这些国土面积较小,土地资源匮乏的国家则实行较为严格的土地政策,对土地交易实行政府许可的制度。我国人口众多,土地资源十分匮乏,人地矛盾十分突出,我国一直实行最为严格土地政策和耕地保护政策。对农民集体所有土地严格限制转为非农用地,禁止集体建设用地直接进入建设用地市场进行交易。现在随着市场经济的深入发展,放开禁止集体建设用地进入市场交易的限制,但并不一定要实行集体建设用地使用权的自由交易制度。而应当实行由政府部门审批的集体建设用地使用权流转制度。问题是,同样作为建设用地使用权的国有建设用地使用权,对其出让由政府批准后土地使用权人依法转让土地使用权的政府不再审批只须政府登记部门办理土地使用权转让登记,为什么对集体建设用地使用权在政府批准其建设用地使用权后对其转让流转还要经过政府部门的审批呢?对此,笔者认为,不能仅从同是建设用地使用权的现象来分析,而应当从两种不同性质建设用地使用权所赖以产生的土地所有权制度的总体来认识这一问题。

国有建设土地使用权是在国家土地所有权基础上派生的独立的用益物权性质的民事权利。国有土地主要是城市土地、用途是建设的土地,国有建设用地使用权经政府批准出让后由使用权人独立享有,其在土地使用权流转市场即土地二级市场进行自由交易不会对国有土地使用权一级市场即土地使用权出让市场造成冲击,也不会对土地用途管制和对农业用地的保护造成冲击。因为对土地使用权的出让市场的供方市场完全由国家控制。除未经出让的国有存量土地外,可供出让使用权的土地来源主要是由国家征收农民集体所有的土地。由于只有国家才能征收农民集体所有的土地而且国家征收农民集体所有土地有严格的条件和程序的限制,因而在国有建设用地转让市场上进行交易的用地者,他们都不可能越过国家直接取得建设用地使用权。而且他们都作为平等的市场主体在交易中的地位是平等的。因而,国家只要严格控制土地使用权出让市场就能达到节约土地、保护耕地等对土地市场进行管理的主要目的。为此,《土地管理法》第53条规定经批准的建设项目,需要使用国有建设用地的,建设单位应当持法律、行政法规规定的有关文件,向有批准权的县级以上人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请,经土地行政主管部门审查,报本级人民政府批准。供地方案经批准后,由市、县人民政府向建设单位颁发建设用地批准书。有偿使用国有土地的,由市、县人民政府土地行政主管部门与使用者签订国有土地有偿使用合同。而对于以出让方式取得的国有建设用地使用权的转让,《城市房地产管理法》第35、38条只规定了转让的条件和依法办理房地产权属登记,并未规定其转让行为须经政府主管部门批

④ 前引②,第141页。

⑤ 前引②,第149页。

准。

集体建设用地使用权是在农民集体所有的土地上经有批准权的人民政府批准由所有人享有的将其土地用于非农建设的权利。作为所有人的农民集体可以自己在经批准的土地上进行非农建设项目,也可以依法将其经批准能够用于非农建设的土地的使用权流转给其他需要用的建设单位。流转的方式主要有出让、出租和抵押等。出让是指农民集体土地所有者将一定年限的集体建设用地使用权让与给土地使用者,由土地使用者向农民集体土地所有者支付出让价款的方式。出租是指农民集体土地所有者或集体建设用地使用权人作为出租人,将集体建设用地使用权租赁给土地使用者,由作为承租人的土地使用者向作为出租人的农民集体土地所有者或集体建设用地使用权人支付租金的方式。以出让方式受让取得集体建设用地的使用权人将集体建设用地使用权再转移给新的使用人的就是集体建设用地使用权的转让。集体建设用地使用权的承租人将其承租的集体建设用地使用权再次租赁给他人的行为就是集体建设用地使用权转租。集体建设用地使用权的抵押是指集体建设用地使用权人不转移对集体建设用地的占有,将该集体建设用地使用权作为债权担保以融资的行为。可见流转中的集体建设用地使用权直接来自集体土地所有权,参与流转的一方当事人往往就是作为所有人的集体,如果流转过度自由很可能造成价格投机,囤积居奇,在价格机制的诱使下,集体很可能不经批准将集体土地转为建设用地。这就会导致土地被违法转为建设用地,造成土地浪费。而且还会严重冲击国有建设用地市场,导致经济过热和宏观经济秩序失衡。在目前全国各地各类违法占用耕地的案件大量发生的事实也充分地说明了这一问题的严重性。如果对于集体建设用地使用权的初始发生,即由集体农业用地转为建设用地采取严格审批的同时,对集体建设用地使用权的流转也采取审批制,对其交易价格、流转量、用地目的等方面的合理性进行审查,以政府指导价格为基准对其交易作出批准与否的决定,对于价格投机、大量持地待赚的,或者交易明显损害集体成员利益的,或者用地目的有损公共利益或造成宏观经济秩序不利影响的集体建设用地使用权流转不予批准,这样才能较为有效地进行市场管理,实现节约土地、严格保护耕地和进行宏观调控的目的。在认识这一问题时,必须清醒地意识到我国土地资源,特别是耕地源极其有限这个问题。我们允许农民集体建设用地使用权市场化流转,绝不是要鼓励农民集体大量地将土地投向建设用地、加速其流转,严格保护耕地依然是我们进行集体建设用地使用权流转制度设计的基本出发点。我们切不可“既然农民集体享有土地所有权为什么不允许其建设用地使用权流转或者流转为什么还要政府批准?”的简单反问作为反对集体建设用地使用权流转予以限制的理由,这种单纯的民法权利逻辑显然是似是而非的。

四、集体建设用地使用权市场化流转的制度形式

集体建设用地使用权市场化流转的制度形式,是指集体建设用地使用权通过什么样的法律制度发生并流转。在解决了为什么允许集体建设用地使用权市场化流转的问题后,就要具体研究集体建设用地使用权流转的具体制度,为其流转提供必要的制度平台,否则,所谓集体建设用地使用权流转就只能是留于口号或者是事实上的混乱状态。

(一)集体建设用地使用权的发生制度

集体建设用地使用权的发生制度,是指集体建设用地使用权发生的法律事实制度,这也是集体建设用地使用权的合法性问题。集体建设用地使用权流转必须先有集体建设用地使用权的存在,因此,研究集体建设用地使用权的发生是集体建设用地使用权市场化流转的首要问题。

依据《土地管理法》第4条的规定,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、未利用地。建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等。从土地的所有权性质而言,建设用地包括了国有建设用地和集体建设用地。农民集体所有的土地主要是农业用地,也有建设用地。集体所有的建设用地主要是指乡镇企业建设用地、村民住宅建设用地、乡镇村公共设施和公益

事业建设用地。这些建设用地的来源有两方面。一是历史状态的沿革,比如,历史相传的乡间道路、公共庙宇、宗祠、学校、村民世代居住的宅基地等。这些建设用地的所有权是经过20世纪50年代在农村的土地改革确权发生的。在农村土地集体化后,按照使用的事实状态直接确认使用人对土地的使用权,由当地人民政府统一登记后发给集体建设用地使用证。也就是说,这类集体建设用地使用权的发生直接依据土地使用的事实状态。另一类则是新增的集体建设用地,这类建设用地的来源一部分是空闲地,如空闲的宅基地、非耕地,另一部分也是主要部分则来自农地转化。对这类新增建设用地使用权的发生则要经过使用人申请,并经人民政府审批。按照《土地管理法》第43条的规定,建设用地主要包括乡镇企业建设用地、村民宅基地、乡镇村公共设施和公益事业用地四类。集体建设用地使用权流转试点改革就是对这一条的突破。根据各地试点的地方法规的规定集体建设用地已不限于这四类用地,如《广东省办法》第8条规定:“下列建设项目可以使用集体建设用地:1.兴办各类工商企业,包括国有、集体、私人企业,个体工商户,外资投资企业(包括中外合资、中合作、外商独资企业、‘三来一补’企业),股份制企业,联营企业等;2.兴办公益设施和公益事业;3.兴办农村村民住宅。”其中第一项兴办企业已经不限于乡镇企业而是各类企业。随着集体建设用地范围的扩大集体建设用地使用权的发生的法律事实依据也相应扩大。对集体建设用地使用权发生的法律事实的规定主要有以下要点:

1. 集体建设用地必须符合乡镇土地利用总体规划和土地利用年度计划。《土地管理法》第59条规定,乡镇企业、乡(镇)村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡(镇)村建设,应当按照村庄和集镇规划,合理布局,综合开发,配套建设;建设用地应当符合乡(镇)土地利用总体规划和土地利用年度计划。集体建设用地应当符合村庄和集镇规划、符合乡镇土地利用总体规划,这是集体建设用地使用权取得的首要条件。因为集体建设用地的目的就是要促进村庄和集镇的社会经济和文化等各项事业的协调发展。乡镇土地利用总体规划是由乡镇人民政府编制,逐级上报省级人民政府批准的现在和未来一定时期本乡镇土地利用目标、土地的分类用途等内容的全面的计划和安排。例如,本乡镇的哪些土地是农用地、哪些是建设用地、哪些是未利用地;哪些土地属于基本农田保护区,哪些是可开垦区,哪些是禁止开垦区,哪些是建设区,以及每块土地的用途各是什么等。集体建设用地只能在规划确定的可作为建设用地的范围并按照规划确定的具体用途取得。土地的年度计划是对建设用地实施总量控制的重要措施,它包括农用地的专用指标、耕地保有量指标、土地开发整理计划指标等。取得建设用地必须落实年度土地利用计划指标。《土地管理法实施条例》第19条规定:“建设占用土地,涉及农用地转为建设用地的,应当符合土地利用总体规划和土地利用年度计划中确定的农用地转用指标;城市和村庄、集镇建设占用土地,涉及农用地转用的,还应当符合城市规划和村庄、集镇规划。不符合规定的不得批准,农用地转为建设用地。”《广东省办法》第3条也规定:“取得集体建设用地进行非农业建设,应当符合国家有关产业政策及当地土地利用总体规划、城市规划或集镇、村庄规划。涉及农用地转为建设用地的,应当落实土地利用年度计划的农用地转用指标。”

2. 申请和批准。《土地管理法》第60至62条分别就农村集体经济组织使用乡镇土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人、以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业,乡镇村公共设施和公益事业建设,农村村民住宅建设等需要使用集体土地的申请和审批作了规定,举办企业、乡镇村公共设施和公益事业用地都要经乡镇人民政府审核,向县级以上地方人民政府土地行政主管部门申请,按照省、自治区、直辖市规定的批准权限,由县级以上地方人民政府批准,其中,涉及占用农用地的,依照《土地管理法》第44条的规定办理审批手续。村民住宅建设用地,则由个人向所在村组集体组织申请,经讨论通过后,由乡镇人民政府审核,由县级人民政府批准。现在需要研究的是,集体建设用地使用权改革,各类工商企业建设都可以使用集体土地,对这类企业的集体建设用地使用权如何取得。广东省佛山市南海区丹灶镇人民政府2005年12月印发的《土地资源管理暂行规定》第24条规定,农村集体建设用地手续办理的程序如下:(一)提出申请。由属地所在的村民组、村民委员会以书面形式向镇人民政府申请并附图说明有关情况。(二)预审。镇土地管理部门及镇人民政府批准后,向佛山市国

土资源局南海分局报批,预审通过后,将预审资料送省国土厅办理用地项目预审。(三)用地申请。用地单位根据预审批复向各级土地管理部门提出建设用地申请,区分局根据上报资料、图件等进行复查并报省国土资源厅审批。(四)颁发用地批准文件。省国土厅根据申请单位申报的资料进行审核,发出用地批准文件。可见,对这类企业用地的审批也是执行严格的审批程序的。对此,笔者认为,对于举办各类工商企业使用集体建设用地的,应当按照《土地管理法》第60条的规定办理批准手续。但该条规定的是集体经济组织为兴办企业用地,而且其取得的土地使用权除企业破产、兼并等特定原因外,不得转让。而集体建设用地使用权流转改革后,兴办各类工商企业可以使用集体建设用地,而且对集体建设用地可以直接确认给使用者。这就如同建设单位使用国有土地直接以出让方式取得国有土地使用权一样,用地者可以经国家批准直接以出让方式从集体所有者取得集体建设用地使用权。因此,对于兴办各类工商企业使用集体建设用地的,应当由集体土地所有者会同土地使用者,提出用地申请,参照《土地管理法实施条例》第22条和第23条规定的使用国有建设用地的审批程序办理。其中包括:(1)集体土地所有者和需要使用土地的建设单位提出项目可行性论证时,由土地管理部门对建设项目用地有关事项进行审查,提出建设项目用地预审报告;可行性研究报告,报批时必须附具土地行政主管部门出具的建设项目用地预审报告。(2)集体土地所有者和建项目的建设单位持建设项目的有关批准文件,向市、县人民政府土地行政主管部门提出用地申请,由市、县人民政府土地行政主管部门对集体土地所有者提出的供地方案予以审查,报市县人民政府批准;需要上报上级人民政府批准的,应逐级上报批准。涉及农地转用的,对其提出的农用地转用方案、补充耕地方案经市、县人民政府审核同意后,逐级上报有批准权的人民政府批准。(3)供地方案,涉及农用地的包括农用地转用方案、耕地补充方案经批准后,由市、县人民政府组织实施,向土地所有者集体和建设用地单位颁发集体建设用地批准书。有偿使用集体建设用地的由所有者集体与使用者订立集体建设用地使用权出让合同。

3. 登记。《土地管理法》第6条规定,农民集体所有的土地依法用于非农建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。

以上法律事实是集体建设用地使用权合法取得,并受法律保护的基本依据。凡是违反以上法律事实的规定,擅自将集体土地作为建设用地都是非法的,是法律所禁止和应当受到法律制裁的。

(二)集体建设用地使用权流转的条件

集体建设用地使用权流转的条件,是指哪些类型的集体建设用地使用权可以流转,哪些不得流转,可以流转的集体建设用地使用权在流转时应符合哪些条件。这是对集体建设用地使用权管理制度的重要方面。依据《土地管理法》第63条的规定,除符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业,因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移外,集体所有的土地使用权不得出让、转让或出租用于非农建设。在集体土地使用权流转的试点中已经突破了《土地管理法》的这一规定。根据各地的有关规定,对集体土地使用权可以出让、转让或出租用于非农建设的范围和条件有如下规定。

1. 兴办各类工商企业使用的集体建设用地都可以以流转方式取得。《广东省办法》第8条规定,兴办各类工商企业,包括国有、集体、私人企业,个体工商户,外资投资企业(包括中外合资、中合作、外商独资企业、“三来一补”企业),股份制企业,联营企业等都可以使用集体建设用地;而且不属于第4条规定不得流转的情形都可以流转。其流转也不限于破产、兼并的情形。《安徽省办法》第1条规定,集体建设用地有偿使用,是指集体土地所有者在一定年限内,将集体建设用地使用权以出让、租赁、作价出资(入股)、联营等形式让与土地使用者,由土地使用者向集体土地所有者支付土地有偿使用费的行为。第10条规定,建设单位使用集体建设用地,除乡(镇)村公共设施、公益事业建设和农村村民住宅经依法批准使用本集体所有的土地外,应当以有偿方式取得。可见兴办各类企业可以有偿使用集体建设用地,有偿取得的集体建设用地使用权可以流转。

2. 乡(镇)村公共设施、公益事业建设用地可以流转。关于乡(镇)村公共设施、公益事业建设用地可以流转,在广东省的管理办法中没有做出特别的规定,也没有禁止转让的规定,因此,属于可以流转的

集体建设用地使用权。安徽省的管理办法中明确规定乡(镇)村公共设施、公益事业建设用地不改变原有用途的,可以直接流转;改变用途的,应当签订集体建设用地有偿使用合同,缴纳土地有偿使用费。

3. 关于村民宅基地使用权的流转。关于村民宅基地使用权能否流转,各地做法不一。^[1]《广东省办法》第4条明确规定,村民住宅用地使用权不得流转。而《安徽省办法》第27条规定,农村村民宅基地使用权可以流转,但是,农村村民宅基地实际占用面积超过法定标准的部分应当按照规定缴纳土地有偿使用费。农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。笔者认为,村民的宅基地使用权不得流转。因为宅基地使用权是作为集体所有权主体的集体成员对于集体所有的土地享有的满足其生活居住需要为目的使用权。其取得是以其集体成员身份为前提的,是作为公共所有权的集体所有权对其成员的社会福利分配的权利,其取得是无偿的、享有是无期限的,但其具有明确的目的功能——保障集体成员的生活居住条件。因自然原因导致灭失的,集体还应当为其重新分配宅基地。因此,宅基地使用权是集体成员享有的社会福利性权利,在实现其个人居住福利的目的范围内,即家庭生活住房所有权的享有和继承方面,宅基地使用权是其私人的权利,受法律的保护,任何人都不得侵犯;但超越该目的范围,其权利的行使受到限制,它不得损害作为公共所有权的集体所有权。宅基地使用权作为社会福利性权利,其分配严格按照一户一宅和基本面积确定的原则和标准分配。如果允许宅基地使用权人自由转让其以福利分配无偿取得的宅基地使用权,就会激励其以转让宅基地使用权赚取收入,也会激励城市人收购农村村民的宅基地。这样,就会导致村民不断申请宅基地去出让给城市人,致使集体土地流失,浪费集体土地资源,特别是耕地资源。城市的有产阶层大量掠夺式收购农村地产,导致土地资源向少数有产者集中,导致社会的不公平。集体所有权对于集体成员及其子孙后代的社会福利保障功能无法实现。如果集体成员出卖房屋和宅基地后,其又不能成为城市市民的情况下,其不能再分配获得宅基地时就会成为流离失所、无家可归的人。因此,宅基地使用权是不可转让的民事权利。一些观点单纯认为宅基地使用权是村民的民事权利,就竭力主张允许其转让,认为只有允许其转让宅基地使用权才能保护农民的利益。实际上,这是有害于农民集体利益和长远利益的,是为当前的有产者和暴富官商掠取土地财富服务的。至于一些农民进城后,完全市民化,因而要出卖其房屋的,因为宅基地的集体所有土地的公共福利性质和其取得宅基地使用权的无偿性,对其房屋买卖做出一定的限制也是必要的和合理的。此种情况下,出卖人应当将房屋转让给本集体成员中符合宅基地申请分配条件的人,或者由集体给其房屋以合理补偿,收回宅基地使用权。对于城市的有产者购买村民房屋及其宅基地的,应当严格制止。因为,宅基地使用权的主体是以其农民集体成员的身份、资格为前提的,城市人不具有这样的资格,他无权取得集体所有的宅基地的使用权。宅基地的福利性质决定了其取得是分配的,而不是有偿取得的,这也决定了它是不可转让的。

4. 关于集体建设用地使用权流转的条件。对于集体建设用地使用权的流转条件,各试点地方的规定基本相同,即除规定集体建设用地使用权流转应当符合土地利用总体规划、城市规划或村庄、集体镇规划,土地权属无争议,没有司法机关或行政机关依法查封或限制土地权利的情况等条件外,都对集体建设用地使用权流转的目的进行了限制,规定通过出让、转让和出租方式取得的集体建设用地不得用于商品房地产开发建设和住宅建设。

商品房地产开发和住宅建设,是关系国民经济和城市居民住房的重要产业,商品房和住宅建设,市场需求大,其土地供应关系到国家对市场的宏观调控,关系到国家住房政策的实现,关系到房地产市场的价格,也关系到房屋质量和广大人民群众住房利益的实现。如果允许将集体土地使用权直接流转进行商品房开发和住宅建设,就会导致房地产市场投资过热,土地供应失控。由于近年来货币的流动性过剩,加之国家和各地方对房地产发展作为国民经济支柱产业的刺激政策,最终形成了巨大的财富效益,不断引发大量的社会资金向房地产行业流动,使土地大量流入房地产开发,而影响其他产品产出和技术产业的投资和发展。因此,在放开集体建设用地使用权时,应当防止对已经过热的房地产业推波助澜,应当禁止集体建设用地进入商品房地产开发。在现实生活中,虽然禁止将集体土地直接流转进行商品

房和住宅建设,但由于市场需求大,利润空间大,一些集体组织和房地产商违法占用集体土地开发商品房,以这种方式开发的房屋,由于没有合法土地手续,开发成本低,价格低廉,许多群众为图便宜购买这种房屋(俗称“小产权”房)。该类房屋不但质量无法保证,配套设施也无法与市政规划相衔接,周围的商业、文化、学校、医院等都无法配套。买房人的合法权益受到极大损害。因此,禁止集体建设用地用于商品房开发和住宅建设,是节约土地资源、维护购房人合法权益、有效调控房地产市场的重要政策。

有观点认为,应当鼓励小产权房的发展,即允许农民在农村土地上建房出售给城市居民,由于土地费用低,房价就很便宜,这样就能解决城市人的住房问题。还有观点提出,同样是农村的集体土地,为什么只有被地方政府征收后再卖给开发商是合法的?而农民集体在自己的土地上盖的房子去卖却变成了非法的?认为查办小产权房无法律依据,查办行为本身是违法的。对此,笔者认为,发展小产权房并不能起到降低房价解决城市人的住房问题。尽管小产权房的价格比城市房价便宜,但这是不允许农民建房出售的情况下造成的土地隐形市场的扭曲的价格,即法律对集体土地与国有土地的不同政策造成的不平等价格,一旦法律不禁止农民集体土地进入房地产市场,集体土地的产权主体必然要追求平等的土地市场价格,其土地价格自然会上涨,同时在法律允许城市人购买农民集体土地上开发的房屋时,大量城市房地产资金就会流向集体土地的房地产市场,也会导致集体土地房地产价格的上涨。在城市买不起住房的人是低收入的家庭,在农村房地产市场价格与城市房地产价格趋同的情况下,买不起房的人仍然是他们。再说,住在农村工作在城市也是有条件的,比如,有私人小汽车才能解决交通问题。这样的条件对穷人也是不具备的。相反,由于对购房者资格以及一个人可以购几处房屋法律上并无限制,有钱人则可以多处购房,积聚财富。因此,放开对集体建设用地的限制,允许其用于房地产开发,非但不能降低房价解决城市真正需要住房的人的住房问题,反而会激励农民更多的将土地投入房地产,造成国家对土地管理的失控,造成不动产财富所有的不公平。如果单纯从小产权房的买卖双方的民事行为考虑,房屋价格便宜,双方自愿买卖,没有什么不合法的,但集体土地不是单纯的私人财产,它同时承载着社会公共利益,国家要调控土地在社会经济及各个领域和社会成员之间的公平分配。《宪法》禁止土地所有权的买卖,允许土地使用权依法流转,而不是无序流转。《土地管理法》规定了严格的耕地保护制度、土地用途转用审批制度等,规定建设用地必须使用国有土地,即使将来放开对集体建设用地的限制,也必须规范有序地进行。小产权房就是农民违反法律规定开发的,购房者明知其违法但为贪图便宜不惜违法购置,并试图通过既成事实取得所有权。一些学者全然不顾我国《宪法》和《土地管理法》的规定,认为农民集体在自己的土地上盖房子出卖是合法的,查办小产权房在我国目前《宪法》和《土地管理法》中没有依据,其本身违法,并为这些违法者达到取得房屋权利的目的辩护。有的观点认为房价高是因为政府对土地市场的垄断,只要政府放开土地市场,房屋就会和其他商品一样被大量生产出来,价格自然会降低。但是为了降低房价而放开土地的供应,则大量的农村土地就会流向商品房的开发,就不仅会发生因房价过低损害农民利益,更严重的是导致耕地的流失和不可再生。因此,即使在允许农民集体建设用地上入市的情况下,仍有必要限制其进行房地产开发。至于,降低房价,解决城市普通民众的住房问题,仍由国家以公共利益征收土地,并且对其开发标准和房屋功能予以市场调节和限制等措施,以防止开发商片面追求豪华昂贵的房屋,从而降低房价。在西方国家普遍采用的公共住房政策,即由国家补贴并由地方政府建造的具有一定质量水平的低租金住房就是解决中、低收入阶层的住房问题的。实际上造成房价上涨的一个主要因素,是政府没有把住房这样一种具有公共资源、关系民生的物品的市场配置作为特殊商品并作出必要的限制,而是任其像普通商品一样,谁要购多少就购多少,这样有钱人就可以高价购买多处住房,任其闲置,在涨价中赚钱,住房成了有钱人投资的主要领域,房地产商也盯着富人的需要开发能够赚钱的大面积、豪华型的昂贵住房,导致房价上涨,而房价越是上涨,以住房购买作为投资的富人就越多,而投资的人越多价格就越涨。这样就造成了房价上涨的怪圈。因此,要降低房价,就要对购房者的购买资格做出必要的限制,规定一个家庭只能拥有一定面积的一套或者两套住房,超过标准的,不得购买或者实行更高的价格、征收高额的不动产税等措施加以调节。世界各发达国家和地区基本上都经

历了“一个由解决住房困难到增加住房面积,再到提高住房质量以致全面提高居住水平的发展过程”。^⑥因此,根据一定阶段的住房政策目标,对私人购房做出限制是完全必要的。降低房价、解决城市人的住房问题,不能成为集体建设用地进入房地产开发领域的理由。

(三)集体建设用地使用权的流转方式及其性质

关于集体建设用地使用权的流转方式,各试点地方的法规中规定了出让、出租、转让、转租和抵押等方式。所不同的是,《广东省办法》规定的是集体建设用地使用权的流转管理办法,它将出让、出租、转让、转租和抵押都作为集体建设用地使用权的流转方式。而《安徽省办法》规定的是集体建设用地有偿使用和使用权流转试行办法,因而,它规定“集体建设用地使用权的有偿使用,是指集体土地所有者在一定年限内将集体建设用地使用权已出让、租赁、作价出资(入股)、联营等形式让与土地使用者,由土地使用者向集体土地所有者支付土地有偿使用费的行为。”“集体建设用地使用权的流转,是指有偿取得集体建设用地使用权者以转让、出租、抵押等形式处分集体建设用地使用权的行为。”那么,是否要区分集体建设用地的有偿使用和使用权流转呢?笔者认为,集体建设用地的有偿使用与集体建设用地使用权的流转应当是一致的。民法上所指的民事流转只有客体承载的权利和利益在不同主体之间的转移。例如,集体土地所有者将集体土地使用权出让、出租、入股给使用者,就是使用权在所有者与使用者之间的转移,因此,集体建设用地使用权的流转不仅指已经从所有者出让取得的建设用地使用权的二次流转,也是指集体土地所有者将集体建设用地使用权让与给使用者的一次流转。不管是一次流转还是二次流转,只要取得土地使用者者支付了对价,就是集体建设用地使用权的有偿使用。没有必要将有偿使用与使用权流转在概念上区分开。

对于各个集体建设用地使用权的性质,在各试点地方的法规中没有做出规定。但依据有关法学原理分析,集体建设用地使用权的出让行为应当属于物权行为。依据出让合同,集体土地所有权人为受让人设定的集体建设用地使用权应当具有用益物权的性质,受让人在取得集体建设用地使用权后,可以直接支配土地的使用,在出让合同约定的范围有权自己进行建设使用土地,也可以直接将土地使用权转让或者出租给其他需要土地的人。包括所有权人在内的其他任何人都不得干涉。集体建设用地使用权的出租应当属于债权行为,出租人出租给承租人的集体建设用地使用权是债权性质的权利。承租人依据租赁合同的约定使用租赁的集体建设用地,并按期交纳租金。出租人和承租人的权利义务按照合同法的规定,并遵守租赁合同的约定。出租人对所租赁的集体建设用地使用权的转租应当取得出租人的同意。对此除由《土地管理法》做出规定外,适用合同法调整即可。现在的问题是,《物权法》第12章所规定的具有用益物权性质的建设用地使用权仅仅是国有建设用地使用权,而不包括集体建设用地使用权。按照物权法定的原则,要使集体建设用地使用权具有物权性质必须有法律的明确规定。因此,按照目前的法律制度,很难说集体建设用地使用权具有物权性质。但是从集体建设用地使用权市场化配置的必要性讲,集体建设用地,同国有建设用地使用权一样,都是由使用人用以建造建筑物、构筑物及其附属设施并以取得建筑物及其附属设施的所有权为目的的,因而,使用人必须取得对土地的直接支配性质的权利。在允许集体建设用地使用权直接市场化配置后,法律应当使集体建设用地使用权具有用益物权的性质。在物权法没有规定的情况下,可以通过立法解释,准用《物权法》第12章关于国有建设用地使用权的规定。

对于债权人取得的对集体建设用地使用权的抵押权,应当依据物权法中关于不动产抵押的规定办理,其应当具有担保物权的属性。

(四)集体建设用地使用权流转发生的集体土地增值收益管理制度。

财产只有在交易中才能实现增值。集体土地所有人将集体土地转为建设用地,并出让、出租集体建设用地使用权,从而取得土地收益。但集体建设用地的增值,主要来自甚至完全来自土地用途的改变及

^⑥ 严华清:《西方房地产》,武汉大学出版社1994年版,第9页。

其配置的市场化。那么,这样所形成的土地增值是否全部归土地所有人。这一问题涉及的是土地发展权问题。“所谓土地发展权,就是土地变更为不同性质使用之权,如由农地变更为城市建设用地,或对土地原有的使用的集约度升高。”^⑦我国法律并未规定土地发展权问题。但从目前世界各国对土地发展权的规定看主要有两种方式。一种是美国的处理方式,它将土地发展权作为土地所有权的一部分,归属于土地所有人,但又可以与所有权分离。为了保护耕地由政府将土地发展权买走,所有人在出售发展权后,继续耕种土地,但不得再将土地改变用途用于建设从而达到保护耕地的目的。另一种土地发展权方式,是英国实行的土地所有权归私人所有,发展权是所有权之外的权利,发展权归国家所有。据此,任何土地只能保持对原有的使用类别的占有、使用、收益与处分之权。变更土地原使用性质的权利则为国家垄断。私有土地所有人或者其他任何人,如果想变更土地原使用类别,在进行建筑之前,必须先向政府购买发展权。反之,如果政府公布土地使用计划,变更私有土地原使用类别,因而降低土地价值时,政府应按地价降低所受损失的金额予以补偿。这种发展权由政府享有的目的主要是为了防止土地用途改变造成的社会不公平。^⑧“例如,相同位置及土壤的两块农地,价值相等,但其中一块土地若经政府宣布可变更为城市建筑用地,其买卖价格立刻暴涨,较其相邻农地禁止变更使用者的地价可能高出十倍甚至是百倍。就土地所有权人的个人利害关系而言,此种幸与不幸或不同的利害关系的形成,主要取决于政府机关准许或拒绝其农地变更为非农地的一纸命令。拒绝变更使用,虽未剥夺私人的既得财产权,但准许特定位置的农地变更为非农地,使其顷刻之间可实现巨额暴利,无异于授予少数土地所有人额外的经济特权。享有此种特权者,无论是对其土地的投资改良,或改变环境,或改变位置均无任何贡献。因此,私人所受的特殊利益构成不劳而获的暴利。政府授予私人的特权也违反公平正义的原则,丧失公共政策的立场。”^⑨因此认为,发展权与土地所有权分离由政府或者国家享有则可从根本上消除土地所有权人之间的不公平。对于我国应当采取何种土地发展权,学者有不同的观点。一种观点认为,“农地发展权是社会经济发展的产物,作为土地资源合理配置的调节剂,作为强化政府调控能力的有效工具,在我国现阶段设立农地发展权并确定其为国家所有,具有积极的现实意义和必要性。”^⑩也有学者主张,“我国可以借鉴美国土地发展权归属于原土地所有权人模式,规定土地发展权归原土地所有权人所有,也即国有土地的发展权归国家,农民集体土地的发展权归农民集体。”同时认为,“实行土地发展权国有化与土地用途管制制度功能重叠,其结果仍然不能解决土地使用性质变更而产生的发展性利益分配和权利归属问题。”^⑪

笔者认为,我国不宜采取美国式的土地发展权模式,因为赋予农民集体土地发展权,国家要限制农民集体土地转为建设用地就要首先买断集体土地上的发展权,否则,集体则以其土地发展权将土地转向非农用地。我国的土地主要在农村,农民集体土地主要是农业用地,国家不可能拿出巨大的财力去购买农民集体土地上的发展权,这样集体就要将集体土地转向非农用地。因此,这非但不能有效地实行严格的耕地保护政策,而且会动摇土地用途管制制度的基础。因为我国目前实行的严格的耕地保护制度和土地用途转用审批制度,是以国家行政权力对集体土地所有权的干预,干预是出于公共利益的需要,不需要付出对价就可以实施有效的干预。至于由于国家对集体所有权的特殊的限制而对集体土地利益一定的补偿,例如,退耕还林生态补偿等,这与事先购买其民事权利的发展权是不同的。如果发展权是农民集体土地所有权的一部分,属于民事权利,国家为了保护耕地需要购买农民集体的发展权,但农民集体以其民事权利自由拒绝将其土地发展权卖给国家,国家最终还是要动用公权力强制购买。因此,从保护耕地的目的看,采用集体土地发展权没有必要。我国也不宜采取土地发展权与所有权分离而由国家

⑦ 前引②,第106页。

⑧ 前引②,第106页。

⑨ 前引②,第106页。

⑩ 江平主编:《中国土地立法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第387页。

⑪ 刘国臻:《论美国的土地发展权制度及其对我国的启示》,载《法学评论》2007年第3期。

享有土地发展权的模式。如国家享有集体土地的发展权,这样在一宗土地上既有集体的所有权,又有国家的土地发展权,不仅人为地制造土地权利结构的复杂化,使得集体土地所有权残缺不全,而且由于国家掌握集体土地发展权,在集体土地转为建设用地时完全取决于国家的发展权,与集体土地所有权无关,用地者不仅要付给集体土地使用权价格,还要首先付给国家发展权价格,这实际上仍然是由国家垄断了土地市场,抬高了集体建设用地使用权入市的门槛。英国保守党在1952年废止土地发展权国有化的理由就是:“自实行发展权国有化之后,买卖几乎完全陷于停顿。迫切需要土地的人,除照黑市地价进行交易外,并须带土地出售人缴付土地发展费。无形中等于抬高了土地市价,使土地市场发生闭销作用,阻碍了土地的正常使用。”^②因此,采取发展权国有化就不可能真正形成集体建设用地市场。

笔者认为,不可以盲目地引进发展权的概念和制度,但应借鉴国外实行发展权国有化的理由,对农民集体建设用地使用权流转发生的土地增值利益由国家加以公平的调整。其调整在坚持严格的土地用途管制审批制度的同时,通过征收集体土地增值收益税即可实现。从各试点地方的规定看都规定了集体建设用地使用权流转增值收益征缴制度。《广东省办法》第26条规定:“集体建设用地使用权出让、转让和出租的,应当向土地行政主管部门申报价格,并依法缴纳有关税费。集体建设用地使用权转让发生增值的,应当参照国有土地增值税征收标准,向市、县人民政府缴纳有关土地真值收益。土地增值收益收缴和管理办法由省财政部门会同省国土资源、物价部门另行制定,报省人民政府批准后实施。”《安徽省办法》第31条规定:“集体建设用地使用权出让的,土地使用者应当按照集体建设用地使用权有偿使用合同的约定向土地所有者缴纳土地出让金,土地所有者应当在办理建设用地审批手续时,按照土地出让金或者标定地价的10%向市、县人民政府缴纳土地增值收益。集体建设用地使用权租赁、作价出资(入股)或者联营的,土地使用者应当按照集体建设用地有偿使用合同的约定缴纳租金或者土地收益:土地所有者应当按照每年收取的租金额、作价出资(入股)或者联营取得的收益额的10%,向市、县人民政府缴纳土地增值收益。”该办法第32条规定:“集体建设用地使用权转让发生增值的,应当参照国有土地增值税征收标准,向市、县人民政府缴纳土地增值收益。土地增值收益的缴纳人,由集体建设用地使用权流转合同约定。”关于土地增值收益的管理和使用,《安徽省办法》也作了规定,其第33条规定,土地增值收益属市、县人民政府所有,由财政部门负责征收和管理。关于土地增值收益的使用,该办法第34条规定,土地增值收益实行专款专用,全部返还试点乡(镇)用于土地开发整理和城镇基础设施建设。对这些试点地方的试点性的规定,按照《立法法》的规定,都应当通过法律规定加以完善,对集体建设用地增值收益的征收机关、征收标准、管理及使用都应当由法律规定。

五、集体建设用地使用权流转与集体所有权的保护

(一)依法保护集体所有权主体对本集体建设用地的决定权

在集体土地上设定建设用地使用权,是对土地性质和用途的改变,其具有不可逆性,属于对集体所有权重大事项的处分,因此应当按照《物权法》第59条第2款第5项的规定,即法律规定的其他事项,依照法定程序经本集体成员决定。因此,有关集体建设用地使用权流转的法律规定中应当对此作出明确的规定。各试点地方的规定都对集体建设用地使用权流转的决策作出了明确规定。例如,《广东省办法》第7条规定:“出让、出租和抵押集体建设用地使用权,须经本集体经济组织成员的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。”第14条、第21条都规定办理集体建设用地使用权出让、出租、作价入股(出资)、抵押等土地登记手续和领取相关权属证明时,都应当提交本集体经济组织的村民会议三分之二以上成员或三分之二以上村民代表同意出让、出租、作价入股、抵押的书面材料。《安徽省办法》第12条也规定:“集体建设用地有偿使用由土地所有者依法决定,经村民会议或者村民小组三分之二以上村民代表的同意。经村民小组三分之二以上成员同意,可以将属于本村民小组的土

^② 前引⑩,第385页。

地,委托给村名委员会代为经管理。”集体建设用地使用权的设定和流转,必须保护集体所有权主体按照其意志的决定权,即由所有者集体民主决定,其他任何人不得干涉集体所有权的民主行使。少数集体成员、集体组织的管理者都不得违背集体民主决策的程序,将集体土地用于建设用地。非以法定的土地征用程序,政府机关或者领导干部也不得强制集体将土地用于建设用地。

(二)依法保护集体对于本集体建设用地的所有权

集体建设用地使用权是集体土地所有权行使的具体方式或者行使的表现,其行使本身并不引起集体土地所有权的消灭。集体出让其所有的建设用地,依法为使用人设定具有用益物权性质的集体建设用地使用权,但其仍然享有土地的所有权。使用权人只能按照出让合同的约定依法使用土地,不得损害集体土地所有人的利益。集体出租其所有的建设用地只是在租赁合同约定的相互权利义务关系中允许承租人对其土地的使用,其所有权不受影响。因此,集体建设用地的名称表明,其所有权属于集体,集体建设用地使用权的设定和流转以不改变和损害集体土地所有权为原则。但有些试点地方的做法上损害了集体的土地所有权。例如,广东省佛山市南海区丹灶镇人民政府2006年5月15日制定发布并实施的《丹灶镇土地开发和征用的若干规定》第4条规定:“镇内土地开发实行镇、村、组三级共同参与,按规划开发区域的地量由镇、村、组三级共各按比例,共同开发。镇、村、组三级所占土地比例的划分原则为:镇征用^④60%,村委会开发10%,村民小组留成30%。镇规划开发或村、组申请开发均按上述比例执行。”第5条规定:“国家(省、市、区)重点项目征地及镇用于交通基础设施或公益性事业建设等征地,属于政策性土地征收,不按上述比例分配。”第6条规定:“土地开发后权属的确定:镇所占比例土地按土地征用的有关规定向村民小组支付征地补偿款后,其土地权属归镇所有;村委会所占比例土地由所在村委会向村民小组支付土地补偿款(土地补偿款可参照镇补偿标准)后,其土地权属归村委会所有,如村委会不参与开发或放弃占有比例,则村委会所占比例部分归入镇,由镇征用并支付征地补偿款;村民小组所占比例土地的权属归村民小组所有。”这些规定表明,本来属于村民小组集体独立享有所有权的土地,一旦开发(包括作为建设用地开发),镇政府就要以征收的手段掠夺去村民小组集体60%的所有权,而且其征用(实际指征收)明确规定不属于公共利益目的。只要其愿意村委会也可以从中取得对村民小组土地10%的所有权。这样,土地开发就成为镇政府和村委会掠夺村民小组集体土地所有权的一种方式。这显然违反了《土地管理法》《物权法》关于农民集体所有权的规定,是借土地开发对村民小组集体土地所有权的侵犯。因此,针对这种情况,有关规范集体建设用地使用权流转的法律应当明确规定,在集体建设用地使用权流转过程中,禁止乡(镇)政府或集体组织、村集体侵犯村民小组集体土地所有权,或者乡(镇)政府或集体组织侵犯村农民集体土地所有权。

(三)依法保护集体对于本集体建设用地的收益权

集体建设用地由于土地用途的转换可以为农民集体带来巨大的收益。那么,如何确保集体建设用地的收益能够为作为所有人的本集体成员享有是急需研究的问题。这主要涉及三方面问题:

一是在集体建设用地使用权流转过程中,如何确保集体建设用地获得合理的出让金和租金,不至于使集体建设用地使用权的价值在流转中流失。对此,主要通过价格管理和出让方式的管理加以防范。例如,《安徽省办法》第29条规定:“市、县人民政府应当按照国家规定,制定并公布试点乡(镇)基准地价和标定地价。根据试点乡(镇)经济社会发展和土地市场发育状况,基准地价需要调整的,由所在地市、县人民政府土地行政主管部门提出,报本级人民政府批准后公布。”第30条规定:“市、县人民政府土地行政主管部门应当依据基准地价,确定本行政区域内各类集体建设用地使用权协议出让、租赁最低保护价,报市、县人民政府批准后公布。协议出让、租赁集体建设用地使用权最低保护价中所含纯收益的标准,应当与同等条件下的国有土地相一致。”《广东省办法》第15条规定:“集体建设用地使用权出让、出租用于商业、旅游、娱乐等经营性项目的,应当参照国有土地使用权公开交易的程序和办法,通过

^④ 这里的征用显然是指征收。

土地交易市场招标、拍卖、挂牌等方式进行。”通过这些价格管理和交易方式的规定,就可以防止集体所有权的管理人员与商人私下协商、恶意串通压低价格,损害集体利益。

二是如何确保集体建设用地使用权流转收益不被政府及其有关部门或其他组织截留。集体建设用地使用权流转,发生的土地收益除依法缴纳增值收益外,均归土地所有人。但在集体建设用地使用权流转过程中,有的国家机关借办理审批、登记、过户等事项收取不合理费用,有的乡(镇)政府、村委会也按比例分成或者提取管理费,这些行为都是对农民集体所有权的收益权的侵犯。因此,关于集体建设用地使用权的法律应当明确规定,禁止任何国家机关、其他组织,在集体建设使用权流转过程中违法收取不合理费用,乡(镇)政府、村民委员会不得向流转建设用地使用权的村民小组集体收取流转管理费或者参与收益分成。

三是如何确保集体建设用地使用权流转收益为集体成员所享有,而不被村、组的干部贪污、私分、挥霍浪费。村民委员会、村民小组作为本集体所有的土地和集体财产的管理者,在土地作为农业用途的情况下,管理的问题并不大,而在土地作为建设用地开发的情况下,土地资产被盘活,集体可支配的货币收入大幅增加,如果管理不当或者缺乏监督,集体土地收益就很可能被村组干部贪污、私分、挥霍浪费。对此,《物权法》第62条规定:“集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规以及章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的状况。”第63条规定:“集体所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的,受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。”这两条规定对于集体财产的保护具有基础性的作用,但从现实情况看,还应当从以下方面对集体所有权保护制度予以完善。首先,要加强集体所有权自身的制度建设,明确集体所有权的所有者和管理者的相互责权关系,确保集体对管理者的选择、监督的权力,特别是要建立集体所有权行使的集体监督机制,确保对集体管理者的有效监督。其次,在集体监督的基础上,要加强对集体所有权行使的行政、司法等外部监督。集体虽然不同于国家机关,但集体所有权是具有公共所有权性质的所有权,是建立在集体公有制基础上的,涉及集体利益。因此,政府也应当在尊重集体所有权的前提下,加强对集体所有权的管理者的监督,例如,审计监督,以保护集体财产。司法对集体所有权的监督主要体现在及时处理对集体所有权保护的诉讼案件,查处侵害集体财产的各种犯罪行为 and 违法行为。再次,对集体建设用地使用权的流转收益的支配应当从集体所有权对集体成员的社会保障功能的实现为原则作出明确的法律规定。各试点地方的规定也体现了这一原则。例如,《广东省办法》第25条规定:“集体土地所有者出让、出租集体建设用地使用权所取得的收益应当纳入农村集体财产统一管理。其中50%以上应当存入银行(农村信用社)专户,专款用于本集体经济组织成员的社会保障安排,不得挪作他用。具体实施办法由省劳动保障部门会同省农业、民政、财政、卫生等部门制定,报省人民政府批准后实施。”《安徽省办法》第34条也规定:“土地所有者取得的土地收益,应当专项用于本集体经济组织发展生产和被安置人员的生活补助,并定期公布,接受群众监督。”这样的规定对集体所有权收益的支配是符合集体所有权本质要求的,在国家关于集体建设用地使用权流转或者集体所有权的法律规定中应当予以吸纳。

六、集体建设用地使用权流转引起乡村城市化后的土地所有权问题

农民集体所有的土地主要是农用地。随着集体建设用地的设定或流转趋势的扩大以及城市的扩张,有可能引起村庄的城市化。我国《宪法》第10条规定:“城市的土地属于国家所有。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;……”集体所有的建设用地,仍在农村范围的属于农民集体所有的土地,但如果该村集体或者村民小组集体已经不属于农村,也不属于城市的郊区,已完全纳入了城市规划的范围,其土地已经全部被集体作为建设用地出让、出租,那么集体还能不能以农民集体的名义继续享有集体建设用地的使用权呢?各地的城中村改造对此做法不一,学者的也有不同观点。例如,张路雄调查介绍的武汉市洪山区铁机村,该村处于城市发展区以内,虽然还保留少量

农用地,但已经被城市建成区包围。村中居民与市民交叉居住,区域内已经有多处商品房小区,被武汉市列为城中村综合改造村之一,并由区政府有关部门参与制定了综合改造规划。其特点是在城中村改造中所用土地全部保留集体非农用地的性质不变。这被认为是照顾农民利益的一个方案^④。但各地的城中村改造大多数是将农民集体土地征收为国有。对此,笔者认为,随着集体建设用地使用权的流转和城市扩张,村庄城市化后,农民集体所有权应当消灭。其理由是:一是符合《宪法》规定。原集体土地由农村土地转化成为城市土地,依据《宪法》规定,其所有权应当为国家所有。二是农民集体所有权存在的条件已不存在:首先,集体土地所有权存在的客体条件应当是农村土地,但土地已经转化为城市土地;其次,农民集体所有权的主体应当是共同占有土地生产资料从事农业生产劳动和经营的农民集体,但农民已经转化为市民。所以,城市的建设用地如果再让原来的农民集体享有所有权,不仅违背《宪法》规定,而且名不副实。我们不可设想在城市存在享有集体土地所有权的市民和不享有集体土地所有权的市民。市民的身份应当是平等的。三是农民集体所有权的目已经实现或者其功能已经被替代。农民集体所有权的功能在于由法律规定和保障集体成员对集体公有的农业基本生产资料——土地不可分割的共同占有的基础上,获得劳动的基本条件,通过劳动获得生存和发展的基本条件,也即以土地生产资料为基础为集体成员提供基本的社会保障。但随着集体成员的市民化,集体成员以集体建设土地的收益分配获得了融入城市市民的基本社会保障和就业体系后,就获得了与城市市民同样的社会保障。因而,就不应当在继续享有土地生产资料的所有权。因此,在村庄完全城市化以后,原村庄集体的土地所有权应当消灭,国家依据宪法规定概括地取得原属于集体的建设用地的使用权。但对于集体成员依据原集体所有权收益分配享有的已经转化为个人所有权的利益应当予以尊重和保护。同时国家在取得集体建设用地的所有权时,应当参照征用补偿标准,对集体所有权成员给与补偿,应当确保其享有不低于城市市民中等水平的基本社会保障。

Abstract After the implementation of the Law of Real Right, the state's expropriation of collective land should be strictly confined to the purpose of public interest. However, the construction land outside the scope of public interest purpose is allowed to be allocated directly by the market. The article 43 of the Law of Land Management is supposed to be revised, and the market circulation system of collective construction land use right should be established under the strict control of the state at the same time. The ownership of the original collective construction land should be possessed by the state with the circulation of the use right of collective construction land and the overall urbanization of the original collective village.

(责任编辑:朱广新)

^④ 参见《改革内参》2007年第16期。